

วารสารกฎหมาย

นิติพัฒน์ นิด้า

NITIPAT NIDA LAW JOURNAL

ปีที่ 11 ฉบับที่ 1 มกราคม-มิถุนายน 2565

ISSN (Print) 2286-6787

ISSN (Online) 2730-2326

บทความ

นิติสุนทรียศาสตร์: เครื่องมือวิเคราะห์ความยุติธรรม

ทิชัมพร รอดชินเมือง

Problems regarding the fitness for trial in Thailand: A comparative study with the jurisdiction of England and Wales, and the Netherlands

Yada Dejchai Tianprasit

Non-Fungible Token และการคุ้มครองตามกฎหมายไทย

อรพัทธ์ วงศาโรจน์

การเสริมสร้างบทบาทหน้าที่ของผู้สอบบัญชีและคณะกรรมการตรวจสอบตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535

นเรศร์ เกษะประกร

ปัญหาการปล่อยตัวชั่วคราวในคดีอาญา : ศึกษากรณีการปล่อยตัวชั่วคราวโดยไม่มีหลักประกัน

ศุติยพงษ์ กิตติวัฒนานนท์

วารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิด้า
ปีที่ 11 ฉบับที่ 1 มกราคม – มิถุนายน 2565
คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์



NITIPAT NIDA Law Journal
Volume 11 No.1 January - June 2022
Graduate School of Law
National Institute of Development Administration

วารสารกฎหมายนิติพัฒน นิต้า

ปีที่ 11 ฉบับที่ 1 มกราคม – มิถุนายน 2565

บรรณาธิการ

อาจารย์ ดร.วิสาข่า ภู่อำรวง

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

รองบรรณาธิการ

นางสาวประภัตรา ปักกัถตั้ง

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

กองบรรณาธิการ

ศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

รองศาสตราจารย์นเรศร์ เกษะประกร

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

ศาสตราจารย์ ดร.พินัย ฦ นคร

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ศาสตราจารย์ ดร.สรารุช ปิตยาศักดิ์

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โชคเหมาะ

มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

รองศาสตราจารย์ ดร.สุปรียา แก้วละเอียด

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เสถียรภาพ นาหลวง

มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วริยา ล้าเลิศ

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

ผู้อำนวยการโครงการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กฤษฎากร ว่องวุฒิกุล

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

กองจัดการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อมรรัตน์ กุลสุจริต

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

อาจารย์ ดร.ธนัทเทพ เขียรประสิทธิ์

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

วัตถุประสงค์และขอบเขตการดำเนินงานของวารสาร

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

ประเภทของของผลงานวิชาการที่จะได้รับการตีพิมพ์ คือ บทความวิชาการ บทความวิจัย ปกิณกะกฎหมาย และแนะนำหนังสือ โดยบทความวิชาการและบทความวิจัย จะได้รับการประเมินจากกองบรรณาธิการและผู้ทรงคุณวุฒิจำนวน 3 ท่านที่ตรงตามสาขาวิชา โดยเป็นการประเมินแบบลับในลักษณะ double-blinded ซึ่งบทความต้องไม่เคยได้รับการตีพิมพ์ที่ใดมาก่อน การเผยแพร่วารสารกฎหมายนิติพัฒนา นิต้า มี 2 รูปแบบ กล่าวคือ เผยแพร่ในรูปแบบตัวเล่ม ซึ่งสามารถเข้าถึงได้ที่ห้องสมุด คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ หรือสั่งซื้อได้ที่ โครงการวารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ “นิติพัฒนา นิต้า” และเผยแพร่ในรูปแบบออนไลน์ ซึ่งสามารถเข้าถึงได้ที่เว็บไซต์ของ Thai Journal Online (ThaiJo)

เจ้าของ:	คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
สถานที่ติดต่อ:	อาคารบุญชนะ อตถการ ชั้น 5 เลขที่ 148 ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ ๑ 10240
โทรศัพท์:	02 727 3662 โทรสาร: 02 374 4731
E-mail:	nitipat_lawjournal@nida.ac.th

บทความหรือข้อความความคิดเห็นใด ๆ ที่ปรากฏในวารสารกฎหมายนิติพัฒนา นิต้า เป็นวรรณกรรมและความรับผิดชอบของผู้เขียนแต่ละท่านโดยเฉพาะ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ และกองบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นด้วยหรือร่วมรับผิดชอบใด ๆ

ออกแบบและพิมพ์ที่

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

แขวงบางแคเหนือ เขตบางแค กรุงเทพฯ ๑ 10160

โทรศัพท์ 0 2809 2281-3 โทรสาร 0 2809 2284

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

บทบรรณาธิการ

สวัสดีท่านผู้อ่านทุกท่าน วารสารกฎหมายนิติพัฒน์ ปีที่ 11 ฉบับที่ 1 เดือนมกราคม ถึง มิถุนายน ปี 2565 ได้รวบรวมบทความวิชาการและบทความวิจัยด้านกฎหมายในหลากหลายสาขา บทความแรก “นิติสุนทรียศาสตร์: เครื่องมือวิเคราะห์ความยุติธรรม” ผู้เขียนอาจารย์ทิมพร รอดชื่นเมือง เปิดมุมมองความเข้าใจในความเป็นมาและวิธีการศึกษากฎหมายเชิงวิพากษ์ผ่านศาสตร์แห่งสุนทรีย รวมถึงคุณค่าของนิติสุนทรียศาสตร์ในฐานะสาขาวิชาหนึ่งในนิติปรัชญาซึ่งเป็นเครื่องมือที่ใช้วิเคราะห์ความยุติธรรมในประเทศไทย บทความที่สอง “Problems regarding the fitness for trial in Thailand: A comparative study with the jurisdiction of England and Wales, and the Netherlands” ผู้เขียนอาจารย์ ดร. ญาติา เดชชัย เียรประสิทธิ์ ศึกษาวิจัยเปรียบเทียบเกณฑ์การทดสอบความสามารถในการต่อสู้คดีและบทบัญญัติอื่นที่เกี่ยวข้องกับความสามารถในการต่อสู้คดีของจำเลยในคดีอาญาในประเทศไทย อังกฤษ เวลส์ และ เนเธอร์แลนด์ อันนำมาสู่ข้อเสนอแนะแนวทางการแก้ไขบทบัญญัติในประเทศไทยที่เกี่ยวกับการทดสอบความสามารถในการต่อสู้คดีเพื่ออำนวยความสะดวกแก่จำเลยในคดีอาญาซึ่งประสบเงื่อนไขอันกระทบต่อความสามารถในการต่อสู้คดี บทความที่สาม “Non-Fungible Token และการคุ้มครองตามกฎหมายไทย” ผู้เขียน อรพัทธ์ วงศาโรจน์ สรุปภาพรวมของปรากฏการณ์ NFT ซึ่งผสมผสานโลกการสร้างสรรค์และการซื้อขายงานศิลปะเข้ากับเทคโนโลยีสมัยใหม่อย่างบล็อกเชนและข้อถกเถียงเกี่ยวกับประเด็นทางกฎหมายใหม่ที่อาจเกิดขึ้นจากปรากฏการณ์ดังกล่าว บทความที่สี่ “การเสริมสร้างบทบาทหน้าที่ของผู้สอบบัญชีและคณะกรรมการตรวจสอบตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535” ผู้เขียน รองศาสตราจารย์นเรศร์ เกษะประกกร ได้ศึกษาวิเคราะห์แนวทางการปฏิบัติที่ดี การสื่อสารและการประสานงานระหว่างผู้สอบบัญชีและคณะกรรมการตรวจสอบให้ปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างถูกต้องและส่งเสริมประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย บทความสุดท้ายของวารสารฉบับนี้เป็นเรื่อง “ปัญหาการปล่อยตัวชั่วคราวในคดีอาญา: ศึกษากรณีการปล่อยตัวชั่วคราวโดยไม่มีหลักประกัน” ผู้เขียน ทศิตพงษ์ กิตติวัฒนานนท์ วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการปล่อยตัวชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาโดยไม่มีหลักประกันในบริบทของประเทศไทย โดยศึกษาแนวคิดทฤษฎีและบทบัญญัติกฎหมายสหรัฐอเมริกาและสกอตแลนด์ รวมถึงข้อเสนอแนะเพื่อการปรับใช้ในประเทศไทย

บทความวิชาการและบทความวิจัยทุกชิ้นที่กองบรรณาธิการรับไว้พิจารณาไว้ตั้งแต่ฉบับที่ 1 ปี 2565 เป็นต้นไปจะได้รับการประเมินโดยผู้ทรงคุณวุฒิจำนวน 3 ท่าน วารสารกฎหมายนิติพัฒน์ ปีนี้ยังคงมุ่งมั่นในการดำเนินการกิจสำคัญของคณะนิติศาสตร์ในการเผยแพร่องค์ความรู้ทางวิชาการและปรับใช้องค์ความรู้ด้านกฎหมายเพื่อพัฒนาสังคม กองบรรณาธิการวารสารขอขอบคุณทุกท่านที่ให้การสนับสนุนการทำงานของวารสารและหวังเป็นอย่างยิ่งว่าผู้อ่านจะติดตามวารสารในฉบับต่อไป

บรรณาธิการวารสาร

สารบัญ

วารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิต้า ปีที่ 11 ฉบับที่ 1 มกราคม – มิถุนายน 2565

บทความ

หน้า

- นิติสุนทรียศาสตร์: เครื่องมือวิเคราะห์ความยุติธรรม 1
ทิฆัมพร รอดชั้นเมือง
- Problems regarding the fitness for trial in Thailand: A comparative study with the jurisdiction of England and Wales, and the Netherlands 13
Yada Dejchai Tianprasit
- Non-Fungible Token และการคุ้มครองตามกฎหมายไทย 35
อรพัทธ์ วงศาโรจน์
- การเสริมสร้างบทบาทหน้าที่ของผู้สอบบัญชีและคณะกรรมการตรวจสอบตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 52
นเรศร์ เกษะประกร
- ปัญหาการปล่อยตัวชั่วคราวในคดีอาญา : ศึกษากรณีการปล่อยตัวชั่วคราวโดยไม่มีหลักประกัน 76
ทศติยพงษ์ กิตติวัฒนานนท์
- คำแนะนำในการส่งบทความเพื่อพิจารณาตีพิมพ์ในวารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิต้า 94

นิติสุนทรียศาสตร์: เครื่องมือวิเคราะห์ความยุติธรรม Legal Aesthetics: An Analytical Tool for Justice

ทิฆัมพร รอดขันเมือง*

Tikumporn Rodkhunmuang

วันที่รับบทความ 3 พฤษภาคม 2565; วันแก้ไขบทความ 10 มิถุนายน 2565; วันตอบรับบทความ 15 มิถุนายน 2565

บทคัดย่อ

นิติสุนทรียศาสตร์ (Legal aesthetics) เป็นการผสมผสานระหว่างการศึกษานิติศาสตร์ (Legal science) กับปรัชญาบริสุทธิ์ (Pure philosophy) ในสาขาย่อยที่เรียกว่า สุนทรียศาสตร์ (Aesthetics) โดยบทความได้ทำการสำรวจองค์ความรู้เชิงวิพากษ์ตั้งแต่สุนทรียศาสตร์ในสาขาของศาสตร์บริสุทธิ์ทางปรัชญา การขยายพรมแดนการศึกษาสุนทรียศาสตร์ที่เกี่ยวกับสาขาวิชาอื่น ๆ เช่น ศิลปศาสตร์ สถาปัตยกรรมศาสตร์ วิทยาศาสตร์ทางสังคม มานุษยวิทยา รัฐศาสตร์ รวมถึงการประกอบสร้างความรู้ในวิชานิติศาสตร์หรือ วิทยาศาสตร์ทางกฎหมาย

การสำรวจองค์ความรู้สุนทรียศาสตร์ในโลกวิชาการตะวันตกเป็นส่วนที่ผลักดันให้เกิดความก้าวหน้าในการสร้างองค์ความรู้เรื่องนิติสุนทรียศาสตร์อย่างต่อเนื่อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งอิทธิพลทางการศึกษาสุนทรียศาสตร์ของนักคิดของสำนักหลังสมัยใหม่ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงพลังต่อการเปลี่ยนแปลง และการทำความเข้าใจต่อการศึกษากฎหมายในเชิงสุนทรียศาสตร์ ดังตัวอย่างที่ชัดเจน ได้แก่ การศึกษารรณกรรมกับกฎหมาย การศึกษากฎหมายผ่านแว่นตาของนักเขียนการ์ตูนและเรื่องข้ามัน พร้อมทั้งบทความนี้ได้ชี้ให้เห็นแนวโน้มของการขยายตัวของการทำงานนิติสุนทรียศาสตร์ที่กว้างขวางและลุ่มลึกมากขึ้น รวมทั้งชี้ให้เห็นประเด็นในการสร้างข้อถกเถียงทางกฎหมายร่วมสมัยด้วยผ่านมุมมองของความดี ความงามและความจริง

คำสำคัญ: อรรถปริวรรตศาสตร์, สุนทรียศาสตร์, นิติศึกษา

* อาจารย์ประจำสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

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

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

Abstract

Legal aesthetics is a combination between the studies of legal science and pure philosophy, particularly in its branches so-called aesthetics. This article is aiming at critical survey from its originality of pure philosophy until the boundary of knowledge concerning the other sciences such as fine arts, architecture, sociology, anthropology, political sciences and also the deconstruction of the law or legal science itself.

The knowledgeable observation of law and aesthetics in the westernized world has obviously been established the progressive development of the continuing legal aesthetics. Especially, the influence of the aesthetical studies of the philosophers of the post-modern school has clearly indicated that the transformative dynamic and the understanding of the studies of the legal science and aesthetics. For instance, the study between the law and literature, the perspective of legal studies under the perspective of comics and hilarious narratives. As a result, this article also illustrated the increasingly proliferated trends in the studies of legal aesthetics in both extensively and profoundly. Last but not least, this article raised the crucially legal issues underneath the lens of the sublime, the beauty and the truth.

Keywords: hermeneutics, aesthetics, legal studies

บทนำ

การศึกษาปรัชญา (Philosophy) เป็นศาสตร์ที่ทรงคุณค่าต่อการเสริมสร้างมุมมอง วิธีคิดและการวิเคราะห์ความรู้ในทุกสาขาวิชา นับตั้งแต่วิทยาศาสตร์ สังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ หากพิจารณาปรัชญาในฐานะของศาสตร์แห่งความรู้ที่ต้องเกิดจากความรึกนั้น สามารถแบ่งออกได้อย่าง 2 รูปแบบคือปรัชญาบริสุทธิ์และปรัชญาประยุกต์ ซึ่งการศึกษาทั้งสองรูปแบบมีการพัฒนาการอย่างรวดเร็วนับตั้งแต่มีการกำเนิดขึ้นของวิชาปรัชญา แต่วิวัฒนาการของวิชาปรัชญาที่เรียกว่า ปรัชญาบริสุทธิ์ ซึ่งประกอบด้วย ภาววิทยา (Ontology) ญาณวิทยา (Epistemology) จริยศาสตร์ (Ethics) ตรรกศาสตร์ (Logics) และสุนทรียศาสตร์ (Aesthetics)¹ ปรัชญาบริสุทธิ์เหล่านี้ดูเหมือนจะค่อย ๆ เลื่อนรางและจางหายไปจากระบบการศึกษาปรัชญาที่อ้างอิงถึงภาษาโบราณ การแสวงหารากเหง้าของความรู้ การตีความ การวิเคราะห์และการสังเคราะห์ความรู้ที่ต้องใช้วิธีการของการขบคิดและถกเถียงเพื่อให้เกิดความรู้บริสุทธิ์ชนิดใหม่ขึ้น

การศึกษาปรัชญาประยุกต์ (Applied philosophy) เป็นสาขาวิชาที่พัฒนาอย่างรวดเร็วพร้อม ๆ กับการเกิดขึ้นของสาขาวิชาใหม่ ๆ บนโลกของการศึกษาชั้นสูง หากพิจารณาการศึกษาในเชิงมนุษยศาสตร์ การเกิดของปรัชญาประยุกต์ในสาขาวิชาใหม่ดูเหมือนจะเกิดขึ้นมาพร้อมกับสาขาวิชาเหล่านั้น เช่น การเกิดขึ้นของสาขาวิชาภาษาศาสตร์ (Linguistics) มักจะมาพร้อมกับปรัชญาภาษาศาสตร์ (Philosophy of linguistics) การเกิดขึ้นวรรณกรรมเปรียบเทียบ (Comparative literature) ก็เกิดขึ้นพร้อมกับการเกิดขึ้นของปรัชญาวรรณกรรมเปรียบเทียบ (Philosophy of comparative literature) เฉกเช่นเดียวกันหากพิจารณาในเชิงสังคมศาสตร์ การเกิดขึ้นของสังคมวิทยาเพศภาวะ (Sociology of gender) มักจะมาพร้อมกับปรัชญาของสังคมวิทยาเพศภาวะ (Sociological philosophy of gender) หรือการเกิดขึ้นของมานุษยวิทยาดิจิทัล (Digital anthropology) ก็กับการเกิดขึ้นของปรัชญาของมานุษยวิทยาดิจิทัล (Philosophy of digital anthropology) รัฐศาสตร์อันเป็นสาขาวิชาที่เข้มแข็งมากสาขาวิชาหนึ่งของโลกวิชาการ การปรากฏตัวของการศึกษาปรัชญาการเมือง (Philosophy of politics) ปรัชญาของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ (Philosophy of international relations) อันถือได้ว่าเป็นเครื่องมือที่สร้างมุมมองใหม่ทำให้เกิดความก้าวหน้าในการศึกษาวิชารัฐศาสตร์อย่างยิ่ง ตัวอย่างทั้งหมดจะเห็นได้ว่าพัฒนาการของปรัชญาประยุกต์มีวิวัฒนาการอย่างเร่งรีบพร้อมกับสาขาวิชาที่เกิดขึ้นในโลกที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว

การสำรวจองค์ความรู้ทางนิติสุนทรียศาสตร์จึงทำหน้าที่สองประการหลัก อันได้แก่ ประการแรก การสำรวจพัฒนาการของสุนทรียศาสตร์ ในสาขาวิชาบริสุทธิ์อันมีความเฉพาะอย่างยิ่งในตัวเอง และการเชื่อมโยงองค์ความรู้ในสาขาวิชานิติศาสตร์อันเป็นสาขาที่มีพัฒนาการในโลกตะวันตกอย่างรวดเร็ว เพื่อปรับตัวให้เกิดความเท่าทันต่อการเปลี่ยนแปลงของโลกสมัยใหม่กับความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี เช่น การศึกษากฎหมายกับปัญญาประดิษฐ์ กฎหมายกับกระบวนการพัฒนาหุ่นยนต์ เป็นต้น โดยการสำรวจองค์ความรู้เบื้องต้นจะแบ่งออกเป็นหัวข้อหลัก ๆ อันได้แก่ สุนทรียศาสตร์ในฐานะศาสตร์อันบริสุทธิ์ของปรัชญาอันเชื่อมโยงความรู้กับสาขาวิชาอื่น ๆ นิติสุนทรียศาสตร์ในฐานะเครื่องมือและมุมมองใหม่ ๆ ในการศึกษากฎหมายในโลกวิชาการทางนิติศาสตร์ ตัวแบบของการใช้สุนทรียศาสตร์ทางกฎหมายโดยศึกษาผ่านตัวอย่างที่มีพัฒนาการที่สำคัญในเชิงรูปแบบจารีตดั้งเดิม เช่น การศึกษาคำพิพากษาของศาลสูงสุดของประเทศสหรัฐอเมริกา เสรีภาพในการพูด นิติสุนทรียศาสตร์ผ่านการ์ตูนและเรื่องขำขันแห่งความเป็นมนุษย์ และสุดท้ายคือ แนวโน้มในการศึกษากฎหมายในเชิงสุนทรียศาสตร์ร่วมสมัย บทความนี้ได้อธิบายเรื่อง

¹ Stephen Law, *The Great Philosophers: The Lives and Ideas of History's Greatest Thinker* (Quercus 2016); Nigel Warburton, *A Little History of Philosophy* (Yale University Press 2012) 1-260.

ความงามในมุมมองของกฎหมาย และกฎหมายในมุมมองของความงาม และเริ่มทำความเข้าใจจากการศึกษาสุนทรียศาสตร์ในฐานะของปรัชญา

สุนทรียศาสตร์ในฐานะศาสตร์ของปรัชญา

หากพิจารณา “สุนทรียศาสตร์” ในฐานะของปรัชญาบริสุทธิ์แล้วนั้น ศาสตร์ของปรัชญาบริสุทธิ์จะจำแนกว่าสุนทรียศาสตร์เป็นศาสตร์แห่งการให้คุณค่า เป็นปรัชญาสาขาย่อย ๆ สาขาหนึ่งคุณวิทยา (Axiology) กล่าวคือ การใช้สุนทรียศาสตร์ในการตัดสินและการให้คุณค่าของสิ่งต่าง ๆ ซึ่งเป็นความยุ่งยากในการตัดสินปัญหา เป็นเรื่องของความพึงพอใจซึ่งไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน โดยสรุปแล้ว สุนทรียศาสตร์เป็นการพิจารณาปัญหาว่าด้วยเรื่องคุณค่า หรือคุณค่าของการตัดสินซึ่งเป็นเรื่องอัตวิสัย

สุนทรียศาสตร์ เป็นสาขาทางปรัชญาที่มีการตั้งคำถามต่อเรื่องราวหรือความรู้ต่าง ๆ ผ่านคุณลักษณะของความดี ความงามและความจริงอันเกิดขึ้นจากการรับรู้ เรียบเรียง ถกเถียงและขบคิดของมนุษย์ สุนทรียศาสตร์ได้ทำหน้าที่เป็นวิชาที่ส่งเสริมและสร้างการรับรู้ในเชิงศิลปะมาอย่างยาวนาน นับตั้งแต่ การตั้งคำถามเกี่ยวกับความงามในงานศิลปะในทุก ๆ แขนง เช่น การตั้งคำถามเกี่ยวกับความงามในยุคสมัยนักปรัชญากรีก เป็นต้น การพัฒนาการสังเคราะห์ความรู้ด้านความงามของมนุษย์ที่เกิดจากการตั้งคำถามง่าย ๆ จนไปถึงข้อถกเถียงในทางปรัชญาที่มีความลุ่มลึก เช่น อะไรคือความดีงามอันสูงสุดของความเป็นมนุษย์ เป็นต้น ดังเช่นงานศึกษาของ Noël Carroll² ที่กล่าวไว้ว่า การนำสุนทรียศาสตร์มาเป็นแกนกลางในการตั้งคำถามที่ไปไกลกว่าการศึกษาปรัชญาบริสุทธิ์ คำตอบที่ได้จากคำถามทางสุนทรียศาสตร์เหล่านั้นจะมีมูลค่าทางความคิดที่เพิ่มขึ้นและมีคุณค่ามากขึ้นส่งผลต่อการศึกษาวงวิชาการอย่างยิ่ง

แนวทางในการศึกษาสุนทรียศาสตร์ตามนักทฤษฎีแนวดั้งเดิม การให้นิยามความหมายของสุนทรียศาสตร์ อย่างเช่น Gordon Graham กล่าวว่า สุนทรียศาสตร์ คือ การวิจารณ์งานศิลปะ ซึ่งมีเป้าประสงค์ในการอธิบายและการตีความงานศิลปะส่วนบุคคล รวมถึงการศึกษาประวัติศาสตร์ศิลปะ และการสร้างทฤษฎีทางศิลปะขึ้นมาในวงวิชาการ³ หากพิจารณาตามความเข้าใจของนักคิดในยุคดั้งเดิม จะพบว่างานทางสุนทรียศาสตร์จะมีความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกับงานทางด้านจิตรศิลป์ งานด้านสถาปัตยกรรม งานศิลปะบริสุทธิ์ อันเป็นหัวใจที่คับแคบในการศึกษางานในยุคหลังสมัยใหม่ต่อไป เพราะว่าสุนทรียศาสตร์ได้แทรกซึมเข้าไปในเกือบทุกสาขาวิชาไม่เพียงแต่งานทางด้านศิลปะเท่านั้น ความคิดทางสุนทรียศาสตร์สามารถแสดงออกได้ในเชิงวาทศิลป์ กล่าวคือ การตั้งคำถามที่ไม่ต้องการคำตอบ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ความก้าวหน้าในการอธิบายความสัมพันธ์ระหว่างนิติศาสตร์กับสุนทรียศาสตร์เป็นหัวใจหลักสำหรับการสร้างความรู้ในบทความนี้ ดังนั้น สุนทรียศาสตร์ หมายถึงศาสตร์ว่าด้วยความงามและทฤษฎีว่าด้วยความงาม ซึ่งความงามในที่นี้คือ สิ่งที่กำหนดยืนยันผ่านสัจธรรม คุณค่า เหตุผล และความยุติธรรม โดยที่ความยุติธรรมเองทำหน้าที่เป็นแกนกลางและหัวใจสำคัญของการศึกษานิติศาสตร์ รวมถึงแกนของการศึกษาปรัชญาการเมืองด้วยเช่นกัน

หากพิจารณาจากแนวความคิดทางสุนทรียศาสตร์ของนักคิดหลังสมัยใหม่ เจกแซ็ง Jacques Rancière อธิบายว่า สุนทรียศาสตร์ หรือการศึกษาถึงความสวยงามซึ่งเป็นการศึกษาเชิงรูปแบบของความไม่สมบูรณ์ เป็นสาเหตุให้สาขาวิชาสุนทรียศาสตร์ไม่ได้รับชื่อเสียงที่ดีงามแต่อย่างใด เพราะสุนทรียศาสตร์ทำหน้าที่ในฐานะปรัชญาเฉพาะที่แย่งชิงการสร้างความหมายของงานศิลปะและการตัดสินคุณค่าในเชิงรสนิยม⁴ พร้อมทั้ง Jacques Rancière ได้กล่าวเพิ่มเติมว่า สุนทรียศาสตร์ไม่ได้มีอาณาบริเวณของความคิดในการศึกษาที่มีวัตถุประสงค์การศึกษาคือความรู้สึกอีกต่อไป หากแต่สุนทรียศาสตร์เป็นวิธีคิดที่อาจจะมีการสร้างขัดแย้งในเชิง

² Noël Carroll, *Beyond Aesthetics: Philosophical Essays* (Cambridge University Press 2001) 1-5.

³ Gordon Graham, *Philosophy of the Arts: An Introduction to Aesthetics* (Routledge 1997) 1.

⁴ Jacques Rancière, *Aesthetics and Its Discontents* (Polity 2009) 1.

