

การประชุมวิชาการระดับชาติ
“ธรรมศาสตร์ - นิติพัฒน” ครั้งที่ 4



คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ร่วมกับ

คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

รายงานสืบเนื่องการประชุมวิชาการระดับชาติ
“ธรรมศาสตร์ - นิติพัฒน” ครั้งที่ 4
เล่ม 2

“การเลือกตั้งกับการ
เปลี่ยนผ่านสู่ประชาธิปไตย?”

29 มิถุนายน 2562

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์



คำสั่งคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ที่ ๑๓๕/๒๕๖๒

เรื่อง แต่งตั้งกองบรรณาธิการจัดทำรายงานการประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ – นิติพัฒน
ครั้งที่ ๔” ประจำปี ๒๕๖๒

ตามที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ มีความร่วมมือระหว่างองค์กรทางวิชาการร่วมกับคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ กำหนดให้มีการประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ – นิติพัฒน ครั้งที่ ๔” ในวันที่ ๒๙ มิถุนายน ๒๕๖๒ เพื่อเผยแพร่ผลงานทางวิชาการของคณาจารย์ นักวิชาการ และนักศึกษาในการประชุมวิชาการระดับชาติ จึงแต่งตั้งบุคคลตามรายชื่อต่อไปนี้เป็นกองบรรณาธิการจัดทำรายงานการประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ – นิติพัฒน ครั้งที่ ๔” ประจำปี ๒๕๖๒ ดังนี้

๑. รองศาสตราจารย์ ดร.สุปรียา แก้วละเอียด	ประธานกรรมการ
๒. ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ	กรรมการ
๓. ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ปรีชา สุวรรณทัต	กรรมการ
๔. อาจารย์ ดร.วัชรชัย จิรจินดากุล	กรรมการ
๕. ศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล	กรรมการ
๖. ศาสตราจารย์ ดร.เสาวนีย์ อัครโรจน์	กรรมการ
๗. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ มณีศรี	กรรมการ
๘. อาจารย์ ดร.เอมผกา เตชะอภัยคุณ	กรรมการและเลขานุการ

สั่ง ณ วันที่ ๑๘ มีนาคม พ.ศ. ๒๕๖๒

ลงนาม
(ศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤต)
คณบดีคณะนิติศาสตร์



การประชุมวิชาการระดับชาติ
 ธรรมศาสตร์ - นิติพัฒน์ ครั้งที่ 4
 กฎหมายในยุคสมัยแห่งการเปลี่ยนแปลง
 (Law in the Age of Change)



09.15 - 10.00 น. ปาฐกถาพิเศษ

“ความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
 กับการเปลี่ยนผ่านสู่ประชาธิปไตย”

โดย ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต
 คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
 และอดีตรองกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ 2560

10.00 - 12.00 น.

เสวนาวิชาการ

“การเลือกตั้งกับการเปลี่ยนผ่าน
 สู่ประชาธิปไตย?”

โดย

- ศาสตราจารย์ ดร. บรรเจิด สิงคะเนติ
 อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
- ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ปริญญา เทวานฤมิตรกุล
 อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- อาจารย์ ติโรดม คล้ามไพบุลย์
 นักเขียนและสื่อสารมวลชน

ผู้ดำเนินการเสวนา

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์
 อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

วันเสาร์ที่ 29 มิถุนายน 2562

ณ ห้องจัด เสรชมบุต (LT.1) คณะนิติศาสตร์
 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่าพระจันทร์



สำรองที่นั่งได้ที่

ดูรายละเอียดได้ที่ : <https://www.thailawcallforpapers.org>



การประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ - นิติพัฒน์” ครั้งที่ 4
หัวข้อ “กฎหมายในยุคสมัยแห่งการเปลี่ยนแปลง (Law in the Age of Change)”
วันเสาร์ที่ 29 มิถุนายน 2562 เวลา 08.30 – 16.30 น.
ณ ห้องจัด เศรษฐบุตร (LT.1) คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่าพระจันทร์

- 08.30 – 08.45 น. ลงทะเบียนเข้าการประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ - นิติพัฒน์” ครั้งที่ 4
- 08.45 – 09.15 น. กล่าวเปิดการประชุมวิชาการระดับชาติ
โดย รองศาสตราจารย์ นเรศร์ เกษะประกร
คณบดีคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
ศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤต
คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- 09.15 – 10.00 น. ปาฐกถาพิเศษ เรื่อง
“ความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกับการเปลี่ยนผ่านสู่
ประชาธิปไตย”
โดย ศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤต
คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- 10.00 – 12.00 น. เสวนาวิชาการ เรื่อง
“การเลือกตั้งกับการเปลี่ยนผ่านสู่ประชาธิปไตย?”
โดย ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ
อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปริญญา เทวานฤมิตรกุล
อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ ศิโรตม์ คล้ามไพบูลย์
นักเขียนและสื่อสารมวลชน
ผู้ดำเนินการเสวนา
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ต่อพงษ์ กิตติยานุพงศ์
อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- 12.30 – 13.00 น. ลงทะเบียนการนำเสนอบทความในสาขานิติศาสตร์
- 13.00 – 16.30 น. การนำเสนอบทความสาขานิติศาสตร์ ภายใต้หัวข้อ
เรื่อง “กฎหมายในยุคสมัยแห่งการเปลี่ยนแปลง (Law in the Age of Change)”
แบ่งกลุ่มย่อยตามสาขาวิชา โดย คณาจารย์ นักศึกษา และนักวิชาการ
ณ ห้องประชุมจิตติ ดิงศภัทย์ ชั้น 1, ห้อง 123 ชั้น 1, ห้อง 222 ชั้น 2,
ห้อง 211 ชั้น 2, ห้อง 322 ชั้น 3 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ท่าพระจันทร์

คำนำ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ ในฐานะสถาบันการศึกษาระดับอุดมศึกษาหลักของประเทศไทยที่มีพันธกิจสำคัญในการพัฒนาองค์ความรู้ทางนิติศาสตร์ได้ตระหนักถึงความสำคัญของการสร้างโอกาสทางวิชาการให้แก่ นักวิชาการ อาจารย์ และนักศึกษาระดับบัณฑิตศึกษาที่จะได้เผยแพร่ผลงานวิชาการทางนิติศาสตร์สู่สาธารณะ และประโยชน์ในการร่วมมือทางวิชาการระหว่าง 2 สถาบัน จึงได้ร่วมกันจัดงานประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ – นิติพัฒน์ ครั้งที่ 4” เพื่อเป็นเวทีสาธารณะในการแลกเปลี่ยนความรู้ทางวิชาการและประสบการณ์ ด้วยเปิดโอกาสให้แก่ผู้สนใจได้นำเสนอบทความวิชาการทางนิติศาสตร์ อันจะนำไปสู่การแลกเปลี่ยนองค์ความรู้เพื่อการพัฒนาคุณภาพงานวิจัยที่เป็นประโยชน์ต่อสังคมและประเทศชาติต่อไป

การประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ – นิติพัฒน์ ครั้งที่ 4” จัดขึ้นภายใต้หัวข้อ “กฎหมายในยุคสมัยแห่งการเปลี่ยนแปลง” โดยมีการจัดกิจกรรมออกเป็น 3 ส่วน ได้แก่ การปาฐกถาพิเศษเรื่อง “ความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกับการเปลี่ยนผ่านสู่ประชาธิปไตย” โดย ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และอดีตกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ 2560 การจัดเสวนากฎหมายเรื่อง “การเลือกตั้งกับการเปลี่ยนผ่าน” และการนำเสนอบทความทางนิติศาสตร์ซึ่งมีจำนวนทั้งสิ้น 37 บทความ เมื่อวันที่ 29 มิถุนายน 2562 ณ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่าพระจันทร์

สุดท้ายนี้ คณะกรรมการจัดงานประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ – นิติพัฒน์ ครั้งที่ 4” ขอขอบพระคุณคณะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ ผู้เขียนบทความทุกท่าน ตลอดจนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ที่ให้การสนับสนุนในการจัดประชุมวิชาการระดับชาติในครั้งนี้

คณะกรรมการจัดการประชุมวิชาการระดับชาติ

การประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ – นิติพัฒน” ครั้งที่ 4

สารบัญ

กลุ่ม “กฎหมายระหว่างประเทศ & กฎหมายขนส่ง& กฎหมายสังคม”

- ปัญหาว่าด้วยรูปแบบการบริหารจัดการดาวเทียมสื่อสารที่เหมาะสมกับประเทศไทย	เหมือนทิพย์ ศิริวรรณพร	368
- การพัฒนากฎหมายของประเทศไทยเกี่ยวกับการส่งเสริมการจัดอัตราค่าจ้างคนประจำเรือ การจ้างแรงงานคนประจำเรือ การฝึกอบรมและการออกประกาศนียบัตรสำหรับคนประจำเรือซึ่งปฏิบัติหน้าที่บนเรือสำราญ	สุพรรณณี สนวนินทร์	382
- การอำนวยความสะดวกคนพิการทางสายตาและคนพิการทางสื่อสิ่งพิมพ์ในการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์	ณัฐวัฒน์ ตาตุ	402
- แนวทางการพัฒนากฎหมายไทยว่าด้วยการขนส่งทางถนนระหว่างประเทศภายใต้หลักเสรีภาพในการผ่านแดน	เอกรินทร์ หลวงโปธา	414
- หลักการห้ามการครอบครองตามกฎหมายอวกาศระหว่างประเทศ:กรณีการทำเหมืองแร่บนดวงจันทร์	นายณัฐวิทย์ วงศ์ศิริ	430
- สิทธิในชื่อเสียงในยุคแห่งการเปลี่ยนแปลง : ศึกษาการใช้อัตลักษณ์ของบุคคลในวิดีโอเกมของประเทศสหรัฐอเมริกา	วุฒิ ศรีธีระวิศาล	452
- การใช้อำนาจของเจ้าพนักงานเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารในกิจการโทรคมนาคมอันเป็นข้อมูลส่วนบุคคล	วิทยา เชื้ออภัย	475
- กฎหมายไทยกับกฎหมายเกี่ยวกับการค้าอวัยวะมนุษย์โดยพิจารณาจากอนุสัญญาแห่งสภายุโรปว่าด้วยการต่อต้านการค้าอวัยวะ	จรัสพัทธ์ โสติกกุล	489

กลุ่ม “กฎหมายอาญา”

- ปัญหาการใช้เครื่องพินนาการต่อผู้ต้องหาหรือจำเลยในศาล	จรรณินทร์ ตั้งเจริญสมุทร	499
- สถานะทางกฎหมายของหลักความรับผิดชอบเพื่อปกป้อง	กฤษฎา พรหมเวช	517
- การเปลี่ยนแปลงแนวคิดความรับผิดชอบโดยประมาทในทางอาญาของไทย	พลสิทธิ์ จิระสันติมน	533
- ข้อยกเว้นความรับผิดชอบตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศกับกฎหมายอาญาไทย	เทิดสยาม บุญยะเสนา	550

- ปัญหาในการปราบปรามอาชญากรรมไซเบอร์ในทางระหว่างประเทศ	นันทวี คาคะเน	576
- โทษอาญาทางเลือก: การมีคำสั่งให้ชดใช้ค่าเสียหาย	ศิรดา เต็งประทีป	589
- การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้ถูกดำเนินคดีตามกฎหมายป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์โดยเปรียบเทียบกับมาตรการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา	อภิชัย ทองประสม	603
- การกำหนดโทษทางอาญาให้เหมาะสมกับตัวบุคคล	มิรันตี เจียรักสุวรรณ	625

ปัญหาว่าด้วยรูปแบบการบริหารจัดการดาวเทียมสื่อสารที่เหมาะสมกับประเทศไทย

เหมือนทิพย์ ศิริวรรณพร*

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อ (1) ศึกษาระบบการกำกับดูแลการประกอบกิจการดาวเทียมเพื่อการสื่อสารของประเทศไทยในประเด็นที่เกี่ยวกับการอนุญาตประกอบกิจการและประเด็นอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง (2) เพื่อพิจารณาและวิเคราะห์ปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดจากระบบการอนุญาตการประกอบกิจการดาวเทียมเพื่อการสื่อสาร และ (3) เพื่อพิจารณาแนวทางด้านกฎหมายและการบริหารจัดการดาวเทียมสื่อสารในทางปฏิบัติ โดยในปัจจุบันในระดับสากลได้มีการแบ่งแยกประเภทรูปแบบของการออกใบอนุญาตเป็น 4 แบบหลักประกอบไปด้วยหลักการมาก่อนได้ก่อน, หลักการประมูล, หลักการเปรียบเทียบคุณสมบัติ และหลักการจับฉลาก ซึ่งด้วยบริบทของสังคมเศรษฐกิจและการพัฒนาประโยชน์ไปสู่ยุคของความก้าวหน้าในเทคโนโลยีการสื่อสาร ประเทศไทยเหมาะที่จะใช้รูปแบบการออกใบอนุญาตด้วย “หลักการมาก่อนได้ก่อน” โดยใช้ร่วมกับ Pioneer’s Preference Rule หรือหลักการที่หากผู้ยื่นคำขอสามารถแสดงผลงานและแผนต่อหน่วยงานของรัฐว่าตนเองได้มีการศึกษาและพัฒนาระบบบริการการสื่อสารได้อย่างมีมาตรฐานแล้ว ก็จะทำให้เอกชนได้รับใบอนุญาตโดยไม่ต้องมีการประมูลหรือการจับฉลาก เพื่อกระตุ้นให้ภาคเอกชนให้ความสนใจอุตสาหกรรมดาวเทียมสื่อสาร ไปพร้อมกับการศึกษาค้นคว้าและพัฒนาในเทคโนโลยีการสื่อสารอันเป็นปัจจัยสำคัญต่อการพัฒนาประเทศไทย

คำสำคัญ

ดาวเทียมสื่อสาร, หลักการมาก่อนได้ก่อน

ABSTRACT

The objectives of this study were to (1) study the system for communications satellite business in Thailand on issues relating to licensing and other related issues (2) analyze problems of the communications satellite business’s license, (3) analyze the legal guidelines and management of communications satellite in practice. Research found that , there are four different types of licensing types, namely; First come, First served, Auction, Comparative Hearing, and Lotteries. Thus, the results from the studies Thailand is suitable to use “First come, First served” licensing model with Pioneer’s Preference Rule (the principle that if the applicant is able to show their plans to the Government that they have studied and developed a standardized communication service system the Government will allow the applicant to obtain a license without auction or lotteries) to encourage the private sector to pay attention and to interest in the communications satellite industry along with to conduct research and development in communications satellite technology which is an important factor for national development.

Keywords

Communications satellite, First come, First served, Pioneer’s Preference Rule

* นักศึกษาชั้นปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

บทนำ

ในปัจจุบันวิธีการส่งข้อมูลข่าวสารที่นิยมกันมากคือ การสื่อสารผ่านดาวเทียมสื่อสาร ซึ่งเป็นเครื่องมือในการสื่อสารที่รวดเร็วและสามารถเข้าถึงการสื่อสารในพื้นที่ต่าง ๆ ได้อย่างกว้างขวาง โดยกรรมวิธีของการสื่อสารผ่านดาวเทียมสื่อสาร (Communication Satellite : Comsat) นั้น ดาวเทียมสื่อสารจะทำหน้าที่เป็นตัวรับสัญญาณจากสถานีภาคพื้นของประเทศต้นทางและส่งสัญญาณที่ได้รับนั้นไปยังประเทศปลายทาง โดยที่เมื่อสถานีภาคพื้นได้รับสัญญาณแล้วก็จะส่งกลับไปยังดาวเทียมสื่อสารของตน เพื่อให้ดาวเทียมสื่อสารส่งสัญญาณไปยังดาวเทียมปลายทางและดาวเทียมปลายทางส่งต่อสัญญาณไปยังสถานีภาคพื้นต่ออีก ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าการสื่อสารผ่านดาวเทียมสื่อสารจะสำเร็จครบวงจรการสื่อสารได้ก็จะต้องประกอบไปด้วยส่วนที่อยู่ในอวกาศและส่วนที่เป็นภาคพื้น

และเนื่องจากการนำดาวเทียมขึ้นสู่วงโคจรนั้นเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับนานาชาติ เป็นเรื่องระหว่างประเทศ ทำให้ผู้ประกอบการกิจการดาวเทียมสื่อสารจึงไม่สามารถกระทำโดยอิสระ และต้องอยู่ภายใต้สหภาพโทรคมนาคมระหว่างประเทศ (International Telecommunication Union : ITU) ซึ่งเป็นองค์กรระหว่างประเทศที่ทำหน้าที่วางระเบียบข้อบังคับระหว่างประเทศ เพื่อส่งเสริมความร่วมมือระหว่างประเทศในด้านการติดต่อสื่อสารโทรคมนาคมทุกชนิด ซึ่งรวมไปถึงการอำนวยความสะดวกในการจัดสรรคลื่นความถี่ของดาวเทียมในทางเดียวกันรัฐก็จะเข้ามามีบทบาทสำคัญในการรับรองสถานะความเป็นผู้ประกอบการให้แก่เอกชน

สำหรับประเทศไทย เดิมสิทธิในการแสวงหาประโยชน์จากการใช้ดาวเทียมจะอยู่ในรูปแบบสัญญาสัมปทานที่มีรูปแบบโครงการเป็นประเภท Build Transfer and Operate (BTO) เช่น ดาวเทียมไทยคม 4 ดาวเทียมไทยคม 5 และดาวเทียมไทยคม 6 ซึ่งเอกชนที่ได้รับสัมปทานนั้นจะต้องโอนกรรมสิทธิ์และส่งมอบดาวเทียม ตลอดจนอุปกรณ์ควบคุมดาวเทียมให้เป็นของรัฐ และรัฐจึงจะมอบสิทธิในการใช้ทรัพย์สินดังกล่าวนี้ให้แก่เอกชน เพื่อให้เอกชนไปบริหารและใช้งานดาวเทียมตามสัญญาสัมปทาน ดังนั้นในปัจจุบันดาวเทียมจึงต้องเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ และมีผู้บริหารจัดการโดยเอกชน

โดยในอดีตประเทศไทยกำหนดให้การอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่สามารถกระทำได้ด้วยวิธีการประมูล (Auction) เท่านั้น ซึ่งการอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่ได้ด้วยวิธีการประมูลสำหรับกิจการดาวเทียมสื่อสารนั้นไม่สอดคล้องกับข้อบังคับของสหภาพโทรคมนาคมเนื่องจากเมื่อตอนที่มีการประมูล ประเทศไทยยังไม่ได้มีสิทธิในคลื่นความถี่นั้น และการได้สิทธิในคลื่นความถี่และตำแหน่งวงโคจรเกิดขึ้นเมื่อมีการยื่นคำขอต่อสหภาพโทรคมนาคมและได้รับการรับรองให้สามารถใช้คลื่นความถี่นั้นได้แล้ว จนกระทั่งปัจจุบันมีการแก้ไขกฎหมายใหม่แล้วแต่ก็ยังไม่มีการระบุวิธีการที่แน่ชัด ซึ่งจากปัญหาดังกล่าวนี้จึงมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่า ควรจะมีการเปลี่ยนแปลงวิธีการอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่อย่างไร เพื่อให้การใช้คลื่นความถี่นั้นเป็นธรรมและเกิดประโยชน์ความคุ้มค่าสูงสุด

1. รูปแบบการบริหารจัดการดาวเทียมสื่อสาร

“...The radio frequencies and any associated orbits are limited natural resources and that they must be used rationally, efficiently and economically...”¹

โดยหลักการสากลแล้ว พื้นที่ในอวกาศนั้นเป็นพื้นที่ที่ทุกประเทศสามารถที่จะเข้าใช้ประโยชน์ได้ร่วมกัน โดยไม่ได้มีประเทศใดประเทศหนึ่งเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ อย่างไรก็ตามเพื่อให้การเข้าใช้ประโยชน์จากดาวเทียมนั้นเกิดความทับซ้อนและนำไปสู่ข้อขัดแย้ง ในระดับสากลจึงมีการกำหนดให้กิจการดาวเทียมมีสหภาพโทรคมนาคมระหว่างประเทศหรือ ITU ซึ่งเป็นหน่วยงานของสหประชาชาติเข้ามาเป็นองค์กรกลางทำหน้าที่คอยประสานความร่วมมือจากประเทศต่าง ๆ และทำหน้าที่เป็นหน่วยงานผู้บันทึก รับรองและจัดการกับทะเบียนสิทธิในการใช้ประโยชน์ โดยถือว่าสิทธิที่ได้รับรองดังกล่าวนี้เป็นสิทธิที่ประเทศต่าง ๆ ให้ความยอมรับดังเช่นที่ข้อบทที่ 8.3 (Article 8.3) ของ Radio Regulations ได้บัญญัติไว้

¹ Constitution of the International Telecommunication Union (1999), art 44.

ซึ่งการพิจารณาจัดสรรและรับรองคลื่นความถี่ (Frequency Assignment) ของ ITU นั้นจะเป็นการจัดสรรและรับรองให้ผู้ขอสามารถใช้คลื่นความถี่นั้น ณ ตำแหน่งที่ระบุ มิใช่การจัดสรรวงโคจร คลื่นความถี่จึงเปรียบเสมือนทรัพย์สิน และมิใช่วงโคจรดาวเทียมเป็นเสมือนส่วนควบ

จากการศึกษาผู้ศึกษาพบว่าในทางกฎหมายระหว่างประเทศการดำเนินกิจกรรมอวกาศใด ๆ นั้นจะต้องได้รับอนุญาตหรือความเห็นชอบจากรัฐก่อนเสมอ อาทิ สิทธิการบินหรือสิทธิที่ประเทศหนึ่งให้แก่สายการบินของอีกประเทศหนึ่งสำหรับการบินเข้ามาในอาณาเขตของตน ซึ่งเป็นเรื่องเสรีภาพทางอากาศ (Freedom of the Air) และสิทธิในวงโคจรดาวเทียม ดังที่เห็นได้จากสนธิสัญญาอวกาศ (Outer Space Treaty) ค.ศ. 1967 ส่วนที่ว่าด้วยหลักการดำเนินกิจกรรมอวกาศ (Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies) ข้อบทที่ 6 ซึ่งได้มีบัญญัติหลักกฎหมายที่สะท้อนถึงการดำเนินกิจกรรมอวกาศที่ต้องผ่านความเห็นชอบของรัฐ² โดยมาจากแนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐที่ว่ารัฐจะต้องรับผิดชอบต่อรัฐอื่นในการกระทำที่เป็นการละเมิดข้อผูกพันทางกฎหมายระหว่างประเทศในบริบทของกฎหมายอวกาศ ไม่ว่าจะกิจกรรมนั้นจะเกิดขึ้นโดยหน่วยงานภาครัฐหรือไม่ เช่น การสื่อสารผ่านดาวเทียมที่เกิดขึ้นโดยภาคเอกชน ดังนั้นเพื่อให้เกิดความสอดคล้องกัน รัฐจึงเป็นผู้มีอำนาจในการอนุญาตและการกำกับดูแลอย่างต่อเนื่อง (authorization and continuing supervision) ของการประกอบกิจกรรมอวกาศ และด้วยเหตุนี้จึงทำให้รัฐต้องผลักดันและสร้างระบบกฎหมายภายในประเทศเพื่อให้มั่นใจว่าสามารถกิจกรรมได้อย่างมีนัยสำคัญ³ และจากการที่ดำเนินกิจกรรมเหล่านี้ต้องได้รับอนุญาตหรือความเห็นชอบจากรัฐก่อน การส่งข้อมูลการใช้งานดาวเทียมเพื่อขอแจ้งใช้สิทธิในคลื่นความถี่และวงโคจรต่อ ITU ซึ่งเป็นองค์กรระหว่างประเทศที่ทำหน้าที่วางระเบียบข้อบังคับระหว่างประเทศ จึงต้องดำเนินการผ่านรัฐทั้งสิ้น ซึ่งแม้ว่า ITU จะเป็นเพียงองค์กรที่ทำหน้าที่ส่งเสริมให้เกิดระบบการสื่อสารที่มีประสิทธิภาพมากขึ้น แต่ก็ยังเป็นเครื่องมือที่รัฐใช้เพื่อหลีกเลี่ยงความขัดแย้งหรือเพื่อแก้ไขข้อพิพาทในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้น ทำให้แม้ไม่ได้มีอำนาจในการวางดาวเทียมโดยตรง แต่กระบวนการและกฎเกณฑ์ที่ตั้งขึ้นของ ITU นั้นก็ยังส่งผลกระทบต่อประเทศผู้ขอ ผู้ประกอบการดาวเทียมและการดำเนินงานของดาวเทียม⁴

อย่างไรก็ดีนอกเหนือจากการบัญญัติหลักการแล้ว กฎหมายระหว่างประเทศก็ได้มีการกำหนดรายละเอียดใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นในเชิงรูปแบบการให้อนุญาตหรือวิธีการให้ความเห็นชอบของรัฐ รัฐทั้งหลายจึงมีสิทธิและอำนาจในการกำหนดรูปแบบการบริหารจัดการดาวเทียม ซึ่งรวมไปถึงดาวเทียมสื่อสารของตนได้ ตัวอย่างเช่น การกำหนดเงื่อนไขคุณสมบัติของผู้ขอรับใบอนุญาตกิจการโทรคมนาคมตามกฎหมายไทยสำหรับคุณสมบัติผู้ขอรับใบอนุญาตในประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่องหลักเกณฑ์และ

² Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, Including the Moon and Other Celestial Bodies (“Outer Space Treaty”) ข้อบทที่ 6 (Article VI) บัญญัติว่า “States Parties to the Treaty shall bear international responsibility for national activities in outer space, including the Moon and other celestial bodies, whether such activities are carried on by governmental agencies or by non-governmental entities, and for assuring that national activities are carried out in conformity with the provisions set forth in the present Treaty. The activities of non-governmental entities in outer space, including the Moon and other celestial bodies, shall require authorization and continuing supervision by the appropriate State Party to the Treaty. When activities are carried on in outer space, including the Moon and other celestial bodies, by an international organization, responsibility for compliance with this Treaty shall be borne both by the international organization and by the States Parties to the Treaty participating in such organization.”;

³ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช และคณะ, โครงการวิจัยเพื่อศึกษาแนวทางการยกร่างกฎหมายอวกาศและกิจการดาวเทียม, (กรุงเทพมหานคร : สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), น.28.

⁴ Lawrence D. Robert, “A Lost Connection: Geostationary Satellite Networks and the International Telecommunication Union,” Berkeley Technology Law Journal, 15, p.1111 (September 2000).

วิธีการอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่สำหรับกิจการโทรคมนาคม ย่าน 1740 – 1741/1835 – 1880 MHz “ข้อ 6(2) ผู้ขอรับใบอนุญาตต้องเป็นนิติบุคคลประเภทบริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัดที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยและต้องมีใช้คนต่างด้าวตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว...”⁵ ซึ่งเป็นการกำหนดให้ผู้ประกอบการต้องเป็นนิติบุคคลไทยเท่านั้น เป็นต้น

สำหรับรูปแบบการให้อินอนุญาตหรือวิธีการให้ความเห็นชอบของแต่ละรัฐในเรื่องที่ว่าด้วยการบริหารจัดการดาวเทียมนั้นมีความหลากหลาย เช่น การให้สิทธิในการแสวงหาประโยชน์จากการใช้ดาวเทียมที่อยู่ในรูปแบบของสัญญาสัมปทานซึ่งรัฐอาจจะดำเนินการในรูปแบบที่หลากหลาย เช่น รูปแบบ Build Transfer and Operate (BTO) ที่เอกชนผู้ที่ได้รับสัมปทานมีหน้าที่สร้าง หลังจากนั้นโอนกรรมสิทธิ์ให้รัฐ แล้วเอกชนผู้ได้รับสัมปทานก็เข้ามาบริหารจัดการได้ต่อไป และการให้สิทธิในการแสวงหาประโยชน์จากการใช้ดาวเทียมที่อยู่ในรูปแบบของการออกใบอนุญาตไม่ว่าจะเป็นการอนุญาตแบบเฉพาะรายหรือการอนุญาตแบบทั่วไปซึ่งแต่ละประเทศก็อาจจะมีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอนุญาตที่แตกต่างกันได้ โดยในระดับสากลได้มีการแบ่งแยกประเภทรูปแบบการบริหารจัดการดาวเทียมหรือรูปแบบของการออกใบอนุญาตเป็น 4 แบบหลักประกอบไปด้วย⁶

- 1.1 หลักการมาก่อนได้ก่อน (First come, First served: FCFS)
- 1.2 หลักการประมูล (Auction)
- 1.3 หลักการเปรียบเทียบคุณสมบัติ (Comparative Hearing)
- 1.4 หลักการจับฉลาก (Lotteries)

โดยแต่ละหลักการนั้นในบางประเทศอาจมีการใช้หลักการเดียว ในขณะที่บางประเทศก็ใช้หลักการหลายหลักการผสมกัน ซึ่งหลักการแต่ละหลักการนั้นผู้ศึกษาขอสรุปรายละเอียดดังต่อไปนี้

- 1.1 หลักการมาก่อนได้ก่อน (First come, First served: FCFS)

หลักการมาก่อนได้ก่อน (First come, First served: FCFS) เป็นหลักการที่ทำนายจากคุณเคยกันดีจากการฟ้องคดีแพ่งที่เจ้าหน้าที่ดำเนินการบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ก่อนยอมที่จะได้รับการชำระหนี้ก่อน ซึ่งวิธีการตามหลักการมาก่อนได้ก่อนในแง่ของการออกใบอนุญาตเพื่อประกอบกิจการดาวเทียม (“การออกใบอนุญาตฯ”) นั้นก็มีความคล้ายคลึงกันในแง่การมาก่อนได้ก่อน โดยในด้านการออกใบอนุญาตฯ นั้น FCFS เป็นหลักการที่เกิดขึ้นเพื่อให้เกิดความยุติธรรมและรวดเร็วในการออกใบอนุญาตฯ โดยรัฐจะพิจารณาให้ใบอนุญาตจากลำดับการแจ้งความประสงค์ที่จะประกอบกิจการนั้น ๆ ซึ่งการพิจารณานั้นรัฐก็จะกำหนดหลักเกณฑ์หรือคุณสมบัติที่รัฐต้องการขึ้น และหากเอกชนรายใดมีคุณสมบัติครบถ้วน ก็สามารถยื่นคำขอต่อรัฐ เมื่อยื่นคำขอต่อรัฐแล้ว รัฐก็จะพิจารณาเพียงว่าเอกชนนั้นมีคุณสมบัติครบถ้วนจริงหรือไม่ หากรัฐพิจารณาได้ว่าเอกชนมีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่ได้กำหนดไว้ รัฐก็จะพิจารณาอนุญาต

อย่างไรก็ดีนอกจากการกำหนดคุณสมบัติตามที่รัฐต้องการแล้ว จากการศึกษาและเศรษฐกิจมีความเจริญก้าวหน้า เทคโนโลยีที่พัฒนาขึ้นมีแนวโน้มที่จะส่งเสริมให้ขีดความสามารถของการใช้ประโยชน์จากดาวเทียมเพิ่มขึ้นกว่าการส่งสัญญาณโทรทัศน์ การผลักดันให้เกิดการใช้ประโยชน์จากดาวเทียมสูงสุดจึงเป็นเรื่องที่สำคัญต่อภารกิจของรัฐเพราะเป็นหนึ่งในปัจจัยต่อการพัฒนาประเทศ แต่ด้วยกลไกรูปแบบของหลักการมาก่อนได้ก่อนอาจเป็นเหตุให้เอกชนรายเล็กไม่กล้าที่เข้ามาประกอบธุรกิจหรือลงทุนด้วยในตลาด ซึ่งเหตุที่นำไปสู่เหตุการณ์ดังกล่าว อาจเกิดจากการคาดการณ์ว่าคุณสมบัติที่ถูกกำหนดโดยรัฐมีความยุ่งยาก (เนื่องจากเอกชนสามารถประเมินความสามารถของ

⁵ ภูมินทร์ บุตรอินทร์, ความรู้เบื้องต้นกฎหมายกับการประกอบกิจการโทรคมนาคม, (ปทุมธานี : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562), น.100.

⁶ คณะกรรมการติดตามและประเมินผลการปฏิบัติงาน กสทช., การศึกษาระบบกฎหมายเพื่อการอนุญาตประกอบกิจการดาวเทียมเพื่อการสื่อสาร, (กรุงเทพมหานคร : สถาบันเพื่อการวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), น.72 – 79.

⁷ ภูมินทร์ บุตรอินทร์, อ่างแล้ว เจริญที่ 5, น.93 – 97.

ตนได้ตั้งแต่ก่อนยื่นใบอนุญาต) หรือในทางเดียวกัน ผู้ประกอบการทั้งหลายก็อาจจะยื่นคำขออนุญาตโดยไม่ได้มีการเตรียมตัวสำหรับการประกอบธุรกิจในระยะเวลาที่เหมาะสม (เนื่องจากเห็นว่าตนมีคุณสมบัติครบถ้วนที่สามารถขอได้ แต่มิได้ประสงค์จะดำเนินธุรกิจอย่างจริงจัง) ซึ่งจะนำไปสู่การใช้ทรัพยากรอย่างสูญเปล่า ดังนั้นรัฐจึงจำเป็นที่จะต้องมีมาตรฐานที่จะเข้ามาป้องกันการเกิดเหตุการณ์เช่นนี้

จากการศึกษาค้นคว้าพบว่าแม้แต่ประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งถือได้ว่าเป็นต้นแบบของการใช้หลักการมาก่อนได้ก่อนนี้ ก็ยังมีได้ใช้หลักการมาก่อนได้ก่อนอย่างเดียว แต่มีการเพิ่มกฎเกณฑ์ที่น่าสนใจเพื่อเป็นการป้องกัน โดยการสร้างหลักประกันหรือเครื่องมือที่ทำให้รัฐเกิดความมั่นใจได้ว่าการประกอบกิจการดาวเทียมของเอกชนนั้นเกิดจากความประสงค์จะประกอบธุรกิจอย่างแท้จริง ไม่ว่าจะ

การกำหนดให้มีการวางหลักประกันการประกอบกิจการ

เนื่องจากการประกอบกิจการดาวเทียมเป็นธุรกิจที่ต้องอาศัยการลงทุนที่มีมูลค่าสูงและต้องอาศัยระยะเวลากว่าที่จะได้รับการจัดสรรความถี่และวงโคจรจาก ITU ดังนั้นผู้ที่สนใจจะประกอบธุรกิจดาวเทียมจึงควรจะเป็นผู้ที่มีความพร้อมและสามารถรับความเสี่ยงได้ตั้งแต่ยังไม่ได้รับการจัดสรรความถี่และวงโคจร การกำหนดให้มีการวางหลักประกันนั้นจะสามารถสร้างความเชื่อมั่นให้แก่บุคคลที่เกี่ยวข้องทั้งหลาย ซึ่งอาจหมายถึงเอกชนผู้ขอที่ดี หรือรัฐผู้อนุญาตว่าจะปฏิบัติหรือมีแนวโน้มที่จะปฏิบัติตามภาระผูกพันที่เกิดขึ้นตรงตามระยะเวลาและตรงตามแผนที่ได้มีการกำหนดไว้ล่วงหน้าตั้งแต่มีการยื่นขออนุญาต

การกำหนดให้มีแผนการประกอบการของโครงการ

การกำหนดให้มีแผนการประกอบการของโครงการ (Project milestones) นั้น นอกจากจะทำให้รัฐเกิดความมั่นใจได้ว่าเอกชนผู้ขอนั้นมีความตั้งใจที่จะประกอบธุรกิจและการวางแผนที่ดีสำหรับประกอบธุรกิจอันเป็นผลโดยตรงแล้ว ยังทำให้รัฐสามารถประเมินความสามารถและมองเห็นทิศทางของการประกอบธุรกิจของอุตสาหกรรมดาวเทียมได้ อันอาจมีผลโดยตรงต่อการพัฒนาเศรษฐกิจหรือการออกนโยบายของรัฐในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับดาวเทียมจากแผนการประกอบการของโครงการหลาย ๆ แผนอีกด้วย

การกำหนดให้ใบอนุญาตสามารถโอนหรือขายกันได้

การกำหนดให้ใบอนุญาตสามารถโอนหรือขายกันได้นั้นเกิดขึ้นเพื่อให้เกิดผู้ประกอบการรายใหม่ในวงการประกอบธุรกิจดาวเทียมและนำไปสู่การแข่งขันที่มีกลยุทธ์ที่หลากหลายมากขึ้น ภายใต้ความเชื่อมั่นของรัฐว่าในท้ายที่สุดแล้ว ผู้ประกอบการดาวเทียมที่มีความสามารถและความแข็งแกร่งทั้งในเรื่องนโยบาย เงินทุนและการดำเนินธุรกิจที่แท้จริงเท่านั้นที่จะสามารถประกอบกิจการต่อไปได้

นอกจากความยุติธรรมและความรวดเร็วอันเป็นข้อได้เปรียบของรูปแบบการออกใบอนุญาตฯ โดยอาศัยหลักการมาก่อนได้ก่อนแล้ว เมื่อเทียบกับรูปแบบการออกใบอนุญาตฯ หรือกระบวนการคัดเลือกด้วยวิธีอื่น เช่น การประมูล การจับฉลาก การคัดเลือกโดยอาศัยหลักการมาก่อนได้ก่อนนั้นเกิดผลดีต่อเอกชนผู้ขอมากกว่าในแง่ของการประเมินต้นทุน ค่าใช้จ่ายและการคาดการณ์ผลประโยชน์ประกอบการ เนื่องจากการคัดเลือกด้วยวิธีนี้รัฐจะเป็นผู้กำหนดคุณสมบัติที่ชัดเจนว่าผู้ขออนุญาตแบบใดที่รัฐจะพิจารณาให้ได้รับใบอนุญาต อีกทั้งในแง่ผลประโยชน์ของรัฐ การใช้รูปแบบตามหลักการมาก่อนได้ก่อนนั้น เป็นการลดภาระของรัฐในการพิจารณาคุณสมบัติ (เมื่อเทียบกับรูปแบบการคัดเลือกแบบเปรียบเทียบคุณสมบัติ หรือแบบจับฉลาก) เนื่องจากรัฐเพียงพิจารณาตามคุณสมบัติที่ตนเองกำหนดเท่านั้นว่าเอกชนผู้ขอมีคุณสมบัติครบถ้วนหรือไม่ นอกจากนั้นด้วยรูปแบบการคัดเลือกแบบหลักการมาก่อนได้ก่อน ยังจะทำให้อุตสาหกรรมดาวเทียมของรัฐมีความแข็งแกร่งซึ่งนำไปสู่การพัฒนาเศรษฐกิจของรัฐให้มีความมั่นคง เนื่องจากมีความชัดเจนในด้านการกำหนดกฎเกณฑ์การคัดเลือกและการใช้ระยะเวลาพิจารณาที่น้อย จะทำให้เอกชนผู้ขอสามารถประเมินแนวทางการประกอบธุรกิจที่ชัดเจนว่าจะต้องมีการลงทุนในธุรกิจมากน้อยเพียงใดและความชัดเจนนี้ก็จะนำไปสู่ความกล้าที่จะเข้าลงทุนในธุรกิจดาวเทียมนั่นเอง

ตัวอย่างประเทศที่เลือกใช้หรือเคยใช้รูปแบบหลักการมาก่อนได้ก่อน

ประเทศสหรัฐอเมริกา

ในปีค.ศ. 1963 ภายหลังจากการปล่อยหรือส่งดาวเทียมสื่อสาร Syncom II ซึ่งถือเป็นเหตุการณ์ที่พิสูจน์ว่าดาวเทียมสื่อสารไม่ใช่เรื่องไกลตัว แต่กลับเป็นเรื่องที่สามารถเกิดขึ้นได้และมีค่าใช้จ่ายที่น้อยกว่าการประกอบกิจการระบบการสื่อสารประเภทอื่นที่มีอยู่เดิมในขณะนั้นเมื่อเทียบกับผลประโยชน์ที่ได้รับ หรืออาจกล่าวได้ว่ายุคใหม่ของการสื่อสารได้เกิดขึ้นแล้ว เมื่อมีความเปลี่ยนแปลงในยุคสมัยเกิดขึ้น เดิมที่รัฐเท่านั้นจะเป็นเจ้าของและเป็นผู้บริหารจัดการดาวเทียม เอกชนก็เริ่มมีความต้องการที่จะประกอบธุรกิจดาวเทียมสื่อสาร หน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการจัดสรรคลื่นความถี่ของสหรัฐอเมริกาในสมัยนั้นคือ Federal Communications Commission (“F.C.C”) จึงเริ่มการพิจารณาว่าตนเองนั้นมีสิทธิที่จะออกใบอนุญาตหรือไม่ และการพิจารณาการออกใบอนุญาตนี้ถือได้ว่าเป็นจุดเริ่มต้นของการพิจารณาการใช้งานอวกาศได้ในเชิงเสรี (“Open Skies policy”)⁸

จนกระทั่งในปีค.ศ. 1970 ภายหลังจากการพิจารณานโยบายการเข้าถึงการใช้งานอวกาศของเอกชนแล้ว F.C.C ก็ได้ออกหลักเกณฑ์ชื่อว่า Establishment of Domestic Communication-Satellite Facilities by Non-Governmental Entities (Domsat I) และเพื่อให้หลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้บรรลุผล F.C.C ยังได้ทำการพิจารณาประเด็นที่เกี่ยวข้องกับหลักเกณฑ์จำนวน 2 ประเด็นคือ F.C.C นั้นเป็นองค์กรที่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะกำกับดูแลโครงสร้างและการใช้งานของระบบ Domsat I หรือไม่ และหาก F.C.C เป็นผู้มีอำนาจแล้วจะอย่างไรให้สังคมได้รับผลประโยชน์ส่วนรวมมากที่สุดเท่าที่สังคมสมควรได้รับ

โดยในการพิจารณาประเด็นองค์กรที่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะกำกับดูแลโครงสร้างและการใช้งานของระบบ Domsat I นั้น F.C.C ได้วิเคราะห์และอาศัย Federal Communications Act of 1934 ซึ่งมีหลักการสำคัญจำนวน 3 หลักการได้แก่ ประการที่หนึ่งหากเอกชนต้องการประกอบธุรกิจสถานีวิทยุจะต้องขออนุญาตจาก F.C.C ประการที่สองสถานีวิทยุคือสถานีซึ่งเป็นเครื่องมือสำหรับประกอบกิจการวิทยุสื่อสาร (Radio communications) และประการที่สามวิทยุสื่อสาร หมายถึงการสื่อสารทางวิทยุด้วยข้อความ, สัญลักษณ์, สัญญาณ, รูปภาพและเสียงทั้งหลาย ไม่ว่าจะเป็นการรับ การส่งและการส่งต่อของการสื่อสารนั้น เป็นจุดพิจารณาที่ทำให้สามารถกล่าวได้ว่าดาวเทียมสื่อสาร (Telecommunication satellite) อยู่ในอำนาจพิจารณาของ F.C.C โดยถือว่าดาวเทียมสื่อสารนั้นคือสถานีวิทยุที่คอยรับและคอยส่งสัญญาณวิทยุ

และสำหรับประเด็นผลประโยชน์ของสังคมนั้น F.C.C ได้อธิบายไว้ใน Domestic Communication-Satellite Facilities by Non-Governmental Entities (Domsat II) ว่ากลไกที่จะทำให้เกิดการพัฒนาาระบบเทคโนโลยีดาวเทียมคือการใช้นโยบายต่อการอวกาศในเชิงเสรีหรือการพิจารณาการใช้งานอวกาศได้ในเชิงเสรี (Open Skies policy) หรือก็คือการที่เอกชนสามารถที่จะยื่นคำขอเพื่อประกอบกิจการดาวเทียมได้หากว่าตนเองมีความพร้อมที่จะประกอบธุรกิจ และในการนี้เองก็เป็นที่มาในครั้งที่ประเทศสหรัฐอเมริกาปฏิเสธการใช้หลักการเปรียบเทียบคุณสมบัติ (Comparative Hearing) เนื่องจากหลักการดังกล่าวไม่สามารถตอบโจทย์ที่ประเทศต้องการได้ เพราะการเปรียบเทียบคุณสมบัติจะลดโอกาสการเข้าถึงเทคโนโลยี การจัดการและการใช้ข้อมูลต่าง ๆ ในฐานะที่เป็นแหล่งข้อมูลการสื่อสารใหม่ ต่อมาในปีค.ศ. 1981 ปรากฏหลักฐานตามเอกสาร *In the Matter of Assignment of Orbital Locations to Space Stations in the Domestic Fixed-Satellite Service* (Orbit Deployment Plan) ว่ามีเอกชนจำนวนมากที่ทำการยื่นขอประกอบกิจการดาวเทียมจนกระทั่งจำนวนคำขอมิมากกว่าจำนวนวงโคจรที่ได้รับจัดสรรซึ่ง F.C.C ก็ได้มีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยการแก้ไขในส่วนเงื่อนไขการเพิ่มดาวเทียม อย่างไรก็ตามปัญหาจำนวนคำขอมิมากกว่าหรือเต็มวงโคจรก็ยังคงอยู่ จนกระทั่งปีค.ศ. 1985 ก็มีเสนอทางเลือกต่อ F.C.C จำนวน 5 ประการคือประการที่หนึ่งการกำหนดหลักเกณฑ์สำหรับผู้ขออนุญาตรายใหม่ ประการที่สองการกำหนดหลักเกณฑ์สำหรับการจัดทำ

⁸ Michael S. Straubel, “Telecommunication Satellites and Market Forces : How Should the Geostationary Orbit Be Regulated by the F.C.C.,” *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Vol. 17, No 3, 205, pp.205 – 206, (1992).

เครือข่าย ประการที่สามารถเปลี่ยนแปลงการคัดเลือกเป็นรูปแบบตามหลักการเปรียบเทียบคุณสมบัติ (Comparative Hearing) ประการที่สี่การเปลี่ยนแปลงการคัดเลือกเป็นรูปแบบตามหลักการจับฉลาก (Lotteries) และประการที่ห้าการเปลี่ยนแปลงการคัดเลือกเป็นรูปแบบตามหลักการประมูล (Auction)⁹

จากปัญหาที่พบบ่อยระหว่างการพิจารณาให้อนุญาตการประกอบกิจการด้วยรูปแบบต่าง ๆ ที่ไม่มีประสิทธิภาพ ในทางปฏิบัติและการถูกกล่าวหาในเรื่องการเอื้อประโยชน์ต่อเอกชนรายใดรายหนึ่งเป็นพิเศษจากการประมูล ทำให้ต่อมาในปี 2003 F.C.C ได้ออกเอกสารชื่อ First Report Order and Further Notice of Proposed Rulemaking in IB Docket No. 02-34, and Report and Order IB Docket No. 02-54 โดยระบุเปลี่ยนแปลงรูปแบบการพิจารณาการออกใบอนุญาตสำหรับดาวเทียมออกเป็น 2 รูปแบบคือสำหรับดาวเทียมประเภท Geostationary satellites เช่นดาวเทียมสื่อสาร จะมีรูปแบบการพิจารณาแบบหลักการมาก่อนได้ก่อน (First come, First served: FCFS) หรือหากเป็นดาวเทียมประเภท Non- Geostationary satellites ก็จะใช้ระบบ Processing round พร้อมเพิ่มหลักเกณฑ์สำหรับการขอใบอนุญาต 3 ประการคือประการที่หนึ่งการกำหนดให้มีการวางหลักประกันการประกอบกิจการ ประการที่สองการกำหนดให้มีแผนการประกอบกิจการของโครงการ และประการที่สามการกำหนดให้ใบอนุญาตสามารถโอนหรือขายกันได้ เพื่อให้การประกอบธุรกิจดาวเทียมนั้นมีแต่ผู้ประกอบการที่มีความตั้งใจ มีความสามารถที่จะดำเนินกิจการ และยังคงอยู่ภายใต้ความเสียดคล้องตามหลักการพื้นฐานเดิมที่ต้องการให้การใช้งานดาวเทียมเกิดขึ้น นอกจากนี้แล้วประเทศสหรัฐอเมริกายังได้กำหนดกฎหมายให้เรื่องการห้ามนำวิธีการประมูลมาใช้กับกิจการดาวเทียมที่ให้บริการในระดับนานาชาติ เพื่อหลีกเลี่ยงการใช้การประมูลที่อาจกระทบต่อการพัฒนาการสื่อสารของสังคมโลกอีกด้วย¹⁰

นอกจากประเทศสหรัฐอเมริกาที่ใช้รูปแบบการพิจารณาแบบหลักการมาก่อนได้ก่อน (First come, First served: FCFS) แล้วยังมีประเทศอื่น ๆ ที่ใช้รูปแบบเช่นเดียวกันนี้ เช่น ประเทศแคนาดา ประเทศบาร์เบโดส ประเทศลักเซมเบิร์ก เป็นต้น

1.2 หลักการประมูล (Auction)

หลักการประมูล (Auction) หมายถึงการเสนอราคาหรือบริการเพื่อแข่งขันกันระหว่างผู้ประกอบการภายในช่วงเวลาที่กำหนด ซึ่งรูปแบบการประมูลนี้มักเกิดขึ้นเมื่อความต้องการของตลาดมีมากกว่าทรัพยากรภายในตลาด เนื่องจากทรัพยากรมีอยู่อย่างจำกัด ซึ่งรัฐจะพิจารณาการให้อนุญาตจากเอกชนที่มีการเสนอราคาเข้ามาแข่งขันสูงสุด ดังนั้นโดยหลักการแล้วการประมูลจึงเป็นรูปแบบวิธีการของการอนุญาตที่มีแนวโน้มจะสะท้อนคุณค่าของการประกอบธุรกิจดาวเทียมได้ดีที่สุด เนื่องจากผู้ประกอบการที่มองเห็นถึงความคุ้มค่าของกิจการ ก็ย่อมที่จะการลงทุนและยอมที่จะเสนอราคาที่ตนเองมั่นใจว่าตนจะเป็นผู้ชนะการประมูลอย่างแน่นอน

ดังนั้นผู้ประกอบการที่จะเข้าร่วมประมูลจึงควรพิจารณาและคาดการณ์สถานการณ์ของตนเองโดยการประเมินตนเองก่อนการประมูลและคาดการณ์ไปถึงสถานการณ์หลังการประมูล ความคุ้มค่าเมื่อได้รับใบอนุญาต แนวโน้มของเศรษฐกิจ ตลอดจนการจัดสรรการเงินและแผนการพัฒนาธุรกิจของตนเองให้ดี เพราะการประมูลนั้นเป็นรูปแบบการให้อนุญาตที่ไม่แน่นอน

นอกจากความยุติธรรมและโปร่งใสอันอาจเกิดการใช่วิธีการประมูลแล้ว ในแง่ของผลประโยชน์ของรัฐนั้นการประมูลของเอกชนในแต่ละครั้งจะทำให้รัฐได้รับรายได้ตามจำนวนที่สมควรได้รับ เนื่องจากโดยหลักการแล้วเอกชนย่อมแข่งขันกันเพื่อให้ได้มาซึ่งผลที่ตนเห็นว่าคุ้มค่า ดังนั้นแนวโน้มของการเสนอราคาจึงเป็นการเสนอราคาตามมูลค่าที่ถือว่าคุ้มค่าและสูงสุดที่สุดเท่าที่เอกชนที่มีคุณสมบัติครบถ้วนจะเสนอและพร้อมที่จะลงทุนเพื่อให้ได้มาซึ่งผล (ในที่นี้คือสิทธิในการแสวงหาประโยชน์จากการประกอบธุรกิจดาวเทียม)

⁹ *Ibid*, p.219.

¹⁰ คณะกรรมการติดตามและประเมินผลการปฏิบัติงาน กสทช., การศึกษาระบบกฎหมายเพื่อการอนุญาตประกอบกิจการดาวเทียมเพื่อการสื่อสาร. (กรุงเทพมหานคร : สถาบันเพื่อการวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), น.75.

อย่างไรก็ดีเพื่อให้เกิดประโยชน์ดังที่กล่าวข้างต้น รัฐก็มีหน้าที่ที่จะต้องวิเคราะห์ถึงเงื่อนไขและหลักเกณฑ์การประมูลด้วยว่าแท้จริงแล้วหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมกับการประมูลซึ่งอาจเป็นเรื่องการกำหนดจำนวนผู้เข้าประมูล หรือการกำหนดคุณสมบัติของผู้เข้าประมูลเพื่อให้เกิดสภาวะของการแข่งขันมากที่สุด อีกทั้งยังต้องสร้างความเข้าใจให้แก่เอกชนทราบเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนก่อนการประมูล เนื่องจากเดิมแล้วโดยหลักการประมูลนั้นเป็นเรื่องที่ไม่แน่นอน ดังนั้นหากผู้เข้าประมูลขณะการประมูลทั้งที่ตนขาดความรู้และความเข้าใจก็จะทำให้เกิดความเสียหายต่อรัฐหรือบุคคลต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องได้ นอกจากนี้แล้วหลักเกณฑ์การประมูลก็ควรจะมีที่เหมาะสม เนื่องจากหากหลักเกณฑ์การประมูลมีความยากมากเกินไปทำให้ผู้ประกอบการรายน้อยเท่านั้นที่จะมีสิทธิเข้าประมูลก็จะเท่ากับเป็นการปิดกั้นการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นการเอื้อประโยชน์ให้ผู้ประกอบการหรือกลุ่มทุนที่มีเงินทุนมากจนท้ายที่สุดการประมูลก็ไม่ได้สะท้อนราคามูลค่าที่แท้จริง ในทางตรงข้ามหากหลักเกณฑ์การประมูลมีความง่ายมากเกินไปผู้ประกอบการรายต่าง ๆ ก็จะพากันเข้าประมูลโดยไม่ได้ประเมินความรู้ความเชี่ยวชาญของตนและอาจนำไปสู่ปัญหาการแสวงหาประโยชน์จากการใช้ดาวเทียมได้ในอนาคต

ตัวอย่างประเทศที่เลือกใช้หรือเคยใช้รูปแบบหลักการประมูล

ประเทศมาเลเซีย

ในปีค.ศ. 1996 ประเทศมาเลเซียได้ส่งดาวเทียมขึ้นไปโคจรครั้งแรกชื่อ MEASAT-1 และ MEASET-2 โดยโครงการส่งดาวเทียมนี้อยู่ในความรับผิดชอบของ MEASAT (Malaysia East Asia Satellite) ซึ่งรูปแบบการพิจารณาการอนุญาตประกอบกิจการดาวเทียมนั้นตาม Communication and Multimedia Act 1998 ของประเทศมาเลเซียมีการบริหารจัดการถึง 3 รูปแบบ คือการกำหนดราคาตายตัว (Fixed price) การประมูล (Auction) และการพิจารณาคุณสมบัติ (Tender หรือ Beauty Contest)

ประเทศบราซิล

ประเทศบราซิลจะนำสิทธิในการแสวงหาประโยชน์จากคลื่นความถี่และวงโคจรที่ได้รับการจัดสรรจาก ITU มาจัดสรรให้กับเอกชนโดยวิธีการประมูล (Auction) ซึ่งจะมีหลักเกณฑ์ที่กำหนดเป็นการทั่วไป และผู้ที่ชนะการประมูลก็จะมีระยะเวลาที่ถูกจำกัดให้ต้องปฏิบัติตามขั้นตอนต่าง ๆ อย่างเคร่งครัด

นอกจากประเทศมาเลเซียและประเทศบราซิลที่ใช้รูปแบบการพิจารณาแบบหลักการประมูล (Auction) แล้ว ยังมีประเทศอื่น ๆ ที่ใช้รูปแบบเช่นเดียวกันนี้ เช่น ประเทศเม็กซิโก เป็นต้น

1.3 หลักการเปรียบเทียบคุณสมบัติ (Comparative Hearing)

หลักการเปรียบเทียบคุณสมบัติ (Comparative Hearing) นั้นเป็นหลักการซึ่งรัฐใช้เปรียบเทียบความพร้อมของผู้ประกอบการทั้งหลายว่าผู้สมัครรายใดจะมีความเหมาะสมต่อการได้รับใบอนุญาต ซึ่งการพิจารณาจากการเปรียบเทียบคุณสมบัตินี้โดยหลักการแล้วจะทำให้ผู้ประกอบการทั้งหลายพัฒนาตนเองให้ดีขึ้นอยู่เสมอทั้งในเรื่องนโยบายและการประกอบธุรกิจ

อย่างไรก็ดีหลักการเปรียบเทียบคุณสมบัตินี้ก็ยังมีข้อเสียในขั้นตอนการพิจารณาและออกใบอนุญาตประการที่หนึ่งการพิจารณามีค่าใช้จ่ายสูงและต้องใช้เวลาที่ยาวนาน ประการที่สองผู้ที่ได้รับใบอนุญาตเดิมมีแนวโน้มที่จะโต้แย้งการพิจารณาคุณสมบัติของผู้ประกอบการรายใหม่ อาทิ ประสพการณ์การประกอบธุรกิจ จนทำให้โอกาสที่ผู้ประกอบการรายใหม่จะเข้ามาในอุตสาหกรรมหรือได้รับการคัดเลือกนั้นน้อยลง ประการที่สามความสามารถในการกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาของผู้มีอำนาจพิจารณา และประการที่สี่หากในท้ายที่สุดแล้วกำหนดให้มีการโอนหรือขายใบอนุญาตได้ ผู้ที่ได้รับใบอนุญาตกับผู้ประกอบการภายใต้ใบอนุญาตนั้นก็อาจเป็นคนละบุคคลซึ่งก็ทำให้การพิจารณาคุณสมบัติเพื่อออกใบอนุญาตตั้งแต่เริ่มแรกนั้นไม่มีผลและเสียเปล่า¹¹

ตัวอย่างประเทศที่เลือกใช้หรือเคยใช้รูปแบบหลักการเปรียบเทียบคุณสมบัติ

ประเทศสหรัฐอเมริกา

¹¹ Ted Stevens, “Regulation and Licensing of Low-Earth-Orbit Satellites,” *Santa Clara High Technology Law Journal*, Vol. 10, No. 5, 401, pp. 409 – 410, 413 – 418 (1994)

ในช่วงยุค 1990s F.C.C เคยใช้ระบบการคัดเลือกโดยการเปรียบเทียบคุณสมบัติ (Comparative Hearing) และการจับฉลาก (Lotteries) สำหรับการออกใบอนุญาตให้ประกอบกิจการและให้บริการวิทยุสื่อสาร (Radio communications) เพื่อแก้ไขปัญหาของผู้ประกอบการในเรื่องความกังวลเกี่ยวกับความไม่แน่นอนว่าจะได้รับใบอนุญาตหรือไม่ (เทียบกับหลักการประมูลซึ่งมีความไม่แน่นอนที่มากกว่า) โดย F.C.C ได้ออกกฎเกณฑ์ “Pioneer’s preference” ซึ่งเป็นหลักการที่พยายามสร้างความเชื่อมั่นต่อเอกชนผู้ขอในการลงทุนศึกษาและพัฒนาบริการและเทคโนโลยีใหม่ ผ่านการคัดเลือกที่ไม่ต้องมีการแข่งขัน¹² จนกระทั่งในปี 1993 รัฐสภาได้มีการแก้ไข Communications Act of 1934 ซึ่งเป็นผลให้ F.C.C ต้องกลับมาพิจารณากระบวนการคัดเลือกสำหรับการออกใบอนุญาตอีกครั้งว่าจะยังคงระบบการเปรียบเทียบคุณสมบัติ (Comparative Hearing) ไว้ จะแก้ไขระบบหรือจะยกเลิกระบบดังกล่าวนี้

สำหรับระบบการคัดเลือกโดยการเปรียบเทียบคุณสมบัติ (Comparative Hearing) ที่ประเทศสหรัฐอเมริกาเคยใช้นั้น เป็นระบบที่โดยหลักหาก F.C.C เห็นว่าการอนุญาตนั้นจะทำให้เกิดผลประโยชน์ต่อรัฐ (Public interest) มีความเหมาะสมและความจำเป็น F.C.C ก็จะอนุญาตหรือหากเอกชนผู้ขอเห็นว่าการพิจารณาของ F.C.C ไม่ถูกต้อง เอกชนผู้ขอก็มีสิทธิที่จะรับฟังและอาจโต้แย้งการพิจารณานั้นได้ก่อนที่คำขอของตนจะถูกปฏิเสธ ซึ่งการเปิดโอกาสให้โต้แย้งนี้ก็สอดคล้องกับหลักการตาม Communications Act ที่กำหนดให้การขอใบอนุญาตเพื่อให้ได้สิทธิในใบอนุญาตใด ๆ ต้องเกิดจากการเปรียบเทียบ และผู้ขอมีสิทธิที่จะรับฟังก่อนที่คำขอของตนจะถูกปฏิบัติตามคำกล่าวที่ว่า “Without a hearing to both deprives the loser of the opportunity which Congress chose to give him.”

1.4 หลักการจับฉลาก (Lotteries)

หลักการจับฉลาก (Lotteries) เป็นหลักการซึ่งรัฐได้ให้อำนาจหน่วยงานที่มีหน้าที่กำกับดูแล ออกใบอนุญาตโดยการจับฉลาก โดยมองว่าเป็นวิธีการที่ยุติธรรมมากที่สุดในทางทฤษฎี อย่างไรก็ตามการออกใบอนุญาตด้วยวิธีการจับฉลากนั้นในทางปฏิบัติแล้วเป็นวิธีการที่ไม่เหมาะสมอย่างยิ่งเนื่องจากการจับฉลากไม่สามารถตอบโจทย์ในแง่ผู้ประกอบการที่ดีที่สุด (เมื่อเทียบกับการเปรียบเทียบคุณสมบัติหรือหลักการมาก่อนได้ก่อน) ไม่สามารถตอบโจทย์ในเรื่องความคุ้มค่าของราคา (เมื่อเทียบกับการประมูล)

ดังเช่นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาเมื่อครั้งรัฐสภาออกกฎหมายให้อำนาจ F.C.C สามารถที่จะใช้วิธีการจับฉลากในการพิจารณาคัดเลือกผู้ที่ได้รับใบอนุญาต โดยปรากฏว่าแม้ค่าใช้จ่ายในการยื่นคำขอจะมีจำนวนน้อยเมื่อเทียบกับวิธีการอื่น ๆ แต่ใบอนุญาตที่ได้รับกลับมีมูลค่าที่สูงมาก กอปรกับ F.C.C ไม่ได้มีการกำหนดจำนวนรวมของฉลาก หรือจำนวนฉลากที่เอกชนรายหนึ่ง ๆ สามารถยื่นคำขอได้ ทำให้ท้ายที่สุดค่าใช้จ่ายในการบริหารจัดการสำหรับการจับฉลากของรัฐนั้นเพิ่มมากขึ้น (Application mills) เพราะเอกชนรายหนึ่ง ๆ นั้นยื่นคำขอเพื่อจับฉลากเป็นจำนวนมาก

ตัวอย่างประเทศที่เลือกใช้หรือเคยใช้รูปแบบหลักการจับฉลาก

ประเทศสหรัฐอเมริกา

ในปีค.ศ. 1982 รัฐสภาออกกฎหมายให้อำนาจ F.C.C ให้สามารถพิจารณาคัดเลือกและออกใบอนุญาตให้กับเอกชนผู้ขอได้ด้วยวิธีการสุ่ม (Random selection) และมองว่าการจับฉลากคือตัวอย่างของการ “คัดเลือกที่ยุติธรรมและสมบูรณ์” ซึ่งแนวคิดดังกล่าวนี้มาจากความเชื่อที่ไม่มีหลักเกณฑ์ใดที่จะให้ผลดีและถูกต้อง ดังนั้นแทนที่จะมองหาผลที่ถูกต้องและยุติธรรมที่สุด ก็จงปฏิบัติต่อทุกคนเป็นอย่างเดียวกันโดยไม่จำต้องคำนึงถึงความแตกต่างของแต่ละ

¹² In the Matter of Qualcomm Incorporated Petition for Waiver of Certain Terms and Conditions of its Auction Discount Voucher, Petition of Qualcomm (filed November 27, 2002) (Qualcomm Waiver Petition). น.2 อ้างถึง Establishment of Procedures to Provide a Preference to Applicants Proposing an Allocation for New Services, GEN Docket No.9-217, Report and Order, 6 FCC Rcd 3488, 3489, 3492 (1992) (Pioneer’s Preference Order).

บุคคล อย่างไรก็ตามภายหลังจากการพิจารณาด้วยวิธีการจับฉลาก ภาคเอกชนเริ่มมีข้อกังวลเกี่ยวกับการได้รับใบอนุญาตของตน เนื่องจากการจับฉลากนั้นเป็นการสุ่ม ซึ่งปฏิบัติต่อผู้ยื่นคำขอทุกรายบนมาตรฐานเดียวกัน ไม่ได้มีการปฏิบัติที่แตกต่างสำหรับผู้ที่แตกต่างกัน ซึ่งอาจทำให้เอกชนที่มีการลงทุนและพัฒนาเทคโนโลยีจริงเสียหาย F.C.C จึงมีการออกกฎเกณฑ์ “Pioneer’s preference” เพื่อลดความกังวลและปัญหาของเอกชนในขณะนั้น

Pioneer’s Preference Rule

Pioneer’s Preference Rule หมายถึง การที่ผู้ยื่นคำขอที่สามารถแสดงผลงานและแผนต่อหน่วยงานของรัฐว่าตนเองได้มีการศึกษาและพัฒนาระบบบริการการสื่อสาร ตลอดจนเทคโนโลยีใหม่จะได้รับการคัดเลือกและได้รับใบอนุญาตโดยไม่ต้องมีการจับฉลากหรือการประมูล

โดยวัตถุประสงค์หลักของ Pioneer’s Preference Rule ก็คือเพื่อกระตุ้นให้ผู้ประกอบการทั้งรายเดิมในปัจจุบันและผู้ประกอบการรายใหม่ (Innovators) ยื่นคำขอเพื่อออกใบอนุญาตประกอบกิจการ ลดความไม่แน่นอนที่จะเกิดขึ้นกับผู้ประกอบการ อีกทั้งยังเป็นการส่งเสริมให้ผู้ลงทุนทั้งหลาย (Investors) มีแรงจูงใจที่จะสนับสนุนทางการเงิน¹³ อย่างไรก็ตามใบอนุญาตที่ได้รับจากการพิจารณาโดยหลัก Pioneer’s Preference Rule นี้จะไม่สามารถโอนหรือขายได้ อย่างไรก็ตามในการนำ Pioneer’s Preference Rule มาใช้นั้น อาจสร้างความไม่พอใจต่อผู้ประกอบการ เนื่องจากผู้ประกอบการอาจมองว่าการผลักดันให้เกิดเทคโนโลยีดังกล่าวนี้สร้างภาระมากเกินไป ส่งผลให้ F.C.C กำหนดให้การยื่นคำขอใบอนุญาตภายใต้หลักเกณฑ์นี้ต้องทำภายในระยะเวลาที่เหมาะสม

1. ปัญหาว่าด้วยรูปแบบการบริหารจัดการดาวเทียมสื่อสารของไทย

จากการศึกษาค้นคว้าตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับดาวเทียมสื่อสารโดยตรง อีกทั้งกฎหมายว่าด้วยกิจกรรมอวกาศก็ยังไม่อยู่ในขั้นตอนการพิจารณาจึงมิได้ตราเป็นตัวบทกฎหมายที่ชัดเจน ส่งผลให้ต้องใช้พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 ในการพิจารณาการอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่ โดยในอดีตการกำหนดให้การอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่สามารถกระทำได้ด้วยวิธีการประมูล (Auction) เท่านั้นตามมาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553¹⁴

ซึ่งการที่กฎหมายเปิดโอกาสให้หน่วยงานของรัฐ (กสทช.) พิจารณาดำเนินการเป็นอย่างอื่นไม่ได้นอกจากการเปิดประมูลโดยไม่มีข้อยกเว้นนั้นไม่สอดคล้องกับกับการประกอบกิจการดาวเทียม ซึ่งนำไปสู่การสร้างความเสียเปรียบแก่ผู้ประกอบการไทยในตลาดระหว่างประเทศเพราะคู่แข่งในตลาดระหว่างประเทศนั้นไม่มีต้นทุนในเรื่องการประมูล¹⁵ และความไม่สอดคล้องในทางปฏิบัติของไทยไม่ว่าจะเป็น

ทางปฏิบัติที่รัฐอนุญาตให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการในนามของรัฐแสวงสิทธิในคลื่นความถี่และตำแหน่งวงโคจรตามขั้นตอนของ ITU เอง ซึ่งทำให้เมื่อรัฐได้สิทธินั้นมาแล้วเอกชนผู้ประกอบการดังกล่าวก็สมควรเป็นผู้ใช้ประโยชน์ในสิทธิดังกล่าวต่อไป¹⁶

¹³ Ted Stevens, *supra note 11*, p.415.

¹⁴ พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 (“พ.ร.บ กสทช.”) มาตรา 45 วรรคแรก (เดิม) บัญญัติว่า “มาตรา 45 ผู้ใดประสงค์จะใช้คลื่นความถี่เพื่อกิจการโทรคมนาคมต้องได้รับใบอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งต้องดำเนินการโดยวิธีการประมูลคลื่นความถี่ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการระยะเวลาและเงื่อนไขที่ กสทช. ประกาศกำหนด โดยให้นำความในมาตรา 41 วรรคสี่ และวรรคเจ็ดมาใช้บังคับโดยอนุโลม และเงินที่ได้จากการประมูลเมื่อหักค่าใช้จ่ายแล้วให้ส่งเข้าเป็นรายได้แผ่นดิน”.

¹⁵ ประเสริฐ ป้อมป้องศึก, “วงโคจรค้างฟ้า : ข้อพิจารณาทางกฎหมาย,” *วารสารนิติศาสตร์*, เล่ม 2, ปีที่ 43, น.407 - 408 (มิถุนายน 2557).

¹⁶ *เพ็งอ้าง*, น.408.

ในกรณีดาวเทียมต่างชาติ ผู้ประกอบการต่างชาติยอมใช้ประโยชน์จากสิทธิในคลื่นความถี่ที่ประเทศตนได้สิทธิ มาตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งอาจมีการใช้คลื่นความถี่เข้ามาในราชอาณาจักรไทยโดยที่ประเทศไทยไม่มีอำนาจ ในการบังคับประมุขคลื่นความถี่เหล่านั้น¹⁷

ในกรณีประเทศไทยไม่ได้ใช้สิทธิในคลื่นความถี่และตำแหน่งวงโคจรภายในระยะเวลาที่กำหนดจะทำให้ ประเทศไทยเสียสิทธินั้น ซึ่งทำให้ประเทศไทยต้องรักษาสิทธินั้นและในกรณีจำเป็นเช่นนี้การใช้วิธีการประมุขคลื่น ความถี่ก็อาจกลายเป็นอุปสรรคต่อการรักษาสิทธิของประเทศไทย¹⁸

จะเห็นได้ว่าการกำหนดให้ใช้วิธีการประมุขคลื่นความถี่นั้นมีความไม่เหมาะสมอย่างยิ่ง เนื่องจากทำให้เอกชน ผู้ประกอบการมีต้นทุนที่มากกว่าเอกชนผู้ประกอบการต่างประเทศ นอกจากนี้การประมุขนั้นยังมีความไม่แน่นอน ผู้ประกอบการไม่สามารถคาดการณ์ต้นทุนของตนเองได้รวมถึงหากผู้เข้าประมุขชนะการประมุข ทั้งที่ตนอาจขาด ความรู้และความเข้าใจก็จะทำให้เกิดความเสียหายต่อรัฐได้

จนกระทั่งต่อมาในปี.ศ. 2019 มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 45 เดิมเป็น “ผู้ใดประสงค์จะใช้คลื่นความถี่เพื่อ กิจการโทรคมนาคมต้องได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งต้องดำเนินการโดยวิธีการคัดเลือกโดยวิธีการประมุข คลื่นความถี่ เว้นแต่ในกรณีที่คลื่นความถี่เพียงพอต่อการใช้งานหรือนำไปใช้ในกิจการบางประเภทที่ไม่มีวัตถุประสงค์ เพื่อแสวงหากำไร ตามลักษณะและประเภทที่ กสทช. ประกาศกำหนดไว้ล่วงหน้า จะใช้วิธีการคัดเลือกอื่นก็ได้...”

ดังนั้นในปัจจุบัน กสทช. จึงสามารถออกหลักเกณฑ์สำหรับการประกอบกิจการดาวเทียมเป็นอย่างอื่น นอกเหนือจากการประมุขได้โดยอาศัยข้อยกเว้นในส่วนนี้ อย่างไรก็ตาม กสทช. จะกำหนดวิธีการอย่างไรอาจจะ ดำเนินการด้วยวิธีการใหม่ หรือใช้วิธีการประมุขแบบเดิมนั้นยังไม่แน่ชัด

ซึ่งในความเห็นของผู้ศึกษาเนื่องจากในปัจจุบันอุตสาหกรรมดาวเทียมมีการพัฒนาและแพร่กระจายไปทั่วโลก มีเทคโนโลยีที่พัฒนาขึ้นเพื่อให้ส่งเสริมให้กิจการดาวเทียมก้าวหน้านั้นมีอยู่และสามารถเข้าใจได้ง่ายขึ้นเมื่อเทียบกับในอดีต ระบบดาวเทียมที่เชื่อมโยงกันจะทำให้การเข้าถึงเทคโนโลยีในแขนงต่าง ๆ เกิดขึ้นได้ง่าย อีกทั้งยังเป็น อุตสาหกรรมที่ก่อให้เกิดรายได้ได้อย่างมหาศาล ดังนั้นในเบื้องต้นรัฐจึงควรให้ความสำคัญและสนับสนุนอุตสาหกรรม ดาวเทียมให้สามารถเข้าถึงอย่างแพร่หลายอย่างยุติธรรมและรวดเร็วที่สุด เพื่อให้เกิดระบบอุตสาหกรรมและการ แข่งขันกันในประเทศดังเช่นที่เคยเกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยในแต่ละรูปแบบของการคัดเลือกผู้ศึกษาเห็นว่า

ประการที่ 1 การคัดเลือกโดยหลักการมาก่อนได้ก่อน (First come, First served: FCFS)

ผู้ศึกษาเห็นว่า การคัดเลือกโดยหลักการมาก่อนได้ก่อน (First come, First served: FCFS) เป็นหลักการที่ ทำให้เกิดการแข่งขันได้ง่ายและรวดเร็วที่สุด เหมาะสำหรับประเทศที่ต้องการสนับสนุนให้เกิดตลาดของอุตสาหกรรม ดาวเทียม เนื่องจากการได้รับใบอนุญาตตามรูปแบบนี้สามารถเกิดขึ้นได้เพียงผู้ประกอบการ ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ให้ ครบถ้วน ซึ่งในมุมมองของภาคเอกชนการมีการกำหนดหลักเกณฑ์คุณสมบัติที่ชัดเจนแน่นอนจะทำให้เกิดความสะดวก ต่อการดำเนินการและการตัดสินใจประกอบกิจการ อีกทั้งในมุมมองของการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่รัฐก็จะเกิดมาตรฐาน ที่เท่าเทียมเนื่องจากการเปิดช่องให้ใช้ดุลพินิจน้อย

ประการที่ 2 การคัดเลือกโดยหลักการประมุข (Auction)

ผู้ศึกษาเห็นว่า การคัดเลือกโดยหลักการประมุข (Auction) เป็นหลักการที่ยุติธรรมและโปร่งใสอันเนื่องจาก การประมุข ผู้ประกอบการทั้งหลายที่มีสิทธิเข้าประกอบการย่อมจะต้องมีคุณสมบัติที่เหมือนกันและรัฐก็จะได้รับ ประโยชน์หรือรายได้จากการประมุขเทียบเท่ากับมูลค่าที่แท้จริง อย่างไรก็ตามในมุมมองของภาคเอกชนการประมุขนั้นมีความเสี่ยงและความไม่แน่นอน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของราคา ซึ่งอาจส่งผลให้ผู้ประกอบการรายใหม่ หรือ ผู้ประกอบการรายที่คิดว่า จะเข้ามาประกอบธุรกิจ ไม่เชื่อมั่นและกังวลใจทำให้บรรยากาศการแข่งขันอย่างเสรีและเป็น ธรรมเกิดขึ้นได้ยาก

¹⁷ เฟิงอ้วง, น.409.

¹⁸ เฟิงอ้วง, น.409.

ประการที่ 3 การคัดเลือกโดยหลักการเปรียบเทียบคุณสมบัติ (Comparative Hearing)

ผู้ศึกษาเห็นว่าหลักการคัดเลือกโดยหลักการเปรียบเทียบคุณสมบัติ (Comparative Hearing) เป็นวิธีการคัดเลือกที่ต้องอาศัยค่าใช้จ่ายสูงและระยะเวลาพิจารณาที่ใช้ระยะเวลายาวนานกว่าวิธีการคัดเลือกอื่น ๆ เนื่องจากการพิจารณาเปรียบเทียบคุณสมบัติเพื่อหาผู้ประกอบการรายที่มีความเหมาะสมมากที่สุด โดยการพิจารณานั้นเพื่อให้เกิดความโปร่งใสยังต้องมีหลักการโต้แย้งการพิจารณาประกอบเข้ากับการพิจารณา และการโต้แย้งการพิจารณาโดยหลักแล้วย่อมอาศัยระยะเวลาที่ยาวนาน กอปรกับการโต้แย้งการพิจารณาในกรณีดังกล่าวนี้เป็นเรื่อง การโต้แย้งการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐ ในเรื่องที่เป็นนามธรรมมากกว่ารูปธรรม ซึ่งทำให้เกิดความโปร่งใสได้ยากกว่าวิธีการอื่น

ประการที่ 4 หลักการจับฉลาก (Lotteries)

ผู้ศึกษาเห็นว่าแม้ในทางทฤษฎีแล้วการคัดเลือกโดยหลักการจับฉลาก (Lotteries) นั้นโดยธรรมชาติเป็นวิธีการที่ยุติธรรมสมบูรณ์เพราะมิได้มีการคำนึงถึงความไม่เท่าเทียม เงินทุนหรือความสามารถในการแข่งขันของผู้เข้าร่วมการจับฉลาก แต่สำหรับอุตสาหกรรมดาวเทียมนี้เป็นอุตสาหกรรมที่จำเป็นต้องอาศัยความรู้และความเชี่ยวชาญที่เป็นเฉพาะทางด้วย เพื่อให้เกิดการใช้ทรัพยากรที่คุ้มค่าที่สุดที่สุด ดังนั้นการคัดเลือกโดยวิธีการจับฉลากจึงไม่สอดคล้องกับความสามารถของผู้เข้าร่วมการจับฉลาก อีกทั้งยังก่อให้เกิดภาระกับรัฐในแง่ของการจัดการการจับฉลาก ตลอดจนภาระอันอาจเกิดขึ้นภายหลังจากการที่จับฉลากและได้ผู้ประกอบการที่ขาดความรู้ความสามารถทั้งในเรื่องการใช้ทรัพยากรให้เกิดความคุ้มค่า และความรับผิดชอบอันอาจเกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมในอวกาศ

ดังนั้นในมุมมองของผู้ศึกษาเห็นว่า จากการศึกษาประเทศไทยยังมีผู้ประกอบการดาวเทียมน้อยรายและแนวโน้มของภาคเอกชนที่จะเข้ามาแสวงหาประโยชน์จากการใช้งานคลื่นความถี่และวงโคจรดาวเทียมยังไม่เพิ่มขึ้น ซึ่งอาจเป็นผลมาจากการขาดการกำหนดหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจและคุณสมบัติที่แน่ชัด กอปรกับการกำหนดนโยบายการส่งเสริมอุตสาหกรรมดาวเทียมของภาครัฐที่ยังไม่แพร่หลาย ส่งผลให้บรรยากาศการแข่งขันของอุตสาหกรรมดาวเทียมภายในประเทศไม่เกิดขึ้น เมื่อเทียบกับประเทศที่สนับสนุนการประกอบกิจการอย่างเสรี ผู้ศึกษาจึงเห็นว่าในระยะแรกเริ่มประเทศไทยควรจะใช้ระบบการพิจารณาและคัดเลือกการให้ใบอนุญาตโดยใช้รูปแบบตามหลักการมาก่อนได้ก่อน (First come, First served: FCFS) เพื่อให้เกิดความแน่ชัดของคุณสมบัติและหลักเกณฑ์การพิจารณาการคัดเลือกของผู้ยื่นคำขอ ตลอดจนเพื่อให้เกิดการพิจารณาที่รวดเร็วจากการใช้ความสามารถของทรัพยากรบุคคล เช่น เจ้าหน้าที่รัฐที่มีอยู่อย่างจำกัดได้คุ้มค่าที่สุด อย่างไรก็ตามผู้ศึกษาเห็นว่าหลักการมาก่อนได้ก่อน (First come, First served: FCFS) นั้นจะช่วยส่งเสริมการศึกษาและพัฒนาเทคโนโลยีในเรื่องการสื่อสารผ่านดาวเทียมได้มากขึ้น หากใช้ร่วมกับ Pioneer's Preference Rule ทั้งนี้เพราะหลักการดังกล่าวจะช่วยกระตุ้นให้ภาคเอกชนทำการศึกษาค้นคว้าและพัฒนา (Research and Development) ในเทคโนโลยีการสื่อสารของประเทศเจริญก้าวหน้ามากยิ่งขึ้น

อย่างไรก็ดี Pioneer's Preference Rule นั้นแม้จะเป็นการสร้างประโยชน์ต่อสาธารณะในแง่ที่ทำให้ผู้ประกอบการเกิดการค้นคว้าพัฒนาเทคโนโลยี แต่ในด้านผู้ประกอบการเองแล้วอาจเป็นการสร้างภาระที่เพิ่มขึ้นจนกระทั่งทำให้ต้นทุนและความสามารถในการแข่งขัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแข่งขันกับผู้ประกอบการต่างชาติซึ่งอาจไม่อยู่หลักเกณฑ์ดังกล่าว ดังนั้นการใช้หลักการ Pioneer's Preference Rule จึงควรจะไปด้วยกฎเกณฑ์ที่เป็นการเอื้อประโยชน์ต่อผู้ประกอบการด้วย อาทิ ผู้ประกอบการอาจเสียค่าใบอนุญาตน้อยลง¹⁹ เป็นต้น

นอกจากนี้แล้วผู้ศึกษาควรจะมีการระบุนำข้อห้ามชัดเจนถึงการใช้วิธีการคัดเลือกด้วยการประมูลคลื่นความถี่ เพื่อป้องกันมิให้เกิดกรณีการจัดการประมูลคลื่นความถี่วงโคจรในอนาคตที่จะส่งผลต่อความชอบธรรมของสิทธิคลื่นความถี่ และเพื่อป้องกันมิให้อุตสาหกรรมดาวเทียมกีดกันผู้ประกอบการรายใหม่จากการกำหนดคุณสมบัติผู้เข้าประมูลที่เอื้อประโยชน์ต่อผู้ประกอบการรายเดิม

¹⁹ Ted Stevens, *supra* note 11, p.421.

บทสรุป

เพื่อให้เกิดการศึกษาและพัฒนาอุตสาหกรรมดาวเทียมภายในประเทศ รัฐจำเป็นต้องให้การสนับสนุนโดยออกนโยบายและหลักเกณฑ์ที่เป็นการส่งเสริมการประกอบกิจการ เนื่องจากอุตสาหกรรมดาวเทียมเป็นภาคอุตสาหกรรมที่เชื่อมโยงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและภาคเอกชนทั้ง 2 ฝ่าย ซึ่งหากอุตสาหกรรมดาวเทียมเปิดเสรีและมีความเจริญก้าวหน้าแล้ว เศรษฐกิจและความมั่นคงของรัฐก็ยิ่งแข็งแกร่งและเติบโตตามไปด้วย ดังนั้นการคัดเลือกโดยรูปแบบการออกใบอนุญาตซึ่งถือเป็นก้าวแรกที่จะชักนำเอกชนเข้าสู่อุตสาหกรรมจึงมีความสำคัญมาก รัฐจำเป็นต้องพิจารณาถึงสภาพของสังคมในปัจจุบัน เศรษฐกิจ ตลอดจนการพัฒนาแนวคิดในเรื่องการสื่อสารและความมั่นคงของรัฐ และตัดสินใจรูปแบบใดเหมาะสมกับรัฐมากที่สุด ซึ่งจากการพิจารณาลักษณะอุตสาหกรรมดาวเทียมของประเทศไทยพบว่ายังมีผู้เล่นน้อยราย กอปรกับแนวคิดที่อุตสาหกรรมดาวเทียมนั้นจะสามารถสร้างรายได้ได้อย่างมหาศาลต่อรัฐ อีกทั้งยังเป็นส่วนสำคัญต่อการพัฒนาเทคโนโลยีและความรู้ความสามารถของบุคลากรภายในประเทศ ดังนั้นตามความเห็นของผู้ศึกษาการคัดเลือกรูปแบบการออกใบอนุญาตจึงควรเลือกรูปแบบที่ทำให้เอกชนไม่ว่ารายเล็กหรือรายใหญ่สามารถเข้าถึงได้ง่ายและรวดเร็วก่อน โดยการเข้าถึงนี้จะต้องเป็นเป็นการเข้าถึงที่คำนึงถึงถึงการพัฒนาเทคโนโลยีและบุคลากรเป็นสำคัญ เพื่อให้เกิดอุตสาหกรรมดาวเทียมดังนั้นการใช้หลักการมาก่อนได้ก่อน (First come, First served : FCFS) ประกอบกับ Pioneer's Preference Rule จึงเหมาะสมที่สุด เนื่องจากสามารถตอบสนองความต้องการของทั้งภาครัฐและภาคเอกชน กล่าวคือ สำหรับภาครัฐก็จะทำให้สามารถจูงใจเอกชนให้เริ่มสนใจอุตสาหกรรมดาวเทียม เนื่องจากเข้าถึงได้ง่ายและเอกชนที่สนใจนั้นก็มีความตั้งใจที่จะพัฒนาเทคโนโลยีและในที่สุดก็จะส่งผลต่อความเจริญก้าวหน้าของเศรษฐกิจของประเทศ ในขณะที่สำหรับมุมมองของภาคเอกชน การกำหนดกฎเกณฑ์การอนุญาตที่แน่นอนนั้นจะทำให้เอกชนคลายความกังวลในการเข้าร่วมหรือเริ่มต้นกิจการในอุตสาหกรรมดาวเทียม เพราะนอกจากจะทำให้เอกชนสามารถวางแผนค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ก่อนการเข้าลงทุนแล้ว ยังทำให้เอกชนสามารถคาดการณ์ถึงความคุ้มค่าในการเข้าลงทุนและสามารถวางแผนทางภายหลังจากการเข้าลงทุนได้อีกด้วย

บรรณานุกรม

หนังสือ

คณะกรรมการติดตามและประเมินผลการปฏิบัติงาน กสทช. การศึกษาระบบกฎหมายเพื่อการอนุญาตประกอบกิจการดาวเทียมเพื่อการสื่อสาร. กรุงเทพมหานคร : สถาบันเพื่อการวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558.

ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช และคณะ. โครงการวิจัยเพื่อศึกษาแนวทางการยกร่างกฎหมายอวกาศและกิจการดาวเทียม. กรุงเทพมหานคร : สถาบันเพื่อการวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.

ภูมินทร์ บุตรอินทร์. ความรู้เบื้องต้นกฎหมายกับการประกอบกิจการโทรคมนาคม. ปทุมธานี : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562.

บทความ

ประเสริฐ ป้อมป้องศึก. “วงโคจรค้างฟ้า : ข้อพิจารณาทางกฎหมาย.” วารสารนิติศาสตร์. เล่ม 2. ปีที่ 43. (มิถุนายน 2557) : 381 – 411.

เอกสารประกอบการประชุมหรือสัมมนา

คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคม. “รายงานการประชุมคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคม.” ในการประชุมคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคม ครั้งที่ 22/2555. จัดโดยคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคม กรุงเทพมหานคร, 2555.

ARTICLES

Michael S. Straubel. “Telecommunication Satellites and Market Forces: How Should the Geostationary Orbit Be Regulated by the F.C.C.” North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation. 17. (1992) : 205 - 238.

Ted Stevens. “Regulation and Licensing of Low-Earth-Orbit Satellites.” Computer & High Technology Law Journal. 10. (January 1994) : 401 - 424.

การพัฒนากฎหมายของประเทศไทยเกี่ยวกับการส่งเสริมการจัดอัตรากำลังคนประจำเรือ การ
จ้างแรงงานคนประจำเรือ การฝึกอบรมและการออกประกาศนียบัตรสำหรับคนประจำเรือซึ่ง
ปฏิบัติหน้าที่บนเรือสำราญ

DEVELOPMENT OF LEGISLATION IN THAILAND REGARDING SHIPS' MANNING
PROMOTION, MARITIME LABOUR AND STANDARDS OF TRAINING,
CERTIFICATION FOR SEAFARERS ON CRUISE SHIPS

สุพรรณิ สวนอินทร์*
Supanee Suanin

บทคัดย่อ

เมื่อกล่าวถึงการส่งเสริมการประกอบกิจการเรือสำราญในประเทศไทย อาจเห็นได้ว่ามีประเด็นในทางกฎหมายที่สำคัญหลายประการ โดยบทความฉบับนี้ ผู้เขียนมุ่งศึกษาในเรื่องการส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาด้านกำลังคนประจำเรือสำราญ การจ้างแรงงานคนประจำเรือสำราญ รวมทั้งการฝึกอบรมและการออกประกาศนียบัตรของคนประจำเรือที่ทำงานบนเรือสำราญ โดยในปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวหลายฉบับ โดยในส่วนนี้จะกล่าวถึงกฎหมายจำนวน 2 ฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456 และพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ซึ่งอาจปรากฏให้เห็นปัญหาทางกฎหมายในลักษณะต่าง ๆ ทั้งในรูปแบบของการไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายในบางประเด็น การมีบทบัญญัติของกฎหมายที่ล้าสมัย ไม่เป็นไปตามมาตรฐานสากลและมีความไม่สอดคล้องตามอนุสัญญาและกฎหมายระหว่างประเทศ อันได้แก่อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยความปลอดภัยแห่งชีวิตในทะเล ค.ศ. 1974 และอนุสัญญาว่าด้วยแรงงานทางทะเล ค.ศ. 2006 ซึ่งประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีสมาชิกแล้ว

บทความฉบับนี้ มุ่งศึกษาในเรื่องการส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาด้านกำลังคนประจำเรือ การจ้างแรงงานคนประจำเรือ รวมทั้งการฝึกอบรมและการออกประกาศนียบัตรของคนประจำเรือที่ทำงานบนเรือสำราญของประเทศไทย สหราชอาณาจักร ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศไทย โดยนำบทบัญญัติของกฎหมายมาวิเคราะห์เปรียบเทียบว่าบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันควรที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในส่วนใดบ้าง เพื่อให้เกิดความครอบคลุม ทันสมัย มีความสอดคล้องกับมาตรฐานสากลและสามารถนำไปบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

เมื่อผู้เขียนได้วิเคราะห์เปรียบเทียบกันระหว่างระบบกลไกของกฎหมายไทยกับระบบกลไกของกฎหมายระหว่างประเทศแล้วเห็นว่า พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ซึ่งเป็นกฎหมายที่จัดทำขึ้นด้วยความมุ่งหมายในการอนุวัติการตามอนุสัญญาว่าด้วยแรงงานทางทะเล ค.ศ. 2006 โดยกฎหมายมีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดอัตรากำลังคนประจำเรือ ซึ่งมีการพิจารณาถึงชนิด ประเภทและขนาดของเรือเป็นสำคัญ ในขณะที่พระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456 นั้น โดยสภาพของระบบกลไกแล้วควรที่จะมีความสอดคล้องกันกับอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยความปลอดภัยแห่งชีวิตในทะเล ค.ศ. 1974 แต่อย่างไรก็ดี เมื่อได้พิจารณาบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456 แล้วกลับพบว่าพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์ใด ๆ เกี่ยวกับการจัดอัตรากำลังคนประจำเรือไว้แต่อย่างใด โดยในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นว่าจำเป็นต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในส่วนที่ยังไม่ครอบคลุมและสอดคล้องตามหลักเกณฑ์ของอนุสัญญาระหว่างประเทศให้มีความสมบูรณ์และสามารถนำไปใช้ได้อย่างครอบคลุมในทางปฏิบัติมากยิ่งขึ้น ตัวอย่างเช่น หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการสอบความรู้ของผู้ทำการในเรือ หลักเกณฑ์ว่าด้วยนายเรือและฝ่ายเดินเรือ ฝ่ายช่างกล และผู้ทำการในเรือประเภทอื่น ๆ เป็นต้น

* นักศึกษาคณะนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, อาจารย์ประจำคณะโลจิสติกส์ มหาวิทยาลัยบูรพา

คำสำคัญ

การประกอบกิจการเรือสำราญ, การจัดอัตรากำลังคนประจำเรือ, การจ้างแรงงานทางทะเล, การฝึกอบรมคนประจำเรือ, การออกประกาศนียบัตรคนประจำเรือ,

ABSTRACT

When mentioned to promotion of cruise ships operation in Thailand, it may be seen that there are several important legal issues. In this article the author aims to study about ships' manning promotion, maritime labour and standards of training, certification for seafarers on cruise ships. Currently, Thailand has many laws relating to such matters, so in this section will consider to two of Acts such as The Navigation in the Thai Waters Act B.E. 2456 and The Maritime Labour Act B.E. 2558. In such circumstances, a number of legal problems emerge in various forms; for example, the lack of criterion in some issues, the nature of being outdated or in contradiction to the international standards, The International Convention for the Safety of Life at Sea, 1974: SOLAS 74 and The Maritime Labour Convention, 2006: MLC 2006 that Thailand has become a member state.

This article aims to study about ships' manning promotion, maritime labour and standards of training, certification for seafarers on cruise ships of United Kingdom, United States and Thailand by analyzing and comparing the relevant laws above that have potential additions or revisions were noted, in order to create a modern coverage that is consistent with international standards and to make more all-inclusive in enforcement.

When the author analyzes the comparison between the mechanism of Thai law and the mechanism of international law, it can be seen that The Maritime Labour Act B.E. 2558 which is a law created with the aim of implementing The Maritime Labour Convention, 2006 that have the characteristics of the law as the criteria for ships' manning which considers about the type, category and size of the ships. Whiles, The Navigation in The Thai Waters Act B.E. 2456 that conditions of the mechanical system should be consistent with SOLAS 74 Convention. However, It can be seen that some provisions of The Thai Waters Act B.E. 2456 do not appear any criteria regarding ships' manning in any way. In summary, the author considers that it is necessary to amend the provisions in the section that are not comprehensive and consistent with the rules of The International Conventions are complete and can be used more widely in practice.

Keywords

cruise operation, ships' manning, hiring maritime labour, standards of training, certification for seafarers,

บทนำ

ประเทศไทยได้รับการยอมรับว่ามีแหล่งท่องเที่ยวทางทะเลที่มีชื่อเสียงระดับโลก เนื่องจากความสวยงามของชายหาดและหมู่เกาะที่มีอยู่เป็นจำนวนมาก จึงเป็นจุดดึงดูดให้นักท่องเที่ยวเดินทางมาท่องเที่ยวในประเทศไทย ซึ่งนักท่องเที่ยวที่เดินทางมาประเทศไทยมากกว่าร้อยละ 50 มีวัตถุประสงค์ในการท่องเที่ยวทางทะเล ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงรูปแบบการท่องเที่ยวที่สร้างรายได้ให้กับประเทศไทยสูงสุดติดอันดับต้นๆ ย่อมจะต้องพิจารณาถึงการท่องเที่ยวโดยเรือสำราญ โดยการประกอบกิจการธุรกิจเรือสำราญเพื่อการท่องเที่ยวขนาดใหญ่ (cruise) กำลังเติบโตและขยายตลาดเข้ามาในอาเซียนโดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศไทย ในปี พ.ศ. 2554 เป็นต้นมามีรายได้จากธุรกิจท่องเที่ยวเดินเรือสำราญประมาณ 2.2 พันล้านบาทต่อปี

ในปี พ.ศ. 2557 ได้ขยายตัวเพิ่มขึ้นร้อยละ 34 และมีแนวโน้มในการเพิ่มขึ้นเฉลี่ยปีร้อยละ 31 จากการเพิ่มขึ้นของนักท่องเที่ยวชาวจีน หากสามารถพัฒนาการท่องเที่ยวทางทะเลให้สามารถรองรับนักท่องเที่ยวได้เฉลี่ยปีละ 400 เที่ยว ต่อจุด (จังหวัดภูเก็ต พังงา กระบี่ สตูล และระนอง) จะสามารถเพิ่มจำนวนนักท่องเที่ยวที่มีคุณภาพได้จำนวนประมาณ 3 ล้านคน ซึ่งสามารถสร้างรายได้เข้าประเทศเพิ่มขึ้นประมาณ 9 พันล้านบาท และหากสามารถเชื่อมโยงกับประเทศในอาเซียนได้จะมีแนวโน้มขยายตัวตามการขยายตัวของนักท่องเที่ยวปีร้อยละ 31 หรือเพิ่มขึ้นปีละ 2.79 พันล้านบาทต่อปี ซึ่งก่อให้เกิดรายได้ปีละกว่าหมื่นล้านบาท²

เมื่อพิจารณาปัจจัยอันมีผลต่อการเติบโตของอุตสาหกรรมการท่องเที่ยวโดยเรือสำราญของประเทศไทยแล้ว จะเห็นได้ว่าอุตสาหกรรมการท่องเที่ยวโดยเรือสำราญสามารถสร้างรายได้ให้กับประเทศไทยได้เป็นอย่างดี ด้วยเหตุผลและความสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจดังที่กล่าวมาข้างต้น จึงเป็นแรงผลักดันให้ประเทศไทยต้องเร่งสร้างขีดความสามารถและสร้างศักยภาพในเรื่องนี้ เพื่อเตรียมความพร้อมในการสนองต่อความต้องการในอุตสาหกรรมการท่องเที่ยวโดยเรือสำราญ

อย่างไรก็ตาม การพัฒนาอุตสาหกรรมการท่องเที่ยวโดยเรือสำราญของประเทศไทย มีปัจจัยหลายด้านที่ต้องพัฒนาไปพร้อมกัน ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของพัฒนาด้านเศรษฐกิจ ด้านสังคมและด้านกฎหมายให้สอดคล้องต่อกับอุตสาหกรรมท่องเที่ยวเรือสำราญ เมื่อพิจารณาศักยภาพของการประกอบกิจการเรือสำราญในประเทศไทยแล้ว จะเห็นว่าประเทศไทยจำเป็นต้องได้รับการส่งเสริมและพัฒนาการประกอบกิจการเรือสำราญ ซึ่งอาจแบ่งเป็นประเด็นได้ดังต่อไปนี้ 1) การส่งเสริมผู้ประกอบการสายการบินเรือสำราญ 2) การส่งเสริมผู้ประกอบการทำเทียบเรือสำราญ 3) การส่งเสริมผู้ประกอบการอู่เรือและอู่ซ่อมเรือ 4) การส่งเสริมผู้ประกอบการนำเที่ยว 5) การส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาด้านกำลังคนประจำเรือ การจ้างแรงงานคนประจำเรือ รวมทั้งการส่งเสริมให้เกิดสวัสดิการที่เพียงพอกับคนประจำเรือในกิจการเรือสำราญ ซึ่งทุกประเด็นล้วนมีความสำคัญ อันจะมีส่วนช่วยในการพัฒนาศักยภาพในการประกอบธุรกิจเรือสำราญทั้งสิ้น

จากที่กล่าวมาข้างต้น บทความฉบับนี้ ผู้เขียนมีวัตถุประสงค์ในการศึกษาในประเด็นของการส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาด้านกำลังคนประจำเรือ การจ้างแรงงานคนประจำเรือ รวมทั้งการฝึกอบรมและการออกประกาศนียบัตรคนประจำเรือซึ่งปฏิบัติงานบนเรือสำราญ โดยผู้เขียนจะพิจารณาถึงปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นในประเทศไทยว่ากฎหมายที่ใช้บังคับอยู่มีความเพียงพอ มีความทันสมัย และมีความสอดคล้องตามหลักเกณฑ์มาตรฐานในทางกฎหมายระหว่างประเทศเพียงใด รวมทั้งพิจารณาถึงบทบัญญัติในกฎหมายต่างประเทศ อันได้แก่ กฎหมายของประเทศสหราชอาณาจักร และประเทศสหรัฐอเมริกา ว่ามีการวางหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวเป็นเช่นไร โดยนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในประเทศไทย เพื่อพัฒนาบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องต่อไป อันจะส่งผลให้เกิดการพัฒนาอุตสาหกรรมท่องเที่ยวด้วยเรือสำราญให้สามารถเติบโตได้อย่างมีประสิทธิภาพ

² กรมเจ้าท่า, “ข่าวสารประชาสัมพันธ์,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 เมษายน 2561, จาก <http://www.thaicruisetrm.com>.

1. กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาด้านกำลังคนประจำเรือ การจ้างแรงงานคนประจำเรือ การฝึกอบรมและการออกประกาศนียบัตรคนประจำเรือ

เมื่อพิจารณาถึงการประกอบกิจการเรือสำราญ จำเป็นที่จะต้องทำความเข้าใจถึงความหมายของคำว่า “เรือสำราญ” ให้หมายความเฉพาะถึงเรือโดยสารขนาดใหญ่ ซึ่งมีลักษณะของการเป็นเรือโดยสารเพื่อใช้ขนส่งผู้โดยสารมากกว่า 12 คนขึ้นไป โดยบนเรือมีที่พักอาศัยสำหรับผู้โดยสารในลักษณะของการจัดการแบบโรงแรม พร้อมสิ่งอำนวยความสะดวกและกิจกรรมสันทนาการบนเรือ โดยเรือสำราญอาจใช้เกณฑ์ในการพิจารณาจากขนาดของเรือสำราญที่มีการแบ่งประเภทขนาดไว้ตามความสามารถในการรองรับนักท่องเที่ยวได้ โดยอาจแบ่งเป็น 4 ขนาด ประกอบด้วย 1. เรือสำราญขนาดเล็ก (small cruise) 2. เรือสำราญขนาดกลาง (medium cruise) 3. เรือสำราญขนาดใหญ่ (large cruise) และ 4. เรือสำราญขนาดใหญ่มาก (mega cruise) โดยอาจพิจารณาการแบ่งสัดส่วนขนาดเรือได้ ดังนี้

เรือสำราญขนาดเล็ก (small cruise) มีน้ำหนักเรื่อน้อยกว่า 25,000 ตัน ปริมาณผู้โดยสารที่สามารถรองรับได้ คือน้อยกว่า 500 คน เรือสำราญขนาดกลาง (medium cruise) มีน้ำหนักเรือระหว่าง 25,000 ถึง 70,000 ตัน ปริมาณผู้โดยสารที่สามารถรองรับได้อยู่ระหว่าง 500 ถึง 1,000 คน เรือสำราญขนาดใหญ่ (large cruise) มีน้ำหนักเรือระหว่าง 70,000 ถึง 100,000 ตัน ปริมาณผู้โดยสารที่สามารถรองรับได้ คือ มากกว่า 1,000 คน และเรือสำราญขนาดใหญ่มาก (mega cruise) หรือมีอีกชื่อหนึ่งว่า “a very large cruise vessel (VLCM)” โดยมีน้ำหนักมากกว่า 100,000 ตัน ปริมาณผู้โดยสารที่สามารถรองรับได้ตั้งแต่ 4,000 คนขึ้นไป³

เมื่อพิจารณาถึงการประกอบกิจการเรือสำราญย่อมเห็นได้ว่า เรือสำราญ ซึ่งเป็นเรือเดินทะเลที่มีเส้นทางเดินเรือไปยังเมืองท่าต่างประเทศ และเมืองท่าทั่วโลกตามเส้นทางที่ได้วางตารางการเดินทางไว้แล้ว ย่อมต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ในทางกฎหมายเช่นเดียวกันกับเรือเดินทะเลพาณิชย์ประเภทอื่นๆ เช่นเดียวกัน เนื่องจากเป็นกฎหมายสากลที่ใช้บังคับ โดยมุ่งเน้นที่ความมั่นคง และสามารถเผชิญภัยในทะเลได้อย่างปลอดภัย อันเป็นหัวใจสำคัญของการเดินเรือทะเล ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาเฉพาะเจาะจงลงไปอาจเห็นได้ว่าเรือสำราญจะมีส่วนของการบริหารจัดการหรือการดำเนินการภายในตัวเรือสำราญ อันสามารถแบ่งออกเป็น 3 ส่วนหลักสำคัญ ได้แก่ 1) การบริหารจัดการที่เกี่ยวข้องกับตัวเรือและการเดินเรือ ซึ่งหมายความรวมถึงการบริหารจัดการกำลังคนประจำเรือด้วย 2) การบริหารจัดการด้านห้องพักของผู้โดยสาร ซึ่งเป็นในลักษณะเดียวกันกับการจัดการของโรงแรม 3) การบริหารจัดการด้านกิจกรรมสันทนาการบนเรือทั้งหมด โดยในบทความนี้จะพิจารณาเฉพาะในส่วนแรก คือ การบริหารจัดการที่เกี่ยวข้องกับตัวเรือ และการเดินเรือ ซึ่งหมายความรวมถึงการบริหารจัดการกำลังคนประจำเรือด้วย อันเป็นขอบเขตของบทความนี้

1.1 การจัดอัตรากำลังคนประจำเรือ

- ข้อกำหนดตามอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยความปลอดภัยแห่งชีวิตในทะเล ค.ศ. 1974

ในส่วนของการจัดอัตรากำลังคนประจำเรือตามอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยความปลอดภัยแห่งชีวิตในทะเล ค.ศ. 1974 (International Convention for the Safety of Life at Sea (SOLAS), 1974) หรือที่รู้จักกันในชื่ออนุสัญญา SOLAS 74 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวไว้ใน Chapter V, Regulation 14: Ships' Manning โดยสาระสำคัญของ รัฐบาลของรัฐภาคีจะต้องจัดให้มีมาตรการเพื่อสร้างความมั่นใจว่าเรือทุกลำ ซึ่งหมายความรวมถึงเรือขนส่งผู้โดยสาร เรือสำราญ (Cruise) ที่ชักธงสัญชาติของตนมีอัตรากำลังคนประจำเรือที่เพียงพอและมีความปลอดภัยแห่งชีวิตในทะเล⁴ รวมทั้งเรือทุกลำจะต้องมีเอกสารแสดงอัตรากำลังคนประจำเรือ ซึ่งมีรายละเอียดการกำหนดจำนวนคนประจำเรือขั้นต่ำที่ปลอดภัย หรือเอกสารอื่นใดที่เทียบเท่าซึ่งออกโดยหน่วยงานของรัฐ⁵ รวมทั้งจะต้องมีการกำหนดภาษาที่ใช้ในการทำงาน โดยบันทึกไว้ในสมุดปุมเรือ ทั้งนี้ บริษัทเรือ หรือนายเรือตามที่กำหนดใน

³ World Tourism Organization (2010a), Retrieve on May 9, 2018, from <http://www2.unwto.org/>.

⁴ Refer to the Principles of Safe Manning adopted by the Organization by Resolution A.890(21).

⁵ International Convention for the Safety of Life at Sea (SOLAS), 1974, Chapter I: General Provisions.

ข้อบังคับ IX/1 จะต้องเป็นผู้กำหนดภาษาที่ใช้ในการทำงานตามความเหมาะสม โดยคนประจำเรือแต่ละคนจะต้องทำความเข้าใจ และในกรณีเป็นการสมควรจะต้องมีการให้คำสั่งและคำแนะนำ รวมถึงให้รายงานกลับด้วยภาษานั้น ทั้งนี้ ในกรณีที่ภาษาที่ใช้ในการทำงานนั้นไม่ใช่ภาษาราชการของรัฐที่เรือนั้นมีสิทธิชักธง ให้ดำเนินการปิดประกาศแผนการ และบัญชีต่าง ๆ ทุกรายการ โดยมีการแปลเป็นภาษาที่ใช้ในการทำงานด้วย นอกจากนี้ ยังมีหลักเกณฑ์ว่า ภาษาอังกฤษเป็นภาษาที่จะต้องใช้ในการทำงานบนสะพานเดินเรือเพื่อการสื่อสารด้านความปลอดภัยสะพานเดินเรือ กับบนฝั่ง (bridge-to-shore) และระหว่างสะพานเดินเรือกับสะพานเดินเรือ (bridge-to-bridge) ตลอดจนการสื่อสารบนเรือระหว่างพนักงานนำร่องและบุคลากรซึ่งมีหน้าที่เข้ายามบนเรือ⁶ ทั้งนี้ อาจมีข้อยกเว้นได้ว่า หากบุคคลเหล่านั้นมีความเกี่ยวข้องโดยตรงในการสื่อสารด้วยวาจาโดยใช้ภาษาอื่นนอกเหนือไปจากภาษาอังกฤษก็สามารถทำได้

1.2 การจ้างแรงงานคนประจำเรือ

- ข้อกำหนดตามอนุสัญญาว่าด้วยแรงงานทางทะเล ค.ศ. 2006 (Maritime Labour Convention, 2006)

ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น นอกจากอนุสัญญา SOLAS 74 อาจพิจารณาถึงอนุสัญญาอีกฉบับหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการจัดอัตรากำลังคนประจำเรือ นั่นคือ อนุสัญญาว่าด้วยแรงงานทางทะเล ค.ศ. 2006 (Maritime Labour Convention, 2006) โดยในข้อบังคับที่ 2.7 ว่าด้วยระดับการจัดอัตรากำลัง (Regulation 2.7 : Manning Levels) นั้นได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อให้เกิดความมั่นใจได้ว่าคนประจำเรือได้ปฏิบัติงานบนเรือเดินทะเล ซึ่งมีจำนวนบุคลากรที่เพียงพอเพื่อการปฏิบัติการของเรืออย่างมั่นคง มีประสิทธิภาพและปลอดภัย โดยข้อบังคับดังกล่าวมีสาระสำคัญในส่วนที่เป็นมาตรฐาน อันเป็นบทบังคับที่กล่าวว่าเรือแต่ละลำต้องกำหนดให้มีจำนวนคนประจำเรือที่เพียงพอทั้งในแง่ของขนาดและคุณสมบัติ โดยต้องให้สอดคล้องกับข้อกำหนดว่าด้วยเรื่องการจัดอาหารด้วย

นอกจากนี้ ยังมีส่วนที่เป็นข้อแนะนำอีกด้วย โดยมีสาระสำคัญกล่าวถึง รัฐภาคีควรมีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการสอบข้อเท็จจริงและระงับข้อร้องเรียนหรือข้อพิพาทเกี่ยวกับระดับการจัดอัตรากำลังบนเรือ รวมทั้งผู้แทนองค์กรของเจ้าของเรือและของคนประจำเรือควรมีส่วนร่วมในการนำกลไกดังกล่าวมาปฏิบัติด้วย

1.3 การฝึกอบรมและการออกประกาศนียบัตร

ในส่วนของการฝึกอบรมและการออกประกาศนียบัตรนั้น IMO ได้จัดให้มีอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยมาตรฐานการฝึกอบรม การออกประกาศนียบัตร และการเข้ายามสำหรับคนประจำเรือ (International Convention on Standards of Training, Certification and Watchkeeping for Seafarers, 1978 : STCW 1978) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดมาตรฐานความรู้ความสามารถของคนประจำเรือที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (Uniform Standards of Competence for Seafarers) ทั้งในเรื่องการฝึกอบรม การออกประกาศนียบัตร และการเข้ายามสำหรับคนประจำเรือก่อนที่จะออกไปปฏิบัติงานในทะเล ทั้งในฝ่ายเดินเรือ ฝ่ายช่างกลเรือ ช่างไฟฟ้า ฝ่ายวิทยุสื่อสาร และกำหนดมาตรฐานความรู้ขั้นสูงสำหรับการปฏิบัติงานในเรือที่มีความพิเศษ เช่น เรือโดยสาร เรือบรรทุกน้ำมัน เรือบรรทุกสารเคมี เรือบรรทุกแก๊สเหลว และกำหนดพันธกรณีให้ประเทศต่าง ๆ สามารถตรวจสอบมาตรฐานการศึกษา และการฝึกอบรมของประเทศอื่น ๆ ได้ก่อนจะยอมรับผู้ถือประกาศนียบัตรที่ออกโดยประเทศนั้นให้ทำการในเรือที่ชักธงของประเทศตนได้ รวมทั้งกำหนดมาตรฐานระยะเวลาการปฏิบัติงาน ระยะเวลาการพักผ่อนของคนประจำเรือ เพื่อให้เกิดการคุ้มครองการปฏิบัติงานบนเรือและเพื่อความปลอดภัยในการเดินเรือ⁷

⁶ ในประเด็นเรื่องการสื่อสารบนเรือระหว่างพนักงานนำร่องและบุคลากรซึ่งมีหน้าที่เข้ายามบนเรือ นั้น อาจให้มีการนำเอาประโยชน์มาตรฐานเพื่อการสื่อสารทางทะเลของ IMO (The IMO Standard Marine Communications Phrases: SMCPs) ตามหนังสือเวียนที่ MSC/Circ. 794 และที่แก้ไขเพิ่มเติมมาใช้บังคับ

⁷ ชนะชัย เลิศสุชาตวนิช, “คนประจำเรือตามกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายไทย,” วารสารกฎหมายขนส่งและพาณิชย์นาวี, 11:12, น. 1. (2559).

2. กฎหมายของประเทศสหราชอาณาจักรว่าด้วยการส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาด้านกำลังคนประจำเรือ การจ้างแรงงานคนประจำเรือ การฝึกอบรมและการออกประกาศนียบัตรคนประจำเรือ

ประเทศสหราชอาณาจักรถือได้ว่าเป็นประเทศต้นแบบในอุตสาหกรรมพาณิชย์นาวีมาตั้งแต่สมัยของจักรวรรดินิยม โดยสหราชอาณาจักรเป็นรัฐภาคีที่อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยความปลอดภัยแห่งชีวิตในทะเล ค.ศ. 1974 และอนุสัญญาว่าด้วยมาตรฐานการฝึกอบรม การออกประกาศนียบัตรและการเข้ายามสำหรับคนประจำเรือ ค.ศ. 1978 ดังนั้น เพื่อการอนุวัติการตามอนุสัญญาดังกล่าว จึงได้มีการออกกฎหมายภายในจำนวน 2 ฉบับ ได้แก่

1. กฎระเบียบว่าด้วยการจัดอัตราคนประจำเรือที่ปลอดภัย ชั่วโมงการทำงานและการเข้าเวรยาม ค.ศ. 1997 (The Merchant Shipping (Safe Manning, Hours of Work and Watchkeeping) Regulations 1997)⁸ และ

2. กฎระเบียบว่าด้วยการฝึกอบรมและการออกประกาศนียบัตร ค.ศ. 1997 (The Merchant Shipping (Training and Certification) Regulations 1997)⁹

2.1) กฎระเบียบว่าด้วยการจัดอัตราคนประจำเรือที่ปลอดภัย ชั่วโมงการทำงานและการเข้าเวรยาม ค.ศ. 1997 (The Merchant Shipping (Safe Manning, Hours of Work and Watch keeping) Regulations 1997)

(1) การจัดอัตรากำลังคนประจำเรือ

กฎระเบียบว่าด้วยการจัดอัตราคนประจำเรือที่ปลอดภัย ชั่วโมงการทำงานและการเข้าเวรยาม ค.ศ. 1997 นั้นมีสาระสำคัญเป็นการกำหนดหน้าที่ของบริษัท นายเรือและบุคคลอื่น ๆ โดยมีสาระสำคัญว่า¹⁰ บริษัทนั้นต้องทำให้มั่นใจว่าคนประจำเรือทุกคนที่ได้รับมอบหมายให้เรือของตนนั้นมีใบสำคัญรับรองที่เหมาะสมสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ใด ๆ ของเรือดังกล่าว คนประจำเรือทุกคนบนเรือของตนนั้นได้รับการฝึกอบรมตามที่กำหนดไว้ในกฎระเบียบว่าด้วยการฝึกอบรมและการออกประกาศนียบัตรในส่วนที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ใด ๆ ของเรือ นั้น และเอกสารและข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับคนประจำเรือทั้งหมดที่ใช้ในเรือของเรือนั้นได้มีการจัดเก็บไว้และพร้อมสำหรับการตรวจสอบ และรวมถึงเอกสารและข้อมูลของบุคคลดังกล่าวเกี่ยวกับประสบการณ์ การฝึกอบรม สมรรถภาพทางกายและสมรรถนะในหน้าที่ที่ได้รับมอบหมาย นอกจากนี้ บริษัทยังจะต้องให้คำแนะนำเป็นลายลักษณ์อักษรแก่นายเรือแต่ละลำซึ่งข้อกำหนดนโยบายและระเบียบปฏิบัติงานที่จะต้องปฏิบัติตามเพื่อให้มั่นใจว่าลูกเรือทุกคนที่ได้รับการว่าจ้างใหม่บนเรือมีโอกาสมناسبةในการทำความคุ้นเคยกับอุปกรณ์เรือ ขั้นตอนการปฏิบัติงานและการเตรียมการอื่น ๆ ที่จำเป็นสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ที่ถูกต้องก่อนที่จะได้รับมอบหมายหน้าที่เหล่านั้น

(2) ชั่วโมงการทำงานของคนประจำเรือ

ประเทศสหราชอาณาจักรได้มีการกำหนดเนื้อหาเรื่องดังกล่าวไว้ในกฎระเบียบการพาณิชย์นาวีว่าด้วยความปลอดภัยในการทำงาน ชั่วโมงการทำงานและผู้เข้าเวรยาม ค.ศ. 1997 ในเรื่องของชั่วโมงการทำงานและชั่วโมงการพักผ่อนนั้น กฎหมายได้กำหนดระยะเวลาการทำงานของนายเรือและคนประจำเรือไว้โดยกำหนดให้นายเรือและคนประจำเรือต้องทำงาน ดังนี้

1. ชั่วโมงการทำงานสูงสุดจะต้องทำงานไม่เกิน 16 ชั่วโมงในวันปกติซึ่งระยะเวลาการทำงานรวมกันอาจเกินกว่า 10 ชั่วโมงได้ในกรณีที่ทำงานครบ 6 ชั่วโมงติดต่อกันแล้วแตงานนั้นยังไม่สิ้นสุดนายเรือต้องมีเวลาพักอย่างน้อย 30 นาที ทั้งนี้ เพื่อมิให้นายเรือต้องปฏิบัติงานติดต่อกันนานจนเกินไปอันอาจก่อให้เกิดความเหน็ดเหนื่อยเมื่อยล้าแก่นายเรือขึ้นได้

2. ในสวนของระยะเวลาพักผ่อนต้องไม่น้อยกว่า 8 ชั่วโมงต่อหนึ่งวัน และนายจ้างต้องแน่ใจว่าชั่วโมงการทำงานของนายเรือและคนประจำเรือไม่น้อยกว่าจำนวนชั่วโมงที่ได้ระบุไว้ในกฎระเบียบเรื่องความปลอดภัยในการ

⁸ Statutory Instrument 1997 No.1320, from http://solasv.mcga.gov.uk/si/crew/si_1320_97/si1320_97_p1.htm, October 20, 2017.

⁹ Statutory Instrument 1997 No. 348, from <http://www.legislation.gov.uk/uksi/1997/348/made>, October 20, 2017.

¹⁰ Section 4 : Responsibilities of companies, masters and others.

ทำงาน ชั่วโมงการทำงาน และผู้เข้าเวรยาม ค.ศ. 1997 หากนายจ้างฝ่าฝืนกฎข้อบังคับนี้ต้องระวางโทษปรับไม่เกินกว่าระดับ 4 ของกำลังโทษมาตรฐาน ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าการที่กฎหมายกำหนดกำลังระวางโทษแก่นายจ้างที่ฝ่าฝืนกฎข้อบังคับในเรื่องระยะเวลาการทำงานนี้ ก็เพื่อเป็นการคุ้มครองประโยชน์แก่ฝ่ายลูกจ้าง คือ นายเรือและคนประจำเรือให้ได้รับเวลาพักที่เพียงพออย่างแท้จริง หากกฎหมายมิได้กำหนดบทลงโทษกรณีนี้นายจ้างฝ่าฝืนการกำหนดระยะเวลาพักของลูกจ้างไปแล้ว นายจ้างก็ย่อมที่จะกำหนดให้ลูกจ้างได้รับเวลาพักที่น้อยกว่าปกติเพื่อให้ลูกจ้างมีเวลาปฏิบัติงานได้นานยิ่งขึ้น

3. ชั่วโมงการพักผ่อนของคนประจำเรือ กฎหมายยังได้ให้ความสำคัญต่อชั่วโมงเวลาพักไว้ด้วย ดังจะเห็นได้จากกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ก่อนเริ่มทำงานนายเรือและคนประจำเรือต้องได้รับการพักผ่อนที่เพียงพอ ตามกฎระเบียบการพาณิชย์นาวีว่าด้วยความปลอดภัยในการทำงาน ชั่วโมงการทำงานและผู้เข้าเวรยาม ค.ศ. 1997 ได้กำหนดมาตรฐานชั่วโมงการพักผ่อนขั้นต่ำสุดไว้โดยกำหนดให้นายเรือและคนประจำเรือจะต้องมีเวลาพักไม่น้อยกว่า 10 ชั่วโมงในทุกช่วง 24 ชั่วโมง โดยสามารถแบ่งช่วงเวลาพักได้ไม่เกินสองช่วง โดยหนึ่งในช่วงนั้นจะต้องไม่น้อยกว่า 6 ชั่วโมง อย่างไรก็ตาม กฎหมายได้กำหนดให้มีการผ่อนผัน โดยให้นายจ้างสามารถลดระยะเวลาพักลงได้จากระยะเวลาพักที่กำหนดไว้อย่างน้อย 10 ชั่วโมง นายจ้างสามารถลดได้จนเหลือ 6 ชั่วโมงติดต่อกัน ซึ่งการลดระยะเวลาพักลงจาก 10 ชั่วโมงนี้จะสามารถทำได้เพียงไม่เกิน 2 วันติดต่อกันเท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อเป็นการให้ความคุ้มครองลูกจ้างมิให้ถูกเบียดเบียนเวลาพัก อีกทั้งในรอบระยะเวลาพัก 7 วันนั้น นายเรือและคนประจำเรือจะต้องมีระยะเวลาพักรวมกันไม่น้อยกว่า 70 ชั่วโมง¹¹ ซึ่งเป็นข้อกำหนดที่สอดคล้องกับมาตรฐานชั่วโมงพักผ่อนขั้นต่ำสุดที่กำหนดไว้ในมาตรฐาน ก 2.3 (Standard A 2.3) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2549 (Maritime Labour Convention, 2006) และ Article 5 (B) แห่งอนุสัญญา ฉบับที่ 180 ว่าด้วยชั่วโมงการทำงานและการจัดอัตราค่าจ้างประจำเรือ ค.ศ. 1996

2.2) กฎระเบียบว่าด้วยการฝึกอบรมและการออกประกาศนียบัตร ค.ศ. 1997

(The Merchant Shipping (Training and Certification) Regulations 1997)

กฎระเบียบว่าด้วยการฝึกอบรมและการออกประกาศนียบัตร ค.ศ. 1997 นั้นเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่นายเรือและคนประจำเรือซึ่งเป็นลูกจ้าง ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในเรือเดินทะเลที่จดทะเบียนในสหราชอาณาจักร¹² อันมีสาระสำคัญเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

(1) คุณสมบัติของนายประจำเรือ¹³

ข้อกำหนดในส่วนนี้เป็นการระบุเกี่ยวกับคุณสมบัติของนายประจำเรือ ทั้งในส่วนของฝ่ายปากเรือ (ได้แก่ นายเรือ ตันหน นายประจำเรือผู้รับผิดชอบในการเข้ายาม) ฝ่ายช่างกลเรือ (ได้แก่ ตันกล รองตันกล นายประจำเรือฝ่ายตันกล) และฝ่ายผู้ปฏิบัติการวิทย์ ซึ่งต้องมีประกาศนียบัตรรับรองความสามารถหรือใบสำคัญรับรองอื่นที่เทียบเท่า หรือใบสำคัญรับรองอื่นใดตามที่กฎหมายกำหนด

¹¹ The Merchant Shipping (Safe Manning, Hours of Work and Watchkeeping) Regulations 1997, 9 (5) (c)

¹² Section 3 : Application

¹³ Section 4 : Qualification as an officer

(2) การยอมรับประกาศนียบัตร¹⁴

ข้อกำหนดในส่วนนี้เป็นกระบวนการเกี่ยวกับอำนาจของรัฐมนตรีในการยอมรับประกาศนียบัตรของนายเรือ นายประจำเรือหรือผู้ปฏิบัติการวิทยุที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจของรัฐอื่นที่เป็นภาคีของอนุสัญญา STCW ทั้งนี้ ภายใต้เงื่อนไขอันเป็นที่พอใจแก่รัฐมนตรีว่าการออกประกาศนียบัตรและการจัดเก็บบันทึกนั้นเป็นไปตามข้อกำหนดแห่งอนุสัญญา STCW ว่าด้วยมาตรฐานเกี่ยวกับความสามารถคนประจำเรือ และจะมีการแจ้งให้สำนักงานความปลอดภัยทางทะเล (Marine Safety Agency) ทราบถึงการเปลี่ยนแปลงอย่างมีนัยสำคัญในการจัดเตรียมการฝึกอบรมและการรับรองตามที่กำหนดในอนุสัญญา

(3) การต่ออายุประกาศนียบัตร¹⁵

ข้อกำหนดในส่วนนี้เป็นกระบวนการเกี่ยวกับความมีผลของประกาศนียบัตร โดยมีสาระสำคัญว่าประกาศนียบัตรของนายเรือหรือนายประจำเรืออื่น ๆ ที่ออกโดยอาศัยบทบัญญัติว่าด้วยคุณสมบัติของนายประจำเรือนั้นจะไม่สามารถใช้สำหรับการให้บริการเดินทะเลได้ เว้นแต่จะมีการตรวจสอบเป็นระยะ ๆ อันมีกำหนดเวลาไม่เกิน 5 ปีเพื่อสร้างความสามารถทางวิชาชีพที่ต่อเนื่องตามประมวลข้อบังคับว่าด้วยมาตรฐานคนประจำเรือ (STCW Code) ทั้งนี้ ยังมีข้อกำหนดในส่วนอื่น ๆ อีกหลายประการ ซึ่งในส่วนนี้จะขอกกล่าวเพียงส่วนที่เป็นสาระสำคัญเท่านั้น

3. กฎหมายของสหรัฐอเมริกาว่าด้วยการส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาด้านกำลังคนประจำเรือ การจ้างแรงงานคนประจำเรือ การฝึกอบรมและการออกประกาศนียบัตรคนประจำเรือ

- ประมวลกฎหมาย ลักษณะที่ 46 (U.S. Code, Title 46) ว่าด้วยการจัดอัตรากำลังคนประจำเรือ (Manning of Vessels)

กฎหมายของสหรัฐอเมริกามีข้อกำหนด อันบัญญัติอยู่ใน U.S. Code, Title 46 ว่าด้วยการจัดอัตรากำลังคนประจำเรือ (Manning of Vessels)¹⁶ โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

(1) บทบัญญัติทั่วไป¹⁷

ข้อกำหนดในส่วนนี้ได้กำหนดเกี่ยวกับรายละเอียดในใบสำคัญรับรองการตรวจเรือที่จะต้องมีการระบุข้อมูลการจัดอัตรากำลังคนประจำเรือที่จะต้องได้รับใบอนุญาต (complement of licensed individuals and crew) ตามที่รัฐมนตรีซึ่งเป็นต้นสังกัดของหน่วยยามฝั่งพิจารณาว่ามีความจำเป็นสำหรับการปฏิบัติการที่ปลอดภัย

(2) นายเรือและนายประจำเรือ¹⁸

ข้อกำหนดในส่วนนี้เป็นกระบวนการเกี่ยวกับจำนวนขั้นต่ำของบุคลากรที่จะต้องได้รับใบอนุญาต ทั้งนี้ ตามขนาดและประเภทของเรือ อันได้แก่ (1) เรือที่ขับเคลื่อนด้วยเครื่องจักรกลหรือบรรทุกคนโดยสาร (2) เรือที่มีขนาดตั้งแต่ 1,000 ตันกรอสส์ขึ้นไป (3) เรือที่มีขนาดตั้งแต่ 200 ตันกรอสส์แต่น้อยกว่า 1,000 ตันกรอสส์ (4) เรือที่มีขนาดตั้งแต่ 100 ตันกรอสส์แต่น้อยกว่า 200 ตันกรอสส์ และ (5) เรือบรรทุกสินค้าหรือเรือบรรทุกคนโดยสารที่มีขนาดตั้งแต่ 300 ตันกรอสส์ที่ขับเคลื่อนด้วยเครื่องจักรกล รวมถึงการกำหนดจำนวนขั้นต่ำของบุคลากรที่ปฏิบัติหน้าที่ในเรือที่ใช้สำหรับการส่งกำลังบำรุงนอกฝั่ง (offshore supply vessel) ในแต่ละขนาด รวมถึงอำนาจของรัฐมนตรีในการระงับการบังคับใช้บทบัญญัติของกฎหมายในสภาวะการณ์ฉุกเฉินแห่งชาติตามประกาศของประธานาธิบดี และอำนาจในการ

¹⁴ Section 5 : Recognition of certificates

¹⁵ Section 6 : Revalidation of certificates

¹⁶ U.S. Code, Title 46, Subtitle II, Part F : Manning of Vessels, from <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/46/subtitle-II/part-F>, October 26, 2017.

¹⁷ U.S. Code > Title 46 > Subtitle II > Part F > Chapter 81 : General, from www.law.cornell.edu/uscode/text/46/subtitle-II/part-F/chapter-81, 26 October, 2017.

¹⁸ U.S. Code > Title 46 > Subtitle II > Part F > Chapter 83: Masters and Officers, from <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/46/subtitle-II/part-F/chapter-83>, 26th October, 2017. 46 U.S. Code § 8301 - Minimum number of licensed individuals

กำหนดเพิ่มจำนวนของบุคลากรที่จะต้องได้รับใบอนุญาตในการปฏิบัติหน้าที่บนเรือตามที่รัฐมนตรีได้พิจารณาแล้วว่า เรือ นั้น มีการจัดอัตรากำลังที่ไม่เพียงพอต่อความปลอดภัยในการปฏิบัติงาน

(3) การนำร่อง¹⁹

ข้อกำหนดในส่วนนี้เป็นการระบุเกี่ยวกับการใช้บริการผู้นำร่องโดยผลบังคับของกฎหมาย กล่าวคือ โดยหลัก แล้วผู้นำร่องในอ่าว แม่น้ำ ท่าจอดเรือและท่าเรือของสหรัฐย่อมถูกควบคุมตามกฎหมายแห่งรัฐต่าง ๆ เท่านั้น ส่วน นายเรือของเรือที่เข้าหรือออกจากท่าเรือในน่านน้ำที่เป็นเขตแดนระหว่างรัฐ 2 แห่ง และจำเป็นต้องมีผู้นำร่องตาม บทบัญญัติในส่วนนี้ โดยอาจใช้บริการผู้นำร่องที่ได้รับอนุญาตหรือได้รับมอบอำนาจตามกฎหมายของรัฐแห่งใดแห่ง หนึ่ง ในสองรัฐดังกล่าวก็ได้ ทั้งนี้ รัฐแห่งหนึ่งไม่อาจใช้ระเบียบหรือบทบัญญัติที่เลือกปฏิบัติในอัตราค่าให้บริการนำร่อง หรือการให้บริการนำร่องเพียงกึ่งหนึ่งระหว่างเรือที่เดินทะเลระหว่างท่าเรือหลายแห่งในรัฐ ๆ หนึ่ง และเรือที่เดินทะเล ระหว่างท่าเรือหลายแห่งในรัฐหลายรัฐ หรือการเลือกปฏิบัติต่อเรือ ด้วยเหตุเพราะวิธีการขับเคลื่อนหรือประเภทของ เรือที่เป็นเรือสาธารณะของสหรัฐ

(4) บุคลากรที่ไม่ได้รับใบอนุญาต²⁰

ข้อกำหนดในส่วนนี้เป็นการระบุเกี่ยวกับข้อห้ามมิให้ทำการบนเรือสำหรับบุคคลที่ไม่ได้รับใบอนุญาต ซึ่งมีความหมายว่าโดยหลักแล้วบุคคลจะรับจ้างเพื่อทำการในเรือหรือจะจ้างบุคคลใด ๆ ให้ปฏิบัติหน้าที่ทำการในเรือได้ จะต้องมียกเอกสารของคนประจำเรือ (merchant mariner's document) ซึ่งรัฐมนตรีได้ออกให้แก่บุคคลตาม บทบัญญัติของกฎหมายฉบับนี้²¹ โดยมีข้อยกเว้นไว้ในกรณีบุคคลที่จะต้องได้รับอนุญาตหรือจดทะเบียนตามบทบัญญัติ ในส่วนนี้ เอกสารดังกล่าวต้องมีผลเป็นการอนุญาตให้มีสิทธิให้บริการได้ตามความสามารถของผู้ทรงเอกสารดังที่ได้มี การระบุเอาไว้²² นอกจากนี้ ยังมีข้อกำหนดเกี่ยวกับการปฏิบัติการของเรือเพื่อความปลอดภัย โดยมีหลักเกณฑ์ที่ กำหนดว่าเรือนั้นจะสามารถออกปฏิบัติการได้ก็ต่อเมื่อ (1) คนประจำเรือ (crew) ในสัดส่วนร้อยละ 75 ในแต่ละส่วน งานบนเรือนั้นสามารถเข้าใจคำสั่งด้วยวาจาของนายประจำเรือได้ และ (2) คนประจำเรือฝ่ายปากเรือ (deck crew) ในสัดส่วนร้อยละ 65 (ไม่รวมบุคคลที่มีใบอนุญาต) มีเอกสารคนประจำเรือที่ได้รับการรับรองในระดับผู้มีความสามารถ ปฏิบัติหน้าที่ทางทะเล (able seaman) เป็นอย่างน้อย โดยมีข้อยกเว้นว่าในบางกรณีอัตราร้อยละดังกล่าวอาจลดลง มาอยู่ที่สัดส่วนร้อยละ 50 ได้ เช่น ในกรณีของเรือที่มีระบบเข้ายามสองระบบ (2-watch system) เป็นต้น²³

¹⁹ U.S. Code > Title 46 > Subtitle II > Part F > Chapter 85 : Pilots, from www.law.cornell.edu/uscode/text/46/subtitle-II/part-F/chapter-85, 26th October, 2017. 46 U.S. Code § 8501 - State regulation of pilots

²⁰ U.S. Code > Title 46 > Subtitle II > Part F > Chapter 87: Unlicensed Personnel, from <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/46/subtitle-II/part-F/chapter-87>, October 26, 2017.

²¹ Refer to 46 U.S. Code § 7302: Issuing merchant mariners' documents and continuous discharge books, from <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/46/7302>, October 26, 2017.

²² See 46 U.S. Code § 8701 : Merchant mariners' documents required, from <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/46/8701>, October 26, 2017.

²³ See 46 U.S. Code § 8702 - Certain crew requirements, from <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/46/8702>, October 26, 2017.

(5) การฝึกอบรมและการออกประกาศนียบัตร

กฎหมายของสหรัฐอเมริกาที่มีข้อกำหนดทั่วไปเกี่ยวกับการรับรองคุณสมบัติในระดับชาติและการรับรองตามอนุสัญญา STCW (General requirements for national and STCW rating endorsements) ไว้ใน Code of Federal Regulations (CFR) Title 46 โดยวางหลักเกณฑ์ไว้ ดังนี้²⁴

1. การออกใบสำคัญรับรองคนประจำเรือ (Merchant Mariner Credentialing: MMC) ที่ออกให้กับนายประจำเรือฝ่ายปากเรือหรือฝ่ายช่างกลเรือจะได้รับการรับรองให้อยู่ในระดับแรกเข้า (entry-level ratings) และสำหรับการรับรองในระดับอื่น ๆ จะได้รับการรับรองต่อเมื่อบุคคลนั้นมีคุณสมบัติตามบทบัญญัติในหมวดนี้ (หมวดที่ 12 ว่าด้วยข้อกำหนดสำหรับการรับรองระดับ)²⁵ ทั้งนี้ ผู้ยื่นคำร้องขออนุญาตให้รับรองตาม STCW จะต้องมีการรับรองในระดับประเทศที่เหมาะสม เว้นแต่ว่าจะระบุไว้เป็นประการอื่น

2. ผู้ทรงใบสำคัญรับรองการจัดระดับที่มีผลตามกฎหมายนั้นจะต้องปฏิบัติตามหน้าที่ตามสมรรถภาพในแผนกผู้ปฏิบัติการของเรือ (staff department of a vessel) เว้นแต่จะเป็นการปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการจัดการอาหาร ซึ่งบุคคลที่จะได้รับการว่าจ้างได้ ต้องได้รับการรับรองให้เป็นผู้จัดทำอาหาร (food handler's endorsement) ซึ่งจะมีการใช้ตัวย่อว่า "(F.H.)"

3. เมื่อผู้ยื่นคำขอมือคุณสมบัติตรงตามข้อกำหนดในการรับรองตามที่ได้ระบุไว้ในหมวดนี้ (หมวดที่ 12 ว่าด้วยข้อกำหนดสำหรับการรับรองระดับ)²⁶ หน่วยงานฝั่งจะออกหนังสือรับรองที่เหมาะสม นอกจากข้อกำหนดทั่วไปดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว ยังมีข้อกำหนดพิเศษเกี่ยวกับสมรรถภาพทางร่างกายและทางการแพทย์ด้วย (Physical and medical requirements) ซึ่งมีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการรับรองในเรื่องดังกล่าว²⁷

4. กฎหมายของประเทศไทยว่าด้วยการส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาด้านกำลังคนประจำเรือ การจ้างแรงงานคนประจำเรือ การฝึกอบรมและการออกประกาศนียบัตรคนประจำเรือ

4.1 การจัดอัตรากำลังคนประจำเรือ

ในส่วนของการจัดอัตรากำลังคนประจำเรือตามกฎหมายไทยนั้น เป็นไปตามพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558²⁸ โดยบทบัญญัติในหมวดที่ 7 ว่าด้วยอัตรากำลังคน ซึ่งบทมาตรา 71 ได้วางหลักเกณฑ์ให้เจ้าของเรือจัดหาคคนประจำเรือมาทำงานในตำแหน่งหน้าที่บนเรือ ในจำนวนที่เพียงพอเหมาะสมกับปริมาณงานระยะเวลาการเดินทาง ระยะทาง ประเภท และขนาดของเรือ เพื่อให้สามารถเดินเรือได้อย่างมีประสิทธิภาพและปลอดภัย โดยคำนึงถึงสภาพ ร่างกายของคนประจำเรือและเส้นทางการเดินเรือ ทั้งนี้ การจัดอัตรากำลังสำหรับเรือเดินทะเลในแต่ละประเภทและขนาดนั้นให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขดังที่อธิบดีกรมเจ้าท่าประกาศกำหนด

²⁴ CFR > Title 46 > Chapter I > Subchapter B > Part 12 > Subpart B > Section 12.201 : General requirements for national and STCW rating endorsements, from <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/46/12.201>, September 30, 2017.

²⁵ See 46 CFR Part 12 : Requirements for Rating Endorsements, from <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/46/part-12>, September 30, 2017.

²⁶ See 46 CFR Part 12, *Ibid*.

²⁷ See 46 CFR part 10, subpart C : Medical Certification, from <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/46/part-10/subpart-C>, 30 September 2017.

²⁸ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 132 ตอนที่ 98 ก ลงวันที่ 8 ตุลาคม 2558 ,น. 21 – 50, สืบค้นเมื่อวันที่ 26 ตุลาคม 2561, จาก https://www.doe.go.th/prd/assets/upload/files/bkk_th/614e731447e2ae1f00a69336cf8506d1.pdf

โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติข้างต้น อธิบดีกรมเจ้าท่าจึงได้ออกประกาศกรมเจ้าท่า ที่ 23/2562 เรื่อง การจัดอัตรากำลังสำหรับเรือเดินทะเล²⁹ โดยสาระสำคัญของประกาศกรมเจ้าท่าฉบับนี้คือ การจัดอัตรากำลังต้องกระทำเพื่อให้แน่ใจว่าคนประจำเรือ มีระดับตำแหน่งและจำนวนที่เหมาะสม และเพียงพอต่อความปลอดภัยในการปฏิบัติงาน รวมถึงการป้องกันมลพิษต่อสิ่งแวดล้อมทางทะเล ซึ่งการจัดอัตรากำลังขั้นต่ำเพื่อความปลอดภัย มีข้อที่จะต้องคำนึงถึงในประการดังต่อไปนี้ 1. ขนาดและประเภทของเรือ 2. จำนวน ขนาด และชนิดของเครื่องจักรขับเคลื่อนและเครื่องจักรช่วย 3. ระดับของการควบคุมอัตโนมัติบนเรือ 4. โครงสร้างและอุปกรณ์ประจำเรือ 5. วิธีการบำรุงรักษาเรือ 6. ลักษณะและรูปแบบของสินค้า 7. ความถี่ของการเข้าเมืองท่า ระยะทาง และเส้นทางเดินเรือ 8. เขตการเดินเรือ และลักษณะการปฏิบัติงานของเรือ 9. การฝึกอบรมบนเรือ 10. ระดับของการสนับสนุนจากบริษัทบริหารเรือ 11. ข้อกำหนดว่าด้วยจำนวนชั่วโมงการทำงานและพักผ่อน และ 12. มาตรการตามแผนรักษาความปลอดภัยประจำเรือ

นอกจากนี้ ในการจัดอัตรากำลังขั้นต่ำเพื่อความปลอดภัย ให้พิจารณาถึงการปฏิบัติงานตามหน้าที่รับผิดชอบของคนประจำเรือ ซึ่งประกอบด้วยประเด็นต่าง ๆ ได้แก่ การเดินเรือ การจัดการและจัดเก็บสินค้า การปฏิบัติงานของเรือและการดูแลบุคคลทั้งหมดบนเรือ งานวิศวกรรมเรือ งานวิศวกรรมควบคุม อิเล็กทรอนิกส์และไฟฟ้า การติดต่อสื่อสารทางวิทยุ การบำรุงรักษาและซ่อมทำ การจัดการความปลอดภัยของเรือและการป้องกันมลพิษต่อสิ่งแวดล้อมทางทะเลในขณะที่เรือไม่ได้เดินทาง การรักษามาตรฐานด้านสุขอนามัยและความสะอาดในเรือ และการจัดอาหารและน้ำดื่มสำหรับบุคคลบนเรือ

4.2 การฝึกอบรมและการออกประกาศนียบัตร

พระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456 ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการฝึกอบรมและการออกประกาศนียบัตรไว้ใน หมวดที่ 7 ว่าด้วยการจ้าง และการเลิกจ้างคนสำหรับเรือต่าง ๆ และการสอบไล่ความรู้เพื่อรับประกาศนียบัตรสำหรับทำการตามหน้าที่ได้ (มาตรา 277 ถึงมาตรา 290) โดยมีรายละเอียดดังนี้

(1) การยื่นสมัครสอบวัดความรู้เพื่อให้ได้รับประกาศนียบัตรรับรองความรู้ ความสามารถสำหรับการทำการในเรือ

ในการที่จะมีสิทธิทำการในเรือกลไฟ เรือยนต์ เรือเดินทะเล เรือบรรทุก สินค้าขนาดตั้งแต่ 100 หนาบขึ้นไป ซึ่งทำการติดต่อกับเรือเดินทะเลหรือเรือ ซึ่งใช้เป็นเรือชูชีพประจำเรือเดินทะเล ในตำแหน่งที่กฎข้อบังคับสำหรับการตรวจเรือกำหนดให้ต้องมีประกาศนียบัตรนั้น บุคคลจะกระทำได้อีกต่อเมื่อผู้นั้นเป็นผู้ที่ได้รับประกาศนียบัตรรับรองความรู้ความสามารถให้ทำการเช่นนั้นได้³⁰ ซึ่งการที่จะออกประกาศนียบัตรเช่นนั้นให้แก่ผู้ใด (สำหรับทำการเป็นนายเรือ ต้นหน สร้าง³¹ ใต้ก๋ง³² นายท้าย คนถือท้าย³³ หรือต้นกล คนใช้เครื่อง) บุคคลผู้นั้นจะต้องสอบความรู้ได้แล้วพร้อมมีหลักฐานตามที่กำหนดให้จัดเตรียมไว้³⁴

²⁹ ยกเลิกประกาศกรมเจ้าท่า ที่ 111/2560 เรื่อง การจัดอัตรากำลังสำหรับเรือเดินทะเล ลงวันที่ 22 มิถุนายน 2560 และให้ใช้ประกาศนี้แทน

³⁰ มาตรา 277 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย (ฉบับที่ 13) พ.ศ. 2525

³¹ “สร้าง” หมายความว่าผู้ทำการควบคุมเรือลำเลียง (มาตรา 277 วรรคท้าย)

³² “ใต้ก๋ง” หมายความว่าผู้ควบคุมเรือใบเดินทะเลที่มีน้ำหนักบรรทุกตั้งแต่ 800 หนาบ ขึ้นไป (มาตรา 277 วรรคท้าย)

³³ “คนถือท้าย” หมายความว่าผู้ควบคุม หรือผู้ถือท้าย หรือคนแจวท้ายของเรือบรรทุก สินค้าที่ทำการติดต่อกับเรือเดินทะเล (มาตรา 277 วรรคท้าย)

³⁴ มาตรา 278 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2477

(2) อำนาจของเจ้าท่าในการออกข้อบังคับเกี่ยวกับการสอบความรู้ของผู้ทำการในเรือ

ในส่วนของหลักเกณฑ์การสอบความรู้ของผู้ทำการในเรือ นั้น พระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456 มาตรา 279 ได้วางหลักเกณฑ์ให้เจ้าท่าโดยอนุมติรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมมีอำนาจออกข้อบังคับเกี่ยวกับการสอบความรู้ของผู้ทำการในเรือ³⁵ ฉะนั้น โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติข้างต้น จึงได้มีการออกข้อบังคับกรมเจ้าท่าเกี่ยวกับการสอบความรู้ของผู้ทำการในเรือ พ.ศ. 2557 อันเป็นข้อบังคับที่ใช้บังคับกับสถานศึกษา ฝึกอบรม บริษัท และบุคคลที่ทำการในเรือซึ่งเป็นเรือไทย³⁶ โดยข้อบังคับนี้ประกอบด้วย 6 หมวด ได้แก่ หมวด 1 บททั่วไป หมวด 2 นายเรือและฝ่ายเดินเรือ หมวด 3 ฝ่ายช่างกล หมวด 4 พนักงาน วิทยุจีเอ็มดีเอสเอส หมวด 5 การฝึกอบรมและออกประกาศนียบัตรสำหรับผู้ทำการในเรือเฉพาะประเภท และหมวด 6 การปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับสถานการณ์ฉุกเฉิน ความปลอดภัยในการทำงาน การรักษาความปลอดภัย การรักษาพยาบาล และการช่วยชีวิต ทั้งนี้ ในภาคผนวกของข้อบังคับกรมเจ้าท่าเกี่ยวกับการสอบความรู้ของผู้ทำการในเรือ พ.ศ. 2557 มีการกำหนดสิทธิการทำการในเรือสำหรับประกาศนียบัตรฝ่ายเดินเรือและฝ่ายช่างกล

นอกจากนี้ เพื่อเป็นการรองรับการฝึกอบรมตามบทบัญญัติมาตรา 279 ข้างต้น จึงได้มีการออกประกาศกรมเจ้าท่า ที่ 109/2560 เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการอบรมคนประจำเรือ³⁷ อันสรุปสาระสำคัญว่าให้คนประจำเรือที่ทำงานบนเรือไทยต้องเป็นผู้ผ่านการฝึกอบรม และมีความสามารถตามที่กำหนดในข้อบังคับเกี่ยวกับการสอบความรู้ของผู้ทำการในเรือ ซึ่งออกตามความในมาตรา 279 แห่งพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งออกตามความในอนุสัญญา STCW 1978 ส่วนในกรณีของคนประจำเรือที่ทำงานบนเรือต่างประเทศจะต้องเป็นผู้ผ่านการฝึกอบรมและมีความสามารถตามมาตรฐานที่กำหนดในอนุสัญญา STCW 1978 ในส่วนที่เกี่ยวข้อง

(3) หลักเกณฑ์การออกใบประกาศนียบัตรแสดงความรู้ความสามารถ

ประกาศนียบัตรแสดงความรู้ความสามารถนั้นต้องระบุชื่อ อายุ และตำหนิรูปพรรณของผู้ถือประกาศนียบัตร และข้อความอื่น ๆ ตามที่จำเป็น และต้องมีรูปถ่ายของผู้ถือประกาศนียบัตรติดไว้ด้วย ทั้งนี้ ประกาศนียบัตรสำหรับคนถือท้ายให้มีอายุ 3 ปี นอกนั้นให้มีอายุ 5 ปี เมื่อครบกำหนดแล้วต้องนำมาเปลี่ยนใหม่ และถ้าเจ้าท่าจะต้องการให้แสดงพยานหลักฐานดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 278 ก็สามารถเรียกได้³⁸ อนึ่ง บรรดาประกาศนียบัตรสำหรับความรู้ที่ได้ออกให้ไปแล้ว ก่อนเวลาประกาศใช้พระราชบัญญัตินี้ ให้เป็นอันใช้ได้มีกำหนด 5 ปีนับแต่วันที่ออกประกาศนียบัตรให้ไปแล้ว³⁹

(4) หลักเกณฑ์การออกใบสำคัญประจำตัวคนประจำเรือ

นอกจากใบประกาศนียบัตรแสดงความรู้ความสามารถดังที่ได้กล่าวมาแล้ว สิ่งสำคัญอีกประการหนึ่งที่ผู้ทำการในเรือต้องมีคือ หนังสือสำคัญประจำตัวคนประจำเรือ โดยกฎหมายได้กำหนดให้เจ้าท่ามีอำนาจออกหนังสือสำคัญดังกล่าวได้เมื่อได้รับการร้องขอ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ แบบหนังสือสำคัญดังที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง⁴⁰

(5) หลักเกณฑ์การใช้ประกาศนียบัตรเพื่อทำการในเรือ

บุคคลใดจะมีสิทธิทำการในเรือในตำแหน่งที่กฎข้อบังคับสำหรับการตรวจเรือวางหลักเกณฑ์ให้ต้องมีประกาศนียบัตรรับรองความรู้ความสามารถได้ จะต้องได้รับประกาศนียบัตร ความรู้ความสามารถอันถูกต้องตาม

³⁵ มาตรา 279 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย (ฉบับที่ 13) พ.ศ. 2525

³⁶ เว้นแต่บุคคลที่ทำการในเรือต่อไปนี้ (1) เรือของทางราชการทหารและเรือราชการอื่นที่ไม่ได้ใช้เพื่อการค้า (2) เรือประมง (3) เรือสำราญและกีฬา และ (4) เรือไม้ที่ต่อแบบโบราณ (ข้อ 4)

³⁷ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 134 ตอนพิเศษ 182 ง ลงวันที่ 17 กรกฎาคม 2560 น. 24, สืบค้นเมื่อวันที่ 16 เมษายน 2562, จาก <http://www.md.go.th/app/mdadmin/images/upload/news/6204-001.PDF>

³⁸ มาตรา 280 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย แก้ไขเพิ่มเติม พระพุทธศักราช 2477

³⁹ มาตรา 281 พระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456

⁴⁰ มาตรา 285/1 เพิ่มโดยพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย (ฉบับที่ 17) พ.ศ. 2560

บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ มิฉะนั้นจะมีความผิดทางอาญา⁴¹ โดยผู้นั้นจะต้องเก็บประกาศนียบัตรของตนไว้ในเรือเพื่อให้เจ้าท่าตรวจดูได้ในขณะที่ทำการ⁴² หากผู้ใดนำประกาศนียบัตรของผู้อื่นมาใช้หรือแสดงว่าเป็นประกาศนียบัตรของตน หรือผู้ใดจัดหาประกาศนียบัตรมาเพื่อให้ผู้อื่นกระทำการดังกล่าว ก็ถือเป็นการกระทำผิดซึ่งจะต้องรับโทษทางอาญา⁴³

5. วิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาด้านกำลังคนประจำเรือ การจ้างแรงงานคนประจำเรือ การฝึกอบรมและการออกประกาศนียบัตรคนประจำเรือ

5.1) การจัดอัตรากำลังคนประจำเรือ

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการจัดอัตรากำลังคนประจำเรือ การฝึกอบรมและการออกประกาศนียบัตรนั้นมีข้อพิจารณา ดังต่อไปนี้

ประการแรก กฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องนั้นมีอยู่ 2 ฉบับ ได้แก่ อนุสัญญา MLC 2006 และอนุสัญญา SOLAS 74 โดยกฎหมายทั้งสองฉบับนี้มีความสัมพันธ์กันในลักษณะที่ว่า อนุสัญญา SOLAS 74 นั้นจะกำหนดให้รัฐภาคีมีหน้าที่ตามกฎหมายในอันที่จะต้องคงไว้ซึ่งมาตรการเกี่ยวกับการจัดอัตรากำลังคนประจำเรือที่รัฐได้กำหนดขึ้นไว้อยู่แล้ว หรือถ้าหากว่ารัฐภาคีดังกล่าวยังไม่เคยมีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดอัตรากำลังคนประจำเรือ รัฐเช่นว่านั้นก็ย่อมมีพันธกรณีในอันที่จะยอมรับเอาซึ่งมาตรการดังกล่าวเพื่อประโยชน์ในการสร้างความมั่นใจว่าเรือทุกลำที่ชักธงสัญชาติของตนนั้นมีอัตรากำลังคนประจำเรือที่เพียงพอและมีประสิทธิภาพในด้านของความปลอดภัยแห่งชีวิตในทะเล รวมถึงเพื่อประโยชน์ในการสร้างความมั่นใจด้วยว่าเรือที่ชักธงของประเทศตนนั้นมีระบบในการจัดเก็บเอกสารที่แสดงถึงการปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยอัตรากำลังคนประจำเรือขั้นต่ำที่ปลอดภัยหรือเอกสารอื่นใดที่เทียบเท่าซึ่งออกโดยหน่วยงานของรัฐเพื่อเป็นหลักฐานว่าได้มีการจัดอัตรากำลังคนประจำเรือขั้นต่ำที่ปลอดภัยตลอดจนมีการกำหนดภาษาที่ใช้ในการทำงานตามความเหมาะสม โดยคนประจำเรือแต่ละคนได้ทำความเข้าใจ และมีการปิดประกาศแผนการและบัญชีต่าง ๆ ทุกรายการโดยมีการแปลเป็นภาษาที่ใช้ในการทำงาน รวมถึงการกำหนดภาษาสากลที่จะต้องใช้ในการทำงานบนสะพานเดินเรือเพื่อการสื่อสารด้านความปลอดภัยระหว่างสะพานเดินเรือกับสะพานเดินเรือ (bridge-to-bridge) และสะพานเดินเรือกับบนฝั่ง (bridge-to-shore) ตลอดจนการสื่อสารบนเรือระหว่างพนักงานนำร่องและบุคลากรซึ่งมีหน้าที่เข้ายามบนเรือ ในขณะที่อนุสัญญา MLC 2006 กำหนดให้รัฐเจ้าของธงที่เป็นภาคีอนุสัญญานั้นมีหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศในการกำหนดและบังคับใช้กฎหมายที่วางหลักเกณฑ์สำหรับการจัดอัตรากำลังคนประจำเรือ โดยอนุสัญญา MLC 2006 ได้วางหลักเกณฑ์โดยการระบุถึงองค์ประกอบที่รัฐเจ้าของธงนั้นจะต้องนำไปใช้เป็นฐานในการพิจารณากำหนดหลักเกณฑ์ซึ่งเป็นกฎหมายภายในเพื่อใช้บังคับแก่เรือที่ชักธงของตน

เพราะฉะนั้น เมื่อเปรียบเทียบกฎหมายกันระหว่างระบบกลไกของกฎหมายระหว่างประเทศกับระบบกลไกของกฎหมายไทยแล้ว จะพบว่าพระราชบัญญัติแรงงานทาง ทะเล พ.ศ. 2558 ซึ่งเป็นกฎหมายที่จัดทำขึ้นด้วยความมุ่งหมายในการอนุวัติการอนุสัญญา MLC มีลักษณะเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดอัตรากำลังคนประจำเรือ ซึ่งมีการพิจารณาถึงชนิด ประเภทและขนาดของเรือ ในขณะที่พระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456 นั้นโดยสภาพของระบบกลไกแล้วควรที่จะมีความสอดคล้องกันกับอนุสัญญา SOLAS 74 แต่อย่างไรก็ดี เมื่อได้พิจารณาบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456 แล้วจะพบว่าพระราชบัญญัติดังกล่าวมิได้ปรากฏหลักเกณฑ์ใด ๆ เกี่ยวกับการจัดอัตรากำลังไว้แต่อย่างใด

⁴¹ กล่าวคือ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับตั้งแต่หนึ่งพันบาทถึงหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ถ้าทำการในเรือในขณะที่ประกาศนียบัตรสิ้นอายุแล้ว ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองพันบาท (มาตรา 282)

⁴² มาตรา 284 วรรคแรก แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย (ฉบับที่ 13) พ.ศ. 2525

⁴³ กล่าวคือ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ (มาตรา 283)

กล่าวได้ว่าจากลักษณะของอนุสัญญาระหว่างประเทศทั้งสองฉบับดังที่ผู้เขียนกล่าวมาข้างต้น จะสังเกตเห็นว่า หากมองในระดับกฎหมายระหว่างประเทศ อนุสัญญา MLC 2006 เปรียบเสมือนกฎหมายสารบัญญัติที่มีความจำเป็นต้องพึ่งพากลไกตามอนุสัญญา SOLAS 74 ในการทำให้เกิดการยอมรับมาใช้หรือการคงไว้ซึ่งมาตรการที่มีอยู่แล้วเกี่ยวกับการจัดอัตรากำลังคนประจำเรือตามอนุสัญญา MLC 2006 อย่างไรก็ตาม หากมาพิจารณาในระดับของกฎหมายไทยแล้ว ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 นั้นมีบทบัญญัติในลักษณะที่มีผลใช้บังคับโดยตัวของพระราชบัญญัตินั้นเอง โดยที่ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องพึ่งพากลไกของพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456 แต่อย่างไรก็ตาม เพราะพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 มีบทบัญญัติมาตรา 71 วรรคสอง อันกำหนดให้การจัดอัตรากำลังสำหรับเรือเดินทะเลในแต่ละประเภทและขนาดนั้นเป็นไปตามหลักเกณฑ์ และเงื่อนไขที่อธิบดีกรมเจ้าท่าประกาศกำหนด ซึ่งหมายความว่ามาตรา 71 วรรคสอง ดังกล่าวมีลักษณะเป็นกลไก ในการขับเคลื่อนให้มาตรา 71 วรรคหนึ่ง ซึ่งเป็นบทหลักเกี่ยวกับการจัดอัตรากำลัง มีผลใช้บังคับโดยกลไกแห่งความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแม่บทกับกฎหมายลำดับรอง ด้วยเหตุนี้ กฎหมายไทยจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมีบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456 ในลักษณะที่เป็นเครื่องขับเคลื่อนให้มีผลบังคับใช้เหมือนอย่างในกรณีของอนุสัญญา MLC 2006 ที่จะต้องมีอนุสัญญา SOLAS 74 แต่ประการใด

อย่างไรก็ตาม หากเปรียบเทียบในเชิงเนื้อหาของอนุสัญญา SOLAS 74 กับ พระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456 ในเรื่องของการจัดอัตรากำลังคนประจำเรือแล้ว จะพบว่าในอนุสัญญา SOLAS 74 นั้น ยังคงมีบางประเด็นที่ความสำคัญและยังไม่มีกรกล่าวถึงในพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456 กล่าวคือ ประเด็นในเรื่องของการกำหนดภาษาที่ใช้ในการปฏิบัติงาน ทั้งในด้านของการกำหนดภาษาที่จะต้องใช้ในระหว่างผู้ทำการในเรือ การกำหนดภาษาที่จะต้องใช้สำหรับสะพานเดินเรือกับบนฝั่ง (bridge-to-shore) และการกำหนดภาษาที่จะต้องใช้ระหว่างสะพานเดินเรือกับสะพานเดินเรือ (bridge-to-bridge) ซึ่งเรื่องของการกำหนดภาษาในกรณีเหล่านี้ได้ถูกกำหนดไว้ในอนุสัญญา SOLAS 74 ให้เป็นหน้าที่ของบริษัทเรือ แต่ไม่ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456 หรือกฎหมายฉบับอื่นใด ดังนั้น จึงมีประเด็นที่น่าพิจารณาว่า การที่พระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456 ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์สำหรับประเด็นดังกล่าวนี้ ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อการทำงานในเรือในทางปฏิบัติหรือไม่ เพราะหากว่าการดังกล่าวส่งผลกระทบต่อการทำงานในเรือในทางปฏิบัติก็อาจจะก่อให้เกิดความเสี่ยงที่จะนำมาซึ่งอุปสรรคต่อความปลอดภัยทางทะเลของเรือ

ในประเด็นนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่า การไม่ได้กำหนดภาษาในการปฏิบัติงานทางทะเลโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นอาจจะไม่ก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติเสมอไป เพราะถึงแม้ว่าจะได้มีการกำหนดภาษาที่ต้องใช้อย่างเป็นทางการเอาไว้ แต่โดยลักษณะของประเพณีทางการค้าหรือลักษณะของการทำงานร่วมกันที่จะต้องมีการติดต่อสื่อสารกัน ซึ่งโดยธรรมชาติย่อมเกิดการปรับใช้ภาษาใดภาษาหนึ่งเพื่อจะสื่อความหมาย หรือในสารต่าง ๆ ได้ อย่างไรก็ดี ในกรณีที่บริษัทเรือเป็นองค์กรขนาดใหญ่ หรือเป็นองค์กรที่มีเครือข่ายระหว่างประเทศ ผู้ทำการในเรือที่มีความแตกต่างทางเชื้อชาติ ภาษาและวัฒนธรรม ก็คงจะไม่อาจใช้ภาษาท้องถิ่นเพื่อการสื่อสารได้ ในกรณีเช่นว่านี้ โดยสภาพของการปฏิบัติงานร่วมกันเป็นสังคมเล็ก ๆ บนเรือก็จะเป็นการบังคับให้บุคคลทุกฝ่ายใช้ภาษาที่เป็นสากล เช่น ภาษาอังกฤษ เป็นต้น ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า การที่กฎหมายไทยมิได้บังคับให้บริษัทเรือต้องกำหนดภาษาที่ใช้ในการปฏิบัติงานจึงไม่น่าจะเป็นอุปสรรค หรือปัญหาต่อการสื่อสารที่ถึงขนาดจะนำมาสู่ปัญหาด้านความปลอดภัยทางทะเลของเรืออย่างมีนัยสำคัญ เว้นเสียแต่ว่าจะเป็นในบริบทในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเอกสารที่จะต้องมีการจัดเก็บไว้อย่างเป็นระบบ ภายใต้กฎระเบียบว่าด้วยการจัดการความปลอดภัย (ISM) ซึ่งจะต้องมีการตรวจประเมินและรับรองคุณภาพการจัดการด้านความปลอดภัย ในกรณีเช่นว่านี้ ถ้าหากไม่มีการจัดทำเอกสารเป็นภาษาอังกฤษ ซึ่งเป็นภาษาสากลก็อาจส่งผลกระทบต่อกรยอมรับของเจ้าพนักงานแห่งรัฐเจ้าของท่าเรือที่เรือนั้นเข้าเทียบท่า ด้วยเหตุนี้ จึงน่าจะเป็นเหตุผลส่วนหนึ่งที่ทำให้พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ต้องมีบทบัญญัติมาตรา 10 ที่กำหนดว่า ในกรณีที่เจ้าของเรือต้องจัดให้มีเอกสารตามพระราชบัญญัตินี้ ให้เจ้าของเรือจัดทำเป็นภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ซึ่งบทบัญญัตินี้อาจจะพิจารณา ได้ว่าเป็นข้อดีสำหรับกรณีที่เกิดอุบัติเหตุหรือมีข้อพิพาทในลักษณะอื่นใดเกิดขึ้นแล้วมี

ความจำเป็นที่จะต้องนำเสนอพยานหลักฐานที่เป็นเอกสารต่อศาลไทย แต่ในขณะเดียวกัน หากพิจารณาในด้านของการจัดการเอกสารองค์กรแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าการที่จะต้องมีการจัดทำเอกสารเป็นภาษาไทยควบคู่กันไปด้วยน่าจะก่อให้เกิดภาระแก่ผู้ปฏิบัติงานเสียมากกว่า และบทบัญญัติดังกล่าวก็มิได้มีการระบุไว้อย่างชัดเจนว่า หากเกิดมีประเด็นในทางเนื้อหาของเอกสารที่มีความขัดแย้งกันแล้วจะต้องยึดถือเอาข้อเท็จจริงตามเอกสารที่เป็นฉบับภาษาไทยหรือภาษาอังกฤษ

ประการที่สอง ในด้านของการควบคุมให้สภาพการจ้าง สภาพการทำงาน และสภาพความเป็นอยู่ของคนประจำเรือ นั้น พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ได้มีบทบัญญัติในหมวด 10 ว่าด้วยใบรับรองด้านแรงงานทางทะเลและใบประกาศการปฏิบัติด้านแรงงานทางทะเล โดยมีบทหลักคือมาตรา 86 ที่บัญญัติว่า “เรือที่มีขนาดตั้งแต่ห้าร้อยตันกรอสส์ขึ้นไป ที่เป็นเรือเดินทะเลระหว่างประเทศต้องมีใบรับรองด้านแรงงานทางทะเล เพื่อแสดงว่าสภาพการจ้าง สภาพการทำงาน และสภาพความเป็นอยู่ของคนประจำเรือเป็นไปตามข้อกำหนดในประกาศการปฏิบัติด้านแรงงานทางทะเลซึ่งออกตามพระราชบัญญัตินี้” โดยมีหลักเกณฑ์ที่เป็นกฎหมายลำดับรองคือ ประกาศกรมเจ้าท่า ที่ 116/2560 เรื่อง ใบรับรองด้านแรงงานทางทะเล และใบประกาศการปฏิบัติด้านแรงงานทางทะเล⁴⁴ ซึ่งเป็นประกาศที่กำหนดกระบวนการในการยื่นขอตรวจเรือ เพื่อให้มีการรับรองว่าการปฏิบัติของเรือที่เกี่ยวข้องกับสภาพการจ้าง สภาพการทำงาน และสภาพความเป็นอยู่ของคนประจำเรือเป็นไปตามพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558

นอกจากมาตรการในการควบคุมให้มีการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 โดยระบบการออกใบรับรองด้านแรงงานทางทะเลและใบประกาศการปฏิบัติด้านแรงงานทางทะเลดังกล่าวมาข้างต้นแล้ว กฎหมายยังมีมาตรการในการบังคับใช้กฎหมายให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 อีกกระบวนการหนึ่งคือ การให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจหน้าที่ในการขึ้นไปบนเรือ เพื่อตรวจสภาพการทำงาน สภาพการจ้าง และสภาพความเป็นอยู่ โดยกฎหมายฉบับนี้แบ่งอำนาจหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพันธกิจของรัฐทั้งในฐานะที่เป็นรัฐเจ้าของธงและรัฐเจ้าของท่าเรือ

ประการที่สาม ในประเด็นเกี่ยวกับอำนาจในการควบคุมการจ้างแรงงานทางทะเล พระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456 มาตรา 285 ได้กำหนดให้คนรับจ้างสำหรับทำการในเรือเดินทะเลคนใดที่จะเข้าทำการงานหรือมีผู้จ้างทำการงานในเรือกำปั่นชาติไทย หรือเรือกำปั่นต่างประเทศชาติที่ไม่มีกงสุลประจำอยู่ในประเทศไทย ต้องได้รับอนุญาตเจ้าท่าก่อนจึงทำได้ ทั้งนี้ เจ้าท่าย่อมมีหน้าที่เรียกขอเอกสารที่แสดงถึงการเลิกจ้าง (ใบพยานเลิกจ้าง) ที่ผู้นั้น ได้รับมาจากเรือที่ตนได้ทำงานมาในครั้งหลังสุด และถ้าไม่สามารถนำใบพยานเลิกจ้างมาแสดงได้ บุคคลนั้นก็จะต้องชี้แจงเหตุผลให้เป็นที่พอใจแก่เจ้าท่า และในกรณีของการเลิกจ้าง มาตรา 289 ก็วางหลักไว้ด้วยว่า การเลิกจ้างคนทำการในเรือเดินทะเลจากเรือกำปั่นชาติไทย หรือจากเรือกำปั่นต่างประเทศที่ไม่มีกงสุลประจำอยู่ในประเทศไทยนั้น ห้ามมิให้ทำในที่อื่นนอกเหนือไปจากที่กรมเจ้าท่า ดังนั้น จะสังเกตได้ว่าอำนาจในการควบคุมเรื่องการจ้างแรงงานทางทะเลนั้นเป็นอำนาจของกรมเจ้าท่ามาตั้งแต่ดั้งเดิม แต่ต่อมาเมื่อมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ซึ่งมี รัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงานเป็นผู้รักษาการร่วม⁴⁵ และมีบทบัญญัติในหมวดที่ 4 ว่าด้วยสภาพ การจ้าง (มาตรา 43 - 65) อันมีการวางหลักเกณฑ์ให้เจ้าของเรือทำข้อตกลงการจ้างงานของคนประจำเรือเป็นหนังสือกำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงานกำหนดอัตราค่าจ้างขั้นต่ำ กำหนดจำนวนวันลาป่วยที่คนประจำเรือมีสิทธิได้รับค่าจ้าง กำหนดระยะเวลาการทำงานในวันทำงานปกติและการทำงานล่วงเวลาของคน

⁴⁴ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 134 ตอนพิเศษ 182 ง วันที่ 17 กรกฎาคม 2560 ,น.46 – 52, สืบค้นเมื่อวันที่ 7 เมษายน 2562, จาก <http://www.md.go.th/app/mdadmin/images/upload/news/6211-001.PDF>

⁴⁵ มาตรา 5 พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558

ประจำเรือ⁴⁶ จึงเป็นการที่กฎหมายให้อำนาจแก่กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน กระทรวงแรงงาน ในการเข้าตรวจสภาพการจ้างและสภาพการทำงาน

ในเรื่องของการควบคุมการจ้างแรงงานทางทะเลนั้น กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน กระทรวงแรงงาน ซึ่งเป็นหน่วยงานที่ควบคุมสภาพการจ้างและสภาพการทำงานของคนประจำเรือหลังจากที่สัญญาจ้างแรงงานได้กระทำขึ้นจนถึงเวลาที่สัญญาจ้างแรงงานนั้นสิ้นสุดลง ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 เพราะฉะนั้น โดยผลบังคับใช้ของกฎหมายฉบับหลัง จึงก่อให้เกิดหน้าที่แก่กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงานในอันที่จะต้องปฏิบัติการตรวจสภาพการจ้างและสภาพการทำงานบนเรือ ทั้งเรือไทย (ในฐานะรัฐเจ้าของธง) และเรือต่างประเทศ (ในฐานะรัฐเจ้าของท่าเรือ) ซึ่งหากพิจารณาตามสภาพแห่งความเป็นจริงแล้ว โดยปกติทั่วไปกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงานมักจะมิได้ตั้งอยู่ภายในบริเวณท่าเรือ ไม่ได้ปฏิบัติงานประจำอยู่ในบริเวณท่าเรือตลอดเวลา ดังนั้น ผู้เขียนจึงสรุปด้วยเหตุผลประการที่ข้างต้นที่ได้นำเสนอมาข้างต้นว่า การควบคุมการจ้างแรงงานที่มีขอบเขตครอบคลุมถึงการตรวจสอบสภาพการจ้างและสภาพการทำงานว่าเป็นไปตามข้อกำหนดแห่งพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 และอนุสัญญา MLC 2006 หรือไม่นั้น ยังไม่มีประสิทธิภาพในการควบคุมที่เพียงพอ

ประการที่สี่ ในประเด็นเกี่ยวกับการให้คนประจำเรือทำงานที่จำเป็น และเร่งด่วนเพื่อความปลอดภัยของเรือเดินทะเล สินค้า หรือคนในเรือเดินทะเล รวมถึงงานที่ทำเพื่อช่วยเหลือชีวิตหรือผู้ประสบภัยพิบัติทางทะเล โดยไม่มีสิทธิได้รับค่าล่วงเวลาตามพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 มาตรา 64 (แต่จะได้รับสิทธิในการพักผ่อนชดเชยเวลาดังกล่าวตามมาตรา 60) นั้นจะมีผลเป็นการบั่นทอนต่อแรงจูงใจของคนประจำเรือในการปฏิบัติงานที่เร่งด่วนและจำเป็นดังกล่าวหรือไม่ ซึ่งถ้าหากว่าการกำหนดหลักเกณฑ์ในลักษณะเช่นนี้ส่งผลต่อความบั่นทอนในการปฏิบัติงานแล้ว สิ่งที่อยู่ในระหว่างความจำเป็นเร่งด่วนนั้นก็อาจจะไม่ได้รับการลงแรงจากคนประจำเรือเท่าที่ควร และอาจนำมาซึ่งหายนะต่อเรือเดินทะเล สินค้า หรือคนในเรือเดินทะเลเช่นว่านั้นในที่สุด

ในประเด็นนี้ผู้เขียนเข้าใจว่าเหตุผลเบื้องหลังของบทบัญญัติมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 นั้น น่าจะมาจากหลักกฎหมายที่ว่าคนประจำเรือที่มีส่วนร่วมในการช่วยเหลือกู้ภัยทางทะเลย่อมมีสิทธิได้รับส่วนแบ่งจากเงินรางวัลที่เป็นการตอบแทนการช่วยเหลือกู้ภัยอยู่แล้วตามพระราชบัญญัติการช่วยเหลือกู้ภัยทางทะเล พ.ศ. 2550⁴⁷ ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่ามาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ไม่ได้มีลักษณะเป็นการบั่นทอนแรงจูงใจของคนประจำเรือในการปฏิบัติการช่วยเหลือกู้ภัยและการช่วยเหลือชีวิตมนุษย์ที่เป็นเหตุจำเป็นเร่งด่วนแต่อย่างใด ยิ่งไปกว่านั้น การที่บทบัญญัติมาตรา 64 ดังกล่าววางหลักเกณฑ์ไว้เช่นนั้นยิ่งน่าจะเป็นการส่งเสริมให้เกิดแรงบันดาลใจในการปฏิบัติภารกิจอันจำเป็นเร่งด่วนนั้นเสียมากกว่า เพราะถ้าหากเปรียบเทียบกันระหว่างเงินค่าล่วงเวลาในการทำงานบนเรือ กับเงินส่วนแบ่งจากค่าตอบแทนการช่วยเหลือกู้ภัยตามพระราชบัญญัติการช่วยเหลือกู้ภัยทางทะเล พ.ศ. 2550 แล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่าโดยทั่วไปแล้ว เงินส่วนแบ่งจากค่าตอบแทนการช่วยเหลือกู้ภัยตามพระราชบัญญัติการช่วยเหลือกู้ภัยทางทะเล พ.ศ. 2550 ย่อมน่าที่จะได้รับในจำนวนที่สูงกว่าเงินค่าล่วงเวลา เพราะเงินค่าล่วงเวลาในการทำงานบนเรือมีอัตราเพียงแค่นี้ไม่ต่ำกว่า 1.5 เท่าของอัตราค่าจ้างต่อชั่วโมงตามจำนวนชั่วโมงที่ทำงานล่วงเวลาเท่านั้น⁴⁸ ในขณะที่เงินรางวัลสำหรับการช่วยเหลือกู้ภัยนั้นขึ้นอยู่กับมูลค่าของเรือและทรัพย์สินตามสภาพที่ช่วยเหลือกู้ภัยไว้ได้ การใช้ทักษะและความพยายามของผู้ช่วยเหลือกู้ภัยในการช่วยเหลือกู้ภัยเรือชีวิตบุคคล และทรัพย์สินอย่างอื่น รวมทั้งปัจจัยประการอื่น ๆ ตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งรวมถึงระดับความสำเร็จของการช่วยเหลือกู้ภัยด้วย⁴⁹ ทั้งนี้ ตามหลัก “No cure, no pay” ที่มีนัยยะว่า ถ้าคนประจำเรือไม่ทุ่มเทในการช่วยเหลือ

⁴⁶ กลุ่มงานพัฒนาและยกย่องกฎหมาย กองนิติการ กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน, “สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558,” น.3, สืบค้นเมื่อวันที่ 9 ตุลาคม 2561, จาก <http://www.labour.go.th/th/attachments/article/27852/27852-2.pdf>.