การรับรู้ หรือประสาทสัมผัสของมนุษย์อีกด้วย⁵ นอกจากนี้ วิธีวิทยาในการศึกษาสุนทรียศาสตร์ในฐานะเครื่องมือในการทำความเข้าใจสังคมศาสตร์อื่น ๆ เช่น Michel Foucault⁶ เป็นต้น และอิทธิพลทางความคิดในการศึกษาสุนทรียศาสตร์ที่ได้ก้าวล่วงไปเป็นหัวใจในการวิเคราะห์ทฤษฎีการเมือง รวมถึงการเมืองระหว่างประเทศซึ่งจะได้นำเสนอตัวอย่างการศึกษาต่อไป

หากพิจารณาเรื่องสุนทรียศาสตร์ผ่านการพินิจวิเคราะห์เรื่องทฤษฎีการเมืองนั้น จะพบว่า การถกเถียงเรื่องสุนทรียศาสตร์ในทางการเมืองเริ่มกลับมามีบทบาทสำคัญอีกครั้งหนึ่งในการถกเถียงประเด็นทางการเมืองแบบหลังสมัยใหม่ ตัวอย่างเช่น การเสนอข้อถกเถียงหรือการสร้างประเด็นโต้แย้งเพื่อสร้างองค์ความรู้ด้านสุนทรียศาสตร์การเมือง⁷ โดยการนำเสนอรูปแบบการถกเถียงรูปแบบที่ 1 ระหว่าง Ernst Bloch กับ Georg Lukás เพื่อเสนอรูปแบบการถกเถียงรูปแบบที่ 2 เพื่อการสร้างและต่อประเด็นข้อถกเถียงระหว่าง Georg Lukás กับ Bertolt Brecht ผ่านนักปรัชญาคนต่อมา กล่าวคือ Walter Benjamin และมีการคัดค้านกับแนวความคิดสุนทรียศาสตร์ทางการเมืองผ่านรูปแบบที่สามหรือนักคิดคนที่สาม ได้แก่ Theodor W. Adorno เพื่อสรุปวอยอดความคิดที่มีต่อการศึกษาสุนทรียศาสตร์ทางการเมือง ทั้งนี้ รูปแบบการสร้างข้อถกเถียงและข้อโต้แย้งสำหรับการใช้สุนทรียศาสตร์กับสาขาวิชาการปกครอง เป็นตัวอย่างที่มีเนื้อหาอันเทียบเคียงได้กับการศึกษาวิชานิติศาสตร์ เพื่อสร้างองค์ความรู้นิติสุนทรียศาสตร์พร้อมทั้งการเพิ่มมุมมองทางนิติศาสตร์ให้มีความแหลมคมมากยิ่งขึ้น ดังนั้น รูปแบบการถกเถียงในเชิงสุนทรียศาสตร์กับนิติศึกษามีความจำเป็นอย่างยิ่งในการเพิ่มมุมมองของความงามในการศึกษากฎหมาย

นอกจากนี้ งานศึกษาของ David Aram Kaiser⁸ ได้อธิบายให้เห็นความสัมพันธ์ระหว่างพื้นที่ทางการเมือง (Political space) และสุนทรียศาสตร์ (Aesthetical space) ผ่านแนวความคิดเรื่อง ความทันสมัย (Modernity) อัตวิสัย (Subjectivity) เสรีนิยม (Liberalism) และชาตินิยม (Nationalism) เพื่อนำมาสู่การสร้างคำอธิบายว่าด้วยเรื่อง สุนทรียรัฐ (Aesthetics' state) และสร้างข้อสรุปเรื่อง สุนทรียศาสตร์ทางการเมือง (The aesthetic politics) การทำความเข้าใจงานเรื่องสุนทรียศาสตร์ทางการเมืองขึ้นสำคัญแห่งยุคสมัยที่ศึกษาโดย Jacques Rancière⁹ ได้ชี้ให้เห็น การทำความเข้าใจในการใช้แว่นของสุนทรียศาสตร์ในการมองประเด็นปรัชญาการเมืองสำคัญ ๆ อันได้แก่ วิธีวิทยาทางประวัติศาสตร์ (Historical methodology) ความเป็นสากล (Universality) ความเท่าเทียมกัน (Equality) ตัวอย่างเช่น การมองความเท่าเทียมกันในฐานะเครื่องมือในการขับเคลื่อนศิลปะร่วมสมัยผ่านการพูด การให้ความหมาย การแสดงออกซึ่งความเท่าเทียมกันในระบบประชาธิปไตย (Democratic equality)¹⁰ เป็นต้น จะเห็นว่า หากพิจารณาหลักการสำคัญที่ปรากฏในการศึกษากฎหมายผ่านมุมมองทางสุนทรียศาสตร์ จะสามารถเพิ่มหลักการการศึกษาทางนิติศาสตร์ได้มากขึ้น

การศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างประเทศด้วยวิธีการศึกษาแบบสุนทรียศาสตร์เป็นอีกรูปแบบหนึ่งที่ใช้เป็นวิธีวิทยาสมัยใหม่ เพื่อทำความเข้าใจและวิเคราะห์ปรากฏการณ์ในกิจการระหว่างประเทศ¹¹ เช่น การศึกษาสุนทรียศาสตร์ในค่ายกักกันของชาว Auschwitz ที่เป็นโศกนาฏกรรมของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

⁵ ibid 11.

⁶ Michael Foucault, *Aesthetics, Method, and Epistemology*, in James D. Faubion (ed.) and Robert Hurley (tr.) (The New Press 1998) 1-5.

⁷ Ernst Bloch, Georg Lukás, Bertolt Brecht, Water Benjamin and Theodor Adorno, *Aesthetics and Politics* (Verso 2010)

⁸ David Aram Kaiser, *Romanticism, Aesthetics, and Nationalism* (Cambridge University Press 2004)

⁹ Jacques Rancière (n 4).

¹⁰ ibid 51-54.

¹¹ Roland Bleiker, *Aesthetics and World Politics* (Palgrave Macmillan 2009) 97-111.

ชานาซีในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 การศึกษาสุนทรียศาสตร์ในสงครามเย็น เป็นต้น ทั้งสองเหตุการณ์เป็นหน่วยวิเคราะห์เพื่อการศึกษาพัฒนาการของการเขียนประวัติศาสตร์นิพนธ์ของโลก โดยใช้ปรัชญาสุนทรียศาสตร์เป็นเครื่องมือในการวิเคราะห์เรื่องการเมืองของความทรงจำ อัตลักษณ์ และการก่อสร้างชุมชนในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และข้อค้นพบที่สำคัญ คือ การทำให้สุนทรียศาสตร์กลายเป็นความดีงามอันสูงสุดของการเมืองโลกไปในอีกทางหนึ่ง ดังนั้น การใช้สุนทรียศาสตร์เพื่อตีความความทรงจำร่วมกันของมนุษยชาติเพื่อเป็นทางออกของปัญหาโลกร่วมสมัย แสดงให้เห็นความสำคัญของการรื้อสร้างประวัติศาสตร์ในการอยู่ร่วมกันของมนุษยชาติได้อีกทางหนึ่ง เมื่อก้าวถึงการนำสุนทรียศาสตร์มาใช้ในการตีความกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อร่วมสร้างความทรงจำอันดีงามร่วมกันของมนุษยชาติ เฉกเช่นการนำแนวความคิดเรื่องสุนทรียศาสตร์มาใช้ในการประยุกต์ใช้ทางการเมืองระหว่างประเทศ

นิติสุนทรียศาสตร์ในฐานะมุมมองของการศึกษานิติศาสตร์

ความยุติธรรมเป็นรูปแบบของคุณธรรมอันสูงสุดที่นักกฎหมายหรือนักนิติศาสตร์ต่างแสวงหา สุนทรียศาสตร์ได้เปลี่ยนแปลงความยุติธรรมจากนักกฎหมายผู้ให้ที่มีลักษณะตายตัวมาสู่นักนิติสุนทรียศาสตร์ด้านความยุติธรรม¹² ความตั้งใจของนักนิติสุนทรียศาสตร์ คือ การทำให้ทนายความหรือนักศึกษากฎหมายได้รับสุนทรียศึกษา หากพิจารณาจากนิตินิติศาสตร์ผ่านสุนทรียศาสตร์ นักสุนทรียศาสตร์นิยามว่า นิตินิติศาสตร์ว่าเป็นศาสตร์แห่งความแข็งแกร่งต่าง กฎหมายเป็นเพียงศาสตร์แห่งความรุนแรง และศาสตร์แห่งการลงโทษเท่านั้น แต่ Adam Gearey เสนอว่า กฎหมาย คือ งานศิลปะแขนงหนึ่ง¹³ และนิตินิติศาสตร์ คือ ศาสตร์ที่มีความจำเป็น การทำความเข้าใจสุนทรียศาสตร์อย่างยิ่ง

นิตินิติศาสตร์ เมื่อแยกพิจารณาแล้ว ทำให้พบว่า สุนทรียศาสตร์อาจจะไม่ใช่เครื่องมือในการวิเคราะห์ศิลปะเพียงเท่านั้น และเมื่อเชื่อมโยงเข้ากับนิตินิติศาสตร์ จะพบว่าชีวิต โลก ประสบการณ์ อารมณ์ และความเข้าใจภายนอกที่เข้าไปผสมผสานกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายอีกมาก ดังนั้น การทำให้นิตินิติศาสตร์ทำงานได้ในทั้งระบบของนิตินิติศาสตร์ที่ผสมผสานกับความรู้ทางสุนทรียศาสตร์ คือ การปล่อยให้ความเข้าใจที่มีต่อโลกภายในและโลกภายนอกผ่านสุนทรียศึกษาได้ทำงานอย่างเต็มที่ระหว่างการพิจารณาหรือการวินิจฉัยวิเคราะห์ความรู้ทางนิตินิติศาสตร์ เช่น การอ่านกฎหมายในฐานะของงานวรรณกรรม¹⁴ เป็นต้น

สุนทรียศาสตร์ได้ทำการอธิบายปรากฏการณ์ และแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างนักปรัชญาและนักกฎหมาย¹⁵ ดังเช่น งานศึกษาของ Immanuel Kant เป็นงานชิ้นสำคัญที่ชี้ให้เห็นวิวัฒนาการของวาทกรรมเรื่องเสรีภาพ ผ่านการสร้างเงื่อนไขด้านอิสรภาพในการจินตนาการ อันเป็นองค์ประกอบที่สำคัญในการเชื่อมโยงระหว่างความคิดสร้างสรรค์และเสรีภาพของมนุษย์¹⁶ ดังนั้น ปรากฏการณ์ในการทำความเข้าใจต่อความคิดเชิงสร้างสรรค์ของมนุษย์จึงเป็นสิ่งที่ลึกลับอยู่ระหว่างการทำงานในเชิงกระบวนการคิดของนักปรัชญาและนักกฎหมาย ถ้านักกฎหมายและนักสุนทรียศาสตร์สามารถทำงานได้เป็นระนาบเดียวกันหรือมี

¹² Adam Gearey, *Law and Aesthetics* (Hart 2001) preface.

¹³ *ibid* 2.

¹⁴ นักคิดในโลกวิชาการตะวันตกที่ทำงานอย่างหนักในการพัฒนาสาขาองค์ความรู้ที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับวรรณกรรม ได้แก่ Ronald W. Dworkin และ Richard A. Posner เป็นต้น ดังปรากฏในงานชิ้นสำคัญของนักคิดทั้งสอง อันได้แก่ Richard A. Posner, *Law and Literature* (Harvard University Press 2009) และ Ronald W. Dworkin, *Law's Empire* (Harvard University Press 1988) เป็นต้น

¹⁵ Graham McFee, *Artistic Judgement: A Framework for Philosophical Aesthetics* (Springer 2011) 45.

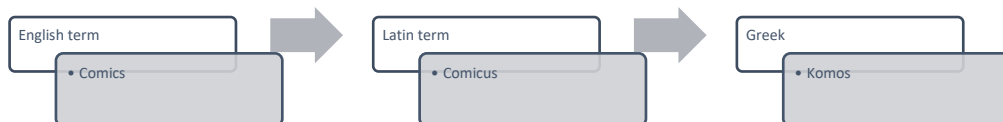
¹⁶ Jan Mieszkowski, *Labors of Imagination: Aesthetics and Political Economy from Kant to Althusser* (Fordham University Press 2006) 47.

ความสอดคล้องกันไป กระบวนการทางความคิดดังกล่าวจะส่งผลต่อพัฒนาการของนิติสุนทรียศาสตร์ได้มากขึ้น ในอีกหนึ่งลำดับ

การนำความรู้ด้านสุนทรียศาสตร์มาเป็นองค์ประกอบหลักในการศึกษาเรื่อง การตีความ ประวัติศาสตร์ และเรื่องเล่า โดยเฉพาะการตีความที่สืบเนื่องและเกี่ยวข้องด้วยเจตนารมณ์ เพื่อให้สอดคล้องกับความเข้าใจทางจริยธรรมทางสังคมและศีลธรรมนิยม (Social ethics and moralism)¹⁷ การตัดสินใจในทาง สุนทรียศาสตร์ที่จะต้องเข้ามาเกี่ยวข้องกับนิติวิธีนั้น ประเด็นที่จะต้องรวบรวมเอาพยานหลักฐานทาง สุนทรียศาสตร์เข้ามาเป็นส่วนสำคัญในการตีความเพื่อให้เกิดนิติสุนทรียศาสตร์แห่งการตีความ¹⁸ เช่น การตีความแบบนิตอรรถปริวรรตศาสตร์ (Legal hermeneutics)¹⁹ จะเป็นช่องทางในการตีความกฎหมายเพื่อ เพิ่มพูนสุนทรียศาสตร์เข้ามาในการศึกษาตัวบทกฎหมายได้อย่างดี เป็นต้น

การนำสุนทรียศาสตร์มาศึกษาเป็นการเฉพาะในวงการวิชานิติศึกษาทำให้การศึกษานิติสุนทรียศาสตร์ มีความแตกต่างออกไปจากการศึกษากฎหมายในเชิงเทคนิค เช่น การตีความ การปรับตัวบทกฎหมาย เป็นต้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งนิติสุนทรียศาสตร์แห่งคำพิพากษาไม่ได้เป็นแค่เทคนิคของผู้เชี่ยวชาญ²⁰ ด้านการเขียน หรือ การเรียบเรียงคำพิพากษานั้น การศึกษาถึงคำพิพากษาที่ถูกต้องอันประกอบไปด้วยความดี ความงามและความจริงปรากฏในคำพิพากษาคือการสร้างงานศิลปะในการเขียนคำพิพากษา เพราะว่าการอนุมานเอาจากคำ พิพากษาบรรทัดฐานในคดีคล้าย ๆ กันนั้น ว่าเป็นต้นเหตุเดียวกันและจะมีผลลัพธ์เฉกเช่นเดียวกันจะนำมาซึ่ง ผลลัพธ์ในการเขียนคำพิพากษาที่ถูกต้อง²¹ ย่อมสรุปได้ว่าคำพิพากษาดังกล่าวไม่อาจจะสร้างความเป็น สุนทรียศาสตร์ในคำพิพากษาดังกล่าวได้ ดังเช่นข้อสรุปของ Adam Gearey ได้เสนอว่า คำพิพากษาเป็นงาน ศิลปะในการประกอบสร้างตัวบทกฎหมาย²²

แนวความคิดอีกประการหนึ่งในการศึกษานิติสุนทรียศาสตร์ ได้แก่ แนวความคิดเรื่อง *Juris Comicus* มีรากคำมาจากภาษาอังกฤษคือ *comics* รากภาษาละตินได้แก่ *comicus* และรากภาษากรีก ได้แก่ *komos* พัฒนาการในเชิงภาษาศาสตร์ปรากฏ ดังแผนภาพด้านล่าง



แผนภาพที่ 1 พัฒนาการทางภาษาศาสตร์ของ *Juris Comicus*

¹⁷ Noël Carroll (n 2).

¹⁸ Graham McFee (n 15) 129-131.

¹⁹ Legal hermeneutics แปลว่า นิตอรรถปริวรรตศาสตร์ โดยผู้เขียนบทความเอง ซึ่งการศึกษานิติศาสตร์แนวอรรถปริวรรตศาสตร์ เริ่มจากงานสมัยใหม่ของ Francis J. Mootz III โดยทำการศึกษาแบบ Grounded theory ในบทความชื่อว่า “The Ontological Basis of Legal Hermeneutics: A Proposal Model of Inquiry Based on the Work of Gadamer, Habermas and Ricoeur” (1998) 68. Boston University Law Review และ “The New Legal Hermeneutics.”; Ralf Poscher, “The Hermeneutics of Law: An Analytical Model for a Complex General Account” in Michael Forster and Kristin Gjesdal (eds.), *The Cambridge Companion to Hermeneutics*. (Cambridge University Press 2019) 326-353. รวมถึงงานศึกษาชิ้นสำคัญ อันได้แก่ Gregory Leyh, *Legal Hermeneutics: History, Theory, and Practice* (University of California Press 1992)

²⁰ Graham McFee (n 15) 46.

²¹ ibid 76.

²² Adam Gearey (n 12) 12.

จากแผนภาพที่ 1 ได้แสดงให้เห็นของวิวัฒนาการของคำว่า *Komos*²³ อย่างชัดเจนอันเป็นคำที่ประกอบไปด้วยความเป็นธรรมชาติ (Spontaneity) และงานรื่นเริง (Festivity) ถ้าหากพิจารณา *Komos* ในเชิงนิติศาสตร์ จะพบว่า *Komos* เป็นการบังคับใช้ในทางนิติศาสตร์ กล่าวคือ การใช้กฎหมายเพื่อให้เกิดความแม่นยำ ความพิเศษของภาษาที่ใช้และการยืนยันในหลักการทั่วไปอย่างถูกต้อง ทำให้ *Komos* เป็นสิ่งที่มีมูลค่าเพิ่มเพื่อการทำความเข้าใจเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายอย่างเป็นทางการ รวมถึงได้รับการพัฒนาให้กลายเป็นบรรทัดฐานสากลในทางกฎหมาย (Normative universal law) ดังนั้น แนวคิดในการศึกษานิติสุนทรียศาสตร์ว่าด้วยเรื่อง *Juris Comicus* จึงมีความเป็นสากล

นิติสุนทรียศาสตร์เป็นการทำงานร่วมกันของทฤษฎีและปฏิบัติการทางวาทกรรมของกฎหมาย โดยนิติสุนทรียศาสตร์ ยอมรับว่า ชีวิตในกฎหมายถูกกำหนดโดยหลักการและกฎเกณฑ์ที่จำกัดกิจกรรมและการปฏิบัติการต่าง ๆ ในชีวิตประจำวัน²⁴ อย่างไรก็ตาม ข้อท้าทายที่สำคัญของการศึกษานิติสุนทรียศาสตร์ คือ การผนวกรวมเอาการตีความที่หลากหลายโดยใช้สุนทรียศาสตร์ เพื่อมาเป็นหัวใจสำหรับการตีความอันก่อให้เกิดความเข้าใจรูปแบบกฎหมายที่ต่างจากเดิม ดังนั้น การตีความในรูปแบบอื่นที่มีความจำเป็นที่จะต้องสร้างความเข้าใจร่วมกันของวงการนิติศาสตร์มีความจำเป็นต่อการตอบรับต่อนิติสุนทรียศาสตร์และมีความจำเป็นอย่างยิ่งต่อการสร้างวัฒนธรรมนิติสุนทรียศาสตร์ด้วยเช่นกัน

การสร้างวัฒนธรรมนิติสุนทรียศาสตร์ (Culture of legal aesthetics) ถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของของแนวทางในการศึกษากฎหมายหรือนิติศาสตร์ ความเข้าใจที่มีต่อตัวบทกฎหมายหรือการตีความทางกฎหมายที่จำเป็นต้องยึดโยงกับปรากฏการณ์ทางสังคมร่วมสมัย ตัวอย่างเช่น การสร้างสาขาวิชานิติสุนทรียศาสตร์ทางกฎหมายในโลกทางวิชาการสะท้อนให้เราเห็นว่า การบังคับใช้กฎหมายในรูปแบบที่มีความหลากหลายออกไปจากความเห็ดแห่งของสาขาวิชานิติศาสตร์หรือนิติวิธีแบบดั้งเดิม ได้แก่ การตีความกฎหมายในเชิงแบบแผน เช่น รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด คำพิพากษา และนโยบายของรัฐ เป็นต้น โดยไม่ได้รวมเอาสุนทรียศึกษาเข้าไป ทำให้เกิดการลดทอนคุณค่าในทางกฎหมาย ดังนั้น รูปแบบที่หลากหลายเหล่านี้มีความจำเป็นที่ต้องอ้างอิงจากแหล่งข้อมูลอันประกอบไปด้วยความจริงอันทรงคุณค่า เพื่อจะได้เข้าถึง “ความยุติธรรม” ที่เป็นความดีงามอันสูงสุดได้²⁵ เฉกเช่นตัวแบบทางการใช้สุนทรียศาสตร์ทางกฎหมาย ดังตัวอย่างที่จะได้กล่าวต่อไป

ตัวแบบของการใช้สุนทรียศาสตร์ในกฎหมาย

ตัวอย่างของการใช้งานด้านสุนทรียศาสตร์ในฐานะของการเป็นเครื่องมือในการวิเคราะห์หรือกฎหมายแสดงให้เห็นถึงความซับซ้อนของศาสตร์วิชาที่มีนิติปรัชญาอันเป็นสาขาของปรัชญาประยุกต์ที่มาผสมผสานกับการศึกษานิติศาสตร์ที่เป็นปรัชญาบริสุทธิ์อันก่อให้เกิดกระบวนการคิดที่มีการซ้อนทับหลายชั้นจนไม่สามารถมองได้ในมิติเดียวอีกต่อไป หากต้องพิจารณาการศึกษานิติสุนทรียศาสตร์ในฐานะเป็นเครื่องมือในการศึกษานิติศาสตร์เชิงซ้อน เพราะไม่สามารถคลี่คลายให้เห็นได้อย่างง่ายดาย กล่าวคือ การศึกษากฎหมายที่ประกอบไปด้วยอารมณ์ ความรู้สึก ประสบการณ์ชีวิต และประสบการณ์ทางความคิด เป็นต้น ซึ่งไม่เหมือนกับนักวิชาการสายนิติศาสตร์ในแบบดั้งเดิมที่ได้ทำมาอย่างต่อเนื่องและยาวนาน

การศึกษา “ตัวแบบ” เพื่อชี้ให้เห็นว่ามีการพัฒนาต้นแบบของการนำเอาแว่นวิเคราะห์ทางสุนทรียศาสตร์เข้ามาศึกษานิติศาสตร์ในโลกวิชาการตะวันตกอย่างจริงจัง ผู้เขียนได้ยกตัวอย่างการศึกษา

²³ Thomas Giddens, *On Comics and Legal Aesthetics: Multimodality and the Haunted Mask of Knowing* (Routledge 2018) xvi.

²⁴ Adam Gearey (n 12) 86-124.

²⁵ Thomas Giddens (n 23) 2-3.

ทั้งสิ้น 3 กรณีด้วยกัน ได้แก่ การศึกษาคำพิพากษาสูงสุดของประเทศสหรัฐอเมริกา การศึกษาประเด็นเรื่องเสรีภาพในการพูดผ่านหลักการวิเคราะห์ในเชิงสุนทรียศาสตร์และกฎหมายกับการต้นและเรื่องราวตลกขบขันของชีวิตมนุษย์ ผู้เขียนบทความได้พยายามถอดรหัสรูปแบบแห่งการศึกษานิติสุนทรียศาสตร์ในโลกวิชาการตะวันตกออกมา ดังต่อไปนี้

กรณีศึกษาที่ 1 ตัวอย่างงานศึกษา Jan Mieszkowski²⁶ ทำให้ทราบว่า คำพิพากษาของศาลสูงสุดในประเทศสหรัฐอเมริกาในศตวรรษที่ 19 นั้น ได้บรรยายเรื่อง การให้สิทธิที่เท่าเทียมกันในการใช้ถนนหรือการใช้ช่องทางตามหลักการที่ว่า “แบ่งกันอย่างเสมอภาค” (Separate but equal) โดยศาลสูงสุดได้พิพากษายืนเพื่อให้ใช้สิทธิในการใช้ช่องทางในถนนระหว่างคนผิวสีดำและคนผิวสีขาว ซึ่งข้อต่อสู้ของในคำพิพากษาถึงการขัดต่อรัฐธรรมนูญฉบับเพิ่มเติมครั้งที่ 13 และครั้งที่ 14 ของประเทศสหรัฐอเมริกา จะเห็นได้ว่าการแยกออกซึ่งความงามและความจริงนั้นปรากฏชัดเจนในคำพิพากษาของศาลสูงสุดของประเทศสหรัฐอเมริกา

นอกจากนี้ นักวิชาการอย่าง Stanley Fish²⁷ ได้เขียนสรุปข้อโต้แย้งไว้ในงานของเขาเรื่อง *The Trouble with Principles* พร้อมกับการตั้งข้อสังเกตที่น่าสนใจไว้ด้วย กล่าวคือ การที่ศาลสูงสุดของประเทศสหรัฐอเมริกายืนยันหลักการ “แบ่งกันอย่างเสมอภาค” เพื่อการบังคับการแบ่งแยกสีผิวในช่องทางการเดินบนถนนอย่างชัดเจน ซึ่งในความเป็นจริงไม่ปรากฏหลักฐานในเชิงประจักษ์ว่าเป็นการแบ่งแยกดังกล่าวเป็นไปเพื่อรองรับและสนับสนุนหลักการใด แต่เป็นการยืนยันการมีอยู่ถึงความแตกต่างในประเด็นด้านสีผิวในประเทศสหรัฐอเมริกาอย่างแท้จริง ด้วยการเอาป้ายแห่งปมด้อยมาแปะให้ปรากฏชัดเจนมากยิ่งขึ้นผ่านคำพิพากษาของศาลสูงสุด ซึ่งไม่มีหลักการและเหตุผลในทางกฎหมายรองรับแต่อย่างใด

ทั้งนี้ Stanley Fish ได้ทำการอธิบายเพิ่มเติมด้วยว่า ความผิดพลาดที่เกิดขึ้นในการเขียนหรือการบังคับใช้คำพิพากษานั้นถือได้ว่าเป็นเรื่องธรรมชาติ และเป็นเรื่องที่ยากต่อการสร้างคำอธิบายเพื่อให้คำพิพากษานั้นมีความถูกต้องและเข้าถึงความดีงามอันสูงสุด แต่คำพิพากษานำกฎหมายมาเขียนหรือบังคับใช้หรือหลักกฎหมายที่คำพิพากษาสร้างขึ้นนั้น ทำให้กฎหมายได้สร้างประวัติศาสตร์และก่อให้เกิดความแตกต่างในบริบททางประวัติศาสตร์ในแต่ละยุคสมัย และที่สำคัญที่สุดเจตนารมณ์ของกฎหมายย่อมขึ้นอยู่กับผู้ใช้กฎหมายเป็นหลัก ทั้งนี้ Stanley Fish ได้สรุปว่า คำพิพากษานั้นไม่มีความยุติธรรมแต่อย่างใด และส่งผลกระทบต่อการศึกษานิติสุนทรียศาสตร์อย่างยิ่ง เพราะว่าคำพิพากษาดังกล่าวส่งผลกระทบต่อทั้งความงามของมนุษย์ ความดีอันเกิดจากการให้คุณค่าของมนุษย์ และความจริงอันบิดเบือนประวัติศาสตร์ของมนุษย์

กรณีศึกษาที่ 2 ตัวอย่างงานศึกษาของ John Michael Roberts²⁸ ที่ชี้ให้เห็นการทำงานของสุนทรียศาสตร์ของเสรีภาพแห่งการพูดในพื้นที่สาธารณะอย่างหนักหน่วง การศึกษาบนพื้นฐานของสุนทรียศาสตร์ที่ใช้ในการวิเคราะห์งานศึกษาทางกฎหมายที่ว่าด้วยเสรีภาพในการพูดนี้มาจากอิทธิพลของวาทกรรมทางกฎหมายตามทฤษฎีของมาร์กซิสม์ (A Marxist theory of legal discourse) John Michael Roberts พบว่า รูปแบบของรัฐที่จะให้เสรีภาพในการพูดในพื้นที่สาธารณะได้ รัฐจำเป็นต้องมีรูปแบบของรัฐแบบรัฐทุนนิยม เพราะว่ารูปแบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมได้รับการพัฒนามาจากสังคมชนบทของประเทศอังกฤษผ่านการพัฒนาความสัมพันธ์ระหว่างชาวนาในชนบท รวมถึงแรงงานที่เป็นชนชั้นกลางที่พยายามสร้าง

²⁶ Jan Mieszkowski, *Labors of Imagination: Aesthetics and Political Economy from Kant to Althusser* (Fordham University Press 2006) 2-6.

²⁷ Stanley Fish, *The Trouble with Principles*. Cited in Jan Mieszkowski, *Labors of Imagination: Aesthetics and Political Economy from Kant to Althusser* (Fordham University Press 2006) 45.

²⁸ John Michael Roberts, *The Aesthetics of Free Speech: Rethinking the Public Sphere* (Palgrave Macmillan 2004) 195-216.

ความเข้าใจเกี่ยวกับพื้นที่สาธารณะและเป็นพื้นที่แห่งการเรียกร้องสิทธิและเสรีภาพในชีวิตประจำวัน²⁹ ดังนั้นสุนทรียศาสตร์จะทำงานกับพื้นที่สาธารณะได้ เพราะว่าเป็นเงื่อนไขพื้นฐานที่สำคัญรองรับและยืนยันต่อการมีอยู่ของเสรีภาพที่ได้รับการยืนยันตามแนวความคิดของวาทกรรมทางกฎหมายของมาร์กซิสม์

ข้อค้นพบเพิ่มเติมของ John Michael Roberts ยังแสดงให้เห็นปฏิบัติการทางกฎหมายว่าการทำงานของกฎหมายกับการกำกับวิถีชีวิตประจำวันโดยเฉพาะเรื่องเสรีภาพในการพูดนั้น กฎหมายเป็นเครื่องมือที่สำคัญที่ควบคุมดูแลสังคมกรรมกรและชวานาภายใต้รูปแบบสังคมที่มีความเฉพาะเจาะจงได้ผ่านเครื่องมือที่เรียกว่า ธรรมาภิบาล³⁰ อันเป็นสัญลักษณ์ทางกฎหมายที่ทำให้สามารถแสดงสิทธิและข้อเรียกร้องได้ตามสมควร เป็นต้น จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่า กฎหมายเป็นเครื่องมือทางสุนทรียศาสตร์ที่เปลี่ยนรูปแบบของสังคมจากสังคมชวานาไปสู่สังคมนิยม เพราะว่าการกฎหมายเป็นเครื่องมือทางสุนทรียศาสตร์ที่เพิ่มพื้นที่ในการพบปะพูดคุยที่มีความหลากหลายมากขึ้น

กรณีศึกษาที่ 3 ตัวอย่างงานวิชาการของ Thomas Giddens³¹ ได้ทำการศึกษาเรื่องของการพิพากษาและนิติปรัชญาแห่งความซับซ้อน เริ่มทำการศึกษารื่องตลกอันมีพัฒนาการมาจากคำว่า *lex comica* และถอดรากของคำออกมาเป็น *juris comicus* เพื่อทำความเข้าใจเรื่องราวของการ์ตูน เรื่องตลกขบขันของชีวิตมนุษย์ รวมถึงการศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างความตลกขบขันกับกฎหมาย พบว่า เรื่องการ์ตูนตลกหลายเรื่องไม่ใช่เรื่องตลกขบขัน เฉกเช่นเดียวกันเรื่องตลกหลายเรื่องก็ไม่ใช่เรื่องขบขันแต่อย่างใด ข้อค้นพบที่สำคัญ คือการ์ตูนและเรื่องตลกขบขันไม่ใช่วัฒนธรรมของเด็ก³² แต่เป็นปรากฏการณ์โดยทั่วไปที่ควรค่าอย่างยิ่งแก่การสร้างจิตสำนึกในทางกฎหมาย

การ์ตูนหรือเรื่องขบขันในชีวิตประจำวันของมนุษย์เป็นรูปแบบหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการต่อสู้เพื่อสร้างองค์ความรู้สาธารณะอย่างลึกซึ้ง อย่างไรก็ตาม การสร้างข้อจำกัดของการใช้กฎหมายในพื้นที่สาธารณะเป็นการใช้กฎหมายเพียงเท่าที่มีในตัวหรือตามเจตนารมณ์ที่เกิดขึ้น ทั้งนี้ Thomas Giddens ได้นำเรื่องขบขันเหล่านั้นมาพิจารณาผ่านมุมมองทางนิติสุนทรียศาสตร์ด้วย ทำให้ทราบว่า การแสดงออกและความเข้าใจทางกฎหมายผ่านบริบทการศึกษการ์ตูน ภาพวาด และงานศิลปะชนิดอื่น มีคุณค่าต่อความเข้าใจกฎหมายอย่างยิ่ง โดยข้อสรุปของ Thomas Giddens พบว่า การ์ตูนหรือเรื่องตลกขบขันส่งผลต่อการเปลี่ยนแปลงกฎหมายหรือวงการนิติศาสตร์ไปเลยทีเดียว นอกจากนี้ งานภาพยนตร์ศึกษากับความก้าวหน้าทางด้านนิติสุนทรียศาสตร์น่าจะเป็นแนวโน้มที่สำคัญต่อการศึกษาวงวิชาการนิติศาสตร์

แนวโน้มของการศึกษากฎหมายในเชิงสุนทรียศาสตร์

แนวโน้มในเชิงพัฒนาการด้านการศึกษานิติสุนทรียศาสตร์นั้น จากการศึกษาข้างต้นผู้เขียนของนำเสนอรูปแบบของแนวโน้มทั้งสิ้น 3 รูปแบบในเบื้องต้น เพื่อให้เกิดความเท่าทันต่อการศึกษาพัฒนาการทางนิติสุนทรียศาสตร์ในอนาคต ได้แก่ นิติอรรถปริวรรตศาสตร์ (Legal hermeneutics) การรื้อสร้างนิติศาสตร์ (Legal deconstruction) และตัวอย่างที่ชัดเจน เช่น ภาพยนตร์ศึกษากับนิติศาสตร์ (Films studies and legal science) เพื่อเป็นแนวทางในการศึกษานิติสุนทรียศาสตร์

การศึกษาทั้งสามประการข้างต้นล้วนแล้วแต่ได้รับอิทธิพลทางการศึกษามาจากการศึกษาแบบหลังสมัยใหม่นิยม (Postmodernism)³³ ถึงแม้การศึกษาในแนวนิติอรรถปริวรรตศาสตร์จะเอาแนวความคิดแบบ

²⁹ ibid 217.

³⁰ ibid 218.

³¹ Thomas Giddens (n 23) xiv.

³² ibid 1.

³³ Costas Douzinas, Ronnie Warrington and Shuan McVeigh, *Postmodern Jurisprudence: The Law of Text in the Texts of Law* (Routledge 1991) 1-5.

ปริวรรตศาสตร์อันเป็นแนวความคิดที่ได้รับการศึกษามานานแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นแนวทางสำคัญในการศึกษาทฤษฎีหรือคัมภีร์โบราณทางศาสนา ทำให้นักกฎหมายต้องตระหนักในวิธีการอ่านตัวบทกฎหมายว่ามีความคล้ายคลึงกับการศึกษาคัมภีร์ทางศาสนาหรือไม่ เพื่อปรับเปลี่ยนวิธีการทำความเข้าใจตัวบทเพื่อให้เกิดความหลากหลายในการตีความมากขึ้น นอกจากนี้แล้ว การศึกษาแนวปริวรรตศาสตร์หากพิจารณาเพิ่มสุนทรียศาสตร์เข้าไปด้วย จะทำให้รูปแบบการตีความและการบังคับใช้เกิดการผสมผสานการรับรู้โลก ชีวิต ความคิดและประสบการณ์ของผู้ใช้กฎหมาย ทำให้เกิดการตีความที่สร้างสรรค์อันเป็นเป้าหมายสูงสุดในการทำให้เกิดความงาม ความดีและความจริง

การประกอบสร้างหรือการรื้อสร้างในทางนิติศาสตร์ (Legal deconstruction)³⁴ กล่าวคือ การประกอบสร้างความเป็นจริงในทางกฎหมายหรือกระบวนการทำให้เกิดความยุติธรรมในทางกฎหมายนั้น สร้างตัวตนขึ้นมา ถึงแม้ความเป็นจริงดังกล่าวจะไม่มีอยู่จริงก็ตาม แต่นักกฎหมายหรือนักนิติศาสตร์ได้ประกอบสร้างความจริงทางความยุติธรรมดังกล่าวขึ้น ดังนั้น แนวโน้มในการศึกษาการรื้อสร้างนิติศาสตร์เป็นวิธีการในการทำความเข้าใจกฎหมายในฐานะของสถาบันทางสังคม ซึ่งส่งผลต่อการผลิตซ้ำความยุติธรรมให้สอดคล้องกับความคาดหวังต่อความยุติธรรมตามกฎหมายของสังคม ผ่านการผสมผสานข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายผ่านความจริงและจินตนาการทางเหตุผล การให้คุณ การให้โทษตามบทลงโทษของกฎหมาย รวมถึงการสร้างข้อยกเว้นในกฎหมายของผู้พิพากษา ทำให้เกิดอุปสรรคในการเข้าถึงความงาม ความดีและความจริงอันสูงสุดตามเป้าหมายของนิติสุนทรียศาสตร์

สุดท้าย แนวโน้มในการศึกษานิติสุนทรียศาสตร์ที่มีความชัดเจนมากที่สุด กล่าวคือ การขยายตัวของภาพยนตร์ศึกษาและกฎหมาย พบว่า การศึกษาบริบททางกฎหมายที่ปฏิบัติการผ่านจอเงินหรือภาพยนตร์ทำให้ทราบว่ากฎหมายภายในของหลายประเทศได้ทำการเผยแพร่ความรู้ทางกฎหมายผ่านระบบโทรทัศน์และภาพยนตร์ในประเทศของตน³⁵ นอกจากนี้ การศึกษาภาพยนตร์ศึกษากับการขยายตัวของกฎหมายระหว่างประเทศดังเช่น กฎบัตรขององค์การสหประชาชาติที่ปรากฏในภาพยนตร์ ตั้งแต่เรื่อง Air Force One, Three Kings, Invasion USA, Battle Beneath the Earth, Red Dawn เป็นต้น การที่ภาพยนตร์เสนอความขัดแย้งระหว่างอิสราเอล-ปาเลสไตน์ การเสนอความยุติธรรมระหว่างประเทศในทางอาญา การแสดงให้เห็นภาพที่ชัดเจนของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ เช่น Exodus, Hill 24 Doesn't Answer, Omar, Forgiveness, Palestine Stereo เป็นต้น³⁶ จะเห็นว่า การศึกษานิติสุนทรียศาสตร์ไม่ได้จำกัดเพียงแค่การศึกษาในเชิงทฤษฎีเท่านั้น แต่ปรากฏการศึกษาในฐานะการวิจัยเชิงประจักษ์ด้วย เพื่อชี้ให้เห็นความก้าวหน้าของการศึกษานิติสุนทรียศาสตร์มีส่งผลต่อการรับรู้กฎหมายของสาธารณะชนด้วยอีกทางหนึ่ง

บทสรุป

นิติสุนทรียศาสตร์เป็นสาขาวิชาหนึ่งในวิชานิติปรัชญาที่ถูกกละเลยและเพิกเฉยต่อการศึกษามาอย่างยาวนาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งวิชาปรัชญาเป็นศาสตร์วิชาแรกที่เกิดขึ้นบนโลกรวมถึงโลกวิชาการ ผู้เขียนได้ชี้ให้เห็นความเข้าใจเบื้องต้น ตัวอย่างของการศึกษา รวมถึงวิธีวิทยาที่ใช้ในการศึกษานิติสุนทรียศาสตร์ พัฒนาการในฐานะความรู้ที่เกิดจากการผสมผสานอันซับซ้อนระหว่างปรัชญาบริสุทธิ์และปรัชญาประยุกต์ ทั้งนี้ ความเข้าใจและการปฏิบัติการของนิติสุนทรียศาสตร์ที่ควรค่าแก่การศึกษาเป็นสิ่งที่จำเป็นต่อการศึกษาวิชานิติศาสตร์อย่างยิ่ง ผู้เขียนได้เสนอให้เห็นรากเหง้ารวมถึงพัฒนาการของ *Juris comicus* เพื่อแสดงให้เห็น

³⁴ *ibid.*

³⁵ Stephan Machura and Peter Robson, 'Law and Film' (2001) *Journal of Law and Society*, 1-8.

³⁶ Olivier Corten, François Dubuisson and Martyna Falkowska-Clarys (eds.) *Cinematic Perspectives on International Law* (Manchester University Press 2021) 58-152.

เรื่องราวเล็ก ๆ ที่สวยงามของนิติสุนทรียศาสตร์ เพราะว่าการศึกษานิติสุนทรียศาสตร์เป็นเครื่องมือวิเคราะห์ การเปลี่ยนแปลงที่สำคัญต่อการศึกษากฎหมาย พร้อมทั้งการนำไปสู่ประเด็นใหญ่ในการศึกษานิติศาสตร์ต่อไป โดยเฉพาะการใช้นิติสุนทรียศาสตร์ในนามของความยุติธรรม (*Legal aesthetics is in the name of justice!*)

Problems Regarding the Fitness For Trial in Thailand: A Comparative Study
with the Jurisdiction of England and Wales, and the Netherlands*
ปัญหาเรื่องความสามารถในการต่อสู้คดี: กรณีศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายประเทศไทย
อังกฤษและเวลส์ และเนเธอร์แลนด์

*Yada Dejchai Tianprasit***

Recived May 12 , 2022 ; Revised June 10, 2022 ; Accepted June 14, 2022

This paper conducts a study regarding the fitness for trial test in Thailand, through a comparative study with the jurisdictions of England and Wales, the Netherlands and the proposal of Law Commission of England and Wales. This paper aims to propose suggestions to amend the law of Thailand regarding the fitness for trial test as well as regulations related to it. This research found that the law of England and Wales and the proposal of the Law Commission of England and Wales had a solid fitness for trial test as well as the regulations regarding the handling of those who found unfit for trial. Ultimately, this paper suggested that the law of England and Wales and the proposal of the Law Commission of England and Wales should be used as models to reform the fitness for trial test and regulation relating to the fitness for trial test in Thailand. Additionally, this paper made a proposal for a new statutory test and regulations relating to fitness for trial to be amend in the Criminal Procedure Code.

Keywords: Fitness for Trial, Criminal Justice System, Vulnerable Defendants, Criminal Procedure Law

* This article is based on the author's research titled 'Reforming fitness for trial test in Thailand: Lessons from England and Wales and the Netherlands' (Thammasat University, 2022) funded by Faculty of Law, Thammasat University

** Lecturer, Faculty of Law, Thammasat University; LLB, Thammasat University; LLM with merit, Oxford Brookes University, UK; PhD, University of Aberdeen, UK. E-mail: yada.dej@tu.ac.th

บทคัดย่อ

บทความชิ้นนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษากฎหมายของประเทศไทยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความสามารถในการต่อสู้คดีของจำเลยในคดีอาญา โดยการศึกษาวិเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายของไทย อังกฤษและเวลส์ และเนเธอร์แลนด์ รวมถึงข้อเสนอการแก้ไขกฎหมายของคณะกรรมการกฎหมายแห่งอังกฤษและเวลส์ (Law Commission of England and Wales) ผลการศึกษาพบว่า กฎหมายของอังกฤษและเวลส์และข้อเสนอของคณะกรรมการกฎหมายแห่งอังกฤษและเวลส์ (Law Commission of England and Wales) นั้นได้มีการกำหนดการทดสอบความสามารถในการต่อสู้คดีของจำเลยในคดีอาญาไว้ค่อนข้างละเอียด อีกทั้งยังได้มีการกำหนดกระบวนการในการดูแลรักษาจำเลยที่ไม่สามารถต่อสู้คดีได้อย่างชัดเจน ดังนั้น งานวิจัยฉบับนี้จึงเสนอให้มีการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับความสามารถในการต่อสู้คดีของจำเลยในคดีอาญาตามแบบของอังกฤษและเวลส์และข้อเสนอของคณะกรรมการกฎหมายแห่งอังกฤษและเวลส์ โดยเสนอให้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยเพิ่มบทบัญญัติใหม่ที่กำหนดบททดสอบที่ชัดเจนว่าด้วยเรื่องการทดสอบความสามารถในการต่อสู้คดีและบทบัญญัติอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับความสามารถในการต่อสู้คดีของจำเลยในคดีอาญา

คำสำคัญ: ความสามารถในการต่อสู้คดี, กระบวนการยุติธรรมอาญา, จำเลยที่เป็นกลุ่มเปราะบาง, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

1. Introduction

Fitness for trial is a legal procedure under the criminal justice system that aims to separate defendants who lacks capacity to participate in a criminal trial. As it provides a delay of trial for them, in cases that they suffer from health problems, whether physical or mental. It is part of the criminal justice system, which related to incapacitated and mentally disordered defendants and offenders. These rules commonly composite of fitness for trial (also known as ‘unfitness to plead’ or ‘capacity to stand trial’), criminal defences based on mental conditions (such as insanity, automatism, diminished responsibility, infanticide, intoxication) and non-punitive measures for dealing with mentally disordered and incapacitated offenders (normally referred as ‘disposals’).¹

Fitness for trial is founded upon the principle that the trial would be deemed unfair if it allows ‘incapacitated’ defendants, who are unable to understand the legal proceedings or unable to communicate with their lawyers, to stand trial.² One of its objectives is also to preserve justice in the legal system while balancing the delivery of justice and the safety of the public³ as it may be viewed that proceeding with a trial, when the defendant is unable to participate effectively in it, is an abuse of individual rights and the rule of law.⁴ Furthermore, fitness for trial is also concerned the right to represent oneself in court and the concept that mentally disordered offenders should receive treatment, not punishment.⁵ In this regard, it also allows vulnerable offenders to be diverted from the conventional criminal justice system, which is a punitive-based, to a therapeutic criminal justice system.⁶

The essential rationale behind determining fitness for trial may be concluded as follows: to ensure the accuracy of the criminal proceedings, to maintain the dignity of the judicial process, to ensure the fairness of the trial and to maximise the efficacy of punishment.⁷ Or some would refer to the above rationale simply as ‘reasons of humanity’.⁸

¹ RD Mackay, *Mental Condition Defences in the Criminal Law* (Clarendon Press 1995).

² See Ronnie Mackay and Warren Brookbanks, *Fitness to Plead: International and Comparative Analysis* (OUP 2018) 2-3.

³ P Brown, ‘Unfitness to Plead in England and Wales: Historical Development and Contemporary Dilemmas’ (2019) 59 *Med Sci Law*, 187.

⁴ RA Duff, *Trials and Punishments* (Cambridge University Press 1991) 29.

⁵ Law Commission, *Unfitness to Plead: A Consultation Paper, Law Com CP No 197* (Her Majesty’s Stationery Office 2010) 3-4.

⁶ Mackay and Brookbanks (n 2) 1.

⁷ I Freckleton, ‘Rationality and Flexibility in Assessment of Fitness to Stand Trial’ (1996) *International Journal of Law and Psychiatry*, 9, 39–59; S.N. Verdun-Jones, ‘The Doctrine of Fitness to Stand Trial in Canada: The Forked Tongue of Social Control’ (1981) *International Journal of Law and Psychiatry*, 4, 363–389; Richard Bonnie, ‘The Competence of Criminal Defendants: Beyond ‘Dusky and Drope’ (1993) 47 *U. MIA L. REV.* 539, 554.

⁸ Law Reform Commission of Canada, *Study paper: Fitness to Stand Trial* (Ontario 1973).

In conclusion, determining fitness for trial is about establishing whether the defendant's physical condition and/or mental disorder, affects his ability effectively to participate in a trial.⁹ Thus, set of rules must be imposed to do so. In this regard, Thailand, England and Wales, and the Netherlands also recognised the concept of fitness for trial and offered fitness for trial tests and related regulations under their jurisdictions. Nevertheless, it can be difficult to apply the concept in practice since it may be complicated to formulate the best test and/or procedure to evaluate fitness for trial. Therefore, this paper would conduct a comparative study of fitness for trial tests in the jurisdictions of Thailand, England and Wales, and the Netherlands. As the jurisdictions of England and Wales and the Netherlands have, over the years, developed the fitness for trial tests and the management of the disposition of incapacitated defendants, these two jurisdictions will be used as models in a comparative study to reform the fitness for trial test and related procedure in Thailand. Additionally, England and Wales Law Commission's proposal regarding the issue will be analysed. Thereafter, it would make a proposal for amendments of fitness for trial tests and regulations related to it in the jurisdiction of Thailand.

2. A comparative analysis of fitness for trial in England and Wales, the Netherlands, Thailand, and the Law Commission's proposal

2.1 The jurisdiction of Thailand

In Thailand, the issue of the suspect/defendant's fitness for trial may be raised in an inquiry state, a preliminary hearing state or a trial state. All these fitness issues are subjected under the test under Section 14 of the Criminal Procedure Code of Thailand, which states; *'In the course of an inquiry, preliminary hearing or trial, should there be a reasonable belief that the accused or defendant is insane and therefore unfit to plead, the inquirer or court, as applicable, shall order a medical official to hold a psychiatric evaluation of the person in question and thereafter make a personal appearance to give statement or testimony as to the outcome of the evaluation.'*¹⁰

It could be seen that section 14 does not lay out a precise test of what it means to be 'fit or unfit for trial' as it only requires that if the defendant is mentally disordered (referred to as 'insane' or 'Vi-kon-ja-rit' in the provision) and unable to put up a defence, the court may suspend the trial. Thereafter, the court would make an order for the defendant to receive a medical evaluation and treatment if required. After that, a case psychiatrist has to make the evaluation report of fitness for trial and submit it to the court. If the defendant is found not fit for trial, he will remain in care until he has recovered or found to be fit for trial.

In practice, the evaluation of fitness for trial is further detailed in the Mental Health Act B.E.2551 (2008) and supplemental regulation of the Mental Health Act B.E.2551 (2008). Section

⁹ RA Duff (n 4) 29-35.

¹⁰ Section 14 Criminal Procedure Code

35¹¹ and 36 of the Act provide an additional regulation regarding the evaluation of fitness for trial. Nonetheless, the Act itself did not provide a specific fitness for trial test, as it only stated that the psychiatrist shall examine the defendant and prepare an opinion to be given to the court, regarding fitness for trial, within 45 days of the admission date and that the defendant may be involuntarily detained for evaluation and treatment.

The closest equivalent to a legal fitness for trial test is offered in the evaluation of fitness for trial test form, called a Criminal Case-patient Form 1, which may be found in the supplement regulation of the act.¹² The form requires the psychiatrist to evaluate the defendant and complete the form. The following information about the defendant is requested in the form: 1. The ability to know the date, time, place, and surroundings. 2. The understanding and appreciation of the charge against him, the ability to explain the situation relating to the fact of the alleged charge and the ability to talk and answer questions relating to what has been asked. 3. The ability to know what the possible outcomes of the case are. 4. The ability to control his behaviour and emotions. By the end of the questionnaire, the psychiatrist is required to check the box as to whether the defendant is fit for trial or not. The psychiatrist may offer an additional opinion if he has one.

¹¹ Section 35 Mental Health Act B.E. 2551

Subject to Section 14 paragraph one of the Criminal Procedure Code, an investigating officer or the Court shall transfer a suspect or an accused, with the details of the circumstances of the case, to be examined at a treatment facility.

When the treatment facility admits the suspect or the accused, a psychiatrist shall examine the mental disorder and prepare an opinion to be used as part of the consideration of the Investigating Officer or the Court as to whether the suspect or the accused is fit to stand trial. The result of the examination and the assessment of capability to stand trial shall be reported to the investigating officer or the Court within forty-five days from the date that the suspect or the accused is admitted; the period may be extended for no more than forty-five days.

For the benefit of the assessment of capability to stand trial, the treatment facility shall have the power to request documents concerning the suspect or the accused from other health care facilities.

The provisions under Section 27 paragraph two shall apply to the examination of mental disorder under paragraph two, *mutatis mutandis*.

In this instance, when the suspect or the accused is detained and there is a need for the suspect or the accused to be admitted to the treatment facility for observation, examination, treatment, and assessment of capability to stand trial, the treatment facility may request the investigating officer or the Court to prescribe methods of prevention of escape or danger.

¹² Regulation of the National Mental Health Commission regarding the regulation and method of the reporting of the examination of the evaluation of the competency to stand trial and the treatment of the criminal case-patient B.E. 2551.

Up until now, the mental disorders which lead to unfitness for trial are psychosis and intellectual disabilities.¹³

Notably, since the finding of unfitness for trial is not a court order,¹⁴ it is not subject to appeal.

After a psychiatric examination under Section 35 of the Mental Health Act has been conducted, if the case psychiatrist determines that the defendant is suffering from mental disorder(s) and unfit for trial, he must report back to the court. According to Section 14 of the Criminal Procedure Code, if the court is satisfied that the defendant is unfit for trial, the court will suspend the trial until the defendant has recovered or become fit for trial.¹⁵ Moreover, the court may temporarily dispose of the case.¹⁶

If recovery is impossible, theoretically, the case against the unfit person can be withdrawn. Since the prosecutor has an authority to ask the court for permission to withdraw the case and, if the court is satisfied, the court can grant the permission to do so,¹⁷ although, the case has not yet risen in practice.

Noteworthy, if the case is proceeded despite the defendant lacks capacity to stand trial that trial would be deemed to be an unlawful trial.¹⁸

The only available disposal for the defendant who is found to be unfit for trial is involuntary detention in a hospital. According to Section 36 of the Mental Health Act B.E. 2551 (2008), the defendant would be detained in a mental hospital and receive (involuntary)

¹³ Uta Nakcharoen and Phawinee Butsaen, 'Effectiveness of the Galya Individualized Competency Restoration Program (Galya-ICRP) on Competency to Stand Trial in Forensic Psychiatric Patients' (2019)27 *Journal of Mental Health of Thailand*,121-132.

¹⁴ Technically, under Thailand's Criminal Procedure Code, there is no unfitness for trial order. Section 14 does not specify that the court has to make an order that the defendant is unfit for trial to suspend the case.

¹⁵ Section 14 Paragraph 2 Criminal Procedure Code

In the event that the inquirer or court finds the accused or defendant insane and unfit to plead, the inquiry, preliminary hearing or trial shall be suspended until the person in question recovers his sanity or is fit to plead.

¹⁶ Section 14 paragraph 4 Criminal Procedure Code In the event that the preliminary hearing or trial has been suspended pursuant to the foregoing paragraph, the case may be disposed of by the court for a provisional period.

¹⁷ Section 35 Criminal Code of Thailand

A nolle prosequi may be entered at any time prior to the court of first instance's delivery of judgment. The court may, by order, grant or dismiss it as deemed appropriate. If the nolle prosequi is entered after the defendant's responsive plea has been filed, the court shall ask the defendant whether he would raise any objection thereagainst and note down his statement. The nolle prosequi must be dismissed if it meets with any objection by the defendant.

¹⁸ Kanit Na-nakorn, *Criminal Procedure Law Vol. 1* (10th edn, Winyoochon 2021) 199-224.

See Supreme Court Judgment No. 3248/2532 (1989), 2594/2542 (1999).

treatment until he has recovered or become fit for trial.¹⁹ In this regard, the case psychiatrist must submit the evaluation report to the court within 180 days upon admitting the patient. If the defendant still has not recovered, or is still unfit for trial, he may be further detained but the case psychiatrist must submit an evaluation/progress report to the court every 180 days.²⁰

If the defendant has recovered or become fit for trial, the case psychiatrist has to make a report to the court.²¹ Thereafter, if the court is satisfied, the court can make an order to resume the trial. Notably, there is no provision for the defendant to appeal against the court's order to resume the trial.

2.2 The jurisdiction of England and Wales

The fitness for trial test in the jurisdiction of England and Wales is known as 'unfitness to plead'. The test is originated from common law case of *Pritchard*,²² which was decided in 1836. Additionally, the latter case of *Davies*²³ added the further requirement to the test that the defendant had to be able to instruct his legal advisor. The test was modernised in *John M*,²⁴ which was decided in 2003. Meanwhile, the procedure after the defendant is found unfit for trial and the disposals are formulated in the Criminal Procedure (Insanity and Unfitness to Plead) Act 1991 amended the Criminal Procedure (Insanity Act 1964 and the Domestic Violence, Crime and Victims Act 2004. Notably, the fitness for trial test is only available in the Crown Court.²⁵

The current fitness for trial sets as follow: the defendant should be found unfit for trial if he lacks one of the following abilities: understanding the charge(s), deciding whether to

¹⁹ Section 36 paragraph 1 Mental Health Act B.E. 2551

Subject to Section 14 paragraph 2 of the Criminal Procedure Code, the infirmary shall admit the alleged offender or the accused for detention and treatment without his consent until the alleged offender or the accused has recovered or improved and become capable of defending his case, unless the inquiry official or the Court has ordered otherwise, or it is otherwise prescribed by law.

²⁰ Section 36 paragraph 2 Mental Health Act B.E. 2551

The psychiatrist who conducts treatment shall report the result thereof to the inquiry official or the Court within one hundred and eighty days from the date of admittance of the alleged offender or the accused. In the case where the psychiatrist is of opinion that the alleged offender or the accused is incapable of defending his case, the psychiatrist shall report the result of treatment every 180 days, unless the inquiry official or the Court has ordered otherwise.

²¹ Section 36 paragraph 3 Mental Health Act B.E. 2551

During the course of treatment, if the psychiatrist who conducts treatment is of opinion that the alleged offender or the accused has recovered or improved and has become capable of defending his case, the psychiatrist shall report the result of treatment to the inquiry official or the Court without delay.

²² (1836) 7 C & P 303.

²³ (1853) Car & Kir 328.

²⁴ M (John) [2003] EWCA Crim 3452, [2003] All ER (D) 199.

²⁵ Law Commission, *Unfitness to Plead Volume 1: Report Law Com No. 364* (Her Majesty's Stationery Office 2016) para 1.90.

plead guilty or not, exercising his or her right to challenge jurors, instructing solicitors and/or advocates, following the course of the proceedings, giving evidence in his defence.²⁶

The question of the defendant's fitness for trial is usually raised by the defendant but it could be also raised by the courts or prosecutors²⁷ and it is up to the court to decide.²⁸ To decide whether the defendant is fit for trial, the defendant must fulfil the requirements under the Pritchard test and along with the submission of evidence from two or more registered medical practitioners.²⁹ Hence, in practice, the finding of fitness for trial usually requires a "consensus of psychiatric opinion"³⁰ (provided that the claim of fitness for trial is based on mental disorders).