⁴⁷ มาตรา 18 พระราชบัญญัติการช่วยเหลือกู้ภัยทางทะเล พ.ศ. 2550

⁴⁸ มาตรา 55 พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558

⁴⁹ มาตรา 13 พระราชบัญญัติการช่วยเหลือกู้ภัยทางทะเล พ.ศ. 2550

กัปตันเป็นเหตุให้การช่วยเหลือกัปตันนั้นไม่สำเร็จ คนประจำเรือที่อยู่ในฐานะเป็นผู้ช่วยเหลือกัปตันก็ย่อมไม่มีสิทธิได้รับเงินรางวัลเป็นการตอบแทนด้วยเช่นกัน ดังนั้น ในระหว่างการช่วยเหลือกัปตัน คนประจำเรือจึงย่อมที่จะปฏิบัติภารกิจอย่างสุดความสามารถให้การช่วยเหลือกัปตันตัวเรือและทรัพย์สินอย่างอื่นนั้นอยู่รอดปลอดภัยในสภาพที่สมบูรณ์ที่สุด อันอาจนับได้ว่าเป็นอีกหนึ่งมาตรการในการเสริมสร้างความปลอดภัยทางทะเล

เพราะฉะนั้น จึงอาจมีประเด็นคำถามเกิดขึ้นว่าในกรณีของคนประจำเรือที่ทำงานอยู่ในเรือซึ่งประสบภัยอันตรายแล้วพยายามปฏิบัติภารกิจช่วยเหลือกัปตันเรือลำดังกล่าวจะมีสิทธิได้รับเงินรางวัลตามกฎหมายว่าด้วยการช่วยเหลือกัปตันทางทะเลหรือไม่ ในประเด็นนี้อาจจะต้องเริ่มพิจารณาจากหลักการเสียก่อนว่า โดยหลักแล้วคนประจำเรือย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องทำงานเพื่อความปลอดภัยของเรือที่ตนเป็นผู้ทำการอยู่ในนั้น การปฏิบัติภารกิจช่วยเหลือกัปตันเรือดังกล่าวจึงถูกถือว่าเป็นหน้าที่ของคนประจำเรือตามสัญญาจ้างแรงงานทางทะเล ไม่ใช่การกระทำที่อยู่นอกเหนือขอบเขตของสัญญา ทำให้คนประจำเรือผู้นั้นไม่มีสิทธิที่จะได้รับเงินรางวัล

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีข้อสรุปว่า โดยหลักแล้วคนประจำเรือย่อมมีอำนาจหน้าที่ซึ่งมีขอบเขตของสัญญาจ้างแรงงานที่ครอบคลุมถึงหน้าที่ในการปกป้องรักษาเรือที่ตนปฏิบัติหน้าที่อยู่ตลอดระยะเวลาสัญญาจ้าง จนกว่าจะมีเหตุการณ์ที่ทำให้นายเรือต้องมีคำสั่งให้สละเรือ ด้วยความเชื่อโดยสุจริตว่าเรือนั้นไม่น่าที่จะปกป้องรักษาได้อีกต่อไปแล้ว ฉะนั้น การมีคำสั่งให้สละเรือจึงอาจถือได้ว่าเป็น “จุดตัด” ที่ส่งผลให้ภาระหน้าที่ในการปกป้องรักษาเรือที่ตนรับสั่งลง กล่าวอีกนัยหนึ่ง ถ้าคนประจำเรือได้ปล่อยให้เรือจมลงภายหลังจากที่มีคำสั่งดังกล่าว คนประจำเรือเหล่านั้นก็ย่อมไม่มีความผิดใด ๆ ตามสัญญาจ้างแรงงาน⁵⁰ และในขณะเดียวกัน ถ้าคนประจำเรือได้พยายามปฏิบัติภารกิจช่วยเหลือกัปตันเรือดังกล่าวภายหลังจากที่นายเรือได้มีคำสั่งให้สละเรือ คนประจำเรือที่สามารถช่วยเหลือกัปตันเรือได้จนสำเร็จก็ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับเงินรางวัลด้วยเหตุที่เป็นการปฏิบัติภารกิจอันอยู่นอกเหนือขอบเขตแห่งสัญญาจ้างแรงงาน

5.2 การฝึกอบรมและการออกประกาศนียบัตร

ประการแรก พระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พุทธศักราช 2456 ไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการออกข้อบังคับว่าด้วยการสอบ ความรู้ความสามารถของผู้ทำการในเรือ กล่าวคือ ด้วยเหตุที่กรมเจ้าท่าเป็นรัฐเจ้าของธงประจำเรือซึ่ง มีหน้าที่ในการสอบความรู้ความสามารถของผู้ทำการในเรือ หลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องจึงควรปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติเรือไทย พุทธศักราช 2481 แต่กฎหมายฉบับนี้มิได้กำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้ อย่างไรก็ตาม มาตรการ 279 แห่งพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พุทธศักราช 2456 ได้กำหนดให้กรมเจ้าท่ามีอำนาจออกข้อบังคับเกี่ยวกับการสอบความรู้ของผู้ทำการในเรือ แต่ว่าบทบัญญัติ มาตรการ 279 นั้นยังขาดหลักเกณฑ์อีกหลายประการตามภาคผนวกแห่งอนุสัญญา STCW 1978⁵¹ ซึ่งเป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคี อันได้แก่ หลักเกณฑ์ว่าด้วยนายเรือและฝ่ายเดินเรือ⁵² ฝ่ายช่างกล⁵³ วิทยุสื่อสารและพนักงานวิทยุ⁵⁴ การฝึกอบรมและการออกประกาศนียบัตรสำหรับผู้ทำการในเรือเฉพาะประเภท⁵⁵ การปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับสถานการณ์ฉุกเฉิน ความปลอดภัย ในการทำงาน การรักษาความปลอดภัย การรักษาพยาบาล และการช่วยชีวิต⁵⁶ ประกาศนียบัตร⁵⁷ และการเข้ายาม⁵⁸ กล่าวอีกนัยหนึ่ง บทบัญญัติมาตรา 279 แห่ง

⁵⁰ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นเพิ่มเติมว่าเรื่องนี้อาจมีข้อยกเว้นได้ กล่าวคือ ถึงแม้ว่านายเรือไม่มีคำสั่งให้สละเรือ ทั้งที่สังเกตเห็นได้อยู่แล้วว่าเป็นเรือที่ไม่น่าจะกลับคืนมาได้ ในกรณีเช่นนี้คนประจำเรือ ซึ่งมีความจำเป็นที่จะต้องเอาชีวิตรอด ก็อาจทำการสละเรือได้ด้วยตนเองและไม่น่าจะมีผล เป็นการผิดสัญญาจ้างแรงงานทางทะเลเช่นกัน

⁵¹ 7 STCW 1978, as amended by the 2010 Manila Amendments to the Annex, Retrieved on October 30, 2017, from <http://www.saturore.it/Diritto/STCW95.pdf>

⁵² Chapter II : Master and deck department

⁵³ Chapter III : Engine department

⁵⁴ Chapter IV : Radiocommunication and radio operators

⁵⁵ Chapter VI : Emergency, occupational safety, security, medical care and survival functions

⁵⁶ Chapter VI : Emergency, occupational safety, security, medical care and survival functions

⁵⁷ Chapter VII : Alternative certification

พระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456 นั้นมีหลักเกณฑ์เพียงข้อกำหนดตามภาคผนวกแห่งอนุสัญญา STCW 1978 เพียงหนึ่งบทเท่านั้น คือ บทที่ 1 บทบัญญัติทั่วไป (Chapter I: General provisions) แต่หลักเกณฑ์ตามบทอื่น ๆ ตั้งแต่บทที่ 2 ถึง 8 ของ STCW 1978 นั้นไม่ปรากฏตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 279 ของพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456

อย่างไรก็ดีเมื่อพิจารณาตามกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456 แล้ว เห็นได้ว่าข้อบังคับกรมเจ้าท่าเกี่ยวกับการสอบความรู้ของผู้ทำการในเรือ พ.ศ. 2557 ได้วางหลักเกณฑ์ตามภาคผนวก แห่งอนุสัญญา STCW 1978 ในบทที่ 2 ถึงบทที่ 6 ไว้⁵⁹ แต่หลักเกณฑ์ตามบทที่ 7 ว่าด้วย ประกาศนียบัตรทางเลือก (Chapter VII: Alternative certification) และบทที่ 8 ว่าด้วยการเข้ายาม (Chapter VIII : Watchkeeping) ข้อบังคับกรมเจ้าท่ายังมีได้มีบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวแต่อย่างใด

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าบทบัญญัติมาตรา 279 แห่งพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456 นั้นควรได้รับการแก้ไขเพิ่มเติม ให้มีความครอบคลุมถึงหลักเกณฑ์ตามบทอื่น ๆ ตั้งแต่บทที่ 2 ถึงบทที่ 8 ตามอนุสัญญา STCW 1978 ด้วย เพื่อให้กฎหมายของประเทศไทยมีความสอดคล้องตามกฎหมายระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีหน้าที่ตามอนุสัญญาระหว่างประเทศอยู่

ประการที่สอง บทบัญญัติมาตรา 285/1 แห่งพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456 นั้นเป็นกฎหมายแม่บทที่กำหนดให้เจ้าท่ามีอำนาจในการออกหนังสือสำคัญประจำตัวคนประจำเรือได้เมื่อได้รับการร้องขอ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ แบบ หนังสือสำคัญดังที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง⁶⁰ อย่างไรก็ดี ผู้เขียนพบว่า รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมได้จัดทำ (ร่าง) กฎกระทรวงว่าด้วยหลักเกณฑ์วิธีการ แบบหนังสือ สำคัญ และอัตราค่าธรรมเนียมในการออกหนังสือสำคัญประจำตัวคนประจำเรือ พ.ศ.⁶¹ แต่ก็ยังมีได้จัดทำเป็นกฎกระทรวงฉบับสมบูรณ์ที่มีผลใช้บังคับตามกฎหมายแต่อย่างใด

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนได้ค้นคว้าหลักเกณฑ์เรื่องการออกหนังสือสำคัญประจำตัวคนประจำเรือแล้วพบว่า อธิบดีกรมเจ้าท่าได้มีการออกระเบียบกรมเจ้าท่า ว่าด้วยหลักเกณฑ์ และวิธีการออกหนังสือคนประจำเรือสำหรับผู้ทำการในเรือ พ.ศ. 2558⁶² แต่การออกระเบียบเช่นนี้ เป็นการอาศัยอำนาจตามข้อ 74⁶³ แห่งข้อบังคับกรมเจ้าท่าเกี่ยวกับการสอบความรู้ของผู้ทำการในเรือ พ.ศ. 2557⁶⁴ ซึ่งข้อบังคับเช่นนี้เป็นการกำหนดขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456 ในอีกมาตราหนึ่งคือ มาตรา 279⁶⁵ มิใช่การอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติมาตรา 285/1 ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทว่าด้วยการออกหนังสือสำคัญประจำตัวคนประจำเรือ

ดังนั้น ประเด็นปัญหาจึงมีอยู่ว่า หนังสือสำคัญประจำตัวคนประจำเรือที่ออกให้แก่ผู้ทำการในเรือตามหลักเกณฑ์แห่งระเบียบกรมเจ้าท่า ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการออก หนังสือคนประจำเรือสำหรับผู้ทำการในเรือ พ.ศ.

⁵⁸ Chapter VIII: Watchkeeping

⁵⁹ ดูหมวดที่ 2 ถึงหมวดที่ 6 แห่งข้อบังคับกรมเจ้าท่าเกี่ยวกับการสอบความรู้ของผู้ทำการในเรือ พ.ศ. 2557

⁶⁰ มาตรา 285/1 เพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย (ฉบับที่ 17) พ.ศ. 2560

⁶¹ เว็บไซต์เพื่อรับฟังความคิดเห็นทางด้านกฎหมายไทย, สืบค้นเมื่อวันที่ 30 ตุลาคม 2561, จาก www.lawamendment.go.th/index.php/laws-department/item/download/294_20cdb940fc18c666fcf19290ab112a90a

⁶² ประกาศ ณ วันที่ 27 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2558, สืบค้นเมื่อวันที่ 30 ตุลาคม 2561, จาก http://www.marinerthai.net/d_load/law_2221-001.pdf

⁶³ ข้อ 74 กำหนดให้ผู้ที่ประสงค์จะลงทำการในเรือขอรับหนังสือคนประจำเรือสำหรับ ตนที่กรมเจ้าท่าและให้เก็บรักษาไว้ตลอดระยะเวลาที่จะทำการในเรือ โดยการขอรับหนังสือคนประจำเรือ การบันทึกและลงนามเพื่อรับรองรายละเอียดการปฏิบัติงานในเรือนั้นให้เป็นไปตามแบบ หลักเกณฑ์ และวิธีการตามระเบียบที่อธิบดีกำหนด

⁶⁴ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 131 ตอนพิเศษ 210 ง ลงวันที่ 21 ตุลาคม 2557, น.2 – 57.

⁶⁵ แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย (ฉบับที่ 13) พ.ศ. 2525

2558 นั้น ถือเป็นหนังสือสำคัญประจำตัวคนประจำเรือที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ในเรื่องนี้หากพิจารณาตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จะ พบว่ามีพระราชบัญญัติฉบับหนึ่ง คือ พระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย (ฉบับที่ 17) พ.ศ. 256043 อันมีมาตรา 15 ที่บัญญัติว่า “ในระหว่างที่ยังไม่มีกฎกระทรวงที่ออกตามความในมาตรา 285/1 แห่งพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัตินี้ให้นำระเบียบกรมเจ้าท่า ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการออกหนังสือคนประจำเรือสำหรับผู้ทำการในเรือ พ.ศ. 2558 มาใช้กับการออกหนังสือสำคัญประจำตัวคนประจำเรือไปพลาง ก่อนจนกว่าจะมีการออกกฎกระทรวงตามมาตรา 285/1 แต่ทั้งนี้ ต้องออกกฎกระทรวงดังกล่าว ภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ” โดยพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย (ฉบับที่ 17) พ.ศ. 2560 มีผลใช้บังคับเริ่มนับแต่วันที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2560 ซึ่งหมายความว่า กฎกระทรวงว่าด้วยหลักเกณฑ์วิธีการ แบบหนังสือสำคัญ และอัตราค่าธรรมเนียมในการออกหนังสือสำคัญประจำตัวคนประจำเรือนั้น ฟังที่จะประกาศใช้ภายในวันที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2561

ดังนั้น โดยผลแห่งบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำ ไทย (ฉบับที่ 17) พ.ศ. 2560 ช่างต้นย่อมพิจารณาได้ว่า การออกหนังสือสำคัญประจำตัวคนประจำเรือที่เกิดขึ้นในระหว่างวันที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2560 ถึงวันที่ 22 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2561 เป็นการออกหนังสือสำคัญประจำตัวคนประจำเรือที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หนังสือสำคัญประจำตัวคนประจำเรือ เช่นว่านั้นจะมีผลสมบูรณ์ต่อไปหลังจากวันที่ 22 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2561 ได้ก็ต่อเมื่อได้มีการออกกฎกระทรวงในเรื่องดังกล่าวภายในวันที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2561 เพราะกฎหมายใช้คำว่า “ไปพลางก่อน” ย่อมมีความหมายว่าจะมีผลใช้บังคับไปได้ในระยะหนึ่ง โดยการมีผลใช้บังคับต่อไปนั้นย่อมขึ้นอยู่กับความสำเร็จเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่ง แต่เมื่อข้อเท็จจริงที่ปรากฏคือ ในช่วงระยะเวลาระหว่างวันที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2560 ถึงวันที่ 22 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2561 นั้นมิได้มีการออกกฎกระทรวงเช่นว่านั้น ผลจึงเปลี่ยนไปเป็นว่าหนังสือสำคัญประจำตัวคนประจำเรือที่ออกให้ในระหว่างวันที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2560 และวันที่ 22 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2561 นั้นย่อมสิ้นไปซึ่งสภาพความชอบด้วยกฎหมายนับตั้งแต่ วันที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2561 เป็นต้นไป เพราะฉะนั้นอาจสรุปได้ว่า หนังสือสำคัญประจำตัวคนประจำเรือที่ออกให้ตามระเบียบกรมเจ้าท่า ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการออก หนังสือคนประจำเรือสำหรับผู้ทำการในเรือ พ.ศ. 2558 นั้นถือเป็นหนังสือสำคัญประจำตัวคนประจำเรือที่ออกโดยไม่ถูกต้อง และตราบไต่ที่ประเทศไทยยังไม่มีการออกกฎกระทรวงในเรื่องดังกล่าว หนังสือสำคัญประจำตัวคนประจำเรือที่ยังคงมีการออกให้อยู่ในปัจจุบันภายใต้การอ้างอิงหรืออาศัยอำนาจตามระเบียบกรมเจ้าทานั้น ก็ย่อมไม่มีผลเป็นหนังสือราชการที่ชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด ในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการออกกฎกระทรวงในเรื่องดังกล่าวให้ถูกต้องต้องโดยต้องเป็นการออกกฎกระทรวงโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บท ซึ่งก็คือ อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456 มิใช่อาศัยอำนาจตามระเบียบกรมเจ้าท่าอย่างเช่นในปัจจุบัน

ประการที่สาม ในเรื่องของการควบคุมหรือการกำกับดูแลเกี่ยวกับมาตรฐานคนประจำเรือนั้น หากพิจารณาในด้านของบทลงโทษหรือผลกระทบที่จะได้รับจากการตรวจประเมินในทางลบขององค์การระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องอย่าง IMO แล้ว อาจเรียกได้ว่า การควบคุม หรือการกำกับดูแลในเรื่องดังกล่าวนี้มีบทลงโทษหรือมีผลกระทบในลักษณะที่มีความรุนแรงน้อยกว่าการควบคุมหรือกำกับดูแลขององค์การระหว่างประเทศอื่น ๆ กล่าวอีกทางหนึ่ง หากพิจารณาเปรียบเทียบกันแล้ว การตรวจประเมินที่มีผลในทางลบขององค์การระหว่างประเทศอื่น ๆ มักจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อประเทศไทยในระดับที่สูงมาก เช่น องค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศ (International Civil Aviation Organization: ICAO) ซึ่งได้เข้ามาดำเนินการตรวจมาตรฐานด้านความปลอดภัยตามโครงการตรวจสอบการกำกับดูแลด้านความปลอดภัยสากล (Universal Safety Oversight Audit Programme: USOAP)⁶⁶ ได้แจ้งเตือนว่าประเทศไทย (โดยกรมการบินพลเรือน) มีมาตรฐานด้านความปลอดภัยในลำดับที่ถูกรับลดลงไปอยู่ในสถานะของกลุ่มประเทศที่มีข้อบกพร่องอย่างมีนัยสำคัญด้านความปลอดภัย (Significant Safety

⁶⁶ สำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย, “ประวัติความเป็นมา,” สืบค้นเมื่อวันที่ 11 เมษายน 2559, จาก <https://www.caat.or.th/th/archives/193>

Concerns : SSC)⁶⁷ โดยจากการตรวจประเมินดังกล่าว พบว่าประเทศไทยมีข้อบกพร่องที่มีนัยสำคัญมากถึง 33 ข้อ และมีข้อบกพร่องอื่น ๆ อีกเป็นจำนวนมากจนนำมาสู่ การที่ ICAO ดำเนินการติดสัญลักษณ์ “ธงแดง” ให้แก่ประเทศไทยไว้ในเว็บไซต์ของ ICAO ภายหลัง จากที่กรมการขนส่งทางอากาศไม่สามารถแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าวให้แล้วเสร็จได้ภายในระยะเวลา 90 วันตามที่ ICAO ได้กำหนดไว้⁶⁸ ซึ่งจากมาตรการเพื่อการควบคุมหรือการกำกับดูแลดังกล่าวได้ ส่งผลกระทบต่ออุตสาหกรรมการท่องเที่ยวของประเทศไทยอย่างมีนัยสำคัญ เนื่องจากว่ามีบางประเทศ เช่น ประเทศเกาหลีใต้ ประเทศญี่ปุ่น ได้มีคำสั่งระงับการเดินอากาศเข้ามาในเขตอำนาจอธิปไตยของตนสำหรับเที่ยวบินเช่าเหมาลำและการบินในเส้นทางเปิดใหม่ของสายการบินต่าง ๆ ในประเทศไทย⁶⁹

บทสรุป

ตามที่บทความฉบับนี้ได้นำเสนอมาข้างต้นนั้น ทำให้สามารถเห็นภาพรวมของกลไกทางกฎหมายและบทบัญญัติว่าด้วยการจัดอัตรากำลังคนประจำเรือ การจ้างแรงงานคนประจำเรือ การฝึกอบรมและการออกประกาศนียบัตรสำหรับคนประจำเรือซึ่งปฏิบัติหน้าที่บนเรือ ซึ่งประเทศไทยมีความจำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติให้ครอบคลุม มีความทันสมัยและสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ตามอนุสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งประเทศไทยมีพันธกรณีต้องดำเนินการต่อไป ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาถึงการประกอบกิจการเรือสำราญในประเทศไทย ย่อมเห็นได้อย่างชัดเจนว่า เรือสำราญเป็นเรือเดินทะเลประเภทหนึ่ง อันต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์พื้นฐานในเรื่องดังกล่าวเช่นเดียวกับเรือเดินทะเลประเภทอื่น เพียงแต่มีรายละเอียดอื่นที่เกี่ยวข้องเพิ่มเติมขึ้น ซึ่งจำต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์อันเป็นมาตรฐานสากลตามประเภทเฉพาะของเรือขนส่งผู้โดยสาร เรือสำราญเพิ่มอีกส่วนหนึ่ง ซึ่งตามข้อเท็จจริง ในอดีตประเทศไทยเคยมีการประกอบกิจการเรือสำราญระหว่างประเทศ ซึ่งให้บริการเดินทางระหว่างประเทศไทยไปยังประเทศอื่นภายในภูมิภาคและประเทศใกล้เคียง แต่เนื่องด้วยเหตุผลในทางธุรกิจหลายประการ ทำให้บริษัทสายการบินเรือสำราญดังกล่าวจำเป็นต้องปิดการให้บริการเดินเรือสำราญลงไป อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาสภาพการณ์ในปัจจุบันหน่วยงานและองค์กรภาคส่วนที่เกี่ยวข้องกับการท่องเที่ยวด้วยเรือสำราญกำลังเร่งผลักดันและสร้างความพร้อมให้ผู้ประกอบการเรือสำราญสามารถเริ่มต้นประกอบกิจการเรือสำราญได้ สามารถเกิดการจ้างแรงงานคนประจำเรือบนเรือสำราญ เกิดการสร้างรายได้ให้กับประเทศ ซึ่งย่อมส่งผลให้เศรษฐกิจของประเทศขยายตัวเพิ่มมากขึ้น ซึ่งการจะสร้างความพร้อม และขีดความสามารถในการประกอบกิจการเรือสำราญให้เป็นเช่นที่กล่าวมาได้นั้น จำเป็นต้องอาศัยความร่วมมือจากทุกภาคส่วนที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นทั้งทางด้านเศรษฐกิจ สังคม และบริบททางกฎหมาย อันเป็นพื้นฐานที่สำคัญที่ประกอบรวมกันและหนุนผลักดันไปด้วยกัน เพื่อนำพาให้การประกอบกิจการเรือสำราญ เป็นกิจการที่มีศักยภาพในการให้บริการ มีมาตรฐานความปลอดภัยทางทะเลอันสอดคล้องในระดับสากล ซึ่งจะสามารถสร้างความเชื่อมั่นและสร้างชื่อเสียงกับประเทศไทยได้อย่างยั่งยืนสืบต่อไป

⁶⁷ ICAO, Safety Report on Universal Safety Oversight Audit Programme: Continuous Monitoring Approach Results, 1 January 2013 to 31 December 2015, อ้างถึงใน เปลวเทียน อุตรชะย, “ผลกระทบจากการไม่ผ่านมาตรฐานด้านความปลอดภัยโดยองค์การการบิน พลเรือนระหว่างประเทศ (ICAO) ต่ออุตสาหกรรมการบินของประเทศไทย,” วารสารกฎหมาย, 33:2, (2558), น.47.

⁶⁸ ไทยพับลิก้า, “คมนาคมแจง ICAO ปัก “ธงแดง” ไทย เตรียมเชิญสายการบินหลัก ทดสอบมาตรฐาน ลอตแรก 9 ก.ย.นี้ “จรั่มพร” ชี้ไม่กระทบแต่ถูกตรวจเพิ่มหลายเท่าตัว,” สืบค้นเมื่อ วันที่ 18 มิถุนายน 2561, จาก <https://thaipublica.org/2015/06/icao-3/>

⁶⁹ Voice TV, “เผยเงินตามญี่ปุ่น-เกาหลี ระงับเที่ยวบินเหมาลำไทย,” สืบค้นเมื่อวันที่ 31 มีนาคม 2558, จาก <https://www.voicetv.co.th/read/186537>

บรรณานุกรม

บทความ

ชนะชัย เลิศสุชาตวนิช. “คนประจำเรือตามกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายไทย.” วารสารกฎหมายขนส่งและพาณิชยนาวิ, 11:12, น.1. 2559.

ICAO, Safety Report on Universal Safety Oversight Audit Programme: Continuous Monitoring Approach Results, 1 January 2013 to 31 December 2015. อ้างถึงใน เปลวเทียน อุตรระชัย. “ผลกระทบจากการไม่ผ่านมาตรฐานด้านความปลอดภัยโดยองค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศ (ICAO) ต่ออุตสาหกรรมการบินของประเทศไทย.” วารสารกฎหมาย, 33:2, 2558.

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

กรมเจ้าท่า. “ข่าวสารประชาสัมพันธ์.” <http://www.thaicruisetrn.com>. 1 เมษายน 2561.

การรับฟังความคิดเห็นทางด้านกฎหมายไทย. www.lawamendment.go.th/index.php/laws-department/item/download/94_20cdb940fc18c66fcf19290_ab112a90a. 30 ตุลาคม 2561.

ไทยพับลิก้า. “คมนาคมแจง ICAO ปัก “ธงแดง” ไทย เตรียมเชิญสายการบินหลัก ทดสอบมาตรฐานลดแรก 9 ก.ย. นี้ “จรั้มพร.” ซึ่งไม่กระทบแต่ถูกตรวจเพิ่มหลายเท่าตัว. <https://thaipublica.org/2015/06/icao-3/>. 18 มิถุนายน 2561.

สำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย. “ประวัติความเป็นมา.” <https://www.caat.or.th/th/archives/193>. 11 เมษายน 2559

Voice TV. “เผยเงินตามญี่ปุ่น-เกาหลี ระบุบเทียบวินเหมาลำไทย.” <https://www.voicetv.co.th/read/186537>. 31 มีนาคม 2558

กฎหมาย

กลุ่มงานพัฒนาและยกร่างกฎหมาย กองนิติการ กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน. “สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558.”

ข้อบังคับกรมเจ้าท่าเกี่ยวกับการสอบความรู้ของผู้ทำการในเรือ พ.ศ. 2557.

ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 134 ตอนพิเศษ 182 ง วันที่ 17 กรกฎาคม .

ยกเลิกประกาศกรมเจ้าท่า ที่ 111/2560 เรื่อง การจัดอัตรากำลังสำหรับเรือเดินทะเล ลงวันที่ 22 มิถุนายน 2560.

ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 131 ตอนพิเศษ 210 ง ลงวันที่ 21 ตุลาคม 2557.

ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 134 ตอนพิเศษ 182 ง ลงวันที่ 17 กรกฎาคม 2560 .

ELECTRONIC MEDIA

7 STCW 1978. as amended by the 2010 Manila Amendments to the Annex. <http://www.saturatore.it/Diritto/STCW95.pdf>. October 30, 2017.

World Tourism Organization (2010a). <http://www2.unwto.org/>. May 9, 2018.

LAWS

CFR > Title 46 > Chapter I > Subchapter B > Part 12 > Subpart.

International Convention for the Safety of Life at Sea (SOLAS), 1974.

Statutory Instrument 1997 No. 1320.

Statutory Instrument 1997 No. 348.

The Merchant Shipping (Safe Manning, Hours of Work and Watchkeeping) Regulations 1997.

The Principles of Safe Manning adopted by the Organization by Resolution A.890(21).

U.S. Code, Title 46, Subtitle II.

46 U.S. Code § 7302: Issuing merchant mariners' documents and continuous discharge books.

46 U.S. Code § 8701: Merchant mariners' documents required.

46 U.S. Code § 8702 - Certain crew requirements.

การอำนวยความสะดวกคนพิการทางสายตาและคนพิการทางสื่อสิ่งพิมพ์
ในการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์
FACILITATING ACCESS TO COPYRIGHT WORKS FOR THE BLIND,
VISUALLY IMPAIRED, AND OTHERWISE PRINT DISABLED

ณัฐวัฒน์ ตาตุ*
Nuwat Tatu

บทคัดย่อ

หนังสือและสื่อสิ่งพิมพ์ต่าง ๆ ถือเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ซึ่งได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ หากบุคคลอื่นทำการทำซ้ำ ดัดแปลง หรือเผยแพร่หนังสือหรือสื่อสิ่งพิมพ์ดังกล่าวโดยมิได้รับความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ย่อมถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่หนังสือหรือสื่อสิ่งพิมพ์ที่อยู่ในรูปแบบปกตินั้น เป็นสิ่งที่ผู้พิการทางสายตาและผู้พิการทางสื่อสิ่งพิมพ์ไม่สามารถเข้าถึงได้ ทำให้จำเป็นต้องมีการทำซ้ำหรือดัดแปลงหนังสือหรือสื่อสิ่งพิมพ์เพื่อให้ผู้พิการทางสายตาหรือผู้พิการทางสื่อสิ่งพิมพ์สามารถเข้าถึงได้ จึงยอมเห็นได้ว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ถือเป็นอุปสรรคในการเข้าถึงหนังสือหรือสื่อสิ่งพิมพ์ของผู้พิการทางสายตาและผู้พิการทางสื่อสิ่งพิมพ์ อย่างไรก็ตามเมื่อวันที่ 28 มกราคม 2562 ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีแห่งสนธิสัญญามาร์ราเคชเพื่ออำนวยความสะดวกในการเข้าถึงงานที่มีการโฆษณาแล้วสำหรับคนตาบอด คนพิการทางการเห็น และคนพิการทางสื่อสิ่งพิมพ์ (Marrakesh Treaty to Facilitate Access to Published Works for Persons Who Are Blind, Visually Impaired or Otherwise Print Disabled) และได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ของประเทศไทย เช่นนี้จึงต้องศึกษากฎหมายลิขสิทธิ์ที่แก้ไขใหม่ของประเทศไทยเปรียบเทียบกับสนธิสัญญาดังกล่าวและกฎหมายลิขสิทธิ์ของบางประเทศที่เข้าเป็นภาคีแห่งสนธิสัญญานี้เช่นเดียวกัน โดยบทความนี้มุ่งศึกษาในประเด็นประเภทของผู้พิการที่ได้รับประโยชน์และประเภทของผู้ที่ได้รับความคุ้มครองจากข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ทั้งนี้เพื่อให้เป็นการอำนวยความสะดวกคนพิการทางสายตาและคนพิการทางสื่อสิ่งพิมพ์ในการเข้าถึงหนังสือหรือสื่อสิ่งพิมพ์ได้อย่างเสมอภาคกับบุคคลทุกคน

คำสำคัญ

คนพิการทางสายตา, การเข้าถึง, ลิขสิทธิ์, ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์

ABSTRACT

Books and other publications protected by copyright law may not be reproduced, modified, or distributed without the consent of copyright owners. Yet in their usual format, books and other printed materials cannot be accessed by is necessary to reproduce or modify publications for them, to which copyright law may be an obstacle. On January 28, 2019, Thailand became a party to the *Marrakesh Treaty to Facilitate* visually impaired and print-disabled people. It *Access to Published Works for Persons Who Are Blind, Visually Impaired or Otherwise Print Disabled*. Copyright law of Thailand has been duly amended. This revised copyright law has been studied on an international comparative legal basis, taking into account

* นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ : nuwattatu@gmail.com

treaties and laws of in other nations that are party to this treaty. Types of disabled Thai people who benefit from the new regulations and those protected from copyright infringement exceptions were examined. The purpose was to facilitate access for visually impaired and print-disabled people to books and other publications in an equitable manner.

Keywords

Visual Impairment, Accessible, Copyright, Exception of Copyright Infringement

บทนำ

คนพิการทางสายตาและคนพิการทางสื่อสิ่งพิมพ์ถือได้ว่าเป็นผู้ที่มีข้อจำกัดในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ ประเภทสื่อสิ่งพิมพ์ไม่ว่าจะอยู่ในรูปเอกสารหรือรูปอิเล็กทรอนิกส์ หากคนพิการทางสายตาต้องการเข้าถึงและใช้ประโยชน์งานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าว นั้น ย่อมต้องมีการดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์ให้อยู่ในรูปแบบอื่น ๆ ที่คนพิการทางสายตาสามารถเข้าถึงได้ แต่หากมีการดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์ต่าง ๆ โดยมิได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ย่อมถือเป็นความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์¹

เช่นนี้จึงทำให้คนพิการทางสายตาไม่สามารถเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ได้

ในอดีตเนื่องจากพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ยังไม่มีการกำหนดข้อยกเว้นการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์สำหรับคนพิการไว้ จึงได้มีการแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์โดยการตราพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2558 ซึ่งได้มีการกำหนดเป็นข้อยกเว้น หลักสิทธิ์แต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ (Exclusive Right) กล่าวคือ ได้กำหนดให้สามารถทำซ้ำหรือดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ของคนพิการได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์ทั้งนี้ต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่เป็นการกระทบกระเทือนสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรและให้หลักเกณฑ์และวิธีการทำซ้ำหรือดัดแปลงดังกล่าวเป็นไปตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด²

อย่างไรก็ตามแม้ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวจะทำให้คนพิการที่ได้รับการรับรองสามารถเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ได้มากยิ่งขึ้น แต่ก็ยังมีข้อจำกัดบางประการในการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ของคนพิการทางสายตาดังนั้นก่อนที่ประเทศไทยจะเข้าเป็นภาคีในสนธิสัญญามาร์ราเคชฯ จึงได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2561 โดยมีการแก้ไขเพื่อเพิ่มเติมสิทธิในการเผยแพร่สำเนา งานอันมีลิขสิทธิ์ต่อสาธารณะชน กล่าวคือ ได้มีการกำหนดให้องค์กรที่ได้รับอนุญาตหรือได้รับการยอมรับมีสิทธิในการเผยแพร่สำเนา งานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้ มีการทำซ้ำหรือดัดแปลงให้อยู่ในรูปแบบที่คนพิการสามารถเข้าถึงได้ (Accessible Format Copy) ต่อสาธารณะชน รวมถึงการเผยแพร่สำเนา งานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้รับจากองค์กรที่ได้รับอนุญาตหรือได้รับการยอมรับทั้งจากในประเทศและต่างประเทศทั้งนี้ตามมาตรา 4 นอกจากนี้ยังได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมให้องค์กรที่ได้รับอนุญาตหรือได้รับการยอมรับมีสิทธิที่จะทำซ้ำหรือดัดแปลงหรือเผยแพร่งานที่เป็นสิทธิของนักแสดงเพื่อประโยชน์ของคนพิการได้ ตามมาตรา 5

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2561 และกฎหมายที่ออกตามพระราชบัญญัติดังกล่าวแล้ว ย่อมเห็นได้ว่าเป็นการเพิ่มโอกาสให้แก่คนพิการบางประเภทในอันที่จะเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ แต่อย่างไรก็ดีการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวก็ยังไม่มีความชัดเจนเพียงพอสำหรับการอำนวยความสะดวกให้แก่คนพิการทางสายตาเพื่อการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ เช่น บุคคลที่จะได้รับประโยชน์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์มีแต่เพียงคนพิการทางสายตาและคนพิการบางประเภท ได้แก่ คนพิการทางการได้ยิน คนพิการทางการเคลื่อนไหว คนพิการทางสติปัญญา และคนพิการทางการเรียนรู้ แต่กลับมิได้กำหนดนิยามของคนพิการให้สอดคล้องกับสนธิสัญญามาร์ราเคชฯ นอกจากนี้ผู้ที่สามารถทำซ้ำหรือดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ของคนพิการได้นั้นมีแต่เพียงองค์กรที่ได้รับอนุญาตหรือได้รับการยอมรับเท่านั้น มิได้รวมถึงองค์กรที่เป็นวิสาหกิจเพื่อสังคม (Social Enterprise) ด้วย ทั้งที่วิสาหกิจเพื่อสังคมก็เป็นองค์กรอีกประเภทหนึ่งที่มีความประสงค์จะช่วยเหลือสังคม ซึ่งย่อมหมายความว่ารวมถึงคนพิการด้วย และการกำหนดดังกล่าวก็ได้รวมถึงบุคคลธรรมดาด้วยเช่นกัน ทั้งที่มีบุคคลธรรมดาเป็นจำนวนมากที่ประสงค์จะให้ความช่วยเหลือคนพิการทางสายตาและคนพิการทางสื่อสิ่งพิมพ์ต่าง ๆ ซึ่งจากความไม่ชัดเจนดังกล่าวทำให้มิได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ใด ๆ เกี่ยวกับการที่บุคคลธรรมดาจะทำซ้ำหรือดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์แก่คนพิการทางสายตาเลย

อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาสนธิสัญญามาร์ราเคชฯ เพื่ออำนวยความสะดวกในการเข้าถึงงานที่มีการโฆษณาแล้วสำหรับคนตาบอด คนพิการทางการเห็น และคนพิการทางสื่อสิ่งพิมพ์ และกฎหมายว่าด้วยข้อยกเว้นการละเมิด

¹ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, มาตรา 27.

² พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2558, มาตรา 4.

ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ของคนพิการของประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรปแล้วพบว่าสนธิสัญญาดังกล่าวได้มีการตราบัพัญญูติอันเกี่ยวกับปัญหาข้างต้นไว้แล้ว และกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ของประเทศอื่นที่ได้กล่าวมาข้างต้นก็มีบัพัญญูติที่ไม่ก่อให้เกิดอุปสรรคแก่คนพิการดังกล่าวในการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ที่เป็นสื่อสิ่งพิมพ์ ดังนั้น จึงควรต้องมีการศึกษาค้นคว้าและเปรียบเทียบกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยกับกฎหมายลิขสิทธิ์ในระดับระหว่างประเทศ และกฎหมายลิขสิทธิ์ของบางประเทศ เกี่ยวกับประเด็นเหล่านี้เพื่อแสวงหาหลักกฎหมายและแนวทางที่เหมาะสมในการลดข้อจำกัดในการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ของคนพิการทางสายตาในประเทศไทยเพื่อให้คนพิการทางสายตามีความเสมอภาคในการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์และการเรียนรู้ต่อไป

1. แนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร ลักษณะทั่วไปของลิขสิทธิ์ และการสร้างความสมดุลระหว่างประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์กับประโยชน์สาธารณะ ทั้งนี้เพื่อให้เข้าใจหลักการพื้นฐานของการกำหนดข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์

1.1 สิทธิในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร

การเข้าถึง (Accessibility) เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ทุกคนซึ่งรวมถึงคนพิการด้วย โดยจะเห็นได้จากการที่มีการรับรองสิทธิดังกล่าวไว้ในฐานะหลักทั่วไป (General Principles) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของคนพิการ³ ซึ่งหลักการเข้าถึงนี้สามารถพิจารณาได้หลายด้าน ได้แก่ ⁴ด้านทัศนคติของคนในสังคม (Social/Attitudinal Accessibility) ด้านความสามารถทางปัญญาในการเข้าถึง (Intellectual Accessibility) การเข้าถึงการสื่อสาร (Communication Accessibility) การเข้าถึงในด้านที่เกี่ยวกับภาครัฐ (Institutional Accessibility) การเข้าถึงทางกายภาพ (Physical Accessibility) การเข้าถึงทางเศรษฐกิจ (Economic Accessibility) ซึ่งเมื่อพิจารณาอนุสัญญาดังกล่าวแล้วพบว่าได้มีการวางหลักการเกี่ยวกับการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารไว้ด้วย กล่าวคือ รัฐต้องจัดให้มีมาตรการที่เหมาะสมเพื่อทำให้ผู้พิการสามารถเข้าถึงข้อมูลข่าวสารและการสื่อสารได้อย่างเท่าเทียมกับบุคคลอื่นทั้งในรูปแบบทั่วไปและรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งมาตรการเช่นว่านั้นต้องหมายความรวมถึงการขจัดอุปสรรคใดๆ ที่เป็นการขัดขวางผู้พิการมิให้เข้าถึงข้อมูลข่าวสารด้วย⁵ ส่วนประเทศไทยก็ได้มีการบัญญัติสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารสำหรับคนพิการไว้เช่นกัน กล่าวคือ คนพิการมีสิทธิเข้าถึงและใช้ประโยชน์ข้อมูลข่าวสาร การสื่อสาร บริการโทรคมนาคม เทคโนโลยีสารสนเทศ และการสื่อสารและเทคโนโลยีสิ่งอำนวยความสะดวกเพื่อการสื่อสารสำหรับคนพิการทุกประเภท ตามมาตรา 20 (6) แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550 ซึ่งจากการพิจารณาหลักการดังกล่าวย่อมเห็นได้ว่ามีความสอดคล้องกับหลักการตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการแล้ว

1.2 ลักษณะทั่วไปของลิขสิทธิ์

ลิขสิทธิ์เป็นสิทธิประเภทหนึ่งตามหลักกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา โดยมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองประโยชน์ทางเศรษฐกิจของผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้วางหลักให้ลิขสิทธิ์ หมายความว่า “สิทธิแต่ผู้เดียวที่จะทำการใดๆ ตามพระราชบัญญัตินี้เกี่ยวกับงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้ทำขึ้น” จากหลักการดังกล่าวย่อมเห็นได้ว่าลิขสิทธิ์เป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Right) ของเจ้าของลิขสิทธิ์ในอันที่จะกระทำการใดๆ ต่องานอันมีลิขสิทธิ์ เช่น การทำซ้ำ การดัดแปลง การเผยแพร่งานนั้นต่อสาธารณชน หรืออนุญาตให้ผู้อื่นใช้ประโยชน์จากงานนั้น เป็นต้น ซึ่งหลักการดังกล่าวเป็นไปเพื่อการป้องกันการหาประโยชน์โดยมิชอบ

³ CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES, ARTICLE 3 (F).

⁴ MARIANNE SCHULZE, “A HANDBOOK ON THE HUMAN RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES: UNDERSTANDING THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE PERSONS WITH DISABILITIES,” 3RD EDITION (NEW YORK : PAPER SLAM INC., 2010), P. 43.

⁵ CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES, ARTICLE 9 (1) (B).

⁶ ไชยยศ เหมะรัชตะ, “ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พื้นฐานความรู้ทั่วไป),” พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2559), น. 48.

ด้วยกฎหมายจากบุคคลอื่นที่มีใจเจ้าของลิขสิทธิ์และเพื่อให้ผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์สามารถได้รับประโยชน์อย่างเต็มที่จากงานอันมีลิขสิทธิ์ซึ่งตนได้ใช้สติปัญญา กำลังกาย กำลังใจ และเวลาเพื่อสร้างสรรค์งานนั้นขึ้น⁷

1.3 การสร้างความสมดุลระหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์กับประโยชน์สาธารณะ

การคุ้มครองลิขสิทธิ์เป็นการคุ้มครองเฉพาะประโยชน์ของผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์เท่านั้น ส่วนการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะนั้นเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของคนทุกคนในสังคม ดังนั้นการคุ้มครองลิขสิทธิ์ย่อมเป็นการทำให้เสียประโยชน์สาธารณะ จึงต้องมีการกำหนดข้อจำกัดสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์เพื่อเป็นการสร้างความสมดุลระหว่างประโยชน์ของผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์กับประโยชน์สาธารณะ ซึ่งหลักการดังกล่าวอาจพิจารณาได้ดังนี้⁸

1) การจำกัดระยะเวลาให้ความคุ้มครอง (Duration of Copyright)

เจ้าของลิขสิทธิ์เป็นผู้ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ จึงย่อมมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในอันที่จะใช้ประโยชน์ ได้ดอกผล อนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิ์ หรือกระทำการอื่นที่มีประโยชน์ต่อตนเองในทางเศรษฐกิจ และบุคคลอื่นจะใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์มิได้ ซึ่งจากหลักการดังกล่าวย่อมเห็นได้ว่าเป็นการผูกขาดแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ ดังนั้นเพื่อเป็นการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ กฎหมายจึงให้ความคุ้มครองสิทธิแต่เพียงผู้เดียวดังกล่าวเพียงชั่วระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น ซึ่งในระดับสากลให้การยอมรับแนวคิดในการคุ้มครองสิทธิแต่เพียงผู้เดียวตลอดชีวิตของเจ้าของลิขสิทธิ์และให้ความคุ้มครองต่อไปอีก 50 ปีนับแต่เจ้าของลิขสิทธิ์เสียชีวิต และเมื่อสิ้นระยะเวลาดังกล่าวแล้ว งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นต้องตกเป็นสาธารณะสมบัติ (Public Domain) ทำให้บุคคลอื่นสามารถใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ได้โดยไม่ต้องขออนุญาตจากบุคคลใดอีก⁹

(2) การจำกัดสิทธิตามหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรม (Fair Use)

หลักการนี้เป็นหลักการที่จำกัดสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ โดยกำหนดให้บุคคลอื่นมีสิทธิเข้าถึงและใช้ประโยชน์งานอันมีลิขสิทธิ์ได้แม้ว่าจะอยู่ในช่วงเวลาที่กฎหมายคุ้มครองสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ก็ตาม ทั้งนี้โดยไม่ต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ และอาจมีค่าตอบแทนการใช้สิทธิ์หรือไม่ก็ได้ เช่นนี้ย่อมเห็นได้ว่าหลักการดังกล่าวเป็นหลักที่จำกัดสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์และสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์กับประโยชน์สาธารณะ¹⁰

อย่างไรก็ดีเมื่อพิจารณาหลักการดังกล่าว ย่อมเห็นได้ว่าเป็นการทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องเสียประโยชน์บางประการจากข้อจำกัดนี้ ดังนั้นจึงจำเป็นต้องมีการกำหนดขอบเขตของการใช้ข้อจำกัดนี้ด้วย โดยในระดับสากลให้การยอมรับแนวคิดที่ว่าบุคคลที่จะสามารถใช้ประโยชน์งานอันมีลิขสิทธิ์ได้อย่างเป็นธรรม (Fair Use) นั้นต้องเป็นไปตามหลักบันไดสามขั้น (Three Steps Test) กล่าวคือ¹¹ ต้องเป็นกรณีเฉพาะเท่านั้น (Certain Special Case) ต้องไม่เป็นการขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ตามปกติ (Normal Exploitation) จากงานอันมีลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ และต้องไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมาย (Unreasonable Prejudice) ของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร

⁷ White, T.A. Blanco and Jacob, Robin, “Kerly’s Law of Trade Marks and Trade Name,” (London : Sweet & Maxwell, 1986), p. 117.

⁸ ณัฐิกา นิตยาพร, “แนวทางการใช้งานอย่างเป็นธรรมในงานอันมีลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวกับการศึกษาตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549) น. 12 – 14.

⁹ จันทิมา ธนาสว่างกุล, “การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530), น.83 – 85.

¹⁰ จันทิมา ธนาสว่างกุล, *เพิ่งอ้าง*, น.98

¹¹ Christophe Geiger, Daniel Gervais and Martin Senftleben, “Understanding The Three-step Test,” Retrieved on June 30, 2019, from https://www.researchgate.net/publication/298519957_Understanding_the_three-step_test/link/5918bab5afdcc963e869d94/download

2. ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของคนพิการทางสายตาตามกฎหมายระหว่างประเทศ

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงหลักการต่างๆ อันเกี่ยวกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ได้มีการกำหนดไว้ตามสนธิสัญญามาร์ราเคชเพื่ออำนวยความสะดวกในการเข้าถึงงานที่ได้มีการโฆษณาแล้วสำหรับคนตาบอด คนพิการทางสายตา และคนพิการทางสื่อสิ่งพิมพ์ รวมถึงหลักการดังกล่าวตามกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปด้วย ทั้งนี้เพื่อให้เห็นถึงแนวทางการกำหนดข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์แก่คนพิการทางสายตาและคนพิการทางสื่อสิ่งพิมพ์

2.1 สนธิสัญญามาร์ราเคช

สนธิสัญญามาร์ราเคช มีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยให้คนพิการทางการเห็นสามารถเข้าถึงสื่อสิ่งพิมพ์ต่าง ๆ ได้มากขึ้น โดยสนธิสัญญาดังกล่าวได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้เพื่อเป็นแนวทางให้แก่ประเทศสมาชิกในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายภายในของประเทศตนเอง ซึ่งสามารถพิจารณาได้ดังนี้

2.1.1 ผู้ได้รับประโยชน์ (Beneficiary Persons) หมายถึง ผู้ที่ไม่สามารถเข้าถึงสื่อสิ่งพิมพ์ในรูปแบบเดียวกับบุคคลทั่วไปได้ แต่ต้องเข้าถึงสื่อสิ่งพิมพ์ในรูปแบบที่เหมาะสมกับข้อจำกัดของตน ซึ่งตามสนธิสัญญานี้แบ่งออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่¹²

(1) คนตาบอด (Blind) เมื่อพิจารณาสนธิสัญญานี้จะพบว่าได้มีการกำหนดนิยามของ “คนตาบอด” ไว้เป็นการเฉพาะ แต่เนื่องจากกฎหมายของประเทศต่างๆ ได้มีการกำหนดนิยามของคนตาบอดไว้อยู่แล้ว ดังนั้นประเทศที่เป็นภาคีแห่งสนธิสัญญานี้ย่อมสามารถตีความคำว่าคนตาบอดตามกฎหมายภายในประเทศตนเองได้ โดยต้องตีความให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์แห่งสนธิสัญญานี้

(2) คนพิการทางสายตาหรือคนพิการทางการอ่าน (Visual Impairment or Perceptual or Reading Disability) เป็นบุคคลที่มีความบกพร่องทางการเห็นหรือมีความบกพร่องอื่นที่ส่งผลเป็นการลดความสามารถในการอ่าน ซึ่งบุคคลดังกล่าวนี้สามารถพิจารณาได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ คนพิการทางสายตาที่ยังไม่ถึงขั้นตาบอด แต่ก็ไม่สามารถอ่านหนังสือหรือสื่อสิ่งพิมพ์ได้เท่ากับคนที่มีสายตาปกติ และคนที่มีสายตาปกติแต่มีความบกพร่องในด้านอื่นที่ส่งผลให้ความสามารถในการอ่านลดน้อยลงกว่าบุคคลอื่น เช่น ผู้ป่วยโรคดิสเล็กเซีย (Dyslexia) อย่างไรก็ตามผู้ที่มีความบกพร่องหรือความพิการดังกล่าวที่จะถือว่าเป็นผู้รับประโยชน์ตามสนธิสัญญานี้ ต้องไม่สามารถแก้ไขได้ด้วยวิธีการทั่วไป เช่น การใช้แว่นสายตา หรือการผ่าตัดเพื่อรักษา เป็นต้น

(3) คนพิการทางสื่อสิ่งพิมพ์ (Otherwise Print Disabled) เป็นคนที่มีความบกพร่องทางร่างกาย ทางสมอง หรือมีอาการป่วย และความบกพร่องดังกล่าวนี้ต้องก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการเข้าถึงสื่อสิ่งพิมพ์ เช่น ไม่สามารถจับหรือถือสื่อสิ่งพิมพ์ได้ ไม่สามารถเพ่งอ่านสื่อสิ่งพิมพ์ได้ หรือไม่สามารถเคลื่อนย้ายดวงตาได้ เป็นต้น

อย่างไรก็ตามผู้ที่ได้รับความคุ้มครองตามสนธิสัญญานี้อาจมีลักษณะเพียงอย่างเดียวอย่างหนึ่งก็ได้ และอาจเป็นความบกพร่องชั่วคราวหรือถาวรก็ได้

2.1.2 ผู้ที่สามารถทำเพื่อประโยชน์ของคนพิการได้ประกอบด้วย ผู้รับประโยชน์หรือบุคคลอื่นที่กระทำการแทน แต่ต้องเป็นไปเพื่อผลประโยชน์แก่ผู้รับประโยชน์เฉพาะรายเท่านั้น¹³ และองค์กรที่ได้รับอนุญาตจากภาครัฐ (Authorized Entity) โดยองค์กรที่ได้รับอนุญาต หมายถึง องค์กรที่ได้รับอนุญาตจากภาครัฐเพื่อให้เกิดการศึกษา การฝึกอบรม หรือวัตถุประสงค์อื่นใด แก่ผู้รับประโยชน์โดยมิได้มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหาผลกำไร และให้หมายความ

¹² Laurence R. Helfer, Molly K. Land, Ruth L. Okediji and Jerome H. Reichman, The World blind Union Guide to The Marrakesh Treaty,” Retrieved on July 1, 2019, from <http://www.worldblindunion.org/English/our-work/our-priorities/Pages/WBU-Guide-to-the-Marrakesh-Treaty.aspx>.

¹³ Marrakesh Treaty to Facilitate Access to Published Works for Persons Who Are Blind, Visually Impaired, or Otherwise Print Disabled, Article 4 (2) (B).

รวมถึงองค์กรของรัฐที่มีวัตถุประสงค์หรือภารกิจหลักในการทำเพื่อประโยชน์แก่ผู้รับประโยชน์ด้วย¹⁴ ทั้งนี้บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลดังกล่าวต้องได้งานอันมีลิขสิทธิ์มาโดยชอบด้วยกฎหมายด้วย

2.1.3 ข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์สำหรับคนพิการทางสายตาหรือคนพิการทางสื่อสิ่งพิมพ์ ตามสนธิสัญญานี้ได้วางหลักไว้ว่าผู้รับประโยชน์หรือบุคคลอื่นที่กระทำการแทนสามารถทำซ้ำหรือดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ แต่ต้องเป็นไปเพื่อการใช้งานส่วนตัวเท่านั้นและผู้รับประโยชน์ต้องได้รับงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นมาโดยชอบ ส่วนองค์กรที่ได้รับอนุญาตนั้นสามารถทำซ้ำ ดัดแปลง เผยแพร่ และแลกเปลี่ยนสำเนางานอันมีลิขสิทธิ์ในรูปแบบที่คนพิการทางสายตาสามารถเข้าถึงได้ระหว่างองค์กรที่ได้รับอนุญาต โดยองค์กรดังกล่าวนี้ต้องได้รับงานอันมีลิขสิทธิ์ต้นฉบับมาโดยชอบด้วยกฎหมาย¹⁵

จากการศึกษาพบว่าหลักการต่างๆ ที่ได้มีการกำหนดไว้ตามสนธิสัญญานี้ เป็นหลักการที่ช่วยขจัดอุปสรรคในการเข้าถึงสื่อสิ่งพิมพ์สำหรับคนพิการทางสายตาและคนพิการทางสื่อสิ่งพิมพ์และส่งเสริมให้คนพิการดังกล่าวมีโอกาสในการเข้าถึงสื่อสิ่งพิมพ์มากยิ่งขึ้น ซึ่งย่อมถือได้ว่าเป็นการทำให้บุคคลดังกล่าวมีความเท่าเทียมกับบุคคลทั่วไปมากยิ่งขึ้น

2.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

กฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกามีการบังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน คือ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1976 (Copyright Act of 1976) โดยพระราชบัญญัติดังกล่าวได้มีการวางหลักเกี่ยวกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์สำหรับคนพิการไว้ดังต่อไปนี้

(1) กรณีใช้งานทั่วไป เป็นกรณีที่องค์กรที่ได้รับอนุญาต (Authorized Entity) มีอำนาจในการจัดทำสำเนางานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ในรูปแบบที่คนตาบอดและคนพิการประเภทอื่นสามารถเข้าถึงได้ และมีอำนาจในการเผยแพร่สำเนางานดังกล่าวด้วย โดยต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ในการเข้าถึงของคนตาบอดและคนพิการประเภทอื่นเท่านั้น¹⁶

(2) กรณีเพื่อประโยชน์ทางการศึกษา เป็นกรณีที่สำนักพิมพ์ที่เป็นผู้จัดพิมพ์สื่อการเรียนการสอนทั้งในระดับมลรัฐและระดับท้องถิ่นมีอำนาจเข้าถึงสื่อการเรียนการสอนในรูปแบบปกติ เพื่อดำเนินการจัดทำงานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าวให้อยู่ในรูปแบบที่คนตาบอดหรือผู้พิการประเภทอื่นสามารถเข้าถึงได้ และมีอำนาจในการเผยแพร่สำเนางานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าวไปยังผู้พิการทางสายตาและผู้พิการประเภทอื่นด้วย¹⁷

อย่างไรก็ตามผู้พิการทางสายตาและผู้พิการประเภทอื่นที่จะได้รับประโยชน์ตามข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ข้างต้นนั้น ต้องเป็นผู้พิการที่ไม่สามารถเข้าถึงสื่อสิ่งพิมพ์ในรูปแบบเดียวกับคนทั่วไปได้

นอกจากนี้แม้ว่าจะมีการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์แก่คนพิการไว้เป็นการเฉพาะ แต่การที่จะได้รับความคุ้มครองตามหลักการดังกล่าวนี้ การกระทำการใดๆ ก็ต้องเป็นไปตามหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรม (Fair Use) ซึ่งได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 107 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1976

อย่างไรก็ตามเมื่อวันที่ 8 กุมภาพันธ์ 2562 ประเทศสหรัฐอเมริกาได้เข้าเป็นภาคีแห่งสนธิสัญญามาร์ราเคช¹⁸ ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกายึดถือทฤษฎีเอกนิยามโดยถือว่ากฎหมายระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายใน

¹⁴ Marrakesh Treaty to Facilitate Access to Published Works for Persons Who Are Blind, Visually Impaired, or Otherwise Print Disabled, Article 4 (2) (A)

¹⁵ Marrakesh Treaty to Facilitate Access to Published Works for Persons Who Are Blind, Visually Impaired, or Otherwise Print Disabled, Article 4.

¹⁶ Copyright Act 1976, Section 121 (A)

¹⁷ Copyright Act 1976, Section 121 (D).

¹⁸ World Intellectual Property Organization, “United States of America Joins WIPO’s Marrakesh Treaty as 50th Member in Major Advance for The Global Blind Community,” Retrieved on July 1, 2019, from https://www.wipo.int/pressroom/en/articles/2019/article_0002.html.

ของตน¹⁹ เช่นนี้จึงทำให้สนธิสัญญามาร์ราเคซฯ ถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในของประเทศสหรัฐอเมริกาโดยไม่จำเป็นต้องมีการตรากฎหมายเพื่อรองรับแต่อย่างใด

ดังนั้นคนตาบอดและคนพิการทางสื่อสิ่งพิมพ์ในประเทศสหรัฐอเมริกาจึงย่อมได้รับความคุ้มครองตามสนธิสัญญามาร์ราเคซฯ แล้ว

2.3 สหภาพยุโรป

เมื่อวันที่ 20 กันยายน พ.ศ. 2560 สหภาพยุโรปได้มีการประกาศใช้ข้อบังคับ (Directive) ว่าด้วยข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์สำหรับคนตาบอดและคนพิการทางสื่อสิ่งพิมพ์ และกฎระเบียบ (Regulation) ว่าด้วยการเผยแพร่ข้ามเขตแดนซึ่งสำเนาอันมีลิขสิทธิ์ในรูปแบบที่เข้าถึงได้สำหรับคนตาบอดและคนพิการทางสื่อสิ่งพิมพ์ เพื่อรองรับการเข้าเป็นภาคีแห่งสนธิสัญญามาร์ราเคซฯ²⁰ และเมื่อวันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2561 สหภาพยุโรปก็ได้เข้าเป็นภาคีแห่งสนธิสัญญามาร์ราเคซฯ²¹ ซึ่งในบทความนี้ผู้เขียนจะได้ศึกษาเฉพาะข้อบังคับว่าด้วยข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์สำหรับคนตาบอดและคนพิการทางสื่อสิ่งพิมพ์

(Directive (EU) 2017/1564) เท่านั้น โดยจะมุ่งศึกษาในประเด็นผู้ได้รับประโยชน์ตามข้อบังคับ ผู้ที่ได้รับความคุ้มครองจากข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ และการกระทำที่ได้รับความคุ้มครองจากข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ทั้งนี้เพื่อให้เห็นว่าข้อบังคับดังกล่าวนี้มีความสอดคล้องกับสนธิสัญญามาร์ราเคซฯ หรือไม่

2.3.1 ผู้ได้รับประโยชน์ (Beneficiary Persons) ตามข้อบังคับฉบับนี้ได้แบ่งออกเป็น 4 ประเภท ได้แก่²² คนตาบอด (Blind) คนที่มีความบกพร่องทางการเห็นจนไม่สามารถอ่านสื่อสิ่งพิมพ์ได้เช่นเดียวกับคนทั่วไป (Visual Impairment) คนที่มีสายตาปกติแต่มีเหตุอื่นที่ทำให้ไม่สามารถอ่านสื่อสิ่งพิมพ์ได้ (Perceptual or reading Disability) และผู้ที่มีความบกพร่องทางด้านอื่นที่ทำให้ไม่สามารถอ่านสื่อสิ่งพิมพ์ได้ (Otherwise Unable) ซึ่งเมื่อพิจารณาประเภทของผู้ได้รับประโยชน์ตามข้อบังคับนี้เปรียบเทียบกับประเภทของผู้รับประโยชน์ตามสนธิสัญญามาร์ราเคซฯ ย่อมเห็นได้ว่าข้อบังคับนี้มีการกำหนดไว้หลายประเภทกว่า แต่เมื่อพิจารณาถึงลักษณะสำคัญของผู้รับประโยชน์แต่ละประเภทแล้ว ย่อมเห็นได้ว่าเป็นการกำหนดในลักษณะเดียวกัน กล่าวคือ ต้องเป็นผู้ที่มีความบกพร่องด้านสายตาหรือด้านอื่น และความบกพร่องเช่นนั้นส่งผลให้ไม่สามารถอ่านสื่อสิ่งพิมพ์ได้เช่นเดียวกับบุคคลที่ได้มีความบกพร่องนั้น

2.3.2 ผู้ที่ได้รับความคุ้มครองจากข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ หมายถึง ผู้ที่สามารถกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมายแรงงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ของผู้ได้รับประโยชน์ได้ ซึ่งตามข้อบังคับนี้สามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่

(1) ผู้รับประโยชน์ (Beneficiary Person) หรือบุคคลอื่นที่กระทำการแทน (A Person Acting on Their Behalf) โดยบุคคลดังกล่าวนี้ต้องได้งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นมาโดยชอบด้วยกฎหมายและต้องเป็นการทำเพื่อใช้ประโยชน์ส่วนตัวเท่านั้น²³

(2) องค์กรที่ได้รับอนุญาต (Authorized Entity) โดยต้องเป็นองค์กรที่ประเทศสมาชิกอนุญาตหรือให้การยอมรับว่าเป็นองค์กรที่มีภารกิจหรือวัตถุประสงค์เพื่อการศึกษา การฝึกอบรม หรือการช่วยให้ผู้รับประโยชน์สามารถเข้าถึงข้อมูลข่าวสารได้ ซึ่งอาจเป็นองค์กรของรัฐหรือเอกชนก็ได้ แต่ต้องไม่เป็นการกระทำเพื่อแสวงหาผลกำไร²⁴

¹⁹ จุมพต สายสุนทร, “กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), น.131.

²⁰ European Union, “Implementation of The Marrakesh Treaty in EU Law,” Retrieved on July 2, 2019, from <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/implementation-marrakesh-treaty-eu-law>.

²¹ World Intellectual property Organization, “European Union Joins WIPO’s Marrakesh treaty, Greatly Expanding Coverage,” Retrieved on July 2, 2019, from https://www.wipo.int/pressroom/en/articles/2018/article_0008.html.

²² Directive (EU) 2017/1564, Article 2 (2).

²³ Directive (EU) 2017/1564, Article 3 (1) (a).

2.3.3 การกระทำที่ได้รับความคุ้มครองจากข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ หมายถึง การกระทำใดๆ ที่ผู้ได้รับประโยชน์ บุคคลอื่นที่กระทำการแทน หรือองค์กรที่ได้รับอนุญาต สามารถกระทำต่องานอันมีลิขสิทธิ์ได้โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งตามข้อบังคับนี้สามารถแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะ ได้แก่²⁵ การจัดทำงานอันมีลิขสิทธิ์ให้อยู่ในรูปแบบที่ผู้ได้รับประโยชน์สามารถเข้าถึงได้ และการเผยแพร่สำเนาของงานอันมีลิขสิทธิ์ในรูปแบบดังกล่าว นั้น ซึ่งการเผยแพร่สำเนาของงานเช่นว่านั้นสามารถทำได้โดยองค์กรที่ได้รับอนุญาตเท่านั้น อย่างไรก็ตามการกระทำดังกล่าวต่องานอันมีลิขสิทธิ์นั้น ต้องเป็นการกระทำในกรณีเฉพาะเท่านั้น และต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ รวมถึงต้องไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์ด้วย

3. ศึกษาเปรียบเทียบข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์สำหรับคนพิการทางสายตาดำเนินการตามกฎหมายลิขสิทธิ์ไทย

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2561 และประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง การใช้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ของคนพิการที่ไม่สามารถเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ พ.ศ. 2562 โดยจะมีการเปรียบเทียบประเด็นต่าง ๆ กับสนธิสัญญา Marrakesh และกฎหมายต่างประเทศด้วย

ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2561 ได้วางหลักว่าองค์กรที่ได้รับอนุญาตหรือได้รับการยอมรับมีอำนาจทำซ้ำ ดัดแปลง หรือเผยแพร่สำเนาของงานอันมีลิขสิทธิ์ในรูปแบบที่คนพิการเข้าถึงได้เพื่อประโยชน์ของคนพิการที่ไม่สามารถเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ได้อันเนื่องมาจากความบกพร่องทางการเห็น การได้ยิน การเคลื่อนไหว สติปัญญา การเรียนรู้ หรือความบกพร่องอื่น โดยต้องไม่เป็นการกระทำเพื่อแสวงหาผลกำไร²⁶ ซึ่งจากหลักการดังกล่าวสามารถพิจารณาได้ดังนี้

3.1 ผู้ได้รับประโยชน์ เมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2561 แล้วย่อมเห็นได้ว่าเป็นการกำหนดประเภทของผู้รับประโยชน์ตามลักษณะของความพิการ แต่ไม่ได้กำหนดตามความสามารถในการเข้าถึงสื่อสิ่งพิมพ์เช่นเดียวกับสนธิสัญญา Marrakesh และกฎหมายของบางประเทศที่เป็นภาคีแห่งสนธิสัญญา Marrakesh ซึ่งอาจทำให้มีบุคคลบางคนที่ไม่สามารถเข้าถึงสื่อสิ่งพิมพ์ได้ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

3. ผู้ที่ได้รับความคุ้มครองจากข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ เมื่อพิจารณาตามประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง การใช้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ของคนพิการที่ไม่สามารถเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ พ.ศ. 2562 ข้อ 2 ประกอบบัญชีแนบท้ายประกาศแล้วพบว่าองค์กรที่ได้รับอนุญาตให้มีการจัดทำงานอันมีลิขสิทธิ์ให้อยู่ในรูปแบบที่คนพิการสามารถเข้าถึงได้นั้นมีเพียง 13 องค์กรเท่านั้น ได้แก่

- (1) สมาคมคนตาบอดแห่งประเทศไทย
- (2) มูลนิธิคนตาบอดไทย
- (3) มูลนิธิช่วยคนตาบอดแห่งประเทศไทยในพระบรมราชูปถัมภ์
- (4) มูลนิธิธรรมิกชนเพื่อคนตาบอดในประเทศไทย ในพระบรมราชูปถัมภ์
- (5) มูลนิธิคอลฟีลล์เพื่อคนตาบอดในพระบรมราชูปถัมภ์ สมเด็จพระเทพรัตนราชสุดาฯ สยามบรมราชกุมารี
- (6) วิทยาลัยราชสุดา มหาวิทยาลัยมหิดล
- (7) สมาคมคนหูหนวกแห่งประเทศไทย
- (8) สมาคมผู้ปกครองคนพิการทางสติปัญญาแห่งประเทศไทย
- (9) สมาคมผู้ปกครองบุคคลออทิสติกไทย
- (10) มูลนิธิออทิสติกไทย
- (11) สมาคมคนพิการแห่งประเทศไทย

²⁴ Directive (EU) 2017/1564, Article 2 (4).

²⁵ Directive (EU) 2017/1564, Article 3.

²⁶ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2561, มาตรา 4.

(12) สำนักบริหารงานการศึกษาพิเศษ

(13) ศูนย์บริการสนับสนุนนักศึกษาพิการในระดับอุดมศึกษา (Disability Support Services Center)

เมื่อพิจารณาจำนวนของบุคคลที่สามารถจัดทำสำเนางานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์แก่คนพิการได้เปรียบเทียบกับจำนวนคนพิการในประเทศไทยนั้น กรณีนี้จำนวนผู้ให้บริการซึ่งมีจำนวนน้อยถือเป็นอุปสรรคอีกประการหนึ่งสำหรับผู้รับประโยชน์ในการเข้าถึงสื่อสิ่งพิมพ์ นอกจากนี้จากประกาศกระทรวงพาณิชย์ดังกล่าวย่อมเห็นได้ว่ามิได้มีการกำหนดให้ตัวผู้รับประโยชน์หรือบุคคลผู้กระทำการแทนสามารถจัดทำสำเนางานอันมีลิขสิทธิ์ได้ ทั้งที่ผู้รับประโยชน์ก็สามารถใช้งานอันมีลิขสิทธิ์มาโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งกรณีนี้ถือเป็นหลักการที่ไม่สอดคล้องกับสนธิสัญญามาร์ราเคชฯ และประเทศอื่นที่เป็นภาคีแห่งสนธิสัญญานี้

3. การกระทำที่ได้รับความคุ้มครองจากข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2562 มาตรา 4 แล้วย่อมเห็นได้ว่าได้มีการวางหลักให้สามารถทำซ้ำ ดัดแปลง หรือเผยแพร่ สำเนา งานอันมีลิขสิทธิ์ในรูปแบบที่คนพิการสามารถเข้าถึงได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับสนธิสัญญามาร์ราเคชฯ และกฎหมายของบางประเทศที่เป็นภาคีแห่งสนธิสัญญานี้ดังที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น ย่อมเห็นได้ว่าแม้ตามกฎหมายไทยจะมีได้บัญญัติด้วยถ้อยคำเดียวกัน แต่ก็มีสาระสำคัญเป็นการจัดทำงานอันมีลิขสิทธิ์ให้อยู่ในรูปแบบที่คนพิการสามารถเข้าถึงได้เช่นกัน และอนุญาตให้องค์กรที่ได้รับอนุญาตเผยแพร่สำเนางานดังกล่าวไปยังผู้รับประโยชน์ได้เช่นกัน ดังนั้นจึงย่อมกล่าวได้ว่ากรณีนี้สอดคล้องกับสนธิสัญญามาร์ราเคชฯ และประเทศภาคีอื่นๆ แล้ว และสามารถกล่าวได้อีกว่าเป็นการขจัดอุปสรรคในการเข้าถึงสื่อสิ่งพิมพ์ของคนพิการได้ด้วย

จากการพิจารณาเห็นได้ว่าแม้จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์สำหรับคนพิการ แต่ก็มีข้อที่ไม่เป็นสากลอีกหลายประการ รวมถึงหลักเกณฑ์บางอย่างก็อาจก่อให้เกิดอุปสรรคแก่คนพิการในการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ได้

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาย่อมเห็นได้ว่าแม้จะได้มีการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว แต่ก็มีข้อที่ยังไม่สอดคล้องกับสากลอีกหลายประการ เช่น การไม่อนุญาตให้ตัวคนพิการเองหรือบุคคลอื่นซึ่งกระทำการแทนสามารถดำเนินการจัดทำสำเนางานอันมีลิขสิทธิ์ในรูปแบบที่คนพิการสามารถเข้าถึงได้ และการที่กำหนดให้เพียงองค์กรที่ได้รับอนุญาตหรือได้รับการยอมรับเท่านั้นที่มีอำนาจในการจัดทำสำเนางานดังกล่าวได้

อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่าแนวทางที่เหมาะสมสำหรับการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ของคนพิการนั้นควรเป็นไปตามสนธิสัญญามาร์ราเคชฯ กล่าวคือ มีการกำหนดบทนิยามที่ชัดเจน และมีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ของคนพิการไว้อย่างกว้างๆ ทั้งนี้เพื่อให้สามารถบังคับใช้หลักการเช่นนี้ได้หลากหลายกรณีไม่ว่าจะเป็นในช่วงเวลาปัจจุบันหรืออนาคตก็ตาม

บรรณานุกรม

หนังสือ

จุมพต สายสุนทร. กฎหมายระหว่างประเทศ. เล่ม 1. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544.

ไชยยศ เหมะรัชตะ. ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พื้นฐานความรู้ทั่วไป). พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2559.

วิทยานิพนธ์

ณัฐิกา นิตยาพร. แนวทางการใช้งานอย่างเป็นธรรมในงานอันมีลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549.

จันทิมา ธนาสว่างกุล. การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530.

กฎหมายไทย

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2558

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2561

ประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่องการใช้ชื่อย่อเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ของคนพิการที่ไม่สามารถเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ พ.ศ. 2562

กฎหมายระหว่างประเทศ

Convention on the Rights of Persons with Disabilities

Marrakesh Treaty to Facilitate Access to Published Works for Persons Who Are Blind, Visually Impaired, or Otherwise Print Disabled

Directive (EU) 2017/1564

Copyright Act of 1976

BOOKS

Marianne Schulze. A Handbook on The Human Rights of Persons with Disabilities: Understanding the Convention on The Rights of The Persons with Disabilities. 3rd Edition. New York : Paper Slam Inc., 2010.

White, T.A. Blanco and Jacob, Robin. Kerly’s Law of Trade Marks and Trade Name. London: Sweet & Maxwell, 1986.

ELECTRONIC MEDIA

https://www.researchgate.net/publication/298519957_Understanding_the_three-step_test/link/5918bab5a6fdcc963e869d94/download

<http://www.worldblindunion.org/English/our-work/our-priorities/Pages/WBU-Guide-to-the-Marrakesh-Treaty.aspx>

https://www.wipo.int/pressroom/en/articles/2019/article_0002.html

<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/implementation-marrakesh-treaty-eu-law>

https://www.wipo.int/pressroom/en/articles/2018/article_0008.html

แนวทางการพัฒนากฎหมายไทยว่าด้วยการขนส่งทางถนนระหว่างประเทศภายใต้หลักเสรีภาพ ในการผ่านแดน

GUIDELINES FOR DEVELOPING THAI LAW ON INTERNATIONAL ROAD TRANSPORT BASED ON FREEDOM OF TRANSIT PRINCIPLE

เอกนรินทร์ หลวงโปธา*
Eknarin Luangpota

บทคัดย่อ

การขนส่งทางถนนระหว่างประเทศเป็นการขนส่งรูปแบบหนึ่งที่มีความสำคัญต่อประเทศไทย เนื่องจากประเทศไทยมีอาณาเขตติดต่อกับประเทศเพื่อนบ้านหลายประเทศ แต่การขนส่งทางถนนระหว่างประเทศมักเกิดปัญหาในกรณีที่ต้องมีการขนส่งผ่านแดนประเทศต่าง ๆ เนื่องจากไม่สามารถนำรถบรรทุกหรือยานพาหนะที่บรรทุกสินค้าเข้าไปในดินแดนของรัฐนั้น ๆ เพราะติดขัดต่อกฎหมายภายในหรือนโยบายทางการค้าของแต่ละประเทศที่มีความแตกต่างกัน ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณากฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการขนส่งผ่านแดน โดยพิจารณาถึงรูปแบบการขนส่งทางถนนเป็นหลักว่ากฎหมายไทยมีความสอดคล้องกับการผ่านแดนภายใต้หลักเสรีภาพในการผ่านแดนหรือไม่ โดยประเทศไทยมีพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตามอนุสัญญาบาร์เซโลนาว่าด้วยเสรีภาพในการผ่านแดน ค.ศ.1921 และความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ.1947 รวมถึงการให้ความสำคัญในการอนุวัติการกฎหมายภายใต้กรอบความตกลงด้านการขนส่งของอาเซียน จากการศึกษากฎหมายของประเทศไทยพบว่า ประเทศไทยมีการตรากฎหมายเพื่อใช้ควบคุมกำกับกับการขนส่งผ่านแดนทางถนนทั้งทางตรงและทางอ้อม และกฎหมายที่ใช้บังคับยังไม่ครอบคลุมสาระสำคัญของการผ่านแดนภายใต้หลักเสรีภาพในการผ่านแดน อีกทั้งการบังคับใช้กฎหมายยังไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ

คำสำคัญ

เสรีภาพในการผ่านแดน, การผ่านแดน, การขนส่งทางถนนระหว่างประเทศ

ABSTRACT

The international road transport of Thailand is considered to be significantly important due to the various territories with neighboring countries. However, with the different domestic law and trade policies of each country, the trucks or any vehicles used to deliver goods are restricted and unable to achieve the task. Consequently, passing through the neighboring country borders become problematic for transit transport. As Thailand is obligated with The Convention and Statute on Freedom of Transit, Barcelona 1921 and The General Agreement on Tariffs and Trade (GATT 1947) along with the implementation of the ASEAN Framework Agreement. Therefore, the thorough consideration of Thai regulations for the international road transport in particular transit transport under the principle of freedom of transit is necessary. According to the study of Thai laws, the international road transport especially transit transport, is controlled by administrative laws both directly and indirectly. Furthermore, these regulations do not fully cover on the subject matters of freedom of transit and also oppose to the international obligation. the study of Thai

* นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายการค้าระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

laws, the international road transport especially transit transport, is controlled by regulations both directly and indirectly. Furthermore, this regulations dose not fully cover on the subject matters of freedom of transit and also opposes to the international obligation.

Keywords

freedom of transit, transit transport, international road transport

บทนำ

ในปัจจุบันการค้าระหว่างประเทศนั้นต้องอาศัยการขนส่งสินค้าระหว่างประเทศมากยิ่งขึ้นและการแข่งขันในธุรกิจการขนส่งระหว่างประเทศในรูปแบบต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการขนส่งทางทะเล (Sea Transportation) การขนส่งทางอากาศ (Air Transportation) และการขนส่งทางบก (Land Transportation) มีการแข่งขันในด้านการบริการและการอำนวยความสะดวก เพราะความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีการสื่อสารและการคมนาคม ทำให้ประเทศต่าง ๆ สามารถติดต่อทำการค้ากันได้ไม่ว่าจะอยู่ที่แห่งใดและการค้าระหว่างประเทศนั้นได้พัฒนาไปสู่การค้าไร้พรมแดน การขนส่งในรูปแบบต่าง ๆ ก็จำเป็นต้องมีการพัฒนาเพื่อตอบสนองความต้องการของผู้บริโภคในปัจจุบันให้ทันท่วงที หรือต้องเป็นการขนส่งที่เป็นไปโดยสะดวกรวดเร็วสามารถส่งสินค้าให้ผู้บริโภคหรือผู้รับสินค้าโดยตรง ซึ่งปัจจุบันการขนส่งสินค้าส่วนใหญ่ต้องพึ่งพาการขนส่งบกโดยเฉพาะอย่างยิ่งการขนส่งทางถนนด้วยรถบรรทุก เนื่องจากรถบรรทุกสามารถแล่นไปยังที่ต่าง ๆ ที่ถนนเข้าไปถึง ซึ่งลักษณะความได้เปรียบของการขนส่งทางถนนด้วยรถบรรทุกสามารถขนส่งได้จากต้นทางถึงปลายทาง (door to door) มีความสะดวกมากกว่าการขนส่งรูปแบบอื่น ประกอบกับการขนส่งทางถนนมีโครงข่ายทั้งถนนสายหลักและสายรองสามารถเชื่อมโยงกันได้เป็นอย่างดี ส่วนการขนส่งรูปแบบอื่น ๆ อาจยังต้องพึ่งพาหรือขนถ่ายสินค้าไปยังรถบรรทุกเพื่อส่งสินค้าต่อไป ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการขนส่งนั้นมีความสำคัญและเมื่อการค้าระหว่างประเทศเกิดการขนส่งจึงเป็นกิจกรรมที่สำคัญไม่แพ้กันเนื่องจากหากมีการตกลงซื้อขายสินค้าซึ่งผู้ซื้อและผู้ขายอยู่คนละประเทศ จำต้องมีการขนส่งสินค้าจากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่ง¹

หากกล่าวถึงการผ่านแดนภายใต้หลักเสรีภาพในการผ่านแดนแล้วประเทศไทยมีพันธกรณีระหว่างประเทศภายใต้อนุสัญญาบาร์เซโลนาว่าด้วยเสรีภาพในการผ่านแดน ค.ศ.1921 (Convention and Statute on Freedom of Transit Barcelona, 1921) และความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (The General Agreement on Tariffs and Trade : GATT 1947) ซึ่งเป็นอนุสัญญาและความตกลงที่มีความสำคัญต่อการ ผ่านแดนและประเทศไทยได้มีการกำหนดยุทธศาสตร์ในหลายภาคส่วนในการพัฒนานโยบายด้านโครงสร้างพื้นฐาน กฎระเบียบด้านการขนส่งเพื่อให้สอดคล้องกับวิสัยทัศน์ ไทยแลนด์ (Thailand) 4.0² ในด้านการค้าระหว่างประเทศมีการกำหนดแบบแผนแม่บท โดยพิจารณาให้สอดคล้องกับนโยบายและข้อตกลงระหว่างประเทศ โดยได้ดำเนินการตามกรอบองค์การการค้าโลก (World Trade Organization) และยังให้ความสำคัญกับประเด็นในเรื่องความตกลงการอำนวยความสะดวกทางการค้า (Trade Facilitation Agreement)

บริบทของกฎหมายระหว่างประเทศ การขนส่งระหว่างประเทศทางบกแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ การขนส่งผ่านแดน (Transit Transport) และการขนส่งข้ามแดน (Cross border Transport) โดยหลักกฎหมายที่ใช้กับการขนส่งผ่านแดนและขนส่งข้ามแดนเป็นกฎหมายที่ต่อเนื่องกัน เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยการขนส่ง ทางบกข้ามประเทศในปัจจุบันได้พัฒนาไปในแนวทางที่ไม่กำหนดความแตกต่างระหว่างกัน แต่จะพิจารณาถึงลักษณะความเป็นระหว่างประเทศของการขนส่งเป็นหลัก³ อย่างไรก็ตามการขนส่งผ่านแดนก็มีหลักกฎหมายพิเศษที่จะนำมาปรับใช้เฉพาะกรณี ซึ่งการผ่านแดนนั้น (Transit) มีประวัติความเป็นมาตั้งแต่อดีตอันจะเห็นได้จากกฎหมายทางทะเลซึ่งเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาตั้งแต่สมัยโบราณ โดยได้กำหนดหลักของการผ่านโดยสุจริต (Innocent Passage) อันเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่รัฐต้องยอมให้เรือต่างชาติแล่นผ่านทะเลอาณาเขตของตนได้ แต่การผ่านแดนทางถนนนั้นไม่ปรากฏหลักจารีตประเพณีว่านานาอารยประเทศให้สิทธิเช่นนั้นแก่รัฐใด ๆ

¹ UNCTAD, “Freedom of transit and Regional Transit Arrangements,” Retrieved on April 8, 2018, from http://unohrlls.org/customcontent/uploads/2017/06/TN08_FreedomofTransit.pdf?fbclid=IwAR2alFripmFa5YiGjrKLOECZKvqTP4Hr-6qUO2OVd125e4FflUHXiLVmTc.

² สำนักงานนโยบายและแผนการขนส่งและจราจร, โครงการศึกษาการจัดเก็บค่าผ่านทางรองรับการขนส่งของประชาชนเศรษฐกิจอาเซียน, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานนโยบายและแผนการขนส่งและจราจร, 2560), น.2-48.

³ สุธรรม อยู่ในธรรม, “รายงานวิจัย : กฎหมายขนส่งสินค้าผ่านแดน,” บทบัญญัติ, เล่ม 56, ตอน 2, น.88 (2543).

ในปัจจุบันพบว่า การขนส่งสินค้าผ่านแดนนั้นเป็นการขนส่งผ่านแดนของรัฐอื่นเพื่อการเข้าและออกสู่ทะเล และรวมถึงการผ่านแดนของรัฐอื่นเพื่อไปยังอีกรัฐหนึ่งซึ่งอยู่ถัดออกไป โดยบทความนี้จะวิเคราะห์ในส่วนของ การขนส่งผ่านแดนในรูปแบบของการขนส่งทางถนนระหว่างประเทศเพื่อผ่านแดนไปยังรัฐอื่นเป็นหลัก โดยยึดหลักภายใต้อนุสัญญาบาร์เซโลนาว่าด้วยเสรีภาพในการผ่านแดน ค.ศ. 1921 (Convention and Statute on Freedom of Transit Barcelona, 1921) และความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1947 (The General Agreement on Tariffs and Trade : GATT 1947)

จากที่ได้กล่าวข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า การพัฒนาการกฎเกณฑ์การผ่านแดนภายใต้หลักเสรีภาพในการผ่านแดน อันจะเป็นเครื่องมือทำให้ประเทศไทยได้รับประโยชน์ในทางการค้าและเศรษฐกิจซึ่งสอดคล้องกับบริบทกฎหมายในยุคสมัยแห่งการเปลี่ยนแปลง ดังนั้น บทความนี้จะนำเสนอแนวทางการพัฒนากฎหมายไทยว่าด้วยการขนส่งทางถนนระหว่างประเทศภายใต้หลักเสรีภาพในการผ่านแดน และพิจารณากฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการผ่านแดนทั้งทางตรงและทางอ้อม เพื่อเป็นแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายว่าด้วยการผ่านแดนให้เป็นไปตามหลักสากล

บทความฉบับนี้วัตถุประสงค์เพื่อศึกษาความหมายของการผ่านแดนและข้ามแดนตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงการเสนอแนวทางการพัฒนาโดยศึกษาปัญหาที่อาจเกิดขึ้นได้หากประเทศไทยมีบทบัญญัติภายใต้หลักเสรีภาพในการผ่านแดน อีกทั้งพิจารณาว่าประเทศไทยได้ปฏิบัติสอดคล้องตามหลักเสรีภาพในการผ่านแดนหรือไม่ หรือควรปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการผ่านแดนและการขนส่งทางถนนระหว่างประเทศเพื่อการพัฒนาไปสู่การเป็นศูนย์กลางการขนส่งของภูมิภาคต่อไป

1. บททั่วไปเกี่ยวกับการผ่านแดนภายใต้หลักเสรีภาพในการผ่านแดน

การผ่านแดนภายใต้หลักเสรีภาพในการผ่านแดนนั้นไม่ปรากฏความหมายอย่างชัดเจน แม้แต่อนุสัญญาบาร์เซโลนาว่าด้วยเสรีภาพในการผ่านแดน ค.ศ.1921 ซึ่งเป็นความอนุสัญญาที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับเรื่องการผ่านแดน (Transit) ที่ได้จัดทำขึ้นเป็นฉบับแรกก็ไม่ได้กำหนดนิยามที่ชัดเจนของเรื่องการผ่านแดนเอาไว้ อย่างไรก็ตาม ในทางกฎหมายระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นความตกลงพหุภาคีหรือความตกลงทวิภาคีก็ได้มีการนำถ้อยคำ “ผ่านแดน” ไปใช้ประกอบกับถ้อยคำอื่นด้วย เช่น สิทธิการผ่านแดน, เสรีภาพในการผ่านแดน หรือการผ่านแดนของสินค้า

1.1 หลักการพื้นฐานของการผ่านแดน

การขนส่งทางถนนระหว่างประเทศในระยะเริ่มแรกนั้นไม่มีความร่วมมือกันระหว่างประเทศ กล่าวคือ การขนส่งสินค้าผ่านแดนในแต่ละประเทศต้องปฏิบัติตามระเบียบกฎเกณฑ์ของประเทศนั้น ๆ ซึ่งมีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ⁴ ต่อมาเริ่มมีแนวคิดเกี่ยวกับเสรีภาพการเคลื่อนย้ายสินค้าและยานพาหนะ การขนส่งสินค้าระหว่างประเทศนั้นจำต้องอาศัยการผ่านแดน ด้วยเหตุนี้ทุกรัฐที่ไม่มีทางออกสู่ทะเลจึงต้องใช้ความพยายามให้ได้มาซึ่งสิทธิที่จะผ่านแดนรัฐอื่นเพื่อออกสู่ทะเลให้ได้หรือสามารถผ่านแดนรัฐหนึ่งเพื่อออกไปสู่รัฐที่อยู่ถัดออกไป การใช้สิทธิผ่านแดนเช่นนี้จึงต้องกำหนดกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศและมีการประชุมเพื่อทำความตกลงที่เกี่ยวข้องกับการผ่านแดนไว้ เพราะประเทศต่าง ๆ ได้เกิดแนวความคิดเรื่องการปกป้องอุตสาหกรรมและการค้าภายในประเทศของตน (Protectionism) ซึ่งแนวคิดดังกล่าวก่อให้เกิดอุปสรรคในการค้าระหว่างประเทศทั่วโลก ดังนั้น ประเทศต่าง ๆ และองค์การระหว่างประเทศจึงร่วมมือกันจัดทำอนุสัญญาระหว่างประเทศและกรอบความตกลงในระดับภูมิภาคหรือความตกลงระดับพหุภาคี รวมถึงความตกลงระดับทวิภาคี⁵ เพื่อลดอุปสรรคทางการค้าระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม แม้องค์การระหว่างประเทศจะพยายามให้มีการขนส่งสินค้าผ่านแดนกันโดยสะดวก ไม่ว่าจะเป็นการสนับสนุนการเปิดเสรีภาพในการผ่านแดน ลดข้อยุ่งยากของการผ่านแดน การกำหนดนโยบายที่ส่งเสริมหลักเสรีภาพในการผ่านแดน แต่

⁴ ไทเชิต เอกจริกร, เอกสารเพื่อประกอบการพิจารณาของรัฐบาล เรื่อง วิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการขนส่งข้ามพรมแดน พ.ศ., พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : สำนักส่งเสริมวิชาการรัฐสภา สถาบันพระปกเกล้า, 2554), น.5.

⁵ เท็งฮ้าง, น.7.

กฎเกณฑ์และระเบียบของกฎหมายภายในของแต่ละประเทศยังมีความแตกต่างกัน อีกทั้งบางประเทศพยายามใช้มาตรการทางการค้าอื่น ๆ มาเป็นเครื่องมือเพื่อปกป้องผู้ประกอบการขนส่งชาติของตน แม้ว่ามาตรการเหล่านี้จะอยู่นอกขอบเขตการขนส่งผ่านแดนโดยตรง แต่มักเป็นอุปสรรคที่ทำให้การผ่านแดนไม่สามารถทำได้โดยง่ายหรือบางกรณีอุปสรรคเหล่านี้มักเป็นการจำกัดสิทธิในการผ่านแดน

1.2 ความหมายการผ่านแดนภายใต้หลักเสรีภาพในการผ่านแดน

ความตกลงระหว่างประเทศยังไม่มีการให้ความหมายของการผ่านแดนโดยตรง ซึ่งเกิดปัญหาว่าการผ่านแดนมีขอบเขตหรือการจำกัดอย่างไรเนื่องจากข้างต้นเป็นเพียงการใช้ถ้อยทีกล่าวถึงการผ่านแดนเป็นองค์ประกอบเท่านั้น และความหมายของการผ่านแดนเป็นเรื่องที่องค์กรต่าง ๆ ที่มีอำนาจได้ให้ความหมายโดยการตีความเป็นกรณี ๆ ในปัจจุบันความหมายของการผ่านแดนยังไม่มีที่ชัดเจน ตามที่ได้กล่าวข้างต้นแม้แต่อนุสัญญาบาร์เซโลนาว่าด้วยเสรีภาพในการผ่านแดน ค.ศ. 1921 ซึ่งเป็นความอนุสัญญาที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับเรื่องการผ่านแดน (Transit) ที่ได้จัดทำขึ้นเป็นฉบับแรก ก็ไม่ได้กำหนดนิยามที่ชัดเจนของเรื่องการผ่านแดนเอาไว้

คำว่า “ข้ามแดน” นั้นเป็นคำศัพท์ที่ยังไม่มีการให้คำจำกัดความหรือความหมายในทางกฎหมายอย่างชัดเจน เช่นเดียวกัน ซึ่งในภาษาอังกฤษอาจมีการใช้คำที่แตกต่างกันไป โดยใช้ คำว่า “cross border” หรือ “inter-state” ต่างก็มีความหมายเช่นเดียวกันว่า “การข้ามแดน” อย่างไรก็ตาม ถ้อยคำดังกล่าวนี้มักใช้ประกอบกับการขนส่งข้ามแดนโดยความหมายของการขนส่งข้ามแดนนั้นมักไปในทิศทางเดียวกัน กล่าวคือ การขนส่งสินค้าระหว่างประเทศจากประเทศหนึ่งข้ามไปยังอีกประเทศหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็นการขนส่งสินค้า (Carriage of Goods) หรือการขนส่งคนโดยสาร (Carriage of Passengers)

อย่างไรก็ตามการขนส่งข้ามแดน มักมีความแตกต่างกันไปในบริบทในเรื่องการเก็บภาษีศุลกากรหรือข้อจำกัดระหว่างการเดินทาง ซึ่งบางประเทศอนุญาตให้มีการขนถ่ายสินค้าแต่บางประเทศก็มีได้อนุญาตให้กระทำได้ การขนส่งข้ามแดน (Cross Border Transport หรือ Inter-State Transport) ได้ปรากฏในอยู่ในความตกลงระหว่างประเทศของกลุ่มประเทศอาเซียน

ส่วนการผ่านแดนตามบริบทอื่น ๆ มีการกำหนดนิยามความหมายของการผ่านแดนทั้งกฎหมายภายในของประเทศไทยและกรอบความตกลงอาเซียนว่าด้วยการอำนวยความสะดวกในการขนส่งสินค้าผ่านแดน (ASEAN Framework Agreement on the Facilitation of Goods in Transit : AFAFGT)

กรอบความตกลงอาเซียนว่าด้วยการอำนวยความสะดวกในการขนส่งสินค้าผ่านแดน (ASEAN Framework Agreement on the Facilitation of Goods in Transit : AFAFGIT) ได้ให้นิยาม การขนส่งผ่านแดน หมายถึง การผ่านแดนของสินค้าและยานพาหนะข้ามดินแดนของรัฐภาคีฝ่ายหนึ่งหรือมากกว่านั้น โดยการผ่านดินแดนหรือหลายดินแดนดังกล่าว ไม่ว่าจะมีการขนถ่าย การเก็บของในคลังสินค้า การนำสินค้าขึ้นจากเรือ หรือเปลี่ยนรูปแบบการขนส่ง ไม่ว่าจะส่วนหนึ่งส่วนใดหรือทั้งหมดของการขนส่งที่มีจุดเริ่มต้นและจุดสิ้นสุดนอกอาณาเขตของรัฐภาคีของคู่สัญญาที่มีการผ่านแดน

พระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 ได้บัญญัตินิยามของ การผ่านแดน คือ การปฏิบัติพิธีการศุลกากรเพื่อขนส่งของผ่านราชอาณาจักร จากท่าหรือที่แห่งหนึ่งที่ขนส่งเข้ามาไปยังท่าหรือที่อีกแห่งหนึ่งที่ขนส่งออกไป ภายใต้การควบคุมของศุลกากร โดยมีจุดเริ่มต้นและจุดสิ้นสุดของการขนส่งอยู่นอกราชอาณาจักร ไม่ว่าจะการขนส่งนั้นจะมีการขนถ่ายของเพื่อเปลี่ยนยานพาหนะ การเก็บรักษาของในคลังสินค้า การเปลี่ยนภาชนะบรรจุของเพื่อประโยชน์ในการขนส่ง หรือการเปลี่ยนรูปแบบของการขนส่งของด้วย หรือไม่ก็ตาม ทั้งนี้ จะต้องไม่มีการใช้ประโยชน์ใด ๆ ซึ่งของนั้นในราชอาณาจักร

1.3 จารีตประเพณีระหว่างประเทศกับการผ่านแดน

กฎหมายการผ่านแดนนั้นมีกระจัดกระจายทั้งอยู่ในรูปแบบของอนุสัญญา หลักกฎหมายทั่วไปและปรากฏอยู่ในจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งปัญหาที่สำคัญต่อหลักเสรีภาพในการผ่านแดนนั้น คือ “อำนาจอธิปไตยของรัฐ”⁶ การเกิดขึ้นของอนุสัญญาและข้อตกลงต่าง ๆ ย่อมแสดงให้เห็นถึงการยินยอมของคู่สัญญาซึ่งเป็นความยินยอมโดยตรงและมีความยินยอมอันเป็นธรรมเนียมประเพณีซึ่งอาจเรียกได้ว่าเป็นการยินยอมตกลงโดยปริยาย⁷ ดังนั้น หากไม่มีจารีตประเพณีหรืออนุสัญญาใดกำหนดเรื่องของการผ่านแดนเอาไว้โดยชัดแจ้งก็อาจมีรัฐอธิปไตยบางรัฐที่จะยินยอมให้มีการผ่านแดนในดินแดนของตนได้

หลักเสรีภาพในการผ่านแดนโดยการขนส่งทางถนนระหว่างประเทศนั้นยังไม่เคยปรากฏว่าการปฏิบัติของนานาอารยประเทศที่จะเข้าเกณฑ์ที่จะถือได้ว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยแนวคิดส่วนใหญ่มักจะสนับสนุนสิทธิตามกฎหมายจารีตประเพณีรองรับการเข้าและออกสู่ทะเล ซึ่งการผ่านแดนทางถนนเพื่อไปยังอีกรัฐหนึ่งซึ่งอยู่ถัดออกไปยังไม่ปรากฏว่าเกิดจารีตประเพณีเป็นพิเศษให้สิทธิเช่นนั้น สำหรับดินแดนทางบกเองไม่เคยมีสภาพภาระจำยอมโดยตรงและสังคมนานาชาติไม่เคยรับรู้สิทธิตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ สิทธิดังกล่าวจึงเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีความตกลงระหว่างประเทศต่อกันเท่านั้น⁸

แม้ในทางปฏิบัติอาจเกิดแนวความคิดต่าง ๆ ที่สนับสนุนหลักเสรีภาพในการผ่านแดนแต่ยังคงเป็นเพียงทฤษฎีเท่านั้น มิได้เป็นที่ยอมรับกันอย่างกว้างขวางว่าหลักดังกล่าวเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่มีผลบังคับใช้แล้ว (Positive Law) จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่านานาชาติได้เกิดความเชื่อมั่นว่าหลักเสรีภาพในการผ่านแดนเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศ (opinion juris sive nexessitatis) กล่าวคือมีความเชื่อมั่นว่าสิ่งนั้น คือกฎหมายหรือเป็นที่ตั้งกฎหมายบังคับให้ต้องกระทำ

1.4 อุปสรรคการผ่านแดนภายใต้หลักเสรีภาพในการผ่านแดน

การค้าระหว่างประเทศล้วนต้องการระบบการคมนาคมขนส่งที่สะดวก รวดเร็วเพื่อให้สินค้าไปถึงจุดหมายประเทศต่าง ๆ รวมถึงองค์การระหว่างประเทศพยายามให้มีการขนส่งสินค้าผ่านแดนกันโดยสะดวก ไม่ว่าจะเป็นการสนับสนุนการเปิดเสรีภาพในการผ่านแดน ลดข้อยุ่งยากการผ่านแดน อีกทั้งนโยบายที่ส่งเสริมเสรีภาพในการผ่านแดนแต่กฎเกณฑ์และระเบียบของกฎหมายภายในของแต่ละประเทศยังมีความแตกต่างกัน อีกทั้งบางประเทศพยายามใช้มาตรการทางการค้าอื่น ๆ มาเป็นเครื่องมือเพื่อปกป้องผู้ประกอบการขนชาติของตนซึ่งมาตรการเหล่านี้มักเป็นการจำกัดสิทธิในการผ่านแดน เช่น มาตรการด้านสุขอนามัย มาตรการด้านมาตรฐานสินค้า กฎเกณฑ์การบรรจุหีบห่อและป้าย การรับรองจากห้องทดลอง กฎเกณฑ์เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม เป็นต้น ประกอบกับอุปสรรคด้านลักษณะทางกายภาพและโครงสร้างพื้นฐาน ระเบียบพิธีการศุลกากร ข้อจำกัดด้านการขับเคลื่อนการอำนวยความสะดวกทางการค้าและการขนส่งผ่านแดนและข้ามแดน

อุปสรรคจากกฎเกณฑ์ทางการค้าหรือเรียกว่าอุปสรรคทางการค้าที่ไม่มีใช้ภาษี (Non – Tariff Barriers : NTBs)⁹ ก็มีส่วนสำคัญที่ทำให้เกิดอุปสรรคต่อการผ่านแดน เนื่องจากบางมาตรการยังมีความจำเป็นต้องบังคับใช้ด้วย

⁶ นวกาล สิริราชานนท์, “สิทธิของรัฐไร้ชายฝั่งตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 : ศึกษากรณีการขนส่งผ่านแดนระหว่างประเทศไทยกับสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547), น.10.

⁷ สุข เปรูนาวิน, กฎหมายระหว่างประเทศ, คำสอนชั้นปริญญาตรี, พิมพ์ครั้งที่ 6, เล่มที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2512), น.23.

⁸ ทศไนย์ ฤกษ์ศาสตร์สังข์, “สิทธิของรัฐไร้ชายฝั่งตามกฎหมายระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), น. 8.

⁹ ทัชมัย ทองอุไร, กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ : GATT และ WTO : บททั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2556), น.174.

เหตุผลหลายประการ เช่น ป้องกันมิให้ผู้บริโภคได้รับอันตราย หรือหากเป็นกรณีการ ผ่านแดนก็เพื่อป้องกันผู้ใช้ทาง นั้น ๆ ซึ่งพอสรุปได้ว่ามาตรการเหล่านี้ประเทศคู่ค้ามักใช้ยกขึ้นอ้างเพื่อปกป้องผลประโยชน์ภายในประเทศ

2. อนุสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการผ่านแดน

ในส่วนนี้ได้ทำการศึกษานิติสัญญาที่มีความเกี่ยวข้องกับการผ่านแดน โดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องนี้มีกระจายอยู่ในมีต่าง ๆ ทั้งในรูปแบบของอนุสัญญา ความตกลงระหว่างประเทศหรือจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยจะได้กล่าวถึงกรณีการผ่านแดนและลักษณะการผ่านแดนดังกล่าว

2.1 อนุสัญญาบาร์เซโลนาว่าด้วยเสรีภาพในการผ่านแดน ค.ศ. 1921 (Convention and Statute on Freedom of Transit Barcelona, 1921)

อนุสัญญานี้มีที่มาจากความพยายามที่จะประมวลกฎหมายต่าง ๆ เกี่ยวกับการค้าผ่านแดน (Transit Trade) โดยเป็นผลมาจากมาตรา 23 (e) แห่งกติกาสันนิบาตชาติ ซึ่งได้ระบุว่า “สมาชิกของสันนิบาตชาติจะสร้างบทบัญญัติเพื่อความมั่นคงและรักษาไว้ซึ่งเสรีภาพของการคมนาคมและการผ่านแดน และปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันสำหรับการค้าขายในกลุ่มสมาชิกของสันนิบาตชาติ”¹⁰

สาระสำคัญของอนุสัญญานี้เป็นความตกลงฉบับแรกที่เกี่ยวข้องกับการผ่านแดน ลงนามเมื่อวันที่ 20 เมษายน ค.ศ. 1921 เพื่อรับรองถึงเสรีภาพในการผ่านแดนสำหรับสินค้าในทางพาณิชย์ซึ่งมีการขนส่งข้ามดินแดนของอีกประเทศหนึ่ง อนุสัญญาไม่ได้กำหนดนิยามที่ชัดเจนของการผ่านแดนเอาไว้แต่จะพบว่าเนื้อหาในเรื่องการผ่านแดน (Transit) จะมีลักษณะกว้าง ๆ กล่าวคือ เป็นการผ่านแดนของบุคคลและสินค้า ยานพาหนะ ซึ่งมีวิธีการผ่านในรูปแบบของ เรือ และรถไฟ รวมถึงวิธีการขนส่งวิธีอื่น¹¹ ในการผ่านแดนนั้นให้ถือว่าเป็นการผ่านอาณาเขตของภาคีสัญญาเมื่อการเดินทางนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการเดินทางทั้งหมดซึ่งเริ่มต้นและสิ้นสุดเลยเขตแดนของภาคีสัญญาที่มีการผ่านอาณาเขตนั้น ไม่ว่าจะในการเดินทางดังกล่าวจะมีการถ่ายลำ เก็บของในคลังสินค้าแยกจำนวน หรือเปลี่ยนยานพาหนะในการขนส่งด้วยหรือไม่ก็ตาม

อนุสัญญานี้ยังได้กำหนดหลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non – Discrimination) โดยกำหนดว่าประเทศทางผ่านต้องอำนวยความสะดวกในการสัญจรผ่านในเส้นทางรถไฟ ทางน้ำ ทางบก โดยจะไม่ถือสัญชาติของบุคคล ธรณประจำเรือ ถิ่นกำเนิด ถิ่นออกเดินทาง และกำหนดหลักการยกเว้นค่าธรรมเนียมสำหรับการผ่านแดนนั้น ๆ อย่างไรก็ตาม ประเทศภาคีสัญญายังคงมีสิทธิเก็บค่าใช้จ่ายในการดูแลและจัดการเกี่ยวกับการผ่านแดนนั้น ซึ่งอัตราค่าใช้จ่ายนั้นต้องเป็นอัตราที่ไม่สูงจนเกินไป¹² รัฐทางผ่านนั้นไม่จำเป็นต้องให้เสรีภาพในการผ่านแดนแก่รัฐใดที่มีใช้ภาคีสัญญาตาม

¹⁰ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 8.

¹¹ Article 2 Barcelona Statute on Freedom of Transit 1921: Subject to the other provisions of this Statute, the measures taken by Contracting States for regulating and forwarding traffic across territory under their sovereignty or authority shall facilitate free transit by rail or waterway on routes in use convenient for international transit. No distinction shall be made which is based on the nationality of persons, the flag of vessels, the place of origin, departure, entry, exit or destination, or on any circumstances relating to the ownership of goods or of vessels, coaching or goods stock or other means of transport.

¹² Article 3 Barcelona Statute on Freedom of Transit 1921: Traffic in transit shall not be subject to any special dues in respect of transit (including entry and exit). Nevertheless, on such traffic in transit there may be levied dues intended solely to defray expenses of supervision and administration entailed by such transit. The rate of any such dues must correspond as nearly as possible with the expenses which they are intended to cover, and the dues must be imposed under the conditions of equality laid down in the preceding Article, except that on certain routes, such dues may be reduced or even abolished on account of differences in the cost of supervision.

อนุสัญญา¹³ นอกจากรัฐซึ่งมิใช่ภาคีนั้นให้เหตุผลในการต้องสัญจรผ่านแดน¹³ หมายความว่า รัฐอื่นแม้ไม่ได้เป็นภาคีย่อมมีสิทธิในการผ่านแดนหากให้เหตุผลที่เหมาะสม เพราะอนุสัญญาบาร์เซโลน่าว่าด้วยเสรีภาพในการผ่านแดน ค.ศ. 1921 เปิดโอกาสให้ทุกรัฐสามารถเข้าร่วมภาคยานุวัติ (Accession) ได้

แม้ว่าอนุสัญญาบาร์เซโลน่าว่าด้วยเสรีภาพในการผ่านแดน ค.ศ. 1921 จะไม่ได้มีการอธิบายถึงคำว่าเสรีภาพอย่างชัดเจน แต่ก็เห็นอนุสัญญาฉบับแรกที่มีแนวคิดในการพัฒนาให้เกิดการผ่านแดนระหว่างประเทศ โดยเป็นการกำหนดหลักการกว้าง ๆ ห้ามมิให้ขัดขวางการผ่านแดน ซึ่งการบัญญัติกฎหมายการผ่านแดนก็ต้องคำนึงถึงการมีเสรีภาพสอดคล้องกับยุคโลกาภิวัตน์ โดยแนวความคิดการผ่านแดนตามหลักเสรีภาพในการผ่านแดนตามอนุสัญญาบาร์เซโลน่าว่าด้วยเสรีภาพในการผ่านแดน ค.ศ. 1921 ปรากฏอยู่ 2 แนวคิด

ฝ่ายแรกเห็นว่า อนุสัญญาบาร์เซโลน่าว่าด้วยเสรีภาพในการผ่านแดน ค.ศ. 1921 มีพื้นฐานตามกติกาสันนิบาตชาติอาจถือได้ว่าเป็นแนวปฏิบัติของรัฐในการก่อให้เกิดจารีตประเพณีในการผ่านแดนและเห็นว่าสิทธิการผ่านแดนนี้ถือได้ว่าเป็นภาระจำยอม (Servitudes)¹⁴

ฝ่ายที่สองเห็นว่า สิทธิในการผ่านแดนไม่ใช่สิทธิตามกฎหมายจารีตประเพณี เพราะอนุสัญญาบาร์เซโลน่าว่าด้วยเสรีภาพในการผ่านแดน ค.ศ. 1921 ไม่ได้มีบทบัญญัติเรื่องเสรีภาพเป็นการทั่วไปของการผ่านแดนเฉพาะรัฐไร้ชายฝั่งเท่านั้น หากยังรวมรัฐอื่น ๆ เป็นการทั่วไปด้วย¹⁵ และอยู่บนพื้นฐานของการถ้อยทีถ้อยอาศัยอย่างเคร่งครัด (Strict Reciprocity) และการยอมรับสิทธิการผ่านแดนในฐานะกฎหมายจารีตประเพณีอาจขัดแย้งกับอำนาจอธิปไตย เนื่องจากรัฐอธิปไตยมีสิทธิที่จะอนุญาตหรือห้ามการผ่านให้อยู่ภายใต้ข้อกำหนดหรือเงื่อนไขที่รัฐทางผ่านได้กำหนดไว้

2.2 ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1947 (The General Agreement on Tariffs and Trade : GATT 1947)

ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ.1947 ได้เป็นความตกลงที่เข้ามามีบทบาทต่อการค้าระหว่างประเทศ โดยมุ่งที่จะลดพิกัดภาษีศุลกากร รวมถึงการลดอุปสรรคทางการค้าอื่น ๆ ที่ไม่ได้เกี่ยวกับภาษี ซึ่งกรอบความตกลงดังกล่าวนี้ได้มีการกล่าวถึงหลักเสรีภาพในการผ่านแดน โดยเนื้อหาและสาระสำคัญเป็นบทบัญญัติที่เน้นย้ำหลักการในอนุสัญญาบาร์เซโลน่าว่าด้วยเสรีภาพในการผ่านแดน ค.ศ.1921 (Convention and Statute on Freedom of Transit Barcelona, 1921) ซึ่งหลักเสรีภาพในการผ่านแดนได้ปรากฏในมาตรา 5 ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1947 อย่างไรก็ตาม ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ.1947 (The General Agreement on Tariffs and Trade : GATT 1947) ไม่ได้เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องในเรื่องสิทธิของรัฐไร้ชายฝั่งโดยตรงเช่นเดียวกับอนุสัญญาบาร์เซโลน่าว่าด้วยเสรีภาพในการผ่านแดน ค.ศ.1921¹⁶ การผ่านแดนตามบทบัญญัติของ GATT นั้นจะไม่ตกอยู่ภายใต้ การเรียกเก็บอากร หรือค่าธรรมเนียมใด ๆ ในการผ่านแดนตลอดการผ่านแดนนั้น เว้นแต่ค่าใช้จ่ายที่เกิดการบริหารหรือค่าบริการเพื่อใช้ในการผ่านแดน ความตกลงดังกล่าวได้มีการกล่าวถึงหลักการไม่เลือกปฏิบัติลักษณะเดียวกันกับอนุสัญญาบาร์เซโลน่าว่าด้วยเสรีภาพในการผ่านแดน ค.ศ.1921 โดยผ่าน

¹³ Article 6 Barcelona Statute on Freedom or Transit 1921: This Statute does not of itself impose on any of the Contracting States a fresh obligation to grant freedom of transit to the nationals and their baggage, or to the flag of a non-Contracting State, nor to the goods, nor to coaching and goods stock or other means of transport coming or entering from, or leaving by, or destined for a non-contracting State, except when a valid reason is shown for such transit by one of the other Contracting States concerned. It is understood that for the purposes of this Article, goods in transit under the flag of a Contracting State shall, if no transshipment takes place, benefit by the advantages granted to that flag.

¹⁴ ภาระจำยอมตามกฎหมายระหว่างประเทศเป็นหน้าที่ของรัฐเจ้าของดินแดน ต้องยินยอมให้รัฐอื่นใช้ประโยชน์ในดินแดนนั้น ๆ

¹⁵ อ่างแล้ว เจริญรัตน์ 8, น.26.

¹⁶ Beatriz Huarte Melgae, The Transit of Goods In Public International Law, (Netherlands : Printforce, 2005), p 107.

แดนนั้นไม่ถือสัญชาติของบุคคล ธงประจำเรือ ถิ่นกำเนิด ถิ่นที่ออกเดินทาง หรือจุดหมายปลายทาง หรือวิธีการขนส่งอื่น เป็นที่สังเกตว่ามาตรา 5 ข้อ 6¹⁷ เสรีภาพในการผ่านแดนตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1947 ให้สิทธิแก่ประเทศภาคีเพื่อรับรองการมีเสรีภาพในการผ่านแดน ทั้งนี้ต้องปฏิบัติตามกฎหมายภายในอธิปไตยของรัฐทางผ่านนั้น อย่างไรก็ตาม กฎหมายเหล่านั้นของรัฐทางผ่านจำต้องไม่ขัดขวางการผ่านแดนหรือทำให้การผ่านแดนนั้นเกิดความล่าช้าหากไม่จำเป็น¹⁸

2.3 เสรีภาพในการผ่านแดนภายในสหภาพยุโรป

ประเทศในสหภาพยุโรปทุกประเทศเป็นภาคีอนุสัญญาบาร์เซโลนาว่าด้วยเสรีภาพในการผ่านแดน ค.ศ. 1921 หลักการที่ประเทศยุโรปจะใช้จะปรากฏในกฎหมายตั้งแต่ยุคเริ่มแรกของอนุสัญญาต่าง ๆ ซึ่งหลักเสรีภาพในการผ่านแดนก็เป็นหนึ่งในหลักที่มีการบังคับใช้ ตั้งแต่อดีตมาถึงปัจจุบัน โดยปัจจุบันสหภาพยุโรปได้แสดงให้เห็นว่าการขนส่งทางถนนระหว่างประเทศในสหภาพยุโรปนั้นได้ดำเนินการตามหลักเสรีภาพของการผ่านแดน การขนส่งผ่านแดนภายในสหภาพยุโรปประกอบไปด้วย การทางอากาศ, การขนส่งทางน้ำภายในภูมิภาค, การขนส่งทางทะเล, การขนส่งทางราง และการขนส่งทางถนน โดยการขนส่งทางถนนมีหน่วยงานของสหภาพยุโรปกำหนดนโยบาย ได้แก่ (European Commission-Mobility and Transport : MOVE) ซึ่งเป็นหน่วยงานภายใต้คณะกรรมการยุโรป (European Commission : EC) โดยในส่วนของการขนส่งทางถนนในสหภาพยุโรป รถบรรทุกของชาติภาคีใด ๆ สามารถขนส่งผ่านแดน ไปยังประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปได้ อันเนื่องมาจากการเปิดตลาดการขนส่งทางถนนระหว่างประเทศในสหภาพยุโรป โดยมีกฎเกณฑ์ (directive) เป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับการขนส่งและมีบทลงโทษประเทศสมาชิกหากไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้ความตกลงนั้น ๆ เนื่องจาก สหภาพยุโรปได้กำหนดระยะเวลาเพียงพอต่อการปรับตัวรองรับการเปิดตลาดการขนส่งระหว่างประเทศและระดับการพัฒนาทางเศรษฐกิจและสังคมมีความใกล้เคียงกัน ทำให้การเปิดตลาดการขนส่งทางถนนในสหภาพยุโรปมีความรวดเร็วและสามารถสัมฤทธิ์ผลได้ภายในระยะเวลาไม่เกิน 8 ปี ซึ่งสหภาพยุโรปมีการเปิดตลาดการขนส่งระหว่างประเทศสำหรับการขนส่งสินค้าทางถนนโดยรถบรรทุกขนาดเล็กที่บรรทุกไม่เกิน 3.5 ตัน และการขนส่งระหว่างกันด้วยรถบรรทุกที่มีระยะห่างไม่เกิน 25 กิโลเมตรจากพรมแดนอยู่ก่อนหน้าการรวมกลุ่มเป็นสหภาพยุโรป จึงทำให้สามารถรวมกลุ่มบริการขนส่งระหว่างประเทศได้ในระยะเวลาอันสั้น¹⁹

2.4 กรอบความตกลงอาเซียนด้านการขนส่งทางถนนระหว่างประเทศ

กรอบความตกลงอาเซียนด้านการขนส่งมีแผนแม่บทที่สำคัญต่อการขนส่งระหว่างกัน ได้แก่ แผนแม่บทว่าด้วยความเชื่อมโยงระหว่างกันในอาเซียน (Master Plan on ASEAN Connectivity : MPAC) โดยแผนดังกล่าวนี้จะช่วยเพิ่มความแข็งแกร่งเกิดความเชื่อมโยงในอาเซียน คลอบคลุม 3 มิติ คือ ด้านกายภาพ (Physical Connectivity) ด้านกฎระเบียบ (Institutional Connectivity) และด้านประชาชน (People-to people Connectivity) นอกจากนี้ยังได้กำหนดแผนปฏิบัติการด้านการขนส่งอาเซียน (ASEAN Transport Action Plan) เพื่อช่วยเพิ่มความเข้มแข็งให้กับโครงสร้างพื้นฐานด้านการขนส่งและระบบการขนส่งของประเทศสมาชิกเพื่อมุ่งเน้นให้เกิดโครงข่าย

¹⁷ Article 5 paragraph 6 The General Agreement on Tariffs and Trade 1947: “Each contracting party shall accord to products which have been in transit through the territory of any other contracting party treatment no less favourable than that which would have been accorded to such products had they been transported from their place of origin to their destination without going through the territory of such other contracting party...”

¹⁸ Article 5 paragraph 3 The General Agreement on Tariffs and Trade 1947: contracting parties shall not be subject to any unnecessary delays or restrictions.

¹⁹ จักรกฤษ์ ดวงพิสดรา, “แนวทางการนำบทเรียนการพัฒนาด้านการขนส่งทางถนนของสหภาพยุโรปมาประยุกต์ใช้กับไทยและอาเซียน Approach for Implement Lessons Learned from Road Transportation Development in European Union for Thailand and ASEAN,” ฉบับที่ 9, วารสารการขนส่งและโลจิสติกส์, น.27 (2559).

ลักษณะบูรณาการ โดยมีความร่วมมือด้านการขนส่งของอาเซียน อันประกอบไปด้วย (1) กรอบความตกลงอาเซียนว่าด้วยการอำนวยความสะดวกในการขนส่งสินค้าผ่านแดน (ASEAN Framework Agreement on the Facilitation of Goods in Transit : AFAFGIT) (2) กรอบความตกลงอาเซียนว่าด้วยการอำนวยความสะดวกในการขนส่งสินค้าข้ามแดน (ASEAN Framework Agreement for the Facilitation of Inter-state Transport) และ (3) กรอบความตกลงอาเซียนว่าด้วยการขนส่งต่อเนื่องหลายรูปแบบ (ASEAN Framework Agreement on Multimodal Transport : AFAMT)²⁰ โดยกรอบความตกลงเหล่านี้พยายามที่จะส่งเสริมและสนับสนุนการผ่านแดนตามหลักเสรีภาพในการผ่านแดน แต่เมื่อวิเคราะห์แล้วเห็นว่ากรอบความตกลงด้านการขนส่งหลายฉบับกลับไม่มีสภาพใช้บังคับ

หากกล่าวถึงหลักเสรีภาพในการผ่านแดนในกลุ่มประเทศอาเซียนพบว่า มีเพียงสามประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกอนุสัญญาบาร์เซโลนาว่าด้วยเสรีภาพในการผ่านแดน ค.ศ. 1921 คือ ประเทศไทย ประเทศกัมพูชาและสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ซึ่งกลุ่มประเทศอาเซียนแต่ละประเทศก็มีการใช้บังคับกฎหมายภายใน ซึ่งหลักการทั่วไปคือไม่อนุญาตให้รถบรรทุกที่จดทะเบียนต่างประเทศทำการขนส่งสินค้าในประเทศของตนได้ กล่าวคือ หากทำการขนส่งสินค้าผ่านแดนต้องมีการขนถ่ายสินค้าหรือเปลี่ยนหัวลากไปใช้บริการภายในประเทศทางผ่านอีกทอดหนึ่งซึ่งไม่ได้ปฏิบัติตามสาระสำคัญของอนุสัญญาบาร์เซโลนาว่าด้วยเสรีภาพในการผ่านแดน ค.ศ.1921 แต่อย่างไรก็ดี การใช้สิทธิผ่านแดนของแต่ละประเทศในอาเซียนมักเป็นไปตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศหรือกรณีที่มีความตกลงระหว่างกันเท่านั้น และอยู่ในรูปแบบของบันทึกความเข้าใจ (MOU) ซึ่งไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย²¹ และในทางปฏิบัตินั้นยังขาดการทำให้เกิดการประกอบการจริง

3.กฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการขนส่งทางถนนระหว่างประเทศ

ในการพิจารณาถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการขนส่งทางบกระหว่าง ประเทศไทยมีนโยบายที่สำคัญเพื่อรองรับการเปิดเสรีทางการค้าและปรับเปลี่ยนประเทศไทยสู่ (Thailand) 4.0 โดยมุ่งเน้นการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่ง และมีการผลักดันการปรับปรุงกฎระเบียบ กฎหมายและความตกลงระหว่างประเทศ เพื่อที่สามารถนำมาใช้พัฒนาศักยภาพการขนส่งสินค้าผ่านแดนของประเทศไทย กฎหมายซึ่งเกี่ยวข้องกับการขนส่งผ่านแดนของประเทศไทยพบว่า มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับยานพาหนะที่ใช้ในการขนส่งไว้หลายฉบับ ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดยานพาหนะที่ใช้ในการขนส่งภายในประเทศและการขนส่งระหว่างประเทศ โดยมุ่งเน้นกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับผู้ที่ประสงค์จะประกอบการขนส่งระหว่างประเทศ และกฎหมายควบคุมการผ่านแดนทั้งทางตรงและทางอ้อม อย่างไรก็ตามพบว่า กฎหมายของประเทศไทยยังไม่สอดคล้องกับหลักเสรีภาพในการผ่านแดน ดังนั้น เพื่อให้การผ่านแดนดังกล่าวเป็นการปฏิบัติตามพันธกรณีของความตกลงระหว่างประเทศ ประเทศไทยควรคำนึงถึงการออกกฎหมายรองรับหลักเกณฑ์ดังกล่าวให้ครอบคลุมถึงสาระสำคัญและการขนส่งในทุกมิติ

3.1 วิเคราะห์ปัญหากฎหมายไทยว่าด้วยการขนส่งทางถนนระหว่างประเทศภายใต้หลักเสรีภาพในการผ่านแดน

กฎหมายภายในซึ่งเกี่ยวข้องกับการขนส่งทางถนนระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นการผ่านแดนของยานพาหนะและการผ่านแดนในส่วนของสินค้า เห็นได้ว่าประเทศไทยมีการตรากฎหมายเพื่อใช้บังคับควบคุมการใช้ยานพาหนะในการขนส่งสินค้าผ่านแดนและกรณีควบคุมดูแลสินค้าผ่านแดน รวมถึงกรณีควบคุมการประกอบการการขนส่งทางถนนระหว่างประเทศในกรณีที่เป็นผู้ประกอบการขนส่งต่อเนื่องหลายรูปแบบ โดยกรมศุลกากรมีหน้าที่หลักในการควบคุมและป้องกันการผ่านแดนโดยอาศัยกลไกตามพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 ส่วนการอนุญาตให้รถบรรทุกต่างประเทศทำการขนส่งผ่านแดนประเทศไทยนั้นต้องคำนึงถึงความตกลงที่ประเทศไทยทำไว้กับต่างประเทศโดย

²⁰ ประเทศไทยได้ให้สัตยาบันกรอบความตกลงทั้ง 3 ฉบับแล้วแต่กรอบความตกลงเหล่านี้อยู่ในระหว่างดำเนินการเพื่อให้มีผลบังคับใช้

²¹ กรมศุลกากร, รายงานผลการศึกษากิจการบริหารจัดการชายแดนร่วมกัน, (กรุงเทพมหานคร : กรมศุลกากร, 2557), น.45.

หน่วยงานหลักที่มีหน้าที่รับผิดชอบด้านยานพาหนะในการขนส่งทางถนนระหว่างประเทศนั้นได้แก่ กรมการขนส่งทางบก และกรณีในประเทศไทยต้องมีการออกกฎหมายเพื่อปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ

(1) ปัญหาความไม่ชัดเจนของการผ่านแดน

เนื่องจากเกิดปัญหาการนำสินค้าบางอย่างเข้ามาในประเทศเพื่อผ่านแดน แต่ปรากฏว่าหน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบในสินค้านั้น ๆ มีการนำมาตรการควบคุมการส่งออกและการนำเข้าสินค้าการบังคับใช้ในเรื่องการผ่านแดน ทำให้การปฏิบัติของแต่ละกรณีแตกต่างกันออกไป เนื่องจากการให้นิยามของการ “ผ่านแดน” และ “นำผ่าน” มีความแตกต่างกันในกฎหมายแต่ละฉบับ แม้มีวัตถุประสงค์เดียวกันคือการผ่านแดน เช่น ในกฎหมายพระราชบัญญัติกักพืช พ.ศ.2507 ให้ความหมายของการ “นำผ่าน” หมายความว่า นำส่งหรือส่งผ่านราชอาณาจักรไม่ว่าจะมีการเปลี่ยนถ่ายพาหนะหรือไม่ก็ตาม หรือพระราชบัญญัติจาง พ.ศ.2558 ได้ให้ความหมายของการ “นำผ่าน” หมายความว่า นำหรือส่งผ่านราชอาณาจักร หรือพระราชบัญญัติการส่งออกไปนอกและการนำเข้ามาในราชอาณาจักรซึ่งสินค้า พ.ศ.2558 ก็ได้กำหนดความหมายของการ “นำผ่าน” หมายความว่า นำหรือส่งสินค้าผ่านราชอาณาจักรโดยมีจุดเริ่มต้นและจุดสิ้นสุดของการขนส่งนอกราชอาณาจักร ไม่ว่าจะมีการพักสินค้า การเปลี่ยนถ่ายยานพาหนะ หรือการเพิ่มหรือเปลี่ยนภาชนะบรรจุสินค้าในราชอาณาจักรเพื่อประโยชน์ในการขนส่งหรือไม่ก็ตาม ทั้งนี้ จะต้องไม่มีการใช้ประโยชน์ใด ๆ ซึ่งสินค้านั้นในราชอาณาจักร

กฎหมายฉบับเช่น พระราชบัญญัติควบคุมยุทธภัณฑ์ พ.ศ.2530 ได้นิยามความหมายของการ “นำเข้ามา” หมายความว่า นำเข้ามาในราชอาณาจักรซึ่งยุทธภัณฑ์ ซึ่งหมายความรวมทั้งการนำเข้าและผ่านแดน โดยไม่มีการให้คำนิยามการผ่านแดนแต่อย่างใดและกำหนดมาตรการควบคุมการนำเข้าโดยไม่แยกว่าเป็นการนำเข้าหรือการผ่านแดน

จากกรณีการกำหนดนิยามหรือความหมายข้างต้น เห็นว่า ความหมายของการผ่านแดน ขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนั้น ๆ ว่ากำหนดขอบเขตอย่างไร ปัญหาที่เกิดขึ้นจึงเกิดการตีความของการผ่านแดน และการนำผ่าน ตามกฎหมายนั้น ๆ ทำให้เกิดการจัดเก็บภาษีและอากรในรายการสินค้าเหล่านั้นอันเนื่องจากความเห็นไม่ตรงกันระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง แม้ว่าบางกรณีคือการผ่านแดนโดยสินค้านำผ่านแดนเหล่านี้ไม่ถือเป็นการนำเข้าจึงไม่ต้องปฏิบัติเช่นเดียวกับกรณีของสินค้านำเข้า

(2) ปัญหาการผ่านแดนในกรณีที่มีการขนถ่ายสินค้า

การขนถ่ายสินค้าหรือการถ่ายลำ (Transshipment) เป็นรูปแบบพิธีการศุลกากรที่เกี่ยวกับการผ่านแดน ซึ่งการขนถ่ายหรือถ่ายลำสินค้าจากพาหนะซึ่งบรรทุกสินค้าจากประเทศหนึ่งไปยังยานพาหนะอื่น เพื่อบรรทุกสินค้านั้นไปยังประเทศปลายทาง ซึ่งตามพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 การขนถ่ายสินค้าไม่ถือเป็นการนำเข้าหรือส่งออก

เนื่องจากปัจจุบันได้มีการขนส่งสินค้าไปยาสูบและยาสูบผ่านแดนและมีการถ่ายลำสินค้าและไปยาสูบ จากประเทศหนึ่งขนถ่ายสินค้าผ่านประเทศไทยไปยังอีกประเทศหนึ่ง ซึ่งผลการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่า อนุสัญญาบาร์เซโลนาว่าด้วยเสรีภาพในการผ่านแดน ค.ศ. 1921 และความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ได้กำหนดเรื่อง การผ่านแดน หมายความว่ารวมถึงกรณีการถ่ายลำสินค้า ไม่ใช่การนำสินค้าเข้าหรือออก เนื่องจากการผ่านแดนจุดเริ่มต้นและสิ้นสุดของเส้นทางการขนส่งไม่ได้อยู่ในประเทศที่มีการขนส่งผ่านแดน และการขนส่งก็ไม่มีการนำสินค้ามาบริโภคหรือใช้ประโยชน์ในดินแดนนั้น ดังนั้น การขนส่งสินค้าไปยาสูบและยาสูบผ่านแดน และการถ่ายลำสินค้าไม่ต้องขออนุญาตนำเข้าหรือส่งออกตามพระราชบัญญัติยาสูบ พ.ศ. 2509

เนื่องด้วยศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาคดีหมายเลขดำที่ อ.660/2551 คดีหมายเลขแดงที่ อ.630/2556 ระหว่างบริษัทไอโอเนค โลจิสติกส์จำกัด ผู้ฟ้องคดีกับกรมศุลกากรที่ 1 และกรมการค้าต่างประเทศที่ 2 ผู้ถูกฟ้องคดีโดยศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาว่า พระราชบัญญัติการส่งออกไปนอกและนำเข้ามาในราชอาณาจักรซึ่งสินค้า พ.ศ. 2522 เป็นกฎหมายที่นำมาบังคับในกรณีการขนส่งสินค้าในลักษณะการถ่ายลำสินค้าได้ ดังนั้น การขนส่งสินค้าในลักษณะที่มีการถ่ายลำจะต้องปฏิบัติตามประกาศและระเบียบกระทรวงพาณิชย์ที่เกี่ยวข้อง

โดยสรุป แนวทางการกำหนดมาตรการในการควบคุมสินค้าที่มีการผ่านแดนของประเทศไทยยังมีความเชื่อมโยงกับพระราชบัญญัติการส่งออกและนำเข้ามาในราชอาณาจักรซึ่งสินค้า พ.ศ. 2522 ซึ่งเป็นสินค้าควบคุมที่ต้อง

ขออนุญาตในการส่งออกหรือในการนำเข้า แม้กรมศุลกากรออกประกาศว่าด้วยพิธีการถ่ายลำ โดยระบุสินค้าไม่ผ่านประเทศไทยไปยังประเทศที่สามารถนำเข้าสินค้าเข้ามาในราชอาณาจักร หลักเกณฑ์ข้อบังคับเหล่านี้จึงมีความขัดแย้งกัน

(3) ปัญหาในการกำหนดเงื่อนไขและวิธีการ

ตราบิตเท่าที่ไม่มีการบูรณาการกฎหมายร่วมกันระหว่างหน่วยงานจึงยังไม่มีกฎหมายการผ่านแดนแยกเป็นเอกเทศ ประเทศไทยจึงไม่มีการปฏิบัติตามพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามข้อผูกผันได้ แม้ว่าปัจจุบันประเทศไทยจะมีความพยายามพัฒนากฎหมายว่าด้วยการขนส่ง ผ่านแดนภายใต้หลักเสรีภาพในการผ่านแดน แต่กฎหมายก็ยังไม่ครอบคลุมในหลักการที่เป็นสาระสำคัญ ซึ่งส่วนใหญ่แล้วเป็นการนำบทบัญญัติจากกฎเกณฑ์ภายใต้อนุสัญญาบาร์เซโลนาว่าด้วยเสรีภาพในการผ่านแดน ค.ศ.1921 มาประยุกต์ใช้เพียงบางส่วนเท่านั้น

(4) ปัญหาอันเกิดจากการเลือกปฏิบัติ

สืบเนื่องจากข้อเท็จจริงกรณีการดำเนินการออกใบเบิกทางกำกับการนำเข้าไม้เคลื่อนที่ ซึ่งกรณีดังกล่าวต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของประกาศกระทรวงพาณิชย์ (ฉบับที่ 92) พ.ศ. 2535 และระเบียบกระทรวงพาณิชย์ว่าด้วยการกำหนดด่านศุลกากรนำเข้าไม้เข้ามาในราชอาณาจักร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2548 การออกประกาศกระทรวงพาณิชย์ทั้งสองฉบับ เป็นการเพิ่มขึ้นตอนพิธีการเกินความจำเป็น ทำให้เกิดการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม เนื่องจากประกาศกระทรวงพาณิชย์ทั้งสองฉบับใช้บังคับเฉพาะด้านตามแนวชายแดนของประเทศเมียนมาร์และกัมพูชาเท่านั้น

(5) ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายขนส่งต่อเนื่องหลายรูปแบบ พ.ศ. 2548

พระราชบัญญัติการขนส่งต่อเนื่องหลายรูปแบบ พ.ศ. 2548 มีความเกี่ยวพันกับการขนส่งทางถนนระหว่างประเทศ เนื่องจากพระราชบัญญัติฉบับนี้จะใช้บังคับในกรณีที่มีการขนส่งของด้วยวิธีการขนส่งที่แตกต่างกันตั้งแต่สองรูปแบบขึ้นไป ตามสัญญาขนส่งต่อเนื่องหลายรูปแบบจากสถานที่แห่งหนึ่งในประเทศไปยังสถานที่ส่งมอบในอีกประเทศหนึ่ง โดยการขนส่งทางถนนโดยรถบรรทุกอาจมีความเกี่ยวข้องหรือไม่ก็ได้ เมื่อพิจารณาลักษณะทั่วไปของการขนส่งของหลายรูปแบบระหว่างประเทศเป็นการขนส่งของจากสถานที่ต้นทางในประเทศหนึ่งไปยังสถานที่ปลายทางอีกประเทศหนึ่ง และมีการเปลี่ยนถ่ายยานพาหนะอย่างน้อย 2 ชนิดโดยใช้รูปแบบการขนส่งที่แตกต่างกันสองรูปแบบ

พระราชบัญญัติการขนส่งต่อเนื่องหลายรูปแบบ พ.ศ.2548 อาจส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดเล็ก เนื่องจากเป็นกฎหมายควบคุมการประกอบการขนส่งต่อเนื่องหลายรูปแบบ โดยกำหนดกลไกการดูแลการประกอบการ 3 ส่วน คือ การเข้าสู่ธุรกิจ การดำรงคุณสมบัติ และการออกจากธุรกิจ ซึ่งการขนส่งผ่านแดนนั้นผู้ประกอบการจากต่างประเทศ หรือรถบรรทุกจากต่างประเทศจะต้องทำการขนส่งสินค้าเหล่านั้นผ่านแดนประเทศไทย แต่พระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดให้ผู้ประกอบการขนส่งต่อเนื่องเหล่านี้ต้องเป็นผู้ประกอบการขนส่งต่อเนื่องที่ได้จดทะเบียนในต่างประเทศที่ประเทศไทยรับรองตามสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศ หรือเป็นกรณีที่ได้จดทะเบียนในต่างประเทศและได้จดทะเบียนตั้งตัวแทนในประเทศไทย ดังนั้น กรณีที่ผู้ประกอบการในต่างประเทศหากไม่มีสนธิสัญญาหรือความตกลงใดรองรับให้ทำการขนส่งต่อเนื่องย่อมไม่สามารถรับส่งสินค้าโดยรถบรรทุกในกรณีที่มีการขนส่งของที่มีรูปแบบที่แตกต่างสองรูปแบบ อีกทั้งยังมีบทกำหนดโทษหากผู้ประกอบการใดฝ่าฝืนพระราชบัญญัติดังกล่าวนี้

ข้อกำหนดตามกฎหมายเหล่านี้อาจก่อให้เกิดอุปสรรคในการขนส่งผ่านแดนตามหลักเสรีภาพในการผ่านแดนและผู้ประกอบการขนส่งที่ประกอบธุรกิจขนส่งต่อเนื่องหลายรูปแบบอาจหลีกเลี่ยงการออกใบตราส่งต่อเนื่องให้แก่ผู้ตราส่ง หรืออาจเลี่ยงด้วยการออกใบตราส่งการขนส่งสินค้ารูปแบบเดียวซึ่งอาจขัดกับเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาปัญหากฎหมายว่าด้วยการขนส่งทางถนนระหว่างประเทศภายใต้หลักเสรีภาพในการผ่านแดนประเทศไทยเองกำลังดำเนินนโยบายภายใต้บริบทไทยแลนด์ 4.0 แต่ดูเหมือนว่าปัจจุบันรูปแบบการขนส่งสินค้าทางถนนส่วนใหญ่ระหว่างประเทศไทยกับประเทศเพื่อนบ้านเป็นการขนส่งสินค้าข้ามแดน โดยอยู่ในรูปแบบของการขนส่งถ่ายสินค้าบริเวณชายแดนเท่านั้นและสถานการณ์ในแต่ละชายแดนยังมีลักษณะที่แตกต่างกันออกไปตามสภาพสังคม

เศรษฐกิจ การเมืองและข้อตกลงที่ประเทศไทยได้ดำเนินการไว้กับประเทศเพื่อนบ้าน แม้ว่า การขนส่งดังกล่าวเป็นส่วนสำคัญของการค้าระหว่างประเทศ แต่หากประเทศไทยต้องการเป็นศูนย์กลางด้านการขนส่งของภูมิภาค จำต้องคำนึงถึงยุทธศาสตร์การรองรับการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจที่จะเกิดขึ้นอันเนื่องมาจากความเชื่อมโยงด้านการคมนาคมที่มีประสิทธิภาพ ผลที่ตามมาคือ เกิดการขนส่งทางถนนระหว่างประเทศทั้งในลักษณะข้ามแดนและผ่านแดน ซึ่งจะทำให้มีการพัฒนาการขนส่งระหว่างประเทศสอดคล้องกับวิสัยทัศน์ของรัฐบาลที่ต้องการให้ประเทศไทยเป็นศูนย์กลางการคมนาคมของภูมิภาค รวมทั้งเป็นจุดเชื่อมโยงการขนส่งในรูปแบบอื่น ๆ อีกด้วย

ด้วยเหตุนี้ หน่วยงานภาครัฐและเอกชนในประเทศไทยจำเป็นต้องพัฒนาให้เกิดการดำเนินงานที่มีประสิทธิภาพสอดคล้องกับข้อตกลงด้านการขนส่งทางถนนระหว่างประเทศ เพื่อจะทำให้ประเทศไทยได้ประโยชน์อย่างแท้จริงจากการค้าและการขนส่งที่ขยายตัวมากขึ้น ไม่เช่นนั้นประเทศไทยอาจเป็นเพียงประเทศทางผ่านของการค้าและการบริการต่าง ๆ และไม่สามารถรับประโยชน์จากความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการคมนาคมที่พัฒนาไปได้เต็มที่ ซึ่งหากมององค์ประกอบต่าง ๆ แล้วเห็นว่า ประเทศไทยมีความได้เปรียบในเชิงที่ตั้งภูมิศาสตร์ซึ่งสามารถเป็นจุดเชื่อมต่อให้เกิดการขนส่งทางถนนระหว่างประเทศไปยังประเทศเพื่อนบ้านอื่น ๆ และมีโครงสร้างพื้นฐานที่เอื้อต่อการอำนวยความสะดวกในการขนส่ง จึงมีข้อเสนอแนะคือ

ประการแรก ควรมีการบูรณาการกฎหมายการผ่านแดนแยกออกเป็นเอกเทศ โดยมีการนำสาระสำคัญของความตกลงว่าด้วยการขนส่งผ่านแดนภายใต้หลักเสรีภาพในการผ่านแดนที่เป็นกฎหมายแม่บททั้งหมด กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการขนส่งผ่านแดนของประเทศไทยยังปรากฏอยู่กระจัดกระจายทำให้ยากต่อการนำมาบังคับใช้ เพื่อให้การปฏิบัติเป็นไปตามพันธกรณีแต่การออกกฎกระทรวงนั้นทำให้มีกฎหมายแยกย่อยเป็นหลายฉบับสร้างความสับสนแก่ผู้ปฏิบัติเป็นอย่างมาก ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายในเรื่องนี้ควรที่จะออกในรูปแบบของพระราชบัญญัติ อย่างไรก็ตาม การรวบรวมกฎกระทรวงหรือกฎหมายลูกในบทต่าง ๆ ซึ่งออกภายใต้กฎหมายแม่บทเดียวกัน ก็เป็นอีกแนวทางหนึ่งที่จะสามารถปรับใช้กับการขนส่งผ่านแดนทางถนนได้โดยเฉพาะ เนื่องจากการออกกฎหมายเป็นพระราชบัญญัตินั้นมีขั้นตอนกระบวนการที่ยุ่งยากและซับซ้อน ซึ่งมักใช้ระยะเวลาาน

ประการที่สอง พระราชบัญญัติการขนส่งต่อเนื่องหลายรูปแบบ พ.ศ.2548 แม้จะเป็นการสร้างภาระเพิ่มแก่ผู้ประกอบการขนส่งแต่ภาระดังกล่าวไม่ได้เกี่ยวข้องกับวิธีการปฏิบัติการหรือการดำเนินการเพื่อผ่านแดนแต่อย่างใด แต่อาจเป็นข้อจำกัดแก่ผู้ประกอบการขนาดเล็กและขนาดกลางในการเข้าสู่ตลาด ดังนั้นควรมีบทบัญญัติซึ่งเป็นข้อสงวนแก่ผู้ประกอบการขนาดเล็กและขนาดกลางในการเข้าสู่ธุรกิจ หรือกำหนดวิธีการอื่นใดที่ผู้ประกอบการขนส่งต่อเนื่องหลายรูปแบบในต่างประเทศจะสามารถทำการผ่านแดนได้

ประการที่สาม กฎเกณฑ์ที่ใช้ในการกำกับดูแลการขนส่งผ่านแดนของไทยบางฉบับออกมาใช้บังคับนานแล้ว ว่า เช่น ประกาศกระทรวงพาณิชย์ (ฉบับที่ 92) พ.ศ.2535 และระเบียบกระทรวงพาณิชย์ ว่าด้วยการกำหนดด้านศุลกากรนำไม้เข้ามาในราชอาณาจักร พ.ศ.2548 ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายเหล่านี้ควรเป็นกฎหมายที่บังคับใช้กับทุกประเทศไม่ควรบังคับใช้กับประเทศใดประเทศหนึ่งเนื่องจากการถ่วงถ่วงมักเกิดความเสียหายในการลักลอบนำสิ่งอื่นหรือสิ่งที่ผิดกฎหมายขนส่งรวมกับสินค้านั้น ๆ ได้ ในส่วนของการกำหนดแนวทางการผ่านแดนกรณีที่มีการถ่ายลำ ในการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เห็นว่าหน่วยงานเหล่านี้ควรมีการปรึกษาหารือและกำหนดแนวทางการปฏิบัติร่วมกัน

ประการสุดท้าย การผลักดันให้กรอบความตกลงมีสภาพบังคับใช้ เพราะการไม่มีผลบังคับใช้กรอบความตกลงของอาเซียนเนื่องจากว่าอาเซียนไม่ได้ออกบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องที่ต้องปฏิบัติตามบัญญัติภายใต้ความตกลง ในส่วนนี้เองผู้เขียนมองว่า ประเทศไทยต้องมีการเจรจาจากประเทศเพื่อนบ้านชี้ให้เห็นถึงความสำคัญของกรอบความตกลงเหล่านี้ ให้แก่สมาชิกในการขนส่งสินค้าทางถนนระหว่างประเทศร่วมกันและให้มีผลใช้บังคับอย่างจริงจัง อีกทั้งประเทศไทยควรให้ความสำคัญกับการจัดทำความตกลงทวิภาคีด้านการขนส่งทางถนนระหว่างประเทศกับประเทศสมาชิก เนื่องจากปัจจุบันประเทศไทยมีเพียงความตกลงการขนส่งทางถนนระหว่างประเทศกับประเทศลาวเท่านั้น อีกทั้งความตกลงอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการจราจรผ่านแดนนั้นเป็นเพียงบันทึกข้อตกลงระหว่างกันไม่มีผลผูกพันตามกฎหมาย ในการเจรจากับประเทศเพื่อนบ้านนั้นควรเสนอแนวทางหรือโครงการนำร่องในการเปิดตลาดขนส่งด้วย

รถบรรทุกขนาดเล็กที่มีน้ำหนักไม่เกิน 3.5 ตัน ให้สามารถทำการขนส่งระหว่างประเทศได้²² หรือเจรจาให้ประเทศภาคีทำการขนส่งภายในประเทศได้เป็นการชั่วคราวซึ่งอาจตั้งข้อสงวนไว้เฉพาะรถที่จดทะเบียนจัดตั้งธุรกิจในประเทศที่จดทะเบียนเท่านั้น หรือพิจารณาเจรจากับประเทศเพื่อนบ้านให้รถบรรทุกสามารถข้ามแดนได้ในระยะ 25 กิโลเมตรจากพรมแดนที่กำหนดให้เป็นด่านถาวร

หากการเจรจาดังกล่าวประสบความสำเร็จก็จะเป็นเรื่องง่ายที่จะทำให้ประเทศต่าง ๆ ให้ความสนใจถึงการผ่านแดนตามหลักเสรีภาพในการผ่านแดนและการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายภายในของประเทศเหล่านั้นให้รองรับการขนส่งทางถนนระหว่างประเทศอันจะนำไปสู่การมีกฎเกณฑ์ร่วมกันหรือลักษณะเดียวกันซึ่งจะทำให้การผ่านแดนตามหลักเสรีภาพในการผ่านแดนเกิดขึ้นในภูมิภาค และเพิ่มบทบาทของประเทศสมาชิกอาเซียนในเวทีระหว่างประเทศในภูมิภาคอื่น ๆ อย่างไรก็ตามในการเจรจານี้จะต้องคำนึงถึงระดับการพัฒนาทางเศรษฐกิจและสังคม และระบบการขนส่งที่แตกต่างกันระหว่างประเทศสมาชิก ตลอดจนความพร้อมของผู้ประกอบการ ผู้ใช้บริการ เจ้าหน้าที่ภาครัฐของประเทศนั้น ๆ ที่เกี่ยวข้อง เพื่อก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดและนำไปปฏิบัติได้จริง

จากข้อเสนอแนะดังกล่าวข้างต้นผู้เขียนเห็นว่าจะสามารถทำให้การผ่านแดนของประเทศไทยสอดคล้องกับอนุสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศภายใต้หลักเสรีภาพในการผ่านแดน และจะนำไปสู่การพัฒนาการขนส่งทางถนนระหว่างประเทศให้เกิดการผ่านแดนภายใต้หลักเสรีภาพในการผ่านแดนเชื่อมโยงกันในภูมิภาคต่อไป

²² อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 19, น.9.

บรรณานุกรม

หนังสือและบทความในหนังสือ

กรมศุลกากร. รายงานผลการศึกษากิจการบริหารจัดการชายแดนร่วมกัน. กรุงเทพมหานคร : กรมศุลกากร, 2557.

ทัชชมัย ทองอุไร. กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ : GATT และ WTO : บททั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2556.

ไพฑูริศ เอกจริยกร. เอกสารเพื่อประกอบการพิจารณากฎหมายของรัฐสภา เรื่อง วิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการขนส่งข้ามพรมแดน พ.ศ. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : สำนักส่งเสริมวิชาการรัฐสภา สถาบันพระปกเกล้า, 2554.

สำนักงานนโยบายและแผนการขนส่งและจราจร. โครงการศึกษากิจการจำกัดค่าผ่านทางรองรับการขนส่งของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานนโยบายและแผนการขนส่งและจราจร, 2560.

สุข เปรุณาวิน. กฎหมายระหว่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 6 กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2512.

วิทยานิพนธ์

ทัตไฉน ฤกษ์ศานติวงษ์. "สิทธิของรัฐไร้ชายฝั่งตามกฎหมายระหว่างประเทศ." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536.

นวกาล สิริรจันนท์. "สิทธิของรัฐไร้ชายฝั่งตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ.1982 : ศึกษากรณีการขนส่งผ่านแดนระหว่างประเทศไทยกับสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547.

หยาดพิรุณ งามรูป. "ปัญหาการผ่านแดนและการถ่ายลำในการนำเข้าและส่งออกสินค้า". วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.

บทความวารสาร

จักรกฤษ์ ดวงพิศตรา. "แนวทางการนำบทเรียนการพัฒนาด้านการขนส่งทางถนนของสหภาพยุโรปมาประยุกต์ใช้กับไทยและอาเซียน Approach for Implement Lessons Learned from Road Transportation Development in European Union for Thailand and ASEAN." วารสารการขนส่งและโลจิสติกส์ ฉบับที่ 9 (2559).

ปัญญาณัฐ นกร่อน. "ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการขนส่งสินค้าผ่านแดน." ฉบับที่ 1 บัณฑิตวิทยาลัย (ส.ค.-พ.ย. 2560).

สุธรรม อยู่ในธรรม. "รายงานการวิจัย : กฎหมายขนส่งสินค้าผ่านแดน." บทบัณฑิต. เล่ม 56. ตอน 2. (2543).

BOOK

Melgar Beatriz Huarte. The Transit of Goods in Public International Law. Netherlands : Printforce, 2005.

ELECTRONIC MEDIA

UNCTAD. “Freedom of transit and Regional Transit Arrangements.” <http://unohrlls.org/custom-content/>, April 8, 2561.

หลักการห้ามการครอบครองตามกฎหมายอวกาศระหว่างประเทศ:กรณีการทำเหมืองแร่บนดวงจันทร์

นายณัฐวิทย์ วงศ์ศิริ*

บทคัดย่อ

การดำเนินกิจกรรมของรัฐในห้วงอวกาศอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมายอวกาศระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสนธิสัญญาว่าด้วยหลักเกณฑ์การดำเนินกิจการของรัฐในการสำรวจและการใช้อวกาศภายนอก รวมทั้งดวงจันทร์และเทหะในท้องฟ้าอื่น ๆ (สนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ.1967) ที่ได้ประกาศใช้มาแล้วกว่า 52 ปี ข้อ 2 ของสนธิสัญญา กำหนดหลักการห้ามการครอบครองที่ห้ามมิให้รัฐภาคีอ้างสิทธิเหนืออวกาศ ดวงจันทร์ และเทหะวัตถุต่าง ๆ อย่างไรก็ตาม ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีในปัจจุบันและความต้องการทางเศรษฐกิจ ได้กระตุ้นให้มนุษย์แสวงหาความมั่งคั่งจากทรัพยากรธรรมชาติในอวกาศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การทำเหมืองแร่บนดวงจันทร์ หน่วยงานของรัฐและเอกชนจำนวนมากได้ทุ่มเทความพยายามที่จะขึ้นไปบนดวงจันทร์ เพื่อประโยชน์ในทางพาณิชย์แต่ความพยายามดังกล่าวได้ก่อให้เกิดคำถามว่าการทำเหมืองแร่บนดวงจันทร์ เป็นการกระทำที่สอดคล้องกับสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ.1967 ข้อ 2 หรือไม่ บทความชิ้นนี้ ทำการทบทวน สนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ.1967 ข้อ 2 โดยศึกษาเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการร่างสนธิสัญญา บทความทางวิชาการ และความเห็นของนักกฎหมายแล้วเสนอทางออกเพื่อปรับปรุงแก้ไขหลักการห้ามการครอบครองในแนวทางที่สะท้อนถึงความเป็นไปได้ของการทำเหมืองแร่บนดวงจันทร์และวิธีการแบ่งปันผลประโยชน์แก่มนุษยชาติทุกคน

คำสำคัญ

กฎหมายอวกาศ การห้ามการครอบครอง การทำเหมืองแร่บนดวงจันทร์

ABSTRACT

Activities of states in the outer space have been governed by international space law, especially the Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies (Outer Space Treaty 1967) which has long been in force for over 52 years. Article II thereof sets out the non-appropriation principle which prohibits member states from claiming the rights over space, moon and celestial bodies. However, current technology and economic demands encourage human to pursue the wealth from space resources, especially moon mining. Several governmental and private entities have made their efforts to commercially reach out the moon but such attempts raise question whether moon mining is in compliance with the Outer Space Treaty 1967 article II. This paper revisits the Outer Space Treaty 1967 article II by studying official documents of the drafting process, academic articles and opinions of the lawyers, thereafter, it offers revision of the non-appropriation principle in the way it recognizes both moon mining feasibility and benefit-shared modality for all humanities.