The raising of the issue of fitness for trial is not limited to mental disorders as it only requires that the defendant must be 'under a disability',³¹ thus, any form of disability is considered.³² In practice, the disabilities which have given rise to a fitness for trial test are intellectual disability,³³ mental illness,³⁴ autism/ epilepsy,³⁵ schizophrenia,³⁶ depression/anxiety³⁷ and situations where the defendant is 'deaf and dumb'.³⁸ Meanwhile, amnesia regarding the offence³⁹ or a form of hysteria (leaving the defendant unable to communicate except in writing)⁴⁰ is not accepted as a ground for a finding of fitness for trial.

Noteworthy, it is possible to appeal against a determination of unfitness for trial to the Court of Appeal.⁴¹

²⁶ (n 24) at 20.

²⁷ Section 4(1) Criminal Procedure (Insanity) Act 1964.

²⁸ Domestic Violence, Crime and Victims Act 2004 Section 22. Interestingly, from 1800 until 2004, a jury would decide whether the defendant was unfit for trial (referred as 'trial of issue'). See Arlie Loughnan, *Manifest Madness: Mental Incapacity in the Criminal Law* (OUP 2012) 98.

²⁹ Section 4(6).

³⁰ Law Commission (n 25) para 4.2.

³¹ Section 4 Criminal Procedure (Insanity) Act 1964.

³² Law Commission (n 5) para 1.5.

³³ *R v Burles* [1970] 2 WLR 597; *R v Grant* [2002] QB 1030; *R v Martin* [2003] 2 Cr App R 322.

It should be noted that it is held that having a low level of intelligence did not necessarily make the defendant unfit for trial. See *JD v R* [2013] EWCA Crim 465.

³⁴ *R v Antoine* [2001] 1 AC 340.

³⁵ RD Mackay (n 1) Table 5.6.

³⁶ *ibid.*

³⁷ *ibid.*

³⁸ *R v Berry*; *Rex v Dyson* (1831) 7 C & P 305; *R v Roberts* [1954] 2 QB 329.

³⁹ *R v Podola* [1960] 1 QB 325.

⁴⁰ *R v Holman* (Unreported) CA, 27 April 1994.

⁴¹ Section 15 Criminal Appeal Act 1968.

If a defendant has been found unfit for trial, the court is had to stop the trial.⁴² Thereafter, the court would be required to conduct a Section 4A hearing, usually referred to as the ‘trial of facts’.⁴³ Notably, before processing the trial of facts, the court must formally appoint a representative ‘to put the case for the defence’,⁴⁴ so that the accused will have a person who may decide on his behalf. In this regard, the appointed representative does not always have to be the defence counsel.⁴⁵

It should be noted that the trial of facts is not a criminal trial,⁴⁶ but a procedure to find whether the accused did the act, or made the omission, according to the charge. Thus, a jury must evaluate whether that it is satisfied beyond reasonable doubt that the accused ‘did the act or made the omission charged against him as an offence’.⁴⁷ In this respect, the prosecution is required to prove only the external elements of the offence.⁴⁸ Lastly, if the jury is not satisfied that the accused ‘did the act or made the omission’, the jury must return a verdict of acquittal.⁴⁹

As in the determination of unfitness for trial, appeal against the finding in a trial of facts may be made to the Court of Appeal.⁵⁰

If an unfit person has been found to have ‘done the act or made the omission’, he will be subject to one of the three disposals listed below.⁵¹

(1) A hospital order (with or without a restriction order). In this regard, a person is securely treated in a (mental) hospital and, if a restriction order is in place, he cannot be released without the approval of the Secretary of State.⁵² Noteworthy, the determination of the imposition the hospital order requires the written or oral evidence from two registered medical practitioners to ensure that the defendant is suffering from a mental disorder to a degree that it is appropriate to detain him in a hospital for treatment and that the hospital order is the most suitable disposal.⁵³

⁴² Section 4A (2) Criminal Procedure (Insanity) Act 1964.

⁴³ RD Mackay, ‘The Development of unfitness to plead in English Law’ in Ronnie Mackay and Warren Brookbanks, *Fitness to Plead: International and Comparative Perspectives* (OUP 2018) 16.

⁴⁴ Section 4A (2)(b) Criminal Procedure (Insanity) Act 1964. .

⁴⁵ Norman [2008] EWCA Crim 1810, [2009] 1 Cr App R 192.

⁴⁶ As it is held in *R v H* [2003] UKHL 1. In this sense, it is not subject to Article 6 regarding right to a fair trial of the ECHR. For the difference between trial of facts and trial, see RA Duff, ‘Fitness to plead and fair trials: Part 1: a challenge’ (1994) *Criminal Law Review* 419, 420.

⁴⁷ Section 4A(2) Criminal Procedure (Insanity) Act 1964.

⁴⁸ Law Commission, (n 25) para 1.60.

⁴⁹ Section 4A(4) Criminal Procedure (Insanity) Act 1964.

⁵⁰ Criminal Appeal Act 1968 Section 15.

⁵¹ Section 5(2) Criminal Procedure (Insanity) Act 1964.

⁵² Section 37 and Section 41 Mental Health Act 1983.

⁵³ *ibid*

(2) A supervision order (with or without a treatment requirement). In this regard, a person is supervised by a probation officer or social worker in the community, further, he could be required to live in a particular place and to be treated as an out-patient by a doctor,⁵⁴

(3) An absolute discharge. In this regard, a person is released without any condition.

It is possible to appeal against the imposed disposal order to the Court of Appeal.⁵⁵

It should be noted that the trial could be resumed if the accused becomes fit for trial. Currently, the only possible circumstance of resumption of the trial is the case where the unfit person, who is a restricted patient (meaning that a hospital order with a restriction order is imposed on him and it is still in place), subsequently becomes fit for trial.⁵⁶ In this respect, if the Secretary of State, after consultation with the responsible clinician, is satisfied that such person can properly be tried, he may remit the person for trial.⁵⁷ Notably, if a person is found to be unfit for trial again, it is necessary to hold a Section 4A hearing (the trial of facts) for a second time.⁵⁸

2.3 The jurisdiction of the Netherlands

The fitness for trial test in the Netherlands may be found in Section 16 under the Dutch Criminal Procedure Code (*Wetboek van Strafvordering*) which states: “ 1. *If the defendant suffers from such mental disease or defect to the extent that he lacks the capacity to understand the purpose of the prosecution instituted against him, the court shall suspend the prosecution, irrespective of the stage of prosecution.*”⁵⁹

The test is simple, as it could be seen that section 16 only requires that the defendant is suffering from a mental disorder to the extent that he cannot understand the scope of his prosecution. The provision also allows the court to suspend the trial if it is found that the defendant is unfit for trial.

The current fitness for trial test originates from the landmark case of *Menten*⁶⁰ where the following criteria were given for the determination of understanding the scope of the defendant's prosecution: the ability to respond to the charges and to the matters raised during the proceedings, the ability to instruct counsel or the ability to give comments and

⁵⁴ Part 1 Schedule 1A Criminal Procedure (Insanity) Act 1964.

⁵⁵ Section 15 Criminal Appeal Act 1968.

⁵⁶ Section 5A (4) Criminal Procedure (Insanity) Act 1964. See National Offender Management Service, Crown Prosecutor and HM Courts and Tribunals Service, ‘Resuming a Prosecution when a patient becomes fit’ (GOV.UK, 2021)

<https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/612502/resuming-guidance-prosecution-fit-to-plead.pdf> accessed 7 May 2022.

⁵⁷ Section 5A (4) Criminal Procedure (Insanity) Act 1964.

⁵⁸ *R (Julie Ferris) v DPP* [2004] EWHC 1221 (Admin), [2004] All ER (D) 102.

⁵⁹ Section 16(1) Dutch Criminal Procedure Code.

⁶⁰ Hoge Raad 5 februari 1980, NJ 1980, 104.0

explanations to counsel. Thus, if the defendant is found to lack any one of the above abilities, prosecution must be suspended. Notably, in practice, this criterion is still imposing.

In practice, fitness for trial is assessed with the help of a forensic medical team, which is a part of the Netherlands Institute of Forensic Psychiatry (NIFP).⁶¹ The medical team makes an assessment report and submits it to the court. Generally, the court will rely on it but, nonetheless, the court is not bound to compliance with the report's opinion.⁶²

Interestingly, the fitness for trial issue is rarely raised in the Netherlands.⁶³ In practice, it is mostly applied to defendants who suffer from severe mental disorders like psychosis, which causes them to have lost touch with all reality,⁶⁴ or conditions that result in cognitive impairment.⁶⁵ Up until now, conditions which have been successfully raised as a basis for unfitness for trial have included: a state of insanity,⁶⁶ intellectual disabilities,⁶⁷ a prison psychosis, because of solitary confinement (notably, in this case, decompensation had led to a vegetative existence)⁶⁸, a double brain haemorrhage leading to major cognitive dysfunction,⁶⁹ an advanced stage of Huntington's Disease,⁷⁰ and dementia.⁷¹

Once a defendant is found to be unfit for trial, his trial will be suspended and he will be committed to a mental hospital, where he will remain until he becomes fit for trial.⁷² And it is required that the suspension of the trial must not exceed the period of pre-trial detention,⁷³ which is 110 days.⁷⁴

Remarkably, in practice, there are some cases where recovery is impossible, in this regard, the prosecution is ended. For example, in some cases, like a 1997 case at the Court

⁶¹ F Koenraadt, 'Pre-Trial Forensic Mental Health Assessment in The Netherlands' in M. Herzog-Evans (ed.), *Transnational Criminology Manual* (Wolf Legal Publisher 2010) 529.

⁶² Brants, Jackson, and Koenraadt, 'Culpability compared: Mental Capacity, Criminal Offences and the Role of the Expert in Common Law and Civil Law Jurisdictions' (2016) *Journal of International and Comparative Law* 3 (2), 411, 436.

⁶³ Bal and Koenraadt, *Het psychisch onvermogen terecht te staan: Waarborg of belemmering van het recht op een eerlijk proces*. (Boom Juridische uitgevers 2004) 39.

⁶⁴ Brants, Jackson, and Koenraadt (n 50) 431.

⁶⁵ Van der Wolf, Van Marle, Mevis and Roesch, 'Understanding and Evaluating Contrasting Unfitness to Stand Trial Practices: A Comparison between Canada and the Netherlands' (2010) *International Journal of Forensic Mental Health*, 245.

⁶⁶ District Court Heerenveen 09-02-1900, WvHR 7433 (1900).

⁶⁷ Court of Appeal Amsterdam 11-09-1997.

⁶⁸ Court of Appeal The Hague 05-11-1999, NJ 2000, 179 (1999).

⁶⁹ District Court Breda 26-09-2006, LJN AY8840 (2006).

⁷⁰ District Court Amsterdam 10-04-2009, not published (2009).

⁷¹ Court of Zeeland-West-Brabant 04-12-2017, 02-800226-17.

⁷² Brants, Jackson, and Koenraadt (n 62) 431.

⁷³ Dutch Criminal Procedure Code Section 17 2.

⁷⁴ Dutch Criminal Procedure Code Section 68-70.

of Appeal, Amsterdam, there was no resumption of the prosecution since the defendant was found to be suffering from intellectual disabilities. Thus, it was deemed that there be no chance of recovery.⁷⁵ In a 2006 case at the District Court of Breda,⁷⁶ where the defendant was suffering from major cognitive dysfunction, the prosecution was suspended, and immediately ended, because it could not be expected that the defendant would recover. In this situation, the prosecutor has the authority to make no prosecution under Section 167(2) of the Dutch Criminal Procedure Code since this provision allows the prosecution to withdraw a pointless prosecution which does not serve the public interest.⁷⁷ A recent example is the case where the cause of the defendant's unfitness for trial was that he had a stroke in 2016, which left him partially paralysed, unable to speak and cognitively impaired.⁷⁸ Remarkably, in a case at the District Court of The Hague, in 2004, the court had also used the mental age of the defendant to impose non-prosecution rather than a suspension of trial. In this case, the defendant suffered from mental disabilities and the court held that, since the lowest prosecution age under the law is 12 years old, if the mental age of the defendant is deemed to be under 12 years old, there cannot be a prosecution.⁷⁹

In practice, the court has, instead of using the fitness for trial rule for suspending the trial, declared that the prosecution of a mentally disordered offender was inadmissible. This was done in the 2008 case at The Hague Court of Appeal⁸⁰ where the defendant could not understand the intention of the proceedings and there was no expectation of his recovery.

The only available disposal, once the prosecution is suspended in the jurisdiction of the Netherlands, is a hospital committal. This is done relying on the court's power according to Section 17 (1) of the Dutch Criminal Procedure Code.⁸¹ Interestingly, a hospital committal is not done directly via the Dutch Criminal Code⁸² but, rather, under the Compulsory Mental

⁷⁵ Court of Appeal Amsterdam 11-09-1997.

⁷⁶ District Court Breda 26-09-2006, LJN AY8840 (2006).

⁷⁷ Section 167 Dutch Criminal Procedure Code

2. A decision not to prosecute may be taken on grounds of public interest. The Public Prosecution Service may, subject to specific conditions to be set, postpone the decision on prosecution for a period of time to be set in said decision.

See also PJP Tak, *The Dutch Criminal Justice System* (Wolf Legal Publishers 2008) 85.

⁷⁸ RTE, 'Dutch Father of Isolated Family Unfit for Trial, Prosecutors Say' (RTE, 18 February 2021) <<https://www.rte.ie/news/europe/2021/0218/1197953-netherlands-family-farm/>> accessed 9 May 2022.

⁷⁹ District Court The Hague 09-02-2004, LJN AO3757 (2004).

⁸⁰ Court of Appeal The Hague 27-11-2008, NbSr 2009, 52 (2008).

⁸¹ Section 17 Dutch Criminal Code

1. In the case of suspension of the prosecution, the court may nevertheless order urgent measures to be taken.

⁸² As, technically, a hospital committal under Section 37 or 39 of the Dutch Criminal Code may only be imposed in cases where the defendant cannot be held criminally responsible due to his mental disorder or had successfully raised the insanity defence. See PHPHMC van Kempen 'The Right to Fair Preliminary

Healthcare Act 2020 (*Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg* or WVGZ) which specifically handles compulsory care for people with a psychological condition. The WVGZ allows the court to make a ‘care authorisation’ which may result in a hospital committal.⁸³ Notably, the WVGZ only applies to people with a psychological condition as those with intellectual disabilities or dementia would be subject to a different law: the Care and Compulsion Act (Psychogeriatric and Intellectually Disabled Persons Act) or the WZD.⁸⁴ Noteworthy, under Section 17(2) of the Dutch Criminal Procedure Code, a hospital committal cannot last more than 110 days.

If the defendant is recovered and the trial should be resumed, thus, the resumption of prosecution upon recovery could be done according to Section 16 2. of the Dutch Criminal Procedure Code.⁸⁵ Notably, the time which the offender spent committed in a hospital may be deducted from any sentence, provided that the defendant might, later on, be found guilty and that a punishment of imprisonment is imposed.⁸⁶

2.4 Law Commission’s proposal

In 2016, the Law Commission of England and Wales published reports regarding unfitness to plead in which, in volume 2. is the draft legislation of a new fitness for trial test.⁸⁷ Notably, the draft legislation has not yet been enacted as the Government still has not provided a final response.⁸⁸

The proposed fitness for trial test is as follows:

“3. *Capacity to participate effectively in a trial...*”

Investigation and Trial for Vulnerable Defendants: The Case of the Netherlands’ in Ronnie Mackay and Warren Brookbanks (eds), *Fitness to Plead: International and Comparative Perspectives* (OUP 2018) 231, 245-246.

⁸³ Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, ‘Care Authorisation’ (July 2020)

<<https://www.dwangindezorg.nl/binaries/dwangindezorg/documenten/publicaties/informatiepunt/wvggz/brochures/care-authorisation---brochure/Care+authorisation+++July+2020+1.1.pdf>> accessed 9 May 2022.

⁸⁴ Government of the Netherlands, ‘Compulsory Mental Healthcare’ (22 November 2021)

<<https://www.government.nl/topics/mental-health-services/compulsory-mental-healthcare>> accessed 9 May 2022.

⁸⁵ Section 16 Dutch Criminal Procedure Code

2. The suspension shall be revoked as soon as the defendant’s recovery has been established.

⁸⁶ Section 68 of the Dutch Criminal Procedure Code allows the time during the pre-trial detention to be deducted from the sentence. Although, the law does not specifically state so in case of disposal, it is usually also deducted in practice. See Van der Wolf, Van Marle, Mevis and Roesch, (n 65) 255.

⁸⁷ Law Commission, *Unfitness to Plead Volume 2: Draft Legislation* (Law Com. No. 364) (Her Majesty’s Stationery Office, 2016)

⁸⁸ Law Commission, ‘Unfitness to Plead’ (Law Commission, 2021)

<<https://www.lawcom.gov.uk/project/unfitness-to-plead/>> accessed 9 May 2022.

(2) A defendant is to be regarded as lacking the capacity to participate effectively in a trial if the defendant's relevant abilities are not, taken together, sufficient to enable the defendant to participate effectively in the proceedings on the offence or offences charged.

(3) In determining that question, the court must take into account the assistance available to the defendant as regards the proceedings.

(4) The following are relevant abilities—

(a) an ability to understand the nature of the charge;

(b) an ability to understand the evidence adduced as evidence of the commission of the offence;

(c) an ability to understand the trial process and the consequences of being convicted;

(d) an ability to give instructions to a legal representative;

(e) an ability to make a decision about whether to plead guilty or not guilty;

(f) an ability to make a decision about whether to give evidence;

(g) an ability to make other decisions that might need to be made by the defendant in connection with the trial;

(h) an ability to follow the proceedings in court on the offence;

(i) an ability to give evidence;

(j) any other ability that appears to the court to be relevant in the particular case.

(5) For the purposes of subsection (4)(e) to (g), an ability to make a decision is to be regarded as consisting of—

(a) an ability to understand information relevant to the decision,

(b) an ability to retain that information,

(c) an ability to use and to weigh the information when making the decision, and

(d) an ability to communicate the decision...⁸⁹

The draft legislation, if adopted, would replace the common law of unfitness to plead under *Pritchard* and make the fitness for trial test a statutory test. It could be seen that the Law Commission terminates the term 'unfitness to plead', replacing it with a more neutral term like a 'capacity to participate effectively in a trial'. The draft legislation also specified the (impaired) abilities which could give rise to the issue of lack of capacity to participate effectively in a trial. Noteworthy, not all abilities have to be impaired, as the provision only requires that some of the abilities are impaired, and the impairment is sufficient to make the defendant unable to participate effectively in the proceedings on the offence or offences charged.

If the defendant is found to lack capacity to participate effectively in a trial, the defendant may not be tried or may not continue to be tried. He will be subject to the procedure called 'the alternative finding procedure', which may be found under the proposed

⁸⁹ Law Commission (n 87) 16-17.

Section 9-11.⁹⁰ Nonetheless, it should be noted that the court can make an order not to proceed with ‘the alternative finding procedure’ if it is in the interest of justice to do so.

Under the alternative finding procedure, a jury must determine whether the prosecution has proved the matter alleged against the defendant, in relation to the charge(s) which the defendant was being tried, by making a finding regarding the matter which the defendant is alleged. Subsequently, a jury would make a determination based on the evidence already given in the trial, on evidence that may be shown during the alternative finding procedure by the prosecution or by the person appointed or selected to put the case for the defence.⁹¹ In this regard, the alternative finding procedure will operate in a similar way to a full trial, where full defences are also available. In the end, if a jury is not satisfied that the prosecution has proved the matter alleged against the defendant, that jury must return a verdict of acquittal on that count.⁹²

When a special verdict of insanity is raised, a jury must determine whether it is satisfied that the defendant did the act or made the omission being charged against the defendant as the offence and whether it is satisfied that the defendant was, at the time of the act or omission charged as the offence, insane so as not to be responsible according to law for his actions.⁹³ If a jury is satisfied on both accounts, it must return a special verdict that the defendant is not guilty by reason of insanity. Conversely, if a jury is satisfied with only one account, it must return a verdict of acquittal as if, on the count in question, the trial had proceeded to a conclusion.⁹⁴ Notably, partial defences to murder, namely diminished responsibility, a pursuance of a suicide pact and loss of control, are not available for a defendant who is subject to the alternative finding procedure.⁹⁵

Meanwhile, the proposed disposals for those who are found unable to participate effectively in a trial are found under Section 57. The available disposals are a hospital order (with or without a restriction order), a supervision order and an absolute discharge.⁹⁶ These are the same disposals under the current regulation regarding unfitness to plead. A hospital order may be found under the proposed Section 58 and it still clings to the regulation provided by the MHA 1983.⁹⁷ A supervision order requires the supervised person to be under the supervision of an officer of a local authority (‘supervising officer’) for a period of time, but not more than three years.⁹⁸ In this respect, the supervision order may include treatment as a

⁹⁰ *ibid* 20-22.

⁹¹ *ibid* 21.

⁹² *ibid* 20.

⁹³ *ibid* 20.

⁹⁴ *ibid* 20-21.

⁹⁵ *ibid* 22.

⁹⁶ *ibid* 43.

⁹⁷ *ibid*.

⁹⁸ *ibid* Section 59 Schedule 1.

non-resident patient in an institution or treatment by a registered medical practitioner.⁹⁹ Lastly, if it is deemed that a hospital order or a supervision order is not needed, the court can make an absolute discharge order, whereby the defendant would be released without any conditions.¹⁰⁰

In case that a defendant has recovered, it is possible to resume the prosecution. In this regard, the defendant, or appropriate prosecutor, may apply to the court for permission to resume the prosecution. The court will grant permission if it is satisfied that the prosecution has reasonable grounds for believing that the person would have the capacity to participate effectively in a trial of their offence(s) and the court decides that it is in the interest of justice that the person should be tried.¹⁰¹ The interest of justice here means the court would consider the following factors: “*the seriousness of the offence or offences allegedly committed, the alleged impact of the offence or offences, the views of the person or persons against whom, or in relation to whom, the offence was, or offences were, allegedly committed, the views of witnesses, their availability and their willingness to give evidence, how much time has passed since the alleged offence was, or offences were, committed, the fact that the person was subject to the alternative finding procedure and how much time has passed since the finding was made and the sentence that is likely to be imposed if the person is convicted of the offence(s)*”.¹⁰² In this instance, it is also possible to institute a fresh proceeding.¹⁰³

3. A comparative analysis of fitness for trial in England and Wales, the Netherlands, Thailand and Law Commission’s proposal

3.1 The legal test

It could be seen that all jurisdictions require a link between the condition (or the diagnosis threshold) and the incapacities, which contribute to the unfitness for trial. However, there are some different details as it would be discussed below.

First, the diagnosis threshold, all jurisdictions allow mental disorders or mental conditions as a ground to raise the fitness for trial issue. However, only England and Wales allow physical conditions to be raised as a ground for fitness for trial as it is held that ‘some disabilities’ must be presented. On the other hands, the Netherlands and Thailand do not allow physical conditions as their provisions clearly state that only ‘mental disease or defect’¹⁰⁴ or ‘insanity’¹⁰⁵ are allowed. Thus, excluding physical condition would be disadvantage for some defendants would not allow to raise fitness for trial, even they might

⁹⁹ *ibid.*

¹⁰⁰ *ibid* 57.

¹⁰¹ *ibid* 30.

¹⁰² *ibid.*

¹⁰³ *ibid* 25-26.

¹⁰⁴ In the jurisdiction of the Netherlands

¹⁰⁵ In the jurisdiction of Thailand

be benefit from it. As for the Law Commission's proposal, it does not exclusively require any condition as a ground to raise fitness for trial. Therefore, as analysed above, this could be a problem since the test only focuses on the defendant's abilities rather than the link between the inabilities and condition(s), and the condition which could be raised. In this sense, the approach under the jurisdiction of England and Wales, which embrace both mental and physical condition, would mostly be beneficial for the defendants.

Second, the inabilities, which made the defendant considered to be unfit for trial. The jurisdiction of England and Wales aims to examine the defendant's abilities to have an active role to participate effectively in trial, rather than just the defendant's cognitive function like understanding the proceeding. This is due to the merit of the adversarial system, which views that both parties (the prosecutor and defendant) have equal responsibility to find evidence, therefore, they must have full capacities to participate in the proceedings. Nonetheless, the test does not take the defendant's rationale into consideration, therefore, as long as the defendant is able to make the decisions regarding the proceedings, despite that it might be irrational or not in the best interest of him, he is considered to be fit for trial. Contrary, in the jurisdiction of the Netherlands, the main focus relies on the defendant's cognitive function of understanding the purpose of the prosecution. Since under the inquisitorial system, it is the duty of the prosecutor and the judge to find evidence in the criminal trial, therefore, the defendant does not require to have an active role in the proceedings. Meanwhile, in the jurisdiction of Thailand, although no specific abilities have been given under the main fitness for trial test, however, the supplemental regulation, which is not part of the criminal procedure code, focuses on the defendant's cognitive function as well as some abilities to have an active role in the proceedings such as the ability to explain the situation relating to the fact of the alleged charge and the ability to talk and answer the questions relating to what has been asked.¹⁰⁶ Thus, it could be seen that although Thailand's criminal justice system is based on the adversarial system like England and Wales, but when it comes to the issue of fitness for trial, this part of Thailand's criminal justice system is more like the Netherlands' inquisitorial system where the defendant does not require to have such an active role in the proceedings. In this regard, it could be said that Thailand's criminal justice system is a mix system. As for the Law Commission's proposal, it focuses on the lack of capacity to participate effectively in trial. Therefore, they focus on the decision-making abilities, which includes the rationale in the decision-making, the cognitive understanding abilities as well as the abilities to have an active role in a trial. In this sense, the Law Commission's proposal specifies most preferable abilities as it is wide enough to cover both cognitive and rationale abilities.

¹⁰⁶ But as noted, it is not the main fitness for trial test since it exists as a guideline for the practitioner to evaluate the defendant.

3.2 The procedure for the defendant who lacks the capacity for trial

In the jurisdiction of England and Wales, the finding of unfit for trial would lead to the stopping of trial, and the court has an obligation to commit a hearing, called ‘trial of fact’ before a jury, which aims to conclude whether the defendant committed the alleged offence. Equivalently, the Law Commission’s proposal also suggest that the trial would be stopped, but the court could choose whether to commit the alternative finding procedure, which is similar to the previous ‘trial of fact’, but the main difference is that it also takes the defendant’s mental state (i.e. intent, belief, or dishonesty) at the time of committing the offence into consideration, unlike the ‘trial of fact’ which does not. Furthermore, the ‘trial of fact’ only focusses on the prosecutor proving all relevant parts of the offence beyond reasonable doubt. While the alternative finding procedure operates more like a full trial, where full defences are available, except that the defendant would not be directly cross-examined. On the other hands, under the jurisdictions of the Netherlands and Thailand, the finding of unfitness for trial would lead to the suspension of trial. And the trial would be resumed once the defendant becomes fit for trial. In this sense, the Law Commission’s approach of the alternative finding procedure would be most beneficial for the unfit defendant, in which his trial would be stopped, and his alleged offence is proved through the alternative finding procedure, where full defences are also available. The availability of full defences in this process is important as it would create fairness for defendants and signify that they are acquitted on legal grounds such as self-defence or even insanity. Hence, it would also reflect their blameworthiness.

3.3 Disposals

Overall, disposals for all jurisdictions as well as the Law Commission’s proposal composite of a hospital order, which are imposed under the mental health laws. Nonetheless, the disposals under the jurisdiction of England and Wales and the Law Commission’s proposal, which are the same, offer the most variable disposals, and the court could choose the most suitable disposals for the defendant. Since the disposals range from a hospital order with or without a restriction order, a supervision order, and an absolute discharge. Unlike in the jurisdiction of Thailand and the Netherlands where only a hospital order is available, therefore, although the defendant might not need to be hospitalised, he must be if his fitness for trial is raised.

3.4 Resuming the prosecution on recovery

In the jurisdiction of the Netherlands and Thailand, the fitness for trial only led to the suspension of trial, thus, if the defendant becomes fit for trial, the trial could be resumed. Although, in practice, in the case where recovery is impossible, the prosecutor in the jurisdiction of the Netherlands could dropped the case against the defendant if he deemed that the prosecution is not of the public’s interest. While, in the jurisdiction of Thailand, theoretically, it is also possible for the prosecutor to do so, although no case has risen in practice. As for the jurisdiction of England and Wales, currently, the only possible case for

resuming the prosecution is when the defendant, who is subjected to a restricted hospital order, becomes fit for trial. Thus, this means that defendants who are subjected to other type of disposals (i.e. supervision order) would not be allowed to apply for resuming the trial. Therefore, in the Law Commission's proposal, this narrowness is broadened by the wider application for resuming the trial. This would be beneficial for the defendant, who regain fitness for trial and wish to clear their name by entering the full trial.

4. Proposal for the fitness for trial test for Thailand

While Thailand might appear to have a functioning fitness for trial test, in practice it is doubtful whether it is workable. One of the main problems is that the main regulation regarding fitness for trial, Section 14 of the Criminal Procedure Code, does not provide specific details of the test. Consequently, this allows the court to exercise too much discretion on the issue and the law also fails to provide means to challenge the court's discretion.

Although the so-called fitness for trial test is constructed under the supplement regulation, it is far from complete and still fails critically to evaluate the abilities necessary to be fit for trial. More importantly, the law makers never clarified what it means to be fit, or unfit, for trial and even Supreme Court judgments are contradictory. Even if it is argued that the fitness for trial criteria is explained in some official notes and those are being used in practice, they are not endorsed as regulation hence they have no legal status. There is also the question of reliability of the examination for fitness for trial in practice since it only involves one psychiatrist.

Moreover, it is not clear whether fitness for trial is a legal or a medical issue. In practice, a psychiatrist examines the defendant's fitness for trial and reports the court of the outcome. Nevertheless, the court is not legally bound to accept such testimony when considering the issue of fitness for trial, as Section 14 grants the court solely authority to consider that by itself. The critical question here is that, if a general legal fitness for trial criteria is not available, how can the court consider whether a defendant is fit for trial or not? At present, a case might theoretically arise in which the defendant is suffering from mental disorder(s), even a severe one which renders him irrational and not fit for trial in the medical practitioner's opinion, but he still may be found fit for trial by the court. Ultimately, there is also a problem regarding the absence of a clear procedure for the resumption of trial in the case that the defendant is found to be unfit for trial at first. This problem may eventually lead to an unfair detention of the mentally disordered defendant and deprives him of liberty longer than required.

Thus, without proper criteria to establish fitness for trial, these problems will never be solved and even the most irrational agent may be deemed fit for trial. More importantly, the fair trial could not be guaranteed, especially, for the mentally disordered offender. Therefore, the fitness for trial test under the jurisdiction of Thailand must be reformed.

The proposed fitness for trial test would appear as follows:

“Criminal Procedure Code

Section 14/1 The fitness for trial test During a preliminary hearing stage or a trial stage, if the matter comes to the court that the defendant is found unfit for trial, the court would issue the unfit for trial order and the trial would be suspended until he is recovered and found fit for trial.

For the purpose of this section, a defendant could be found to be unfit for trial if he is

(1) Suffering from a recognised medical condition and

(2) He lacks any of the following abilities

(2.1) an ability to understand the nature of the charge;

(2.2) an ability to understand the evidence presented as evidence in the alleged offence;

(2.3) an ability to understand the trial process and the consequences of being convicted;

(2.4) an ability to give instructions to a legal representative;

(2.5) an ability to make a decision about whether to plead guilty or not guilty;

(2.6) an ability to make a decision about whether to give evidence;

(2.7) an ability to make other decisions that might need to be made by the defendant in connection with the trial;

(2.8) an ability to follow the proceedings in court on the offence;

(2.9) an ability to give evidence;

(2.10) any other ability that appears to the court to be relevant in the particular case.

(3) For the purposes of sub-section (2.5) to (2.7), an ability to make a decision is to be regarded as consisting of:

(3.1) an ability to understand information relevant to the decision,

(3.2) an ability to retain that information,

(3.3) an ability to use and to weigh the information when making the decision, and

(3.4) an ability to communicate the decision

In order to determine fitness for trial, at least two distinct items of evidence from each of two registered medical practitioners must be submitted to indicate whether the defendant is suffering from a recognised medical condition which may affect his fitness for trial.

Section 14/2 The disposals in a case where the defendant is found to be unfit for trial If the defendant is found unfit for trial, the court shall either:

(1) make an order that the defendant be admitted to hospital according to Section 48 of the Criminal Code

(2) make a guardianship order, where the accused would be subject to the guardianship of a dedicated person.

(3) make a supervision and treatment order, where the accused would be under the supervision of a supervising officer and treated as an out-patient of a dedicated facility.

Section 14/3 The alternative hearing procedure in the case where the recovery is impossible. The alternative hearing procedure would be conducted if the defendant is found to be unfit for trial and the defendant's recovery is deemed to be impossible. The determination of the recovery would be based on at least two distinct items of medical evidence from two registered medical practitioners.

For the purpose of this section, the alternative hearing procedure is a process where the court determines whether it is satisfied that the prosecutor has proved the alleged matter against the defendant, in relation to the offence(s) which the defendant was to be, or was being, tried for. In this regard, the prosecutor and the defendant's legal representative are allowed to submit evidence to the court. If the court is satisfied that the alleged matter is proven, the court must determine so. But if the court is not satisfied, the court must acquit the defendant.

After the alternative hearing procedure is completed, the court must impose the disposals according to Section 14/2 or make an absolute discharge order if the medical evidence from at least two registered medical practitioners indicates that the defendant's condition is not a threat and does not require treatment."

In this regard, the issue of fitness for trial may be raised during a preliminary hearing stage and a trial stage, by any parties concerned with the case; the defendant himself, the prosecutor or the even the court. After the issue of fitness for trial has been raised, the defendant would be evaluated by at least two medical practitioners to consider whether he has a recognised medical condition and whether such condition affects his fitness for trial.

Noteworthy, the court would have the last called of the issue of fitness for trial, which will be decided, according to the fitness for trial test. In this respect, the medical evidence would act only as supporting evidence in the consideration of fitness for trial and a proper disposal. Additionally, the current Mental Health Act could still be invoked for the practical regulation regarding the evaluation of fitness for trial as well as procedure for the practitioners to evaluate and report fitness for trial and to resume the trial once the defendant is recovered. It should be noted that under this proposal, the decision regarding fitness for trial could be appeal.

Once the defendant is found unfit for trial, it must be considered whether recovery is possible. If it is possible then the court will impose proper disposals. If not, then the alternative hearing procedure would be staged. The objective of the alternative hearing procedure is not to determine the guilt of the defendant but only to provide closure in the matter of the alleged offence. Furthermore, if recovery is not possible, whether the court is satisfied that the defendant committed the alleged offence or not, the defendant would not be subjected to punishment as punishing him would not satisfy the objective of punishment.

5. Conclusion

After the comparative study and the critical analysis of the fitness for trial tests in the jurisdictions of Thailand, England and Wales and the Netherlands, as well as of the Law Commission's proposal, this paper has made a proposal for a revised fitness for trial test for Thailand, which would be endorsed in the Criminal Procedure Code. If the main proposals set out in this research were adopted, they would help to solve the current practical problems surrounding fitness for trial and ensured that incapacitated defendants would not be trailed, thus, this would guarantee a fair trial. Further, it would greatly be improving the parts of the criminal justice system which relate to mentally disordered offenders.

Non-Fungible Token และการคุ้มครองตามกฎหมายไทย Non-Fungible Token and Protection under Thai Laws

อรพัต วงศ์โรจน์*

Aurapat Wongsaroj

วันที่รับบทความ 23 พฤษภาคม 2565; วันแก้ไขบทความ 18 มิถุนายน 2565; วันตอบรับบทความ 20 มิถุนายน 2565

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะแสดงให้เห็นถึงภาพรวมของสินทรัพย์ดิจิทัลประเภทใหม่ซึ่งได้แก่ Non-Fungible Token (NFT) และรวบรวมมุมมองการอภิปรายประเด็นและผลกระทบทางกฎหมายที่อาจเกิดขึ้นภายใต้กรอบของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542

NFT เป็นสินทรัพย์ดิจิทัลประเภทหนึ่ง ซึ่งแต่ละโทเคนมีลักษณะเฉพาะตัว ไม่สามารถแลกเปลี่ยนและทดแทนได้ NFT เป็นเสมือนใบรับรองดิจิทัลที่มีหน้าที่รักษา “ความเป็นต้นฉบับ” ของผลงานที่มีเพียงชิ้นเดียวของ NFT โดยบันทึกอยู่บนเครือข่ายที่เรียกว่าบล็อกเชน (Blockchain) ซึ่งสามารถตรวจสอบความถูกต้องได้ว่าใครเป็นเจ้าของสินทรัพย์ดิจิทัล วันเวลาที่ซื้อขาย และขายต่อให้ใคร โดยสิ่งที่เป็นที่บันทึกอยู่ในระบบไม่สามารถปลอมแปลงได้เนื่องจากการบันทึกข้อมูลถูกเก็บรักษาไว้โดยคอมพิวเตอร์และระบบเครือข่าย (nodes) ทั่วโลก ในบัญชีแยกประเภทสาธารณะทำให้มั่นใจได้ถึงความปลอดภัย สินทรัพย์ดิจิทัลที่นำมาอ้างอิงในการออก NFT นั้น ส่วนใหญ่เป็นงานที่เกี่ยวข้องกับงานอันมีลิขสิทธิ์ ดังนั้นสินทรัพย์ดังกล่าวจึงได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ โดยลิขสิทธิ์ในงานจะยังคงเป็นของผู้สร้างสรรค์เสมอแม้ว่าจะกำหนดเป็นอย่างอื่นโดยผู้ซื้อ NFT จะมีสิทธิเพียงใดในงาน NFT นั้นขึ้นอยู่กับความต้องการของผู้สร้างสรรค์ซึ่งเป็นเจ้าของงานที่จะกำหนดไว้ในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ อย่างไรก็ตามการซื้อขาย NFT ในปัจจุบันนี้มีความเสี่ยงเนื่องจากไม่ใช่ NFT ทุกประเภทจะอยู่ภายใต้บังคับของพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. อีกทั้งประเทศไทยยังไม่มีตลาดซื้อขายงาน NFT และหลักเกณฑ์ในการกำกับดูแลซึ่งอยู่ระหว่างการทบทวนโดยสำนักงาน กสท. เพื่อให้สอดคล้องกับแนวทางการกำกับดูแลของสากลทำให้กฎหมายที่มีให้การคุ้มครองผู้ที่เกี่ยวข้องได้อย่างจำกัด

การที่ธุรกิจ NFT เติบโตขึ้นอย่างรวดเร็ว โดยปราศจากหน่วยงานกำกับดูแลและตรวจสอบทำให้เกิดความเสี่ยงที่ธุรกิจดังกล่าวจะกลายเป็นแหล่งฟอกเงิน เนื่องจากการซื้อขาย NFT เป็นการซื้อขายบนแพลตฟอร์มไม่ต้องเปิดเผยตัวตน และสามารถกำหนดราคาตามที่ต้องการ โดยแพลตฟอร์มซื้อขายผลงานไม่สามารถติดตามธุรกรรมหรือตรวจสอบตัวตนของผู้ซื้อได้ ทำให้งานศิลปะที่มีมูลค่าสูงมีความเสี่ยงที่จะกลายเป็นวัตถุเพื่อการฟอกเงิน แม้ว่ากฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินจะกำหนดให้มีการตรวจสอบการซื้อขายอย่างเข้มงวดเพื่อคุ้มครองเจ้าของ NFT และนักลงทุนในตลาดดังกล่าว ผู้วิจารณ์หลายท่านได้ให้ความเห็นว่า NFT จำนวนมากขาดคุณสมบัติการเป็น “สินทรัพย์ดิจิทัล” ภายใต้พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจ

* นักวิจัย สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (ทีดีอาร์ไอ)

ที่อยู่: สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (ทีดีอาร์ไอ) เลขที่ 565 ซอยรามคำแหง 39 เขตวังทองหลาง กรุงเทพฯ 10310

E-mail: aurapat@tdri.or.th

สินทรัพย์ดิจิทัลซึ่งทำให้ ไม่มีหน่วยงานและมาตรการทางกฎหมายที่ออกแบบไว้กำกับโดยเฉพาะดังเช่น มาตรการตามกฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน

คำสำคัญ: NFT กฎหมาย ลิขสิทธิ์ ธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล การฟอกเงิน

Abstract

This article aims to provide an overview of the new kind of digital asset known as Non-Fungible Token (NFT) and to collect the views and discussion on potential legal issues and consequences under the Copyright Act B.E. 2537 (1992), the Emergency Decree on Digital Asset Businesses B.E. 2561 (2018), and the Anti-Money Laundering Act B.E. 2542 (1999).

NFT is a kind of digital asset. Each token is unique, meaning one cannot be changed or replaced by another. NFT is like a digital certification, which keeps the one and only original work on blockchain network. This enables tracing of the true original owner of the digital asset, time of sales, and to whom the re-sale has been made. What has been recorded in the system cannot be imitated due to the record which was kept by computer and nodes separately in public accounts that ensures the correctness.

The digital asset which backed the issuance of the NFT mostly relates to the copyright work. Therefore, these works are protected under the Copyright Act, which gives the creator copyrights unless otherwise provided by the law. The extent of rights the purchaser has depends on the will of creator who is also the owner of work to specify in the licensing agreement. With existing risks of NFT sales transaction, the Emergency Decree on Digital Asset Businesses may not be applicable to all types of NFT. This coupled with the lack of Thai NFT marketplace and the under-review status of the SEC regulations to meet the universal application causes the laws to provide limit protection to parties to the transaction.

The fast growth of the NFT business and the lack of oversight and control by competent agency could turn this new business opportunity into a money laundering site. The anonymity of parties on sale platform and freedom to set prices as one wishes may turn the high-value art to be an object for money laundering. Although the current Anti-Money Laundering Act imposes strict reviews on the sale transactions specified therein to protect the NFT owner and the investors in the marketplace, comments and views are put forward in that not all kinds of NFTs meet the properties of “digital asset” as provided under the Emergency Decree on Digital Asset Businesses, which has left it not being reviewed by specialized competent agency under the Anti-Money Laundering Act.

Keywords: NFT, Law, Copyright, Digital Asset Business, Money Laundering

บทนำ

ปัจจุบันธุรกิจเกี่ยวกับสินทรัพย์ดิจิทัล (Digital asset) ได้รับความนิยมน้อยอย่างต่อเนื่องโดยเฉพาะสินทรัพย์ดิจิทัลประเภท Non-Fungible Token (NFT) โดยได้รับความสนใจทั้งจากเจ้าของผลงานที่นำผลงานทางศิลปะของตนออกมาเสนอขายในรูปแบบ NFT ผู้ประกอบการที่ประสงค์จะให้บริการแพลตฟอร์มในการซื้อขาย NFT ผู้ที่สนใจซื้อขาย NFT ในฐานะนักสะสม และนักลงทุนในสินทรัพย์ดิจิทัลเพื่อการเก็งกำไร การซื้อขายผลงานศิลปะในรูปแบบ NFT ได้รับความนิยมน้อยอย่างรวดเร็วเนื่องจากสามารถเพิ่มความสะดวกในการซื้อขายและเข้าถึงได้ง่ายขึ้นด้วยเทคโนโลยี รวมถึงช่วยเพิ่มประสิทธิภาพในการจัดการแสดงสิทธิในสินทรัพย์ดิจิทัล อีกทั้งยังป้องกันการลอกเลียนหรือทำปลอมได้อีกด้วย

NFT จัดเป็นสินทรัพย์ดิจิทัลซึ่งสามารถรับรองความถูกต้อง (Certificate of authenticity) และการพิสูจน์ความเป็นเจ้าของ (Proof of ownership) ได้หรืออาจกล่าวได้ว่า NFT ทำหน้าที่เหมือนหนังสือเอกสารสิทธิที่อยู่ในรูปแบบโทเคนดิจิทัล โดย NFT แต่ละโทเคนมีลักษณะเฉพาะซึ่งแตกต่างจากโทเคนอื่นทำให้ไม่สามารถแลกเปลี่ยนหรือทดแทนด้วยโทเคนอื่น และไม่สามารถแบ่งแยกเป็นหน่วยย่อยได้¹ แต่สามารถซื้อขายโดยระบุเงื่อนไขสัญญาหรือข้อตกลงบนสัญญาอัจฉริยะ (Smart contract)² ได้ NFT จะทำการบันทึกลักษณะเฉพาะของโทเคนนั้นบนเครือข่ายบล็อกเชน (Blockchain)³ ซึ่งตั้งอยู่บนเทคโนโลยี DLT (Distributed Ledger Technology) ทำให้ทุกคนในระบบสามารถเห็นข้อมูล แต่ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงข้อมูลนั้นได้ โดยสิ่งที่คุณจะได้รับคือสถานะความเป็นเจ้าของ NFT นั้น ๆ หรือที่เรียกว่าสิทธิในการอวดว่าเป็นเจ้าของสินทรัพย์ดิจิทัลนี้ (digital bragging rights)⁴ ที่ได้รับการรับรองบนบล็อกเชน

จากรายงานตลาด NFT ประจำปี 2021 จัดทำโดย NonFungible.com ปรากฏว่าในปี 2021 มีปริมาณการซื้อขาย NFT มากกว่า 1.5 หมื่นล้านดอลลาร์สหรัฐ เพิ่มขึ้นจากปี 2020 ซึ่งมีมูลค่า 67 ล้าน ดอลลาร์สหรัฐ หรือคิดเป็นการเติบโต 229 เท่า สอดคล้องกับจำนวนบัญชีผู้ใช้งานที่ขยายตัวกว่า 20 เท่า จากจำนวน 86,740 บัญชีผู้ใช้งานในปี 2020 ไปสู่จำนวน 1,976,256 บัญชีผู้ใช้งานในปี 2021⁵ ในความเห็นของผู้เขียน การที่ตลาดการซื้อขาย NFT ขยายตัวอย่างรวดเร็วส่งผลให้เกิดความเสี่ยงในการซื้อขายเนื่องจากขาดมาตรการทางกฎหมายในการกำกับดูแลที่ชัดเจน การจัดการความเสี่ยงเหล่านั้นจะต้องมีหน่วยงานกำกับดูแลเพื่อออกมาตรการทางกฎหมายและให้คำแนะนำ รวมถึงขั้นตอนที่สามารถระบุ ประเมิน และบรรเทาผลกระทบได้ ซึ่งในบทความนี้จะกล่าวถึงลักษณะของ NFT การประกอบธุรกิจเกี่ยวกับ NFT และประเด็นที่

¹ อภากร นพรัตน์, 'โลกของ NFTs กับบทบาทของธนาคาร' <<https://www.krungsri.com/th/research/research-intelligence/NFT>> สืบค้นวันที่ 15 พฤษภาคม 2565

² Smart contract หรือสัญญาอัจฉริยะ เป็นโค้ดที่ฝังอยู่ในบล็อกเชนที่มีคุณสมบัติที่คล้ายคลึงกับ "สัญญา" ที่เป็นเอกสารทั่วไประหว่างผู้ขายและผู้ซื้อ แต่ Smart contract ถูกโปรแกรมไว้ให้ทำงานได้โดยอัตโนมัติโดยที่ยังคงคุณสมบัติอื่น ๆ ของบล็อกเชนไว้ ทั้งความเป็นสาธารณะ สามารถตรวจสอบการเปลี่ยนแปลงได้เสมอ ไม่มีตัวกลางควบคุมและไม่ต้องกลัวใครจะทำผิดเงื่อนไข (Trustless)

³ Blockchain คือเทคโนโลยีการจัดเก็บข้อมูลรูปแบบหนึ่งที่ไร้ระบบรวมศูนย์ (Decentralization) แต่ทุกคนสามารถเข้าถึงข้อมูลได้ (Public) ผ่านเครือข่ายของผู้ใช้ (Peer-to-Peer Network) โดยที่ทุกคนได้รับข้อมูลเดียวกัน (Shared database) และสามารถตรวจสอบหรือเข้าถึงการจดบันทึกธุรกรรมต่าง ๆ ได้ (Public Ledger) จึงรู้ว่าใครมีสิทธิและเป็นเจ้าของข้อมูลเหล่านั้น โดยที่ข้อมูลจะถูกเก็บอยู่ในแต่ละกล่อง (Block) ที่เชื่อมโยงกันบนเครือข่ายในลักษณะที่คล้ายกับห่วงโซ่ (Chain) เป็นที่มาของชื่อ "บล็อกเชน" นั่นเอง

⁴ Robyn Conti, John Schmidt, 'What Is An NFT ? Non-Fungible Tokens

Explained' <<https://www.forbes.com/advisor/investing/cryptocurrency/nft-non-fungible-token/>> accessed_15 May 2022

⁵ NonFungible.com, 'Yearly NFT Market Report 2021' <<http://nonfungible.com/reports>> accessed 15 May 2022

เกี่ยวข้องกับกฎหมายไทยที่ให้ความคุ้มครองธุรกิจเกี่ยวกับ NFT เฉพาะในกรอบของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 เท่านั้น

1. ลักษณะของ Non-Fungible Token (NFT)

Non-Fungible Token (NFT) เป็นสินทรัพย์ดิจิทัลประเภทหนึ่งที่อยู่ในเทคโนโลยีบล็อกเชนที่มีความเป็นเอกลักษณ์เฉพาะตัวที่ไม่สามารถทดแทนกันได้⁶ โทเคนนี้จึงทำหน้าที่เป็นหลักฐานในการยืนยันความถูกต้องและความเป็นเจ้าของ (Proof of Authenticity and Ownership) ในโลกดิจิทัล โดยสินทรัพย์ดิจิทัลที่นำมาอ้างอิงในการออก NFT นั้น ส่วนใหญ่เป็นงานที่เกี่ยวข้องกับงานอันมีลิขสิทธิ์ ซึ่งได้แก่ คืองานศิลปะต่าง ๆ ที่ถูกสร้างสรรค์ขึ้น เช่น รูปวาด ภาพถ่าย ภาพพิมพ์ ภาพกราฟิก การ์ดเกม ของสะสมเกี่ยวกับศิลปินหรือนักกีฬา เป็นต้น ผู้สร้างสรรค์งานดังกล่าวไปแปลงเป็นโทเคน (Token) เพื่อเข้ารูปแบบ NFT จะถูกเรียกว่างานศิลปะที่อยู่ในระบบดิจิทัล (Crypto Art) ซึ่งเป็นสินทรัพย์ดิจิทัลที่มีมูลค่าและสามารถซื้อขายและประมูลเสนอราคาได้ งานศิลปะนี้จะถูกเรียกว่า งานศิลปะดิจิทัล NFT หรือ “NFT Art”⁸

ลักษณะที่สำคัญของ NFT Art ได้แก่⁹

- 1) ความเฉพาะตัว (Uniqueness) คือ ต้องมีลักษณะเฉพาะที่แตกต่างจากโทเคนอื่น ๆ
- 2) ความหายาก (Rarity) คือ ต้องมีความจำกัดหรือความหายากด้วยเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งหรือเหตุหลายประการดังต่อไปนี้รวมกัน ได้แก่ (ก) เกิดจากความตั้งใจ (Artificial rarity) เป็นความหายากที่เกิดจากความตั้งใจสร้างขึ้นของผู้ออก NFT (ข) เกิดจากจำนวนที่จำกัด (Numerical rarity) เช่น ศิลปินออก Photo book ใหม่มาในรูปแบบดิจิทัลซึ่งสร้าง NFT ขึ้นมาเพียง 100 ชุดเท่านั้น โดยมีลายเซ็นและรหัสกำกับอยู่ (ค) เกิดจากความหมายในเชิงประวัติศาสตร์ (Historical rarity) เช่น โปสต์แรกบนทวีตเตอร์ของ Jack Dorsey ผู้ก่อตั้งและซีอีโอทวีตเตอร์ซึ่งถือเป็นโปสต์แรกในโลกซึ่งได้บันทึกไว้และประมูลขายในรูปแบบของ NFT
- 3) ความเป็นเจ้าของ (Ownership) คือ ต้องมีความสามารถในการพิสูจน์ความเป็นเจ้าของและบ่งบอกแหล่งที่มาของสินทรัพย์ดิจิทัลโดยสามารถระบุได้ว่าสินทรัพย์ดิจิทัลนั้นสร้างขึ้นเมื่อไร ใครเป็นผู้สร้าง ใครเป็นเจ้าของในปัจจุบัน และมีประวัติการเปลี่ยนเจ้าของอย่างไรบ้าง ทั้งนี้ NFT ส่วนใหญ่ที่ถูกสร้างขึ้นในปัจจุบันมักจะให้สิทธิในความเป็นเจ้าของสินทรัพย์นั้นหรือกรรมสิทธิ์เท่านั้น โดยไม่รวมถึงลิขสิทธิ์ของสินทรัพย์ ยกเว้นแต่จะระบุไว้ในสัญญา

⁶ NFT และสินทรัพย์ดิจิทัลประเภท Fungible Token ซึ่งแต่ละโทเคนสามารถทดแทนกันได้ เช่น เช่น ธนบัตรมูลค่า 1000 บาทเหมือนกัน สามารถแลกเปลี่ยนกับเงินมูลค่า 1000 บาทเท่ากันได้ หรือเหรียญดิจิทัลอย่าง Bitcoin หรือ Ethereum สามารถใช้แลกเปลี่ยนกันได้ตามข้อกำหนดของแต่ละแพลตฟอร์ม แตกต่างจาก NFT ที่แต่ละชิ้นโทเคนที่ไม่สามารถทดแทนกันได้เช่นเดียวกับภาพโมนาลิซ่าของจริงที่มีเพียงหนึ่งเดียวไม่มีสิ่งใดทดแทนได้

⁷ Syedur Rahman, ‘NFT’s (Non-Fungible Tokens) - Risks, Regulation and the Law’

<<https://www.rahmanravelli.co.uk/expertise/nfts-non-fungible-tokens-risks-regulation-and-the-law/>> accessed 15 May 2022

⁸ NFT Art คือ ผลงานศิลปะดิจิทัลในทุกแขนงอาทิ รูปภาพ งานเขียน งานแฟชั่น งานดนตรี และเกม เป็นต้น ที่มีกรนำไปแปลงเป็นโทเคน (Crypto Token) เพื่อให้กลายเป็นสินทรัพย์ดิจิทัลที่มีมูลค่าเพิ่มขึ้น และสามารถซื้อขายแลกเปลี่ยนได้ผ่านเทคโนโลยีบล็อกเชนและใช้ Cryptocurrency อย่างเช่น เหรียญ Ethereum ในการทำธุรกรรม

⁹ อากาศ นพรัตน์ (n 1)

- 4) การเปลี่ยนแปลงไม่ได้ (Immutability) คุณสมบัตินี้เป็นสิ่งที่ได้ควบคุมมาจากการใช้บล็อกเชน กล่าวคือ โทเคนและข้อมูลที่อยู่กับโทเคนซึ่งตั้งอยู่บนระบบบล็อกเชนนั้นไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ จึงทำให้โปร่งใสและน่าเชื่อถือ
- 5) ความสามารถในการเปลี่ยนหรือกำหนดด้วยชุดคำสั่ง (Programmability) คุณสมบัตินี้เป็นหนึ่งคุณสมบัติสำคัญที่ทำให้ NFTs แตกต่างจากสินทรัพย์ในโลกความเป็นจริง เนื่องจาก NFT สามารถสร้างโดยเขียนข้อตกลงหรือเงื่อนไขใด ๆ ลงไปบนสัญญาอัจฉริยะ (Smart contract) ได้ครบเท่าที่โปรแกรมสามารถเขียนได้ทำให้เกิดการซื้อขายหรือแลกเปลี่ยนงาน มีความซับซ้อนขึ้นได้ เช่น ศิลปินสามารถกำหนดเงื่อนไขของค่าทรัพย์สินทางปัญญา (Royalty fee) จากการขายเพลงเป็นมูลค่าร้อยละ 10 ของมูลค่า NFTs เมื่อมีการซื้อขายเกิดขึ้นทุกครั้ง

จากที่กล่าวมาข้างต้น การที่ NFT แต่ละโทเคนมีลักษณะเฉพาะตัว ไม่สามารถแลกเปลี่ยนและทดแทนได้ NFT จึงเปรียบเสมือนใบรับรองดิจิทัลที่เข้ามาทำหน้าที่รักษา “ความเป็นต้นฉบับ” ของผลงานที่มีเพียงชิ้นเดียว โดยบันทึกอยู่บนเครือข่ายที่เรียกว่าบล็อกเชน (Blockchain)¹⁰ ซึ่งสามารถตรวจสอบความเป็นเจ้าของและบันทึกการซื้อขายของ NFT นี้ได้ โดยสิ่งที่บันทึกอยู่ในระบบไม่สามารถปลอมแปลงได้เนื่องจากการบันทึกข้อมูลถูกเก็บรักษาไว้โดยคอมพิวเตอร์และระบบเครือข่าย (nodes) ทั่วโลกในบัญชีแยกประเภทสาธารณะทำให้มั่นใจได้ถึงความปลอดภัย แม้ว่าภาพดิจิทัลสามารถจำลองได้ แต่โทเคนไม่สามารถทำได้ มีเพียงผู้เดียวเท่านั้นที่สามารถเป็นเจ้าของโทเคนได้¹¹

2. การประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลประเภท NFT

NFT เป็นสินทรัพย์ดิจิทัลที่ได้รับความนิยมและขยายกว้างขึ้นทั้งในวงการศิลปะ วงการกีฬา วงการเกม วงการแฟชั่น และวงการเพลง โดยเจ้าของนำสินทรัพย์ไปเข้าสู่กระบวนการแปลงสินทรัพย์ที่มีอยู่ให้อยู่ในรูปแบบของ NFT โดยการนำผลงานให้เป็น NFT นั้น จะต้องนำข้อมูลดิจิทัลที่มีอยู่ใส่เข้าไปในระบบของ Blockchain ซึ่งในขั้นตอนนี้ก็จะมีการบันทึกว่าใครเป็นเจ้าของผลงาน ผลงานถูกสร้างขึ้นเมื่อไหร่ และมีการกำหนดเงื่อนไขในการซื้อขายอย่างไร ซึ่ง NFT ดังกล่าวจะอยู่ในระบบตลอดไป ไม่สามารถแก้ไขตัดแปลงหรือลบทิ้งได้ เมื่อสินทรัพย์นั้นกลายเป็น NFT แล้วก็ยังสามารถซื้อขายบนแพลตฟอร์มได้ด้วยสกุลเงินดิจิทัลที่แพลตฟอร์มกำหนด โดยการซื้อขายแต่ละครั้งจะมีการบันทึกระบุตัวตนผู้ซื้อชัดเจน โดยสามารถเก็บโทเคนดังกล่าวไว้ในกระเป๋าดิจิทัลของผู้ซื้อ¹²

การซื้อขายสินทรัพย์ NFT ในประเทศไทยเริ่มมีความชัดเจนขึ้นในปี พ.ศ.2564 โดยเริ่มจาก NFT1 Market ก่อตั้งโดย NFT1 Global ค่ายผลิตสินทรัพย์ดิจิทัล NFT มีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ที่สิงคโปร์ เลือกประเทศไทยเป็นตลาดแรกในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ โดยบน NFT1 Market จะรวมผลงาน NFT จากศิลปินและบุคคลที่คนไทยรู้จักอย่างธนาธร จึงรุ่งเรืองกิจ กับโปรเจกต์งานศิลปะเพื่อการกุศล รายได้จากการประมูลจะนำไปสนับสนุนกองทุนด้านสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย นอกจากนี้ NFT1 Market ยังมี Coral แพลตฟอร์ม NFT ซึ่งเกิดจากการก่อตั้งของบริษัท KASIKORN X ในเครือ KBTG บริษัทเทคโนโลยีผู้เป็นกำลัง

¹⁰ Ahram T, Sargolzaei A, Sargolzaei S, Daniels J and Amaba B, 'Blockchain Technology Innovations' (IEEE Technology & Engineering Management Conference (TEMSCON) 2017)

¹¹ Syedur Rahman, 'NFT's (Non-Fungible Tokens) - Risks, Regulation and The Law' <<https://www.rahmanravelli.co.uk/expertise/nfts-non-fungible-tokens-risks-regulation-and-the-law/>> accessed 15 May 2022

¹² 'NFT (Non-Fungible Token) คืออะไร? ทำไมนักลงทุนถึงให้ความสนใจ?' (Zipmex, 22 มิถุนายน 2565) <<https://zipmex.com/th/learn/what-is-nft/>> สืบค้นเมื่อวันที่ 23 มิถุนายน 2565

สำคัญให้แก่ธนาคารกสิกรไทย เป็นครั้งแรกที่ธนาคารไทยเข้ามามีส่วนร่วมในตลาด NFT¹³ นอกจากนี้ยังมีธนาคารไทยพาณิชย์ที่ให้ความสนใจกับธุรกิจ NFT โดย SCB 10X บริษัทในเครือธนาคารไทยพาณิชย์ร่วมกับเวิร์คพอยท์ ก่อตั้ง TPOP Incorporation ผู้พัฒนาแอปพลิเคชัน “T-POP” แพลตฟอร์มตัวกลางระหว่างศิลปินไทยและแฟนคลับทั่วโลก ซึ่งมีแนวคิดที่จะพัฒนาแอป T-POP ให้รองรับเทคโนโลยี NFT ต่อไปในอนาคต¹⁴

ปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีมาตรการทางกฎหมายออกมาเพื่อรองรับการซื้อขาย NFT เป็นการเฉพาะ การซื้อขาย NFT ให้เพียงสิทธิ NFT โทเคนนั้นเท่านั้น โดยไม่รวมถึงลิขสิทธิ์อื่น ๆ ทั้งนี้โดยปกติการซื้อขาย NFT สิ่งที่คุณจะได้รับคือสิทธิถือครองตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Licensing Agreement) ผู้ถือครอง NFT จึงอยู่ในฐานะ “ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ” (Licensee) เท่านั้นมิใช่ “ผู้ทรงกรรมสิทธิ์” เว้นแต่ในกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้ระบุในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิว่าการขาย NFT เป็นการโอนลิขสิทธิ์ (Assignment of Copyright)¹⁵ แต่ถึงกระนั้นมูลค่าการซื้อขายและจำนวนผู้ให้ความสนใจใน NFT กลับเพิ่มสูงขึ้นอย่างต่อเนื่องด้วยสาเหตุจากปัจจัยต่าง ๆ อาทิ¹⁶

- 1) ความชื่นชอบและคุณค่าทางจิตใจต่อผลงานหรือศิลปิน หรือการสนับสนุนศิลปิน นักร้อง นักกีฬาที่เป็นที่ชื่นชอบ
- 2) สิทธิประโยชน์จากการถือครอง NFT เช่น ผู้ถือครองจะได้รับสิทธิในการได้รับสินค้าหรือบริการ ได้ผลประโยชน์ตอบแทนเป็นสัดส่วนตามที่ระบุไว้หากสินทรัพย์นั้นก่อให้เกิดรายได้ในอนาคต ได้สิทธิในการใช้ประโยชน์จากสินทรัพย์นั้น หรือสิทธิอื่นๆ ที่เฉพาะเจาะจง
- 3) สถานภาพทางสังคม โดยการถือครอง NFT อาจสะท้อนภาพลักษณ์ในฐานะกลุ่มคนรุ่นใหม่ ทันสมัย กล้าลองเทคโนโลยีใหม่ ๆ หรือเป็นกลุ่มนักลงทุนที่มีเงิน หรือเป็นนักสะสมที่สามารถอวดได้ว่าตนเป็นเจ้าของ NFT นี้ ซึ่งอาจกลายเป็นการให้คุณค่ากับสิทธิในการแสดงความเป็นเจ้าของทางสินทรัพย์ดิจิทัลนั้นยิ่งกว่าคุณค่าของตัวงานศิลปะนั่นเอง¹⁷
- 4) การก่อให้เกิดชุมชน (Community) การรวมกลุ่มคนที่ชื่นชอบหรือสนใจในสิ่งเดียวกัน ซึ่งสมาชิกในชุมชนมักจะพยายามเกื้อหนุนให้ชุมชนนั้นอยู่ต่อไปได้อย่างยั่งยืน ราคาของ NFT จึงเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ ตามจำนวนสมาชิกในชุมชนหรือการสนับสนุนของคนในชุมชน
- 5) การเก็งกำไรและขายต่อในอนาคต เนื่องจาก NFT มีลักษณะเฉพาะและมีจำนวนจำกัด นักลงทุนจึงเข้าซื้อโดยหวังว่าจะได้ผลตอบแทนจากการถือครองหรือได้กำไรเมื่อขายต่อในอนาคต

การประกอบธุรกิจเกี่ยวกับ NFT

การซื้อขาย NFT นั้นเริ่มจากการสมัครสมาชิกในแพลตฟอร์มซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล NFT เพื่อเปิดบัญชีใช้งานและเชื่อมต่อกับกระเป๋าเงินดิจิทัล เพื่อใช้จัดเก็บ NFT และสกุลเงินดิจิทัลที่แพลตฟอร์มยอมรับ¹⁸

¹³ Coral, ‘Coral Platform Terms of Services’ <https://storage.googleapis.com/kx-coral-prod-public/policy/Terms_of_services_V1_1.pdf> accessed 15 May 2022

¹⁴ ‘สรุป NFT ฉบับอัปเดตประเทศไทย ตั้งแต่ความรู้เริ่มต้นจนถึงโอกาสศิลปิน’ (TODAY Bizview, 4 พฤศจิกายน 2561) <<https://workpointtoday.com/nft-thailand/>> สืบค้นวันที่ 15 พฤษภาคม 2565

¹⁵ รายละเอียดในประเด็นนี้ อยู่ในหัวข้อ 3.1 ประเด็นการให้ความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

¹⁶ อภากาศ นพรัตน์ภรณ์ (ก 1)

¹⁷ Robyn Conti and John Schmidt, ‘What Is An NFT? Non-Fungible Tokens Explained’ <<https://www.forbes.com/advisor/investing/cryptocurrency/nft-non-fungible-token/>> accessed 15 May 2022

¹⁸ เฟิงอ้าง

การสร้าง NFT เริ่มแรกเมื่อผู้สร้างสรรค์ (Creator) สร้างภาพกราฟฟิกหรืองานศิลปะดิจิทัลขึ้นมาแล้ว จะต้องนำรูปและข้อมูลเกี่ยวกับรูปดังกล่าวไปอัปโหลดไว้ที่ศูนย์บริการรับฝาก (Hosting services)¹⁹ ซึ่งอาจเก็บข้อมูลแบบรวมศูนย์ (Centralized storage) หรือในบางกรณี ตลาดซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล NFT (NFT Marketplace: NFTM) อาจจะให้บริการเก็บรักษาข้อมูลดังกล่าวเอง เพื่อให้ระบบที่มาเชื่อมต่อสามารถดึงรูปหรือข้อมูลไปใช้ได้ จากนั้น ขั้นตอนต่อไปคือการสร้าง NFT ที่แสดงสิทธิในงานศิลปะชิ้นนั้น โดยศิลปินสามารถสร้าง NFT ด้วยตัวเองหรือหากไม่เชี่ยวชาญในการเปลี่ยนงานศิลปะดิจิทัลไปเป็น NFT บนบล็อกเชนก็สามารถมอบหมายให้ตัวแทนขาย (Seller) สร้าง NFT และนำ NFT ขึ้นวางขายบน NFTM²⁰

การซื้อขาย NFT (Token trading) จะเกิดขึ้นเมื่อผู้ซื้อ (Buyer) สนใจ NFT ยื่นข้อเสนอซื้องานนั้นโดยอาจเสนอซื้อในราคาที่ผู้ขายกำหนดไว้ (Fixed price) หรือประมูลราคา (Bidding) โดยระบบการประมูลทั้งนี้เมื่อราคาของผู้ซื้อเสนอได้รับการยืนยันเรียบร้อยแล้ว NFTM จะทำการโอนสิทธิของงานศิลปะชิ้นนั้นจากบัญชีของผู้ขายไปให้กับบัญชีของผู้ซื้อ นอกเหนือจากรูปแบบการตั้งราคาแล้ว NFTM แต่ละรายยังกำหนดเงื่อนไขอื่น ๆ ที่แตกต่างกันไปซึ่งผู้ขายและผู้ซื้ออาจต้องพิจารณาก่อนตัดสินใจ²¹

ตัวอย่างการซื้อขาย NFT ที่เป็นที่รู้จักกันดี อาทิ การประมูลขายภาพมีม “Disaster Girl” ภาพเด็กหญิงวัย 4 ขวบ (ขณะถ่ายภาพ) ที่หันหน้ามามองกล้องโดยฉากหลังเป็นภาพบ้านกำลังถูกไฟไหม้ ลงขายในรูปแบบ NFT โดย Zoë Roth หญิงสาวที่อยู่ในภาพซึ่งถูกถ่ายภาพโดยพ่อของเธอและมีผู้ซื้อไปในราคาประมาณ 5 แสนเหรียญสหรัฐหรือประมาณ 15 ล้านบาท²²



ที่มาภาพ : “Disaster Girl by Dave Roth”, จาก

<https://www.nytimes.com/2021/04/29/arts/disaster-girl-meme-nft.html>

อีกตัวอย่างหนึ่งคือการประมูลขายโพสต์แรกบน Twitter ของ Jack Dorsey ผู้ก่อตั้งและซีอีโอ Twitter ซึ่งถือเป็นโพสต์แรกในโลก ในรูปแบบ NFT โดยโพสต์แรกของ Jack Dorsey เป็นข้อความที่ระบุว่า

¹⁹ โฮสติ้ง (Hosting) คือ รูปแบบการให้บริการอย่างหนึ่งสำหรับเป็นพื้นที่ในการนำเสนอข้อมูลออนไลน์ผ่านอินเทอร์เน็ต เมื่อผู้ใดต้องการเผยแพร่ข้อมูลแบบออนไลน์ให้ผู้อื่นสามารถเข้ามาเรียกดูข้อมูล ดาวน์โหลดข้อมูล หรืออื่นๆ จะต้องมีการสร้างเว็บไซต์ขึ้นมาก่อน และจึงนำเว็บไซต์สร้างไว้ขึ้น อัปโหลดขึ้นมาที่ระบบที่ให้บริการฝากพื้นที่ หรือเรียกว่า ระบบโฮสติ้ง (ที่มา: <https://blog.phalconhost.com/what-is-hosting/>)

²⁰ อากาศกร นพรัตน์ยากรณ์ (น 1)

²¹ เฟิ่งอ่าง

²² Marie Fazio, ‘The World Knows Her as ‘Disaster Girl.’ She Just Made \$500,000 Off the Meme’ <<https://www.nytimes.com/2021/04/29/arts/disaster-girl-meme-nft.html>> accessed 15 May 2022

"just setting up my twttr" (แค่กำลังติดตั้งทวิตเตอร์) ที่เขาเคยโพสต์ไว้เมื่อวันที่ 22 มีนาคม 2006 ภาพที่เป็นโพสต์แรกบน Twitter ของ Jack Dorsey ก็เป็น Non Fungible Token ด้วยเช่นกัน เพราะ Jack Dorsey เป็นคนโพสต์เอง และบันทึกภาพทวิตดังกล่าวเอง มีเพียงแค่นั้นเดียวเท่านั้น และการที่ Jack Dorsey นำภาพที่โพสต์บน Twitter ของเขาเข้าไปอยู่ในระบบของ Blockchain ก็จะทำให้ภาพนี้ต้องมีการเข้ารหัส ที่ทำให้สามารถพิสูจน์ได้ว่าภาพไหนคือภาพที่ Jack Dorsey เป็นคนบันทึกมาเอง หรือภาพไหนเป็นภาพที่ Copy + Paste มา การประมูลดังกล่าวผู้ชนะการประมูลได้เป็นเจ้าของทวิตแรกของโลกที่ราคาประมาณ 90 ล้านบาท²³



ที่มา : “เคาะประมูลขายทวิตแรก Jack Dorsey ซีอีโอ Twitter ปิดราคา 90 ล้านบาท”, จาก

<https://www.thairath.co.th/lifestyle/tech/2055655>

ความเสี่ยงจากการซื้อขาย Non-Fungible Token (NFT)

ในประเด็นเรื่องความเสี่ยงจากการซื้อขาย Non-Fungible Token (NFT)²⁴ เนื่องจาก NFT เป็นแนวคิดใหม่ที่ยังมีผู้เข้าใจในระบบน้อย แต่มีผลประกอบการสูงเป็นแรงจูงใจให้นักลงทุนเข้ามาสู่ธุรกิจนี้เป็นจำนวนมาก การลงทุนใน NFT จึงมีความเสี่ยงที่จะถูกฉ้อโกง โดยกรณีนี้ Syedur Rahman มีความเห็นว่าการเสี่ยงในการถูกฉ้อโกงอาจมีได้ดังต่อไปนี้

- 1) Tokenization คือกระบวนการสร้างโทเคนดิจิทัลที่แสดงถึงความเป็นเจ้าของสินทรัพย์ในชีวิตจริง สิ่งนี้เกิดขึ้นเมื่อมีคนนำผลงานของศิลปินไปโดยไม่ได้รับอนุญาตและ "ทำใหม่" ให้เป็น NFT โดยนำงานศิลปะเข้าไปอยู่ในระบบของ Blockchain
- 2) Wash trading คือการที่เจ้าของสินทรัพย์ดิจิทัลจัดการธุรกรรมโดยการซื้อขายกับตัวเองหรือผู้สมรู้ร่วมคิดเพื่อสร้างภาพให้ผู้ลงทุนเข้าใจผิดว่า NFT นี้มีความต้องการสูงในตลาดเพื่อควบคุมมูลค่าหรือเพิ่มโปรไฟล์
- 3) Insider trading คือการซื้อขายหลักทรัพย์โดยใช้ข้อมูลภายใน เป็นกรณีที่บุคคลใช้ความรู้ที่ไม่เปิดเผยต่อสาธารณะเพื่อผลประโยชน์ทางการเงินของตนเอง
- 4) Sleepminting คือการซื้อขายหลักทรัพย์ดิจิทัลโดยแอ็กเกอร์ กล่าวคือศิลปินที่มีชื่อเสียงจะนำผลงานของตนเข้าสู่ระบบ NFT แต่แอ็กเกอร์ก็สามารถโอน NFT ดังกล่าวไปยังบัญชีของพวกเขาได้ วิธีนี้ดำเนินการอย่างซับซ้อนซึ่งไม่ทำให้เกิดการตรวจสอบความปลอดภัยใดๆ และโน้มน้าวให้ผู้ซื้อที่มีศักยภาพเชื่อว่าแอ็กเกอร์มีสิทธิขาย NFT ที่พวกเขาได้มาอย่างผิดกฎหมาย
- 5) Money laundering คือการฟอกเงิน เนื่องจากไม่มีหน่วยงานกำกับดูแลการประกอบธุรกิจเกี่ยวกับ NFT จากหน่วยงานของรัฐทำให้สะดวกต่อการฟอกเงิน แม้ว่ารัฐและบุคคลอาจมีมาตรการคว่ำบาตรทั้งทางเศรษฐกิจและสังคมเพื่อป้องกันไม่ให้ผู้กระทำความผิดประกอบธุรกิจต่อ

²³ ‘เคาะประมูลขายทวิตแรก Jack Dorsey ซีอีโอ Twitter ปิดราคา 90 ล้านบาท’ (ไทยรัฐ, 23 มีนาคม 2564)

<<https://www.thairath.co.th/lifestyle/tech/2055655>> สืบค้นเมื่อวันที่ 15 พฤษภาคม 2565

²⁴ Syedur Rahman (n 7)

แต่การขาดกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับ NFT ทำให้การตรวจสอบและบังคับใช้มาตรการต่าง ๆ เป็นไปได้ยาก

3. การให้ความคุ้มครอง Non-Fungible Token (NFT) ตามกฎหมายไทย

จากที่กล่าวมาข้างต้น NFT จึงมีความน่าสนใจทั้งในแง่ของการแก้ปัญหาในเรื่องการลอกเลียนแบบ ลิขสิทธิ์ของงานศิลปะ เพราะแม้จะมีการลอกเลียนแบบแต่สามารถพิสูจน์ภาพต้นฉบับ (Original) ได้โดยการเข้ารหัสผ่านระบบบล็อกเชน (Blockchain)²⁵ นอกจากนี้ NFT ยังมีความน่าสนใจในแง่ของช่องทางการลงทุน และสร้างรายได้ผ่านผลงานศิลปะ อย่างไรก็ตามยังไม่มี ความชัดเจนว่า NFT จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายไทยอย่างเหมาะสมและเพียงพอที่จะสามารถคุ้มครองเจ้าของสินทรัพย์ดิจิทัลในรูปแบบ NFT หรือไม่ ดังนั้นเพื่อการคุ้มครองเจ้าของผลงาน และนักลงทุน รวมถึงการพัฒนาธุรกิจที่มีความเกี่ยวข้องกับ NFT จึงควรให้ความสำคัญกับประเด็นการให้ความคุ้มครองด้านกฎหมายของไทย

3.1 ประเด็นการให้ความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

สินทรัพย์ดิจิทัลที่นำมาอ้างอิงในการออก NFT นั้น ส่วนใหญ่เป็นงานที่เกี่ยวข้องกับงานอันมีลิขสิทธิ์²⁶ ไม่ว่าจะเป็นงานศิลปกรรม งานดนตรีกรรม งานโสตทัศนวัสดุ งานภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานดิจิทัลในรูปแบบต่าง ๆ รวมถึงของสะสมที่เกี่ยวข้องกับนักแสดงหรือนักกีฬาที่มีชื่อเสียงในสาธารณะ

ลิขสิทธิ์ในงานจะเกิดขึ้นอัตโนมัตินับแต่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์ผลงานเสร็จ โดยไม่จำเป็นต้องจดทะเบียนก่อนจึงมีสิทธิ²⁷ เช่น เมื่อเราวาดภาพรูปหนึ่งเสร็จ ลิขสิทธิ์ในงานนั้นย่อมเป็นของเราทันที ลิขสิทธิ์ในภาพวาด “ยังคงเป็นของผู้สร้างสรรค์เสมอ เว้นแต่จะกำหนดเป็นอย่างอื่น” ดังนั้นผู้สร้างสรรค์จึงเป็นเพียงผู้เดียวที่มีสิทธิทำซ้ำ ดัดแปลง เผยแพร่ต่อสาธารณชน ให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนา ให้ประโยชน์อันเกิดจาก ลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่น รวมถึงอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิต่างๆ ดังกล่าวข้างต้น²⁸ อย่างไรก็ตามผู้ซื้อ NFT อาจเข้าใจผิดโดยเชื่อว่าการซื้อดังกล่าวทำให้ได้เป็นเจ้าของในลิขสิทธิ์ทั้งที่เป็นการซื้อสิทธิในสินทรัพย์ดิจิทัลนั้นเท่านั้น หรืออาจกล่าวได้ว่า NFT คือ โทเคนดิจิทัลที่สร้างขึ้นมาให้มีลักษณะคล้ายเป็น “หน่วยที่ใช้เก็บข้อมูลในการซื้อ NFT ที่อ้างอิงกับสินทรัพย์ดิจิทัลประเภทต่าง ๆ” ซึ่งผู้ถือ NFT อาจไม่ได้ลิขสิทธิ์ในงานจริงที่อยู่ในโลกกายภาพเลยก็ได้ เช่น NBA NFT ที่ถูกสร้างโดยการอ้างอิงคลิปวิดีโอไฮไลท์จากการแข่งขันบาสเกตบอล NBA ซึ่งเงื่อนไขที่ผู้สร้าง NBA NFT ได้ระบุไว้ในสัญญา คือ ผู้ซื้อจะไม่ได้สิทธิในการตัดต่อ เปลี่ยนแปลง หรือทำซ้ำในคลิปวิดีโอ เว้นแต่ได้รับความยินยอมจาก NBA ก่อน โดยหากมีการละเมิดสิทธิดังเช่นว่า แพลตฟอร์มที่เป็นตัวกลางในการซื้อขาย สามารถลบหรือหยุดการให้บริการต่อบัญชีของผู้ซื้อทันที ดังนั้น ผู้ซื้อ NFT ในกรณีนี้ จึงได้เพียงแค่อำนาจในการเก็บคลิปวิดีโอไฮไลท์ดังกล่าวไว้ในบัญชีของตนเท่านั้น ซึ่งลิขสิทธิ์ทั้งหมดยังคงเป็นของ NBA แต่เพียงผู้

²⁵ Joy K, ‘Crypto Art และ NFT คืออะไร ? สรุปลงให้เข้าใจแบบง่าย ๆ ในโพสต์เดียว’

<<https://marketeeronline.co/archives/212754>> สืบค้นเมื่อวันที่ 15 พฤษภาคม 2565

²⁶ พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, มาตรา 6 “งานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ ได้แก่ งานสร้างสรรค์ประเภท วรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ หรืองานอื่นใดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะของผู้สร้างสรรค์ไม่ว่างานดังกล่าวจะแสดงออกโดยวิธีหรือรูปแบบอย่างใด”

²⁷ พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, มาตรา 8 “ให้ผู้สร้างสรรค์เป็นผู้มีลิขสิทธิ์ในงานที่ตนได้สร้างสรรค์ขึ้น.....”

²⁸ พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, มาตรา 15 “...เจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมมีสิทธิแต่ผู้เดียวดังต่อไปนี้ (1) ทำซ้ำหรือดัดแปลง (2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน (3) ให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนางานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ และสิ่งบันทึกเสียง (4) ให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่น (5) อนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิตาม (1) (2) หรือ (3) โดยการกำหนดเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่งหรือไม่ก็ได้ แต่เงื่อนไขดังกล่าวจะกำหนดในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมไม่ได้...”