Keywords

* รัฐศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, Human Resources Assistant, Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO)

การประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ – นวัตกรรม” ครั้งที่ 4

space law, non-appropriation, moon mining



บทนำ

อวกาศเป็นอาณาบริเวณอันกว้างใหญ่ไพศาลที่มนุษย์ให้ความสนใจอย่างยาวนานและมนุษย์ได้ใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือจัดการความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์กับอวกาศเพื่อให้บรรดากิจกรรมทั้งหลายที่มีความเกี่ยวเนื่องกับอวกาศตกอยู่ภายใต้ปริมณฑลแห่งกฎหมาย ความพยายามดังกล่าวนำมาซึ่งความสำเร็จในการจัดทำสนธิสัญญาว่าด้วยหลักเกณฑ์การดำเนินกิจการของรัฐในการสำรวจและการใช้อวกาศภายนอก รวมทั้งดวงจันทร์และเทหะในท้องฟ้าอื่น ๆ¹ (The Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies) เรียกโดยย่อว่า สนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 (Outer space Treaty 1967)² ที่ได้วางรากฐานสำคัญเกี่ยวกับสถานะของอวกาศคือ การกำหนดให้อวกาศมีสถานะเป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่งในระบบกฎหมายของมนุษย์ สถานะดังกล่าวได้รับการกำหนดโดยข้อ 2 ภายใต้หลักการห้ามการครอบครอง (non-appropriation)³ ที่ปฏิเสธหลักอำนาจอธิปไตยเพื่อป้องกันไม่ให้รัฐต่าง ๆ อ้างความเป็นเจ้าของเพื่อมุ่งประสงค์แก่การครอบครองอวกาศ ดวงจันทร์และเทหวัตถุอื่น ๆ⁴

1. สนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 กับกระแสการเปลี่ยนแปลงทางสังคมระหว่างประเทศในปัจจุบัน

สนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 เป็นผลมาจากบริบททางสังคมระหว่างประเทศเมื่อ 52 ปีที่ผ่านมา ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่ยุทธศาสตร์อเมริกาและอดีตสหภาพโซเวียตต่างแข่งขันกันส่งดาวเทียมและกระสวยอวกาศขึ้นไปบนดวงจันทร์ อันก่อให้เกิดความหวาดกลัวว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะใช้ความก้าวหน้าดังกล่าวมาเป็นภัยคุกคามแก่ตน แต่ปัจจุบันสถานการณ์ของโลกได้เปลี่ยนแปลงไป ความก้าวหน้าด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีได้ช่วยทำให้มนุษย์สามารถเข้าถึงอวกาศได้ง่ายมากยิ่งขึ้น และมนุษย์ได้เรียนรู้ว่าดวงจันทร์เป็นแหล่งทรัพยากรที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจอย่างมหาศาล ด้วยเหตุดังกล่าว ดวงจันทร์จึงตกเป็นเป้าหมายของมนุษย์ที่ต้องการขึ้นไปแสวงหาผลประโยชน์ แต่ความพยายามดังกล่าวยังคงเป็นที่ถกเถียงกันว่าจะสามารถทำได้ภายใต้บริบทของกฎหมายอวกาศระหว่างประเทศที่มนุษย์ได้สร้างขึ้นไว้หรือไม่

ความท้าทายที่เกิดขึ้นในปัจจุบันคือ สหรัฐอเมริกาได้ประกาศใช้ U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act of 2015⁵ โดยมีเป้าหมายเพื่ออำนวยความสะดวกให้เกิดบรรยากาศของการส่งเสริมการพัฒนาอุตสาหกรรมอวกาศเชิงพาณิชย์เพื่อกระตุ้นให้เกิดการลงทุนของภาคเอกชนและการสร้างกฎระเบียบที่มีเสถียรภาพและความชัดเจน และเพื่อวัตถุประสงค์อื่น ๆ⁶ ถึงแม้กฎหมายฉบับดังกล่าวจะกล่าวอย่างชัดเจนว่า

¹ การสะกดชื่อสนธิสัญญาเป็นไปตามประกาศราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 85 ตอนที่ 118 วันที่ 17 ธันวาคม พ.ศ. 2511

² บทความนี้จะใช้เฉพาะแต่สนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 ข้อ 2 เป็นฐานของการพิจารณาการทำเหมืองแร่บนดวงจันทร์ เนื่องจากเป็นสนธิสัญญาฉบับสำคัญที่วางหลักการห้ามการครอบครอง ประเทศมหาอำนาจด้านอวกาศและประเทศอื่นๆจำนวนมากได้เข้าเป็นรัฐภาคีเพื่อยินยอมผูกพันตนตามหลักการที่ได้บัญญัติไว้

³ Outer space Treaty 1967 Article II

Outer space, including the Moon and other celestial bodies, is not subject to national appropriation by claim of sovereignty, by means of use or occupation, or by any other means.

⁴ คำว่า celestial bodies คำแปลตามประกาศราชกิจจานุเบกษาคือ “เทหะในท้องฟ้าอื่น ๆ” แต่บทความชิ้นนี้จะใช้ คำว่า “เทหวัตถุอื่น ๆ” ในกรณีที่ไม่ได้เจาะจงกล่าวถึง celestial bodies ที่เป็นส่วนหนึ่งของชื่อสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 การเรียกดังกล่าวเป็นไปตามคำแปลของจตุรนต์ ธีระวัฒน์, โปรตดู จตุรนต์ ธีระวัฒน์, “ผลกระทบจากพัฒนาการด้านเทคโนโลยีอวกาศต่อกฎหมายอวกาศในปัจจุบัน,” ใน *วารสารวิชาการ ธรรมศาสตร์*, 2550), น.415

⁵ โปรตดู ต้นฉบับภาษาอังกฤษที่ <https://www.congress.gov/bill/114thcongress/house-bill/2262/text>, สืบค้นเมื่อวันที่ 12 พฤษภาคม 2562

⁶ U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act of 2015 An Act

To facilitate a pro-growth environment for the developing commercial space industry by encouraging private sector investment and creating more stable and predictable regulatory conditions, and for other purposes

การให้เอกชนขึ้นสำรวจทรัพยากรธรรมชาติในอวกาศจะไม่ถือว่าเป็นการประกาศอำนาจอธิปไตย (sovereignty) สิทธิอธิปไตย (sovereign right) สิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive right) เขตอำนาจ (jurisdiction) หรือกรรมสิทธิ์ (ownership) ของสหรัฐอเมริกาที่มีต่อเทวดต่างๆ ก็ตาม⁷ แต่การประกาศใช้กฎหมายฉบับนี้ได้ก่อให้เกิดข้อสงสัยว่ามีความขัดแย้งกับสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 หรือไม่ นอกจากนี้แล้ว ลักเซมเบิร์กซึ่งเป็นประเทศขนาดเล็กในทวีปยุโรปก็ได้ประกาศใช้กฎหมาย Law on the Exploration and Use of Space Resources มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 สิงหาคม ค.ศ. 2017⁸ เพื่อส่งเสริมให้เอกชนขึ้นสำรวจทรัพยากรธรรมชาติในอวกาศในเชิงพาณิชย์ได้ โดยลักเซมเบิร์กประเมินว่าอุตสาหกรรมการใช้ทรัพยากรจากอวกาศระหว่างปี ค.ศ. 2018-2045 จะมีมูลค่าสูงถึง 170 พันล้านยูโร¹⁰ เมื่อมีกฎหมายเปิดช่องทางให้ทำได้ บรรดาบริษัทเอกชนที่ทำธุรกิจด้านอวกาศต่างประกาศความพร้อมของตนเพื่อการทำเหมืองแร่บนดวงจันทร์ (moon mining) เช่น บริษัท Moon Express ซึ่งเป็นบริษัทสัญชาติอเมริกัน¹¹ บริษัท Deltion Innovations ซึ่งเป็นบริษัทสัญชาติแคนาดา¹² ร่วมกับบริษัท Moon Express ได้รับการอนุญาตจากรัฐบาลแคนาดาให้เดินทางขึ้นไปโคจรนอกวงโคจรของโลกเพื่อโอกาสการสำรวจอวกาศในอนาคต¹³ บริษัท Arianegroup ซึ่งเป็นบริษัทร่วมทุนระหว่างบริษัท Airbus และบริษัท Safran มีสำนักงานใหญ่อยู่ที่ประเทศฝรั่งเศส¹⁴ เป็นต้น บริษัทดังกล่าวทำกิจการเกี่ยวกับธุรกิจด้านอวกาศ เช่น การให้บริการยิงกระสวยอวกาศในเชิงพาณิชย์ การผลิตและส่งดาวเทียมขึ้นไปในอวกาศ จึงทำให้บริษัทเหล่านี้มีเทคโนโลยี บุคลากร เงินทุน และความสามารถที่จะขึ้นไปทำเหมืองแร่บนดวงจันทร์ได้ สาเหตุของการขึ้นไปทำเหมืองแร่บนดวงจันทร์เพราะดวงจันทร์มีทรัพยากรธรรมชาติที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจอย่างมหาศาล เช่น ฮีเลียม-3 ซึ่งเป็นเชื้อเพลิงสำคัญของการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานนิวเคลียร์แบบฟิวชั่น (Fusion) ข้อดีของฮีเลียม-3 คือ การไม่ก่อให้เกิดกัมมันตภาพรังสี ไม่มีอันตรายเหมือนโรงไฟฟ้านิวเคลียร์แบบฟิชชัน (Fission) นักวิทยาศาสตร์เชื่อว่าฮีเลียม-3 มีการสะสมที่ผิวของดวงจันทร์จำนวนมากเพียงพที่จะนำมาใช้ในการผลิตพลังงานในโลกมากกว่า 1 หมื่นปี นอกจากนี้แล้วดวงจันทร์ยังมีโลหะประเภท rare-earth ซึ่งหายากบนโลกใบนี้ เป็นโลหะที่มีคุณสมบัติพิเศษจำพวก อิตเทรียม แลนทาไนด์ และ สแกนเดียม ซึ่งปัจจุบันโลกใช้กันมากและถูกใช้เป็นอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ เช่น โทรศัพท์มือถือแบบสมาร์ทโฟน เป็นต้น¹⁵

⁷ Ibid.

SEC. 403. DISCLAIMER OF EXTRATERRITORIAL SOVEREIGNTY. It is the sense of Congress that by the enactment of this Act, the United States does not thereby assert sovereignty or sovereign or exclusive rights or jurisdiction over, or the ownership of, any celestial body.

⁸ โปรดดู ต้นฉบับภาษาอังกฤษที่ <https://spaceresources.public.lu/content/dam/spaceresources/news/Translation%20Of%20The%20Draft%20Law.pdf>, สืบค้นเมื่อวันที่ 12 พฤษภาคม 2562

⁹ Law on the Exploration and Use of Space Resources

Article 3The authorisation shall be granted to an operator for a mission of exploration and use of space resources for commercial purposes upon written application to the ministers.

¹⁰ โปรดดู <https://spaceresources.public.lu/en/actualites/2018/opportunities-for-space-resources-utilization-future-markets-and-value-chains.html>, สืบค้นเมื่อวันที่ 12 พฤษภาคม 2562.

¹¹ www.moonexpress.com, สืบค้นเมื่อวันที่ 12 พฤษภาคม 2562.

¹² www.deltion.ca, สืบค้นเมื่อวันที่ 12 พฤษภาคม 2562.

¹³ www.mining.com/minin-moon-ready-lift-off-2025, สืบค้นเมื่อวันที่ 12 พฤษภาคม 2562

¹⁴ www.ariane.group, สืบค้นเมื่อวันที่ 12 พฤษภาคม 2562.

¹⁵ โปรดดู การนำเสนอข่าวเกี่ยวกับการทำเหมืองแร่บนดวงจันทร์และทรัพยากรธรรมชาติบนดวงจันทร์ได้ใน <https://www.thairath.co.th/scoop/1054789> และ <http://www.komchadluek.net/news/foreign/200486>, สืบค้นเมื่อวันที่ 12 พฤษภาคม 2562.

สนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ.1967 ที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อเป็นเครื่องมือจัดการความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์กับอวกาศ ระบบความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่ถูกใช้ในบริบทสังคมระหว่างประเทศเมื่อ 52 ปีที่ผ่านมาจึงถูกท้าทายจากกระแสความเปลี่ยนแปลงและถูกตั้งคำถามว่ายังมีความเหมาะสมกับสภาพสังคมระหว่างประเทศในปัจจุบันมากน้อยเพียงใด คำถามที่สำคัญคือ สนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ.1967 จะยังคงดำรงอยู่ได้โดยไม่เปลี่ยนแปลง หรือจำเป็นต้องปรับปรุงแก้ไขให้สอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงเพื่อสร้างระบบความสัมพันธ์ทางกฎหมายแบบใหม่ที่เอื้อต่อความต้องการของสังคมระหว่างประเทศยุคปัจจุบันในแนวทางที่จะกระจายโอกาสและจัดสรรประโยชน์ทางเศรษฐกิจ ให้แก่มวลมนุษยชาติ อย่างเป็นธรรมให้มากที่สุด

2. ดวงจันทร์กับสถานะความเป็น “ทรัพย์สิน”

2.1 ทรัพย์สิน (res)

แนวความคิดเรื่อง “ทรัพย์สิน” (res) มีปรากฏอยู่ในกฎหมายโรมัน คำว่า “res communes” มีความหมายว่าเป็น “ทรัพย์สินร่วม” ถือว่าเป็นทรัพย์สินของทุกคนและปัจเจกชนไม่สามารถถือเอาได้¹⁶

ประชุม โฉมฉาย กล่าวโดยสรุปว่า นักกฎหมายโรมันไม่ได้กำหนดความหมายของทรัพย์สิน (res) ไว้อย่างชัดเจน แต่ปล่อยให้ความหมายออกมาจากการใช้บ่อย ๆ ในความหมายพื้น ๆ res หมายถึงวัตถุอันมีรูปร่าง เช่น โด๊ะ บ้าน และที่ดิน ส่วนความหมายลึกซึ้งในเชิงนามธรรม res หมายถึงวัตถุที่ปรากฏในโมโนภาพ เช่น หนี้สิน ภาระจำยอมและสิ่งอื่น ๆ อันไม่มีรูปร่าง สิ่งที่เหมือนกันของวัตถุสองอย่างนี้คือ ทรัพย์สินทั้งสองชนิดเป็นสินทรัพย์ (assets) ซึ่งมีมูลค่าในทางเศรษฐกิจ ประเด็นสำคัญจึงอยู่ที่ประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ (economic interest) อันทรัพย์สินก่อให้เกิดขึ้น ฉะนั้นจุดร่วมระหว่างทรัพย์สินต่าง ๆ ตามความเป็นจริงคือการที่ผู้มีทรัพย์สิน (res) หนึ่งอย่างมีฐานะและมีโอกาสที่ดีกว่าเดิม¹⁷

A.M.Prichard มีความเห็นสอดคล้องกับความเห็นข้างต้นในประเด็นนิยามความหมายของคำว่า res โดยเห็นว่าการพยายามจะสร้างความหมายของคำว่า res ให้มีความชัดเจนแน่นอน (definite meaning) นั้น จะถือเป็นความผิดพลาดประการหนึ่งเลยทีเดียว เนื่องจากคำว่า res เป็นคำที่สามารถมีความหมายกว้าง (wider) และสามารถหมายถึงสิ่งอื่นได้หลายอย่าง (various meanings) มากกว่าความหมายของคำในภาษาอังกฤษที่ใช้แทนคำดังกล่าว ความหมายอาจเปลี่ยนไปตามบริบทที่ใช้ เช่น res อาจแปลว่าเป็น สิ่งของ (thing) สินทรัพย์ (asset) สถานการณ์ (circumstance) เหตุการณ์ (event) ความสัมพันธ์ (affair) หรือหมายถึงการฟ้องร้องคดี (lawsuit)¹⁸

เมื่อความหมายของทรัพย์สิน (res) มีความหมายที่กว้าง นักกฎหมายโรมันจึงได้จัดแบ่งประเภทของทรัพย์สินให้เป็นหมวดหมู่ตามสภาพร่วมของทรัพย์สินแต่ละประเภท การจัดแบ่งทรัพย์สินประเภทหนึ่งที่ไม่มีในสมัยของไกอุส (Gaius) แต่เพิ่งมีในสมัยของพระเจ้าจัสติเนียน (Justinian) คือ การแบ่งประเภททรัพย์สินที่เรียกว่าทรัพย์สินร่วมของทุกคน (res communes omnium)

พระเจ้าจัสติเนียนทรงขยายความ res communes (ซึ่งไกอุสไม่มี) โดยละเอียดดังนี้

Et quidem naturali iure communia sunt omnium haec: are, aqua profuens, et mare, et per hoc littoral maris. Nemo igitur ad littus accedere prohibetur, dum tamen villis et monumentis et aedificiis absteineat; quia non sunt iuris gentium, sicut et mare ซึ่งสามารถแปลความออกมาได้ว่า และตาม jus naturelle ทรัพย์สินเหล่านี้เป็น res communes: อากาศ ทางน้ำ ทะเล และ (โดยเหตุนี้) ชายฝั่งทะเล ฉะนั้นชายฝั่งทะเลย่อมเปิดให้ทุกคนได้ใช้ โดยมีเงื่อนไขว่าต้องไม่ล่วงละเมิดแก่บ้านพักผ่อน อนุสาวรีย์ และโรงเรือน เพราะทรัพย์สินเหล่านี้มิใช่ทรัพย์สินจาก jus gentium เหมือนทะเล

¹⁶ ประชุม โฉมฉาย, “ทรัพย์สินสินในกฎหมายโรมัน I: หลักทั่วไปเกี่ยวกับ res และ การจำแนกประเภท res,” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 27, ฉบับที่ 4, น.1048, (2540).

¹⁷ เพิ่งอ้าง, น.1034

¹⁸ A.M.Prichard, Leage’s Roman Private Law founded on the Institutes of Gaius and Justinian, 3rd edition, (London, Macmillan & Co Ltd, 1961), p.151

ฉะนั้น จัสติเนียนจึงเพิ่มประเภททรัพย์สิน *res communes* ขึ้นมานอกเหนือจากที่ไคยอุสได้แบ่งไว้ เพราะตามทัศนะของผู้รวบรวมประมวลกฎหมายอวากายจัสติเนียน *res publicae* ของไคยอุส ดูจะกว้างขวางไม่พอที่จะคลุมไปถึง *res communes* ด้วย ตามลักษณะสิ่งของซึ่งเป็น *res communes* ของคนทุกคน (*omnium*) ทรัพย์สินเหล่านี้ปัจเจกชนไม่อาจถือเอาได้ และมีตัวอย่าง (จากจัสติเนียนข้างบน) เช่น อากาศ น้ำไหล และทะเล เป็นไปได้ที่ปัจเจกชนสามารถถือเอาอากาศ 1 ขวด น้ำจืด หรือน้ำทะเล 1 ตันได้ คือ หายใจและนำน้ำทะเลขึ้นมาใช้ได้ แต่มวลรวมของอากาศ น้ำจืด และน้ำเค็ม ย่อมเป็นทรัพย์สินที่ทุกคนสามารถใช้สอยได้ตามปรกติ คำว่า “*communes*” หมายถึงว่าแต่ละคนอาจใช้ประโยชน์ทรัพย์สินดังกล่าวได้โดยไม่ต้องเสียค่าตอบแทน¹⁹

ลักษณะพิเศษของ *res communes* ที่ต่างจากทรัพย์สินประเภทอื่น คือ *res publicae*, *universitatis* และ *private* มีเป็นทรัพย์สินที่มีความเกี่ยวข้องกับหลักกรรมสิทธิ์ (*dominus*) *res nullius* เป็นทรัพย์สินที่ไม่มีเจ้าของแต่สามารถอยู่ภายใต้หลักกรรมสิทธิ์ได้ แต่ *res communes* เป็นทรัพย์สินที่ไม่มีใครจะเป็นเจ้าของและไม่มีใครจะมีกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินเหล่านี้ได้ ทรัพย์สินเหล่านี้จึงเป็นทรัพย์สินที่อยู่นอกเหนือจากมรดกหรือการสืบทอดของมนุษย์ (*out of the patrimony of men*)²⁰

แนวความคิดในทางกฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินในลักษณะดังกล่าวได้นำมาใช้กับอวกาศ โดยอวกาศถูกสร้างให้มีสถานะทางกฎหมายเป็น *res communes omnium* (ทรัพย์สินร่วมของทุกคน) ซึ่งมีใช่เป็น *res nullius* (ทรัพย์สินที่ไม่มีเจ้าของ) เพราะ แนวความคิดเกี่ยวกับ *res nullius* จะเปิดโอกาสให้เกิดการอ้างสิทธิเหนือดินแดนที่ไม่มีเจ้าของ (*unclaimed territory*) แต่ในทางตรงกันข้าม การมีสถานะเป็น *res communes omnium* จะช่วยให้เกิดการมองว่าอวกาศเป็นทรัพยากรร่วม (*common resources*) ที่เปิดโอกาสให้ทุกประเทศสามารถเข้าถึง (*access*) และปฏิเสธการถือครองแต่เพียงผู้เดียว (*exclusive possession*)²¹ ด้วยเหตุนี้ สนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ.1967 จึงกำหนดหลักการห้ามการครอบครองเป็นหลักทางกฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับการกำหนดสถานะทางกฎหมายของอวกาศ ดวงจันทร์ และเทหวัตถุ สนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ.1967 ข้อ 2 ได้กำหนดว่า “อวกาศภายนอกรวมทั้งดวงจันทร์และเทหวัตถุในท้องฟ้าอื่น ๆ จะไม่ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของชาติโดยการอ้างถึงอธิปไตย หรือโดยการใช้ หรือโดยการยึดครอง หรือโดยวิธีการอื่นใด”²²

¹⁹ อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 16, น.1048.

²⁰ Andrea Capurso, “The Non-Appropriation Principle : A Roman Interpretation,” 69th International Astronautical Congress (IAC), Bremen, Germany, 1-5 October 2018, p.3

²¹ Michael J. Listener, “The Owner and Exploitation of Outer Space: A Look at Foundation Law and Future Legal Challenges to Current Claims,” *REGENT Journal of International Law*, 75, (2003), as cited in Nikhil, D. Cooper, *Circumventing Non-Appropriation: Law and Development of United States Space Commence*, *Hasting Constitutional Law Quarterly*, p. 459-460, (2009) .

²² คำแปลตามประกาศราชกิจจานุเบกษา, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 1.

2.2 สถานะความเป็นทรัพย์สินของดวงจันทร์

การกำหนดให้อวกาศมีสถานะเป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่งในระบบกฎหมายของมนุษย์ย่อมส่งผลต่อสถานะของดวงจันทร์ซึ่งเป็นดาวเคราะห์ที่โคจรอยู่ในอวกาศ

ในทางจารีตประเพณีระหว่างประเทศ “ห้วงอวกาศ” มีสถานะเป็น *res communis omnium*²³ เนื่องจากโดยสภาพของพื้นที่ว่างไม่มีขอบเขตแล้วไม่สามารถที่จะไปถูกรครอบครองได้ ส่วน “เทหวัตถุต่าง ๆ” เช่น ดวงจันทร์และบรรดาดาวเคราะห์ที่ปรากฏอยู่ในห้วงอวกาศมีสถานะเป็น *res nullius* เนื่องจากมีสภาพเป็นวัตถุที่มีพื้นผิว (*terrae firmae*) ที่สามารถถูกรครอบครองได้ อย่างไรก็ตาม สถานะของเทหวัตถุรวมถึงดวงจันทร์ได้เปลี่ยนแปลงไปเป็น *res communis omnium* ด้วยผลของข้อมติสมัชชาใหญ่องค์การสหประชาชาติ ที่ 1721 (XVI) และ 1962 (XVIII) รวมทั้งสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967²⁴

ข้อมติสมัชชาใหญ่องค์การสหประชาชาติที่สำคัญจำนวน 2 ข้อมติได้กำหนดสถานะของดวงจันทร์ ซึ่งสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 ได้รับเอาหลักการสำคัญเกี่ยวกับสถานะของดวงจันทร์ดังกล่าวมาบัญญัติซ้ำ โดยจะกล่าวเป็นลำดับ ดังนี้

1. ข้อมติสมัชชาใหญ่องค์การสหประชาชาติ ที่ 1721 (XVI) เมื่อวันที่ 20 ธันวาคม ค.ศ.1961

เนื้อหาในส่วน A(1) ได้วางหลักการที่สำคัญคือข้อ (b) ที่กำหนดว่า “อวกาศและเทหวัตถุต่าง ๆ ย่อมเป็นที่เสรีแก่การสำรวจและใช้โดยรัฐต่าง ๆ ในลักษณะที่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศและไม่ตกอยู่ภายใต้การครอบครองของรัฐ”²⁵ ถือเป็นการกำหนดให้อวกาศและเทหวัตถุไม่ตกอยู่ภายใต้การครอบครองของรัฐ (*national appropriation*) กรณีจึงเป็นการกลับหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศเพราะเป็นการเปลี่ยนให้ “เทหวัตถุต่าง ๆ” จากเดิมที่เคยเป็น *res nullius* ให้มีสถานะเช่นเดียวห้วงอวกาศ คือ ให้เป็น *res communis omnium* ที่ไม่สามารถตกอยู่ภายใต้การครอบครองได้ ด้วยเหตุนี้ดวงจันทร์จึงไม่สามารถถูกรครอบครองได้ ถึงแม้ว่าข้อมตินี้ทำหน้าที่แนะนำ (*commends*) หลักการ (*principle*) เพื่อให้เป็นแนวทางแก่รัฐต่าง ๆ (*to States for their guidance*) เท่านั้น แต่นักนิติศาสตร์ส่วนใหญ่ต่างยอมรับว่าข้อมตินี้เป็นหรือสามารถกลายมาเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้²⁶

2. ข้อมติสมัชชาใหญ่องค์การสหประชาชาติ ที่ 1962 (XVIII) เมื่อวันที่ 13 ธันวาคม ค.ศ.1963

²³ คำว่า *res communes omnium* กับ *res communis omnium* เป็นคำเดียวกัน มีความหมายอย่างเดียวกัน แต่สะกดต่างกัน จากการสำรวจงานเขียนทางวิชาการ คำสองคำนี้จะใช้แทนกันอยู่บ่อยครั้ง คำว่า *res communes omnium* จะใช้เมื่อกล่าวถึงสถานะของทรัพย์สินตามกฎหมายโรมัน ส่วนคำว่า *res communis omnium* จะใช้เมื่อกล่าวถึงสถานะของทรัพย์สินตามกฎหมายอวกาศระหว่างประเทศ โปรดดูตัวอย่างการใช้คำทั้งสองคำในบทความเดียวกัน ใน Andrea Capurso, *supra* note 20

²⁴ Bin Cheng, *Studies in International Space Law*, (Clarendon Press, Oxford, 1997), p. 80-87 อนึ่ง Bin Cheng ได้กล่าวถึงคำสามคำ คือ *res extra commercium*, *res communis omnium* และ *res nullius* โดยได้อธิบายว่า *res communis omnium* ไม่มีปรากฏในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เขาจึงใช้คำว่า *res extra commercium* แทน *res communis omnium* คำว่า *res extra commercium* หมายถึงทรัพย์สินที่ไม่สามารถตกเป็นของเอกชนจึงไม่สามารถซื้อขายได้ ด้วยเหตุที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันระหว่างคำว่า *res extra commercium* กับคำว่า *res communes omnium* ทำให้คำสองคำนี้สามารถใช้แทนกันได้ (*alternatively*) โปรดดู Jefferson H. Weaver, “Illusion or Reality – State Sovereignty in Outer Space”, 10 *Boston University International Law Journal* 203, footnote 53, p.216, (1992)

²⁵ UNGA resolution 1721 (XVI) A(1),

(b) Outer space and celestial bodies are free for exploration and use by all States in conformity with international law and are not subject to national appropriation

²⁶ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, *กฎหมายอวกาศ : หลักทั่วไปและปัญหาในทางปฏิบัติ* (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540), น.27

ข้อมตินี้มีชื่อเรียกอย่างเป็นทางการว่า ปฏิญญาหลักกฎหมายที่ใช้บังคับต่อกิจกรรมของรัฐต่าง ๆ ในการสำรวจและใช้อวกาศ (Declaration of Legal Principle Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space) ได้รับการยอมรับว่าเป็นก้าวที่สำคัญของพัฒนาการกฎหมายอวกาศระหว่างประเทศ อันเป็นผลมาจากความเข้าใจร่วมกันเกี่ยวกับหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการสำรวจและใช้อวกาศที่ต้องเคารพโดยประเทศมหาอำนาจด้านอวกาศในขณะนั้นคือสหรัฐอเมริกา อดีตสหภาพโซเวียต และรัฐอื่น ๆ โดยข้อ 3 ได้กำหนดไว้ว่า “อวกาศและเทหวัตถุต่าง ๆ ย่อมไม่ตกอยู่ภายใต้การครอบครองของรัฐ โดยวิธีด้วยการอ้างอำนาจอธิปไตย การครอบครอง หรือโดยวิธีอื่นใด”²⁷ ข้อมตินี้ได้กล่าวถึงการห้ามการครอบครองของรัฐ โดยขยายความให้เห็นถึงรูปแบบการครอบครองของรัฐว่าการครอบครองด้วยการอ้างอำนาจอธิปไตย หรือการครอบครองด้วยวิธีใด ๆ ก็ตาม ไม่สามารถทำได้ ข้อมตินี้รับเอาหลักการของข้อมติที่ 1721 (XVI) มาใช้ คือ การกำหนดให้ “เทหวัตถุต่าง ๆ” มีสถานะเช่นเดียวกับห้วงอวกาศคือ การเป็น *res communis omnium* ที่ไม่สามารถถูกครอบครองได้²⁸ อนึ่ง เป็นที่น่าสังเกตว่าแม้ส่วนเริ่มต้นเนื้อหาของข้อมติจะใช้คำว่ารัฐต่าง ๆ ควรได้รับการแนะนำแนวทาง (guided) เกี่ยวกับหลักการต่าง ๆ แต่ชื่อของปฏิญญากลับใช้คำว่าเป็นหลักกฎหมาย (legal principle)²⁹ อย่างไรก็ตาม นักนิติศาสตร์ส่วนใหญ่ต่างยอมรับว่าข้อมตินี้เป็นหรือสามารถกลายมาเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้³⁰

3. สนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967

สนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 ได้รับการพิจารณาโดยคณะอนุกรรมการกฎหมาย (Legal Sub-committee) ของคณะกรรมการการใช้อวกาศอย่างสันติ (Committee on the Peaceful Uses of Outer Space: COPUOS) ในปี ค.ศ.1966 และสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้เห็นชอบในปีเดียวกันตามข้อมติสมัชชาใหญ่องค์การสหประชาชาติที่ 2222 (XXI) ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันว่าสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 เป็นสนธิสัญญาที่วางหลักทางกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมทางอวกาศ เปิดให้ลงนามเมื่อเดือนมกราคม ค.ศ. 1967 ที่ประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ และอดีตสหภาพโซเวียต มีผลบังคับใช้ (entered into force) เมื่อเดือนตุลาคม ค.ศ. 1967³¹ ปัจจุบันมีรัฐภาคีทั้งสิ้น 132 รัฐ³² สนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ.1967 ข้อ 2 ได้กำหนดว่า “อวกาศภายนอก รวมทั้งดวงจันทร์และเทหวัตถุในท้องฟ้าอื่น ๆ จะไม่ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของชาติโดยการอ้างถึงอธิปไตย หรือโดยการใช้ หรือโดยการยึดครอง หรือโดยวิธีอื่นใด” ด้วยเหตุนี้ อวกาศ ดวงจันทร์ และเทหวัตถุ ภายใต้สนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 มีสถานะเป็น *res communis omnium* ที่ตกอยู่ภายใต้หลักการห้ามการครอบครอง มีผลผูกพันต่อรัฐภาคีของสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ.1967 ส่วนรัฐอื่นที่ไม่ได้เป็นรัฐภาคีของสนธิสัญญานี้ก็ต้องเคารพหลักการห้ามการครอบครองข้อมติสมัชชาใหญ่องค์การสหประชาชาติ ที่ 1721 (XVI) และ 1962 (XVIII) ที่กำหนดให้ทั้งอวกาศ ดวงจันทร์ และเทหวัตถุอื่น ๆ เป็น *res communis omnium* ซึ่งข้อมติสองข้อนี้ได้รับการยอมรับว่าเป็นหรือสามารถกลายมาเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น

²⁷ UNGA resolution 1962 (XVIII)

3. Outer space and celestial bodies are not subject to national appropriation by claim of sovereignty, by means of use or occupation, or by any other means.

²⁸ Bin Cheng, *supra* note 24

²⁹ Bin Cheng, *supra* note 24, p.155

³⁰ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 26

31 Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies, United Nations Office of Outer Space Affairs, Retrieved on May 12, 2019, from <http://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/treaties/introouter-spacetreaty.html>

³² Status of International Agreements relating to activities in outer space as at 1 January 2019, A/AC.105/C.2/2019/CRP.3

1. ดวงจันทร์ภายใต้หลัก “การห้ามการครอบครอง” (Non-Appropriation Principle)

สนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ.1967 ข้อ 2 กำหนดว่า “อวกาศภายนอกรวมทั้งดวงจันทร์และทะเลในท้องฟ้าอื่นๆ จะไม่ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของชาติโดยการอ้างถึงอธิปไตย หรือโดยการใช้ หรือโดยการยึดครอง หรือโดยวิธีการอื่นใด” การกำหนดดังกล่าวทำให้เกิดหลักการห้ามการครอบครองที่นำมาใช้กับอวกาศ ดวงจันทร์ และเทหวัตถุ หลักการห้ามการครอบครองเป็นความสัมพันธ์ทางกฎหมายเพื่อจัดความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์กับทรัพย์สิน โดยสามารถพิจารณาได้ดังนี้

1.1 ความหมายของการห้ามการครอบครอง

การศึกษาเรื่องการห้ามการครอบครอง สิ่งแรกที่ต้องทำคือการทำความเข้าใจข้อความคิดเกี่ยวกับการครอบครองอันเป็นพื้นฐานของการสร้างหลักการห้ามการครอบครอง มีคำศัพท์ภาษาอังกฤษที่มีความหมายคล้ายกันและใช้ควบคู่กันอยู่หลายครั้งเมื่อยามต้องการสื่อความหมายเกี่ยวกับการครอบครอง เช่น คำว่า possession, occupation และ appropriation ความคล้ายคลึงกันของความหมายทำให้เมื่อแปลออกมาเป็นภาษาไทยแล้วได้ความหมายที่สื่อไปในทางเดียวกันที่แสดงถึงลักษณะการครอบครอง การถือครอง หรือการยึดครอง เมื่อพิจารณาจากคำที่เป็นศัพท์นิติศาสตร์ คำภาษาไทยคำว่า การครอบครอง แปลเป็นภาษาอังกฤษว่า possession ในขณะเดียวกัน คำว่า การครอบครอง ยังสามารถเป็นคำแปลของคำว่า occupation ได้เช่นเดียวกัน³³ ส่วนคำว่า การถือเอาทรัพย์สิน แปลเป็นภาษาอังกฤษว่า appropriation³⁴ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากลักษณะการเข้าถือเอาทรัพย์สินเพื่อก่อให้เกิดสิทธิ ประกอบกับความหมายของคำภาษาอังกฤษคำว่า appropriation ที่หมายความรวมถึง a taking of possession (การเข้าครอบครอง)³⁵ ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าการครอบครอง สามารถเป็นคำแปลของคำว่า appropriation ได้เช่นเดียวกัน กรณีจึงเป็นที่มาของการแปลคำว่า non-appropriation เป็น “การห้ามการครอบครอง”³⁶ อนึ่ง จำเป็นต้องพิจารณาจากความหมายของคำในภาษาอังกฤษด้วยเช่นกัน

คำศัพท์ภาษาอังกฤษที่ผู้เขียนเห็นว่ามีความหมายคล้ายกันและใช้ควบคู่กันอยู่หลายครั้งเมื่อยามต้องการสื่อความหมายเกี่ยวกับการครอบครองที่ต้องทำความเข้าใจเสียก่อน เช่น

Possession คือ ข้อเท็จจริงของการมีหรือการยึดถือทรัพย์สินภายใต้อำนาจของตน การใช้สิทธิตามหลักกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สิน การควบคุมหรือใช้สิ่งของทางกายภาพโดยมีเจตนายึดถือเพื่อตน³⁷ possession เป็นเรื่องเกี่ยวกับเหตุการณ์ในทางความเป็นจริงที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์กับสิ่งของในสภาวะการณ์ที่บุคคลนั้นกำลังควบคุม (controlling) หรือสามารถที่จะควบคุมได้โดยตรง (directly able to control) สิ่งของที่เขาถือครองอยู่ การครอบครองเป็นวิธีการสำคัญที่จะทำให้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์³⁸ คำว่า possession แปลเป็นภาษาไทยได้ว่าการครอบครอง³⁹

³³ ศัพท์นิติศาสตร์ อังกฤษ-ไทย ไทย-อังกฤษ ฉบับราชบัณฑิตยสถาน. พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร : อรุณการพิมพ์, 2555), น.404 – 405.

³⁴ เพิ่งอ้าง, น.21.

³⁵ *Infra note 46.*

³⁶ คำว่า non-appropriation ได้รับการแปลมาแล้วก่อนหน้านี้ แม้จะแปลออกมาต่างกันแต่ยังคงเกี่ยวโยงกับคำว่า ยึดครองหรือครอบครอง เช่น หลักการห้ามยึดครองเอาเป็นของตน โปรตดู จตุรงค์ ธีระวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น.415 และ หลักการห้ามเข้าครอบครอง โปรตดู ชูเกียรติ น้อยฉิม, “กฎหมายอวกาศ : ในฐานะที่เป็นสาขาหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศ สู่ความเปลี่ยนแปลงมาเป็นสหกฎหมายทางด้านอวกาศ,” *รพี 52 คณะกรรมการเนติบัณฑิต สมัยที่ 61 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา*, (กรุงเทพมหานคร, 2552), น.211.

³⁷ Possession. The fact of having or holding property in one’s power; the exercise of dominion over property; the detention or use of a physical thing with the intent to hold it as one’s own. *Black’s Law Dictionary*, ninth edition, (West, 2009), p.1281

³⁸ A.M.Prichard, *supra note 18*, p.164

³⁹ ศัพท์นิติศาสตร์ อังกฤษ-ไทย ไทย-อังกฤษ ฉบับราชบัณฑิตยสถาน. *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 33*, น.255

Possession หมายถึงการครอบครอง กฎหมายโรมันใช้คำว่า possessio โดยเหตุที่ชาวโรมันเป็นนักปฏิบัติจึงไม่ค่อยสนใจเกี่ยวกับเรื่องคำนิยามแต่สนใจวิธีการได้มาซึ่งการครอบครอง ฉะนั้นจึงไม่มีนิยามความหมายเอาไว้ องค์ประกอบของการครอบครองคือ การครอบครองทางจิตใจ (animus) คือ การมีเจตนาที่จะเป็นเจ้าของ ส่วนการครอบครองทางอินทรีย์ (corpus) คือ การควบคุมทรัพย์สินได้ทางกายภาพ ความครอบครองใน common law (possession หรือ seisin ในกฎหมายอังกฤษโบราณ) มีองค์ประกอบเหมือนกฎหมายโรมันคือ animus possidendi การมีเจตนาที่จะครอบครองทรัพย์สิน และ corpus possessionis การควบคุมทางกายภาพ⁴⁰ ดังนั้น คำว่า possession จึงเป็นเรื่องการทำให้สิ่งใดสิ่งหนึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมโดยมีเจตนาเพื่อให้สิ่งนั้นกลายเป็นของตน สภาวะดังกล่าวจึงเรียกว่าการครอบครอง⁴¹

Occupation คือ การครอบครอง การควบคุม หรือการใช้อสังหาริมทรัพย์ การยึดหรือควบคุมดินแดนโดยกำลังทหาร เงื่อนไขของดินแดนที่อยู่ใต้อำนาจของทหารที่เป็นศัตรู⁴² occupation เป็นวิธีการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ (methods of acquiring ownership) ตามกฎหมายเอกชนโรมัน ซึ่งเป็นหนึ่งในวิธีการแบบดั้งเดิม (original acquisition) อันประกอบไปด้วย occupatio, accessio, specificatio, acquisition of fruits และ thesauri inventio โดยที่ occupatio คือการที่กำลังครอบครองอย่างมีประสิทธิภาพ (taking effective possession) โดยมีเป้าหมายเพื่อการเป็นเจ้าของสิ่งใดสิ่งหนึ่งที่ยังไม่มีเจ้าของ (res nullius)⁴³ คำว่า occupation แปลเป็นภาษาไทยได้ว่า การครอบครอง การเข้าควบคุมและยึดครองโดยใช้กำลังทหาร ระยะเวลาที่เข้าควบคุมและยึดครอง⁴⁴

กฎหมายระหว่างประเทศได้นำหลักกฎหมายเอกชนโรมันเกี่ยวกับ occupation มาประยุกต์ใช้กับการได้มาซึ่งอำนาจอธิปไตย (หากเป็นกฎหมายเอกชนเป็นเรื่องการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์) ที่เป็นเรื่องของ “วิธีการ” แต่อาศัยแนวความคิดเรื่องการครอบครองเป็นคำอธิบายเพื่อให้วิธีการนั้นสัมฤทธิ์ผล วิธีการแบบดั้งเดิมเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ มี 5 วิธี คือ occupation, prescription, cession, accretion และ conquest โดยวิธีการแบบ occupation คือการเข้าครอบครองดินแดนที่ไม่มีเจ้าของ (terra nullius)⁴⁵ ซึ่งเป็นวิธีการที่คล้ายคลึงกับการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินที่ไม่มีเจ้าของ (res nullius) ตามกฎหมายเอกชนของโรมัน

Appropriation คือ การควบคุมเหนือทรัพย์สิน การเข้าครอบครอง⁴⁶ คำว่า appropriation แปลเป็นภาษาไทยได้ว่า การถือเอาทรัพย์สิน⁴⁷ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากคำว่า การเข้าครอบครองและการถือเอาทรัพย์สินแล้ว บทความนี้จึงแปลคำว่า non-appropriation เป็น การห้ามการครอบครอง ตามที่ได้อธิบายแล้วก่อนหน้านี้

อนึ่ง คำว่า appropriation ก็เป็นชื่อเรียกหลักกฎหมายเกี่ยวกับการจัดสรรทรัพยากรน้ำของ common law⁴⁸ ที่กำหนดให้สิทธิการใช้น้ำสาธารณะขึ้นอยู่กับปริมาณและความสามารถในการนำน้ำไปใช้ประโยชน์ หากเกิด

⁴⁰ ประชุม โฉมฉาย, กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น : จารีตโรมันและแองโกลแซกซอน, พิมพ์ครั้งที่ 6 (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), น.83-84

⁴¹ ผู้สนใจความหมายของคำว่า Possessio ตามทฤษฎีและในทางปฏิบัติ, โปรดดู ประชุม โฉมฉาย, วิวัฒนาการของกฎหมายโรมัน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น.236-248

⁴² Occupation. The possession, control, or use of real property ; the seizure and control of a territory by military force; the condition of territory that has been placed under the authority of a hostile army. Black's Law Dictionary, supra note 37, p.1184.

⁴³ Black's Law Dictionary, supra note 37, p.176.

⁴⁴ ศัพท์นิติศาสตร์ อังกฤษ-ไทย ไทย-อังกฤษ ฉบับราชบัณฑิตยสถาน, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 33, น.227

⁴⁵ Zachos A. Paliouras, “The Non-Appropriation Principle: The Grundnorm of International Space Law,” 27 Leiden Journal of International Law, p.39 (2014).

⁴⁶ Appropriation. The exercise of control over property ; a taking of possession.

Black's Law Dictionary, supra note 37, p.117.

⁴⁷ ศัพท์นิติศาสตร์ อังกฤษ-ไทย ไทย-อังกฤษ ฉบับราชบัณฑิตยสถาน, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 33, น.21.

ความขัดแย้งระหว่างผู้มีสิทธิใช้น้ำด้วยตนเอง สิทธิของผู้ครอบครองก่อน (senior appropriator) จะอยู่เหนือกว่าผู้ครอบครองลำดับถัดมา (junior appropriator) ด้วยเหตุของการจัดลำดับก่อนหลัง (priority) จึงเป็นที่น่าสังเกตว่าการใช้ถ้อยคำจึงอาจใช้ทดแทนกันระหว่าง prior appropriation กับ appropriation หลักการนี้ได้ถูกนำไปใช้กับการจัดการทรัพยากรธรรมชาติอื่น ๆ อีก เช่น ก๊าซธรรมชาติ น้ำมัน แร่ เป็นต้น

คำว่า appropriation นอกจากจะหมายถึงการผันน้ำจากแหล่งน้ำสาธารณะเพื่อนำไปใช้ให้เกิดประโยชน์แล้ว (ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมาย) คำดังกล่าวยังหมายถึงเจตนาที่จะยึดถือเอาสิ่งใดสิ่งหนึ่งที่ได้แสดงออกให้เห็นทางกายภาพ⁴⁹ ด้วยเหตุนี้ คำว่า appropriation นอกจากการพิจารณาในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายประเภทหนึ่งแล้ว คำดังกล่าวยังอาจถูกนำมาใช้แสดงถึง “วิธีการ” เข้าครอบครองได้ด้วยเช่นกัน

ในทางกฎหมายอวกาศระหว่างประเทศ คำว่า appropriation เริ่มมีการใช้นับตั้งแต่ข้อมติสมัชชาใหญ่องค์การสหประชาชาติ ที่ 1721 (XVI) ซึ่งใช้ว่า national appropriation และคำนี้ถูกใช้สืบเนื่องต่อมาในข้อมติสมัชชาใหญ่องค์การสหประชาชาติ ที่ 1962 (XVIII) และสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 ข้อ 2 ก็ได้ใช้คำนี้เหมือนกัน

ผู้เขียนเห็นว่า คำว่า appropriation เมื่อพิจารณาในรูปแบบของการเป็นหลักกฎหมายการจัดการทรัพยากรน้ำของ common law คำว่า appropriation จึงเป็นชื่อของหลักกฎหมาย แต่เมื่อพิจารณาในรูปแบบของการเข้าไปยึดถือเอาสิ่งใดสิ่งหนึ่งจึงเป็นลักษณะการเข้าไปยึดถือ ควบคุม ไม่ว่าจะโดยวิธีการ occupation หรือไม่ก็ตาม ซึ่งหากต้องการสื่อให้เห็นถึงการครอบครองตามกฎหมายต้องอยู่ภายใต้หลัก possession คือ การควบคุมทางกายภาพและมีเจตนายึดถือเพื่อตนเพื่อให้ได้มาซึ่งการครอบครองวัตถุนั้น คำว่า appropriation จึงเรียกว่า “การครอบครอง” ซึ่งน่าจะเป็นความหมายที่ถูกต้องในบริบทของการพิจารณาหลักการห้ามการครอบครองภายใต้สนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ.1967 ข้อ 2 ซึ่งเป็นคำเรียกที่ตรงกับการพิจารณาจากคำศัพท์นิติศาสตร์ภาษาไทยเมื่อแปลออกมาเป็นภาษาอังกฤษตามที่ได้อธิบายไว้ข้างต้น ดังนั้น การห้ามการครอบครองเมื่อนำมาพินิจกับความคิดเรื่องทรัพย์สินที่เป็นของส่วนรวมแล้ว จึงมีความหมายว่า การห้ามเข้าครอบครอง ยึดถือ ควบคุม หรือถือเอาทรัพย์สินที่เป็นของส่วนรวมให้เป็นของตนเอง

2.2 ข้อความคิดเกี่ยวกับการห้ามการครอบครอง

แนวความคิดเรื่องการห้ามการครอบครองในทางกฎหมายโรมันเป็นการจัดความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์กับสิ่งของที่มีลักษณะเป็น res communes omnium ซึ่งส่งผลทางกฎหมาย คือ res communes omnium เป็นทรัพย์สินที่เป็นของทุกคนและถูกตัดออกไปจากหลักกรรมสิทธิ์ของเอกชน ทุกคนมีสิทธิเข้าถึง (access) สำรวจ (explore) และใช้ (use) ทรัพย์สินประเภทนี้ได้⁵⁰ ทุกคนสามารถเอาประโยชน์จากสิ่งที่เกิดจากทรัพย์สินร่วมของทุกคนได้ เช่น การเดินบนชายหาด การตกน้ำในลำธารหรือทะเลในปริมาณที่เหมาะสม เป็นต้น แต่ไม่มีใครจะเข้าไปยึดถือเพื่อให้ตนเป็นเจ้าของตามหลักกรรมสิทธิ์ เช่น ไม่มีใครจะเป็นเจ้าของอากาศ (หากอยู่ในความสูงที่เลยพ้นจากเขตแดนกรรมสิทธิ์) ทะเลภูเขา แม่น้ำลำคลองตามธรรมชาติ ด้วยเหตุนี้ เมื่ออวกาศ ดวงจันทร์ และเทหวัตถุมีสถานะทางกฎหมายเป็น res communes omnium จึงไม่มีใคร (รัฐ องค์การระหว่างประเทศหรือเอกชน) ที่จะเข้าไปครอบครองภายใต้หลักการห้ามการครอบครองได้

ผู้เขียนเห็นว่า กลไกของ res communes omnium ของกฎหมายโรมันเป็นการจัดความสัมพันธ์ของมนุษย์กับสิ่งของโดยดูจากคุณลักษณะของทรัพย์สินที่ถือว่าเป็นของส่วนรวม ระบบกรรมสิทธิ์ของเอกชน (dominus) ถูกกีดกันออก เอกชนจึงสามารถเข้าไปใช้ประโยชน์แต่ไม่สามารถเข้าไปครอบครองเพื่อให้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์

⁴⁸ หลักกฎหมายเกี่ยวกับการจัดสรรทรัพยากรน้ำของ common law ในอดีต มีสองหลักที่สำคัญ คือ หลัก Riparianism และหลัก Appropriation ซึ่งมีความแตกต่างกันในรายละเอียด โปรดดูการเปรียบเทียบใน J.H. Beuscher, “Appropriation Water Law Elements in Riparian Doctrine States,” *Buffalo Law Review*, p.449, (1961) และ Stephen Hodson, “Modern water rights Theory and practice,” *FAO legislative Study 92*, p.11-14.

⁴⁹ Eugene Allen; Wermuth, William Charles Gilmore, *Modern American Law*, (1921), p.8.

⁵⁰ Andrea Capurso, *supra note 20*.

เหนือทรัพย์สินที่เป็นของส่วนรวมได้ อนึ่ง เป็นที่น่าสังเกตว่ากฎหมายโรมันเปิดช่องให้ทุกคนสามารถเข้าไปใช้ประโยชน์อย่าง “เท่าเทียมกัน” (equal access) เอกชนทุกคนจึงเสมือนยืนอยู่ในแถว “แนวเส้นรอบวง” ที่ล้อมทรัพย์สินที่เป็นของส่วนรวมซึ่งตั้งอยู่ตรงกลางโดยระยะห่างระหว่างทรัพย์สินกับเอกชนทุกคนเป็นระยะห่างที่เท่ากัน อันเปรียบเสมือนโอกาสที่จะเข้าไปใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินนั้นมีอยู่อย่างเท่าเทียมกัน สิทธิการเข้าถึงทรัพย์สินเพื่อใช้ประโยชน์ตามกฎหมายโรมันจึงไม่ได้เป็นลักษณะของการยืนอยู่ในแถว “ตอนลึก” เพื่อให้เกิดสิทธิก่อนหลังตามลำดับของการยืนอยู่ในแถวแต่อย่างใด ในสายตาของกฎหมายโรมัน ทรัพย์สินที่ถือว่าเป็นของส่วนรวม “ตัวทรัพย์สิน” ไม่มีใครเป็นเจ้าของได้ แต่ “ประโยชน์” ที่เกิดจากตัวทรัพย์สินนั้นทุกคนมีโอกาสใช้อย่างเท่าเทียมกัน

ดังนั้น การห้ามการครอบครองจึงเป็นเรื่องในทางตรงกันข้าม กล่าวคือการที่เอกชนไม่สามารถใช้องค์ประกอบทั้งสองข้อเพื่ออ้างสิทธิการได้มาซึ่งการครอบครองได้ เมื่อนำไปปรับใช้กับทรัพย์สินที่เป็นของส่วนรวม การครอบครองจึงกลายเป็นข้อห้ามที่เอกชนไม่สามารถยกขึ้นกล่าวอ้างได้ การพิจารณาลักษณะดังกล่าวเป็นการพิจารณาหลักการห้ามการครอบครองซึ่งเป็นลักษณะตรงข้ามของหลักการครอบครองในฐานะที่เป็นวิธีการเข้าครอบครองทรัพย์สิน

1. ปัญหา “หลักการห้ามการครอบครอง” ตามสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ.1967

สนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ.1967 ข้อ 2 กำหนดหลักการห้ามการครอบครอง ปัญหาคือ ต้นฉบับภาษาอังกฤษ

ใช้คำว่า national appropriation ซึ่งแปลว่าการครอบครองของรัฐ⁵¹ อันหมายความว่าไม่มีรัฐใดจะสามารถเข้าไปครอบครองอวกาศ ดวงจันทร์ และเทหวัตถุต่าง ๆ ได้ เนื่องจากตัวบทใช้คำว่า “รัฐ” (national) จึงทำให้เกิดการตีความว่าไม่หมายความรวมถึง “เอกชน” (private) ผลคือ ทำให้เอกชนสามารถเข้าไปครอบครองอวกาศ ดวงจันทร์ และเทหวัตถุต่าง ๆ ได้ เช่น Gorove เห็นว่าสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ.1967 ไม่ได้ห้ามการครอบครองของปัจเจกบุคคล (individual appropriation) จึงทำให้ปัจเจกบุคคลที่กระทำการเพื่อตน บุคคลอื่น สมาคมเอกชน หรือองค์การระหว่างประเทศสามารถครอบครองอวกาศ ดวงจันทร์และเทหวัตถุได้⁵² Ricky J. Lee เห็นว่าการให้เหตุผลลักษณะดังกล่าว ส่วนหนึ่งเกิดจากการตีความตามตัวอักษรโดยอ่านในทางกลับกันเพื่อหลีกเลี่ยงคำว่า “รัฐ” แต่อีกส่วนหนึ่งเกิดจากการพยายามอธิบายว่า “เอกชน” ไม่ถูกห้ามโดยสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 ข้อ 2 トラบเท่าที่ไม่ไปครอบครองในลักษณะที่จะก่อให้เกิดอำนาจอธิปไตยขึ้นมา⁵³

ส่วนประเด็นการแสวงหาผลประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติในอวกาศ ดวงจันทร์และเทหวัตถุนั้น Goedhuis เห็นว่าสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ.1967 ข้อ 2 ห้ามการยึดเอาพื้นที่ส่วนใดส่วนหนึ่งของห้วงอวกาศเข้าไปเป็นส่วนหนึ่งของรัฐเท่านั้น แต่ไม่ได้ห้ามเสรีภาพในการแสวงหาผลประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สมาชิกจำนวนมากของ International Law Association (ILA) Space Law Committee ได้แสดงความในปี ค.ศ.1970 โดยเทียบเคียงกับหลักการเสรีภาพในท้องทะเล (freedom of the sea) ว่าการครอบครองทรัพยากรธรรมชาติ (appropriation of natural resources) เป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพของการสำรวจและการใช้อวกาศ⁵⁴ เมื่อเป็นเช่นนี้

⁵¹ หรือแปลได้ว่า “ไม่ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของชาติ” ตามสำนวนแปลที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 1*.

⁵² Gorove S, “Interpreting article ii of the outer space treaty”, Proceeding of the 11th Collomquium on Law of Outer Space, p.42 as cited in Virgiliu Pop, *Who Owns the Moon?, Extraterrestrial Aspects of Land and Mineral Resources Ownership*, (Springer, 2010), p.63.

⁵³ Ricky J. Lee, “Creating a political framework for the commercial exploration of mineral resources in outer space,” 42, (2009), as cited in Norry Harn, “Commercial Mining of Celestial Bodies: A Legal Roadmap,” *The Georgetown International Law Review*, 27, (2015).

⁵⁴ D. Goedhuis, “Legal Aspect of the Utilization of Outer Space,” 17 *Netherlands International Law Review* 25, at 35, 1970, as cited in Zachos A. Paliouras, “The Non-Appropriation Principle : The Grundnorm of International Space Law”, 27 *Leiden Journal of International Law*, p.48 (2014).

การแสวงหาทรัพยากรในอวกาศซึ่งหมายรวมถึงดวงจันทร์และเทหวัตถุจึงสามารถทำได้และไม่เป็นการฝ่าฝืนหลักการห้ามการครอบครองของสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 ข้อ 2

อย่างไรก็ตามความเห็นที่ว่าเอกชนสามารถเข้าครอบครองอวกาศ ดวงจันทร์ และเทหวัตถุต่างๆ รวมถึงการเปิดช่องให้สามารถแสวงหาทรัพยากรธรรมชาติได้ ย่อมมีน้ำหนักน้อยกว่าข้อโต้แย้งของฝ่ายที่เห็นว่าเอกชนไม่สามารถเข้าครอบครองอวกาศ ดวงจันทร์ และเทหวัตถุต่าง ๆ รวมถึงการแสวงหาทรัพยากรก็ไม่สามารถทำได้โดยอาศัยเจตนารมณ์ของการร่างตัวบทสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ.1967 ข้อ 2 โดยให้ความเห็นว่าถ้อยคำ “การห้ามการครอบครองโดยรัฐ” มีรากฐานมาจากข้อมติสมัชชาใหญ่องค์การสหประชาชาติ ที่ 1721 (XVI) ที่ได้รับการรับรองเมื่อวันที่ 20 ธันวาคม ค.ศ. 1961 ที่กำหนดว่า “อวกาศและเทหวัตถุนั้นสามารถได้รับการสำรวจและใช้อย่างเสรีโดยรัฐต่าง ๆ ในแนวทางที่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศและไม่สามารถถูกครอบครองโดยรัฐได้”⁵⁵ หลังจากนั้นถ้อยคำการห้ามการครอบครองโดยรัฐยังไปปรากฏในข้อมติสมัชชาใหญ่องค์การสหประชาชาติ ที่ 1962 (XVIII) ที่ได้รับการรับรองเมื่อวันที่ 13 ธันวาคม ค.ศ. 1963 อันได้กลายมาเป็นรากฐานของข้อมติสมัชชาใหญ่องค์การสหประชาชาติ ที่ 2222 จึงเป็นที่มาของสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 โดยบันทึกทางการของที่ประชุมสมัชชาใหญ่ด้วยร่างตัวบทสุดท้ายของสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 ก่อนจะกลายมาเป็นข้อมติสมัชชาใหญ่องค์การสหประชาชาติ ที่ 2222 และจากความเห็นส่วนใหญ่ของตัวแทนรัฐที่มีส่วนร่วมการร่างตัวบทเห็นว่าสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ.1967 ข้อ 2 ห้ามการครอบครองไม่ว่าจะกระทำโดยรัฐหรือเอกชนก็ตาม โดยให้ความเห็นว่าอำนาจอธิปไตยของรัฐหรือการเรียกร้องสิทธิความเป็นเจ้าของของเอกชนไม่สามารถทำได้ในห้วงอวกาศ⁵⁶ ซึ่ง Manfred Lachs ผู้เป็นประธาน the Legal Sub-Committee of the UN COPUOS ในช่วงเวลาการเจรจาต่อรองและการรับรองตัวบทสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ.1967 ได้ทำการตรวจสอบตัวบทและสรุปว่าการห้ามการครอบครองโดยรัฐตามมาตรา 2 เป็นการห้ามการกล่าวอ้างสิทธิตามอำนาจอธิปไตยและสิทธิทรัพย์สินของเอกชน⁵⁷ ประเด็นดังกล่าว Bin Cheng เห็นว่าสิทธิความเป็นเจ้าของและการสำรวจ (Rights of Ownership and Exploitation) ห้วงอวกาศและเทหวัตถุ นอกจากจะไม่ตกอยู่ภายใต้การครอบครองของรัฐแล้ว ยังต้องไม่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายเอกชนอีกด้วย⁵⁸ อันแสดงให้เห็นว่าเอกชนก็ไม่สามารถอ้างการครอบครองได้เช่นกัน ซึ่งเป็นการสรุปว่าแม้จะเขียนเป็นประโยคเดียว (a single sentence) แต่ก็มีความรวมถึงการห้ามการครอบครองของเอกชนด้วยเช่นกัน⁵⁹

จากความเห็นทั้งสองฝ่ายข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า ความเห็นของฝ่ายที่มองว่าการห้ามการครอบครองของรัฐย่อมหมายถึงการห้ามการครอบครองของเอกชนด้วยเช่นกันย่อมมีน้ำหนักมากกว่าเพราะอาศัยการพิจารณาจากเจตนารมณ์ของการร่างตัวบท การพยายามตีความว่าเอกชนสามารถเข้าครอบครองห้วงอวกาศ ดวงจันทร์ และเทหวัตถุต่างได้ รวมถึงการเข้าแสวงหาผลประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติเป็นความพยายามที่จะเปิดช่องให้เอกชนสามารถเข้าไปครอบครอง จึงเป็นการตีความเพื่อหาช่องทางของกฎหมายอันส่งผลให้ไปทำลายหลักการห้ามการครอบครองให้เสื่อมเสียไปโดยสิ้นเชิงเพราะไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มีมาแต่คราวแรก

2. หลักกฎหมายเพื่อส่งเสริมการทำเหมืองแร่บนดวงจันทร์

⁵⁵ ตัวบทฉบับภาษาอังกฤษคือ Outer space and celestial bodies are free for exploration and use by all States in conformity with international law and are not subject to national appropriation.

⁵⁶ Stephan Hobe, Bernhard Schmidt-Tedd, Kai-Uwe Schrogl and Gerardine Meishan Goh, *Cologne commentary on space law. Vol. 1, Outer space treaty*, (Carl Heymanns Verlag, 2009), p.49 - 51.

⁵⁷ *Ibis*, p.50.

⁵⁸ Bin Cheng, *supra note 24*, p.233.

⁵⁹ Jeremy L. Zell, Putting the Mine on the Moon: Creating and International Authority to Regulate Mining Rights in Outer Space, *Minnesota Journal of International Law*, volume 15, page 499 (2006).

ผู้เขียนมีความเห็นว่าบริบททางสังคมระหว่างประเทศในปัจจุบันได้เปลี่ยนแปลงไปจากยุคสมัยเมื่อ 52 ปีที่ผ่านมาอย่างมีนัยสำคัญ ความก้าวหน้าทางด้านวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยีและความต้องการทางเศรษฐกิจในยุคปัจจุบันกระตุ้นให้มนุษย์ต้องการแสวงหาทรัพยากรธรรมชาติจากดวงจันทร์ เมื่อหลักการห้ามการครอบครองตามสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 ข้อ 2 คืออุปสรรคสำคัญที่เป็นประตูคอยปิดกั้นการเดินทางไปทำเหมืองแร่บนดวงจันทร์ การหันกลับมาแก้ไขหลักการดังกล่าวจึงน่าจะเป็นทางออกเพื่อป้องกันการพยายามตีความสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 ข้อ 2 ให้เป็นประโยชน์เฉพาะแต่ประเทศที่มีศักยภาพการทำเหมืองแร่บนดวงจันทร์อันจะทำให้เกิดการแย่งแย่งทรัพยากรแบบมือใครยาวสาวได้สาวเอา (first come first served) ซึ่งจะไม่เป็นธรรมแก่ประเทศด้อยพัฒนาที่ยังไม่มีศักยภาพเพียงพอที่จะทำการแข่งขันเพื่อให้ได้ประโยชน์จากทรัพยากรที่เป็นทรัพย์สินร่วมของทุกคนได้

2.1 หลักการจัดสรรทรัพยากรธรรมชาติตามหลัก appropriation ของ common law

หลักกฎหมาย appropriation ของ common law มีรากฐานมาจาก the rule of capture ตามกฎหมายอังกฤษซึ่งกำหนดให้ผู้ที่สามารถเข้าควบคุมทรัพยากรได้เป็นคนแรกจะได้กรรมสิทธิ์เหนือทรัพยากรนั้น หลักกฎหมายนี้ตั้งอยู่บนพื้นฐานทฤษฎีของ John Locke ที่กำหนดว่าบุคคลจะได้สิทธิในวัตถุใด ๆ เมื่อได้ใช้แรงงานของตนเข้าไปผสมรวมกับวัตถุนั้น ภาษิตโรมัน Cuius est solum, eius est usque ad coelum et ad inferos ที่แปลว่า ใครเป็นเจ้าของที่ดินย่อมเป็นเจ้าของสวรรค์และนรกที่อยู่เหนือและใต้ดินผืนนั้นด้วย ภาษิตนี้ได้มีอิทธิพลต่อนักกฎหมาย common law ด้วยเช่นกัน ในช่วงแรกศาลมักตัดสินให้เจ้าของที่ดินมีสิทธิเหนือทรัพยากรที่อยู่เหนือและใต้ดินของตนด้วย แต่หากเป็นทรัพยากรตามธรรมชาติและเคลื่อนไหวไปมาไม่ผูกติดกับที่ดิน ศาลค่อนข้างลังเลที่จะปรับหลักดังกล่าวเพื่อให้สิทธิโดยสมบูรณ์แก่เจ้าของที่ดิน หลัก the rule of capture และหลักการการครอบครองจึงถูกนำมาใช้เพื่อหาทางออกที่เหมาะสมกับทรัพยากรที่ไม่ผูกติดกับที่ดินเพื่อให้เกิดการใช้ที่เหมาะสม⁶⁰

คดีสำคัญของหลัก the rule of capture คือคดี Pierson v. Post ซึ่งเป็นคดีในศาลของสหรัฐอเมริกาเมื่อปี ค.ศ.1805 ว่าด้วยข้อพิพาทของคู่ความที่แย้งซึ่งหมาป่าที่ต่างฝ่ายต่างถือว่าตนเป็นผู้ล่ามาได้ นาย Pierson โจอทก์ อ้างว่าตนได้ไล่ติดตามหมาป่าเข้าไปในเขตแดนที่ไม่มีเจ้าของ นาย Post จำเลย ซึ่งกำลังล่าสัตว์อยู่ในบริเวณนั้นเช่นกัน เมื่อได้เห็นหมาป่าวิ่งมาจึงได้ยิงหมาป่าจนตายและเข้าถือเอาร่างของหมาป่าตัวนั้นไว้ นาย Pierson อ้างว่าตนมีสิทธิดีกว่า แต่ศาลตัดสินให้นาย Post ชนะโดยให้เหตุผลว่า นาย Post คือผู้เข้าครอบครองตามความเป็นจริง ผู้ที่จะมีสิทธิเหนือหมาป่าคือผู้ทำลายเสรีภาพตามธรรมชาติของสัตว์ให้สูญสิ้นไป⁶¹ ในเวลาต่อมา หลักการในคดี Pierson v. Post ได้ถูกปรับปรุงแก้ไขให้สอดคล้องกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปและถูกนำมาใช้กับคดีข้อพิพาทว่าด้วยสิทธิในทรัพยากรเหนือก๊าซธรรมชาติ (gas) และแร่ธาตุ (mineral) ในคดี Westmoreland & Cambria Nat.Gas Co. v. De Witt ศาลตัดสินให้เจ้าของที่ดินที่ตั้งอยู่เหนือก๊าซธรรมชาติและสามารถเอาก๊าซธรรมชาติที่นั่นออกมาได้เป็นผู้มีสิทธิเหนือก๊าซธรรมชาตินั้น แต่หลักนี้ได้เปิดช่องให้มีการอ้างในเชิงนามธรรม (abstract claim) ทำให้สูญเสียทรัพยากร (waste) เนื่องจากผู้มีสิทธิอาจเพียงแค่นำเอาทรัพยากรออกมาแต่ไม่สามารถจะเอาทรัพยากรธรรมชาติที่นั่นมาใช้ให้เกิดประโยชน์ได้อย่างแท้จริง ภายหลังหลักการนี้จึงได้เพิ่มประเด็นเรื่องการสามารถนำทรัพยากรออกมาใช้ให้เกิดประโยชน์เป็นหนึ่งในเงื่อนไขของการได้สิทธิเหนือทรัพยากรพิพาท⁶²

หลักการครอบครองที่มีรากฐานมาจาก the rule of capture ได้ถูกพัฒนาและนำมากับการจัดสรรแบ่งปันทรัพยากรน้ำโดยยึดหลักการควบคุม (control) เหนือทรัพยากรและผู้ได้สิทธิจะต้องอยู่ในสถานะที่สามารถนำ

⁶⁰ Ross Meyers, “the Doctrine of Appropriation and Asteroid Mining : Incentivizing the Private Exploration and Development of Outer Space”, *Oregon Review of International Law*, Vol.17, 183, p.185-191, (2005).

⁶¹ โปรตดู คำตัดสินคดี Pierson v. Post โดยสรุปและข้อคิดเห็นเพิ่มเติมใน Paul Goldstein and Barton H. Thomson Jr, *Cases and Material Property Law : Ownership, Use, And Conservation*, (Foundation Press, 2006), p.214-220.

⁶² *Supra note 60.*

ทรัพยากรมาใช้ให้เกิดประโยชน์ได้ (beneficially put to use) นอกจากนี้แล้วหลักการครอบครองยังจำกัดสิทธิของผู้ครอบครองก่อน (senior appropriator) เมื่อปรากฏว่าผู้ครอบครองลำดับถัดมา (junior appropriator) ได้เริ่มใช้สิทธิเหนือทรัพยากรเดียวกัน การเปิดช่องให้ต่างฝ่ายต่างใช้สิทธิร่วมกันได้ภายใต้หลักการไม่ทำให้เกิดความเสียหาย (no injury rule) เพื่อป้องกันฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งใช้ทรัพยากรเกินเลยออกไปจากสัดส่วนของตน หลักการนี้มีขึ้นเพื่อป้องกัน การผูกขาด (monopoly) จากฝ่ายที่มาก่อนเพื่อให้เกิดการแบ่งปันทรัพยากรอย่างเหมาะสม⁶³

กลไกการทำงานของหลักการครอบครองของ common law จึงเป็นความสัมพันธ์ของมนุษย์กับทรัพยากรที่มีสภาพเป็นทรัพยากรธรรมชาติ เช่น น้ำ ก๊าซธรรมชาติ แร่ธาตุ น้ำมัน เป็นต้น เป็นเรื่องของการจัดการสิทธิเหนือทรัพยากรซึ่งทรัพยากรประเภทนี้อาจไม่ได้เป็นของทุกคนและสิทธิเหนือทรัพยากรจะเกิดได้เฉพาะแต่ผู้เข้าครอบครองและสามารถนำมาใช้ให้เกิดประโยชน์เท่านั้น สิทธิดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องกับหลักกรรมสิทธิ์ หลักการครอบครองจึงเป็นการพิจารณาว่าใครเป็นผู้มีสิทธิเพราะไม่ใช่ทุกคนจะมีสิทธิเนื่องจากทรัพยากรนั้นไม่ได้เป็นทรัพยากรร่วมของทุกคนและในระหว่างผู้มีสิทธิด้วยกันนั้นต่างฝ่ายจะใช้สิทธิกันอย่างไร การจัดลำดับของผู้มีสิทธิจึงเสมือนหนึ่งการยืนอยู่ในแถว “ตอนลึก” เพื่อให้เกิดสิทธิก่อนหลังตามลำดับของการยืนอยู่ในแถว เมื่อเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายโรมันแล้ว หลัก appropriation จึงแตกต่างจากหลัก res communes omnium เนื่องจากหลัก appropriation เป็นเรื่องของทรัพยากรที่อาจไม่ได้เป็นทรัพยากรร่วมกันของทุกคนจึงส่งผลให้เป็นทรัพยากรที่สามารถตกอยู่ภายใต้หลักกรรมสิทธิ์ของเอกชนได้ การครอบครองจึงไม่ได้เป็นสิทธิของทุกคนเสมอไปเพราะอาจมีเฉพาะคนเฉพาะกลุ่มที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรนั้นที่จะเข้าครอบครองและนำออกมาใช้ประโยชน์ได้ อย่างไรก็ตามแม้จะต่างกันแต่ประเด็นหลักคือ หลัก appropriation นำมาใช้เป็นวิธีการบริหารจัดการการใช้ทรัพยากรระหว่างผู้มีสิทธิเพื่อให้เกิดความเหมาะสมที่สุด

2.2 การผสมผสานแนวคิดทางกฎหมายเพื่อหาทางออกแก่การจัดการทรัพยากรธรรมชาติบนดวงจันทร์

สนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 ข้อ 2 ห้ามการครอบครองโดยรัฐ ซึ่งหมายความรวมถึงองค์การระหว่างประเทศและเอกชน การเข้าไปขุดเจาะทรัพยากรธรรมชาติบนพื้นผิวดวงจันทร์ แม้มีผู้ให้ความเห็นว่าสามารถกระทำได้ไม่ถือเป็นการครอบครองดวงจันทร์เป็นแต่เพียงการครอบครองทรัพยากรที่ถูกขุดเจาะออกมาแล้วเท่านั้น (extracted resources) การมองในลักษณะดังกล่าวมองข้ามข้อเท็จจริงสำคัญ คือ

ประการที่หนึ่ง เรื่องการครอบครอง การขุดเจาะแยกส่วนทรัพยากรออกมาย่อมเป็นผลมาจากการเข้าครอบครองพื้นที่บางส่วนของดวงจันทร์แต่คราวแรกซึ่งการกระทำที่ครบตามองค์ประกอบของกฎหมายด้วยข้อเท็จจริงที่ปรากฏคือเป็นการครอบครองอาณาบริเวณพื้นผิวของดวงจันทร์ตามความเป็นจริงแม้จะเป็นพื้นที่เพียงส่วนเสี้ยวของพื้นผิวดวงจันทร์และมีเจตนายึดถือเพื่อตน ถึงแม้ว่าจะเป็นการครอบครองที่ไม่ต้องการก่อให้เกิดอำนาจอธิปไตยก็ตาม กรณีจึงถือว่าการฝ่าฝืนสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 ข้อ 2 ว่าด้วยการห้ามการครอบครองอย่างชัดแจ้ง เพราะการอ้างอำนาจอธิปไตยเป็นเพียงหนึ่งวิธีการที่ชี้ขยายความของคำว่าครอบครองเท่านั้นเนื่องจากการเข้าครอบครองสามารถทำได้หลากหลายวิธีเพราะตัวบทเขียนกว้างครอบคลุมถึง “...การครอบครอง หรือโดยวิธีอื่นใด” ด้วยเหตุนี้ เอกชนก็สามารถกระทำการฝ่าฝืนสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 ข้อ 2 ด้วยเช่นกัน เพราะแม้ไม่ได้เข้ามาเพื่ออ้างอำนาจอธิปไตย เพียงแต่การเข้าครอบครองก็มีความผิดโดยสมบูรณ์แล้ว

ประการที่สอง เรื่องสถานะของทรัพยากร res communis omnium ทรัพยากรธรรมชาติที่ถูกขุดเจาะออกมาถือเป็นส่วนหนึ่งที่เคยยึดติดกับดวงจันทร์ กรณีจึงเป็นการไปทำลาย “ตัวทรัพยากร” ที่มีสถานะเป็นทรัพยากรของทุกคนและไม่มีใครเป็นเจ้าของได้ ซึ่งทรัพยากรเหล่านี้อาจเป็นทรัพยากรสิ้นเปลืองเพราะอาจไม่สามารถสร้างขึ้นทดแทนได้หรือหากทดแทนได้ต้องใช้เวลานานมาก กรณีจึงไม่ใช่การเข้าใช้ “ประโยชน์” ที่เกิดจากตัวทรัพยากรที่ทุกคนมีโอกาสใช้อย่างเท่าเทียมกัน สถานะการหลุดออกมาจากแม่ทรัพยากรไม่ทำให้สถานะของการเป็นทรัพยากรเปลี่ยนแปลงไป ทุกคนจึงยังมีความเป็นเจ้าของร่วมกันเหนือทรัพยากรที่ถูกแยกออกมา เปรียบเสมือนศาลาพักร้อนที่เป็นของทุกคน การเข้าไปนั่งพักคลายร้อนเป็นประโยชน์ที่ทุกคนมีสิทธิ แต่ไม่มีใครสามารถไปแกะเอากระเบื้องมุงหลังคาออกมาเป็นของตนเอง กระเบื้องซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของตัวทรัพยากรแม้จะถูกแยกออกมาก็ยังคงเป็นของทุกคนเหมือนเดิม

⁶³ *Supra* note 60.

เมื่อพิจารณาแล้วว่าทรัพย์สินที่ถูกลิดรอนจะออกมานั้นยังเป็นทรัพย์สินที่เป็นของทุกคน ด้วยเหตุนี้ทุกคนจึงควรได้ประโยชน์จากทรัพย์สินที่ตนเป็นเจ้าของ การควบคุมทรัพย์สินทางกายภาพและมีเจตนายึดถือเพื่อตนจึงทำให้ผู้นั้นมีการครอบครองตามความเป็นจริงซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายโรมันและหลัก common law แต่ในบริบทของกฎหมายอวกาศระหว่างประเทศควรให้ถือว่าการครอบครองของบุคคลดังกล่าว (ไม่ว่าจะเป็นรัฐ องค์การระหว่างประเทศหรือเอกชนที่มีสัญชาติของรัฐใดรัฐหนึ่งก็ตาม) เป็นการครอบครองแทนคนทุกคนบนโลกใบนี้เสมือนหนึ่งว่าทุกคนกำลังครอบครองทรัพย์สินที่ถูกลิดรอนจะนี้ออกมาซึ่งเป็นการครอบครองโดยผลของกฎหมายเพราะทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินของทุกคน ผู้ฝ่าฝืนข้อห้ามจึงต้องถูกลงโทษด้วยการไม่สามารถอ้างสิทธิการครอบครองแต่เพียงผู้เดียวได้ เพราะมีฉะนั้นจะทำให้เกิดการส่งเสริมให้เกิดการฝ่าฝืนหลักการห้ามการครอบครองอย่างไม่มีที่สิ้นสุด การพิจารณาในขั้นนี้ ถือว่าทุกคนบนโลกครอบครองทรัพย์สินร่วมกันที่เป็นของทุกคน คนทุกคนย่อมต้องได้ประโยชน์จากทรัพย์สินนั้น

แต่เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ประเทศที่ไปทำเหมืองแร่บนดวงจันทร์ที่ได้ใช้ความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี แรงงาน และเงินอีกจำนวนมหาศาล ประเทศเหล่านี้ควรได้รับประโยชน์กลับคืนมาบ้าง กรณีนี้อาจนำหลักการ appropriation ซึ่งเป็นหลักการจัดสรรทรัพย์สินของ common law มาปรับใช้ ถึงแม้ในช่วงแรกหลัก appropriation ของ common law จะเป็นหลักที่นำมาใช้เพื่อหาทางออกให้แก่การใช้ทรัพย์สินธรรมชาติที่ไม่ผูกติดกับที่ดิน เช่น น้ำ ก๊าซธรรมชาติ หรือน้ำมัน เพื่อให้เกิดการใช้ที่เหมาะสม แต่ในระยะต่อมาได้ถูกนำไปใช้กับแร่ (mineral) ซึ่งเป็นทรัพย์สินที่ติดกับพื้นดิน ด้วยเหตุนี้หลัก appropriation จึงสามารถนำมาปรับใช้กับแร่ธาตุบนดวงจันทร์ที่มีสภาพยึดติดกับดวงจันทร์ได้ แต่การนำหลักดังกล่าวมาใช้จำต้องเลือกเฉพาะส่วนที่เหมาะสมกับกรณีกล่าวคือ การนำหลัก appropriation มาใช้โดยคงหลักสำคัญที่ให้สิทธิในทรัพย์สินเป็นของผู้ที่สามารถนำทรัพย์สินออกมาใช้ประโยชน์ได้อย่างแท้จริงแต่เพียงผู้เดียวนั้นถือว่าไม่เหมาะสมกับทรัพย์สินธรรมชาติบนดวงจันทร์ เนื่องจากวิธีการดังกล่าวจะให้ประโยชน์แก่ประเทศมหาอำนาจด้านอวกาศที่สามารถขึ้นไปทำเหมืองแร่บนดวงจันทร์เท่านั้น ประเทศด้อยพัฒนาที่ยังไม่มีความพร้อมจะไม่ได้ประโยชน์แต่อย่างใดทั้งที่ทรัพย์สินธรรมชาติบนดวงจันทร์เป็นทรัพย์สินที่เป็นของทุกคนบนโลก

หลัก appropriation เป็นหลักที่มีรากฐานมาจาก the rule of capture ซึ่งให้ความสำคัญกับการลงแรงตามแนวคิดของ John Locke ที่กำหนดว่าบุคคลจะได้สิทธิในวัตถุใด ๆ เมื่อได้ใช้แรงงานของตนเข้าไปผสมรวมกับวัตถุนั้น หลักการนี้สามารถนำมาปรับใช้เพื่อจัดการแบ่งสรรปันส่วนประโยชน์ที่ได้จากทรัพย์สิน เนื่องจากประเทศที่เข้าไปทำเหมืองแร่บนดวงจันทร์ย่อมควรได้ประโยชน์ที่มากกว่าประเทศที่ไม่ได้ลงแรงงานเพื่อให้ได้ทรัพย์สินนั้นมา การพิจารณาในขั้นนี้ จึงถือว่าทุกประเทศต่างได้ประโยชน์แต่ประเทศที่ลงแรงไปย่อมได้ประโยชน์มากกว่า ซึ่งเป็นการพิจารณาในเชิงหลักการ แต่จะมากกว่าเท่าใดนั้นเป็นเรื่องที่ต้องไปพิจารณาในรายละเอียดต่อไป

ในอนาคตหากพบว่ามีหลายประเทศไปทำเหมืองแร่บนดวงจันทร์ในบริเวณเดียวกันเพื่อขุดเจาะแร่ธาตุในบริเวณนั้น หลัก appropriation ยังสามารถนำมาปรับใช้ได้ เนื่องจากได้วางหลักที่จำกัดสิทธิของผู้ครอบครองก่อน (senior appropriator) เมื่อปรากฏว่าผู้ครอบครองลำดับถัดมา (junior appropriator) ได้เริ่มใช้สิทธิเหนือทรัพย์สินเดียวกันเพื่อเปิดช่องให้ต่างฝ่ายต่างใช้สิทธิร่วมกันได้ภายใต้หลักการไม่ทำให้เกิดความเสียหาย (no injury rule) เพื่อป้องกันฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งใช้ทรัพย์สินเกินเลยออกไปจากสัดส่วนของตนอันเป็นไปเพื่อป้องกันการผูกขาด (monopoly) จากฝ่ายที่มาก่อนเพื่อให้เกิดการแบ่งปันทรัพย์สินอย่างเหมาะสม วิธีการดังกล่าวเป็นวิธีที่มีความเหมาะสมซึ่ง common law ได้หาทางออกเอาไว้ เพราะหากพิจารณาเพียงการเป็น res communes omnium ของกฎหมายโรมันที่เปิดให้ทุกคนมีโอกาสโดยเท่าเทียมกันเพื่อแสวงหาประโยชน์จากทรัพย์สินร่วมของทุกคน ปัญหาจะเกิดกรณีมีความขัดแย้งของสองฝ่ายที่ต่างอ้างสิทธิในการใช้หรือหาประโยชน์จากทรัพย์สินร่วมนั้นในบริเวณและช่วงเวลาเดียวกัน เนื่องจากการพิจารณาว่าเป็นทรัพย์สินร่วมของทุกคนยังไม่ถือปฏิบัติเพียงพอเพื่อจัดการกับการเรียกร้องสิทธิพร้อมกัน

เมื่อหลักการพื้นฐานคือการยอมรับว่าอวกาศ ดวงจันทร์ และวัตถุต่าง ๆ มีสภาพเป็นทรัพย์สิน (res) ในทางกฎหมาย ทรัพย์สินย่อมสามารถตกเป็นวัตถุแห่งสิทธิ (object of right) ได้ และเมื่อทรัพย์สินเช่นว่านั้นมีสถานะเป็น res communis omnium ทุกคนจึงเป็นเจ้าของทรัพย์สินนี้ร่วมกัน หลักการห้ามการครอบครองสามารถนำมาปรับปรุงได้ โดยบทความชิ้นนี้ขอเสนอหลักการที่ว่า เมื่อการห้ามการครอบครองคือการห้ามไม่ให้ผู้หนึ่งผู้ใดครอบครอง ในทาง

ตรงกันข้าม เมื่อมีผู้หนึ่งผู้ใดครอบครอง ผู้อื่นย่อมต้องมีการครอบครองด้วยเช่นกัน และผลประโยชน์ที่ได้จากทรัพย์สินที่เป็นของส่วนรวมต้องนำมาแบ่งปันกัน ซึ่งเรียกว่า “หลักการห้ามการครอบครองในทางตรงกันข้าม” (reversed non-appropriation principle) อันเป็นการผสมผสานแนวความคิดของหลัก *res communes omnium* ตามกฎหมายโรมันกับหลัก appropriation ตามกฎหมาย common law

อนึ่ง ต้องทำความเข้าใจให้ถูกต้องเสียก่อนว่า การครอบครองลักษณะดังกล่าวไม่ได้หมายความว่าให้ทุกรัฐเข้าไปครอบครองทรัพยากรบนดวงจันทร์ได้อย่างเสรีเพราะจะเป็นการขัดต่อหลักการพื้นฐานของการห้ามการครอบครอง แต่ประเด็นสำคัญคือ การกล่าวถึงเฉพาะแต่ทรัพย์สินที่ถูกขุดเจาะ (extracted) แล้วเท่านั้นที่จะต้องตกอยู่ภายใต้หลักการในทางตรงกันข้ามดังกล่าว การทำงานของหลักการใหม่จะมีอยู่สองกลไก กล่าวคือ กลไกที่หนึ่ง หลักการห้ามการครอบครองแบบเดิมยังคงมีอยู่ รัฐและเอกชนยังคงถูกห้ามไม่ให้ไปครอบครองทรัพยากรธรรมชาติบนดวงจันทร์ แต่เมื่อเกิดการฝ่าฝืนแล้ว กลไกที่สองจะทำงาน คือ เมื่อมีการฝ่าฝืนด้วยการไปแสวงหาทรัพยากรธรรมชาติบนดวงจันทร์แล้ว หลักกฎหมายนี้จะบังคับให้ผู้เข้าครอบครองทรัพย์สินที่ถูกขุดเจาะนอกจากจะครอบครองเพื่อตนแล้วยังครอบครองแทนบุคคลอื่น ถือว่าทุกคนบนโลกครอบครองทรัพย์สินที่เป็นของทุกคนและทุกคนมีสิทธิในประโยชน์ที่จะได้จากทรัพย์สินนั้น ส่วนการแบ่งสรรปันส่วนประโยชน์ที่ได้จากทรัพยากรต้องแบ่งกันให้ทุกคนได้ประโยชน์ แต่ประเทศที่หาทรัพย์สินนั้นมาได้ย่อมควรได้ประโยชน์ที่มากกว่าประเทศที่ไม่ได้ลงแรงงานเพื่อให้ได้ทรัพย์สินนั้นมา ประโยชน์ในทางเศรษฐกิจย่อมต้องให้คงตกอยู่แก่ผู้เข้ามาได้ในระดับหนึ่งเพราะถือว่าผู้นั้นได้ใช้กำลังความสามารถและทรัพยากรของตนเพื่อให้ได้ทรัพย์สินนั้นมา ส่วนประเด็นการจัดสรรทรัพย์สินบางส่วนให้แก่ผู้อื่นจะใช้ปริมาณเท่าใด ให้แก่รัฐหรือหน่วยงานใด และจะมีกระบวนการในทางปฏิบัติอย่างไรเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม และเป็นไปในแนวทางที่จะรักษาสภาพแวดล้อมของดวงจันทร์ไม่ให้ถูกทำลายจนเสื่อมโทรมและส่งผลกระทบต่อระบบนิเวศน์ดวงจันทร์ ถือเป็นเรื่องของนิตินโยบาย (legal policy) ที่จะต้องนำหลักการดังกล่าวไปแปลงผลในทางปฏิบัติต่อไป วิธีการดังกล่าวจะช่วยให้เกิดความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่ายในฐานะที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินร่วมกัน ประเทศที่พัฒนาแล้วกับประเทศด้อยพัฒนาต่างได้ประโยชน์จากหลักการนี้ร่วมกัน สนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 ข้อ 2 หากแก้ไข “หลักการห้ามการครอบครอง” ให้เป็น “หลักการห้ามการครอบครองในทางตรงกันข้าม” ได้ จะเป็นวิธีสร้างหลักการที่มีความยืดหยุ่นและสามารถปรับใช้ให้เหมาะสมกับสถานการณ์ของโลกปัจจุบัน ต่างจากหลักการห้ามการครอบครอง (แบบเดิม) ที่แข็งกระด้าง ไม่มีพลวัต ก่อให้เกิดปัญหาการตีความ และเมื่อมีการขึ้นไปแสวงหาทรัพยากรธรรมชาติบนดวงจันทร์แล้วก็ไม่มีกลไกรองรับในการแบ่งปันประโยชน์ที่ได้มาเพราะจะตกคืนสู่ผู้เข้ามาได้เพียงฝ่ายเดียวทั้งที่เป็นการแสวงหาประโยชน์จากทรัพย์สินที่เป็นของทุกคน หลักการใหม่จะผูกพันรัฐภาคีของสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 ส่วนรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐภาคีจะยังคงอยู่ภายใต้หลักการห้ามการครอบครอง (แบบเดิม) ตามข้อมติสมัชชาใหญ่องค์การสหประชาชาติที่ 1721 (XVI) และ 1962 (XVIII) ที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นหรือสามารถกลายมาเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งกำหนดให้ดวงจันทร์อยู่ภายใต้หลักการห้ามการครอบครองที่ไม่เปิดโอกาสให้ผู้ใดขึ้นไปขุดเจาะทรัพยากรธรรมชาติบนดวงจันทร์เพื่อการพาณิชย์ได้ ประเทศไทยในฐานะรัฐภาคีของสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 จะได้ประโยชน์จากหลักการใหม่เพราะจะได้รับประโยชน์ในทางเศรษฐกิจจากการไปขุดเจาะทรัพยากรธรรมชาติบนดวงจันทร์เพื่อทดแทนทรัพยากรที่ขาดแคลนในประเทศ รวมทั้งยังเป็นการส่งเสริมการพัฒนาทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีด้านอวกาศให้มีความเจริญก้าวหน้าต่อไป

จากการลองสำรวจข้อเสนอแนะต่าง ๆ เกี่ยวกับการทำเหมืองบนดวงจันทร์ พบว่ายังไม่เคยมีบทความทางวิชาการที่เคยเสนอแนวทางการผสมผสานแนวคิดในลักษณะนี้มาก่อน บทความชิ้นนี้จึงได้เสนอขึ้นเป็นที่แรก ถึงแม้ข้อเสนอดังกล่าวอาจจะยังต้องได้รับการศึกษาเพิ่มเติมในรายละเอียดให้รัดกุมมากยิ่งขึ้น แต่ก็ถือว่าเป็นอีกหนึ่งในทางเลือกเพื่อแก้ไขปัญหาข้อกฎหมายในปัจจุบัน

บทสรุป

ความก้าวหน้าทางด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีทำให้มนุษย์สามารถเข้าถึงอวกาศได้ง่ายมากยิ่งขึ้น และเมื่อมนุษย์ต้องการขึ้นไปแสวงหาทรัพยากรธรรมชาติบนดวงจันทร์เพื่อนำมาใช้ในกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่จะสร้าง

มูลค่าได้อย่างมหาศาล ในขณะที่ความต้องการของมนุษย์กำลังผลักดันให้มนุษย์ก้าวเดินไปข้างหน้า แต่เป็นการก้าวเดินที่ยังถูกเหนี่ยวรั้งโดยกฎหมายอวกาศระหว่างประเทศที่ยังไม่เอื้ออำนวยต่อความต้องการของมนุษย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักเกณฑ์การห้ามการครอบครองที่เป็นเสมือนกำแพงคอยปิดกั้นหนทางสู่การทำเหมืองแร่บนดวงจันทร์ เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่าสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 ข้อ 2 ที่ได้ใช้มาแล้ว 52 ปี มีสถานะที่หยุดนิ่ง ไม่มีพลวัตและไม่สอดคล้องกับสภาพสังคมระหว่างประเทศในปัจจุบัน กรณีจึงเป็นการสมควรที่ต้องมีการปรับแก้กฎหมายให้สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป การเสนอให้แก้ไขหลักการห้ามการครอบครองด้วยการใช้ “หลักการห้ามการครอบครองในทางตรงกันข้าม” (reversed non-appropriation principle) จึงอาจเป็นทางเลือกหนึ่งสำหรับการแก้ไขปัญหาในเชิงหลักการของกฎหมายเพื่อเปิดประตูสู่ช่องทางการทำเหมืองแร่บนดวงจันทร์ให้สามารถเป็นจริงเพื่อป้องกันการแย่งชิงทรัพยากรธรรมชาติในลักษณะมือใครยาวสาวได้สาวเอา (first come first served) เนื่องจากหลักการใหม่จะคำนึงถึงการแบ่งปันประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากทรัพยากรที่เป็นของมนุษย์ทุกคนให้แก่ประเทศพัฒนาและด้อยพัฒนาอย่างเป็นธรรม

บรรณานุกรม

หนังสือภาษาไทย

จตุรนต์ ธีระวัฒน์. กฎหมายอวกาศ : หลักทั่วไปและปัญหาในทางปฏิบัติ. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2540.

ประชุม โฉมฉาย. กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น: จารีตโรมันและแอ่งโกลแซกซอน, พิมพ์ครั้งที่ 6 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2558.

ประชุม โฉมฉาย, วิวัฒนาการของกฎหมายโรมัน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553) ศัพท์นิติศาสตร์ อังกฤษ-ไทย ไทย-อังกฤษ ฉบับราชบัณฑิตยสถาน. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์อรุณการพิมพ์. 2555.

บทความ

เกียรติ น้อยฉิม. “กฎหมายอวกาศ : ในฐานะที่เป็นสาขาหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศ สู่ความเปลี่ยนแปลงมาเป็นสหกฎหมายทางด้านอวกาศ.” รพี’52 คณะกรรมการเนติบัณฑิต สมัยที่ 61 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. กรุงเทพมหานคร. 2552.

จตุรนต์ ธีระวัฒน์. “ผลกระทบจากพัฒนาการด้านเทคโนโลยีอวกาศต่อกฎหมายอวกาศในปัจจุบัน.” ใน อาจารย์บุชา ศาสตราจารย ตรี อรุณ ภาณุพงศ์. โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2550.

ประชุม โฉมฉาย. “ทรัพย์สินในกฎหมายโรมัน I: หลักทั่วไปเกี่ยวกับ res และการจำแนกประเภท res.” วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 27. ฉบับที่ 4. (2540).

ราชกิจจานุเบกษา

ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 85 ตอนที่ 118 วันที่ 17 ธันวาคม พ.ศ.2511

สนธิสัญญาระหว่างประเทศ

Outer space Treaty 1967.

ข้อมติสมัชชาใหญ่องค์การสหประชาชาติ

ข้อมติสมัชชาใหญ่องค์การสหประชาชาติ UNGA resolution 1721 (XVI).

ข้อมติสมัชชาใหญ่องค์การสหประชาชาติ UNGA resolution 1962 (XVIII).

ข้อมติสมัชชาใหญ่องค์การสหประชาชาติ UNGA resolution 2222 (XXI).

เอกสารจาก United Nations Office for outer Space Affairs

Status of International Agreements relating to activities in outer space as at 1 January 2019, A/AC.105/C.2/2019/CRP.3.

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

ข่าวการทำเหมืองแร่และทรัพยากรธรรมชาติบนดวงจันทร์, <https://www.thairath.co.th/scoop/1054789>. 12 พฤษภาคม 2562

BOOKS

A.M.Prichard. Leage’s Roman Private Law founded on the Institutes of Gaius and Justinian. 3rd edition. London. Macmillan & Co Ltd. 1961.

Bin Cheng. Studies in International Space Law, Clarendon Press, Oxford. 1997.

Black’s Law Dictionary. ninth edition. West. 2009.

Paul Goldstein and Barton H. Thomson Jr, Cases and Material Property Law : Ownership, Use, And Conservation. Foundation Press. 2006.

Stephan Hobe. Bernhard Schmidt-Tedd, Kai-Uwe Schrogl and Gerardine Meishan Goh, Cologne commentary on space law. Vol. 1, Outer space treaty, Carl Heymanns Verlag, 2009.

Virgiliu Pop. Who Owns the Moon?. Extraterrestrial Aspects of Land and Mineral Resources Ownership, Springer, 2010.

ARTICLES

Andrea Capurso. “The Non-Appropriation Principle : A Roman Interpretation.” 69th International Astronautical Congress (IAC). Bremen. Germany. 1-5 October 2018.

D. Goedhuis. “Legal Aspect of the Utilization of Outer Space.” 17 Netherlands International Law Review 25. at 35. 1970.

Eugene Allen; Wermuth, William Charles Gilmore, Modern American Law, (1921).

Gorove S. “Interpreting article ii of the outer space treaty.” Proceeding of the 11th Collomquium on Law of Outer Space.

Jefferson H. Weaver. “Illusion or Reality – State Sovereignty in Outer Space.” 10 Boston University International Law Journal 203. footnote 53. (1992).

Jeremy L. Zell, Putting the Mine on the Moon : Creating and International Authority to Regulate Mining Rights in Outer Space, Minnesota Journal of International Law, volume 15, (2006).

J.H. Beuscher. “Appropriation Water Law Elements in Riparian Doctrine States.” Buffalo Law Review, (1961).

Michael J. Listener. “The Owner and Exploitation of Outer Space : A Look at Foundation Law and Future Legal Challenges to Current Claims.” REGENT Journal of International Law, 75, (2003).

Nikhil. D. Cooper. Circumventing Non-Appropriation : Law and Development of United States Space Commence. Hasting Constitutional Law Quarterly, (2009).

Norry Harn. “Commercial Mining of Celestial Bodies : A Legal Roadmap.” The Georgetown International Law Review. 27. (2015).

Ricky J. Lee. “Creating a political framework for the commercial exploration of mineral resources in outer space.” 42, (2009).

Ross Meyers. “the Doctrine of Appropriation and Asteriod Mining: Incentivizing the Private Exploration and Development of Outer Space.” Oregon Review of International Law, Vol.17. 183. (2005).

Stephen Hodson. “Modern water rights Theory and practice.” FAO legislative Study 92.

Zachos A. Paliouras. “The Non-Appropriation Principle : The Grundnorm of International Space Law.” 27 Leiden Journal of International Law. (2014).

ELECTRONIC MEDIA

<http://www.komchadluek.net/news/foreign/200486>. May 12, 2019.

Approval from Canada government, www.mining.com/minin-moon-ready-lift-off-2025, May 12, 2019.

Ariane Group, www.ariane.group, May 12, 2019.

Deltion Innovations Ltd., www.deltion.ca, May 12, 2019 .

Law on the Exploration and Use of Space Resources, <https://spaceresources.public.lu/content/dam/spaceresources/news/Translation%20Of%20The%20Draft%20Law.pdf>, May 12, 2019.

Moon Express, www.moonexpress.com, May 12, 2019.

Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies, United Nations Office of Outer Space Affairs, May 15, 2019, <http://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/treaties/introouterspacetreaty.html>.

U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act of 2015, <https://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/2262/text>, May 12, 2019

170 billion Euro for space resources <https://spaceresources.public.lu/en/actualites/2018/opportunities-for-space-resources-utilization-future-markets-and-value-chains.html>, May 12, 2019

สิทธิในชื่อเสียงในยุคแห่งการเปลี่ยนแปลง : ศึกษาการใช้อัตลักษณ์ของบุคคลในวิดีโอเกม ของประเทศสหรัฐอเมริกา

RIGHT OF PUBLICITY IN THE AGE OF CHANGE : A STUDY ON THE USE OF PERSONAL IDENTITY IN VIDEO GAME IN THE US

วุฒิ ศรีธีระวิศาล*

Wut Sriterawisarn

บทคัดย่อ

สิทธิในชื่อเสียงเป็นสิทธิของบุคคลที่ป้องกันไม่ให้บุคคลอื่นใช้อัตลักษณ์ของบุคคลใดในการแสวงหาประโยชน์จากอัตลักษณ์ของบุคคลนั้นโดยไม่ได้รับอนุญาต สิทธิในชื่อเสียงคุ้มครองทั้งบุคคลที่มีชื่อเสียงและ บุคคลธรรมดา มีรากฐานของกฎหมายมาจากสิทธิในความเป็นส่วนตัว แต่ด้วยเทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงไป การใช้อัตลักษณ์ของบุคคลไม่ได้จำกัดอยู่เพียงแต่สินค้าประเภทพวงกุญแจ แก้วน้ำ หนังสือ ภาพยนตร์ หรือเสื้อยืด เหมือนในอดีต แต่อัตลักษณ์ของบุคคลถูกนำไปใช้ในวิดีโอเกม ด้วยเทคโนโลยีในการสแกนใบหน้าและการบันทึกท่าทางการเคลื่อนไหวแล้วแปลงเป็นตัวละครในเกม อัตลักษณ์ของบุคคลถูกนำมาสร้างเป็นตัวละครในวิดีโอเกมประเภทต่างๆตามเนื้อเรื่องของวิดีโอเกมแต่ละประเภท ผู้เล่นเปรียบเสมือนได้เล่นเป็นบุคคลที่มีชื่อเสียงเหล่านั้นหรือได้ทำภารกิจต่างๆกับบุคคลที่มีชื่อเสียงในโลกเสมือน ปัญหาว่า การใช้อัตลักษณ์ของบุคคลในวิดีโอเกมโดยไม่ได้รับอนุญาตกับงานสร้างสรรค์ที่ผู้พัฒนาวิดีโอเกมได้สร้างขึ้นจากอัตลักษณ์บุคคล สิทธิของบุคคลที่ถูกนำอัตลักษณ์ไปใช้ในวิดีโอเกมจะมีหลักอย่างไรในการพิจารณา บทความนี้ศึกษาสิทธิในชื่อเสียงในยุคที่เปลี่ยนแปลงไปในบริบทของการใช้อัตลักษณ์ของบุคคลในวิดีโอเกมของประเทศสหรัฐอเมริกา และให้แนวทางในการพิจารณาการละเมิดสิทธิในชื่อเสียงในวิดีโอเกม โดยเสนอว่าบุคคลนั้นจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า วิดีโอเกมใช้อัตลักษณ์ของตนเพื่อประโยชน์ทางพาณิชย์ โดยไม่ได้รับความยินยอม และเป็นผลให้ได้รับความเสียหายเป็นตัวเงิน

คำสำคัญ

สิทธิในชื่อเสียง, ยุคสมัยแห่งการเปลี่ยนแปลง, อัตลักษณ์ของบุคคล, วิดีโอเกม

ABSTRACT

Right of publicity is the right of an individual to prevent his/her personal identity from being exploited by others without requisite consent. The right of publicity protects both celebrity and ordinary people. Originally, it comes from the right of privacy. Due to changes in technology, the use of personal identity is no longer tied to ordinary products in the past such as key chain, mug, book, movie or t-shirt. Rather, it is being used in a video game as well. With biometric facial recognition and motion capture technologies, one could create characters with input from human. Personal identity has been used to create characters in videogames based on the stories of the video games. Players would feel as if they are controlling and completing missions alongside with the celebrities in the virtual world. An issue which has arisen from the use of personal identity in video games without requisite consent in light of the creative works which have been created from

* นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

the personal identity of celebrities by game developers, how could we determine the right of each party? This paper studies the right of publicity in the age of change in the context of the use of personal identity in video games in the US. It further provides a guideline on determination of the violation of right of publicity in video games. It proposes that the person must prove that the video game uses the identity of his or her for commercial advantage without his or her consent in the manner that causes monetary harm.

Keyword

right of publicity, the age of change, personal identity, video game

บทนำ

ด้วยเทคโนโลยีที่พัฒนาอย่างไม่หยุดยั้ง วิดีโอเกมมีความสมจริงมากขึ้น เนื่องจากภาพกราฟิกในวิดีโอเกมมีความเสมือนจริง ทั้งมีอุปกรณ์การเล่นวิดีโอเกมที่ได้รับคามนิยม เช่น “Microsoft’s HoloLens 2” เมื่อสวมใส่ทำให้ผู้เล่นเปรียบเสมือนได้เล่นวิดีโอเกมในโลกเสมือน (Virtual world)¹ ซึ่งมีการจำลองประเทศ เมือง อาคาร สิ่งปลูกสร้าง ทิวทัศน์ สิ่งของ เครื่องใช้ รวมถึงบุคคลที่มีชื่อเสียงในวิดีโอเกม ผู้เล่นสามารถทำสิ่งต่างๆในวิดีโอเกมในชีวิตจริงไม่อาจทำได้ และสามารถโต้ตอบกับสิ่งต่างๆในวิดีโอเกมกับชีวิตจริง หรือโต้ตอบกับผู้เล่นอื่นออนไลน์ได้ เช่น การใช้เทคโนโลยีการรวมสภาพแวดล้อมจริงกับวิดีโอเกม (Augmented Reality หรือ AR) เช่น เกม Pokemon GO² สำหรับการนำบุคคลไปสร้างในวิดีโอเกมให้กลายเป็นตัวละคร (Avatar) ผู้พัฒนาวิดีโอเกมสร้างตัวละครในวิดีโอเกมโดยใช้อัตลักษณ์ (Identity) เช่น ชื่อ ภาพ รูปถ่าย ใบหน้า เสียง และท่าทางเฉพาะ ของบุคคลที่มีชื่อเสียง (Celebrity) เช่น นักกีฬา นักแสดง หรือนักการเมือง³ อาจเป็นบุคคลสาธารณะ (Public figures) ไม่ว่าจะมีชีวิตอยู่หรือเสียชีวิตไปแล้ว เพื่อให้ผู้เล่นวิดีโอเกมสามารถเล่นเป็นบุคคลที่มีชื่อเสียงที่ตนชื่นชอบในแต่ละ ประเภทของวิดีโอเกม ในปัจจุบันวิดีโอเกมยังอนุญาตให้ผู้เล่นสร้างตัวละครโดยใช้อัตลักษณ์ของผู้เล่นสร้างเป็นตัวละครเพื่อเล่นกับผู้เล่นอื่นได้ ขณะเดียวกันการสร้างสรรคดีโอเกมให้เสมือนจริงเป็นองค์ประกอบหนึ่งที่ทำให้ผู้เล่นซื้อเครื่องเกมหรือวิดีโอเกมต่างๆ⁴ ส่งผลให้อุตสาหกรรมวิดีโอเกมมีการพัฒนาขึ้นอย่างต่อเนื่อง Entertainment Software Association และ NPD Group รายงานว่า ในปี พ.ศ. 2561 อุตสาหกรรมวิดีโอเกมของประเทศสหรัฐอเมริกาสร้างรายได้เป็นเงิน 43.4 พันล้านดอลลาร์สหรัฐ มากกว่าในปี พ.ศ. 2560 ซึ่งมีรายได้เป็นเงิน 36.9 พันล้านดอลลาร์สหรัฐ⁵

การใช้อัตลักษณ์ของบุคคลในวิดีโอเกมเกี่ยวข้องกับกฎหมายหลายส่วน เช่น กฎหมายเครื่องหมายการค้ากับการคุ้มครองเครื่องหมายที่เป็นภาพบุคคล หรือการใช้เครื่องหมายการค้าในชื่อของตัวละครในวิดีโอเกม กฎหมายลิขสิทธิ์กับการคุ้มครองวิดีโอเกม รูปแบบการเล่นเกม และตัวละครที่ผู้พัฒนาวิดีโอเกมสร้างขึ้น และกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่ใช้ข้อมูลส่วนบุคคลเช่น ชื่อหรือนามสกุลของบุคคลในวิดีโอเกม เป็นต้น แต่ในบทความนี้จะขอศึกษาสภาพปัญหาว่า การใช้อัตลักษณ์ของบุคคลในวิดีโอเกมโดยไม่ได้รับอนุญาตกับงานสร้างสรรค์ที่ผู้พัฒนาวิดีโอเกมได้สร้างขึ้นจากอัตลักษณ์บุคคล สิทธิของบุคคลที่ถูกนำอัตลักษณ์ไปใช้ในวิดีโอเกมจะมีหลักอย่างไรในการพิจารณา บทความนี้ศึกษาสิทธิในชื่อเสียงในยุคที่เปลี่ยนแปลงไปในบริบทของการใช้อัตลักษณ์ของบุคคลในวิดีโอเกมและให้แนวทางในการพิจารณาการละเมิดสิทธิในชื่อเสียงในวิดีโอเกมของประเทศสหรัฐอเมริกา

อนึ่ง บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์ที่ผู้เขียนกำลังศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เรื่อง การนำอัตลักษณ์ของบุคคลมาใช้ในวิดีโอเกม

¹ lam Sherr, “Microsoft’s HoloLens 2 isn’t meant for you, but it could change your tech in the future,” (28 February 2019), Retrieve on May 10, 2019, from <https://www.cnet.com/news/microsofts-holo-lens-2-isnt-meant-for-you-but-it-could-change-your-tech-in-the-future/>

² Mark A. Lemley and Eugene Volokh, “Law, Virtual Reality, and Augmented Reality,” University of Pennsylvania Law Review, Vol.166, pp.1051-1138 (2018), pp.1053-1054.

³ Garima Budhiraja, “Publicity Rights of Celebrities: An Analysis Under the Intellectual Property Regime,” NALSAR Student Law Review, Vol. 7, No. 5, pp. 85-108 (2011), p.86.

⁴ Jamie M. Litty, “How Real Is Too Real for the Law: Realism versus Right of Publicity in Video Game Design,” Journal of Broadcasting and Electronic Media, Vol. 60, Issue 3, pp. 373-388 (September 2016), p.373.

⁵ ESA Website, “U.S. Video Game Sales Reach Record-Breaking \$43.4 Billion in 2018” (22 January 2019). Retrieve on May 9, 2019 from <http://www.theesa.com/article/u-s-video-game-sales-reach-record-breaking-43-4-billion-2018/>

1. การใช้อัตลักษณ์ของบุคคลในวิดีโอเกม

ก่อนที่จะพิจารณาแนวความคิดในการคุ้มครองอัตลักษณ์ของบุคคล ในส่วนนี้จะอธิบายความหมายของวิดีโอเกม การพัฒนาของวิดีโอเกม และการใช้อัตลักษณ์ของบุคคลในวิดีโอเกมที่มีความสมจริงมากขึ้น

1.1 ความหมายและประเภทของวิดีโอเกม

พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2544 ให้นิยามคำว่า เกม ไว้ว่า “น.การแข่งขันที่มีกติกากำหนด เช่น เกมกีฬา, การเล่นเพื่อความสนุก เช่น เกมคอมพิวเตอร์”⁶ ในอดีตเกมต่างๆอาจอยู่ในรูปแบบของเกมกระดานด้วยการใช้ไพ่ กระดานจำลอง ตัวหมากในการเดิน สมุดคู่มือในการเล่น และที่ขาดไม่ได้ คือ ลูกเต๋า ใช้ในการทอยจำนวน การเดินของหมาก ประกอบกติกาการเล่น เกม ตัวอย่างเกมกระดานที่แพร่หลาย เช่น เกมเศรษฐี และเกม Catan เป็นต้น

เมื่อมีการพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์และอุปกรณ์การเล่นเกมที่ต่าง ๆ ด้วยการใช้คอมพิวเตอร์ในการสร้างสรรค์เกมจนกลายเป็นวิดีโอเกมที่ประกอบไปด้วยการสื่อสารทางภาพและเสียง มีกติกาในการเล่นแตกต่างกันไปในเกมแต่ละประเภท วิดีโอเกมจึงเป็นเกมที่ผู้เล่นสามารถเล่นผ่านสื่ออุปกรณ์ภาพและเสียงตามเนื้อเรื่องของเกมแต่ละประเภท⁷ มีส่วนต่อประสานกับผู้ใช้ (User Interface)⁸ ผ่านการเชื่อมต่อกับอุปกรณ์การเล่น ใช้ในการควบคุม (Game Controller) เช่น คีย์บอร์ด เมาส์ และจอยสติ๊ก โดยแสดงผลออกมาทางหน้าจอ (Display Device)⁹ เช่น ผ่านจอโทรทัศน์ จอคอมพิวเตอร์ หรือจอโทรศัพท์เคลื่อนที่

วิดีโอเกมมีส่วนประกอบอยู่ด้วยกัน 3 ส่วน ได้แก่ 1.ส่วนประกอบทางดนตรี เช่น การแต่งเพลงประกอบ การบันทึกเสียง เสียงพูด และเสียงอื่นๆภายในเกม 2.ส่วนประกอบทางวิดีโอ ได้แก่ การใช้ภาพ การนำภาพเคลื่อนไหวทางดิจิทัลในวิดีโอเกม การสร้างการ์ตูนเคลื่อนไหว และการใช้ข้อความประกอบ และ 3.ส่วนภาษาคอมพิวเตอร์¹⁰

การใช้อัตลักษณ์ของบุคคลในวิดีโอเกมแตกต่างกันไปวิดีโอเกมแต่ละประเภท จากการสำรวจตลาดเกม Steam¹¹ ซึ่งเป็นช่องทางในการจำหน่ายวิดีโอเกมของบริษัท Valve แบ่งประเภทเกม (Game genre) เป็น เกมแอคชั่น (Action) เกมผจญภัย (Adventure) เกมที่เล่นง่าย (Casual) เกมอินดี้ (Indie) เกมที่เล่นออนไลน์กับผู้เล่นจำนวนมาก (Massively Multiplayer) เกมแข่งรถ (Racing) เกมสมมติบทบาท (Role Playing Game หรือ RPG) เกมจำลองเสมือนจริง (Simulation) และเกมกีฬา (Sports) ส่วนบริษัท Apple ใน App Store¹² ยังแบ่งประเภทเกมได้อีกเป็น เกมกระดาน (Board) เกมการ์ดหรือไพ่ (Card) เกมพนัน (Casino) เกมทอยลูกเต๋า (Dice) เกมการศึกษา (Educational) เกมครอบครัว (Family) เกมดนตรี (Music) เกมแก้ปัญห (Puzzle) และเกมปริศนาอักษร (Word)

⁶ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2544, สืบค้นเมื่อวันที่ 9 พฤษภาคม 2562 จาก <http://www.Royin.go.th/dictionary/>.

⁷ Nicolas Esposito, “A Short and Simple Definition of What a Videogame Is,” Proceedings of DiGRA 2005 Conference: Changing Views – Worlds in Play, pp.1-6 (2005), p.2 accessed 10 May 2019 from https://www.researchgate.net/publication/221217421_A_Short_and_Simple_Definition_of_What_a_Videogame_Is.

⁸ จิตติ ศรีสินธรา, “การศึกษาคุณลักษณะของเกมออนไลน์การรับรู้ข้อมูลข่าวสาร และพฤติกรรมผู้บริโภคของผู้เล่นเกม,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิเทศศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, 2561), น.10.

⁹ เพิ่งอ้าง.

¹⁰ Andy Ramos Gil de la Haza, “Video Games: Computer Programs or Creative Works?,” in WIPO Magazine (August 2014), pp.35-40, p.37.

¹¹ Steam Website, Retrieve on May 10, 2019, from <https://store.steampowered.com/games/>.

¹² Apple Website, Retrieve on May 10, 2019, from <https://itunes.apple.com/th/genre/iosgames/id6014?mt=8>.

นอกจากนี้ยังมีเกมผู้ใหญ่ (Adult game) ที่จะประกอบไปด้วยภาพ วิดีโอ เสียงประกอบแนวอีโรติก หรือมีเนื้อหาทางเพศ ลามกอนาจาร (Pornography) ซึ่งจะมีการจำกัดอายุของผู้เล่น¹³

Entertainment Software Association รายงาน¹⁴ว่าในปี ค.ศ. 2017 ในประเทศสหรัฐอเมริกาประเภทของเกมที่มีผู้เล่นซื้อมากที่สุด ได้แก่ เกมยิง (Shooter) 25.9% เกมแอคชั่น 21.9% เกมสมมติบทบาท 11.3% เกมผจญภัย 9.1% เกมแข่งรถ 6.4% เกมต่อสู้ 6% เกมวางแผน 4.2% เกมอื่นๆ 3.6% โดยวิดีโอเกมที่ขายดี 5 อันดับแรก ได้แก่ 1. Call of Duty: WWII 2. NBA 2K18 3. Grand Theft Auto V 4. Madden NFL 18 5. Destiny 2¹⁵ ซึ่งวิดีโอเกมแต่ละประเภทที่จำหน่ายได้เป็นอันดับดีดังกล่าวก็มีการใช้อัตลักษณ์ของบุคคลในวิดีโอเกมและเป็นคดีเกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งจะกล่าวต่อไป

1.2 รูปแบบการใช้อัตลักษณ์ของบุคคลในวิดีโอเกม

รูปแบบการใช้อัตลักษณ์ของบุคคลในวิดีโอเกมแตกต่างจากการใช้อัตลักษณ์ของบุคคลในสิ่งของหรือสื่อบันเทิงอื่น การใช้อัตลักษณ์ของบุคคลโดยถ่ายภาพหรือวาดรูปบุคคลลงบนสิ่งของต่างๆ เช่น แก้วน้ำหรือพวงกุญแจ อัตลักษณ์ของบุคคลก็จะติดอยู่กับสิ่งของนั้นๆ ผู้ซื้อแก้วน้ำหรือพวงกุญแจอาจทำได้แค่เพียงไปวาดภาพเพิ่มหรือแต่งเติมข้อความลงในอัตลักษณ์ของบุคคล แต่เมื่อลักษณะของวิดีโอเกมที่มีการโต้ตอบ (Interplay) ระหว่างผู้เล่นกับวิดีโอเกมผ่านการควบคุมด้วยอุปกรณ์ต่างๆ ผู้เล่นสามารถบังคับตัวละครในวิดีโอเกมให้ทำภารกิจต่าง ๆ ในวิดีโอเกมตามที่คุณเล่นควบคุม ตัวอย่างเช่น เกม “FIFA 2019” ของบริษัท Electronic Arts เป็นเกมฟุตบอลที่ผู้เล่นสามารถควบคุมนักฟุตบอลให้ยิงประตู ส่งลูกฟุตบอล กำหนดท่าทางการยิงฟรีคิก ท่าทางแสดงท่าดีใจ หรือกดปุ่มสโลต์เข้าบอลหนักกับผู้เล่นฝ่ายตรงข้ามให้ได้รับบาดเจ็บ ผู้เล่นสามารถเล่นกับคอมพิวเตอร์หรือเล่นออนไลน์กับผู้เล่นคนอื่นได้

การใช้อัตลักษณ์ของบุคคลในวิดีโอเกม FIFA มีความเสมือนจริงมากขึ้นเนื่องจากผู้พัฒนาวิดีโอเกมอาจทำสัญญาขออนุญาตใช้อัตลักษณ์กับบุคคลที่มีชื่อเสียงเพื่อใช้ในวิดีโอเกมเพื่อสร้างวิดีโอเกม FIFA 2016 บริษัท Electronic Arts ทำสัญญาร่วมมือกับ สโมสรฟุตบอล Real Madrid เป็นเวลา 3 ปี ทำสัญญาในการสแกนใบหน้าของนักฟุตบอลจำนวน 14 ราย รวมถึง Cristiano Ronaldo, Sergio Ramos, James Rodriguez, Luka Modrić และ Karim Benzema¹⁶

สำหรับการสร้างตัวละครในวิดีโอเกมของผู้พัฒนาวิดีโอเกม ตัวอย่างเช่น บริษัท Electronic Arts มี Capture Lab อยู่ที่เมืองแวนคูเวอร์ ประเทศแคนาดา ทีมงาน Capture Lab ใช้กล้อง DSLR ถึง 17 ตัว โดยนักกีฬาจะนั่งอยู่บนเก้าอี้ ผู้พัฒนาวิดีโอเกมก็จะถ่ายภาพศีรษะของนักกีฬาในทุกองศาด้วยความละเอียดสูงสุดเพื่อสร้างเป็นตัวละครในวิดีโอเกม แต่หากเป็นการสร้างการเคลื่อนไหวของตัวละคร Capture Lab ก็จะถ่ายภาพใบหน้า การเคลื่อนไหวติดอุปกรณ์ที่ตัวนักกีฬา และใช้กล้องถึง 153 ตัว เพื่อบันทึกท่าทางการเคลื่อนไหวในทุกองศา การสแกนใบหน้าของ

¹³ ชูติวัต ประดิษฐ์พัสดรา, “มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมเกมส์ที่มีลักษณะรุนแรง,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น.40.

¹⁴ Entertainment Software Association, “2018 SALES, DEMOGRAPHIC, AND USAGE DATA: ESSENTIAL FACTS ABOUT THE COMPUTER AND VIDEO GAME INDUSTRY,” (2018), Retrieve on May 10, 2019 from http://www.theesa.com/wp-content/uploads/2018/05/EF2018_FINAL.pdf

¹⁵ *Ibid*, p.12.

¹⁶ Rodrigo Lopes, “EA Sports is the official videogame partner of Real Madrid until 2018,” (21 July 2015) Retrieve on May 10, 2019 from <https://www.fifagamenews.com/ea-sports-videogame-partner-real-madrid/>.

นักกีฬาในวิดีโอเกมจึงเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ แต่สำหรับร่างกายของคุณคนนั้น สามารถใช้ร่างกายของคนอื่นในการสร้างตัวละครได้¹⁷

วิดีโอเกมบางประเภทยังอนุญาตผู้เล่นสามารถปรับแต่งอัตลักษณ์ของตัวละครได้ และผู้เล่นสามารถสแกนใบหน้าของผู้เล่นหรือของบุคคลอื่นเพื่อให้วิดีโอเกมแปลงใบหน้าของผู้เล่นหรือบุคคลอื่นให้กลายเป็นตัวละครในวิดีโอเกม เพื่อนำตัวละครที่สร้างขึ้น (Avatar) ไปเล่นในวิดีโอเกม เช่น วิดีโอเกม NBA 2K19 เป็นเกมบาสเกตบอล ผู้เล่นสามารถดาวน์โหลดโปรแกรม MyNBA2K19 ใช้ได้ทั้งระบบปฏิบัติการแบบ iOS และ Android โดยผู้เล่นจะต้องลงทะเบียน ระบุเพศของผู้เล่น กดปุ่ม “Scan Your Face” และใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่หรือแท็บเล็ตสแกนใบหน้าของผู้เล่น¹⁸ ผู้เล่นจะต้องหาจุดที่มีแสงสว่างพอเหมาะ ไม่สวมหมวก หรือใส่เครื่องประดับต่าง ๆ บนใบหน้า หลีกเลี่ยงการแสดงออกบนใบหน้า และถือโทรศัพท์เคลื่อนที่หรือแท็บเล็ตให้นิ่งไว้ ขณะสแกนใบหน้า โปรแกรมจะทำการบันทึกภาพของใบหน้าด้านตรง ขวา และซ้าย เมื่อสแกนเสร็จ ผู้เล่นสามารถเลือกระดับของสีผิว บันทึกข้อมูลผู้เล่นได้แก่ ชื่อ นามสกุล ชื่อที่ใช้เรียกในเกม ประเทศ และเมืองเกิด ของผู้เล่น

ตัวละครดังกล่าวเมื่อสร้างขึ้นมาก็จะกลายเป็น Avatar ในวิดีโอเกม ซึ่งหมายความว่า “ตัวละครที่ถูกสร้างขึ้นด้วยคอมพิวเตอร์ ควบคุมโดยผู้เล่นที่เป็นมนุษย์ และมีการโต้ตอบในวิดีโอเกมที่อยู่ในโลกเสมือน”¹⁹

2. แนวความคิดในการคุ้มครองอัตลักษณ์ของบุคคลด้วยสิทธิในชื่อเสียง

2.1 สิทธิในชื่อเสียงมีรากฐานมาจากสิทธิความเป็นส่วนตัว

สิทธิในชื่อเสียงมีรากฐานมาจากสิทธิในความเป็นส่วนตัว (Right of privacy) หรือสิทธิที่จะอยู่ตามลำพัง (Right to be let alone)²⁰ สิทธิในความเป็นส่วนตัวมีองค์ประกอบ 4 ประการได้แก่ 1.การแทรกแซงความเป็นส่วนตัว 2.การเปิดเผยข้อเท็จจริงในความเป็นส่วนตัวที่น่าอับอายและไม่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ 3.การทำให้ปรากฏต่อสังคมในเรื่องของบุคคลที่ไม่เป็นความจริงอันทำให้บุคคลนั้นต้องเสียชื่อเสียง 4.การใช้ชื่อหรือความเหมือนคล้ายของบุคคลในเชิงพาณิชย์โดยไม่ได้รับอนุญาต²¹ ในองค์ประกอบข้อที่ 4 เป็นสิทธิในชื่อเสียงของบุคคลที่จะป้องกันไม่ให้บุคคลอื่นใช้อัตลักษณ์ของบุคคลนั้น²²

ข้อแตกต่างระหว่างสิทธิในความเป็นส่วนตัวกับสิทธิในชื่อเสียง อาจแบ่งได้ดังนี้

1. สิทธิในความเป็นส่วนตัวเกี่ยวข้องกับความเสี่ยงทางความรู้สึกของบุคคล แต่สิทธิในชื่อเสียงเกี่ยวข้องกับความเสี่ยงทางพาณิชย์ (Commercial harm)²³

¹⁷ Dean Takahashi, “How EA quickly captures 3D scans of athletes’ faces for its sports games,” (20 January 2019), Retrieve on 10 May 2019, from <https://venturebeat.com/2019/01/20/how-ea-quickly-captures-3d-scans-of-athletes-faces-for-its-sports-games/>

¹⁸ 2k Website, “NBA 2K19 - HOW TO SCAN YOUR FACE,” Retrieve on May 10, 2019 from <https://support.2k.com/hc/en-us/articles/360008136554-NBA-2K19-How-To-Scan-Your-Face>.

¹⁹ Jason Ross, “Licensing and Access Problems Producers of Video Games Face in Foreign Markets: A Case Study,” *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 35, Issue 2, pp.429-450 (2012), p.429.

²⁰ Brandon Johansson, “Pause the Game: Are Video Game Producers Punting Away the Publicity Rights of Retired Athletes,” *Nevada Law Journal*, Vol.10, pp.784-810 (2010), p.786.

²¹ William L. Prosser, “Privacy,” *California Law Review* Vol.48, No.3, pp.383-423 (August 1960), p.389.

²² Melville B. Nimmer, “The Right of Publicity,” *Law and Contemporary Problems*, Vol.9, pp.203-223 (Spring 1954), p.216.

²³ J. Thomas McCarthy, *The Rights of Publicity and Privacy* (2ed Thomson Reuters, 2010) Vol.1, § 1:35, p.74.

2. สิทธิในความเป็นส่วนตัวเป็นสิทธิส่วนบุคคล (Personal right) ไม่สามารถโอนได้ แต่สิทธิในชื่อเสียงเป็นสิทธิในทรัพย์สิน (Property right)²⁴ จึงสามารถโอนได้

ศาสตราจารย์ J. Thomas McCarthy ให้นิยามของ สิทธิในชื่อเสียง สรุปได้ว่า เป็นสิทธิที่จะป้องกันการใช้อัตลักษณ์ของบุคคล ไม่ว่าจะบุคคลที่มีชื่อเสียงหรือบุคคลธรรมดาที่ย่อมมีสิทธิที่ควบคุมการใช้อัตลักษณ์ของตนในการแสวงหาประโยชน์โดยไม่ได้รับอนุญาต²⁵ อัตลักษณ์ของบุคคล ได้แก่ ชื่อ นามสกุล รูปร่าง รูปถ่าย ภาพเสียง และท่าทางของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ดังนั้น อัตลักษณ์ของบุคคลทำให้บุคคลอื่นที่พอจะรู้จักหรือเคยเห็นบุคคลนั้นมาก่อน เมื่อเห็นอัตลักษณ์ของตัวละครในวิดีโอเกม ก็จะมีถึงว่าตัวละครในวิดีโอเกมนั้นเป็นใคร

2.2 แรงจูงใจที่ไม่เป็นตัวเงิน

แนวความคิดของจอห์น ล็อก ในสำนักกฎหมายธรรมชาติ บุคคลธรรมดาจะพัฒนาตนเองให้เป็นบุคคลที่มีชื่อเสียงต้องใช้เวลาและทรัพยากร เช่น นักกีฬาต้องทุ่มเทกำลังกาย เวลา และค่าใช้จ่ายในการฝึกซ้อมกว่าจะเป็นนักกีฬามีชื่อเสียงได้ ชื่อเสียงดังกล่าวก็เป็นผลมาจากการทุ่มเทของแต่ละบุคคล บุคคลจึงมีทรัพย์สินในตัวบุคคลนั้น อัตลักษณ์ของบุคคลที่ทำให้เกิดชื่อเสียงมาจากการกระทำของตนก็ควรจะเป็นของบุคคลนั้น²⁶

แนวความคิดนี้ได้ถูกนำไปปรับใช้ในคดี *Uhlaender v. Henricksen*²⁷ โจทก์เป็นนักเบสบอลอาชีพ ฟ้องจำเลยในฐานะส่วนตัวและในฐานะตัวแทนของนักเบสบอลอาชีพคนอื่น ๆ โจทก์มีผลประโยชน์ในทางทรัพย์สินใน ชื่อกิจกรรมกีฬาเบสบอล และความสำเร็จของนักกีฬา จึงมีสิทธิที่จะใช้ผลประโยชน์ดังกล่าวทางการค้า ที่จะ อนุญาตให้ผู้ผลิตเกมกระดานเล่นบนโต๊ะ (Table games) ใช้ชื่อของตน จำเลยเป็นผู้ผลิตและจำหน่ายเกม “Negamco’s Major League Baseball” and “Big League Manager Baseball” ซึ่งเป็นเกมกระดาน (Board Game) โดยใช้ชื่อและข้อมูลนักเบสบอล เช่น ข้อมูลการตีเบสบอลและการวิ่งของผู้เล่นเบสบอลอาชีพ Major League Baseball ในประเทศสหรัฐอเมริกา ประมาณ 500 ถึง 700 คน แบ่งเป็นแต่ละทีม เบอร์ของผู้เล่นแต่ละคน และตำแหน่งการเล่น จำเลยรับว่าใช้ชื่อและข้อมูลของผู้เล่นเบสบอลอาชีพจริง แต่ต่อสู้ในประการหนึ่งว่า จำเลยสามารถใช้ชื่อของบุคคลได้ เนื่องจากเป็นข้อมูลสาธารณะ²⁸ ในคดีนี้ โจทก์ไม่ได้ฟ้องเกี่ยวกับสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว แต่ฟ้องว่าการกระทำของจำเลยเป็นการยกยอกและใช้ชื่อเสียงสำหรับผลประโยชน์ทางการค้าโดยปราศจากค่าตอบแทน ศาลแขวง Minnesota เห็นว่า บุคคลที่มีชื่อเสียงต้องลงทุนลงแรงในการฝึกฝนและแข่งขันเป็นเวลาหลายปีใน อัตลักษณ์ของตนกว่าที่จะมีชื่อเสียง อัตลักษณ์ของบุคคลรวมอยู่ในชื่อ ลักษณะความเหมือนคล้าย ข้อมูลสถิติ และลักษณะท่าทางอย่างอื่น สิ่งเหล่านี้เป็น “ผลไม้ของแรงงาน” (“Fruit of his labors”)²⁹ ของบุคคลเหล่านั้น

ในบริบทของวิดีโอเกม บุคคลที่มีชื่อเสียงย่อมมีสิทธิที่จะเลือกได้ว่าประสงค์จะให้อัตลักษณ์ของตนปรากฏอยู่ในวิดีโอเกมประเภทใด³⁰ แต่อย่างไรก็ตาม แนวความคิดนี้อาจถูกโต้แย้งได้ว่า บุคคลแต่ละคนใช้แรงงานไม่เท่ากัน Robert Nozick นักปรัชญาการเมือง อธิบายเรื่องนี้โดยยกตัวอย่างว่า “หากเรามีน้ำมะเขือเทศกระป๋องอยู่หนึ่งกระป๋องแล้วเทน้ำมะเขือเทศลงในทะเล เราจะเป็นเจ้าของทะเลหรือไม่ หรือเป็นแค่เพียงทิ้งน้ำมะเขือเทศไปอย่างโง่

²⁴ Laura Lee Stapleton and Matt McMurphy, “The Professional Athlete’s Right of Publicity,” *Marquette Sports Law Review*, Vol.10, Issue 1, pp.23-68 (1999), p.31.

²⁵ J. Thomas McCarthy, *supra* note 23, § 1:3, p.3.

²⁶ *Ibid*, § 2:1, pp.85-86.

²⁷ *Uhlaender v. Henricksen*, 316 F. Supp. 1277 (D. Minn. 1970).

²⁸ *Ibid*, at 1278.

²⁹ *Ibid*, at 1282.

³⁰ R. Garrett Rice, “Groove Is in the Hart: A Workable Solution for Applying the Right of Publicity to Video Games,” *Washington and Lee Law Review*, Vol. 72, Issue 1, pp. 317-378 (2015), pp.328-329.

เซลลา”³¹ ปัญหาดังกล่าวจึงเป็นเรื่องส่วนตัวของแรงงาน³² David Tan ยกตัวอย่างว่า คงปฏิเสธไม่ได้ว่านักเทนนิส Roger Federer พุ่มเท พละกำลัง เงินทุน และเวลา ในการฝึกซ้อมเทนนิสมาตลอดจนเป็นนักเทนนิสที่มีชื่อเสียง ย่อมคาดเดาได้ว่า ตัวละคร Roger Federer อาจถูกนำไปผลิตเป็นภาพยนตร์ นิยาย หรือวิดีโอเกม ด้วยเรื่องราวในวงการเทนนิส³³ แต่สัดส่วนของแรงงานที่บุคคลพัฒนาตนเองจนมีชื่อเสียงอาจไม่ได้มาจากบุคคลดังกล่าว 100 เปอร์เซ็นต์ อาจมาจากตัวช่วย มีทีมงาน หรือมีคณวางแผนให้³⁴

แนวความคิดนี้ยังอาจถูกโต้แย้งได้อีกว่า บุคคลอาจจะไม่ได้ชื่อเสียงมาด้วยแรงงานของตน อาจจะมีกรณีที่บุคคลที่มีชื่อเสียงเกิดมีชื่อเสียงขึ้นมาจากความโชคดียางอย่าง การมีส่วนร่วมในกิจกรรมสาธารณะ หรือทำสิ่งที่ผิดกฎหมาย³⁵ เช่น การใช้อัตลักษณ์ของบุคคลที่กระทำความผิดอาญาในวิดีโอเกม อาจเป็นผู้ก่อการร้าย หรือโจรผู้ร้าย แต่ถูกนำอัตลักษณ์มาใช้ในวิดีโอเกม เป็นต้น

ชื่อเสียงเป็นสิ่งที่บุคคลแต่ละคนเห็นไม่เหมือนกัน ขึ้นอยู่กับมุมมองว่า จะมองบุคคลนั้นเป็นคนมีชื่อเสียงหรือไม่ Gretchen A. Pemberton กล่าวไว้น่าสนใจว่า “บุคคลคนหนึ่งสามารถทำแก๊งหรือสร้างบ้านด้วยตัวคนเดียว บุคคลคนหนึ่งสามารถเขียนหนังสือหรือออกแบบเครื่องจักรได้ด้วยตัวคนเดียว แต่บุคคลคนหนึ่งไม่อาจทำให้ตนเองมีชื่อเสียงได้ด้วยตัวเพียงคนเดียว”³⁶ แต่ชื่อเสียงขึ้นอยู่กับว่าสังคมมองบุคคลดังกล่าวอย่างไร เช่นนี้ ชื่อเสียงจึงขึ้นอยู่กับ การมีส่วนร่วมของสาธารณชน

ในบริบทของวิดีโอเกมก็เช่นเดียวกัน ผู้เล่นที่เล่นวิดีโอเกมกีฬาประเภทฟุตบอล เช่น วิดีโอเกมตระกูล FIFA, Pro Evolution Soccer หรือ Football Manager อาจจะรู้จักนักฟุตบอลที่มีชื่อเสียงที่อยู่ในวิดีโอเกมเนื่องจากผู้เล่นมีพื้นฐานทางด้านฟุตบอล เช่นเคยดูฟุตบอล รู้จักผู้จัดการทีม หรือนักฟุตบอลที่มีชื่อเสียง แต่อาจไม่รู้จักวิดีโอเกมตระกูล Grand Theft Auto ที่มีการใช้อัตลักษณ์ของดาราและศิลปินอื่นนอกจากวงการฟุตบอล เช่น สร้างตัวละครให้คล้ายกับนักแสดง Linsey Lohan³⁷ ทั้ง ๆ ที่วิดีโอเกมดังกล่าวก็มียอดขายอันดับหนึ่งของวิดีโอเกมที่วางจำหน่ายในสหรัฐอเมริกา³⁸ หรือคนที่ไม่เล่นเกมและไม่ได้สนใจฟุตบอล ดารา หรือศิลปินเลย ก็อาจจะไม่รู้จักวิดีโอเกมดังกล่าวเลยก็เป็นได้

2.3 แรงจูงใจทางเศรษฐกิจ

สิทธิในชื่อเสียงจะเป็นแรงจูงใจให้บุคคลพยายามพัฒนาทักษะและสร้างผลงานต่างๆออกมาให้มีชื่อเสียงเพื่อแลกกับรายได้จากชื่อเสียงของบุคคล และสังคมก็จะได้รับผลตอบแทนในการได้รับประโยชน์งานผลงานของบุคคล

³¹ “[W]hy isn’t mixing what I own with what I don’t own a way of losing what I own rather than gaining what I don’t? If I own a can of tomato juice and spill it in the sea...do I thereby come to own the sea, or have I foolishly dissipated my tomato juice?” from Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia* (1974), pp.174-175, cited in David Tan, *The Commercial Appropriation of Fame* (Cambridge University Press, 2017), p.50.

³² Jeremy Sheff, “Scope and Justification of the Right of Publicity,” *Columbia Journal of Law & the Arts*, Vol.42, No.3, pp.333-336 (2019), p.336.

³³ David Tan, *Supra* note 31, p.50.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Fred M. Weiler, “The Right of Publicity Gone Wrong: A Case for Privileged Appropriation of Identity,” *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, Vol. 13, Issue 1, pp. 223-274 (1994), p.241.

³⁶ Gretchen A. Pemberton, “The Parodist’s Claim to Fame: A Parody Exception to the Right of Publicity,” *U.C. Davis Law Review*, Vol.27, pp.97-140 (1993), p.107.

³⁷ หัวข้อ 6.1.

³⁸ Entertainment Software Association, *supra* note 14, p.12.

นั้น³⁹ หากขาดแรงจูงใจทางเศรษฐกิจแล้ว บุคคลที่มีชื่อเสียงก็จะหยุดพัฒนาทักษะ และสังคมก็จะไม่ได้รับประโยชน์จากบุคคลที่มีชื่อเสียงเหล่านั้น

แนวความคิดนี้เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายลิขสิทธิ์แล้วจะคล้ายคลึงกัน เนื่องจากการคุ้มครองงานตามกฎหมายลิขสิทธิ์จะเป็นแรงจูงใจให้ผู้สร้างสรรค์สร้างงานอันมีลิขสิทธิ์และได้รับค่าตอบแทนจากการอนุญาตให้ใช้สิทธิภายในระยะเวลาการคุ้มครองตามงานแต่ละประเภท เมื่อสิ้นระยะเวลาการคุ้มครอง งานดังกล่าวก็จะตกแก่สาธารณะ สังคมก็จะได้รับประโยชน์จากการใช้งานดังกล่าว

ในบริบทของวิดีโอเกม แนวความคิดดังกล่าวจะถูกปรับใช้เป็นข้อต่อสู้ของผู้พัฒนาวิดีโอเกม เนื่องจากเป็นแรงจูงใจให้ผู้พัฒนาวิดีโอเกมผลิตวิดีโอเกมใหม่ๆที่มีความเหมือนจริงจากการใช้อัตลักษณ์ของบุคคลทั้งที่ได้รับอนุญาตหรือไม่ได้รับอนุญาต แต่ผู้พัฒนาวิดีโอเกมจะอ้างข้อยกเว้นในเรื่องของเสรีภาพในการแสดงออกในการสร้างสรรค์วิดีโอเกม

2.4 การป้องกันความสับสนหลงผิดของผู้เล่นวิดีโอเกมและบุคคลที่ถูกนำอัตลักษณ์ไปใช้

ผู้เล่นยอมซื้อวิดีโอเกมที่จะทำให้ผู้เล่นเปรียบเทียบเสมือนเล่นเป็นบุคคลที่ตนชื่นชอบในเนื้อหาของวิดีโอเกมแต่ละประเภท ผู้เล่นอาจซื้อวิดีโอเกมเพื่อสนับสนุนบุคคลที่มีชื่อเสียงที่ชื่นชอบ แนวความคิดนี้มุ่งคุ้มครองให้ผู้เล่นไม่สับสนหลงผิดถึงแหล่งที่มาของวิดีโอเกม แนวความคิดดังกล่าวใกล้เคียงกับการคุ้มครองเครื่องหมายการค้า ซึ่งหน้าที่ของเครื่องหมายการค้าที่สำคัญคือการทำให้อัตลักษณ์สามารถแยกแยะสินค้าหรือบริการที่ขายโดยผู้ผลิตหรือผู้ให้บริการหนึ่ง ออกจากผู้ผลิตหรือผู้ให้บริการอื่น ทำให้มีความหมายว่าสินค้าหรือบริการมีการควบคุมโดยแหล่งกำเนิดที่มีชื่อ ไม่ใช่ผลิตหรือให้บริการโดยแหล่งกำเนิดที่ไม่มีชื่อ ทำให้มีความหมายว่าสินค้าที่มีเครื่องหมายการค้ามีคุณภาพเพียงใด และใช้ในการโฆษณาสินค้าหรือบริการ⁴⁰ และยังส่งผลให้ผู้เล่นวิดีโอเกมที่มีชื่อวิดีโอเกมนั้นกลายเป็นผู้บริโภครู้จัก (“Repeat customers”)⁴¹ ต่อไปหากมีการนำวิดีโอเกมเกมเก่ามาทำใหม่ (Remake) หรือผลิตภาคต่อไป

แนวความคิดนี้จึงทำให้ผู้เล่นไม่สับสนหลงผิดในกรณีที่อัตลักษณ์ของบุคคลที่มีชื่อเสียงถูกใช้ในการโฆษณาวิดีโอเกม⁴² ในทางตรงกันข้ามแนวความคิดนี้คุ้มครองไม่ให้บุคคลที่มีชื่อเสียงถูกนำอัตลักษณ์ไปใช้กับประเภทวิดีโอเกมที่ตนไม่ยินยอม ซึ่งจะส่งผลให้ผู้เล่นวิดีโอเกมคิดว่าบุคคลดังกล่าวให้การสนับสนุนหรือยินยอมให้ใช้อัตลักษณ์ในวิดีโอเกม เช่น การใช้อัตลักษณ์ของบุคคลในวิดีโอเกมที่มีเนื้อหาลามกอนาจาร

แต่อย่างไรก็ตาม สิทธิในชื่อเสียงย่อมแตกต่างจากเครื่องหมายการค้า เนื่องจากเครื่องหมายการค้าจะต้องมีการจดทะเบียนและต้องมีกฎหมายรองรับว่าสิ่งใดอาจใช้เป็นเครื่องหมายได้ เช่นหากต้องการได้รับการคุ้มครองเสียงใดๆ ก็ต้องมีกฎหมายรองรับว่าเสียงอาจเป็นเครื่องหมายได้ เป็นต้น ดังนั้น หากบุคคลจะได้รับการคุ้มครองอัตลักษณ์ของตนด้วยเครื่องหมายการค้าก็ต้องนำอัตลักษณ์ไปจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า และผู้พัฒนาวิดีโอเกมก็ต้องขออนุญาตเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่นำก่อนที่จะนำไปใช้ และมีระยะเวลาการคุ้มครองจำกัดอยู่ในช่วงเวลาใดเวลาหนึ่ง และอาจขยายระยะเวลาต่อไปได้ ทั้งเครื่องหมายการค้าจะส่งเสริมให้มีการแข่งขันในสินค้าต่างๆ⁴³ แต่สิทธิในชื่อเสียงเป็นสิทธิของบุคคลโดยไม่ต้องจดทะเบียน ส่วนระยะเวลาในการคุ้มครองเมื่อไม่ต้องจดทะเบียนจึงไม่ต้องมีการต่ออายุ แต่อาจหมดไปพร้อมกับความตายของบุคคล ในบางประเทศสิทธิในชื่อเสียงอาจตกทอดเป็นมรดกแก่ทายาทได้ และ

³⁹ Lindsay Korotkin, “Finding reality in the right of publicity,” *Cardozo Law Review*, Vol.34, pp.268-313 (2013), pp.301-302.

⁴⁰ Daniel Gervais and Martin L Holmes, “Fame, Property, and Identity,” *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, Vol.XXV, pp.181-225 (2014) ,p.201.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Lindsay Korotkin, *supra* note 39, pp.303-304.

⁴³ Barton Beebe, “What Trademark Law Is Learning from the Right of Publicity,” *Columbia Journal of Law & the Arts*, Vol.42, No.3, pp.389-398 (2019), p.398.

สิทธิในชื่อเสียงไม่ใช่สิทธิที่ส่งเสริมให้มีการค้า แต่เป็นสิทธิในการควบคุมไม่ให้บุคคลอื่นนำอัตลักษณ์ไปใช้ในการแสวงหาประโยชน์

เมื่อเปรียบเทียบกับการนำอัตลักษณ์ของบุคคลมาใช้ในวิดีโอเกม โดยเฉพาะถ้าเป็นวิดีโอเกมที่มีเนื้อหาที่ไม่เหมาะสม มีการใช้อัตลักษณ์ของบุคคลไปในทางที่ไม่ชอบเช่น สร้างตัวละครบุคคลที่มีชื่อเสียงให้เป็นเกมที่มีเนื้อหาทางเพศหรือการอนาจาร ทำให้เกิดการผิดศีลธรรมอันดีของประชาชน การใช้อัตลักษณ์ดังกล่าวย่อมส่งผลให้ผู้เล่นเกมสับสนหลงผิดได้ว่าตัวละครดังกล่าวให้การสนับสนุนเกมดังกล่าว และยอมส่งผลกระทบต่อบุคคลที่ถูกนำอัตลักษณ์ไปใช้แน่แท้

3. ขอบเขตของอัตลักษณ์ที่สิทธิในชื่อเสียงให้ความคุ้มครองในวิดีโอเกม

ในประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ละมลรัฐจะกำหนดสิทธิในชื่อเสียงเป็นลายลักษณ์อักษร (38 มลรัฐ) หรือเป็นระบบคอมมอน ลอว์ (22 มลรัฐ)⁴⁴ ตัวอย่างของสิทธิในชื่อเสียงที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรที่ระบุถึงอัตลักษณ์ของบุคคล เช่น

3.1 มลรัฐแคลิฟอร์เนีย

กำหนดอยู่ใน California Civil Code มาตรา 3344 (a) ให้ความหมายอัตลักษณ์ว่า ชื่อของบุคคล เสียง รูปโฉม รูปภาพ หรืออัตลักษณ์ต่าง ๆ ไม่ว่าจะอยู่บนสิ่งใด ๆ หรือสินค้า หรือบริการ⁴⁵ บุคคลได้รู้อยู่แล้วและยังใช้ชื่อของบุคคล เสียง รูปโฉม รูปภาพ หรืออัตลักษณ์ต่าง ๆ ไม่ว่าจะอยู่บนสิ่งใด ๆ หรือสินค้า หรือบริการ โดยปราศจากความยินยอมของบุคคลนั้นย่อมมีความผิด

3.2 มลรัฐอินเดียนา

ให้ความหมาย อัตลักษณ์ของบุคคล (personality) ใน Indiana Code มาตรา 32-36-1-6 ให้รวมถึงภาพถ่ายท่าทางที่โดดเด่น การเคลื่อนไหว และคำพูดที่ติดปากของบุคคล⁴⁶

3.3 มลรัฐนิวยอร์ก

กำหนดไว้ใน Consolidated Laws of New York, Civil Rights มาตรา 50 สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว ว่าบุคคลหรือบริษัทที่ใช้สำหรับวัตถุประสงค์เพื่อการโฆษณาหรือทางการค้า ใน ชื่อ ภาพเหมือน หรือรูปภาพของบุคคลที่ยังมีชีวิตโดยปราศจากความยินยอมเป็นหนังสือหรือจากผู้บุพการีในกรณีเป็นผู้เยาว์⁴⁷ มาตรา 51 กำหนดว่า บุคคลใด

⁴⁴ Rightofpublicity Website, Retrieve on May 13, 2019, from <http://rightofpublicity.com/statutes>

⁴⁵ California Civil Code Section 3344 (a) “Any person who knowingly uses another's name, voice, signature, photograph, or likeness, in any manner, on or in products, merchandise, or goods, or for purposes of advertising or selling, or soliciting purchases of, products, merchandise, goods or services, without such person's prior consent, or, in the case of a minor, the prior consent of his parent or legal guardian, shall be liable for any damages sustained by the person or persons injured as a result thereof”.

⁴⁶ Indiana Code Title 32. Property IN CODE § 32-36-1-6. As used in this chapter, “personality” means a living or deceased natural person whose: (1) name; (2) voice; (3) signature; (4) photograph;(5) image; (6) likeness;(7) distinctive appearance;(8) gesture; or (9) mannerisms; has commercial value, whether or not the person uses or authorizes the use of the person's rights of publicity for a commercial purpose during the person's lifetime.

⁴⁷ NEW YORK CONSOLIDATED LAWS SERVICES, CIVIL RIGHTS LAW, ARTICLE 5. RIGHT OF PRIVACY, § 50 “A person, firm or corporation that uses for advertising purposes, or for the purposes of trade, the name, portrait or picture of any living person without having first obtained the written consent of such person, or if a minor of his or her parent or guardian, is guilty of a misdemeanor.”. § 51 “[a]ny person whose name, portrait, picture or voice is used within this state for advertising purposes or for the purposes of trade without the written consent first obtained as [provided in Civil Rights Law § 50] may

ในกรณีที่ชื่อ ภาพถ่าย รูปภาพ หรือเสียงถูกใช้สำหรับวัตถุประสงค์ทางการค้าโดยปราศจากความยินยอมเป็นหนังสือ ย่อมมีสิทธิที่จะป้องกันและห้ามการใช้ดังกล่าว ทั้งอาจฟ้องร้องและเรียกค่าเสียหายสำหรับความเสียหายจากการใช้อัตลักษณ์ดังกล่าว

3.4 มลรัฐวอชิงตัน

กำหนดไว้ใน TITLE 63. PERSONAL PROPERTY มาตรา 63.60.020.คำว่า “ความเหมือนคล้าย” (“Likeness”)

หมายถึง ภาพ ภาพวาด ภาพสเก็ตซ์ หุ่นจำลอง แผนภาพ หรือการแสดงออกที่ชัดเจนอย่างอื่นนอกจากรูปถ่ายที่แสดงถึงใบหน้า ลำตัว หรือส่วนใดของบุคคล หรือการแสดงออกเฉพาะของลักษณะเฉพาะ ท่าทาง ของบุคคล ส่วนคำว่าอัตลักษณ์ หมายถึง ชื่อ เสียง ลายมือชื่อ รูปถ่าย หรือความเหมือนคล้ายซึ่งมีคุณค่าทางการค้า⁴⁸

3.5 อัตลักษณ์ของบุคคลในวิดีโอเกม

อัตลักษณ์ของบุคคล น่าจะแปลความได้ว่า สิ่งซึ่งแสดงออกให้เห็นถึงความเป็นตัวตนของบุคคลที่บุคคลทั่วไป เมื่อเห็นสิ่งนั้นแล้วย่อมนึกถึงตัวบุคคลนั้น ๆ ได้แก่ ชื่อ เสียง บุคลิกภาพ ท่าทาง การเคลื่อนไหว รูปภาพ ภาพถ่าย ลายมือชื่อ ภาพเหมือน รวมถึงความเหมือนคล้ายต่างๆของบุคคล ดังนั้น การใช้อัตลักษณ์ของบุคคลในวิดีโอเกม คือนำสิ่งที่แสดงออกให้เห็นถึงอัตลักษณ์ของบุคคลไปใช้ในวิดีโอเกม ทำให้ผู้เล่นเกมเมื่อเห็นตัวละครใดตัวละครหนึ่งในเกมแล้วนึกถึงบุคคลใดบุคคลหนึ่ง

ตัวอย่างเช่น ในเกม FIFA 2019 มีโหมดอาชีพ (Career mode) ให้ผู้เล่นสามารถปรับแต่งอัตลักษณ์ของนักฟุตบอลที่ถูกสร้างไว้แล้วในเกม โดยสามารถปรับแต่งใบหน้า ทรงผม คิ้ว หนวด เครา ร่องเท้าสตั๊ด ถุงเท้า เสื้อทีมฟุตบอล กางเกงฟุตบอล ถุงเท้า สนับมือ เครื่องประดับ หน้ากาก ท่าทางแสดงต่อนยิงประตูเข้า ท่าทางในการวิ่ง จุดที่ยืนในระหว่างยิงฟรีคิกหรือจุดโทษ เป็นต้น⁴⁹

4. แนวทางในการพิจารณาการละเมิดสิทธิในชื่อเสียงในวิดีโอเกม

ในสหรัฐอเมริกานอกจากสิทธิในเสียงจะถูกกำหนดไว้ตามกฎหมายแต่ละมลรัฐแล้ว กฎหมายป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม (The Restatement (Third) of Unfair Competition) มาตรา 46 เรื่องการกำหนดคุณค่าทางการค้าในอัตลักษณ์ของบุคคล: สิทธิในชื่อเสียง ว่า ผู้ใดแสวงหาประโยชน์ทางพาณิชย์ในอัตลักษณ์ของผู้อื่น โดยไม่ได้รับอนุญาตให้ใช้ซึ่งชื่อ อัตลักษณ์ ลักษณะ หรือสิ่งที่สามารถระบุได้ว่าเป็นผู้อื่นนั้น เพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้า ผู้นั้นย่อมมีความผิด⁵⁰ การพิจารณาการละเมิดสิทธิในชื่อเสียงจะต้องครบ 4 องค์ประกอบ⁵¹ ดังนี้

maintain an equitable action . . . to prevent and restrain the use thereof; and may also sue and recover damages for any injuries sustained by reason of such use . . . ”

⁴⁸ WA ST 63.60.040 TITLE 63. PERSONAL PROPERTY CHAPTER 63.60. PERSONALITY RIGHTS, 63.60.020. “Definitions Unless the context clearly requires otherwise, the definitions in this section apply throughout this chapter.” (5) “Likeness” means an image, painting, sketching, model, diagram, or other clear representation, other than a photograph, of an individual’s face, body, or parts thereof, or the distinctive appearance, gestures, or mannerisms of an individual. (8) “Personality” means any individual whose name, voice, signature, photograph, or likeness has commercial value, whether or not that individual uses his or her name, voice, signature, photograph, or likeness on or in products, merchandise, or goods, or for purposes of advertising or selling, or solicitation of purchase of, products, merchandise, goods, or services.

⁴⁹ Fifacareermodetips Websie, “HOW TO EDIT PLAYERS IN FIFA 19 CAREER MODE” Retrieve on May 11, 2019, from <https://fifacareermodetips.com/2018/12/29/edit-players-fifa-19-career-mode/>

⁵⁰ The Restatement (Third) of Unfair Competition § 46 “Appropriation Of The Commercial Value Of A Person’s Identity: The Right Of Publicity. One who appropriates the commercial value of a person’s

4.1 บุคคลที่ถูกนำอัตลักษณ์ไปใช้มีภาระพิสูจน์ให้ได้ว่าวิดีโอเกมใช้อัตลักษณ์ของตน

องค์ประกอบข้อนี้ ทำให้บุคคลที่ถูกนำอัตลักษณ์ไปใช้ในวิดีโอเกมต้องมีภาระพิสูจน์ให้เห็นว่า อัตลักษณ์ที่ถูกนำไปใช้ในวิดีโอเกมคืออะไร อาจจะเป็นอัตลักษณ์ตามที่ปรากฏในกฎหมายในข้อ 4. และต้องพิสูจน์ว่าเป็นอัตลักษณ์ของตนจริงหรือไม่ นอกจากนี้ ศาลประเทศสหรัฐอเมริกาอ้างหลักไว้ด้วยว่าอัตลักษณ์ของบุคคลยังหมายถึงการแสดงบทบาท (Impersonation) โดยไม่จำเป็นต้องใช้ชื่อหรือความเหมือนคล้าย⁵²

ในคดี *Motschenbacher v. R J Reynolds Tobacco Company*⁵³ โจทก์ Lothar Motschenbacher เป็นนักแข่งรถที่รู้จักในระดับนานาชาติ มีรายได้ส่วนหนึ่งจากการอนุญาตให้ใช้อัตลักษณ์ของโจทก์กับสินค้าต่างๆ โจทก์ขับรถแข่งคันสีแดง ตกแต่งด้วยแถบลายสีขาว มีวงกลมทรงไข่สีขาว ภายในมีหมายเลข 11 อยู่ทีฝ้ากระโปรงหน้ารถและข้างประตูรถ ซึ่งเป็นลักษณะเด่นของรถโจทก์ จำเลยเป็นบริษัทจำหน่ายบุหรี่ โฆษณาสินค้าประเภทบุหรี่โดยปรับเปลี่ยนรูปภาพรถแข่งของโจทก์ ใช้หมายเลข 11 แทนหมายเลข 71 ติดสปอยเลอร์ที่รถ ใช้คำว่า “Winston” ที่สปอยเลอร์ และนำโฆษณาอื่น ๆ ที่อยู่บนรถโจทก์ออก แต่ไม่ได้เปลี่ยนแถบลายสีขาว วงกลมทรงไข่สีขาว สีรถยังคงเป็นสีแดง และตกแต่งภาพเพิ่มเติมโดยมีบอลูนในการช่วยโฆษณา มีข้อความว่า “คุณรู้หรือไม่ว่าบุหรี่ Winston รสชาติดี เหมือนกับที่บุหรีควรจะเป็น?” โดยไม่ปรากฏว่าโจทก์เป็นคนขับรถอยู่ในภาพดังกล่าว เมื่อโฆษณาดังกล่าวถูกนำออกอากาศ ผู้ชมจำนวนมากที่รู้จักโจทก์เชื่อว่าโจทก์ให้การสนับสนุนบุหรีของจำเลย ศาลอุทธรณ์ภาค 9 ของสหรัฐอเมริกา สรุปว่า แม้จะไม่ปรากฏว่าโจทก์เป็นคนขับรถในโฆษณาก็ตาม⁵⁴ การที่จำเลยใช้ภาพรถที่ปรับแต่งจากรถโจทก์ ผู้ชมโฆษณาดังกล่าวย่อมทราบทันทีว่าโจทก์ขับรถคันดังกล่าวเนื่องจากรถของโจทก์มีลักษณะเด่น โจทก์จึงถูกระบุตัวตนได้⁵⁵

ในคดี *White v. Samsung Electronics America, Inc.*⁵⁶ โจทก์เป็นนักแสดงหญิงชื่อ Vanna White โจทก์เป็นที่รู้จักในสาธารณะเนื่องจากมีอัตลักษณ์เป็นท่าทางในการหมุนวงล้อแห่งโชคชะตา (“Wheel of Fortune”) ในรายการเกมโชว์ มีผู้ชมเกมโชว์ดังกล่าวในขณะนั้นมีประมาณ 40 ล้านผู้ชมต่อวัน⁵⁷ โจทก์จึงมีชื่อเสียงจากอัตลักษณ์ของโจทก์ในเกมโชว์ดังกล่าว และโจทก์ยังเป็นนักแสดงในโฆษณาอื่นอีกหลายโฆษณา จำเลย เป็นบริษัทผลิตอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ ข้อโต้แย้งสิทธิในคดีนี้เกิดขึ้นเมื่อจำเลยผลิตโฆษณาอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์โดยจำลองเหตุการณ์ในศตวรรษที่ 21 และโฆษณาสื่อทำนองว่าสินค้าของจำเลยยังคงมีการใช้อยู่ในอนาคต ในโฆษณาอุปกรณ์บันทึกวิดีโอเทปของจำเลยปรากฏหุ่นยนต์ 1 ตัว ใส่วิกผมผู้หญิง เสื้อคลุม และเครื่องประดับ ให้คล้ายกับที่โจทก์ใส่ หุ่นยนต์ดังกล่าวยืนอยู่ข้างกระดานหมุนคล้ายกับวงล้อแห่งโชคชะตาในเกมโชว์ที่โจทก์แสดง ในโฆษณาของจำเลยมีข้อความว่า “เกม

identity by using without consent the person’s name, likeness, or other indicia of identity for purposes of trade is subject to liability for the relief appropriate under the rules stated in § § 48 and 49,”

⁵¹ “the elements of the claim under California law are (1) the defendant’s use of the plaintiff’s identity ; (2) the appropriation of plaintiff’s name or likeness to defendant’s advantage, commercially or otherwise; (3) lack of consent; and (4) resulting injury,” from *Hilton v. Hallmark Cards*, 599 F.3d 894 (9th Cir. 2010), at 909.

⁵² Matthew G. Matzkin, “Getting’ Played: How the Video Game Industry Violates College Athletes’ Rights of Publicity by Not Paying for Their Likenesses,” *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, Vol. 21, Issue 2, pp. 227-252 (2001), p.231.

⁵³ *Motschenbacher v. R J Reynolds Tobacco Company* 498 F.2d 821 (9th Cir. 1974)

⁵⁴ *Ibid*, at 822.

⁵⁵ *Ibid*, at 827.

⁵⁶ *White v. Samsung Elecs. Am., Inc.*, 971 F.2d 1395 (9th Cir.1992)

⁵⁷ *Ibid*, at 1396.

โจทก์ที่ยาวนานใน ค.ศ. 2012” โดยโจทก์ไม่ได้ให้ความยินยอมและไม่ได้รับค่าตอบแทนจากจำเลย ศาลอุทธรณ์ภาค 9 ของสหรัฐอเมริกา เห็นว่า แม้จำเลยจะไม่ใช้ชื่อหรือนามสกุลของโจทก์ในรายการโฆษณาจำเลย แต่การใช้ชื่อตัวละครของบุคคล “ไม่สำคัญว่าจำเลยใช้ชื่อตัวละครของโจทก์อย่างไร แต่สำคัญว่าจำเลยได้ใช้ชื่อตัวละครแล้วหรือไม่”⁵⁸ การที่จำเลยใช้หุ่นยนต์ดังกล่าวมีชื่อตัวละครคล้ายกับโจทก์จึงเป็นการละเมิดสิทธิในชื่อเสียงของโจทก์แล้ว แต่อย่างไรก็ตาม มีความเห็นแย้งโดย Judge Alarcon ว่า การแสดงของโจทก์ในเกมโชว์ทำให้คดีนี้มีลักษณะพิเศษไม่เหมือนคดีอื่น เนื่องจากในยุคดังกล่าวเกมโชว์ที่แสดงโดยโจทก์เป็นที่ได้รับความนิยม หากเห็นรายการอื่นใช้นักแสดงผู้หญิงที่ยืนข้างกระดานที่ใช้ในการหมุนต่างๆ ผู้ชมรายการก็จะนึกถึงโจทก์ในทันที แต่ในคดีนี้ หุ่นยนต์ดังกล่าวเห็นได้ชัดเจนว่าเป็นหุ่นยนต์เหล็กไม่ได้เป็นมนุษย์เหมือนโจทก์ แม้จะสัณฐาน เครื่องประดับ เครื่องแต่งกายเหมือนโจทก์ก็ตาม แต่หุ่นยนต์ดังกล่าวไม่ได้ใช้ชื่อตัวละครของโจทก์⁵⁹

ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นแย้งดังกล่าว เนื่องจากการพิจารณาถึงการใช้อัตลักษณ์ของบุคคลในวิดีโอเกม จะต้องพิจารณาถึงตัวละครที่ปรากฏในวิดีโอเกม เมื่อผู้เล่นเห็นตัวละครนั้นจะนึกถึงบุคคลที่มีชื่อเสียงในทันทีหรือไม่ หากเป็นแต่เพียงการนำอัตลักษณ์ที่มีอยู่ทั่วไปเช่นในคดี *White* นำมาสร้างเป็นตัวละคร ก็ไม่จำเป็นที่จะเป็นการละเมิดสิทธิในชื่อเสียงของบุคคลเนื่องจากไม่มีการใช้อัตลักษณ์ของบุคคล หรือการนำรถของ Lothar Motschenbacher มาใช้ในวิดีโอเกมประเภทแข่งรถ เช่นนี้ไม่มีการใช้อัตลักษณ์ของบุคคลที่แท้จริง ทั้งนี้อาจถือให้ผู้เล่นเห็นได้ว่าตัวละครที่กำลังขับรถของ Lothar Motschenbacher เป็นใคร เพราะสิ่งที่ปรากฏเป็นเพียงตัวรถคันสีแดง มีหมายเลขอยู่ในวงรี และมีแถบสีขาวเท่านั้น ซึ่งตัวรถหรือตัวหุ่นยนต์ไม่ใช่ชื่อตัวละครของบุคคล

นอกจากต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าตัวละครในวิดีโอเกมเป็นอัตลักษณ์ของตนแล้ว บุคคลที่ถูกนำอัตลักษณ์ไปใช้ดังกล่าวจะต้องแสดงให้เห็นว่า ผู้เล่นเกมรู้จักตัวละครดังกล่าวว่าเป็นบุคคลใดในทันทีหรือไม่

ในคดี *Pesina v. Midway Manufacturing Co.*⁶⁰ เป็นคดีเกี่ยวกับวิดีโอเกมประเภทเกมต่อสู้ (Fighting) ชื่อเกม *Mortal Kombat* และ *Mortal Kombat II* เกมดังกล่าวเป็นภาคต่อกัน ผู้เล่นจะต้องเล่นผ่านเกมตู้และเครื่องเล่นวิดีโอประจำบ้านโดยผู้เล่นเลือกตัวละครแต่ละฝั่งแล้วต่อสู้กัน โจทก์ในคดีนี้เป็นนักศิลปะการต่อสู้ (Martial artist) ชื่อ Daneil Pesina ฟ้องจำเลยซึ่งเป็นบริษัทผลิต จำหน่าย และทำการตลาดเกี่ยวกับวิดีโอเกม ได้แก่ บริษัท Midway Manufacturing บริษัท Williams Electronics Games บริษัท Nintendo of America บริษัท Sega of America และบริษัท Acclaim Entertainment

ข้อเท็จจริงในคดีเกี่ยวกับการสร้างตัวละครในวิดีโอเกมดังกล่าว บริษัท Midway ว่าจ้างโจทก์ให้แสดงท่าทางการเคลื่อนไหวในศิลปะการต่อสู้ โดยบันทึกท่าทางของโจทก์ลงวิดีโอเทปและใช้คอมพิวเตอร์ในการสร้างตัวละครจากท่าทางของโจทก์เป็นตัวละครชื่อ “Johny Cage” โจทก์อนุญาตให้จำเลยใช้อัตลักษณ์ของโจทก์เฉพาะในเกมตู้ที่ต้องหยอดเหรียญ (Coin-operated arcade games) แต่บริษัท Midway ทำสัญญาอนุญาตให้ บริษัท Acclaim จำหน่ายวิดีโอเกมดังกล่าวโดยผลิตขึ้นใหม่ให้เป็นวิดีโอเกมที่ใช้เล่นกับเครื่องเล่นวิดีโอเกมประจำบ้าน โดยบริษัท Acclaim ให้บริษัท Nintendo และ Sega ผลิตเกมดังกล่าวให้เป็นวิดีโอเกมที่ใช้เล่นที่บ้าน โจทก์ฟ้องจำเลยในประเด็นสิทธิในชื่อเสียงว่า จำเลยใช้รูปโฉม ท่าทาง และความเหมือนคล้ายของโจทก์ไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต

ศาล District Court for the Northern District of Illinois, Eastern Division วินิจฉัยในประเด็นนี้ว่า นอกจากโจทก์จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า อัตลักษณ์ของโจทก์มีคุณค่าทางพาณิชย์ โจทก์ยังต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าอัตลักษณ์ของโจทก์ทำให้ผู้เล่นวิดีโอเกมดังกล่าวจดจำได้ว่า ตัวละคร “Johny Cage” คือโจทก์ ในข้อนี้ จำเลยแสดงพยานหลักฐานว่า ก่อนที่จะแปลงท่าทางของโจทก์จากวิดีโอเทปที่บันทึกไว้ลงวิดีโอเกมดังกล่าว จำเลยได้ปรับเปลี่ยนท่าทางของโจทก์

⁵⁸ “how the defendant has appropriated the plaintiffs identity, but whether the defendant has done so,” *Ibid*, at 1398.

⁵⁹ *Ibid*, at 1402-1405.

⁶⁰ *Pesina v. Midway Manufacturing Co.*, 948 F. Supp. 40 (N.D. Ill. 1996).

แล้ว ทั้งจำเลยยังแสดงพยานหลักฐานเกี่ยวกับจำนวนผู้เล่นที่สามารถจดจำโจทก์ได้ว่า ผู้เล่นวิดีโอเกมดังกล่าว มีเพียงร้อยละ 6 จากจำนวน 306 คน⁶¹ หรือประมาณ 18 คน ที่เข้าใจว่าตัวละคร Johnny Cage คือโจทก์ ดังนั้น อัตลักษณ์ของโจทก์จึงไม่มีคุณค่าทางพาณิชย์และไม่เป็นที่รู้จักของผู้เล่นวิดีโอเกมดังกล่าว จำเลยจึงไม่ได้ละเมิดสิทธิในเสียงของโจทก์⁶²

จากคำพิพากษาดังกล่าวจึงสรุปเป็นแนวทางได้ว่า บุคคลที่ถูกอัตลักษณ์ไปใช้ต้องพิสูจน์ว่าอัตลักษณ์ของตนมีคุณค่าและผู้เล่นวิดีโอเกมสามารถเข้าใจได้ทันทีเมื่อเห็นตัวละครในวิดีโอเกมว่าเป็นบุคคลใดในชีวิตจริง

4.2 การใช้อัตลักษณ์ของบุคคลในวิดีโอเกมจะต้องใช้เพื่อประโยชน์ทางพาณิชย์

บุคคลที่ถูกนำอัตลักษณ์ไปใช้จะต้องพิสูจน์ว่าวิดีโอเกมนั้นนำอัตลักษณ์ของตนไปใช้เพื่อให้ได้รับประโยชน์ทางพาณิชย์หรือได้รับค่าตอบแทน เช่น ต้องพิสูจน์ว่าวิดีโอเกมดังกล่าวจำหน่ายในราคาเท่าใด หรือจำหน่ายได้เท่าไร เป็นต้น

4.3 การใช้อัตลักษณ์ของบุคคลในวิดีโอเกมโดยไม่ได้รับความยินยอม

การให้ความยินยอม (Consent) ของบุคคลอาจทำได้เป็นลายลักษณ์อักษร หรือทำเป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ ดังเช่นทีมฟุตบอล Real Madrid ทำสัญญากับวิดีโอเกม FIFA 2016 ในการสแกนใบหน้าของนักฟุตบอลในสโมสร หรือการสแกนใบหน้าของผู้เล่นเกม NBA2K19 ก่อนจะสแกนใบหน้าในวิดีโอเกมจะต้องสร้างบัญชีของผู้ใช้ลงทะเบียน และยอมรับในข้อตกลงการใช้ เมื่อสแกนเสร็จแล้วข้อมูลดังกล่าวก็จะถือว่าเป็นข้อมูลที่ผู้เล่นสร้างขึ้น (User Generate Content หรือ UGC) แต่จะต้องบันทึกไว้ใน Server ของผู้ผลิตเกมภายในระยะเวลาหนึ่ง

การใช้อัตลักษณ์ของบุคคลโดยไม่ได้รับความยินยอมรวมถึงการใช้ที่แตกต่างจากสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิด้วย เช่น ในคดี *No Doubt v. Activision Publishing, Inc.*⁶³ โจทก์เป็นวงดนตรีที่มีนักร้องนำหญิงชื่อ Gwen Stefani อนุญาตให้จำเลย บริษัท Activision Publishing ใช้อัตลักษณ์ของสมาชิกวงดนตรีโจทก์ในวิดีโอเกม Band Hero ซึ่งเป็นเกมดนตรี ในการเล่นวิดีโอเกม Band Hero ผู้เล่นจะต้องเลือกเพลงที่ต้องการเล่น และเลือกตัวละครที่ผู้เล่นต้องการเล่น ระหว่างการเล่นจะมีตัวโน้ตดนตรีปรากฏลงมา ก่อนที่จะถึงเส้นที่กำหนดไว้ในเกม ผู้เล่นจะต้องกดปุ่มควบคุมด้วยจอยสติ๊กให้ทันตัวโน้ตแต่ละตัว แล้วตัวละครนั้นๆก็จะแสดงท่าทางระหว่างเพลง โจทก์อนุญาตให้จำเลยใช้ชื่อ อัตลักษณ์ของสมาชิกในวิดีโอเกม Band Hero ให้จำเลยใช้เพลงของโจทก์ 3 เพลง และตกลงที่จะทำการบันทึกภาพและท่าทางการเคลื่อนไหว เช่น ท่าเต้น ท่าทางขณะร้องเพลง และยังบันทึกเสียงของ ถ่ายภาพและบันทึกอัตลักษณ์ของสมาชิกวงดนตรี โดยมีการบันทึกท่าทาง การเต้น การร้อง รวมถึงบันทึกเสียงของ Gwen Stefani ด้วย และสร้างเป็นตัวละคร (Avatar) แต่อย่างไรก็ตาม จำเลยกลับใช้ตัวละครสมาชิกของโจทก์นอกจากที่โจทก์อนุญาต เนื่องจากในเกม Band Hero จะอนุญาตให้ผู้เล่นปลดล็อกความสามารถของตัวละคร ผู้เล่นสามารถเลือกให้ Gwen Stefani ร้องเพลงของวงดนตรีอื่น หรือร้องเสียงผู้ชายได้ หรือเล่นเพลงโดยมีสมาชิกไม่ครบวงดนตรีของโจทก์⁶⁴ ซึ่งโจทก์ไม่ได้ยินยอม แม้จำเลยจะอ้างว่าได้จ้างนักแสดงอื่นเลียนแบบท่าทางของโจทก์ ในการแสดงเพลงอื่นๆก็ตาม แต่การใช้อัตลักษณ์ของโจทก์ในตัวละครดังกล่าววนนอกเหนือไปจากที่โจทก์ยินยอมทำให้สิทธิในชื่อเสียงของโจทก์ได้รับผลกระทบแล้ว

⁶¹ *Ibid*, at 42.

⁶² *Ibid*, at 42-43.

⁶³ *No Doubt v. Activision Publishing, Inc.*, 192 Cal.App.4th 1018 (2011).

⁶⁴ *Ibid*, at 1024.

4.4 การใช้อัตลักษณ์ของบุคคลในวิดีโอเกมเป็นผลให้ได้รับความเสียหายเป็นตัวแทน

การพิจารณาองค์ประกอบข้อนี้ บุคคลที่ถูกนำอัตลักษณ์ไปใช้ในวิดีโอเกมจะต้องแสดงให้เห็นว่าอัตลักษณ์ของตนเช่น ชื่อ สกุล หรือความเหมือนคล้ายมีคุณค่าทางพาณิชย์อย่างแท้จริง ยิ่งอัตลักษณ์นั้นทำให้บุคคลมีชื่อเสียงหรือเป็นที่จดจำได้มากเพียงไร ยิ่งทำให้ได้รับความเสียหายเป็นตัวแทนมากขึ้นเท่านั้น⁶⁵

มีข้อสังเกตในคดี *Ribeiro v. Epic Games, Inc.*⁶⁶ โจทก์เป็นนักแสดงที่มีชื่อเสียง เคยรับบทเป็น “Carlton Banks” ในละครซีรีส์เรื่อง “The Fresh Prince of Bel-Air” ในละครดังกล่าวโจทก์คิดทำเต้นที่มีท่าทางโดยเฉพาะ จนถูกเรียกขานว่า “The Carlton Dance” จำเลยเป็นผู้พัฒนาและจำหน่ายวิดีโอเกม “Fortnite” จำเลยสร้างท่าเต้นชื่อว่า “Fresh” คล้ายกับท่าเต้นของโจทก์โดยไม่ได้รับความยินยอมจากโจทก์และจำหน่ายให้แก่ผู้เล่น ผู้เล่นสามารถนำท่าเต้นดังกล่าวไปใช้กับ Avatar ของตนในวิดีโอเกม Fortnite โจทก์ฟ้องจำเลยในหลายประเด็น เช่น ท่าเต้นของโจทก์ย่อมได้รับการคุ้มครองด้วยลิขสิทธิ์ การนำไปใช้เป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม และการละเมิดสิทธิในชื่อเสียง สำหรับประเด็นเกี่ยวกับการพิสูจน์การใช้อัตลักษณ์ของโจทก์ทางพาณิชย์นั้น ในคำฟ้องคดีดังกล่าวระบุว่า โจทก์มีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากรายได้ของจำเลยในจำนวนที่จะต้องกล่าวกันต่อไปในชั้นพิจารณา⁶⁷ เช่นนี้ ในการพิจารณาโจทก์ก็ต้องมีหน้าที่พิสูจน์ถึงรายได้ของท่าเต้น Fresh ที่จำเลยนำท่าเต้นของโจทก์ไปใช้ว่าสร้างรายได้เป็นตัวแทนให้แก่จำเลยมากน้อยเพียงใด ซึ่งจะไม่นำความเสียหายต่อจิตใจมาพิจารณา เนื่องจากความเสียหายต่อจิตใจและความรู้สึกน่าจะเป็นเรื่องของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว⁶⁸ เนื่องจากแม้ความเสียหายต่อจิตใจ ความรู้สึก หรือศักดิ์ศรีจะขอให้ชดใช้เป็นตัวแทนก็ตาม บุคคลที่มีชื่อเสียงเมื่ออยู่ในที่สาธารณะแล้วความเป็นอยู่ส่วนตัวย่อมลดลง บุคคลที่มีชื่อเสียงเหล่านั้นย่อมต้องได้รับความคุ้มครองด้วยสิทธิในชื่อเสียงมากกว่าสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว⁶⁹

4.5 ข้อสังเกตเกี่ยวกับขอบเขตอัตลักษณ์ของบุคคลตามสถานะทางกฎหมายไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 28 รับรองสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของบุคคล ส่วนมาตรา 32 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เกียรติยศ ชื่อเสียง และครอบครัว” วรรคสอง บัญญัติว่า “การกระทำอันเป็นการละเมิดหรือกระทบต่อสิทธิของบุคคลตามวรรคหนึ่ง หรือการนำข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้ประโยชน์ไม่ว่าในทางใดๆ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อบังคับให้เป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ” แต่อย่างไรก็ตาม ไม่มีกฎหมายไทยที่เฉพาะเจาะจงที่ระบุว่าอัตลักษณ์ของบุคคลมีขอบเขตเพียงไร ขึ้นอยู่กับว่าอัตลักษณ์ที่ถูกนำไปใช้เป็นสิ่งใด เช่น หากมีการใช้ชื่อหรือนามของบุคคล อาจต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 18 ซึ่งเป็นสิทธิเด็ดขาดที่กฎหมายรับรอง ที่จะต้องพิจารณาตามมาตรา 420 ส่วนการทำให้เสียหายต่อชื่อเสียงแตกต่างจากการใช้ชื่อหรือนาม เพราะชื่อเสียงเป็นสิทธิคนละอย่างกับชื่อหรือนาม⁷⁰ นอกจากนี้สิทธิในการใช้อัตลักษณ์ของบุคคลในวิดีโอเกมก็ต้องพิจารณาว่าเป็น “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” ตามมาตรา 420 หรือไม่ ซึ่งสิทธิดังกล่าวเป็น “คำกว้างครอบคลุมความเสียหายทุก

⁶⁵ Matthew G. Matzkin, supra note 52, p.234.

⁶⁶ *Ribeiro v. Epic Games, Inc.*, No. 2:18-cv-10412 (C.D. Cal. Dec. 17, 2018) Retrieve on July 13, 2019, from <https://assets.documentcloud.org/documents/5668523/Carlton.pdf>

⁶⁷ *Ibid*, p.17.

⁶⁸ Lindsay Korotkin, supra note 39, p.278.

⁶⁹ Mark P. McKenna, “The Right of Publicity and Autonomous Self-Definition,” *University of Pittsburgh Law Review*, Vol. 67, pp.225-294 (2005), p.228.

⁷⁰ สุขุม ศุภนิติย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2553), น.88.

อย่าง”⁷¹ หากมีการใช้ภาพหรือท่าทางการเคลื่อนไหวของบุคคลก็อาจต้องพิจารณาตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า และลิขสิทธิ์ต่อไป

5. ตัวอย่างคดีที่เกี่ยวข้องกับการใช้อัตลักษณ์ของบุคคลในวิดีโอเกม

5.1 *Lohan v. Take-Two Interactive Software, Inc.*

ผู้ผลิตเกมค่าย Rockstar ผลิตเกม Grand Theft Auto หรือ GTA มีหลายภาค⁷² เป็นเกมประเภทแอคชั่น-ผจญภัย ในภาค Grand Theft Auto V⁷³ เป็นวิดีโอเกมพิพาทในคดี *Lohan v. Take-Two Interactive Software, Inc.*⁷⁴ มีเรื่องราวที่อยู่ในรัฐจำลองชื่อว่า “San Andreas” ในเมือง “Los Santos” ซึ่งเมืองจำลองดังกล่าวจำลองมาจากเมืองลอสแอนเจลิส มลรัฐแคลิฟอร์เนีย โจทก์คือ Lindsay Lohan เป็นนักแสดงหญิงที่มีชื่อเสียง จำเลยเป็นบริษัทผู้ผลิตเกมค่าย Rockstar สร้างเนื้อเรื่องให้ผู้เล่นเกมเล่นได้ไม่น้อยกว่า 50 ชั่วโมง ในเนื้อเรื่องแต่ละตอนนั้น ก็จะมีตอนย่อยๆ ที่เรียกว่า “Random events” ทำให้ผู้เล่นได้เล่นเสริมจากเนื้อเรื่องหลัก มีอยู่ตอนหนึ่ง ชื่อตอนว่า “Escape Paparazzi” ผู้ผลิตเกมค่าย Rockstar สร้างตัวละครผู้หญิงชื่อ “Lacey Jonas” ผู้เล่นจะต้องทำภารกิจช่วย “Lacey Jonas” หลบหนีนักข่าวและช่างภาพที่ตามแอบถ่าย ก่อนที่จะเริ่มเล่นตอนย่อยดังกล่าวจะปรากฏภาพ “Stop and Frisk” เป็นภาพของ “Lacey Jonas” เป็นผู้หญิงผมสีบลอนด์ ใส่กางเกงขาสั้น สวมหมวกฟาง สวมสร้อยคอ ใส่แว่นกันแดดอันใหญ่ สวมเสื้อยืดสีขาว ขณะถูกจับโดยเจ้าพนักงานตำรวจหญิง และภาพ “Beach Weather” ซึ่งเป็นภาพของ “Lacey Jonas” ใส่ชุดว่ายน้ำสีแดง สร้อยคอ กำลังถ่ายภาพเซลฟี่โดยโทรศัพท์มือถือ และชูมือสองนิ้ว ขณะที่ผู้เล่นขับรถพา “Lacey Jonas” เพื่อหลบหนี ตัวละครก็จะพูดโต้ตอบและเคลื่อนไหวไปพร้อมกับที่ผู้เล่นกำลังเล่นอยู่ ตัวละคร “Lacey Jonas” ใช้ใบหน้าและเสียงคล้ายกับโจทก์ โดยโจทก์อ้างว่าโจทก์มีชื่อเสียงจากการเล่นละคร ภาพยนตร์ และรายการโทรทัศน์ มาประมาณ 15 ปี ก่อนเกิดเหตุ⁷⁵ จำเลยนำวิดีโอเกม GTA V ออกจำหน่าย โดยผู้เล่นสามารถเล่นผ่านเครื่อง PlayStation และ Xbox 360 ในการโฆษณาเกมดังกล่าว จำเลยใช้ภาพ “Stop and Frisk” และ “Beach Weather” ในการจำหน่ายบนแผ่นวิดีโอเกม ทั้งในสหรัฐอเมริกา และประเทศอื่น และใช้ภาพดังกล่าวโฆษณาบนป้ายโฆษณาในมลรัฐนิวยอร์ก โจทก์ไม่ได้ให้ความยินยอมในการใช้อัตลักษณ์ของตนได้แก่ รูปโฉมและเสียง ในวิดีโอเกม GTA V จึงฟ้องจำเลยว่าจะละเมิดสิทธิในชื่อเสียงโจทก์ตาม Consolidated Laws of New York, Civil Rights มาตรา 50, 51

ตามมาตรา 51 โจทก์จะต้องพิสูจน์ว่า 1.วิดีโอเกม GTA V ใช้อัตลักษณ์ของโจทก์ คือ ชื่อ ภาพเหมือน (“Portrait”) รูปภาพ หรือเสียง 2.สำหรับวัตถุประสงค์ทางการค้า 3. ปราศจากความยินยอม 4.ในมลรัฐนิวยอร์ก ในข้อแรกศาลเห็นว่า สิทธิในชื่อเสียงตามมาตราดังกล่าวถูกบัญญัติขึ้นในปี ค.ศ. 1903 ซึ่งยังไม่มีการประดิษฐ์เทคโนโลยีดิจิทัล ปัญหาว่าตัวละคร “Lacey Jonas” ที่เคลื่อนไหวในเกมซึ่งเป็น Avatar จะถือเป็น “ภาพเหมือน”หรือไม่ เห็นว่า การตีความกฎหมายดังกล่าวจะต้องพิจารณาถึงการพัฒนาทางเทคโนโลยี และต้องตีความไปในทางที่สนับสนุนให้มี

⁷¹ เพิ่ง เพิ่งนิติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง, พิมพ์ครั้งที่ 6 (2552), น.160.

⁷² Rockstargames Website, Retrieve on May 13, 2019 from <https://www.rockstargames.com/games?Family=grand-theft-auto>.

⁷³ Rockstargames Website, Retrieve on May 13, 2019, from <https://www.rockstargames.com/games/info/V>

⁷⁴ *Lohan v. Take-Two Interactive Software, Inc.*, No. 24, 2018 WL 1524714 (N.Y. Mar. 29, 2018) accessed 13 May 2019 from <https://law.justia.com/cases/new-york/court-of-appeals/2018/24.html>

⁷⁵ *Ibid*, p.4

การสร้างและพัฒนาของสังคม ความหมายของภาพเหมือนรวมถึงภาพถ่ายและการสร้างสรรค์ทางศิลปะในอัตลักษณ์ของบุคคล ดังนั้น การสร้างตัวละคร “Lacey Jonas” ในวิดีโอเกม GTA V จึงถือเป็นภาพเหมือนตามกฎหมาย⁷⁶

ประเด็นถัดมาที่ต้องวินิจฉัยว่า ตัวละคร “Lacey Jonas” ภาพ “Stop and Frisk” และ “Beach Weather” เป็นการใช้อัตลักษณ์ของโจทก์หรือไม่ กรณีเป็นที่ชัดเจนว่าจะไม่มีการใช้อัตลักษณ์ของโจทก์ในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์หากอัตลักษณ์ของบุคคลนั้นไม่เป็นที่จดจำ กล่าวอีกนัยหนึ่งอัตลักษณ์ที่ปรากฏในวิดีโอเกมหรือภาพโฆษณาจะต้องถูกแยกแยะได้จากผู้เล่นหรือผู้พบเห็นอัตลักษณ์ของบุคคลนั้น การวินิจฉัยว่าอัตลักษณ์ดังกล่าวจะเป็นที่จดจำได้หรือไม่ ยังต้องพิจารณาจาก คุณภาพและปริมาณของลักษณะที่สามารถระบุอัตลักษณ์ได้ เห็นว่า ตัวละครและภาพดังกล่าวเป็นเพียงการอธิบายทั่วไปของ ผู้หญิงที่มีอายุประมาณยี่สิบปี โดยปราศจากลักษณะเฉพาะของบุคคล ภาพดังกล่าวเป็นศิลปะที่ไม่เด่นชัด แสดงการล้อเลียน หรือแสดงให้เห็นเพียง สไตล์ และรูปโฉมของผู้หญิงสมัยใหม่ที่ กำลังจะไปเที่ยวทะเล (ภาพ “Stop and Frisk”) และผู้หญิงคนดังกล่าวถ่ายภาพที่ทะเล (ภาพ “Beach Weather”) เท่านั้น ทั้งจำเลยไม่ได้ใช้อัตลักษณ์ใดในวิดีโอเกมที่แสดงให้ว่าเป็นโจทก์ เช่น การใช้ชื่อหรือภาพถ่ายของโจทก์ จำเลยจึงไม่ได้ละเมิดสิทธิในชื่อเสียงของโจทก์⁷⁷

คำพิพากษานี้แสดงให้เห็นถึงการตีความที่กว้างว่า Avatar เป็นภาพเหมือนอย่างหนึ่ง การตีความเช่นนี้ย่อมเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาทางเทคโนโลยีเพราะในอนาคตวิดีโอเกมที่มีความเสมือนจริงอาจใช้เทคโนโลยี Hologram ที่ฉายภาพสามมิติตัวละครในวิดีโอเกม ผู้เล่นสามารถเล่นโต้ตอบกับตัวละคร Hologram ผ่านอุปกรณ์ในอนาคต การใช้เทคโนโลยี Hologram อาจทำให้บุคคลที่เสียชีวิตไปแล้วกลับมามีชีวิต เช่น การแสดงคอนเสิร์ตกับราชาเพลงป๊อป Michael Jackson หรือ นักร้องแร็ปอายุ 2Pac ที่เสียชีวิตไปแล้ว⁷⁸ หรือในกรณีที่เทคโนโลยี Deepfake ซึ่งใช้ปัญญาประดิษฐ์ในการสร้างใบหน้าของบุคคลอื่นแทนใบหน้าของบุคคลอีกคนหนึ่ง⁷⁹ กับวิดีโอเกมที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับเพศหรืออนาจาร ซึ่งกรณีดังกล่าวยังไม่เคยเกิดเป็นคดีในประเทศไทย แต่ผู้เชี่ยวชาญเชื่อว่าอาจเกิดขึ้นได้ในอนาคตในบริบทของวิดีโอเกมเพราะเทคโนโลยีดังกล่าวเกิดขึ้นแล้ว แต่ยังไม่มีการนำมาใช้ในวิดีโอเกม เมื่อตีความว่าตัวละครในวิดีโอเกมเป็นภาพเหมือนแล้วจึงพิจารณาต่อไปว่าภาพเหมือนนั้นทำให้ผู้เล่นวิดีโอเกมรู้ได้ทันทีว่าตัวละครนั้นเป็นโจทก์หรือไม่ และต้องนำสืบพยานหลักฐานเกี่ยวกับจำนวนผู้เล่นกับการจดจำอัตลักษณ์ของบุคคลดังเช่นในคดี *Pesina*

5.2 *Noriega v. Activision Blizzard, Inc, et al*⁸⁰

วิดีโอเกม *Call of Duty*⁸¹ เป็นของผู้ผลิตค่าย Activision Blizzard ผู้เล่นเกมจะเล่นเป็นตัวละครทหารในสงครามต่าง ๆ ตั้งแต่สงครามโลกและเหตุการณ์สำคัญในอดีตหรือเหตุการณ์ในอนาคตที่ผู้สร้างจำลองขึ้นมา เช่น สงครามโลกครั้งที่สาม เกม *Call of Duty* มีหลายภาคด้วยกัน ในวิดีโอเกม *Call of Duty: Black Ops II* มีภารกิจตอนหนึ่งจำลองเหตุการณ์ในช่วงปี ค.ศ. 1980 ปรากฏฉากที่ตัวละครที่คล้ายกับ อดีตผู้นำเผด็จการประเทศปานามา ชื่อ Manuel Noriega ผู้ผลิตเกมค่าย Activision Blizzard สร้างตัวละคร Manuel Noriega จากการรวบรวมวิดีโอ

⁷⁶ *Ibid*, p.9.

⁷⁷ *Ibid*, pp.10-11.

⁷⁸ Hayley Tsukayama, “How the Tupac ‘hologram’ works,” (18 April 2012) Retrieve on May 13, 2019, from https://www.washingtonpost.com/business/technology/how-the-tupac-hologramworks/2012/04/18/gIQA1ZVYQT_story.html?utm_term=.b1ec11cc25ff.

⁷⁹ Holly Kathleen Hall, “Deepfake Videos : When Seeing Isn’t Believing,” *Catholic University Journal of Law and Technology*, Vol.27, pp.51-76 (2018), p.63.

⁸⁰ *Noriega v. Activision Blizzard, Inc, et al*, No. BC 551747 in the Superior Court of California, County of Los Angeles (27 Oct. 2014).

⁸¹ *Callofduty* Website, Retrieve on May 13, 2019, from <https://www.callofduty.com/>

ตามข่าวต่าง ๆ ให้มีดวงตา สีส้ม โครงสร้างใบหน้า เสี่ยง และท่าทางการเคลื่อนไหวคล้ายกับ Manuel Noriega ในปี ค.ศ. 2014 โจทก์ Manuel Noriega ฟ้องผู้ผลิตเกมค่าย Activision Blizzard เป็นจำเลยว่า จำเลย 1. ใช้อัตลักษณ์ของโจทก์ในการเพิ่มยอดขายเกม Call of Duty: Black Ops II 2. มีส่วนร่วมในการใช้ผิดวัตถุประสงค์ที่เห็นได้ชัด การแสวงหาประโยชน์ที่ผิดกฎหมาย และการใช้อัตลักษณ์ของโจทก์เพื่อผลประโยชน์ทางพาณิชย์ 3. แสดงให้เห็นว่า โจทก์เป็นคู่ปรับของผู้เล่นและเป็นผู้กระทำความผิดที่ชั่วร้ายหลายคดี และ 4. ทำให้โจทก์เสียชื่อเสียง

จำเลยให้การว่า 1. วิดีโอเกมดังกล่าวเป็นเกมประเภทยิงจากมุมมองบุคคลที่หนึ่ง ผู้เล่นสวมบทบาทเป็นทหารราบในแต่ละสมรภูมิสงคราม 2. เนื้อเรื่องถูกสร้างขึ้นในสมัยสงครามเย็น 3. จำเลยพัฒนาเกมนี้เป็นเวลา 2 ปี มีค่าใช้จ่ายกว่า 100 ล้านดอลลาร์สหรัฐ มีทีมออกแบบมากกว่า 250 คน 4. อัตลักษณ์ของโจทก์ปรากฏเพียง 2 ภารกิจ จาก 11 ภารกิจ ในยุคสงครามเย็น และปี ค.ศ. 2025 5. อัตลักษณ์ของโจทก์เป็นหนึ่งในจำนวน 45 ตัวละคร รวมถึงตัวละครทางประวัติศาสตร์อื่น 6. ผู้เล่นไม่สามารถควบคุมละครโจทก์ผ่านมุมมองผู้เล่นที่หนึ่งได้ 7. ตัวละครโจทก์ปรากฏเพียงไม่กี่นาที 8. จำเลยไม่ได้ใช้อัตลักษณ์ของโจทก์ในการโฆษณาวิดีโอเกม

ศาล Superior Court of California, County of Los Angeles เห็นว่า การใช้อัตลักษณ์ของโจทก์ในวิดีโอเกมของจำเลยเป็นการใช้โดยเปลี่ยนรูปแบบ การใช้รูปภาพของโจทก์ที่มีอยู่ในสาธารณะเป็นเพียงส่วนประกอบหนึ่ง (“raw materials”) แต่ไม่ใช่ส่วนประกอบสำคัญ (“very sum and substance”) ของวิดีโอเกมจำเลย แม้การตลาดและมูลค่าทางเศรษฐกิจของวิดีโอเกมมาจากอัตลักษณ์ของโจทก์ก็ตาม แต่วิดีโอเกม Call of Duty: Black Ops II เป็นผลงานจากการสร้างสรรค์ด้วยวิจรรย์ญาณ ทักษะ และชื่อเสียงของจำเลย⁸² วิดีโอเกมของจำเลยจึงได้รับการคุ้มครองด้วยหลักการใช้โดยเปลี่ยนรูปแบบ (Transformative use test) ซึ่งอยู่ภายใต้เสรีภาพในการแสดงออก⁸³

จากคดีดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเป็นการใช้อัตลักษณ์ของบุคคลในบริบทวิดีโอเกมที่มีการอิงประวัติศาสตร์ หากเปรียบเทียบกับคดี *Guglielmi v. Spelling-Goldberg Productions*⁸⁴ โจทก์เป็นทายาทของนักแสดง Rudolph Valentino เสียชีวิตในปี ค.ศ. 1926 จำเลยใช้อัตลักษณ์ของ Rudolph Valentino ในรายการโทรทัศน์เกี่ยวกับชีวประวัติของ Rudolph Valentino โดยใช้ชื่อ ท่าทาง และภาพ โดยไม่ได้รับความยินยอมจากโจทก์ ศาลเห็นว่าสิทธิในชื่อเสียงไม่อาจสืบทอดไปยังทายาทได้⁸⁵ แต่ Justice Bird มีความเห็นพ้องที่มีเหตุผลต่างกันว่า เหตุการณ์ ผู้คนหรือสัญลักษณ์ที่ร่วมสมัยจะถูกใช้เป็นประจำในงานสมมติ ผู้เขียนนิยายอาจจะโน้มน้าวใจด้วยการใช้เหตุการณ์ในอดีตบรรยายแก่ผู้อ่าน ผู้เขียนนิยายไม่อาจถูกบังคับให้เขียนนิยายจากโลกแห่งเทพนิยายหรือสร้างตัวละครที่ปราศจากเหตุการณ์จากชีวิตจริง สิทธิในชื่อเสียงไม่อาจจะป้องกันบุคคลจากการถูกวาดภาพการ์ตูนล้อเลียน เสียดสี หรือล้อเลียน ซึ่งก็คือความคิดสร้างสรรค์ จึงเป็นที่แน่นอนว่าการแสดงออกอย่างอิสระจะลดลงหากบุคคลสำคัญในปัจจุบันหรืออดีตถูกห้ามไม่ให้ใช้เป็นหัวข้อแห่งการจินตนาการของผู้เขียนหรือนวนิยาย ดังนั้นบุคคลสาธารณะในอดีตจึงไม่มีสิทธิในชื่อเสียงเมื่ออัตลักษณ์ของบุคคลนั้นถูกใช้ในงานที่เกี่ยวข้องกับอดีต หากกำหนดให้บุคคลสาธารณะในอดีตในช่วงเหตุการณ์ใดที่สำคัญในอดีตได้รับการคุ้มครองในอัตลักษณ์ของตน การสร้างสรรค์นวนิยายทางประวัติศาสตร์หรือเหตุการณ์สำคัญในอดีต หรือบุคคลสำคัญคงไม่อาจกระทำได้⁸⁶

ความเห็นของ Justice Bird ดังกล่าวย่อมส่งผลต่อวิดีโอเกมที่มีเนื้อหาทางประวัติศาสตร์ เช่น การใช้เหตุการณ์หรือบุคคลสำคัญในอดีตมาสร้างเป็นวิดีโอเกม ทำให้ผู้เล่นได้เล่นเป็นตัวละครที่เสียชีวิตไปแล้ว แต่การใช้

⁸² *Noriega v. Activision Blizzard, Inc, et al, supra note 71, p.5.*

⁸³ วุฒิ ศรีธีระวิศาล, “การใช้เอกลักษณ์ของบุคคลในวิดีโอเกมของประเทศสหรัฐอเมริกา : หลักการใช้โดยเปลี่ยนรูปแบบใหม่,” *วารสารรวมคำแห่ง ฉบับนิติศาสตร์*, ปีที่ 7, ฉบับที่ 1, น.1-26 (2561).

⁸⁴ *Guglielmi v. Spelling-Goldberg Productions* 603 P.2d 454 (Cal. 1979).

⁸⁵ *Ibid*, at 455.

⁸⁶ *Ibid*, at 460-462.

ดังกล่าวก็ต้องพิจารณาด้วยว่าเป็นการใช้โดยเปลี่ยนรูปแบบดังเช่นในคดี *Noriega* หรือไม่ เนื่องจากการใช้อัตลักษณ์โดยเปลี่ยนรูปแบบในวิดีโอเกมไม่จำเป็นต้องเปลี่ยนรูปของอัตลักษณ์ แต่เปลี่ยนวัตถุประสงค์ในการใช้ก็ได้⁸⁷

แต่อย่างไรก็ตาม ชื่อเสียงของบุคคลอาจเกิดจากการกระทำที่ผิดกฎหมาย ความโชคดียางอย่าง หรือการมีส่วนร่วมในกิจกรรมใดกิจกรรมหนึ่ง อาจถูกโต้แย้งได้ว่าบุคคลเหล่านี้ไม่สมควรที่จะมีสิทธิในชื่อเสียง เช่น Manuel Noriega ไม่ได้เป็นนักกีฬาหรือนักแสดง ชื่อเสียงไม่ได้มาจากความพยายามในการพัฒนาทักษะและความสามารถ แต่มาจากประวัติศาสตร์ในประเทศปานามาในฐานะที่เป็นเผด็จการที่มีอำนาจควบคุมรัฐบาลปานามา ทั้งเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดอาญา⁸⁸ หากอนุญาตให้บุคคลเหล่านี้มีสิทธิในชื่อเสียงดังกล่าวและนำคดีมาฟ้องผู้พัฒนาวิดีโอเกม ย่อมส่งผลให้ผู้พัฒนาวิดีโอเกมไม่อาจพัฒนาวิดีโอเกมที่เกี่ยวข้องกับเหตุการณ์หรือบุคคลสำคัญในอดีต และส่งผลให้สังคมไม่อาจเข้าถึงวิดีโอเกมที่เกี่ยวข้องกับเหตุการณ์หรือบุคคลสำคัญในอดีต อัตลักษณ์ของบุคคลในทางประวัติศาสตร์จึงควรตกแก่สังคมให้ผู้พัฒนาวิดีโอเกมสามารถนำไปใช้ได้

บทสรุป

สิทธิในชื่อเสียงเป็นสิทธิของบุคคลที่ป้องกันไม่ให้บุคคลอื่นใช้อัตลักษณ์ของบุคคลใดในการแสวงหาประโยชน์จากอัตลักษณ์ของบุคคลนั้นโดยไม่ได้รับอนุญาต สิทธิในชื่อเสียงคุ้มครองทั้งบุคคลที่มีชื่อเสียงและบุคคลธรรมดา การใช้อัตลักษณ์ของบุคคลในวิดีโอเกมต่างจากการใช้อัตลักษณ์ของบุคคลในสิ่งอื่น ตัวละครในวิดีโอเกมมีความสามารถที่จะกระทำการต่างๆตามเนื้อเรื่องในแต่ละประเภทของวิดีโอเกม หากมีปัญหาที่ต้องพิจารณาในประเทศไทย บทความนี้ให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับแนวทางในการพิจารณาการใช้อัตลักษณ์ของบุคคลในวิดีโอเกมจากตัวอย่างคดีของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาว่า บุคคลที่ถูกนำอัตลักษณ์ไปใช้ในวิดีโอเกมนั้นจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า วิดีโอเกมใช้อัตลักษณ์ของตน การใช้อัตลักษณ์ของบุคคลต้องใช้เพื่อประโยชน์ทางพาณิชย์ โดยไม่ได้รับความยินยอม และเป็นผลให้ได้รับความเสียหายเป็นตัวเงิน แต่การวินิจฉัยหลักดังกล่าวจะต้องคำนึงถึงแนวความคิดในการให้ความคุ้มครองสิทธิในชื่อเสียงและเทคโนโลยีที่ทำให้วิดีโอเกมมีความสมจริงมากขึ้น นอกจากนี้ แนวทางในการพิจารณาการใช้อัตลักษณ์ของบุคคลในมุมมองของผู้พัฒนาวิดีโอเกมก็แตกต่างจากมุมมองของบุคคลที่ถูกนำอัตลักษณ์ไปใช้ ซึ่งก็จะต้องทำการศึกษาต่อไป

⁸⁷ Matthew D. Bunker and Clay Calvert, “Video Games and the Right of Publicity : The Courts Drop the Ball,” *Journalism & Mass Communication Quarterly*, Vol.93, No.2, pp.627-623 (2016), pp.636-637, 640.

⁸⁸ Joshua Sinclair, “Noriega v. Activision/Blizzard: The First Amendment Right to Use a Historical Figure's Likeness in Video Games,” *Duke Law & Technology Review*, Vol.14, pp.69-82 (2015), pp.79-80.

บรรณานุกรม

หนังสือ

เพ็ญ เพ็งนิตติ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง. พิมพ์ครั้งที่ 6 (2552).

สุขุม ศุภนิตย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 7 กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ. 2553.

วิทยานิพนธ์

จิตติ ศรีสินธรา. “การศึกษาคุณลักษณะของเกมออนไลน์การรับรู้ข้อมูลข่าวสาร และพฤติกรรมผู้บริโภคของผู้เล่นเกม.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิเทศศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ. 2561.

ชุตีวัต ประดิษฐ์พัสดรา. “มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมเกมส์ที่มีลักษณะรุนแรง.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2559.

บทความ

วุฒิ ศรีธีระวิศาล. “การใช้เอกลักษณ์ของบุคคลในวิดีโอเกมของประเทศสหรัฐอเมริกา : หลักการใช้โดยเปลี่ยนรูปใหม่.” วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์. ปีที่ 7. ฉบับที่ 1. น.1-26. (2561).

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

เว็บไซต์พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2544., <http://www.royin.mgo.th/dictionary/>. 9 พฤษภาคม 2562

BOOKS

Andy Ramos Gil de la Haza. “Video Games : Computer Programs or Creative Works?.” in WIPO Magazine (August 2014). pp.35-40.

David Tan. The Commercial Appropriation of Fame Cambridge University Press. 2017.

Garima Budhiraja. "Publicity Rights of Celebrities : An Analysis Under the Intellectual Property Regime." NALSAR Student Law Review. Vol.7. No.5. pp.85-108. (2011).

Gretchen A. Pemberton. “The Parodist's Claim to Fame : A Parody Exception to the Right of Publicity.” U.C. Davis Law Review, Vol.27. pp.97-140. (1993).

J. Thomas McCarthy. The Rights of Publicity and Privacy (2nd Thomson Reuters, 2010) Vol.1.

Jason Ross. “Licensing and Access Problems Producers of Video Games Face in Foreign Markets : A Case Study.” Hastings International and Comparative Law Review. Vol. 35. Issue 2. pp.429-450. (2012).

Joshua Sinclair. Noriega v. Activision/Blizzard: The First Amendment Right to Use a Historical Figure's Likeness in Video Games. Duke Law & Technology Review. Vol.14. pp.69-82. (2015).

Laura Lee Stapleton and Matt McMurphy. “The Professional Athlete's Right of Publicity.” Marquette Sports Law Review. Vol.10. Issue 1. pp.23-68. (1999).

Lindsay Korotkin. “Finding reality in the right of publicity.” Cardozo Law Review, Vol.34, pp.268-313 (2013).

Mark A. Lemley and Eugene Volokh. “Law, Virtual Reality, and Augmented Reality.” University of Pennsylvania Law Review. Vol.166. pp.1051-1138. (2018).

Mark P. McKenna. “The Right of Publicity and Autonomous Self-Definition.” University of Pittsburgh Law Review. Vol.67. pp.225-294 (2005).

Matthew D. Bunker and Clay Calvert. “Video Games and the Right of Publicity: The Courts Drop the Ball.” Journalism & Mass Communication Quarterly. Vol.93. No.2. pp.627-623. (2016).

Matthew G. Matzkin. “Getting’ Played: How the Video Game Industry Violates College Athletes’ Rights of Publicity by Not Paying for Their Likenesses.” Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review. Vol. 21. Issue 2. pp. 227-252. (2001).

Melville B. Nimmer. “The Right of Publicity.” Law and Contemporary Problems. Vol.9. pp.203-223 (Spring 1954).

R. Garrett Rice. “Groove Is in the Hart: A Workable Solution for Applying the Right of Publicity to Video Games.” Washington and Lee Law Review. Vol. 72. Issue 1. pp.317-378. (2015).

Robert Nozick, Anarchy, State, and Utopia (1974).

William L. Prosser, “Privacy,” California Law Review Vol.48, No.3, pp.383-423 (August 1960).

ARTICLES

Barton Beebe. “What Trademark Law Is Learning from the Right of Publicity.” Columbia Journal of Law & the Arts. Vol.42, No.3. pp.389-398 (2019).

Brandon Johansson. “Pause the Game : Are Video Game Producers Punting Away the Publicity Rights of Retired Athletes.” Nevada Law Journal. Vol.10. pp.784-810 (2010).

Daniel Gervais and Martin L Holmes, “Fame, Property, and Identity.” Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal, Vol.XXV, pp.181-225 (2014).

Fred M. Weiler. “The Right of Publicity Gone Wrong: A Case for Privileged Appropriation of Identity.” Cardozo Arts & Entertainment Law Journal. Vol.13. Issue1. pp.223-274. (1994).

Holly Kathleen Hall. “Deepfake Videos: When Seeing Isn’t Believing.” Catholic University Journal of Law and Technology. Vol.27. pp.51-76. (2018).

Jamie M. Litty. “How Real Is Too Real for the Law: Realism versus Right of Publicity in Video Game Design.” Journal of Broadcasting and Electronic Media, Vol. 60. Issue3. pp.373-388 (September 2016).

Jeremy Sheff. “Scope and Justification of the Right of Publicity.” Columbia Journal of Law & the Arts. Vol.42. No.3. pp.333-336. (2019).

ELECTRONIC MEDIA

Apple Website. <https://itunes.apple.com/th/genre/ios-games/id6014?mt=8>. May 10, 2019.

Callofduty Website. <https://www.callofduty.com>. May 13, 2019.

Dean Takahashi. “How EA quickly captures 3D scans of athletes’ faces for its sports games.” (20 January 2019). <https://venturebeat.com/2019/01/20/how-ea-quickly-captures-3dscans-of-athletes-faces-for-its-sports-games/>. May 10, 2019.

ESA Website. “U.S. Video Game Sales Reach Record-Breaking \$43.4 Billion in 2018” (22 January 2019). <http://www.theesa.com/article/u-s-video-game-sales-reach-record-breaking-43-4-billion-2018>, May 9, 2019

Entertainment Software Association. “2018 SALES, DEMOGRAPHIC, AND USAGE DATA : ESSENTIAL FACTS ABOUT THE COMPUTER AND VIDEO GAME INDUSTRY.” (2018). http://www.theesa.com/wp-content/uploads/2018/05/EF2018_FINAL.pdf. May 10, 2019 .

Hayley Tsukayama. “How the Tupac ‘hologram’ works.” (18 April 2012). https://www.Washingtonpost.com/business/technology/how-the-tupachologramworks/2012/04/18/gIQA1ZVyQT_story.html?utm_term=.b1ec11cc25ff. May 13, 2019.

Ian Sherr. “Microsoft’s HoloLens 2 isn’t meant for you, but it could change your tech in the future.” (28 February 2019). <https://www.cnet.com/news/microsofts-hololens-2-isnt-meant-for-you-but-it-could-change-your-tech-in-the-future/>. May 10, 2019.

Nicolas Esposito. “A Short and Simple Definition of What a Videogame Is.” Proceedings of DiGRA 2005 Conference : Changing Views – Worlds in Play. pp.1-6 (2005). https://www.researchgate.net/publication/221217421_A_Short_and_Simple_Definition_of_What_a_Videogame_Is. May 10, 2019.

Rodrigo Lopes. “EA Sports is the official videogame partner of Real Madrid until 2018.” (21 July 2015). <https://www.fifagamenews.com/ea-sports-videogame-partner-real-madrid/>. May 10, 2019.

Steam Website. <https://store.steampowered.com/games>. May 10, 2019.

Rightofpublicity Website. <http://rightofpublicity.com/statutes>. May 13, 2019.

Rockstargames Website. <https://www.rockstargames.com/games?family=grand-theft-auto>. May 10, 2019.

Rockstargames Website. <https://www.rockstargames.com/games/info/V>. May 13, 2019.

2k Website. “NBA 2K19 - HOW TO SCAN YOUR FACE..” <https://support.2k.com/hc/en-us/articles/360008136554-NBA-2K19-How-To-Scan-Your-Face>. May 10, 2019.

OTHER DUCUMENT

Ribeiro v. Epic Games, Inc., No. 2:18-cv-10412 (C.D. Cal. Dec. 17, 2018).

Guglielmi v. Spelling-Goldberg Productions 603 P.2d 454 (Cal. 1979).

Hilton v. Hallmark Cards, 599 F.3d 894 (9th Cir. 2010), at 909.

Lohan v. Take-Two Interactive Software, Inc., No. 24, 2018 WL 1524714 (N.Y. Mar. 29, 2018)

Motschenbacher v. R J Reynolds Tobacco Company 498 F.2d 821 (9th Cir. 1974)

No Doubt v. Activision Publishing, Inc., 192 Cal.App.4th 1018 (2011).

Noriega v. Activision Blizzard, Inc, et al, No. BC 551747 in the Superior Court of California, County of Los Angeles (27 Oct. 2014).

Pesina v. Midway Manufacturing Co., 948 F. Supp. 40 (N.D. Ill. 1996).

Uhlaender v. Henricksen, 316 F. Supp. 1277 (D. Minn. 1970).

White v. Samsung Elecs. Am., Inc., 971 F.2d 1395 (9th Cir.1992).

การใช้อำนาจของเจ้าพนักงานเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารในกิจการโทรคมนาคม
อันเป็นข้อมูลส่วนบุคคล

USE OF POWER BY THE GOVERNMENT OFFICIAL TO ACCESS THE PRIVATE
INFORMATION IN COMMUNICATION INDUSTRY

วิทยา เชื้ออภัย*

Widthaya Chaue-A-phai

บทคัดย่อ

เจ้าพนักงานใช้อำนาจตามกฎหมายในการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารในกิจการโทรคมนาคม จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องสร้างมาตรฐานให้เกิดความสมดุลระหว่างการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยด้านความมั่นคงแห่งรัฐกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในการสื่อสารตามรัฐธรรมนูญ เพื่อให้เกิดการยอมรับจากสังคมทั่วไป การใช้อำนาจของเจ้าพนักงานในการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารอันถือเป็นข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องมีความเหมาะสมและได้รับความเชื่อมั่นจากการใช้อำนาจไม่เป็นการทุจริต แม้จะเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายก็ตาม และควรใช้ประโยชน์จากการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารอย่างระมัดระวังเพื่อให้เกิดการยอมรับจากประชาชนโดยทั่วไป

ABSTRACT

Government officer uses the law to access the private information in telecommunication beyond the scope of power. Thus, it is absolutely necessary to create the rules and standard of practice in order to create the balance between using the laws by the government officers to keep the peace and stability of the regime and the protection of the rights of the people in free expression in accordance to the Thai's Constitution. To let the public accept the use of power by the government officer to access the private information, there must be a standard use of appropriate power, and the use of power must be fair and not dishonored to the public. Even though there is a law that entitle the government officer to access the private information, nevertheless it should be done carefully so that the government can gain the public trust.

* นักศึกษาคณะนิติศาสตร์ หลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

การพัฒนาเทคโนโลยีสารสนเทศทางการสื่อสาร ส่งผลให้เกิดปรากฏการณ์ทางสังคมในด้านการติดต่อสื่อสารระหว่างบุคคลอย่างเป็นอิสระ และเป็นการสร้างเครือข่ายแบบไร้พรมแดน ทำให้เกิดการสร้างนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในสังคมมากขึ้น อาจเอื้อต่อการเกิดรูปแบบของภัยคุกคามที่หลากหลาย อาทิเช่น ภัยคุกคามจากการก่อการร้าย อาชญากรรมข้ามชาติ ยังส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของชาติในมิติต่าง ๆ โดยอาศัยโอกาสก่อภัยคุกคามจากการติดต่อสื่อสาร จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่แต่ละประเทศต้องมีการกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการเข้าถึงข้อมูลการติดต่อสื่อสารระหว่างบุคคลเพื่อให้เกิดความมั่นคงของชาติ

ผลลัพธ์จากพัฒนาเทคโนโลยีสารสนเทศที่เห็นได้ชัดเจนที่สุด คือ เทคโนโลยีสารสนเทศทางการสื่อสาร ประกอบกับข้อมูลการติดต่อสื่อสารระหว่างบุคคลนั้นถือได้ว่าเป็นข้อมูลส่วนบุคคลที่กฎหมายให้สิทธิการคุ้มครอง มิให้มีการแทรกแซงข้อมูลการติดต่อสื่อสาร ตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 12 บุคคลใดจะถูกกระทำโดยไม่มีเหตุอันควรที่กระทบต่อความเป็นส่วนตัว ครอบครัว ที่อยู่อาศัยหรือการติดต่อสื่อสารหรือถูกหมิ่นในเกียรติและชื่อเสียง ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย จากการกระทำอันไม่สมควรดังกล่าวนี้¹

เมื่อการพัฒนาทางเทคโนโลยีมีการเชื่อมโยงข้อมูลการสื่อสารอันเป็นข้อมูลส่วนบุคคลที่ได้รับการคุ้มครอง กับการใช้อำนาจของรัฐโดยเจ้าพนักงานเพื่อรักษาความมั่นคงแห่งรัฐจึงเกิดเป็นปัญหากฎหมายที่มีผลกระทบต่อหลักสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลในทุกภาคส่วนของสังคมและถือเป็นปัญหากฎหมายที่เชื่อมโยงแง่มุมกฎหมายกับการพัฒนาสังคม การมีกฎหมายที่มุ่งเน้นและให้น้ำหนักไปกับด้านความมั่นคงของรัฐ หรือเพื่อผลประโยชน์ในทางภาคธุรกิจ มากกว่าการให้ความคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลซึ่งถือได้ว่าเป็นพื้นฐานสำคัญของการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลสำหรับประเทศไทยแนวทางการปฏิบัติของการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 มาตรา 13 ส่งผลกระทบต่อเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคล ถึงแม้จะมีกลไกถ่วงดุลการใช้โดยการขออนุญาต แต่ได้มีการบัญญัติเหตุอันนำไปสู่การใช้อำนาจอย่างกว้าง จึงอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชนในด้านการเข้าถึงข้อมูลสื่อสารในกิจการโทรคมนาคม ถึงแม้ว่าจะมีพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 มาตรา 74² ได้มีการวางหลักเกณฑ์ในการป้องกันมิให้มีการกระทำอันไม่ชอบด้วยกฎหมายต่อการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารในกิจการโทรคมนาคมและมีการกำหนดบทลงโทษไว้ ซึ่งเป็นการบัญญัติเพื่อป้องกันมิให้การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือใช้ประโยชน์จากการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารในกิจการโทรคมนาคมอันถือเป็นข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งเป็นการบัญญัติสำหรับการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากเป็นการกระทำของเจ้าพนักงานที่กฎหมายให้อำนาจกระทำได้ในการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารในกิจการโทรคมนาคม จึงถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายเพราะกฎหมายให้อำนาจไว้ ในส่วนของพระราชบัญญัติข่าวกรอง พ.ศ. 2562 ได้ให้ความหมายของการข่าวกรองทางการสื่อสาร คือการใช้เทคนิคและการใช้วิธีการต่างๆ เพื่อให้ทราบความเคลื่อนไหวของข้อมูลเกี่ยวกับการสื่อสารนั้นๆ และได้มีการบัญญัติอำนาจหน้าที่ของสำนักข่าวกรองเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลต่างๆ รวมไปถึงข้อมูลการสื่อสารอันเป็นข้อมูลส่วนบุคคลด้วยหากกระทำไปโดยสุจริตตามสมควรแก่เหตุแล้วให้ถือว่าเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว³ จากกรณีดังกล่าวข้างต้นหากเจ้าพนักงานใช้อำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นเกิน

¹ Universal Declaration of Human Rights Adopted and proclaimed by General Assembly resolution 217 A (III) of 10 December 1948

Article 12 No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.

² พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544

มาตรา 74 ผู้ใดกระทำด้วยประการใดๆ เพื่อดักจับไว้ ใช้ประโยชน์หรือเปิดเผยข้อความข่าวสาร หรือข้อมูลอื่นใดที่มีการสื่อสารทางโทรคมนาคมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายต้องระวางโทษ จำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับไม่เกินสี่แสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

³ พระราชบัญญัติข่าวกรองแห่งชาติ พ.ศ. 2562

มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

ขอบเขตและเป็นการเกินกว่ากรณีแห่งความจำเป็นและเกิดความเสียหายขึ้นกับบุคคลซึ่งเป็นเจ้าของข้อมูล ความเสียหายที่เกิดขึ้นจะได้รับการเยียวยาหรือแก้ไขอย่างไรจึงถือได้ว่าเป็นปัญหาทางกฎหมายที่ต้องได้รับการแก้ไขเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพสังคมในทุกมิติ ซึ่งมีการให้ความสำคัญกับข้อมูลการสื่อสารในกิจการโทรคมนาคมอันถือเป็นข้อมูลส่วนบุคคลที่รัฐธรรมนูญให้การคุ้มครองและรับรองไว้ถือเป็นหลักการพื้นฐานด้านสิทธิมนุษยชน จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องสร้างความสมดุลระหว่างด้านความมั่นคงของรัฐและด้านสิทธิมนุษยชนให้มีความเหมาะสมที่สุด

วิเคราะห์และการให้เหตุผลทางกฎหมายในฐานะที่มีส่วนสำคัญต่อการควบคุมกำกับดูแลสังคม

สำหรับประเทศไทยปัญหาการเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคลในกิจการโทรคมนาคมเป็นเรื่องของสิทธิความเป็นส่วนตัว ส่วนตัวของบุคคลไม่มีกรอบที่ชัดเจน ส่งผลให้ไม่สามารถทราบได้ว่าการกระทำแค่นั้นที่เจ้าพนักงานสามารถจะเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคลนั้นได้ ส่งผลให้อาจจะเกิดปัญหาการละเมิดสิทธิอันเกินสมควรอีกทั้งรวมไปถึงความกังวลของผู้ต้องสงสัยไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิในลักษณะของสิทธิมนุษยชน เป็นเหตุให้หลักของการสืบสวนสอบสวนในกระบวนการยุติธรรมไม่สอดคล้องกับหลักของสิทธิมนุษยชนที่ทั่วโลกให้ความสำคัญในการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล ถือเป็นประเด็นที่ทำให้ประเทศไทยประสบปัญหาเกี่ยวกับการเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคลในด้านการสื่อสารในกิจการโทรคมนาคม ถือเป็นปัญหาต่อการพัฒนาประเทศในเรื่องของการดำเนินการทางกระบวนการยุติธรรม

หากมีการพิจารณาถึงสภาพการณ์โดยทั่วไปทางสังคมและแนวปฏิบัติตามนโยบายของภาครัฐ ที่ส่งเสริมให้มีการพัฒนาเศรษฐกิจในรูปแบบดิจิทัล เพื่อพัฒนาประเทศให้หลุดพ้นจากความยากจนและลดความเหลื่อมล้ำ เป็นไปตามยุทธศาสตร์ชาติ 20 ปี ด้านการปรับสมดุลและพัฒนาระบบการบริหารจัดการภาครัฐ ซึ่งถือว่ากระบวนการยุติธรรมต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ต่อส่วนรวมของประเทศและต้องมีความเสมอภาคและมีความสอดคล้องเหมาะสมกับบริบทต่างๆในสังคม มีความเป็นสากลเพื่อมุ่งหมายที่จะใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการพัฒนาประเทศ การบังคับใช้อย่างมีประสิทธิภาพ เท่าเทียมไม่เลือกปฏิบัติป้องกันการกระทำผิด และจับกุมผู้กระทำผิดได้อย่างถูกต้องรวดเร็ว กระบวนการยุติธรรมต้องเคารพสิทธิมนุษยชน มีความเป็นกลาง น่าเชื่อถือ โปร่งใส ตรวจสอบได้ เจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมต้องมีความกล้าหาญทางจริยธรรม มีความเป็นธรรม มุ่งให้เกิดการสร้างมาตรฐานและเพิ่มประสิทธิภาพในกระบวนการยุติธรรมเทียบเท่าระดับสากลตามหลักนิติธรรม สร้างความสมดุลระหว่างสิทธิเสรีภาพ

“การข่าวกรองทางการสื่อสาร” หมายความว่า การใช้เทคนิคและการดำเนินการกรรมวิธีทางเทคโนโลยีและเครื่องมือสื่อสาร เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับความเคลื่อนไหวในการข่าวกรองและต่อต้านข่าวกรอง

มาตรา 5 ให้สำนักข่าวกรองแห่งชาติมีหน้าที่และอำนาจ ดังต่อไปนี้

1) ปฏิบัติงานเกี่ยวกับกิจการการข่าวกรอง การต่อต้านข่าวกรอง การข่าวกรองทางการสื่อสารและรักษาความปลอดภัยฝ่ายพลเรือน

มาตรา 6 เพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 5 สำนักข่าวกรองแห่งชาติอาจสั่งให้หน่วยงานของรัฐหรือบุคคลใดส่งข้อมูลหรือเอกสารที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงแห่งชาติภายในระยะเวลาที่ผู้อำนวยการกำหนด หากหน่วยงานของรัฐหรือบุคคลดังกล่าวไม่ส่งข้อมูลหรือเอกสารภายในกำหนดเวลาโดยไม่มีเหตุอันสมควร ให้สำนักข่าวกรองแห่งชาติรายงานต่อนายกรัฐมนตรี เพื่อพิจารณาสั่งการตามที่เห็นสมควรต่อไป

ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องได้มาซึ่งข้อมูลหรือเอกสารอันเกี่ยวกับข่าวกรอง การต่อต้านข่าวกรอง การข่าวกรองทางการสื่อสาร หรือการรักษาความปลอดภัยฝ่ายพลเรือน สำนักข่าวกรองแห่งชาติอาจดำเนินการด้วยวิธีใด ๆ รวมทั้งอาจใช้เครื่องมือทางอิเล็กทรอนิกส์ เครื่องทางวิทยาศาสตร์ เครื่องมือโทรคมนาคม หรือเทคโนโลยีอื่นใด เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลหรือเอกสารดังกล่าว ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการดำเนินการให้เป็นไปตามระเบียบที่ผู้อำนวยการกำหนดโดยความเห็นชอบของนายกรัฐมนตรี โดยระเบียบดังกล่าวอย่างน้อยต้องกำหนดให้มีการบันทึกรายละเอียดขั้นตอนการดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบ เหตุผล ความจำเป็น วิธีการ บุคคลที่ได้รับผลกระทบหรืออาจได้รับผลกระทบ และระยะเวลาในการดำเนินการ รวมทั้งวิธีการป้องกัน แก้ไขและการเยียวยาผลกระทบต่อบุคคลภายนอกที่ไม่เกี่ยวข้อง

การดำเนินการตามมาตรา 6 นี้ หากได้กระทำตามหน้าที่และอำนาจโดยสุจริตตามสมควรแก่เหตุแล้ว และเป็นไปเพื่อประโยชน์ด้านความมั่นคงหรือการป้องกันภัยสาธารณะ ให้ถือว่าเป็นการกระทำโดยชอบกฎหมาย

ของประชาชนกับประโยชน์สาธารณะ⁴ และสอดคล้องกับแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 12 พ.ศ. 2560 – 2564 การบริหารจัดการภาครัฐยังมีกฎหมายหลายฉบับยังไม่มีมาตรฐานสากล เนื่องจากล้าสมัยและกรอบการตรากฎหมายยังมีจุดอ่อนหลายประการ ตลอดจนกระบวนการยุติธรรมยังขาดประสิทธิภาพและไม่สามารถอำนวยความสะดวกยุติธรรมได้อย่างเสมอภาค⁵ ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วยังมีกฎหมายจำนวนมากที่ส่งผลกระทบต่อการใช้ข้อมูลการสื่อสารในกิจการโทรคมนาคมอันถือว่าเป็นข้อมูลส่วนบุคคลของประชาชน โดยภาครัฐ อาทิเช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 มาตรา 13⁶ มีการบัญญัติให้อำนาจเจ้าพนักงานเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารไว้อย่างกว้าง ถึงแม้จะมีกลไกการตรวจสอบการใช้อำนาจโดยการขอหมายศาล แต่เมื่อ

⁴ ประกาศ เรื่อง ยุทธศาสตร์ชาติ (พ.ศ. 2561 -2580) ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 135 ตอน 82 ก หน้า 64 – 71

⁵ สรุปสาระสำคัญ แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 12 พ.ศ.2560 - 2564 สำนักคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ สำนักนายกรัฐมนตรี หน้า 9

⁶ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 มาตรา 13 ให้ยกเลิกความในมาตรา 18 และมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และให้ใช้ความต่อไปนี้เป็นแทน “มาตรา 18 ภายใต้บังคับมาตรา 19 เพื่อประโยชน์ในการสืบสวนและสอบสวนในกรณีที่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่ามีการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ หรือในกรณีที่มีการร้องขอตามวรรคสองให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้ เฉพาะที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ในการใช้เป็นหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำความผิดและหาตัวผู้กระทำความผิด

(1) มีหนังสือสอบถามหรือเรียกบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดมาเพื่อให้ถ้อยคำส่งคำชี้แจงเป็นหนังสือ หรือส่งเอกสาร ข้อมูล หรือหลักฐานอื่นใดที่อยู่ในรูปแบบที่สามารถเข้าใจได้

(2) เรียกข้อมูลจากรายการทางคอมพิวเตอร์จากผู้ให้บริการเกี่ยวกับการติดต่อสื่อสารผ่านระบบคอมพิวเตอร์หรือจากบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้อง

(3) สั่งให้ผู้ให้บริการส่งมอบข้อมูลเกี่ยวกับผู้ใช้บริการที่ต้องเก็บตามมาตรา ๒๖ หรือที่อยู่ในความครอบครองหรือควบคุมของผู้ให้บริการให้แก่พนักงานเจ้าหน้าที่หรือให้เก็บข้อมูลดังกล่าวไว้ก่อน

(4) ทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ ข้อมูลจากรายการทางคอมพิวเตอร์จากระบบคอมพิวเตอร์ที่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่ามีการกระทำความผิด ในกรณีที่ระบบคอมพิวเตอร์นั้นยังมีได้อยู่ในความครอบครองของพนักงานเจ้าหน้าที่

(5) สั่งให้บุคคลซึ่งครอบครองหรือควบคุมข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรืออุปกรณ์ที่ใช้เก็บข้อมูลคอมพิวเตอร์ส่งมอบข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรืออุปกรณ์ดังกล่าวให้แก่พนักงานเจ้าหน้าที่

(6) ตรวจสอบหรือเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ ข้อมูลคอมพิวเตอร์ ข้อมูลจากรายการทางคอมพิวเตอร์หรืออุปกรณ์ที่ใช้เก็บข้อมูลคอมพิวเตอร์ของบุคคลใด อันเป็นหลักฐานหรืออาจใช้เป็นหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำความผิด หรือเพื่อสืบสวนหาตัวผู้กระทำความผิดและสั่งให้บุคคลนั้นส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ข้อมูลจากรายการทางคอมพิวเตอร์ ที่เกี่ยวข้องเท่าที่จำเป็นให้ด้วยก็ได้

(7) ถอดรหัสลับของข้อมูลคอมพิวเตอร์ของบุคคลใด หรือสั่งให้บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการเข้ารหัสลับของข้อมูลคอมพิวเตอร์ ทำการถอดรหัสลับ หรือให้ความร่วมมือกับพนักงานเจ้าหน้าที่ในการถอดรหัสลับดังกล่าว

(8) ยึดหรืออายัดระบบคอมพิวเตอร์เท่าที่จำเป็นเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการทราบรายละเอียดแห่งความผิดและผู้กระทำความผิด

เพื่อประโยชน์ในการสืบสวนและสอบสวนของพนักงานสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ในบรรดาความผิดอาญาต่อกฎหมายอื่นซึ่งได้ใช้ระบบคอมพิวเตอร์ ข้อมูลคอมพิวเตอร์หรืออุปกรณ์ที่ใช้เก็บข้อมูลคอมพิวเตอร์ เป็นองค์ประกอบหรือเป็นส่วนหนึ่งในการกระทำความผิดหรือมีข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดอาญาตามกฎหมายอื่น พนักงานสอบสวนอาจร้องขอให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามวรรคหนึ่งดำเนินการตามวรรคหนึ่งก็ได้ หรือหากปรากฏข้อเท็จจริงดังกล่าวต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่รวบรวมข้อเท็จจริงและหลักฐานแล้วแจ้งไปยังเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องเพื่อดำเนินการต่อไป

ให้ผู้ได้รับการร้องขอจากพนักงานเจ้าหน้าที่ตามวรรคหนึ่ง (1) (2) และ (3) ดำเนินการตามคำร้องขอโดยไม่ชักช้า แต่ต้องไม่เกินเจ็ดวันนับแต่วันที่ได้รับคำร้องขอ หรือภายในระยะเวลาที่พนักงานเจ้าหน้าที่กำหนดซึ่งต้องไม่น้อยกว่าเจ็ดวันและไม่เกินสิบห้าวัน เว้นแต่ในกรณีที่มีเหตุสมควร ต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ ทั้งนี้ รัฐมนตรีอาจประกาศในราชกิจจานุเบกษากำหนดระยะเวลาที่ต้องดำเนินการที่เหมาะสมกับประเภทของผู้ให้บริการก็ได้

พิจารณาถึงมูลเหตุพื้นฐานอันนำไปสู่การใช้อำนาจของเจ้าพนักงานเพื่อประโยชน์ใช้เป็นหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำความผิดและหาตัวผู้กระทำความผิด ซึ่งเป็นสาเหตุให้ส่งผลกระทบต่อหลักสิทธิมนุษยชน ซึ่งเกี่ยวกับเรื่องการติดต่อสื่อสารในกิจการโทรคมนาคมอันเป็นข้อมูลส่วนบุคคลอย่างมีนัยสำคัญ ที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 36⁷

หากได้วิเคราะห์แล้วจะเห็นได้ว่าการออกมาตรการทางกฎหมายเหล่านั้นได้ให้ความสำคัญทางด้านการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักรมากกว่าการให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนเท่าที่ควรจะเป็นไปตามหลักการสากล ถึงแม้ว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 ให้เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มีบทบัญญัติบางประการที่ไม่เหมาะสมต่อการป้องกันปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ในปัจจุบัน ซึ่งมีรูปแบบการกระทำความผิดที่มีความซับซ้อนมากขึ้นตามพัฒนาการทางเทคโนโลยีซึ่งมีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วและโดยที่มีการจัดตั้งกระทรวงดิจิทัล เพื่อเศรษฐกิจและสังคมซึ่งมีภารกิจในการกำหนดมาตรฐานและมาตรการความปลอดภัยทางไซเบอร์ รวมทั้งการเฝ้าระวังและติดตามสถานการณ์ด้านความมั่นคงปลอดภัยของเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารของประเทศ สมควรปรับปรุงบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับผู้รักษาการตามกฎหมาย กำหนดฐานความผิดขึ้นใหม่และแก้ไขเพิ่มเติมฐานความผิดเดิม รวมทั้งบทกำหนดโทษของความผิดดังกล่าว การปรับปรุงกระบวนการและหลักเกณฑ์ในการระงับการทำให้แพร่หลายหรือลบข้อมูลคอมพิวเตอร์ ตลอดจนกำหนดให้มีคณะกรรมการเปรียบเทียบปรับ ซึ่งมีอำนาจเปรียบเทียบปรับความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และแก้ไขเพิ่มเติมอำนาจหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ให้เหมาะสมยิ่งขึ้น การให้เหตุผลดังกล่าวถึงแม้จะมีความสอดคล้องตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 26 และเป็นการบัญญัติโดยเข้าข่ายกเว้นที่มีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติตามมาตรา 36 แต่เนื่องด้วยข้อมูลการสื่อสารในกิจการโทรคมนาคมถือเป็นสิทธิส่วนบุคคลย่อมได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญและเป็นไปตามหลักเกณฑ์ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่ทั่วโลกยอมรับ ซึ่งถือเป็นการรับรองและคุ้มครองสิทธิของบุคคลขั้นพื้นฐานที่ทุกคนต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน หากรัฐจะมีมาตรการในการควบคุมหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพเหล่านั้น โดยให้เหตุผลสนับสนุนเพื่อความมั่นคงแห่งรัฐหรือเพื่อประโยชน์แห่งรัฐ โดยรัฐธรรมนูญก็ให้กระทำได้โดยต้องเป็นการกระทำที่พอสมควรแก่เหตุหรือไม่เกินไปกว่ากรณีแห่งความจำเป็น การบัญญัติกฎหมายที่มีผลกระทบต่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้กำหนดให้กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม⁸ ซึ่งเป็นกรอบแนวคิดที่ควบคุมฝ่ายนิติบัญญัติในการบัญญัติกฎหมายซึ่งอาจไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ช่วยควบคุมการใช้อำนาจรัฐโดยมิชอบด้วยกฎหมาย คุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของบุคคลให้เป็นไปโดยเสมอภาคตามกฎหมาย⁹ เพื่อป้องกันมิให้เจ้าพนักงานใช้อำนาจเกินขอบเขตของกฎหมายอีกด้วยนอกจากนี้ยังได้มีการวางหลักแนวคิดเรื่องความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วน ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติต้องให้ความสำคัญถึงหลักความได้สัดส่วนและเป็นการควบคุมการใช้อำนาจของรัฐที่

⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

มาตรา 36 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันไม่ว่าในทางใด ๆ การตรวจ การกัก หรือการเปิดเผยสิ่งสื่อสารที่บุคคลมีติดต่อกัน รวมทั้งการกระทำด้วยประการใด ๆ เพื่อให้ล่วงรู้หรือได้มาซึ่งข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกันจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

มาตรา 26 การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุและจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วยกฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง

⁹ เอกบุณย์ วงศ์สวัสดิ์กุล, นิติรัฐ นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น.140.

อาจไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกินกว่ากรณีแห่งความจำเป็น โดยสาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วนมีอยู่ 3 ประการ คือ หลักความเหมาะสม หลักความจำเป็น หลักความได้สัดส่วน¹⁰ โดยฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจในการบัญญัติกฎหมายจึงต้องจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องใช้หลักความได้สัดส่วน

มาประกอบกับการบัญญัติกฎหมาย โดยพิจารณาบทบัญญัติมีความเหมาะสมและครบถ้วนหรือไม่ สามารถทำให้กฎหมายบรรลุตามวัตถุประสงค์หรือไม่ มีความจำเป็นหรือไม่ ถ้อยคำที่ใช้ในบทบัญญัติกฎหมายต้องกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลให้น้อยที่สุดในกรณีไม่มีมาตรการอื่นใดใช้ได้แล้ว ต้องดำเนินการพิจารณาให้เห็นชัดเจนว่าระหว่างประโยชน์สาธารณะกับผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพของบุคคลอยู่ในสัดส่วนที่มีความสมดุลกันหรือไม่ หากไม่มีความสมดุลกันย่อมเป็นการขัดต่อหลักความได้สัดส่วนแสดงให้เห็นว่าไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน

การกำหนดหลักเกณฑ์ในการบัญญัติกฎหมายตามรัฐธรรมนูญก็เพื่อมุ่งหวัง ค้ำครองสิทธิ เสรีภาพของบุคคลเป็นการป้องกันการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานของรัฐเกินขอบเขตอันอาจจะเป็นการกระทำที่ไปกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพของบุคคลอันถือเป็นสาระสำคัญของการปกครองระบอบประชาธิปไตย ขณะเดียวกันหากเจ้าพนักงานไม่มีการถือปฏิบัติโดยเคร่งครัด หรือก่อให้เกิดการละเว้นการปฏิบัติ หรือการตีความที่ไม่ชัดเจนตามเจตนารมณ์ จะส่งผลให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของบุคคลโดยรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ ไม่เป็นที่ยอมรับจากนานาประเทศ ขาดความน่าเชื่อถือและส่งผลเสียในด้านอื่นๆตามมา ซึ่งจะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 มาตรา 13 ได้มีการบัญญัติการให้อำนาจของเจ้าพนักงานในการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารในกิจการโทรคมนาคม โดยไม่มีกำหนดกรอบการดำเนินการและขอบเขตที่ชัดเจนในการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารในกิจการโทรคมนาคมซึ่งถือเป็นข้อมูลส่วนบุคคลควรจะมีการจัดการให้มีความชัดเจนอันเป็นการส่งผลกระทบต่อหลักสิทธิมนุษยชน

วิเคราะห์มิติทางกฎหมายกับบริบทต่าง ๆ ทางสังคม

ในยุคเทคโนโลยีสารสนเทศปัจจุบันจะเห็นได้ว่าการบัญญัติกฎหมายให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลและแนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารในกิจการโทรคมนาคม อันถือเป็นข้อมูลส่วนบุคคลของแต่ละประเทศจะมีความแตกต่างกันไปตามบริบททางสังคมและวัฒนธรรมของประเทศนั้น ๆ หากทำการเปรียบเทียบสภาพสังคมโดยรวมระหว่างประเทศทางตะวันตกกับสภาพสังคมประเทศทางตะวันออก การให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของบุคคลทางประเทศทางตะวันตกจะให้ความสำคัญมากกว่าประเทศทางตะวันออก อาจส่งผลมาจากเบื้องหลังทางประวัติศาสตร์ที่มีความแตกต่างกัน โดยประเทศทางตะวันออกจะได้รับอิทธิพลจากความเชื่อทางศาสนา และวัฒนธรรมประเพณีที่ถ่ายทอดกันมาจากอดีตจนถึงปัจจุบันการได้มาซึ่งข้อเรียกร้องด้านการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของบุคคลจึงมีความเข้มข้น น้อยกว่าทางประเทศทางตะวันตกที่มีการเสนอข้อเรียกร้องด้านการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของบุคคลจะมีความเข้มข้นกว่าตลอดถึงการตระหนักให้ความสำคัญของการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของบุคคลที่แตกต่างกันอีกด้วย

สำหรับประเทศไทยเมื่อนำมาเปรียบเทียบกับกรใช้อำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 มาตรา 13 จะเห็นได้ว่าการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารในกิจการโทรคมนาคมของเจ้าพนักงานตามที่มีการบัญญัติให้อำนาจการเข้าถึงข้อมูลยังไม่มีกำหนดหลักเกณฑ์ในการเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคลในการสื่อสารในกิจการโทรคมนาคมอย่างเป็นรูปธรรมซึ่งเป็นตามหลักสากล ถึงแม้ว่าจะมีการใช้หลักการถ่วงดุลอำนาจของศาลมาใช้การตรวจสอบก็ตาม ประกอบกับในยุคปัจจุบันโดยสภาพของสังคมของประเทศได้ให้ความสำคัญกับนโยบายของรัฐที่สนับสนุนเน้นการพัฒนาด้านเศรษฐกิจดิจิทัลที่มีการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศในการสื่อสารเป็นสำคัญ ส่งผลให้ข้อมูลการสื่อสารของบุคคลในกิจการโทรคมนาคมถือว่าเป็นปัจจัยหลักต่อการพัฒนาการด้านเศรษฐกิจอย่างมีนัยสำคัญ

¹⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), น.273

ข้อมูลการสื่อสารของบุคคลในกิจการโทรคมนาคมถือเป็นส่วนหนึ่งของข้อมูลส่วนบุคคลที่กฎหมายรัฐธรรมนูญให้การรับรอง คุ่มครองเป็นไปตามหลักสิทธิมนุษยชนที่ทั่วโลกให้ความสำคัญและให้การยอมรับอย่างแท้จริง จึงถือว่าเป็นประเด็นที่ต้องให้ความสำคัญเนื่องจากข้อมูลส่วนบุคคลถือเป็นสิทธิส่วนบุคคลยังไม่มีมีการกำหนดความคุ้มครองไว้อย่างชัดเจนในส่วนของประเทศไทยได้มีการกำหนดไว้ ดังนี้

พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 มาตรา 4¹¹ ซึ่งได้ให้ความหมายของข้อมูลส่วนบุคคลไว้ หมายความว่า ข้อมูลข่าวสารอันเกี่ยวกับสิ่งเฉพาะตัวบุคคลทั้งหมด อาจจะเป็นสิ่งที่สามารถบอกลักษณะที่ทำให้ปรากฏได้ว่าเป็นการระบุตัวบุคคลและให้รวมไปถึงข้อมูลข่าวสารของผู้ถึงแก่กรรมอีกด้วย ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้จะให้ความสำคัญกับข้อมูลที่บ่งชี้ถึงลักษณะประจำตัวของบุคคลที่สามารถจะทำให้ทราบได้ว่าบุคคลนั้นเป็นใครโดยส่วนใหญ่จะเป็นการบอกลักษณะทางกายภาพที่สามารถรับรู้ได้อันเป็นการเฉพาะของบุคคล ยังไม่ครอบคลุมถึงข้อมูลการสื่อสารของบุคคลในกิจการโทรคมนาคมการอันถือได้ว่าเป็นข้อมูลส่วนบุคคลเช่นกัน

พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มาตรา 6¹² ได้มีการให้ความหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลที่มีความหมายรวมถึงการสื่อสารระหว่างบุคคลในกิจการโทรคมนาคม และได้มีการให้เหตุผลประกอบพระราชบัญญัติฉบับนี้โดยให้ความสำคัญต่อการเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีสารสนเทศรวมทั้งระบบสื่อสารทำให้มีการเก็บรวบรวมการใช้ และการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลสามารถทำได้โดยสะดวก รวดเร็ว ซึ่งอาจนำมาซึ่งความเดือดร้อนรำคาญหรือความเสียหายล่วงละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวในกรณีที่มีการนำไปแสวงหาประโยชน์หรือเปิดเผยโดยไม่ได้รับความยินยอมหรือแจ้งล่วงหน้า ที่แม้ว่าจะได้กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในบางเรื่อง แต่ยังไม่มียกเว้นโทษ ก่อ หรือมาตรการกำกับดูแลเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่เป็นหลักการทั่วไป ซึ่งจะเห็นได้ว่าการจัดทำพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลข่าวสารฉบับดังกล่าว ได้ให้ความหมายของข้อมูลส่วนบุคคลไว้ค่อนข้างจะครอบคลุมแล้ว แต่เนื่องจากการพัฒนาทางเทคโนโลยีด้านการสื่อสารในอนาคตอาจจะมีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการติดต่อสื่อสาร การให้ความหมายของข้อมูลส่วนบุคคลตามพระราชบัญญัติฉบับนี้อาจจะต้องมีการบัญญัติเพิ่มเติมขึ้นก็เป็นไปได้

ประกาศคณะกรรมการธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ เรื่อง แนวนโยบายและแนวปฏิบัติในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของหน่วยของรัฐ พ.ศ. 2553¹³ มีการประกาศคณะกรรมการธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อให้การทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ของหน่วยงานของรัฐมีความมั่นคงปลอดภัย ความน่าเชื่อถือและการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล จึงได้จัดให้มีการกำหนดนโยบายและแนวทางการปฏิบัติในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของหน่วยงานของรัฐให้มาตรฐานแบบอย่างเดียวกันและเพื่อเป็นการให้ความสำคัญกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลจากจัดทำแผนและแนวทางการปฏิบัติในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลกับหน่วยงานของรัฐ สำหรับการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ตามประกาศดังกล่าวประกอบด้วย 2 ข้อ¹⁴

¹¹ พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540

มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้ “ข้อมูลส่วนบุคคล” หมายความว่า ข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวกับสิ่งเฉพาะบุคคล เช่น การศึกษา ฐานะการเงิน ประวัติสุขภาพ ประวัติอาชญากรรม หรือประวัติการทำงาน บรรดาที่มีชื่อของผู้ผู้นั้นหรือมีหมายเลขรหัส หรือสิ่งบอกลักษณะอื่นที่ทำให้รู้ตัวผู้นั้นได้ เช่นลายนิ้วมือ แผ่นบันทึกลักษณะเสียงของคนหรือรูปถ่าย และให้หมายความรวมถึงข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสิ่งเฉพาะตัวของผู้ถึงแก่กรรมแล้วด้วย

¹² พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

มาตรา 6 ในพระราชบัญญัตินี้ “ข้อมูลส่วนบุคคล” หมายความว่า ข้อมูลเกี่ยวกับบุคคล ซึ่งทำให้สามารถระบุตัวบุคคลนั้นได้ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม แต่ไม่รวมถึงข้อมูลของผู้ถึงแก่กรรมโดยเฉพาะ

¹³ ประกาศคณะกรรมการธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ เรื่อง แนวนโยบายและแนวปฏิบัติในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของหน่วยของรัฐ พ.ศ. 2553 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 127 ตอนพิเศษ 126 ง 1 พฤศจิกายน 2552

¹⁴ สำนักงานคณะกรรมการธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์, “การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (Data Privacy) ของหน่วยงานภาครัฐ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 9 พฤษภาคม 2562, จาก <http://www.etccommission.go.th/article-dp-topic-dp.html>

ข้อ 1 การกำหนดนโยบายการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล เพื่อเป็นการแจ้งกับผู้ใช้บริการธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์ของภาครัฐกับหน่วยงานได้ทราบว่าหน่วยงานมีแนวทางการบริหารจัดการข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใช้ซึ่งเป็นเจ้าของข้อมูลอย่างไร เพื่อให้ผู้เจ้าของข้อมูลหรือผู้ใช้บริการ เพื่อทราบและตัดสินใจว่าสมควรจะให้ข้อมูลส่วนบุคคลของตนเองหรือไม่ ในเรื่องของนโยบายจะต้องมีลักษณะสาระสำคัญประกอบด้วย การเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลอย่างจำกัด คุณภาพของข้อมูล การระบุวัตถุประสงค์ในการเก็บรวบรวม ข้อจำกัดในการนำข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้ การรักษาความมั่นคงปลอดภัย การเปิดเผยเกี่ยวกับการดำเนินการแนวปฏิบัติและนโยบายอันเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคล การมีส่วนร่วมของเจ้าของข้อมูล ความรับผิดชอบของบุคคลซึ่งทำหน้าที่ควบคุมข้อมูล

ข้อ 2 แนวทางปฏิบัติในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล เพื่อเป็นการประกาศให้กับบุคคลในหน่วยงาน

ปฏิบัติตามนโยบายและแนวทางการปฏิบัติในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใช้บริการ แนวปฏิบัติต้องแสดงขั้นตอนและวิธีดำเนินการเพื่อให้บุคคลซึ่งเป็นผู้ปฏิบัติสามารถปฏิบัติได้ถูกต้องโดยมีสาระสำคัญในการปฏิบัติต่างๆประกอบด้วย ข้อมูลเบื้องต้น การเก็บรวบรวม จัดประเภท และการใช้ข้อมูลส่วนบุคคล การแสดงระบุมความเชื่อมโยงให้ข้อมูลส่วนบุคคลกับหน่วยงานหรือองค์กรอื่น การรวบรวมข้อมูลจากแหล่งที่มาอย่างหลากหลาย การให้บุคคลอื่นใช้หรือการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล การรวบรวม จัดเก็บ ใช้ และการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้ใช้บริการ การเข้าถึง การแก้ไขให้ถูกต้อง และการปรับปรุงให้เป็นปัจจุบัน การรักษาความมั่นคงปลอดภัยของข้อมูลส่วนบุคคล การติดต่อกับเว็บไซต์ ตามประกาศคณะกรรมการทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเรื่องแนวนโยบายและแนวปฏิบัติในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลสำหรับการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อสร้างความน่าเชื่อถือของข้อมูลเท่านั้น

การแทรกแซงการให้ความเห็นเกี่ยวกับคดีและบทบาทหน้าที่ของเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจหน้าที่

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีการบัญญัติเรื่องเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ และสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมในทุกภาคส่วน โดยให้ประชาชนมีสิทธิ เสรีภาพ ที่มีการคุ้มครองในทางกฎหมายเท่าเทียมกันมีความเสมอภาคกันในทางกฎหมาย เว้นแต่มีกฎหมายเฉพาะในส่วนที่ เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรม ซึ่งในการดำเนินการด้านคดีอาญาให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด ก่อนที่จะมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเป็นผู้กระทำความผิด¹⁵ สิทธิ เสรีภาพ เหล่านี้ถือเป็นสิทธิ เสรีภาพ ชั้น

¹⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 27 บุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครอง ตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพ ได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ หรือผู้ด้อยโอกาส ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์กร ของรัฐย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดไว้ในกฎหมายเฉพาะในส่วนที่ เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรม

มาตรา 29 บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลา ที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่บัญญัติไว้ใน กฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลา ที่กระทำความผิดมิได้

ในคดีอาญา ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด และก่อนมีคำพิพากษา อันถึงที่สุดแสดงว่า บุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้

การควบคุมหรือคุมขังผู้ต้องหาหรือจำเลยให้กระทำได้เพียงเท่าที่จำเป็น เพื่อป้องกันมิให้มีการหลบหนี

ในคดีอาญา จะบังคับให้บุคคลให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองมิได้

พื้นฐานที่ประชาชนทุกคนจะได้รับการอำนวยความสะดวกในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาภายใต้กฎหมายที่กำหนดไว้โดยเท่าเทียมกัน อันนำไปสู่การรักษาความสงบเรียบร้อยและสร้างความเป็นธรรมให้กับสังคม การให้ความสำคัญกับเรื่องดังกล่าวนี้ถือได้ว่ามีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเคร่งครัด การเริ่มดำเนินการกระบวนการยุติธรรมทางอาญาจะต้องมีความน่าเชื่อถือ ปราศจากอคติทั้งปวง

การเริ่มต้นของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาจะปรากฏขึ้นเมื่อมีบุคคลเป็นผู้เสียหาย ได้รับความเสียหายจากการกระทำของผู้กระทำความผิด ได้มาแจ้งความร้องทุกข์ หรือกล่าวโทษ กับเจ้าพนักงานของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้แล้วแต่กรณี ซึ่งโดยผู้เสียหายบางส่วนจะมาแจ้งความร้องทุกข์ หรือกล่าวโทษ มอบหมายหน้าที่ดำเนินการกระบวนการยุติธรรมทางอาญาให้กับพนักงานสอบสวนเพื่อทำการสอบสวนและสืบสวนในความผิดที่ได้กระทำขึ้น¹⁶ ตามอำนาจหน้าที่ต่อไป เพื่อให้ข้อเท็จจริงปรากฏและพิสูจน์ความผิด ซึ่งอาจจะกล่าวได้ว่าการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานสอบสวนนั้นมีส่วนสำคัญอย่างยิ่งต่อการอำนวยความสะดวกในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

การสอบสวนถือได้ว่าเป็นการดำเนินการที่มีส่วนสำคัญและส่งผลกระทบต่อการอำนวยความสะดวกในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาถือเป็นการดำเนินการและเป็นเงื่อนไขในการฟ้องคดีอาญาของพนักงานอัยการ เว้นแต่ผู้เสียหายจะไปฟ้องร้องด้วยตนเอง¹⁷ เมื่อพนักงานสอบสวนได้ทำการรวบรวมพยานหลักฐานให้ปรากฏข้อเท็จจริงครบถ้วนแล้วก็จะรายงานสำนวนการสอบสวนพร้อมใช้ดุลยพินิจพิจารณาความเห็นเกี่ยวกับสำนวนการสอบสวน แล้วแต่กรณี นำเสนอให้หัวหน้าสถานีตำรวจที่อยู่ในเขตรับผิดชอบของตนเองทำการตรวจสอบความถูกต้อง ครบถ้วน ตามลำดับชั้นอีกครั้งหนึ่ง ก่อนส่งสำนวนไปยังพนักงานอัยการ¹⁸ เพื่อดำเนินการตามกฎหมายต่อไป โดยประการนี้จะแสดงให้เห็นได้ว่าขั้นตอนการ

คำขอประกันผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาต้องได้รับการพิจารณาและจะเรียกหลักประกัน จนเกินควรแก่กรณีมิได้ การไม่ให้ประกันต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

¹⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

มาตรา 2 ในประมวลกฎหมายนี้

(4) “ผู้เสียหาย” หมายความว่าบุคคลผู้ได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำผิดฐานใดฐานหนึ่ง รวมทั้งบุคคลอื่นที่มีอำนาจจัดการแทนได้ ดังบัญญัติไว้ในมาตรา 4 , 5 และ 6

(7) “คำร้องทุกข์” หมายความว่าผู้เสียหายได้กล่าวหาต่อเจ้าหน้าที่ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ ว่ามีผู้กระทำความผิดขึ้น จะรู้ตัวผู้กระทำความผิดหรือไม่ก็ตาม ซึ่งกระทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เสียหาย และการกล่าวหาเช่นนั้นได้กล่าวโดยมีเจตนาจะให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษ

(10) “การสืบสวน” หมายความว่าแสวงหาข้อเท็จจริงและหลักฐานซึ่งพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจได้ปฏิบัติไปตามอำนาจและหน้าที่เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนและเพื่อที่จะทราบรายละเอียดแห่งความผิด

(11) “การสอบสวน” หมายความว่ารวบรวมพยานหลักฐานและการดำเนินการทั้งหลายอื่นตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ ซึ่งพนักงานสอบสวนได้ทำไปเกี่ยวกับความผิดที่กล่าวหา เพื่อที่จะทราบข้อเท็จจริงหรือพิสูจน์ความผิดและเพื่อจะเอาตัวผู้กระทำความผิดมาฟ้องลงโทษ

¹⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

มาตรา 28 บุคคลเหล่านี้มีอำนาจฟ้องคดีอาญาต่อศาล

(1) พนักงานอัยการ

(2) ผู้เสียหาย

¹⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

มาตรา 18 วรรคสี่ ในเขตท้องที่ใดมีพนักงานสอบสวนหลายคน การดำเนินการสอบสวนให้อยู่ในความรับผิดชอบของพนักงานสอบสวนผู้เป็นหัวหน้าในท้องที่นั้นหรือผู้รักษาการแทน

มาตรา 140 เมื่อพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบในการสอบสวน เห็นว่าการ สอบสวนเสร็จแล้ว ให้จัดการอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) ถ้าไม่ปรากฏว่าผู้ใดเป็นผู้กระทำความผิดและความผิดนั้นมีอัตราโทษจำคุก อย่างสูงไม่เกินสามปีให้พนักงานสอบสวนงดการสอบสวน และบันทึกเหตุทั้งต้นไว้ แล้วให้ส่งบันทึก พร้อมกับสำนวนไปยังพนักงานอัยการ

ตรวจสอบความถูกต้องของสำนวนการสอบสวนถือเป็นการเปิดโอกาสให้มีการแทรกแซงในการให้ความเห็นเกี่ยวกับสำนวนคดีของพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบขึ้นได้ หากหัวหน้าสถานีตำรวจมีความเห็นในสำนวนไม่ตรงกันกับพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ ขั้นตอนการปฏิบัติภายในขององค์กรมีผลกระทบต่อการอำนวยความสะดวกยุติธรรมในการกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและถือเป็นปัญหาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจากการบังคับบัญชาในองค์กร จากความสำคัญของปัญหาที่เกิดขึ้นอาจจะวิเคราะห์ถึงปัญหาอุปสรรคของกระบวนการสอบสวนคดีอาญาในการอำนวยความสะดวกยุติธรรม เพื่อสร้างมาตรฐานและพัฒนาให้การดำเนินการกระบวนการยุติธรรมทางอาญามีประสิทธิภาพและป้องกันการทุจริตในทุกรูปแบบ ตลอดจนการลดความเลื่อมล้ำให้กับประชาชนต่อไป

กระบวนการยุติธรรมเป็นเครื่องมือกำกับดูแลสังคมให้มีความสุขและรักษาความสงบเรียบร้อยข้าราชการตำรวจถือเป็นอีกหนึ่งตัวแทนของเจ้าพนักงานของรัฐซึ่งมีหน้าที่สำคัญในการอำนวยความสะดวกยุติธรรมให้เกิดประสิทธิภาพและถือเป็นจุดเริ่มของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา¹⁹ โดยมีพนักงานสอบสวนเป็นผู้ปฏิบัติหน้าที่ในการสอบสวนรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความจริงให้ปรากฏรวมทั้งดำเนินการอื่น ๆ ตามที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจไว้²⁰ แล้วต้องปฏิบัติหน้าที่โดยยึดหลักความเที่ยงธรรม จึงถือได้ว่ามีบทบาทสำคัญในการรวบรวมพยานหลักฐานและทำสำนวนความเห็นในสำนวนทางคดีความ จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่พนักงานสอบสวนจำเป็นต้องมีการใช้ดุลยพินิจในการให้ความเห็นทางคดีอย่างปราศจากการควบคุมตรวจสอบในลักษณะของการบังคับบัญชา แต่เนื่องจากสำนักงานตำรวจแห่งชาติเป็นองค์กรที่มีลักษณะการใช้อำนาจการบังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชาที่ต้องเชื่อฟังข้อสั่งการของผู้บังคับบัญชาอันมีผลผูกพันตาม กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ ที่กำหนดไว้ โดยสำนักงานตำรวจแห่งชาติได้มีคำสั่งในเรื่องการอำนวยความสะดวกยุติธรรมในคดีอาญา การทำสำนวนการสอบสวนและมาตรการควบคุม ตรวจสอบ เร่งรัดการสอบสวนคดีอาญา²¹ โดยลักษณะการอำนวยความสะดวกยุติธรรมตามคำสั่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติดังกล่าวให้อำนาจผู้บังคับบัญชาของพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบในลักษณะที่การสั่งการตามการบังคับบัญชามีผลต่อการให้ความเห็นประกอบสำนวนคดีของพนักงานสอบสวนในการมีความเห็นทางคดีได้ จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่พนักงานสอบสวนจำเป็นต้องมีการให้ความเห็นทางคดีอย่างปราศจากการควบคุมตรวจสอบในลักษณะของการบังคับบัญชา เพื่อป้องกันการแทรกแซงจากผู้บังคับบัญชาประเด็นดังกล่าวอาจจะส่งผลกระทบต่อตรงการดำเนินการกระบวนการยุติธรรมทางอาญาอันส่งผลกระทบต่อการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสื่อสารในกิจการโทรคมนาคม อันถือว่าเป็นข้อมูลส่วนบุคคลเช่นกัน หากการถูกแทรกแซงของพนักงานสอบสวนนั้นได้ถูกกระทำไปโดยทุจริต

ถ้าอัตราโทษอย่างสูงเกินกว่าสามปี ให้พนักงานสอบสวนส่งสำนวนไปยัง พนักงานอัยการพร้อมทั้งความเห็นที่ควรให้งดการสอบสวน ถ้าพนักงานอัยการสั่งให้งด หรือให้ทำการสอบสวนต่อไป ให้พนักงานสอบสวน ปฏิบัติตามนั้น

(2) ถ้ารู้ตัวผู้กระทำผิด ให้ใช้บทบัญญัติในสำนวนต่อไปนี้

¹⁹ พระราชบัญญัติ ตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547

มาตรา 6 สำนักงานตำรวจแห่งชาติเป็นส่วนราชการมีฐานะเป็นนิติบุคคลอยู่ใน บังคับบัญชาของนายกรัฐมนตรี และมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

(2) ดูแลควบคุมและกำกับการปฏิบัติงานของข้าราชการตำรวจซึ่งปฏิบัติตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

²⁰ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ฉบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ 11 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554), น.50

²¹ คำสั่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ที่ 419/2556 เรื่องการอำนวยความสะดวกยุติธรรมในคดีอาญา การทำสำนวนการสอบสวนและมาตรการควบคุม ตรวจสอบ เร่งรัดการสอบสวนคดีอาญา ลง 1 กรกฎาคม 2556.

การบังคับใช้กฎหมายเพื่อให้สอดคล้องและทันสมัยกับสภาพการเปลี่ยนของสังคม

เนื่องด้วยข้อมูลการสื่อสารในกิจการโทรคมนาคม ถือได้ว่าเป็นข้อมูลส่วนบุคคลที่มีการรับรอง คุ่มครองตามหลักสิทธิมนุษยชนในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ทั้งตามกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้มีการบัญญัติรับรอง และคุ้มครองไว้เช่นกัน จึงเป็นการแสดงให้เห็นว่าข้อมูลส่วนบุคคลอันเกี่ยวกับการสื่อสารในกิจการโทรคมนาคม เรียกร้องต้องการความสำคัญอย่างยิ่งต่อการตระหนักถึงการคุ้มครองข้อมูลการสื่อสารในกิจการโทรคมนาคม เนื่องด้วยในปัจจุบันการติดต่อสื่อสารระหว่างบุคคลในกิจการโทรคมนาคมมีความสำคัญต่อการพัฒนาประเทศอย่างมีนัยสำคัญ

การพัฒนาทางด้านเศรษฐกิจ กรณีภาคเอกชนประกอบธุรกิจไม่ว่าจะเป็นการทำธุรกรรมด้านการเงิน การค้า การลงทุน อันมีการเชื่อมโยงข้อมูลส่วนบุคคลกับระบบเทคโนโลยีสารสนเทศของธนาคาร จึงต้องการความเชื่อมั่นต่อการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลว่าจะไม่มีบุคคลใดเข้ามารับรู้ถึงข้อมูลการสื่อสารในกิจการโทรคมนาคมของตน เป็นการสร้างความวิตกกังวลให้กับบุคคลซึ่งเป็นเจ้าของข้อมูลเหล่านั้น หากมีการสร้างมาตรการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่มีมาตรฐานและได้รับการยอมรับตามหลักสากล ก็จะสามารถสร้างความเชื่อมั่นในภาคเศรษฐกิจในภาพรวมอันจะส่งผลดีต่อการพัฒนาประเทศ

การพัฒนาทางด้านความมั่นคงของรัฐ การใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 มาตรา 13 ในการเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคลในกิจการโทรคมนาคม ซึ่งขาดความสมดุลระหว่างหลักการด้านความมั่นคงของรัฐกับหลักสิทธิมนุษยชน ตามพระราชบัญญัติดังกล่าวมีความมุ่งหมายให้ความสำคัญกับด้านความมั่นคงของรัฐมากกว่าหลักสิทธิมนุษยชน อาจส่งผลกระทบต่อการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานในการปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายให้อำนาจกระทำได้อันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน และการละเมิดหลักสิทธิมนุษยชนจากการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารในกิจการโทรคมนาคม ผู้ถูกละเมิดจะได้รับการเยียวยาอย่างไร เจ้าพนักงานผู้กระทำการละเมิดต้องรับผิดชอบใดๆ จึงถือว่าการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานซึ่งเป็นการสร้างความมั่นคงของรัฐเช่นกัน แสดงให้เห็นว่าการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในการติดต่อสื่อสารในกิจการโทรคมนาคม ส่งผลกระทบต่อการพัฒนาประเทศอย่างมีนัยสำคัญ

การพัฒนาทางด้านสังคม ในสถานการณ์ปัจจุบันเป็นที่ทราบกันว่าเทคโนโลยีสารสนเทศได้มีการพัฒนาอย่างรวดเร็วโดยเฉพาะการพัฒนาการด้านการติดต่อสื่อสารในกิจการโทรคมนาคม ทำให้การติดต่อสื่อสารกันแพร่หลายอย่างไร้พรมแดนได้สร้างนิติสัมพันธ์ทางสังคมแบบพลวัตที่เปลี่ยนแปลงตลอดเวลา ข้อมูลการสื่อสารในกิจการโทรคมนาคมของเจ้าพนักงานอาจถูกนำไปใช้เพื่อแสวงหาประโยชน์ในรูปแบบต่างๆ จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในมิติของข้อมูลการสื่อสารในกิจการโทรคมนาคม

อาจจะกล่าวโดยสรุปได้ว่าการรับรอง คุ้มครอง ข้อมูลการสื่อสารในกิจการโทรคมนาคมอันถือว่าเป็นข้อมูลส่วนบุคคลที่ทั่วโลกให้ความสำคัญกับหลักสิทธิมนุษยชนและหลักความมั่นคงแห่งรัฐอย่างมีความสมดุลจะมีส่วนช่วยในการพัฒนาประเทศในทุกๆ ด้าน และเป็นการแสดงให้เห็นเจตจำนงถึงการให้ความสำคัญกับการคุ้มครอง สิทธิเสรีภาพของประชาชนอันเป็นพื้นฐานของประเทศที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตย และทุกประเทศให้ความสำคัญอย่างมาก

ข้อเสนอแนะ

เนื่องปัญหาการเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคลในกิจการโทรคมนาคมเป็นเรื่องของสิทธิความเป็นส่วนตัวของบุคคล ไม่มีกรอบความชัดเจน ส่งผลให้ไม่สามารถทราบได้ว่าการกระทำแค่นั้นที่เจ้าพนักงานสามารถจะเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคลนั้นได้ ส่งผลให้เกิดปัญหาการละเมิดสิทธิอันเกินสมควรอีกทั้งรวมไปถึงความกังวลของผู้ต้องสงสัยไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิในลักษณะของสิทธิมนุษยชน เป็นเหตุให้หลักของการสืบสวนสอบสวนในกระบวนการยุติธรรมไม่สอดคล้องกับหลักของสิทธิมนุษยชนทั่วโลกให้ความสำคัญในการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล ถือเป็นประเด็นที่ทำให้ประเทศไทยประสบปัญหาเกี่ยวกับการเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคล อีกทั้งยังทำอุปสรรคและยังไม่มีมีความชัดเจน ถือเป็น

ปัญหาต่อการพัฒนาประเทศในเรื่องของการดำเนินการทางกระบวนการยุติธรรม จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องให้ความสำคัญ
สำคัญในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว

ควรมีการกำหนดกรอบการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานในการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารในกิจการโทรคมนาคมให้
มีความชัดเจนและเป็นหลักเกณฑ์เดียวกับทั้งหมด

ควรมีการกำหนดฐานความผิดที่มีความรุนแรงที่อาจเกิดขึ้นเพื่อให้อำนาจเจ้าพนักงานในการเข้าถึงข้อมูล
การสื่อสารในกิจการโทรคมนาคมอันเป็นข้อมูลส่วนบุคคลโดยพิจารณาจากกลุ่มความผิดที่ร้ายแรงรวมทั้งในลักษณะ
การกระทำความผิดและความชั่วร้ายของผู้กระทำผิดและรวมถึงกลุ่มความผิดที่การพิสูจน์การกระทำผิดได้ยากและ
อาจจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อส่วนรวม

ควรมีคณะกรรมการพิจารณาการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานในกรณีที่เจ้าพนักงานใช้อำนาจหน้าที่เกิน
ขอบเขตหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเกิดผลกระทบต่อตัวเจ้าของข้อมูลการสื่อสารในกิจการโทรคมนาคมอันเป็น
ข้อมูลส่วนบุคคลถือเป็นการควบคุมและกำกับดูแลการใช้อำนาจของเจ้าพนักงาน โดยกำหนดบทลงโทษและการ
เยียวยาผู้ได้รับผลกระทบ

บรรณานุกรม

หนังสือ

บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2552.

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ฉบับอ้างอิง. พิมพ์ครั้งที่ 11 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554.

เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. นิติรัฐ นิติธรรม. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล. “การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (Data Privacy) ของหน่วยงานภาครัฐ.” <http://www.etcommission.go.th/article-dp-topic-dp.html>, 9 พฤษภาคม 2562.

เอกสารอื่น ๆ

สรุปสาระสำคัญ แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 12 พ.ศ. 2560 – 2564 สำนักคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ สำนักนายกรัฐมนตรี

กฎหมาย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540

พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544

พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560

พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

ประกาศ เรื่องยุทธศาสตร์ชาติ (พ.ศ. 2561 – 2580) ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 135 ตอน 82 ก หน้า 64 – 71

ประกาศคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล เรื่องแนวนโยบายและแนวปฏิบัติในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของหน่วยของรัฐ พ.ศ. 2553

คำสั่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ที่ 419/2556 เรื่องการอำนวยความสะดวกในคดีอาญา การทำสำนวนการสอบสวนและมาตรการควบคุม ตรวจสอบ เฝ้าระวังการสอบสวนคดีอาญา ลง 1 กรกฎาคม 2556

การประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ – นวัตกรรม” ครั้งที่ 4

Universal Declaration of Human Rights Adopted and proclaimed by General Assembly resolution
217 A (III) of 10 December 1948

กฎหมายไทยกับกฎหมายเกี่ยวกับการค้าอวัยวะมนุษย์โดยพิจารณาจากอนุสัญญาแห่งสภา ยุโรปว่าด้วยการต่อต้านการค้าอวัยวะ

THAI LAW WITH ORGANS TRAFFICKING CONSIDERED WITH COUNCIL OF EUROPE CONVENTION AGAINST TRAFFICKING IN HUMAN ORGANS

จรัสพัทธ์ โสติกุล*

Charatphak Sotthikul

บทคัดย่อ

ความผิดฐานค้าอวัยวะมนุษย์เป็นอาชญากรรมที่ร้ายแรงต่อนานาประเทศ อันเนื่องมาจากความก้าวหน้าทาง การแพทย์ในการปลูกถ่ายอวัยวะเพื่อการรักษาโรคทำให้อวัยวะมนุษย์เป็นที่ต้องการอย่างมากสำหรับผู้ป่วย แต่อย่างไร ก็ตามอวัยวะที่รอรับจากผู้บริจาคทั้งที่ยังมีชีวิตอยู่หรือเสียชีวิตไปแล้วกลับไม่เพียงพอต่อความต้องการของผู้ป่วยที่มี จำนวนมาก ส่งผลให้เกิดการขาดแคลนอวัยวะที่ใช้ปลูกถ่าย ผู้ป่วยจึงทำหาวิธีทำทุกหนทางเพื่อให้ได้มาซึ่งอวัยวะ การศึกษาเกี่ยวกับลักษณะอาชญากรรมและโทษทางอาญาในการค้าอวัยวะจึงเป็นเรื่องสำคัญ ซึ่งปัจจุบันอนุสัญญา แห่งสภายุโรปว่าด้วยการต่อต้านการค้าอวัยวะ (Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs) มีบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวทันสมัยที่สุดในขณะนี้และเหมาะสมแก่การนำมาปรับใช้เพื่อเป็นแนวทางในการ พัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการค้าอวัยวะของไทยอย่างยิ่ง

คำสำคัญ

ค้าอวัยวะ, การท่องเที่ยวเพื่อปลูกถ่ายอวัยวะ, บทลงโทษทางอาญาเรื่องการค้าอวัยวะ

ABSTRACT

Human organs trade is a serious crime in various countries. Because of medical technological development in the organs transplantation for disease treatment, the human organs are highly desirable for patients. However, the organs that are waiting for donors, either alive or dead, are not enough for many patients. Resulting in a shortage of transplanted organs Causing the patient to find ways to do all the ways to get the organs. The study of crime and criminal penalties in organ trade is important. At present, the Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs has the most up-to-date provisions in this matter and Suitable for use as a guideline for developing organs trafficking laws for Thailand

Keywords

Organs trafficking, Organs trafficking tourism, Criminal penalties on organs trade

* นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย ธรรมศาสตร์ : alissabette@gmail.com

บทนำ

ในยุคที่มีการพัฒนาทางการแพทย์อย่างมากทำให้การผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะนั้นเป็นวิธีการรักษาที่สามารถช่วยเหลือผู้ป่วยให้รอดชีวิตจากโรคได้มากขึ้น แต่อย่างไรก็ตามอวัยวะที่ใช้ในการปลูกถ่ายกลับไม่มีเพียงพอต่อความต้องการของผู้ป่วย จึงทำให้เกิดการค้าขายอวัยวะเกิดขึ้นด้วยเหตุผลหลาย ๆ ประการ เช่น ความยากจน การขาดความรู้ หรือถูกข่มขู่ เป็นต้น ในที่สุดตลาดค้าอวัยวะเล็ก ๆ นั้นก็ได้ขยายใหญ่รวมตัวเป็นองค์กรการค้าอวัยวะที่ใหญ่มากขึ้นผิดจากวัตถุประสงค์ดั้งเดิมของการบริจาคอวัยวะที่การบริจาคอวัยวะให้ผู้อื่นนั้นเป็นไปเพื่อมนุษยธรรมและไม่มีผลตอบแทน เนื่องจากการบริจาดดังกล่าวไม่มีประสิทธิภาพที่เพียงพอในการสร้างความมั่นใจให้กับผู้ป่วยว่าจะได้รับอวัยวะบริจาคในเวลาที่เหมาะสมเพื่อตอบสนองความต้องการของผู้ป่วย โรงพยาบาล หน่วยงานเอกชนหรือสถาบันอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการจัดการการบริจาคอวัยวะตามความต้องการอวัยวะที่มีอยู่

เมื่ออวัยวะมีไม่เพียงพอต่อความต้องการจึงทำให้เกิด “การค้าอวัยวะที่ผิดกฎหมาย” (Organs trafficking) ขึ้น โดยการค้าอวัยวะที่ผิดกฎหมายนี้แบ่งออกได้ 2 ประการ คือ การค้ามนุษย์เพื่อจุดประสงค์ในการได้มาซึ่งอวัยวะ (trafficking in persons for the purposes of obtaining their organs) และการค้าอวัยวะ (trafficking in organs) ซึ่งมีความแตกต่างกัน

กรณีการค้าอวัยวะ (trafficking in organs) นั้น อวัยวะดังกล่าวจะได้ออกจากการบีบบังคับรวมถึงการซื้อขายภายใต้สภาพที่ถือว่าเกิดจากการบังคับ และอวัยวะจะถูกตัดออกจากร่างกายก่อนที่จะขนส่งเพื่อจุดประสงค์ในการปลูกถ่ายอวัยวะต่อไป การเคลื่อนย้ายดังกล่าวเป็นการเคลื่อนย้ายวัตถุ ส่วนในกรณีการค้ามนุษย์เพื่อจุดประสงค์ในการได้มาซึ่งอวัยวะ (trafficking in persons for the purposes of obtaining their organs) นั้น จะเป็นการเคลื่อนย้ายบุคคล ไม่ว่าจะบุคคลนั้นถูกบังคับให้เดินทาง ไม่ว่าจะโดยการลักพาตัว การบังคับซื้อขาย หรือในลักษณะใกล้เคียง ซึ่งการตัดอวัยวะเพื่อปลูกถ่ายเกิดภายหลังการที่บุคคลนั้นถูกบังคับให้เดินทางแล้ว ดังนั้นสิ่งสำคัญของเรื่องนี้คือ เรื่องของการเคลื่อนย้ายบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการเคลื่อนย้ายที่เกิดขึ้นก่อนหรือหลังการนำอวัยวะของเหยื่อออกก็ตาม¹

ปัจจุบันองค์กรอาชญากรรมได้พัฒนารูปแบบของการค้าอวัยวะมากขึ้นโดยมีการท่องเที่ยวเพื่อปลูกถ่ายอวัยวะอย่างผิดกฎหมาย (Organs trafficking tourism) ซึ่งมักจะเกิดขึ้นในประเทศที่กำลังพัฒนาหรือประเทศด้อยพัฒนาเป็นจำนวนมาก ภายใต้ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) รัฐบาลบางประเทศอาจตัดสินใจที่จะทำการค้าบริการด้านสุขภาพเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ด้านสุขภาพของชาติ การใช้การส่งออกบริการสุขภาพผ่านการรักษาผู้ป่วยต่างชาติที่เข้ามาในอาณาเขตของตนนั้นบางประเทศใช้เป็นเครื่องมือในการพัฒนาเศรษฐกิจ² อย่างไรก็ตามการค้าบริการด้านสุขภาพที่เกี่ยวข้องกับการปลูกถ่ายข้ามพรมแดนอาจส่งผลให้มีการจัดสรรอวัยวะของผู้บริจาคที่เสียชีวิตอย่างไม่เท่าเทียมและทำให้เกิดความกังวลด้านจริยธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อสิ่งนี้เกิดขึ้นในประเทศที่ยังไม่ได้พัฒนาในเรื่องกรอบการกำกับดูแลเพื่อปกป้องผู้บริจาคอวัยวะที่มีชีวิตจากการขู่เข็ญ การแสวงหาผลกำไรและการทำร้ายร่างกาย ด้วยเหตุนี้การค้าอวัยวะจึงก่อให้เกิดปัญหามากมาย โดยเฉพาะปัญหาด้านความเสี่ยงทางสุขภาพที่ขึ้นต่อผู้ให้และผู้รับ

ด้านความเสี่ยงทางสุขภาพที่เกิดขึ้นต่อผู้ให้อวัยวะ ผู้ค้ามนุษย์จะเลือกผู้ที่ต้องการขายอวัยวะจากประชากรที่อ่อนแอที่สุดโดยพิจารณาจากคุณภาพชีวิต โดยเหยื่อส่วนใหญ่จะถูกทิ้งให้ดูแลตัวเองหลังจากการปลูกถ่ายอวัยวะ และมีการชำระเงินครั้งสุดท้ายเมื่อดำเนินการปลูกถ่ายเสร็จ ผู้ขายอวัยวะส่วนใหญ่ทราบว่า การขายไตเป็นสิ่งผิดกฎหมายและอาจได้รับโทษ ดังนั้นจึงเลือกที่จะไม่บอกตำรวจหรือผู้มีอำนาจ หากมีปัญหาเกิดขึ้น ในบางกรณีก็จะถูกคุกคามโดยนายหน้าท้องถิ่นเพื่อป้องกันไม่ให้ไปร้องเรียน นอกเหนือจากเรื่องการถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนแล้ว ผู้ขาย

¹ Council of Europe/United Nations Study. (2009). Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs.

² WTO agreements and public health : a joint study by the WHO and the WTO secretariat. Geneva: WHO, World Trade Organization; 2002.

อวัยวะยังคงต้องเผชิญกับผลกระทบร้ายแรงอื่น ๆ ที่ตามมาจากการสูญเสียไตและยังไม่ได้รับผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากการขายไตในระยะยาว

จากการสูญเสียพลังงาน ความเจ็บปวดและปัญหาสุขภาพนำไปสู่ปัญหาการเสื่อมสภาพของร่างกาย สูญเสียงานและกลับเข้าไปสู่การเป็นหนี้และความยากจนอีกครั้งเพราะเหื่อส่วนใหญ่ไม่ได้รับการเข้าถึงการดูแลภายหลังการปลูกถ่ายหรือการตรวจทางการแพทย์ นอกจากนี้แล้วยังประสบปัญหาของมีภาวะซึมเศร้าและความขายหน้า และในบางสังคมถือว่าการขายอวัยวะเป็นความอัปยศทางสังคม ปัญหาเหล่านี้เป็นความจริงที่เกิดขึ้นในหลาย ๆ กรณีของการค้าอวัยวะและการท่องเที่ยวเพื่อการปลูกถ่ายอวัยวะเนื่องจากผู้ขายอวัยวะไม่สามารถถูกตรวจสอบได้ว่าต้องการความช่วยเหลือหรือไม่

ความเสี่ยงทางสุขภาพที่เกิดขึ้นต่อผู้รับอวัยวะ หลักฐานที่การขายไตในกระบวนการค้ามนุษย์นำไปสู่ปัญหาสังคมและสุขภาพที่ร้ายแรงของผู้ขายอวัยวะ (เหื่อ) มีอยู่อย่างล้นหลาม แต่ในทางตรงกันข้ามกลับไม่มีความแน่ชัดของผู้รับอวัยวะในการปลูกถ่ายอวัยวะเชิงพาณิชย์ เพราะข้อมูลเกี่ยวกับผลลัพธ์ของการปลูกถ่ายในต่างประเทศนั้นหายากและกระจัดกระจายจึงไม่ใช่เรื่องง่าย โดย Sajjad ได้รวบรวมการวิเคราะห์กรณีศึกษาอย่างเป็นระบบโดยใช้กรณีศึกษาจำนวน 29 ชิ้น³

ในปี 2008 และเปรียบเทียบผลทางการแพทย์ของทั้งผู้รับอวัยวะ (ผู้ซื้อ) และผู้ให้อวัยวะ (ผู้ขาย) สรุปให้เห็นว่าผลการปลูกถ่ายอวัยวะที่ผู้ป่วยจากประเทศที่พัฒนาแล้ว (สหรัฐอเมริกา แคนาดา ออสเตรเลีย ตุรกี สหราชอาณาจักร) ซึ่งดำเนินการปลูกถ่ายอวัยวะในต่างประเทศ แย่กว่าการปลูกถ่ายที่ดำเนินการในประเทศของผู้ป่วยเอง โดยเทียบจากภาวะแทรกซ้อนหลังผ่าตัด การติดเชื้อ และการมีชีวิตรอดของผู้ป่วย การปลูกถ่ายที่ดำเนินการในอินเดียและปากีสถานแสดงให้เห็นถึงผลลัพธ์ที่ร้ายแรงที่สุด การปลูกถ่ายที่ดำเนินการในจีนและฟิลิปปินส์ก็ไม่ได้ให้ผลลัพธ์ที่ดีมากนัก หลังปี 2000 ภาวะแทรกซ้อนของผู้ป่วยที่ได้รับรายงานคือ ภาวะแทรกซ้อนจากการผ่าตัด ภาวะไส้เลื่อนหลังผ่าตัด แผลติดเชื้อ การติดเชื้อที่ได้รับมาจากผู้บริจาค (HIV, โรคตับอักเสบบี, CMV, โรคเชื้อรา) กล้ามเนื้อหัวใจตายเฉียบพลัน โรคเบาหวานที่เกิดจากการกระตุ้นสเตียรอยด์ และยังมีความเสี่ยงในการที่ร่างกายปฏิเสธอวัยวะที่ได้รับมาอย่างรุนแรง ความรู้สึกด้อยค่า รวมถึงการอยู่รอดของผู้ป่วย

ปัญหาเพิ่มเติมในการได้รับการปฏิบัติภายหลังการปลูกถ่ายอวัยวะคือความจริงที่ว่าเอกสารจากศูนย์การปลูกถ่ายในต่างประเทศมักจะขาดรายละเอียด อีกทั้งข้อมูลของผู้บริจาคมักขาดหายไปโดยสิ้นเชิง โดยจากการสังเกตข้อมูลเกี่ยวกับผลลัพธ์จากการปลูกถ่ายอวัยวะของผู้ป่วยชาวยุโรปที่ดำเนินการปลูกถ่ายในต่างประเทศมีน้อยมาก ที่เป็นเช่นนี้อาจเป็นเพราะจำนวนของประเทศที่มีประสิทธิภาพในการปลูกถ่ายอวัยวะยังคงมีไม่มากและไม่มียุทธศาสตร์ติดตามผลภายหลังการปลูกถ่ายอวัยวะเชิงพาณิชย์ ยกเว้นรายงานจาก UK48 และมาซิโดเนียที่แสดงให้เห็นว่ามีความเสี่ยงในการปลูกถ่ายอวัยวะในต่างประเทศถึง 3 เท่าเมื่อเทียบกับการปลูกถ่ายอวัยวะในประเทศตนเอง อันเนื่องมาจากความเสี่ยงของภาวะแทรกซ้อนหลังการปลูกถ่ายที่ในบางครั้งผู้รับอวัยวะก็ถึงแก่ความตาย บางครั้งผู้รับอวัยวะก็ตกอยู่ในฐานะเหยื่อของการค้าอวัยวะ อย่างไรก็ตามโดยทั่วไปแล้วชะตากรรมของผู้รับอวัยวะก็เทียบไม่ได้กับความยากลำบากและความทรมาณของผู้ให้อวัยวะ⁴

การท่องเที่ยวเพื่อปลูกถ่ายอวัยวะนี้แบ่งออกเป็น 4 ลักษณะตามคำอธิบายของ Yosuke Shimazono ในการประชุมระดับโลกครั้งที่สอง เรื่องการปลูกถ่ายอวัยวะมนุษย์ที่สำนักงานใหญ่ WHO ในกรุงเจนีวาในปี 2007 คือ

- ลักษณะที่ 1 ผู้ป่วยเดินทางจากประเทศ B ไปยังประเทศ A ซึ่งเป็นที่ตั้งของผู้บริจาคและผู้รับปลูกถ่าย
- ลักษณะที่ 2 ผู้บริจาคเดินทางจากประเทศ A ไปยังประเทศ B ซึ่งเป็นที่ตั้งของผู้รับปลูกถ่ายและผู้ป่วย
- ลักษณะที่ 3 ผู้ป่วยและผู้บริจาคจากประเทศ A เดินทางไปยังประเทศ B ซึ่งเป็นที่ตั้งของผู้รับปลูกถ่าย

³ Sajjad I, Baines LS, et al., Commercialisation of kidney transplants, a systematic review of outcomes in recipients and donors. Am J of Nephrol 2008; 28: 744-754

⁴ Michael BOS, “STUDY Trafficking in human organs”, published on the European Parliament's online database, page 26-27

ลักษณะที่ 4 ผู้ป่วยจากประเทศ A และผู้บริจาคจากประเทศ B เดินทางไปยังประเทศ C ซึ่งเป็นที่ตั้งของศูนย์ปลูกถ่าย⁵

เพื่อให้เกิดความร่วมมือกันในการต่อต้านการค้าอวัยวะ อนุสัญญาแห่งสภายุโรปว่าด้วยการต่อต้านการค้าอวัยวะ (Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs) จึงเป็นเครื่องมือในทางระหว่างประเทศที่ได้รับการเพิ่มเติมจุดบกพร่องจากอนุสัญญาอื่น ๆ หลายฉบับซึ่งได้ทำขึ้นในปี 2015 โดยมีจุดมุ่งหมายในการจัดการค้าอวัยวะมนุษย์โดยการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมดังกล่าวโดยเฉพาะ โดยมีเนื้อหาที่สำคัญคือเรื่องเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาที่ได้บัญญัติให้มีความรัดกุมยิ่งขึ้นกว่าอนุสัญญาอื่น ๆ แม้ประเทศไทยจะมีได้เป็นภาคีในอนุสัญญาแต่อย่างไรก็ตามก็สามารถนำหลักเกณฑ์ในอนุสัญญาดังกล่าวมาปรับใช้กับกฎหมายไทยในเรื่องการค้าอวัยวะได้

หลักเกณฑ์ความรับผิดชอบทางอาญาตามอนุสัญญาแห่งสภายุโรปว่าด้วยการต่อต้านการค้าอวัยวะ (Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs)

อนุสัญญาแห่งสภายุโรปว่าด้วยการต่อต้านการค้าอวัยวะมีวัตถุประสงค์ เพื่อป้องกันและต่อต้านการค้าอวัยวะมนุษย์โดยการกระทำที่เป็นอาชญากรรมอย่างชัดแจ้ง เพื่อปกป้องสิทธิของผู้ที่ตกเป็นเหยื่อในการกระทำความผิด และเพื่อส่งเสริมความร่วมมือในระดับชาติและระดับนานาชาติในการดำเนินการต่อต้านการค้าอวัยวะมนุษย์ จึงได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในส่วนของความรับผิดชอบทางอาญาดังต่อไปนี้

1. การตัดอวัยวะอย่างผิดกฎหมาย

1. รัฐภาคีต้องมีมาตรการทางกฎหมายและมาตรการอื่น ๆ ที่จำเป็นเพื่อที่จะกำหนดความผิดอาญาไว้ในกฎหมายภายในเมื่อมีการกระทำโดยเจตนาในการตัดอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายจากผู้ที่มีชีวิตอยู่หรือผู้บริจาคร่างกายที่เสียชีวิตแล้วในกรณีดังต่อไปนี้ คือ

- เป็นการตัดอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายที่มีใช้การให้เปล่า หรือมิใช่ความยินยอมเป็นการเฉพาะของบุคคลนั้น หรือกรณีการตัดอวัยวะของผู้บริจาคร่างกายเพื่อการปลูกถ่ายโดยปราศจากการอนุญาตตามกฎหมายภายใน
- มีข้อแลกเปลี่ยนในการตัดอวัยวะของผู้บริจาคที่ยังมีชีวิตอยู่หรือบุคคลที่สามเพื่อการปลูกถ่าย โดยได้รับการเสนอหรือได้รับประโยชน์ทางการเงินหรือผลประโยชน์อื่น ๆ ที่เทียบเคียงได้
- มีข้อแลกเปลี่ยนในการตัดอวัยวะของผู้บริจาคหรือบุคคลที่สามที่เสียชีวิตแล้วเพื่อการปลูกถ่าย โดยได้รับการเสนอหรือได้รับประโยชน์ทางการเงินหรือผลประโยชน์อื่น ๆ ที่เทียบเคียงได้

2. รัฐภาคีใด ๆ หรือสหภาพยุโรปที่ลงนาม ให้สัตยาบัน ยอมรับหรืออนุมัติใช้อนุสัญญา อาจขอสงวนสิทธิในการไม่บังคับใช้หลักดังกล่าวก็ได้ เพื่อที่จะตัดอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายจากผู้บริจาคที่มีชีวิตอยู่ในกรณีพิเศษและสอดคล้องกับการป้องกันที่เหมาะสมหรือได้รับความยินยอมตามกฎหมายภายใน ซึ่งข้อจำกัดดังกล่าวอาจจะบัญญัติถึงค่าแลกเปลี่ยนกับกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องด้วย

3. “ประโยชน์ทางการเงินหรือผลประโยชน์อื่น ๆ ที่เทียบเคียงได้” นั้น ไม่รวมถึงค่าตอบแทนต่อการสูญเสียรายได้ หรือค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่อาจประเมินได้ อันเนื่องมาจากการตัดอวัยวะหรือการตรวจทางการแพทย์ หรือค่าตอบแทนในกรณีที่เกิดความเสียหายซึ่งมิใช่เรื่องปกติอันเกิดจากการตัดอวัยวะเพื่อการปลูกถ่าย

4. รัฐภาคีจะต้องใช้มาตรการทางกฎหมายหรือมาตรการอื่น ๆ ที่จำเป็นเพื่อกำหนดความผิดทางอาญาในกฎหมายภายใน ในเรื่องการตัดอวัยวะจากผู้ที่มีชีวิตอยู่หรือผู้บริจาคที่เสียชีวิตแล้วเมื่อดำเนินการตัดอวัยวะนอกกรอบกระบวนการตัดอวัยวะ มีการฝ่าฝืนหลักการที่สำคัญของกฎหมายภายในหรือกฎหมายเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะแห่งชาติ รัฐภาคีต้องจัดตั้งฐานความผิดทางอาญาตามอนุสัญญาดังกล่าวโดยนำข้อ 9 ถึง 22 มาปรับใช้กับฐานความผิดดังกล่าว⁶

⁵ Shimazono Y. Mapping, “Transplant Tourism,” Presentation at the World Health Organization’s Second Global Consultation on Human Transplantation, March 28–30, 2007, Geneva

⁶ Article 4 of Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs

จากข้อนี้ได้ระบุชัดเจนว่าการตัดอวัยวะจะถือเป็นความผิดทางอาญาเมื่อมีการดำเนินการโดยปราศจากความยินยอมโดยอิสระและเฉพาะเจาะจงของผู้บริจาคและ/หรือเมื่อผู้บริจาคได้รับค่าตอบแทนทางการเงินหรือผลประโยชน์อื่น ๆ โดยไม่พิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของการตัดอวัยวะนั้นว่าเป็นเพื่อการใด ไม่สำคัญว่าอวัยวะจะใช้สำหรับการปลูกถ่ายให้แก่ผู้อื่นหรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่น เช่น การวิจัย ก็ตาม

จากข้อ 4 จะแบ่งการตัดอวัยวะออกเป็น 2 กรณีคือ การตัดอวัยวะออกจากบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่และการตัดอวัยวะออกจากผู้บริจาคที่เสียชีวิตแล้ว

ในกรณีของการตัดอวัยวะออกจากผู้บริจาคที่เสียชีวิตไปแล้ว กฎหมายภายในของแต่ละประเทศเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะอาจเป็นไปตามระบบใดระบบหนึ่งในสองระบบ นั่นคือ ระบบเลือกให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะอย่างชัดเจน (Under a regime of explicit consent) หรืออาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “opting in” และระบบเลือกให้ความยินยอมโดยสันนิษฐาน (The alternative, presumed consent system) หรืออาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “opting (or contracting) out” หากเป็นระบบแรกกล่าวคือจะต้องมีการให้ความยินยอมเสียก่อนในการบริจาคร่างกายหลังเสียชีวิต หากไม่ได้ให้ความยินยอมดังกล่าวก็จะสามารถตัดอวัยวะออกไปได้ ส่วนอีกระบบหนึ่งก็จะมีลักษณะตรงข้ามกันคือ จะต้องแจ้งไม่ให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะก่อนที่จะเสียชีวิตเพื่อไม่อนุญาตให้เกิดการตัดอวัยวะออกไปภายหลังเสียชีวิตแล้ว เพราะในบางรัฐกฎหมายสันนิษฐานว่าอนุญาตให้ตัดอวัยวะออกจากผู้บริจาคที่เสียชีวิตแล้วซึ่งกำหนดไว้ในกฎหมายภายใน⁷ แต่ไม่ว่าประเทศใดจะใช้ระบบใดก็ตามก็ไม่มีปัญหาใดๆ เนื่องจากทั้งสองระบบได้รับการพิจารณาแล้วว่าสอดคล้องกับอนุสัญญา รัฐภาคีจึงไม่ต้องแก้ไขกฎหมายภายในเกี่ยวกับเรื่องนี้ แต่อย่างไรก็ตามจากความแตกต่างกันของทั้งสองระบบอาจจะมีประเด็นปัญหาในเรื่องของการตัดอวัยวะที่ดำเนินการภายใต้เงื่อนไขดังกล่าวถูกต้องตามกฎหมายภายในของรัฐหนึ่งอาจถือว่าเป็นอาชญากรรมในอีกรัฐหนึ่งก็ได้หากรัฐทั้งสองนี้ใช้ระบบการบริจาคอวัยวะที่แตกต่างกันแม้ว่ารัฐภาคีทั้งสองรัฐจะเป็นภาคีในอนุสัญญานับนี้ก็ตาม

ในกรณีของการตัดอวัยวะออกจากผู้บริจาคที่ยังมีชีวิตอยู่ ตามที่ระบุไว้อย่างชัดเจนว่าอนุสัญญาไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งอนุสัญญาเพื่อให้สอดคล้องกับระบบการปลูกถ่ายในประเทศ ดังนั้นอนุสัญญาไม่ได้กำหนดเงื่อนไขหรือข้อกำหนดใด ๆ ที่จะตรวจสอบว่าความยินยอมของผู้บริจาค่นั้นเป็นความยินยอมที่เป็นอิสระและเฉพาะเจาะจงหรือไม่ เงื่อนไขและข้อกำหนดเหล่านั้นจะถูกกำหนดโดยกฎหมายการปลูกถ่ายของแต่ละประเทศ แต่ขั้นต่ำที่สุดต้องให้มีการประสานกันโดยใช้เครื่องมือทางกฎหมายระหว่างประเทศ⁸ กรณีการตัดอวัยวะออกจากผู้บริจาคที่ยังมีชีวิตอยู่นั้นอาจมีประเด็นปัญหาในเรื่องของความยินยอมของผู้บริจาค่นั้นเพียงพอหรือไม่ เท่าใด เพียงใด ตามหลักทั่วไปแล้วอนุสัญญาย่อมใช้กับการรักษาทางการแพทย์ในทุกครั้งและการบริจาคอวัยวะต้องได้รับการตีความอย่างเคร่งครัด เพราะตามความเป็นจริงแล้วการรักษาทางการแพทย์ปกติมีวัตถุประสงค์เพื่อปรับปรุงสุขภาพของผู้ป่วยให้ดีขึ้น แต่การตัดอวัยวะไม่เป็นประโยชน์ต่อสุขภาพของผู้บริจาคในทางใดทางหนึ่ง ดังนั้นกฎหมายภายในต้องระบุอย่างชัดเจนว่าการตัดอวัยวะจากผู้บริจาคที่มีชีวิตสามารถทำได้ในกรณีที่บุคคลนั้นให้ความยินยอมอย่างอิสระและโดยเฉพาะเจาะจงเท่านั้นเป็นรูปแบบที่เป็นลายลักษณ์อักษรมอบให้ต่อหน่วยงานราชการและสามารถถอนความยินยอมดังกล่าวได้โดยอิสระ และเฉพาะบุคคลที่มีความสัมพันธ์ส่วนตัวใกล้ชิดกับผู้รับบริจาคเท่านั้นจึงจะสามารถบริจาคอวัยวะได้ หากไม่มีความสัมพันธ์เช่นนั้น การตัดอวัยวะจะสามารถกระทำได้ภายใต้เงื่อนไขพิเศษที่ต้องถูกควบคุมโดยกฎหมายภายใน

นอกจากนี้แล้วความยินยอมของผู้บริจาคที่ไร้ความสามารถ ทั้งเป็นผู้เยาว์และคนไร้ความสามารถ เช่น เป็นผู้ป่วยทางจิต ซึ่งในบางรัฐการตัดอวัยวะจากผู้เยาว์ที่ผู้ปกครองให้ความยินยอมแล้วหรือคนไร้ความสามารถที่มีความ

⁷ World Health Organization, "WHO GUIDING PRINCIPLES ON HUMAN CELL, TISSUE AND ORGAN TRANSPLANTATION," As endorsed by the sixty-third World Health Assembly in May 2010, in Resolution WHA63.22. page 2-3.

⁸ ALESSANDRA PIETROBON, "Challenges in Implementing the European Convention against Trafficking in Human Organs," Leiden Journal of International Law (2016), 29, page 485–502.

บทพร่องทางจิตอาจสามารถทำได้โดยได้รับอนุญาตจากหน่วยงานพิเศษ ปัญหาดังกล่าวเป็นที่ถกเถียงระหว่างรัฐต่างๆ ในเรื่องความยินยอมให้ตัดอวัยวะ ซึ่งบางรัฐยอมรับได้ภายใต้สถานการณ์พิเศษที่ควบคุมโดยกฎหมายอย่างเคร่งครัด แต่ในอีกหลายรัฐคัดค้านอย่างรุนแรงในการตัดอวัยวะออกจากผู้เยาว์หรือผู้บริจาคที่ไร้ความสามารถด้วยเหตุผลทางศีลธรรม ดังนั้นการตัดอวัยวะอย่างถูกกฎหมายในประเทศหนึ่งอาจถูกดำเนินคดีฐานค้าอวัยวะโดยรัฐอื่นที่เป็นรัฐภาคีในอนุสัญญาเดียวกัน⁹ ดังนั้นแม้ข้อ 4 จะบัญญัติเนื้อหาให้มีความเป็นไปได้แบบเดียวกับอย่างชัดเจนอย่างเดียวกันกับการตัดอวัยวะจากผู้บริจาคที่เสียชีวิต แต่ปัญหาทางจริยธรรมดังกล่าวก็ละเอียดอ่อนจนผู้เจรจาไม่สามารถบรรลุข้อตกลงได้ชัดเจนจึงได้มีมาตรการสำรองคือการให้สงวนสิทธิที่จะใช้หรือใช้เฉพาะกรณีตามข้อ 4A ผลทำให้อนุสัญญามีข้อบกพร่องในเรื่องของความไม่แน่นอนหนึ่งอันเดียวกัน เพราะเมื่อการเปิดโอกาสให้รัฐสามารถตั้งข้อสงวนได้ในข้อสำคัญย่อมทำให้การกระทำแบบเดียวกันในรัฐหนึ่งอาจเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายฐานค้าอวัยวะในอีกรัฐก็ได้

เมื่อเปรียบเทียบฐานความผิดทางอาญาที่นำมาใช้กับเรื่องดังกล่าวของประเทศไทยแล้วจะเห็นได้ว่า การใช้กฎหมายอาญาในฐานะความผิดอื่นมาเทียบเคียงนั้นยังไม่ตรงกับวัตถุประสงค์ในการป้องกันและปราบปรามการค้าอวัยวะเท่าใดนัก

การใช้ข้อ 4A ที่ถูกตัดออกอย่างผิดกฎหมายเพื่อวัตถุประสงค์ในการปลูกถ่ายอวัยวะหรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่นยิ่งกว่าการปลูกถ่ายอวัยวะ

รัฐภาคีต้องใช้มาตรการทางกฎหมายและมาตรการอื่นๆ ที่จำเป็นเพื่อกำหนดฐานความผิดทางอาญาในกฎหมายภายใน เมื่อมีการกระทำโดยเจตนาในการใช้อวัยวะที่ถูกตัดออกอย่างผิดกฎหมายตามที่อธิบายไว้ในข้อ 4 วรรค 1 เพื่อวัตถุประสงค์ในการปลูกถ่ายหรือวัตถุประสงค์อื่นยิ่งกว่าเพื่อการปลูกถ่าย¹⁰

การปลูกถ่ายอวัยวะในรูปแบบที่นอกเหนือจากกระบวนการปลูกถ่ายอวัยวะตามกฎหมายภายใน หรือฝ่าฝืนหลักสำคัญของกฎหมายการปลูกถ่ายอวัยวะแห่งชาติ

รัฐภาคีต้องใช้มาตรการทางกฎหมายหรือมาตรการอื่นๆ ที่จำเป็นเพื่อกำหนดความผิดทางอาญาในกฎหมายภายใน เมื่อมีการกระทำโดยเจตนาในการปลูกถ่ายอวัยวะจากผู้บริจาคที่มีชีวิตอยู่หรือผู้ที่เสียชีวิตแล้วที่ดำเนินการกระบวนการปลูกถ่ายนอกระบบ หรือในกรณีการปลูกถ่ายเป็นการฝ่าฝืนหลักการสำคัญของกฎหมายภายในหรือกฎหมายการปลูกถ่ายอวัยวะแห่งชาติ รัฐภาคีต้องจัดตั้งฐานความผิดทางอาญาตามอนุสัญญาฉบับนี้โดยนำข้อ 9 ถึง 22 มาปรับใช้กับฐานความผิดดังกล่าว

การจูงใจโดยผิดกฎหมาย การสรรหา การเสนอและการร้องขอผลประโยชน์ที่มีขอบ

รัฐภาคีต้องใช้มาตรการทางกฎหมายและมาตรการอื่น ๆ ที่จำเป็นเพื่อกำหนดความผิดทางอาญาในกฎหมายภายใน เมื่อมีการกระทำโดยเจตนาในการจูงใจ และสรรหาผู้บริจาคอวัยวะหรือผู้รับ อวัยวะซึ่งดำเนินการเพื่อผลประโยชน์ทางการเงิน หรือสำหรับบุคคลที่สาม

รัฐภาคีต้องใช้มาตรการทางกฎหมายและมาตรการอื่น ๆ ที่จำเป็นเพื่อกำหนดความผิดทางอาญาเมื่อมีการกระทำโดยเจตนา ในการสัญญาว่าจะให้หรือเสนอโดยบุคคลใด ๆ ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม สิ่งการหรือทำงานให้กับหน่วยงานเอกชนไม่ว่าจะด้วยวิธีใดในการตัดอวัยวะ หรือดำเนินการปลูกถ่ายอวัยวะ หรืออำนวยความสะดวกในกรณีที่มีการเคลื่อนย้ายหรือการปลูกถ่ายดังกล่าวตามสถานการณ์ที่อธิบายไว้ในข้อ 4 วรรค 1 หรือข้อ 5 และในข้อ 4 วรรค 4 หรือข้อ 6

รัฐภาคีต้องใช้มาตรการทางกฎหมายและมาตรการอื่น ๆ ที่จำเป็นเพื่อกำหนดความผิดทางอาญาเมื่อมีการกระทำโดยเจตนาจากผู้เชี่ยวชาญด้านสุขภาพ เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือบุคคลที่กำกับดูแลหรือทำงานให้กับหน่วยงานภาคเอกชนโดยได้รับผลประโยชน์โดยมิชอบในการดำเนินการหรืออำนวยความสะดวกในกระบวนการตัดอวัยวะหรือ

⁹ ALESSANDRA PIETROBON, “Challenges in Implementing the European Convention against Trafficking in Human Organs,” *Leiden Journal of International Law* (2016), 29, page 485–502.

¹⁰ Article 5 of Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs

การปลูกถ่ายอวัยวะที่เกิดขึ้นตามสถานการณ์ที่อธิบายไว้ในข้อ 4 วรรค 1 หรือข้อ 5 และในกรณีข้อ 4 วรรค 4 หรือข้อที่ 6¹¹

การเตรียมการ การสงวน การเก็บรักษา การขนส่ง การเคลื่อนย้าย การรับมอบ การนำเข้าและส่งออกอวัยวะที่ถูกตัดอย่างผิดกฎหมาย

รัฐภาคีต้องใช้มาตรการทางกฎหมายและมาตรการอื่น ๆ ที่จำเป็นเพื่อกำหนดความผิดทางอาญาในกฎหมายภายในเมื่อมีการกระทำโดยเจตนา ดังต่อไปนี้

A. การเตรียม การสงวน การเก็บรักษาอวัยวะที่ถูกตัดออกอย่างผิดกฎหมายตามที่อธิบายไว้ในข้อ 4 วรรค 1 และในกรณีข้อ 4 วรรค 4

B. การขนส่ง การเคลื่อนย้าย การรับมอบ การนำเข้าและส่งออกอวัยวะที่ถูกตัดออกอย่างผิดกฎหมายตามที่อธิบายไว้ในข้อ 4 วรรค 1 และในกรณีข้อ 4 วรรค 4¹²

3. การให้ความช่วยเหลือหรือการสนับสนุน และการพยายามกระทำความผิด

1. รัฐภาคีต้องใช้มาตรการทางกฎหมายและมาตรการอื่น ๆ ที่จำเป็นเพื่อกำหนดความผิดทางอาญาเมื่อได้กระทำโดยเจตนา ในการช่วยเหลือหรือสนับสนุนการกระทำความผิดทางอาญาใด ๆ ที่จัดตั้งขึ้นตามอนุสัญญานี้

2. รัฐภาคีต้องใช้มาตรการทางกฎหมายและมาตรการอื่น ๆ ที่จำเป็นเพื่อกำหนดความผิดทางอาญาเมื่อได้มีการพยายามที่จะกระทำความผิดทางอาญาใด ๆ โดยเจตนาตามฐานความผิดที่จัดตั้งขึ้นตามอนุสัญญานี้

3. รัฐภาคีใด ๆ หรือสหภาพยุโรปในเวลาที่มีการลงนามหรือเมื่อให้สัตยาบัน ยอมรับหรืออนุมัติใช้อุญญาอาจแจ้งถึงเลขาธิการคณะมนตรียุโรปว่าจะขอสงวนสิทธิที่จะไม่ใช้ หรือใช้เฉพาะในกรณีหรือใช้โดยมีเงื่อนไขเฉพาะในวรรค 2 ตามฐานความผิดที่จัดตั้งขึ้นตามข้อ 7 และข้อ 8¹³

3.) เขตอำนาจศาล

1. รัฐภาคีต้องใช้มาตรการทางกฎหมายหรือมาตรการอื่น ๆ ที่จำเป็นเพื่อกำหนดเขตอำนาจศาลเหนือความผิดใด ๆ ที่จัดตั้งขึ้นตามอนุสัญญานี้เมื่อความผิดนั้นได้กระทำลง

A. ในดินแดนของรัฐภาคีนั้น หรือ

B. บนเรือที่ชักธงของรัฐภาคีนั้น หรือ

C. บนเครื่องบินที่จดทะเบียนภายใต้กฎหมายของรัฐภาคีนั้น หรือ

D. โดยบุคคลที่ถือสัญชาติของรัฐภาคีนั้น หรือ

E. โดยบุคคลที่มีถิ่นที่อยู่เป็นปกติในดินแดนของรัฐภาคีนั้น

2. รัฐภาคีต้องใช้มาตรการทางกฎหมายหรือมาตรการอื่น ๆ ที่จำเป็นเพื่อกำหนดเขตอำนาจศาลเหนือความผิดใด ๆ ที่จัดตั้งขึ้นตามอนุสัญญานี้ซึ่งความผิดนั้นได้กระทำต่อบุคคลซึ่งมีสัญชาติของรัฐหรือบุคคลที่มีถิ่นที่อยู่เป็นปกติในดินแดนของรัฐภาคีนั้น

3. รัฐภาคีหรือสหภาพยุโรป ในเวลาที่มีการลงนามหรือเมื่อให้สัตยาบัน ยอมรับหรือเห็นชอบในอนุญญาอาจแจ้งถึงเลขาธิการคณะมนตรียุโรปว่าจะขอสงวนสิทธิที่จะไม่ใช้ หรือใช้โดยเฉพาะกรณี หรือใช้อย่างมีเงื่อนไข ในวรรค 1 ข้อย่อย D และ E ของข้อนี้

4. ในการดำเนินคดีเกี่ยวกับความผิดที่จัดตั้งขึ้นตามอนุสัญญานี้ รัฐภาคีจะต้องใช้มาตรการทางกฎหมายหรือมาตรการอื่น ๆ ที่จำเป็นเพื่อกำหนดเขตอำนาจศาลในส่วนที่เกี่ยวข้องกับวรรค 1 D และ E ของข้อนี้ให้ไม่ด้อยไปกว่าเงื่อนไขที่การดำเนินคดีสามารถเริ่มต้นได้หลังจากได้รับการรายงานจากเหยื่อ หรือการให้ข้อมูลโดยรัฐภาคีของสถานที่ที่มีการกระทำความผิด

¹¹ Article 7 of Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs

¹² Article 8 of Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs

¹³ Article 9 of Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs

5. รัฐภาคีหรือสหภาพยุโรป ในเวลาที่มีการลงนามหรือเมื่อให้สัตยาบัน ยอมรับหรือเห็นชอบในอนุสัญญาอาจแจ้งถึงเลขาธิการคณะมนตรียุโรปประกาศว่าจะขอสงวนสิทธิที่จะไม่ใช้ หรือ ใช้เฉพาะกรณี ในวรรค 4 ของข้อนี้

6. รัฐภาคีต้องใช้มาตรการทางกฎหมายหรือมาตรการอื่นๆ ที่จำเป็นเพื่อกำหนดเขตอำนาจศาลเหนือความผิดที่จัดตั้งขึ้นตามอนุสัญญานี้ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดที่ถูกกล่าวหาอยู่ในอาณาเขตของรัฐภาคีและไม่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนไปยังรัฐอื่น ด้วยเหตุสัญชาติของบุคคลนั้น

7. เมื่อรัฐภาคีมากกว่าหนึ่งรัฐอ้างเขตอำนาจศาลเหนือความผิดที่ถูกกล่าวหาซึ่งจัดตั้งขึ้นตามอนุสัญญานี้ รัฐภาคีที่เกี่ยวข้องจะต้องปรึกษาหารือในการพิจารณาเขตอำนาจศาลที่เหมาะสมที่สุดเพื่อดำเนินคดี

8. ตามหลักของกฎหมายระหว่างประเทศ อนุสัญญานี้ไม่ได้แยกออกจากกระบวนการทางอาญาอื่นใด ๆ ที่รัฐภาคีใช้ตามกฎหมายภายใน¹⁴

3.) ความรับผิดชอบขององค์กรอาชญากรรม

1. รัฐภาคีจะต้องใช้มาตรการทางกฎหมายและมาตรการอื่นๆ ที่จำเป็นเพื่อรับรองว่าบุคคลตามกฎหมายจะต้องรับผิดชอบความผิดที่จัดตั้งขึ้นตามอนุสัญญานี้ เมื่อได้กระทำความผิดเพื่อแสวงหาประโยชน์โดยบุคคลธรรมดาใดๆ หรือโดยทำหน้าที่เป็นปัจเจกชน หรือเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรตามกฎหมายซึ่งบุคคลที่มีตำแหน่งสำคัญนั้น คือ

- A. บุคคลที่มีอำนาจเป็นตัวแทนตามกฎหมาย
- B. บุคคลที่มีอำนาจในการตัดสินใจในนามของบุคคลตามกฎหมาย
- C. บุคคลที่มีอำนาจในการควบคุมภายในของบุคคลตามกฎหมาย

2. นอกเหนือจากกรณีที่ระบุไว้ในวรรค 1 ของข้อนี้ รัฐภาคีจะต้องใช้มาตรการทางกฎหมายและมาตรการอื่นๆ ที่จำเป็นเพื่อให้บุคคลตามกฎหมายมีความรับผิดชอบเมื่อได้กระทำความผิดที่จัดตั้งขึ้นตามอนุสัญญานี้เพื่อประโยชน์ของบุคคลตามกฎหมายนั้นโดยบุคคลธรรมดาที่ทำหน้าที่ภายใต้อำนาจของตน แม้ว่าจะปราศจากการควบคุมหรือการกำกับดูแลโดยบุคคลธรรมดาตามวรรค 1 ก็ตาม

3. ภายใต้หลักการทางกฎหมายของรัฐภาคี ความรับผิดชอบของบุคคลตามกฎหมายอาจเป็นความรับผิดชอบทางอาญา ทางแพ่ง หรือทางปกครองก็ได้

4. ความรับผิดชอบดังกล่าวจะต้องไม่เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลธรรมดาที่ได้กระทำความผิดลง¹⁵

3) บทลงโทษ

3.1 บทลงโทษ

1. รัฐภาคีจะต้องใช้มาตรการทางกฎหมายและมาตรการอื่นๆ ที่จำเป็นเพื่อรับรองว่าการกระทำความผิดที่จัดตั้งขึ้นตามอนุสัญญานี้จะต้องถูกลงโทษด้วยมาตรการลงโทษที่มีประสิทธิภาพ บทลงโทษเหล่านี้จะรวมถึงความผิดที่จัดตั้งขึ้นตามข้อ 4 วรรค 1 และตามดุลพินิจในข้อ 5 และข้อ 7 ถึง 9 เมื่อมีการกระทำโดยบุคคลธรรมดา บทลงโทษที่เกี่ยวข้องกับการถูกลิดรอนเสรีภาพอาจทำให้เกิดการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

2. รัฐภาคีจะต้องใช้มาตรการทางกฎหมายและมาตรการอื่นๆ ที่จำเป็นเพื่อให้บุคคลตามกฎหมายในข้อ 11 ต้องได้รับการลงโทษตามสัดส่วนความเหมาะสมอย่างมีประสิทธิภาพ รวมถึงการลงโทษทางอาญาและการลงโทษทางการเงินที่มีใช้ทางอาญา และอาจรวมถึงมาตรการอื่นๆ เช่น

- A. การระงับสิทธิในการดำเนินกิจกรรมเชิงพาณิชย์ชั่วคราวหรือถาวร
- B. การวางข้อกำหนดภายใต้การกำกับดูแลของศาล
- C. กระทำตามคำสั่งศาล

¹⁴ Article 10 of Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs

¹⁵ Article 11 of Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs

3. รัฐภาคีจะต้องใช้มาตรการทางกฎหมายและมาตรการอื่น ๆ ที่จำเป็นเพื่อ

A. อนุญาตให้ยึดและริบเงินหรือทรัพย์สินที่มีมูลค่าสอดคล้องกับรายได้ดังกล่าว สำหรับความผิดทางอาญาที่จัดตั้งขึ้นตามอนุสัญญานี้

B. กำหนดให้มีการปิดสถานประกอบการที่ใช้ในการกระทำความผิดทางอาญาใดๆ สำหรับความผิดที่จัดตั้งขึ้นตามอนุสัญญานี้ชั่วคราวหรือถาวร โดยการกระทำจะต้องไม่ละเมิดสิทธิของบุคคลที่สามที่กระทำการโดยสุจริตหรือบุคคลที่ปฏิเสธว่ามีได้กระทำความผิดทั้งปวง การดำเนินกิจกรรมของผู้เชี่ยวชาญที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดใดๆ ที่จัดตั้งขึ้นตามอนุสัญญานี้จะต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องของกฎหมายภายใน¹⁶

3.2 การเพิ่มบทลงโทษให้รุนแรงมากขึ้น

รัฐภาคีจะต้องใช้มาตรการทางกฎหมายและมาตรการอื่น ๆ ที่จำเป็นเพื่อให้สถานการณ์ต่อไปนี้ได้รับบทลงโทษที่รุนแรงขึ้น แม้ว่าพวกเขาจะไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบที่เป็นความผิดนั้นโดยให้ความสอดคล้องกับบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องในกฎหมายภายใน

A. ความผิดที่เป็นสาเหตุให้เหยื่อเสียชีวิตหรือเกิดความเสียหายร้ายแรงต่อสุขภาพร่างกายหรือจิตใจ

B. การกระทำความผิดนั้นกระทำโดยบุคคลที่ใช้อำนาจจากตำแหน่งหน้าที่

C. ความผิดนั้นเกิดขึ้นในกรอบขององค์กรอาชญากรรม

D. ผู้กระทำความผิดเคยถูกตัดสินว่ามีความผิดตามอนุสัญญานี้

E. ความผิดนั้นได้กระทำต่อเด็กหรือบุคคลที่เปราะบางเป็นพิเศษ¹⁷

3.3 การต้องโทษในอดีต

รัฐภาคีจะต้องใช้มาตรการทางกฎหมายและมาตรการอื่นๆ ที่จำเป็นเพื่อคำนึงถึงบทลงโทษที่รัฐภาคีอื่นได้ดำเนินการพิจารณาลงโทษเกี่ยวกับความผิดที่จัดตั้งขึ้นตามอนุสัญญานี้ไปแล้ว¹⁸

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ปัญหาการค้าอวัยวะเกิดจากความขาดแคลนอวัยวะที่ใช้ในการปลูกถ่ายส่งผลให้องค์กรอาชญากรรมได้พัฒนารูปแบบการค้าอวัยวะมากขึ้นจนกลายเป็นลักษณะของการท่องเที่ยวเพื่อปลูกถ่ายอวัยวะ (transplant tourism) นอกจากนี้แล้วยังขยายเป็นวงกว้างมากขึ้นเรื่อย ๆ รัฐทั่วโลกไม่ได้มีนโยบายกับปัญหาดังกล่าวที่เกิดขึ้นจึงได้ก่อตั้งอนุสัญญาต่าง ๆ เกี่ยวกับการค้าอวัยวะอย่างผิดกฎหมายขึ้นมาโดยเฉพาะ และได้พัฒนาเรื่อยมา จนกระทั่งในปี 2015 ก็ได้พัฒนาอนุสัญญาแห่งสภายุโรปว่าด้วยการต่อต้านการค้าอวัยวะขึ้นซึ่งมีเนื้อหาในอนุสัญญาครอบคลุมกับปัญหาดังกล่าวมากที่สุด มีวัตถุประสงค์ เพื่อป้องกันและต่อต้านการค้าอวัยวะมนุษย์โดยการกระทำที่เป็นอาชญากรรมอย่างชัดแจ้ง เพื่อปกป้องสิทธิของผู้ที่ตกเป็นเหยื่อในการกระทำความผิด และเพื่อส่งเสริมความร่วมมือในระดับชาติและระดับนานาชาติในการดำเนินการต่อต้านการค้าอวัยวะมนุษย์

ปัจจุบันปัญหาเรื่องการค้าอวัยวะเป็นปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อนานาชาติประเทศซึ่งมีไข่มุมเรื่องไกลตัวอีกต่อไปสำหรับประเทศไทยซึ่งยังไม่มีมาตรการทางกฎหมายที่สามารถครอบคลุมปัญหาดังกล่าวได้ ผู้เขียนจึงอยากเสนอความคิดเห็นให้มีการเพิ่มบทลงโทษทางอาญาหรือกฎหมายเฉพาะในเรื่องการค้าอวัยวะโดยนำแนวทางจาก อนุสัญญาแห่งสภายุโรปว่าด้วยการต่อต้านการค้าอวัยวะมาใช้ประกอบการพิจารณาในการร่างกฎหมายเรื่องการค้าอวัยวะ โดยเฉพาะในประเด็นสำคัญเกี่ยวกับการตัดอวัยวะออกจากบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่หรือเสียชีวิตแล้ว ซึ่งประเด็นของการตัดอวัยวะออกจากผู้ที่ยังมีชีวิตอยู่จะมีปัญหาในเรื่องของเจตนาของผู้บริจาคว่ามีความเหมาะสมเพียงพอหรือไม่อย่างไร ส่วนในกรณีตัดอวัยวะออกจากผู้บริจาคที่เสียชีวิตแล้วเกิดปัญหาในเรื่องของระบบกฎหมายที่มีความแตกต่างกันส่งผลให้การกระทำผิดในประเทศหนึ่งอาจถือว่ามีได้กระทำผิดในอีกประเทศ เป็นต้น

¹⁶ Article 12 of Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs

¹⁷ Article 13 of Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs

¹⁸ Article 14 of Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs

บรรณานุกรม

BOOKS

Council of Europe/United Nations Study. (2009). Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs.

WTO agreements and public health : a joint study by the WHO and the WTO secretariat. Geneva : WHO. World Trade Organization ; 2002.

ARTICLE

ALESSANDRA PIETROBON. “Challenges in Implementing the European Convention against Trafficking in Human Organs.” Leiden Journal of International Law. 2016.

Sajjad I, Baines LS, et al. “Commercialisation of kidney transplants, a systematic review of outcomes in recipients and donors.” Am J of Nephrol 2008.

ELECTRONIC MEDIA

Michael BOS. “STUDY Trafficking in human organs.” published on the European Parliament's online database, <https://docplayer.net/15045089-Trafficking-in-human-organs.html>.

LAWS

Shimazono Y. Mapping. “Transplant Tourism.” Presentation at the World Health Organization’s Second Global Consultation on Human Transplantation, March 28–30, 2007, Geneva

World Health Organization. “WHO GUIDING PRINCIPLES ON HUMAN CELL, TISSUE AND ORGAN TRANSPLANTATION.” As endorsed by the sixty-third World Health Assembly in May 2010, in Resolution WHA63.22.

ปัญหาการใช้เครื่องพันธนาการต่อผู้ต้องหาหรือจำเลยในศาล THE PROBLEMS OF LEGAL ISSUES CONCERNING THE USE OF RESTRAINTS ON ALLEGED OFFENDERS OR DEFENDANTS IN THE COURT

จรณินทร์ ตั้งเจริญสมุทร*

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาถึงสภาพปัญหาการใช้เครื่องพันธนาการต่อผู้ต้องหาหรือจำเลยในศาล ก่อนมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่ามีความผิดซึ่งเป็นการกระทำความผิดส่วนบุคคล รวมถึงศึกษาเกี่ยวกับการใช้เครื่องพันธนาการกับผู้ต้องหาหรือจำเลยของประเทศไทยและต่างประเทศ เพื่อเปรียบเทียบและหาทางแก้ไขข้อบกพร่องของกฎหมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน เพื่อให้เป็นไปตามมาตรฐานสากลขององค์การสหประชาชาติ ซึ่งผู้ต้องหาหรือจำเลยซึ่งศาลยังมีได้พิพากษาว่ามีความผิดย่อมได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์

จากการศึกษาพบว่า ผู้ต้องหาหรือจำเลยจะมาปรากฏตัวในศาลพร้อมโซ่ตรวนเพื่อป้องกันการหลบหนี ศาลไม่ได้เปิดโอกาสให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่โดยปราศจากโซ่ตรวนอันขัดต่อหลักให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ ทำให้ถูกมองว่าเป็นผู้กระทำความผิดแล้วทั้งที่ศาลยังไม่ได้ตัดสิน การใช้เครื่องพันธนาการต่อผู้ต้องหาหรือจำเลยในศาลก่อนมีคำพิพากษาถึงที่สุดควรกระทำด้วยความจำเป็นตามกฎหมายและเป็นเครื่องพันธนาการชนิดที่ไม่ทรมาณต่อผู้ต้องหาหรือจำเลย แต่ต้องมีประสิทธิภาพในการควบคุม และควรเปิดโอกาสให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยต่อสู้คดีอย่างเต็มที่ในชั้นศาลโดยปราศจากเครื่องพันธนาการ

คำสำคัญ

เครื่องพันธนาการ ผู้ต้องหา จำเลย ศาล หลักสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์

Abstract

This article aims to study the problem concerning legal measures for the treatment of alleged offenders or defendants in connection with the use of restraint to alleged offender or defendant in court prior to the final judgment. The use of restraint affected the alleged offender or defendant's right. The study includes the details of the use of restraint against alleged offender or defendant in Thailand.

The court should be amended to prohibit from shackling alleged offender or defendant during trial.