เดี่ยว (Exclusive right)²⁹ ในทางกลับกัน กรณีของ Sir Tim Berner-Lee นักวิทยาศาสตร์ชาวอังกฤษผู้สร้าง World Wide Web ในปี 1999 เจ้าของลิขสิทธิ์ Source Code ต้นฉบับ ได้นำงานดังกล่าวออกมาประมวลในรูปแบบ NFT และไม่ได้กำหนดข้อจำกัดในเรื่องการใช้สิทธิเชิงฆราวาสของ NBA ซึ่งผู้ที่ประมวลได้สามารถทำซ้ำงานของเขาในรูปแบบดิจิทัลได้ ซึ่งถือเป็นการให้ลิขสิทธิ์รูปแบบหนึ่งต่อผู้ที่เป็นเจ้าของ NFT ดังกล่าว

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่าเงื่อนไขหรือข้อกำหนดในการอนุญาตให้ใช้สิทธิของ NFT มีความแตกต่างกันตามความต้องการของผู้สร้างสรรค์ซึ่งเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ หรืออาจกล่าวได้ว่า กรรมสิทธิ์หรือสิทธิใด ๆ ของงานอ้างอิงที่อยู่ในโลกกายภาพ อาจไม่ได้ถูกส่งผ่านไปยังผู้ถือ NFT ทั้งหมด เพื่อป้องกันปัญหาเรื่องลิขสิทธิ์ที่อาจเกิดขึ้น แพลตฟอร์มที่ซื้อขาย NFT จึงมักจะระบุเรื่องลิขสิทธิ์ในงานที่นำมาแปลงเป็น NFT ไว้ในข้อกำหนดของแพลตฟอร์มที่โดยมากจึงอยู่ในรูปแบบของ “licensing agreement หรือ สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ” ของ NFT ทั้งนี้ผู้สัญญาอาจตกลงกันเองในเรื่องลิขสิทธิ์ต่างออกไปจากข้อกำหนดของแพลตฟอร์มก็ได้³⁰

ลักษณะสำคัญประการหนึ่งที่ทำให้ผู้สร้างสรรค์ผลงานศิลปกรรมและนักลงทุนให้ความสนใจ NFT คือ การที่ผู้สร้างสรรค์จะได้รับค่าลิขสิทธิ์ทุกครั้งที่มี NFT ของผู้สร้างสรรค์เปลี่ยนมือ แม้ว่าสัญญาที่เขียนขึ้นสำหรับ NFT สามารถรับประกันได้ว่าผู้สร้างงานศิลปะดิจิทัลจะได้รับค่าลิขสิทธิ์ในแต่ละครั้งที่มีการขาย แต่การชำระเงินดังกล่าวอาจไม่เป็นไปโดยอัตโนมัติหากการขายไม่ได้ดำเนินการผ่านแพลตฟอร์มเดียวกันทุกครั้ง

สำหรับในส่วนของการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น แม้ NFT พยายามสร้างสถานะในโลกดิจิทัลให้กับงานอ้างอิงต่าง ๆ ที่มีอยู่ในโลกกายภาพ การมีระบบพิสูจน์ตัวตน (authentication) บนบล็อกเชนที่เรียกว่า “mint” (ลงทะเบียนผลงานในระบบ)³¹ เมื่อผู้ซื้อสามารถยืนยันได้ว่าแอดเคาต์ที่ขายผลงานนั้นเป็นผู้สร้างสรรค์ ผู้ซื้อก็จะรู้ว่าผลงานที่ซื้อนั้นเป็นผลงานต้นฉบับ ไม่ว่าจะผ่านงานนั้นจะผ่านการซื้อขายกี่ครั้งก็ตาม³² แต่ถ้าผู้สร้างสรรค์ผลงานที่เป็นผู้ mint นั้นแจ้งเท็จเรื่องตัวตนของตนเอง เนื่องจากตลาด NFT ยังไม่มีกฎหมายมาดูแลอย่างชัดเจน บางแพลตฟอร์มจึงเปิดให้ใครก็ได้มา mint ผลงานอย่างอิสระ ผลก็คือมีศิลปินมากมายที่พบว่ามีคนนำผลงานของตัวเองไปขายโดยไม่ได้รับอนุญาต ซึ่งเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างเห็นได้ชัดในตลาดค้าศิลปะแบบดั้งเดิม

อีกหนึ่งในปัญหาสำคัญที่เกิดขึ้นคือแม้ผู้สร้างสรรค์ผลงานจะเป็นผู้สร้างสรรค์ผลงานชิ้นนั้นจริง แต่สิ่งที่ระบบไม่สามารถตรวจสอบได้คือผลงานชิ้นนั้นได้ละเมิดลิขสิทธิ์โดยการลอกเลียนผลงานอื่น ๆ หรือไม่ เพราะในสหรัฐอเมริกาการขายผลงานลอกเลียนแบบนั้นมีผลทางกฎหมาย แม้จะอ้างว่า “ได้แรงบันดาลใจ” และคล้ายเท่านั้น³³ เช่น กรณีของ Weird Whale Image หรือภาพคอลเลกชัน NFT ที่สร้างโดยเด็กชาวอังกฤษอายุ 12 ปี

²⁹ Marvellous Ihekumere, ‘Legal Implications of NFTs in Sports’ (HarvardJSEL, 19 April 2021)

<<https://harvardjssel.com/2021/04/legal-implications-of-nfts-in-sports/>> accessed 15 May 2022

³⁰ IP THAILAND, ‘ลิขสิทธิ์ กับ NFT’ <<https://www.ip-thailand.com/ลิขสิทธิ์/ลิขสิทธิ์กับ-nft/>> สืบค้นเมื่อวันที่ 15 พฤษภาคม 2565

³¹ “mint” หรือการลงทะเบียนผลงานในระบบ คือกระบวนการแปลงสินทรัพย์หรือสิ่งของที่มีอยู่ให้กลายเป็น NFT โดยการทำผลงานให้เป็น NFT นั้น จะต้องนำข้อมูลดิจิทัลที่มีอยู่ใส่เข้าไปในระบบของ Ethereum Blockchain ซึ่งในขั้นตอนนี้จะมีการบันทึกว่าใครเป็นเจ้าของผลงาน ผลงานถูกสร้างขึ้นเมื่อไหร่ และมีการกำหนดเงื่อนไขอะไร ซึ่ง NFT หรือ Digital asset ดังกล่าวจะอยู่ในระบบตลอดไป ไม่สามารถดัดแปลง แก้ไข หรือลบทิ้งได้

³² Jonathan Schmalfeld, ‘Copyright Violations Could Crash The NFT Party’

<<https://fortune.com/2021/08/04/nfts-copyright-violations-penalties-non-fungible-tokens-collectibles-nfttomey-jonathan-schmalfeld/>> accessed 15 May 2022

³³ การสร้างสรรค์งาน NFT หากเป็นกรณีได้รับแรงบันดาลใจจากผลงานสร้างสรรค์ของคนอื่น ไม่ว่าจะเป็บุคคลหรือเป็นแบรนด์ วิธีที่ปลอดภัยที่สุดคือการขอความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร ไม่เช่นนั้นอาจละเมิดลิขสิทธิ์หรือเครื่องหมายการค้าได้

ซึ่งขายได้กว่า 5 ล้านบาท และในเวลาต่อมาได้มีการขาย NFT ดังกล่าวต่อในราคาที่สูงขึ้นอย่างรวดเร็ว อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากได้มีการตรวจพบว่า ภาพวาด Weird Whale อาจมีที่มาจากผลงานศิลปะอื่นที่ ได้สร้างมาก่อน³⁴ ซึ่งเป็นที่ของการตั้งข้อสังเกตว่า พฤติกรรมดังกล่าว ถือเป็น “IP Theft” หรือ “การขโมย ทรัพย์สินทางปัญญา” หรือไม่ กฎหมายสหรัฐอเมริกาได้วางหลักที่เข้มงวดต่อผู้ที่ขายงานประเภท IP Theft ให้ มีความผิดตามกฎหมายแม้ทำไปโดยไม่ทราบว่าการกระทำดังกล่าวได้กระทบต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ที่แท้จริง³⁵ สำหรับกรณีการขโมยทรัพย์สินทางปัญญานี้ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 กำหนดให้เป็นการละเมิด ลิขสิทธิ์เช่นกัน³⁶

นอกจากกรณีดังกล่าวข้างต้นแล้ว ยังมีกรณีที่เกิดจากการที่ผู้สร้างสรรค์เจ้าของลิขสิทธิ์นำงานอ้างอิง ไปออก NFT ซ้ำ ๆ บนหลายแพลตฟอร์ม และในหลายประเทศ ซึ่งในกรณีนี้แม้บล็อกเชนจะสามารถบันทึก ประวัติการทำการธุรกรรมได้ แต่ก็ไม่สามารถป้องกันการออก NFT ซ้ำโดยอ้างอิงงานเดิมที่อ้างอิงไปแล้วได้

3.2 ประเด็นการให้ความคุ้มครองตามพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561

พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 (พ.ร.ก. สินทรัพย์ดิจิทัล ฯ) ถูกบัญญัติ ขึ้นเพื่อกำหนดให้สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วย หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (สำนักงาน ก.ล.ต.) มีอำนาจหน้าที่ในการกำกับและการควบคุมการดำเนิน กิจกรรมและการประกอบธุรกิจเกี่ยวกับสินทรัพย์ดิจิทัลเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและทำให้การดำเนิน กิจกรรมและการประกอบธุรกิจดังกล่าวมีความโปร่งใส อันจะเป็นประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงในทาง เศรษฐกิจของประเทศและการคุ้มครองผู้ลงทุนและประชาชนที่เกี่ยวข้อง สำหรับกรณีของ NFT นั้น ก.ล.ต. มีความเห็นว่าจะต้องพิจารณาว่าลักษณะของ NFT แต่ละโทเคนเป็นไปตามนิยาม “สินทรัพย์ดิจิทัล”³⁷ ประเภทใดประเภทหนึ่งตาม พ.ร.ก. สินทรัพย์ดิจิทัล ฯ หรือไม่ โดยพิจารณาจาก

“(1) หากเป็น NFT ที่มีการกำหนดสิทธิในการได้มาซึ่งสินค้า บริการ หรือสิทธิอื่นใดที่เฉพาะเจาะจง เช่น มีการออก NFT ที่ให้สิทธิในการได้มาซึ่งทรัพย์สิน ซึ่งอาจจะเป็นสิ่งของที่มีลักษณะทางกายภาพที่จับต้อง

³⁴ Harrison Jordan , ‘No, NFTs aren’t Copyrights’ <<https://techcrunch.com/2021/06/16/no-nfts-arent-copyrights/>> accessed 15 May 2022

³⁵ ดร.สุมาพร (ศรีสุนทร) มานะสันต์, ‘โทเคนดิจิทัล NFT : ลิขสิทธิ์เป็นของใคร?’

<<https://www.bangkokbiznews.com/blogs/columnist/128084>> สืบค้นวันที่ 15 พฤษภาคม 2565

³⁶ พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, มาตรา 27-31.

³⁷ พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 ไม่ได้มีการกำหนดเกี่ยวกับ NFT ไว้โดยเฉพาะ แต่กำหนด ขอบเขตของสินทรัพย์ดิจิทัลภายใต้การกำกับดูแลไว้ 3 ประเภท ได้แก่

“(1) คริปโทเคอร์เรนซี เป็นเหรียญดิจิทัลที่ใช้เป็นสื่อกลางในการซื้อขายแลกเปลี่ยนเพื่อให้ได้มาซึ่งสินค้า บริการ หรือสิทธิอื่นใด หรือแลกเปลี่ยนระหว่างสินทรัพย์ดิจิทัลด้วยกัน

(2) โทเคนดิจิทัลเพื่อการลงทุน (investment token) เป็นเหรียญดิจิทัลที่ให้สิทธิในการเข้าร่วมลงทุนในโครงการ หรือกิจการใด ๆ

(3) โทเคนดิจิทัลเพื่อการใช้ประโยชน์ (utility token) เป็นเหรียญดิจิทัลที่ให้สิทธิแก่ผู้ถือในการได้มาซึ่งสินค้า บริการ หรือสิทธิอื่นใดที่เฉพาะเจาะจง โดยแบ่งเป็น

- utility token พร้อมใช้ ผู้ถือเหรียญสามารถใช้สิทธิแลกสินค้าหรือใช้บริการได้ทันทีตั้งแต่วันที่เสนอขายครั้งแรก
- utility token ไม่พร้อมใช้ ผู้ถือเหรียญจะยังไม่สามารถใช้สิทธิแลกหรือใช้ประโยชน์สินค้าหรือบริการนั้นได้ในวัน เสนอขาย แต่ต้องรอใช้สิทธิในอนาคต”

ดังนั้น หากมีการเสนอขาย investment token หรือ utility token ไม่พร้อมใช้ ผู้ออกต้องได้รับอนุญาตจาก ก.ล.ต. โดยเปิดเผยข้อมูลตามที่กำหนด และต้องเสนอขายผ่านผู้ให้บริการระบบเสนอขายโทเคนดิจิทัล (ICO Portal) ที่ได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการ ก.ล.ต.

ได้ (physical) หรือไฟล์ดิจิทัล หรือมีการสะสม NFT แล้วให้สิทธิแก่ผู้ถือไปแลกเปลี่ยนหรือสิทธิอย่างอื่น จะเข้านิยาม utility token³⁸ ตาม พ.ร.ก. สินทรัพย์ดิจิทัลฯ ดังนั้น การประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับ NFT ลักษณะนี้จึงต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ภายใต้ พ.ร.ก. สินทรัพย์ดิจิทัล ฯ

(2) หาก NFT นั้น เป็นตัวทรัพย์สินนั่นเอง เวลาซื้อขายหรือโอนก็ติดไปด้วยกัน ไม่อาจแยกกันได้ และไม่ได้มีการกำหนดสิทธิใด ๆ เพิ่มเติม และไม่มีวัตถุประสงค์ในการใช้เป็นสื่อกลางในการซื้อขายแลกเปลี่ยน เช่น NFT ที่สร้างขึ้นโดยการเก็บ digital file บน Interplanetary File System (IPFS) และสร้างโทเคนดิจิทัลขึ้นมาเพื่อความสะดวกในการซื้อขายแลกเปลี่ยน (ไม่ว่าจะสร้าง NFT โทเคนเดียวหรือหลายโทเคนจาก digital file ที่เก็บบน IPFS) โดย digital file และโทเคนนั้นจะโอนติดไปด้วยกัน ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลง และไม่สามารถแยกกันได้ เป็นต้น NFT ดังกล่าวจะไม่ใช่สินทรัพย์ดิจิทัล การดำเนินการเกี่ยวกับ NFT นั้นจึงไม่ถูกกำกับดูแลโดย พ.ร.ก. สินทรัพย์ดิจิทัลฯ³⁹

“สำหรับการประกอบธุรกิจเกี่ยวกับสินทรัพย์ดิจิทัล ไม่ว่าจะเป็นคริปโทเคอร์เรนซี หรือ โทเคนดิจิทัล ผู้ประกอบธุรกิจต้องได้รับใบอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง และปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. กำหนด โดยปัจจุบันมีการกำกับดูแลธุรกิจ 5 ประเภท ได้แก่ ศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล (exchange) นายหน้าซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล (broker) ผู้ค้าสินทรัพย์ดิจิทัล (dealer) ที่ปรึกษาสินทรัพย์ดิจิทัล (investment advisor) และผู้จัดการเงินทุนสินทรัพย์ดิจิทัล (private fund)”⁴⁰

“ขณะที่การประกอบธุรกิจเกี่ยวกับ NFT ที่เข้าข่ายเป็นสินทรัพย์ดิจิทัลตาม พ.ร.ก. สินทรัพย์ดิจิทัล ฯ ในลักษณะการเป็นศูนย์กลางหรือเครือข่ายใด ๆ ที่จัดให้มีขึ้นเพื่อการซื้อขายหรือแลกเปลี่ยน NFT โดยการจับคู่หรือหาคู่สัญญาให้ หรือการจัดระบบหรืออำนวยความสะดวกให้ผู้ซึ่งประสงค์จะซื้อขายหรือแลกเปลี่ยน NFT สามารถทำความตกลงหรือจับคู่กันได้ โดยกระทำการเป็นการค้าปกติ (NFT marketplace) ต้องได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลประเภทศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัลจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง อย่างไรก็ตามปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มี NFT marketplace ที่ได้รับใบอนุญาตศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัลจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง นอกจากนี้ ศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัลที่ได้รับใบอนุญาตไม่สามารถนำ NFT ที่เข้าข่ายเป็นสินทรัพย์ดิจิทัลตาม พ.ร.ก. สินทรัพย์ดิจิทัลฯ มาให้บริการซื้อขายในศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัลได้ ตามข้อ 39/1 แห่งประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กธ. 18/2564 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล (ฉบับที่ 11) ลงวันที่ 10 มิถุนายน 2564 ทั้งนี้ ก.ล.ต. อยู่ระหว่างทบทวนหลักเกณฑ์ในการกำกับดูแล NFT marketplace เพื่อให้สอดคล้องกับแนวทางการกำกับดูแลของสากล”⁴¹

สำหรับกรณีศึกษาที่น่าสนใจในส่วนของประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลประเภท NFT คือ กรณีการจากสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการใช้ข้อมูลลงในการซื้อขาย NFT เป็นคดีที่อัยการประจำเขตทางใต้ของนิวยอร์ก และผู้ช่วยผู้อำนวยการดูแลสำนักงานภาคสนามนิวยอร์กของสำนักงานสืบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกา (the New York Field

³⁸ โทเคนดิจิทัลเพื่อการใช้ประโยชน์ (utility token) เพิ่งอ้าง

³⁹ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ก.ล.ต.), ‘Non-Fungible Token (NFT) และการกำกับดูแลของ ก.ล.ต.’ <<https://www.sec.or.th/TH/Template3/Articles/2565/060165.pdf>> สืบค้นวันที่ 15 พฤษภาคม 2565

⁴⁰ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ก.ล.ต.) ‘Non-Fungible Token (NFT) และการกำกับดูแลของ ก.ล.ต.’, 6 มกราคม 2565 <<https://www.sec.or.th/TH/Template3/Articles/2565/060165.pdf>> อ้างถึงใน ‘ก.ล.ต. ระบุหาก NFT มีสิทธิอย่างอื่นจะเข้าข่าย Utility Token ถูกกำกับตามพ.ร.ก.’ <<https://www.blognone.com/node/126584>> สืบค้นเมื่อวันที่ 15 พฤษภาคม 2565

⁴¹ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ก.ล.ต.) (น 39)

Office of the Federal Bureau of Investigation : FBI) ได้กล่าวหาและจับกุม นาย Nathaniel Chastain อดีตผู้จัดการฝ่ายผลิตภัณฑ์ของตลาดซื้อขายออนไลน์ของ NFT ชื่อ OpenSea ซื้อหาซื้อขาย NFT โดยใช้ข้อมูลภายใน เนื่องจากนาย Chastain มีหน้าที่ในการคัดเลือก NFT ที่จะขึ้นแสดงในเว็บไซต์ของ OpenSea โดยข้อมูลดังกล่าวไว้เป็นความลับไว้จนกว่า NFT นั้นจะขึ้นแสดงบนเว็บไซต์เพราะเมื่อขึ้นแสดงเมื่อใดมูลค่าของ NFT นั้นจะเพิ่มสูงขึ้น นาย Chastain จึงซื้อ NFT นั้นก่อนที่ OpenSea จะแสดง NFT นั้นบนเว็บไซต์เพื่อทำการซื้อขาย เมื่อ NFT เข้าทำการซื้อขายบน OpenSea แล้วนาย Chastain ก็จะขาย NFT ดังกล่าวโดยได้กำไรครั้งละ 2 ถึง 5 เท่าของราคาที่ซื้อ มา ในการซื้อขายของนาย Chastain นั้นได้ทำการซื้อขายโดยเงินดิจิทัลซึ่งไม่ต้องเปิดเผยชื่อผู้เป็นเจ้าของ และในการเปิดบัญชีซื้อขายบน OpenSea ก็ใช้บัญชีซื้อขายนิรนามตามระบบของคริปโต ซึ่งทุกอย่างจะไม่มีเปิดเผยชื่อ⁴²

สำหรับประเทศไทยความผิดฐานซื้อขายโดยใช้ข้อมูลภายใน หรือที่รู้จักกันโดยทั่วไปว่า Insider Trading ในส่วนที่เกี่ยวกับ NFT นั้น เนื่องจากกฎหมายไม่ได้มีการกำหนดเกี่ยวกับ NFT ว่าเป็นการเฉพาะ จึงต้องพิจารณาว่าลักษณะของ NFT แต่ละโทเคนว่าเป็นไปตามนิยาม “สินทรัพย์ดิจิทัล” ในส่วนของโทเคนดิจิทัลเพื่อการใช้ประโยชน์ (utility token) ตามพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ.2561 หรือไม่ ซึ่งถ้า NFT โทเคนนั้นเป็นไปตามนิยามก็ต้องปฏิบัติตามกฎหมายภายใต้กฎหมาย ในพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลฯ มาตรา 42⁴³ ซึ่งบัญญัติ “ห้ามมิให้บุคคลใดซึ่งรู้หรือครอบครองข้อมูลภายในที่เกี่ยวกับผู้เสนอขายโทเคนดิจิทัลหรือลักษณะหรือสาระสำคัญของโทเคนดิจิทัลกระทำการซื้อหรือขายโทเคนดิจิทัล หรือเข้าผูกพันตามสัญญาซื้อขายล่วงหน้าที่เกี่ยวข้องกับโทเคนดิจิทัล ไม่ว่าเพื่อตนเองหรือบุคคลอื่น เว้นแต่...” แต่หาก NFT โทเคนใดไม่เป็นไปตามนิยามของ “สินทรัพย์ดิจิทัล” ดังกล่าวก็จะไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายนี้

3.3 ประเด็นการให้ความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542

การที่ธุรกิจ NFT เติบโตขึ้นอย่างรวดเร็ว โดยปราศจากหน่วยงานกำกับดูแลและตรวจสอบทำให้งานศิลปะที่มีมูลค่าสูงมีความเสี่ยงที่จะกลายเป็นแหล่งฟอกเงิน ประเด็นดังกล่าวถูกเปิดเผยโดยหน่วยงานป้องกันและรักษาความปลอดภัยของอังกฤษ (RUSI) ในรายงาน "NFTs: A New Frontier for Money Laundering?" ระบุว่า NFT สามารถใช้เป็นเครื่องมือในการฟอกเงินและก่ออาชญากรรมทางการเงิน เนื่องจากการซื้อขาย NFT ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของหน่วยงานกำกับดูแล การซื้อขายไม่ต้องเปิดเผยตัวตน และสามารถกำหนดราคาตามที่ต้องการ อีกทั้งแพลตฟอร์มซื้อขายผลงานไม่สามารถติดตามธุรกรรมหรือตรวจสอบตัวตนของผู้ซื้อได้ ทำให้งานศิลปะที่มีมูลค่าสูงมีความเสี่ยงที่จะกลายเป็นแหล่งฟอกเงิน ซึ่งสอดคล้องกับรายงานของกระทรวงการคลังสหรัฐอเมริกา ซึ่งรายงานว่า NFT สามารถเป็นเครื่องมือในการฟอกเงิน เพราะไม่มีหน่วยงานกำกับดูแล และสามารถแปลงเงินที่ได้มาอย่างผิดกฎหมายให้ถูกกฎหมายได้⁴⁴

⁴² Department of Justice U.S. Attorney’s Office Southern District of New York, ‘Former Employee of NFT Marketplace Charged in First Ever Digital Asset Insider Trading Scheme’ (2022)

<<https://www.justice.gov/usao-sdny/pr/former-employee-nft-marketplace-charged-first-ever-digital-asset-insider-trading-scheme>> accessed 15 June 2022

⁴³ พ.ร.ก. การประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561, มาตรา 42

⁴⁴ Allison Owen & Isabella Chase, ‘Commentary, NFTs: A New Frontier for Money Laundering?’ (2022)

<<https://rusi.org/explore-our-research/publications/commentary/nfts-new-frontier-money-laundering/>> accessed 15 May 2022; US Department of the Treasury, ‘Study of the Facilitation of Money Laundering and Terror Finance Through the Trade in Works of Art’ (2022) 1-3

<https://home.treasury.gov/system/files/136/Treasury_Study_WoA.pdf> accessed 15 May 2022 อ้างถึงใน

‘กระทรวงการคลังสหรัฐอเมริกา ออกรายงานว่า NFT อาจกลายเป็นแหล่งฟอกเงิน’ โพสต์ทูเดย์ (20 มกราคม 2565)

<<https://www.posttoday.com/world/675328#>> สืบค้นวันที่ 15 พฤษภาคม 2565

บทความจาก EisnerAmper หนึ่งในสำนักงานบัญชีที่ใหญ่ที่สุดในสหรัฐอเมริการะบุว่า NFT สามารถสร้างขึ้นมาได้อย่างง่ายดาย และซื้อขายได้โดยไม่ต้องเปิดเผยตัวตนผ่านเทคโนโลยีบล็อกเชน อีกทั้งกำหนดราคาเท่าไรก็ได้โดยไม่ต้องอิงตามราคาตลาด ทำให้สามารถใช้ฟอกเงินได้ ดังนั้นเพียงแค่สร้าง NFT ขึ้นมาและลงขายจากนั้นก็ซื้อ NFT ของตนเองโดยไม่ต้องเปิดเผยตัวตน และกำหนดราคาตามที่ต้องการ ก็สามารถเปลี่ยนเงินสกปรกให้สะอาดได้ เนื่องจากกระเป๋าเงินดิจิทัลที่ไม่มีการควบคุม แต่รับรู้ว่าเป็นเงินที่ได้มาอย่างถูกต้องตามกฎหมายจากการขายงานศิลปะเท่านั้น⁴⁵

ปัจจุบันแพลตฟอร์ม NFT ส่วนใหญ่มีขั้นตอนการทำความรู้จักลูกค้า (Know-your-customer: KYC) น้อยมากหรือแทบไม่มีเลย เช่น แพลตฟอร์ม OpenSea ตรวจสอบลูกค้าผ่านเงื่อนไขการมีกระเป๋าเงิน Ethereum (Ethereum wallet) เท่านั้น โดยไม่จำเป็นต้องกรอกข้อมูลอื่นเพิ่มเติมเลยหากต้องการขาย NFT และรับค่าตอบแทนเป็นเงินคริปโต นอกจากนี้ การซื้อขายดังกล่าวทำบนเทคโนโลยีบล็อกเชนทำให้ทั้งคนซื้อและคนขายไม่สามารถระบุตัวตนของอีกฝ่ายได้และไม่มีการตรวจสอบแหล่งที่มาของเงินตลอดจนการประเมินมูลค่าที่แท้จริงของสินทรัพย์ที่ซื้อขายว่าสมเหตุสมผลหรือไม่ รวมถึงข้อกฎหมายและกฎระเบียบปัจจุบันยังเข้าไม่ถึงตลาด NFT หน่วยงานภาครัฐในหลายประเทศจึงกังวลว่าจะอาจมีการใช้ตลาดซื้อขาย NFT เป็นแหล่งฟอกเงิน ทั้งนี้ในอนาคต มีความเป็นไปได้ว่าอาจต้องกำหนดให้ผู้ซื้อและผู้ขาย NFT ต้องทำ KYC เบื้องต้นอย่างการระบุชื่อนามสกุลจริงของผู้ซื้อและผู้ขาย การพิสูจน์แหล่งที่มาของเงิน และเอกสารต่างๆ ก่อนที่การซื้อขายแลกเปลี่ยนจะเกิดขึ้น ซึ่งขั้นตอนเหล่านี้อาจขัดกับหลักการกระจายศูนย์ของตลาด NFT ได้⁴⁶

คณะทำงานเฉพาะกิจเพื่อดำเนินมาตรการทางการเงิน (Financial Action Task Force: FATF) แนะนำว่าการประเมินลักษณะของ NFT ควรดำเนินการเป็นกรณีไป กล่าวคือ NFT ใดที่มีลักษณะตามค่านิยมของสินทรัพย์ดิจิทัลที่ FATF กำหนด มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามมาตรการที่ FATF กำหนด โดยการตรวจสอบนี้ต้องอ้างอิงตามความเสี่ยงเพื่อป้องกันธุรกรรมของลูกค้าที่ไม่ต้องการ และทำให้แน่ใจว่าธุรกรรมที่น่าสงสัยนี้จะถูกตรวจสอบอย่างรวดเร็ว โดย FATF คาดหวังให้หน่วยงานกำกับดูแลที่เกี่ยวข้องกับ NFT เป็นเชิงรุกเมื่อควบคุมความเสี่ยงในการซื้อขาย NFT⁴⁷

สำหรับมาตรการทางกฎหมายของประเทศไทย พ.ร.ก. ธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลฯ มาตรา 7 กำหนดให้ถือว่าผู้ประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลและผู้ให้บริการระบบเสนอขายโทเคนดิจิทัลตามพระราชกำหนดนี้เป็นสถาบันการเงินตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน⁴⁸ ดังนั้นหาก NFT ใดเป็นสินทรัพย์ดิจิทัลก็ต้องอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 (พ.ร.บ. การฟอกเงินฯ) ซึ่งจากการพิจารณาความผิดมูลฐานแล้ว หากเกิดการทำธุรกรรมหรือธุรกรรมอันควรสงสัยว่ามีความผิดเกี่ยวกับการยกยอกหรือฉ้อโกงหรือประทุษร้ายต่อทรัพย์สินหรือกระทำโดยทุจริตตามกฎหมายว่าด้วยธุรกิจสถาบันการเงิน หรือกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ซึ่งกระทำโดยกรรมการ หรือผู้จัดการ หรือบุคคลใด ซึ่งรับผิดชอบหรือมีประโยชน์เกี่ยวข้องในการดำเนินงานของสถาบันการเงินนั้น⁴⁹ การ

⁴⁵ A.J. Woloszynski, 'NFTs and Money Laundering' (eisneramper.com, August 26 2021)

<<https://www.eisneramper.com/non-fungible-tokens-money-laundering-flvs-blog-0821/>> accessed 15 May 2022 อ้างถึงใน 'NFT ฟอกเงินอย่างไร' โพสต์ทูเดย์ (20 มกราคม 2565)

<<https://www.posttoday.com/world/673507>> สืบค้นวันที่ 15 พฤษภาคม 2565

⁴⁶ อภานกร นพรัตน์ภรณ์ (n 1)

⁴⁷ Syedur Rahman, 'FATF guidance on NFT's' <<https://www.rahmanravelli.co.uk/articles/fatf-guidance-on-nft-s/>> accessed 15 May 2022

⁴⁸ พ.ร.ก. การประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561, มาตรา 7

⁴⁹ พ.ร.บ. ป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542, มาตรา 3 (4)

กระทำนั้นจะเป็นความผิดฐานฟอกเงินเมื่อมีการโอน รับโอน หรือเปลี่ยนแปลงทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำ ความผิดเพื่อชุกซ่อนหรือปกปิดแหล่งที่มาของทรัพย์สินนั้น หรือเพื่อกระทำด้วยประการใด ๆ เพื่อปกปิดหรืออำพรางลักษณะที่แท้จริงการได้มาแหล่งที่ตั้ง การจำหน่าย การโอน การได้สิทธิใด ๆ ซึ่งทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำ ความผิด รวมถึงการได้มา ครอบครอง หรือใช้ทรัพย์สิน โดยรู้ในขณะที่ได้มา ครอบครอง หรือใช้ทรัพย์สินนั้นว่าเป็นทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำ ความผิด⁵⁰

หน้าที่ของประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลและผู้ให้บริการระบบเสนอขายโทเคนดิจิทัลตาม พ.ร.บ. การฟอกเงิน ๆ ได้แก่