Keywords

Restraint , Offender, Defendant, Court, The Presumption of Innocence principle

* นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นักสืบสอบสวนสอบสวนปฏิบัติการ สำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน

บทนำ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในมาตรา 29 วรรคสอง ได้วางหลักไว้ชัดเจนว่า ในคดีอาญาต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด และก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้ ในเรื่องการใช้โซ่ตรวนนั้น องค์การสหประชาชาติได้วางมาตรฐานขั้นต่ำของการปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง (Nelson Mandela Rules หรือ Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners) ไว้ ซึ่งมาตรฐานว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมดังกล่าวนี้เป็นมาตรฐานเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมมาตรฐานแรกที่องค์การสหประชาชาติได้ประกาศใช้ ซึ่งนำมาใช้กับจำเลยที่ถูกพันธนาการด้วยโซ่ตรวนเมื่ออยู่ในห้องพิจารณาคดี กล่าวคือ ในข้อ 33 ของมาตรฐานดังกล่าวได้กล่าวถึงเรื่องโซ่ตรวนว่า บรรดาเครื่องพันธนาการ เช่น กุญแจมือ โซ่ ตรวน และสายรัดแขน จะต้องไม่นำมาใช้เพื่อการลงโทษ นอกจากนี้จะใช้โซ่ตรวนเพื่อการจองจำไม่ได้ ส่วนเครื่องพันธนาการอย่างอื่น จะนำมาใช้ได้ต่อเมื่อมีพฤติการณ์ เช่น การป้องกันการหลบหนีในระหว่างขนย้ายผู้ต้องขัง แต่ควรจะถอดเครื่องพันธนาการนั้นออก เมื่อนำผู้ต้องขังไปปรากฏตัวที่ศาล และพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 และกฎกระทรวงมหาดไทยออกตามความในมาตรา 58 แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ ซึ่งได้กล่าวไว้สอดคล้องกับมาตรฐานขั้นต่ำของการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังขององค์การสหประชาชาติ กล่าวคือในมาตรา 21 ของพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 ได้วางหลักว่า “ห้ามมิให้ใช้เครื่องพันธนาการแก่ผู้ต้องขัง...”ไว้ก่อนเบื้องต้น ส่วนในเรื่องข้อบังคับใช้หรือการใช้เครื่องพันธนาการเป็นเพียงข้อยกเว้นของกฎหมายเท่านั้น การตีความการใช้โซ่ตรวนจึงต้องตีความอย่างเคร่งครัด ผู้มีอำนาจสั่งใช้โซ่ตรวนจึงต้องทำความเข้าใจเจตนารมณ์ของกฎหมายเป็นอย่างดี การใช้เครื่องพันธนาการแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยในศาลโดยที่ยังไม่มีคำพิพากษาถึงที่สุดนั้น หากเป็นการใช้โดยไม่ระมัดระวังและตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ นอกจากจะเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนของบุคคลนั้นแล้ว ยังเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศด้วย

ในส่วนของระบบการควบคุมตัวจำเลย เพื่อความปลอดภัยระหว่างขนย้ายตัวจำเลยมาที่ศาล และตลอดระยะเวลาที่จำเลยอยู่ภายในศาล บางครั้งมีความจำเป็นจะต้องใช้เครื่องพันธนาการกับจำเลย โดยเฉพาะอย่างยิ่งโซ่ตรวนเพื่อขัดขวางไม่ให้จำเลยเคลื่อนไหวได้โดยง่ายหรือสะดวก หรือเป็นการยับยั้งไม่ให้จำเลยก่อเหตุร้าย เช่น แหกหักหลบหนี หรือทำความเสียหายแก่ชีวิตชีวิตร่างกายและทรัพย์สินของตนเองหรือของผู้อื่น แต่อย่างไรก็ตามการใช้โซ่ตรวนเป็นการทำให้เสียเสรีภาพในการเคลื่อนไหวหรือการเคลื่อนที่จากที่หนึ่งไปยังอีกที่หนึ่งอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน¹ ตามหลักขององค์การสหประชาชาติที่มีมติรับรองสิทธิของประชาชน โดยที่หลักการและทางปฏิบัติเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าเป็นการดี และเพื่อเป็นหลักประกันศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตลอดจนสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน เช่น สิทธิในชีวิต เสรีภาพจากการไม่ถูกทรมาน เป็นต้น

จากการศึกษาปัญหาการใช้เครื่องพันธนาการต่อจำเลยระหว่างการพิจารณาคดี พบว่าเจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์ได้ใส่เครื่องพันธนาการตั้งแต่ออกมาจากเรือนจำ เพื่อป้องกันการหลบหนีระหว่างเดินทางมาศาล และจำเลยก็เข้าสู่ห้องพิจารณาทั้งชุดผู้ต้องขังและต้องใส่ตรวนที่เท้าทั้งสองข้าง เกิดประเด็นปัญหาว่า เพื่อให้การพิจารณาคดีเป็นไปด้วยความยุติธรรม เสมอภาค และคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ศาลควรเปิดโอกาสให้จำเลยสู้อย่างเต็มที่โดยปราศจากโซ่ตรวนหรือไม่ ตามหลักการที่ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ ซึ่งเมื่อปรากฏตัวต่อหน้าผู้พิพากษาทำให้เกิดภาพว่าเป็นผู้กระทำความผิดทั้งๆ ที่ศาลยังไม่ได้มีคำพิพากษาในเรื่องดังกล่าว

ดังนั้น แม้จะอยู่ในฐานะจำเลย แต่ในระหว่างการพิจารณาคดีของศาล จำเลยก็ต้องได้รับความคุ้มครองตามสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ ข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำของการปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง เช่น สิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การมีอิสระในการต่อสู้คดี การพิจารณาโดยเปิดเผย เป็นต้น ในการปฏิบัติต่อจำเลยระหว่างการพิจารณาคดีในศาลก็ต้องกระทำด้วยความโปร่งใส รวดเร็ว เป็นธรรม ให้อิสระแก่จำเลยอย่างแท้จริงในการสู้คดี

¹ วิสัย พุกกะวัน, คำอธิบายพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พร้อมด้วยกฎระเบียบต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังตั้งแต่เข้า จนกระทั่งออกจากเรือนจำ. (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ทิพย์อักษร, 2544). น.80.

1. แนวคิดเกี่ยวกับหลักสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์

จากวัตถุประสงค์เพื่อการคุ้มครองผู้ถูกกล่าวหาในการดำเนินคดีอาญาระบบกล่าวหาตั้งกล่าว เมื่อตกเป็น ผู้ต้องหาหรือจำเลยแม้แต่การเป็นผู้ต้องขังในเรือนจำซึ่งคดียังไม่ถึงที่สุดนั้น ย่อมถือเป็นความทุกข์และเดือดร้อนที่ไม่มี ประชาชนคนใดประสงค์จะตกอยู่ในฐานะเช่นนั้น โดยในบางกรณีผู้บริสุทธิ์อาจถูกกล่าวหาโดยมิชอบซึ่งเท่ากับถูกให้ ร้ายโดยไม่เป็นธรรม ขณะเดียวกันผู้ที่แม้กระทำความผิดจริงก็ยังคงอยู่ในฐานะมนุษย์อันพึงได้รับการปฏิบัติอย่างคำนึงถึง ความเป็นมนุษย์ หรือ บุคคลผู้มีสิทธิในสังคม การปฏิบัติต่อจำเลยในคดีอาญาให้ได้รับความทุกข์และเดือดร้อนจนเกิน สมควรกว่าความจำเป็นแก่การดำเนินคดีตามกฎหมายนั้น ย่อมเป็นการปฏิบัติที่เกินกว่าเหตุและไม่ชอบธรรม อีกทั้งยังเป็น การสะท้อนถึงความไร้อารยธรรมของสังคมอันกระทบต่อความเชื่อถือของคนในสังคมนั้นๆ และสังคมอื่นด้วย จึงจำเป็นที่ต้องมีมาตรการที่ชัดเจนและเป็นธรรมสำหรับคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของจำเลยในคดีอาญานั้น และยังเป็น การกำหนดกรอบแนวทางการใช้อำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานให้ได้มาตรฐานที่เป็นระบบและแน่นอน ซึ่งหลักประกัน ชั้นพื้นฐานของกฎหมายที่สำคัญอย่างยิ่งประการหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับจำเลยก็คือ การกำหนดข้อสันนิษฐานว่า บุคคลทุก คนเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดแสดงว่าผู้นั้นเป็นผู้กระทำความผิด หรือ หลักสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็น ผู้บริสุทธิ์²

หลักสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ถือเป็นหัวใจประการหนึ่งในการดำเนินคดีอาญาของประเทศที่ให้ ความเคารพสิทธิมนุษยชน อันสืบเนื่องมาจากหลักการดำเนินคดีอาญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดที่ แท้จริงมาลงโทษตามกฎหมายควบคู่กันไปกับการคุ้มครองสิทธิของผู้บริสุทธิ์ โดยจำเลยจะต้องได้รับการสันนิษฐานไว้ ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์เพื่อแสดงเจตนาธรรมที่จะรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลซึ่งตกเป็น จำเลยในคดีอาญา ส่งผลให้การตั้งข้อหาหรือการส่งฟ้องผู้ถูกกล่าวหาไม่ได้เป็นเครื่องพิสูจน์ว่าเขาเป็นผู้กระทำความ ผิด แต่จะต้องถือว่าเขาเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะมีการพิสูจน์ความผิดของเขาในการพิจารณาคดีที่กระทำโดยศาล

ในประเทศสหรัฐอเมริกาและอังกฤษ หลักสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ได้รับการยอมรับอย่างมาก ถือเป็น สิทธิที่บุคคลทุกคนพึงมีและเป็นหลักประกันในการดำเนินคดีอาญา โดยที่ตามกฎหมายอังกฤษถือว่าหลักการ สันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลทุกคนเป็นผู้บริสุทธิ์เป็นหลักการพื้นฐานของสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทาง อาญา และถือเป็นมูลฐานของสิทธิเสรีภาพและหลักนิติธรรม³ ส่วนตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกาอธิบายว่า ตามหลัก นิติธรรมแล้ว หลักประกันสำคัญในการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาจะประกอบด้วยหลักการอย่าง น้อย 3 ประการ ได้แก่ สิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ (right to presumption of innocence) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาโดยชอบธรรม (right to a fair trial) และสิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือทางคดี (right to assistance of counsel)⁴ อีกทั้งกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสในคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 (The Declaration of the Rights of Man and of the Citizen) ก็ได้บัญญัติหลักการสันนิษฐานไว้ก่อน ว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ไว้เช่นกัน โดยบัญญัติไว้ใน Article 9 ว่า “Every man is supposed innocent until having been declared guilty”⁵

อีกทั้งยังกล่าวได้ว่า หลักสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ดังกล่าวนี้ ถือเป็นหลักสากลที่ประเทศต่างๆ ได้ ยอมรับและนำไปปฏิบัติ ซึ่งพิจารณาได้จากการบัญญัติรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขององค์การ สหประชาชาติ ข้อ 11 ซึ่งกำหนดว่า “ทุกคนที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญามีสิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่า

² สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ฉบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น.530.

³ Andrew Sanders and Richard Young, Criminal Justice, (London : Butterworths), pp.245-246

⁴ Cherif M. Bassiouni, “Human Rights in the Context of Criminal Justice : Identify procedural Protections in National Constitutions,” *Duke Journal of Comparative Law* 3, (1993), p.325

⁵ ธรรมฤทธิ สิตะปะดล, “การขังจำเลยไว้ภายหลังที่ศาลชั้นต้นมีคำพิพากษายกฟ้อง,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2549), น.17.

บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่ามีความผิดตามกฎหมาย ในการพิจารณาเปิดเผยซึ่งตนได้รับหลักประกันบรรดาที่จำเป็นในการต่อสู้คดี” และตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ 14 ตลอดจนมาตรฐานขององค์การสหประชาชาติฉบับต่างๆ ที่เกี่ยวข้องก็ระบุหลักเกณฑ์นี้ไว้เช่นเดียวกัน เช่น กฎมาตรฐานขั้นต่ำของการปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง เป็นต้น ซึ่งนำไปสู่หลักเกณฑ์ที่สืบเนื่องกันมาก่อนมีคำพิพากษาถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้

ประเทศไทยในเรื่องที่เกี่ยวกับการใช้เครื่องพันธนาการถือว่าเป็นการกระทำความรุนแรงและการปฏิบัติหรือการลงโทษอื่นที่เป็นการทารุณโหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือลดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และเป็นมาตรฐานเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในบริบทของความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิเสรีภาพของมนุษย์กับการใช้อำนาจรัฐในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา นอกจากมีความสอดคล้องในหลักเกณฑ์ปฏิญญาสากล กติการะหว่างประเทศแล้ว ยังเป็นเรื่องเฉพาะด้านมากขึ้นในการวางแนวทางการปฏิบัติของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐว่าอย่างไรจึงจะชอบด้วยกฎหมายและอยู่ในขอบเขตที่เหมาะสม หลักการในอนุสัญญาฯ ฉบับดังกล่าว นอกเหนือจากการกระทำทารุณ หมายถึง การกระทำใดๆ ก็ตามที่ทำให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานอย่างยิ่ง ไม่ว่าในด้านร่างกายหรือจิตใจ โดยเป็นการกระทำโดยเจตนาที่จะลงละเมิดซึ่งกระทำต่อบุคคลใดเพื่อที่จะบีบบังคับให้ผู้นั้นหรือบุคคลที่สามยอมบอกข้อเท็จจริงหรือในการรับสารภาพ เพื่อลงโทษผู้นั้นสำหรับการกระทำของผู้นั้นหรือผู้ต้องสงสัยว่าได้กระทำนั้น หรือเพื่อเป็นการข่มขู่ บังคับผู้นั้น บุคคลที่สาม และด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไม่ว่าชนิดใดๆ ซึ่งได้ทำให้เกิดความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานโดยการกระทำทั้งหมดได้กระทำโดยถึงที่สุดตามวิธีการของประเทศนั้นและโดยเป็นไปตามหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว แต่ทั้งนี้การแก้ไขเยียวยาที่กระทำไม่ถึงที่สุดนั้นต้องไม่ใช่เป็นกรณีที่เกิดจากการเลื่อนเวลาโดยไม่มีเหตุสมควร หรือโดยมีพฤติการณ์ในทางที่จะไม่ชดใช้เยียวยาให้แก่ผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำผิดต่ออนุสัญญาฯ ฉบับนี้ ซึ่งใครจะละเมิดไม่ได้ ผู้ต้องหาหรือจำเลยที่ถูกควบคุมตัวที่ศาลถือเป็นมนุษย์และพลเมืองของประเทศผู้หนึ่ง จึงควรได้รับสิทธิต่างๆ เช่นเดียวกับประชาชนทุกคนตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ เนื่องจากสภาวะแห่งความมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เช่นนี้ ย่อมถือว่าดำรงอยู่ในมนุษย์ทุกคนและไม่อาจถูกกลืนหรือทำลายลงได้ ไม่ว่าจะโดยรัฐหรือโดยตัวเขาเอง หมายความว่า แม้มนุษย์จะมีพฤติกรรมที่ดูแล้วไร้ศักดิ์ศรีหรือไร้คุณค่า แต่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเขายังคงอยู่มิได้ถูกกลืนไปด้วย ดังนั้นจึงต้องเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิมนุษยชนของบุคคลที่เป็นผู้ต้องหา จำเลย หรือผู้ต้องขังในเรื่องจำด้วยเช่นกัน แม้จะเป็นนักโทษเด็ดขาดก็ตาม⁷

1.1 มาตรการเกี่ยวกับการใช้เครื่องพันธนาการตามกฎหมายต่างประเทศ

หลักประกันคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังระหว่างการพิจารณาคดีนั้น องค์การสหประชาชาติในฐานะองค์การระหว่างประเทศได้กำหนดเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศในการคุ้มครองสิทธิของจำเลย มีหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องสำคัญดังต่อไปนี้

1.1.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights 1948 : UDHR)

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนี้ ถือเป็นเครื่องหมายอันยิ่งใหญ่แห่งประวัติศาสตร์การคุ้มครองสิทธิมนุษยชน เพราะแสดงถึงเจตนารมณ์ร่วมกันของประเทศต่างๆ ในการกำหนดเป็นหลักฐานว่า สิทธิมนุษยชนที่สำคัญและควรให้ความคุ้มครองนั้นมีอะไรบ้าง ทั้งนี้เป็นนิมิตหมายอันดีว่าการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในประเทศต่างๆ ย่อมจะเกิดขึ้นเป็นลำดับ และปฏิญญานี้เป็นพื้นฐานหรือหลักการสำคัญในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยสหประชาชาติ โดยปฏิญญานี้ได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายธรรมชาติและเป็นผลงานชิ้นแรกที่เป็นการนำแนวคิดในทางปรัชญาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่มีผู้คิดค้นมานับปีมาบัญญัติไว้ ซึ่งรับรองโดยที่ประชุมสมัชชาองค์การ

⁶ ญูเลีย จรรยาเลิศ, “หลักประกันสิทธิผู้ต้องขัง : กรณีศึกษาสิทธิในการดำเนินชีวิต,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น. 11.

⁷ จริญ โฆษณานันท์, จากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สู่สัมมิกสิทธิมนุษยชน, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์นิติธรรม, 2544), น. 65

สหประชาชาติเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 (พ.ศ. 2491)⁸ อันมีข้อความที่เป็นการรับรองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไว้หลายประการ ซึ่งอ้างอิงไปใช้กับจำเลยด้วย เพราะถือว่าจำเลยก็คือประชาชนพลเมืองคนหนึ่งที่ย่อมได้รับสิทธิอันพึงมีด้วย

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในส่วนที่เป็นการคุ้มครองผู้ต้องขังขณะถูกควบคุมในศาลกล่าวคือบุคคลจะต้องไม่ถูกทรมานหรือการลงโทษที่ทารุณโหดร้ายไร้มนุษยธรรม ทุกคนเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย จึงจะต้องได้รับความคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกัน ปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ และในเรื่องที่ถือเป็นหลักการสำคัญในการคุ้มครองสิทธิของจำเลยในคดีอาญาคือ หลักสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่ามีความผิดตามกฎหมาย ในการพิจารณาคดีต้องเปิดเผยและได้รับหลักประกันบรรดาที่จำเป็นในการต่อสู้คดี

1.1.2 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights, 1966 : ICCPR)

สาระสำคัญของกติกาดังกล่าว ประกอบด้วย วรรคอารัมภบท และบทบัญญัติ 53 ข้อ แบ่งเป็น 6 ส่วน เป็นบทบัญญัติที่รับรองสิทธิเสรีภาพที่รับรองไว้ในข้อ 28-53 โดยมีข้อความที่เป็นการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาหลายประการ

ในส่วนที่เป็นการคุ้มครองสิทธิของจำเลยระหว่างพิจารณาคดี ได้แก่ ภาค 3 เรื่องสิทธิในกระบวนการยุติธรรม มีหลักการที่สำคัญ คือ บุคคลจะถูกทรมานหรือได้รับการปฏิบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือต่ำช้ามิได้ ต้องได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมและได้รับการเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ บุคคลทุกคนย่อมเสมอภาคในการพิจารณาของศาลและตุลาการในการพิจารณาคดีอาญาและได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่ากระทำความผิดกฎหมาย

1.1.3 มาตรฐานขั้นต่ำของการปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง (Standard Minimum Rules for the treatment of Prisoners, 1955 : SMR)

กฎหมายมาตรฐานขั้นต่ำของการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังดังกล่าว องค์การสหประชาชาติได้พยายามกำหนดขึ้นโดยถือเอาหลักการและทางปฏิบัติอันเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าดีสำหรับการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังและสะดวกต่อการบริหารงานเรือนจำ ในส่วนกฎหมายมาตรฐานขั้นต่ำของการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังเป็นการคุ้มครองสิทธิของจำเลยระหว่างพิจารณาคดี ซึ่งมีหลักการที่สำคัญ คือ บรรดาเครื่องพันธนาการ เช่น กุญแจมือ โซ่ ตรวน และเสื้อรัดตัว จะต้องไม่นำมาใช้เพื่อการลงโทษ นอกจากนี้จะใช้โซ่ตรวนในการจองจำนักโทษไม่ได้ ส่วนเครื่องพันธนาการอย่างอื่น จะนำมาใช้ได้ต่อเมื่อมีพฤติการณ์ เพื่อป้องกันการหลบหนีในระหว่างขนย้ายผู้ต้องขัง แต่ควรจะต้องถอดเครื่องพันธนาการนั้นออก เมื่อนำผู้ต้องขังนั้นไปปรากฏตัวที่ศาล อีกทั้งผู้ถูกคุมขังที่ศาลที่ยังไม่มีคำพิพากษาถึงที่สุด ให้ลงโทษจำคุกผู้นั้นพึงได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ และพึงได้รับการปฏิบัติแยกต่างหากจากผู้ที่ต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่าได้กระทำความผิด

1.1.4 ปฏิญญาว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนให้พ้นจากการกระทำทรมาน และการปฏิบัติหรือการลงโทษอื่นที่เป็นการทารุณโหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือลดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Declaration on the Protection of All Persons from being Subjected to Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 1975)

จุดมุ่งหมายของปฏิญญานี้ การกระทำทรมาน หมายถึง การกระทำใดๆ ก็ตามที่ทำให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานอย่างยิ่ง ไม่ว่าจะในด้านร่างกายหรือจิตใจ โดยเป็นการกระทำโดยเจตนาที่จะล่วงละเมิดหรือโดยการยุยงส่งเสริมของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งกระทำต่อบุคคลใดเพื่อที่จะบีบบังคับให้ผู้นั้นหรือบุคคลที่สามยอมบอกข้อเท็จจริงหรือให้การรับสารภาพ ลงโทษผู้นั้นสำหรับการกระทำของผู้นั้น หรือที่ผู้นั้นต้องสงสัยว่าได้กระทำนั้นหรือเพื่อเป็นการข่มขู่ผู้นั้นหรือบุคคลอื่น แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานที่เกิดขึ้นเองประจําตัว หรือโดยปกติธรรมดา

⁸ ชาติ ชัยเดชสุริยะ, มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2549), น.62.

สำหรับการลงโทษตามกฎหมายที่เป็นไปโดยชอบด้วยมาตรฐานขั้นต่ำของการปฏิบัติต่อนักโทษ การกระทำทรมานถือเป็นเป็นการล่วงละเมิดต่อสิทธิมนุษยชน ซึ่งในแต่ละประเทศจะต้องวางมาตรการเข้มแข็งที่จะป้องกันการกระทำทรมาน โดยให้เกิดผลในทางปฏิบัติตามกรอบอำนาจของประเทศนั้น

2. กฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการควบคุมผู้ต้องหาหรือจำเลยในศาล

ในระบบการควบคุมผู้ต้องขังในเรือนจำนั้น เพื่อให้เกิดความมั่นคงปลอดภัยก็มีความจำเป็นที่จะต้องใช้เครื่องพันธนาการเพื่อขัดขวางไม่ให้เคลื่อนไหวได้โดยง่ายหรือสะดวกร หรือเป็นการยับยั้งไม่ให้ก่อเหตุร้าย ทำความเสียหายแก่ชีวิตร่างกายหรือทรัพย์สินของตนเองหรือผู้อื่น ในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงกฎหมายเกี่ยวกับการใช้เครื่องพันธนาการในประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศญี่ปุ่น และประเทศเยอรมนี

2.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ในอดีตประเทศสหรัฐอเมริกามีการใส่โซ่ตรวนกับทาสที่เป็นคนผิวดำ เนื่องจากในช่วงนั้นนั้นมีการแบ่งแยกชนชั้นระหว่างคนผิวขาวและคนผิวดำ แต่หลังจากองค์การสหประชาชาติเข้ามามีบทบาทและมีการออกอนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการกระทำทรมาน และการปฏิบัติหรือการลงโทษอื่นที่เป็นการทรมานโหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือลดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ค.ศ. 1984 ประเทศสหรัฐอเมริกานับว่าเป็นประเทศแรกของโลกที่ได้มีการยกเลิกการตีตรวนแก่ผู้ต้องขังเปลี่ยนมาเป็นการใช้สายรัดข้อมือ ข้อเท้าแทนการใช้โซ่ตรวนที่ทำด้วยเหล็กเพื่อป้องกันการเกิดบาดแผลและเชื้อโรคที่จะเข้าสู่ร่างกายได้

2.1.1 การใช้เครื่องพันธนาการ

การใช้เครื่องพันธนาการและมาตรการในการควบคุมตัวจำเลย เรือนจำความมั่นคงสูงแคลิฟอร์เนีย⁹ มีการใช้เครื่องพันธนาการกับจำเลยในระหว่างการควบคุมจำเลยออกนอกห้องคุมขังทุกกรณี เพราะในทางปฏิบัติของประเทศสหรัฐอเมริกาจะถือว่าเป็นผู้ที่มีความเสี่ยงสูงต่อการควบคุม โดยมีเจ้าหน้าที่ชุดควบคุมที่ได้รับการฝึกฝนเป็นพิเศษ มีอัตราการควบคุมผู้ต้องขัง 1 คน ต่อเจ้าหน้าที่ 3 คน และมีอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ในการควบคุมที่ทันสมัย โดยจะมีศูนย์สั่งการอยู่ส่วนกลางของแดนควบคุม สำหรับการใส่เครื่องพันธนาการกับจำเลยจะใช้เพื่อความจำเป็นในการป้องกันการหลบหนีในระหว่างการขนย้ายผู้ต้องขังออกนอกเรือนจำไปพิจารณาคดีที่ศาลเท่านั้น ซึ่งลักษณะเครื่องพันธนาการที่ใช้ในปัจจุบันคือ กุญแจมือ (handcuffs) หรือ กุญแจเท้า (ankle cuffs) หรือใช้ทั้งสองชนิด (restraining belt) หรือใช้เข็มขัดพันธนาการ ซึ่งจะไม่มีการใส่โซ่ตรวน (shackles)

2.1.2 มาตรการในการควบคุมตัวผู้ต้องหาหรือจำเลยในศาล

ในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ศาลฎีกาแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้สร้างบรรทัดฐานการใช้มาตรการควบคุมผู้ต้องขังในห้องพิจารณาของศาลในระหว่างการพิจารณาคดีไว้ในคดี *People v. Duran (1976)* ไว้ว่า ไม่อนุญาตให้มีการใช้มาตรการควบคุมตัวจำเลยในระหว่างการพิจารณาคดีในห้องพิจารณา เหตุผลที่ศาลแคลิฟอร์เนียกล่าวไว้คือ

1. เพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าจำเลยจะไม่เสียเปรียบในการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม
2. เพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าจำเลยจะไม่ได้รับการลงโทษก่อนจะมีคำพิพากษา
3. เพื่อไม่ให้มีการพันธนาการใดอันจะเป็นการขัดขวางการสนทนาทางวาจาหรือการเขียนระหว่างจำเลยและทนายของจำเลย¹⁰

ประเด็นในการพิจารณาว่า การควบคุมตัวจำเลยที่มีลักษณะอาจก่ออันตรายในห้องพิจารณาคดีของศาลในระหว่างการพิจารณาคดีโดยเครื่องพันธนาการทางกายภาพ (Physically Restrain) ได้รับการพิจารณาถ่วงกันเป็นเวลานาน ถึงแม้จะมีการกำหนดกฎหมายที่ยุติธรรมสร้างมาตรฐานไว้ก่อนที่ผู้พิพากษาที่นั่งพิจารณาคดีจะออกคำสั่งกำหนดมาตรการที่เหมาะสมในการควบคุมตัวจำเลย ซึ่งในชั้นการพิจารณาของศาลชั้นต้นที่ต้องนั่งพิจารณาคดีนั้น

⁹ California Department of Correction. From <http://www.cdcr.ca.gov> Retrieved on January 12, 2019.

¹⁰ William Blackstone Commentaries, P.322 อ้างใน David E. Westman (1994), *San Diego Justice Journal*, Vol.2. p.507

เป็นการไม่ยากที่ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นจะสั่งกำหนดมาตรการที่เหมาะสมในการควบคุมตัวจำเลยที่มีลักษณะอาจก่อให้เกิดอันตรายในห้องพิจารณาคดีของศาลในระหว่างการพิจารณาคดี แต่ส่วนใหญ่เมื่อจำเลยอุทธรณ์คำสั่งนี้ของผู้พิพากษาศาลชั้นต้นไปยังศาลสูง ก็ปรากฏว่าคำสั่งของศาลชั้นต้นถูกศาลสูงกลับบ่อยครั้ง โดยศาลสูงให้เหตุผลว่าเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบ (abuse of discretion)

รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ฉบับที่ 6 บัญญัติว่า “ในการดำเนินคดีอาญาทั้งหลาย ผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดมีสิทธิอย่างเต็มที่ที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างรวดเร็วและเปิดเผย โดยคณะลูกขุนที่ไม่มีอคติของมลรัฐและในบริเวณที่ซึ่งการกระทำความผิดได้เกิดขึ้น ซึ่งอาญาเขตนี้นี้จะถูกกำหนดไว้ล่วงหน้าอย่างแน่นอนโดยกฎหมาย มีสิทธิได้รับการแจ้งให้ทราบถึงลักษณะและเหตุที่มีการกล่าวหา มีสิทธิที่จะเผชิญหน้ากับพยานที่กล่าวหาตน มีสิทธิที่จะบังคับให้มีการเรียกพยานที่ตนต้องการ และมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือในการมีทนายความให้คำปรึกษาว่าความในการต่อสู้คดี” ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าวให้สิทธิแก่จำเลยในการได้รับการพิจารณาคดีอย่างยุติธรรมในคดีอาญา (right to a fair trial) อันเป็นสิทธิอันเป็นรากฐานของการห้ามไม่ให้ใช้เครื่องพันธนาการต่อจำเลยในการพิจารณาคดีของประเทศสหรัฐอเมริกา และรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีอาญา (The Criminal Practice Act) ที่กำหนดไว้ว่าบุคคลจะไม่ถูกใช้เครื่องพันธนาการใดๆ มากเกินไปกว่าความจำเป็นสำหรับการควบคุมตัวจำเลยในชั้นที่จำเลยจะต่อสู้คดีในห้องพิจารณาคดีในข้อหาที่จำเลยถูกกล่าวหา ศาลต่างๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกาจึงได้สร้างบรรทัดฐานแห่งคดีที่มีลักษณะพื้นฐานอันเป็นหลักการทั่วไปว่า จำเลยมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีในห้องพิจารณาคดีโดยปราศจากการพันธนาการด้วยโซ่ตรวน โซ่ เครื่องผูกมัด กุญแจมือ หรือเครื่องพันธนาการอื่นใดไว้อย่างชัดเจนด้วย¹¹

2.1.3 การคุ้มครองสิทธิของจำเลยระหว่างพิจารณาคดี

ศาลต่างๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้สร้างบรรทัดฐานแห่งคดีที่มีลักษณะพื้นฐานอันเป็นหลักการทั่วไปว่าจำเลยมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีต่อหน้าศาลโดยปราศจากการพันธนาการด้วยโซ่ตรวน เครื่องผูกมัด กุญแจมือ หรือเครื่องพันธนาการอื่นใดทางกายภาพ โดยมีเหตุผลร่วมกันของบรรทัดฐานนี้อยู่ 3 ประการ คือ

1. การใช้เครื่องพันธนาการจำเลยอาจเป็นเหตุทำให้คณะลูกขุนมีความอคติลำเอียงต่อจำเลยไปในทางที่เป็นผู้กระทำความผิดจริง เพราะการที่ผู้พิพากษาอนุญาตให้มีการใช้เครื่องพันธนาการจำเลยในห้องพิจารณาเท่ากับเป็นการที่ผู้พิพากษากำล้างทำการชี้้นำให้คณะลูกขุนเห็นว่าจำเลยเป็นบุคคลอันตรายและเป็นบุคคลที่ไม่ควรได้รับการเชื่อถือไว้วางใจ

2. การใช้เครื่องพันธนาการจำเลยทางกายภาพอาจเป็นการรบกวนหรือเป็นอุปสรรคต่อความสามารถของจำเลยในการต่อสู้คดี

3. การใช้เครื่องพันธนาการจำเลยทางกายภาพเป็นการปรามาสความมีเกียรติของกระบวนการพิจารณาคดีในศาล

เหตุผลทั้งสามประการข้างต้นนั้น เป็นเหตุผลที่ศาลสูงใช้ในการกลับคำตัดสินของศาลล่างที่ให้มีการใช้เครื่องพันธนาการต่อจำเลยในระหว่างการพิจารณาคดีของศาล ศาลในคดีต่างๆ ในสหรัฐอเมริกาได้มีคำตัดสินว่า การใช้เครื่องพันธนาการต่อจำเลยในหลายๆ กรณีในขณะที่จำเลยอยู่ในห้องพิจารณาคดีนั้นเป็นการละเมิดสิทธิหรือขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐหรือมลรัฐแล้วแต่กรณี โดยเฉพาะบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่รับรองสิทธิในการรับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมจากคณะลูกขุนที่เป็นกลาง ในบรรดาคดีต่างๆ ที่ศาลได้วินิจฉัยว่าการใช้เครื่องพันธนาการต่อจำเลยไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น เป็นการขัดต่อกระบวนการที่เป็นธรรม (Due Process) หรือเป็นการขัดต่อสิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมจากคณะลูกขุนที่เป็นกลางอันเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญ หรือเป็นการขัดต่อสิทธิอื่นๆ ที่รัฐธรรมนูญรับรอง¹²

¹¹ ผ่องพรรณ มาบุญมี, “การปฏิบัติต่อจำเลยระหว่างพิจารณาคดี : ศึกษาการใช้โซ่ตรวนต่อจำเลยในห้องพิจารณา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2555), น.67.

¹² ในคดี *Illinois v. Allen*, 397 US 337 (1970). ศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกาวินิจฉัยว่าหลักว่า บุคคลจะไม่ถูกพิจารณาคดีในศาลในขณะที่ถูกพันธนาการด้วยโซ่ตรวนและเครื่องปิดปาก

ในทางตรงกันข้าม ในคดีจำนวนมากศาลสูงวินิจฉัยว่า การใช้เครื่องพันธนาการต่อจำเลยในระหว่างการพิจารณาคดีในห้องพิจารณาคดีอย่างไม่เหมาะสมนั้นเป็นผลเสียต่อจำเลยหรือทำให้จำเลยเสียเปรียบ โดยเฉพาะในกรณีดังต่อไปนี้

1. การเปิดเผยเครื่องพันธนาการต่อจำเลยแก่คณะลูกขุนส่งผลเสียต่อจำเลยเป็นอย่างยิ่งด้วยเหตุที่ทำให้ลูกขุนมีทัศนคติหรือความเห็นที่เป็นผลเสียต่อจำเลย หรือ

2. การใช้เครื่องพันธนาการต่อจำเลยในระหว่างการพิจารณาคดีในห้องพิจารณานั้น กระทบต่อความสามารถในการต่อสู้คดีของจำเลยอย่างมีนัยสำคัญ

2.2 ประเทศญี่ปุ่น

ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของญี่ปุ่นก็มีบทบัญญัติในเรื่องเกี่ยวกับเครื่องพันธนาการไว้โดยชัดแจ้งไว้ในมาตรา 287 ว่าจำเลยจะต้องไม่อยู่ภายใต้การพันธนาการในระหว่างการพิจารณาคดี แต่ก็มีข้อยกเว้นให้ใช้ได้ในกรณีที่จำเลยใช้ความรุนแรงหรือพยายามจะหลบหนี

2.2.1 การใช้เครื่องพันธนาการ

กฎหมายของประเทศญี่ปุ่นในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการใช้เครื่องพันธนาการนั้นปรากฏตัวอยู่ใน กฎหมายเรือนจำ (The Prison Law 1908)

มาตรา 19 “ในกรณีที่เกรงว่าผู้ต้องขังจะหลบหนีหรือใช้ความรุนแรง หรือฆ่าตัวตายหรือในกรณีที่ผู้ต้องขังออกนอกเรือนจำ อาจใช้เครื่องพันธนาการได้”

ในข้อบังคับกฎหมายเรือนจำ (The Prison Law Enforcement Regulations 1933) มีการบัญญัติชนิดของเครื่องพันธนาการที่จะใช้กับจำเลย 4 ชนิด ประกอบด้วย

- 1) เสื้อรัดตัวหรือเสื้อเกราะ
- 2) ผ้าปิดปากหรือที่ครอบปาก
- 3) กุญแจมือ
- 4) เชือกผูกข้อมือ

ในประเทศญี่ปุ่นจะใช้เครื่องพันธนาการกับผู้ต้องขังได้ในกรณีดังต่อไปนี้

- 1) ในกรณีที่เกรงว่าจะหลบหนี
- 2) ในกรณีที่เกรงว่าจะใช้ความรุนแรง
- 3) ในกรณีที่เกรงว่าจะฆ่าตัวตาย
- 4) ในกรณีที่นำตัวออกจากเรือนจำ

ก่อนการพิจารณาคดีในประเทศญี่ปุ่น จำเลยต้องปราศจากเครื่องพันธนาการ เชือกผูกข้อมือหรือกุญแจมือ จะต้องถูกลด โดยศาลจะเพิ่มการรักษาความปลอดภัยในห้องพิจารณาคดีโดยตำรวจศาล ศาลสูงของญี่ปุ่นเคยมีคำสั่งไม่อนุญาตให้ใส่กุญแจมือ หรือเชือกผูกข้อมือไว้ด้านหลังผู้ต้องหา เพราะเป็นการทรมาน ทารุณ และละเมิดสิทธิของผู้ต้องหา

2.2.2 มาตรการในการควบคุมผู้ต้องหาหรือจำเลยในศาล

เมื่อพิจารณาถึงชนิดและการใช้เครื่องพันธนาการแล้ว เห็นได้ว่าประเทศญี่ปุ่นไม่มีเครื่องพันธนาการชนิดที่เป็นโซ่ตรวนบัญญัติไว้ ดังนั้นในการควบคุมตัวจำเลยออกนอกเรือนจำเพื่อไปพิจารณาคดีที่ศาลจึงไม่มีการใส่โซ่ตรวนแก่จำเลย ซึ่งเครื่องพันธนาการที่ใช้ควบคุมตัวจำเลยออกนอกเรือนจำส่วนใหญ่จะใช้เชือกผูกข้อมือหรือกุญแจมือ เพื่อความปลอดภัยในระหว่างขนส่งจำเลยมาพิจารณาคดีที่ศาล ซึ่งเป็นไปตามกฎมาตรฐานขั้นต่ำต่อการปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง (Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners) แต่เมื่อจำเลยมาปรากฏตัวต่อหน้าศาลระหว่างการพิจารณาคดีอยู่ในห้องพิจารณาแล้ว จะไม่อยู่ภายใต้การพันธนาการ ดังนั้นก่อนเริ่มการพิจารณาคดี จำเลยจะต้องปราศจากเครื่องพันธนาการทุกชนิด เชือกผูกข้อมือหรือกุญแจมือที่จำเลยใส่มาจากเรือนจำจะต้องถูกลดออกโดยผู้มีอำนาจก่อนที่จะเข้าไปยังห้องพิจารณาคดี แต่ระหว่างที่อยู่ในห้องพิจารณาคดีขณะที่ทำการต่อสู้คดีของตนโดย

ปราศจากเครื่องพันธนาการนั้น ทางศาลจะต้องจัดให้มีการรักษาความปลอดภัยจากเจ้าหน้าที่ตำรวจอย่างเข้มงวดเพื่อความปลอดภัยในการพิจารณาคดี

2.2.3 การคุ้มครองสิทธิของจำเลยระหว่างการพิจารณาคดี

กฎหมายที่เป็นการคุ้มครองสิทธิของจำเลยในประเทศญี่ปุ่น ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น (Japan Constitution) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของญี่ปุ่น (Code of Criminal Procedure) รัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่นฉบับปัจจุบันได้ให้ความสำคัญกับสิทธิของบุคคลในคดีอาญามากขึ้น เป็นผลให้สิทธิของบุคคลในการดำเนินคดีอาญาไม่ว่าจะในขั้นตอนการสอบสวนหรือการพิจารณาคดีของศาล รวมถึงสิทธิของจำเลยก่อนมีคำพิพากษาถึงที่สุดได้รับการรับรองและคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญของญี่ปุ่นดังต่อไปนี้¹³

มาตรา 11 “ประชาชนทุกคนจะไม่ถูกกีดกันจากการได้รับสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งปวง สิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานและสิทธิต่างๆ ตามที่รัฐธรรมนูญให้ไว้แก่ประชาชน”

มาตรา 13 “ประชาชนทุกคนย่อมได้รับการเคารพในฐานะปัจเจกบุคคล”

มาตรา 31 “บุคคลใดก็ตาม หากมิได้เป็นไปโดยกระบวนการตามที่กฎหมายบัญญัติย่อมไม่ถูกกีดรอนซึ่งชีวิตและเสรีภาพหรือต้องรับโทษทางอาญาอื่นๆ”

มาตรา 32 “บุคคลใดก็ตาม ย่อมไม่ถูกกีดรอนซึ่งสิทธิในการนำคดีขึ้นสู่ศาล”

หลักการตามมาตรา 13 เป็นหลักในเรื่องความเสมอภาคซึ่งเป็นหลักที่ทำให้ประชาชนทุกคนได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งหมายความรวมถึงจำเลยระหว่างพิจารณาคดีด้วย เช่นกันจะปฏิบัติต่อเขาเยี่ยงทาสมิได้อันเป็นไปตามหลักการที่ว่า “บุคคลทุกคนย่อมได้รับข้อสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์” หลักการดังกล่าวนี้ทั้งในรัฐธรรมนูญของญี่ปุ่นและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของญี่ปุ่นก็ได้วางหลักการไว้สอดคล้องกัน กล่าวคือเมื่อจำเลยยังมีได้ถูกพิพากษาว่ากระทำความผิดจะปฏิบัติต่อเขาเสมือนเป็นผู้กระทำผิดมิได้ ซึ่งหมายรวมถึงจะกระทำทรมานและมีการลงโทษอย่างโหดร้ายไม่ได้

โดยปกติแล้วในระหว่างการพิจารณาคดีในห้องพิจารณาของศาลในประเทศญี่ปุ่นนั้น จำเลยคดีอาญาจะดำเนินกระบวนการพิจารณาในห้องพิจารณาคดีโดยปราศจากเครื่องพันธนาการ โดยจะมีเจ้าหน้าที่ตำรวจคอยรักษาความปลอดภัยควบคุมดูแลจำเลยอยู่ตลอดเวลาที่อยู่ในห้องพิจารณา แต่อาจจะมีการใช้เครื่องพันธนาการต่อจำเลยได้ในกรณีที่จำเลยใช้ความรุนแรง หรือพยายามที่จะหลบหนี ศาลก็จะใช้ดุลพินิจในการสั่งให้ใช้เครื่องพันธนาการจำเลยไว้ระหว่างการพิจารณาคดี เพื่อความปลอดภัยของทุกคนที่อยู่ในห้องพิจารณาคดีนั้น ซึ่งเป็นมาตรการปฏิบัติต่อจำเลยที่เป็นไปตามที่กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของญี่ปุ่น มาตรา 287¹⁴ และเป็นไปตามหลักการที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ด้วย

¹³ The United Nations Asia and Far East Institute, “Criminal Justice in Japan.” Retrieved 1 January 2019 from www.unafei.or.jp/english/pages/criminaljusticejapan.htm

¹⁴ The Code of Criminal Procedure Japan. Article 287

(1) The accused shall not be subject to restraints during the trial; provided, however, that this shall not apply when the accused employs violence or attempts to escape.

(2) Even when the accused is not subject to restraints, guards may be assigned to guard the accused.

2.3 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นใช้กฎหมายในระบบ Civil Law ที่มีแนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการบังคับโทษอาญา ก่อนปี ค.ศ. 1975 เยอรมนีมีโทษที่จำกัดเสรีภาพของบุคคลหลายชนิด ทั้งนี้เพราะแนวความคิดทางกฎหมายอาญาเดิมเป็นแนวความคิดในการแบ่งแยกทัณฑสถานต่างๆ ตามความหนักเบาของการแก้แค้นทดแทนโทษจำคุกจึงเป็นโทษทางอาญาอีกสถานหนึ่งของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

2.3.1 การใช้เครื่องพันธนาการ

ในส่วนของกฎหมายเยอรมันที่เกี่ยวข้องกับการใช้เครื่องพันธนาการต่อจำเลยนั้น ได้บัญญัติอยู่ในส่วนของความปลอดภัยและความสงบเรียบร้อย มาตรา 81 ถึงมาตรา 93 ในกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษ (Execution of sentences law / *Strafvollzugsrecht*) ค.ศ. 1976 แก้ไขปี ค.ศ. 2001¹⁵

การใช้เครื่องพันธนาการต่อจำเลยถือเป็นมาตรการมั่นคงพิเศษ ซึ่งมาตรา 88 บัญญัติว่า “พิจารณาตามความประพฤติหรือสภาพจิตใจที่เกรงว่าจะหลบหนี หรือพยายามหลบหนี หรือเป็นอันตรายต่อการใช้กำลังประทุษร้ายผู้อื่นหรือทรัพย์สิน หรือเป็นอันตรายต่อการฆ่าตัวตายหรือทำร้ายตนเอง มาตรการพิเศษที่ทำได้คือ...การใช้เครื่องพันธนาการ” ซึ่งในตอนท้ายของมาตรานี้ยังกำหนดลักษณะให้ใช้เครื่องพันธนาการได้ในกรณีที่มีการขยับย้ายจำเลย กล่าวคือ “การที่จะใช้เครื่องพันธนาการนั้น กรณีมีการนำตัวออกไปหรือในการขนส่ง การใส่เครื่องพันธนาการย่อมกระทำได้ ถ้าเนื่องจากเหตุผลพิเศษอื่นที่เป็นการเกรงว่าจำเลยจะหลบหนี สำหรับมาตรการพิเศษอื่นให้กระทำได้เท่าที่จำเป็นต่อกระทำ”¹⁶

ในส่วนของเครื่องพันธนาการ บัญญัติลักษณะการใช้ไว้ในมาตรา 90 ว่า “ตามปกติการพันธนาการให้กระทำที่มือหรือเท้าเพื่อประโยชน์แก่ผู้ต้องขัง ผู้บัญชาการเรือนจำอาจใช้การพันธนาการโดยวิธีอื่นได้ถ้าเป็นความจำเป็นแต่จะต้องผ่อนปรนตามระยะเวลา”

ดังนั้นอาจสรุปได้ว่า สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะใช้เครื่องพันธนาการกับจำเลยก็ต่อเมื่อ

1. ความประพฤติหรือสภาพจิตใจของจำเลยเกรงว่าจะหลบหนี
2. สภาพของจำเลยเป็นอันตรายต่อการใช้กำลังประทุษร้ายผู้อื่นหรือทรัพย์สิน
3. สภาพของจำเลยเป็นอันตรายต่อการฆ่าตัวตายหรือทำร้ายตนเอง
4. กรณีมีการนำตัวออกไปนอกเรือนจำหรือในการขยับย้ายจำเลยไปพิจารณาคดีที่ศาล

และการจะใช้เครื่องพันธนาการกับจำเลยได้ จะต้องอยู่ในข้อจำกัดตามกฎหมาย ซึ่งอาจสรุปได้ดังนี้

1. ตามปกติการพันธนาการให้กระทำที่มือหรือเท้า โดยชนิดของเครื่องพันธนาการกฎหมายไม่ได้กำหนดไว้ แต่อนุমানได้ว่า อาจใช้กุญแจมือและกุญแจเท้า ซึ่งเป็นไปตามกฎหมายมาตรฐานขั้นต่ำของการปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง (Standard Minimum Rules for the treatments of Prisoners)

2. แม้กฎหมายไม่ได้กำหนดชนิดของเครื่องพันธนาการไว้ แต่กฎหมายได้บัญญัติในลักษณะคุ้มครองจำเลยแล้ว และยังกำหนดว่าต้องใช้เท่าที่เป็นประโยชน์ต่อจำเลย

3. ต้องไม่เป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ต่อจำเลย

¹⁵ ธาณี วรภัทร์, “การบังคับโทษจำคุกในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี,” *บทบัญญัติ*, เล่ม 62, ตอนที่ 1, น.175-176 (มีนาคม 2549)

¹⁶ Execution of Sentences law Section 88 Special Precautions

(1) Special precautions may be ordered in respect of a prisoner where, in view of his behavior or on account of his mental state, there is increased danger of his escaping or danger of violent attacks against persons or property or the danger of suicide or self-injury.

(4) On the occasion of short leave under escort, production before a court or transport, the use of shackles shall also be permissible where there is increased danger of escape for any reasons other than those referred to in subsection (1).

2.3.2 มาตรการในการควบคุมตัวจำเลยระหว่างการพิจารณาคดีในห้องพิจารณา

เนื่องจากชนิดของเครื่องพันธนาการที่เป็นไปตามมาตรฐานขั้นต่ำของการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังแล้ว จึงทำให้ในการควบคุมจำเลยออกนอกเรือนจำในขณะที่ข้ายจำเลยไปยังที่ทำการศาลอาจมีการใช้เครื่องพันธนาการต่อจำเลยได้ แต่เมื่ออยู่ในระหว่างการพิจารณาคดีในห้องพิจารณาคดีของศาลจะไม่มีการใช้โซ่ตรวนต่อจำเลยเช่นเดียวกับสหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่น ซึ่งเครื่องพันธนาการที่ใช้ควบคุมตัวจำเลยออกนอกเรือนจำจะใช้เพียงกุญแจมือเสียเป็นส่วนใหญ่ สำหรับมาตรการควบคุมตัวจำเลยซึ่งอยู่ระหว่างการพิจารณาคดีในห้องพิจารณาของศาลนั้น โดยปกติแล้วก่อนเริ่มการพิจารณาคดีในห้องพิจารณา จำเลยจะต้องปราศจากเครื่องพันธนาการทั้งสิ้น ซึ่งจะไม่ถูกใส่เครื่องพันธนาการในระหว่างพิจารณาคดี เครื่องพันธนาการที่ถูกใส่มาจากเรือนจำจะถูกถอดออกก่อนเข้าสู่ห้องพิจารณาคดีโดยผู้มีอำนาจถอด และจะมีเจ้าหน้าที่คอยคุ้มกันจำเลยอย่างใกล้ชิด แต่ในบางกรณีจะต้องใช้เครื่องพันธนาการต่อจำเลยระหว่างพิจารณาคดีนั้น ผู้พิพากษาจะเป็นผู้พิจารณาในเรื่องการสั่งให้ใช้เครื่องพันธนาการแก่จำเลยเป็นรายคดีไปขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้พิพากษา ซึ่งจะต้องพิจารณาถึงความปลอดภัยในห้องพิจารณาคดีนั้นประกอบกับเหตุที่ต้องใช้เครื่องพันธนาการต่อจำเลย

2.3.3 การคุ้มครองสิทธิของจำเลยระหว่างพิจารณาคดี

กฎหมายที่เป็นการคุ้มครองสิทธิของจำเลยในคดีอาญาในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้แก่ รัฐธรรมนูญ (Basic law/Grundgesetz) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมัน (Code of Criminal Procedure/Strafprozeordnung)

ซึ่งในรัฐธรรมนูญของเยอรมันก็ได้บัญญัติเป็นกฎหมายเพื่อเป็นหลักพื้นฐานในเรื่องของสิทธิของบุคคลดังต่อไปนี้

สิทธิขั้นพื้นฐานในมาตรา 1¹⁷ (Article 1) เรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human dignity) ซึ่งอยู่ใน (1) วางหลักไว้ว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่อาจถูกล่วงละเมิดได้ อำนาจทั้งหลายย่อมผูกพันที่จะต้องให้ความเคารพและให้ความคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” และบัญญัติให้สิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1 (3) โดยวางหลักไว้ว่า “สิทธิขั้นพื้นฐานที่จะกล่าวต่อไปนี้ ย่อมผูกพันอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ โดยถือว่าเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับใช้โดยตรง”¹⁸

ในมาตรา 2 (Article 2) ซึ่งกล่าวถึง สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล ซึ่งเป็นสิทธิเสรีภาพทั่วไปในการกระทำโดยถือเป็น “สิทธิขั้นพื้นฐานหลัก” (Muttergrundrecht) ซึ่งได้วางหลักไว้ว่า

(1) ทุกคนสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้อย่างเต็มที่ ตราบใดที่ไม่ไปละเมิดสิทธิของผู้อื่น หรือขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือศีลธรรมอันดี

¹⁷ German Basic Law Article 1 [Human dignity – Human rights – Legally binding force of basic rights]

(1) Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority.

(2) The German people therefore acknowledge inviolable and inalienable human rights as the basis of every community, of peace and of justice in the world.

(3) The following basic rights shall bind the legislature, the executive and the judiciary as directly applicable law. From <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>

¹⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547) น.126.

(2) ทุกคนมีสิทธิในชีวิตและสิทธิทางร่างกายของตนที่จะละเมิดไม่ได้ เสรีภาพของบุคคลจะถูกละเมิดมิได้ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำได้อีกแต่โดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ¹⁹

มาตรา 19 (1) ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับนี้การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานจะกระทำได้อีกแต่โดยบทบัญญัติของกฎหมาย อาศัยอำนาจเฉพาะกฎหมายนั้น จะต้องใช้ได้กับทุกคนเป็นการทั่วไปและจะใช้กับกรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะไม่ได้ เพื่อประโยชน์ดังกล่าวกฎหมายจะต้องบัญญัติถึงสิทธิขั้นพื้นฐานที่ถูกจำกัด รวมทั้งมาตราของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นด้วย

(4) หากหน่วยราชการละเมิดสิทธิของบุคคล บุคคลย่อมมีสิทธิฟ้องร้องต่อศาลยุติธรรมได้ หากศาลอื่นไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาให้เป็นอำนาจของศาลธรรมดาที่มีอยู่ตามกฎหมายที่จะพิจารณาพิพากษา

บทบัญญัติที่กล่าวมาทั้งหมดมีความหมายโดยนัยว่า บุคคลจะต้องได้รับการปกป้องสิทธิส่วนบุคคลมิให้ได้รับความกระทบกระเทือนจากการกระทำของผู้อื่น และอาจรวมถึงปกป้องจากการกระทำที่ไม่ถูกต้องและไม่เป็นธรรมต่อบุคคลในกระบวนการยุติธรรม ไม่ว่าจะเป็นผู้ถูกกล่าวหา จำเลย ผู้ต้องขังก่อนมีคำพิพากษาถึงที่สุด จากเจ้าพนักงานของรัฐหรือองค์กรของรัฐ ไม่ว่าจะเป็ศาล อัยการ ตำรวจ และราชทัณฑ์

3. ปัญหาเกี่ยวกับการควบคุมผู้ต้องหาหรือจำเลยที่ศาล

3.1 ปัญหาการนำข้อยกเว้นการใช้เครื่องพันธนาการมาเป็นหลักในการควบคุมผู้ต้องหาหรือจำเลยในศาล

การใช้เครื่องพันธนาการกับผู้ต้องขังในอดีตไม่ว่าจะเป็นประเทศใดก็ตาม จะมีวัตถุประสงค์ในการกระทำให้ทรมานและลงโทษให้สาสมกับความผิด แต่เนื่องจากในปัจจุบันประเทศต่างๆ ได้เล็งเห็นถึงการกระทำที่เป็นการทรมาน ทารุณโหดร้ายว่าเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลายประเทศจึงได้ลงนามในปฏิญญาต่างๆ ของสหประชาชาติเพื่อต่อต้านการกระทำทรมาน ทารุณโหดร้าย ไร้มนุษยธรรม และไม่เคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

กฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการใช้เครื่องพันธนาการระหว่างอยู่ในห้องพิจารณาคดีประกอบด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 ประกอบกับกฎกระทรวงมหาดไทย ออกตามความในมาตรา 58 แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2479 รายละเอียดที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ เช่น การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ การคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลย การคุ้มครองสิทธิของบุคคลในเรื่องการลงโทษหรือการกระทำทรมานซึ่งเป็นเรื่องที่น่าานาประเทศและองค์การสหประชาชาติยอมรับ

ปัจจุบันเครื่องพันธนาการตามกฎกระทรวงมหาดไทยข้อที่ 28 ออกตามความในมาตรา 58 แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2479 นำมาใช้โดยบทเฉพาะกาลมาตรา 76 แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 มีจำนวนทั้งสิ้น 5 ประเภท ได้แก่

- 1) ตรวน
- 2) โซ่ล่าม
- 3) กุญแจเท้า
- 4) ชุดกุญแจมือกุญแจเท้า
- 5) โซ่ล่าม

ซึ่งตามพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 ในมาตรา 21 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการใช้เครื่องพันธนาการในกรณีดังต่อไปนี้

¹⁹ German Basic Law Article 2 [Personal freedoms] (1) Every person shall have the right to free development of his personality insofar as he does not violate the rights of others or offend against the constitutional order or the moral law. (2) Every person shall have the right to life and physical integrity. Freedom of the person shall be inviolable. These rights may be interfered with only pursuant to a law. From <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>

มาตรา 21 ห้ามใช้เครื่องพันธนาการแก่ผู้ต้องขัง เว้นแต่กรณีดังต่อไปนี้

- (1) ผู้ต้องขังมีพฤติกรรมที่จะทำอันตรายต่อชีวิตหรือร่างกายของตนเองหรือผู้อื่น
- (2) ผู้ต้องขังมีพฤติกรรมหรืออาการสื่อว่าเป็นบุคคลวิกลจริตหรือจิตไม่สมประกอบซึ่งอาจจะทำอันตรายต่อชีวิตหรือร่างกายของตนเองหรือผู้อื่น
- (3) ผู้ต้องขังมีพฤติกรรมที่น่าจะหลบหนีการควบคุม
- (4) เมื่อผู้ต้องขังถูกคุมตัวไปนอกเรือนจำและเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีหน้าที่ควบคุมเห็นเป็นการสมควรที่จะต้องใช้เครื่องพันธนาการ
- (5) เมื่ออธิบดีสั่งว่าเป็นการจำเป็นต้องใช้เครื่องพันธนาการ เนื่องจากสภาพของเรือนจำ สภาพของท้องถิ่น หรือเหตุจำเป็นอื่น

ให้ผู้บัญชาการเรือนจำกำหนดตัวพัสดีผู้มีอำนาจสั่งให้ใช้เครื่องพันธนาการแก่ผู้ต้องขังตาม (1) (2) หรือ (3) และสั่งเพิกถอนคำสั่งให้ใช้เครื่องพันธนาการนั้น

การใช้เครื่องพันธนาการตาม (1) (2) (3) หรือ (4) กับผู้ต้องขังซึ่งมีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี ผู้ต้องขังซึ่งมีอายุเกินหกสิบปี ผู้ต้องขังหญิง หรือผู้ต้องขังซึ่งเจ็บป่วย พัสดีผู้มีอำนาจสั่ง เจ้าพนักงานเรือนจำหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีหน้าที่ควบคุม แล้วแต่กรณี ต้องเห็นเป็นการจำเป็นที่จะต้องใช้เครื่องพันธนาการนั้นด้วย

ให้ผู้สั่งใช้เครื่องพันธนาการบันทึกเหตุผลหรือความจำเป็นที่ต้องใช้เครื่องพันธนาการกับผู้ต้องขังนั้นไว้ด้วย

การกำหนดประเภท ชนิด และขนาดของเครื่องพันธนาการ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง โดยตรวนจะมี 3 ขนาดได้แก่²⁰

- (1) ขนาดที่ 1 วัดผ่าศูนย์กลางเหล็กวงแหวน 10 มิลลิเมตร
- (2) ขนาดที่ 2 วัดผ่าศูนย์กลางเหล็กวงแหวน 12 มิลลิเมตร
- (3) ขนาดที่ 3 วัดผ่าศูนย์กลางเหล็กวงแหวน 17 มิลลิเมตร

โซ่ระหว่างวงแหวนของตรวนขนาดที่ 1 และขนาดที่ 3 ให้มีความยาวไม่น้อยกว่า 50 เซนติเมตร และไม่เกิน 75 เซนติเมตร กับให้มีขนาดของลูกโซ่ซึ่งวัดผ่าศูนย์กลางเหล็กสำหรับขนาดที่ 1 ไม่เกิน 10 มิลลิเมตร และสำหรับขนาดที่ 3 ไม่เกิน 17 มิลลิเมตร ส่วนโซ่ระหว่างวงแหวนของตรวนขนาดที่ 2 ให้มีความยาวไม่น้อยกว่า 50 เซนติเมตร และไม่เกิน 70 เซนติเมตร กับให้มีขนาดของลูกโซ่ซึ่งวัดผ่าศูนย์กลางเหล็กไม่เกิน 4.75 มิลลิเมตร

สำหรับผู้ต้องขังที่อายุเกิน 60 ปี หรือผู้ต้องขังหญิง หรือผู้ต้องขังที่สุขภาพร่างกายไม่แข็งแรง หากไม่ใช่คนดูร้ายหรือคนวิกลจริตหรือไม่ใช่จำเลยในคดีอุกฉกรรจ์ก็จะได้รับการยกเว้นไม่ต้องใส่เครื่องพันธนาการ ทั้งนี้ทางปฏิบัติก็ต้องพิจารณาถึงสภาพการณ์ของตัวจำเลยรายนั้นๆ ด้วย

อย่างไรก็ตาม ในการนำตัวผู้ต้องขังออกนอกเรือนจำเพื่อเดินทางไปพิจารณาคดีที่ศาลนั้น การที่จะสั่งให้ใช้เครื่องพันธนาการกับผู้ต้องขังรายใด ชนิดใด แม้กฎหมายจะบัญญัติเอาไว้ แต่ในทางปฏิบัติจะอยู่ที่ดุลพินิจและการพิจารณาของผู้มีอำนาจสั่งให้ใช้เป็นสำคัญ เพราะต้องพิจารณาถึงข้อจำกัดทางกายภาพที่แตกต่างกันของจำเลย

ลักษณะของเครื่องพันธนาการของประเทศไทยดังกล่าวแตกต่างกับในประเทศสหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่น กล่าวคือในประเทศสหรัฐอเมริกา ลักษณะเครื่องพันธนาการที่ใช้ คือ กุญแจมือ (handcuffs) หรือ กุญแจเท้า (ankle cuffs) หรือใช้ทั้งสองชนิด หรือใช้เข็มขัดพันธนาการ (restraining belt) และในข้อบังคับกฎหมายเรือนจำ (The Prison Law Enforcement Regulations) ของประเทศญี่ปุ่น ปี ค.ศ. 1933 แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 1970 ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดรายละเอียดของเครื่องพันธนาการไว้ในหมวด 4 ว่าด้วยความมั่นคงปลอดภัย โดยกำหนดไว้ในข้อ 48 ถึงข้อ 50 ว่าให้มีการใช้เครื่องพันธนาการ 4 ชนิด คือ เสื้อรัดลำตัวหรือเสื้อเกราะ (straight jacket) ผ้าปิดปาก (gag) กุญแจมือ (handcuffs) เชือกผูกข้อมือ (arresting rope) จากการศึกษาพบว่าในทางปฏิบัติแล้วประเทศญี่ปุ่นจะใช้เครื่องพันธนาการชนิดที่เป็นเชือกผูกข้อมือต่อจำเลย ส่วนในประเทศเยอรมันนั้นแม้ว่าชนิดของเครื่องพันธนาการกฎหมาย

²⁰ กฎกระทรวงมหาดไทยออกตามความในมาตรา 58 แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2479 ข้อที่ 26

ไม่ได้กำหนดไว้ แต่จากการศึกษาพบว่าในทางปฏิบัติแล้วประเทศเยอรมันจะใช้เพียงกุญแจมือกับจำเลย ซึ่งน่าจะเป็นเครื่องพันธนาการที่ไม่ไปทำอันตรายร่างกายของจำเลยมากนักและเป็นไปตามกฎหมายขั้นต่ำของการปฏิบัติตัวต่อผู้ต้องขัง สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา การจะใช้โซ่ตรวนกับจำเลยจะใช้เพื่อความจำเป็นในการป้องกันการหลบหนีในระหว่างการขนย้ายเท่านั้น

ส่วนของประเทศญี่ปุ่น กฎหมายราชทัณฑ์ของประเทศญี่ปุ่นได้บัญญัติไว้ในกฎหมายเรือนจำ (The Prison Law) ค.ศ. 1908 แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 1953 มาตรา 19 ซึ่งกล่าวว่า “ในกรณีที่เกรงว่าผู้ต้องขังจะหลบหนี หรือใช้ความรุนแรงหรือจะฆ่าตัวตาย หรือในกรณีที่ผู้ต้องขังออกนอกเรือนจำอาจใช้เครื่องพันธนาการ” โดยให้ชนิดของเครื่องพันธนาการเป็นไปตามข้อบังคับกฎหมายเรือนจำ ซึ่งก็เป็นที่น่าสังเกตว่ากฎหมายเรือนจำของญี่ปุ่นไม่ได้บัญญัติเป็นหลักว่าห้ามใช้โซ่ตรวนโดยตรงเหมือนพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ของไทย แต่บัญญัติให้ใช้เป็นไปตามแต่ละกรณี ทั้งนี้อาจเป็นเพราะเครื่องพันธนาการที่นำมาใช้นั้นเป็นลักษณะที่ดูแล้วไม่ไปละเมิดสิทธิของจำเลยมากนัก และกฎหมายก็บัญญัติให้ใช้ก็เพื่อความจำเป็นในทางปฏิบัติ แต่ทั้งนี้ก็ยังอยู่ในดุลพินิจของเจ้าพนักงานเหมือนกับกฎหมายไทยว่าในกรณีใดจะใช้ได้หรือไม่ เพราะจะต้องพิจารณาจากพฤติกรรมของจำเลย

สำหรับจำเลยในคดีอาญาของประเทศญี่ปุ่นนั้นจะมีปัญหาในเรื่องการใช้เครื่องพันธนาการบ้าง แต่อาจมีปัญหาน้อยกว่าประเทศไทย เพราะในประเทศญี่ปุ่นระยะทางระหว่างศาลกับเรือนจำส่วนใหญ่จะใกล้กัน และบางแห่งทำเป็นอุโมงค์เพื่อสามารถนำตัวจำเลยไปคุมขังในเรือนจำได้ทันที ภายหลังจากศาลพิพากษาคดีเสร็จสิ้น ทำให้ไม่มีความจำเป็นต้องใช้เครื่องพันธนาการ อีกทั้งเรือนจำจะมีศูนย์สั่งการควบคุมโดยระบบอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งมีมาตรฐานและสะดวกต่อการควบคุมผู้ต้องขัง แต่สำหรับประเทศไทยนั้น เรือนจำกับศาลจะอยู่ไกลกันมาก จึงมีปัญหาเรื่องการควบคุมตัวจำเลยเวลานำตัวไปศาลเกิดขึ้นอยู่บ่อยครั้ง ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องใช้เครื่องพันธนาการโดยเฉพาะประเภทโซ่ตรวนเพื่อป้องกันการหลบหนี

จะเห็นได้ว่าการที่กฎหมายราชทัณฑ์ของประเทศญี่ปุ่นบัญญัติในเรื่องเครื่องพันธนาการไว้เพื่อใช้กับจำเลยในลักษณะเหตุจำเป็นเฉพาะตามกฎหมายเท่านั้น ซึ่งในทางปฏิบัติมีการใช้ในจำนวนที่น้อยมาก ก็เป็นเพราะเหตุปัจจัยทางกายภาพของเรือนจำในประเทศญี่ปุ่น เนื่องจากเรือนจำของญี่ปุ่นมีสภาพค่อนข้างมั่นคงแข็งแรง และใช้ระบบควบคุมทางอิเล็กทรอนิกส์เข้ามาเป็นองค์ประกอบเสริมทางด้านการควบคุมผู้ต้องขังและเสริมทางด้านความปลอดภัยของเรือนจำ อีกทั้งปริมาณคดีที่ขึ้นสู่ศาลมีจำนวนน้อย เพราะกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของญี่ปุ่นจะมีระบบที่จัดการกับข้อพิพาททางอาญาให้ยุติโดยไม่จำเป็นต้องเข้าสู่กระบวนการพิจารณาทุกคดี ซึ่งข้อพิพาทประมาณร้อยละ 90 สามารถยุติได้โดยไม่ต้องเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาล จึงไม่ต้องดำเนินการพิจารณาคดีต่อในศาล จึงเป็นทางออกให้กระบวนการยุติธรรมทางอาญาได้หลายทาง และเป็นการลดปริมาณจำนวนผู้ต้องขังในเรือนจำลงไปด้วย (Prison Overcrowding) ทำให้ไม่เกิดปัญหาการพิจารณาคดีที่ล่าช้าของศาล จำนวนจำเลยที่อยู่ระหว่างพิจารณาคดีในญี่ปุ่นจึงมีจำนวนน้อยและอยู่ในปริมาณที่พอเหมาะต่อความจุของเรือนจำ ประกอบกับการที่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาของญี่ปุ่นมีประสิทธิภาพมาก

3.2.2 การกระทำที่เป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ในข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง (ข้อกำหนดแมนเดลา) ข้อ 33²¹ จะกำหนดไว้ชัดเจนว่าจะใช้ “โซ่ตรวน” ในการจองจำนักโทษไม่ได้ ส่วนพระราชบัญญัติราชทัณฑ์นั้นกลับให้ใช้ได้และบ่งบอกลักษณะการใช้ ตลอดถึงลักษณะการใช้ ตลอด

²¹ เครื่องพันธนาการต่างๆ เช่น กุญแจมือ โซ่ ตรวน และเสื้อทรมาน เป็นต้น ไม่พึงใช้เพื่อการลงทัณฑ์ ทั้งโซ่และตรวนก็ไม่พึงใช้เพื่อพันธนาการเช่นกัน เครื่องพันธนาการใดๆ ไม่พึงใช้ เว้นแต่ในกรณีต่อไปนี้

ก. ป้องกันการหลบหนีในระหว่างย้ายผู้ต้องขัง และต้องถอดออกเมื่ออยู่ต่อหน้าศาล หรือส่งตัวให้เจ้าหน้าที่เรือนจำแล้ว

ข. เพื่อเหตุผลทางแพทย์ ตามคำสั่งแพทย์

ค. โดยคำสั่งของผู้บัญชาการเรือนจำ เมื่อไม่อาจใช้วิธีอื่นใดในอันที่จะต้องป้องกันมิให้ผู้ต้องขังทำร้ายตัวเองหรือผู้อื่น หรือทำลายทรัพย์สินในกรณีนี้ผู้บัญชาการเรือนจำจะต้องปรึกษาแพทย์ทันที และรายงานเสนอผู้บังคับบัญชา

ถึงลักษณะของตรวนไว้อย่างชัดเจนในกฎกระทรวงข้อ 25 26 และ 28 ซึ่งในประเด็นนี้ หากพิจารณาตามทางปฏิบัติ กรณีการใช้โซ่ตรวนในการพิจารณาในท้องพิจารณาคดีของศาล ก็ถือเป็นการไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำ แห่งสหประชาชาติว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง ข้อ 33 และข้อ 84 ประกอบกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 11²² ที่ให้สิทธิผู้ถูกคุมขังที่ศาลยังไม่ได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุกนั้นพึงได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่ายังเป็นผู้บริสุทธิ์ อีกทั้งยังกำหนดให้พึงได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างจากผู้ที่ต้องคำพิพากษาถึงที่สุดแล้วว่าได้กระทำผิด แต่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยในส่วนนี้ไม่มีการบัญญัติไว้ เหมือนกับในข้อกำหนดแมนเดลา จึงทำให้การปฏิบัติต่อจำเลยตามกฎหมายไทยแทนที่จะต้องยึดตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กลับต้องไปใช้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เกิดเป็นปัญหาในการตีความได้

3.2 กรณีที่สามารถใช้เครื่องพันธนาการได้

ในระบบของการควบคุมผู้ต้องหาหรือจำเลยนั้น เพื่อความปลอดภัยของศาลและเรือนจำบางครั้งมีความจำเป็นต้องใช้เครื่องพันธนาการเพื่อขัดขวางไม่ให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยเคลื่อนไหวได้ง่ายหรือโดยสะดวก หรือเป็นการยับยั้งไม่ให้ก่อเหตุร้าย สร้างความเสียหายแก่ชีวิตหรือทรัพย์สินของตนเองหรือผู้อื่น

ประเทศออสเตรเลียมีการใช้เครื่องพันธนาการกับผู้ต้องขังในการขนย้ายผู้ต้องขังออกนอกเรือนจำ เช่น เพื่อการรักษาพยาบาลหรือในระหว่างไปและกลับจากศาล เป็นต้น การใช้เครื่องพันธนาการจะใช้กับผู้ต้องขังทั้งชายและหญิงที่อาจจะหลบหนี ยกเว้นผู้ต้องขังป่วย ผู้พิการและหญิงมีครรภ์ ลักษณะเครื่องพันธนาการที่ใช้คือ กุญแจมือ (handcuffs) หรือกุญแจเท้า (ankle cuffs) และเข็มขัดพันธนาการ (restraining belt) สำหรับผู้ต้องขังในแดนความมั่นคงสูง (Extreme High Security) หรือผู้ต้องขังที่มีความเสี่ยงในการหลบหนีสูงในรัฐนิวเซาท์เวลส์ (New South Wales) ไม่ใช้กับผู้ต้องขังภายในเรือนจำ สำหรับในรัฐทัสมาเนีย (Tasmania) มีการใช้เครื่องพันธนาการประเภทกุญแจมือกับผู้ต้องขังภายในเรือนจำกรณีที่มีความจำเป็น²³ ในรัฐวิกตอเรียมีการใช้กุญแจเท้าหรือเครื่องพันธนาการชนิดอื่น เช่น สายรัดข้อเท้า เป็นต้น กับผู้ต้องขังภายในเรือนจำเฉพาะผู้ต้องขังที่ยากต่อการควบคุม เช่น ผู้ต้องขังที่เคยทำร้ายเจ้าหน้าที่ และผู้ต้องขังที่พยายามหลบหนี

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

บทสรุป

1. ผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่ว่าจะอยู่ในขั้นตอนใดของกระบวนการพิจารณาคดีอาญา เมื่อมาปรากฏตัวอยู่ต่อหน้าศาลในระหว่างพิจารณาคดี จะได้รับข้อสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ จะไปปฏิบัติเหมือนเป็นผู้กระทำความผิดย่อมไม่ถูกต้อง เพราะจำเลยยังไม่ถือว่ามีความผิดจนกว่าศาลจะพิพากษาอันถึงที่สุดตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 29 วรรคสองและวรรคสาม ดังนั้นการปฏิบัติต่อผู้ต้องหาหรือจำเลยโดยใช้โซ่ตรวนในท้องพิจารณาคดีจึงเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพทางร่างกายโดยการจำกัดการเคลื่อนไหวและการเคลื่อนที่ ทำให้จำเลยไม่มีอิสระในการต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่เป็นรูปธรรม ซึ่งแต่ดั้งเดิมนั้นโซ่ตรวนนำไปใช้ควบคุมสัตว์ร้าย เมื่อนำโซ่ตรวนมาใช้กับมนุษย์จึงเปรียบเสมือนเป็นการปฏิบัติต่อมนุษย์อย่างไม่ใช่มนุษย์ แต่ทั้งนี้เพื่อรักษาความปลอดภัยในศาล ในกรณีที่มีเหตุผลหรือความจำเป็นอย่างยิ่งอาจมีการอนุญาตให้ใช้เครื่องพันธนาการชนิดอื่นที่เหมาะสมแก่มนุษย์ โดยไม่เป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ดังเช่นโซ่ตรวน

2. การนำตัวจำเลยออกจากเรือนจำเพื่อไปพิจารณาคดีที่ศาลนั้น มีกฎหมายให้อำนาจในการใช้โซ่ตรวนต่อจำเลยได้ ตามพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 มาตรา 21 (4) แต่เมื่อนำตัวจำเลยมาถึงศาลแล้วจะอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมที่จะต้องรับผิดชอบดำเนินกระบวนการต่างๆ ต่อจำเลยภายในศาล ซึ่งไม่มีกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาบัญญัติไว้ในส่วนของการใช้โซ่ตรวนต่อจำเลยระหว่างการพิจารณาคดีไว้โดยแจ้งชัด

²² ข้อ 11 (1) ทุกคนที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญา มีสิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่ามีความผิดตามกฎหมายในการพิจารณาคดีที่เปิดเผย ซึ่งตนได้รับหลักประกันที่จำเป็นทั้งปวงสำหรับการต่อสู้คดี

²³ <http://www.justice.tas.gov.au/correctiveservices> Retrieved on January 12, 2019.

3. พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 และกฎกระทรวงมหาดไทย ออกตามความในพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2479 ตลอดจนข้อบังคับของกรมราชทัณฑ์ที่บังคับใช้กับจำเลยซึ่งเป็นผู้ต้องขังก่อนมีคำพิพากษาถึงที่สุดยังไม่มีผลชัดเจน ส่วนใหญ่จะให้ดุลพินิจแก่เจ้าพนักงานเรือนจำจึงเป็นปัญหาต่อการตีความ

4. การใช้ไซ้ตรวจต่อจำเลย ศาลควรปฏิบัติตามมาตรฐานขั้นต่ำของการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังที่องค์การสหประชาชาติได้ประกาศใช้ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ซึ่งจะเป็นแนวทางแก้ไขเพื่อให้เกิดผลต่อจำเลยอย่างเป็นรูปธรรม คือ ห้ามใช้เครื่องพันธนาการแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยขณะอยู่ในห้องพิจารณาคดีของศาล เพื่อเปิดโอกาสให้ต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่โดยปราศจากไซ้ตรวจ ทั้งนี้ควบคู่กับการเพิ่มระบบรักษาความปลอดภัยเพื่อให้บุคคลทุกคนในห้องพิจารณาคดีของศาลไม่ตกอยู่ในสถานการณ์อันตราย

5. ในกรณีที่จำเป็นจะต้องใช้เครื่องพันธนาการเพื่อให้เกิดความปลอดภัยในระหว่างการพิจารณาคดี เช่น ผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้ร้าย มีอาการวิกลจริต เป็นผู้ร้ายรายสำคัญหรือคดีอุกฉกรรจ์ ระหว่างการนำตัวจากเรือนจำไปศาลและจากศาลกลับเรือนจำ โดยใช้กุญแจมือหรือกุญแจเท้า

ข้อเสนอแนะ

1. เห็นควรดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 ในมาตรา 21 อนุมาตรา (3) ที่บัญญัติว่า “ห้ามใช้เครื่องพันธนาการแก่ผู้ต้องขัง เว้นแต่กรณีดังต่อไปนี้...(3) ผู้ต้องขังมีพฤติการณ์ที่น่าจะหลบหนีการควบคุม... ควรนำคำว่า “น่าจะ” ออก เพราะเป็นการคาดคะเน หากผู้มีอำนาจสั่งใช้เครื่องพันธนาการคาดคะเนผิดพลาดหรือตัดสินใจผิดพลาด ผู้ต้องขังก็จะถูกจองจำด้วยเครื่องพันธนาการโดยไม่มีเหตุผลเพียงพอตามกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ เมื่อเป็นเช่นนี้ย่อมเป็นการส่งเสริมให้ผู้มีอำนาจสั่งใช้เครื่องพันธนาการกับผู้ต้องขังอย่างฟุ่มเฟือย ส่งผลกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อีกทั้งการใช้กฎหมายที่จำกัดสิทธิ เสรีภาพของบุคคลต้องตีความโดยเคร่งครัด และต้องบัญญัติไว้โดยชัดเจนแน่นอนตามแนวทางของระบบกฎหมายแบบ Civil Law กฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษทางอาญาก็ควรที่จะตีความโดยเคร่งครัดและบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอนด้วยเพื่อเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญา²⁴

2. บทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในส่วนของสิทธิของจำเลย ยังไม่มีบัญญัติในเรื่องการใช้เครื่องพันธนาการประเภทไซ้ตรวจต่อผู้ต้องหาหรือจำเลยในศาลไว้โดยตรง จึงเกิดปัญหาในการใช้และการตีความตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 29 วรรคสองและวรรคสามก็จะเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความชัดเจนและเป็นประโยชน์ต่อจำเลย ก็ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในเรื่องการห้ามใช้เครื่องพันธนาการประเภทไซ้ตรวจต่อจำเลยระหว่างพิจารณาคดีในศาล และขอยกเว้นในกรณีที่จำเป็นต้องใช้เครื่องพันธนาการประเภทไซ้ตรวจ เช่น ในคดีอุกฉกรรจ์ ไว้ให้ชัดเจนในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาด้วย

3. เพื่อให้การพิจารณาคดีเป็นไปโดยยุติธรรม เสมอภาค และคำนึงถึงศักดิ์ศรีศรีความเป็นมนุษย์ ศาลควรเปิดโอกาสให้จำเลยได้ต่อสู้คดีอย่างเต็มที่โดยปราศจากเครื่องพันธนาการประเภทไซ้ตรวจ โดยผู้พิพากษาอาจใช้ดุลพินิจไม่อนุญาตให้มีการใช้เครื่องพันธนาการประเภทไซ้ตรวจในการควบคุมตัวจำเลยในระหว่างการพิจารณาคดีเหมือนต่างประเทศสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น และเยอรมนี ฉะนั้น เรือนจำหรือสถานที่ควบคุมตัวต้องไม่ใส่ตรวจให้แก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยที่มาศาล

4. หลักให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ มิใช่จะทำให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยในทุกกรณีไม่ต้องจำเครื่องพันธนาการ ในคดีอุกฉกรรจ์ก็ยังไม่มีการจำเครื่องพันธนาการไว้ด้วย เพื่อความปลอดภัยในการพิจารณาคดีของศาล

²⁴ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), น.60-66

บรรณานุกรม

หนังสือ

คณิต ฌ นคร. กฎหมายอาญาภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527

_____. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547

จรัญ โสษณานันท์. รัฐธรรมนูญ 2540 จากศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์สู่ธัมมิกสิทธิมนุษยชน. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544

ชาติ ชัยเดชสุริยะ. มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เดือนตุลา, 2549

ธานี วรรณทร์. กฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุก. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553.

บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547

_____. หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558

วิสัย พลุกะวัน. คำอธิบายพระราชบัญญัติราชทัณฑ์พร้อมด้วยกฎระเบียบต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังตั้งแต่เข้า จนกระทั่งออกจากเรือนจำ. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ทิพย์อักษร, 2544. น.80

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ฉบับอ้างอิง. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549.

วิทยานิพนธ์

ณัฐยา จรรยาเลิศ. “หลักประกันสิทธิผู้ต้องขัง : กรณีศึกษาสิทธิในการดำเนินชีวิต” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.

ธรรมฤทธิ์ สีตะปะดล. “การขังจำเลยไว้ภายหลังที่ศาลชั้นต้นมีคำพิพากษายกฟ้อง” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2549.

ผ่องพรรณ มาบุญมี. “การปฏิบัติต่อจำเลยระหว่างพิจารณาคดี : ศึกษาการใช้ไต่สวนต่อจำเลยในห้องพิจารณา.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2555

เอกสารอื่นๆ

ณรงค์ ใจหาญ และคณะ. “สิทธิของผู้ต้องหา จำเลย และผู้ต้องโทษในคดีอาญา (รายงานการศึกษาและฉบับสมบูรณ์).” กรุงเทพมหานคร : สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2540.

ARTICLES

David E. Westman, “Handling the Problem Criminal Defendant in the Courtroom : The Use of Physical Restraints and Expulsion in the Modern Era,” San Diego Justice Journal. Volume 2, p.508 (Summer 1994)

ELECTRONIC MEDIA

California Department of Correction. <http://www.cdcr.ca.gov> , January 12, 2019.

Presumption of innocence. http://en.wikipedia.org/wiki/Presumption_of_innocence, January 12, 2019.

สถานะทางกฎหมายของหลักความรับผิดชอบเพื่อปกป้อง LEGAL STATUS OF THE RESPONSIBILITY TO PROTECT (RTOPT)

กฤษฎา พรหมเวศ *

บทคัดย่อ

หลักความรับผิดชอบเพื่อปกป้องเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศใหม่ที่ถูกพัฒนาขึ้นมาเพื่อทดแทนหลักการเรื่องการแทรกแซงด้านมนุษยธรรมที่ไม่ได้ผลในการป้องกันการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่รุนแรงและโหดร้ายในทศวรรษที่ 1990s ซึ่งประกอบด้วยหลายเหตุการณ์ เช่น เหตุการณ์ในโซมาเลีย ปี ค.ศ.1993 เหตุการณ์ฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในรวันดา ปีค.ศ. 1994 เหตุการณ์สงครามกลางเมืองในบอสเนีย ปี ค.ศ. 1995 เหตุการณ์ในโคโซโว ปี ค.ศ. 1999 และ การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในเมืองดาฟัวร์ ประเทศซูดาน เป็นต้น

เมื่อสหรัฐฯ และพันธมิตรโจมตีและยึดครองอัฟกานิสถานและอิรัก ในปี ค.ศ. 2001 และ 2003 โดยอ้างเหตุผลทางด้านมนุษยธรรมและประชาธิปไตย หรือกรณีที่ต้องการ NATO อ้างหลักความรับผิดชอบเพื่อปกป้องเข้าปกป้องพลเรือนลิเบียจากการสังหารหมู่โดยอดีตผู้นำเผด็จการอย่างพันเอกโมอัมมาร์ กัดดาฟี ก่อให้เกิดคำถามจากประชาคมระหว่างประเทศว่าหลักความรับผิดชอบเพื่อปกป้องกำลังถูกใช้เพื่อผลประโยชน์แห่งชาติของบรรดาประเทศมหาอำนาจหรือไม่ จนนำไปสู่ความไม่เห็นด้วยกับหลักการดังกล่าวของหลายประเทศในประชาคมระหว่างประเทศ

ข้อถกเถียงดังกล่าวเรียกร้องให้นักวิชาการทางด้านกฎหมายระหว่างประเทศอภิปรายถกเถียงกันมากขึ้นเกี่ยวกับความชอบธรรมและสถานะทางกฎหมายของหลักการนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นเรื่องสถานะของหลักการดังกล่าวนี้เป็นกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ และประเทศต่าง ๆ ต้องปฏิบัติตามหรือมีพันธกรณีต้องปฏิบัติตามหลักความรับผิดชอบเพื่อปกป้องนี้หรือไม่

บทความนี้มีวัตถุประสงค์ที่จะศึกษาสถานะทางกฎหมายระหว่างประเทศของหลักความรับผิดชอบเพื่อปกป้อง ว่าหลักความรับผิดชอบเพื่อปกป้องเป็นกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ ซึ่งหากหลักการดังกล่าวไม่มีสถานะเป็นกฎหมาย ประเทศต่าง ๆ ก็จะสามารถยกข้ออ้างความไม่มีสถานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศปฏิเสธพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตามหลักการดังกล่าวได้

จากการศึกษาพบว่าในปัจจุบันหลักความรับผิดชอบเพื่อปกป้องยังไม่มีเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ หากแต่เป็นเพียงแค่ “กฎหมายอย่างอ่อน” หรือ “Soft Law” เท่านั้น ซึ่งหลักการ R2P แม้จะยังไม่มีความชัดเจนเท่าไรนักแต่ก็เป็นหลักการสำคัญต่อการก่อตัวของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายระหว่างประเทศในด้านมนุษยธรรมต่อไปในอนาคต

คำสำคัญ

หลักความรับผิดชอบเพื่อปกป้อง การแทรกแซงเพื่อมนุษยธรรม การละเมิดสิทธิมนุษยชน

ABSTRACT

The Responsibility to Protect (RtoP) is a new Principle of International Law that was developed to replace the humanitarian intervention principle that is ineffective to prevention of the human rights in the 1990s decade for example, Somali Civil War in 1993, Rwanda Genocide in 1994, Bosnian Genocide in 1995, Kosowo War in 1999, Darfur Genocide in Sudan and etc.

* Ph.D. (Political Sciences) อาจารย์ประจำสาขาความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง E-mail: sodanarak@gmail.com

When the United States and its allies attacked and occupied Afghanistan and Iraq in 2001 and 2003 respectively by citing the humanitarian and democratic reasons or the Libya case that NATO claims the RtoP principle for protecting Libyan civilians from massacres by former dictatorial leaders, Colonel Moammar Gaddafi, raises the questions from the international community that the RtoP principle is used for the national interest of the great powers. That issues leads to the disagreement with such principles in many countries of the international community.

Such controversy calls for more discuss about the legal status and legitimacy of this principle among International law academics. In particular, the legal status of this principle. Does the principle is International law? And the UN member states have to follow this principle or have some obligation to comply or not.

The aim of this article is to study the legal status of the RtoP principle. That the responsibility to protect is international law or not. Which, if such principles do not have a legal status, Do the member states can raise the non-legal status of the R2P principle denying the obligation to comply?

The study found that nowadays the principle of responsibility to protect is not an international law, but it is only the "soft law". Although now the principle of R2P, is not yet clear, it is an important principle for the formation of international humanitarian law in the future.

Keyword

Responsibility to Protect (RtoP), Humanitarian Intervention, Human Rights Violations

บทนำ

ในช่วงทศวรรษที่ 1990s การละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างรุนแรงเกิดขึ้นในหลายรัฐ ในขณะเดียวกันชุมชนระหว่างประเทศก็ไม่ให้การตอบสนองต่อเรื่องนี้¹ ตัวอย่างการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่รุนแรงและโหดร้ายมีหลายเหตุการณ์ด้วยกัน ยกตัวอย่างเช่น เหตุการณ์ในโซมาเลียในปี ค.ศ. 1993 เหตุการณ์การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในรวันดาในปี ค.ศ. 1994 เหตุการณ์สงครามกลางเมืองในบอสเนียในปี ค.ศ. 1995 เหตุการณ์ในโคโซโวในปี ค.ศ. 1999 และการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในเมืองดาร์ฟัวร์ ประเทศซูดาน เป็นต้น

ในอดีตที่ผ่านมาภัยคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงของประชาชนมักมีที่มาจากภัยคุกคามภายนอกประเทศ เช่น สงคราม การรุกรานจากต่างประเทศ แต่ในปัจจุบันภัยคุกคามกลับมีที่มาจากสาเหตุภายในของแต่ละประเทศเอง เช่น การเกิดสงครามกลางเมือง การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อย่างไรก็ตามความขัดแย้งดังกล่าวได้นำมาซึ่งการแสวงหาทางออกของประชาคมระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์การสหประชาชาติในการปกป้องชีวิตประชาชน โดยการพัฒนาหลักการเรื่องการแทรกแซงด้านมนุษยธรรม (Humanitarian Intervention) ที่ให้สิทธิแก่ประชาคมระหว่างประเทศในการใช้กำลังเข้าแทรกแซงวิกฤติการณ์ภายในของรัฐต่าง ๆ

แม้กฎบัตรสหประชาชาติระบุให้การแทรกแซง “ทางทหาร” เพื่อยับยั้งภัยคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศต้องได้รับการรับรอง (Authorized) ด้วยคะแนนเสียงเอกฉันท์จากสมาชิกถาวรทั้งห้าประเทศแห่งคณะมนตรีความมั่นคงฯ แต่ในทางปฏิบัติการแทรกแซงมักไม่ได้รับมติเอกฉันท์ดังกล่าว ประเทศสมาชิกถาวรที่เห็นด้วยกับการแทรกแซงโดยเฉพาะอย่างยิ่งสหรัฐอเมริกา และองค์การ NATO มักฝ่าฝืนมติสหประชาชาติและส่งกองกำลังเข้าแทรกแซง ดังที่ปรากฏในกรณีโคโซโว เมื่อปี ค.ศ. 1999 ซึ่งหากการแทรกแซงสามารถยับยั้งการสังหารหมู่ได้ (ดูที่ผลลัพธ์ของการแทรกแซงภายหลังปฏิบัติการ) การแทรกแซงดังกล่าวอาจถือว่าเป็นชอบธรรม (Legitimate) แต่ผิดกฎหมาย (Illegal)²

ทุกวันนี้ดูเหมือนว่าประชาคมระหว่างประเทศจะมีความเห็นเป็นเอกฉันท์ในการรับทราบถึง ความชอบธรรมของการแทรกแซงด้านมนุษยธรรม ข้อพิพาทเกี่ยวกับขอบเขตของการแทรกแซงของรัฐที่เข้าแทรกแซง เช่น ลักษณะของการละเมิดที่สามารถทำให้การแทรกแซงด้านมนุษยธรรมถูกต้องตามกฎหมาย ผู้มีอำนาจในการอนุมัติให้เข้าแทรกแซง และคำถามเกี่ยวกับจริยธรรม เช่น ผลที่เกิดขึ้นจากการแทรกแซงด้านมนุษยธรรมที่ไม่เหมาะสม เป็นเรื่องปกติ³

จนปัจจุบันหลักการแทรกแซงด้านมนุษยธรรมที่ไม่เหมาะสม ดังกล่าว ได้พัฒนากลายเป็นหลักการความรับผิดชอบเพื่อการปกป้อง “Responsibility to Protect (RtoP)” ซึ่งเปรียบเสมือนทางออกของความขัดแย้งในปัจจุบันซึ่งความสำคัญของอำนาจอธิปไตยไม่ได้เป็นเพียงเรื่องของสิทธิที่รัฐบาลพึงมีเท่านั้น หากแต่อำนาจอธิปไตยยังหมายถึงความรับผิดชอบที่รัฐต้องมีต่อประชาชนของตนเองด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งความรับผิดชอบในการปกป้องประชาชนจากอาชญากรรมที่มีความร้ายแรงที่สุด 4 ประการ⁴ คือ

1. การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide) หมายถึง การประกอบอาชญากรรมบางอย่าง โดยมีเจตนาที่จะทำลายล้างกลุ่มชนชาติ กลุ่มเผ่าพันธุ์ กลุ่มเชื้อชาติ หรือกลุ่มศาสนาในบางส่วนหรือทั้งหมดก็ตาม เช่น เหตุการณ์ที่เคยเกิดในรวันดา

¹ Christopher C. Joyner, The Responsibility to protect’ Humanitarian Concern and lawfulness of Armed Intervention, *Virginia J of international Law*, 47(3) (2007), p. 689.

² จันจิรา สมบัติพูนศิริ. แนวคิดเรื่องประชาสังคมโลกและการเปลี่ยนผ่านสู่ภาคปฏิบัติ: ประเด็นการแทรกแซงด้านมนุษยธรรมและ “หลักรับผิดชอบเพื่อปกป้อง” *วารสารธรรมศาสตร์*, ปีที่ 33 ฉบับที่ 3 ปี พ.ศ.2557, หน้า.115 – 134.

³ Christopher C Joyner, *Supra note*, p.700.

⁴ “หลักการความรับผิดชอบในการปกป้อง “Responsibility to Protect (RtoP)”, *SSC Weekly Focus*. บทความวิเคราะห์สถานการณ์ยุทธศาสตร์และความมั่นคงของประเทศรายสัปดาห์ ฉบับที่ 33/56. 27 พฤษภาคม - 2 มิถุนายน 2556.

2. อาชญากรรมสงคราม (War Crimes) คือการละเมิดฝ่าฝืนจารีตประเพณี หรือกฎในการยุทธ์ ซึ่งหมายรวมถึงพฤติการณ์ต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ ได้แก่ การสังหาร การเนรเทศ หรือการทรมานพลเรือนแห่งดินแดนที่รัฐสามารถยึดหรือเข้าครอบครองได้ไปเป็นทาส คนงาน หรือกรรมกร ตลอดจนการสังหารตัวประกัน การทำลายล้างบ้านเรือน เรือสวน ไรนา โดยขาดความยับยั้ง

3. การกำจัดชาติพันธุ์ (Ethnic Cleansing) เป็นสถานการณ์ที่กลุ่มสังคมทางชาติพันธุ์หรือกลุ่มเชื้อชาติต้องการดำรงรักษาความบริสุทธิ์ทางชาติพันธุ์หรือเชื้อชาติของตน โดยการใช้กำลังบังคับ ผลักไส หรือการสร้างควมหวาดกลัวให้กลุ่มชาติพันธุ์ หรือกลุ่มเชื้อชาติอื่นแยกตัวออกไป ในบางกรณีอาจใช้กำลังทำลายล้างกลุ่มชาติพันธุ์ การกำจัดชาติพันธุ์” ต่างจาก “การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์” ในข้อที่ว่า การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ หรือมุ่งทำลายล้างอีกกลุ่มชาติพันธุ์หรือกลุ่มเชื้อชาติหนึ่งให้หมดสิ้นเผ่าพันธุ์ไป แต่การกำจัดชาติพันธุ์ (Ethnic Cleansing) มุ่งที่จะดำรงรักษาเอกลักษณ์ทางชาติพันธุ์ หรือเชื้อชาติของตนเอง คำว่า “การกำจัดชาติพันธุ์” ได้นำมาใช้ในสถานการณ์ความขัดแย้งด้านชาติพันธุ์ในประเทศบอสเนียเมื่อต้นทศวรรษที่ 1990s

4. อาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ (Crimes Against Humanity) ได้แก่ การฆ่า การทำลายล้างมนุษย์ การเอาคนลงเป็นทาส การเนรเทศ หรือการกระทำอันไร้มนุษยธรรม เช่น การกระทำต่อพลเรือน ก่อนหรือระหว่างสงคราม หรือการกดขี่อันเนื่องมาจากการเมือง เชื้อชาติ ศาสนา ที่ได้กระทำเกี่ยวเนื่องกับอาชญากรรมใดๆ อันกระทำภายในเขตอำนาจของศาล ไม่ว่าจะการกระทำนั้น จะเป็นการละเมิดต่อหลักกฎหมายภายในของประเทศที่การกระทำต่างๆ เกิดขึ้นหรือไม่ก็ตาม

อย่างไรก็ตาม เมื่อเกิดเหตุการณ์ที่สหรัฐฯ และพันธมิตรโจมตีและยึดครองอัฟกานิสถานรวมถึงอิรัก ในปี ค.ศ. 2001 และ 2003 โดยอ้างเหตุผลทางด้านมนุษยธรรมและประชาธิปไตยในการเข้าแทรกแซงหรือกรณีล่าสุดที่องค์การ NATO อ้างหลักความรับผิดชอบในการปกป้องเข้าปกป้องพลเรือนลิเบียจากการสังหารหมู่โดยอดีตผู้นำเผด็จการ อย่างพันเอกโมอัมมาร์ กัดดาฟี ก่อให้เกิดคำถามจากประชาคมระหว่างประเทศว่าหลักความรับผิดชอบเพื่อปกป้องกำลังถูกใช้เพื่อผลประโยชน์แห่งชาติของบรรดาประเทศมหาอำนาจหรือไม่ ในขณะที่นักวิชาการฝ่ายซ้ายมองว่าหลักความรับผิดชอบเพื่อปกป้องคือเครื่องจรรงอุดมการณ์กดขี่ของเสรีนิยมใหม่ หรือเครื่องค้ำจุนจักรวรรดินิยมทางวัฒนธรรม⁵ จนนำไปสู่ความไม่เห็นด้วยกับหลักการดังกล่าวของหลายประเทศในประชาคมระหว่างประเทศ ข้อถกเถียงดังกล่าวเรียกร้องให้นักวิชาการทางด้านกฎหมายระหว่างประเทศอภิปรายถกเถียงกันมากขึ้นเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายและความชอบธรรมของหลักการนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักการดังกล่าวนี้เป็นกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ ซึ่งหากหลักการดังกล่าวไม่มีสถานะเป็นกฎหมายประเทศต่าง ๆ ก็จะสามารถยกข้ออ้างความไม่มีสถานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศปฏิเสธพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตามหลักการดังกล่าว บทความนี้จึงได้พยายามที่จะนำเสนอถึงบริบทและข้อถกเถียงเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของหลักการนี้อย่างเป็นระบบ โดยพยายามทำความเข้าใจเนื้อหาและสถานะทางกฎหมายของหลักความรับผิดชอบในการปกป้อง รวมถึงแนวโน้มของการยอมรับในหลักกฎหมายนี้ในประชาคมระหว่างประเทศต่อไปในอนาคต

หลักการความรับผิดชอบในการปกป้อง “Responsibility to Protect (RtoP)”

หลักการความรับผิดชอบในการปกป้องนั้นมีพัฒนาการมาจากหลักการแทรกแซงด้านมนุษยธรรมที่หาทางออกให้กับปัญหาเรื่องความชอบธรรมของรัฐในการใช้อำนาจเข้าแทรกแซง ซึ่งเป็นที่ถกเถียงกันว่ารัฐมีสิทธิและความชอบธรรมในการใช้อำนาจแทรกแซงหรือไม่ มีนักวิชาการทางด้านกฎหมายหลายท่านที่มีส่วนในการพัฒนาแนวคิดทางด้านกฎหมายนี้ขึ้น เช่น Cassese กล่าวว่า กรณีที่มีการกระทำความโหดร้ายขนาดใหญ่และเป็นระบบอาจก่อให้เกิดรูปแบบของความรับผิดชอบโดยรวมของรัฐ โดยที่รัฐอื่นหรือองค์การระหว่างประเทศอาจมีสิทธิสนองตอบโดย

⁵ จันจิรา สมบัติพูนศิริ. หลักรับผิดชอบเพื่อปกป้องและผลต่อการก่อร่างองค์ความรู้การเมืองระหว่างประเทศร่วมสมัย (The Responsibility to Protect (R2P) and its impact on shaping contemporary knowledge of global politics) (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2558). น. 3.

การใช้มาตรการตอบโต้ผู้รับที่ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำมิชอบดังกล่าว⁶ ในขณะที่ Scheffer เสนอว่า แนวคิดใหม่ของการแทรกแซงด้วยเหตุผลทางมนุษยธรรมถูกเรียกร้องให้หลอมรวมระหว่างสิทธิในการแทรกแซงเข้ากับภาระผูกพันร่วมกันเพื่อนำมาซึ่งการปลดปล่อยและการฟื้นฟู⁷ ในขณะที่ความเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิอย่างสูงได้เสนอรายงานต่อเลขาธิการใหญ่ใน หมวด 7 ของกฎบัตรสหประชาชาติ เรื่อง การคุกคามภายในรัฐและความรับผิดชอบเพื่อการปกป้อง ระบุว่า “... ปรากฏการณ์ที่กำลังเป็นที่ยอมรับกันมากขึ้น แต่ไม่ใช่ประเด็นของสิทธิในการแทรกแซงของรัฐหนึ่งรัฐใด หากแต่เป็นความรับผิดชอบในการปกป้องของรัฐ เมื่อมีเหตุการณ์ที่ประชาชนกำลังทนทุกข์ทรมานกับหายนะที่สามารถหลีกเลี่ยงได้ของการสังหารหมู่ การข่มขืนหมู่ การกวาดล้างชนกลุ่มน้อย โดยการขับไล่และการข่มขู่โดยใช้กำลังบังคับ” เป็นหลักฐานที่สะท้อนให้เห็นถึงแนวโน้มการเกิดบรรทัดฐานทางกฎหมายใหม่ แทนที่แนวคิดการแทรกแซงด้วยเหตุผลทางมนุษยธรรม ซึ่งเป็นแนวคิดในระดับความรับผิดชอบ (Responsibility) ของส่วนรวมเท่านั้นยังมีได้เป็นระดับภาระผูกพัน (Obligation) ตามกฎหมาย แนวโน้มใหม่ที่เกิดขึ้นนี้จึงยังไม่พัฒนาไปถึงขั้นการเป็นหน้าที่ (Duty) ของรัฐที่จะต้องเข้าแทรกแซง⁸

หลักความรับผิดชอบในการปกป้อง (RtoP) นั้นถือได้ว่าเป็นความรับผิดชอบทางการเมือง (political commitment) ที่มีเป้าหมายเพื่อกระตุ้นเจตจำนงทางการเมืองและกำหนดแนวทางการปฏิบัติในการปกป้องประชาชนที่ตกอยู่ในภาวะเสี่ยงของการเกิดเหตุการณ์ร้ายแรงต่าง ๆ หลักความรับผิดชอบในการปกป้องนี้ประกอบไปด้วยหลักการที่ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐในการป้องกันและปกป้องประชาชนภายในรัฐจากสถานการณ์ที่มีความโหดร้ายรุนแรงและมีการละเมิดสิทธิมนุษยชน ดังนั้นในช่วงทศวรรษที่ 1990s ที่มีเหตุการณ์การระบาดของความรุนแรงภายในประเทศอย่างรุนแรง หลักความรับผิดชอบเพื่อปกป้อง (RtoP) จึงถือว่าเป็นนวัตกรรมที่สำคัญของการประกาศความรับผิดชอบของรัฐในเวทีการเมืองระหว่างประเทศในการจัดการกับปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนมากกว่าที่จะมาโต้เถียงกับคำถามว่ารัฐต่าง ๆ มีสิทธิในการแทรกแซงกิจการภายในรัฐอื่นเพื่อเหตุผลทางด้านมนุษยธรรมหรือไม่

ประวัติความเป็นมาของหลักความรับผิดชอบเพื่อปกป้อง

ตั้งแต่ทศวรรษที่ 1990s เป็นต้นมาโลกต้องเผชิญกับวิกฤติด้านมนุษยธรรมอย่างรุนแรงยกตัวอย่างเช่น การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ หรือ การสังหารหมู่ (mass slaughter) มีคำถามหลายคำถามเกิดขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (ethnic cleansing) เป็นไปในลักษณะใด? โลกต้องดำเนินการอย่างไรหากวิกฤติการณ์เช่นนั้นเกิดขึ้นแต่อย่างไรก็ตามสิ่งที่ประชาคมระหว่างประเทศเห็นพ้องร่วมกันเป็นเอกฉันท์นั้นก็คือรัฐต่าง ๆ ต้องร่วมกันดำเนินการเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดโศกนาฏกรรมเหล่านี้

แต่บางครั้งการดำเนินการของประชาคมโลกในการป้องกันไม่ให้เกิดวิกฤติการณ์ทางด้านมนุษยธรรมเกิดขึ้นอาจหมายถึงการละเมิดอำนาจอธิปไตยของรัฐอื่นที่ไม่สามารถให้การปกป้องหรือไม่ทำหน้าที่เพื่อหลีกเลี่ยงความหายนะภายในขอบเขตของรัฐของตนเอง เราจะมีข้ออ้างในการละเมิดอำนาจอธิปไตยของรัฐอื่นอย่างไรแม้ว่าการละเมิดอำนาจนั้นจะเป็นไปเพื่อมนุษยธรรม? หลักการที่ประชาคมระหว่างประเทศควรใช้ในการพิจารณาว่าเมื่อมีการแทรกแซงเพื่อมนุษยธรรมดังกล่าวเป็นสิ่งที่จำเป็นและควรจะทำอย่างไร?

⁶ Antoio Cassese, “Ex iniuria ius oritur. Are we Moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?” *EJIL* 10 (1999), 23 – 30. from <http://www.ejil.org/pdfs/10/1/575.pdf>

⁷ David J. Scheffer. “Toward A Modern Doctrine of Humanitarian Intervention” University of Toledo law review (winter, 1992): 263 from <http://web2.westlaw.com>.

⁸ *Ibid.*

Gareth Evans และ Mohamed Sahnoun อ้างว่าก่อนอื่นเราต้องเปลี่ยนแปลงรูปแบบที่เราคิดเกี่ยวกับการแทรกแซงด้านมนุษยธรรมก่อน แทนที่จะถามว่ารัฐมีสิทธิที่จะเข้าแทรกแซงเมื่อเกิดภาวะวิกฤติภายในรัฐอื่นหรือไม่ รัฐควรหันมาพิจารณาทำความเข้าใจเกี่ยวกับความรับผิดชอบเพื่อปกป้องของตนเสียก่อน⁹

แนวคิด R2P เริ่มต้นขึ้นในปี ค.ศ. 2001 เมื่อ คณะกรรมการระหว่างประเทศว่าด้วยการแทรกแซงและอำนาจอธิปไตยแห่งรัฐ (International Commission on Intervention and State Sovereignty: ICISS) หน่วยงานภายใต้องค์การสหประชาชาติ ซึ่งได้รับการจัดตั้งขึ้นโดยรัฐบาลแคนาดา โดยมีจุดมุ่งหมายในการ "สร้างข้อตกลงใหม่ในทางระหว่างประเทศเกี่ยวกับการจัดการต่อปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนและกฎหมายด้านมนุษยธรรม" ได้เสนอรายงานเพื่อเรียกร้องให้ประเทศสมาชิกสหประชาชาติสามารถปกป้องประชาชนของตนเองจาก 1) การสังหารหมู่ 2) อาชญากรรมสงคราม 3) การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ 4) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ

โดยในย่อหน้าที่ 138 และย่อหน้าที่ 139 ของเอกสารผลลัพธ์การประชุมสุดยอดโลก ปี ค.ศ. 2005 ประมุขแห่งรัฐและรัฐบาลประเทศต่างๆ ได้พิจารณากำหนดขอบเขตความรับผิดชอบในการปกป้อง เอาไว้ต่อการก่ออาชญากรรมทั้งสี่ประการ ได้แก่ การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมสงคราม การล้างเผ่าพันธุ์ และการก่ออาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ซึ่งโดยทั่วไปเรียกว่า อาชญากรรม 'หรือ' การกระทำความผิดที่โหดร้ายกับผู้คนจำนวนมาก (mass atrocity crimes)¹⁰ หากแต่ในการตีความหลักการ R2P ได้รวมถึง "หายนะทางธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม (natural or environmental catastrophes) ที่รัฐมีความวิตกกังวล ไม่สามารถที่จะรับมือได้ หรือเรียกร้องขอความช่วยเหลือและเกิดการสูญเสียชีวิตหรือถูกคุกคาม¹¹

คณะกรรมการการระหว่างประเทศว่าด้วยการแทรกแซงและอธิปไตยของรัฐ (ICISS) ได้ออกรายงานว่าด้วยหลักการรับผิดชอบเพื่อการปกป้อง (Responsibility to Protect หรือ R2P, RtoP) โดยอาศัยแนวคิดว่าอำนาจอธิปไตยของรัฐหมายความรวมถึงความรับผิดชอบของรัฐในการปกป้องประชาชนภายในรัฐด้วย โดยแนะนำเกณฑ์ที่สำคัญมาใช้ในหลักความรับผิดชอบเพื่อปกป้องหกเกณฑ์ซึ่งประกอบไปด้วย ความชอบธรรมของการแทรกแซง; อำนาจอันชอบธรรม (right authority), เหตุอันชอบธรรม (just cause), เจตจำนงชอบธรรม (Right Intention), ใช้เป็นวิธีการสุดท้าย (Last Resort), ไม่ใช้กำลังเกินกว่าเหตุ (Proportional Means) และดำเนินกระบวนการสร้างสันติภาพหลังสงคราม (Reasonable Prospects)

หลักการความรับผิดชอบเพื่อการปกป้อง R2P (Responsibility to protect) เป็นหลักการที่ได้รับการรับรองในการประชุมระดับผู้นำเพื่อทบทวนผลของปฏิญญาสหประชาชาติ (High Level Panel Meeting - HLP) ระหว่างวันที่ 14 - 16 กันยายน พ.ศ. 2005 ณ นครนิวยอร์ก ที่เกี่ยวข้องกับการแทรกแซงทางมนุษยธรรม (humanitarian interference/ intervention of humanity) เพื่อคุ้มครองประชาชนจากการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ การฆ่าล้างชนชาติ โดยถือว่าเป็นความรับผิดชอบของประชาคมระหว่างประเทศที่จะต้องดำเนินการร่วมกัน

ซึ่งแนวคิดของประเด็นความรับผิดชอบเพื่อการปกป้อง “responsibility to protect” คือ หากรัฐไม่สามารถ หรือ ไม่ให้การคุ้มครองประชาชนของตน ก็จะถือเป็นหน้าที่ของประชาคมระหว่างประเทศในการให้ความช่วยเหลือด้านมนุษยธรรม และให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนแก่ประชาชนกลุ่มดังกล่าว ดังนั้น หลายประเทศจึงมีท่าทีระมัดระวังเนื่องจากไม่ต้องการให้มีการอ้างหลักความรับผิดชอบเพื่อการปกป้องหรือ “responsibility to protect” มาเป็นเหตุเพื่อการแทรกแซงกิจการภายในประเทศของตน

⁹ Gareth Evans and Mohamed Sahnoun. (2002). “The Responsibility to Protect: Revisiting Humanitarian Intervention.” *Foreign Affairs*. Essay November/December 2002. Issue Human Rights Legal Theory. from <https://www.foreignaffairs.com/articles/2002-11-01/responsibility-protect>.

¹⁰ See “the Paragraphs 138 - 139 of the 2005 World Summit Outcome Document.”

¹¹ International Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS). *The Responsibility to Protect: Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty*. (Ottawa: the International Development Centre, 2001)

ในเอกสารรายงานมติในที่ประชุมสุดยอดระดับโลกของสหประชาชาติ ปี ค.ศ. 2005 ได้เน้นย้ำถึงประเด็น R2P ไว้ว่า “เพื่อนำมาซึ่งการป้องกันอาชญากรรมเหล่านี้และการกระทำใด ๆ ที่ยั่วยู่ จำเป็นจะต้องมีมาตรการที่เหมาะสมและใช้เครื่องมือที่จำเป็น พวกเราในฐานะสมาชิกสหประชาชาติเห็นพ้องร่วมกันถึงหน้าที่ความรับผิดชอบและจะปฏิบัติตามหน้าที่ ประชาสังคมโลกควรกระตุ้นและช่วยเหลือรัฐให้ทำหน้าที่รับผิดชอบและสนับสนุนสหประชาชาติในการสร้างระบบเตือนภัยล่วงหน้า”

ตามรายงานปี ค.ศ. 2009 การนำหลักความรับผิดชอบเพื่อการปกป้องไปปฏิบัติกัน จะมีผลบังคับใช้เฉพาะคดีอาชญากรรมและการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่ระบุเอาไว้สี่ประการเท่านั้น คือ 1) การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ 2) อาชญากรรมสงคราม 3) การล้างเผ่าพันธุ์ และ 4) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ จนกว่ารัฐสมาชิกจะลงความเห็นเป็นอย่างอื่น อย่างไรก็ตามมีความพยายามที่จะขยายหลักความรับผิดชอบเพื่อปกป้องไปสู่ความหายนะอื่น ๆ เช่นกรณีการระบาดของโรคเอดส์ (HIV \ AIDS) การเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (Climate Change) หรือการตอบสนองต่อภัยพิบัติทางธรรมชาติ (Natural Disaster) ซึ่งจะเป็นการทำลายความสอดคล้องของรายงานความรับผิดชอบในการปกป้อง ปี ค.ศ. 2005 และเป็นการขยายแนวความคิดไปไกลกว่าการยอมรับหรือการใช้งาน¹² อย่างไรก็ตามหลักการเรื่องนี้ยังเกี่ยวข้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ อำนาจอธิปไตยของรัฐ ความอ่อนไหวทางการเมือง และความชอบธรรมในการปฏิบัติ ดังนั้นจึงยังไม่มีเจตจำนงแน่วแน่ถึงขอบเขตของหลักความรับผิดชอบเพื่อการปกป้อง (R2P) ที่ชัดเจน ดังนั้นในทางปฏิบัติรัฐต่างๆ จึงอ้างว่าหลักการความรับผิดชอบเพื่อการปกป้อง (R2P) นั้นยังไม่มีสถานะทางกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐจึงไม่มีความผูกพันรัฐให้ปฏิบัติตามหลักความรับผิดชอบเพื่อการปกป้อง

คำจำกัดความของหลักความรับผิดชอบเพื่อปกป้อง

ความรับผิดชอบในการปกป้องคือความมุ่งมั่นทางการเมืองที่ได้รับการรับรองโดยสมาชิกทุกคนของสมัชชาใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติในการประชุมสุดยอดโลกปี ค.ศ. 2005¹³ โดยได้กล่าวไว้ในย่อหน้าที่ 138 – 139 ของเอกสารผลลัพธ์การประชุมสุดยอดโลก ปี ค.ศ. 2005¹⁴ เอาไว้ ดังนี้

ย่อหน้าที่ 138 รัฐแต่ละรัฐมีหน้าที่ในการปกป้องประชากรของตนจาก การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์อาชญากรรมสงคราม การล้างเผ่าพันธุ์และ การก่ออาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ ความรับผิดชอบนี้เกี่ยวข้องกับการป้องกันอาชญากรรมดังกล่าว รวมทั้งการยั่วยู่ โดยใช้วิธีการที่เหมาะสมและจำเป็น เรายอมรับความรับผิดชอบดังกล่าวและจะปฏิบัติตามข้อกำหนดดังกล่าว โดยประชาคมระหว่างประเทศ ควรให้การสนับสนุนและช่วยเหลือรัฐในการใช้ความรับผิดชอบนี้และสนับสนุนองค์การสหประชาชาติในการกำหนดความสามารถในการเตือนล่วงหน้า¹⁵

ย่อหน้าที่ 139. ประชาคมระหว่างประเทศผ่านองค์การสหประชาชาติมีหน้าที่รับผิดชอบในการใช้วิธีการทางทูต หลักมนุษยธรรมและสันติวิธีที่เหมาะสมตามหมวดที่ 6 และ 8 ของอนุสัญญาเพื่อช่วยปกป้องประชากรจากการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมสงคราม การล้างเผ่าพันธุ์ และอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ ในบริบทนี้เราพร้อมที่จะดำเนินการร่วมกันอย่างทันท่วงทีและเด็ดขาดผ่านทางคณะมนตรีความมั่นคงตามกฎหมาย รวมทั้งหมวดที่ 7 โดยพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไปและร่วมมือกับองค์กรระดับภูมิภาคที่เกี่ยวข้อง ในการรักษาสันติภาพ ในกรณีเจ้าหน้าที่ระดับชาติล้มเหลวอย่างชัดเจนในการปกป้องประชากรของพวกเขาจากการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมสงคราม การล้างเผ่าพันธุ์ และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ เป็นความจำเป็นที่สมัชชาใหญ่องค์การสหประชาชาติจะต้องพิจารณาถึงความรับผิดชอบต่อการปกป้องประชาชนจากการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์อาชญากรรมสงครามการล้างเผ่าพันธุ์และการก่อ

¹² "United Nations Official Document. Implementing the responsibility to protect. from https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/63/677

¹³ See the "Paragraphs 138 – 139 of the 2005 World Summit Outcome Document".

¹⁴ Responsibility to protect populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity. In the 2005 World Summit Outcome Document A/RES/60/1. from <http://www.un.org/womenwatch/ods/A-RES-60-1-E.pdf>

¹⁵ See the "Paragraphs 138 of the 2005 World Summit Outcome Document".

อาชญากรรมต่อมนุษยชาติและความเกี่ยวข้องโดยค้ำึงถึงหลักการของกฎบัตรและกฎหมายระหว่างประเทศ นอกจากนี้เรายังมีเจตนาที่จะทำตามความจำเป็นและความเหมาะสมเพื่อช่วยรัฐในการสร้างความสามารถในการปกป้องประชากรของตนจากการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์อาชญากรรมสงครามการล้างเผ่าพันธุ์และการก่ออาชญากรรมต่อมนุษยชาติและเพื่อช่วยเหลือผู้ที่ตกอยู่ในภาวะเครียดก่อนเกิดวิกฤตและเมื่อเกิดความขัดแย้งขึ้น¹⁶

140. เราสนับสนุนภารกิจของที่ปรึกษาพิเศษของเลขาธิการองค์การสหประชาชาติในเรื่องการป้องกันการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์¹⁷

ย่อหน้าข้างต้นในเอกสารผลการประชุมสุดยอดโลกปี ค.ศ. 2005 เป็นพื้นฐานสำหรับข้อตกลงระหว่างรัฐบาลกับความรับผิดชอบในการป้องกัน สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้รับรองเอกสารการประชุมสุดยอดโลกปีค.ศ. 2005 ในมติที่ 60/1 ของปี ค.ศ. 2005 คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้ยืนยันถึงความรับผิดชอบในการป้องกัน ในมติที่ 1674 (2006) ในเรื่องการคุ้มครองพลเรือนในความขัดแย้งโดยได้กล่าวถึงย่อหน้าที่ 138 และ 139 ของผลการประชุมสุดยอดเกี่ยวกับความรับผิดชอบในการปกป้องประชากรจากการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมสงคราม การล้างเผ่าพันธุ์ และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ

สถานะทางกฎหมายของหลักความรับผิดชอบเพื่อปกป้อง

สถานะทางกฎหมายของหลักความรับผิดชอบเพื่อปกป้องนั้นเป็นปัญหาสำคัญในการนำหลักความรับผิดชอบเพื่อปกป้องไปใช้ในทางปฏิบัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อถกเถียงเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของหลักความรับผิดชอบเพื่อปกป้อง เนื่องจากความหวาดกลัวเกี่ยวกับการเข้าแทรกแซงกิจการภายในจากรัฐมหาอำนาจของรัฐต่าง ๆ ทำให้หลายรัฐอ้างว่าหลักความรับผิดชอบเพื่อปกป้องไม่มีสถานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อที่จะปฏิเสธการผูกพันตนต้องปฏิบัติตามหลักความรับผิดชอบเพื่อปกป้องที่เกี่ยวกับประเด็นที่ละเอียดอ่อน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประเด็นการละเมิดอำนาจอธิปไตยของรัฐ ซึ่งเป็นหลักการดั้งเดิมของหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้นบทความนี้จึงมีความสำคัญในการค้นหาสถานะทางกฎหมายระหว่างประเทศของหลักความรับผิดชอบเพื่อปกป้องเพื่อใช้ยืนยันว่าในปัจจุบันหลักความรับผิดชอบเพื่อปกป้องเป็นกฎหมายระหว่างประเทศหรือยัง และเพื่อใช้ยืนยันข้ออ้างของรัฐต่าง ๆ ในการไม่ปฏิบัติตามหลักความรับผิดชอบเพื่อปกป้อง

การพิจารณาหลักความรับผิดชอบเพื่อการปกป้องจากกฎบัตรสหประชาชาติ

การพิจารณาสถานะทางกฎหมายของหลักความรับผิดชอบเพื่อปกป้องนั้นต้องพิจารณาจากองค์ประกอบหลายประการด้วยกันทั้งบ่อเกิดของกฎหมาย แนวทางการปฏิบัติ เป็นต้น หลักความรับผิดชอบเพื่อปกป้องเป็นพัฒนาการจากแนวคิดเรื่องการแทรกแซงทางด้านสิทธิมนุษยชน ซึ่งกรณีดังกล่าวเป็นกฎเกณฑ์ตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และเป็นกฎหมายบังคับเด็ดขาด (*Jus Cogen*) ที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าการใช้กำลังของรัฐในทางระหว่างประเทศนั้นเป็นสิ่งต้องห้ามเป็นการทั่วไป โดยเปิดโอกาสให้สามารถใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐได้โดยจำกัดเฉพาะกรณีเท่านั้น หลักการดังกล่าวได้บัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนใน ข้อ 2 (4) ของกฎบัตรสหประชาชาติ ซึ่งถือว่าเป็นธรรมนูญสูงสุดของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งได้ระบุเอาไว้อย่างชัดเจน ดังนี้

มาตรา 2 เพื่ออนุวัตตามความมุ่งประสงค์ดังกล่าวในข้อ 1 องค์การ ฯ และสมาชิกขององค์การ ฯ จะดำเนินการโดยสอดคล้องกับหลักการดังต่อไปนี้ ... (4) ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ สมาชิกทั้งปวงจะต้องละเว้นการคุกคาม หรือการใช้กำลัง ต่อบูรณภาพแห่งอาณาเขต หรือเอกราชทางการเมืองของรัฐใด ๆ หรือการกระทำในลักษณะการอื่นใดที่ไม่สอดคล้องกับความมุ่งประสงค์ของสหประชาชาติ¹⁸

ในขณะเดียวกันมาตรา 2 อนุมาตรา 7 ของกฎบัตรสหประชาชาติได้วางหลักกฎหมายห้ามมิให้องค์กรภายใต้สหประชาชาติแทรกแซงกิจการภายในของรัฐสมาชิกโดยมีการบัญญัติเอาไว้ว่า

¹⁶ See the "Paragraphs 139 of the 2005 World Summit Outcome Document".

¹⁷ See the "Paragraphs 140 of the 2005 World Summit Outcome Document".

¹⁸ See UN Charter. Article 2 (4).

มาตรา 2 (7) ไม่มีข้อความใดในกฎบัตรฉบับปัจจุบันจะให้อำนาจแก่สหประชาชาติเข้าแทรกแซง ในเรื่องซึ่งโดยสาระสำคัญแล้วตกอยู่ในเขตอำนาจภายในของรัฐใด ๆ หรือจะเรียกให้สมาชิกเสนอเรื่องเช่นว่าเพื่อการระงับตามกฎบัตรฉบับปัจจุบันแต่หลักการนี้จะต้องไม่กระทบกระเทือนต่อการใช้มาตรการบังคับตามหมวดที่ 7¹⁹

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นพบว่าหลักความรับผิดชอบเพื่อปกป้อง หรือหลักการ R to P นั้น มีความขัดแย้งกับกฎบัตรสหประชาชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักการใช้กำลังทางทหาร ตามมาตรา 2(4) และหลักการแทรกแซงกิจการภายในของรัฐสมาชิกตามมาตรา 2(7) ของกฎบัตรสหประชาชาติ ซึ่งกฎบัตรสหประชาชาติในฐานะกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างประเทศได้วางหลักเกณฑ์เอาไว้ในมาตรา 103 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติเอาไว้ดังต่อไปนี้ ได้บัญญัติเอาไว้ในข้อ 103 ดังนี้

ข้อ 103 ในกรณีแห่งการขัดแย้งระหว่างข้อผูกพันของสมาชิกของสหประชาชาติตามกฎบัตรฉบับ ปัจจุบัน และ ตามข้อผูกพันตามความตกลงระหว่างประเทศอื่นใด ข้อผูกพันตามกฎบัตรฉบับปัจจุบันจะใช้บังคับ²⁰

กรณีดังกล่าวเป็นข้อห้ามอย่างชัดเจนในการทำสนธิสัญญาที่ขัดแย้งกับกฎบัตรสหประชาชาติ ในขณะที่แนวคิดเกี่ยวกับเรื่องหลักการรับผิดชอบเพื่อการปกป้องตามหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศนั้นยังไม่มี ความชัดเจน ทั้งในแง่ของขอบเขต เนื้อหา วิธีการ เป็นเพียงแค่หลักของการร่วมรับผิดชอบในการให้ความปกป้องประชาชนจาก สถานการณ์ความโหดร้ายที่เกิดขึ้นในรัฐอื่นโดยถือว่าการฝ่าฝืนบรรทัดฐานทางกฎหมายที่มีผลบังคับใช้อยู่ ในขณะที่ หลักการความรับผิดชอบเพื่อปกป้องมีการกำหนดหน้าที่ของรัฐในลักษณะของการผูกพันตามกฎหมายที่รัฐต้อง ปฏิบัติตาม เป็นหน้าที่การระผูกพันของรัฐ ซึ่งถ้าหากรัฐไม่เต็มใจหรือไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่นั้นได้จึงจะโอนหน้าที่ ความรับผิดชอบดังกล่าวมาเป็นหน้าที่ความรับผิดชอบของประชาคมระหว่างประเทศในการเข้ารับผิดชอบในการให้ การปกป้องคุ้มครองพลเมืองของรัฐชาติที่ไม่สามารถดำเนินการปกป้องคุ้มครองพลเมืองของตนได้ ซึ่งแนวคิดดังกล่าว ได้กล่าวถึง ความชอบธรรมของรัฐในความรับผิดชอบเพื่อปกป้อง ซึ่งการแทรกแซงที่ชอบธรรมนั้นถือว่ารัฐมีสิทธิใน การกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งต่างจากการแทรกแซงด้านมนุษยธรรมที่รัฐส่วนใหญ่อ้างข้ออ้างในการแทรกแซง นั้น เป็นสิทธิในการแทรกแซงมากกว่าที่จะเป็นหน้าที่ของรัฐในการแทรกแซงตามหลักความรับผิดชอบเพื่อปกป้อง

ในขณะเดียวกันหลักความรับผิดชอบเพื่อปกป้องนั้นมิได้เป็นการกระทำโดยฝ่ายเดียว (Unilateral) เนื่องจาก หลักความรับผิดชอบเพื่อปกป้องจำเป็นต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติซึ่งถือว่าเป็น การผ่านกลไกความเห็นชอบจากประชาคมระหว่างประเทศแล้ว ตามแนวคิดของ Henkin²¹

การพิจารณาหลักความรับผิดชอบเพื่อการปกป้องในฐานะความตกลงระหว่างประเทศ

การพิจารณาว่าความตกลงระหว่างประเทศใดบ้างเป็นสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ ต้องศึกษา ถึงองค์ประกอบของความเป็นสนธิสัญญาดังต่อไปนี้²²

1) มีการแสดงออกถึงเจตจำนงที่สอดคล้องกัน (An Express of Concurring Wills) จากการพิจารณาคำ แถลงการณ์ร่วมนั้น มีการเขียนแสดงเจตจำนงออกมาเป็นลายลักษณ์อักษรที่ชัดเจน จึงไม่สามารถที่จะปฏิเสธได้ว่า “สนธิสัญญามีได้เกิดจากการแสดงเจตจำนงของคู่สัญญา”

2) เจตจำนงที่สอดคล้องกันเกิดจากบุคคลทางกฎหมายตั้งแต่สองคนหรือมากกว่า (Concurring Wills Attributable to two or more Subjects of Law) ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงเนื้อหาของสนธิสัญญาก็จะพบว่าเป็นการ แสดงเจตจำนงของบุคคลทางด้านกฎหมายระหว่างประเทศ

¹⁹ See UN Charter. Article 2 (7).

²⁰ See UN Charter. Article 103.

²¹ Louis Henkin, Kosovo and the Law of “Humanitarian Intervention”, in Editorial Comment: NATO’s Kosovo Intervention, *American Journal of International Law*. Vol. 93, October 1999. No.4. p.826.

²² Paul Reuter. *Introduction to the Law of Treaties*, 2nd ed., (Geneva: The Graduate Institute of International Studies, 1955), pp. 30 – 35.

3) บุคคลทางกฎหมายตั้งแต่สองคนหรือมากกว่าเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ (two or more Subjects of Public International Law) สนธิสัญญาเกิดจากการลงนามร่วมกันระหว่างบุคคลในทางกฎหมายระหว่างประเทศ

4) ความมุ่งหมายที่ต้องการจะทำให้เกิดผลในทางกฎหมาย (An Intention to Produce Legal Effects) เมื่อพิจารณาถึงถ้อยคำแล้ว ถ้ามีได้ก่อให้เกิดพันธกรณี (Obligation) อย่างใดอย่างหนึ่งแล้ว แม้จะขึ้นชื่อว่าสนธิสัญญาก็ตามแต่หาได้มีสถานะภาพเป็นสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศไม่

จากคำนิยามดังกล่าวข้างต้นพิจารณาได้ว่า “สนธิสัญญา” คือ “ข้อตกลงระหว่างประเทศ” ชนิดหนึ่ง มีองค์ประกอบ 4 ประการ คือ

แม้ว่าหลักความรับผิดชอบเพื่อการปกป้องจะเป็นแนวคิดที่ถูกรับรองเป็นลายลักษณ์อักษรจากเอกสารผลลัพธ์การประชุมสุดยอดผู้นำปี ค.ศ. 2005 ก็ตาม แต่เอกสารดังกล่าวกลับถูกมองว่าเอกสารดังกล่าวไม่มีสถานะเป็นกฎหมายหลักความรับผิดชอบเพื่อการปกป้องเป็นแค่เพียงบรรทัดฐาน (norm) ในทางระหว่างประเทศเพียงเท่านั้น²³ เนื่องจาก

1) เอกสารผลลัพธ์จากการประชุมสุดยอดผู้นำโลกหรือ World Summit Outcome Document: WSOD ในปี ค.ศ. 2005 นั้น เป็นเพียงแค่งานสรุปผลการประชุมในการประชุมสุดยอดผู้นำโลกในปี ค.ศ. 2005 เท่านั้น ซึ่งถูกมองว่าเป็นแค่บันทึกการอภิปรายในเรื่องกว้าง ๆ ทั่ว ๆ ไป ในหลายประเด็นไม่ได้เป็นสนธิสัญญาที่ก่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายหรือก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ใด ๆ ต่อรัฐต่าง ๆ

2) แม้ว่าผู้นำประเทศต่าง ๆ จะมีการลงนามให้การยอมรับหลักการต่าง ๆ รวมทั้ง หลักความรับผิดชอบเพื่อการปกป้อง อันเป็นหลักการใหม่ในกฎหมายระหว่างประเทศ หรือ เรียกขานในภาษาไทยว่า “ความรับผิดชอบอันเป็นตัวก่อให้เกิดหน้าที่ในการต้องปกป้อง” ซึ่งเป็นหน้าที่ของรัฐโดยแท้ที่จะต้องปฏิบัติตาม การลงนามดังกล่าวเป็นเพียงแค่การยอมรับหรือการเห็นชอบในหลักการเท่านั้น ไม่ได้มีเจตนาผูกพันตนในทางนิติสัมพันธ์หรือกฎหมายระหว่างประเทศ การที่ผู้นำประเทศต่าง ๆ เห็นชอบกับหลักความรับผิดชอบเพื่อการปกป้องเป็นเพียงพันธกรณีระหว่างประเทศทางด้านศีลธรรมหรือการเมืองระหว่างประเทศเท่านั้น

3) แม้ว่าหลักความรับผิดชอบเพื่อการปกป้องจะได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายจากรัฐสมาชิกขององค์การสหประชาชาติก็ตาม โดยเฉพาะอย่างยิ่งคณะกรรมาธิการนานาชาติว่าด้วยการแทรกแซงและอธิปไตยของรัฐ (ICISS) มองว่าหลักความรับผิดชอบเพื่อการปกป้อง นั้นเป็นหลักการใหม่ทางด้านกฎหมายโดยเป็นแนวคิดที่เกี่ยวข้องกับอำนาจอธิปไตยของรัฐภายใต้กรอบกฎหมายระหว่างประเทศ หมายถึงความรับผิดชอบของรัฐในการปกป้องประชาชนของตนเองจากความทุกข์ยากและอันตรายอย่างแสนสาหัสจากสงครามภายในประเทศ การประท้วงหรือก่อการจลาจล การปราบปรามของรัฐโดยใช้กำลัง กรณีรัฐที่ล้มเหลวไม่สามารถหรือไม่เต็มใจหยุดหรือหลีกเลี่ยงการใช้หลักการรับผิดชอบเพื่อการปกป้องได้²⁴ แต่ก็ยังมีผู้ที่ไม่เห็นด้วย พร้อมทั้งออกมามีวิพากษ์วิจารณ์หลักการนี้ด้วยเหตุผลสำคัญอันสืบเนื่องมาจากเหตุผลเรื่องของความไม่ไว้วางใจและเกรงว่ารัฐมหาอำนาจหรือรัฐใหญ่จะใช้หลักความรับผิดชอบในการปกป้องเป็นข้ออ้างในการเข้าแทรกแซงรัฐเล็กหรือรัฐที่อ่อนแอกว่า โดยเฉพาะอย่างยิ่งการอภิปรายอย่างไม่เป็นทางการของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ เพื่อร่างเอกสารก่อนการประชุม World Summit ปี ค.ศ. 2005 โดย เบลารุส รัสเซีย อียิปต์ ซีเรีย คิวบา และกลุ่มประเทศที่ไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใด (NAM) ต่างไม่เห็นด้วยกับประเด็นการให้อำนาจคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติเป็นผู้ใช้อำนาจการตัดสินใจในการใช้มาตรการการบังคับต่าง ๆ ตามหลักความรับผิดชอบเพื่อการปกป้อง ด้วยเหตุผลที่ว่าคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติประกอบไปด้วยรัฐ

²³ Jonah Eaton. An Emerging Norm - Determining the Meaning and Legal Status of the Responsibility to Protect. *Michigan Journal of International Law*. Vol.32. Issue 4. (2011).

²⁴ Peter Stockburger. “Emerging Voices: Is The R2P Doctrine the Greatest Marketing Campaign International Law Has Ever Seen?” *Opinio Juris*. from <http://opiniojuris.org/2013/08/23/emerging-voices-is-the-r2p-doctrine-is-the-greatest-marketing-campaign-international-law-has-ever-seen/>

มหาอำนาจตะวันตก โดยเฉพาะอย่างยิ่งคิวบา ซึ่งแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนถึงความไม่ไว้วางใจต่อการตัดสินใจใช้มาตรการฯ ของสมาชิกถาวรทั้ง 5 ชาติ ของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ นอกจากนี้ อินเดียและปากีสถานก็ได้แสดงความคิดเห็นเพิ่มเติมในประเด็นดังกล่าวว่า คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติมักล้มเหลวในการปฏิบัติการต่าง ๆ ซึ่งมีที่มาจากขาดเจตนาจริงทางการเมือง (Political Will) หรือ การเสียผลประโยชน์ส่วนตนเพื่อผลประโยชน์ส่วนรวม ในการอภิปรายครั้งนี้ยังคงมีรัฐจำนวนหนึ่งที่ยืนยันคัดค้านหลักการและแสวงหาวิธีการขัดขวางการนำหลักการ R2P ไปใช้ในทางปฏิบัติ รัฐเหล่านี้ประกอบไปด้วย คิวบา เวเนซุเอลา ซูดาน และนิการากัว²⁵

การพิจารณาหลักความรับผิดชอบเพื่อการปกป้องในฐานะกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ มาตรา 38 วรรค 1 (บี) ได้กล่าวถึงจารีตประเพณีระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นหลักฐานแสดงถึงการถือปฏิบัติเป็นการทั่วไป (General Practice) และเป็นที่ยอมรับว่าเป็นกฎหมาย (Acceptance as law) จากความหมายอันสั้นของจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ได้กล่าวไว้ในธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ มาตรา 38 วรรค 1 (บี) ข้างต้นจะเห็นได้ว่ามีการระบุถึงองค์ประกอบสำคัญของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ 2 ประการ ประกอบด้วย 1) องค์ประกอบภายนอกหรือองค์ประกอบทางกายภาพ (Physical Element) ของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งได้แก่ การถือปฏิบัติกันโดยทั่วไป (General Practice) และ 2) องค์ประกอบภายในหรือองค์ประกอบทางจิตใจ (Psychological Element) ซึ่งได้แก่ความเชื่อว่าการถือปฏิบัติกันโดยทั่วไปนั้นเป็นสิ่งถูกต้องอันควรได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมาย (*Opinio Juris Sive Necessitatis*) ซึ่งองค์ประกอบหลักทั้ง 2 ประการนี้ก่อให้เกิดปัญหาในการตีความจารีตประเพณีระหว่างประเทศอีกมากมาย ซึ่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ มาตรา 38 วรรค 1 (บี) มิได้ให้คำตอบเอาไว้ ดังนั้นจึงจำเป็นต้องอาศัยคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลระหว่างประเทศและความเห็นของนักกฎหมายระหว่างประเทศช่วยในการทำความเข้าใจองค์ประกอบที่แท้จริงของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ จากองค์ประกอบของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ นักกฎหมายระหว่างประเทศได้แยกแยะพิจารณาองค์ประกอบของหลักความรับผิดชอบเพื่อปกป้อง ดังนี้ คือ 1) การถือปฏิบัติโดยทั่วไป 2) การถือปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอและในรูปแบบเดียวกัน 3) ระยะเวลา และ 4) ความเชื่อว่าการปฏิบัตินั้นถูกต้องอันควรยอมรับว่าเป็นกฎหมาย (*Opinio Juris Sive Necessitatis*)

เมื่อพิจารณาแล้วพบว่าในปัจจุบันหลักความรับผิดชอบเพื่อปกป้อง ยังไม่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เนื่องจากยังไม่ครบองค์ประกอบของการเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นเรื่องการยอมรับและการถือปฏิบัติโดยทั่วไป แม้ว่าหลายประเทศจะมองว่าหลักความรับผิดชอบเพื่อปกป้องนั้นเป็นหลักการใหม่ทางด้านกฎหมายโดยเป็นแนวคิดที่เกี่ยวข้องกับอำนาจอธิปไตยของรัฐภายใต้กรอบกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ก็ยังมีหลายชาติไม่เห็นด้วย²⁶ พร้อมทั้งออกมาวิพากษ์วิจารณ์หลักการนี้ด้วยเหตุผลสำคัญอันสืบเนื่องมาจากเหตุผลเรื่องของความไม่ไว้วางใจและเกรงว่ารัฐมหาอำนาจหรือรัฐใหญ่จะใช้หลักความรับผิดชอบในการปกป้องเป็นข้ออ้างในการเข้าแทรกแซงรัฐเล็กหรือรัฐที่อ่อนแอกว่า ซึ่งหลักความรับผิดชอบเพื่อปกป้องจะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้หากได้รับการยอมรับจากจำนวนประเทศที่ "เพียงพอ" ซึ่งจำเป็นต้องได้รับการยอมรับจากรัฐที่มีอำนาจมากที่สุด ดังนั้นในปัจจุบันจึงยังเป็นไปไม่ได้ที่จะทำให้หลักการ R2P กลายเป็นบรรทัดฐานระหว่างประเทศเพราะหลายรัฐยังไม่เชื่อและยังไม่ยอมรับในหลักการ R2P นอกจากนี้หลักการ R2P ยังไม่สามารถ

²⁵ International Coalition for Responsibility to protect, State-by-State Positions on the Responsibility to Protect. from www.responsibilityto protect.org/files/Chart_R2P_11 August.pdf

²⁶ Pakistan, India, Egypt, Venezuela, and Cuba are examples to this attitude. Human Rights Centre Religion, Politics and Globalization Program International Human Rights Law Clinic, The Responsibility to Protect (R2P): Moving the Campaign Forward (University of California Berkeley 2007) [Online], Available URL: www.law.berkeley.edu/files/HRC/Publications_R2P_10-2007.pdf. pp. 60-62; and Donald Steinberg, ‘Responsibility to Protect: Coming of Age?’ (2009)1 Global Responsibility to Protect 432,

ปฏิบัติตามได้ เนื่องจากหลักเกณฑ์ทั่วไปยังขาดความชัดเจน และการถือปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอในรูปแบบเดียวกัน และขาดความเชื่อว่าการปฏิบัติที่ถูกต้องอันควรยอมรับว่าเป็นกฎหมาย ในทางตรงกันข้ามแม้ว่าในปัจจุบันสถานะทางกฎหมายของหลักการ R2P จะยังไม่ได้เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ก็ตาม หากแต่อาจได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักการของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในอนาคต หากรัฐต่าง ๆ ให้การยอมรับในหลักการต่าง ๆ ครอบคลุมมากกว่านี้

การพิจารณาหลักความรับผิดชอบเพื่อการปกป้องในฐานะหลักกฎหมายทั่วไป

ในขณะเดียวกันเมื่อพิจารณาหลักความรับผิดชอบเพื่อการปกป้องในฐานะหลักกฎหมายทั่วไป หลักความรับผิดชอบเพื่อการปกป้องก็ไม่ใช่หลักกฎหมายทั่วไปอีก เนื่องจากหลักกฎหมายทั่วไปคือ กฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่มีที่มาจากกฎหมายภายในประเทศถือเป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศตามนัยแห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตามมาตรา 38 ข้อ (1) (ซี) ที่บัญญัติว่า “หลักกฎหมายทั่วไปที่อารยะประเทศรับรอง (The general principles of law recognized by civilized nations) ในกรณีที่ไม่มีสนธิสัญญาหรือหลักจารีตประเพณี ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะนำหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้สำหรับชี้ขาดปัญหาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ” ทั้งนี้มาจากการที่คณะกรรมาธิการร่างธรรมนูญศาลโลกเก่า หรือ Advisory Committee of Jurists มองว่าที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศและกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีอยู่นั้นไม่เพียงพอที่จะระงับข้อพิพาทได้ และโดยหลักศาลก็ไม่สามารถไม่พิจารณาอาศัยโดยอ้างว่าไม่มีกฎหมายที่จะตัดสินได้ หรือ ที่เรียกว่า non liquet²⁷ ทั้งนี้หลักกฎหมายทั่วไปที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศ ได้แก่ หลักสุจริต (Good Faith) หลักความยุติธรรม (Equity) หลักกฎหมายปิดปาก (Estoppel) หลักการป้องกันตนเอง (Self-Defense) หลักเสรีภาพแห่งท้องทะเล (Freedom of the Sea) หลักสนธิสัญญาต้องได้รับการเคารพและปฏิบัติตาม (Pacta Sunt Servanda) หลักกฎหมายที่มีที่มาจากสุภาชิตกฎหมายโรมัน เช่น "กรรมเป็นเครื่องชี้เจตนา" "ความยินยอมไม่ทำให้เป็นการละเมิด" เป็นต้น

การพิจารณาหลักความรับผิดชอบเพื่อการปกป้องในฐานะข้อมติขององค์การระหว่างประเทศ

โดยปกติทั่วไปแล้วข้อมติขององค์การระหว่างประเทศ (Resolution) เป็นเพียงคำแนะนำซึ่งไม่มีสถานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศหรือก่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายต่อรัฐ แต่ข้อมติขององค์การระหว่างประเทศอาจมีความสัมพันธ์กับที่มาอื่นของกฎหมายระหว่างประเทศได้ ในแง่ที่ว่า ข้อมติอาจทำหน้าที่เป็นหลักฐานหรือเป็นสิ่งยืนยันความมีอยู่ของกฎหมายระหว่างประเทศหรือหลักกฎหมายทั่วไปได้ว่าเนื้อหาของกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องนั้น ๆ ว่ามีว่าอย่างไร นอกจากนี้ข้อมติอาจนำไปสู่หรือก่อให้เกิดกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ หากรัฐได้ปฏิบัติตามข้อมตินั้นประกอบกับ *opino juris*²⁸

ศ.ดร.อรุณ ภาณุพงศ์ ได้กล่าวถึงเรื่องบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับข้อมติขององค์การระหว่างประเทศเอาไว้ว่า “ที่มาของกฎหมายที่ถือว่ามีสำคัญอันหนึ่งในกฎหมายระหว่างประเทศปัจจุบัน ได้แก่ ข้อมติขององค์การระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อมติ (Resolutions) ขององค์การสหประชาชาติ แต่ไม่ได้หมายความว่าข้อมติทุกประการขององค์การระหว่างประเทศนั้นเป็นที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศไปเสียทั้งหมด โดยที่ยอมรับว่าเป็นที่มาประการสำคัญนั้น ได้แก่ ข้อมติที่แถลงยืนยันกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่เดิมประการหนึ่ง กับข้อมติอันก่อให้เกิดหรือนำไปสู่การมีขึ้นของกฎเกณฑ์ใหม่ของกฎหมายระหว่างประเทศอีกประการหนึ่ง”²⁹

²⁷ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ธรรมศาสตร์, 2559, หน้า 27 - 28.

²⁸ เฟิงอ้วง, หน้า 30 - 39.

²⁹ นาดยา ทิพวันต์, “ข้อมติขององค์การระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ”, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534) หน้า 23 - 40.

นอกจากนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้เคยแสดงความเห็นแนะนำ (Advisory Opinion) และอ้างถึงข้อมติองค์การระหว่างประเทศหลายครั้งว่ามีผลบังคับทางกฎหมาย เนื่องจากข้อมติขององค์การระหว่างประเทศในหลายกรณีได้รับการยอมรับและปฏิบัติตามจนกลายเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ

ศ.ดร.จุมพต สายสุนทร³⁰ มองว่า กฎเกณฑ์อันเกิดจากองค์การสหประชาชาติที่ได้รับการรับรองโดยทั่วไปนั้น มีลักษณะของการพัฒนาที่ก้าวหน้าของกฎหมายระหว่างประเทศ (Progressive Development of International Law) ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายที่ควรจะเป็น (*Lex ferenda*) และก็มีแนวโน้มว่ากฎเกณฑ์อันเกิดจากองค์การสหประชาชาติเหล่านี้จะพัฒนาเป็น “จารีตประเพณีระหว่างประเทศ” หรือเป็น “สนธิสัญญา” ได้ต่อไปในอนาคต

ในบรรดาข้อมติขององค์การระหว่างประเทศที่มีอยู่ ข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ (Resolutions of Security Council) มีสถานะพิเศษและสำคัญมาก กล่าวคือ ในกฎบัตรสหประชาชาติ มาตรา 25 กำหนดให้รัฐสมาชิกยอมรับและปฏิบัติตามข้อมติหรือคำตัดสินของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ³¹ และสถานะทางกฎหมายของข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติยังมีสถานะเหนือกว่าความตกลงระหว่างประเทศอื่น ๆ ด้วย โดยในกรณีที่มีความขัดแย้งระหว่างพันธกรณีของรัฐสมาชิกภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติกับความตกลงระหว่างประเทศอื่น ๆ ให้ถือว่าพันธกรณีตามกฎบัตรสหประชาชาติมีค่าบังคับเหนือกว่า³²

ข้อมติขององค์การระหว่างประเทศนั้นนับว่ามีอิทธิพลต่อการก่อตัวของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายระหว่างประเทศ ในบางกรณีข้อมตียังมีลักษณะเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นขั้นตอนการดำเนินงาน (Programmatic Rules) ซึ่งถือเป็นพัฒนาการที่สำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น ข้อมติสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ปี ค.ศ. 1948 เรื่องปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The Universal Declaration of Human Rights) อันถือเป็นการวางรากฐานในการสร้างกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และต่อมาได้มีการนำหลักการจากข้อมติดังกล่าวมาสู่การจัดทำกติการะหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน ด้านต่าง ๆ อันแสดงถึงบทบาทสำคัญของข้อมติองค์การระหว่างประเทศว่าส่งผลต่อการก่อเกิดกฎหมายระหว่างประเทศแม้ไม่ได้จัดว่าเป็นกฎหมายระหว่างประเทศอย่างชัดเจนก็ตาม

ข้อมติขององค์การระหว่างประเทศในลักษณะข้างต้นสามารถเรียกว่าเป็น “กฎหมายอย่างอ่อน” หรือ “Soft Law” ซึ่ง Lord McNair ได้จำแนกกฎหมายอย่างอ่อนออกเป็น 3 ประเภท ดังนี้

- 1) ความตกลงที่ยังไม่มีผลผูกพัน (Non – binding agreements)
- 2) แนวทางปฏิบัติโดยตั้งใจของบริษัทข้ามชาติ (Voluntary Codes of Conduct for Transnational Corporations)
- 3) ข้อมติขององค์การระหว่างประเทศ (Resolutions of International Organizations) โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อมติของสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ

จากนิยามดังกล่าวข้างต้น หลักความรับผิดชอบเพื่อปกป้อง นั้นส่วนใหญ่เป็นข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ ตาม หมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ว่าด้วยการดำเนินการเกี่ยวกับการคุกคามต่อสันติภาพ การละเมิดสันติภาพ และการกระทำการรุกรานที่มีผลผูกพันรัฐต่าง ๆ จึงเป็นลักษณะของกฎหมายอย่างอ่อน” หรือ “Soft Law” ตามความหมายข้อที่ 3 ของ Lord McNair ซึ่งในปัจจุบันหลักการ R2P แม้จะยังไม่มีความ

³⁰ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 8, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552, หน้า 83 -96.

³¹ Article 25 of the UN Charter states that “The Member of the United Nations agree to accept and carry out the decision of the Security Council in accordance with the present Charter.”

³² Article 103 of the UN Charter states that “In the event of a conflict between the obligations of the Member of the United Nations under the present Charter and their obligation under any other international agreement, their obligation under the present Charter shall prevail.”

ชัดเจนเท่าไรนักแต่ก็เป็นหลักการสำคัญและมีอิทธิพลต่อการก่อตัวของกฎหมายระหว่างประเทศในด้านมนุษยธรรมต่อไปในอนาคต

สรุป

หลักความรับผิดชอบเพื่อปกป้องเป็นหลักการที่พัฒนาการมาจากแนวคิดการแทรกแซงด้านมนุษยธรรมซึ่งในช่วงทศวรรษที่ 1990s ที่ผ่านมามีเกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชนในต่าง ๆ เกิดขึ้นมากมาย ในขณะที่แนวคิดทางกฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่เดิมซึ่งได้แก่การแทรกแซงด้านมนุษยธรรมในขณะนั้นไม่สามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ ฉายภาพให้เห็นถึงความรุนแรง โหดร้าย การสังหารหมู่ การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์กันของมนุษย์เป็นจำนวนมาก ข้อจำกัดของการแทรกแซงด้านมนุษยชนเช่นสิทธิและความชอบธรรมในการเข้าแทรกแซง การละเมิดอำนาจอธิปไตยของรัฐ ทำให้การเข้าแทรกแซงช่วยเหลือจากรัฐภายนอกเป็นไปด้วยความยากลำบาก เลขาธิการองค์การสหประชาชาติ นาย Kofi Anan ได้ตระหนักถึงปัญหาดังกล่าวและผลักดันให้มีการแก้ไขปัญหานั้นคณะกรรมาธิการระหว่างประเทศว่าด้วยการแทรกแซงและอธิปไตยของรัฐ (ICISS) ซึ่งได้รับการจัดตั้งขึ้นโดยรัฐบาลแคนาดา โดยมีจุดมุ่งหมายในการ “สร้างข้อตกลงใหม่ในทางระหว่างประเทศเกี่ยวกับการจัดการต่อปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนและกฎหมายด้านมนุษยธรรม” ออกมาตอบรับข้อเสนอของนาย Kofi Anan ในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวและได้ออกรายงานฉบับเดือนธันวาคมปี ค.ศ. 2001 เป็นครั้งแรกที่ระบุถึงความรับผิดชอบเพื่อการปกป้อง

หลักความรับผิดชอบเพื่อปกป้องได้รับการพัฒนาเรื่อยมาภายใต้กรอบของประชาคมระหว่างประเทศเพื่อมุ่งขจัดปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนจากอาชญากรรมที่มีความร้ายแรงที่สุด 4 ประการ เพื่อบรรเทาความทุกข์ร้อนยากลำบากของมนุษย์ จนมีแนวคิดที่จะขยายออกไปให้ความช่วยเหลือมนุษย์ที่ตกอยู่ในสภาพความยากลำบากจากสาเหตุอื่น เช่น ทุพภิกขภัย สภาพอากาศเปลี่ยนแปลง หายนะที่เกิดจากภัยธรรมชาติ เช่น ทsunami แผ่นดินไหว พายุไซโคลน เป็นต้น

อย่างไรก็ตามหลักความรับผิดชอบเพื่อการปกป้องแม้จะได้รับการพัฒนาขึ้นมาเพื่อแก้ไขปัญหการละเมิดสิทธิมนุษยชนก็ตาม แต่ในปัจจุบันหลักความรับผิดชอบเพื่อปกป้องนั้นยังมีปัญหาในการนำไปปฏิบัติเนื่องจากความไม่มีสถานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศของหลักการนี้ โดยหลักการดังกล่าวเป็นเพียงแค่กฎหมายอย่างอ่อน” หรือ “Soft Law” เท่านั้น ก่อให้เกิดความคลุมเครือและไม่ชัดเจน และการไม่ยอมรับจากรัฐต่าง ๆ ในการนำไปปฏิบัติ อย่างไรก็ตามแม้ว่าหลักความรับผิดชอบเพื่อการปกป้องยังไม่ได้รับการยอมรับเท่าที่ควรในปัจจุบันแต่ก็ถือว่าเป็นหลักการที่มีความสำคัญที่จะสามารถพัฒนาไปเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศในการให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่เป็นปัญหาอยู่ในปัจจุบันต่อไปในอนาคต หากรัฐต่าง ๆ ให้การยอมรับในหลักการมากกว่านี้

บรรณานุกรม

หนังสือ

จันจิรา สมบัติพูนศิริ. แนวคิดเรื่องประชาสังคมโลกและการเปลี่ยนผ่านสู่ภาคปฏิบัติ: ประเด็นการแทรกแซงด้านมนุษยธรรมและ “หลักรับผิดชอบเพื่อปกป้อง” วารสารธรรมศาสตร์. ปีที่ 33 ฉบับที่ 3 ปี พ.ศ.2557.

จันจิรา สมบัติพูนศิริ. หลักรับผิดชอบเพื่อปกป้องและผลต่อการก่อร่างองค์ความรู้การเมืองระหว่างประเทศร่วมสมัย (The Responsibility to Protect (R2P) and its impact on shaping contemporary knowledge of global politics) (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2558).

จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552).

นัตยา ทิพวันต์, “ข้อดีขององค์การระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534).

ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ ๒ แก้ไขเพิ่มเติม, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ธรรมศาสตร์, 2559).

บทความ

“หลักการความรับผิดชอบในการปกป้อง “Responsibility to Protect (RtoP)”, SSC Weekly Focus บทความวิเคราะห์สถานการณ์ยุทธศาสตร์และความมั่นคงของประเทศรายสัปดาห์ ฉบับที่ 33/56. 27 พฤษภาคม - 2 มิถุนายน 2556.

BOOKS

International Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS). The Responsibility to Protect: Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty. (Ottawa: the International Development Centre, 2001)

Joyner, Christopher C., 'The Responsibility to protect' Humanitarian Concern and lawfulness of Armed Intervention, *Virginia J of international Law*, 47 (3) (2007).

Reuter, Paul. Introduction to the Law of Treaties, 2nd ed., (Geneva: The Graduate Institute of International Studies, 1955).

Steinberg, Donald. 'Responsibility to Protect: Coming of Age?' Global Responsibility to Protect. (2009), 432

ARTICLES

Eaton, Jonah. An Emerging Norm - Determining the Meaning and Legal Status of the Responsibility to Protect. Michigan Journal of International Law. (2011). Vol.32. Issue 4.

ELECTRONIC MEDIA

Cassese, Antonio, “Ex iniuria ius oritur. Are we moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?” EJIL 10 (1999), 23–30. <http://www.ejil.org/pdfs/10/1/575.pdf>

Evans, Gareth and Sahnoun, Mohamed. ‘The Responsibility to Protect: Revisiting Humanitarian Intervention.’ Foreign Affairs. Essay November/December 2002. Issue Human Rights Legal Theory. <https://www.foreignaffairs.com/articles/2002-11-01/responsibility-to-protect>

General Assembly, The 2005 World Summit Outcome Document. https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_60_1.pdf

International Coalition for Responsibility to protect, State-by-State Positions on the Responsibility to Protect. from www.responsibilitytoprotect.org/files/Chart_R2P_11 August.pdf

“Pakistan, India, Egypt, Venezuela, and Cuba are examples to this attitude”. Human Rights Centre Religion, Politics and Globalization Program International Human Rights Law Clinic, The Responsibility to Protect (R2P): Moving the Campaign Forward (University of California Berkeley, 2007), www.law.berkeley.edu/files/HRC/Publications_R2P_10-2007.pdf. pp. 60-62;

Scheffer, David J. “Toward A Modern Doctrine of Humanitarian Intervention,” University of Toledo law review. (winter, 1992): 263, <http://web2.westlaw.com>.

Stockburger, Peter. “Emerging Voices: Is The R2P Doctrine the Greatest Marketing Campaign International Law Has Ever Seen?” Opinio Juris, <http://opiniojuris.org/2013/08/23/emerging-voices-is-the-r2p-doctrine-is-the-greatest-marketing-campaign-international-law-has-ever-seen/> [June 30, 2018]

United Nations Official Document. Implementing the responsibility to protect. https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/63/677 (accessed May 14, 2017).

การเปลี่ยนแปลงแนวคิดความรับผิดโดยประมาทในทางอาญาของไทย CRIMINAL NEGLIGENCE IN THAILAND: RETHINKING

พลสิทธิ์ จิระสันติมน

บทคัดย่อ

การกำหนดความรับผิดจากการกระทำโดยประมาทในกฎหมายอาญาของไทย จะพิจารณาผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำผิด โดยไม่ได้พิจารณาจากความต้องการให้ผลเกิดขึ้นในการกระทำ เพราะการกระทำโดยประมาทมีทั้งการกระทำโดยผู้กระทำรู้ตัวว่าตนกำลังกระทำให้เกิดความเสี่ยงที่จะเกิดผลขึ้นได้แต่ตั้งใจไม่ระมัดระวังทั้ง ๆ ที่สามารถระวังได้ เช่น ขับรถเร็วทั้ง ๆ ที่รู้ตัวว่าเมา หรือง่วง หรือขับฝ่าไฟแดง เป็นต้น กับการกระทำโดยประมาทที่ผู้กระทำไม่รู้ตัว หรือเผลอตว์ไม่ทันนึกถึงว่าจะเกิดผล เช่น ฟังเพลง พุดโทรศัพท์หรือเก็บของตกขณะขับรถ เป็นต้น ดังนั้น แนวทางที่จะเปลี่ยนแปลงความรับผิดโดยประมาทในกฎหมายอาญาของไทย คือ หากกฎหมายกำหนดความรับผิดโดยลงโทษผู้กระทำโดยประมาททั้งสองกรณีเท่ากันโดยไม่แยกแยะว่าการลงโทษอาญาผู้กระทำผิดที่กระทำโดยประมาทที่รู้ตัว ย่อมมีผลยับยั้งได้มากกว่าการลงโทษอาญาแก่ผู้กระทำโดยไม่รู้ตัวว่าตนกำลังกระทำโดยประมาท จึงสมควรทบทวนพิจารณาความเหมาะสมสอดคล้องของการลงโทษในการกระทำโดยประมาทในทางอาญาเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการป้องปรามและแก้ไขให้ผู้กระทำไม่กลับมากระทำความผิดอีก

คำสำคัญ

ประมาทเลินเล่อ, ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง, ประมาทธรรมดา, ประมาทเลินเล่อโดยจงใจ

ABSTRACT

Determination of liability from negligence in Thai criminal law will consider the consequences of the offense Without considering the need for results to occur in action Because negligence is both an act of negligence by the offender, deliberately entering the risk of adverse consequences or willfully, such as, speedy while drunk, sleepy or through the red light etc., and negligence actions that the doer do not know (unwilfully), for instance, listening to the music, answer the phone or pick up falling object while driving etc. Therefore, the approach to change the negligence liability in Thai criminal law has imposed the liability to punish the offender for equal penalties Therefore, the punishment of negligence is still not in line with the punishment to prevent and correct the offender from returning to commit another crime.

Keywords

Negligence, Gross negligence, Imprudence, Willful negligence

บทนำ

ในทางกฎหมายอาญานั้น กำหนดไว้ว่าคุณจะต้องรับผิดชอบทางอาญาและจะต้องรับผิดชอบทางอาญาเท่าใด ต้องพิจารณาตามหลักทั่วไปที่ว่า “*actus non, facit reum, nisi mens sit rea – an act does not make a person guilty unless the mind is guilty*” (การกระทำไม่เป็นเหตุให้บุคคลต้องรับผิดชอบเว้นแต่ผู้กระทำมีจิตใจชั่วร้าย)¹ กล่าวคือ การกระทำเป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่สุดของกฎหมายอาญา แต่ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบทางอาญาหรือไม่นั้น จะต้องปรากฏว่าผู้กระทำมีเจตนาชั่วร้ายที่ทำให้เกิดผลอันเป็นการผิดกฎหมายด้วย เช่น ต้องการให้คนตาย หรือต้องการลักทรัพย์สินของบุคคลอื่น เป็นต้น ทั้งนี้ไม่ว่าผลนั้นจะเกิดตามความต้องการหรือไม่ก็ตาม เพียงแต่ผลนั้นมีการกระทำโดยเจตนาและการกระทำดังกล่าวอาจทำให้เกิดผลเกิดขึ้นได้เท่านั้น แม้ว่าในท้ายที่สุดผลของการกระทำผิดจะไม่เกิดขึ้นก็ตามการกระทำดังกล่าวก็เป็นความผิดแล้ว² เช่น นายเอ มีเจตนาฆ่านายบี จึงยกปืนแล้วยิงไปที่นายบี แต่กระสุนไม่ถูกนายบีหรือนายบีเห็นก่อนจึงหลบทัน ดังนั้นแม้ผลแห่งความตายจะไม่เกิดขึ้น นายเอก็ต้องรับผิดชอบฐานพยายามฆ่าผู้อื่น หรือในกรณีที่นายขาต้องการทำลายกระจกหน้าต่างบ้านชั้นสองของนายดำ จึงปาก้อนหินไปยังกระจกหน้าต่าง แต่นายขาขวะแรงไม่ถูกใช้แรงปาน้อยเกินก้อนหินจึงปาถูกกระจกหน้าต่างแต่กระจกไม่ได้แตกกร้าวแต่อย่างใด ดังนั้น จากตัวอย่างเห็นได้ว่าแม้ผลในความเสียหายจะไม่เกิดความเสียหายขึ้น แต่เมื่อนายขาที่มีการกระทำโดยเจตนาทำให้เสียหาย ผู้กระทำก็ต้องรับผิดชอบฐานพยายามทำให้เสียหายแล้ว

กฎหมายอาญาจึงเป็นกฎหมายที่เขียนขึ้นเพื่อเป็นเครื่องมือในการรักษาความสงบ คุ่มครองการอยู่ร่วมกันภายในสังคมและการรักษาความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง รวมถึงคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่ยุติธรรมต้องการจะคุ้มครองโดยเฉพาะ เช่น คุ้มครองชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งโดยการกำหนดโทษอาญาลงโทษผู้กระทำผิดเพื่อป้องปรามและป้องกันการกระทำผิดเพื่อห้ามปราม ควบคุม ป้องกันพฤติกรรมที่จะนำไปสู่การคุกคามสวัสดิภาพและผลประโยชน์ของสังคม ตลอดจนสิทธิส่วนบุคคลและสาธารณะ³

อย่างไรก็ตาม ในบางการกระทำกฎหมายอาญาก็ได้กำหนดให้เป็นความผิดโดยไม่คำนึงว่าผู้กระทำต้องการจะให้เกิดผลนั้นหรือไม่ โดยพิจารณาแต่เพียงว่าหากผลของการกระทำนั้นส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและเป็นอันตรายต่อสังคม เพราะผู้กระทำปล่อยปละละเลย (imprudent) ไม่ใส่ใจป้องกันผลที่ตนเป็นผู้ก่อขึ้นการละเลยเพิกเฉยเช่นนั้นอาจถูกกำหนดให้เป็นการกระทำที่ผู้กระทำสมควรที่จะต้องได้รับโทษ เพราะเหตุที่ผู้กระทำขาดความระมัดระวัง เพิกเฉยไม่สนใจต่อผลร้ายที่จะเกิดจากการกระทำหรือไม่กระทำของตนว่าจะเกิดอันตรายหรือความเสียหายแก่บุคคลอื่นหรือไม่ การกระทำดังกล่าว คือ “การกระทำโดยประมาท”

อย่างไรก็ดี ในเรื่องของความรับผิดเกี่ยวกับความประมาทของกฎหมายไทยในบางกรณี ก็ยังไม่มีควมสอดคล้องกับสภาพจิตใจ (การรู้ตัว) ในการใช้ความระมัดระวังว่าจะเกิดผลร้ายแรงตามมาเพราะความรับผิดชอบทางอาญาอันเกิดจากการกระทำด้วยความประมาทตามกฎหมายไทยนั้น ตามปกติจะเป็นความผิดที่ลงโทษผู้กระทำโดยพิจารณาจากความร้ายแรงของผลที่เกิดขึ้น ยกตัวอย่างเช่น นางแดงซื้อยาฆ่าแมลงมา และได้ทำการผสมยาฆ่าแมลงใส่ไว้ในขวดน้ำอัดลมที่ทานหมด แล้วนำไปวางทิ้งไว้บนโต๊ะผ้าหิ้งหน้าบ้านเพื่อจะนำไปรดต้นไม้ ส่วนตนขึ้นไปบนบ้านเพื่อเก็บของระหว่างนั้นเด็กชายด่าลูกชายของนางแดงกลับมาถึงบ้าน นึกว่าน้ำอัดลมจึงดื่มเข้าไปหมดขวด ทำให้ถึงแก่ความตาย ดังนั้น นางแดงก็ต้องรับผิดชอบฐานกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา

¹ G.Williams, *Criminal Law The General Part 2nd* ed, London Stevens and Sons Limited 1961, p.31; W.R. LaFave, *Criminal Law*, 4th West Group press 2003, p.239.

² ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป, (พิมพ์ครั้งที่ 19 แก้ไขเพิ่มเติม, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), น. 77, See also J.C. Smith, *Element of Chance in Criminal Liability*, *Crim.L.Rew.* 63 (1971).

³ ทวีเกียรติ, *เพิ่งอ้าง*. น. 16.

291 แต่หากเด็กชายดำตี้มเข้าไปไม่มาก เด็กชายดำจึงไม่ถึงแก่ความตาย แต่ได้รับบาดเจ็บสาหัส นางแดงก็ต้องรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 300⁴ ยิ่งไปกว่านั้นหากในวันดังกล่าวเด็กชายดำกลับมาบ้านแล้วคว้าววดน้ำจะไปตี้ม แต่ด้วยความรีบร้อนขวดจึงล้มลงน้ำยาฆ่าแมลงจึงหกหมดหรือเด็กชายดำกลับมาพบแต่วันนั้นตี้มน้ำอัดลมมาจนอ้อมแล้วเลยไม่ยกน้ำอัดลมอีก นางแดงก็จะไม่มีความรับผิดชอบในฐานใด ๆ เลย จึงอาจกล่าวได้ว่าความรับผิดชอบของนางแดงเปลี่ยนผันไปตามผลที่เกิดขึ้น ซึ่งอยู่นอกเหนือความควบคุมของนางแดง

เมื่อพิจารณาจากตัวอย่างข้างต้นความรับผิดชอบหรือไม่ต้องรับผิดชอบเลยของนางแดงขึ้นอยู่กับเหตุบังเอิญซึ่งนอกเหนือจากการควบคุมหรือความระมัดระวังของนางแดงทั้งสิ้น กล่าวคือ หากเด็กชายดำถึงแก่ความตาย นางแดงก็ต้องติดคุกถึง 10 ปี หากไม่ตายก็จะไม่มีความผิดเลย ทำให้เกิดข้อพิจารณาว่าการที่กฎหมายจับคนที่กระทำโดยประมาทมาติดคุกจะเกิดประโยชน์ต่อสังคมหรือไม่ เพราะหากจับกุมและลงโทษผู้กระทำโดยประมาทที่มีได้กระทำโดยเจตนาติดคุก เขาจะสำนึกได้อย่างไรในเมื่อเขามีเจตนาประสังคีให้เกิดผลหรือไม่รู้ว่าจะเกิดผลจากการกระทำของตนอย่างไร นอกจากจะไม่เกิดประโยชน์อะไรต่อสังคมแล้ว ผู้เสียหายยังไม่ได้รับโอกาสอันใดที่จะได้ชดเชยค่าเสียหาย แต่หากให้ผู้กระทำโดยประมาทดังกล่าวรับผิดชอบเพียงโทษทางแพ่งให้เขาอยู่ในสังคมและทำงานมาเพื่อชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นก็ถือว่าเป็นการลงโทษในอีกวิธีการหนึ่ง รวมถึงการให้ผู้กระทำดังกล่าวมาทำงานของตนก็น่าจะเกิดประโยชน์มากกว่าการติดคุก หรือกรณีแพทย์ในโรงพยาบาลต้องรีบไปรักษาผู้ป่วยฉุกเฉินจึงขับรถเร็วโดยประมาทไปชนผู้อื่นจนถึงแก่ความตาย เช่นนี้หากนำเขาไปติดคุกก็ไม่ได้ช่วยให้สังคมหรือญาติหรือครอบครัวผู้ถึงแก่ความตายได้รับประโยชน์อะไรเลย แต่หากแพทย์คนดังกล่าวได้รับโทษอย่างเหมาะสมกับความรับผิดชอบและมีโอกาสกลับเข้าทำงานอยู่ในสังคมก็อาจจะทำประโยชน์ให้กับสังคมมากกว่าการนำแพทย์คนดังกล่าวไปติดคุกก็ได้ เพราะแพทย์คนนั้นก็ยังสามารถใช้ความรู้ความสามารถของตนรักษาผู้ป่วย และยังมีรายได้จากการรักษาผู้ป่วยมาชดเชยความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของตนแก่ครอบครัวหรือญาติของผู้เสียหายได้อีกด้วย

1. ความประมาททางแพ่งและความประมาทในทางอาญา

การกระทำโดยประมาทเป็นการกระทำโดยเทียบกับมาตรฐานของความระมัดระวังในการกระทำ การศึกษาเกี่ยวกับเรื่องกำหนดความรับผิดชอบโดยประมาทในทางอาญาเสียใหม่จึงเป็นเรื่องที่มีความจำเป็นเพื่อที่จะนำมาใช้ในการกำหนดความรับผิดชอบจากการกระทำโดยประมาทให้มีความเป็นธรรมเพิ่มมากขึ้น อย่างก็ตาม เพื่อให้เกิดความเข้าใจในหลักการของความประมาท จึงมีความจำเป็นที่จะต้องทำความเข้าใจในเรื่องของการรับผิดในผลของการกระทำ จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องพิจารณาหลักในเรื่องของความประมาทในทางแพ่ง และความประมาทในทางอาญา ซึ่งสามารถอธิบายแบ่งได้ดังต่อไปนี้

1.1 ความประมาทในทางแพ่ง

ความประมาทในทางแพ่งเป็นการกระทำที่สามารถอธิบายได้ชัดเจนตามคำในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จากการพิจารณาองค์ประกอบในมาตรา 420 ที่บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น” ดังนั้น ความประมาทในทางแพ่งหมายถึง การกระทำโดยประมาทผู้กระทำแม้จะมีความตั้งใจอยู่บ้าง แต่การกระทำนั้นยังมีความไม่ตั้งใจปนอยู่ด้วย⁶

⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 291 บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดกระทำโดยประมาท และการกระทำนั้นเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท”, ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 300 บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดกระทำโดยประมาท และการกระทำนั้นเป็นเหตุให้ผู้อื่นรับอันตรายสาหัส ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁵ Smith and Hogan, *Criminal Law*, 11th. (Oxford University Press 2005), p.129.

⁶ บัญญัติ สุชีวะ, “ประมาท”, *บทบัญญัติ* เล่ม 21 ตอน 2, (เมษายน, 2520), น.275.

และในเรื่องของความประมาทเลินเล่อ ซึ่งเป็นลักษณะของการกระทำที่กฎหมายกำหนดเมื่อมีการกระทำโดยประมาทเลินเล่อเกิดขึ้น ผู้กระทำจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจากความเสียหายนั้น ซึ่งปรากฏในลักษณะของหนี้ละเมิด ที่เมื่อเกิดขึ้นแล้วผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบในค่าสินไหมทดแทนจากการกระทำละเมิดของตน เช่น จำเลยตั้งศูนย์ถ่วงล้อรถยนต์ให้โจทก์ แต่จำเลยทำงานไม่เรียบร้อยเป็นเหตุให้พวงมาลัยไม่สามารถบังคับล้อรถได้ รถโจทก์จึงไปชนรถคันอื่นเสียหาย จำเลยต้องรับผิดชอบในละเมิดในการทำงานไม่เรียบร้อยจากความประมาทเลินเล่อของตน⁷

ดังนั้น ในส่วนของการศึกษาความรับผิดในทางแพ่งจากความประมาท จึงมีความจำเป็นที่จะต้องทำความเข้าใจในความหมายของคำว่าประมาทเลินเล่อ ซึ่งในทางแพ่งความประมาทเลินเล่อ หมายถึง การกระทำที่รู้สำนึก แต่เป็นการกระทำที่ไม่ตั้งใจ และไม่ใช้ความระมัดระวังตามสมควรที่จะสามารถทำได้ แต่อย่างไรก็ดี ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ไม่ได้อธิบายว่าการกระทำอย่างไรจึงจะเป็นการกระทำที่เรียกว่าประมาทเลินเล่อ จึงต้องนำมาเทียบเคียงกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่ ที่บัญญัติไว้ว่า “กระทำโดยประมาท ได้แก่ กระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่” ซึ่งการพิจารณาว่าการกระทำใดเรียกว่าเป็นการใช้ความระมัดระวังอย่างสมควรแล้วนั้นจะต้องนำหลักเกณฑ์การกระทำโดยประมาทที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญามาใช้เป็นเกณฑ์⁸ ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังต่อไปนี้

1. คำว่าบุคคลที่กระทำโดยประมาทจะต้องพิจารณาความแตกต่างของผู้กระทำว่าเป็นเด็ก ผู้ใหญ่ ผู้ชาย ผู้หญิง หรือผู้ประกอบการวิชาชีพ ซึ่งความแตกต่างของบุคคลจะมีความแตกต่างในการพิจารณาถึงระดับความระมัดระวังที่แตกต่างกัน เช่น ในกรณีที่ได้กระทำความผิดการที่กฎหมายแพ่งจะกำหนดว่าเด็กมีการกระทำโดยประมาทหรือไม่ นั้นมิได้ถือเอาอายุมาเป็นตัวชี้วัดเหมือนในกฎหมายอาญา¹⁰ แต่คงถือตามระดับความระมัดระวังของเด็กทั่วไปในวัยนั้น ๆ ว่ามีสติปัญญาและความรับรู้ถึงภัยและความผิดที่จะเกิดขึ้นได้มากน้อยเพียงใด แม้ว่าจะมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 429 มาวางหลักไว้ว่า ผู้เยาว์ก็ต้องรับผิดชอบในผลที่ตนทำละเมิด แต่กฎหมายก็ไม่ได้หมายความว่าผู้เยาว์ทุกระดับจะต้องรับผิดชอบไป เพราะหากเป็นการกระทำของผู้เยาว์ที่ไม่รู้เพียงสักเท่าไรอาจมีความประมาทเลินเล่อได้¹¹

2. บุคคลในภาวะนั้นจะต้องมี หมายถึง การพิจารณาจากบุคคลที่อยู่ในภาวะเดียวกันกับผู้กระทำที่อยู่ในพฤติการณ์เช่นนั้น เพราะถ้าบุคคลดังกล่าวอยู่ในภาวะเดียวกันกับผู้กระทำที่ไม่สามารถใช้ความระมัดระวังได้ การกระทำของผู้กระทำก็จะไม่ใช่ความประมาท¹² ยกตัวอย่างเช่น นายหนึ่งขับรถไปบนท้องถนน ก็มีรถของนายสองวิ่งสวนทางมาอย่างรวดเร็วจนนายหนึ่งต้องหักรถหลบไปชนกับรถนายสาม จนเกิดความเสียหาย ดังนั้นจะเห็นได้ว่าภาวะของนายหนึ่งที่ขับรถแล้วมีรถของนายสองวิ่งสวนมาไม่ใช่การกระทำประมาทของนายหนึ่งเพราะการที่นายหนึ่งหัก

⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 25/2523 น. 25.

⁸ ไพจิตร บุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์: ลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 9 แก้ไขเพิ่มเติม, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2544), น. 9.

⁹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กฎหมายเบื้องต้นทางธุรกิจ, พิมพ์ครั้งที่ 17 แก้ไขเพิ่มเติม, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), น.117.

¹⁰ ในกฎหมายอาญานั้นการกำหนดโทษของเด็กมีความต่างกันตามระดับของอายุ เช่น เด็กอายุไม่เกินสิบปีกระทำความผิด กฎหมายกำหนดว่าไม่ต้องรับโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 73 ซึ่งต่างกับเด็กอายุกว่าสิบแปดปีแต่ไม่เกินยี่สิบปี แม้กระทำการความผิดแต่กฎหมายอาจลดโทษลงหนึ่งในสามหรือกึ่งหนึ่งตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 76 ก็ได้

¹¹ พจน์ ปุษปาคม, คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2525), น. 117-118.

¹² ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, อ่วงแล้วเชิงอรรถที่ 9, น.117.

หลักก็เพื่อความปลอดภัยของตนเอง เพราะพิจารณาแล้วว่าหากเป็นบุคคลอื่นที่ประสบในภาวะเดียวกันกับนายหนึ่งก็จะต้องกระทำเหมือนกับนายหนึ่ง¹³

3. บุคคลในวิสัยและพฤติการณ์เช่นนั้นสามารถอธิบายได้กล่าวคือ คำว่า วิสัย หมายถึง ลักษณะภายในตัวของผู้กระทำที่จะประพฤติ ปฏิบัติ ส่วนพฤติการณ์ หมายถึง สภาพภายนอกหรือเหตุภายนอกตัวผู้กระทำเป็นข้อเท็จจริงประกอบเหตุการณ์¹⁴ กล่าวคือ หากเกิดเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่ง บุคคลอื่น ๆ เขาก็ต้องทำกันอย่างนั้นเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดขึ้น ซึ่งการที่จะใช้ความระมัดระวังมากหรือน้อย ก็จะต้องดูถึงวิสัยและพฤติการณ์มาประกอบกัน ซึ่งวิสัยที่จะใช้ความระมัดระวังจะต้องขึ้นอยู่กับพฤติการณ์ เช่น นายเอชขับรถอยู่ ๆ ฝนตกหนักทำให้พื้นถนนเปียก เกิดความเข้าใจว่าถนนจะต้องลื่นหากใช้ความเร็วในการขับรถก็อาจจะบังคับรถไม่ได้ อาจเกิดอันตรายขึ้นมาได้ ดังนั้นหากนายเอชแล้วยังขับรถเร็ว นายเอชก็จะกระทำโดยประมาท¹⁵

จะเห็นได้ว่าการที่จะพิจารณากฎกระทำใดจะเป็นความประมาทเลินเล่อในกฎหมายก็จะต้องมีการพิจารณาถึงบุคคลเช่นนั้นในภาวะ วิสัยและพฤติการณ์มาประกอบกันว่าการกระทำของบุคคลนั้นจะเป็นความประมาทเลินเล่อหรือไม่เพียงใดนั่นเอง

ส่วนความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หลายมาตรา ยกตัวอย่างเช่น ในมาตรา 879 วรรคแรก ที่บัญญัติไว้ว่า “ผู้รับประกันภัยไม่ต้องรับผิดชอบในเมื่อความวินาศภัยหรือเหตุอื่นซึ่งได้ระบุไว้ในสัญญาอันได้เกิดขึ้นเพราะความทุจริต หรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของผู้เอาประกันภัยหรือผู้รับประกันภัย” โดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเป็นความประมาทที่ในกฎหมายทางแพ่งให้เป็นความประมาทที่ทำให้ผู้อื่นที่มีหน้าที่ตามสัญญาหรือหน้าที่อื่นใดไม่ต้องรับผิดชอบจากการกระทำประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้น ยกตัวอย่างเช่น โจทก์ทำประกันรถยนต์ไว้กับจำเลย โดยมี บ. เป็นผู้ครอบครองรถยนต์ที่เช่าชื่อแทนโจทก์ ขณะเกิดเหตุ บ. ตัดเครื่องรถยนต์ที่เช่าชื่อไว้โดยไม่ล็อกประตูรถเดินไปสูบบุหรี่ห่างจากตัวรถนานประมาณ 20 นาที โดยไม่เห็นจุดจอดรถยนต์ เป็นการจอดรถยนต์ไว้ในลักษณะไม่ใส่ใจ และไม่สนใจว่าจะเกิดเหตุร้ายกับรถยนต์หรือไม่ เมื่อรถยนต์ที่เอาประกันภัยไว้สูญหายไป พฤติการณ์ถือว่าเป็นความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของ บ. ซึ่งเป็นผู้ครอบครองรถยนต์ที่เช่าชื่อแทนโจทก์ จำเลยในฐานะผู้รับประกันภัยจึงไม่ต้องรับผิดชอบในความสูญหายของรถยนต์ที่เช่าชื่อซึ่งรับประกันไว้ต่อโจทก์ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 879 วรรคแรก¹⁶ ดังนั้น ในกรณีดังกล่าวหาก บ. มีความระมัดระวังเพียงแค่ว่าได้ดับเครื่องยนต์และล็อกประตูรถยนต์ไว้ความสูญหายก็ไม่เกิดขึ้น หรือในข้อเท็จจริงเดียวกันหาก บ. ดับเครื่องยนต์แต่เพียงล็อกประตูรถยนต์เท่านั้นก็อาจเป็นเพียงประมาทเลินเล่อธรรมดาไม่ถึงกับประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงก็ได้

เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงจึงสรุปได้ว่าคำว่าประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้น จะพิจารณาจากหลักเบื้องต้นในความประมาทเลินเล่อโดยทั่วไปที่วินิจฉัยเทียบกับบุคคลในภาวะและพฤติการณ์นั้น ๆ เป็นหลัก เพราะความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงกฎหมายมิได้บัญญัติเอาไว้เป็นการเฉพาะ แต่มีความต่างคือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้น หมายถึง การกระทำประมาทที่ผู้กระทำไม่ได้มีความระมัดระวังให้พ้นอันตรายที่เห็นอยู่นั้นแม้แต่เพียง

¹³ คำพิพากษาฎีกาที่ 970/2475 น. 945.

¹⁴ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดและความผิดทางละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่พ.ศ. 2539, พิมพ์ครั้งที่ 8 แก้ไขเพิ่มเติม, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2551), น. 19.

¹⁵ พจน ภูเขาปาคม, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 11, น. 141-142.

¹⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 13071/2558, สืบค้นเมื่อวันที่ 26 เมษายน 2562, จาก<http://deka.supremecourt.or.th/>.

เล็กน้อยเลย เพราะถ้าหากผู้กระทำมีความระมัดระวังแม้แต่เพียงเล็กน้อยความเสียหายก็อาจจะไม่เกิดขึ้นมาเลยได้¹⁷ ซึ่งเราสามารถอธิบายตัวอย่างให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เช่น ขับรถไปตรงทางแยกที่ไม่มีไฟจราจรแล้วไม่ระวังจึงขับไปชนกับรถที่วิ่งมาอีกทางหนึ่งเช่นนี้เป็นประมาทเลินเล่อ แต่หากขับรถไปทางแยกที่มีไฟจราจรแต่ไม่สนใจสัญญาณไฟเห็นถนนว่างจึงวิ่งฝ่าไฟแดงจนทำให้เกิดการชนกับรถที่วิ่งมาจากอีกทางแยกหนึ่งเช่นนี้ก็เป็นการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงได้¹⁸

สรุปได้ว่าความรับผิดชอบในทางแพ่งจะมีรูปแบบของความรับผิดชอบในเชิงพิจารณาจากผลของการกระทำในความประมาทในการมากำหนดค่าสินไหมชดเชย เนื่องด้วยจุดประสงค์ของการกำหนดความรับผิดชอบในทางแพ่งมีขึ้นเพื่อให้ผู้กระทำมีความผิดได้เสียขยายชดใช้ในความเสียหายจากการกระทำของตนไม่ว่าในกฎหมายละเมิด เป็นต้น ซึ่งไม่ว่าการกระทำดังกล่าวจะเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ผู้กระทำก็จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในการกระทำของตนต่อผู้เสียหายเพื่อบรรเทาหรือแก้ไขให้ผู้เสียหายได้รับการชดเชยเยียวยาให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมให้มากที่สุด

1.2 ความประมาทในทางอาญา

การกระทำประมาทในทางอาญานั้นมีคำจำกัดความตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคสี่¹⁹ ซึ่งมีองค์ประกอบดังต่อไปนี้

องค์ประกอบข้อที่ 1 เป็นการกระทำความผิดโดยมิได้เจตนา กล่าวคือ ต้องไม่ประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผล แต่ผู้กระทำยังรู้สำนึกในสิ่งที่ตนกระทำอยู่ เพราะหากไม่รู้สำนึกในการกระทำก็ไม่ใช่การกระทำเมื่อไม่ใช่การกระทำก็เป็นประมาทไม่ได้²⁰ เช่น นายเอนอนหลับอยู่ ขณะละเมอได้พลิกตัวจนทับเด็กชายปีอายุ 4 เดือน ที่นอนอยู่ใกล้ ๆ ได้รับความเจ็บ จะถือว่านายเอนอนทำให้เด็กชายปีได้รับความเจ็บไม่ได้เพราะนายปีไม่รู้สำนึกขณะที่ยกตัวทับเด็ก

องค์ประกอบข้อที่ 2 ปราศจากการใช้ความระมัดระวังตามซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ หมายถึง ต้องพิจารณาถึงทั้งวิสัยและพฤติการณ์ของผู้กระทำที่ประสบในขณะนั้นว่าจะสามารถใช้ความระมัดระวังได้เช่นใด²¹ โดยสามารถแยกลักษณะของความระมัดระวังในภาวะเช่นนั้น ลักษณะตามวิสัยและพฤติการณ์ได้คือ

ความระมัดระวังในภาวะเช่นนั้น คือ ภาวะในขณะที่กระทำนั้น ๆ โดยพิจารณาถึงภาวะหรือสถานการณ์ที่ผู้กระทำนั้นประสบอยู่ เช่น ขณะหีบปิ่นขึ้นมาทำความสะอาดจะต้องระมัดระวังในการเขี่ยตุ้มมากกว่าของชิ้นอื่น เพราะหากไม่ระมัดระวังอาจจะทำปิ่นลั่นถูกผู้อื่นถึงแก่ความตายได้ เป็นต้น²²

¹⁷ จิตติ ดิงศรัทธี, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 – 452, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2526), น. 62.

¹⁸ ธนศักดิ์ วิเศษรจนา, “ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดตามมาตรา 420 : ศึกษากรณีความรับผิดชอบเพื่อละเมิดโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น. 54.

¹⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่ บัญญัติไว้ว่า “กระทำโดยประมาท ได้แก่กระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่”

²⁰ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ่วงแล้วเชิงอรรถที่ 2*, น. 97.

²¹ หยุต แสงอุทัย, *กฎหมายอาญาภาค 1*, พิมพ์ครั้งที่ 21 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น. 72.

²² เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1*, ฉบับพิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขเพิ่มเติม, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์พลสยาม พรินต์ติ้ง ประเทศไทย, 2551), น. 278.

ในส่วนของวิสัย หมายถึง ลักษณะภายในของตัวผู้กระทำ ซึ่งอาจแบ่งได้เป็นวิสัยของคนธรรมดา เช่น เด็ก ผู้ใหญ่ อายุ เพศชาย เพศหญิง หรือแบ่งตามลักษณะของผู้มีวิชาชีพในการใช้ความระมัดระวัง เช่น แพทย์ วิศวกร เป็นต้น²³ โดยสามารถอธิบายได้ดังนี้

วิสัยของคนธรรมดา หมายถึง เด็ก ผู้ใหญ่ เพศชาย เพศหญิง ระดับการศึกษาอบรม ความชัดเจนแห่งชีวิต และประสบการณ์ความรู้ในการใช้ชีวิต เช่น ผู้ใหญ่อย่อมมีความระมัดระวังมากกว่าเด็ก จะกำหนดหรือหวังว่าให้เด็กจะมีความระมัดระวังเหมือนผู้ใหญ่ก็ได้ เป็นต้น²⁴

วิสัยของผู้มีวิชาชีพ หมายถึง บุคคลที่เมื่อประกอบอยู่ในวิชาชีพนั้น ๆ จะต้องมีความระมัดระวังให้สมกับมาตรฐานการประกอบอาชีพ เช่น นายแพทย์จะต้องใช้ความระมัดระวังในการให้คำปรึกษาหรือรักษาผู้ป่วยมากกว่าบุคคลธรรมดา จะปฏิเสธอ้างว่าการให้การรักษของตนเทียบเท่าบุคคลธรรมดาที่ไม่ใช่แพทย์ไม่ได้²⁵

ในส่วนของพฤติการณ์ หมายถึง ภาวะภายนอกของตัวผู้กระทำ เช่น ในการขับซึ่รถยนต์ พฤติการณ์ก็คือ สภาพถนนหนทาง เช่น ถนนเป็นหลุมเป็นบ่อ ถนนชำรุด สภาพตัวรถ เช่น เบรคไม่ดี ไฟท้ายดับ สภาพอากาศ เช่น มีหมอกลง ฝนตกหนัก รวมถึงสิ่งแวดล้อมรอบตัวผู้กระทำ ฯลฯ²⁶ ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าความแตกต่างของพฤติการณ์จะเป็นตัวกำหนดสภาพของบุคคลที่จะต้องใช้ความระมัดระวังมากหรือน้อยกว่าปกติ

อย่างไรก็ตามการพิจารณาวิสัยและพฤติการณ์ของบุคคลต้องพิจารณาคบคู่กัน เพราะหากพิจารณาวิสัยแล้วว่าการกระทำนั้นจะสามารถใช้ความระมัดระวังได้มากน้อยเพียงใด และพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นจะสามารถระมัดระวังได้มากน้อยเพียงใด ดังนั้นหากผู้กระทำโดยวิสัยใช้ความระมัดระวังได้²⁷

องค์ประกอบข้อที่ 3 ผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้เพียงพอไม่ คือเสี่ยงโดยไม่มีเหตุผล (unreasonable risk)²⁸ หมายความว่า ผู้กระทำอาจดำเนินการบางอย่างเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดผลร้ายจากความประมาทของตนได้ แต่ไม่กระทำ เช่น แพทย์ผ่าตัดในโรงพยาบาลไม่ยอมทำความสะอาดเครื่องมือผ่าตัดให้ดี ทำให้คนไข้ติดเชื้อถึงแก่ความตาย แพทย์ต้องรับผิดชอบประมาทที่ทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย²⁹ หรือ จำเลยขับรถไฟโดยเผลอและเร็วเกินขนาดในเวลาเข้าที่สถานีเป็นเหตุให้รถชนกันนำหวาดเสียว คนโดยสารโดดหนีเป็นเหตุให้ถึงตาย จำเลยย่อมมีผิดฐานฆ่าคนตายโดยประมาท³⁰ นอกจากการกระทำโดยไม่มีเจตนาฆ่าหรือไม่มีเจตนาทำร้ายจะเป็นการกระทำโดยประมาทแล้ว กรณีที่กระทำโดยงดเว้นหน้าที่เพื่อป้องกันผลก็เป็นประมาทได้เหมือนกัน เช่น จำเลยมีหน้าที่ปิดกั้นถนนตรงทางรถไฟ แต่ไม่ได้ปิด เป็นการกระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ ทำให้รถยนต์ชนกับรถไฟมีคนตายและบาดเจ็บสาหัส การกระทำของจำเลยจึงเป็นการกระทำโดยประมาทได้³¹ แต่พฤติการณ์ที่ไม่อาจใช้ความระมัดระวังจะถือว่าผู้นั้นประมาทไม่ได้ เช่น ในช่วงที่มีจลาจลจึงต้องขับรถเร็วเพื่อให้พ้นปลอดภัยจากการจลาจล จนชนคนวิ่งตัดหน้าโดยกระชั้นชิด³² หรือขับรถอยู่ในทางของตนมีรถคันอื่นมาแซงตัดหน้า

²³ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 11 (นนทบุรี : ศูนย์การพิมพ์เพชรรุ่ง จำกัด, 2555), น. 281.

²⁴ หยุต แสงอุทัย, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 21, น. 73.

²⁵ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2, น. 98.

²⁶ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 22, น. 279.

²⁷ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2, น. 99.

²⁸ W.R. LaFave, *supra note 1*, p.262.

²⁹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 22, น. 281.

³⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 747/2489 น. 619.

³¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 14/2538 ฎีกาสำนักรส่งเสริมงานตุลาการเล่ม 1 น.63.

³² คำพิพากษาฎีกาที่ 1345/2489 น. 1296.

หรือแพทย์ไม่สะอาดทำความสะอาดเครื่องมือได้ เช่น ต้องผ่าตัดฉุกเฉินกลางหุบเขาลึก ทำให้ไม่สามารถล้างอุปกรณ์ผ่าตัดได้ แม้คนไข้จะติดเชื้อถึงแก่ความตายก็จะลงโทษแพทย์ไม่ได้ เพราะการผ่าตัดกลางหุบเขากการใช้ความระมัดระวังมีจำกัดมากกว่าในโรงพยาบาล³³ หรือ รถยนต์โดยสารที่จำเลยขับขยาล้อหลังระเบิดจำเลยจึงจอดรถยนต์ไว้ชิดไหล่ทางด้านซ้าย ล้อหน้าอยู่ที่ไหล่ทาง ส่วนล้อหลังด้านขวาอยู่บนถนน แล้วจำเลยได้หากิ่งไม้มาวางและเปิดสัญญาณไฟกระพริบ ถือได้ว่าจำเลยใช้ความระมัดระวังเพียงพอแล้ว การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นการกระทำโดยประมาท³⁴ เป็นต้น ทั้งนี้จึงไม่ใช่การกระทำโดยประมาทเพราะในเหตุการณ์ตามตัวอย่างข้างต้นเมื่อผู้กระทำได้พยายามใช้ความระมัดระวังแล้วก็ถือว่าทำดีที่สุดแล้ว

ทั้งนี้ จากการศึกษาลักษณะของความประมาทในทางอาญาจะพบว่าหลักการในการพิจารณาว่าการกระทำใดจะเป็นการกระทำโดยประมาทหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาว่าผู้กระทำได้มีการกระทำที่สามารถทำได้ดีที่สุดที่สุดในภาวะเช่นนั้นแล้วหรือไม่ เพราะหากมีการกระทำในวิสัย พลติการณ์และความระมัดระวังเพียงพอในภาวะเช่นนั้นแล้วหรือไม่สามารถใช้ความระมัดระวังในภาวะเช่นนั้นได้ ผู้กระทำก็ไม่มีกรกระทำโดยประมาท

จากการศึกษาความประมาทในทางแพ่งและความประมาททางอาญาจะพบว่า ความประมาททั้งสองอย่างมีแนวคิดการกำหนดลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดของความประมาทที่คล้ายคลึงกัน แต่ความความรับผิดชอบในทางแพ่งไม่ได้มีการแบ่งแยกการกระทำจงใจ (ประสงค์ต่อผล) กับประมาทเลินเล่อ กล่าวคือ จงใจ (เจตนาประสงค์ต่อผล) หรือประมาทจะต้องมีความรับผิดชอบในทางแพ่งเหมือนกัน ดังนั้นในทางกฎหมายแพ่งจึงไม่มีปัญหาเรื่องการแยกแยะระหว่างจงใจ (ประสงค์ต่อผล) กับประมาทเลินเล่อ แต่ในทางแพ่งนั้นจะมีปัญหาเรื่องแบ่งแยกการกระทำระหว่างประมาทเลินเล่อธรรมดา (negligence) กับ ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (gross negligence) ส่วนทางอาญานั้นความรับผิดชอบโดยเจตนาซึ่งมี 2 ประเภทคือเจตนาประสงค์ต่อผลและเจตนาโดยยอมนิ่งเห็นผลต่างจากการกระทำโดยประมาทซึ่งไม่มีการแบ่งแยก จึงเห็นได้ว่าในทางแพ่งจะไม่มีกรแยกเจตนาประสงค์ต่อผลกับประมาท แต่จะมีการแยกแยะระหว่างประมาทธรรมดากับประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เช่นในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 879 ที่กล่าวถึงความรับผิดชอบของผู้ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่อธิบายถึงการกระทำด้วยความของประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง กล่าวคือ จำเลยที่ 1 เป็นผู้รับเหมาก่อสร้างสะพาน มีหน้าที่ต้องติดตั้งเครื่องหมายแสดงให้เห็นโดยชัดเจนเพื่อความปลอดภัยของผู้ใช้ถนนตลอดเวลาแต่จำเลยที่ 1 กลับละเลยไม่ติดตั้งเครื่องหมายดังกล่าว ถือว่าจำเลยที่ 1 ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง แม้ผู้ตายจะขับรถด้วยความเร็วสูง แต่หากมีเครื่องหมายเตือนเชื่อว่าผู้ตายสามารถเห็นและชะลอความเร็วของรถได้ทันและจะไม่ชนท่อระบายน้ำคอนกรีตดังกล่าว ดังนั้นจำเลยที่ 1 จึงประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง³⁵ หรือกรณีที่จำเลย ฉีดยาฆ่าแมลงในนาข้าวเพียง 1 สัปดาห์ซึ่งขณะนั้นยายดังกล่าวยังไม่ทันสลายนตัวหมดก็ว่าจ้างให้ผู้ตายเข้าไปเกี่ยวข้าวเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจึงเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ตาย³⁶ หรือผู้ลักเช็คของโจทก์ไปปลอมลายมือชื่อโจทก์ 2 ฉบับส่งจ่ายเงิน 54,000 บาท และ 240,000 บาทตามลำดับแล้วนำไปเบิกเงินจากธนาคารจำเลย ซึ่งโจทก์มีบัญชีกระแสรายวันอยู่ ข. เป็นผู้ช่วยผู้จัดการสาขา และ ป. เป็นสมุหบัญชีของธนาคารจำเลยมีหน้าที่เกี่ยวกับการตรวจลายมือชื่อของลูกค้าโดยตรงอยู่ตลอดเวลาย่อมมีความชำนาญในการตรวจพิสูจน์ลายมือชื่อของลูกค้ามากกว่าคนธรรมดาหากได้ใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ของตนโดยละเอียดรอบคอบจะต้องทราบว่าลายมือชื่อผู้ส่งจ่ายในเช็คเป็นลายมือปลอม แต่ ข. และ ป. ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังให้เพียงพอจึงเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงทำให้เกิดความ

³³ เกียรติจิตร วัจนะสวัสดิ์, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 22*, น. 281.

³⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3445/2535 ฎีกาสำนักร่งเสริมงานตุลาการเล่ม 10 น.197.

³⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 399/2546 ฎีกาสำนักร่งเสริมงานตุลาการเล่ม 1 น.115.

³⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7224/2539 น. 2031.

เสียหายแก่ใจ³⁷ เป็นต้น ส่วนในทางอาญานั้นมีเจตนา 2 ประเภท ในขณะที่ความประมาทมีประเภทเดียวไม่ได้มีการแยกเป็นประมาทธรรมดา (imprudence) กับ ประมาทเลินเล่อโดยจงใจ (willful negligence or culpable negligence)³⁸ เหมือนอย่างในความประมาทในทางแพ่ง ดังนั้นปัญหาในทางกฎหมายแพ่งจึงอยู่ที่การแยกแยะระหว่างประมาทเลินเล่อธรรมดา กับ ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

ส่วนในทางอาญาไม่มีปัญหาในเรื่องการแยกแยะการกระทำโดยประมาทว่าเป็นประมาทธรรมดา (imprudence) กับ ประมาทเลินเล่อโดยจงใจ (willful negligence)³⁹ หรือเทียบได้กับประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (gross negligence) ในทางกฎหมายแพ่ง คงมีแต่ปัญหาที่ต้องแยกแยะระหว่างเจตนาโดยย้อมเล็งเห็นผลกับประมาทเลินเล่อให้ชัดเจนเท่านั้น แม้ว่าในทางอาญาจะไม่มีกรการแยกความร้ายแรงของความประมาทออกมาเหมือนอย่างในความประมาทในกฎหมายแพ่ง เพราะกฎหมายอาญานั้นที่จะต้องป้องกันปราบปรามและแก้ไขผู้กระทำความผิดมากกว่าจะไปฟื้นฟูเยียวยาผู้ที่ได้รับความเสียหายเหมือนอย่างในกฎหมายแพ่ง ทำให้ความประมาทในทางอาญาจึงดูที่ผลของความประมาทเพียงอย่างเดียวในการที่จะมากำหนดความรับผิดชอบของผู้กระทำ ซึ่งแตกต่างจากความประมาทในทางแพ่งที่จะเน้นในเรื่องของการชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อให้ความเสียหายได้รับการชดเชยหรือกลับสู่ฐานะเดิมให้มากที่สุด ทำให้การแบ่งลักษณะของความประมาทของทางแพ่งและทางอาญาจะมีความแตกต่างกัน

ทำให้หากมีการพิจารณาเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างความประมาทในทางแพ่งและความประมาททางอาญาจะเห็นได้ชัดเจนว่า ความประมาทในทางแพ่งจะเน้นเยียวยาผู้กระทำความผิด จึงมีการกำหนดให้มีการชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้กระทำความผิด เช่น การกระทำละเมิดจากการกระทำโดยประมาท ผู้กระทำก็ต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายเพื่อให้ความเสียหายบรรเทาและกลับสู่ฐานะเดิมก่อนมีการละเมิดให้มากที่สุด การพิจารณาความรับผิดชอบโดยประมาทในทางแพ่งจึงจะต้องพิจารณาโดยดูจากผลของการกระทำเป็นหลักสำคัญเพราะหากมีการกระทำโดยประมาทแต่ไม่เกิดความเสียหายก็ไม่ต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทน เป็นต้น

ส่วนความประมาทในทางอาญา เนื่องด้วยความรับผิดชอบในทางอาญามีจุดประสงค์เพื่อป้องกันสังคมและแก้ไขโทษผู้กระทำความผิด ดังนั้นการพิจารณาความรับผิดชอบในทางอาญาก็สมควรที่จะต้องพิจารณาจากจิตใจหรือความชั่วร้ายของผู้กระทำโดยประมาทมากกว่าพิจารณาจากผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำโดยประมาท เพราะความประมาทในทางอาญาไม่เหมือนกับความประมาทในทางแพ่งคือไม่มีการแบ่งความประมาทออกเป็นประมาทธรรมดา กับ ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ทำให้ในบางการกระทำ เช่น นายหนึ่งประมาททำปิ่นลับ กรณีแรกกระสุนปืนของนายหนึ่งไปถูกนายดำจนถึงแก่ความตาย นายหนึ่งจึงมีความผิดฐานประมาททำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายมีโทษจำคุกถึง 10 ปี ในทางกลับกันกรณีที่สองกระสุนที่ลั่นของนายหนึ่งไม่โดนใครเลยนายหนึ่งก็ไม่ต้องมีความรับผิดชอบอันใดเลย หรือในเรื่องที่นายสองเผลอเรือ ลืมตรวจสอบสภาพรถยนต์ของตนก่อนเดินทาง ผลก็คือกรณีแรกรถยนต์ของนายสองเบรคแตกจนไปชนกับผู้อื่นได้รับอันตรายสาหัสมีโทษจำคุก 3 ปี ส่วนในกรณีที่สองรถเบรคแรกเหมือนกรณีแรกแต่ผลลัพธ์ที่เกิดคือรถยนต์คันดังกล่าวบังเอิญไม่ชนกับผู้ใดเลยทำให้นายสองไม่ต้องมีความรับผิดชอบอันใดเลยเช่นกัน⁴⁰ ทำให้จากตัวอย่างทั้งสองเรื่องจะพบว่ามีความประมาทเท่ากันแต่อาจจะต้องรับผิดชอบที่เกิดขึ้นไม่เท่ากันผู้กระทำจะมีความรับผิดชอบเท่าใดจะพิจารณาจากผลที่เกิดขึ้นเพียงอย่างเดียวโดยไม่ได้พิจารณาถึงการกระทำเลย ซึ่งผลความรับผิดชอบดังกล่าวที่เกิดขึ้นจะส่งผลกระทบต่อความยุติธรรมในสังคมได้

³⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 2511/2538 ฎีกาสำนักร่งเสริมงานตุลาการเล่ม 8 น.191.

³⁸ W.R. LaFave, *supra note 1*, p.264.

³⁹ ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาขั้นสูง, พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), น.151.

⁴⁰ Resultant Luck., “Moral Luck”, Retrieved on July 1 2019, from <https://plato.stanford.edu/entries/moral-luck/#Con>.

ทั้งนี้ จากการศึกษาเกี่ยวกับความรับผิดโดยประมาทจะพบว่าความรับผิดโดยประมาทในทางอาญาจะกระทบต่อสิทธิของประชาชนมากกว่าในทางแพ่ง เพราะโทษทางอาญาไม่ว่าจะเป็นจำคุกหรือประหารชีวิตก็ล้วนแต่เป็นโทษที่กระทบต่อเสรีภาพในชีวิตร่างกายของผู้กระทำผิด ดังนั้นการศึกษาถึงปัญหาในความประมาทในทางอาญา จะช่วยให้เกิดการวินิจฉัยความผิดที่เป็นธรรมเพิ่มมากขึ้น เพราะในปัจจุบันจากแนวคิดความรับผิดทางอาญาจะพบว่ายังเกิดปัญหาอยู่ เพราะนอกจากตัวอย่างกรณีปีนต้นไม้ได้กล่าวมาในข้างต้นแล้ว ตัวอย่างที่น่าสนใจที่ช่วยอธิบายให้เห็นถึงปัญหาที่ชัดเจนมากขึ้นอีกเรื่องหนึ่งก็คือ หากนายเอ และ นายบี ทั้งคู่กระทำด้วยความประมาทด้วยการเผลอทำให้เกิดปีนต้นไม้ กระสุนของ นายเอ ไปโดน นาย ก. และกระสุนของนายบี ไปโดน นาย ข. ที่กำลังดำนาอยู่ในท้องนาทั้งคู่ ซึ่งลักษณะของการกระทำโดยประมาทของนายเอ และ นายบี เท่ากันทุกประการ บาดแผลของนาย ก. และนาย ข. ก็มีความร้ายแรงคือบาดเจ็บสาหัสเท่ากันทุกประการ และในวันดังกล่าว นาย ก. และนาย ข. มาดำนาคนเดียว นาย ก. เมื่อโดนกระสุนปืนได้รับบาดเจ็บผู้มาพบเป็นคนธรรมดาทำให้คิดว่าจะส่งถึงโรงพยาบาลนาย ก. ก็ถึงแก่ความตายแล้ว แต่ในกรณีของนาย ข. มาดำนาคนเดียวเช่นกันแต่เมื่อโดนกระสุนปืนได้รับบาดเจ็บบังเอิญผู้ที่มาพบเป็นหมอทำให้มีการปฐมพยาบาลรักษาเบื้องต้นก่อนส่งโรงพยาบาล ทำให้นาย ข. ไม่ถึงแก่ความตาย เช่นนี้ความรับผิดของนายเอ จะต้องรับผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 291 คือจำคุก 10 ปี ส่วนของนายบี มีโทษจำคุกเพียง 3 ปี ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 300 ทั้ง ๆ ที่ความประมาทในจิตใจ การกระทำของทั้งสองคนมีความประมาทที่เท่า ๆ กัน แต่ความรับผิดกลับไม่เท่ากันด้วยความแตกต่างที่ขึ้นอยู่กับความบังเอิญว่าในวันดังกล่าวผู้ที่มาพบเป็นคนธรรมดาหรือเป็นหมอ ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับความประมาทและภัยอันตรายที่นายเอ และ นายบี ได้ลงมือกระทำเลย

ดังนั้น จากการศึกษาพบว่า การพิจารณาโทษทางอาญานั้นกฎหมายจำเป็นต้องพิจารณาว่ากฎหมายประสงค์จะลงโทษที่ผลของความผิด หรือ คนกระทำความผิด กล่าวคือ ถ้าจะลงโทษ ผลของความผิดก็พิจารณาแต่เพียงองค์ประกอบภายนอกก็เพียงพอ ซึ่งอาจจะกำหนดโทษหนักเบาตามผลที่เกิดขึ้นคือกำหนดตามผลของการกระทำที่เกิดขึ้นแม้ว่าผลนั้นในบางครั้งจะเกิดจากเหตุบังเอิญ หรือเหตุนอกเหนือจากการควบคุมของผู้กระทำความผิดอันเป็นการลงโทษเพื่อแก้แค้นให้สาสมกับความเสียหายที่ได้ก่อขึ้น ยกตัวอย่างเช่น ขับรถบรรทุกชนคนตาย 1 คน กับขับรถบรรทุกชนคนตาย 10 คน (ในคราวเดียว) สังคมก็อาจจะเรียกร้องให้ลงโทษในกรณีหลังมากกว่าในกรณีแรก ทั้ง ๆ ที่ ทั้งสองกรณีคนขับรถก็มีความประมาทเท่า ๆ กัน

รวมทั้งในบางกรณีที่เกิดจากความรับผิดที่เกิดจากความประมาทโดยเหตุบังเอิญนั้น ผู้กระทำความผิดอาจจะต้องรับผิดมากกว่าผู้กระทำความผิดประมาทโดยจงใจเพราะแม้ว่าผู้กระทำความผิดในเหตุบังเอิญนั้นไม่มีความต้องการในการกระทำความผิดเลยก็ตาม ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดต้องการแกล้งผู้อื่นโดยเอาท่อนไม้ตีไปข้าง ๆ ผู้เสียหายโดยไม่มีเจตนาให้โดนแต่ผู้เสียหายกลับกลัวจึงหลบไปโดนไม้เข้าพอดีทำให้ได้รับบาดเจ็บ ผู้กระทำความผิดมีความรับผิดกระทำโดยประมาททำร้ายผู้อื่นให้ได้รับอันตรายแก่กายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 390⁴¹ มีโทษจำคุกหนึ่งเดือน หรืออาจไม่ต้องรับผิดใด ๆ เลยหากผู้เสียหายหลบพ้น⁴² ต่างจากผู้กระทำความผิดโดยประมาทจากความบังเอิญที่เพียงแบกไม้เพื่อขนของแต่พลาดไปพาดโดนผู้อื่น จนผู้อื่นได้รับศีรษะแตก กะโหลกร้าวได้รับอันตรายสาหัสผู้กระทำจะต้องรับผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 300 มีโทษจำคุก 3 ปี ซึ่งเป็นการกำหนดให้ผู้กระทำโดย

⁴¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 390 บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดกระทำโดยประมาท และการกระทำนั้นเป็นเหตุให้ผู้อื่นรับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁴² ทั้งนี้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 105 บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดพยายามกระทำความผิดลหุโทษ ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ” ในกรณีนี้ผู้กระทำความผิดมีความพยายามกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 391 ที่บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดใช้กำลังทำร้ายผู้อื่นโดยไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ” ซึ่งมาตราดังกล่าวเป็นความผิดลหุโทษ ดังนั้น ผู้กระทำจึงไม่ต้องรับโทษ

ประมาทซึ่งแทบจะไม่มี ความชั่วร้ายในจิตใจ ต้องรับโทษที่หนักกว่าผู้กระทำประมาทโดยจงใจทั้งที่ ความชั่วร้ายในจิตใจของทั้งฝ่ายไม่เท่ากัน

2. ความรับผิดชอบทางอาญาโดยประมาทกับผลที่เกิดขึ้น

การศึกษาเรื่องของความรับผิดชอบโดยประมาทในกฎหมายนั้นใช้ว่ากฎหมายจะกำหนดให้ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาในทุกกรณีเพราะในบางกรณีเช่นการประมาททำให้เสียทรัพย์กฎหมายก็จะลงโทษให้ชดใช้ค่าเสียหายในทางแพ่งเท่านั้น อย่างไรก็ตามความประมาทในทางอาญานั้นมีความแตกต่างจากในเรื่องอื่น เพราะการกระทำ ความผิดโดยประมาท เป็นความผิดที่ต้องการผล และผลที่เกิดขึ้นก็ไปผูกกับความรับผิดชอบที่ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบ โดยความรับผิดชอบโดยประมาทในทางกฎหมายนั้น กฎหมายจะกำหนดให้ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาตามผลของความหนักเบาที่เกิดขึ้น ซึ่งบางครั้งความประมาทอาจจะไม่เท่ากันก็ได้ยกตัวอย่างเช่น

1. ความผิดฐานทำให้คนตายโดยประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 291 บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดกระทำโดยประมาท และการกระทำนั้นเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท”

ฐานความผิดที่กระทำโดยประมาทนั้นจะต้องเป็นเหตุโดยตรงที่ทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ซึ่งหากความประมาทนั้นเกิดจากการกระทำที่ตนเป็นผู้ไม่ระมัดระวังหรือไม่ทำตามขั้นตอนให้ถูกต้องเพื่อการระวังป้องกันภัย ผู้กระทำก็สมควรที่จะต้องรับผิดชอบในผลของความตาย ยกตัวอย่างเช่น คนโดยสารเรือยนต์ตกน้ำ เรือถอยหลังไปช่วย ทำให้ใบจักรพันคนที่ตกน้ำตาย แทนที่จะโยนชูชีพลงไปช่วยตามข้อบังคับการเดินเรือ เป็นการขาดความระมัดระวังตามควรแก่เหตุการณ์ และนายท้ายผู้ประกอบวิชาชีพเดินเรือควรได้คาดคิด จึงเป็นประมาททำให้คนตาย⁴³ หรือในกรณีขับรถยนต์ในขณะเมาสุรากับความเร็วสูงล้ำเส้นแบ่งกึ่งกลางเข้าไปในช่องทางรถสวน เป็นเหตุให้เฉี่ยวชนกับผู้ตายที่ขับขี่รถจักรยานยนต์จนถึงแก่ความตาย⁴⁴ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากกรณีข้างต้นทั้งสองผู้กระทำสมควรที่จะต้องรับผิดชอบทางอาญา แต่อย่างไรก็ดีในบางกรณีที่อาจเกิดความประมาทเกิดจากความพลั้งเผลอขาดความระมัดระวัง ยกตัวอย่างเช่น ระหว่างเดินทางไปล่าสัตว์ไม่ดูทางให้ตีสะดุดขอนไม้ล้มลงป็นล้นไปถูกผู้อื่นถึงแก่ความตาย หรือ ระหว่างเดินทางกลับจากการล่าสัตว์ถือปืนเดินตามหลังผู้ตายไม่ระมัดระวังมิให้ชนปืนเกี่ยวกับเถาวัลย์ทำให้ปืนลั่นกระสุนปืนถูกผู้ตาย⁴⁵ ทำให้ในสองกรณีหลังจึงเห็นได้ว่าการกระทำของผู้กระทำ ความผิดแม้จะเป็นประมาทเหมือนกันแต่ในลักษณะเนื้อหาที่มีความต่างกัน เพราะในกรณีของการเดินเรือหรือขับรถยนต์เมาสุราเป็นกรณีที่ผู้กระทำประมาทโดยจงใจเข้าเสี่ยงภัยทำให้มีโอกาสเกิดความเสียหายได้มากกว่าในกรณีหลังที่เกิดขึ้น ไม่ได้เกิดจากความประมาทอย่างร้ายแรงหรือจงใจอย่างในกรณีแรกแต่เป็นเพียงประมาทธรรมดาอันเกิดจากความสะเพร่าพลั้งเผลอของผู้กระทำ

2. ความผิดฐานทำให้ผู้อื่นได้รับอันตรายแก่กายสาหัสโดยประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 300 บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดกระทำโดยประมาท และการกระทำนั้นเป็นเหตุให้ผู้อื่นรับอันตรายสาหัส ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกิน หกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ฐานความผิดในความประมาทจนทำให้ผู้อื่นได้รับอันตรายสาหัส ยกตัวอย่างเช่น ส. ไม่เจตนายิงคน ยิงยางรถที่ผู้เสียหายนั่งอยู่กระสุนพลาดไปถูกผู้อื่นเป็นอันตรายสาหัส⁴⁶ การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการกระทำที่เป็นประมาทอย่างร้ายแรง ต่างกับในกรณีผู้กระทำเพียงประมาทธรรมดา ยกตัวอย่างเช่น อ. จับเท้า ก. ยกขึ้น จนมือ ก. พ้นดิน 1 สอก แล้วผลัก ก. ล้มลงแขนหัก เป็นการหยอกล้อกันไม่เป็นเจตนาแต่เป็นประมาท⁴⁷ เมื่อพิจารณาผู้กระทำในครั้งหลัง

⁴³ คำพิพากษาฎีกาที่ 1563/2521 น. 1466.

⁴⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 2775/2547 ฎีกาสำนักร่งเสริมงานตุลาการเล่ม 6 น. 69.

⁴⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 860/2512 น. 1192.

⁴⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 1086/2521 น. 688.

⁴⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 1812/2522 น. 2643.

จึงเห็นได้ว่ามีพฤติการณ์ดังกล่าวเพียงหยอกล้อกันที่รุนแรงเกินไปเท่านั้น แต่ผลที่ได้รับในทั้งสองกรณีผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบในฐานความผิดประมาทจนทำให้ผู้อื่นได้รับอันตรายสาหัสเท่ากัน

3. ความผิดฐานทำให้ผู้อื่นได้รับอันตรายแก่กายโดยประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 390 บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดกระทำโดยประมาท และการกระทำนั้นเป็นเหตุให้ผู้อื่นรับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ลักษณะความผิดคือเป็นการกระทำโดยประมาทแต่ผลเพียงผู้เสียหายได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจเท่านั้น ยกตัวอย่างเช่น ขับรถโดยประมาทชนผู้อื่นบาดเจ็บหนัก 1 ซี่ เป็นอันตรายแก่กายแต่ไม่ถึงกับเป็นอันตรายสาหัส⁴⁸ หรือจำเลยถูกผู้เสียหายตำหนิถึงขั้นฟ้องเพื่อไม่ให้ผู้เสียหายตำหนิอีกต่อไป แต่จำเลยไม่เลิกยิงขึ้นฟ้า กลับยิงไปที่ลูกกรงไม้ชานบ้านห่างจากจุดที่ ผู้เสียหายยืนประมาณ 2 วา ทำให้เศษไม้กระเด็นไปถูกผู้เสียหายได้รับอันตรายแก่กายจำเลยมีความผิดฐานกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายแก่กาย⁴⁹ ซึ่งจากกรณีดังกล่าวข้างต้นผู้กระทำสมควรที่จะได้รับโทษจากความประมาทของตน แต่ในทางกลับกันหาก จ. เพียงขี่รถจักรยานยนต์แต่ไม่ระวังเพราะเหม่อลอย ประกอบกับมีสุนัขวิ่งตัดหน้าจึงหักหลบเฉี่ยวชนให้ผู้อื่นได้รับอันตรายแก่กายขึ้น จ. ก็ต้องรับผิดชอบในความประมาทเช่นเดียวกัน แต่ทั้งสามกรณีต่างกันคือกรณีแรกประมาทโดยเข้าเสี่ยงภัยอย่างชัดเจนในการขับรถเร็ว และในกรณีที่สองผู้กระทำผิดแม้โดนกระทำก่อนแต่ก็มีพฤติกรรมที่เข้าเสี่ยงให้เกิดความประมาทโดยการยิงปืนไปที่ลูกกรงไม้ ซึ่งเป็นความประมาทอย่างร้ายแรงทั้งคู่ แต่กรณีสุดท้ายเพียงเหม่อลอยและมีสุนัขวิ่งไปตัดหน้าซึ่งเป็นเหตุบังเอิญที่ทำให้ผลในความประมาทเกิดขึ้นทำให้ผู้กระทำทั้งสามกรณีต้องรับผิดชอบในผลของความประมาทเท่ากัน

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าจากตัวอย่างฐานความรับผิดทั้ง 3 ฐานในประมวลกฎหมายอาญา พบว่าความรับผิดโดยประมาทเป็นความผิดที่เกิดโดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงและระดับของความประมาท (degree of negligence)⁵⁰ ในบางกรณีความประมาทที่เกิดขึ้นอาจจะเกิดจากการกระทำที่ตั้งใจหรือความเสี่ยงภัยที่ผู้กระทำจงใจที่จะให้เกิดความเสียหายนั้น ส่วนผลจะเกิดขึ้นหรือไม่ก็เป็นแล้วแต่ความบังเอิญ ยกตัวอย่างเช่น ยิงยางรถของผู้เสียหายแต่กระสุนไปโดนคน หรือการจงใจขับรถเร็วในเขตชุมชนโดยที่ผู้กระทำมั่นใจว่าไม่น่าจะชนใคร แต่การขับรถดังกล่าวหากเกิดการเฉี่ยวชนผู้อื่น ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบในใดก็จะต้องมาพิจารณาก่อนว่าผลจากความประมาทคือ ตาย หรือได้รับอันตรายสาหัส ซึ่งก็จะได้รับโทษที่ไม่เท่ากัน หรือในบางกรณีอาจจะไม่ต้องรับผิดเลยเพราะแม้จะขับรถประมาทแต่อาจจะไม่เกิดการเฉี่ยวชนเลย หรือแม้ใกล้จะชนผู้เสียหาย แต่ผู้เสียหายได้หลบทัน ผู้ประมาทอาจจะไม่ต้องรับผิดเลยก็ได้

ส่วนอีกกรณีหนึ่งคือการประมาทแบบธรรมดาหรือประมาทโดยไม่รู้ตัว ซึ่งอาจเกิดมาจากความสะเพร่า ยกตัวอย่างเช่น ขับรถอยู่แล้วเผลอเหม่อลอยจนขับรถไปชนผู้อื่นได้รับบาดเจ็บ เดินถือของไม่ระวังของหล่นใส่ผู้อื่นได้รับบาดเจ็บ หรือหยอกล้อเล่นกันกับเพื่อนแต่เผลอเล่นแรงเกินสมควรทำให้เพื่อนได้รับบาดเจ็บ เป็นต้น ความประมาทแบบธรรมดาหรือโดยไม่รู้ตัวก็อาจเกิดจากความบังเอิญขึ้นได้ เช่น ขี่รถจักรยานยนต์ไปตามทางบังเอิญเจอลมแรงพัดฝุ่นทรายเข้าตาทำให้มองไม่เห็นชั่วขณะจนไปเฉี่ยวชนผู้อื่นได้รับบาดเจ็บ เป็นต้น

3. แนวทางการลดความบังเอิญในการกระทำโดยประมาท

จากการศึกษาการกระทำโดยประมาทของไทยนั้น มีความน่าสนใจศึกษาและวิเคราะห์อย่างละเอียดให้มีความกระจ่างให้ได้ว่าความบังเอิญโดยประมาทเกิดขึ้นได้อย่างไร แล้วก็จะป้องกันแก้ไขได้หรือไม่และปัจจุบันกฎหมายกำหนดการลงโทษจากการกระทำโดยประมาทมีความเหมาะสมกับวัตถุประสงค์การลงโทษทางอาญาหรือไม่ เพื่อที่จะได้จัดการแก้ไข เปลี่ยนแปลงหรือปรับปรุงกฎหมายให้สมเหตุสมผลมากขึ้น หรือว่าอาจจะมีการกำหนดให้

⁴⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 467/2508 น. 691.

⁴⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5548/2530 น. 3110

⁵⁰ Smith and Hogan, *supra* note 5, pp.132-133.

ความรับผิดโดยประมาทในเหตุบังเอิญเสียใหม่ เช่น กำหนดผลให้ความรับผิดในความประมาทโดยจงใจผู้กระทำ จะต้องรับโทษทางอาญาหนักขึ้น กำหนดผลให้ความรับผิดในความประมาทแบบธรรมดาให้มีความรับผิดทางอาญาลด น้อยลงหรือไม่ต้องรับโทษทางอาญาเพียงแต่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนทางแพ่งหรือกำหนดว่าเพียงผู้กระทำประมาทโดย จงใจแม้ผลจะไม่เกิดขึ้นก็จะต้องมีความรับผิด เป็นต้น

ดังนั้น ปัญหาในเรื่องการกำหนดความรับผิดโดยประมาทตามที่ได้กล่าวมาในข้างต้นนั้น ทางแก้ไขคือต้อง พิจารณาและตัดสินให้ชัดเจนว่ากฎหมายต้องการจะลงโทษทางอาญาจากผลของความผิดที่เกิดขึ้น หรือต้องการ ลงโทษคนที่กระทำความผิด ถ้าจะลงโทษโดยพิจารณาจากผลของความผิดที่เกิดขึ้น ก็พิจารณาแต่เพียงองค์ประกอบ ภายนอก ซึ่งสามารถกำหนดโทษให้หนักหรือเบาตามแต่ผลที่เกิดจากโชคและความบังเอิญ ดังตัวอย่างในความผิดทั้ง 3 ฐานที่ได้กล่าวมา เพื่อให้เกิดการลงโทษแก่คนให้สาสมกับความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยคำนึงแต่ความต้องการของสังคม ที่ต้องการลงโทษผู้กระทำผิดอันเกิดจากอารมณ์และความรู้สึกแต่เพียงอย่างเดียว ยกตัวอย่างเช่น กรณีขับรถชนคนโดย ประมาท กล่าวคือ ขับรถยนต์ความเร็วเกินกำหนด ขับรถฝ่าไฟแดง ฯลฯ ถ้าไม่เกิดอุบัติเหตุหรือเกิดเหตุเพียงเฉี่ยวชน ผู้อื่นได้รับอันตรายเล็กน้อย ได้รับอันตรายสาหัส หรือถึงแก่ความตายเพียงคนเดียว สังคมอาจจะรู้สึกเป็นปกติและ ไม่ให้ความสำคัญใด ๆ แต่ในกรณีกลับกันหากความประมาทที่เท่ากันนั้น ก็ให้เกิดผลคือทำให้เกิดอุบัติเหตุคนตาย หลายสิบคน มีความเสียหายรุนแรง เป็นเหตุสะเทือนขวัญ สังคมก็จะมีกรเรียกร้องให้มีการลงโทษผู้กระทำอย่าง รุนแรงแก่ผู้ขับขี่ยานพาหนะโดยประมาท ทั้ง ๆ ที่จากตัวอย่างทั้ง 2 กรณี คนขับรถทั้ง 2 กรณีมีความประมาทพอ ๆ กัน

ทำให้ในเรื่องดังกล่าวนี้จึงมีความจำเป็นที่จะกำหนดเน้นศึกษาความผิดจากการกระทำโดยประมาท เพราะ ความผิดในเรื่องของความประมาทในบางกรณีจะไม่มีในเรื่องความชั่วเข้ามาประกอบเลย และจะต้องยอมรับว่าคนใน สังคมบางครั้งอาจจะมีพลังพลั้งเผลอซุ่มซ่ามเกิดขึ้นได้บ้างไม่มากก็น้อย ทำให้เป็นไปได้ที่อาจจะมีกรกระทำโดย ประมาทอย่างไม่รู้ตัวหรือในกรณีที่ความประมาทเกิดขึ้นจากการประมาทแบบธรรมดาก่อให้เกิดผลโดยบังเอิญ เช่น เผลอเรือท่าของตกลูกจากชั้น 2 พอดีมีคนเดินผ่านตรงจุดนั้นพอดีของจึงหล่นใส่ผู้อื่นจนได้รับบาดเจ็บสาหัส หากผู้เสียหาย เดินช้าหรือเร็วกว่านั้นก็คงไม่เกิดผลให้ผู้กระทำต้องรับผิดเลย จึงมีความจำเป็นที่ศึกษาถึงความเป็นไปได้ในการที่จะ กำหนดโทษให้โทษจากความประมาทอย่างไม่รู้ตัวรับผิดในเชิงชดใช้ค่าเสียหายแทนการรับโทษทางอาญาได้หรือไม่ แต่ ในส่วนผู้ที่จงใจกระทำโดยประมาทนั้น เช่น เมาแล้วขับ หรือขับรถเร็วโดยรู้ตัว กฎหมายก็ยังคงสมควรที่จะกำหนดให้มี ความผิดทางอาญา เพื่อปรามมิให้มีการจงใจประมาทต่อไป

อย่างไรก็ดี ก็ไม่ได้หมายความว่า จะปล่อยปละละเลยให้มีความประมาทแบบธรรมดาจากความเผลอเรือ ซุ่มซ่ามเกิดขึ้นโดยไม่มีกรป้องกันและปรามปราม แต่ควรจะมีการกำหนดข้อกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดที่จะ ก่อให้เกิดภัยอันตรายซึ่งจะมีลักษณะเป็นการห้ามปรามไม่ให้คนกระทำความผิด เช่น กฎหมายห้ามขับรถเร็ว ห้ามวางของล้อแหลมที่บนตึกสูงอันจะก่อให้เกิดอันตรายต่อผู้เดินผ่านไปมาด้านล่าง เป็นต้น อันจะเป็นการกำหนดให้ ผู้กระทำต้องรับผิดโดยไม่ต้องรอให้ผลเกิด ซึ่งจะช่วยปรามไม่ให้คนในสังคมที่เผลอเรือซุ่มซ่ามให้เกิดความระมัดระวัง มากยิ่งขึ้นกว่าเดิม

บทสรุป

ในกฎหมายอาญาของไทย ในเรื่องการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นจากการกระทำโดยประมาท หากกฎหมาย กำหนดและแบ่งแยกความผิดเกี่ยวกับเรื่องความประมาท ที่เกิดจากการกระทำโดยไม่รู้ตัวว่าตนกำลังกระทำโดยไม่ ระมัดระวังอยู่ โดยกำหนดให้มีบทลงโทษเชิงการชดใช้ค่าเสียหายแทนการลงโทษอาญาต่างหากจากการกำหนดให้มี ความรับผิดเกี่ยวกับการประมาทโดยจงใจที่ผู้กระทำรู้ว่าตนกำลังกระทำการอันเสี่ยงภัยหรือกระทำโดยยังไม่ ระมัดระวังอยู่แต่ยังขึ้นทำหรือกระทำการอันฝ่าฝืนกฎหมายเท่านั้นที่จะสมควรรับโทษทางอาญา รวมถึงอาจจะมีกร กำหนดให้ผู้กระทำความผิดประมาทโดยจงใจให้มีความรับผิดทางอาญาแม้ว่าผลจะไม่เกิด ซึ่งหากทำได้ก็จะเป็นการ

ยับยั้งการกระทำที่จิตใจไม่ระมัดระวังจนอาจเป็นเหตุให้เกิดผลร้ายแรงตามมาก็คจะช่วยป้องกันคุ้มครองสังคมให้ปลอดภัยได้ในระดับหนึ่งและจะทำให้การกำหนดความรับผิดชอบในเรื่องความประมาทเกิดความยุติธรรมและสามารถลงโทษบุคคลได้อย่างเหมาะสม อันเป็นการพัฒนาระบบกฎหมายเพื่อที่จะทำให้สังคมมีความปลอดภัยและเกิดการพัฒนาทางสังคมอย่างยั่งยืนในด้านกฎหมาย และการลงโทษบุคคลผู้กระทำผิดอย่างเป็นธรรมยิ่งขึ้นกว่าเดิม

บรรณานุกรม

หนังสือ

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, ฉบับพิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขเพิ่มเติม, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์พลสยาม พรินต์ติ้ง ประเทศไทย, 2551.

จิตติ ดิงศภัทย์. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 11 นนทบุรี: ศูนย์การพิมพ์เพชรรุ่ง จำกัด, 2555.

_____. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 – 452, พิมพ์ครั้งที่ 5 กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2526.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. กฎหมายเบื้องต้นทางธุรกิจ, พิมพ์ครั้งที่ 17 แก้ไขเพิ่มเติม, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.

_____. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 19 แก้ไขเพิ่มเติม, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.

ปกป้อง ศรีสนิท. กฎหมายอาญาชั้นสูง, พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.

พจน์ ปุษปาคม. คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม, กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2525.

ไพจิตร ปุญญพันธ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์: ลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 9 แก้ไขเพิ่มเติม, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2544.

ศักดิ์ สมองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดและความผิดทางละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่พ.ศ. 2539, พิมพ์ครั้งที่ 8 แก้ไขเพิ่มเติม, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2551

หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 21 กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556

วิทยานิพนธ์

ธนกศักดิ์ วิเศษจรณา. “ความรับผิดเพื่อละเมิดตามมาตรา 420 : ศึกษากรณีความรับผิดเพื่อละเมิดโดยประมาท เลินเล่ออย่างร้ายแรง,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551)

นนทिया ทองสุก. “ความเหมาะสมของโทษจำคุกกรณีประมาททางอาญา,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525)

บทความ

บัญญัติ สุชีวะ, “ประมาท”, บทบัญญัติ เล่ม 21 ตอน 2, (เมษายน, 2520) หน้า 275.

กฎหมายและคำพิพากษา

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 420, 429,879

ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 59,105,291,300,390,391

คำพิพากษาฎีกาที่ 970/2475 น. 945

คำพิพากษาฎีกาที่ 747/2489 น. 619

คำพิพากษาฎีกาที่ 1345/2489 น. 1296

คำพิพากษาฎีกาที่ 467/2508 น. 691

คำพิพากษาฎีกาที่ 860/2512 น. 1192

คำพิพากษาฎีกาที่ 1086/2521 น. 688

คำพิพากษาฎีกาที่ 1563/2521 น. 1466

คำพิพากษาฎีกาที่ 1812/2522 น. 2643

คำพิพากษาฎีกาที่ 25/2523 น. 25

คำพิพากษาฎีกาที่ 5548/2530 น. 3110

คำพิพากษาฎีกาที่ 3445/2535 ฎีกาสำนักส่งเสริมงานตุลาการเล่ม 10 น. 197

คำพิพากษาฎีกาที่ 14/2538 ฎีกาสำนักส่งเสริมงานตุลาการเล่ม 1 น. 63

คำพิพากษาฎีกาที่ 2511/2538 ฎีกาสำนักส่งเสริมงานตุลาการเล่ม 8 น. 191

คำพิพากษาฎีกาที่ 7224/2539 น. 2031

คำพิพากษาฎีกาที่ 399/2546 ฎีกาสำนักส่งเสริมงานตุลาการเล่ม 1 น. 115

คำพิพากษาฎีกาที่ 2775/2547 ฎีกาสำนักส่งเสริมงานตุลาการเล่ม 6 น. 69

คำพิพากษาฎีกาที่ 13071/2558 <http://deka.supremecourt.or.th/>

BOOKS

Williams G., Criminal Law The General Part 2nd ed., (London Stevens and Sons Limited 1961)

Smith J.C., Element of Chance in Criminal Liability, *Crim.L.RW.* 63 (1971).

Smith and Hogan, Criminal Law, 11^{ed}. (Oxford University Press 2005)

LaFare W.R., Criminal Law, 4^{ed} (West Group press 2003)

ELECTRONIC MEDIA

Resultant Luck ., “Moral Luck”, <https://plato.stanford.edu/entries/moral-luck/#Con.>, July 1, 2019.

ข้อยกเว้นความรับผิดตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศกับ กฎหมายอาญาไทย¹

เทิดสยาม บุญยะเสนา*

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อพิจารณาถึงหลักการและสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดตามหลักธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ที่เกิดขึ้นรวมถึงศึกษาถึงกรณีคำตัดสินของศาลอาญาระหว่างประเทศและศาลอื่นที่มีหน้าที่ในการพิพากษาคดีอาชญากรรมระหว่างประเทศ และเพื่อเปรียบเทียบข้อยกเว้นความรับผิดตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ และกฎหมายอาญาไทย

ในการศึกษาและวิจัยนั้น ผู้ศึกษาได้ใช้วิธีการศึกษาวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) เป็นหลัก โดยอาศัยการค้นคว้าข้อมูลจากเอกสาร หนังสือกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ กฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายอาญา ตำรา บทความ ตั๋วบทกฎหมาย และเอกสารอื่น ๆ

ผลการศึกษาสรุปได้ว่าข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศมีลักษณะคล้ายกับข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาของไทยหลายประการแต่อาจแตกต่างกันบ้างในเรื่องรายละเอียดในการนำไปปรับใช้ ส่วนที่แตกต่างกันอย่างชัดเจนในทางสารบัญญัติที่กฎหมายอาญาของไทยยังไม่ยอมรับข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาอื่นที่ไม่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายหรือจารีตประเพณีให้กระทำได้ ในขณะที่กฎหมายอาญาระหว่างประเทศยินยอมให้ผู้กล่าวหายกขึ้นต่อผู้ต่อได้กว้างขวางกว่าเพราะข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาตามรัฐธรรมนูญข้อ 31 แห่งธรรมนูญกรุงโรมไม่ได้ถือว่าเป็นที่สุด โดยตามวรรค 3 ได้อ้างธรรมนูญกรุงโรมข้อ 21 ซึ่งกำหนดให้ศาลสามารถปรับใช้ข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาตามธรรมนูญกรุงโรมเป็นลำดับแรกและด้วยเหตุผลทางด้านความเหมาะสมสามารถปรับใช้หลักการและกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศได้และนอกจากนั้นยังสามารถปรับใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายที่สืบเนื่องมาจากศาลตามกฎหมายภายในรัฐของระบบกฎหมายภายในโลกได้ด้วย นอกจากนี้ในทางวิธีบัญญัติตามกฎเกณฑ์ของศาลอาญาระหว่างประเทศว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐานตามข้อ 79 และข้อ 80 ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าในกรณีที่มีการอ้างข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาซึ่งกฎหมายอาญาของไทยยังไม่มีบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวอย่างชัดแจ้ง

ABSTRACT

This is the Article regarding ground for excluding criminal responsibility or defences in Rome Statute of the International Criminal Court. This study aims to consider the conditions and issues that occur in ground for excluding criminal responsibility or defences, by the international criminal law, including the study to the case the decision of international criminal court and other courts in the adjudication of international crimes understand both in terms of the law on defences as Thailand Criminal Law and the compare defences between in Rome Statute of the International Criminal Court and Thai criminal law. This is because criminal laws between the countries have been developed.

¹ ผู้เขียนขอขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ผศ.พริ้งดา ดิงศภักดิ์ ผศ.ดร.รณกรณ์ บุญมี อ.ดร.ธนัทเทพ เอียรประสิทธิ์ และ อ.เพียรรัตน์ ลีลาพงศธร ที่ให้คำแนะนำในการแก้ไขปรับปรุงบทความนี้.

* นักศึกษาปริญญาโท นิติศาสตรมหาบัณฑิต วิชาเอกวิชาเอกกฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรม มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, รองผู้กำกับการหัวหน้างานสอบสวน สถานีตำรวจนครบาลตลิ่งชัน จังหวัดเชียงใหม่.

This thesis is a qualitative research design derived from an investigation of documents, textbooks, articles and related research; and a data analysis of legal evidence from documents, textbooks, editorials, research studies, theses, law codes.

This study concludes that defences of criminal law according to in Rome Statute of the International Criminal Court includes both justification and excuse. Ground for excluding criminal responsibility of Rome Statute of the International Criminal Court is the concept of the international criminal Law, which is quite open. This is because according to the Rome Statute of the International Criminal Court, which is attempted to relate to general principle of law for every country, for both civil law system and common law system. When compare with defences of Thai criminal law, we can see that defences of in Rome Statute of the International Criminal Court is close to defences of Thai criminal law, but there are different in some details of adjustment. However, the big difference is that defences of Thai criminal law does not accepted defences of criminal law that is not provided in Thai law or Thai tradition. In contrast, Rule 79 and 80 of the Rules of Procedure and Evidence of International Criminal Court mentions that “The defence shall give notice to both the Trial Chamber and the Prosecutor if it intends to raise a ground for excluding criminal responsibility under article 31, paragraph 3. This shall be done sufficiently in advance of the commencement of the trial to enable the Prosecutor to prepare adequately for trial.” However, Thailand has no this procedural law for the accused.

บทนำ

ศาลอาญาระหว่างประเทศได้รับการรับรองจากสมาชิกสมัชชาสหประชาชาติจำนวน 160 ประเทศ โดยได้รับการรับรองเมื่อปี พ.ศ. 2541 และมีผลบังคับใช้เมื่อปี พ.ศ. 2545 เป็นต้นมา² รัฐทั้งหลายได้เริ่มปรับใช้บรรทัดฐานของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศโดยเป็นการสร้างสถาบันขึ้นอย่างเป็นทางการในกรณีของการลงโทษอาชญากรรมร้ายแรงเพื่อแก้ไขปัญหาเรื่องกฎหมายที่มีผลย้อนหลังและการเลือกปฏิบัติในการดำเนินคดีอาชญากรรมที่ร้ายแรงที่สุด³ ตามธรรมนูญกรุงโรมนั้นได้ยืนยันหลักการที่ต้องดำเนินการกับอาชญากรรมระหว่างประเทศซึ่งก่อให้เกิดโคกนาฏกรรมที่ไม่สามารถจินตนาการได้และกระทบต่อสามัญสำนึกของมนุษยชาติและเป็นภัยคุกคามต่อสันติภาพ ความมั่นคงและการดำรงอยู่ที่ดีของโลกหรืออาจถือได้ว่าผู้ที่ก่ออาชญากรรมระหว่างประเทศนั้นเป็นผู้ทำลายคุณงามความดีระหว่างประเทศ เป็นภัยคุกคามต่อความสงบเรียบร้อยตามกฎหมายระหว่างประเทศ มีผลกระทบต่อเผ่าพันธุ์ของมนุษยชาติ รวมทั้งมีผลต่อศักดิ์ศรีของมนุษยชาติ⁴ โดยทั่วไปแล้วการศึกษาเกี่ยวกับศาลอาญาระหว่างประเทศในหลายแง่มุม เช่น ประวัติความเป็นมา การศึกษาในเชิงการเมือง เขตอำนาจศาล โครงสร้าง อาชญากรรมร้ายแรงที่อยู่ในเขตอำนาจศาล เป็นต้น⁵ และประเด็นที่สำคัญที่สุดเรื่องหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับศาลอาญาระหว่างประเทศคือเรื่อง “ ความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคล” (individual criminal responsibility) ที่โดยทั่วไปแล้วเป็นการอธิบายถึงสถานการณ์ที่ปัจเจกบุคคลใดบุคคลหนึ่งจะต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับการกระทำที่ผิดกฎหมาย⁶ และเรื่องโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาตามหลักกฎหมายอาญาระหว่างประเทศรวมไปถึงเรื่อง “ข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญา” ที่ตรงกับภาษาอังกฤษว่า “defense” หรือ “grounds for excluding criminal responsibility”⁷ โดยคำทั้งสองคำในภาษาอังกฤษโดยทั่วไปสามารถใช้แทนกันได้⁸ ตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศโดยข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศไม่ได้เกิดขึ้นจากแหล่งที่มาแหล่งใดแหล่งหนึ่งแต่เป็นเรื่องที่สืบเนื่องมาจากระบบกฎหมายอาญาภายในรัฐผ่านกระบวนการที่ชอบธรรมในกฎหมายระหว่างประเทศ ในส่วนที่มาจากทางปฏิบัติแล้วส่วนใหญ่ข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญา ข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาถูกนำมากล่าวอ้างอย่างมากในคดีอาชญากรรมสงคราม ส่วนในคดีอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติจะมีการนำมากล่าวอ้างเฉพาะเป็นบางคดีในกรณีพิเศษเท่านั้น ส่วนตามลายลักษณ์อักษรแล้วส่วนใหญ่ปรากฏอยู่ในข้อ 31 แห่งธรรมนูญ

² ไม่ปรากฏชื่อผู้เขียน, “บทบาทของศาลอาญาระหว่างประเทศมีหน้าที่อะไร,” สืบค้นเมื่อวันที่ 7 กรกฎาคม 2562, จาก <http://bpi-icb.org/>

³ Salla Huikuri, *The institutionalization of the International Criminal Court*, (Cham Switzerland: Palgrave Macmillan, 2019), p.3. และโปรดดูเพิ่มเติมที่ Andrew Novak, *The International Criminal Court: An introduction*, (Cham: Springer, 2015), William A. Schabas, *An introduction to the International Criminal Court*, 5th ed. (Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2017), B.N. Schiff, *Building the International Criminal Court*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2008).

⁴ Daniel D. Ntanda Nsereko. “The Evolution of International Law and the International Criminal Court in Context,” Retrieved on December 5, 2016, from <http://www.pgaction.org/pdf/The-Evolution-of-International-Criminal-Law.pdf>.

⁵ โปรดดูเพิ่มเติมที่ Doria, José, Hans-Peter Gasser, M. Cherif Bassiouni, and I. P. Blishchenko, *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko: In Memoriam Professor Igor Pavlovich Blishchenko (1930-2000)*, (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009).

⁶ Bearbeitet von Ciara Damgaard. “*Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes*,”. Retrieved on December 6, 2017, from [http://www.beckshop.de/fachbuch/leseprobe/9783540787808 Excerpt_001.pdf](http://www.beckshop.de/fachbuch/leseprobe/9783540787808_Excerpt_001.pdf). p.12.

⁷ Otto Triffterer, Kai Ambos, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, (Beck: Hart, 2016), p.1125 -1160.

⁸ K. Kittichaisaree, *International Criminal Law*, (Oxford: Oxford University Press), p.258.

กรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ¹⁰ แต่อย่างไรก็ตามกระบวนการให้คำจำกัดความ การยกระดับ พัฒนาการ และการปรับใช้ไม่ได้ขึ้นอยู่กับกระบวนการยุติธรรมของประเทศใดประเทศหนึ่งเท่านั้น โดยเป็นระบบที่เกิดขึ้นในศาลอาญาระหว่างประเทศซึ่งยอมรับกฎเกณฑ์ของกฎหมายภายในว่าเป็นข้อยกเว้นได้ สำหรับพื้นฐานแล้วการอ้างข้อยกเว้นความรับผิด หมายถึง “ข้อกล่าวอ้างที่เสนอโดยผู้ถูกกล่าวหาว่าการกระทำของเขานั้นพ้นข้อกล่าวหาจากความรับผิด” แนวความคิดเรื่องข้ออ้างเกี่ยวกับข้อยกเว้นความรับผิดนั้นประกอบไปด้วยหลายเรื่องและกว้างขวางมาก ซึ่งอาจทำให้ผู้ฟ้องร้องคดีไม่สามารถดำเนินคดีอาญาดังกล่าวได้ การกระทำทางอาญานั้นโดยพื้นฐานประกอบไปด้วยองค์ประกอบภายนอก (*actus reus*) และองค์ประกอบทางด้านจิตใจ (*mens rea*) ซึ่งผู้กระทำความผิดอาจอ้างข้อยกเว้นความรับผิดทั้งสองอย่าง¹¹ ดังนั้นข้ออ้างทั้งหลายเหล่านี้จึงมีลักษณะที่กว้างขวางโดยผู้ถูกกล่าวหาอาจอ้างข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาทั้งเรื่ององค์ประกอบภายนอกหรือองค์ประกอบทางด้านจิตใจเพื่อให้ตนเองหลุดพ้นความรับผิดทางอาญา นอกจากนี้แล้วประเด็นในเรื่องการอ้างข้อยกเว้นความรับผิดในทางอาญาตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศยังมีความสัมพันธ์กับข้อ 66 ของธรรมนูญกรุงโรม¹² ที่กำหนดเกี่ยวกับข้อสันนิษฐานว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะได้รับการพิสูจน์ว่ามีความผิดโดยปราศจากเหตุอันควรสงสัยซึ่งสอดคล้องกับหลักมาตรฐานสากลของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งการฟ้องร้องคดีต่อการกระทำความผิดอาญาของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศก็ต้องพิสูจน์ทั้งองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบทางด้านจิตใจจึงจะถือว่าผู้ถูกกล่าวหาในคดีนั้นได้กระทำความผิดพื้นฐานสำหรับข้อยกเว้นความรับผิดนั้นปรากฏอยู่ในธรรมนูญกรุงโรมจึงถือว่าเป็นพัฒนาการอย่างสมบูรณ์เกี่ยวกับการบัญญัติกฎหมายขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร¹³ โดยในบทความนี้ต้องการกล่าวถึงข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศกับกฎหมายอาญาไทยทั้งในแง่กฎหมายสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติเพื่อให้ลักษณะของตัวบทกฎหมายและวิธีการปรับใช้ด้วย

1. ลักษณะของข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญา

โดยทั่วไปแล้วในกระบวนการฟ้องร้องผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญานั้นเริ่มต้นด้วยการตั้งข้อกล่าวหาและต้องพิสูจน์โดยปราศจากเหตุอันควรสงสัยว่าผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดตามข้อกล่าวหา ยกตัวอย่างเช่น การพิสูจน์เจตนาในการทำให้เสียหายของบุคคลอื่นหรือเจตนาทุจริตในเรื่องการลักทรัพย์ ซึ่งในการพิสูจน์ดังกล่าวถือว่าเป็นการพิสูจน์ในเรื่องความรับผิดทางอาญาของผู้กระทำความผิด แต่อย่างไรก็ตามผู้กระทำความผิดสามารถปฏิเสธความรับผิดทางอาญาได้ โดยการกล่าวอ้างข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาที่แม้ไม่ได้เป็นการปฏิเสธความรับผิดตามข้อกล่าวหาแต่เป็นการยกข้ออ้างที่มีความสัมพันธ์กับองค์ประกอบที่สมควรจะยกเว้นความรับผิดทางอาญาให้โดยนักทฤษฎีบางท่านใช้เรื่องข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาในความหมายที่กว้างมากในการปฏิเสธความรับผิดโดยการปฏิเสธเรื่ององค์ประกอบของความผิด แต่โดยทั่วไปแล้วข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาจะใช้ในความหมายอย่างแคบมากกว่าโดยแบ่งออกเป็น 2 ประเภทคือ “ข้ออ้างกับข้อยกเว้น” (*Justification and Excuse*) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดและเหตุยกเว้นโทษ ซึ่งภายใต้กรอบของแนวความคิดของเยอรมันแล้วการใช้ข้ออ้างเป็นการปฏิเสธความรับผิดทางอาญาทั้งหมด (*Rechtswidrigkeit or wrongfulness*) ส่วนข้อยกเว้นนั้นเป็นการปฏิเสธความเป็นผู้ผิดทางอาญา (*Schuld or culpability*) แต่ความแตกต่างในเรื่องนี้ไม่ได้มีความชัดเจนโดยออสติน (JL Austin) ได้ตั้งข้อสังเกตว่า การใช้ข้ออ้างของการกระทำเท่ากับเป็นการยอมรับความรับผิดในทางอาญาแต่

¹⁰ Gerhard Werle, *Principles of International Criminal Law*, (New York: Oxford University Press, 2014), p. 139.

¹¹ Ilias Bantekas and Susan Nush, *International Criminal Law*, 3rd ed., (London: Cavendish, 2007), pp. 51 -71.

¹² ธรรมนูญกรุงโรมฯ ข้อ 66 กำหนดว่า “ข้อสันนิษฐานเป็นผู้บริสุทธิ์ 1. บุคคลย่อมได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ในศาลว่า ได้กระทำความผิดตามกฎหมายที่ใช้บังคับ 2. อัยการมีหน้าที่ต้องพิสูจน์ความผิดของจำเลย 3. ในการพิพากษาลงโทษจำเลย ศาลฯ ต้องแน่ใจว่า จำเลยเป็นผู้กระทำความผิดโดยปราศจากความสงสัยตามสมควร.

¹³ *supra* note 9, pp.138 – 139.

ปฏิเสธว่าการกระทำนั้นเป็นสิ่งที่เลวร้าย ส่วนการใช้เรื่องช้อยกเว้นหรือข้อแก้ตัวเป็นการยอมรับว่าการกระทำนั้นเป็นสิ่งที่เลวร้ายและไม่ยอมรับทั้งหมดหรือรับผิดชอบแต่เพียงบางส่วน¹⁴ จึงอาจถือได้ว่าการกระทำที่อ้างข้ออ้างนั้นโดยทั่วไปถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด แต่โดยสภาพแวดล้อมแล้วทำให้ไม่เป็นความผิด ส่วนในเรื่องการอ้างช้อยกเว้นนั้นตรงกันข้ามโดยถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดอย่างแท้จริงแต่ผู้กระทำไม่สมควรจะถูกดำเนินคดี¹⁵ ตัวอย่างที่ชัดเจนที่สุดสำหรับการอ้างช้อยกเว้นคือ การอ้างการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ส่วนการอ้างช้อยกเว้นการอ้างเรื่องจำเป็น¹⁶ ในการทำความเข้าใจถึงพัฒนาการของช้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้นได้มีวิวัฒนาการมาจากสองแนวทางหลักคือมาจากหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายทหารและกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ยกตัวอย่างเช่นการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา รวมไปถึงเรื่องการอ้างว่าถูกบังคับขู่เข็ญหรือการได้รับความคุ้มครองในฐานประมุขของรัฐ ส่วนในอีกด้านหนึ่งนั้นช้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาตามกฎหมายระหว่างประเทศเกิดขึ้นจากระเบียบวิธีทางนิติศาสตร์ในการศึกษากฎหมายอาญาเปรียบเทียบกับในเรื่องต่าง ๆ เช่น การอ้างการป้องกัน จำเป็น ฯลฯ ซึ่งหลักการเหล่านี้ส่วนใหญ่จะมีอยู่แล้วในทางนิติศาสตร์ของประเทศต่าง ๆ โดยศาลอาญาชั่วคราวระหว่างประเทศในยูโกสลาเวียเดิมกับศาลอาญาชั่วคราวระหว่างประเทศในรวันดาได้นำเอาหลักการของช้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาเหล่านี้มาใช้ แต่นักกฎหมายระหว่างประเทศก็พบกับอุปสรรคเกี่ยวกับความยากในการอ้างแหล่งที่มาที่แตกต่างกันเพราะเมื่อพิจารณาถึงสาระสำคัญของกฎหมายภายในรัฐแล้วทั้งระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรและระบบกฎหมายจารีตประเพณีได้กล่าวถึงเรื่องช้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เป็นการอ้างเรื่องการป้องกันตนเองและแนวความคิดเหล่านี้ค่อยค่อยส่งผลต่อพัฒนาการของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศที่มีการพัฒนาอย่างรวดเร็วในทุกด้านจนกระทั่งเรื่องช้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาจึงได้ไปปรากฏอยู่ในธรรมนูญกรุงโรม¹⁷

ข้อพิจารณาเกี่ยวกับช้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญานั้นให้ความสำคัญกับตัวของ “จำเลยหรือผู้ถูกกล่าวหา” เป็นสำคัญโดยเป็นการประเมินเรื่องศีลธรรมทั่วไปของผู้ถูกกล่าวหาที่มีความเหมาะสมที่จะได้รับการประณามและลงโทษหรือไม่ โดยในทางทฤษฎีแล้วการอ้างช้อยกเว้นความรับผิดชอบในทางอาญานั้นกระทำโดยผ่านส่วนที่เป็นองค์ประกอบทางด้านจิตใจตามคำจำกัดความของอาชญากรรมนั้น ๆ เพื่อรับรองว่าเป้าหมายทางศีลธรรมนั้นเป็นไปตามข้อห้ามทางอาญาจะเกิดขึ้นได้ตามความเป็นจริง โดยแนวความคิดในเรื่องช้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญากับการกระทำผิดนั้นเปรียบเทียบเหมือนเหรียญคนละด้านที่อยู่เหรียญเดียวกัน โดยถูกมองว่าเป็นเงื่อนไขของการรับผิดในทางอาญาโดยวิธีการวิเคราะห์ความรับผิดชอบทางอาญาอาจจะต้องวิเคราะห์ผ่านทางองค์ประกอบภายนอก องค์ประกอบภายในจิตใจและช้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญา โดยการกระทำผิดแม้จะมีข้อเท็จจริงว่าครบองค์ประกอบภายนอกแล้วจะถือว่าเป็นวัตถุประสงค์ในทางอาญาว่าเป็นข้อห้ามของสังคม การพิจารณาจากเงื่อนไขของบุคคลที่เป็นคำตอบที่เป็นธรรมสำหรับภัยอันตรายที่เกิดขึ้นด้วย ดังนั้นในบางกรณีองค์ประกอบทางด้านจิตใจจะช่วยให้ระบุดังกล่าวการกระทำผิดได้ชัดเจนถึงความรับผิดชอบของผู้กระทำซึ่งโดยทั่วไปแล้วจะแบ่งข้ออ้างความรับผิดชอบทางอาญาออกเป็น 2 แบบ คือ ข้ออ้างและช้อยกเว้น โดยช้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาที่สำคัญได้แก่ความยินยอม การกระทำโดยอัตโนมัติ การขาดการควบคุมตนเอง การถูกบังคับขู่เข็ญ ความจำเป็น การป้องกันตนเอง เป็นต้น สำหรับช้อยกเว้น

¹⁴ โปรดดูเพิ่มเติมที่ C. Elliott & F. Quinn, *Criminal Law*, (Harlow, England: Pearson/Longman, 2010), pp. 321 – 396.

¹⁵ R. A. Duff, *Answering for Crime Responsibility and Liability in the Criminal Law*. (Oxford: Hart Publishing, 2007), p. 264.

¹⁶ G.P. Fletcher, *Basic Concepts of Criminal Law*. (Oxford: Oxford University Press, 1998), pp. 130 – 147.

¹⁷ Geert-Jan Alexander Knoops, *Defenses in Contemporary International Criminal Law*, (Leiden: Nijhoff, 2008), p.29, 63.

ความรับผิดทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยนั้นไม่ได้กำหนดชื่อเรียกไว้ในประมวลกฎหมายอาญาทำให้ผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมายแต่ละท่านอาจจะเรียกแตกต่างกันไปบ้าง เช่น ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ เรียกว่า “เหตุยกเว้นความรับผิด” โดยแบ่งเป็น 3 หมวด¹⁸ คือ หมวดแรก การกระทำไม่มีความผิด หมวดที่สอง เหตุยกเว้นโทษ หมวดที่สาม เหตุลดหย่อนความผิด ดร.เกียรติขจร วิจารณ์สวัสดิ์ ได้อธิบายไว้ในเรื่องโครงสร้างความรับผิดทางอาญาว่า เป็นโครงสร้างข้อที่ 2 ว่า เป็น “การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด” และโครงสร้างข้อ 3. “การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ” และเหตุลดโทษ¹⁹ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ได้แบ่งเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาออกเป็น อำนาจกระทำ เหตุยกเว้นโทษ เหตุเกี่ยวกับความไม่รู้ผิดชอบและเหตุยกโทษ ลดโทษและเหตุบรรเทาโทษ อย่างอื่น²¹ และรองศาสตราจารย์ลาวัลย์ หอนพรัตน์ ได้แบ่งเป็น เหตุยกเว้นความผิด เหตุยกเว้นโทษ เหตุลดโทษและเหตุรอการกำหนดโทษและเหตุรอการลงโทษ²² อย่างไรก็ตามแม้ว่าผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมายอาญาดังกล่าวข้างต้นจะเรียกชื่อและแบ่งประเภทข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาแตกต่างกันไปบ้างแต่โดยสาระสำคัญนั้นอาจถือว่าไม่ได้แตกต่างกันมากนักและให้ความหมายไปในทิศทางเดียวกันว่าเป็นเหตุที่ผู้ถูกกล่าวหาเข้ามาอ้างเมื่อถูกดำเนินคดีเพื่อให้พ้นจากความผิดหรือได้รับการยกเว้นโทษหรือลดโทษ

2. ข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

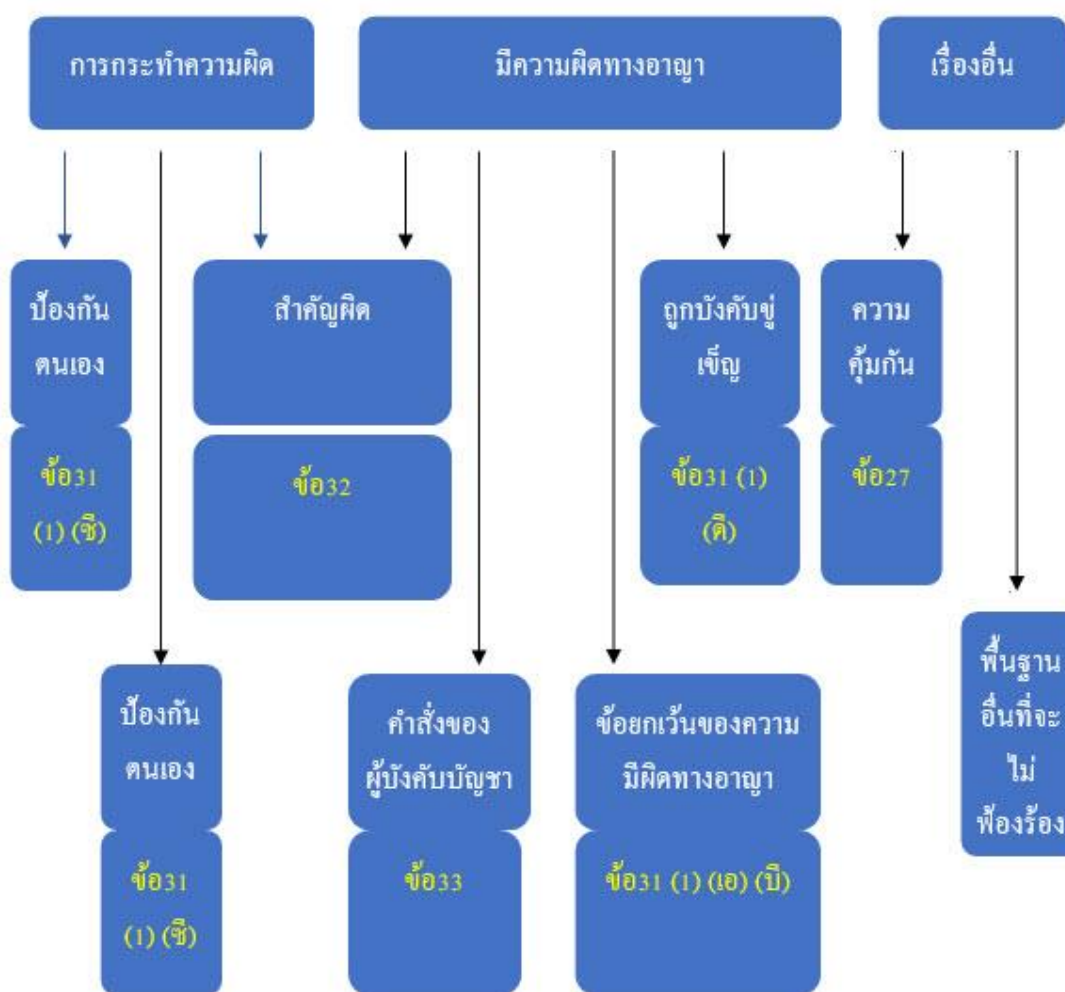
ข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศก็พัฒนามาควบคู่กับหลักกฎหมายอาญาระหว่างประเทศและหลักกฎหมายระหว่างประเทศ สำหรับเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาตามธรรมนูญนั้นปรากฏอยู่ในข้อ 27, 31, 32 และ 33 ซึ่งอาจสรุปเป็นแผนภาพได้ดังนี้คือ.-

¹⁸ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 11 (นนทบุรี : บริษัทศูนย์การพิมพ์เพชรรุ่ง จำกัด, 2555), น.746-1053.

¹⁹ เกียรติขจร วิจารณ์สวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพฯ : พลสยามพริ้นติ้ง, 2551), น. 372-538.

²¹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 20 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), น. 173-214.

²² ลาวัลย์ หอนพรัตน์, “เหตุยกเว้นความผิด เหตุยกเว้นโทษ เหตุลดโทษ เหตุรอการกำหนดโทษและเหตุรอการลงโทษ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม 2562, จาก <http://law.stou.ac.th/dynfiles/Ex.41716-4.pdf>



ภาพที่ 2 แสดงข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาของศาลอาญาระหว่างประเทศ²³

การอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดตามกฎหมายสารบัญญัติอาจได้เป็น 2 ประเภทคือ ข้ออ้างและข้อยกเว้น ความแตกต่างในเรื่องนี้เกิดจากแนวความคิดของระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยเฉพาะอย่างยิ่งความแตกต่างระหว่างการให้คำนิยาม การกระทำความคิดและความรับผิดทางอาญาโดยในระบบนี้จะเป็นความแตกต่างระหว่างข้ออ้างและข้อแก้ตัวเป็นบทกฎหมายที่บังคับให้กระทำการที่สามารถลบล้างการกระทำความคิดของผู้กระทำความผิดและความแตกต่างดังกล่าวนั้นในระบบกฎหมายจารีตประเพณีก็เริ่มสนับสนุนแนวความคิดดังกล่าวในมุมมองนี้เห็นว่าข้ออ้างของเหตุยกเว้นความรับผิดทางอาญาในเรื่องที่มี “ข้ออ้าง” นั้นใช้สำหรับการกระทำที่ครอบคลุมประกอบภายนอกตามคำนิยามของการกระทำความคิด (*actus reus*) แต่ถือว่าเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายเพราะผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำการไปบนบรรทัดฐานที่อนุญาตให้กระทำได้ ตัวอย่างเช่น การอ้างการป้องกันตนเองที่แม้จะเป็นการกระทำความคิดครอบคลุมประกอบภายนอกแต่ก็ถือว่าไม่ได้กระทำความผิดและแม้ว่าเหตุผลการอ้างการป้องกันเป็นข้ออ้างนั้นจะมีความแตกต่างกันแต่ก็ล้วนอยู่บนเหตุผลในเรื่องการสร้างสมดุลระหว่างเรื่องประโยชน์ที่นำมาเปรียบเทียบกันและพิจารณาว่าเรื่องใดมีประโยชน์ที่เหนือกว่า แต่ในทางตรงกันข้ามแล้วเรื่อง

²³ Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law Volume I: Foundations and General Part*, (Oxford: Oxford University Press, 2013), p. 301.

“ช้อยกเว้น” นั้นไม่ได้เสนอช้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาว่าผู้กระทำไม่ได้กระทำความผิดทางอาญาแต่อ้างว่าผู้ถูกกล่าวหากระทำความผิดไปโดยไม่ได้รับรู้ว่าการกระทำของตนเองเป็นการกระทำความผิด ดังนั้นโดยสรุปแล้วอาจถือได้ว่าข้ออ้างของการกระทำความผิดนั้นเกี่ยวข้องกับคุณลักษณะของการกระทำ ส่วนข้ออ้างนั้นเป็นเรื่องเกี่ยวกับข้อบกพร่องหรือข้อตำหนิของผู้กระทำความผิด อย่างไรก็ตามมีบางความเห็นให้ความเห็นว่าต่างออกไปว่าระหว่างเรื่องการอ้างเรื่องทั้งสองดังกล่าวนี้ไม่สามารถแยกได้อย่างชัดเจนระหว่างเรื่องของ “ข้ออ้าง” หรือ “ช้อยกเว้น” เพื่อเมื่อคำนึงถึงสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการป้องกันตนเองแล้วในบางกรณีเป็นเรื่องที่เหมาะสมกว่าที่จะถือว่าผู้ที่กระทำนั้นถือว่าเป็นเรื่องข้อบกพร่องของผู้กระทำ ยกตัวอย่างเช่นในกรณีที่ผู้บุกรุกเข้าไปในบ้านและผู้กระทำได้กระทำเกินกว่าขอบเขตและพยายามที่จะใช้ความรุนแรงต่อเนื่องต่อผู้กระทำความผิดบุกรุกเข้าไปในเคหสถาน ซึ่งในบางระบบกฎหมายแล้วถือว่าการป้องกันตัวที่เกินขอบเขตและไม่สามารถใช้เป็นข้ออ้างได้แต่ถือว่าเป็นข้อแก้ตัวสำหรับการบรรเทาโทษได้และผู้กระทำความผิดก็ไม่สามารถแบ่งแยกระหว่างข้ออ้างหรือข้อแก้ตัวได้ โดยหากพิจารณาในเรื่องการกระทำผิดทั่วไปกับบุคคลที่สามารถพิสูจน์ได้ว่าตนเองมีข้อบกพร่อง ยกตัวอย่างเช่น การฆ่าในขณะที่โดนข่มขู่ ยิ่งกว่านั้นความแตกต่างระหว่างผลลัพธ์ในทางปฏิบัติมีมุมมองที่ตรงกันข้ามกันระหว่างการเน้นที่ผลลัพธ์โดยตรงสำหรับผู้กระทำความผิดโดยตรง ความแตกต่างระหว่างผู้ที่ไม่ได้กระทำความผิดโดยตรงนั้นซึ่งบางระบบอาจจะถือว่าผู้ที่ไม่ได้กระทำความผิดโดยตรงยังถือว่าเป็นผู้กระทำความผิด แต่ในบางระบบถือว่าผู้ที่ไม่ได้กระทำความผิดโดยตรงอาจถือว่าไม่ได้กระทำความผิด และหากผู้กระทำความผิดได้รับประโยชน์เพียงในเรื่องช้อยกเว้นแล้ว ผู้กระทำยังถือว่าเป็นผู้กระทำความผิดและผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดยังสามารถใช้สิทธิในการป้องกันตัวที่โดยทั่วไปถือว่าเป็นกระทำที่ผิดกฎหมายและอย่างน้อยที่สุดหากถือว่าข้ออ้างยังเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายอาจทำให้สามารถเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้ สำหรับประเด็นในทางสังคมนั้นหากเปรียบเทียบระหว่างเรื่อง “ข้ออ้าง” กับ “ช้อยกเว้น” แล้วการอ้างเกี่ยวกับข้ออ้างทำให้เกิดข้อพิจารณาว่าการกระทำนั้นได้รับการยอมรับตามกฎหมายว่าพลเมืองสามารถคาดหมายว่าการกระทำของตนเองเป็นข้ออ้างในการกระทำความผิดได้ โดยพลเมืองกระทำไปเพื่อป้องกันผลประโยชน์ของตนเองหรือผลประโยชน์ส่วนรวมแต่ในทางตรงกันข้ามแล้วการอ้างช้อยกเว้นแล้วถึงแม้จะรับฟังได้ตามข้ออ้างที่เป็นการแก้ตัวดังกล่าวก็ตามแต่โดยภาพรวมแล้วก็ถือว่าเป็นการกระทำผิดกฎหมายอยู่ดีซึ่งทำให้ไม่สามารถคาดหมายได้ว่าจะใช้เป็นบรรทัดฐานในครั้งต่อไป โดยสรุปแล้วความแตกต่างระหว่างข้ออ้างกับข้อแก้ตัวนั้นยังอยู่บนเรื่องเหตุผลทางศีลธรรมที่เกี่ยวข้องกับช้อยกเว้นความรับผิดทางอาญา ดังนั้นตามธรรมเนียมของศาลอาญาระหว่างประเทศจึงไม่ได้แบ่งแยกระหว่างข้ออ้างกับข้อแก้ตัวออกอย่างชัดเจนด้วยเหตุผลสำคัญเพื่อให้ปรับใช้ได้หลักกฎหมายในทุกระบบ²⁴ และสิ่งที่เป็นพื้นฐานในการทำความเข้าใจว่าช้อยกเว้นความรับผิดในทางอาญาคือ “การแสดงผลที่เป็นข้ออ้าง” มิใช่เพียงแต่การอ้างข้ออ้างในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเท่านั้นเพราะเหตุผลที่อยู่เบื้องหลังข้ออ้างเหล่านั้นก็เป็นเรื่องสำคัญเช่นเดียวกัน เพื่อให้ผู้กระทำความผิดหลุดพ้นจากข้อกล่าวหาทางในทางอาญา²⁵ หรือได้รับการยกเว้นโทษหรือลดโทษ โดยมีเรื่องที่ควรทำความเข้าใจดังต่อไปนี้คือ-

ความบกพร่องทางจิต

ตามธรรมนูญกรุงโรมฯ ข้อ 31 (1) (เอ) กำหนดไว้ว่า

มูลเหตุสำหรับการยกเว้นความรับผิดทางอาญา

“1. นอกเหนือจากมูลเหตุอื่นสำหรับการยกเว้นความรับผิดทางอาญาที่บัญญัติไว้ในธรรมนูญศาลฯ นี้บุคคลไม่ต้องรับผิดทางอาญา หากว่าในขณะที่กระทำการนั้น

บุคคลนั้นเป็นโรคจิตหรือมีข้อบกพร่องทางจิตซึ่งทำลายความสามารถของบุคคลนั้นในการรับรู้ความไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือสภาพของการกระทำของตน หรือความสามารถที่จะควบคุมการกระทำของตนให้สอดคล้องกับข้อกำหนดของกฎหมาย”

²⁴ Ibid, p.302.

²⁵ supra note 10, p. 51.

การอ้างเรื่องมีข้อบกพร่องทางจิตนั้นมีพัฒนาการมาควบคู่กับเรื่องความเจริญก้าวหน้าเกี่ยวกับจิตเวชและเวชศาสตร์ แม้ว่าจะได้รับการรับรองจากระบบกฎหมายภายในของรัฐทั้งหลายว่าความบกพร่องทางจิตอย่างร้ายแรงทำให้ถือเป็นข้อยกเว้นเกี่ยวกับองค์ประกอบทางด้านจิตใจของการกระทำอาชญากรรม แต่ปัญหาคือองค์ที่ทำหน้าที่บัญญัติกฎหมายเหล่านี้และศาลซึ่งทำหน้าที่พิจารณาคดีมักจะไม่ได้มีอยู่ในขอบเขตของการตรวจสอบในส่วนที่เกี่ยวข้อง เช่นการพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ตามกฎหมายอาญา²⁶ ตามข้อ 31 (1) (เอ) ของ ธรรมนูญกรุงโรมนั้นยกเว้นความรับผิดทางอาญาเมื่อข้ออ้างที่ว่าเกิดความบกพร่องทางจิตได้รับการพิสูจน์ เหตุยกเว้นความรับผิดเกี่ยวกับเรื่องนี้ได้ถูกนำมาอ้างในคดี *Celebici*²⁷ ในการพิจารณาคดีของศาลอาญาชั่วคราวระหว่างประเทศในยูโกสลาเวีย ได้สร้างแบบทดสอบสองชั้นเพื่อ “ลดความรับผิดทางอาญา” (diminished responsibility)²⁸ ซึ่งประกอบไปด้วย “สภาพจิตที่ไม่ปกติ” ซึ่งผู้ถูกกล่าวหาได้รับรู้ความทุกข์ทรมานในเวลาที่เกิดอาชญากรรมนั้น และนอกจากนั้นจะต้องมี “สาระสำคัญของการบกพร่อง” ซึ่งเป็นความสามารถในการควบคุมการกระทำของผู้ถูกกล่าวหา ซึ่งเครื่องทดสอบดังกล่าวสร้างขึ้นบนพื้นฐานของกฎหมายของประเทศอังกฤษ โดยมีข้อเท็จจริงในคดีที่ว่าแม้ว่าศาลจะยอมรับว่าผู้ถูกกล่าวหาเป็นนายแลนโดโซ (Landzo) ได้รับความทุกข์ทรมานจากสภาพจิตที่ไม่ปกติ แต่ศาลปฏิเสธข้ออ้างของผู้ถูกกล่าวหาเพราะไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าความบกพร่องนั้นเป็นสาระสำคัญ พื้นฐานของคำพิพากษานี้ได้แสดงให้เห็นถึงมาตรฐานขั้นต่ำที่สอดคล้องกับการอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดในระบบกฎหมายต่าง ๆ และตามวัตถุประสงค์ของศาลอาจถือได้ว่า

“บุคคลนั้นเป็นโรคจิตหรือมีข้อบกพร่องทางจิตซึ่งทำลายความสามารถของบุคคลนั้นในการรับรู้ความไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือสภาพของการกระทำของตน หรือความสามารถที่จะควบคุมการกระทำของตนให้สอดคล้องกับข้อกำหนดของกฎหมาย”

เมื่อพิจารณาจากมุมมองว่าเรื่องความบกพร่องทางจิตนั้นเป็นการอ้างข้อยกเว้นความรับผิดแบบสมบูรณ์หรือบางส่วนนั้น ยังไม่มีความแน่ชัดว่าการที่ผู้ต้องหานั้นเป็นการอ้างข้อยกเว้นความรับผิดแบบสมบูรณ์หรือบางส่วน โดยไม่มีเหตุผลว่าทำไมเรื่องทั้งสองทำไมไม่สามารถปรับใช้และเมื่อภาระการพิสูจน์อยู่บนพื้นฐานของการถกเถียงว่าองค์ประกอบที่จะยกขึ้นอ้างให้รับฟังเพื่อให้ฟังพอใจว่าบุคคลนั้นมีความสอดคล้องของความเป็นไปได้ เพื่อให้สามารถกำหนดข้อเท็จจริงได้นั้นศาลอาญาจะต้องใช้พยานผู้เชี่ยวชาญจากทั้งสองฝ่าย รวมถึงบัญชีรายชื่อพยานผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งอาจจะต้องเป็นผู้เชี่ยวชาญทั้งทางด้านกฎหมาย จิตแพทย์และนิติวิทยาศาสตร์ ซึ่งสามารถให้คำปรึกษาในทางเทคนิคเพื่อให้ศาลสามารถพิจารณาคดีได้อย่างถูกต้องและเป็นธรรม โดยอันโตนิโอ แคสสิลี (Antoino Cassese) ได้ให้ความเห็นว่า “เรื่องของอาการบ้าหรือการไม่สามารถควบคุมจิตใจได้อย่างร้ายแรง หรือความบกพร่องทางจิต อาจนำมาเป็นข้ออ้างในการยกเว้นความรับผิดเมื่อสถานะของจิตใจของบุคคลนั้นถูกทำให้ความสามารถในการรับรู้ว่าการกระทำใดเป็นการกระทำที่ถูกหรือผิด” ข้ออ้างอาจถูกยกขึ้นมาในเวลาที่มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดว่าผู้ถูกกล่าวหาไม่สามารถรับรู้ได้ว่าสิ่งที่ผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำลงไปและไม่สามารถใช้การตัดสินใจตามเหตุผลเกี่ยวกับพฤติการณ์กระทำความผิดของเขา ทำให้ผู้กระทำความผิดนั้นในขณะที่กระทำความผิดขาดองค์ประกอบทางด้านจิตใจและไม่อาจถือว่าเป็นความรับผิดทางอาญาสำหรับพฤติกรรมของเขา²⁹ ตามธรรมนูญกรุงโรมฯ ข้อ 31 (1) (เอ) นั้นได้กำหนดให้บุคคลวิกลจริตไม่ต้องรับผิดทางอาญา หากว่าในขณะที่กระทำการนั้นทำลายความสามารถของบุคคลนั้นในการรับรู้ความไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือสภาพของการกระทำของตน หรือความสามารถที่จะควบคุมการกระทำของตนให้สอดคล้องกับ

²⁶ McGoldrick, Dominic, Peter Rowe, and Eric Donnelly, *The Permanent International Criminal Court: Legal and Policy Issues*, (Oxford: Hart, 2004), p. 282.

²⁷ Roger O'Keefe, *International Criminal Law* (Oxford, Oxford University Press, 2015), p.212.

²⁸ A. Reed & M. Bohlander, *Loss of Control and Diminished Responsibility Domestic, Comparative and International Perspectives*, (Farnham: Taylor and Francis, 2016), p.375.

²⁹ Antonio Cassese, *International Criminal Law*. (Oxford: Oxford University Press, 2003), p. 263.

ข้อกำหนดของกฎหมาย ซึ่งไม่ต่างจากทบัญญัติของไทย แต่มีข้อสังเกตว่าในการพิสูจน์เรื่องความสามารถในการควบคุมตนเองตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศนั้นน่าจะเป็นการพิสูจน์ได้ยากกว่าเนื่องจากโดยปกติในขณะที่กระทำความผิดนั้นต้องใช้เวลาอีกยาวนานกว่าจะมีการดำเนินคดีในชั้นศาล ซึ่งอาจทำให้ผู้ถูกกล่าวหาอ้างข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาในเรื่องวิกลจริตได้ยากกว่าในศาลภายในรัฐ

การเรื่องการตกอยู่ในภาวะมินเมา

ธรรมนูญกรุงโรมฯ ข้อ 31

“1. นอกเหนือจากมูลเหตุอื่นสำหรับการยกเว้นความรับผิดทางอาญาที่บัญญัติไว้ในธรรมนูญศาลฯ นี้ บุคคลไม่ต้องรับผิดทางอาญา หากว่าในขณะที่กระทำการการบุคคลนั้น

(ข) บุคคลนั้นตกอยู่ในภาวะมินเมาที่ทำลายความสามารถของบุคคลนั้นในการรับรู้ความไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือสภาพของการกระทำของตน หรือความสามารถที่จะควบคุมการกระทำของตนให้สอดคล้องกับข้อกำหนดของกฎหมายเว้นแต่บุคคลนั้นสมัครใจที่จะมินเมา ภายใต้สภาวะการณ์ที่บุคคลนั้นรู้ หรือไม่คำนึงถึงความเสี่ยงว่าผลของการมินเมาของตนจะทำให้ตนมีโอกาสเข้าร่วมในการกระทำซึ่งก่อให้เกิดการประกอบอาชญากรรมภายในเขตอำนาจศาล”

ในประวัติศาสตร์การพิจารณาเรื่องการมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศเกี่ยวกับเรื่องความรับผิดเนื่องจากตกอยู่ในภาวะมินเมา ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่สองแล้วในคดี “Sonderkommandos”³⁰ ผู้ซึ่งถูกบังคับให้ทำงานในค่ายกักกันที่คุมขังและบ่อยครั้งเขาถูกทำให้มินเมา โดยผู้ที่เข้าร่วมในการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในราววันคืนก็มักจะอยู่ในอาการมินเมา โดยเฉพาะทหารที่เป็นเด็กจะถูกให้เสพสารเสพติดหรือตี้มแอลกอฮอล์เพื่อเป็นการควบคุมการกระทำเพื่อที่เขาไม่สามารถควบคุมตัวเองได้และเป็นการเพิ่มความดุร้าย ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้มีการยอมรับโดยถือว่าเป็นการอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดทางอาญาบางส่วนเรื่องการตกให้อยู่ในภาวะมินเมาแม้ว่าจะมีการปฏิบัติตามข้อเท็จจริงและแม้ว่าในการรับผิดฐานอาชญากรรมระหว่างประเทศผู้ซึ่งถูกกล่าวหาในศาลอาญาระหว่างประเทศจะใช้เป็นข้ออ้างในเรื่องการทำให้ตกอยู่ในภาวะมินเมาตามข้อ 31 (1) (ข) ตามธรรมนูญกรุงโรมดังกล่าวข้างต้น โดยลักษณะของผู้ที่อ้างเหตุยกเว้นความรับผิดในเรื่องนี้แล้วจะทำให้ขาดองค์ประกอบภายในของการกระทำความผิด แต่อย่างไรก็ตามมีผู้โต้แย้งว่าการถูกทำให้ตกอยู่ในภาวะมินมานั้นน่าจะเป็นปัจจัยที่ทำให้เกิดเหตุมากกว่าการอ้างเหตุยกเว้นความรับผิด

ประเด็นปัญหาเรื่องการอ้างเหตุถูกทำให้ตกอยู่ในภาวะมินเมาโดยสมัครใจและไม่สมัครใจนั้นมีข้อพิจารณาที่สำคัญเบื้องต้นประการแรกคือเรื่องการถูกทำให้ตกอยู่ในภาวะมินเมาโดยไม่สมัครใจซึ่งโดยทั่วไปหมายถึงบุคคลผู้ซึ่งไม่ได้ตั้งใจที่จะเสพหรือตี้มของมินเมา ส่วนกรณีที่เป็นการสมัครใจทำให้ตนเองอยู่ในภาวะมินเมาคือการอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดเมื่อบุคคลไม่ได้ยอมรับว่าเขาอาจจะกระทำความผิดกฎหมายและไม่ได้กระทำโดยไม่คำนึงถึงความเสี่ยงดังกล่าว การตี้มสุราหรือเสพสารเสพติดทำให้ได้รับ “ความบ้าบิ่นที่เกิดจากฤทธิ์ของสุรา” (Dutch courage) ซึ่งไม่อาจถือว่าเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดได้ภายใต้บทบัญญัติเหล่านี้บุคคลจะต้องรู้ว่าอย่างน้อยอาจเกิดความเสี่ยงที่เขาจะกระทำผิดกฎหมายและการถูกทำให้ตกอยู่ในภาวะมินเมาที่จะนำมาเป็นข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญานั้นจะต้องเป็นการทำให้บุคคลสูญเสียความสามารถในการเข้าใจลักษณะหรือพฤติการณ์ที่ถือว่าเป็นการกระทำความผิดกฎหมายหรือความสามารถในการปฏิบัติตามขอบเขตของกฎหมายที่ระบุไว้ โดยบุคคลนั้นตกอยู่ในภาวะมินเมาที่ทำลายความสามารถของบุคคลนั้นในการรับรู้ความไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือสภาพของการกระทำของตน หรือความสามารถที่จะควบคุมการกระทำของตนให้สอดคล้องกับข้อกำหนดของกฎหมายเว้นแต่บุคคลนั้นสมัครใจที่จะมินเมา ภายใต้สภาวะการณ์ที่บุคคลนั้นรู้หรือไม่คำนึงถึงความเสี่ยงว่าผลของการมินเมาของตนจะทำให้ตนมีโอกาสเข้าร่วมในการกระทำซึ่งก่อให้เกิดการประกอบอาชญากรรมภายในเขตอำนาจศาล แต่ปัญหาคือความไม่ชัดเจนที่จะระบุถึง

³⁰ Robert Cryer. *An introduction to international criminal law and procedure*. (Cambridge: Cambridge University Press. 2012), p. 406.

ความเสี่ยงของพฤติกรรมที่ยกเว้นข้ออ้างเกี่ยวกับเหตุยกเว้นความรับผิดชอบ “ พฤติกรรมที่ก่อให้เกิดอาชญากรรมภายใต้อำนาจของศาล” นั้นค่อนข้างกว้าง หากพิจารณาอย่างง่ายอาจหมายถึงการกระทำทางกายภาพใด ๆ หรือการละเว้นการกระทำข้อห้ามของธรรมนูญกรุงโรม ตัวอย่างเช่น การฆาตกรรมผู้อื่น การปฏิบัติเยี่ยงมิใช่มนุษย์หรือการทำร้ายร่างกายสาหัส หรืออาจตีความอย่างแคบว่าหมายถึงบุคคลนั้นต้องรู้หรือไม่คำนึงถึงความเสี่ยงที่เขาจะประพฤติดิตตามที่ห้ามไว้ และนอกจากนี้ยังมีความคลุมเครือที่ว่า “พฤติกรรม” นั้นรวมไปถึงความสัมพันธ์กับสภาพแวดล้อมตัวอย่างเช่น ภายในความขัดกันทางทหารจะมีการโจมตีอย่างเป็นระบบและกว้างขวางต่อพลเมืองหรือรูปแบบที่ปรากฏชัดในลักษณะเดียวกัน แม้ว่าตามข้อ 30 จะรวมไปถึงด้วยแต่เป็นการยากที่จะพิจารณาว่าศาลอาญาระหว่างประเทศจะเห็นด้วยตามพื้นฐานเหล่านี้ กฎหมายอาญาระหว่างประเทศได้กำหนดกรอบความคิดในเรื่อง “ การตกอยู่ในภาวะมินเมา” ภายใต้กรอบของกฎหมายสารบัญญัติ รวมทั้งบทบัญญัติทั่วไปและหลักการที่ลบล้างการกระทำ ความผิดกฎหมายอาญา ข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศนั้นได้รับอิทธิพลมาจากระบบกฎหมายจารีตประเพณี โดยเฉพาะการอ้างและข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศเป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติโดยเกี่ยวข้องกับการกระทำทางอาญามากกว่าองค์ประกอบซึ่งเป็นกรอบแนวความคิดทั่วไปของการกระทำผิดทางอาญา

ตามธรรมนูญกรุงโรมได้เสนอกรอบแนวความคิดเรื่องการกล่าวอ้างที่มีเหตุผลและข้อยกเว้นความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศที่ปรากฏอยู่ใน ข้อ 31 แห่งธรรมนูญกรุงโรมนี้เกิดขึ้นจากแนวความคิดร่วมกันระหว่างกฎหมายจารีตประเพณีและระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร และส่วนใหญ่มาจากข้อเท็จจริงและนักกฎหมายของทวีปยุโรปที่ไม่ต้องการให้เลือกใช้ระบบใดระบบหนึ่งโดยเฉพาะ แนวความคิดในเรื่อง “ การตกอยู่ในภาวะมินเมา” เป็นแนวความคิดที่ได้รับการโต้แย้งกันอย่างมากในระบบกฎหมายภายในรัฐ บางท่านให้ความเห็นว่าข้อยกเว้นเกี่ยวกับความรับผิดชอบในเรื่องนี้ไม่มีความจำเป็นเพราะ

(1) การดำเนินการของศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดที่ฝ่าฝืนอาชญากรรมร้ายแรง เช่น ประมุขของรัฐ หัวหน้ารัฐบาลหรือผู้บัญชาการทหาร

(2) วัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศไม่ได้เป็นการดำเนินคดีกับคดีอาญาทั่วไป แต่เป็นการดำเนินคดีโดยตรงกับผู้กระทำความผิด

(3) แนวความคิดเรื่อง “การตกอยู่ในภาวะมินเมา” นั้นเป็นความคิดของกฎหมายภายในรัฐ

การบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับเรื่อง “ การตกอยู่ในภาวะมินเมา” นั้นเป็นเรื่องยากพอสมควรเนื่องจากมีความแตกต่างกันของระบบกฎหมายในแต่ละระบบ ส่วนใหญ่ศาลไทยจะตัดสินว่าการอ้างความมินเมานั้นไม่สามารถยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัวได้โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่มีสมมติฐานที่ทำให้ตนเองตกอยู่ในภาวะมินเมา ส่วนตามหลักกฎหมายอาญาระหว่างประเทศตามธรรมนูญกรุงโรม ข้อ 31 (1) (บี) นั้นได้พยายามสร้างจุดสมดุลระหว่างการไม่ยอมรับในเรื่องมินเมากับการยอมรับอย่างมีเงื่อนไขนั้นเป็นเพียงพื้นฐานของเรื่องการยกเว้นความผิด แต่อย่างไรก็ตามด้วยขนาดของการกระทำความผิดที่ถือว่าเป็นการกระทำความผิดที่ร้ายแรงมากนั้นทำให้กฎหมายอาญาระหว่างประเทศไม่ยอมรับการอ้างเหตุทำให้ตกอยู่ในภาวะมินเมาในอาชญากรรมบางประเภท เช่น อาชญากรรมการค้ามนุษย์หรืออาชญากรรมต่อมนุษยชาติ แต่ยอมรับในการกล่าวอ้างถึงการทำให้ตกอยู่ในภาวะมินเมาในเรื่องอาชญากรรมสงครามได้ ส่วนหาในเรื่องระดับของความมินเมานั้นก็ไม่แตกต่างกัน โดยการอ้างความมินเมาทั้งในระดับกฎหมายอาญาระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในรัฐนั้นต้องอยู่ในระดับที่ทำลายความสามารถของบุคคลในการรับรู้ว่าการกระทำของตนเองไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือสภาพการกระทำของตนเอง หรือความสามารถในการที่จะควบคุมการกระทำของตนเองเนื่องจากการดื่มสุราหรือเสพสารเสพติด ซึ่งถ้าหากการถูกทำให้ตกอยู่ในภาวะมินเมานั้นไม่อยู่ในขั้นระดับดังกล่าว การนำมากกล่าวอ้างในเรื่องนี้ศาลไม่ค่อยจะรับฟังเท่าใดนัก รวมไปถึงในกรณีคดีระหว่างประเทศด้วยเช่นในคดี *Vasiljevic*³¹ ศาลก็ไม่รับฟังเช่นเดียวกัน

³¹ ICTY, Case IT-98-32-T Retrieved on December 31, 2017, from <http://www.icty.org/x/cases/vasiljevic/tjug/en/vas021129.pdf>

การป้องกันตนเอง

ตามธรรมนูญกรุงโรมฯ ข้อ 31 (ซี) ได้กำหนดว่า

“บุคคลนั้นกระทำการอย่างมีเหตุผลเพื่อป้องกันตนเองหรือบุคคลอื่นหรือในกรณีอาชญากรรมสงคราม ป้องกันทรัพย์สินที่จำเป็นต่อความปลอดภัยของตนหรือบุคคลอื่นหรือป้องกันทรัพย์สินที่จำเป็นต่อการปฏิบัติการกิจการ ทหาร จากการใช้กำลังที่ใกล้จะถึง และผิดกฎหมายในส่วนที่สมควรกับระดับอันตรายที่มีต่อตนหรือบุคคลอื่น หรือต่อทรัพย์สินที่ได้รับการคุ้มครองทั้งข้อเท็จจริงที่ว่า บุคคลนั้นได้เข้าร่วมในการปฏิบัติการป้องกันโดยกองกำลังโดยตัว ขอบมันเองจะมูลเหตุสำหรับการยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาตามอนุวรรคนี้”

การอ้างการป้องกันตนเองนั้นได้รับการตั้งทางตรงและทางอ้อมในทุกระบบกฎหมายว่าเป็นพื้นฐานของ ข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาและถือว่าเป็น “ข้ออ้างที่ดีที่สุด” การอ้างการป้องกันตนเองนั้นไม่ได้มีความหมายว่า ผู้กระทำไม่ได้ต้องรับผิดชอบแต่ยังหมายถึงผู้กระทำสามารถกระทำความผิดในเรื่องนั้นได้ด้วย³² ฮานนาห์ ทอนคิน (Hannah Tonkin) ได้วิเคราะห์องค์ประกอบเกี่ยวกับการป้องกันตนเอง ซึ่งตามข้อ 31 (ซี) ตามธรรมนูญกรุงโรมไว้ ว่า³³ ประการแรกต้องเป็นภัยอันตรายต่อบุคคลหรือทรัพย์สินจากการใช้กำลังที่ผิดกฎหมายและเป็นภัยอันตรายที่ใกล้ จะถึง ประการที่สอง ผู้กระทำต้องกระทำไปโดยเป็นการกระทำที่มีเหตุผลและได้สัดส่วนต่อภัยอันตรายนั้น และ ประการที่สาม ในกรณีที่เป็นองค์ประกอบภายนอกตามข้อ 31 (1) (ซี) บทบัญญัติได้แสดงถึงองค์ประกอบภายใน โดยผู้กระทำต้องกระทำไปโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้รอดพ้นจากการถูกโจมตียิ่งกว่านั้นเพื่อให้สอดคล้องกับข้อ 21 (1) (บี) อ้างการใช้กำลังป้องกันนั้นต้องอยู่ในเรื่องที่ดีว่าเป็นการปรับใช้สนธิสัญญาหรือหลักการตามกฎหมายระหว่าง ประเทศรวมทั้งหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องหลักการใช้กำลัง ตัวอย่างเช่น ถ้าบุคคลที่ได้รับการคุ้มครอง ภายใต้อนุสัญญากรุงเจนีวา เช่น พลเรือนได้ใช้กำลังโดยผิดกฎหมายทำให้บุคคลดังกล่าวสูญเสียสถานภาพที่ได้รับการ คุ้มครอง ในกรณีเช่นนี้ตามข้อ 31 ผู้กระทำไม่มีความจำเป็นในฐานะที่เป็นขาดองค์ประกอบที่สำคัญ การอ้างการป้องกัน โดยใช้กำลังจะต้องสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ตามที่กำหนดไว้ใน 21 (3) และประการสำคัญ จะต้องเป็นไปตามบริบทในเรื่ององค์ประกอบของข้อ 31 (1) (ซี) และได้วิเคราะห์สภาพของมาตรา 31 (1) (ซี)³⁴ ไว้ สองประการ คือประการแรก เงื่อนไขที่ก่อให้เกิดภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงและเป็นการผิดกฎหมายที่ทำให้เกิดอันตราย ต่อบุคคลหรือทรัพย์สิน ประการที่สอง การกระทำอย่างมีเหตุผลและได้สัดส่วนต่อภัยอันตราย และแม้ว่าจะไม่เคย ปรากฏเกี่ยวกับเรื่องการอ้างการป้องกันตนเองในกลไกทางกฎหมายของศาลทางอาญาระหว่างประเทศหรือศาล ชั่วคราวอื่น ๆ ยกเว้นในธรรมนูญกรุงโรมแต่กระนั้นก็ตามแม้ว่าจะไม่มีบทบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแต่ในการ พิจารณาคดีของศาลอาญาชั่วคราวระหว่างประเทศก็มีการหยิบยกเอาประเด็นดังกล่าวขึ้นมาพิจารณาโดยมีประเด็นว่า การอ้างการป้องกันตนเองนั้นสามารถนำมาใช้ในกรณีที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่าง ร้ายแรงในศาลอาญาชั่วคราวระหว่างประเทศในยูโกสลาเวีย ซึ่งในที่สุดแล้วคณะกรรมการมีความเห็นว่าผู้ที่ถูก กล่าวหาสามารถอ้างเรื่องการป้องกันตามหลักกฎหมายอาญาทั่วไปได้และหากพิจารณาตามหลักธรรมนูญกรุงโรมฯ แล้วจะเห็นได้ว่าหลักกฎหมายอาญาระหว่างประเทศในเรื่องการป้องกันกับกฎหมายภายในรัฐนั้นมีความสอดคล้องกัน เป็นอย่างมาก ยกตัวอย่างเช่น ประเด็นในเรื่องความต้องการเรื่องความจำเป็นและหลักสัดส่วน³⁵ เมื่อเปรียบเทียบ ลักษณะของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศแล้วจะเห็นได้ว่าลักษณะของการอ้างการป้องกันตนเองนั้นลักษณะโดย พื้นฐานของการป้องกันตนเองตามธรรมนูญกรุงโรมฯ นั้นแทบจะไม่แตกต่างกับหลักกฎหมายอาญาของไทย แต่ใน

³² Antonio Cassese, *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, (Oxford: Oxford University Press, 2013), p.507.

³³ Hannah Tonkin. *Defensive Force Under the Rome Statute*. Melbourne Journal of International Law, Vol. 6(1) 2005, p.93.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ I. Marchuk, *The Fundamental Concept of Crime in International Criminal Law: A Comparative Law Analysis*. (Heidelberg: Springer, 2015), pp. 268 – 269.

ธรรมนูญกรุงโรมนั้นยังให้การรับรองต่อภัยอันตรายที่เกิดขึ้นกับทรัพย์สินอีกด้วยและยังมีเรื่องที่ต้องพิจารณาเกี่ยวกับอนุสัญญาหรือหลักการตามกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น หลักเรื่องการใช้กำลัง กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอีกด้วย.

การอ้างเหตุจำเป็นหรือถูกบังคับขู่เข็ญ

ตามธรรมนูญกรุงโรมฯ ข้อ 31 (1) (ดี) ได้กำหนดไว้ว่า

“การกระทำที่ถูกกล่าวหาว่าก่อให้เกิดอาชญากรรมภายในเขตอำนาจของศาล มีสาเหตุมาจากสภาพบังคับอันเป็นผลมาจากการคุกคามต่อความตายที่ใกล้จะถึง หรือต่อการบาดเจ็บทางกายอย่างสาหัสต่อตนเองหรือบุคคลอื่นที่ใกล้จะถึง หรือมีอยู่อย่างต่อเนื่อง และบุคคลนั้นได้กระทำการเท่าที่จำเป็นและสาเหตุผลในการหลีกเลี่ยงจากการคุกคามดังกล่าวแล้ว ทั้งนี้โดยมีเงื่อนไขว่า บุคคลนั้นมีเจตนาที่จะก่อให้เกิดอันตรายยิ่งไปกว่าอันตรายที่จะหลีกเลี่ยงการคุกคามเช่นว่านี้อาจเป็นกรณีใดกรณีหนึ่ง คือ

(1) กระทำการโดยบุคคลอื่น หรือ

(2) เกิดขึ้นจากสภาวะการณ์อื่น นอกเหนือการควบคุมของบุคคลนั้น”

พัฒนาการของเรื่องการถูกบังคับขู่เข็ญกับเรื่องคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่มีความสัมพันธ์กันโดยมีการยกเอาเรื่องการถูกบังคับขู่เข็ญมาเป็นข้อต่อสู้ในคดีอาชญากรรมสงครามกับอาชญากรรมต่อมนุษยชาติในคดี *United States v. Ohlendorf (the Einsatzgruppen Case)* ศาลปฏิเสธเรื่องคำสั่งของผู้บังคับบัญชาเมื่อคำสั่งนั้น แต่อย่างไรก็ตามในคดีดังกล่าวศาลมีความเห็นว่าผู้ถูกกล่าวหาอาจยกเรื่องถูกบังคับให้ทำตามคำสั่งที่มีขอบด้วยกฎหมาย โดยศาลจะพิจารณาจากการถูกบังคับขู่เข็ญนั้นมีการดำรงอยู่ของภัยคุกคามที่ใกล้จะถึง เป็นภัยคุกคามที่มีอยู่จริงและไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ โดยผู้ถูกกล่าวหาจะต้องพิสูจน์การกระทำที่ว่าถูกบังคับตามเจตนารมณ์ของตนเอง โดยในเรื่องการถูกบังคับขู่เข็ญให้ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชานี้จะต้องพิสูจน์ตามหลักการที่ว่าถูกบังคับขู่เข็ญตามคำสั่งนั้น³⁶ หากเปรียบเทียบกับข้อยกเว้นความรับผิดชอบอาญาอื่นแล้ว ข้อยกเว้นในเรื่องการถูกบังคับขู่เข็ญและการอ้างเหตุจำเป็น เป็นเรื่องที่มีความสำคัญโดยเฉพาะอย่างยิ่งในตามคดีในกฎหมายระหว่างประเทศ โดยจะเห็นได้ว่าผู้ถูกกล่าวหาในคดีที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมนาซีส่วนใหญ่จะอ้างข้อยกเว้นในเรื่องนี้ทั้งต่อศาลอาญาภายในรัฐและศาลอาญาในทางระหว่างประเทศว่าตนเองได้กระทำความผิดไปเพราะว่าถูกบังคับขู่เข็ญโดยเฉพาะอย่างยิ่งในรูปแบบของการบังคับขู่เข็ญจากผู้บังคับบัญชา

จะเห็นได้ว่ากรอบแนวคิดของการอ้างถูกบังคับขู่เข็ญกับการอ้างความจำเป็นนั้นเป็นความพยายามในการรวมกรอบแนวคิดสองเรื่องที่แตกต่างกัน คือ กรอบแนวคิดในเรื่องถูกบังคับขู่เข็ญที่อยู่บนพื้นฐานของเรื่อง “ข้อยกเว้น” ส่วนกรอบแนวคิดในเรื่องความจำเป็นนั้นอยู่บนพื้นฐานในเรื่องของ “ข้ออ้าง” ซึ่งในชั้นเตรียมร่างธรรมนูญกรุงโรมนั้นได้แยกเรื่องทั้งสองออกจากรอบแนวคิดที่มีความแตกต่างกันอย่างชัดเจน แต่ในขั้นสุดท้ายได้มีการรวมเรื่องทั้งสองเข้าเป็นบทบัญญัติเดียวกันซึ่งทำให้เกิดความสับสนเกี่ยวกับระบบกฎหมายจารีตประเพณีของอังกฤษและสหรัฐอเมริกาที่การกระทำความผิดด้วยความจำเป็นนั้นคือการถูกบังคับขู่เข็ญด้วยสภาพแวดล้อม หลักกฎหมายจากการพิจารณาคดีที่นูเรมเบิร์กใช้คำว่า “ความจำเป็น” ในการอธิบายกรณีที่ถูกบังคับขู่เข็ญ ซึ่งผู้พิพากษาในศาล ICTY แคสซิซีได้วางหลังเรื่องจำเป็นที่ก่อให้เกิดการบังคับขู่เข็ญ ซึ่งจะมีข้อสังเกตว่ามีความแตกต่างระหว่างการถูกบังคับขู่เข็ญกับความจำเป็นบนเหตุผลการอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบอาญา โดยวรรค 1 (ดี) ได้รวมเอาการอ้าง “ทางเลือกของความชั่วร้ายที่น้อยกว่า” (*choice of a lesser evil*)³⁷ คือเรื่องความจำเป็นกับสถานการณ์ของผู้ถูกกล่าวหาในการใช้เสรีภาพที่จะตัดสินใจที่เป็นข้อจำกัดความรุนแรงแล้วในที่สุดแล้ว “ไม่มี

³⁶ Sarah J. Hei. “The Applicability of the Duress Defense to the Killing of Innocent Persons by Civilians,” 46 *Cornell International Law Journal* 170.

³⁷ Carsten Stahn, *A Critical Introduction to International Criminal Law*, (Cambridge University Press, 2018), p.154.

ทางเลือกที่มีศีลธรรมอื่น” (*no moral choice*) คือเรื่องถูกบังคับขู่เข็ญ³⁸ สำหรับกฎหมายอาญาของไทยได้มีการอธิบายหลักเกณฑ์การกระทำความผิดด้วยความจำเป็นเพื่อให้พ้นจากภัยอันตรายมีหลักเกณฑ์หรือองค์ประกอบ 6 ประการ³⁹ คือ มีภัยอันตรายที่ต้องหลีกเลี่ยง ภัยอันตรายนั้นใกล้จะถึง ไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยวิธีอื่นใดได้ ผู้กระทำได้ก่อให้เกิดภัยอันตรายนั้นขึ้นเพราะความผิดของตน ผู้กระทำได้กระทำเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากภัยอันตรายและไม่เกินสมควรแก่เหตุ ซึ่งเมื่อพิจารณาในเรื่องสาระของการอ้างเหตุจำเป็นตามธรรมนูญกรุงโรมฯ กับกฎหมายอาญาของไทยโดยสาระสำคัญแล้วไม่แตกต่างกันมากนัก

สำคัญผิดในข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย

การสำคัญผิดในข้อเท็จจริง

การสำคัญผิดในข้อเท็จจริง ถ้าผู้กระทำความผิดสำคัญผิดในข้อเท็จจริงก็สามารถอ้างเป็นข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาได้ ตามข้อ 32 (1) ของธรรมนูญกรุงโรม โดยหากเข้าใจผิดในการรับรู้ที่มีผลกระทบต่อองค์ประกอบภายในและลบล้างเงื่อนไขทางอรรถวิสัยสำหรับความรับผิด การสำคัญผิดในข้อเท็จจริง การสำคัญผิดในข้อเท็จจริงมีความสัมพันธ์กับการให้คำนิยามของอาชญากรรมที่เป็นพื้นฐานของข้อยกเว้นความรับผิด โดยความต้องการของข้อยกเว้นความรับผิดในเรื่องนี้ผู้กระทำความผิดต้องรับรู้อย่างเข้าใจผิดโดยอาศัยข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบภายนอกของอาชญากรรม ยกตัวอย่างเช่น ผู้กระทำความผิดได้ยิงใส่รถของคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศเนื่องจากสภาพอากาศไม่ดีทำให้เข้าใจผิดว่าเป็นรถถังของฝ่ายศัตรูจึงได้ทำการยิง จากข้อเท็จจริงจึงไม่ได้รวมถึงองค์ประกอบที่กำหนดพื้นฐานทางกฎหมายสำหรับความรับผิด ดังนั้นจึงไม่ใช่เรื่องสำคัญผิดในข้อเท็จจริงถ้าหากว่าผู้กระทำความผิดรับรู้ผิดพลาดเกี่ยวกับองค์ประกอบของคำนิยามของอาชญากรรม การกำหนดซึ่งต้องการการตัดสินทางกฎหมาย ในกรณีนี้ผู้กระทำความผิดได้สำคัญผิดในฐานะที่เป็นความต้องการกฎหมายและนำบทบัญญัติว่าด้วยความสำคัญผิดในข้อกฎหมาย ถ้าผู้กระทำความผิดได้รับรองว่ายานพาหนะคือรถของคณะกรรมการกาชาดสากลแต่สันนิษฐานผิดพลาดตามกฎหมาย เขาได้รับอนุญาตให้โจมตียานพาหนะนั้นจึงไม่ใช่การสำคัญผิดในข้อเท็จจริงแต่เป็นการสำคัญผิดในข้อกฎหมาย การสำคัญผิดนำไปสู่ความต้องการอรรถวิสัยซึ่งหากผู้ถูกกล่าวหาได้รับรู้ผิดพลาดเกี่ยวกับองค์ประกอบภายนอกของอาชญากรรม⁴⁰

ข้อยกเว้นที่ถือว่าเป็นข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาตามกฎหมายระหว่างประเทศอาจถูกนำขึ้นมาอ้างแม้ว่าการกระทำความผิดดังกล่าวตามองค์ประกอบภายนอกแล้วจะถือว่าเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศ แต่อาจขาดองค์ประกอบทางด้านจิตใจเพราะว่าบุคคลนั้นสำคัญผิดด้วยความเชื่ออย่างซื่อตรงและมีเหตุผล (*honest and reasonable*)⁴¹ ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่มีอยู่ตามสภาพแวดล้อมที่ทำให้เกิดการกระทำถูกกฎหมาย โดยตามธรรมนูญกรุงโรมฯ ข้อ 32 (1) บัญญัติว่า

ข้อ 32. ความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงหรือความสำคัญผิดในข้อกฎหมาย

“(1) ความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงจะเป็นมูลเหตุสำหรับยกเว้นความรับผิดทางอาญาได้เฉพาะเมื่อขัดกับองค์ประกอบภายในตามนิยามศัพท์ของอาชญากรรมระหว่างประเทศตามที่ระบุไว้ในธรรมนูญกรุงโรม”

ความเชื่อที่คลาดเคลื่อนแต่ต้องเป็นความเชื่อที่ซื่อตรงและมีเหตุผลนั้นทำเป็นความสำคัญผิดเกี่ยวกับสภาพแวดล้อมที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความสมเหตุสมผลหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือไม่เป็นเพียงความคาดหมายหรือห่างไกลจากความจริง และนอกจากนั้นการสำคัญผิดจะต้องไม่เกิดจากความประมาทเลินเล่อด้วย ข้อเสนอนี้บน

³⁸ Triffterer and Ambos, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, 3rd ed. (C.H.Beck: Hart, 2015), pp. 1143-1444, 1149-1150.

³⁹ อนุชล สัญชยานุกูล. การกระทำความผิดด้วยความจำเป็นควรเป็นเหตุยกเว้นความผิด, *วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, กรุงเทพฯ. 2556. หน้า 50 - 55

⁴⁰ *supra* note 9, pp. 148 - 151.

⁴¹ *supra* note 27, pp. 251 - 255.

พื้นฐานของจิตวิญญาณทั่วไปของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ เพื่อเป็นการห้ามให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้เกี่ยวกับพฤติกรรมที่ฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศสำหรับเป็นข้อยกเว้นไปยังข้อห้ามทั่วไปที่จะต้องสร้างขึ้นอย่างเคร่งครัด

ข้อเสนอในข้อนี้สอดคล้องกับกรอบแนวความคิดทั่วไปในประเด็นเรื่องการสำคัญผิดโดยข้อกฎหมายภายในรัฐส่วนใหญ่ เช่น ฝรั่งเศส อังกฤษรวมทั้งในประเทศไทยและได้รับการสนับสนุนโดยคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศในอดีตที่เกี่ยวกับคดีอาญาระหว่างประเทศที่เคยมีการอ้างในเรื่องนี้มาก่อน ตามข้อ 32 (1) นั้นการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงเป็นเพียงความสัมพันธ์ในการรับผิดซึ่งเป็นการแสดงว่าผู้ถูกกล่าวหาไม่ได้มีความชั่วร้าย (*mens rea*) นั้นยกตัวอย่างเช่น เจ้าหน้าที่ได้ทิ้งระเบิดบังเกอร์ของพลเรือนโดยเข้าใจว่าเป็นศูนย์บัญชาการทางทหาร ดังนั้นเขาจึงไม่ต้องรับผิดทางอาญาตามบทบัญญัติดังกล่าว แต่ตามข้อ 32 (1) นี้เป็นเรื่องที่น่าสนใจว่าตามบทบัญญัติไม่ได้ต้องการให้การสำคัญผิดนั้นสมเหตุสมผลด้วยหรือไม่ โดยในทางปฏิบัตินั้นแม้ว่าผู้ถูกกล่าวหาจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าเขาได้สำคัญผิดโดยสุจริตส่วนเรื่องความสมเหตุสมผลนั้นเป็นเรื่องรองลงมา แต่ผู้ถูกกล่าวหาที่ต้องแสดงให้เห็นว่าบุคคลนั้นสุจริตว่าความเชื่อดังกล่าวสามารถยอมรับได้⁴²

การสำคัญผิดในข้อกฎหมาย⁴³

ตามธรรมนูญกรุงโรมข้อ 32 และ 33 ของธรรมนูญกรุงโรม การกำหนดเรื่อง “ความสำคัญผิดในข้อกฎหมาย” เป็นพื้นฐานของการอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดทางอาญาเป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์ของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ บทบัญญัติดังกล่าวถือว่าเป็นพัฒนาการที่ก้าวหน้าเป็นอย่างมากในส่วนที่เป็นภาคทั่วไปของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ

ข้อ 32 (2) ได้แสดงหลักการพื้นฐานในเรื่อง “*ignorantia legis non excusat*” กล่าวคือ ความไม่รู้กฎหมายไม่ถือว่าเป็นข้ออ้างยกเว้นความรับผิด⁴⁴ และมาตรา 32 (2) ยังแสดงให้เห็นถึงข้อยกเว้นตามหลักการในข้อนี้ เมื่อความสำคัญผิดในกฎหมายสามารถลบล้างเรื่ององค์ประกอบภายในของการกระทำความผิดหรือตามที่กำหนดไว้ในข้อ 33. ที่บัญญัติว่าการกระทำตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาไม่สามารถให้บุคคลอ้างยกเว้นความรับผิดทางอาญา ถ้าหากเขาอยู่ภายใต้พันธกรณีตามกฎหมายในการปฏิบัติตามคำสั่งนั้นและเมื่อเขาไม่รู้ว่าการสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือคำสั่งนั้นไม่ได้ปรากฏชัดว่าผิดกฎหมาย ผู้ใต้บังคับบัญชาอาจจะประสบปัญหาว่าจะต้องเลือกว่าอาจจะต้องรับผิดทางอาญาเมื่อต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาหรืออาจจะต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาแต่ต้องรับผิดทางอาญาที่เกิดขึ้น

ความสำคัญอยู่ที่การ “ลบล้างองค์ประกอบภายใน” ตามธรรมนูญกรุงโรมฯ ข้อ 32 (2)

ความสำคัญผิดในข้อกฎหมาย ไม่ว่าจะรูปแบบของการกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นอาชญากรรมภายในเขตอำนาจของศาลฯ หรือไม่ ต้องไม่เป็นมูลเหตุสำหรับยกเว้นความรับผิดทางอาญา อย่างไรก็ตาม ความสำคัญผิดในข้อกฎหมายอาจเป็นมูลเหตุสำหรับยกเว้นความผิดรับผิดทางอาญาหากความสำคัญผิดในข้อกฎหมายนั้นลบล้างองค์ประกอบทางจิตใจของอาชญากรรมนั้น หรือตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 33.”

ตามข้อ 32 ได้บัญญัติทั้งกฎเกณฑ์ในเรื่องความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงและความสำคัญผิดในข้อกฎหมาย ข้อกำหนดตามข้อ 32 (1) ตามระบบข้อกฎหมายภายในประเทศส่วนใหญ่ นั้น ความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงนั้นลบล้างองค์ประกอบทางจิตใจนั้นเป็นพื้นฐานสำหรับความยกเว้นทางรับผิดทางอาญา และหลักการในเรื่องนี้ได้มีบทบัญญัติไว้อยู่แล้วบนพื้นฐานเดียวกันในมาตรา 30 ของธรรมนูญกรุงโรมที่ระบุว่าผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับผิดทางอาญาถ้าการกระทำของเขาไม่ได้มีองค์ประกอบภายใน (*mens rea*) อย่างชัดเจน เมื่อคำนึงถึงเรื่องความสำคัญผิดในข้อกฎหมาย ประโยคแรกในข้อ 32 (2) คือคำกล่าวที่ว่า “การสำคัญผิดในข้อกฎหมาย” สามารถที่จะอ้างอิงไปยังหลัก

⁴² *supra* note 28, p.414.

⁴³ Annemieke van Verseveld, *Mistake of Law: Excusing Perpetrators of International Crimes*, (The Hague: T.M.C. Asser Press, 2012), pp. 82 – 89.

⁴⁴ A.Fellmeth & M. Horwitz , *Guide to Latin in International Law*. (New York: Oxford University Press, 2009), p.121.

กฎหมายทั่วไปที่ว่า “*ignorantia legis non excusat*” ซึ่งหมายถึง “ความไม่รู้กฎหมายไม่สามารถอ้างเป็นเหตุยกเว้นความผิด” การปรับใช้หลักการนี้ในกฎหมายอาญาระหว่างประเทศหลายครั้งบนพื้นฐานของข้อเท็จจริงที่ว่า อาชญากรรมระหว่างประเทศโดยลักษณะแล้วเป็นภัยอันตรายร้ายแรงที่เป็นการผิดกฎหมายและเป็นที่ยอมรับของทุกคน ข้อเสนอนี้เรื่องนี้มักจะอ้างอิงไปยังความแตกต่างระหว่างความผิดที่มันความผิดในตัวเองกับความผิดที่รัฐเป็นคนกำหนด โดยอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้นเป็นที่ยอมรับว่ามีลักษณะเป็นอาชญากรรมที่เป็นความผิดแต่อย่างไรก็ตามในคดีอาชญากรรมสงคราม โดยแอมบอส (Ambos) เห็นว่ามีลักษณะเป็นความผิดตามที่กฎหมายห้ามไว้ด้วย และหลักการเรื่องความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคลต้องมีข้อจำกัดหรืออย่างน้อยเป็นเรื่องที่ยืดหยุ่นได้สำหรับกฎหมายในเรื่อง “*ignorantia legis non excusat*” ยิ่งกว่านั้นการดำรงอยู่ของการอ้างพื้นฐานสำหรับความประพฤติกฎหมายก็มีความชัดเจนน้อยกว่าคำจำกัดความของตัวเองและถือว่าเป็นข้อยกเว้นในเรื่อง *ignorantia legis non excusat* ที่ได้รับการรับรองเป็นพิเศษ

ประโยคที่สองของข้อ 32 (2) แสดงให้เห็นการยอมรับข้อยกเว้นเมื่อความสำคัญผิดในข้อกฎหมายลบล้างองค์ประกอบทางด้านจิตใจหรือหรือตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 33 ความสำคัญผิดเป็นการยกเว้นความรับผิดในทางอาญา ส่วนการลบล้างองค์ประกอบทางจิตใจนั้นเป็นความต้องการที่ว่าเป็นการสำคัญผิดสมควรลงล้างองค์ประกอบทางด้านจิตใจเพื่อยกโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดนั้นสมควรที่จะนำมาวิพากษ์เป็นอย่างยิ่ง ในอีกด้านอีกหนึ่งในทางปฏิบัติเป็นการกล่าวซ้ำในเรื่องเดิมเพราะบนพื้นฐานของข้อ 30 ไม่สมควรมีการรับผิดทางอาญาถ้าอาชญากรรมนั้นถูกระทำบนพื้นฐานทางด้านจิตใจ แต่สำหรับอีกด้านหนึ่งนั้นการลบล้างความต้องการทางด้านจิตใจเป็นข้อจำกัดการอ้างยกเว้นความผิดรับผิดโดยอ้างว่าสำคัญผิดทางกฎหมายนั้นเป็นเรื่องที่น้อยที่สุดอย่างสมบูรณ์ สำหรับข้อนี้แล้วไม่สามารถรับรองได้ว่าความสำคัญผิดจะไม่ครบตามมาตรฐานทางองค์ประกอบทางด้านจิตใจเช่นเดียวกับความสำคัญผิดเกี่ยวกับบรรทัดฐานของการอ้างอิงหรือสำคัญผิดเกี่ยวกับข้อห้ามดังกล่าว ในกรณีที่เป็นการสำคัญผิดในข้อกฎหมายเพื่อเป็นการลบล้างองค์ประกอบทางด้านจิตใจจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับข้อ 32 (2) ซึ่งเป็นเรื่องที่พิจารณาเกี่ยวกับข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญา ซึ่งตามข้อเสนอของเจสเช็ค (jescheck) ที่ว่า

“ในความเป็นจริงแล้ว การสำคัญผิดในข้อกฎหมายไม่เกี่ยวข้องกับองค์ประกอบของอาชญากรรม แต่เป็นเรื่องเกี่ยวกับความผิดกฎหมายของการกระทำตามสถานการณ์ที่เกิดขึ้น”

ตามข้อ 30 ผู้ร่างของธรรมนูญกรุงโรมได้กำหนดให้เป็นกฎหมายที่เหมาะสมเกี่ยวกับองค์ประกอบทางด้านจิตใจสำหรับความรับผิดทางอาญาสำหรับความรับผิดทางอาญาต่อกรณีอาชญากรรมระหว่างประเทศ

ข้อ 30. องค์ประกอบทางด้านจิตใจ

1. เว้นแต่จะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น บุคคลต้องรับผิดทางอาญา และอาจต้องได้รับโทษสำหรับอาชญากรรมภายในเขตอำนาจของศาล เฉพาะในกรณีที่ได้กระทำการอันเป็นองค์ประกอบสำคัญของความผิดโดยมีเจตนาและรู้

2. เพื่อความมุ่งประสงค์ของข้อนี้ บุคคลมีเจตนา เมื่อ

(ก) ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการกระทำ บุคคลนั้นตั้งใจที่จะเข้าร่วมในการกระทำ

(ข) ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับผล บุคคลนั้นตั้งใจให้เกิดผลดังกล่าวหรือรู้สีกว่าจะเกิดขึ้นเป็นเหตุการณูปกติ

3. เพื่อความมุ่งประสงค์ของข้อนี้ “การรู้” หมายถึง การรู้สำนึกว่าสภาวะการณ์มีอยู่หรือผลจะเกิดขึ้นเป็นเหตุการณูปกติ “รู้” และ “โดยรู้” ต้องตีความไปตามนั้น

ตามข้อ 30 นี้เช่นเดียวกับข้อ 32 และ 33 เป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์กฎหมายอาญาระหว่างประเทศที่เรื่ององค์ประกอบทางด้านจิตใจเป็นความต้องการทั่วไปในเรื่องความรับผิดทางอาญาของปัจเจกบุคคลที่ได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ ตามมาตรา 30 ได้ระบุเรื่อง “องค์ประกอบทางด้านจิตใจ” เป็นระดับของการรับรู้ทางด้านภายนอกหรือการนิยามองค์ประกอบของผู้กระทำความผิด องค์ประกอบภายนอกได้แสดงให้เห็นถึงการให้ความหมายด้านบวกเกี่ยวกับองค์ประกอบของอาชญากรรม เมื่อแอมบอส (Ambos) ได้ชี้ให้เห็นว่า “องค์ประกอบภายนอก” สามารถที่จะแสดงให้เห็นถึง สารบัญญัติและไม่ใช่องค์ประกอบทางด้านวิธีบัญญัติ แต่บนพื้นฐานของร่างประวัติศาสตร์และข้อเท็จจริงที่ว่าข้อ 30 ได้แสดงถึงพฤติการณ์ ผลลัพธ์และสภาพแวดล้อม องค์ประกอบภายนอกต้องได้รับความ

เข้าใจในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบภายนอกที่ระบุถึงวัตถุประสงค์ของการระบอบอาชญากรรม ความต้องการองค์ประกอบทางด้านจิตใจไม่ได้รวมถึงองค์ประกอบของการกระทำความผิดหรือ “*UnrechtsbewuBtsien*” รวมไปถึงระบบกฎหมายแองโกลอเมริกันด้วย โดย “*UnrechtsbewuBtsien*” ไม่ใช่ความต้องการที่เป็นอิสระสำหรับความรับผิดชอบอาญา แต่ยังคงรวมถึงไม่ได้รับการรับรองว่าเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบทางด้านจิตใจด้วยความสำคัญผิดในข้อกฎหมาย นั้นหมายถึงกรณีที่ผู้กระทำไม่รู้ว่าการกระทำของตนเป็นความผิดต่อกฎหมาย ตามกฎหมายอาญาของไทยจะยอมรับว่ามีผู้ไม่รู้กฎหมาย แต่หลักกฎหมายโดยทั่วไปถือว่าทุกคนต้องรู้กฎหมาย และผู้ที่กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายจะต้องได้รับโทษ จะแก้ตัวว่าตนเองไม่รู้กฎหมายเพื่อให้พ้นจากความรับผิดชอบอาญาไม่ได้ แต่ถึงกระนั้นก็ตามก็ยังมีข้อยกเว้นอยู่บ้าง กล่าวคือให้ศาลมีอำนาจลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายไว้สำหรับความผิดนั้น เพียงใดก็ได้ถ้าศาลเห็นว่าตามสภาพของการกระทำ และพฤติการณ์ ศาลอาจอนุญาตให้ผู้กระทำความผิดแสดงพยานหลักฐานต่อศาลเนื่องด้วยเหตุผลที่ไม่รู้กฎหมายก็ได้ และหากศาลเชื่อว่าผู้กระทำไม่รู้ว่ากฎหมายบัญญัติไว้ เช่นนั้นศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ แต่มีข้อยกเว้นโทษเลย แต่ตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศแล้วตามธรรมนูญกรุงโรม ข้อ 30 32 และ 33 เป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์กฎหมายอาญาระหว่างประเทศที่เรื่ององค์ประกอบทางด้านจิตใจเป็นความต้องการทั่วไปในเรื่องความรับผิดชอบอาญาของปัจเจกบุคคลที่ได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ ตามมาตรา 30 ได้ระบุเรื่อง “องค์ประกอบทางด้านจิตใจ” เป็นระดับของการรับรู้ทางด้านภายนอกหรือการนิยามองค์ประกอบของผู้กระทำความผิด องค์ประกอบภายนอกได้แสดงให้เห็นถึงการให้ความหมายด้านบวกเกี่ยวกับองค์ประกอบของอาชญากรรม “องค์ประกอบภายนอก” สามารถที่จะแสดงให้เห็นถึง สารบัญญัติและไม่ใช่ องค์ประกอบทางด้านวิธีบัญญัติ แต่บนพื้นฐานของร่างประวัติศาสตร์และข้อเท็จจริงที่ว่าข้อ 30 ได้แสดงถึงพฤติการณ์ ผลลัพธ์และสภาพแวดล้อม องค์ประกอบภายนอกต้องได้รับความเข้าใจในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบภายนอกที่ระบุถึงวัตถุประสงค์ของการระบอบอาชญากรรม และบางส่วนเห็นว่าตามข้อ 30 นี้เป็นการสร้างหลักการในของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศในเรื่องหลักการของผู้กระทำความผิดทางอาญาที่เป็นปัจเจกบุคคล ซึ่งพวกเขาได้เสนอหลักการที่ว่า “*actus non facit reum nisi mens sit rea*” โดยถือว่าความรับผิดชอบอาญาของบุคคลคือบุคคลที่ควรตระหนักรู้เพียงพอว่าอะไรคือสิ่งที่เขาทำและทราบผลลัพธ์ของการกระทำนั้น

การอ้างคำสั่งของผู้บังคับบัญชา

ตามข้อ 33 ของธรรมนูญกรุงโรม กำหนดไว้ว่า “ คำสั่งของผู้บังคับบัญชาและการออกคำสั่งตามกฎหมาย

1. ข้อเท็จจริงที่ว่าอาชญากรรมภายในเขตอำนาจของศาลฯ ที่ประกอบโดยบุคคลที่ปฏิบัติตามคำสั่งของรัฐบาล หรือผู้บังคับบัญชาไม่ว่าฝ่ายทหารหรือพลเรือนจะไม่เป็นผลให้บุคคลนั้นพ้นจากความรับผิดชอบอาญา เว้นแต่

(ก) บุคคลนั้นมีพันธกรณีทางกฎหมายที่ต้องเชื่อฟังคำสั่งของรัฐบาลหรือผู้บังคับบัญชา

(ข) บุคคลนั้นไม่รู้ว่าคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และ

(ค) คำสั่งนั้นไม่ปรากฏชัดแจ้งว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2. เพื่อความมุ่งประสงค์ของข้อนี้ คำสั่งให้กระทำอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ หรือประกอบอาชญากรรมต่อมนุษยชาติเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดแจ้ง”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเริ่มต้นของข้อ 33 ถือตามหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาไม่ถือว่าเป็นข้อยกเว้นความรับผิดชอบอาญาไม่ว่าคำสั่งนั้นจะเป็นคำสั่งจากรัฐบาล ทหารหรือพลเรือนก็ตาม ยกเว้นในกรณีที่นำมาเป็นข้ออ้างได้คือผู้กระทำความผิดมีพันธกรณีตามกฎหมายที่จะต้องปฏิบัติตาม ไม่รู้ว่าคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายและคำสั่งนั้นไม่ปรากฏชัดแจ้งว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงเห็นได้ว่าศาลอาญาระหว่างประเทศได้ยึดถือหลักการสำหรับความรับผิดชอบเมื่อปรากฏชัดแจ้งว่าเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (the manifest illegality principle) แต่หลักการดังกล่าวหากตีความตามธรรมนูญกรุงโรมแล้ว คำสั่งที่ก่อให้เกิดอาชญากรรมร้ายแรงระหว่างประเทศได้แก่การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ นั้นถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายทั้งสิ้น ดังนั้นในทางปฏิบัติแล้วถือว่าอาชญากรรมประเภทดังกล่าวถือว่าเป็นการรับผิดชอบโดยเด็ดขาด โดยตามธรรมนูญกรุงโรมยกเว้นให้เฉพาะในกรณีที่เป็นการกระทำที่เป็นการรับผิด

ปัญหาประการสำคัญเกี่ยวกับความไม่สัมพันธ์กันในเรื่องที่ว่าประชาคมระหว่างประเทศจะถือว่าการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาจะเป็นข้ออ้างในการยกเว้นความรับผิดชอบในทางอาญานั้น เมื่อวิเคราะห์ถึงขอบเขตของธรรมนูญกรุงโรมแล้วจะมีการปรับใช้กรอบแนวความคิดในเรื่องการรับผิดชอบอย่างมีเงื่อนไขและมาตรฐานในเรื่องความรู้เกี่ยวกับการกระทำและการผิดกฎหมายอย่างชัดเจน ซึ่งโดยสรุปแล้วจะอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบในทางอาญานั้นจะต้องเป็นทหารภายใต้หน้าที่ตามกฎหมายและมีหน้าที่รับคำสั่งจากผู้บังคับบัญชานั้น ทหารจะต้องไม่ทราบว่าคำสั่งนั้นผิดกฎหมาย และคำสั่งนั้นจะต้องไม่ชัดเจนว่าผิดกฎหมาย ซึ่งเมื่อพิจารณาในเรื่อง “ ความรู้เกี่ยวกับการกระทำนั้น หมายถึงการตระหนักเกี่ยวกับสภาพแวดล้อมที่ดำรงอยู่หรือผลลัพธ์ที่จะเกิดขึ้นในกรณีที่เป็นเหตุการณ์ปกติ ยกเว้นในกรณีที่เป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติและอาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในฐานะที่เป็นกรณีขบถด้วยกฎหมายอย่างชัดเจนแล้วการอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบในทางอาญานั้นจะใช้อ้างได้เพียงในกรณีที่เป็นคดีอาชญากรรมสงคราม ” และไม่ใช่อาชญากรรมทุกประเภทจะเกิดในสงคราม ดังนั้นธรรมนูญกรุงโรมจึงไม่สามารถกำหนดคำนิยามที่ชัดเจนของ “ การผิดกฎหมายอย่างชัดเจน ” ได้ซึ่งคำดังกล่าวยังเปิดกว้างสำหรับการตีความ

ในคดี *R v Finta 1994*, 834 ศาลได้ปรับใช้เรื่องการผิดกฎหมายอย่างชัดเจนนั้นว่าเป็นเรื่องของการกระทำความผิดต่อสามัญสำนึกของทุกเหตุผลและต่อบุคคลที่มีความคิดถูกต้อง ซึ่งเป็นไปตามมาตรฐานที่ขึ้นอยู่กับว่าบุคคลที่มีเหตุผลควรจะทำอย่างไรและตอบสนองต่อเหตุการณ์อย่างไร ซึ่งเป็นมาตรฐานทั่วไปในการปรับใช้ระบบกฎหมายหลายระบบและควรจะเป็นมาตรฐานที่ปรับใช้ในศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งหมายความว่า ทหารสามารถอ้างความรับผิดชอบโดยอ้างคำสั่งของผู้บังคับบัญชาได้ก็ต่อเมื่อกระทำการเช่นเดียวกับบุคคลที่มีเหตุผลทั่วไปแม้ว่าจะไม่รู้ คำสั่งนั้นผิดกฎหมายโดยชัดเจน ซึ่งคำว่ามีเหตุผลนั้นควรกำหนดการพิจารณาโดยศาลและหลายฝ่ายเห็นว่าควรพิจารณาจากสภาพแวดล้อม ซึ่งยังไม่มีที่ชัดเจนและคลุมเครือ⁴⁵

การอ้างคำสั่งของผู้บังคับบัญชาตามกฎหมายอาญาของไทยนั้นศาลก็รับฟังแต่ในทางกฎหมายอาญาระหว่างประเทศนั้นค่อนข้างยากกว่าโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เป็นกรณีขบถที่มีสงครามเพราะว่าสภาพแวดล้อมของการอ้างคำสั่งของผู้บังคับบัญชาในกรณีที่เป็นกรณีปฏิบัติตามกฎหมายสงครามนั้นค่อนข้างมีความซับซ้อนและโครงสร้างของกฎหมายประกอบไปด้วยความไม่แน่นอนและความคลุมเครือหลายประการ เพราะว่ากฎหมายสงครามนั้นต้องถูกนำไปปรับใช้ในสถานการณ์ที่มีการสู้รบกันเพราะสงครามคือความรุนแรง มีการเปลี่ยนแปลงและสภาพแวดล้อมที่มีความซับซ้อนอยู่ตลอดเวลาดังนั้นการปรับใช้ระบบกฎหมายภายใต้เงื่อนไขดังกล่าวจึงเป็นเรื่องลำบาก ดังนั้นภายใต้เงื่อนไขในลักษณะนี้จึงทำให้ทหารพิจารณากำหนดพันธกรณีตามกฎหมายหรือคำสั่งของผู้บังคับบัญชาได้ลำบาก

การอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบในทางอาญาอื่น

ตามธรรมนูญกรุงโรมฯ ข้อ 31 (3) กำหนดว่า

“ในการพิจารณาคดี ศาลอาญาระหว่างประเทศอาจพิจารณามูลเหตุสำหรับการยกเว้นความรับผิดชอบในทางอาญาจากที่อ้างถึงในวรรค 1 หากมูลเหตุเช่นว่าได้มาจากกฎหมายที่ใช้บังคับตามที่กำหนดไว้ในข้อ 21 พิจารณาที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาเกี่ยวกับมูลเหตุเช่นว่าต้องระบุไว้ในกฎเกณฑ์ของศาลอาญาระหว่างประเทศว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐาน”

“ข้อ 21 กฎหมายที่ใช้บังคับ

1.ให้ศาลอาญาระหว่างประเทศใช้บังคับ

(เอ) ธรรมนูญของศาลอาญาระหว่างประเทศนี้เป็นลำดับแรก องค์ประกอบความผิดทางอาญาและระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐาน

(บี) ในลำดับที่สอง เมื่อเห็นว่าเหมาะสม ให้ใช้หลักการทั่วไปของกฎหมายที่ศาลฯ ได้มาจากกฎหมายภายในของระบบกฎหมายของโลก รวมทั้งกฎหมายภายในของรัฐซึ่งตามปกติจะใช้เขตอำนาจเหนืออาชญากรรมนั้น

⁴⁵ C. OSullivan, *Killing on Command the Defence of Superior Orders in Modern Combat*, (London: Palgrave Macmillan, 2016), p.45

ตามที่เหมาะสม ทั้งนี้ โดยมีเงื่อนไขว่า หลักการเหล่านี้ต้องไม่ขัดกับธรรมนูญศาลฯ นี้ และกฎหมายระหว่างประเทศ และบรรทัดฐานและมาตรฐานซึ่งเป็นที่ยอมรับจากนานาประเทศ

(ซี) ในกรณีที่ไม่สามารถอ้างดังกล่าวข้างต้นได้ ให้ใช้หลักการทั่วไปของกฎหมายที่ศาลฯ ได้มาจากกฎหมาย ภายในของระบบกฎหมายของโลก รวมทั้งกฎหมายภายในของรัฐซึ่งตามปกติจะใช้เขตอำนาจเหนืออาชญากรรมนั้น ตามที่ที่เหมาะสม ทั้งนี้มีเงื่อนไขว่า หลักการเหล่านี้ต้องไม่ขัดกับธรรมนูญศาลฯ นี้และกฎหมายระหว่างประเทศและ บรรทัดฐานและมาตรฐานซึ่งเป็นที่ยอมรับจากนานาประเทศ

2.ศาลฯ อาจใช้หลักการและกฎเกณฑ์ของกฎหมายตามที่ได้มีการตีความไว้ในการตัดสินของตนก่อนหน้านี้

3.การใช้บังคับและการตีความตามข้อนี้ต้องสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนอันเป็นที่ยอมรับกันในระหว่าง ประเทศ และโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของข้อพิจารณา เช่น การแบ่งแยกเพศ ดังที่ได้ให้คำนิยามไว้ในข้อ 7 วรรค 3 กล่าวคือ อายุ เชื้อชาติ สีผิว ภาษา ศาสนา หรือความเชื่อ ความเห็นทางการเมืองหรือความเห็นอื่น ๆ แหล่งกำเนิดตามสัญชาติหรือชาติพันธุ์หรือสังคม ความมั่งมี สถานะที่ได้มาด้วยการเกิดหรือสถานะอื่น ๆ”

จากข้อกำหนดในธรรมนูญกรุงโรมข้อดังกล่าว จึงพิจารณาได้ว่าธรรมนูญกรุงโรมไม่ได้ระบุถึงประเภทของ เหตุยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาไว้ทุกอย่าง ดังนั้นตามธรรมนูญกรุงโรมข้อ 31 (3) จึงอนุญาตให้ศาลอ้างอิงเหตุยกเว้น ความรับผิดชอบทางอาญาอื่นได้ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 21 บทบัญญัตินี้มีความสำคัญเนื่องจากทำให้คณะกรรมการของศาล สามารถนำเหตุยกเว้นความรับผิดชอบที่ได้รับการรับรองตามกฎหมายภายในมาปรับใช้ในศาลอาญาระหว่างประเทศ ยกตัวอย่างเช่นเรื่องการอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดชอบในเรื่องการขัดกันเรื่องผลประโยชน์หรือการป้องกันตัวเกินกว่าเหตุ ตามวัตถุประสงค์หลักของข้อ 31 (3) ไม่ได้เป็นการเปิดโอกาสให้ใช้เหตุยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาใหม่ แต่เป็นการ หาจุดร่วมกันระหว่างกฎหมายอาญาระหว่างประเทศกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ จากลักษณะของเรื่อง กฎหมายอาญาระหว่างประเทศและกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศบนพฤติกรรมที่ขอบด้วยกฎหมายในระหว่าง ที่การขัดกันทางทหารตามความประพฤตินุญญาติที่อนุญาตให้กระทำได้ตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศถือว่าไม่เป็น อาชญากรรมตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ ดังนั้นเพื่อหลีกเลี่ยงความไม่สอดคล้องกันระหว่างกฎหมายอาญา ระหว่างประเทศกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และกฎหมายอาญาระหว่างประเทศสมควรที่จะตีความให้ สอดคล้องกันกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในธรรมนูญกรุงโรมตามข้อ 31 (3) กับข้อ 21 ของธรรมนูญกรุงโรมได้รับการปรับใช้โดยถือว่าเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดชอบตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่าง ประเทศเป็นพิเศษ หลักการอื่น ๆ ที่ถือเป็นข้อยกเว้นความรับผิดชอบตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ ยกตัวอย่าง เช่น ความยินยอมของผู้เสียหาย ความจำเป็นทางทหาร (Military necessity) การแก้แค้นตอบแทน หลักการตาม กฎของการปะทะ” (Tu-quoque principle)⁴⁶ เป็นต้น

โดยสรุปแล้วแม้ว่าธรรมนูญกรุงโรมนั้นจะไม่ได้กำหนดเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาไว้อย่างสมบูรณ์ ทั้งหมดแต่ก็แสดงให้เห็นถึงความพยายามในการรวบรวมเรื่องข้ออ้างความรับผิดชอบทางอาญาไว้อย่างเป็นระบบ⁴⁷ และ บทบัญญัติของธรรมนูญกรุงโรมนั้นก็ถูกบัญญัติมาในลักษณะที่เป็นการ “ประนีประนอม” ของรัฐจำนวนมากโดย บางส่วนนำมาจากระบบกฎหมายจารีตประเพณีและบางส่วนนำมาจากระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรและข้อยกเว้น ความรับผิดชอบเหล่านี้ต้องนำไปปรับปรับใช้กับอาชญากรรมที่มีความร้ายแรงและหลักการของกฎหมายอาญาระหว่าง ประเทศนั้นไม่ได้เกี่ยวข้องกับเรื่องคุณลักษณะของอาชญากรรมที่กระทำความผิดแต่เพียงอย่างเดียว แต่ยังให้ ความสำคัญถึง “สภาพแวดล้อมที่ปัจเจกบุคคลนั้นอาจจะต้องรับผิดชอบในทางอาญา” โดยแม้ว่าเขาจะเกี่ยวข้องกับการมี ส่วนร่วมในการกระทำความผิด แม้ว่าเดิมตามกฎหมายบัตรนูเรมเบิร์กนั้นจะไม่ยอมรับข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาจาก การกระทำความผิดอาญาร้ายแรง เช่น อาชญากรรมสงคราม อาชญากรรมต่อสันติภาพและอาชญากรรมต่อ มนุษยชาติ โดยการยอมรับว่าข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับอาชญากรรมร้ายแรงได้รับการยอมรับอย่าง

⁴⁶ Duhaime.org, “Duhaime’s Law Dictionary:Tu quoque Definition:” Retrieved December 31, 2017, from <http://www.duhaime.org/LegalDictionary/T/Tuquoque.aspx>.

⁴⁷ *supra* note 28, p. 402.

ชัดเจนในปี ค.ศ.1996 ในร่างประมวลอาชญากรรมซึ่งศาลสามารถกำหนดการยอมรับฟังเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายทั่วไปและตามที่ปรากฏตามในตัวบทของอาชญากรรมแต่ละเรื่อง และแม้ว่าตามธรรมนูญกรุงโรมแล้วจะเน้นไปที่ความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลที่จะต้องทำให้มั่นใจได้ว่าอาชญากรผู้ก่ออาชญากรรมร้ายแรงจะต้องถูกนำมาตัวมาดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรม โดยตามธรรมนูญกรุงโรมข้อ 31 ได้กำหนดเรื่องการอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาไว้ 4 ประการ คือ ความบกพร่องทางจิต การทำให้อยู่ในภาวะมีนเมา การป้องกันตนเองและการถูกข่มขู่ และในกรณีอื่นคือข้อจำกัดทางด้านอายุ การสำคัญผิดในข้อเท็จจริง การปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา ซึ่งทำให้ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญา เป็นต้น

เรื่องข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญานั้นเป็นเรื่องที่มักจะถูกมองข้ามไปแม้ว่าจะเป็นเรื่องที่สำคัญเรื่องหนึ่งในเรื่องโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา และในทางปฏิบัติแล้วหากผู้กล่าวหาไม่กล่าวอ้างหรือยกเรื่องดังกล่าวขึ้นมาเป็นข้อต่อสู้แล้ว เช่น ให้การรับสารภาพในข้อกล่าวหาที่ถูกกล่าวหาในทางอาญาแล้วเรื่องดังกล่าวอาจไม่นำมาหยิบยกขึ้นมาในระหว่างการพิจารณาคดี การลงโทษโดยเห็นว่าผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดทางอาญาที่ถือว่าเป็นข้อห้ามของสังคมเหมือนกันทุกคนนั้นอาจมีข้อดีในแง่ที่ว่าผู้ถูกกล่าวหาที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดในลักษณะเดียวกันถูกลงโทษเหมือนกัน แต่อย่างไรก็ตามการกระทำความผิดบางประการนั้นโดยเฉพาะเมื่อคำนึงถึงเรื่องสภาพแวดล้อมและลักษณะเฉพาะตัวของผู้กระทำความผิดแล้ว หากใช้ทฤษฎีการลงโทษเด็ดขาดแล้วอาจส่งผลต่อสภาพความเรียบร้อยของสังคมและกระบวนการยุติธรรมทางอาญารวมไปถึงปัญหาที่กระทบต่อลักษณะของความยุติธรรมอีกด้วย กฎหมายอาญาจึงยอมรับข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาในโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาว่าสามารถนำมาเป็น “ข้ออ้าง” หรือ “ข้อยกเว้น” ได้ และตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศนั้นก็ยอมรับเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาด้วย ประเด็นสำคัญที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาระหว่างประเทศคือเรื่องสิทธิระหว่างการฟ้องร้องดำเนินคดีกับข้อยกเว้นความรับผิดชอบในทางอาญาซึ่งแนวความคิดดังกล่าวอยู่ในกรอบความคิดทางอุดมคติเรื่อง “การปรองดอง” และลดความเป็นศัตรูกันมิใช่เรื่องของการแก้แค้นตอบแทน ดังนั้นแม้การดำเนินคดีอาชญากรรมร้ายแรงก็ยังต้องคำนึงถึงสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาและการดำเนินคดีที่เป็นธรรมตามหลักสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศด้วย

3. ข้อยกเว้นความผิดรับทางอาญาตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศกับกฎหมายอาญาของไทย

เมื่อทำการศึกษาเกี่ยวกับข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาของไทยแล้วในทางสารบัญญัติแล้ว ทำให้ได้ข้อสังเกตว่าข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้นมีลักษณะคล้ายกับข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาของไทยหลายประการ แต่อาจแตกต่างกันบ้างในเรื่องรายละเอียดในการนำไปปรับใช้เนื่องจากเพราะคดีอาญาที่ดำเนินการในศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นล้วนเป็นคดีร้ายแรงที่มีผลกระทบต่อมนุษยชาติ แต่ที่แตกต่างกันอย่างชัดเจนที่กฎหมายอาญาของไทยยังไม่ยอมรับข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาอื่นที่ไม่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายหรือจารีตประเพณีให้กระทำได้ ในขณะที่กฎหมายอาญาระหว่างประเทศยินยอมให้ผู้กล่าวหายกขึ้นต่อสู้ต่อได้กว้างขวางกว่าเพราะข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาตามที่ระบุไว้ในข้อ 31 แห่งธรรมนูญกรุงโรมไม่ได้ถือว่าเป็นที่สุดแต่ตามวรรค 3 ได้อ้างธรรมนูญกรุงโรมข้อ 21 ซึ่งกำหนดให้ศาลสามารถปรับใช้ข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาตามธรรมนูญกรุงโรมเป็นลำดับแรกและด้วยเหตุผลทางด้านความเหมาะสมสามารถปรับใช้หลักการและกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศได้และนอกจากนั้นยังสามารถปรับใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายที่สืบเนื่องมาจากศาลตามกฎหมายภายในรัฐของระบบกฎหมายภายในโลกได้ด้วย โดยมีเงื่อนไขในการใช้บังคับและการตีความต้องสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนอันเป็นที่ยอมรับกันระหว่างประเทศ และโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของข้อพิจารณา เช่น การแบ่งแยกเพศ ดังที่ได้ให้คำนิยามไว้ในข้อ 7 วรรค 3 กล่าวคือ อายุ เชื้อชาติ สีผิว ภาษา ศาสนา หรือความเชื่อ ความเห็นทางการเมืองหรือความเห็นอื่น ๆ แหล่งกำเนิดตามสัญชาติหรือชาติพันธุ์หรือสังคม ความมั่งมี สถานะที่ได้มาด้วยการเกิดหรือสถานะอื่น ๆ

นอกจากนี้ในทางวิธีบัญญัติแล้วตามกฎเกณฑ์ของศาลอาญาระหว่างประเทศว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐานตามข้อ 79 และข้อ 80 ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าในกรณีที่มีการอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญา ความหมายฝ่ายผู้ถูกกล่าวหาต้องแจ้งไปยังอัยการเกี่ยวกับชื่อของพยานหรือพยานหลักฐานอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับพื้นฐานของการอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาและผู้ถูกกล่าวหาจะต้องแจ้งไปยังผู้พิพากษาที่ทำการไต่สวนและอัยการเมื่อมีเจตนาที่จะยกข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาตามข้อ 31 ขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อให้เห็นที่เพียงพอต่อการเตรียมการดำเนินคดีที่เหมาะสมสำหรับการพิจารณาตัดสิน ซึ่งกฎหมายไทยยังไม่มีกฎหมายวิธีสบัญญัติในส่วนนี้ว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยจะยกขึ้นกล่าวอ้างในชั้นใดได้บ้าง และแม้ว่าประเทศไทยจะไม่ได้ให้สัตยาบันธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศแต่ประเทศไทยเป็นรัฐหนึ่งที่ลงมติสนับสนุนธรรมนูญกรุงโรมและได้ร่วมลงนามธรรมนูญกรุงโรมเมื่อวันที่ 2 ตุลาคม 2543 โดยคณะรัฐมนตรีไทยได้มีมติเมื่อวันที่ 19 มกราคม 2542 แต่งตั้ง “คณะกรรมการพิจารณาธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ” ขึ้นตามที่กระทรวงต่างประเทศเสนอ มีหน้าที่พิจารณาผลดีและผลเสียของการเข้าเป็นรัฐภาคีแห่งธรรมนูญ ตลอดจนพิจารณาว่าต้องออกกฎหมายเพิ่มเติมหรือปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่มีอยู่หรือไม่อย่างไร รวมทั้งดำเนินการต่าง ๆ ที่จำเป็น เช่น เผยแพร่เนื้อหาสาระของธรรมนูญให้แก่สาธารณชน แต่เนื่องจากธรรมนูญกรุงโรม ข้อ 27 กำหนดว่า ให้ใช้ธรรมนูญบังคับแก่บุคคลทุกคนอย่างเสมอหน้ากัน และไม่มีใครจะอ้างอำนาจหน้าที่ทางราชการ โดยเฉพาะในฐานะประมุขแห่งรัฐ มาคุ้มกันตนให้พ้นจากความรับผิดชอบทางอาญาได้เลย รัฐบาลไทยจึงไม่ยอมให้สัตยาบันธรรมนูญกรุงโรม เพราะ ข้อ 27 ดังกล่าวจะมีผลให้ประเทศไทยอ้างความคุ้มกันตามกฎหมายไทยมิได้⁴⁸

ประเทศไทยในปัจจุบันนอกจากกฎหมายอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาที่ถือว่าเป็นประมวลกฎหมายหลักที่ใช้ในการควบคุมสังคมและลงโทษทางอาญา ยังมีกฎหมายที่มีโทษทางอาญาถูกบัญญัติออกมาอีกเป็นจำนวนมากจนกฎหมายที่มีโทษทางอาญาของไทยมีลักษณะเป็นกฎหมายอาญาเพื่อ (overcriminalization)⁴⁹ ที่แม้จะมีตัวบทกฎหมายและโทษทางอาญาเป็นจำนวนมากแต่ก็ขาดประสิทธิภาพในการบังคับใช้และถูกวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับการถูกเลือกปฏิบัติจนไม่สามารถสร้างความยุติธรรมให้เกิดในสังคมได้ รวมไปถึงทำให้โอกาสที่เจ้าพนักงานที่ประพฤติมิชอบมีโอกาสสามารถใช้ดุลยพินิจได้โดยไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายได้ ดังนั้นกฎเกณฑ์ของศาลอาญาระหว่างประเทศว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐานตามข้อ 79 ที่กำหนดว่า

ข้อ 79 การอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบ

1. จำเลยจะต้องแจ้งแก่อัยการเพื่อ

(เอ) การกล่าวอ้างของข้อแก้ตัวในกรณีที่เป็นกรณีสถานที่เฉพาะหรือสถานที่ที่ถูกกล่าวหาปรากฏตัวในเวลาที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดพร้อมด้วยรายชื่อของพยานหรือพยานหลักฐานอื่นใดที่ถูกกล่าวหาประสงค์จะอ้างเพื่อพิสูจน์ถึงข้อแก้ตัว หรือ

(บี) การกล่าวอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาตามข้อ 31 วรรคแรก จะต้องมีการแจ้งถึงรายชื่อเฉพาะหรือพยานหลักฐานอื่นใดที่ถูกกล่าวหาประสงค์จะอ้างเพื่อพิสูจน์ถึงข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญา

2. การพิจารณาถึงข้อจำกัดทางด้านเวลาสำหรับกฎเกณฑ์อื่น การแจ้งตามข้อ 1. จะต้องให้มีเวลาเพียงพอสำหรับอัยการที่เตรียมพร้อมอย่างเหมาะสมในการเตรียมตัวและแก้ต่าง คณะกรรมการอาจพิจารณาอนุญาตเป็นกรณีพิเศษให้อัยการเลื่อนการพิจารณาในประเด็นเกี่ยวกับข้อยกเว้นความรับผิดชอบ

3. การไม่ได้กล่าวอ้างของจำเลยภายใต้ข้อนี้ไม่เป็นข้อจำกัดเกี่ยวกับสิทธิตามข้อ 1. และการอ้างพยานหลักฐาน

4. กฎเกณฑ์ในข้อนี้ไม่ได้เป็นข้อจำกัดไม่ให้คณะกรรมการสำหรับการสั่งให้กล่าวอ้างถึงพยานหลักฐานอื่นและข้อ 80 วิธีสำหรับการอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาภายใต้ข้อ 31 วรรค 3

⁴⁸ วรางคณา อู๋ยนอก, “รายงาน: ตอบทุกประเด็น “ศาลอาญาระหว่างประเทศ” ทำไม่ไทยไม่เป็นภาคี?” สืบค้นเมื่อ 5 กรกฎาคม 2562, จาก <https://prachatai.com/journal/2012/05/40506>.

⁴⁹ โปรดดูเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77

1. จำเลยจะต้องแจ้งไปยังทั้งคณะกรรมการไต่สวนและอัยการถ้าหากประสงค์จะอ้างข้อยกเว้นความรับผิดภายใต้ข้อ 31 วรรค 3 โดยการแจ้งนี้จะต้องมีเวลาเพียงพอสำหรับให้อัยการสามารถเตรียมพร้อมสำหรับการดำเนินคดี

2. สำหรับการแจ้งภายใต้ข้อ 1. คณะกรรมการไต่สวนจะต้องรับฟังทั้งฝ่ายอัยการและจำเลยก่อนที่จะพิจารณาว่าจำเลยสามารถยกข้อกล่าวอ้างเกี่ยวกับข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาได้หรือไม่

3. หากจำเลยได้รับอนุญาตให้ยกข้อยกเว้นความรับผิด คณะกรรมการไต่สวนอาจอนุญาตให้อัยการเลื่อนการดำเนินคดีเพื่อพิจารณาข้อยกเว้นดังกล่าว

นั่นถือว่าเป็นตัวอย่างที่ค่อนข้างชัดเจนในการอ้างข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญา

สรุป

เมื่อศึกษาเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศกับกฎหมายอาญาของไทยแล้วทางด้านสารบัญญัติควรดำเนินการเช่นเดียวกันกฎหมายอาญาระหว่างประเทศยินยอมให้ผู้กล่าวหายกขึ้นต่อผู้ต่อได้กว้างขวางกว่าเพราะข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาตามที่ระบุไว้ในข้อ 31 แห่งธรรมนูญกรุงโรมไม่ได้ถือว่าเป็นที่สุด แต่ตามวรรค 3 ได้อ้างธรรมนูญกรุงโรมข้อ 21 ซึ่งกำหนดให้ศาลสามารถปรับใช้ข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาตามธรรมนูญกรุงโรมเป็นลำดับแรกและด้วยเหตุผลทางด้านความเหมาะสมสามารถปรับใช้หลักการและกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศได้และนอกจากนั้นยังสามารถปรับใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายที่สืบเนื่องมาจากศาลตามกฎหมายภายในรัฐอื่นของระบบกฎหมายภายในโลกได้เพื่อเป็นการคำนึงถึงสิทธิของผู้ต้องหาประการหนึ่งและเพื่อเป็นการลดคดีที่ขึ้นสู่ศาลสอดคล้องกับปรัชญาในเรื่องความปรองดองควบคู่ไปกับการแก้ไขเยียวยาผู้กระทำความผิดรวมไปถึงเรื่องหลักการสิทธิมนุษยชนด้วย

ส่วนทางด้านวิธีบัญญัติควรปรับปรุงกฎหมายวิธีบัญญัติของไทยที่เกี่ยวข้องกับเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดดังต่อไปนี้คือ.

ประการแรก ในชั้นสืบสวนสอบสวน ในชั้นเจ้าพนักงานตำรวจที่เกี่ยวข้องกับการสืบสวนสอบสวนไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญา มีเพียงตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131 ที่บัญญัติว่า

“ ให้พนักงานสอบสวนรวบรวมหลักฐานทุกชนิด เท่าที่สามารถจะทำได้ เพื่อประสงค์จะทราบข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ต่าง ๆ อันเกี่ยวกับความผิดที่ถูกล่ามทา เพื่อจะรู้ตัวผู้กระทำความผิดและพิสูจน์ให้เห็นความผิดหรือความบริสุทธิ์ของผู้ต้องหา ”

แต่อย่างไรก็ตามในชั้นเจ้าพนักงานที่ดำเนินการสืบสวนสอบสวนนั้นไม่ปรากฏชัดเจนว่าหากปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ต้องหาสามารถอ้างข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาได้ จะต้องทำความเข้าใจ “สั่งฟ้อง” หรือ “สั่งไม่ฟ้อง” ไปยังพนักงานอัยการ ดังนั้นในชั้นสืบสวนสอบสวนนี้หากปรากฏชัดว่าการกระทำของผู้ต้องหาสามารถอ้างข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาได้โดยในกรณีที่ไม่เป็นความผิดสามารถให้พนักงานสอบสวนทำความเข้าใจ “สั่งไม่ฟ้อง” ไปยังพนักงานอัยการได้ ส่วนกรณีที่ไม่ต้องรับโทษนั้นให้พนักงานสอบสวนทำความเข้าใจ “สั่งฟ้อง” ไปยังพนักงานอัยการแต่ทำความเข้าใจว่าผู้ต้องหาไม่สมควรได้รับโทษหรือมีเหตุอันอันควรลดโทษลงเข้าไปในสำนวนการสอบสวนที่ส่งไปยังพนักงานอัยการด้วย

ประการที่สอง ในชั้นพนักงานอัยการ หากปรากฏข้อเท็จจริงไม่ว่าในทางใดว่าการกระทำของผู้ต้องหาสามารถอ้างข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาได้แล้วทำให้การกระทำของผู้ต้องหาไม่เป็นความผิด ไม่ต้องรับโทษหรือรับโทษน้อยลง พนักงานอัยการควรทำความเข้าใจดังกล่าวตามที่สามารถอ้างข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาหรือให้ปรากฏในคำฟ้องด้วย

ประการที่สาม ในการพิจารณาคดีของศาล ข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาเป็นข้อเท็จจริงที่อาจจะทำให้ผลของคำพิพากษาเปลี่ยนแปลงไปได้ ดังนั้นศาลจึงไม่ควรรับฟังข้อเท็จจริงดังกล่าวจากคู่ความเท่านั้น ศาลจึงควร

มีอำนาจในการไต่สวนกรณีที่ปรากฏข้อเท็จจริงที่อาจทำให้ผู้ต้องหาสามารถอ้างข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาได้ รวมถึงในกรณีของการพิจารณาในชั้นอุทธรณ์ ฎีกาด้วย

ประการที่สี่ ในชั้นการจำคุกหรือคุมประพฤติ โดยหากแม้ปรากฏข้อเท็จจริงในภายหลังเกี่ยวกับข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาก็สมควรให้นำข้อเท็จจริงนั้นมาประกอบการพิจารณาคดีโทษหรือดำเนินการแก้ไขให้ถูกต้องและสมควรกับข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญานั้น โดยเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 90 ที่บัญญัติว่า

“ เมื่อมีการอ้างว่าบุคคลใดต้องถูกคุมขังในคดีอาญาหรือในกรณีอื่นใดโดยมิชอบด้วยกฎหมาย บุคคลเหล่านี้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลท้องที่ที่มีอำนาจพิจารณาคดีอาญาขอให้ปล่อย คือ

- (1) ผู้ถูกคุมขังเอง
- (2) พนักงานอัยการ
- (3) พนักงานสอบสวน
- (4) ผู้บัญชาการเรือนจำหรือพัศดี
- (5) สามี ภริยา หรือญาติของผู้นั้น หรือบุคคลอื่นใดเพื่อประโยชน์ของผู้ถูกคุมขัง

เมื่อได้รับคำร้องดังนั้น ให้ศาลดำเนินการไต่สวนฝ่ายเดียวโดยด่วน ถ้าศาลเห็นว่าคำร้องนั้นมีมูล ศาลมีอำนาจสั่งผู้คุมขังให้นำตัวผู้ถูกคุมขังมาศาลโดยพลัน และถ้าผู้คุมขังแสดงให้เป็นที่พอใจแก่ศาลไม่ได้ว่าการคุมขังเป็นการชอบด้วยกฎหมาย ให้ศาลสั่งปล่อยตัวผู้ถูกคุมขังไปทันที”

แม้ว่าเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาไม่ได้มีน้ำหนักหรือปัญหาเทียบเท่ากับการคุมขังโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ก็ยังเป็นข้ออ้างหรือข้อยกเว้นที่ทำให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่ได้ถือว่ากระทำความผิด ไม่ต้องรับโทษหรือได้รับโทษน้อยลง ข้อเท็จจริงเหล่านี้จึงควรถูกนำมาพิจารณาเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมหลักหรือกระบวนการยุติธรรมทางเลือกเพื่อจะได้ไม่ต้องนำตัวผู้ถูกกล่าวหาไป “จำคุก” หรือ “คุมขัง” เท่านั้นแต่ควรมีวิธีการที่เหมาะสมกับเหตุที่เป็นข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาตามลักษณะหรือการกระทำของผู้ถูกกล่าวหาด้วย

โดยภาพรวมแล้ว แนวทางในการพิจารณาความบกพร่องหรือความไม่สมบูรณ์ของผู้กระทำความผิดแต่ละคนควรถูกนำมาพิจารณาในรายละเอียดมากกว่าจะดูเพียงข้อหาหรือความร้ายแรงของการกระทำความผิดเท่านั้น ดังนั้นในอนาคตการอ้างข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาของไทยอาจสามารถพัฒนาให้รับฟังข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาอื่น ๆ ได้ด้วย เช่น ข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาของกฎหมายประเทศอื่นของผู้กระทำความผิดหรือข้อยกเว้นความรับผิดตามกฎหมายระหว่างประเทศ เป็นต้น และควรกำหนดให้มีวิธีการอ้างข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาว่าจะสามารถอ้างในชั้นตอนใดในชั้นจับกุม สอบสวน ชั้นพนักงานอัยการหรือชั้นศาล ในลักษณะเช่นเดียวกันกับกฎเกณฑ์ของศาลอาญาระหว่างประเทศว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐานตามข้อ 79 และข้อ 80 ดังกล่าว.

บรรณานุกรม

หนังสือ

เกียรติขจร วิจารณ์สวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 11 . กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์พลสยาม - พรินต์ติ้ง, 2551.

จิตติ ดิงศภัทย์. กฎหมายอาญาภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 11. นนทบุรี : บริษัทศูนย์การพิมพ์เพชรรุ่ง จำกัด, 2555.

ทวีเกียรติ มนะกนิษฐ. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 20. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562.

วิทยานิพนธ์

อนุชล สัญชยานุกูล. การกระทำด้วยความจำเป็นควรเป็นเหตุยกเว้นความผิด. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพมหานคร . 2556.

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

ไม่ปรากฏชื่อผู้เขียน. “บทบาทของศาลอาญาระหว่างประเทศมีหน้าที่อะไร.” <http://bpi-icb.org/>. 7 กรกฎาคม 2562.

ลาวัลย์ หอนพรัตน์. “เหตุยกเว้นความผิด เหตุยกเว้นโทษ เหตุลดโทษ เหตุรอการกำหนดโทษและเหตุรอการลงโทษ.” <http://law.stou.ac.th/dynfiles/Ex.41716-4.pdf>, 4 กรกฎาคม 2562

วรางคณา อุ๊ยนอก. “รายงาน: ตอบทุกประเด็น “ศาลอาญาระหว่างประเทศ” ทำไมไทยไม่เป็นภาคี?” <https://prachatai.com/journal/2012/05/40506>. 5 กรกฎาคม 2562.

BOOKS

A. Fellmeth & M. Horwitz. Guide to Latin in International Law. New York: Oxford University Press, 2009.

Andrew Novak. The International Criminal Court: An introduction. Cham: Springer, 2015.

Annemieke van Verseveld. Mistake of Law: Excusing Perpetrators of International Crimes. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2012.

Antonio Cassese. International Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 2003.

Antonio Cassese. The Oxford Companion to International Criminal Justice. Oxford : Oxford University Press. 2013.

- A. Reed & M. Bohlander. Loss of Control and Diminished Responsibility Domestic, Comparative and International Perspectives. Farnham : Taylor and Francis, 2016.
- B.N. Schiff. Building the International Criminal Court. Cambridge: Cambridge University Press. 2008.
- C. Elliott & F. Quinn. Criminal Law. Harlow, England: Pearson/Longman. 2010.
- C. OSullivan. Killing on Command the Defence of Superior Orders in Modern Combat. London : Palgrave Macmillan. 2016.
- Carsten Stahn. A Critical Introduction to International Criminal Law. Cambridge University Press. 2018.
- Doria, José, Hans-Peter Gasser, M. Cherif Bassiouni, and I. P. Blishchenk. The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko: In Memoriam Professor Igor Pavlovich Blishchenko (1930-2000). Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- Gerhard Werle. Principle of International Criminal Law. Cambridge: T.M.C. Asser Press, 2005.
- G.P. Fletcher. Basic Concepts of Criminal Law. Oxford: Oxford University Press. 1998.
- I. Marchuk. The Fundamental Concept of Crime in International Criminal Law: A Comparative Law Analysis. Heidelberg: Springer. 2015.
- Ilias Bantekas and Susan Nush. International Criminal Law. 3rd ed. London: Cavendish. 2007.
- Kai Ambos. Treatise on International Criminal Law Volume I: Foundations and General Part. Oxford: Oxford University Press. 2013.
- K. Kittichaisaree. International Criminal Law. Oxford: Oxford University Press.
- McGoldrick, Dominic, Peter Rowe, and Eric Donnelly. The Permanent International Criminal Court: Legal and Policy Issues. Oxford: Hart. 2004.
- Otto Triffterer, Kai Ambos. The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary. Beck: Hart. 2016.
- R. A. Duff. Answering for Crime Responsibility and Liability in the Criminal Law. Oxford: Hart Publishing. 2007.
- R. Cryer. An Introduction to International Criminal Law and Procedure. Cambridge: Cambridge University Press. 2012.
- Roger O'Keefe. International Criminal Law. Oxford, Oxford University Press. 2015.

Salla Huikuri. The institutionalization of the International Criminal Court. Cham Switzerland: Palgrave Macmillan. 2019.

Triffterer and Ambos. The Rome Statute of the International Criminal Court. 3rd ed. C.H.Beck: Hart. 2015.

William A. Schabas, An introduction to the International Criminal Court. 5th ed. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press. 2017.

Journals

Hannah Tonkin. Defensive Force Under the Rome Statute. Melbourne Journal of International Law. Vol. 6(1) 2005.

Sarah J. Hei. “The Applicability of the Duress Defense to the Killing of Innocent Persons by Civilians.” 46 Cornell International Law Journal. 170.

ELECTRONIC MEDIA

Daniel D. Ntanda Nsereko. “The Evolution of International Law and the International Criminal Court in Context.” <http://www.pgaction.org/pdf/The-Evolution-of-International-Criminal-Law.pdf>. December 5, 2016

Duhaime.org, “Duhaime's Law Dictionary: Tu quoque D” <http://www.duhaime.org/LegalDictionary/T/Tuquoque.aspx>. December 31, 2017

ICTY, Case IT-98-32-T, <http://www.icty.org/x/cases/vasiljevic/tjug/en/vas021129>. Pdf. December 31, 2017

ปัญหาในการปราบปรามอาชญากรรมไซเบอร์ในทางระหว่างประเทศ HOW TO ADDRESS ISSUES CONCERNING TRANSNATIONAL CYBERCRIME?

นันทวดี คาคคเน*
Nanthawadee Kadkane

บทคัดย่อ

ในสถานการณ์ปัจจุบันปัญหาอาชญากรรมไซเบอร์นับวันจะยิ่งทวีความรุนแรงมากขึ้นกว่าในอดีต ความร้ายแรงของอาชญากรรมไซเบอร์นอกจากจะส่งผลกระทบต่อโครงสร้างพื้นฐานและกิจการที่สำคัญ ๆ ของแต่ละประเทศอย่างชัดเจนแล้ว ยังถือเป็นภัยคุกคามต่อสันติภาพและความสงบสุขของประชาคมโลกด้วย ปัญหาอาชญากรรมไซเบอร์จึงนับได้ว่าเป็นปัญหาในทางระหว่างประเทศที่สำคัญอย่างมากในขณะนี้ โดยพบว่าอาชญากรรมไซเบอร์มีเทคนิคในการซ่อนตัว แทรกซึม และหลบหลีกการตรวจจับ ทำให้ยากแก่การติดตามจับกุมตัวผู้กระทำความผิดมาดำเนินคดี แม้รัฐต่าง ๆ จะตระหนักถึงปัญหาอาชญากรรมไซเบอร์ที่เกิดขึ้น แต่กลับพบว่าความร่วมมือในทางระหว่างประเทศเพื่อการปราบปรามอาชญากรรมไซเบอร์ยังไม่ประสบผลสำเร็จเท่าที่ควร โดยมีสาเหตุหนึ่งมาจากการกำหนดลักษณะและองค์ประกอบของฐานความผิดที่อาจแตกต่างกันในแต่ละประเทศ ส่งผลให้เกิดความลักลั่นกันในการกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบและบทลงโทษ จนนำไปสู่ปัญหาและอุปสรรคในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ประกอบกับการที่อาชญากรรมไซเบอร์เป็นอาชญากรรมข้ามพรมแดน ทำให้มีรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐสามารถอ้างเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมไซเบอร์ที่เกิดขึ้นนั้นได้ จึงทำให้เกิดปัญหาการทับซ้อนของเขตอำนาจรัฐ บทความนี้จึงเป็นการอธิบายให้เข้าใจถึงสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นเหล่านี้ เพื่อนำไปสู่แนวทางในการพัฒนาปรับปรุงกฎหมายระหว่างประเทศและความร่วมมือระหว่างประเทศเพื่อให้การดำเนินการปราบปรามอาชญากรรมไซเบอร์ในทางระหว่างประเทศมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

คำสำคัญ

อาชญากรรมไซเบอร์, การส่งผู้ร้ายข้ามแดน, หลักความผิดสองรัฐ, ความผิดสากล

ABSTRACT

Currently, there is growing concern over a dramatic increase in the number of reported transnational cybercrimes at an alarming rate. Those who commit such illegal acts via computer networks are believed to be more than capable of suspicious activities, ranging from working under cover, infiltrating into organizations, to acquiring professional expertise in a getaway. This causes great difficulty for law enforcement authorities in arresting the criminals and bringing them to trial transnational cybercrime not only has a profound impact on a country's infrastructure and domestic affairs but also poses a major threat to world peace and security. It is therefore important that every state raises public awareness of the continued existence of cybercrime, as well as the urgent need to address such problems at an international level. However, global co-operation has proved not as effective as is expected, mainly because among nations there is no agreed definition of what cybercrime should really be. Moreover, each country determines the constituent elements of cybercrime so differently that the scopes of criminal liability and

* นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นิติกรชำนาญการ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร : nanthawadee_mint@hotmail.com

punishments of cybercrime in one country appear to be in conflict with those of others. This inevitably leads to considerable difficulty in extraditing the perpetrators of the crimes. An overlap between different jurisdictions over the same case may also occur when cybercrime is committed simultaneously in many countries. This article seeks to demonstrate, in light of the current situations, the need for public international law reform, closer international co – operation, and a more effective enforcement approach to addressing transnational cybercrime.

Keywords

Cybercrime, Extradition, Double Criminality, International crimes

บทนำ

อาชญากรรมไซเบอร์ (cybercrime) เป็นอาชญากรรมที่เกิดขึ้นในพื้นที่ที่ถูกสร้างขึ้นโดยโครงข่ายคอมพิวเตอร์ (Computer Network) เช่น อินเทอร์เน็ต หรือที่เรียกว่า พื้นที่ไซเบอร์ (Cyberspace) ซึ่งเป็นพื้นที่ในมิติใหม่ที่มีลักษณะพิเศษคือ ความไร้พรมแดน อาชญากรไซเบอร์มักมีการกระทำความผิดโดยใช้เทคนิคที่มีความซับซ้อนในการปกปิดที่อยู่และตัวตนที่แท้จริง ในทางปฏิบัติจึงมีความยากในการที่จะระบุยืนยันได้ว่าการก่ออาชญากรรมไซเบอร์นั้นมีต้นตอในการกระทำความผิดอยู่ ณ ที่ใด และยังพบว่าการก่ออาชญากรรมไซเบอร์ในปัจจุบันมีรูปแบบการกระทำความผิดที่หลากหลายและขยายขอบเขตออกไปเกินกว่าลักษณะการกระทำความผิดที่เป็นอาชญากรรมคอมพิวเตอร์แบบดั้งเดิม กล่าวคือ อาชญากรไซเบอร์ได้ใช้ประโยชน์จากความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีนั่นก็คือ โครงข่ายคอมพิวเตอร์ เช่น อินเทอร์เน็ต มาเป็นเครื่องมือหรือเป้าหมายในการกระทำความผิด ซึ่งในปัจจุบันอาชญากรรมประเภทนี้ยังทวีความรุนแรงมากขึ้นกว่าในอดีต โดยเป็นการมุ่งให้เกิดความเสียหายต่อชีวิตหรือทำให้บาดเจ็บทางร่างกายอย่างร้ายแรงต่อประชาชนไปจนถึงกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ และอาชญากรรมไซเบอร์ในบางรูปแบบอาจมีลักษณะเป็นการทำลายล้างอย่างมีนัยสำคัญด้วย ดังนั้น การไม่กำหนดลักษณะและองค์ประกอบของฐานความผิดอันเป็นอาชญากรรมไซเบอร์ให้ชัดเจนเป็นรูปธรรมในระดับสากล ย่อมทำให้เกิดความสับสนกันในการกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบและบทลงโทษในแต่ละประเทศ ส่งผลกระทบต่อมาตรฐานในการดำเนินคดีที่ไม่เป็นมาตรฐานเดียวกัน ไปจนถึงเป็นปัญหาและอุปสรรคในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน (Extradition) เนื่องจากหลักสำคัญในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนคือ หลักความผิดสองรัฐ (Double Criminality) และโดยที่อาชญากรรมไซเบอร์ส่วนใหญ่เป็นอาชญากรรมข้ามพรมแดน การลงมือกระทำความผิดของอาชญากรไซเบอร์เพียงครั้งเดียวจึงสามารถก่อให้เกิดความเสียหายได้พร้อมกันในหลายประเทศ¹ ด้วยเหตุนี้ ทำให้มีรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐสามารถอ้างเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมไซเบอร์ที่เกิดขึ้นนั้นได้ จึงทำให้เกิดปัญหาการทับซ้อนของเขตอำนาจรัฐขึ้น ซึ่งทำให้ต้องพิจารณาว่า รัฐที่มีความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกับการก่ออาชญากรรมไซเบอร์ใดจะเป็นรัฐที่มีเขตอำนาจเหนือการกระทำอันเป็นอาชญากรรมไซเบอร์ที่เหมาะสมที่สุดสำหรับการฟ้องร้องดำเนินคดี

ในบทความนี้จะมุ่งเน้นอธิบายให้เข้าใจถึงสภาพปัญหาที่เป็นอุปสรรคในการปราบปรามอาชญากรรมไซเบอร์ในทางระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นเหล่านี้ โดยจะเริ่มจากการทำความเข้าใจในเบื้องต้นถึงลักษณะเฉพาะตัวของอาชญากรรมไซเบอร์ ความเหมือนและความแตกต่างระหว่างอาชญากรรมไซเบอร์ กับอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ จากนั้นจะพิจารณาถึงสาเหตุที่ทำให้เกิดความแตกต่างของการกำหนดลักษณะและองค์ประกอบของฐานความผิดอันเป็นอาชญากรรมไซเบอร์ในแต่ละประเทศ ซึ่งนำไปสู่ปัญหาและอุปสรรคในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน และสุดท้ายจะเป็นการพิจารณาว่ารัฐที่มีความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกับการก่ออาชญากรรมไซเบอร์ใดจะเป็นรัฐที่มีเขตอำนาจเหนือการกระทำอันเป็นอาชญากรรมไซเบอร์ที่เหมาะสมที่สุดสำหรับการฟ้องร้องดำเนินคดี โดยจะมีการเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น พร้อมทั้งแนวทางการพัฒนาปรับปรุงกฎหมายระหว่างประเทศและความร่วมมือระหว่างประเทศ เพื่อให้การดำเนินการปราบปรามอาชญากรรมไซเบอร์ในทางระหว่างประเทศมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นต่อไป

1. ลักษณะเฉพาะตัวของอาชญากรรมไซเบอร์

ในปัจจุบันมีการใช้คำว่า "อาชญากรรมไซเบอร์" และ "อาชญากรรมคอมพิวเตอร์" แทนซึ่งกันและกันอยู่เสมอ แต่เมื่อศึกษาเปรียบเทียบลักษณะของอาชญากรรมไซเบอร์กับอาชญากรรมคอมพิวเตอร์จะพบว่ามีความแตกต่างกันในสาระสำคัญคือ อาชญากรรมไซเบอร์ได้ใช้ประโยชน์จากความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีนั่นก็คือ โครงข่ายคอมพิวเตอร์ เช่น อินเทอร์เน็ต มาเป็นเครื่องมือหรือเป้าหมายในการกระทำความผิด ซึ่งโครงสร้างของโครงข่ายคอมพิวเตอร์ เช่น อินเทอร์เน็ตนั้นมีลักษณะพิเศษอยู่เหนือเส้นเขตแดนทางกายภาพ จึงทำให้อาชญากรรมไซเบอร์มีลักษณะข้ามชาติหรือข้ามพรมแดน การที่อาชญากรใช้ประโยชน์จากความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีดังกล่าวทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงใน

¹ Hinnen T, "The cyber-front in the war on terrorism: Curbing terrorist use of the Internet," *The Columbia Science and Technology Law Review*, 5 (5), p. 1 – 42 (2004).

รูปแบบของการกระทำความผิด ความสะดวกรวดเร็วในการกระทำความผิด เกิดความเสียหายขยายเป็นวงกว้างมากขึ้น แต่การติดตามจับกุมตัวผู้กระทำความผิดกลับยากลำบากขึ้น² อีกทั้งยังทำให้สามารถเข้าถึงเหยื่อหรือผู้เสียหายที่ห่างไกล โดยไม่จำเป็นต้องอยู่ในพื้นที่เดียวกับเหยื่อหรือผู้เสียหายก็สามารถกระทำความผิดและสร้างความเสียหายต่อเหยื่อหรือผู้เสียหายได้ การลงมือกระทำความผิดของอาชญากรไซเบอร์เพียงครั้งเดียวจึงสามารถก่อให้เกิดอาชญากรรมไซเบอร์ได้พร้อมกันหลายประเทศ³ ดังนั้น การกระทำความผิดที่เป็นอาชญากรรมไซเบอร์จะบรรลุผลสำเร็จตามความมุ่งหมายของอาชญากรไม่ได้หากไม่มีการนำโครงข่ายคอมพิวเตอร์ เช่น อินเทอร์เน็ต มาใช้เป็นองค์ประกอบหนึ่งในการกระทำความผิด และยังคงกล่าวได้ว่า การใช้โครงข่ายคอมพิวเตอร์ เช่น อินเทอร์เน็ต เพื่อประโยชน์ในการสื่อสารและการกระจายข้อมูลระหว่างอาชญากรยังเป็นอีกหนึ่งจุดเด่นที่สำคัญของการก่ออาชญากรรมไซเบอร์ด้วย และนอกจากอาชญากรรมไซเบอร์จะเป็นการกระทำอันตรายต่อคอมพิวเตอร์ ระบบคอมพิวเตอร์ ข้อมูลคอมพิวเตอร์ และสิ่งที่เกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์เช่นเดียวกับอาชญากรรมคอมพิวเตอร์แล้ว การก่ออาชญากรรมไซเบอร์ในปัจจุบันยังขยายขอบเขตในการสร้างความเสียหายจากอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ในอดีตโดยมุ่งสร้างความเสียหายต่อโครงสร้างพื้นฐานของรัฐที่สำคัญซึ่งเป็นกิจการขนาดใหญ่มีการใช้โครงข่ายคอมพิวเตอร์ควบคุมการทำงาน เช่น ระบบขนส่งทางอากาศ การให้บริการโดยปกติของดาวเทียม โรงไฟฟ้านิวเคลียร์ และโรงกลั่นน้ำมันและแก๊ส เป็นต้น ส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของชาติ ความมั่นคงทางการทหาร ความสงบเรียบร้อย และความมั่นคงทางเศรษฐกิจทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศ เนื่องจากสิ่งเหล่านี้เป็นระบบไซเบอร์ที่มีความสำคัญอย่างยิ่งทั้งในระดับประเทศและระหว่างประเทศและยังมีความเชื่อมโยงถึงกันในระดับระหว่างประเทศอีกด้วย ดังนั้น หากระบบไซเบอร์ของประเทศใดประเทศหนึ่งถูกโจมตีก็อาจส่งผลกระทบไปถึงระบบไซเบอร์ของประเทศอื่นๆ ได้ ยกตัวอย่างการกระทำความผิดที่พิจารณาได้ว่ามีลักษณะเป็นอาชญากรรมไซเบอร์ตามที่ปรากฏในกฎหมายไทย คือ มาตรา 12 วรรคแรก⁴ ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 แต่อาชญากรรมคอมพิวเตอร์แบบดั้งเดิมสามารถก่อให้เกิดขึ้นได้โดยไม่จำเป็นต้องมีการเชื่อมต่อกับโครงข่ายคอมพิวเตอร์ เช่น อินเทอร์เน็ต ยกตัวอย่างเช่น การเข้าถึงคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ การทำลายข้อมูลคอมพิวเตอร์ และการเปลี่ยนแปลงข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เป็นความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางคอมพิวเตอร์ ซึ่งการกระทำผิดเหล่านี้ไม่มีลักษณะข้ามชาติหรือข้ามพรมแดน ดังนั้นความเสียหายที่เกิดขึ้นจึงอยู่ในระดับบุคคลหรืออยู่ในอาณาเขตของประเทศมิได้ขยายวงกว้างออกไปในระดับระหว่างประเทศและรุนแรงเหมือนเช่นอาชญากรรมไซเบอร์ในปัจจุบัน ซึ่งความผิดอันเป็นอาชญากรรมคอมพิวเตอร์เหล่านี้เป็นความผิดที่ถูกบัญญัติไว้อย่างแคบเท่านั้น ยกตัวอย่างเช่น มาตรา 9⁵ ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

² สวตตรี สุขศรี, “อาชญากรรมคอมพิวเตอร์/ไซเบอร์กับทฤษฎีอาชญาวิทยา,” *วารสารนิติศาสตร์*, ปีที่ 46, ฉบับที่ 2, น. 420 – 421 (2560).

³ Hinnen T, *supra note 1*, p. 1 – 42.

⁴ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560

มาตรา 12 ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 5 มาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 8 หรือมาตรา 11 เป็นการกระทำต่อข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือระบบคอมพิวเตอร์ที่เกี่ยวกับการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือโครงสร้างพื้นฐานอันเป็นประโยชน์สาธารณะ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงเจ็ดปีและ ปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงหนึ่งแสนสี่หมื่นบาท

⁵ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

มาตรา 9 ผู้ใดทำให้เสียหาย ทำลาย แก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยมิชอบ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

อีกทั้งอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ไม่ได้มีการแบ่งแยกความแตกต่างของวัตถุประสงค์ในการกระทำความผิดไว้อย่างชัดเจน แต่อาชญากรรมไซเบอร์สามารถแบ่งแยกวัตถุประสงค์ของการกระทำความผิดได้อย่างชัดเจน ซึ่งในปัจจุบันมีวัตถุประสงค์ที่หลากหลายแตกต่างกันไป เช่น ผู้ก่อการร้ายไซเบอร์มักมีวัตถุประสงค์ทางการเมือง โดยมีเป้าหมายในการสร้างความปั่นป่วนและความวุ่นวายต่อรัฐไม่ว่าจะด้านความมั่นคง เศรษฐกิจ การเมืองและสังคม อันมีผลกระทบต่อความสงบสุขของประเทศไปจนถึงความเป็นอยู่ของประชาชนในประเทศ ในขณะที่อาชญากรรมไซเบอร์ทั่วไปมักจะกระทำความผิดเพื่อวัตถุประสงค์ส่วนตัว โดยมีเป้าหมายเป็นผลประโยชน์ด้านการเงิน การละเมิดลิขสิทธิ์ การล้วงข้อมูลความลับส่วนบุคคลที่ไม่ต้องการเปิดเผยให้ใครรู้ เป็นต้น⁶ และผลกระทบจากการก่ออาชญากรรมไซเบอร์ในปัจจุบันนี้ก็ทวีความรุนแรงมากขึ้นกว่าผลกระทบจากการก่ออาชญากรรมคอมพิวเตอร์ในอดีต เนื่องจากอาชญากรรมไซเบอร์เป็นอาชญากรรมรูปแบบใหม่ในยุคโลกาภิวัตน์ จึงมิใช่เป็นเพียงอาชญากรรมที่สร้างความเสียหายทางกายภาพอย่างอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ที่เป็นเพียงแค่การเจาะระบบ การขโมย การแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือการทำลายข้อมูล เท่านั้น แต่อาชญากรรมไซเบอร์มีปรัชญาการวิจัยในมิติทางภววิทยา (Ontology) ที่แตกต่างกันออกไป เพื่อที่จะเข้าใจถึงความรู้หรือความจริงด้วยวิธีที่แตกต่างกัน โดยแบ่งเป็น ภววิสัย (Objective) และอัตวิสัย (Subjective) ซึ่งในเรื่องนี้ นายปรเมศวร์ กุมารบุญ นักกฎหมายเทคโนโลยีและเป็นผู้เชี่ยวชาญด้านโทรคมนาคม ได้แบ่งประเภทของผลกระทบจากอาชญากรรมไซเบอร์ไว้เป็น 2 กลุ่มใหญ่ คือ การก่ออาชญากรรมไซเบอร์ที่มีผลกระทบต่อวัตถุ (Matter) และการก่ออาชญากรรมไซเบอร์ที่มีผลกระทบต่อจิตใจ (Mind) ตัวอย่างการก่ออาชญากรรมไซเบอร์ที่มีผลกระทบต่อวัตถุ เช่น การทำลายข้อมูล การแก้ไขข้อมูล การทำลายระบบ และการถอดรหัส เป็นต้น ส่วนตัวอย่างการก่ออาชญากรรมไซเบอร์ที่มีผลกระทบต่อจิตใจในระดับบุคคล เช่น Cyber Bullying ซึ่งเป็นการกลั่นแกล้งผู้อื่นผ่านทางโลกออนไลน์ ไปจนถึงการก่ออาชญากรรมไซเบอร์ที่มีผลกระทบต่อจิตใจในระดับสังคมที่มีความร้ายแรงไม่แพ้รูปแบบของการก่ออาชญากรรมไซเบอร์ที่มีผลกระทบต่อวัตถุ เช่น Psychological on cyber warfare คือ การทำสงครามปฏิบัติการจิตวิทยาบนสื่ออินเทอร์เน็ตเพื่อปลุกเร้าทางการเมือง หรือสร้างอาชญากรรมแห่งความเกลียดชัง (Hate Crime) เพื่อก่อให้เกิดความแตกแยกของคนในสังคมจนทำลายล้างกันเองในที่สุด เป็นต้น การก่ออาชญากรรมไซเบอร์ที่มีผลกระทบต่อจิตใจนี้เป็นเรื่องที่ยับยั้งไม่ได้ โดยเป็นการก่ออาชญากรรมต่อความคิดหรือจิตใจของเหยื่อทางระบบการสื่อสารผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต⁷

ด้วยเหตุนี้ การกำหนดลักษณะและองค์ประกอบของฐานความผิดอันเป็นอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ตามที่บัญญัติในกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางคอมพิวเตอร์ที่มีอยู่ในขณะนี้ จึงยังไม่ครอบคลุมลักษณะและองค์ประกอบของฐานความผิดอันเป็นอาชญากรรมไซเบอร์ได้ทั้งหมด ดังนั้นในระดับนานาชาติควรร่วมมือกันกำหนดความชัดเจนเบื้องต้นให้กับลักษณะพิเศษของอาชญากรรมไซเบอร์ที่มีการนำโครงข่ายคอมพิวเตอร์ เช่น อินเทอร์เน็ต มาใช้เป็นองค์ประกอบหนึ่งในการกระทำความผิดอย่างมีนัยสำคัญ เพื่อประโยชน์ในการทำความเข้าใจร่วมกันอันจะนำไปสู่การพิจารณากำหนดกฎหมายเพื่อจัดทำมาตรการต่าง ๆ ต่อไปในอนาคต เช่น การแก้ไขปรับปรุงและพัฒนากฎหมายเพื่อต่อต้านการใช้อินเทอร์เน็ตเพื่อการก่อการร้าย (Updating and implementing legislation to combat the use of the Internet for terrorist purposes) ยกตัวอย่างเช่น การใช้อินเทอร์เน็ตเพื่อการก่อการร้าย การใช้อินเทอร์เน็ตเพื่อกระตุ้นให้เกิดความเกลียดชังและความคลั่งไคล้อย่างรุนแรง การจัดตั้งแพลตฟอร์มออนไลน์ที่ผิดกฎหมายหรือเผยแพร่ข้อมูลที่มีวัตถุประสงค์ในการก่ออาชญากรรมไซเบอร์ ไปจนถึงการให้ความสนับสนุนหรือช่วยเหลือทางเทคนิคเพื่อการก่ออาชญากรรมไซเบอร์ เป็นต้น⁸ และควรแยกการกำหนดลักษณะและ

⁶ เคอร์บาไลจา โจวาน, เปิดประตูสู่การอภิบาลอินเทอร์เน็ต, (กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิเพื่ออินเทอร์เน็ตและวัฒนธรรมพลเมือง, 2558), น. 87.

⁷ ปรเมศวร์ กุมารบุญ, “เริ่มต้นกับอาชญากรรมไซเบอร์ (Introduction to Cybercrime),” สืบค้นเมื่อวันที่ 28 พฤศจิกายน 2561, จาก <https://www.gotoknow.org/posts/623475>.

⁸ UNODC, “Expert Group to Conduct a Comprehensive Study on Cybercrime,” Draft report, p. 2 (2018).

องค์ประกอบของฐานความผิดอันเป็นอาชญากรรมไซเบอร์ตามกฎหมายให้ชัดเจน เพื่อนำไปสู่แนวทางการแก้ไขปัญหา การส่งผู้ร้ายข้ามแดนและการกำหนดให้อาชญากรรมไซเบอร์บางประเภทเป็นความผิดสากล ดังจะได้กล่าวต่อไปใน บทสรุปและข้อเสนอแนะ

เมื่อได้ทราบถึงลักษณะเฉพาะตัวของอาชญากรรมไซเบอร์ตามที่ได้กล่าวไปข้างต้นแล้ว จะทำให้สามารถ เข้าใจได้ว่า อาชญากรรมไซเบอร์มีความแตกต่างจากอาชญากรรมคอมพิวเตอร์อย่างมีนัยสำคัญ ดังนั้น การไม่กำหนด ลักษณะและองค์ประกอบของฐานความผิดอันเป็นอาชญากรรมไซเบอร์ให้ชัดเจนเป็นรูปธรรมในระดับสากล แยก ต่างหากจากอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ย่อมทำให้เกิดความสับสนกันในการกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบและบทลงโทษ ในแต่ละประเทศ ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อมาตรฐานในการดำเนินคดีกับอาชญากรรมไซเบอร์ไปจนถึงเป็นปัญหาและ อุปสรรคในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนอย่างไรรัน จะได้กล่าวในหัวข้อต่อไป

2. ผลกระทบจากการกำหนดลักษณะและองค์ประกอบของฐานความผิดอันเป็นอาชญากรรมไซเบอร์ ที่แตกต่างกันในแต่ละประเทศ

สาเหตุหนึ่งที่ทำให้การกำหนดลักษณะและองค์ประกอบของฐานความผิดอันเป็นอาชญากรรมไซเบอร์ แตกต่างกันในแต่ละประเทศ เนื่องจากการที่แต่ละประเทศมีความรู้ความเข้าใจไปจนถึงการให้ความสำคัญและ ตระหนักถึงสภาพปัญหาในเรื่องอาชญากรรมไซเบอร์แตกต่างกัน เช่น ในการกระทำความผิดเดียวกัน ประเทศหนึ่ง อาจพิจารณาว่าเป็นอาชญากรรมไซเบอร์ แต่ในอีกประเทศหนึ่งอาจไม่เห็นเป็นเช่นนั้น หรือในอีกกรณีหนึ่งอาจเป็น ความผิดตามกฎหมายของทั้งสองประเทศ แต่ประเทศหนึ่งพิจารณาว่าอาชญากรรมไซเบอร์ที่เกิดขึ้นนั้นมีความรุนแรง มาก ในขณะที่อีกประเทศหนึ่งพิจารณาว่ามีความรุนแรงน้อย ทำให้กำหนดบทลงโทษหนักเบาแตกต่างกัน เป็นต้น เหตุการณ์เช่นนี้ส่งผลให้การบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินคดีกับการก่ออาชญากรรมไซเบอร์ของแต่ละประเทศมี ระดับความเข้มงวดที่แตกต่างกัน ซึ่งการดำเนินคดีกับการก่ออาชญากรรมไซเบอร์ของแต่ละประเทศที่ไม่เป็นมาตรฐาน เดียวกันจะส่งผลกระทบต่อในแง่ของการกระตุ้นให้อาชญากรรมเลือกก่ออาชญากรรมหรือหลบหนีเข้าไปซ่อนตัวอยู่ใน ประเทศที่ไม่ได้บัญญัติให้การกระทำนั้นเป็นความผิดไว้ในกฎหมาย หรือในประเทศที่มีระดับความเข้มงวดในการบังคับ ใช้กฎหมายเพื่อการดำเนินคดีที่ต่ำกว่า ยกตัวอย่างเช่น การก่ออาชญากรรมไซเบอร์ที่ถูกบัญญัติว่าเป็นความผิดอาญา ตามกฎหมายของประเทศหนึ่ง แต่ไม่ถูกบัญญัติว่าเป็นความผิดอาญาตามกฎหมายในอีกประเทศหนึ่ง ผู้กระทำความ ผิดอาจเลือกหลบหนีเข้าไปในประเทศที่ไม่ได้บัญญัติให้การก่ออาชญากรรมไซเบอร์นั้นเป็นความผิดอาญาไว้ใน กฎหมาย หรือในกรณีการก่ออาชญากรรมไซเบอร์ลักษณะหนึ่งที่ถูกบัญญัติเป็นความผิดอาญาตามกฎหมายของสอง ประเทศและมีผู้กระทำความผิดหลายคน แต่ผู้กระทำความผิดแต่ละคนถูกจับกุมตัวกันคนละประเทศ ซึ่งถ้าแต่ละ ประเทศมีมาตรฐานในการดำเนินคดีที่แตกต่างกัน ผู้กระทำความผิดแต่ละคนก็จะถูกดำเนินคดีไปจนถึงถูกพิจารณา ตัดสินลงโทษด้วยมาตรฐานที่แตกต่างกัน ความไม่เป็นมาตรฐานเดียวกันหรือสับสนกันเช่นนี้เป็นผลมาจากการกำหนด ลักษณะและองค์ประกอบของฐานความผิดอันเป็นอาชญากรรมไซเบอร์ที่แตกต่างกันในแต่ละประเทศนั่นเอง อีกทั้ง การที่แต่ละประเทศมีความเข้าใจไม่ตรงกันในเรื่องอาชญากรรมนี้ยังจะก่อให้เกิดความยุ่งยากในการกำหนดกรอบ ความร่วมมือระหว่างประเทศในการปราบปรามอาชญากรรมไซเบอร์ร่วมกันด้วย

การกำหนดลักษณะและองค์ประกอบของฐานความผิดอันเป็นอาชญากรรมไซเบอร์ที่แตกต่างกันในแต่ละ ประเทศยังนำไปสู่ปัญหาและอุปสรรคในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนอีกด้วย จากตัวอย่างข้างต้นที่ว่า การกระทำความผิด หนึ่งอาจได้รับการพิจารณาว่าเป็นการก่ออาชญากรรมไซเบอร์และเป็นความผิดอาญาตามกฎหมายของประเทศหนึ่ง แต่อาจไม่เป็นความผิดอาญาตามกฎหมายในอีกประเทศหนึ่งก็ได้ เพราะฉะนั้น หากสามารถสืบทราบได้ว่าผู้กระทำความ ผิดได้ก่ออาชญากรรมไซเบอร์ลงในประเทศที่บัญญัติให้การก่ออาชญากรรมไซเบอร์นั้นเป็นความผิดอาญาตาม กฎหมาย ประเทศนั้นก็มิอาจตามกฎหมายที่จะดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดได้ แต่ถ้าผู้กระทำความผิดเลือก หลบหนีเข้าไปซ่อนตัวอยู่ในประเทศที่ไม่ได้บัญญัติให้การก่ออาชญากรรมไซเบอร์นั้นเป็นความผิดอาญาไว้ในกฎหมาย เช่นนี้แล้ว ประเทศที่อาชญากรรมไซเบอร์ได้เกิดขึ้นในเขตอำนาจย่อมไม่สามารถตามไปจับตัวผู้กระทำความผิดหรือไป สืบคดีในต่างประเทศได้ วิธีการที่สามารถทำได้คือ ประเทศนั้นต้องยื่นคำร้องอย่างเป็นทางการให้ประเทศที่ผู้กระทำ

ความผิดหลบหนีเข้าไปซ่อนตัวอยู่ส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนมาให้ตน แต่โดยหลักสำคัญในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนคือ “หลักความผิดสองรัฐ” ซึ่งเป็นหลักการที่ประเทศผู้ร้องขอหรือรับคำร้องขอจะส่งผู้ร้ายข้ามแดนให้แก่กันได้ เมื่อความผิดที่ร้องขอเป็นความผิดของทั้งสองรัฐ โดยหลักการนี้เป็นหลักการที่สำคัญ จะมีสนธิสัญญาใดมายกเว้นไม่ได้⁹ นั้นหมายความว่า ในกรณีตามตัวอย่างข้างต้น ประเทศที่อาชญากรรมไซเบอร์ได้เกิดขึ้นในเขตอำนาจจะยื่นคำร้องขอให้ประเทศที่ผู้กระทำความผิดหลบหนีเข้าไปซ่อนตัวอยู่ส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนมาให้ตนไม่ได้ เพราะประเทศนั้นไม่ถือว่าอาชญากรรมไซเบอร์ที่เกิดขึ้นเป็นความผิดอาญาตามกฎหมายภายในของประเทศตน

ด้วยเหตุนี้ แม้ลักษณะและองค์ประกอบของฐานความผิดหนึ่งจะถูกบัญญัติว่าเป็นอาชญากรรมไซเบอร์ตามกฎหมายของประเทศซึ่งเป็นผู้ร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน แต่ถ้าลักษณะและองค์ประกอบของฐานความผิดนั้นไม่ถูกบัญญัติว่าเป็นอาชญากรรมไซเบอร์ตามกฎหมายของประเทศซึ่งเป็นผู้รับคำร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนแล้ว ก็ไม่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนให้แก่กันได้ แม้จะมีสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างกันก็ตาม

3. เขตอำนาจรัฐเหนือการกระทำอันเป็นอาชญากรรมไซเบอร์

เนื่องจากอาชญากรรมไซเบอร์มีลักษณะเป็นอาชญากรรมข้ามพรมแดน จึงทำให้มีรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐสามารถอ้างเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมไซเบอร์ที่เกิดขึ้นนั้นได้ นำไปสู่ความยากลำบากมากขึ้นในการติดตามจับกุมตัวผู้กระทำความผิด ยกตัวอย่างในการอธิบายคือ A มีถิ่นที่อยู่ในประเทศ X กระทำการส่งไวรัสแทรกซึมเข้าไปในเครื่องคอมพิวเตอร์ของ B ที่อยู่ในประเทศ Y และเครื่องคอมพิวเตอร์ของ C ที่อยู่ในประเทศ Z จากกรณีนี้ทั้งประเทศ X, Y และ Z อาจพยายามอ้างเขตอำนาจเหนือการกระทำของ A ได้ โดยประเทศ X อาจอ้างสิทธิในการมีเขตอำนาจโดยระบุว่าไวรัสถูกสร้างขึ้นและถูกส่งออกไปจากอาณาเขตของตน ส่วนประเทศ Y และประเทศ Z อาจอ้างสิทธิในการมีเขตอำนาจโดยระบุว่าแม้ไวรัสจะไม่ได้ถูกสร้างขึ้นจากภายในอาณาเขตของพวกเขา แต่เครื่องคอมพิวเตอร์ที่ได้รับความเสียหายจากไวรัสตั้งอยู่ภายในอาณาเขตของพวกเขา ทั้งประเทศ Y และประเทศ Z จึงอ้างสิทธิในการมีเขตอำนาจเหนือการกระทำของ A ได้เช่นกัน ดังนั้น จึงเกิดปัญหาในการพิจารณาเขตอำนาจรัฐเหนือการกระทำอันเป็นอาชญากรรมไซเบอร์ที่เหมาะสมที่สุดสำหรับการฟ้องร้องดำเนินคดี โดยจากการศึกษาพบว่า ปัจจัยที่เป็นไปได้มากที่สุดสำหรับนำมาใช้ในการพิจารณาเขตอำนาจรัฐเหนือการกระทำอันเป็นอาชญากรรมไซเบอร์ที่เป็นความผิดระหว่างประเทศคือ รัฐที่สามารถควบคุมตัวผู้ต้องสงสัยว่ากระทำความผิดไว้ได้ก่อน ซึ่งปัจจัยนี้จะทำให้การพิจารณาว่ารัฐใดเป็นรัฐที่มีเขตอำนาจเหนือการกระทำผิดนั้นง่ายขึ้น¹⁰

อย่างไรก็ตาม แม้รัฐที่สามารถควบคุมตัวผู้ต้องสงสัยว่ากระทำความผิดไว้ได้ก่อนจะเป็นรัฐที่มีเขตอำนาจเหนือการกระทำอันเป็นอาชญากรรมไซเบอร์นั้นก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติ การรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อการสืบสวนอาชญากรรมไซเบอร์กลับต้องพบกับข้อจำกัดด้านอาณาเขต ส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายของรัฐในการรวบรวมพยานหลักฐานถูกจำกัดไปด้วย เพราะเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายของแต่ละรัฐไม่สามารถดำเนินการรวบรวมพยานหลักฐานในดินแดนของรัฐอื่นได้ หากไม่ได้รับความยินยอมจากรัฐนั้นหรือเป็นกรณีที่ไม่มีสนธิสัญญาระหว่างรัฐอนุญาตให้กระทำได้โดยเฉพาะ จึงทำให้เกิดอุปสรรคต่อการดำเนินคดีกับอาชญากรไซเบอร์หรือทำให้ไม่สามารถส่งตัวอาชญากรไปดำเนินคดีในรัฐที่ตกเป็นเหยื่อได้ เนื่องจากรัฐที่เป็นถิ่นที่อยู่ของอาชญากรไซเบอร์อาจไม่มีข้อตกลงกับรัฐที่ตกเป็นเหยื่อในเรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดน หรือไม่มีข้อตกลงที่กำหนดให้ช่วยเหลือซึ่งกันและกันในการรวบรวมพยานหลักฐานที่สามารถใช้ดำเนินคดีกับอาชญากรไซเบอร์ได้¹¹ เป็นต้น

ด้วยเหตุนี้ การนำวิธีการเข้ารหัสลับมาใช้จะช่วยให้เจ้าหน้าที่สามารถรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อการสืบสวนอาชญากรรมไซเบอร์ได้อย่างมีนัยสำคัญหากมีการเข้ารหัสได้อย่างถูกต้อง เนื่องจากในทางปฏิบัติบุคคลมักจะมี

⁹ ปกป้อง ศรีสนิท, “สรุปการบรรยาย วิชา ความร่วมมือทางอาญาในภูมิภาคอาเซียน,” ในการสัมมนาของสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, จัดโดยสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร กรุงเทพมหานคร, 2559 : น. 3.

¹⁰ Alisdair A. Gillespie, *Cybercrime Key Issues and Debates*, (New York : Servis Filmsetting Limited, 2016), p. 29.

¹¹ Brenner, “RUTGERS COMPUTER AND TECHNOLOGY,” *LAW JOURNAL*, p. 32 - 35 (2004).

ข้อบกพร่องในมาตรการรักษาความปลอดภัยในการปฏิบัติงาน ดังนั้น หากเจ้าหน้าที่ที่สามารถใช้ประโยชน์จากข้อบกพร่องนี้โดยการแฮก (Hack) เข้าสู่ระบบปฏิบัติการของอาชญากรไซเบอร์ก็จะทำให้เจ้าหน้าที่ที่สามารถเข้าถึงรหัสลับนั้นเพื่อเปิดเผยตัวตนที่แท้จริงของอาชญากรไซเบอร์ได้¹² แต่ทั้งนี้ จะต้องพิจารณาด้วยว่าการกระทำนั้นได้สัดส่วนกับประโยชน์ที่จะได้รับ ซึ่งจากการศึกษาแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (The European Court of Human Rights (ECtHR)) พบว่าได้มีการกล่าวถึงการประยุกต์วิธีการสืบสวนที่เป็นปฏิบัติการลับในโลกทางกายภาพมาใช้กับการปฏิบัติการผ่านทางอินเทอร์เน็ตหรือโลกออนไลน์ โดยต้องคำนึงถึงสิทธิในความเป็นส่วนตัว และได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีการสืบสวนที่เป็นปฏิบัติการลับว่าต้องมีกฎหมายที่มีคุณภาพสำหรับกำหนดวิธีการสืบสวนที่เป็นปฏิบัติการลับและต้องมีมาตรการกำกับดูแลที่เหมาะสม พร้อมทั้งต้องมีขั้นตอนที่ชัดเจนและสามารถคาดการณ์ได้ล่วงหน้า วิธีการสืบสวนที่เป็นปฏิบัติการลับในโลกทางกายภาพนี้จึงควรนำมาประยุกต์ใช้กับการสืบสวนการกระทำผิดในโลกออนไลน์หรือโลกไซเบอร์ด้วย¹³ และเพื่อประโยชน์ในการจับกุมตัวอาชญากรไซเบอร์มาดำเนินคดี การทำสนธิสัญญาว่าด้วยความช่วยเหลือซึ่งกันและกันในทางอาญาจะเป็นกลไกที่ทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถรวบรวมพยานหลักฐานในดินแดนของประเทศอื่น ๆ ได้ โดยแต่ละรัฐสามารถระบุให้เจ้าหน้าที่ของรัฐอื่นดำเนินการรวบรวมพยานหลักฐานในดินแดนของตนได้ภายใต้เงื่อนไขพิเศษ¹⁴

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ปัญหาการปราบปรามอาชญากรรมไซเบอร์เป็นปัญหาในระดับระหว่างประเทศ ดังนั้น การกำหนดความชัดเจนเบื้องต้นให้กับลักษณะพิเศษของอาชญากรรมไซเบอร์จะเป็นแนวทางให้ประเทศต่าง ๆ สามารถไปกำหนดความชัดเจนได้ว่าการกระทำใดบ้างหรือการดำเนินกิจกรรมในลักษณะใดที่เข้าเงื่อนไขหรือองค์ประกอบในการกระทำผิดที่มีลักษณะเป็นอาชญากรรมไซเบอร์ภายใต้กฎหมายภายในของประเทศตน และด้วยเหตุผลจากความแตกต่างระหว่างอาชญากรรมไซเบอร์กับอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ตามที่ได้กล่าวไปแล้ว ในระดับระหว่างประเทศจึงควรพิจารณาจัดทำอนุสัญญาเกี่ยวกับอาชญากรรมไซเบอร์ขึ้นใหม่ เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และมาตรการต่าง ๆ ให้ประเทศที่เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญามีหลักการปฏิบัติเป็นไปในทิศทางเดียวกันและสอดคล้องเป็นมาตรฐานสากล เพื่อมิให้เกิดความสับสนในการตีความตัวบทกฎหมาย ซึ่งจะช่วยแยกแยะความแตกต่างระหว่างอาชญากรรมคอมพิวเตอร์กับอาชญากรรมไซเบอร์ได้อย่างเป็นรูปธรรมยิ่งขึ้น โดยองค์การระหว่างประเทศที่มีบทบาทสำคัญในการที่จะผลักดันให้ความร่วมมือในเรื่องนี้ไปจนถึงการร่วมมือกันในการรักษาความปลอดภัยบนเครือข่าย (Network Security) เพื่อจัดการกับปัญหาอาชญากรรมไซเบอร์ให้ประสบความสำเร็จคือ องค์การสหประชาชาติ (UN) และสหภาพโทรคมนาคมระหว่างประเทศ (ITU) เนื่องจากเป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญในการออกมาตรการเกี่ยวกับการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์มาใช้บังคับในระดับระหว่างประเทศอย่างต่อเนื่อง ดังนั้น องค์กรเหล่านี้จะสามารถช่วยส่งเสริมความพยายามในการปราบปรามอาชญากรรมไซเบอร์และการใช้เครือข่ายที่ผิดกฎหมายได้

ทั้งนี้ การจัดทำร่างอนุสัญญาเกี่ยวกับอาชญากรรมไซเบอร์ขึ้นมานั้น ควรนำแนวทางตาม Legislation and Frameworks ที่ปรากฏในการประชุมของคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติ (Economic and Social Council หรือ ECOSOC) มาเป็นหลักในการกำหนดพันธกรณีไปจนถึงการออกกฎหมายอื่นนำไปสู่การจัดทำมาตรการต่าง ๆ ในอนุสัญญา เพื่อให้ประเทศที่เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญามีหน้าที่ในการปฏิบัติตาม ดังนี้

¹² J.J. Oerlemans, *Investigating Cybercrime*, (Printwerk : Amsterdam University Press, 2017), p. 362.

¹³ The European Court of Human Rights, “CASE OF FURCHT v. GERMANY JUDGMENT,” Retrieve on December 10, 2018, From https://www.menschenrechte.ac.at/orig/14_5/Furcht.pdf.

¹⁴ J.J. Oerlemans, *supra note 12*, p. 295.

(ก) ประเทศสมาชิกควรพิจารณาการบัญญัติคำนิยามที่สอดคล้องกันเพื่ออธิบายกิจกรรมที่เป็นอาชญากรรมทางอินเทอร์เน็ต อันจะเป็นการอำนวยความสะดวกในการตีความกฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยหน่วยงานที่มีอำนาจบังคับใช้กฎหมายและการตัดสินอรรถคดีของตุลาการในขอบเขตที่เป็นไปได้

(ข) ประเทศสมาชิกควรเคารพสิทธิอธิปไตยของรัฐอื่น ๆ ในการกำหนดนโยบายและกฎหมายเพื่อการแก้ไขปัญหาอาชญากรรมไซเบอร์ และเพื่อส่งเสริมความร่วมมือระหว่างประเทศ ในการต่อสู้กับอาชญากรรมทางอินเทอร์เน็ต หลักการของอำนาจอธิปไตยของรัฐไม่ควรตีความว่าเป็นสิ่งกีดขวางต่อการดำเนินการดังกล่าว แต่ให้ถือว่าเป็นจุดเริ่มต้นของการดำเนินการดังกล่าวเพื่อการส่งและจัดเก็บข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งจะต้องมีการให้ความช่วยเหลือซึ่งกันและกันระหว่างรัฐเกี่ยวกับการดำเนินการเหล่านี้ เพื่อให้แน่ใจว่าจะสามารถเข้าถึงข้อมูลและหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ได้ทันเวลา

(ค) ประเทศสมาชิกควรร่วมมือกันในขอบเขตที่กว้างที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ในการสืบสวน การรวบรวมพยานหลักฐาน การดำเนินคดี การตัดสินคดี และการกำจัดเนื้อหาที่ผิดกฎหมายออกจากอินเทอร์เน็ตประเทศสมาชิกควรมีความยืดหยุ่นในระดับสูงสุดเท่าที่จะเป็นไปได้ในการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศเพื่อต่อต้านอาชญากรรมไซเบอร์และอาชญากรรมอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไม่ว่าจะในชั้นการสืบสวนหรือในการแบ่งปันพยานหลักฐาน โดยไม่คำนึงว่ากิจกรรมพื้นฐานในแต่ละรัฐนั้นจะแตกต่างกันหรือไม่ และในกรณีหากมีการร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน ประเทศสมาชิกต้องคำนึงถึงหลักความผิดของทั้งสองรัฐ (Dual Criminality) ด้วยเสมอ คือต้องบัญญัติให้ชัดเจนว่า การกระทำความผิดอาญาที่ประสงค์ให้มีการส่งตัวผู้ร้ายที่หลบหนีคดีนั้นต้องเป็นความผิดอาญาที่บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งทั้งในกฎหมายของรัฐที่ขอให้ส่งตัวผู้ร้ายและรัฐที่ถูกขอให้ส่งตัวผู้ร้าย

(ง) การกำหนดนโยบายและกฎหมาย ประเทศสมาชิกควรพิจารณาถึงความจำเป็นในการสร้างสมดุลระหว่างการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ความมั่นคงของชาติ และความสงบเรียบร้อยของประชาชน กฎหมายระดับชาติที่กำหนดความผิดทางอาญาเกี่ยวกับอาชญากรรมไซเบอร์ การสืบสวนสอบสวนการดำเนินคดีไปจนถึงการตัดสินคดี จึงควรคำนึงถึงหลักสิทธิความเป็นส่วนตัวและสิทธิเสรีภาพของบุคคล แต่ในอีกด้านหนึ่งก็ควรกำหนดนโยบายเกี่ยวกับการจัดการกับปัญหาอาชญากรรมไซเบอร์ที่เพียงพอโดยอาศัยการสร้าง ความเข้าใจที่ครอบคลุมเกี่ยวกับแนวคิดเรื่องความมั่นคงทางไซเบอร์ในวงกว้าง และไม่ควรรให้ความสำคัญเพียงการกำหนดฐานความผิดให้ครอบคลุมเท่านั้น แต่ต้องมุ่งเน้นไปที่การป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม และการให้ความช่วยเหลือผู้ที่ตกเป็นเหยื่อของอาชญากรรมด้วย เพื่อสร้างรากฐานที่มั่นคงสำหรับความร่วมมือระหว่างประเทศในการต่อสู้กับอาชญากรรมไซเบอร์ ประเทศสมาชิกจึงควรพยายามค้นหาและสร้างวัฒนธรรมร่วมกันในพื้นที่ไซเบอร์

(จ) เพื่อให้สามารถดำเนินคดีกับการกระทำความผิดที่เป็นอาชญากรรมไซเบอร์ได้ ประเทศสมาชิกควรออกกฎหมายเกี่ยวกับ “สิทธิสภาพนอกอาณาเขต” (extraterritorial jurisdiction) กล่าวคือ การที่รัฐเจ้าของดินแดนยินยอมให้รัฐอื่นมีเขตอำนาจโดยเฉพาะอย่างยิ่งทางการศาลเหนือคนชาติของตนและบุคคลทั่วไปซึ่งอาศัยอยู่ในดินแดนของตนได้ เพื่อวัตถุประสงค์ในการควบคุมหรือปราบปรามอาชญากรรมไซเบอร์ที่กำหนดไว้ในอนุสัญญา

(ฉ) ประเทศสมาชิกอาจมีหลักการทางกฎหมายที่แตกต่างกันสำหรับความร่วมมือระหว่างประเทศ รวมไปถึงการทำสนธิสัญญาและข้อตกลงอื่น ๆ แต่ทั้งนี้ ประเทศสมาชิกที่มีขีดความสามารถและมีโครงสร้างพื้นฐานในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมไซเบอร์ควรมีความรับผิดชอบตามสัดส่วนความสามารถในการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ประเทศอื่น ๆ

(ช) ประเทศสมาชิกควรส่งเสริมความร่วมมือระหว่างภาครัฐและเอกชนในเรื่องที่เกี่ยวกับอาชญากรรมไซเบอร์ให้มีความเข้มแข็งและน่าเชื่อถือ รวมถึงความร่วมมือระหว่างหน่วยงานที่มีอำนาจบังคับใช้กฎหมายกับผู้ให้บริการด้านการสื่อสาร ภาคอุตสาหกรรม ไปจนถึงการร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชน (Public Private Partnership) เท่าที่เป็นไปได้ และจัดทำบันทึกความเข้าใจในกรณีที่ต้องมีการเสริมสร้างความร่วมมือระหว่างกัน

(ซ) ประเทศสมาชิกควรสนับสนุนการสร้างโครงการทางการศึกษาหรือโปรแกรมที่มุ่งเน้นการสร้างความรู้ในเรื่องผลกระทบจากอาชญากรรมไซเบอร์และการตอบสนองที่เหมาะสมให้กับทุกภาคส่วนตั้งแต่องค์กร

ตุลาการ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจดำเนินคดีตามกฎหมาย ผู้เชี่ยวชาญด้านการตรวจพิสูจน์พยานหลักฐานดิจิทัลไปจนถึงภาคประชาชน¹⁵

ดังนั้น เพื่อให้ความร่วมมือในเรื่องนี้ประสบผลสำเร็จ รัฐอาจต้องยอมสละอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของตนบางส่วน เพื่อเอื้อประโยชน์ให้การปราบปรามอาชญากรรมไซเบอร์ในทางระหว่างประเทศมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

สำหรับการขจัดปัญหาที่เกิดจากการกำหนดลักษณะและองค์ประกอบของฐานความผิดอันเป็นอาชญากรรมไซเบอร์ที่แตกต่างกันในแต่ละประเทศ ซึ่งนำไปสู่อุปสรรคในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้น สามารถกระทำให้เกิดขึ้นได้กับการก่ออาชญากรรมไซเบอร์บางประเภทที่เป็นการกระทำของผู้ก่อการร้ายที่มีลักษณะมุ่งให้เกิดความเสียหายต่อชีวิตหรือทำให้บาดเจ็บทางร่างกายอย่างร้ายแรงต่อประชาชนไปจนถึงกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ อาชญากรรมไซเบอร์ที่เป็นการกระทำของผู้ก่อการร้ายจึงมีลักษณะเป็นการก่อการร้ายด้วย หรืออาชญากรรมไซเบอร์ในบางรูปแบบที่มีลักษณะเป็นการทำลายล้างอย่างมีนัยสำคัญ เนื่องจากการศึกษาอนุสัญญาเพื่อการปราบปรามการสนับสนุนทางการเงินแก่ลัทธิการก่อการร้าย (Convention for the Suppression of Financing of Terrorism (1999)) ข้อ 2 (1) (b)¹⁶ ทำให้ทราบว่า การก่อการร้ายนั้นเป็นการกระทำที่มุ่งประสงค์ต่อชีวิตหรือทำให้บาดเจ็บทางร่างกายอย่างร้ายแรงต่อประชาชน หรือต่อบุคคลอื่นที่ไม่ได้มีส่วนร่วมในการสู้รบในสถานการณ์ที่มีความขัดแย้งทางอาวุธ โดยวัตถุประสงค์ของการกระทำดังกล่าวคือ ต้องการข่มขู่ประชากรหรือบังคับให้รัฐบาลหรือองค์กรระหว่างประเทศกระทำหรือละเว้นการกระทำใด ๆ ประกอบกับการศึกษาลักษณะการกระทำอันเป็นความผิดฐานก่อการร้ายตามที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยมาตรา 135/1¹⁷ ทำให้สามารถพิจารณาในเบื้องต้นได้ว่า การก่ออาชญากรรมไซเบอร์ใดก่อให้เกิดความเสียหายในลักษณะร้ายแรงเช่นที่กล่าวมานั้นเป็นอาชญากรรมที่เป็นการก่อการ

¹⁵ Economic and Social Council, “World crime trends and emerging issues and responses in the field of crime prevention and criminal justice,” Report on the meeting of the Expert Group to Conduct a Comprehensive Study on Cybercrime, p. 3 – 4 (2018).

¹⁶ International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, Article 2 (1) (b):

1. Any person commits an offence within the meaning of this Convention if that person by any means, directly or indirectly, unlawfully and wilfully, provides or collects funds with the intention that they should be used or in the knowledge that they are to be used, in full or in part, in order to carry out:

(b) Any other act intended to cause death or serious bodily injury to a civilian, or to any other person not taking an active part in the hostilities in a situation of armed conflict, when the purpose of such act, by its nature or context, is to intimidate a population, or to compel a government or an international organization to do or to abstain from doing any act.

¹⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 135/1 ผู้ใดกระทำการอันเป็นความผิดอาญาดังต่อไปนี้

(1) ใช้กำลังประทุษร้าย หรือกระทำการใดอันก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิต หรืออันตรายอย่างร้ายแรงต่อร่างกาย หรือเสรีภาพของบุคคลใด ๆ

(2) กระทำการใดอันก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ระบบการขนส่งสาธารณะ ระบบโทรคมนาคม หรือโครงสร้างพื้นฐานอันเป็นประโยชน์สาธารณะ

(3) กระทำการใดอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของรัฐหนึ่งรัฐใด หรือของบุคคลใด หรือต่อสิ่งแวดล้อมอันก่อให้เกิดหรือน่าจะก่อให้เกิดความเสียหายทางเศรษฐกิจอย่างสำคัญ

ถ้าการกระทำนั้นได้กระทำโดยมีความมุ่งหมายเพื่อขู่เข็ญหรือบังคับรัฐบาลไทย รัฐบาลต่างประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศ ให้กระทำหรือไม่กระทำการใดอันจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือเพื่อสร้างความปั่นป่วนโดยให้เกิดความหวาดกลัวในหมู่ประชาชน ผู้นั้นกระทำความผิดฐานก่อการร้าย ต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สามปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หกหมื่นบาทถึงหนึ่งล้านบาท

การกระทำในการเดินขบวน ชุมนุม ประท้วง โต้แย้ง หรือเคลื่อนไหวเพื่อเรียกร้องให้รัฐช่วยเหลือหรือให้ได้รับความเป็นธรรมอันเป็นการใช้เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ไม่เป็นการกระทำความผิดฐานก่อการร้าย

ร้าย อาชญากรรมไซเบอร์ที่มีลักษณะร้ายแรงอันเป็นการก่อการร้ายที่อาจพิจารณาให้เป็นความผิดสากล เช่น อาชญากรรมไซเบอร์ที่มีลักษณะเป็นการก่อการร้ายและเป็นภัยคุกคามต่อโครงสร้างพื้นฐานที่สำคัญของรัฐ (Cyber Terrorism and Threats to Critical Infrastructure) ยกตัวอย่างเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น คือ กลุ่มแฮกเกอร์สามารถควบคุมระบบน้ำประปาและสามารถสั่งเพิ่มสารเคมีเพื่อบำบัดน้ำ ซึ่งอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพของประชาชน ผู้บริโภคน้ำประปาในรัฐแคลิฟอร์เนีย¹⁸ เป็นต้น ซึ่งอาชญากรรมที่เป็นการก่อการร้ายเช่นนี้อาจพิจารณาให้เป็นความผิดสากล (International crimes) เช่นเดียวกับ โจรสลัด การชิงทรัพย์หรือปล้นทรัพย์ในทะเลหลวง การค้ามนุษย์ และองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ที่ทำให้รัฐทุกรัฐในประชาคมโลกสามารถอ้างเขตอำนาจเหนือการกระทำ ความผิดนั้นได้ตามหลักอำนาจลงโทษสากล (Universal jurisdiction) โดยไม่ต้องคำนึงว่าความผิดนั้นจะได้กระทำความผิดที่ใดนอกราชอาณาจักร และไม่ว่าผู้กระทำความผิดนั้นจะมีสัญชาติของรัฐใดก็ตาม ซึ่งหลักการในเรื่องนี้ก็ได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยมาตรา 7 (1/1) เช่นกัน

ด้วยเหตุนี้ เมื่ออาชญากรรมไซเบอร์รูปแบบใดได้รับการพิจารณาว่าเป็นอาชญากรรมที่เป็นการก่อการร้ายแล้ว ย่อมสามารถทำให้ขจัดอุปสรรคในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ เนื่องจากไม่จำเป็นต้องส่งผู้ร้ายข้ามแดนให้แก่กันอีก เพราะรัฐทุกรัฐในประชาคมโลกสามารถอ้างเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมไซเบอร์ที่มีลักษณะร้ายแรงอันเป็นการก่อการร้ายนั้นได้ตามหลักอำนาจลงโทษสากล อย่างไรก็ตามมีความเห็นว่าการต้องมีกระบวนการวิเคราะห์และตรวจสอบระบบ ยุติธรรมทางอาญาของรัฐเพื่อประเมินศักยภาพและยืนยันการมีเขตอำนาจรัฐเหนืออาชญากรรมไซเบอร์ระหว่างประเทศที่มีลักษณะร้ายแรงด้วยองค์ประกอบ 3 ประการ คือ (1) วิธีการทางเทคนิคที่รัฐใช้ดำเนินคดีกับอาชญากรรมประเภทนี้ (2) กระบวนการของระบบยุติธรรมทางอาญา และ (3) กฎ ระเบียบ ขั้นตอน การพิสูจน์หลักฐานที่นำมาใช้ในกระบวนการพิจารณาคดี¹⁹ ซึ่งอาชญากรรมที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจรัฐสากลจะต้องได้รับการรับรองโดยจารีตประเพณี หรือโดยสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ดังนั้น หากในระดับระหว่างประเทศมีความเข้าใจและมีความเห็นตรงกันในเรื่องนี้ และรับรองโดยจารีตประเพณีหรือโดยสนธิสัญญาระหว่างประเทศให้อาชญากรรมไซเบอร์ที่มีลักษณะร้ายแรงเป็นอาชญากรรมที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจรัฐสากลจะทำให้การดำเนินการปราบปรามอาชญากรรมไซเบอร์ในทางระหว่างประเทศประสบผลสำเร็จมากยิ่งขึ้น และยังส่งผลดีทำให้แต่ละประเทศไม่กลายเป็นแหล่งหลบภัย (Safe haven) ชั้นดีของเหล่าอาชญากรไซเบอร์นั่นเอง

¹⁸ สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์, ความเสี่ยงของข้อมูลที่เปิดเผยสู่สาธารณะ: ภัยคุกคามด้านเทคโนโลยีสารสนเทศต่อภาครัฐ, (กรุงเทพมหานคร : ศูนย์ประสานการรักษาความมั่นคงปลอดภัยระบบคอมพิวเตอร์ประเทศไทย (ไทยเซิร์ต), 2558), น. 39.

¹⁹ Xavier Philippe, “The principles of universal jurisdiction and complementarity: how do the two principles intermesh?,” International Review of the Red Cross, Volume 88, Number 862, p. 384. (June 2006).

บรรณานุกรม

หนังสือ

เคอร์บาเลีย โจวาน. เปิดประตูสู่การอภิบาลอินเทอร์เน็ต. กรุงเทพมหานคร : มูลนิธิเพื่ออินเทอร์เน็ตและวัฒนธรรมพลเมือง. 2558.

สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์. ความเสี่ยงของข้อมูลที่เปิดเผยสู่สาธารณะ: ภัยคุกคามด้านเทคโนโลยีสารสนเทศต่อภาครัฐ. กรุงเทพมหานคร : ศูนย์ประสานการรักษาความมั่นคงปลอดภัยระบบคอมพิวเตอร์ประเทศไทย (ไทยเซิร์ต). 2558.

BOOKS

Alisdair A. Gillespie. Cybercrime Key Issues and Debates. New York : Servis Filmsetting Limited. 2016.

J.J. Oerlemans. Investigating Cybercrime. Printwerk : Amsterdam University Press, 2017.

บทความ

สาวตรี สุขศรี. “อาชญากรรมคอมพิวเตอร์/ไซเบอร์กับทฤษฎีอาชญาวิทยา.” วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 46. ฉบับที่ 2. (2560) : 420 – 421.

เอกสารอื่น ๆ

ปกป้อง ศรีสนิท. “สรุปการบรรยาย วิชา ความร่วมมือทางอาญาในภูมิภาคอาเซียน.” ในการสัมมนาของสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. จัดโดยสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร กรุงเทพมหานคร. 2559.

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

ปรเมศวร์ กุมารบุญ. “เริ่มต้นกับอาชญากรรมไซเบอร์ (Introduction to Cybercrime).” <https://www.gotoknow.org/posts/623475>. 28 พฤศจิกายน 2561.

อนุสัญญา

อนุสัญญาระหว่างประเทศเพื่อการปราบปรามการสนับสนุนทางการเงินแก่ลัทธิการก่อการร้าย (International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism). มีผลใช้บังคับวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 1999. ข้อ 2 (1) (b).

ARTICLES

Brenner. “RUTGERS COMPUTER AND TECHNOLOGY.” LAW JOURNAL. (2004) : 32 – 35.

Hinnen T. “The cyber-front in the war on terrorism: Curbing terrorist use of the Internet.” The Columbia Science and Technology Law Review 5 (5). (2004) : 1 – 42.

Xavier Philippe. “The principles of universal jurisdiction and complementarity: how do the two principles intermesh?.” International Review of the Red Cross. Volume 88. Number 862. (June 2006) : 384.

ELECTRONIC MEDIA

The European Court of Human Rights. “CASE OF FURCHT v. GERMANY JUDGMENT.” https://www.menschenrechte.ac.at/orig/14_5/Furcht.pdf, December 10, 2018.

OTHER MEDIA

Economic and Social Council. “World crime trends and emerging issues and responses in the field of crime prevention and criminal justice.” Report on the meeting of the Expert Group to Conduct a Comprehensive Study on Cybercrime. (2018) : 3 – 4.

UNODC. “Expert Group to Conduct a Comprehensive Study on Cybercrime.” Draft report. (2018) : 2.

โทษอาญาทางเลือก: การมีคำสั่งให้ชดใช้ค่าเสียหาย ALTERNATIVE PUNISHMENT: REPARATION ORDER

ศิรดา เต็งประทีป*

Sirada Tengpratheap

บทคัดย่อ

บทความเรื่อง “โทษอาญาทางเลือก: การมีคำสั่งให้ชดใช้ค่าเสียหาย” เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาค้นคว้าเพื่อจัดทำวิทยานิพนธ์ระดับมหาบัณฑิตของผู้เขียน โดยเหตุผลที่ผู้เขียนเลือกหยิบยกประเด็นดังกล่าวเพื่อมาแลกเปลี่ยนในงานประชุมวิชาการระดับชาติ เรื่อง “กฎหมายในยุคสมัยแห่งการเปลี่ยนแปลง” เนื่องจากผู้เขียนตระหนักว่า สภาพสังคมในปัจจุบันที่มีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว ไม่ว่าจะเป็นด้านค่านิยม เศรษฐกิจ รวมถึงวัฒนธรรมของสังคม เหล่านี้ล้วนส่งผลกระทบต่อความเป็นวงกว้าง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของ “กฎหมาย” ที่ถือเป็นเครื่องมือสำคัญในการควบคุมดูแลให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคม

เมื่อบทลงโทษที่ถูกกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยในปัจจุบันยังคงมีอยู่อย่างจำกัด ส่งผลให้ศาลไม่สามารถนำโทษ หรือมาตรการอื่นทางอาญาที่นอกเหนือจากที่กฎหมายบัญญัติมาบังคับใช้ได้ โดยเฉพาะสำหรับกรณีการกระทำความผิดบางประเภทที่ไม่สมควรลงโทษถึงขั้นจำคุก หรือกรณีที่เป็นความผิดที่รุนแรงเกินกว่าจะใช้มาตรการการรอกการลงโทษได้ ทำให้ศาลจำต้องใช้วิธีการลงโทษจำคุกอยู่นั่นเอง ด้วยเหตุนี้จึงส่งผลให้เกิดปัญหาที่สำคัญในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา คือ ปัญหาเรื่องความแออัดของเรือนจำ ในบทความนี้ผู้เขียนจึงได้นำเสนอบทลงโทษอาญาทางเลือก คือ การมีคำสั่งให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย ซึ่งถือเป็นมาตรการแทนการลงโทษจำคุกรูปแบบหนึ่งที่มีเงื่อนไขแตกต่างจากการใช้สิทธิเรียกร้องทางแพ่งของผู้เสียหายในคดีอาญา และการมีคำสั่งให้ชดใช้ค่าเสียหายในฐานะที่เป็นเงื่อนไขของการรอกการลงโทษที่กำหนดอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน

คำสำคัญ

โทษอาญาทางเลือก, มาตรการแทนการลงโทษจำคุก, คำสั่งให้ชดใช้ค่าเสียหาย

ABSTRACT

The article titled “Alternative Punishment: Reparation Order” is a part of research for the Master of Law program. The reason that the writer selects this article to present in The National Academic Conference on Law in the Age of Change is realizing that Thai society has been increasingly changing. The changing of social values, economy and culture in the society would make the far-reaching impact especially in “Law”.

According to the limited punishment in the criminal code of Thailand and the rule that Thai court must adjudge the punishment which only are legislated, there are some offenders who are not supposed to receive imprisonment or those whom probation seems to be non-severe measure were received imprisonment. It has caused the top priority problem in Thailand legal system which is Prison overcrowding. In this article, the writer presents one of the alternative

* นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และนิติกร การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย

การประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ – นวัตกรรม” ครั้งที่ 4

punishments which is different from the civil claims of victims in criminal cases and the suspension of punishment, “The Reparation Order”

Keywords

Alternative Punishment, Alternative Measure to Imprisonment, Reparation Order

บทนำ

เมื่อสังคมประกอบไปด้วยผู้คนมากมายที่ล้วนแล้วแต่มีความรู้สึกนึกคิด มีพฤติกรรมที่แตกต่างกัน ดังนั้น ปัญหาอาชญากรรมจึงเป็นปัญหาที่แทรกซึมอยู่ในทุก ๆ สังคมในทุกยุคสมัย ไม่ว่าจะเป็ปัญหาอาชญากรรมขนาดเล็กไปจนถึงอาชญากรรมขนาดใหญ่ที่ส่งผลกระทบต่อชีวิตและทรัพย์สินของผู้เสียหายหรือต่อความสงบสุขของสังคมโดยรวม เมื่อเป็นเช่นนี้แล้วสังคมจึงมีพัฒนาการ โดยการสร้างหลักกฎหมายขึ้นเพื่อกำหนดกฎเกณฑ์การอาศัยอยู่ร่วมกันของผู้คนในสังคม ซึ่งประเด็นสำคัญที่ต้องทำการพิจารณาออกเหนือจากการพิจารณาว่าการกระทำในลักษณะใดบ้างที่สมควรกำหนดให้เป็นความผิด คือ การพิจารณาถึงบทลงโทษที่เหมาะสมแก่การกระทำดังกล่าวเพื่อให้กฎหมายที่ถูกกำหนดขึ้นนั้นเกิดประสิทธิภาพสูงสุดในการบังคับใช้ ในยุคสมัยเดิมที่สังคมยังไม่มีรูปแบบการปกครองที่ชัดเจน รูปแบบการลงโทษที่กำหนดขึ้นเพื่อบังคับใช้เมื่อมีการกระทำความผิดมักจะเป็นบทลงโทษที่มีความรุนแรงส่งผลกระทบต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้กระทำความผิดเป็นอย่างมาก จนกระทั่งต่อมาเมื่อสังคมมีรูปแบบความเป็นรัฐมากขึ้น กฎหมายที่บังคับใช้ในสังคมจึงได้รับการพัฒนาไปพร้อมกัน โดยมีการพิจารณาถึงความเหมาะสมของบทลงโทษ และมีการบัญญัติบทลงโทษให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น แต่ถึงกระนั้น วัตถุประสงค์เบื้องหลังที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดบทลงโทษต่าง ๆ ยังคงเน้นไปที่การแก้แค้นทดแทนเพื่อให้สมกับการกระทำความผิด หรือมีลักษณะเป็นการกำหนดบทลงโทษที่รุนแรงเพื่อข่มขู่ยับยั้งมิให้เกิดการกระทำความผิดขึ้น ยกตัวอย่างเช่น การประหารชีวิต การจำคุก หรือการกักขัง เป็นต้น ซึ่งเมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน จะเห็นได้ว่าบัญญัติถึงวิธีการลงโทษไว้ 5 สถาน ได้แก่ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ และริบทรัพย์สิน¹ โดยบทลงโทษที่ใช้เป็นหลัก คือ การจำคุกและการปรับ ซึ่งมาตรการการลงโทษด้วยวิธีการจำคุกที่ใช้เป็นมาตรการหลักนั้น เป็นวิธีการที่ส่งผลเสียอย่างมากทั้งต่อตัวผู้กระทำความผิดเอง และต่อรัฐผู้บังคับใช้มาตรการดังกล่าว เห็นได้จากที่ในปัจจุบัน ปัญหาที่สำคัญมากของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทยปัญหาหนึ่ง คือ ปัญหาเรื่องความแออัดของเรือนจำ ส่งผลให้รัฐต้องเสียทั้งทรัพยากร และงบประมาณในการจัดการดูแลผู้ต้องขัง อีกทั้งยังส่งผลให้การวางแผนแนวทางการควบคุมและปรับปรุงพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดไม่สามารถดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่าที่ควร ซึ่งย่อมเป็นผลเสียแก่ผู้กระทำความผิด เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของผู้ถูกลงโทษ โดยผู้ผู้นั้นจะต้องถูกแยกจากครอบครัว แยกจากสังคม ไม่สามารถประกอบอาชีพของตนต่อไปได้ และถึงแม้ต่อมาผู้นั้นจะพ้นโทษแล้ว แต่การที่เคยถูกลงโทษจำคุกมาก่อนก็เปรียบเสมือนเป็นตราบาปติดตัวที่สังคมส่วนใหญ่ยังคงมีทัศนคติในแง่ลบต่อบุคคลเหล่านั้น กรณีนี้เอง อาจเป็นสาเหตุหนึ่งที่ผลักดันให้ผู้นั้นกลับไปกระทำความผิดซ้ำอีก หรือในกรณีที่เป็ผู้กระทำความผิดไปด้วยความประมาท ความพลั้งเผลอ หรือกระทำความผิดที่มีความรุนแรงระดับกลางเท่านั้น มิได้เป็นผู้มีจิตใจชั่วช้า หรือมีความเป็นอาชญากรอย่างแท้จริง แต่กลับต้องถูกลงโทษด้วยวิธีการจำคุกเช่นนี้ ผู้นั้นย่อมมีความเสี่ยงที่จะได้รับอิทธิพลจากผู้กระทำความผิดที่มีพฤติกรรมร้ายเป็นอาชญากรที่จำคุกอยู่ด้วยกัน ส่งผลเสียให้ผู้นั้นไม่เพียงแต่จะไม่ได้รับการปรับปรุงพฤติกรรมอย่างเหมาะสม แต่กลับกลายเป็นว่ามีความเสี่ยงที่จะก่ออาชญากรรมมากขึ้น

ด้วยเหตุนี้เองแนวทางของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาสมัยใหม่ได้มองเห็นจุดบกพร่องดังกล่าวและได้พัฒนากระบวนการยุติธรรมทางอาญาโดยเพิ่มมาตรการการลงโทษทางอาญาอื่นเพื่อทดแทนการจำคุกและกักขังพิจารณาได้จากกรณีฟ้องคดีการสหประชาชาติเองก็ได้มีมติรองรับมาตรฐานขั้นต่ำขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยการไม่ควบคุมตัว (กฎโตเกียว) หรือ United Nations Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures (The Tokyo Rules) ที่ไม่เพียงแต่กำหนดหลักการพื้นฐานที่จะส่งเสริมการใช้มาตรการไม่ควบคุมตัวผู้กระทำความผิดเท่านั้น แต่ยังได้กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการคุ้มครองบุคคลที่ได้รับการลงโทษด้วยมาตรการทางเลือกอื่นแทนการลงโทษด้วยวิธีการจำคุก อีกทั้งเมื่อพิจารณากฎหมายอาญาของต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย เช่น ประเทศฝรั่งเศส หรือประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี เช่น ประเทศอังกฤษ ล้วนแล้วแต่มีการ

¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18

กำหนดบทลงโทษอื่นทดแทนโทษจำคุกเพื่อให้ศาลมีอำนาจนำบทลงโทษดังกล่าวมาพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิดให้เหมาะสมและมีประสิทธิภาพสูงสุด นั้นเอง

สำหรับประเทศไทย ถึงแม้จะมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับหลักเกณฑ์เรื่องการรอลงโทษ² แต่บทบัญญัติดังกล่าวยังคงมีข้อจำกัดในการบังคับใช้เนื่องจากมีการกำหนดเงื่อนไขไว้ว่าผู้นั้นจะต้องเป็นบุคคลที่ไม่เคยได้รับโทษจำคุกมาก่อน หรือได้รับโทษจำคุกมาก่อนในคดีความผิดที่กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษเท่านั้น ดังนั้น

² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 ผู้ใดกระทำความผิดซึ่งมีโทษจำคุกหรือปรับ และในคดีนั้นศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกินห้าปีไม่ว่าจะลงโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตามหรือลงโทษปรับ ถ้าปรากฏว่าผู้นั้น

- (1) ไม่เคยได้รับโทษจำคุกมาก่อน
- (2) เคยรับโทษจำคุกมาก่อนแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำไปโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ หรือเป็นโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือ
- (3) เคยรับโทษจำคุกมาก่อนแต่พ้นโทษจำคุกมาแล้วเกินกว่าห้าปี แล้วมากระทำความผิดอีก โดยความผิดในครั้งหลังเป็นความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

และเมื่อศาลได้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ และสิ่งแวดล้อมของผู้นั้น หรือสภาพความผิด หรือการรู้สึกความผิด และพยายามบรรเทาผลร้ายที่เกิดขึ้น หรือเหตุอื่นอันควรปรานีแล้ว ศาลจะพิพากษาว่าผู้นั้นมีความผิดแต่รอการกำหนดโทษหรือกำหนดโทษแต่รอการลงโทษไว้ ไม่ว่าจะรับโทษจำคุกหรือปรับอย่างหนึ่งอย่างใดหรือทั้งสองอย่าง เพื่อให้โอกาสกลับตัวภายในระยะเวลาที่ศาลจะได้กำหนดแต่ต้องไม่เกินห้าปีนับแต่วันที่ศาลพิพากษา โดยจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติของผู้นั้นด้วยหรือไม่ก็ได้

เงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติของผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ศาลอาจกำหนดข้อเดียวหรือหลายข้อตามควรแก่กรณีได้ ดังต่อไปนี้

- (1) ให้ไปรายงานตัวต่อเจ้าพนักงานที่ศาลระบุไว้เป็นครั้งคราว เพื่อเจ้าพนักงานจะได้สอบถาม แนะนำ ช่วยเหลือหรือตักเตือนตามที่เห็นสมควรในเรื่องความประพฤติและการประกอบอาชีพหรือจัดให้กระทำการกิจกรรมบริการสังคม หรือสาธารณประโยชน์

- (2) ให้ฝึกหัดหรือทำงานอาชีพอันเป็นกิจจะลักษณะ

- (3) ให้ละเว้นการคบหาสมาคมหรือการประพฤติด้านอื่นอันนำไปสู่การกระทำความผิดในทำนองเดียวกันอีก

- (4) ให้ไปรับการบำบัดรักษาการติดยาเสพติดให้โทษ ความบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจ หรือความเจ็บป่วยอย่างอื่น ณ สถานที่และตามระยะเวลาที่ศาลกำหนด

- (5) ให้เข้ารับการฝึกอบรม ณ สถานที่และตามระยะเวลาที่ศาลกำหนด

- (6) ห้ามออกนอกสถานที่อยู่อาศัย หรือห้ามเข้าในสถานที่ใดในระหว่างเวลาที่ศาลกำหนด ทั้งนี้ จะใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์หรืออุปกรณ์อื่นใดที่สามารถใช้ตรวจสอบหรือจำกัดการเดินทางด้วยก็ได้

- (7) ให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือเยียวยาความเสียหายโดยวิธีอื่นให้แก่ผู้เสียหายตามที่ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายตกลงกัน

- (8) ให้แก่ไข้พู่หรือเยียวยาความเสียหายที่เกิดแก่ทรัพยากรธรรมชาติ หรือสิ่งแวดล้อมหรือชดใช้ค่าเสียหายเพื่อการดังกล่าว

- (9) ให้ทำทัณฑ์บนโดยกำหนดจำนวนเงินตามที่ศาลเห็นสมควรว่าจะไม่ก่อเหตุร้ายหรือก่อให้เกิดอันตรายแก่บุคคลอื่นหรือทรัพย์สิน

- (10) เงื่อนไขอื่น ๆ ตามที่ศาลเห็นสมควรกำหนดเพื่อแก้ไข ฟื้นฟูหรือป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดกระทำหรือมีโอกาสกระทำความผิดขึ้นอีก หรือเงื่อนไขในการเยียวยาผู้เสียหายตามที่เห็นสมควร

เงื่อนไขตามที่ศาลได้กำหนดตามความในวรรคสองนั้น ถ้าภายหลังความปรากฏแก่ศาลตามคำขอของผู้กระทำความผิด ผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้นั้น ผู้อนุบาลของผู้นั้น พนักงานอัยการหรือเจ้าพนักงานว่าพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องแก่การควบคุมความประพฤติของผู้กระทำความผิดได้เปลี่ยนแปลงไป เมื่อศาลเห็นสมควรศาลอาจแก้ไขเพิ่มเติมหรือเพิกถอนข้อหนึ่งข้อใดเสียก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขข้อใด ตามที่กล่าวในวรรคสองที่ศาลยังมีได้กำหนดไว้เพิ่มเติมขึ้นอีกก็ได้ หรือถ้ามีการกระทำผิดทัณฑ์บนให้นำบทบัญญัติมาตรา 47 มาบังคับใช้โดยอนุโลม

ผู้กระทำความผิดส่วนใหญ่จึงมักจะถูกพิพากษาลงโทษด้วยวิธีการจำคุกอยู่นั่นเอง หรือในกรณีการใช้สิทธิเรียกร้องทางแพ่งของผู้เสียหายในคดีอาญาของประเทศไทยก็พบว่ายังคงมีปัญหาในการบังคับใช้ ยกตัวอย่างเช่น เรื่องการแจ้งสิทธิของผู้เสียหาย เป็นต้น

ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ประเทศไทยควรพัฒนามาตรการลงโทษทางอาญา โดยบัญญัติเพิ่มโทษอาญาทางเลือก คือ การมีคำสั่งให้ชดใช้ค่าเสียหาย เพื่อให้ศาลสามารถบังคับใช้บทลงโทษอื่นทดแทนการตัดสินลงโทษจำคุกหรือกักขังผู้กระทำความผิด เพื่อให้ผู้กระทำความผิดสามารถดำรงชีวิตในสังคม ประกอบอาชีพของตนในสังคมได้ตามปกติภายใต้เงื่อนไขที่ศาลกำหนด ซึ่งจะส่งผลดีทั้งต่อผู้เสียหาย และสังคม ที่ต่างก็ได้รับการชดเชยความเสียหายตามความเหมาะสม และสำหรับรัฐเองก็จะสามารถแก้ไข้ปัญหาที่เกิดขึ้นในกระบวนการยุติธรรม สามารถลดจำนวนผู้ต้องขังในเรือนจำ และนำทรัพยากรอื่น ๆ ที่บุคคลากรและงบประมาณของรัฐ ไปใช้ในการพัฒนาประเทศในส่วนที่สำคัญอื่น ๆ ได้ อีกทั้งยังเป็นการเพิ่มโอกาสให้รัฐสามารถวางแผนนโยบายที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขปรับปรุงพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดอาญาร้ายแรงได้อย่างมีประสิทธิภาพและมีความเหมาะสมมากขึ้น เพื่อให้บุคคลเหล่านั้นสามารถกลับมาใช้ชีวิตเป็นพลเมืองดีของสังคม และสร้างคุณประโยชน์ให้แก่สังคมได้ต่อไป

1. หลักการใช้สิทธิเรียกร้องทางแพ่งของผู้เสียหายในคดีอาญา

บทบัญญัติที่คุ้มครองผู้เสียหายในคดีอาญาเกี่ยวกับสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการกระทำความผิดอาญาของประเทศไทยนั้น มีการรับรองในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ในส่วนการฟ้องคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญา กล่าวคือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 43 บัญญัติให้อำนาจพนักงานอัยการฟ้องคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญาแทนผู้เสียหายได้ แต่มีข้อจำกัด คือ พนักงานอัยการมีสิทธิเฉพาะการเรียกร้องทรัพย์สินหรือราคาของผู้เสียหายสูญเสียไปเนื่องจากการกระทำความผิด เฉพาะคดีความผิดเกี่ยวกับทรัพย์บางประเภทเท่านั้น จะเรียกร้องสิทธิอื่น ๆ ไม่ได้ เช่น การเรียกร้องค่าเสียหาย ฉะนั้น ในส่วนค่าสินไหมทดแทนอื่นที่นอกเหนือจากที่พนักงานอัยการมีสิทธิเรียกร้องนั้น กฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ให้ผู้เสียหายต้องไปดำเนินคดีส่วนตัวด้วยตนเอง ทำให้ผู้เสียหายต้องรับภาระในการเสียค่าธรรมเนียม และดำเนินคดีเรียกร้องให้ผู้กระทำความผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อให้มีการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดทางอาญา

ต่อมาด้วยแนวความคิดของรัฐสวัสดิการที่เห็นว่า รัฐมีหน้าที่ในการคุ้มครองดูแลสวัสดิภาพในชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินให้กับประชาชน ดังนั้น เมื่อเกิดอาชญากรรมขึ้นทำให้ประชาชนในรัฐได้รับความเสียหาย ถือเสมือนว่ารัฐประสบความล้มเหลวในการปกป้องประชาชนให้ปลอดภัยจากอาชญากรรม รัฐจึงมีข้อผูกมัดที่จะช่วยเหลือเยียวยาความเสียหายในเบื้องต้นแก่ผู้ที่ตกเป็นเหยื่อแห่งอาชญากรรม ประกอบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มีบทบัญญัติรับรองสิทธิของผู้เสียหายในคดีอาญาที่จะได้รับความช่วยเหลือจากรัฐ ตามมาตรา 245 จึงเป็นที่มาของการประกาศใช้พระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหาย และค่าทดแทน และค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2544 ซึ่งเป็นมาตรการเบื้องต้นในการเยียวยาความเสียหาย แต่ลักษณะของการเยียวยาจะไม่ใช้กรณีที่รัฐเข้าไปเยียวยาแก่ผู้เสียหายอย่างเต็มความรับผิดชอบเหมือนเช่นความรับผิดชอบของผู้กระทำความผิดเพื่อให้ผู้เสียหายกลับสู่สถานะใกล้เคียงกับที่เป็นอยู่เดิม แต่เป็นการเข้าไปช่วยเหลือในลักษณะของการสงเคราะห์³

ฉะนั้น ด้วยข้อจำกัดของการเยียวยาความเสียหายของผู้เสียหายในคดีอาญาทั้งจากการใช้สิทธิเรียกร้องจากผู้กระทำความผิด และการได้รับค่าตอบแทนจากรัฐดังกล่าว จึงมีแนวคิดที่ว่าสิทธิของผู้เสียหายในคดีอาญาควรได้รับการคุ้มครองมากขึ้น จึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2548 ซึ่งมีหลักการให้ผู้เสียหายมีสิทธิยื่นคำร้องเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายทั้งปวงนอกเหนือจากที่พนักงานอัยการเรียกได้ตามมาตรา 43 เข้ามาในคดีที่รัฐหรือพนักงานอัยการเป็นโจทก์ได้โดยไม่ต้องเสียค่าฤชาธรรมเนียม อันเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายที่เป็นเหยื่อ

³ อุดม รัฐอมฤต, รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาวิจัย เรื่อง การคุ้มครองสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายของผู้เสียหายและจำเลยในคดีอาญา, สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (กรุงเทพมหานคร, 2550), น.11.

อาชญากรรมให้ได้รับการเยียวยาความเสียหายทุกประเภทได้โดยสะดวก และรวดเร็วกว่าเดิม ซึ่งหลักการในมาตรา 44/1 ที่ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติม นั้น นับได้ว่าสอดคล้องกับหลักประกันสิทธิของผู้เสียหายในคดีอาญาตามปฏิญญาว่าด้วยความยุติธรรมขั้นพื้นฐานสำหรับเหยื่ออาชญากรรม และการใช้อำนาจโดยไม่ถูกต้องขององค์การสหประชาชาติใน ส่วนการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมและการปฏิบัติที่เป็นธรรม ที่กำหนดว่ารัฐจะต้องจัดให้มีกระบวนการที่จำเป็นเพื่อ อื้ออำนวยให้ผู้เสียหายสามารถได้รับการชดเชยเยียวยาความเสียหายโดยผ่านวิธีพิจารณาความที่รวดเร็ว ประหยัด เป็น ธรรม และให้ผู้เสียหายสามารถเข้าถึงกระบวนการนั้นได้โดยง่าย

1.1 ประเภทคดีที่ร้องขอให้จำเลยชดเชยค่าสินไหมทดแทนได้

คดีที่กฎหมายให้สิทธิแก่ผู้เสียหายที่จะยื่นคำร้องต่อศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 44/1⁴ เพื่อขอบังคับให้จำเลยชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตน ได้แก่ คดีอาญาที่ประเภทการกระทำความผิด อาญาที่พนักงานอัยการฟ้องจำเลยนั้น ทำให้ผู้เสียหายได้รับความเสียหายทางแพ่งที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญา หรือมี มูลเหตุมาจากการกระทำความผิดทางอาญา และต้องเป็นเฉพาะแต่คดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์เท่านั้น เนื่องจาก หากเป็นคดีที่ผู้เสียหายเป็นโจทก์ยื่นฟ้องจำเลยต่อศาลด้วยตนเองตามมาตรา 28⁵ ผู้เสียหายย่อมไม่มีสิทธิที่จะยื่นคำ ร้องตามมาตรานี้ได้ และผู้เสียหายรายอื่นย่อมไม่มีสิทธิที่จะยื่นคำร้องขอบังคับให้จำเลยชดเชยค่าสินไหมทดแทนเข้าไป ในคดีอาญาได้

1.2 ผู้มีสิทธิยื่นคำร้องขอให้จำเลยชดเชยค่าสินไหมทดแทน

บุคคลผู้มีสิทธิยื่นคำร้องตามมาตรา 44/1 นี้ คือ ผู้เสียหายในคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ ตามหลักเกณฑ์ ที่บัญญัติใน มาตรา 44/1 ทั่วว่า ในคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ ถ้าผู้เสียหายมีสิทธิที่จะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทน ผู้เสียหายจะยื่นคำร้องต่อศาลที่พิจารณาคดีอาญาขอให้บังคับจำเลยชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่ตนก็ได้ ซึ่งผู้เสียหายที่มี สิทธิยื่นคำร้องขอให้จำเลยชดเชยค่าสินไหมทดแทนตามมาตรานี้นั้น ต้องเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัยด้วย

1.3 หลักเกณฑ์ของการยื่นคำร้อง

ผู้เสียหายต้องยื่นคำร้องก่อนเริ่มสืบพยาน ในกรณีที่ไม่มีการสืบพยาน ให้ยื่นคำร้องก่อนที่ศาลจะวินิจฉัยชี้ขาด คดี โดยหากผู้เสียหายยื่นคำร้องไม่ทันตามกำหนดระยะเวลา จะต้องไปฟ้องคดีแพ่งยังศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีแพ่ง ตามกระบวนการฟ้องคดีแพ่งตามปกติต่อไป โดยผลของการยื่นคำร้องภายในกำหนดระยะเวลาตามกฎหมายนั้น

⁴ มาตรา 44/1 ในคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ ถ้าผู้เสียหายมีสิทธิที่จะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนเพราะเหตุได้รับ อันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย จิตใจ หรือได้รับความเสื่อมเสียต่อเสรีภาพในร่างกายชื่อเสียงหรือได้รับความเสียหายในทางทรัพย์สิน อันเนื่องมาจากการกระทำความผิดของจำเลย ผู้เสียหายจะยื่นคำร้องต่อศาลที่พิจารณาคดีอาญาขอให้บังคับจำเลยชดเชยค่า สินไหมทดแทนแก่ตนก็ได้

การยื่นคำร้องตามวรรคหนึ่ง ผู้เสียหายต้องยื่นคำร้องก่อนเริ่มสืบพยาน ในกรณีที่ไม่มีการสืบพยานให้ยื่นคำร้อง ก่อนศาลวินิจฉัยชี้ขาดคดี และให้ถือว่าคำร้องดังกล่าวเป็นคำฟ้องตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และผู้เสียหายอยู่ในฐานะโจทก์ในคดีส่วนแพ่งนั้น ทั้งนี้ คำร้องดังกล่าวต้องแสดงรายละเอียดตามสมควรเกี่ยวกับความเสียหาย และจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่เรียกร้อง หากศาลเห็นว่าคำร้องนั้นยังขาดสาระสำคัญบางเรื่อง ศาลอาจมีคำสั่งให้ผู้ร้อง แก้ไขคำร้องให้ชัดเจนก็ได้

คำร้องตามวรรคหนึ่งจะมีค่าขอประการอื่นที่มีใช้คำขอบังคับให้จำเลยชดเชยค่าสินไหมทดแทนอันเนื่องมาจากการ กระทำความผิดของจำเลยในคดีอาญามีได้ และต้องไม่ขัดหรือแย้งกับคำฟ้องในคดีอาญาที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ และใน กรณีที่พนักงานอัยการได้ดำเนินการตามความในมาตรา 43 แล้ว ผู้เสียหายจะยื่นคำร้องตามวรรคหนึ่งเพื่อเรียกทรัพย์สินหรือราคา ทรัพย์สินอีกไม่ได้

⁵ มาตรา 28 บุคคลเหล่านี้มีอำนาจฟ้องคดีอาญาต่อศาล

- (1) พนักงานอัยการ
- (2) ผู้เสียหาย

มาตรา 44/1 วรรคสอง กำหนดให้ถือว่าคำร้องดังกล่าวเป็นคำฟ้อง ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และมีผลให้ผู้เสียหายอยู่ในฐานะโจทก์ในคดีนั้น

ตามหลักกฎหมาย คำร้องนั้นให้ถือว่าเป็น “คำฟ้อง” ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และผู้เสียหายอยู่ในฐานะโจทก์ในคดีส่วนแพ่ง หากมีการดำเนินการฟ้องหรือเข้าชั้นมาอีก จะเป็นการฟ้องซ้อนหรือฟ้องซ้ำแล้วแต่กรณีได้ ดังนั้นหากผู้เสียหายได้ยื่นคำร้องตามมาตรา 44/1 แล้ว และได้นำคดีไปฟ้องยังศาลที่พิจารณาคดีแพ่งเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนอีก ต้องถือว่าเป็นการฟ้องซ้อน หรือฟ้องซ้ำแล้วแต่กรณี

1.4 ค่าสินไหมทดแทนที่มีสิทธิเรียกร้องได้

เมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 44/1 พบว่ามีการกำหนดให้สิทธิผู้เสียหายในคดีอาญาให้สามารถเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้กว้างกว่าบทบัญญัติในมาตรา 43 ซึ่งกำหนดให้สิทธิเฉพาะคดีลักทรัพย์ ชิงทรัพย์ ปล้นทรัพย์ โจรสลัด กรรโชก ฉ้อโกงยกยอกหรือรับของโจร ที่ผู้เสียหายมีสิทธิที่จะเรียกร้องทรัพย์สินหรือราคาที่เขาสูญเสียไปเนื่องจากการกระทำผิดคดี โดยในกรณีเมื่อพนักงานอัยการยื่นฟ้องคดีอาญา ก็ให้เรียกทรัพย์สินหรือราคาแทนผู้เสียหายด้วย ซึ่งแตกต่างจากสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 44/1 ซึ่งผู้เสียหายมีสิทธิยื่นคำร้องขอให้จำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในคดีอาญาได้ทุกประเภทที่เป็นเหตุให้ได้รับอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย จิตใจ หรือได้รับความเสื่อมเสียต่อเสรีภาพในร่างกาย ชื่อเสียง หรือได้รับความเสียหายในทางทรัพย์สินอันเนื่องมาจากการกระทำความผิดของจำเลยโดยการประทุษร้ายต่อชีวิต ร่างกาย จิตใจ เสรีภาพในร่างกาย ชื่อเสียง หรือสิทธิในทางทรัพย์สินนั้นจะต้องก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากจำเลยตามหลักกฎหมายแพ่งในเรื่องละเมิด กล่าวคือ การประทุษร้ายนั้นได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ให้ความคุ้มครอง คือ ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดของผู้เสียหาย อันจะทำให้ผู้เสียหายมีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้⁶

คำว่า “ค่าสินไหมทดแทน” ตามมาตรา 44/1 นี้ มีความหมายตรงกับคำว่า “ค่าสินไหมทดแทน” ที่ผู้กระทำความผิดต้องชดใช้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 438⁷ ซึ่งได้แก่ การเรียกร้องเอาทรัพย์สิน การเรียกร้องให้ใช้ราคาทรัพย์สิน หรือการเรียกร้องค่าเสียหาย

สิทธิในการยื่นคำร้องขอให้จำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนของผู้เสียหายตามมาตรา 44/1 นอกจากต้องเกิดจากการกระทำความผิดที่เรียกร้องได้ และเป็นค่าสินไหมทดแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ต้องปรากฏว่าอันตราย ความเสื่อมเสีย และความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ชีวิต ร่างกาย จิตใจ เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สินของผู้เสียหายจะต้องเกิดขึ้นเนื่องมาจากการกระทำความผิดของจำเลยด้วย กล่าวคือ อันตราย และความเสื่อมเสียและความเสียหายนั้น ต้องเป็นผลโดยตรงของการกระทำความผิดของจำเลยด้วย และความเสียหายที่เป็นเหตุแห่งการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนต้องเป็นความเสียหายที่เกิดจากการกระทำความผิดที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ฟ้องร้องเท่านั้น ผู้เสียหายจะเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดจากการกระทำความผิดที่ไม่ถูกฟ้องไม่ได้⁸

2. การมีคำสั่งให้ชดใช้ค่าเสียหายในฐานะเป็นเงื่อนไขในการรอกการลงอาญา

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 ได้กำหนดเงื่อนไขที่เปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจในการรอกการกำหนดโทษหรือการรอกการลงโทษนั้น คือ

1. ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดกฎหมายซึ่งมีโทษจำคุกหรือปรับ

⁶ สำนักวิชาการศาลยุติธรรม, ข้อพิจารณาประกอบพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2548, (กรุงเทพมหานคร : สำนักวิชาการศาลยุติธรรม), น.9.

⁷ มาตรา 438 ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด

อนึ่ง ค่าสินไหมทดแทนนั้น ได้แก่การคืนทรัพย์สินอันผู้เสียหายต้องเสียไปเพราะละเมิด หรือใช้ราคาทรัพย์สินนั้น รวมทั้งค่าเสียหายอันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันได้เกิดขึ้นนั้นด้วย

⁸ สำนักวิชาการศาลยุติธรรม, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น.10-11.

2. ความผิดในคดีนั้นศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี ไม่ว่าจะลงโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตามหรือลงโทษปรับ

3. ผู้กระทำความผิดต้องไม่เคยได้รับโทษจำคุกมาก่อน หรือเคยรับโทษจำคุกมาก่อนแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำไปโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ หรือเป็นโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือ เคยรับโทษจำคุกมาก่อนแต่พ้นโทษจำคุกมาแล้วเกินกว่าห้าปี แล้วมากระทำความผิดอีก โดยความผิดในครั้งหลังเป็นความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

โดยศาลจะต้องพิจารณาเงื่อนไขดังกล่าวประกอบกับการคำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ และสิ่งแวดล้อมของผู้นั้น หรือสภาพความผิด หรือการรู้สึกความผิด และพยายามบรรเทาผลร้ายที่เกิดขึ้น หรือเหตุอื่นอันควรปรานีด้วย

มีข้อสังเกตว่าจากการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในปี พ.ศ. 2559⁹ ได้มีการแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 56 ดังกล่าว โดยประเด็นพิจารณาที่สำคัญ คือ มีการบัญญัติเพิ่มเติมถึงกรณีการกำหนดให้ผู้กระทำความผิดอาญาชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือเยียวยาความเสียหายโดยวิธีอื่นให้แก่ผู้เสียหายตามที่ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายตกลงกัน และกำหนดข้อบัญญัติให้ศาลสามารถพิจารณาถึงเงื่อนไขอื่น ๆ ตามที่ศาลเห็นสมควรกำหนดเพื่อแก้ไข ฟันฟูหรือป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดกระทำหรือมีโอกาสกระทำความผิดขึ้นอีก หรือเงื่อนไขในการเยียวยาผู้เสียหายตามที่เห็นสมควร แสดงให้เห็นถึงแนวโน้มพัฒนาการของประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่ให้ความสำคัญกับการกำหนดบทลงโทษเพื่อตอบสนองต่อวัตถุประสงค์ในการแก้ไขเยียวยาผู้เสียหายมากขึ้น และเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้กระทำความผิดสามารถชดใช้ความผิดของตนด้วยการชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายได้โดยตรง

จากการศึกษาถึงเรื่องมาตรการการลงโทษหรือการกำหนดโทษดังกล่าว จะเห็นได้ว่าเป็นมาตรการที่ถูกกำหนดขึ้นมาเพื่อเพิ่มอำนาจในการใช้ดุลพินิจของศาลในการตัดสินพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิด โดยหากผู้กระทำความผิดมีองค์ประกอบของเงื่อนไขครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนด ศาลสามารถตัดสินพิพากษาให้รอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษได้ แทนที่จะใช้มาตรการการลงโทษด้วยวิธีการจำคุกด้วยระยะเวลาอันสั้นซึ่งย่อมไม่เกิดประโยชน์ทั้งต่อตัวผู้กระทำความผิด ต่อรัฐ ผู้เสียหาย และสังคมแต่อย่างใด ซึ่งยังส่งผลให้ช่วยลดปริมาณผู้ต้องขังในเรือนจำที่ในปัจจุบันปัญหาเรื่องความแออัดของเรือนจำถือเป็นปัญหาที่สำคัญมากประการหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทย

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตที่น่าสนใจอยู่ว่า การที่กฎหมายบัญญัติกำหนดองค์ประกอบเงื่อนไขของการพิพากษาให้รอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษไว้โดยละเอียดเช่นนี้ ส่งผลให้มาตรการดังกล่าว มิได้ช่วยแก้ไขปัญหาลงโทษด้วยวิธีการจำคุกอย่างเป็นจำนวนมากได้เท่าที่ควร การที่มาตรการการลงโทษด้วยวิธีการที่ผู้กระทำความผิดชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายโดยตรงถูกกำหนดไว้เป็นเงื่อนไขในการคุมประพฤติข้อหนึ่งของมาตรการการลงโทษนั้น ยังคงมีอุปสรรคในการบังคับใช้อยู่หลายประการ ได้แก่ กรณีที่ไม่สามารถบังคับใช้ได้กับผู้กระทำความผิดซ้ำ หรือ ผู้กระทำความผิดที่มีบทลงโทษจำคุกเกินกว่า 5 ปี เป็นต้น

3. มาตรการการลงโทษทางอาญาโดยมีคำสั่งให้ชดใช้ค่าเสียหายในต่างประเทศ

ในส่วนนี้จะเน้นทำการศึกษามาตรการลงโทษทางอาญารูปแบบต่าง ๆ ที่บังคับใช้กันในต่างประเทศ ซึ่งประเทศที่จะทำการศึกษาพิจารณาเปรียบเทียบกัน ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศอังกฤษ

3.1 การมีคำสั่งให้ชดใช้ค่าเสียหายในประเทศฝรั่งเศส

เมื่อพิจารณาในแง่ของบทลงโทษทางอาญาของประเทศฝรั่งเศสจะพบว่า ประเทศฝรั่งเศสได้แบ่งแยกโทษออกเป็น 3 ลักษณะ ได้แก่

1) โทษอาญาหลัก คือ โทษที่กำหนดไว้ในแต่ละฐานความผิดซึ่งในแต่ละกลุ่มของความผิดและโทษก็ล้วนแต่มีการกำหนดโทษอาญาหลักเอาไว้ทั้งสิ้น โดยโทษหลักที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส ได้แก่ โทษจำคุกและปรับ เท่านั้น

⁹ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 25) พ.ศ. 2559

2) โทษอาญาทางเลือก คือ โทษที่ศาลจะนำมาใช้เพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดเมื่อศาลเห็นว่าผู้กระทำความผิดไม่สมควรได้รับโทษอาญาหลักที่กำหนดไว้ โดยโทษอาญาทางเลือกนี้สามารถใช้แทนโทษอาญาหลักได้ทันที ยกตัวอย่างเช่น ในความผิดอาญาโทษชั้นกลางที่กฎหมายได้กำหนดการลงโทษด้วยวิธีจำคุกไว้เป็นโทษอาญาหลัก แต่หากศาลเห็นว่า จำเลยไม่ควรได้รับโทษจำคุก ศาลสามารถพิจารณาคัดสินลงโทษจำเลยโดยใช้โทษอาญาทางเลือก เช่น การพิพากษาให้ จำเลยทำงานบริการสาธารณะมาใช้แทนการจำคุกซึ่งเป็นโทษอาญาหลักได้

3) โทษอาญาเสริม เป็นโทษที่มีอยู่ในทุกกลุ่มประเภทความผิดเช่นกัน โดยโทษอาญาเสริมนี้แท้จริงแล้วก็คือ “วิธีการเพื่อความปลอดภัย” นั่นเอง¹⁰

โทษอาญาหลักสำหรับประเทศฝรั่งเศสนั้น คือ บทลงโทษในรูปแบบของการจำคุกและการปรับเท่านั้น ส่วนโทษ อื่นๆที่กำหนดไว้จะเป็นลักษณะของโทษอาญาทางเลือกที่ศาลสามารถนำมาตัดสินและพิพากษาลงโทษเพื่อทดแทนการ จำคุกได้ อย่างไรก็ตาม การบังคับใช้โทษแทนจำคุกนั้น จะนำมาใช้เฉพาะกรณีความผิดอาญาที่มีโทษชั้นกลางเท่านั้น ซึ่งก็ ถือเป็นวิธีการที่สมเหตุสมผล เนื่องจากความผิดอาญาที่มีโทษรุนแรงถือเป็นลักษณะของการกระทำความผิดที่มีความ รุนแรง ส่งผลร้ายแรงต่อรัฐและสังคม ดังนั้น จึงเป็นการสมควรที่ผู้กระทำความผิดจะต้องรับโทษอาญาหลักที่วางเอาไว้ อย่างเคร่งครัดเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการลงโทษมากที่สุด โดยวิธีการลงโทษโดยการจำคุกผู้กระทำความผิดประเภท คดีอาญาที่มีโทษร้ายแรงนั้น ถือเป็นสมควรเพื่อแยกตัวผู้กระทำความผิดออกจากสังคม และป้องกันการกระทำ ความผิดซ้ำ อีกทั้งยังส่งเสริมวัตถุประสงค์ในการช่มชู้ยั้งยังมีให้เกิดพฤติกรรมเลียนแบบ ทำให้ประชาชนเกิดความเกรง กลัวที่จะกระทำความผิดในรูปแบบดังกล่าว แต่ในขณะที่ความผิดอาญาที่มีโทษชั้นกลาง ซึ่งเป็นความผิดที่มีลักษณะความ ร้ายแรงลดลงมา โดยมีบทลงโทษอาญาหลักคือการจำคุกไม่เกิน 10 ปีนั้น ผลกระทบที่เกิดขึ้นแก่ผู้เสียหายและสังคมยังถือ ว่ามีอัตราน้อยกว่าผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดประเภทความผิดอาญาที่มีโทษร้ายแรง ดังนั้น การบัญญัติ ให้ศาลมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีโดยอาศัยโทษทางเลือกทดแทนการจำคุกได้นั้น ย่อมส่งผลดีต่อทั้งตัวผู้กระทำ ความผิดเองซึ่งอาจจะกระทำการดังกล่าวไปโดยไม่ตั้งใจหรือมิได้มีเจตนาชั่วร้าย ให้มีโอกาสชดเชยความผิดที่ตนได้กระทำ ขึ้นแก่ผู้เสียหาย และมีโอกาสได้ใช้ชีวิตอยู่ในสังคมต่อไปโดยไม่ต้องถูกจำคุก ซึ่งประเภทของโทษทางอาญาที่ศาลสามารถ ใช้บังคับแก่บุคคลธรรมดาผู้กระทำความผิดทางอาญาที่มีโทษชั้นกลางนี้ บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 131-3¹¹ ได้แก่

- 1) จำคุก
- 2) กักขัง
- 3) ปรับ
- 4) ปรับโดยคำนึงถึงรายได้
- 5) อบรมความเป็นพลเมือง
- 6) ทำงานบริการสังคม
- 7) โทษตัดสิทธิหรือจำกัดสิทธิตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 131-6
- 8) โทษเสริมตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 131-10
- 9) การลงโทษเชิงเยียวยา

จึงสังเกตได้ว่า ประเทศฝรั่งเศสได้บัญญัติไว้ชัดเจนให้ศาลมีอำนาจที่จะพิจารณาพิพากษาคดีโดยใช้วิธีการลงโทษ เสริมต่าง ๆ เพื่อบังคับแก่ผู้กระทำความผิดโดยตรงได้ ถึงแม้ว่าความผิดนั้นโดยหลักจะได้กำหนดบทลงโทษไว้ให้จำคุกก็ ตาม บทลงโทษที่น่าสนใจประการหนึ่งคือ “การลงโทษเชิงเยียวยา” ซึ่งเป็นการลงโทษในลักษณะที่ผู้กระทำความผิดมี หน้าที่ที่จะต้องจ่ายค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายตามระยะเวลาและวิธีการที่ศาลกำหนด โดยการจะพิพากษาลงโทษผู้กระทำ ความผิดด้วยวิธีการดังกล่าวได้นั้น จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด ซึ่งลักษณะของการ เยียวยาความเสียหายนี้อาจเป็นการทำให้ทรัพย์สินของผู้เสียหายกลับคืนสู่สถานะเดิมโดยผู้กระทำความผิดเอง หรือบุคคลผู้มี

¹⁰ ปกป้อง ศรีสนธิ, กฎหมายอาญาระดับสูง (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), น.192.

¹¹ เพ็ญอ่าง.

ความเสียหายโดยความรับผิดชอบของผู้กระทำความผิด ซึ่งพนักงานอัยการจะเป็นผู้มีหน้าที่ในการเป็นผู้ติดตามและพิสูจน์การเยียวยาความเสียหาย โดยเมื่อศาลตัดสินใจที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดด้วยวิธีการให้เยียวยาผู้เสียหายนั้น ศาลจะกำหนดบทลงโทษในกรณีที่ผู้กระทำความผิดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขในการเยียวยาไว้โดยการกำหนดให้จำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 15,000 ยูโร¹² จึงเห็นได้ว่า วิธีการลงโทษเชิงเยียวยาดังกล่าว ล้วนส่งผลดีทั้งต่อตัวผู้กระทำความผิดเองที่จะไม่ต้องถูกจำคุก และยังสามารถใช้ชีวิต สามารถประกอบอาชีพของตนได้อย่างปกติต่อไป มีต้องถูกจำกัดและแยกออกจากสังคมเหมือนอย่างการลงโทษด้วยวิธีการจำคุก มีต้องมีตราบาปติดตัว อีกทั้งยังมีโอกาสที่จะชดเชยความผิดที่ตนได้รับ ได้กระทำขึ้นให้แก่ผู้เสียหายด้วย ซึ่งก็เป็นเช่นเดียวกันกับทั้งทางฝ่ายผู้เสียหายและรัฐ ที่ได้รับการชดเชยความเสียหายที่ตนได้รับ โดยเมื่อพิจารณาแล้วในบางกรณี การที่ผู้เสียหายได้รับการชดเชยดังกล่าว อาจเป็นสิ่งที่ผู้เสียหายต้องการมากกว่าการที่มุ่งแต่จะลงโทษผู้กระทำความผิดให้สาสมกับการกระทำที่ได้ก่อขึ้น โดยวิธีการลงโทษโดยให้ผู้กระทำความผิดเยียวยาผู้เสียหายนั้นถือเป็นมาตรการที่ได้รับอิทธิพลมาจากแนวคิดกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ ซึ่งในมุมมองของผู้เขียน การที่ประเทศฝรั่งเศสได้กำหนดมาตรการลงโทษเชิงเยียวยาดังกล่าวไว้ โดยกำหนดเงื่อนไขให้ศาลมีอำนาจใช้มาตรการดังกล่าวได้ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากทั้งตัวผู้กระทำความผิดและตัวผู้เสียหายด้วย วิธีการดังกล่าวจึงเปรียบเสมือนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายต่างได้รับความพึงพอใจ และได้รับผลประโยชน์ตอบแทนด้วยกันทั้งสิ้น จึงเป็นเหมือนมาตรการที่เข้ามาส่งเสริมกระบวนการพิพากษาคดีให้เกิดความยุติธรรมอย่างแท้จริง

3.2 การมีคำสั่งให้ชดเชยค่าเสียหายในประเทศอังกฤษ

มาตรการลงโทษทางอาญารูปแบบอื่นที่ประเทศอังกฤษได้พัฒนาขึ้นเพื่อนำมาใช้ทดแทนการลงโทษด้วยวิธีการจำคุกแล้วนั้น ยังมีมาตรการลงโทษที่ได้รับการพัฒนาตามแนวคิดการลงโทษแบบสมานฉันท์ ซึ่งเป็นมาตรการที่ให้ผู้กระทำความผิดเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย หรือสังคม ได้แก่

3.2.1 คำสั่งให้ผู้กระทำความผิดชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย (Reparation order)

เป็นคำสั่งให้ผู้กระทำความผิดชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายหรือชุมชน โดยคำสั่งนี้ศาลมีอำนาจสั่งได้ในทุกความผิดเว้นแต่ความผิดที่ได้กำหนดโทษไว้แน่นอนตามกฎหมาย และเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดมีอายุระหว่าง 10-17 ปี คำสั่งในกรณีนี้ อาจเป็นคำสั่งห้ามมิให้ทำงาน แต่ต้องไม่เกิน 24 ชั่วโมง และการชดเชยนี้ ต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายใน 3 เดือนนับแต่วันออกคำสั่ง ผู้ที่ฝ่าฝืนคำสั่งต้องถูกปรับไม่เกิน 1,000 ปอนด์ หรืออาจถูกสั่งห้ามออกนอกสถานที่ หรือเข้าฝึกในศูนย์ฝึก หรืออาจชดเชยความเสียหายอย่างอื่น หรืออาจต้องโทษตามที่กฎหมายกำหนด¹³

3.2.2 คำสั่งให้ชดเชยค่าทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย (Compensation order)

เป็นคำสั่งที่ศาลมีอำนาจกำหนดให้ผู้กระทำความผิดจ่ายค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายเป็นเงิน เพื่อชดเชยการที่ผู้เสียหายได้สูญเสียร่างกาย หรือทรัพย์สินจากการกระทำความผิดของผู้นั้น โดยคำสั่งที่ศาลสั่งให้ผู้กระทำความผิดชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายนี้ ศาลอาจสั่งควบคู่ไปกับโทษที่ผู้กระทำความผิดได้รับ หรือสั่งแยกเป็นคำสั่งต่างหาก โดยผู้เสียหายเป็นผู้ดำเนินการแจ้งความเสียหายให้แก่ตำรวจพร้อมด้วยหลักฐานว่าตนได้รับความเสียหายอย่างไร เช่น ใบเสร็จค่ารักษาพยาบาลหรือค่าซ่อม เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตาม ศาลมีดุลพินิจที่จะกำหนดค่าเสียหายโดยพิจารณาจากสถานะของผู้กระทำความผิดด้วยว่าผู้นั้นสามารถจ่ายค่าเสียหายได้หรือไม่ และเมื่อศาลมีคำสั่งให้ชดเชยค่าเสียหายแล้ว ผู้กระทำความผิดอาจใช้วิธีการผ่อนส่งได้ ผู้กระทำความผิดทุกคนอาจถูกสั่งให้ชดเชยค่าเสียหาย แต่หากเป็นกรณีเด็กที่มี

¹² ศักดิ์ชัย เลิศพานิชพันธุ์ และคณะ, รายงานผลการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง การศึกษาแนวทางและความเป็นไปได้ในการนำมาตรการลงโทษระดับกลางมาใช้เพื่อเป็นมาตรการทางเลือกในการลงโทษผู้กระทำความผิดในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทย, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น.34

¹³ ณรงค์ ใจหาญ และคณะ, “รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ โครงการวิจัยเพื่อปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา : ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป,” สำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม และศูนย์วิจัยและให้คำปรึกษาคณะนิติศาสตร์ธรรมศาสตร์, 2557, น.75.

อายุระหว่าง 10-15 ปี บิดามารดา หรือผู้ปกครองจะเป็นผู้มีหน้าที่จ่ายให้แทน และศาลอาจมีดุลพินิจพิจารณาให้บิดามารดาหรือผู้ปกครองจ่ายให้แทนผู้กระทำความผิดที่มีอายุระหว่าง 16-17 ปีได้ด้วย¹⁴

3.2.3 คำสั่งให้คืนหรือใช้ราคาทรัพย์สิน (Restitution order)

เป็นคำสั่งให้ผู้กระทำความผิดที่ได้รับทรัพย์สินมาเพราะการกระทำความผิดฐานรับของโจรให้ต้องนำทรัพย์สินที่ได้มานั้นคืนให้แก่เจ้าของที่แท้จริง โดยผู้ที่ได้รับคำสั่งตามมาตรานี้จะต้องมีอายุที่สามารถคืนทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิดนั้นได้และจะสั่งให้คืนได้ก็เฉพาะเมื่อทรัพย์สินนั้นได้มาจากการกระทำความผิดฐานรับของโจร อย่างไรก็ตาม ทรัพย์สินที่ได้มานั้นไม่จำกัดว่าเบื้องต้นจะได้มาจากการลักทรัพย์ อาจเป็นทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดฐานฉ้อโกง หรือการริดเอาทรัพย์สินก็ได้

สามารถสรุปได้ว่า กฎหมายอังกฤษได้นำการลงโทษในชุมชนมาใช้สำหรับการลงโทษบุคคลที่ไม่เป็นอันตรายต่อสังคมเป็นหลัก โดยได้มีแนวทางในการกำหนดโทษกำหนดไว้อย่างชัดเจนให้ศาลมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาลงโทษจำเลยได้ทันที ไม่จำเป็นต้องใช้เป็นวิธีการเสริมเพื่อรอกการลงโทษเหมือนอย่างที่กำหนดไว้ในประเทศไทย

4. แนวทางการนำคำสั่งให้ชดใช้ค่าเสียหายมาใช้ในประเทศไทย

เมื่อประเทศไทย เป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) หรือระบบประมวลกฎหมาย ซึ่งให้ความสำคัญกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้น ดังนั้น เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นและศาลพิพากษาว่าจำเลยกระทำความผิด ศาลจะพิพากษาลงโทษจำเลยตามวิธีการและระวางโทษที่กฎหมายกำหนด ซึ่งโทษทางอาญาที่กำหนดอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาบับปัจจุบันมีด้วยกัน 5 สถาน คือ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ และริบทรัพย์สิน โดยโทษจำคุกเป็นโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับลงแก่ผู้กระทำความผิดในการกระทำความผิดฐานต่าง ๆ มากที่สุด เนื่องจากเป็นบทลงโทษที่สามารถตอบสนองต่อวัตถุประสงค์ของการลงโทษได้หลากหลาย ทั้งการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนโดยการจำกัดเสรีภาพของผู้กระทำความผิด และเป็นการตัดโอกาสผู้กระทำความผิดโดยกันผู้กระทำความผิดออกจากสังคม ทำให้สังคมมีความปลอดภัยมากขึ้น และขณะเดียวกันผู้กระทำความผิดเอง หรือสมาชิกอื่นในสังคมก็จะเกิดความเกรงกลัวและไม่กล้ากระทำความผิดกฎหมายขึ้นอีก ถือเป็นบทลงโทษที่ตอบสนองต่อวัตถุประสงค์ในการข่มขู่ยับยั้งมิให้มีการกระทำความผิดอีก อีกทั้งการกำหนดบทลงโทษจำคุก เป็นบทลงโทษที่ศาลสามารถกำหนดระยะเวลาในการลงโทษให้เหมาะสมกับการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณีได้ จึงเป็นบทลงโทษที่บังคับได้ง่าย และมีความยืดหยุ่นในการบังคับใช้พอสมควร

อย่างไรก็ตาม แม้โทษจำคุกจะตอบสนองต่อวัตถุประสงค์ในการลงโทษที่หลากหลายตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น \ แต่โทษจำคุกก็เป็นมาตรการลงโทษทางอาญาที่ส่งผลเสียทั้งต่อผู้กระทำความผิดเอง และต่อรัฐในแง่ที่เกิดปัญหาผู้ต้องขังล้นเรือนจำ พิจารณาได้จากสถิติของกองแผนงานกรมราชทัณฑ์ ซึ่งได้ทำการสำรวจเมื่อวันที่ 1 มีนาคม 2562 พบว่ามีนักโทษเด็ดขาดทั้งสิ้นจำนวน 314,816 คน¹⁵ ในขณะที่ศักยภาพของเรือนจำทั่วประเทศรองรับนักโทษได้โดยประมาณเพียง 120,000 คน¹⁶ เท่านั้น กรณีดังกล่าวจึงทำให้เกิดสภาพความแออัดในเรือนจำ นำมาซึ่งปัญหาต่าง ๆ ทั้งในด้านอัตราส่วนระหว่างกำลังอัตราข้าราชการกรมราชทัณฑ์กับผู้ต้องขังที่ไม่สมดุลกัน ทำให้ไม่สามารถควบคุมดูแลได้อย่างทั่วถึง และด้วยเหตุอุปสรรคทางด้านงบประมาณ กำลังเจ้าหน้าที่ข้าราชการ สถานที่ ตลอดจนปัญหาเรื่องความแออัดของเรือนจำนี้เอง ย่อมส่งผลให้การดำเนินการคัดแยกประเภทนักโทษเป็นการคัดแยกตามความประพฤติของนักโทษในขณะที่ได้รับโทษเท่านั้น ไม่ได้เป็นการแยกตามภูมิหลัง ลักษณะนิสัย และความประพฤติของนักโทษอย่างแท้จริง ส่งผลให้การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดนั้น ไม่สามารถดำเนินการหรือหามาตรการที่เหมาะสมสำหรับนักโทษแต่ละคนได้เท่าที่ควร อีกทั้งนักโทษที่มีพฤติกรรมดีเมื่อต้องอยู่ปะปนกับนักโทษที่มีพฤติกรรมเป็นอาชญากร หรือกรณีตัวอย่าง เช่น นักโทษที่กระทำความผิดด้วยความพลั้งพลาดหรือความประมาทเลินเล่อที่ต้องรับโทษจำคุก หากได้อาศัยอยู่ร่วมกับนักโทษอื่นที่มีพฤติกรรมชั่วร้ายหรืออันตรายกว่า อาจได้รับอิทธิพลจากพฤติกรรมที่ชั่วร้ายนั้น จน

¹⁴ เฟิงอ้วง, น.76.

¹⁵ เว็บไซต์ของกรมราชทัณฑ์, สถิติผู้ต้องราชทัณฑ์ทั่วประเทศ สืบค้นเมื่อวันที่ 9 มีนาคม 2562

¹⁶ ข้อมูลสถิติผู้ต้องขัง เรือนจำ/ทัณฑสถาน ทั่วประเทศ สำรวจ ณ วันที่ 2 เมษายน 2561, กรมราชทัณฑ์

ส่งผลให้เกิดการบั่นทอนทำลายวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของการลงโทษ ไม่ว่าจะวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการกระทำความผิด หรือเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด โดยการส่งเสริมให้ผู้กระทำความผิดมีโอกาสกระทำความผิดที่มากขึ้น เสียด้วยซ้ำ

เป็นไปในแนวทางเดียวกับกรณีที่ตั้งแม้กฎหมายไทยจะมีมาตรการการรอกการกำหนดโทษหรือการรอกการลงโทษ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 ขึ้นมาใช้แทนการลงโทษจำคุกกระชั้น ซึ่งเป็นมาตรการที่มุ่งเน้นให้ผู้กระทำความผิดที่อยู่ในวิสัยที่จะสามารถแก้ไขพฤติกรรมได้ และกระทำความผิดที่ไม่ร้ายแรง มีโอกาสกลับตนเป็นพลเมืองดีของสังคมโดยไม่จำเป็นต้องได้รับโทษจำคุก แต่เพื่อเป็นการแก้ไขขัดเกลาพฤติกรรมของผู้กระทำความผิด ศาลมีอำนาจกำหนดเงื่อนไขเพื่อแก้ไขฟื้นฟู หรือป้องกันไม่ให้ผู้กระทำความผิดมีโอกาสกระทำความผิดซ้ำอีก อย่างไรก็ตาม ศาลก็สามารถใช้มาตรการการรอกการกำหนดโทษหรือการรอกการลงโทษได้อย่างมีข้อจำกัด ฉะนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าการเพิ่มทางเลือกให้ศาลสามารถใช้โทษเสริมทางอาญา ด้วยวิธีการมีคำสั่งให้ชดใช้ค่าเสียหาย เป็นมาตรการลงโทษรูปแบบหนึ่งที่มีความเหมาะสม โยผู้กระทำความผิดได้รับรู้ว่าตนถูกลงโทษ ได้มีโอกาสชดใช้ความผิดที่ตนก่อขึ้นให้แก่ผู้เสียหายได้โดยตรง ผู้เสียหายก็ได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น และผู้กระทำความผิดยังคงสามารถดำเนินชีวิตอยู่ในสังคม เป็นพลเมืองที่สร้างประโยชน์ให้แก่สังคมได้ต่อไป

4.1 เงื่อนไขการบังคับใช้การมีคำสั่งให้ชดใช้ค่าเสียหาย

เนื่องจากตามความเห็นของผู้เขียน โทษเสริมทางอาญา ด้วยการมีคำสั่งให้ชดใช้ค่าเสียหาย มีวัตถุประสงค์เพื่อปรับปรุงความเหมาะสมของบทลงโทษทางอาญาที่มีอยู่ในปัจจุบัน โดยการเพิ่มทางเลือกให้ศาล เพื่อให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจใช้มาตรการลงโทษอื่นแทนการตัดสินลงโทษจำคุก แต่ผู้กระทำความผิดจะต้องถูกดำเนินการด้วยวิธีการอื่นแทน ในกรณีที่เป็นการกระทำความผิดที่ไม่ร้ายแรง จึงมีลักษณะใกล้เคียงกับการรอกการกำหนดโทษ หรือการรอกการลงโทษ ซึ่งศาลพิพากษาว่าจำเลยกระทำความผิดและจะลงโทษจำคุกหรือปรับ แต่อาจต้องเห็นสมควรให้รอกการกำหนดโทษ หรือรอกการลงโทษดังกล่าว จำเลยจึงยังไม่ต้องรับโทษจำคุก หรือปรับ แต่อาจต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ศาลกำหนดเพื่อแก้ไขฟื้นฟู เยียวยาผู้เสียหาย และป้องกันมิให้กลับไปกระทำความผิดซ้ำอีก อย่างไรก็ตาม การกำหนดประเภทของความผิดที่ศาลจะใช้มาตรการลงโทษโดยการมีคำสั่งให้ชดใช้ค่าเสียหายอาจทำให้เกิดข้อจำกัดในการใช้กฎหมาย ทั้งนี้ ศาลไม่ควรพิจารณาเฉพาะแต่ประเภทของความผิดเพียงอย่างเดียว แต่จะต้องพิจารณาจากพฤติการณ์อื่นที่เกี่ยวข้องประกอบด้วย เช่น กรณีผู้กระทำความผิดดูแลโทษต่อเจ้าพนักงาน หรือได้บรรเทาผลร้ายแก่ผู้เสียหายโดยการชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย เป็นต้น โดยศาลควรพิจารณาถึงปัจจัยแวดล้อมต่าง ๆ ประกอบการใช้ดุลพินิจในการเปลี่ยนวิธีการลงโทษจำคุกเป็นการมีคำสั่งให้ชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้เสียหาย

ในส่วนพฤติการณ์ที่เกี่ยวกับตัวผู้กระทำความผิด ปัจจัยที่ศาลต้องคำนึงถึงย่อมเป็นปัจจัยเดียวกับที่ศาลต้องพิจารณาในการรอกการกำหนดโทษ หรือการรอกการลงโทษ คือ พิจารณาถึง อายุ ประวัติ ความประพฤติ สถิติปัญหาการศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ และสิ่งแวดล้อมของผู้นั้น หรือสภาพความผิด หรือการรู้สึกผิด และการพยายามบรรเทาผลร้ายที่เกิดขึ้น หรือเหตุอันควรปรานีอื่น ๆ ด้วย โดยไม่ควรจำกัดอยู่เพียงเงื่อนไขว่าผู้ต้องหาไม่เคยได้รับโทษจำคุกมาก่อน หรือเคยได้รับโทษจำคุกในกรณีความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษเท่านั้น เนื่องจากการกำหนดเงื่อนไขเพียงข้างต้น ก็มีความสอดคล้องกับกฎหมายมาตรฐานขั้นต่ำขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยการไม่ควบคุมตัว (กนูโตเกียว) ที่ได้วางข้อกำหนดเกี่ยวกับพฤติการณ์และปัจจัยแวดล้อมอื่น ๆ ที่ควรต้องคำนึงถึงเพื่อประกอบการใช้ดุลพินิจกำหนดวิธีการลงโทษ คือ ให้คำนึงถึงความสมดุลระหว่างสิทธิของผู้กระทำความผิด สิทธิของผู้เสียหาย ความปลอดภัยของสังคม และการป้องกันอาชญากรรม รวมถึงทั้งลักษณะความร้ายแรงของการกระทำความผิด บุคลิกและภูมิหลังของผู้กระทำความผิด และวัตถุประสงค์ของการลงโทษแล้ว

จากการศึกษาถึงทฤษฎีการลงโทษทางอาญาแล้ว พบว่าหลักการที่สำคัญประการหนึ่งของการกำหนดบทลงโทษทางอาญา คือ โทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดได้นั้นสมควรต้องกำหนดไว้ให้ชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษร ดังนั้น การจะกำหนดโทษอาญาทางเลือก โดยวิธีการมีคำสั่งให้ชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายนั้น ควรกำหนดเป็นบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา

เมื่อพิจารณาถึงประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับโทษสำหรับลงแก่ผู้กระทำ

ความผิด ได้ถูกกำหนดไว้ที่ มาตรา 18 โดยในปัจจุบันมีโทษกำหนดไว้ 5 สถาน ได้แก่ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ และริบทรัพย์สิน ซึ่งหากประเทศไทยประสงค์จะบัญญัติเพิ่มเติมกรณีโทษอาญาทางเลือกนั้น ผู้เขียนเห็นสมควรจะบัญญัติไว้ในมาตราเดียวกันก็คือ มาตรา 18 นั้นเอง โดยเพิ่มบทลงโทษ “การมีคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือเยียวยาความเสียหายโดยวิธีอื่นให้แก่ผู้เสียหายตามที่ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายตกลงกัน” ไว้เป็น มาตรา 18/1 โดยกำหนดเงื่อนไขให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจมีคำสั่งให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายได้ โดยให้บังคับใช้ได้เฉพาะกรณีที่เป็นการกระทำความผิดที่มีโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี ซึ่งเทียบเท่าความผิดอาญาโทษชั้นกลางของประเทศฝรั่งเศส และเป็นกรณีที่ได้รับความยินยอมจากผู้เสียหายเท่านั้น โดยอาจบัญญัติได้ ดังนี้

“มาตรา 18/1 ในคดีที่ศาลพิพากษาตัดสินให้ลงโทษจำคุกจำเลยไม่เกิน 10 ปี เมื่อศาลได้คำนึงถึง อายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ และสิ่งแวดล้อมของผู้นั้น หรือสภาพความผิด หรือการรู้สึกผิด และการพยายามบรรเทาผลร้ายที่เกิดขึ้น หรือเหตุอันควรปรานีแล้ว โดยความยินยอมของผู้เสียหาย ศาลจะพิพากษาให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือเยียวยาความเสียหายโดยวิธีอื่นให้แก่ผู้เสียหายแทนโทษจำคุกทั้งหมด หรือแค่บางส่วนก็ได้”

4.2 สภาพบังคับการฝ่าฝืนคำสั่งให้ชดใช้ค่าเสียหาย

ถึงแม้การกำหนดบทลงโทษอาญาทางเลือก คือ การมีคำสั่งให้ชดใช้ค่าเสียหายจะส่งผลดีต่อผู้กระทำความผิดมากกว่าการจำคุกก็ตาม แต่ด้วยสภาพสังคมของประเทศไทยในปัจจุบันที่ยังคงมีปัญหาความเหลื่อมล้ำทางสังคมอยู่มาก การบังคับใช้มาตรการดังกล่าวจึงอาจเกิดกรณีที่ผู้กระทำความผิดไม่สามารถชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายตามจำนวนได้ จึงจำเป็นต้องกำหนดสภาพบังคับของการฝ่าฝืนคำสั่งให้ชดใช้ค่าเสียหาย โดยอาจกำหนดสภาพบังคับเมื่อผู้กระทำความผิดไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลที่ให้จ่ายค่าเสียหาย เป็น 2 กรณี ดังนี้

- 1) ศาลจะพิพากษาจำคุกตามอัตราที่กำหนดไว้สำหรับความผิดที่กระทำนั้น
- 2) ศาลมีอำนาจกำหนดเงื่อนไขอื่น ๆ เพื่อให้ผู้กระทำความผิดเยียวยาผู้เสียหายได้ตามที่ศาลเห็นสมควร

อย่างไรก็ดี ไม่ว่าจะศาลจะพิจารณาใช้สภาพบังคับรูปแบบใด ศาลต้องคำนึงถึงการชดใช้ค่าเสียหายที่ผู้กระทำความผิดได้ดำเนินการไปแล้วประกอบการตัดสินพิพากษาลงโทษกรณีฝ่าฝืนคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนด้วย ซึ่งส่วนนี้เอง ทำให้การกำหนดโทษเสริมทางอาญาด้วยการมีคำสั่งให้ชดใช้ค่าเสียหาย แตกต่างจากเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรการการรอกการกำหนดโทษหรือการรอกการลงโทษ เนื่องจากในกรณีที่ผู้กระทำความผิดฝ่าฝืนเงื่อนไขที่กำหนดในการรอกการกำหนดโทษ หรือการรอกการลงโทษ ศาลอาจตกเดือนผู้กระทำความผิด หรือพิพากษาลงโทษที่รอไว้ได้¹⁷ โดยไม่ถือว่าระยะเวลาที่ผู้กระทำความผิดปฏิบัติตามเงื่อนไขในการคุมประพฤติดังกล่าว เป็นการลงโทษผู้กระทำความผิด ศาลจึงอาจกำหนดโทษหรือลงโทษที่รอไว้วันนั้นได้เต็มตามคำพิพากษา

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า หากประมวลกฎหมายอาญาของไทยบัญญัติชัดเจนให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจตัดสินพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิด ในคดีความผิดที่มีโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี โดยผู้กระทำความผิดมีโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี ด้วยวิธีการมีคำสั่งให้ชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายได้โดยตรง ด้วยความยินยอมของผู้เสียหาย ซึ่งเป็นมาตรการที่ส่งผลดีทั้งต่อตัวผู้กระทำความผิด ผู้เสียหาย รัฐ และสังคมโดยรวม โดยถือเป็นมาตรการที่เข้ามามีส่วนช่วยพัฒนาระบบการยุติธรรมทางอาญาของไทยให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

¹⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 57 เมื่อความปรากฏแก่ศาลเอง หรือความปรากฏตามคำแถลงของพนักงานอัยการหรือเจ้าพนักงานว่า ผู้กระทำความผิดไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขดังที่ศาลกำหนดตามมาตรา 56 ศาลอาจตกเดือนผู้กระทำความผิด หรือจะกำหนดการลงโทษที่ยังไม่ได้กำหนดหรือลงโทษซึ่งรอไว้วันนั้นก็ได้

บรรณานุกรม

หนังสือ

ณรงค์ ใจหาญ และคณะ. “รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ โครงการวิจัยเพื่อปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา : ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป.” สำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม และศูนย์วิจัยและให้คำปรึกษาคณะนิติศาสตร์ ธรรมศาสตร์. 2557

ปกป้อง ศรีสนิท. กฎหมายอาญาชั้นสูง. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2559

ศักดิ์ชัย เลิศพานิชพันธุ์ และคณะ. รายงานผลการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง การศึกษาแนวทางและความเป็นไปได้ในการนำมาตราการลงโทษระดับกลางมาใช้เพื่อเป็นมาตรการทางเลือกในการลงโทษผู้กระทำความผิดในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทย. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2551.

สำนักวิชาการศาลยุติธรรม. ข้อพิจารณาประกอบพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2548. กรุงเทพมหานคร : สำนักวิชาการศาลยุติธรรม.

อุดม รัฐอมฤต. รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาวิจัย เรื่อง การคุ้มครองสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายของผู้เสียหายและจำเลยในคดีอาญา. สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพมหานคร. 2550.

เอกสารอิเล็กทรอนิกส์

ข้อมูลสถิติผู้ต้องขัง เรือนจำ/ทัณฑสถานทั่วประเทศ สํารวจ ณ วันที่ 2 เมษายน 2561. กรมราชทัณฑ์
เว็บไซต์ของกรมราชทัณฑ์. สถิติผู้ต้องราชทัณฑ์ทั่วประเทศ สืบค้นเมื่อวันที่ 9 มีนาคม 2562.

**การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้ถูกดำเนินคดีตามกฎหมายป้องกันและปราบปรามการค้า
มนุษย์โดยเปรียบเทียบกับมาตรการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา
PROTECTION OF THE RIGHT AND LIBERTIES OF THE OFFENDERS UNDER THE
LAW ON TRAFFICKING IN PERSONS BY COMPARING WITH MEASURES UNDER
THE CRIMINAL PROCEDURE CODE**

อภิชัย ทองประสม*

บทคัดย่อ

คดีความผิดฐานค้ามนุษย์มีลักษณะของการกระทำความผิดที่ร้ายแรงและมีลักษณะเป็นองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ประเทศไทยจึงได้บัญญัติให้ความผิดฐานค้ามนุษย์เป็นคดีความผิดพิเศษและบังคับใช้กฎหมายกับผู้กระทำความผิดอย่างเข้มงวด เพื่อปราบปรามการกระทำความผิดฐานค้ามนุษย์และช่วยเหลือเหยื่อจากการค้ามนุษย์ได้อย่างทันที่และมีประสิทธิภาพ จึงบัญญัติกฎหมายเฉพาะที่ใช้บังคับหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีค้ามนุษย์ พ.ศ. 2559 ซึ่งมีรายละเอียดแตกต่างจากกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาทั่วไป โดยมีหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของจำเลย ซึ่งในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศไทยได้รับรองหลักการเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ถูกกล่าวหาไว้ โดยรัฐจึงมีหน้าที่ในการให้ความคุ้มครองสิทธิและสวัสดิภาพของประชาชน ไม่ว่าจะประชาชนนั้นจะอยู่ในสถานะเป็น “ผู้เสียหาย” หรือ “ผู้ถูกดำเนินคดี” ก็ตาม สำหรับคดีค้ามนุษย์มีการดำเนินกระบวนการที่แตกต่างจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาบัญญัติไว้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผู้เสียหายให้ได้รับความเป็นธรรมในคดี แต่ในขณะเดียวกันอาจส่งผลกระทบต่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ถูกดำเนินคดี ซึ่งรัฐเองก็มีหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกดำเนินคดีด้วยเช่นกัน

คำสำคัญ

ความผิดฐานค้ามนุษย์ ผู้เสียหายในคดีค้ามนุษย์ ผู้ถูกกล่าวหาในคดีค้ามนุษย์ สิทธิมนุษยชน พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีค้ามนุษย์ พ.ศ. 2559 กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ABSTRACT

Human trafficking is a serious offense and is a transnational organized crime. Thailand has therefore determined that human trafficking is a special case and enforces laws against offenders to suppress human trafficking. The victims of human trafficking have been assisted in a timely and effective manner. Therefore, there are many specific laws has been enacted, such as the Trafficking in Persons Act 2008 and the Trafficking in Persons Procedure Act 2016, which are different from the Criminal Procedure Code. In the criminal justice system of Thailand, the principles of the protection of the rights and liberties of the accused have been provided under the laws. The state has the duty to protect her citizens, whether the people are in the status of "victims" or "offenders". For human trafficking cases, there are proceedings that are different from those of the Criminal Procedure Code. The objective of trafficking in persons law is to protect

* นักศึกษาดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ : joetheory007@gmail.com

victims to be fair in the case, but at the same time may affect the protection of the rights and liberties of the offenders, which the state itself has the duty to protect the rights of the offenders as well.

Keywords

Human trafficking offense, victims right, offenders right , human Right, the Trafficking in Persons Act 2008, the Trafficking in Persons Procedure Act 2016,

บทนำ

คติความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ มีลักษณะของการกระทำความผิดที่ร้ายแรงและซับซ้อน ประเทศไทยจึงกำหนดให้ความผิดฐานค้ามนุษย์เป็นคดีพิเศษ¹ และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดฐานค้ามนุษย์นั้นมีหลายฉบับ นอกเหนือจากพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทในการป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์แล้ว ยังมีพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 ประมวลกฎหมายอาญา พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 พระราชบัญญัติส่งเสริมการจัดสวัสดิการสังคม พ.ศ. 2546 พระราชบัญญัติรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ จึงเกี่ยวข้องกับส่วนราชการหลายภาคส่วน การบังคับใช้กฎหมายจึงมีความซับซ้อน มีความเกี่ยวโยงทั้งในประเทศ และต่างประเทศ รวมทั้งบางกรณีอาจเป็นการกระทำความผิดที่มีลักษณะขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ² จึงจำเป็นต้องใช้วิธีการสืบสวนสอบสวน และการรวบรวมพยานหลักฐานเป็นพิเศษ³ แตกต่างจากคดีทั่วไป และบุคคลที่ได้รับผลกระทบโดยตรงจากการกระทำความผิดฐานค้ามนุษย์นั้นนอกจากผู้เสียหายที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแล้ว ผู้ถูกดำเนินคดีเป็นอีกบุคคลหนึ่งที่ต้องให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งได้มีนโยบาย “การป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์” เป็นวาระแห่งชาติ เพื่อเร่งรัดให้ทุกกระทรวง ทบวง กรม บูรณาการการทำงานร่วมกันตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องอย่างเข้มงวด ให้ทุกภาคส่วนตระหนักถึงปัญหาการค้ามนุษย์และร่วมกันแก้ไขปัญหาการค้ามนุษย์และขจัดอุปสรรคด้านกฎระเบียบ เร่งแก้ไขกฎกระทรวงและข้อกฎหมายต่างๆ เพื่อให้ทุกหน่วยงานสามารถทำงานร่วมกันอย่างเป็นระบบ พร้อมดำเนินการกับผู้กระทำความผิดทั้ง

¹ ประกาศ กคพ. (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2555, “เรื่องกำหนดรายละเอียดของการกระทำความผิดที่เป็นคดีพิเศษ,” ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 129 ตอนพิเศษ 89 ง.

พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 มาตรา 21

คดีพิเศษที่จะต้องดำเนินการสืบสวนและสอบสวนตามพระราชบัญญัตินี้ ได้แก่คดีความผิดทางอาญาดังต่อไปนี้

(1) คดีความผิดทางอาญาตามกฎหมายที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ และที่กำหนดในกฎกระทรวง โดยการเสนอแนะของ กคพ. โดยคดีความผิดทางอาญาตามกฎหมายดังกล่าว จะต้องมียุทธวิธีอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(ก) คดีความผิดทางอาญาที่มีความซับซ้อน จำเป็นต้องใช้วิธีการสืบสวนสอบสวนและรวบรวมพยานหลักฐานเป็นพิเศษ

(ข) คดีความผิดทางอาญาที่มีหรืออาจมีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ความมั่นคง

ของประเทศ ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือระบบเศรษฐกิจหรือการคลังของประเทศ

(ค) คดีความผิดทางอาญาที่มีลักษณะเป็นการกระทำความผิดข้ามชาติที่สำคัญ หรือเป็นการกระทำขององค์กรอาชญากรรม หรือ

(ง) คดีความผิดทางอาญาที่มีผู้ทรงอิทธิพลที่สำคัญเป็นตัวการ ผู้ใช้หรือผู้สนับสนุน

ทั้งนี้ ตามรายละเอียดของลักษณะของการกระทำความผิดที่ กคพ. กำหนด

พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 มาตรา 10 (4) ให้ กคพ. มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

(4) กำหนดข้อบังคับหรือหลักเกณฑ์ตามที่มอบหมายให้ทำเป็นอำนาจหน้าที่ของ กคพ.

² สำนักพัฒนาและสนับสนุนคดีพิเศษ กรมสอบสวนคดีพิเศษ กระทรวงยุติธรรม, การศึกษาวិเคราะห์เพื่อพัฒนาระบบงานสืบสวนสอบสวนการกระทำความผิดเกี่ยวกับการค้ามนุษย์, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์อรุณการพิมพ์, 2558), น.

³ พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551

ข้าราชการและพลเรือนอย่างจริงจัง⁴ การบังคับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัดดังกล่าวจึงส่งผลกระทบต่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้ถูกดำเนินคดีเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการค้ายาเสพติดได้ บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อนำเสนอถึงการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้ถูกดำเนินคดีตามกฎหมายป้องกันและปราบปรามการค้ายาเสพติดโดยเปรียบเทียบกับมาตรการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่ามีความเหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร โดยจะนำเสนอถึงหลักการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกดำเนินคดีหรือถูกกล่าวหาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานในหัวข้อต่อไป

1.การคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

สิทธิมนุษยชนถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ที่เท่าเทียมกันในแง่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิ เพื่อการดำรงชีวิตโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างในเรื่องเชื้อชาติ ผิวพรรณ เพศ อายุ ศาสนา สถานะภาพทางกายและสุขภาพ ตลอดจนความเชื่อต่างๆ รัฐจึงต้องมีหลักประกันให้ประชาชนอยู่อย่างทัดเทียมกัน โดยเฉพาะเจ้าพนักงานของรัฐที่มีหน้าที่ในการรักษากฎหมาย และบังคับใช้กฎหมาย⁵

1.1 แนวคิดในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

แนวคิดในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นมีความสำคัญต่อการดำเนินคดีอาญา โดยเฉพาะต่อตัวผู้ถูกหรือผู้ถูกดำเนินคดี หรือส่งผลกระทบต่อเจ้าพนักงานผู้ใช้อำนาจโดยมิชอบ รวมถึงแนวคิดในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลต่อการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วย จากแนวคิดตามกฎหมายธรรมชาติที่ยอมรับในศักดิ์ศรีของมนุษย์ทุกคน ถือว่าทุกคนมีความสามารถทางกฎหมาย มีสิทธิและหน้าที่อย่างเสมอภาคกัน ทำให้เกิดการปฏิรูปในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่เคารพในสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล จึงเกิดหลักกฎหมายใหม่ๆ ในกฎหมายอาญาและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ไม่ว่าจะเป็นหลัก “ไม่มีความผิดโดยไม่มีกฎหมายไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย” (No Crime, no punishment without law) หรือ “บุคคลควรได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่าเป็นผู้กระทำความผิด” หรือ “หลักการพิจารณาคดีโดยคนกลางคือศาล ซึ่งต้องกระทำต่อหน้าจำเลย โดยเปิดเผยและเป็นธรรม⁶” นอกจากนี้การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ต้องชอบด้วยกฎหมาย หรืออยู่ภายใต้กฎหมาย เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะใช้อำนาจลิดรอนจำกัดสิทธิเสรีภาพของเอกชนได้เท่าที่กฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น ทั้งนี้เพื่อป้องกันการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นไปตามหลักนิติรัฐ (The Rule of Law)⁷ หากมองในคดีอาญา เดิมผู้ถูกกล่าวหาไม่มีสิทธิที่จะแก้ข้อกล่าวหาหรือต่อสู้คดี โดยผู้เสียหายเป็นพยาน ส่วนผู้ถูกกล่าวหาเป็นเพียงกรรมในคดี⁸ ซึ่งแต่เดิมวิธีการพิสูจน์ความผิดเป็นระบบไต่สวนมักใช้วิธีการทรมานเพื่อให้ยอมรับว่าเป็นผู้กระทำความผิด ซึ่งต่อมาแนวคิดดังกล่าวได้ถูกต่อต้านว่าเป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้องและรัฐไม่ควรไต่สวนโดยใช้วิธีการทรมานอย่างโหดร้ายให้ผู้ถูกกล่าวหาได้รับสารภาพโดยปราศจากความจริงเพราะขัดกับหลักธรรมชาติ จึงเกิดการเรียกร้องให้ต้องมีการพิจารณาคดีที่เป็นไปโดยอิสระ เปิดเผยและเที่ยงธรรม ในการดำเนินคดีอาญาได้แบ่งการพิจารณาคดีออกเป็นสามส่วน ได้แก่ ชั้นสอบสวน ชั้นตรวจสอบ และชั้นพิจารณาคดี⁹ โดยศาลจะ

⁴ ภัทรวิทย์ ออบสุวรรณ, “การทำแผนประทุษกรรมประกอบคำรับสารภาพในระบบกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต นิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น.13

⁵ วันชัย โตความรู้, “สิทธิมนุษยชน สิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนเมื่อถูกกล่าวหาในคดีอาญา” เอกสารวิชาการส่วนบุคคล, การอบรมหลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย, รุ่น 4, วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ, สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, น. 1, จาก www.constitutionalcourt.or.th

⁶ เฟิ่งฮ้าง, น.16

⁷ สมยศ เชื้อไทย, นิติปรัชญาเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 6 ฉบับปรับปรุงใหม่, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), น. 13

⁸ คณิต ฒ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), น. 37

⁹ John Henry Merryman and David S. Clark, Comparative Law Western European and Latin American System: Case and Materials (Indianapolis: Bobbs-Merrill 1978), p.696.

เหลือแค่อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเท่านั้น อัยการทำหน้าที่สืบสวนฟ้องร้องแทน และยกฐานะผู้ถูกกล่าวหาเป็น
ประธานในคดีไม่ใช่วัตถุแห่งการชกฟอกหรือเป็นกรรมในคดี (Process object)¹⁰ แต่เป็นส่วนหนึ่งของคดีและเปิด
โอกาสให้ต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ เดิมทีแนวความคิดในการลงโทษผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิด มีวัตถุประสงค์เพื่อแก้
แค้นทดแทนเป็นหลัก ด้วยการนำตัวผู้ต้องหาประจานและลงโทษด้วยวิธีการทรมานร่างกายเพื่อให้เกิดความหลาบ
จำ ต่อมาได้เปลี่ยนแนวการลงโทษเป็นยับยั้งและป้องกันภัยให้กับสังคม จึงมีวิธีการลงโทษด้วยการตัดโอกาสไม่ให้
กลับมาก่อภัยได้อีกจึงใช้การลงโทษประหารชีวิตหรือจำคุกชั่วระยะเวลาหนึ่ง แต่ในปัจจุบันวัตถุประสงค์ในการลงโทษ
เป็นการลงโทษเพื่อให้ผู้กระทำความผิดได้สำนึกผิด และสามารถกลับคืนสู่สังคมได้ จึงควรหลีกเลี่ยงการกระทำใน
ลักษณะประจาน เพื่อให้ผู้ถูกลงโทษได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมมากขึ้น¹¹ ในการดำเนินคดีอาญาของแต่ละ
ประเทศ จะให้การรับรองสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญาในระบบนิติรัฐ (The Rule of Law) เจ้าหน้าที่ของรัฐจะ
ทำการละเมิดสิทธิของปัจเจกชนไม่ได้ เว้นแต่มีกฎหมายให้อำนาจไว้จึงจะสามารถทำได้ แต่สิ่งที่เป็นปัญหาคือ ระหว่าง
สิทธิของจำเลย กับการอำนวยความสะดวกของรัฐนั้น ควรให้ความสำคัญกับสิทธิใดเป็นสำคัญ เมื่อเปรียบเทียบ
ระหว่างสิทธิของจำเลยกับการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐในการปราบปรามผู้กระทำความผิด เพื่อให้เกิดความสงบสุข
ต่อสังคมส่วนรวม จึงควรใช้ให้เกิดความสมดุลทั้ง Due Process และ Crime Control และแม้จะมีการบัญญัติ
กฎหมายให้อำนาจรัฐไว้ชัดแจ้งแล้วก็ตามแต่การกระทำของเจ้าหน้าที่จะต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายให้อำนาจ
เกินขอบเขตที่กฎหมายให้ไว้มิได้ และจะละเมิดหลักประกันสิทธิที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองเป็นพิเศษไม่ได้¹²
ดังเช่นการดำเนินคดีของเจ้าหน้าที่รัฐในคดีค้ามนุษย์นั้นต้องคำนึงถึงหลักการดังกล่าวให้เกิดความสมดุลระหว่างสิทธิ
ของผู้ถูกดำเนินคดีซึ่งรัฐจะละเมิดไม่ได้ กับการใช้อำนาจของรัฐเพื่อปราบปรามการกระทำความผิดเพื่อความสงบ
ให้กับสังคมส่วนรวม

1.2 การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้บัญญัติถึงการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาว
ไทยการรับรองสิทธิเสรีภาพไว้อย่างกว้างไว้ในมาตรา 25 โดยได้บัญญัติถึงสิทธิของผู้เสียหายในคดีอาญาซึ่งได้รับความ
เสียหายจากการถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพหรือจากการกระทำความผิดอาญาของบุคคลอื่น ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการ
เยียวยาหรือช่วยเหลือจากรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติ¹³ และมาตรา 31¹⁴ ที่บัญญัติถึงการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตาม

¹⁰ คณิต ญ นคร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 8*.

¹¹ ภทริวิทย์ อปสุวรรณ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น.17

¹² เพ็งอ้อ, น. 21

¹³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 25 บัญญัติว่า

สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย นอกจากที่บัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญแล้ว การใดที่มีได้
ห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมายอื่น บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำการนั้นได้และได้รับความคุ้มครอง
ตามรัฐธรรมนูญเท่าที่การใช้สิทธิหรือเสรีภาพเช่นนั้นไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความ
สงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น การกล่าวอ้างสิทธิและเสรีภาพ

สิทธิหรือเสรีภาพใดที่รัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติหรือให้เป็นไปตาม

หลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายบัญญัติแม้ยังไม่มีมาตรการกฎหมายนั้นขึ้นใช้บังคับ บุคคลหรือชุมชน ย่อมสามารถใช้
สิทธิหรือเสรีภาพนั้นได้ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครองตาม
รัฐธรรมนูญ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้

¹⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 31 บัญญัติว่า

บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย การทรมาน ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร
มนุษยธรรม

จะกระทำมิได้ แต่การลงโทษประหารชีวิตตามที่กฎหมายบัญญัติไม่ถือว่าเป็นการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร
มนุษยธรรมตามความในวรรคนี้

กฎหมายของบุคคลอย่างเท่าเทียมกัน การจับและการคุมขังบุคคลจะกระทำได้เท่าที่กฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น การทรมาน ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรมจะกระทำมิได้ และบุคคลจะต้องรับโทษในทางอาญาต้องเป็นการกระทำความผิดในขณะกระทำนั้น กฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงต้องบัญญัติไว้ในกฎหมาย¹⁵ หากขณะกระทำนั้นไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดจะถือว่าบุคคลนั้นกระทำความผิดอาญาไม่ได้ และเมื่อมีการบัญญัติกฎหมายให้การกระทำเป็นความผิดในภายหลังจากการกระทำนั้น ก็ไม่อาจนำกฎหมายที่บัญญัติในภายหลังนั้นไปใช้บังคับย้อนหลังได้ สิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานในคดีอาญาไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์¹⁶ ก่อนศาลมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้และจะบังคับให้บุคคลให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองไม่ได้

เมื่อพิจารณาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 จะเห็นว่าสิ่งที่รัฐต้องการจะคุ้มครองคือ “สิทธิมนุษยชน” (Human Right) สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลที่ปกป้องปัจเจกบุคคล (Individual) หรือกลุ่ม (Group) จากการกระทำที่ต้องห้ามของรัฐ ในการดำเนินคดีอาญาของแต่ละประเทศ จะให้การรับรองสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญา โดยบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาให้สามารถต่อสู้คดี ได้อย่างเต็มที่ ครอบคลุมแต่ที่ยังไม่มีคำพิพากษาของศาล กฎหมายให้ถือว่าผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญายังไม่ได้กระทำความผิด ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ และต้องปฏิบัติต่อผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญาอย่างเช่นสุจริตชนทั่วไป ในฐานะประธานแห่งคดี โดยได้มีการเพิ่มอาชญากรรมในการต่อสู้คดีให้กับผู้ถูกกล่าวหาเพิ่มขึ้นโดยการช่วยเหลือจัดให้มีทนายความ และบังคับให้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องแจ้งสิทธิในการต่อสู้คดีให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบ เพื่อให้ต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ ทั้งนี้การดำเนินคดีอาญาของเจ้าหน้าที่รัฐต้องไม่ละเมิดสิทธิเด็ดขาด เว้นแต่มีกฎหมายให้อำนาจจึงจะสามารถทำได้ และจะต้องไม่มีการบังคับ ชูเชี่ยว หลอกลวง หรือจูงใจ หรือกระทำโดยมิชอบด้วยประการใดๆ เพื่อให้ผู้ต้องหาให้ถ้อยคำหรือรับสารภาพโดยไม่สมัครใจ¹⁷

1.3 หลักประกันสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย

หลักประกันสิทธิ หมายถึง แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิต่างๆ ที่นำมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรให้ชัดเจน เพื่อให้เกิดความแน่นอน และแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ยาก ซึ่งอาจจะกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หรือในพระราชบัญญัติต่างๆ ก็ได้ ซึ่งแต่เดิมกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศไทยไม่ได้ให้ความสำคัญกับการประกันสิทธิเสรีภาพมากนัก เนื่องจากวิธีการในการพิสูจน์ความผิดสมัยก่อนใช้จารีตนครบาล¹⁸ โดยเป็นการนำโทษทางอาญามาใช้ทรมานเพื่อให้ผู้กระทำความผิดยอมรับสารภาพ จนกระทั่งประเทศไทยประสบกับปัญหาสิทธิสภาพนอกอาณาเขต ทำให้ประเทศไทยจำเป็นต้องปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ส่งผลให้กระบวนการพิจารณามีการพิสูจน์ความผิดด้วยพยานหลักฐานและแยกอำนาจตุลาการออกจากฝ่ายบริหารในการพิจารณา¹⁹ รวมทั้งมีการบัญญัติสิทธิต่างๆของผู้ถูกกล่าวหาและกำหนด

การจับ คุมขัง ตรวจค้นตัวบุคคล หรือการกระทำใดอันกระทบต่อสิทธิ และเสรีภาพตามวรรคหนึ่ง จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

¹⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 32 บัญญัติว่า

บุคคลจะไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาทีกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาทีกระทำความผิดมิได้

¹⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 33 บัญญัติว่า

ในคดีอาญา ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิดก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิดจะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้

¹⁷ ภัทรวีชัย อปสุวรรณ, *อ่วงแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น.19

¹⁸ ชาย เสวิกุล, *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา*, (กรุงเทพมหานคร : บริษัทพิพิธการพิมพ์จำกัด, 2523), น.197

¹⁹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, บุญทิพย์ ผ่องจิตร์ แลนเกรฟ, และประธาน วัฒนวานิชย์, *สิทธิมนุษยชนและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในประเทศไทย*, จัดพิมพ์โดยสถาบันไทยคดีศึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และมูลนิธิโครงการตำรา สหาคคมสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เจริญวิทยการพิมพ์, 2529), น. 39.

ขอบเขตการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานของรัฐไว้อย่างชัดเจน²⁰ ต่อมาเมื่อมีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองเข้าสู่ประชาธิปไตย จึงได้มีหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งในหัวข้อต่อไปจะเป็นการศึกษาถึงหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของผู้ถูกล่ามโซ่ซึ่งเกี่ยวข้องกับใช้อำนาจของพนักงานสอบสวนที่สำคัญซึ่งรับรองอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 และตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ โดยมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้ถูกดำเนินคดี ดังต่อไปนี้

1.3.1 หลักประกันสิทธิที่จะไม่ถูกระทำในลักษณะประจาน

วัตถุประสงค์ของหลักการดังกล่าวเพื่อป้องกันไม่ให้มีการกระทำในลักษณะของการหยามเกียรติและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ซึ่งเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่รัฐจะละเมิดไม่ได้²¹ และในขณะเดียวกันรัฐต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพให้กับประชาชนด้วย ซึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 26²² ได้กำหนดให้การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะกระทำไม่ได้หรือทำได้เท่าที่กฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้นและต้องไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุและจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ พร้อมทั้งต้องระบุเหตุผลในการใช้อำนาจดังกล่าวไว้ด้วย²³ นอกจากนี้การจับกุมคุมขังบุคคลที่มีลักษณะของการหยามเกียรติและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์จะกระทำไม่ได้ นอกจากนี้บัญญัติว่าด้วยสิทธิมนุษยชนข้อ 5 กำหนดว่า “บุคคลจะถูกทรมานหรือได้รับการปฏิบัติหรือการลงโทษที่ทารุณโหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือหยามเกียรติมิได้” และบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนให้พ้นจากการกระทำทรมานฯ ข้อ 3²⁴ กำหนดว่า “จะต้องไม่มีประเทศใดยินยอมให้มี หรือเพิกเฉยต่อการกระทำทรมาน หรือการปฏิบัติหรือการลงโทษอื่นที่เป็นการทารุณ โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือลดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ แม้แต่กรณีที่เป็นพฤติการณ์พิเศษ²⁵

1.3.2 หลักประกันสิทธิที่จะไม่ถูกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

วัตถุประสงค์หลักคือเพื่อป้องกันปราบปรามพนักงานสอบสวนผู้ใช้อำนาจ มิให้กระทำต่อผู้ถูกล่ามโซ่โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะหากเป็นเช่นนั้นศาลจะลงโทษโดยการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ซึ่งจะส่งผลต่อพยานหลักฐานที่พนักงานสอบสวนได้รวบรวมไว้ ตามมาตรา 226 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา²⁶ ซึ่งหลักประกันสิทธิที่จะไม่ถูกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายนั้น ส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องเกี่ยวกับ

²⁰ คณิต ญ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8*, น. 15

²¹ ภัทรวิทย์ ออบสุวรรณ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 36

²² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 26

การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุและจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วยกฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง

²³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 28

บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายการจับและการคุมขังบุคคลจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติการค้นตัวบุคคลหรือการกระทำใดอันกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพในชีวิตหรือร่างกายจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติการทรมาน ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรมจะกระทำมิได้

²⁴ มาตรฐานองค์การสหประชาชาติว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางอาญา แปลโดย กิตติพงษ์ กิตติยารักษ์, ชาตี ชัยเดชสุริยะ, ณัฐวสา ฉัตรไพฑูริย์, , ผู้แปลและเรียบเรียง, จัดพิมพ์โดยมูลนิธิพัฒนากระบวนการยุติธรรม (โรงพิมพ์เดือนตุลา), น.

²⁵ *เพ็ญอ่าง*.

²⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 บัญญัติว่า

การใช้อำนาจโดยไม่ชอบของพนักงานสอบสวนในการจับ การค้น การยึด การขัง การปล่อยชั่วคราวโดยไม่มีหมายศาล หรือเหตุจำเป็นโดยที่ไม่ต้องขอหมายศาล หรือในเรื่องของการให้ถ้อยคำที่เกิดขึ้นโดยไม่ชอบ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 135 หรือการไม่แจ้งสิทธิให้เขาทราบถึงสิทธิที่จะมีทนายความคุ้มครองสิทธิ และมีบุคคลที่ไว้วางใจเข้าฟังการสอบปากคำ หรือสิทธิที่จะไม่พูด สิทธิที่จะได้รับการสอบสวนและการพิจารณาคดีด้วยความรวดเร็ว ต่อเนื่องและเป็นธรรม²⁷

1.4.3 หลักการดำเนินคดีที่เป็นธรรม (Rights to Fair Trial)

เป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญอย่างยิ่ง เพราะเป็นเครื่องมือสำคัญของรัฐ เพื่อป้องกันการใช้อำนาจตามอำเภอใจ (Abuse of Power) ของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจและเป็นหลักประกันว่าประชาชนจะได้รับการปฏิบัติ ด้วยกระบวนการทางกฎหมายที่ชัดเจน แน่นนอน คาดหมายได้ และเป็นธรรม ซึ่งหลักการดำเนินคดีที่เป็นธรรม (Rights to Fair Trial) ได้รวมเอาแนวความคิดเรื่องสิทธิผู้ถูกกล่าวหา (Rights of Accused) ไว้เป็นส่วนหนึ่งของหลักการด้วยและบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ในประเทศไทยแนวความคิดเรื่องสิทธิผู้ถูกกล่าวหา (Rights of Accused) และหลักนิติธรรม The Rule of Law ได้ถูกบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2560²⁸ โดยมีสาระสำคัญคือบุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้ (หลักการ The Rule of Law) ในคดีอาญา ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด (หลักการ Rights of Accused) ก่อนมี คำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้ (หลักการ Rights of Accused)²⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาบัญญัติรายละเอียดในการรับรองสิทธิของผู้ต้องหาไว้หลายมาตราโดยมีประเด็นที่ได้รับการคุ้มครอง เช่น ให้พนักงานสอบสวนรวบรวมหลักฐานทุกชนิดเพื่อจะรู้ตัวผู้กระทำความผิดและพิสูจน์ให้เห็นความผิดหรือความบริสุทธิ์ของผู้ต้องหา ผู้ต้องหาที่มีสิทธิได้รับการสอบสวนด้วยความรวดเร็ว ต่อเนื่อง และเป็นธรรม ผู้ต้องหาที่มีสิทธิให้ทนายความหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจเข้าฟังการสอบปากคำตนได้ พนักงานสอบสวนต้องให้โอกาสผู้ต้องหาที่จะแก้ข้อหาและที่จะแสดงข้อเท็จจริงอันเป็นประโยชน์แก่ตนได้ ห้ามมิให้พนักงานสอบสวนตักเตือน พุดให้ท้อใจหรือใช้กลอุบายอื่นเพื่อป้องกันมิให้บุคคลใดให้ถ้อยคำ ซึ่งอาจจะให้ด้วยความเต็มใจห้ามมิให้พนักงานสอบสวนทำหรือจัดให้ทำการใด ๆ ซึ่งเป็นการให้คำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง ทรมาน ใช้กำลังบังคับ หรือกระทำโดยมิชอบประการใด ๆ เพื่อจงใจให้เขาให้การอย่างใด ๆ ในเรื่องที่ต้องหา นั้น เป็นต้น ทั้งนี้หลักการเหล่านี้ถูกกำหนดขึ้นเพื่อจำกัดและสร้างขั้นตอนการใช้อำนาจรัฐให้มีหลักประกันที่ดีที่สุด ที่จะให้สิทธิแก่ผู้ถูกกล่าวหาอย่างเต็มที่ในการต่อสู้คดีเพื่อป้องกันการลงโทษทางอาญาผู้บริสุทธิ์³⁰

1.4.4 หลักพิจารณาคดีต่อหน้าจำเลย (Right to confront)

แนวคิดนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้จำเลยทราบว่าเขาถูกกล่าวหาอย่างไร และสามารถนำเสนอข้อเท็จจริงที่ถูกต้องหรือสามารถโต้แย้งได้ ซึ่งหากไม่ได้กระทำการดังกล่าวต่อหน้าจำเลยก็จะไม่สามารถชี้แจงจำเลยได้ตามหลัก Confrontation³¹ และการที่จำเลยเข้ามามีส่วนร่วมค้นหาความจริงในกระบวนการพิจารณานั้น ทำให้จำเลยมีสิทธิที่จะ

พยานวัตถุ พยานเอกสาร หรือพยานบุคคลซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ ให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้ แต่ต้องเป็นพยานชนิดที่มีได้เกิดขึ้นจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวงหรือโดยมิชอบประการอื่น และให้สืบตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นอันว่าด้วยการสืบพยาน

²⁷ ภทรวินัย ออบสุวรรณ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 72-74

²⁸ ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 134 ตอนที่ 40 ก, ลงวันที่ 6 เมษายน 2560

²⁹ น้ำแท้ มีบุญสร้าง, “หลักการพื้นฐานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา”, *วารสารธรรมศาสตร์* เล่มที่, ปีที่ 33 ฉบับที่ 3, น. 56 (2557)

³⁰ *เพ็ญอ้าง.*

³¹ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, *ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ฉบับอ้างอิง*, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), น. 330

ได้รับการพิจารณาดีที่เป็นธรรม (fair trial) ตามหลักการสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน³² และจากหลักการที่ว่าศาลต้องพิจารณาดีโดยฟังความทุกฝ่าย และต้องวินิจฉัยคดีอาญาเพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงตามเนื้อหาไม่ใช่รูปแบบ³³ ดังนั้นการที่มีพยานหลักฐานมาปรัปรำจำเลยจึงเป็นความจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องให้จำเลยซึ่งเป็นผู้ถูกกล่าวหาได้นำเสนอข้อเท็จจริงอีกด้านหนึ่งด้วย เพื่อการวินิจฉัยอย่างรอบด้านของศาล³⁴ หลักการพิจารณาต่อหน้าจำเลยนี้ถือเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับทั้งระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) และระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) เป็นหลักการสากลที่จำเลยจะได้ต่อสู้คดีและรับทราบข้อเท็จจริงที่ตนเองถูกปรัปรำ ซึ่งการอยู่ในห้องพิจารณาคดีนั้นนอกจากจะเป็นการตรวจสอบพยานฝ่ายโจทก์ในระบบกล่าวหาของคอมมอนลอว์แล้ว การอยู่ในกระบวนการพิจารณาทำให้สามารถนำเสนอข้อเท็จจริงบางอย่างต่อศาลเพื่อให้ศาลพิจารณาข้อมูลที่แตกต่างได้ และตอบคำถามต่างๆ ของศาลเพื่อให้เกิดความกระจ่างในเนื้อหาของคดีรวมถึงการรับฟังข้อต่อสู้ของจำเลยด้วย³⁵

2. การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้ถูกดำเนินคดีตามกฎหมายป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์

2.1 ความหมายและรูปแบบของการกระทำความผิดเกี่ยวกับความผิดฐานค้ามนุษย์

ความหมายหรือคำนิยามของการค้ามนุษย์ในพิธีสารเพื่อป้องกัน ปราบปราม และลงโทษผู้กระทำการค้ามนุษย์ โดยเฉพาะสตรีและเด็ก (Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children) ซึ่งเป็นเอกสารแนบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร (United Nations Convention against Transnational Organized Crime) หรือที่รู้จักกันโดยทั่วไปในชื่อ “Palermo Protocol” ตามกฎหมาย Trafficking Victims Protection และ “Palermo Protocol” ตามพิธีสารฯ ข้อ 3 ได้นิยามคำว่า “การค้ามนุษย์” ไว้ดังนี้ “การค้ามนุษย์ หมายถึง การจัดหา การขนส่ง การส่งต่อการจัดให้อยู่อาศัย หรือ การรับไว้ซึ่งบุคคลด้วยวิธีการขู่เข็ญ หรือด้วยการใช้กำลัง หรือด้วยการบีบบังคับในรูปแบบอื่นใด ด้วยการลักพาตัว ด้วยการฉ้อโกง ด้วยการหลอกลวง ด้วยการใช้อำนาจโดยมิชอบ หรือด้วยการใช้สถานะความเสี่ยงภัยจากการค้ามนุษย์โดยมิชอบ หรือมีการให้ หรือรับเงินหรือผลประโยชน์เพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมของบุคคลผู้มีอำนาจควบคุมบุคคลอื่น เพื่อความมุ่งประสงค์ในการแสวงประโยชน์ ซึ่งรวมถึงการแสวงประโยชน์จากการค้าประเวณีของบุคคลอื่น หรือ การแสวงประโยชน์ทางเพศในรูปแบบอื่น การบังคับใช้แรงงาน หรือบริการ การเอาคนลงเป็นทาสหรือการกระทำอื่นเสมือนการเอาคนลงเป็นทาส การทำให้ตกอยู่ใต้บังคับ หรือการตัดอวัยวะออกจากร่างกาย ให้อีกว่าการจัดหา การขนส่ง การส่งต่อ การจัดให้อยู่อาศัย หรือการรับไว้ซึ่งเด็ก เพื่อความมุ่งประสงค์ในการแสวงประโยชน์เป็นการค้ามนุษย์ แม้ว่าจะไม่มีการใช้วิธีการใดๆ ที่ระบุไว้³⁶ สำหรับความหมายของคำว่า “การค้ามนุษย์” ตามกฎหมายไทยนั้น พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 ซึ่งประกาศใช้ครั้งแรก มาตรา 6 ยังได้ให้ความหมายเกี่ยวกับการค้ามนุษย์ไว้ดังนี้ (1) เป็นธุรกิจจัดหา ซื้อ ขาย จำหน่าย พามาจากหรือส่งไปยังที่ใด หน่วงเหนี่ยวกักขัง จัดให้อยู่อาศัย หรือรับไว้ซึ่งบุคคลใด โดยข่มขู่ ใช้กำลังบังคับ ลักพาตัว ฉ้อฉลหลอกลวง ใช้อำนาจโดยมิชอบ หรือโดยให้เงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่นแก่ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลบุคคลนั้นเพื่อให้ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลให้ความยินยอมแก่ผู้กระทำความผิดในการแสวงหาประโยชน์จากบุคคลที่ตนดูแล หรือ (2) เป็นธุรกิจจัดหา ซื้อ ขาย จำหน่าย พามาจาก หรือส่งไปยังที่ใด หน่วงเหนี่ยวกักขังจัดให้อยู่อาศัย หรือรับไว้ซึ่งเด็กผู้นั้น

³² กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่ง (พลเมือง) และทางการเมือง ข้อ 14 สิทธิที่ได้รับการพิจารณาคดีต่อหน้า และสิทธิที่จะต่อสู้คดีได้ด้วยตนเองหรือผ่านทางผู้ช่วยเหลือทางกฎหมายที่ประสงค์ สิทธิที่จะตรวจสอบพยานหรือถามค้านพยานที่เป็นฝ่ายตรงข้าม หรือเป็นพยานฝ่ายตนที่ให้การเป็นประจักษ์กับตน

³³ คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น. 69

³⁴ ณรงค์ ไชยาญ, *การพิจารณาคดีต่อหน้าจำเลย : หลักและข้อยกเว้น*, นิติธรรมประจักษ์ สุรศักดิ์ 60 ปี, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2561), น.135

³⁵ See Edmund H. Schwenk, Comparative Study of the Law of Criminal Procedure in NATO Countries under the NATO Status of Forces Agreement, 35 North Carolina Law Review 1957:358-379

³⁶ ชำนาญ จันทร์เรือง, “ไทยกับการค้ามนุษย์”, สืบค้นเมื่อวันที่ 4 มกราคม 2558 จาก www.pub-law.net.

แรงงานหรือไม่ ให้พิจารณาตามนิยามของคำว่า “การบังคับใช้แรงงานหรือบริการ” ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551⁴³ ซึ่งสรุปได้ดังนี้ (1) การข่มขืนใจให้บุคคลอื่นทำงาน โดยการใช้วิธีการบีบบังคับต่างๆ เช่นการขู่ว่าจะทำร้ายหรือทำอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สินของบุคคลนั้นเองหรือผู้อื่น การขู่เชิญด้วยประการใดๆ การใช้กำลังประทุษร้าย หรือการทำให้บุคคลนั้นอยู่ใน ภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ (2) การบังคับด้วยวิธีใดๆ เพื่อการค้า หรือ (3) การอื่นใดที่คล้ายคลึงกันอันเป็นการขูดรีดบุคคล ได้แก่การเอาเปรียบอย่างไม่เป็นธรรม เช่น การทำให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งต้องอดทำงานเพื่อชดใช้หนี้ที่ไม่เป็นธรรม หรือที่ตนไม่รู้หรือไม่ได้รับแจ้งล่วงหน้า หรือที่เรียกว่า debt bondage หรือ debt work เป็นต้น⁴⁴ อนึ่ง มีข้อสังเกตว่ามีวลีคำว่า “ไม่ว่าบุคคลนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม” มาขยายในตอนท้ายของคำว่า “แสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ” ซึ่งมีความหมายว่า แม้จะปรากฏว่ามีบุคคลใดยินยอมหรือเต็มใจที่จะถูกพามาเพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งรูปแบบใดข้างต้น แต่หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า ความยินยอมดังกล่าวสืบเนื่องมาจากการถูกผู้ที่พามาใช้วิธีการต่างๆ ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 6 (1) เช่น ฉ้อฉล หลอกลวง ซึ่งหากผู้ที่พามาไม่ใช้วิธีการดังกล่าวบุคคลนั้นก็จะไม่ยินยอม กรณีนี้ ต้องถือว่าบุคคลนั้นเป็นผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์ด้วย โดยทั่วไปการค้ามนุษย์จะประกอบด้วยขั้นตอนหลักๆ 3 ขั้นตอน⁴⁵ คือ ขั้นตอนของการจัดหาเหยื่อหรือผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์ ขั้นตอนของการนำพาผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์ไปยังจุดหมายปลายทาง ซึ่งโดยส่วนใหญ่คือ สถานที่ที่เกิดการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ และขั้นตอนสุดท้าย คือ ขั้นตอนของการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบแต่สำหรับองค์ประกอบความผิดของมาตรา 6 (1) นี้ จะแตกต่างจากมาตรา 6 (2) กล่าวคือ ในกรณีที่เป็นการค้าต่อเด็ก การพิจารณาว่าจะเป็ความผิดฐานค้ามนุษย์หรือไม่ จะพิจารณาจากองค์ประกอบเพียง 2 ประการ กล่าวคือ องค์ประกอบในส่วนของการกระทำ และวัตถุประสงค์ของการกระทำคือ เพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบเท่านั้น⁴⁶ นอกจากนี้การกระทำความผิดฐานค้ามนุษย์เป็นการกระทำความผิดกฎหมายหลายบท ซึ่งผู้กระทำความผิด นอกจากจะต้องรับผิดตามพระราชบัญญัตินี้แล้วหากการกระทำนั้นเข้าองค์ประกอบความผิดทางอาญาตามกฎหมายอื่น เช่น ประมวลกฎหมายอาญา กฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี กฎหมายคนเข้าเมือง หรือกฎหมายแรงงานผู้กระทำก็ต้องรับผิดตามกฎหมายนั้นๆ ด้วย แต่ในการลงโทษผู้กระทำความผิด กฎหมายกำหนดให้ใช้กฎหมายบทที่มีโทษหนักที่สุดลงโทษแก่ผู้กระทำความผิด⁴⁷ การพิจารณาว่าบุคคลใดเป็นผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์หรือไม่นั้น ต้องพิจารณาว่าผู้นั้นถูกกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด ดังนี้⁴⁸ จัดหา ชื่อ ขาย ขายตัวลงเป็นทาส จำหน่าย พามาจาก ส่งไปยังที่ใด หน่วงเหนี่ยว กักขัง จัดให้อยู่อาศัย รับไว้ หรือถูกกระทำด้วยวิธีการอย่างหนึ่งอย่างใด ดังนี้⁴⁹ 1) ข่มขู่ 2) ใช้กำลังบังคับ 3) ลักพาตัว 4) ฉ้อฉล 5) หลอกลวง 6) ใช้อำนาจโดยมิชอบ เป็นต้น⁵⁰ 7) โดยให้เงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่นแก่ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลเพื่อให้ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลให้ความยินยอมแก่ผู้กระทำความผิดในการแสวงหาประโยชน์จากบุคคลที่ตนดูแล ถ้ากระทำต่อเด็ก แม้จะไม่ใช้วิธีการดังกล่าวข้างต้นและไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ให้ถือว่าเด็กนั้นเป็นผู้เสียหายหรือเหยื่อของการค้ามนุษย์ หรือถูกกระทำโดยมีวัตถุประสงค์

⁴³ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 มาตรา 4

“การบังคับใช้แรงงานหรือบริการ” หมายความว่า การข่มขืนใจให้ทำงานหรือให้บริการโดยทำให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สินของบุคคลนั้นเองหรือของผู้อื่น โดยขู่เชิญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย หรือโดยทำให้บุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้

⁴⁴ สำนักพัฒนาและสนับสนุนคดีพิเศษ กรมสอบสวนคดีพิเศษ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 15

⁴⁵ คู่มือสำหรับเจ้าหน้าที่ในการป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ 2555, น. 3-5

⁴⁶ สำนักพัฒนาและสนับสนุนคดีพิเศษ กรมสอบสวนคดีพิเศษ, *อ้าวแล้วเชิงอรรถที่ 2*, น. 16

⁴⁷ *เพ็งอ้อ*.

⁴⁸ คู่มือสำหรับเจ้าหน้าที่ในการป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 68*.

⁴⁹ *เพ็งอ้อ*.

⁵⁰ *เพ็งอ้อ*.

เพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ ดังนี้⁵¹ การแสวงหาประโยชน์จากการค้าประเวณี การผลิตหรือเผยแพร่วัตถุหรือสื่อ การแสวงหาประโยชน์ทางเพศในรูปแบบอื่น เอาคนลงเป็นทาส การนำคนมาขอทาน การบังคับใช้แรงงานหรือบริการ การบังคับตัวอวัยวะเพื่อการค้า การอื่นใดที่คล้ายคลึงกันอันเป็นการชู้ตริบุคคล⁵²

2.2 ลักษณะกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ของประเทศไทย

พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ถือเป็นกฎหมายแม่บทว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายอื่นๆหลายฉบับทั้งกฎหมายสารบัญญัติ และกฎหมายวิธีสบัญญัติ ซึ่งลักษณะสำคัญคือ⁵³ ในระดับนโยบายและระดับประสานงานและกำกับดูแล มีคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ (ปคม.)⁵⁴ มีอำนาจหน้าที่ในการสั่งการและกำกับดูแลการดำเนินงานของคณะกรรมการประสานงานและกำกับกำกับการดำเนินงานป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ (ปกค.) และยังมีอำนาจหน้าที่สำคัญ ในการเสนอความเห็นต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อกำหนดนโยบาย ยุทธศาสตร์และมาตรการในการป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ รวมทั้งมาตรการในสถานประกอบกิจการ โรงงาน และยานพาหนะด้วย⁵⁵ ในส่วนของอำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ที่กำหนดให้พนักงานฝ่ายปกครองและตำรวจชั้นผู้ใหญ่และบุคคลที่รัฐมนตรีแต่งตั้ง เป็นพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา และเพื่อเป็นการส่งเสริมการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานให้มีประสิทธิภาพจึงได้กำหนดมาตรการที่สำคัญต่างๆ ไว้หลายประการ เช่นอำนาจในการเรียกให้บุคคลมาให้ถ้อยคำหรือส่งเอกสารพยานหลักฐาน การตรวจค้นตัวบุคคล ยานพาหนะ การเข้าไปในเคหสถานหรือสถานที่ใดๆ ที่มีเหตุอันควรสงสัยตามสมควร รวมทั้งอำนาจในการป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ตามที่กฎหมายกำหนดนอกจากนั้น นายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรียังมีอำนาจออกประกาศกำหนดมาตรการป้องกันและบังคับใช้กฎหมายปราบปรามการค้ามนุษย์ในสถานประกอบกิจการโรงงาน และยานพาหนะ โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา รวมไปถึงอำนาจสั่งอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

- (1) ปิดสถานประกอบกิจการหรือโรงงานชั่วคราว
- (2) พักใช้ใบอนุญาตประกอบการสำหรับการประกอบธุรกิจหรือโรงงาน
- (3) ห้ามใช้ยานพาหนะเป็นการชั่วคราวและ
- (4) ดำเนินมาตรการที่จำเป็นเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำผิดเกิดขึ้นอีก

ทั้งนี้ ได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการใช้อำนาจสั่งดังกล่าวไว้ด้วยแล้ว⁵⁶ ในส่วนของการช่วยเหลือและคุ้มครองสวัสดิภาพผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์ มีการกำหนดมาตรการให้ความช่วยเหลือและคุ้มครองสวัสดิภาพผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์ไว้หลายประการ เช่น การให้กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์พิจารณาให้ความช่วยเหลือผู้เสียหายจากการกระทำความผิดฐานค้ามนุษย์ ในเรื่องอาหาร ที่พักการรักษาพยาบาล การบำบัด

⁵¹ เฟิงอ้าง.

⁵² เฟิงอ้าง.

⁵³ เฟิงอ้าง.

⁵⁴ ปคม. ประกอบด้วย นายกรัฐมนตรีเป็นประธานกรรมการ รองนายกรัฐมนตรี ซึ่งเป็น ประธานคณะกรรมการประสานงานและกำกับการดำเนินงานป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ (ประธานคณะกรรมการ ปกค.) เป็นรองประธานรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม รัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงาน และผู้ทรงคุณวุฒิจำนวนสี่คน ซึ่งนายกรัฐมนตรีแต่งตั้งจากผู้เชี่ยวชาญและมีประสบการณ์โดดเด่นเป็นที่ประจักษ์ด้านการป้องกัน การปราบปราม การบำบัดฟื้นฟู และการประสานงานระหว่างประเทศเกี่ยวกับการค้ามนุษย์ไม่น้อยกว่าเจ็ดปี ด้านละหนึ่งคน (ต้องเป็นภาคเอกชนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่ง) และมีปลัดกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์เป็นเลขานุการ

⁵⁵ การกำหนดให้สถานประกอบกิจการโรงงาน และยานพาหนะใดๆ ต้องอยู่ภายใต้บังคับของมาตรการด้วยนั้นตามหลักการของพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558

⁵⁶ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 มาตรา 27-32

ฟื้นฟูร่างกายและจิตใจ การให้การศึกษา การฝึกอบรม การส่งกลับไปยังประเทศเดิมหรือภูมิลำเนาของผู้นั้นและต้องรับฟังความคิดเห็นของผู้เสียหายก่อนด้วย รวมทั้งกำหนดให้พนักงานสอบสวน หรือพนักงานอัยการแจ้งให้ผู้เสียหายทราบในโอกาสแรกถึงสิทธิที่จะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนอันเนื่องมาจากการกระทำความผิดฐานค้ามนุษย์ และสิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมาย เป็นต้น รวมทั้งห้ามมิให้พนักงานสอบสวนดำเนินคดีกับผู้เสียหาย ความผิดฐานเข้ามา ออกไปหรืออยู่ในราชอาณาจักร โดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง ความผิดฐานแจ้งความเท็จต่อเจ้าพนักงานฐานปลอมหรือใช้ซึ่งหนังสือเดินทางปลอมตามประมวลกฎหมายอาญาความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณีและการเข้าไปมีวสุมในสถานการค้าประเวณีเพื่อค้าประเวณี หรือความผิดฐานเป็นคนต่างด้าวทำงานโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม⁵⁷

ในส่วนของการกำหนดโทษสำหรับความผิดฐานค้ามนุษย์นั้น นอกจากผู้ลงมือกระทำความผิดและผู้เตรียมเพื่อกระทำความผิดแล้ว ยังกำหนดโทษสำหรับผู้สนับสนุนการกระทำผิดโดยให้ทรัพย์สิน จัดหาที่ประชุม หรือที่พำนักให้แก่ผู้กระทำความผิด ช่วยเหลือด้วยประการใดเพื่อให้ผู้กระทำความผิดพ้นจากการจับกุม เรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดจากผู้กระทำความผิดเพื่อมิให้ผู้กระทำความผิดถูกลงโทษ ชักชวน ชี้แนะหรือติดต่อบุคคลให้เข้าเป็นสมาชิกขององค์กรอาชญากรรมเพื่อประโยชน์ในการกระทำความผิดและยังกำหนดโทษหนักขึ้นสำหรับผู้กระทำความผิดที่เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา สมาชิกสภาท้องถิ่น ผู้บริหารท้องถิ่น ข้าราชการ พนักงานองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พนักงานองค์การหรือหน่วยงานของรัฐ กรรมการหรือผู้บริหารหรือพนักงานรัฐวิสาหกิจเจ้าพนักงานหรือกรรมการองค์กรต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญ กรรมการ อนุกรรมการ สมาชิกของคณะทำงานและพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ รวมทั้งกำหนดให้ความผิดฐานค้ามนุษย์เป็นความผิดมูลฐานตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ด้วย และนอกจากนั้น พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 พ.ศ. 2562 ยังได้เพิ่มโทษในความผิดฐานค้ามนุษย์ โดยเพิ่มบทลงโทษให้ประหารชีวิตผู้กระทำความผิดฐานค้ามนุษย์ กรณีทำให้ผู้เสียหายถึงแก่ความตาย⁵⁸ โดยเทียบเคียงกับความผิดฐานฆ่าคนตาย หรือความผิดร้ายแรงอื่นๆ⁵⁹

⁵⁷ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551

มาตรา 33 ให้กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์พิจารณาให้ความช่วยเหลือแก่บุคคลซึ่งเป็นผู้เสียหายจากการกระทำความผิดฐานค้ามนุษย์อย่างเหมาะสมในเรื่องอาหาร ที่พักการรักษาพยาบาล การบำบัดฟื้นฟูร่างกายและจิตใจ การให้การศึกษา การฝึกอบรม การให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย การส่งกลับไปยังประเทศเดิมหรือภูมิลำเนาของผู้นั้น การดำเนินคดีเพื่อเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนให้ผู้เสียหายตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนด โดยให้คำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และความแตกต่างทางเพศ อายุ สัญชาติ เชื้อชาติ ประเพณีวัฒนธรรมของผู้เสียหาย การแจ้งสิทธิของผู้เสียหายที่พึงได้รับการคุ้มครองในแต่ละขั้นตอนทั้งก่อน ระหว่าง และหลังการช่วยเหลือ ตลอดจนขอบเขตระยะเวลาในการดำเนินการช่วยเหลือในแต่ละขั้นตอน และต้องรับฟังความคิดเห็นของผู้เสียหายก่อนด้วย

การให้ความช่วยเหลือตามวรรคหนึ่ง อาจจัดให้บุคคลซึ่งเป็นผู้เสียหายได้รับการดูแลในสถานแรกรับตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี สถานแรกรับตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก หรือสถานสงเคราะห์อื่นของรัฐหรือเอกชนก็ได้

มาตรา 34 เพื่อประโยชน์ในการช่วยเหลือผู้เสียหาย ให้พนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการแจ้งให้ผู้เสียหายทราบในโอกาสแรกถึงสิทธิที่จะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนอันเนื่องมาจากการกระทำความผิดฐานค้ามนุษย์ และสิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมาย

⁵⁸ พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 พ.ศ. 2562

มาตรา 52/1 ผู้ใดกระทำความผิดตามมาตรา 6/1 ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือน ถึงสี่ปี หรือปรับตั้งแต่ห้าหมื่นบาทถึงสี่แสนบาทต่อผู้เสียหายหนึ่งคน หรือทั้งจำทั้งปรับ ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำได้รับอันตรายสาหัสหรือ เป็นโรคร้ายแรงซึ่งอาจเป็นอันตรายต่อชีวิต ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่แปดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปด

2.3 การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้ถูกดำเนินคดีตามกฎหมายป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์

2.3.1 หลักประกันสิทธิที่จะไม่ถูกกระทำในลักษณะประจานในคดีค้ามนุษย์

วัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติดังกล่าวมุ่งคุ้มครองผู้เสียหายในคดีเป็นหลักโดยไม่ได้กล่าวถึงหลักประกันสิทธิของผู้ถูกดำเนินคดีในคดีค้ามนุษย์ที่จะไม่ถูกกระทำในลักษณะประจานนอกเหนือจากที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแต่อย่างใด แต่เนื่องจากในคดีค้ามนุษย์นั้นมักจะเป็นคดีที่ได้รับความสนใจในการนำเสนอข่าวต่อสาธารณชน ซึ่งอาจจะกระทบต่อสิทธิของผู้ถูกดำเนินคดีที่จะไม่ถูกกระทำในลักษณะประจานได้ เช่น การให้ข่าวในคดีค้ามนุษย์ แม้ว่าการให้ข่าวในคดีอาญาโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐในกระบวนการยุติธรรมจะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยหลักการประชาธิปไตยและเป็นการตอบสนองต่อสิทธิของสาธารณชนที่จะรับรู้ข่าวสารแต่การตอบสนองสิทธิดังกล่าวขัดต่อสิทธิของผู้ถูกดำเนินคดีและกระทบต่อกระบวนการยุติธรรมโดยส่วนรวมได้ เช่นการนำตัวผู้ต้องหาไปทำแผนประกอบคำรับสารภาพโดยมีการเผยแพร่ภาพทางสื่อมวลชน หรือการที่เจ้าพนักงานตำรวจจับผู้ต้องหาได้และให้สัมภาษณ์สื่อมวลชนเกี่ยวกับการกระทำความผิดของผู้ต้องหาโดยความผิดในลักษณะยืนยันความผิดของผู้ต้องหาด้วยความมีอคติ ซึ่งการกระทำในลักษณะดังกล่าวส่งผลกระทบต่อผู้เกี่ยวข้องในคดีอาญาหลายฝ่าย ไม่ว่าจะเป็นผู้ต้องหา พนักงานอัยการ และศาลเพราะข่าวที่เผยแพร่ออกมาย่อมเข้าสู่การรับรู้ของประชาชนและสามัญสำนึกของผู้อ่านข่าวย่อมคิดว่าเป็นจริงดังที่ข่าวปรากฏ และเชื่อว่าผู้ต้องหานั้นเป็นผู้กระทำความผิดจริง และต่อมามีพนักงานอัยการมีคำสั่งฟ้องคดีหรือศาลยกฟ้องคดีนั้น ย่อมก่อให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์และส่งต่อความเชื่อมั่นในกระบวนการยุติธรรมของประชาชนโดยทั่วไป⁶⁰ และเป็นการขัดกับหลักประกันสิทธิเสรีภาพของผู้ถูกดำเนินคดีที่จะไม่ถูกกระทำในลักษณะประจานและการสันนิษฐานว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์เกินกว่าศาลจะมีคำพิพากษาและระหว่างนั้นจะปฏิบัติเหมือนดังผู้ถูกดำเนินคดีนั้นเป็นผู้กระทำความผิดไม่ได้

2.3.2 หลักประกันสิทธิที่จะไม่ถูกกระทำด้วยการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในคดีค้ามนุษย์

ส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการใช้อำนาจโดยไม่ชอบของเจ้าพนักงานสอบสวนในการจับ การค้น การยึด การขัง การปล่อยชั่วคราวโดยไม่มีหมายศาลหรือเหตุจำเป็นโดยที่ไม่ต้องขออนุญาต หรือในเรื่องของการให้ถ้อยคำที่เกิดขึ้นโดยไม่ชอบ หรือการไม่แจ้งสิทธิให้เขาทราบถึงสิทธิ ที่จะมีความคุ้มครองสิทธิ ซึ่งในคดีค้ามนุษย์โดยพิจารณาจากพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีค้ามนุษย์ พ.ศ. 2559 ได้บัญญัติเกี่ยวกับสิทธิดังกล่าวไว้ กล่าวคือ การใช้มาตรการพิเศษตามกฎหมาย เช่น การค้นโดยไม่มีหมาย การเข้าถึงข้อมูลการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ (การดักฟัง) และการแฝงตัว ซึ่งในคดีค้ามนุษย์นั้นยังไม่ได้มีการใช้มาตรการพิเศษดังกล่าวดังเช่นในคดียาเสพติด ที่อาจจะทำให้เป็นการละเมิดการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกดำเนินคดีได้⁶¹ การค้นโดยไม่มีหมาย ซึ่งเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักการประกันสิทธิที่จะไม่ถูกกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นมีมาตรการที่ให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่กรมสอบสวนคดีพิเศษตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 ซึ่งเจ้าหน้าที่มีบัตรพนักงานเจ้าหน้าที่และต้องแสดงบัตรก่อนการปฏิบัติตามขั้นตอน เมื่อค้นแล้วก็ให้รายงานเหตุในการค้นต่อศาล ศาลก็จะใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 ดำเนินการเกี่ยวกับผู้ต้องหา เช่น การปล่อยชั่วคราว การคัดค้านการประกันตัว กรณีที่ผู้ต้องหาต่างชาติ หากปล่อยตัวแล้วก็มักจะมีปัญหาการหลบหนี แต่การคัดค้านการประกันตัวก็ต้องมีเหตุผลชัดเจน เช่นไม่มีพฤติการณ์หลบหนี หรือไม่ไปเกี่ยวข้องกับพยานหลักฐาน ก็ต้องอนุญาตให้ประกันตัว ซึ่งเป็นหลักการที่ชอบ

แสบนบาทถึงสองล้านบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำถึงแก่ความตายต้องระวางโทษ จำคุกตลอดชีวิต หรือประหารชีวิต

⁵⁹ บันทึกความเห็นและข้อเสนอแนะ กม.คปก.(ก) ที่ 31/2558 คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย เรื่อง พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551

⁶⁰ มานพ เนตรภู, “สิทธิและสถานะของผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญาที่จะไม่ถูกกระทำในลักษณะประจาน”, เอกสารวิชาการหลักสูตร ผู้พิพากษาศาลชั้นต้น รุ่นที่ 2, สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการ, 2547, น.4

⁶¹ สำนักพัฒนาและสนับสนุนคดีพิเศษ กรมสอบสวนคดีพิเศษ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 122.

ด้วยกฎหมายแต่ ในปัจจุบันมีความพยายามให้ศาลสามารถใช้มาตรการต่อเนื่องเพื่อป้องกันการหลบหนีอย่างมีประสิทธิภาพ เช่นการยึดหนังสือเดินทาง (Passport) ของผู้ต้องหาเพื่อประวิงเวลา กับการส่งข้อมูลให้สำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินพร้อมทั้งส่งข้อมูลไปศูนย์ต่อต้านการค้ำมนุษย์ เพื่อให้มีการยึดทรัพย์ผู้ถูกกล่าวหา เพราะเมื่อผู้ต้องหาถูกยึดทรัพย์แล้วจะไม่ทำการหลบหนี⁶²

2.3.3 หลักการดำเนินคดีที่เป็นธรรม (Rights to Fair Trial) ในคดีค้ำมนุษย์

ในคดีค้ำมนุษย์ที่รัฐให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพแก่ประชาชนในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม ได้โดยง่าย สะดวก รวดเร็ว และทั่วถึง สิทธิพื้นฐานในกระบวนการพิจารณา ต้องมีหลักประกันขั้นพื้นฐานเรื่องการได้รับการพิจารณาโดยเปิดเผย การได้รับทราบข้อเท็จจริงและตรวจเอกสารอย่างเพียงพอ การเสนอข้อเท็จจริง ข้อโต้แย้ง และพยานหลักฐานของตน การคัดค้าน ผู้พิพากษาหรือตุลาการ การได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาที่นิ่งพิจารณาคดีครบองค์คณะ และการได้รับทราบเหตุผลประกอบคำวินิจฉัย คำพิพากษา หรือคำสั่ง บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะให้คดีของตนได้รับการพิจารณา สิทธิในการได้รับการสอบสวนอย่างถูกต้อง รวดเร็ว และเป็นธรรม ผู้เสียหาย ผู้ต้องหา โจทก์ จำเลย คู่กรณี ผู้มีส่วนได้เสีย หรือพยานในคดีมีสิทธิได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมในการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรม และการไม่ให้ถ้อยคำเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง⁶³ ในคดีค้ำมนุษย์นั้นได้กำหนดให้ ศาลนาระบบการพิจารณาคดีโดยใช้ระบบไต่สวนมาใช้ โดยศาลมีอำนาจในการถามพยานเองได้จึงไม่ต้องใช้วิธีการถามค้าน (Cross-examination)⁶⁴ ในการพิจารณาคดี ซึ่งการถามค้านเป็นหลักการสำคัญที่ทำให้ผู้ถูกดำเนินคดีสามารถต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่มาใช้แต่ใช้การขออนุญาตศาลถามเพิ่มเติมซึ่งขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาลว่าจะอนุญาตให้ทำการถามเพิ่มเติมได้หรือไม่ กรณีดังกล่าวอาจทำให้ผู้ถูกดำเนินคดีไม่สามารถต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ตามหลักการดำเนินคดีที่เป็นธรรม

2.3.4 หลักการค้นหาความจริงโดยผู้พิพากษาในคดีค้ำมนุษย์

ระบบการพิจารณาคดีค้ำมนุษย์นั้น กฎหมายให้ใช้ระบบไต่สวน (Inquisitorial)⁶⁵ ซึ่งมีลักษณะพิเศษที่เน้นหลักการค้นหาความจริงโดยผู้ไต่สวนหรือศาล ศาลจึงมีบทบาทในการค้นหาความจริงเป็นหลัก การจัดวางบทบาทอำนาจหน้าที่ของฝ่ายอื่นที่เกี่ยวข้อง จึงเป็นลักษณะของการช่วยศาลค้นหาความจริง การแพ้ชนะทางคดีจึงไม่ใช่ขึ้นอยู่กับเทคนิควิธีทางการพิจารณาคดี⁶⁶

คดีค้ำมนุษย์กฎหมายได้บัญญัติว่า การพิจารณาให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีค้ำมนุษย์ พ.ศ. 2559 และข้อบังคับของประธานศาลฎีกา ซึ่งตามมาตรา 7 ได้ให้อำนาจประธานศาลฎีกาโดยความเห็นชอบของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา มีอำนาจออกข้อบังคับ เพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย หรือเพื่อให้การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลเป็นไปด้วยความสะดวก รวดเร็ว และเป็นธรรม⁶⁷ ซึ่งในกรณีที่ไม่มีข้อบังคับดังกล่าว กฎหมายบัญญัติให้นำกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับวิธีพิจารณาความอาญา มาใช้ กล่าวคือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หรือกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลแขวงและวิธีพิจารณาความอาญาในศาลแขวงมาใช้บังคับ และการใช้บังคับนั้นได้เฉพาะเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีค้ำมนุษย์เท่านั้น ดังนั้น การใช้กฎหมายสำหรับการพิจารณาคดีค้ำมนุษย์ ต้องเป็นไปตามลำดับดังกล่าว คือ ใช้บทบัญญัติตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีค้ำมนุษย์ พ.ศ. 2559 และข้อบังคับของประธานศาลฎีกาเป็นหลัก⁶⁸ หากจะพิจารณาจุดหลักหรือ

⁶² เฟิ่งอ๋าง.

⁶³ น้ำแท้ มีบุญสล้าง, อ่างแล้ว เซิงอรรถที่ 29, น.63.

⁶⁴ อุทัย อาทิเวช, “ระบบการดำเนินคดีอาญา:ระบบกล่าวหาและระบบไต่สวน”, เอกสารการสอนหน่วยที่ 2 ชุดวิชา 41717 กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และพยานชั้นสูง , หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 20

⁶⁵ Apichai Thongprasom, “Adversarial” or “Inquisitorial” which one should be appropriate for criminal justice system?,วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพะเยา, ปีที่ 2 ฉบับที่ 1 พฤศจิกายน 2559-เมษายน 2560,น. 38

⁶⁶ สุพิศ ประณีตพลกรัง, กฎหมายวิธีพิจารณาคดีค้ำมนุษย์, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม), 2559, น. 13

⁶⁷ เฟิ่งอ๋าง.

⁶⁸ เฟิ่งอ๋าง.

จุดสำคัญของการพิจารณาคดีค้ำมนุษย์นั้น เนื่องจากเป็นคดีที่มีผลกระทบต่างๆ ในวงกว้าง และความเสียหายก็มีการแผ่ขยายมากขึ้นตลอดเวลา ดังนั้น กฎหมายจึงบัญญัติเกี่ยวกับจุดสำคัญของวิธีพิจารณาคดีค้ำมนุษย์ให้ต้องดำเนินไปด้วยความรวดเร็ว เพื่อให้ทันการต่อสภาพปัญหาต่างๆ ซึ่งจะเห็นได้จากรายละเอียดเงื่อนไขขอขบวนคดีอื่นๆ ที่ติดตามมาว่า พยายามที่จะทำให้การพิจารณาคดีเป็นไปด้วยความสะดวก มีความยืดหยุ่นในทางวิธีพิจารณาความไม่ให้เกิดข้อจำกัดขัดขวางทางด้านเทคนิค วิธีการ เหมือนกรณีคดีทั่วไป⁶⁹ ข้อพิจารณาเกี่ยวกับระบบไต่สวนซึ่งเป็นระบบที่ศาลมีบทบาทเชิงรุกในการสืบสวนค้นหาความจริง ซึ่งตรงข้ามกับระบบกล่าวหา ซึ่งศาลทำหน้าที่เพียงการเป็นกรรมการกลาง (impartial referee) ระหว่างฝ่ายที่ฟ้องร้องกับจำเลย และในระบบกล่าวหาผู้พิพากษาจะเน้นหนักให้ความสนใจเกี่ยวกับกฎหมายและวิธีพิจารณาความ ไม่ได้เป็นฝ่ายเริ่มต้นสอบถามพยาน การถามพยานในระหว่างพิจารณาจะมีน้อยมาก ในขณะที่ระบบไต่สวน ผู้พิพากษาจะทำหน้าที่เป็นผู้ไต่สวนค้นหาความจริงโดยการสอบถามจำเลย พนักงานอัยการ และพยาน ตลอดจนสามารถเรียกพยานหลักฐานมาสืบเองได้ หากพบว่าพยานหลักฐานที่เสนอโดยฝ่ายผู้ฟ้อง ฝ่ายจำเลยนั้นไม่เพียงพอ การถามพยานโดยทนายจำเลยหรือโดยฝ่ายโจทก์จะกระทำได้อย่างจำกัด โดยได้รับอนุญาตจากศาลก่อน ดังนั้น ศาลจึงเป็นผู้มีบทบาทหลักในการค้นหาความจริง ผลของคดีจึงไม่อาจออกไปในรูปการที่ว่าพยานหลักฐานของฝ่ายใดไม่พอรับฟังได้ กล่าวคือ ตำนานการสืบพยานของคู่ความไม่ได้ ออกผลในทางพิพากษาว่าพยานหลักฐานไม่เพียงพอไม่ได้ เพราะเป็นหน้าที่ที่ศาลต้องค้นหาความจริงมาให้ได้ ผลของคดีจึงมีเพียงว่าพยานหลักฐานต่างๆ ที่ศาลไต่สวนค้นหาความจริงนั้นพบว่า จำเลยผิดหรือไม่ผิด รูปแบบของวิธีพิจารณาแบบไต่สวนดังกล่าว⁷⁰

2.3.5 หลักการใช้สำนวนการสอบสวนเป็นแนวทางในการพิจารณาคดี

พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีค้ำมนุษย์ พ.ศ. 2559 โดยปกติแล้วในการพิจารณาคดี สำนวนการสอบสวนนั้นอยู่ในฐานะเป็นเพียงพยานหลักฐานหนึ่งของฝ่ายพนักงานอัยการโจทก์ ซึ่งโจทก์จะส่งเป็นพยานหลักฐานในคดีทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้ เป็นสิทธิของโจทก์ที่จะพิจารณาว่าจะอ้างส่งเป็นพยานหลักฐานหรือไม่ แต่กรณีของคดีค้ำมนุษย์ พระราชบัญญัติคดีค้ำมนุษย์ พ.ศ. 2559 มาตรา 26 บัญญัติให้พนักงานอัยการโจทก์ต้องส่งสำนวนการสอบสวนพร้อมสำเนาต่อศาลก่อนวันตรวจพยานหลักฐานหรือวันสืบพยาน ในกรณีที่ไม่มีสำนวนการสอบสวนพยานหลักฐานไม่น้อยกว่า 7 วัน สำนวนการสอบสวนเป็นพยานหลักฐานสำคัญ ดังที่ มาตรา 28 บัญญัติรองรับไว้ว่า ให้ศาลนำสำนวนการสอบสวนของโจทก์มาเป็นแนวทางในการพิจารณา ซึ่งเป็นแนวทางการพิจารณาในระบบไต่สวน คือ เป็นการตรวจสอบ ทบทวน พยานหลักฐานต่างๆ ที่มีเพื่อค้นหาความจริงว่า ข้อเท็จจริงในคดีเป็นอย่างไร พยานหลักฐานที่เป็นจุดเริ่มต้นและเป็นสิ่งที่รวบรวมพยานหลักฐานทั้งหมดในคดีก็คือ สำนวนการสอบสวน จึงต้องมีการใช้สำนวนการสอบสวนเป็นแนวทางในการพิจารณา หลังจากนั้นจึงเป็นการสืบพยานเพิ่มเติมเพื่อหาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานได้ตามที่เห็นสมควร เมื่อสำนวนการสอบสวนในคดีค้ำมนุษย์มีความสำคัญในฐานะถือเป็นหลักหรือเป็นแนวทางในการพิจารณาคดี การจัดทำสำนวนการสอบสวนจึงเป็นเรื่องที่สำคัญแตกต่างไปจากกรณีคดีทั่วไป กล่าวคือ ไม่ใช่เป็นการรวบรวมพยานหลักฐานเพียงเพื่อให้มีมูลฟ้องร้องเท่านั้น แต่ต้องถึงขั้นที่มีความหนักแน่นมั่นคงทางพยานหลักฐานถึงขนาดพิพากษาลงโทษได้ ซึ่งพนักงานอัยการต้องตรวจสอบให้เป็นไปตามแนวทางดังกล่าว หากบกพร่องก็ต้องส่งสอบสวนเพิ่มเติม หรือหาพยานหลักฐานอื่นมาสนับสนุน⁷¹ ซึ่งหลักการดังกล่าวเป็นหลักการคุ้มครองผู้ถูกดำเนินคดีค้ำมนุษย์อย่างหนึ่ง ซึ่งหลักการดังกล่าวถือว่าเป็นหลักประกันในการคุ้มครองผู้ถูกดำเนินคดีโดยพนักงานสอบสวนจะต้องรวบรวมพยานหลักฐานจนปราศจากข้อสงสัยว่าผู้ถูกดำเนินคดีเป็นผู้กระทำความผิดจริง

2.3.6 หลักพิจารณาคดีลับหลังจำเลยในคดีค้ำมนุษย์

การพิจารณาคดีต่อหน้าจำเลยเป็นหลักประกันสิทธิซึ่งมีความสำคัญเพราะทำให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยได้มีโอกาสโต้แย้งกับหลักฐานต่างๆ ที่นำเสนอต่อศาลว่าตนได้กระทำผิด แต่บางครั้งหลักการดังกล่าวทำให้เกิดอุปสรรค

⁶⁹ เฟิ่งอ้ออัง.

⁷⁰ เฟิ่งอ้ออัง.

⁷¹ สุพิศ ประณีตพลกรัง, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 93, น.42

ต่อการดำเนินคดีเพราะทำให้เกิดความล่าช้า ดังนั้นกฎหมายจึงเปิดโอกาสให้ศาลพิจารณาคดีลับหลังจำเลยได้ ซึ่งถือเป็นข้อยกเว้นให้ศาลดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญาไปโดยไม่มีจำเลยในห้องพิจารณา⁷² ดังเช่นในคดีค้ำมนุษย์ได้กำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาคดีลับหลังจำเลยตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีค้ำมนุษย์ พ.ศ. 2559 โดยมีหลักเกณฑ์ตามมาตรา 33 วรรคสอง⁷³ ซึ่งเหตุผลในเรื่องนี้เนื่องจากเปิดโอกาสให้จำเลยที่เจ็บป่วยไม่สะดวกที่จะมาฟังการพิจารณา หรือมีเหตุจำเป็นที่ไม่อาจมาศาลได้เนื่องจากเหตุที่ไม่อาจก้าวล่วง และมีนายความที่จะต่อสู้คดีแทน นอกจากนี้ จำเลยต้องขออนุญาตศาลก่อนที่จะไม่มาศาล จึงจะสืบพยานหลักฐานลับหลังจำเลยได้ ซึ่งสอดคล้องกับหลักสละสิทธิของจำเลยที่จะไม่มาฟังการพิจารณา แต่มีเหตุที่เพิ่มมาคือ เหตุจำเป็นอื่นที่ไม่อาจก้าวล่วงเสียได้ ซึ่งถือเป็นเหตุขัดข้องของจำเลยเอง จึงควรมีข้อจำกัดในเรื่องดังกล่าวเพราะจะทำให้จำเลยเสียสิทธิในการต่อสู้คดี เพราะเรื่องเล็กน้อย⁷⁴ กรณีจำเลยเป็นนิติบุคคลและศาลได้ออกหมายจับผู้จัดการหรือผู้แทนของนิติบุคคลนั้นแล้ว แต่ยังไม่จับตัวมาได้ เหตุผลในการสืบพยานลับหลังจำเลยนี้เป็นกรณีที่ผู้แทนนิติบุคคลที่จะต้องมาฟังการพิจารณาคดีในนามนิติบุคคลได้หลบหนีไป จึงทำให้ไม่มีผู้แทนจำเลยมาฟังการพิจารณา ทำให้สืบพยานไม่ได้ จึงให้ศาลสามารถสืบพยานลับหลังจำเลยได้ ทั้งนี้หากจะรอให้มีการแต่งตั้งผู้แทนใหม่ก็จะเกิดปัญหาตามมาเรื่องอำนาจในการแต่งตั้งผู้แทนอื่นมาแทนนิติบุคคลเพราะผู้แทนนิติบุคคลหลบหนีไปแล้ว เหตุสืบพยานโดยไม่มีผู้แทนนิติบุคคลมาฟังนี้เป็นเหตุที่ทำให้นิติบุคคลเสียเปรียบในการต่อสู้คดีผ่านทางผู้แทน การเปิดโอกาสให้สืบลับหลังเช่นนี้ น่าจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่นิติบุคคลและส่งผลกระทบต่อส่วนในนิติบุคคลนั้นที่จะถูกบังคับโทษจากทรัพย์สินของผู้เป็นหุ้นส่วน⁷⁵ กรณีจำเลยอยู่ในอำนาจศาลแล้วแต่ได้หลบหนีไปและศาลได้ออกหมายจับแล้ว แต่ยังไม่จับตัวมาได้ ถือว่าเป็นเรื่องที่กระทบสิทธิของจำเลยในการต่อสู้คดี ในขณะที่เดียวกันก็เป็นช่องว่างที่จะทำให้จำเลยได้ประโยชน์จากการหลบหนี และคดีค้างพิจารณาก่อให้เกิดผลกระทบต่อสังคมส่วนรวม กรณีในระหว่างพิจารณาหรือสืบพยาน ศาลมีคำสั่งให้จำเลยออกจากห้องพิจารณาเพราะเหตุขัดข้องการพิจารณาเป็นเหตุเดียวกับมาตรา 180 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่เหตุที่ว่าจำเลยออกไปนอกห้องพิจารณาโดยไม่ได้รับอนุญาตจากศาล เป็นเหตุขัดข้องในทางพิจารณา

กรณีระหว่างการพิจารณาบางช่วงจำเลยเดินออกจากห้องพิจารณา ทำให้การพิจารณาคดีต้องหยุดไปเพราะขัดต่อหลักการพิจารณาคดีต่อหน้า จึงต้องกำหนดให้ศาลพิจารณาคดีโดยลับหลังจำเลยได้ ในกรณีดังกล่าว เมื่อศาลพิจารณาคดีเสร็จสิ้นแล้ว ให้ศาลมีคำพิพากษาในคดีนั้นต่อไป การที่กำหนดหลักเกณฑ์ให้พิพากษาคดีต่อได้เป็นหลักเกณฑ์ที่ทำให้เห็นว่า เมื่อสืบพยานลับหลังจำเลยเสร็จก็สามารถทำคำพิพากษาต่อได้ ซึ่งสอดคล้องกับหลักการที่สามารถพิพากษาข้อเท็จจริงที่ได้มาจากการสืบพยานลับหลังจำเลย แต่อย่างไรก็ตามในการพิพากษาคดีนั้น คำพยานที่นำสืบลับหลังจำเลยและจำเลยไม่มีโอกาสถามค้าน ศาลต้องใช้ดุลยพินิจซึ่งน้ำหนักพยานหลักฐานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227/1⁷⁶ ศาลต้องระมัดระวังและไม่ควรเชื่อพยานหลักฐานนั้นโดยลำพังเพื่อลงโทษจำเลย เว้นแต่จะมีเหตุผลอันหนักแน่น มีพฤติการณ์พิเศษแห่งคดี หรือมีพยานหลักฐานประกอบอื่นมาสนับสนุน⁷⁷

3. วิเคราะห์การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้ถูกดำเนินคดีตามกฎหมายป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์กับการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ในอดีตผู้ถูกกล่าวหาไม่มีสถานะเป็นเพียงผู้ถูกกระทำในทางคดี ไม่มีสิทธิใด ๆ ในการต่อสู้คดี กล่าวคือผู้ปกครองมีอำนาจที่จะกำหนดวิธีการชำระคดีได้ตามวิธีและแนวทางที่ตนต้องการ หลักการปกครองโดยกฎหมาย (The Rule of Law) ยังไม่ได้รับการยอมรับ ผู้ถูกกล่าวหาจึงไม่มีสิทธิใดๆในทางคดี ไม่มีแม้กระทั่งสิทธิในการนำพยาน

⁷² ณรงค์ ใจหาญ, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 58.

⁷³ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 133 ตอนที่ 46 ก ลงวันที่ 24 พฤษภาคม 2559

⁷⁴ *เพ็งอ้าง*.

⁷⁵ *เพ็งอ้าง*.

⁷⁶ *เพ็งอ้าง*.

⁷⁷ *เพ็งอ้าง*.

ที่จะเปิดความเป็นอันหนึ่งความเดียวกันของตัวเราเองเข้ามาให้การในคดี⁷⁸ ต่อมาสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาได้รับการยอมรับและรับรองมากขึ้นจึงกล่าวกันว่าผู้ถูกกล่าวหาในฐานะเป็นประธานคดีมีสิทธิในการนำพยานผ่านตนเข้ามาในคดี⁷⁹ ในการพิจารณาคดีค้ำนุชย์นั้นไม่มีการถามค้ำนพยานจะมีเพียงการถามเพิ่มเติม ซึ่งเป็นกระบวนการของศาลไต่สวนที่ไม่ใช่การถามนำ ถามค้ำนแต่ศาลสามารถไต่สวนได้เลย และการจะอนุญาตให้มีการถามเพิ่มเติมได้หรือไม่ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาล⁸⁰ ซึ่งการถามค้ำนเป็นหลักการในกฎหมายอาญาที่เปิดโอกาสให้จำเลยสามารถต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ ดังนั้นหากพิจารณาในแง่ของสิทธิในการต่อสู้คดีของจำเลยกระบวนการพิจารณาคดีค้ำนุชย์ที่ไม่มีการถามค้ำนจึงทำให้จำเลยไม่ได้รับสิทธิในการต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ นอกจากนี้การบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการค้ำนุชย์อย่างเข้มงวดโดยเฉพาะการดำเนินคดีเกี่ยวกับผู้ต้องหาในคดีค้ำนุชย์ เช่นการออกหมายจับ การขัง และการปล่อยชั่วคราว หรือการคัดค้านการประกันตัวตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 108 (5) การยึดหนังสือเดินทางของผู้ต้องหาต่างชาติหากเจ้าพนักงานใช้อำนาจเกินขอบเขตอาจทำให้เป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของผู้ถูกกล่าวหาได้ เช่นการจับผู้ต้องหาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การไม่แจ้งสิทธิ การแถลงข่าวเกี่ยวกับการกระทำ ความผิดของผู้ถูกดำเนินคดีที่มีลักษณะของการประจาน

จากข้อยกเว้นหลักในการสืบพยานต่อหน้าจำเลยซึ่งได้นำมาใช้ในคดีค้ำนุชย์นั้น เพื่อต้องการให้คดีดำเนินต่อไปอย่างรวดเร็วซึ่งก็เป็นหลักการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยด้วยเช่นกันแต่หากพิจารณาหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของจำเลยแล้วจะเห็นได้ว่า กรณีที่จำเลยได้รับอนุญาตจากศาลที่จะไม่มาฟังการสืบพยานแต่มีทนายความมานั้น ถือว่าจำเลยสมัครใจ จึงไม่มีผลต่อความเป็นธรรมในการดำเนินคดี ส่วนกรณีจำเลยหลบหนีก็อาจถือว่าเป็นการสละสิทธิในการต่อสู้คดีได้ระดับหนึ่งแม้ว่าจะไม่ได้เกิดจากความสมัครใจแต่เป็นเพราะกลัวถูกจับหรือถูกพิพากษาลงโทษมากกว่า แต่การสืบพยานลับหลังจำเลยนี้ จะก่อให้เกิดความเป็นธรรม ถ้าศาลใช้บทบาทของศาลไต่สวนในคดีซักถามพยานฝ่ายโจทก์ก็ได้ความจริงในทางเนื้อหา ซึ่งเป็นบทบาทของศาลเป็นการไต่สวนที่ศาลใช้เป็นหลักในการค้นหาความจริงในลักษณะ Active ไม่ได้ขึ้นอยู่กับ การสืบพยานของแต่ละฝ่ายแต่อย่างเดียว

ส่วนกรณีนิติบุคคลเป็นจำเลยแต่ไม่มีนิติบุคคลเป็นจำเลยเข้ามาในคดี หากจะสืบพยานลับหลังจำเลยนั้นจะกระทบต่อสิทธิของนิติบุคคลที่จะมีผู้แทนมานำเสนอข้อเท็จจริงต่อศาล ทั้งนี้เพราะแม้ว่าไม่มีผู้แทนนิติบุคคล ก็ควรให้ผู้ถือหุ้นแต่งตั้งผู้แทนมาเพื่อฟังการพิจารณา เพราะหากนิติบุคคลถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิดและต้องโทษปรับ ก็จะต้องบังคับเอากับทรัพย์สินของนิติบุคคลซึ่งเป็นกรรมสิทธิ์ร่วมของผู้ถือหุ้นหรือสมาชิกในนิติบุคคลนั้น ในกรณีจะเห็นว่าการสืบพยานลับหลังผู้แทนนิติบุคคลจึงขัดกับหลักการพิจารณาคดีต่อหน้าจำเลย ซึ่งควรได้รับการปรับปรุงแก้ไขในเรื่องดังกล่าวโดยให้ศาลเรียกผู้แทนอื่นที่ผู้ถือหุ้นแต่งตั้งเข้ามาดำเนินคดีแทนก่อน⁸¹

⁷⁸ Robert Popper, History and Development of the Accused's Right to Testify, Washington University Law Review Volume 1962 | Issue 4, p.455.

⁷⁹ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีค้ำนุชย์ พ.ศ. 2559 มาตรา 8

วิธีพิจารณาคดีค้ำนุชย์ให้ใช้ระบบไต่สวนและเป็นไปโดยรวดเร็วตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้และข้อบังคับของประธานศาลฎีกา ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติและข้อบังคับดังกล่าวให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งหรือกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลแขวงและวิธีพิจารณาความอาญาในศาลแขวง มาใช้บังคับเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติตามพระราชบัญญัตินี้

⁸⁰ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีค้ำนุชย์ มาตรา 31

ในการสืบพยานบุคคล ไม่ว่าจะพยานที่คู่ความฝ่ายใดอ้างหรือที่ศาลเรียกมาเองให้ศาลแจ้งให้พยานทราบประเด็นและข้อเท็จจริงที่จะทำการสืบพยาน แล้วให้พยานเบิกความในข้อนั้นด้วยตนเองหรือตอบคำถามศาล ให้ศาลมีอำนาจถามพยานเกี่ยวกับข้อเท็จจริงใดๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับคดีแม้จะไม่มีคู่ความฝ่ายใดยกขึ้นอ้างก็ตาม แล้วจึงอนุญาตให้คู่ความถามพยานเพิ่มเติม การถามพยานของคู่ความตามวรรคหนึ่งจะใช้คำถามนำก็ได้

หลังจากคู่ความถามพยานตามวรรคหนึ่งแล้ว ห้ามมิให้คู่ความฝ่ายใดถามพยานอีก เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากศาล

⁸¹ เพิ่งอ้าง.

การสืบพยานต่อหน้าจำเลยเป็นหลักที่ให้ความคุ้มครองจำเลยในคดีอาญาทั้งในระบบศาล Active และ Passive เพื่อเปิดโอกาสให้จำเลยได้มีโอกาสตรวจสอบพยานหลักฐานและนำเสนอพยานหลักฐานต่อศาลได้ เพื่อให้ศาลได้รับรู้ข้อโต้แย้งของจำเลย แต่ในการพิจารณาคดีค้ำมนุษย์ที่เปิดโอกาสให้มีการสืบพยานลับหลังจำเลยซึ่งเป็นข้อยกเว้นนั้น หากพิจารณาในแง่การคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกดำเนินคดีค้ำมนุษย์แล้วนั้นเท่ากับเป็นการละเมิดการคุ้มครองสิทธิของจำเลย

บทสรุป

จากแนวนโยบาย “การป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์” เป็นวาระแห่งชาติ เพื่อเร่งรัดให้ทุกกระทรวง ทบวง กรม บูรณาการการทำงานร่วมกันตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องอย่างเข้มงวด ให้ทุกภาคส่วนตระหนักถึงปัญหาการค้ามนุษย์และร่วมกันแก้ไขปัญหาการค้ามนุษย์และขจัดอุปสรรคด้านกฎระเบียบ และข้อกฎหมายต่างๆ เพื่อให้ทุกหน่วยงานสามารถทำงานร่วมกันได้อย่างเป็นระบบและมีประสิทธิภาพมีความรวดเร็ว พร้อมดำเนินการบังคับใช้กฎหมายกับผู้กระทำความผิดอย่างจริงจังนั้นเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายในคดีค้ำมนุษย์นั้น บางครั้งทัศนคติและการบังคับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่รัฐที่มุ่งคุ้มครองสิทธิผู้เสียหายเพียงฝ่ายเดียวส่งผลกระทบต่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาซึ่งเป็นปัจเจกชนที่รัฐมีหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพด้วยเช่นกันนอกเหนือจากการบังคับใช้กฎหมายเพื่อให้สังคมเกิดความเรียบร้อยสงบสุขซึ่งเป็นหน้าที่ของรัฐ ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศไทยได้รับรองหลักการเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ถูกกล่าวหาไว้ในรัฐธรรมนูญและกฎหมายอาญาและกำหนดวิธีพิจารณาคดีอาญาซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งรัฐต้องให้ความคุ้มครองไม่ว่าประชาชนนั้นจะอยู่ในสถานะเป็น “ผู้เสียหาย” หรือ “ผู้ถูกดำเนินคดี” ในคดีค้ำมนุษย์มีการดำเนินกระบวนการที่แตกต่างจากที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาณบัญญัติไว้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผู้เสียหายให้ได้รับความเป็นธรรมในคดี แต่ในขณะที่เดียวกันอาจส่งผลกระทบต่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ถูกดำเนินคดีซึ่งรัฐเองก็มีหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกดำเนินคดีด้วยเช่นกัน

บรรณานุกรม

หนังสือ

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, บุญทิพย์ ผ่องจิตร แลนเกรฟ, และประธาน วัฒนวานิชย์. สิทธิมนุษยชน และกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในประเทศไทย. จัดพิมพ์โดยสถาบันไทยคดีศึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และมูลนิธิโครงการตำรา สมาคมสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เจริญวิทย์การพิมพ์. 2529.

คณิต ณ นคร. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2555.

ชาย เสวิกุล. อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา. กรุงเทพมหานคร:บริษัทพิชการพิมพ์จำกัด. 2523.

ณรงค์ ใจหาญ. การพิจารณาคดีต่อหน้าจำเลย : หลักและข้อยกเว้น, นิติธรรมประจักษ์ สุรศักดิ์ 60 ปี. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา. 2561.

มาตรฐานองค์การสหประชาชาติว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางอาญา แปลโดย กิตติพงษ์ กิตติยารักษ์, ชาติ ชัยเดช สุริยะ, ณัฐสา ฉัตรไพฑูริย์. ผู้แปลและเรียบเรียง. จัดพิมพ์โดยมูลนิธิพัฒนากระบวนการยุติธรรม. โรงพิมพ์เดือนตุลา.

สมยศ เชื้อไทย. นิติปรัชญาเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 6 ฉบับปรับปรุงใหม่. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2544.

สุพิศ ประณีตพลกรัง, กฎหมายวิธีพิจารณาคดีค้ามนุษย์, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2559.

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ฉบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2560.

สำนักพัฒนาและสนับสนุนคดีพิเศษ กรมสอบสวนคดีพิเศษ กระทรวงยุติธรรม. การศึกษาวิเคราะห์เพื่อพัฒนาระบบงานสืบสวนสอบสวนการกระทำผิดเกี่ยวกับการค้ามนุษย์. กรุงเทพมหานคร : อรุณการพิมพ์. 2558.

อุทัย อาทิวะช. “ระบบการดำเนินคดีอาญา:ระบบกล่าวหาและระบบไต่สวน.” เอกสารการสอนหน่วยที่ 2 ชุดวิชา 41717 กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และพยานชั้นสูง. หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช.

วิทยานิพนธ์

ภัทรวิทย์ อบสุวรรณ. “การทำแผนประทุษกรรมประกอบคำรับสารภาพในระบบกฎหมายไทย.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต นิติศาสตร์. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550

วารสาร

น้ำแท้ มีบุญสร้าง. “หลักการพื้นฐานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา.” วารสารธรรมศาสตร์ เล่มที่. ปีที่ 33 ฉบับที่ 3. น. 56 (2557).

Apichai Thongprasom. “Adversarial” or “Inquisitorial” which one should be appropriate for criminal justice system?. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพะเยา. ปีที่ 2 ฉบับที่ 1 พฤศจิกายน 2559- เมษายน 2560.

เอกสารอื่น ๆ

การกำหนดให้สถานประกอบกิจการโรงงาน และยานพาหนะใดๆ ต้องอยู่ภายใต้บังคับของมาตรการด้วยนั้นตาม หลักการของพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558.

คู่มือสำหรับเจ้าหน้าที่ในการป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ 2555.

บันทึกความเห็นและข้อเสนอแนะ กม.คปก.(ก) ที่ 31/2558 คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย เรื่อง พระราชบัญญัติ ป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551.

มานพ เนตรภู. “สิทธิและสถานะของผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญาที่จะไม่ถูกกระทำในลักษณะประจาน.” เอกสารวิชาการ หลักสูตร ผู้พิพากษาศาลชั้นต้น รุ่นที่ 2. สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการ. 2547.

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

ชำนาญ จันทร์เรือง. “ไทยกับการค้ามนุษย์.” www.pub-law.net. 4 มกราคม 2558.

วันชัย โตความรู้. “สิทธิมนุษยชน สิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนเมื่อถูกกล่าวหาในคดีอาญา.” เอกสารวิชาการส่วนบุคคล. การอบรมหลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย. รุ่น 4. วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ. สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. www.constitutionalcourt.or.th.

ศูนย์ต่อต้านการค้ามนุษย์ระหว่างประเทศ. เปรียบเทียบการค้ามนุษย์ และการลักลอบขนผู้ย้ายถิ่นฐาน. www.Caht.ago.th. 18 พฤษภาคม 2557.

BOOKS

Edmund H. Schwenk. Comparative Study of the Law of Criminal Procedure in NATO Countries under the NATO Status of Forces Agreement. 35 North Carolina Law Review 1957.

John Henry Merryman and David S. Clark. Comparative Law. Western European and Latin American System: Case and Materials Indianapolis: Bobbs-Merrill 1978.

Robert Popper. History and Development of the Accused’s Right to Testify. Washington University Law Review Volume 1962 | Issue 4.

กฎหมาย

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่ง (พลเมือง) และทางการเมือง.

การประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ – นวัตกรรม” ครั้งที่ 4

ประกาศ กคพ.(ฉบับที่5) พ.ศ. 2555 “เรื่องกำหนดรายละเอียดของการกระทำความผิดที่เป็นคดีพิเศษ”, ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 129 ตอนพิเศษ 89 ง.

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา.

พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547.

พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551.

พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ายาเสพติด พ.ศ. 2551.

พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีค้ามนุษย์ พ.ศ. 2559.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560.

ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 125 ตอนที่ 29 ก, ลงวันที่ 6 กุมภาพันธ์ 2551.

ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 133 ตอนที่ 46 ก ลงวันที่ 24 พฤษภาคม 2559.

ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 134 ตอนที่ 40 ก, ลงวันที่ 6 เมษายน 2560.

ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 136 ตอนที่ 45 ก ฉบับลงวันที่ 7 เมษายน 2562.

การกำหนดโทษทางอาญาให้เหมาะสมกับตัวบุคคล DETERMINATION OF APPROPRIATE CRIMINAL PENALTY FOR AN INDIVIDUAL PERSON

มिरันตี เจียรักสุวรรณ*
Miruntee Jiaraksuwan

บทคัดย่อ

โทษทางอาญาเป็นสิ่งที่ทำให้ผู้กระทำความผิดเกรงกลัว ทำให้เกิดการเคารพต่อกฎหมายและไม่กล้าที่จะกระทำความผิดซ้ำ ในทางปฏิบัติพบว่ายังไม่มีบทกฎหมายที่กำหนดแนวทางให้ผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษว่าจะต้องพิจารณาถึงสิ่งใดบ้าง อีกทั้งในชั้นกำหนดโทษผู้พิพากษาแต่ละศาลได้นำบัญชีอัตราโทษมาใช้เพื่อเป็นแนวทางในการกำหนดโทษในแต่ละคดี และจากการศึกษาพบว่าข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับผู้กระทำความผิดมักจะไม่ปรากฏอยู่ในสำนวนคดี ซึ่งการได้มาซึ่งข้อเท็จจริง ประวัติ ความประพฤติ ภาวะแห่งจิต สิ่งแวดล้อมของผู้กระทำความผิดข้อเท็จจริงเหล่านี้ถือว่าเป็นข้อมูลที่มีความสำคัญนำมาใช้เป็นประโยชน์ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษของศาลให้มีความเหมาะสมแก่ผู้กระทำความผิดเป็นรายๆ ไป ตามหลักการลงโทษให้เหมาะสมในแต่ละบุคคล (Individualization) ดังนั้นเพื่อให้การกำหนดโทษทางอาญาให้เป็นไปอย่างเหมาะสมและเป็นธรรมกับผู้กระทำความผิด เห็นว่าควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ มีการจัดทำบัญชีอัตราโทษที่เป็นมาตรฐานกลาง และทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาควรทำหน้าที่ร่วมกันในการรวบรวมข้อเท็จจริงเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดเพื่อให้ศาลใช้เป็นข้อมูลประกอบในชั้นการกำหนดโทษ

คำสำคัญ

การกำหนดโทษ การลงโทษ

ABSTRACT

Criminal penalty is a form of punishment designed to deter people from violating the law and deter offenders from recidivism. In practice, however, there is not any statute stipulating a discretionary guideline for a judge to determine penalty for an offender. In other words, the existing laws do not provide what is to be taken into consideration before a judgement of punishment is rendered. As a result, a list of punishments has become a last resource for a judge who turns it into a guideline for punishment determination. Studies show that information of an offender, such as background, behavior, mental status and other circumstances, are likely to be omitted from a case report. Acquisition of such information is vital for a judge to reach a decision of appropriate penalty. In other words, before a judgement is made, a judge needs to know all the information so as to able to render a judgement suiting an individual case and person. This is also to maintain the individualization of punishment. To ensure that criminal penalty is appropriate and fair for an individual offender, the author recommends that there be a guideline on general principles of exercising discretion in penalty determination. Likewise, a list of standard punishment should be made. Finally, all parties or agencies involved with criminal justice should cooperate in

* นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

performing their duties of collecting all information related to an offender and submitting it for a judge’s consideration in determining penalty for an individual offender.

Keywords

penalty determination, punishment

บทนำ

ประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์โดยหลักแล้วในการพิจารณาคดีจะต้องใช้ระบบกระบวนการพิจารณาคดีแบบไต่สวนแต่ในทางปฏิบัติประเทศไทยได้ใช้หลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบกล่าวหา¹ ดังนั้นในการดำเนินคดีอาญาคู่ความในคดีจึงมีหน้าที่ในการนำเสนอพยานหลักฐานเพื่อกล่าวอ้างและต่อสู้หักล้างกันในคดี โดยผู้พิพากษาจะทำหน้าที่เป็นคนกลางในคดีพิจารณาจากข้อกล่าวอ้างโจทก์ และข้อต่อสู้ของจำเลยเป็นสำคัญ และหากศาลเชื่อโดยปราศจากข้อสงสัยว่าจำเลยจะเป็นผู้กระทำความผิดจริง และเห็นควรพิพากษาลงโทษ (ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ ริบทรัพย์สิน) ในชั้นการพิจารณากำหนดโทษ ผู้พิพากษาจะเป็นผู้พิจารณากำหนดโทษของจำเลยโดยอาศัยข้อมูลที่มีอยู่ในสำนวนคดีพิจารณาประกอบกับบัญชีอัตราโทษ(ยึดถือ)ที่กำหนดไว้ในแต่ละศาล² เป็นแนวทางในการกำหนดโทษในคดี

โทษทางอาญาเป็นสิ่งที่ทำให้ผู้กระทำความผิดเกรงกลัวซึ่งจะทำให้เกิดการเคารพต่อกฎหมายและไม่กล้าที่จะกระทำความผิด หากศาลใช้ดุลพินิจในการลงโทษที่ไม่เหมาะสมจะทำให้กฎหมายขาดความศักดิ์สิทธิ์ และประชาชนไม่ยอมรับในกระบวนการยุติธรรมแล้วหันไปแก้แค้นกันเอง ซึ่งจะก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในสังคม นอกจากนี้ในแง่ของผู้กระทำความผิดก็จะมีปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดที่แตกต่างกัน สภาพแห่งการกระทำความผิดก็ยิ่งแตกต่างออกไปด้วย ดังนั้นผู้พิพากษาจึงต้องใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษผู้กระทำความผิดให้มีความเหมาะสมกับข้อเท็จจริงแห่งในคดีในแต่ละรายๆไป³

ปัญหาที่เกิดขึ้นในชั้นกำหนดโทษของศาลไทยพบว่ายังไม่มีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษให้กับผู้พิพากษาข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับประวัติภูมิหลังของผู้กระทำความผิด หรือข้อเท็จจริงอื่นๆ ที่ใช้เป็นข้อมูลในการประกอบการพิจารณากำหนดโทษยังไม่เพียงพอ กล่าวคือ การกำหนดโทษให้มีความเหมาะสมกับจำเลยแต่ละรายนั้น จำเป็นที่จะต้องอาศัยข้อเท็จจริงจากปัจจัยต่างๆ มาประกอบในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ แต่ในทางปฏิบัติแล้ว การได้มาซึ่งข้อมูลดังกล่าวนี้มีข้อจำกัดอยู่หลายประการ อาทิเช่น ความเข้าใจในทฤษฎีอาชญาวิทยาและทัณฑวิทยาของบุคลากรในกระบวนการยุติธรรม ยังมีความคลาดเคลื่อน ทุกฝ่ายมุ่งเป้าในการที่จะค้นหาข้อเท็จจริงและรวบรวมพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับประเด็นความผิดในคดีเป็นสำคัญ ดังนั้นพยานหลักฐาน หรือข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวจำเลย พนักงานสอบสวน อัยการ ทนายความจึงไม่ได้นำเสนอข้อมูลดังกล่าวไว้ในสำนวน อีกทั้งศาลซึ่งเข้าใจว่าตนเองมีบทบาทเป็นคนกลางในคดี ไม่สามารถที่จะลงไปค้นหาข้อเท็จจริงในคดีได้ ทำให้ข้อมูลในส่วนที่เกี่ยวข้องกับประวัติภูมิหลัง สาเหตุของการกระทำความผิดของจำเลยมักจะไม่ปรากฏอยู่ในสำนวนคดี

บทความนี้ผู้เขียนสนใจศึกษาถึงหลักเกณฑ์การกำหนดโทษทางอาญา สภาพปัญหาของการกำหนดโทษในปัจจุบัน เพื่อหาแนวทางในการกำหนดโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละราย เพื่อให้การกำหนดโทษมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

1. การกำหนดโทษทางอาญา

ในคดีอาญาเมื่อทำการสืบพยานโจทก์จำเลยเสร็จสิ้นแล้วและศาลเห็นว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดจริงและทำการพิจารณาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำและพฤติการณ์ที่ปรากฏในคดีเพื่อกำหนดว่าจำเลยสมควรได้รับโทษสถานใดและเพียงใด เราเรียกกระบวนการขั้นตอนนี้ว่า “กระบวนการกำหนดโทษ” ขั้นตอนนี้นับเป็นขั้นตอนที่สำคัญขั้นตอนหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเนื่องจากหากมีการกำหนดโทษโดยไม่สอดคล้องกับทฤษฎีในการ

¹ คณิต ฒ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ ๘, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), น.48-49.

² วิชา มหาคุณ, “ผู้พิพากษากับดุลพินิจในการลงโทษ,” อุลพาห, เล่มที่ 2, ปีที่ 24, น.62-63 (มีนาคม – เมษายน 2520).

³ ณัฐวัฒน์ สุทธิโยธิน, “หน่วยที่ 6 ทฤษฎีการลงโทษ,” ใน แนวการศึกษาชุดวิชากฎหมายอาญาและอาชญาวิทยา ชั้นสูง สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช หน่วยที่ 1-7, หน้า 6-12.

ลงโทษหรือไม่เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิดแล้วยอมทำให้การกำหนดโทษดังกล่าวไม่เกิดผลในการป้องกันอาชญากรรมอย่างแท้จริง

กฎหมายที่เกี่ยวข้องในการกำหนดโทษ มีอยู่ในกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีบัญญัติ และส่วนอื่นๆ ดังนี้

1. ประมวลกฎหมายอาญา มีการบัญญัติเฉพาะประเภทของโทษทางอาญาและวิธีการเพื่อความปลอดภัยไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18⁴ และมาตรา 39⁵ ตามลำดับ และกรอบอัตราโทษตามที่กฎหมายระบุไว้ในความผิดอาญาในแต่ละฐานความผิด

2. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องต่อการกำหนดโทษในคดีอาญา ไว้ดังนี้ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 138⁶ มาตรา 175⁷ มาตรา 185⁸ วรรคสอง⁹ และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 228⁹

3. บัญชีอัตราโทษที่จัดทำขึ้นมาใช้ในแต่ละศาล

เมื่อพิจารณาด้านกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีบัญญัติในการพิจารณาคดีอาญาของประเทศไทยในปัจจุบัน ได้แก่ ประมวลกฎหมายอาญา และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา รวมถึงหลักเกณฑ์อื่นๆ ที่เกี่ยวข้องพบว่ายังขาดหลักเกณฑ์ที่กำหนดถึงกระบวนการในการกำหนดโทษแก่จำเลยที่ชัดเจน โดยขอบเขตของการกำหนดอัตราโทษมีเพียงระวางโทษที่ปรากฏในกฎหมายแต่ละฉบับเท่านั้น ทำให้การกำหนดอัตราโทษไม่มีความชัดเจน ในทางปฏิบัติผู้พิพากษาจะใช้ดุลพินิจในการกำหนดอัตราโทษแก่จำเลยโดยพิจารณาจากปัจจัยต่างๆ ที่ปรากฏ

⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 โทษสำหรับลงแก่ผู้กระทำความผิดมีดังนี้

- (1) ประหารชีวิต
- (2) จำคุก
- (3) กักขัง
- (4) ปรับ
- (5) ริบทรัพย์สิน

โทษประหารชีวิตและโทษจำคุกตลอดชีวิตมิให้นำมาใช้บังคับแก่ผู้ซึ่งกระทำความผิดในขณะที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี ในกรณีผู้ซึ่งกระทำความผิดในขณะที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีได้กระทำความผิดที่มีระวางโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต ให้ถือว่าระวางโทษดังกล่าวได้เปลี่ยนเป็นระวางโทษจำคุกห้าสิบปี

⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 39 วิธีการเพื่อความปลอดภัย มีดังนี้

- (1) กักกัน
- (2) ห้ามเข้าเขตกำหนด
- (3) เรียกประกันทัณฑ์บน
- (4) คุมตัวไว้ในสถานพยาบาล
- (5) ห้ามการประกอบอาชีพบางอย่าง

⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 138 “พนักงานสอบสวนมีอำนาจสอบสวนเองหรือส่งประเด็นไปสอบสวนเพื่อทราบความเป็นมาแห่งชีวิตและความประพฤติอันเป็นอาชญาของผู้ต้องหา แต่ต้องแจ้งให้ผู้ต้องหาทราบข้อความทุกข้อที่ได้มา”

⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 175 “เมื่อโจทก์สืบพยานเสร็จแล้ว ถ้าเห็นสมควรศาลมีอำนาจเรียกสำนวนการสอบสวนจากพนักงานอัยการมาเพื่อประกอบการวินิจฉัยได้”

⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 185 วรรคสอง “เมื่อศาลเห็นว่าจำเลยได้กระทำความผิด และไม่มีการยกเว้นโทษตามกฎหมาย ให้ศาลลงโทษแก่จำเลยตามความผิด แต่เมื่อเห็นสมควรศาลจะปล่อยจำเลยชั่วคราวระหว่างคดียังไม่ถึงที่สุดก็ได้”

⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 228 “ระหว่างพิจารณาโดยพลการหรือคู่ความฝ่ายใดร้องขอศาลมีอำนาจสืบพยานเพิ่มเติม จะสืบเองหรือส่งประเด็นก็ได้”

ในคดีทั้งความร้ายแรงของการกระทำความผิด ความน่าตำหนิของผู้กระทำความผิด พฤติการณ์ของการกระทำ ความผิด แล้วจึงทำการกำหนดอัตราโทษแก่จำเลยในคดีดังกล่าวภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้

แต่อย่างไรก็ตามการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของผู้พิพากษานั้นเป็นเรื่องในทางอัตวิสัยซึ่งแต่ละคนอาจมีพื้นฐานความคิดที่แตกต่างกันออกไป และด้วยเหตุที่ดุลพินิจเป็นเรื่องเฉพาะตัวบุคคลที่จะเห็นว่าสิ่งใดเหมาะสมหรือไม่เหมาะสม ศาลยุติธรรมเห็นว่าการปล่อยให้ผู้พิพากษาแต่ละท่านใช้อย่างอิสระ ย่อมทำให้เกิดความไม่แน่นอนในการลงโทษด้วยเหตุที่ผู้พิพากษาแต่ละท่านย่อมมีดุลพินิจและความคิดแตกต่างกันออกไป เนื่องจากมีพื้นฐานทางความคิด ความรู้ ความเชื่อและประสบการณ์ที่แตกต่างกันออกไป ทั้งยังอาจนำมาซึ่งการใช้อคติส่วนตัว มาเป็นปัจจัยในการกำหนดโทษ ดังนั้นศาลจึงได้มีการนำบัญญัติอัตราโทษมาใช้เป็นแนวทางในการกำหนดโทษเพื่อป้องกันไม่ให้มีความแตกต่างในการกำหนดโทษภายในศาลเดียวกันขึ้นโดยการกำหนดเป็นบัญญัติอัตราโทษ (Sentencing Guideline) หรือที่เรียกกันทั่วไปว่า ยี่ตอก ซึ่งผู้พิพากษาในศาลต่างๆ จะยึดยี่ตอกเป็นคู่มือที่สำคัญในการกำหนดโทษ¹⁰

การจัดทำบัญญัติระดับอัตราโทษศาลจะรวบรวมความผิดฐานต่างๆ ทั้งตามประมวลกฎหมายอาญาและกฎหมายอื่นที่มีโทษทางอาญา จัดทำเป็นบัญญัติกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดในความผิดแต่ละฐานไว้เพื่อสำหรับเป็นแนวทางเดียวกัน เช่น หากจำเลยกระทำความผิดฐานฉ้อโกง ผู้พิพากษาทุกคนในศาลนั้นก็จะต้องให้ลงโทษจำคุกจำเลย 1 ปี ถ้ามีเหตุต้องเพิ่มหรือลดโทษแล้วจะให้เพิ่มโทษหรือลดโทษจากโทษที่วางหรือกำหนดไว้นี้เป็นต้น

การกำหนดประเภทของโทษและจำนวนโทษไว้ในบัญญัติอัตราโทษนี้ แต่ละศาลจะกำหนดขึ้นตามความเหมาะสมของสภาพเหตุการณ์ วัฒนธรรม ประเพณี แห่งท้องถิ่นในแต่ละจังหวัดหรือในแต่ละภาค โดยจะมีการแก้ไขปรับปรุงเป็นครั้งคราว เพื่อให้สอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงของบ้านเมือง การแก้ไขบัญญัติอัตราโทษของแต่ละศาล จะกระทำโดยการประชุมผู้พิพากษาทั้งศาลแล้วนำมามติที่ประชุมไปทำการแก้ไขบัญญัติอัตราโทษของศาลนั้น ด้วยเหตุนี้จึงทำให้บัญญัติอัตราโทษของแต่ละศาลจึงไม่อาจเหมือนกัน แต่สำหรับความผิดฐานเดียวกันนั้น การกำหนดโทษมักจะไปในแนวทางเดียวกันบัญญัติอัตราโทษประจำศาลมีข้อดีในด้านทำให้การกำหนดโทษของผู้พิพากษาเป็นไปในแนวทางเดียวกัน ไม่มีความแตกต่างกันมาก แต่อย่างไรก็ตาม บัญญัติอัตราโทษประจำศาลก็มีผลเสียอยู่หลายประการ กล่าวคือ

ประการแรก ทำให้ผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษโดยมีข้อจำกัด กล่าวคือ จะต้องคำนึงถึงบัญญัติอัตราโทษเป็นสำคัญ หากจะใช้ดุลพินิจกำหนดโทษต่างไปจากที่กำหนดไว้ในยี่ตอกแล้ว ก็เกรงว่าจะเป็นผลร้ายต่อตัวเอง เช่น กรณีที่ลงโทษต่ำกว่ายี่ตอก หรือรอการลงโทษก็ต้องมีเหตุผล มิฉะนั้นจะถูกมองในแง่ร้าย เช่น อาจจะถูกกล่าวหาว่าเรียกรับผลประโยชน์ เป็นต้น ดังนั้นผู้พิพากษาส่วนใหญ่จึงมักไม่ใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษต่างไปจากยี่ตอก ทั้งนี้เพื่อความปลอดภัยและความสะดวก จึงเป็นผลทำให้การกำหนดโทษของผู้พิพากษาไม่สอดคล้องต่อความผิดและตัวผู้กระทำความผิด ส่งผลให้โทษไม่อาจมีผลต่อการช่มชู้ยั้งหรือในการปรับปรุงแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดได้

ประการที่สอง ทำให้ผู้พิพากษาเกิดความเคยชิน ไม่ชวนขวนขวายหาความรู้ในเชิงวิชาการในสาขาวิชาต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง และในส่วนที่เกี่ยวข้องกับทฤษฎีการลงโทษ รวมทั้งไม่ค้นหาข้อเท็จจริงในพฤติการณ์ที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดและประวัติภูมิหลังของผู้กระทำความผิดด้วย เช่นกรณีของการที่ไม่ค่อยจะมีการสั่งให้มีการสืบเสาะในคดีเพื่อนำมาใช้ประกอบในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษให้มีความเหมาะสมมากยิ่งขึ้น ทั้งนี้เพราะถือว่ามียี่ตอก เป็นเครื่องมือชิ้นน้อยอยู่แล้ว ส่งผลทำให้การกำหนดโทษของผู้พิพากษาไม่ยืดหยุ่นและไม่เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดในแต่ละรายอย่างแท้จริง

¹⁰ อุติส สุภาพ, “การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลยุติธรรม,” ตุลพาท. เล่ม 2, ปีที่ 53, น.61-62 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2549).

2. สภาพปัญหาของการกำหนดโทษในปัจจุบัน

ปัญหาการกำหนดโทษจำเลยในคดีอาญา แยกพิจารณาได้ 3 กรณี คือ ปัญหาการขาดหลักเกณฑ์การกำหนดโทษที่เป็นรูปธรรม ปัญหาการนำบัญชีอัตราโทษมาใช้ และปัญหาการนำเสนอข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำความผิด เพื่อให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษที่เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละราย

2.1 ปัญหาการขาดหลักเกณฑ์การกำหนดโทษที่เป็นรูปธรรม

การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของผู้พิพากษาไทยนั้น ในเบื้องต้นผู้พิพากษาจะต้องใช้ดุลพินิจกำหนดโทษให้เป็นไปตามกรอบที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดไว้ในกฎหมาย เช่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 ได้กำหนดโทษไว้หลายประการ ผู้พิพากษาจะต้องเลือกรูปแบบหรือวิธีการลงโทษที่เหมาะสมแก่ผู้กระทำความผิดในความผิดที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณี เพื่อให้เหมาะสมกับความผิดและตัวผู้กระทำความผิด สำหรับอัตราโทษฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดกรอบไว้ในกฎหมาย เช่น การกำหนดเป็นโทษขั้นสูง หรือโทษขั้นสูงและโทษขั้นต่ำเป็นช่วงไว้ เพื่อให้ผู้พิพากษาเลือกใช้ดุลพินิจกำหนดโทษให้เหมาะสมภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้ อย่างไรก็ตาม ฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้กำหนดแนวทางให้ศาลใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษไว้ กล่าวคือ ไม่มีบทบัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปไว้โดยตรงให้ผู้พิพากษาควรจะต้องคำนึงถึงสิ่งใดในการกำหนดโทษเพื่อให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย ในขณะที่หลายประเทศมีกฎหมายกำหนดเงื่อนไขเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปไว้เพื่อเป็นแนวทางสำหรับผู้พิพากษานำมาใช้ประกอบดุลพินิจในการกำหนดโทษ เช่น ประเทศเยอรมัน¹¹ ส่วนประมวลกฎหมายอาญาของไทยบัญญัติไว้แต่เพียงในเรื่องที่เกี่ยวกับการกักขังแทนโทษจำคุก การลดโทษเพิ่มโทษ การรอกการลงโทษ หรือ รอกการกำหนดโทษ ซึ่งเป็นเรื่องการใช้ดุลพินิจในแต่ละคดีไม่อาจนำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปในทุกคดีได้

ปัญหาของการที่ไม่มีบทบัญญัติกำหนดแนวทางให้ผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษว่า จะต้องพิจารณาถึงสิ่งใดบ้างนับว่าเป็นปัญหาสำคัญส่งผลให้การกำหนดโทษจำเลยในปัจจุบันขาดหลักเกณฑ์ที่แน่นอน เพราะลำพังบัญชีอัตราโทษและข้อเท็จจริงที่ได้รับมาในระหว่างการดำเนินคดี รวมถึงข้อมูลในรายงานสืบเสาะและพินิจของพนักงานคุมประพฤติ ยังไม่ถือเป็นหลักประกันเพียงพอว่าผู้พิพากษาจะใช้ดุลพินิจกำหนดโทษได้อย่างถูกต้องและเหมาะสม และอาจทำให้ผู้ได้รับโทษรู้สึกว่าตนไม่ได้รับความยุติธรรม

2.2 บัญชีอัตราโทษของประเทศไทย

ในทางปฏิบัติ แต่ละศาลจะมีบัญชีระดับอัตราโทษ หรือ ยี่ตอก เพื่อให้ผู้พิพากษาในศาลใช้ประกอบกำหนดโทษ เพื่อให้การลงโทษในศาลเดียวกันเป็นไปในทิศทางเดียวกัน ไม่แตกต่างกัน ดังนั้นผู้พิพากษายังยึดถือบัญชีระดับอัตราโทษ หรือ ยี่ตอก เป็นกรอบ หรือ เครื่องมือในการกำหนดโทษว่า จะใช้โทษประเภทใดและจะวางโทษจำนวนเท่าใด เช่น ควรวางโทษจำคุก หรือปรับจำนวนเท่าใด หรือจะรอกการลงโทษ และควรมีการคุมประพฤติด้วยหรือไม่

การใช้บัญชีระดับอัตราโทษทำให้เกิดความสะดวกรวดเร็วแก่ผู้พิพากษาในการพิพากษาคดีที่มีปริมาณเพิ่มมากขึ้นในขณะที่จำนวนผู้พิพากษามีจำนวนจำกัด การจัดทำบัญชีอัตราโทษ จะจัดทำขึ้นโดยการประชุมของผู้พิพากษาในแต่ละศาล โดยจะร่วมกันกำหนดว่าโทษชนิดนั้นๆ ศาลนั้นๆ ควรจะกำหนดโทษเท่าใด ซึ่งเมื่อพิจารณา

¹¹ ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (St GB) แก้ไขเพิ่มเติม ปี 1987 มาตรา 46 เรื่องการกำหนดโทษ

(1) ความชั่วของผู้กระทำความผิดจะเป็นพื้นฐานในการกำหนดโทษ ทั้งนี้ จะต้องพิจารณาถึงผลซึ่งเกิดจากโทษที่กำหนดนี้ว่าจะกระทบถึงการดำเนินชีวิตในสังคมของผู้กระทำความผิดในอนาคต

(2) ในการกำหนดโทษนี้ ศาลจะชั่งน้ำหนักจากข้อเท็จจริง ทั้งที่เป็นส่วนดีและส่วนเสียของผู้กระทำความผิด กล่าวคือ ข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้ คือ มูลเหตุในการกระทำ และจิตใจที่มีอยู่ในการกระทำ ความร้ายแรงของการกระทำความผิดหน้าที่ลักษณะของการกระทำความผิด และผลสะท้อนให้เห็นถึงความชั่วของการกระทำความผิด ประวัติของผู้กระทำความผิด สถานภาพของบุคคลทางสังคม และฐานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิด ความประพฤติภายหลังการกระทำความผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งความพยายามที่จะเยียวยาความเสียหาย รวมทั้งความพยายามของผู้กระทำความผิดที่จะชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย

(3) พฤติการณ์ซึ่งเป็นลักษณะขององค์ประกอบความผิดไม่จำเป็นต้องนำมาพิจารณา

บัญญัติอัตราโทษที่จัดทำขึ้นแต่ละศาลนั้นทำการกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดโดยทำการระบุขอบเขตของ
 ระยะเวลาให้แคบลงเท่านั้น ซึ่งบัญญัติอัตราโทษของศาลไทยไม่ได้ระบุปัจจัย ข้อเท็จจริงทั่วไปจึงเป็นเหตุให้ผู้พิพากษา
 ไม่สามารถใช้ดุลพินิจกำหนดโทษให้มีความเหมาะสมกับผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคลได้

ตารางที่ 1 เปรียบเทียบวิธีการกำหนดโทษ

ประเทศ	วิธีการกำหนดโทษ	
สหรัฐอเมริกา ¹²	แนวทางการกำหนดโทษ แบบ Sentencing Guidelines	ระบุปัจจัย ขั้นตอน วิธีการ และ ระยะเวลาที่เหมาะสม
สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ¹³	หลักเกณฑ์ทั่วไปในการกำหนดโทษ ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญา	ระบุปัจจัยและข้อเท็จจริงเป็น การทั่วไป
ประเทศไทย	บัญญัติอัตราโทษของศาล	ระบุขอบเขตของระยะเวลาให้ แคบลง

เมื่อพิจารณาตามตารางที่ 1 จะเห็นได้ว่ารูปแบบการกำหนดโทษของประเทศไทยนั้น ไม่มีบทบัญญัติของ
 กฎหมายในการกำหนดหลักเกณฑ์กรอบการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษา เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปไว้เหมือนเช่นประเทศ
 เยอรมัน และวิธีการกำหนดโทษโดยใช้บัญญัติอัตราโทษของศาลไทยนั้นพบว่า บัญญัติอัตราโทษของแต่ละศาล ไม่ได้มีการ
 คำนึงถึงปัจจัย ขั้นตอน และวิธีการระวางโทษที่เหมาะสม โดยบัญญัติอัตราโทษได้ทำการระบุขอบเขตของระยะเวลาให้
 แคบลงเท่านั้น

ตารางที่ 2 เปรียบเทียบที่มาของคณะกรรมการพิจารณาหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษ

ประเทศ	หน่วยงานที่รับผิดชอบ	องค์ประกอบ
สหรัฐอเมริกา	United States Sentencing Commission (USSC)	ตัวแทนจากฝ่ายตุลาการและ ไม่ใช่ฝ่ายตุลาการ
เยอรมนี	ฝ่ายนิติบัญญัติ	-
ประเทศไทย	ผู้พิพากษาในแต่ละศาลหรือแต่ละ ภาค	ฝ่ายตุลาการ

ในการจัดทำบัญญัติอัตราโทษประเทศไทยมีตัวแทนฝ่ายตุลาการเท่านั้น ซึ่งต่างจากประเทศสหรัฐอเมริกาที่มี
 ตัวแทนร่วมในการจัดทำบัญญัติอัตราโทษจากฝ่ายอื่นๆ เข้าร่วมจัดทำด้วย

2.3 ปัญหาการนำเสนอข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำความผิด เพื่อให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษที่
 เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละราย

ในกระบวนการกำหนดโทษซึ่งศาลจะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจกำหนดโทษจำเลยจำเป็นต้องมีข้อมูลเกี่ยวกับ ตัวจำเลย
 อย่างเพียงพอ เพราะลำพังบัญญัติอัตราโทษและข้อเท็จจริงที่ศาลได้มาในระหว่างการดำเนินคดีไม่สามารถนำมาใช้

¹² เกียรติภูมิ แสงศศิธร, “กระบวนการกำหนดโทษจำเลยคดีอาญา : เปรียบเทียบของไทยกับของต่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), น. 12.

¹³ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์จนพัฒน, “รายงานการวิจัยเรื่องการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ,” (สำนักวิชาการศาล ยุติธรรม สถาบันวิจัยรพีพัฒนศักดิ์ สำนักงานศาลยุติธรรม, 2548), น. 26

กำหนดโทษหรือกำหนดมาตรการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดอย่างเหมาะสมได้ ดังนั้นข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวจำเลยจึงเป็นสิ่งที่ศาลต้องพิจารณาถึงเพื่อให้การลงโทษผู้กระทำความผิดเป็นไปอย่างเหมาะสมกับความผิดและตัวผู้กระทำความผิด เพราะการลงโทษอย่างเหมาะสมจะสามารถปรับปรุงและแก้ไขจำเลยหรือผู้กระทำความผิดให้กลับตนเป็นพลเมืองดี และกลับคืนสู่สังคมได้ผู้เขียนขอเสนอประเด็นปัญหาให้หัวข้อนี้โดยแยกพิจารณาดังต่อไปนี้

2.2.1 บทบาทของศาลไทย

การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษสำหรับประเทศไทยซึ่งใช้ระบบกระบวนการพิจารณาคดีแบบกล่าวหา (Adversary System) จะมีรูปแบบการดำเนินคดีที่ศาลจะทำหน้าที่เป็นคนกลางในคดี คู่ความในคดีจะทำหน้าที่ในการนำเสนอพยานหลักฐาน ในระบบนี้จะมีการแยกขั้นตอนการวินิจฉัยความผิดกับขั้นตอนการกำหนดโทษ ออกจากกันเป็นอิสระศาลมีความอิสระในการลงโทษจำเลย เท่าที่ไม่เกินอัตราโทษที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่ทั้งนี้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาประเทศไทย ได้กำหนดให้ศาลมีบทบาทในคดีอาญาว่า ศาลมีหน้าที่ค้นหาความจริงในคดี โดยไม่ใช่ปล่อยให้ฝ่ายโจทก์และจำเลยนำเสนอพยานของฝ่ายตนและศาลทำหน้าที่เป็นคนอย่างอง่างในคดีแพ่งเท่านั้น¹⁴ แต่ในทางปฏิบัติพบว่าศาลไทยมักจะไม่ใช้อำนาจในการเข้าไปค้นหาความจริงตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ดังนั้นหากคู่ความในคดีไม่ได้มีการนำเสนอข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับตัวจำเลยเข้ามาในคดีแล้วศาลก็มักจะไม่ใช้อำนาจของตนตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 228

ทั้งนี้ในทางปฏิบัติศาลจะทำการกำหนดโทษจำเลยโดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงข้อเท็จจริงที่ได้มา ในระหว่างการพิจารณาคดี และจากรายงานการสืบเสาะของพนักงานคุมประพฤติเฉพาะแต่ในคดีที่ศาลใช้ดุลพินิจในการสั่งให้มีการสืบเสาะและพินิจตามพระราชบัญญัติวิธีดำเนินการคุมประพฤติตามประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2522 มาตรา 6¹⁵ ประกอบกับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 56¹⁶ ดังนั้นหากเป็นคดีที่ไม่เข้าเงื่อนไข ตามมาตรา 56 เช่นเป็นคดีที่มีโทษจำคุกเกินกว่า 5 ปี ถือเป็นคดีที่ไม่อยู่ในเงื่อนไขที่ศาลจะสั่งให้พนักงานคุมประพฤติทำการสืบเสาะและพินิจข้อมูลซึ่งเป็นข้อเท็จจริงเกี่ยวกับประวัติส่วนตัวของจำเลยได้

2.2.2 บทบาทของพนักงานอัยการ

พนักงานอัยการไทยไม่ได้มีอำนาจในการสอบสวนคดีตั้งแต่ต้นทั้งนี้หากพนักงานอัยการเห็นว่าการสอบสวนของพนักงานสอบสวนนั้นมีข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดยังไม่เพียงพอ พนักงานอัยการก็สามารถสั่งให้พนักงานสอบสวนทำการสอบสวนเพิ่มเติมได้ ตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 143(2)(ก)¹⁷ แต่ในคดีส่วนมากพนักงานอัยการมักจะทำให้พนักงานสอบสวนทำการสอบสวนเพิ่มเติมเฉพาะพยานหลักฐาน

¹⁴ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ฉบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ 18, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561) น. 431.

¹⁵ พระราชบัญญัติวิธีดำเนินการคุมประพฤติตามประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2522 มาตรา 6 “ให้พนักงานคุมประพฤติมีอำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้และกฎหมายอื่น และโดยเฉพาะให้มีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้ (1) สืบเสาะและพินิจเรื่องอายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ และสิ่งแวดล้อมของจำเลย ตลอดจนจนสภาพความผิดและเหตุอันอันควรปรานีตามที่ศาลสั่ง เพื่อรายงานต่อศาล...”

¹⁶ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 56 “ผู้ใดกระทำความผิดซึ่งมีโทษจำคุก และในคดีนั้นศาล จะลงโทษจำคุกไม่เกินสองปี ถ้าไม่ปรากฏว่าผู้นั้นได้รับโทษจำคุกมาก่อน หรือปรากฏว่าได้รับโทษจำคุกมาก่อน แต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ เมื่อศาลได้คำนึง ถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัยอาชีพและสิ่งแวดล้อมของผู้นั้น หรือสภาพความผิด หรือเหตุอันอันควรปรานีแล้ว เห็นเป็นการสมควรศาล จะพิพากษาว่า ผู้นั้นมีความผิดแต่รอการกำหนดโทษไว้ หรือกำหนดโทษแต่รอการ ลงโทษไว้ แล้วปล่อยตัวไปเพื่อให้โอกาสผู้นั้นกลับตัวภายในระยะเวลา ที่ศาลจะได้กำหนด แต่ต้องไม่เกินห้าปีนับแต่วันที่ศาลพิพากษา โดย จะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติของผู้นั้นด้วยหรือไม่ก็ได้...”

¹⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 143 (2) “ในกรณีที่มีความเห็นควรสั่งฟ้อง ให้ออกคำสั่งฟ้อง และฟ้องผู้ต้องหาต่อศาล ถ้าไม่เห็นชอบด้วย ก็ให้สั่งไม่ฟ้อง

ในกรณีหนึ่งกรณีใดข้างต้น พนักงานอัยการมีอำนาจ

ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดเป็นสำคัญ โดยมุ่งที่จะพิสูจน์ว่าการกระทำของจำเลยมีหลักฐานพอที่จะสั่งฟ้องได้หรือไม่เท่านั้น ดังนั้นข้อมูลซึ่งเกี่ยวกับประวัติ ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับ ตัวผู้กระทำความผิด ที่ศาลจะนำมาใช้พิจารณาประกอบดุลพินิจในการกำหนดโทษมักจะไม่มีปรากฏอยู่ในสำนวนคดีโดยการนำเสนอของพนักงานอัยการ อีกทั้งอัยการในประเทศไทยยังมีความเข้าใจว่าการนำเสนอข้อมูลเกี่ยวกับความประพฤติ ความเป็นมา สาเหตุของการกระทำความผิดนั้น เป็นหน้าที่ของทนายจำเลย ที่จะต้องนำเสนอข้อมูลดังกล่าวให้ศาลทราบเพื่อประโยชน์ของลูกความตนเอง ในการขอบรรเทาโทษให้กับจำเลย ดังนั้นหากทนายจำเลยละเลยหรือหลงลืมไม่ได้เสนอข้อมูลดังกล่าวเข้าสู่สำนวนคดี ศาลก็ไม่สามารถทำการกำหนดโทษได้อย่างเป็นธรรม ซึ่งมุมมองในการนำเสนอข้อเท็จจริงในเรื่องนี้ควรเปลี่ยนแปลงไปทั้งนี้ อัยการจะต้องเสนอพยานหลักฐานและข้อเท็จจริงต่างๆ ที่เป็นประโยชน์แก่ฝ่ายจำเลยด้วย เพื่อให้จำเลยได้รับโทษ ที่เหมาะสมกับความผิด อัยการก็มีหน้าที่ที่จะต้องรักษาผลประโยชน์อันชอบธรรมของจำเลยด้วยในฐานะที่เขาเป็นส่วนหนึ่งของสังคม มิใช่รักษาแต่เฉพาะผลประโยชน์ของสาธารณะหรือของผู้เสียหายเท่านั้น

2.2.3 บทบาทของพนักงานสอบสวน

พนักงานสอบสวนมีอำนาจหน้าที่โดยทั่วไปในการรวบรวมหลักฐานทุกชนิดเท่าที่สามารถจะทำได้ เพื่อประสงค์ที่จะทราบข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ต่างๆ อันเกี่ยวกับความผิดที่กล่าวหา และเพื่อจะรู้ตัวผู้กระทำความผิดและพิสูจน์ให้เห็นความผิดหรือความบริสุทธิ์ของผู้ต้องหา ตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131¹⁸ ดังนั้นการรวบรวมพยานหลักฐานของพนักงานสอบสวนนั้น มิใช่เป็นการรวบรวมเพื่อที่จะพิสูจน์ให้เห็นถึงความผิดของผู้ต้องหาแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้นยังหมายรวมถึงพยานหลักฐานอื่นใดที่อาจพิสูจน์ให้เห็นถึงความบริสุทธิ์ของผู้ต้องหาที่เป็นหน้าที่ของพนักงานสอบสวนในการที่จะต้องทำการรวบรวมอยู่ในสำนวนการสอบสวนด้วย

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134 วรรคสี่ ยังบัญญัติว่า “พนักงานสอบสวนต้องให้โอกาสผู้ต้องหาที่จะแก้ข้อหา และที่จะแสดงข้อเท็จจริงอันเป็นประโยชน์แก่ตนได้” ดังนั้นเมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติของกฎหมายแม้พยานหลักฐานในส่วนที่เป็นประโยชน์กับผู้ต้องหา พนักงานสอบสวนก็มีหน้าที่ในการที่จะต้องรวบรวมด้วย

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 138 อำนาจในการสอบสวนความเป็นมา แห่งชีวิตและความประพฤติของผู้ต้องหา บัญญัติไว้ว่า “พนักงานสอบสวนมีอำนาจสอบสวนเองหรือส่งประเด็นไปสอบสวนเพื่อทราบความเป็นมาแห่งชีวิตและความประพฤติอันเป็นอาชญาของผู้ต้องหา แต่ต้องแจ้งให้ผู้ต้องหาทราบข้อความทุกข้อที่ได้มา” พยานหลักฐานที่รวบรวมตามมาตรานี้ไม่ใช่พยานหลักฐานหรือข้อเท็จจริงโดยตรงที่เกี่ยวกับการพิสูจน์การกระทำความผิดแต่เป็นการทำการสอบสวนในเรื่องประวัติและ ความประพฤติของผู้ต้องหา เพื่อประกอบการพิจารณาของของพนักงานอัยการ และศาล

ปัญหาที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติคือ พนักงานสอบสวนมุ่งในการที่จะรวบรวมพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับการพิสูจน์ความผิดของจำเลยมากกว่าและมักไม่ทำการสอบสวนถึงประวัติภูมิหลังและความประพฤติเป็นอาชญาของผู้กระทำความผิด ทำให้ในสำนวนไม่มีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวผู้กระทำความผิดที่เกี่ยวกับความประพฤติ ประวัติผู้กระทำความผิด บุคลิกภาพ รวมถึงสาเหตุในการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิดอยู่ในสำนวนคดี ทำให้ข้อเท็จจริงของผู้กระทำความผิดไม่สามารถปรากฏต่อศาลในการที่จะนำข้อมูลไปใช้ประกอบดุลพินิจในการกำหนดโทษให้กับจำเลยในแต่ละรายได้อย่างเหมาะสม

2.2.4 บทบาทของทนายความ

ในการทำหน้าที่ของทนายความฝ่ายจำเลย ข้อมูลใดก็แล้วแต่หากเป็นการนำเสนอเข้าไปในสำนวนคดีแล้วจะเป็นประโยชน์ต่อลูกความของตนทนายควรดำเนินการ ในหลายคดีที่ทนายความมุ่งเฉพาะแต่การพิสูจน์ความบริสุทธิ์

(ก) สั่งตามที่เห็นควร ให้พนักงานสอบสวนดำเนินการสอบสวนเพิ่มเติม หรือส่งพยานคนใดมาให้ซักถามเพื่อส่งต่อไป

¹⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131 “ให้พนักงานสอบสวนรวบรวมหลักฐานทุกชนิด เท่าที่สามารถจะทำได้ เพื่อประสงค์ที่จะทราบข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ต่างๆ อันเกี่ยวกับความผิดที่ถูกล่าวหา เพื่อจะรู้ตัวผู้กระทำความผิดและพิสูจน์ให้เห็นความผิดหรือความบริสุทธิ์ของผู้ต้องหา”

ของลูกความ ไม่ได้มีการนำเสนอข้อมูลในส่วนที่เป็นประวัติ ความประพฤติ บุคลิกภาพ ที่เกี่ยวกับตัวผู้กระทำความผิด ในกรณีนี้ก็จะเกิดผลเสียหายต่อลูกความของตนได้หากในคดีนั้นศาลได้ทำการพิจารณาแล้วเห็นว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดจริง และควรที่จะได้รับโทษทางอาญา เมื่อไม่มีข้อมูลเกี่ยวกับประวัติ ความประพฤติ บุคลิกภาพของจำเลยปรากฏอยู่ในสำนวนคดี ศาลก็ไม่สามารถกำหนดโทษ ให้ผู้กระทำความผิดได้ถูกต้อง

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การกำหนดโทษโดยศาลนั้นแม้โดยหลักทั่วไปจะต้องเป็นไปตามหลักสัดส่วนแห่งความร้ายแรงซึ่งเป็นการพิจารณาในด้านภาวะวิสัย และกฎหมายได้บัญญัติระวางโทษไว้แล้ว แต่การลงโทษก็ต้องคำนึงถึง ตัวผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นการพิจารณาในด้านอัตวิสัย สาเหตุแห่งการกระทำความผิด ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นภายหลังการกระทำความผิดประกอบด้วย แต่ปัญหาในทางปฏิบัติคือ ศาลยังขาดหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษการได้มาซึ่งข้อเท็จจริงเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดดังนั้นเพื่อให้การกำหนดโทษมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นผู้เขียนขอเสนอแนะแนวทางในการกำหนดโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละรายดังนี้

เสนอให้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา โดยเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของผู้พิพากษา เพื่อเป็นการสร้างหลักประกันว่าการกำหนดโทษของศาลกระทำด้วยความเป็นธรรม มีการกำหนดโทษที่ได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดและเหมาะสมกับจำเลย

เสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในหมวด 3 เรื่องโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย ส่วนที่ 1 เรื่องโทษโดยควรเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของผู้พิพากษาเพื่อเป็นการสร้างหลักประกันว่าการกำหนดโทษของศาลกระทำด้วยความเป็นธรรมมีการกำหนดโทษที่ได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดและเหมาะสมกับจำเลยดังนี้

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 18 บัญญัติว่า “โทษสำหรับลงแก่ผู้กระทำความผิดมีดังนี้

- (1) ประหารชีวิต
- (2) จำคุก
- (3) กักขัง
- (4) ปรับ
- (5) ริบทรัพย์สิน

โทษประหารชีวิตและโทษจำคุกตลอดชีวิตมิให้นำมาใช้บังคับแก่ผู้ซึ่งกระทำความผิดในขณะที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี

ในกรณีผู้ซึ่งกระทำความผิดในขณะที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีได้กระทำความผิดที่มีระวางโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต ให้ถือว่าระวางโทษดังกล่าวได้เปลี่ยนเป็นระวางโทษจำคุกห้าสิบปี

ในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษจำเลยนั้นศาลต้องกำหนดโทษให้เหมาะสมกับสภาพความผิด และคุณลักษณะของจำเลยและต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับจำเลยทั้งที่เป็นผลดี และผลเสียได้แก่ ความร้ายแรงของการกระทำความผิดผลกระทบของเหยื่ออาชญากรรมความประพฤติของจำเลย สาเหตุในการกระทำความผิด ความพยายามบรรเทาผลร้ายในคดี”

จัดทำมาตรฐานกลางในการลงโทษ (Sentencing guideline) โดยมีองค์ประกอบของคณะกรรมการที่มาจากผู้แทนผู้พิพากษาและผู้แทนจากหน่วยงานอื่น จัดตั้งเป็น “คณะกรรมการพิจารณาหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษ” เป็นองค์กรอิสระที่อยู่ภายใต้ฝ่ายตุลาการทั้งนี้ตัวแทนจากหน่วยงานอื่นต้องมีความเกี่ยวข้องกับกระบวนการกำหนดโทษหรือมีความรู้ความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับกระบวนการดังกล่าวได้แก่ เจ้าพนักงานอัยการ นักอาชญาวิทยา นักวิชาการ เจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์ ตำรวจตัวแทนจากกลุ่มผู้เสียหาย (การกำหนดโทษจะอาศัยแต่เพียงความรู้ทางนิติศาสตร์หรือการปรับใช้กฎหมายนั้นอาจไม่เพียงพอเห็นว่ามีควมจำเป็นที่จะต้องทำการบูรณาการความรู้จากศาสตร์อื่นๆ ประกอบด้วยซึ่งจะทำให้เกิดมุมมองและแนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดโทษในหลายๆ แง่มุมซึ่งจะทำให้การกำหนดโทษสอดคล้องกับสภาพสังคมมากยิ่งขึ้น) ซึ่งคณะกรรมการชุดนี้จะทำหน้าที่ในการศึกษาหลักเกณฑ์การ

กำหนดโทษและจัดทำแนวทางในการกำหนดโทษสำหรับความผิดอาญาในแต่ละฐานความผิด โดยระบุถึงขั้นตอนหลักเกณฑ์ และปัจจัยที่นำมาพิจารณาในการกำหนดโทษ ข้อมูลเกี่ยวกับตัวจำเลยทั้งในอดีตและปัจจุบัน

ผู้เขียนเห็นว่าบัญญัติตราโทษควรเป็นบัญญัติมาตรฐานการลงโทษสำหรับให้ศาลทั่วประเทศใช้เป็นคู่มือในการกำหนดโทษ แต่ไม่ใช่ข้อบังคับที่ศาลต้องยึดถือตามบัญญัติตราโทษ กล่าวคือการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลยังต้องยึดถือหลักเกณฑ์ในเรื่องวัตถุประสงค์ของการลงโทษ ปัจจัยที่ศาลต้องคำนึงถึงในการกำหนดโทษ และในกรณีที่ศาลจะกำหนดโทษให้แตกต่างไปจากที่บัญญัติตราโทษแนะนำไว้ ศาลต้องระบุเหตุผลในคำพิพากษา ว่าเหตุใดที่ผู้กระทำความผิดได้รับโทษแตกต่างจากบัญญัติตราโทษ เพื่อให้ผู้กระทำความผิดได้ทราบและเข้าใจเหตุผลของการกำหนดโทษ ทั้งนี้เพื่อให้คำพิพากษาของศาลเป็นที่ยอมรับได้ ไม่เป็นที่คลางแคลงใจว่าศาลกำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิดไม่เท่าเทียมกันในแต่ละคดี

นอกจากนี้ บัญญัติตราโทษควรเปิดเผยให้ประชาชนทั่วไปได้รับทราบเพื่อความโปร่งใสและตรวจสอบได้ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อกระบวนการยุติธรรม ประชาชนทั่วไปสามารถเข้าใจถึงเหตุผลในการกำหนดโทษของศาล สร้างความน่าเชื่อถือให้กับกระบวนการยุติธรรมมากกว่าที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน

การนำเสนอข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดเพื่อให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ ได้เหมาะสม

การกำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปการใช้ดุลพินิจดังกล่าวในข้อ 4.1 เป็นเพียงการสร้างหลักประกันว่าการกำหนดโทษได้กระทำด้วยความเป็นธรรมผู้พิพากษาได้ทำการกำหนดโทษโดยมีกฎหมายกำหนดกรอบการใช้ดุลพินิจอย่างชัดเจนแต่อย่างไรก็ตามการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาก็ยังจำเป็นต้องมีข้อมูล ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับคดี และข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวจำเลยอย่างเพียงพอเพื่อให้ศาลใช้เป็นข้อมูลในการกำหนดโทษได้อย่างถูกต้องและเป็นธรรม ในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นว่าองค์กรในหน่วยงานยุติธรรมต้องทำงานร่วมกันและให้ความสำคัญในการรวบรวมข้อมูลของผู้กระทำความผิดสำหรับใช้ในชั้นกำหนดโทษดังนี้

หากคดีใดศาลเห็นว่าข้อมูลข้อเท็จจริงเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดยังมีไม่เพียงพอ สำหรับการกำหนดโทษ ศาลสามารถทำการไต่สวนข้อมูลดังกล่าวได้ ตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 228¹⁹

คดีใดที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ฟ้อง ทุกคนจะต้องมีการสอบสวนโดยพนักงานสอบสวน เพื่อให้การสอบสวนและฟ้องร้องเป็นเนื้องานที่สอดคล้องเป็นเนื้อเดียวกัน ผู้เขียนเห็นว่าในประเด็นการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการในประเด็นเรื่องการนำเสนอข้อเท็จจริง ของจำเลยต่อศาลนั้นให้มีประสิทธิภาพ พนักงานสอบสวนควรตระหนักและเข้าใจหลักการเรื่องการให้ข้อมูลจำเลยอันเป็นประโยชน์ต่อศาลในการกำหนดโทษ พนักงานสอบสวนต้องรวบรวมประวัติความเป็นมาแห่งชีวิตและความประพฤติ ของจำเลยไว้ในสำนวนคดี และพนักงานอัยการจำต้องตรวจสอบข้อมูลดังกล่าวในชั้นตรวจสำนวนก่อนที่จะสั่งฟ้องคดีโดยหากไม่มีข้อมูลดังกล่าวพนักงานอัยการควรสั่งให้พนักงานสอบสวนทำการสอบสวนเพิ่มเติม ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 143 (2) (ก) เพื่อให้ศาลได้มีข้อมูลในการใช้ประกอบดุลพินิจในการกำหนดโทษ

ทุกคดีที่มีการฟ้อง เห็นควรกำหนดให้ พนักงานอัยการ, ทนายความฝ่ายจำเลยมีหน้าที่ในการนำเสนอข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวจำเลย เพื่อเป็นประโยชน์ต่อศาลในการกำหนดโทษที่เหมาะสมสำหรับจำเลย ซึ่งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 174 กำหนดไว้ว่า “...เมื่อสืบพยานจำเลยเสร็จแล้ว โจทก์และจำเลยมีอำนาจแถลงการณ์ปิดคดีของตนด้วยปาก หรือหนังสือ หรือทั้งสองอย่าง...” แต่เนื่องด้วยบทบัญญัติในมาตรานี้ ไม่ได้กำหนดชัดเจนว่าทุกคนจะต้องทำการแถลงการณ์ปิดคดี กล่าวคือ เป็นการให้สิทธิแก่คู่ความในการที่จะแถลงการณ์ปิดคดี ผู้เขียนเห็นว่าเพื่อให้การเสนอข้อมูลข้อเท็จจริง ประวัติภูมิหลังของผู้กระทำความผิดเข้าสู่สำนวนคดี ทำให้ศาลได้ใช้ข้อมูลดังกล่าวประกอบการกำหนดโทษเพื่อให้การกำหนดโทษนั้นมีความเหมาะสม และยุติธรรมสำหรับผู้กระทำความผิดแต่ละราย เห็นว่า ควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กล่าวคือหลังจาก

¹⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 228 บัญญัติว่า “ระหว่างพิจารณาโดยผลการหรือคู่ความฝ่ายใดร้องขอ ศาลมีอำนาจสืบพยานเพิ่มเติม จะสืบเองหรือส่งประเด็นก็ได้”

ที่ทำการสืบพยานจำเลย เสร็จแล้ว กำหนดให้พนักงานอัยการ ทนายความโจทก์ ทนายความจำเลยมีหน้าที่ในการนำเสนอข้อมูล ความเป็นมาแห่งชีวิต หรือ ความประพฤติอันเป็นอาชญาของจำเลยดังนี้

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 174/1 “ในคดีอาญาที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์พนักงานอัยการมีหน้าที่ในการนำเสนอข้อมูลอรรถวิสัยเฉพาะของจำเลยทั้งข้อมูลที่เป็นผลดีและผลเสียและนำเสนอโทษที่ควรลงแก่จำเลยเพื่อให้ศาลใช้ประกอบดุลพินิจในชั้นกำหนดโทษ

ผู้เสียหายในคดีอาญามีสิทธิในการยื่นคำแถลงการณ์เกี่ยวกับผลกระทบของเหยื่ออาชญากรรม

ทนายฝ่ายจำเลยมีหน้าที่ในการนำเสนอข้อมูลเกี่ยวกับความประพฤติ บุคลิก ประวัติของจำเลย เสนอต่อศาล”

ในมาตรา 174/1 วรรคสอง ผู้เขียนเห็นว่าเพื่อให้ศาลได้มีข้อมูลในการใช้สำหรับประกอบดุลพินิจในการกำหนดโทษ จำต้องรับฟังผลกระทบของเหยื่ออาชญากรรมซึ่งเป็นผู้ที่ได้รับผลจากการกระทำความผิดของจำเลยด้วย

ทนายความฝ่ายจำเลยถือเป็นผู้ที่ใกล้ชิดกับตัวผู้กระทำความผิดและเข้าถึงข้อเท็จจริง ข้อมูลประวัติ ความประพฤติของผู้กระทำความผิดมากที่สุด ดังนั้นเพื่อให้ศาลได้รับข้อมูลของผู้กระทำความผิดทนายความฝ่ายจำเลยต้องทำการนำเสนอข้อมูลข้อเท็จจริง ประวัติภูมิหลังของจำเลยให้ศาลได้ทราบในขั้นตอนสุดท้ายของการดำเนินคดี (แถลงการณ์ปิดคดี)

ดังนั้นการกำหนดโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิด มีความสำคัญต่อการป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดกลับไปกระทำความผิดซ้ำ ในการกำหนดโทษศาลจะต้องคำนึงถึงปัจจัยในการกำหนดโทษโดยพิจารณาจากร้ายแรงของอาชญากรรม (Objectivity) และคำนึงถึงตัวผู้กระทำความผิดในแต่ละราย (Subjectivity) กล่าวคือ การกำหนดโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดนั้นนอกจากการพิจารณาฐานความผิด ความร้ายแรงของอาชญากรรม ศาลจะต้องพิจารณาในส่วนข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับผู้กระทำความผิด สาเหตุแห่งการกระทำความผิด ลักษณะความรุนแรงแห่งการกระทำ และข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นภายหลังการกระทำความผิดด้วย เนื่องจากข้อเท็จจริงเกี่ยวกับประวัติความเป็นมาของผู้กระทำความผิด จะทำให้ทราบว่าผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดครั้งแรกหรือกระทำความผิดซ้ำและยังทำให้ทราบถึงสาเหตุแห่งการกระทำความผิด พฤติกรรม และสิ่งแวดล้อมของผู้กระทำความผิดอีกด้วย อันจะทำให้การกำหนดโทษทางอาญามีความเหมาะสมกับผู้กระทำความผิดมากยิ่งขึ้น

บรรณานุกรม

หนังสือ

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 17. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2561.

_____. ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง. พิมพ์ครั้งที่ 39. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2561.

_____. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 15. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2557.

คณิต ฌ นคร. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2555.

ณรงค์ ใจหาญ. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคหนึ่งว่าด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย. กรุงเทพมหานคร : มิตรนราการพิมพ์. 2534.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. ระบบกฎหมายเยอรมัน. เอกสารการสอนประกอบชุดวิชาการระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ หน่วยที่ 1-7 สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช. 2528.

ณัฐวิวัฒน์ สุทธิโยธิน. “หน่วยที่ 6 ทฤษฎีการลงโทษ.” ใน แนวการศึกษาชุดวิชากฎหมายอาญาและอาชญาวิทยา ชั้นสูง. สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช หน่วยที่ 1-7.

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ฉบับอ้างอิง. พิมพ์ครั้งที่ 18. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2561.

งานวิจัย/วิทยานิพนธ์

ณรงค์ ใจหาญ และคณะ. การกำหนดชั้นโทษและการนำไปปรับใช้ในประมวลกฎหมายอาญา. นนทบุรี : สถาบันวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรม สำนักกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม. 2551.

ธานี วรภัทร์. กฎหมายบังคับโทษในประเทศไทย : การบังคับโทษจำคุก. นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริธีพนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. 2552.

เกียรติภูมิ แสงศศิธร. “กระบวนการกำหนดโทษจำเลยคดีอาญา : เปรียบเทียบของไทยกับของต่างประเทศ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2533.

สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์จันพัฒน์. “รายงานการวิจัยเรื่องการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ.” สำนักวิชาการศาล.

ยุติธรรม สถาบันวิจัยและพัฒนาศักดิ์ สำนักงานศาลยุติธรรม. 2548

ศุภิชฌาย์ ศิริวัฒนา สีตะสิทธิ์. “แนวทางที่เหมาะสมในการลงโทษและแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดซ้ำในกระบวนการยุติธรรมไทย.” ดุขฎุฎินิพนธ์ปริญญานิติศาสตรดุขฎุฎีบัณฉิต คณະนิติศาสตร์ สถาบันบัณฉิตพัฒนบริหารศาสตร์. 2558.

บทความ

อุทธิศ สุภาพ. “การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลยุติธรรม.” ดุลพาห. เล่ม 2. ปีที่ 53. พฤษภาคม-สิงหาคม 2549 : 61-62

วิชา มหาคุณ. “ผู้พิพากษากับดุลพินิจในการลงโทษ.” ดุลพาห. เล่มที่ 2. ปีที่ 24. มีนาคม – เมษายน 2520) : 62-63



คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2
ถนนพระจันทร์ เขตพระนคร
กรุงเทพฯ 10200



คณะนิติศาสตร์
สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
118 ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น
เขตบางกระปิ กรุงเทพฯ 10240