- (1) ต้องรายงานการทำธุรกรรมนั้นต่อสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินเมื่อมีการใช้เงินสดหรือทรัพย์สินที่มีมูลค่าเกินกว่าที่กำหนดในกฎกระทรวงฯ หรือมีเหตุอันควรสงสัยว่าธุรกรรมนั้นเข้าข่ายการฟอกเงิน⁵¹
- (2) ต้องให้ลูกค้าจัดให้ลูกค้าแสดงตนทุกครั้งก่อนการทำธุรกรรมตามที่กำหนดในกฎกระทรวง⁵²
- (3) ต้องกำหนดนโยบายการรับลูกค้า การบริหารความเสี่ยงที่อาจเกี่ยวกับการฟอกเงินของลูกค้าและต้องดำเนินการตรวจสอบเพื่อทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับลูกค้าเมื่อเริ่มทำธุรกรรมครั้งแรกโดยต้องตรวจสอบเป็นระยะจนสิ้นสุดดำเนินการเมื่อมีการปิดบัญชีหรือยุติความสัมพันธ์กับลูกค้า⁵³
- (4) เมื่อมีการทำธุรกรรมตาม (1) ให้สถาบันการเงินบันทึกข้อเท็จจริงต่าง ๆ เกี่ยวกับธุรกรรมดังกล่าวตามแบบ รายการ หลักเกณฑ์และวิธีการ ที่กำหนดในกฎกระทรวง⁵⁴
- (5) ห้ามมิให้ผู้มีหน้าที่รายงานตาม (1) บุคคลใดเปิดเผยข้อมูลหรือกระทำด้วยประการใด ๆ อันอาจทำให้ลูกค้าหรือบุคคลภายนอกทราบเกี่ยวกับการตรวจสอบเพื่อทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับลูกค้า การรายงานธุรกรรมหรือการส่งข้อมูลอื่นใดไปยังสำนักงาน เว้นแต่เป็นการปฏิบัติตามกฎหมายหรือตามคำสั่งศาลหรือเป็นการเปิดเผยข้อมูลระหว่างสำนักงานใหญ่กับสาขาของผู้มีหน้าที่รายงานที่ตั้งอยู่ในหรือต่างประเทศเพื่อดำเนินการอันเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติ⁵⁵
- (6) ในกรณีที่ผู้มีหน้าที่รายงานตาม (1) ไม่สามารถดำเนินการตรวจสอบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับลูกค้าได้ให้สถาบันการเงินรายงานให้สำนักงานทราบโดยทันที ในกรณีที่สำนักงานได้ตรวจสอบรายงานแล้ว เห็นว่ามีหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่ามีการกระทำ ความผิดฐานหรือความผิดฐานฟอกเงิน ให้มีอำนาจสั่งให้สถาบันการเงินระงับการทำธุรกรรมไว้ก่อนได้ไม่เกินสิบวันทำการ⁵⁶
- (7) ให้ผู้มีหน้าที่รายงานตาม (1) เก็บรักษารายละเอียดเกี่ยวกับการตรวจสอบเพื่อทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับลูกค้าตามเป็นเวลาสิบปีนับแต่วันที่มีการปิดบัญชีหรือยุติความสัมพันธ์กับลูกค้า แต่ก่อนพ้นกำหนดเวลาสิบปีดังกล่าว หากมีเหตุจำเป็นและสมควรเพื่อประโยชน์ในการดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้สำหรับลูกค้ารายใด ให้เลขอาธิการแจ้งเป็นหนังสือให้ผู้มีหน้าที่รายงานดังกล่าวเก็บรักษารายละเอียดของลูกค้ารายนั้นต่อไปอีกไม่เกินห้าปีนับแต่พ้นเวลาสิบปีก็ได้⁵⁷

⁵⁰ พ.ร.บ. ป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542, มาตรา 5

⁵¹ พ.ร.บ. ป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542, มาตรา 13

⁵² พ.ร.บ. ป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542, มาตรา 20

⁵³ พ.ร.บ. ป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542, มาตรา 20/1

⁵⁴ พ.ร.บ. ป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542, มาตรา 21

⁵⁵ พ.ร.บ. ป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542, มาตรา 21/1

⁵⁶ พ.ร.บ. ป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542, มาตรา 21/2

⁵⁷ พ.ร.บ. ป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542, มาตรา 22/1

บทสรุป

จากที่กล่าวมาข้างต้น NFT ใดที่เป็นสินทรัพย์ดิจิทัล จะอยู่ในกำกับดูแลของสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ และสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน ซึ่งมีการตรวจสอบการซื้อขายอย่างเข้มงวดเพื่อคุ้มครองเจ้าของ NFT และนักลงทุนในตลาดดังกล่าว อย่างไรก็ตาม NFT จำนวนมากที่ขาดคุณสมบัติการเป็น “สินทรัพย์ดิจิทัล” ประเภทใดประเภทหนึ่งตาม พ.ร.ก. สินทรัพย์ดิจิทัล ฯ กำหนด ซึ่ง NFT ในส่วนนี้จะไม่มีความหมายและมาตรการทางกฎหมายใดกำกับ การซื้อขาย NFT ประเภทนี้จะอยู่ภายใต้บังคับของ พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ถ้ามีการละเมิด และกฎหมายอาญาถ้ามีการฉ้อโกงเกิดขึ้นเท่านั้น ซึ่งผู้วิจัยมีความเห็นว่ามาตรการดังกล่าวไม่เพียงพอที่จะคุ้มครองความเสี่ยงจากประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลเกี่ยวกับ NFT ดังนั้นจึงควรศึกษาแนวทางปฏิบัติของต่างประเทศ อาทิสหรัฐอเมริกาซึ่งเริ่มมีคดีเกี่ยวกับ NFT ขึ้นสู่ศาล และอยู่ในระหว่างแก้ไข Uniform Commercial Code เพื่อให้กรอบสำหรับการทำธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับ NFT ซึ่งเป็นทรัพย์สินประเภทใหม่ เพื่อมอบสถานะทางกฎหมายที่ชัดเจนให้แก่ NFT ซึ่งจะส่งผลให้การกำกับดูแลธุรกรรมเกี่ยวกับการซื้อขาย NFT มีความชัดเจนและครอบคลุมยิ่งขึ้น⁵⁸

⁵⁸ Jessica Rizzo, 'The Future of NFTs Lies With the Courts' (WIRED, 3 April 2022) <<https://www.wired.com/story/nfts-cryptocurrency-law-copyright/>> accessed 15 May 2022

การเสริมสร้างบทบาทหน้าที่ของผู้สอบบัญชีและคณะกรรมการตรวจสอบตาม
พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535
Strengthening the Roles and Duties of the Audit Committee and the
Auditors as stated in the Securities and Exchange Act B.E. 2535

นเรศร์ เกษะประกกร*

Nares Kesaparakorn

วันที่รับบทความ 23 พฤษภาคม 2565; วันแก้ไขบทความ 12 มิถุนายน 2565; วันตอบรับบทความ 14 มิถุนายน 2565

บทคัดย่อ

บทความวิจัยนี้มุ่งหมายที่จะสำรวจบทบาทหน้าที่ แนวทางปฏิบัติที่ดี การสื่อสารและการประสานงานระหว่างผู้สอบบัญชีและคณะกรรมการตรวจสอบ รวมถึงปัจจัยส่งเสริมที่มีผลต่อการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปอย่างถูกต้องและเป็นการเพิ่มกลไกสนับสนุนการบังคับใช้กฎหมายหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

การเสริมสร้างบทบาทหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจสอบและผู้สอบบัญชีตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 89/25 และประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนที่เกี่ยวข้องซึ่งเป็นไปตามแนวทางของกฎหมาย Sarbanes - Oxley Act 2002 ของสหรัฐอเมริกา และหลักการกำกับดูแลกิจการ (Corporate Governance, CG) มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการบริหารงานของบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ซึ่งระดมทุนด้วยการออกหลักทรัพย์ขายต่อประชาชนหรือบุคคลใด ๆ เพื่อใช้เป็นแหล่งเงินในการดำเนินธุรกิจ และเป็นกลไกสำคัญในการบังคับใช้กฎหมายให้มีประสิทธิภาพ เนื่องจากคณะกรรมการตรวจสอบและผู้สอบบัญชีเป็นบุคคลภายนอกกิจการที่ได้รับความคาดหวังว่ามีความเป็นอิสระ ไม่มีส่วนได้เสีย สามารถใช้ความรู้ความสามารถและวิชาชีพที่มีอยู่ช่วยคณะกรรมการของบริษัทในการตรวจสอบการบริหารงานของกิจการ ในกรณีที่ผู้สอบบัญชีพบเหตุการณ์อันน่าสงสัยว่า กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินการของนิติบุคคลอาจกระทำความผิดเกี่ยวกับการบริหารงานในลักษณะฉ้อฉล ผู้สอบบัญชีมีหน้าที่ต้องแจ้งข้อเท็จจริงให้คณะกรรมการตรวจสอบของบริษัททราบเพื่อดำเนินการตรวจสอบต่อไปโดยไม่ชักช้า และให้คณะกรรมการตรวจสอบรายงานผลการตรวจสอบในเบื้องต้นให้แก่สำนักงาน ก.ล.ต. และผู้สอบบัญชีทราบภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งจากผู้สอบบัญชี และในกรณีที่คณะกรรมการตรวจสอบไม่ดำเนินการให้ผู้สอบบัญชีแจ้งให้สำนักงาน ก.ล.ต. ทราบถึงเหตุการณ์ที่ต้องแจ้งดังกล่าว หากผู้สอบบัญชีหรือคณะกรรมการตรวจสอบของบริษัทใด ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท

*รองศาสตราจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

ที่อยู่ : คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

เลขที่ 148 ถ.เสรีไทย แขวงคลองจั่น เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240

E-mail: nares.k19@gmail.com

ผลการศึกษาพบว่า บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวเกี่ยวกับพฤติการณ์อันควรสงสัยซึ่งผู้สอบ บัญชีมีหน้าที่ต้องแจ้งและวิธีดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริงเกี่ยวกับพฤติการณ์ดังกล่าวมีความไม่ชัดเจน สมควรต้องขยายความเพื่อให้เกิดความชัดเจนเป็นรูปธรรมมากกว่าเขียนเป็นหลักการไว้ นอกจากนี้ การปฏิบัติหน้าที่ของผู้สอบบัญชีและคณะกรรมการตรวจสอบให้มีประสิทธิภาพนั้นควรให้ความสำคัญในเรื่องการเสริมสร้าง “ความเป็นอิสระ” ของกรรมการอิสระ คณะกรรมการตรวจสอบและผู้สอบบัญชีให้มากขึ้นกว่าเดิม รวมทั้งการให้ความสำคัญในเรื่องกฎบัตรของคณะกรรมการตรวจสอบ โดยถือว่าเป็นพันธะสัญญาในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจสอบ หากกรรมการตรวจสอบไม่ปฏิบัติตามกฎบัตร ถือว่าเป็นการละเลยต่อหน้าที่ของการเป็นกรรมการตรวจสอบ

คำสำคัญ: บทบาทและหน้าที่, คณะกรรมการตรวจสอบ, ผู้สอบบัญชี, กฎหมายหลักทรัพย์ไทย

Abstract

This article aims to explore the roles and duties, good practices, communication, and coordination between auditors and Audit Committee and to examine factors promoting the accuracy and efficiency in their roles and duties in orders to increase the mechanism for the law enforcements of Securities Regulation more efficiently.

Strengthening the roles and duties of the Audit Committee and the auditors as stated in the Securities and Exchange Act B.E. 2535, Section 89/25 and the relevant notifications of the Capital Market Supervisory Board, which is in accordance with the guidelines of the law Sarbanes-Oxley Act of the United States and Corporate Governance (CG) principles, is a very crucial issue for the management of listed companies on the Stock Exchange that raised funds by issuing securities for sale to the public or any person to be used as a source of money for business operations. Promoting the duties and roles of the Audit Committee and the auditors is a significant mechanism in increasing the law enforcement efficiency because auditor and Audit Committee are expected to perform their roles and duties with independence, free from interest, and have the competence to apply their knowledge and professionalism to assist the auditors and Auditor Committee in assessing the management of company. In case the auditor finds practices of a director, a manager, or person responsible for the operation of the juristic person that appear to be suspicious of committing management malpractice in a fraudulent manner, the auditor is obliged to inform the company's auditor committee of the facts for further inspection without delay. And, the Auditor Committee shall report the results of the preliminary audit to the the Securities and Exchange Commission (SEC) Office and the auditor for acknowledgement within thirty days from the date of being notified by the auditor. If the Auditor Committee does not take action, the auditor shall notify the SEC Office of the practice that shall be reported. If an auditor or the Audit Committee of a company violates or fails to comply, he or she shall be liable to a fine not exceeding one hundred thousand baht.

The study has found that the provision of the law stating the auditor obligations to report and proceed for obtaining facts about suspected malpractice is still unclear, and it should be addressed with clarity and concrete format, rather than written in principle. Additionally, to promote the performance efficiency of the auditor and the Audit Committee, priorities should be given to increasing "Independence" of auditor and the Audit Committee along with the importance of Audit Committee Charter, which shall be deemed the Audit Committee's obligations and failure to perform it shall be considered a neglect of duties.

Keywords: roles and duties, audit committee, auditors, thai securities law.

1. บทนำ

ในวันที่ 2 ธันวาคม 2544 บริษัท Enron Corporation ประกอบธุรกิจการค้าพลังงาน และเป็นบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ขนาดใหญ่เป็นลำดับที่ 7 ของสหรัฐอเมริกา มีรายรับมากกว่าหนึ่งร้อย พันล้านเหรียญสหรัฐและมีพนักงานมากกว่า 20,000 คนทั่วโลกได้ประกาศล้มละลาย ส่งผลให้เกิดการสั่นสะเทือนทั่วทั้งประเทศและแวดวงตลาดการเงิน ทั้ง Wall Street และ Main Street¹ ซึ่งครอบครัวคนอเมริกันมากกว่าครึ่งหนึ่ง ได้ลงทุนในบริษัทนี้ไม่ว่าโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมในตลาดหลักทรัพย์ ผลกระทบต่อพนักงานของบริษัทจำนวนหลายพันคนต้องตกงานและสูญเสียเงินสะสมเพื่อการเกษียณอายุไปทั้งหมด ผู้ถือหุ้นได้แต่มองมูลค่าการลงทุนของตนดิ่งเหวลงไปเรื่อย ๆ เจ้าหน้าที่การค้าของบริษัท จำนวนเป็นร้อยเป็นพันทั่วโลกต้องเข้าสู่กระบวนการการขอรับชำระหนี้ ซึ่งมีที่ท่าว่าจะได้รับเพียงเศษเงินเท่านั้นเมื่อเทียบกับจำนวนเงินก้อนโตที่บริษัทเป็นหนี้เจ้าหนี้ทั้งหลาย

เกือบหนึ่งปีต่อมาในวันที่ 21 กรกฎาคม 2545 บริษัท WorldCom ซึ่งเป็นบริษัทที่ดำเนินธุรกิจด้านการสื่อสารคมนาคมและบริการข้อมูลทางไกลที่มีขนาดใหญ่เป็นอันดับที่ 2 ของสหรัฐอเมริกา และยังเป็นผู้ผลิตชิปความจำคอมพิวเตอร์ไมครอนเทคโนโลยีอันดับที่ 2 ของโลก ราคาหุ้นของบริษัทเคยพุ่งสูงขึ้น 64.50 เหรียญสหรัฐจาก 1.32 เหรียญสหรัฐในช่วงก่อตั้ง (ณ วันที่ 1 มกราคม 2534) แต่ในช่วงเวลาไม่กี่ปีได้ยื่นขอความคุ้มครองเพื่อฟื้นฟูกิจการตามกฎหมายล้มละลาย Chapter 11 และบริษัทต้องเข้าสู่กระบวนการสอบสวนรวมถึงผู้บริหารถูกตั้งข้อหาฉ้อโกง และมีหนี้สินจำนวนมากถึง 30 พันล้านเหรียญสหรัฐ ผู้ถือหุ้นต้องสูญเสียเงินไปถึง 180 พันล้านเหรียญสหรัฐโดยประมาณ และมีการปลดพนักงานราว 20,000 ชีวิตจากจำนวนพนักงานทั่วโลกที่มีอยู่ประมาณ 80,000 คน ทั้งนี้ หุ้นของ WorldCom ถูกเพิกถอนออกจากตลาดหุ้น Nasdaq เมื่อวันที่ 30 กรกฎาคม 2545 โดยราคาหุ้นของ WorldCom ปิดตลาดที่ระดับราคา 83 เซ็นต์วิกฤติการณ์ของบริษัท WorldCom ถือเป็นการล้มที่มีขนาดใหญ่เกือบสองเท่าของบริษัท Enron อันเนื่องมาจากการตกแต่งบัญชีและการจัดทำรายงานทางการเงินที่ผิดพลาดโดยบันทึกบัญชีค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนเงินที่สูงถึง 3.8 พันล้านเหรียญสหรัฐ

นอกจากนั้น กรณี WorldCom ยังได้สร้างมลทินและความมัวหมองต่อชื่อเสียงและความน่าเชื่อถือของสำนักงานตรวจสอบบัญชี ธนาคารเพื่อการลงทุน และสถาบันจัดลำดับความน่าเชื่อถือของบริษัทอย่างไม่เคยขึ้นมาก่อน เนื่องจากบริษัท Enron และบริษัท WorldCom ต่างใช้สำนักงานสอบบัญชี Arthur Andersen ซึ่งทำให้เกิดความเคลือบแคลงสงสัยต่อความน่าเชื่อถือในการจัดทำและรายงานทางการเงินของสหรัฐอเมริกา ที่ได้ชื่อว่ามีมาตรฐานการบัญชีและระบบการรายงานทางการเงินที่ดีที่สุดประเทศหนึ่งในโลก

จากการกระทำทุจริตในบริษัททั้งสองในเวลาไล่เลี่ยกัน และความล้มเหลวของการทำบัญชีและการตรวจสอบบัญชีดังกล่าว นำไปสู่การออกกฎหมาย มีชื่อว่า “The Sarbanes-Oxley Act of 2002 (SOX)” ซึ่งประกาศใช้เมื่อวันที่ 30 กรกฎาคม 2002

¹ “Main Street vs Wall Street” is used to describe the contrast of general consumers, investors, or small local businesses with large investment corporations. Main Street represents the small and local ones, including small businesses, general individual investors, and small independent investment firms. Wall Street, as a symbol of high finance, refers to large investment firms, high net-worth investors, and global businesses. There are many conflicts between the two sides, but at the same time, they are also highly interdependent. <<https://corporatefinanceinstitute.com/resources/knowledge/finance/main-street-vs-wall-street/>> accessed 13 May 2022.

สิ่งที่สังเกตเห็นได้ก็คือในขณะที่รัฐบาลของชาติตะวันตกมักหลีกเลี่ยงในการออกกฎหมายที่จำกัดสิทธิของประชาชน แต่รัฐมักจะไม่ลังเลในการออกกฎระเบียบในการควบคุมบริษัทจำกัดและบริษัทมหาชนจำกัด ตัวอย่างเช่น กรณีการฉ้อโกงของบริษัท Enron และอีกหลายบริษัทในสหรัฐอเมริกาสภาของเกรสของสหรัฐอเมริกาใช้เวลาเพียงปีเศษในการออกกฎหมาย Sarbanes-Oxley Act เพื่อควบคุม เมื่อเปรียบเทียบกับกรณีของประเทศไทยที่ต้องใช้เวลานานับ 11 ปี นับแต่เกิดวิกฤติเศรษฐกิจ จึงสามารถแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ในปี 2551 ได้²

กล่าวโดยเฉพาะการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจสอบและผู้สอบบัญชี กฎหมาย Sarbanes - Oxley Act ได้เพิ่มมาตรการสร้างความเข้มแข็งของคณะกรรมการตรวจสอบ (Audit Committee) ในการกำกับดูแลการ จัดทำและการเปิดเผยข้อมูลในรายงานทางการเงินของกิจการให้มีความถูกต้องครบถ้วน และกำหนดให้ผู้สอบบัญชีต้องรายงานโดยตรงต่อคณะกรรมการตรวจสอบซึ่งเป็นบุคคลที่มีความเป็นอิสระ

สำหรับผู้สอบบัญชีกฎหมาย Sarbanes - Oxley Act กำหนดให้มีการปฏิรูปการกำกับดูแลการบัญชี และการสอบบัญชีของบริษัทมหาชนจำกัด ให้เป็นไปตามกฎหมายหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ของสหรัฐอเมริกา รวมทั้งกำหนดหลักเกณฑ์ด้านการสอบบัญชี การควบคุมคุณภาพงานสอบบัญชี จรรยาบรรณ และความเป็นอิสระของผู้สอบบัญชี มาตรฐานวิชาชีพ รวมถึงการตรวจสอบและการดำเนินการทางวินัยของผู้สอบบัญชี

ในการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบระหว่างกฎหมาย Sarbanes-Oxley Act กับกฎหมายของประเทศไทยเห็นได้ว่าแนวทางและเนื้อหาซึ่งเป็นสาระสำคัญของกฎหมาย Sarbanes-Oxley Act ถือเป็นกฎหมายแม่บทที่มีอิทธิพลต่อโครงสร้างและหลักการของพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 (ฉบับที่ 4) หมวด 3/1 การบริหารกิจการของบริษัทที่ออกหลักทรัพย์³ เริ่มตั้งแต่ มาตรา 89/1⁴ จนถึง

² สุรศักดิ์ ไชยธนกิจ, บริษัทจดทะเบียนและธรรมาภิบาลบริษัทไทยภายใต้แนวทฤษฎีความสมดุลของอำนาจ (สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2558) 57.

³ หมวด 3/1 เพิ่มโดยพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551

⁴ มาตรา 89/1 ในหมวดนี้

“บริษัท” หมายความว่า

(1) บริษัทมหาชนจำกัดที่ได้รับอนุญาตให้เสนอขายหุ้นต่อประชาชน เว้นแต่บริษัทมหาชนจำกัดที่มีลักษณะตามที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด

(2) บริษัทมหาชนจำกัดที่มีหุ้นเป็นหลักทรัพย์จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ หรือหลักทรัพย์ซื้อขายในศูนย์ซื้อขายหลักทรัพย์

“บริษัทย่อย” หมายความว่า

(1) บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่บริษัทมีอำนาจควบคุมกิจการ

(2) บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่บริษัทย่อยตาม (1) มีอำนาจควบคุมกิจการ

(3) บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่อยู่ภายใต้อำนาจควบคุมกิจการต่อเป็นทอด ๆ โดยเริ่มจากการอยู่ภายใต้อำนาจควบคุมกิจการของบริษัทย่อยตาม (2)

“คณะกรรมการ” หมายความว่า คณะกรรมการของบริษัท

“กรรมการ” หมายความว่า กรรมการของบริษัท

“ผู้บริหาร” หมายความว่า ผู้จัดการหรือบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการบริหารงานของบริษัท ไม่ว่าจะโดยพฤตินัย หรือโดยได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการ ทั้งนี้ ตามที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด

“บุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง” หมายความว่า บุคคลที่มีความสัมพันธ์ในลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังต่อไปนี้

(1) บุคคลที่มีอำนาจควบคุมกิจการบริษัท และในกรณีที่บุคคลนั้นเป็นนิติบุคคล ให้หมายความรวมถึงกรรมการของนิติบุคคลนั้นด้วย

มาตรา 89/32 ในส่วนที่เกี่ยวกับการบริหารกิจการของบริษัทที่ออกหลักทรัพย์และมีความสอดคล้องกับหลักปฏิบัติสำหรับคณะกรรมการ 8 ข้อหลักตามหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีสำหรับบริษัทจดทะเบียนในประเทศไทย⁵ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการและผู้บริหารของบริษัท คณะกรรมการตรวจสอบและผู้สอบบัญชี

อย่างไรก็ดียังมีปัญหาข้อกฎหมายที่ยังไม่ชัดเจนเกี่ยวกับบทบาทของผู้สอบบัญชีและคณะกรรมการตรวจสอบในกรณีที่ผู้สอบบัญชีพบพฤติการณ์อันน่าสงสัยว่ากรรมการผู้จัดการหรือบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินการของนิติบุคคลอาจกระทำความผิดเกี่ยวกับการบริหารงานในลักษณะฉ้อฉลตามมาตราที่ระบุไว้ในมาตรา 89/5 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ดังที่จะกล่าวต่อไปในบทความนี้

1. กฎหมาย The Sarbanes-Oxley Act Of 2002 (SOX) ของสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับบทบาทหน้าที่ของผู้สอบบัญชีและคณะกรรมการตรวจสอบ

กฎหมายของสหรัฐอเมริกา ที่มีชื่อว่า “The Sarbanes-Oxley Act of 2002 (SOX)⁶” ซึ่งประกาศใช้เมื่อวันที่ 30 กรกฎาคม 2002⁷ เพื่อบังคับใช้กับบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์หลักของสหรัฐอเมริกา

(2) คู่สมรส บุตรหรือบุตรบุญธรรมที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะของกรรมการ ผู้บริหาร หรือบุคคลตาม (1)

(3) นิติบุคคลที่บุคคลตาม (1) หรือ (2) มีอำนาจควบคุมกิจการ

(4) บุคคลอื่นที่มีลักษณะตามที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด

เมื่อบุคคลใดกระทำการด้วยความเข้าใจหรือความตกลงว่า หากบริษัททำธุรกรรมที่ให้ประโยชน์ทางการเงินแก่บุคคลดังกล่าว กรรมการ ผู้บริหาร หรือบุคคลตาม (1) หรือ (2) จะได้รับประโยชน์ทางการเงินด้วย ให้ถือว่าบุคคลดังกล่าวเป็นบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องสำหรับการทำธุรกรรมนั้น

“อำนาจควบคุมกิจการ” หมายความว่า

(1) การถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในนิติบุคคลหนึ่งเกินกว่าร้อยละห้าสิบของจำนวนสิทธิออกเสียงทั้งหมดของนิติบุคคลนั้น

(2) การมีอำนาจควบคุมคะแนนเสียงส่วนใหญ่ในที่ประชุมผู้ถือหุ้นของนิติบุคคลหนึ่ง ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อมหรือไม่เพราะเหตุอื่นใด

(3) การมีอำนาจควบคุมการแต่งตั้งหรือถอดถอนกรรมการตั้งแต่กึ่งหนึ่งของกรรมการทั้งหมด ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อม

⁵ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, *หลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีสำหรับบริษัทจดทะเบียน ปี 2560*, กรุงเทพมหานคร, 2560, หน้า 5-6, หลักปฏิบัติสำหรับคณะกรรมการ 8 ข้อหลัก 1. ตระหนักถึงบทบาทและความรับผิดชอบของคณะกรรมการในฐานะผู้นำที่สร้างคุณค่าให้แก่กิจการอย่างยั่งยืน 2. กำหนดวัตถุประสงค์ เป้าหมายหลักของกิจการที่เป็นไปเพื่อความยั่งยืน 3. เสริมสร้างคณะกรรมการที่มีประสิทธิภาพ 4. สรรหาและพัฒนาผู้บริหารระดับสูง 5. ส่งเสริมนวัตกรรม และการประกอบธุรกิจอย่างมีความรับผิดชอบ 6. ดูแลให้มีระบบการบริหารความเสี่ยงและการควบคุมภายในที่เหมาะสม 7. รักษาความน่าเชื่อถือทางการเงินและการเปิดเผยข้อมูล 8. สนับสนุนการมีส่วนร่วมและการสื่อสารกับผู้ถือหุ้น

⁶ ข้อกฎหมายนำมาจาก วุฒิสมาชิก Paul S. Sarbanes (เดโมแครต-มลรัฐแมรี่แลนด์) และ สมาชิกสภาผู้แทน Michael G. Oxley (รีพับลิกัน-มลรัฐโอไฮโอ) เจ้าของร่างและผู้ผลักดันกฎหมายฉบับนี้

⁷U.S. Securities and Exchange Commission, ‘Sarbanes-Oxley Act of 2002’ (Investor.Gov)

<<https://www.investor.gov/introduction-investing/investing-basics/role-sec/laws-govern-securities-industry>> accessed 10 May 2022. “On July 30, 2002, President George W. Bush signed into law the Sarbanes-Oxley Act of 2002, which he characterized as “the most far reaching reforms of American business practice since the time of Franklin Delano Roosevelt.” The Act mandated a number of reforms to enhance corporate responsibility, enhance financial disclosures and combat corporate and accounting fraud, and created the “Public Company Accounting Oversight Board,” also known as the PCAOB, to oversee the activities of the auditing profession.”

ได้แก่ Nasdaq, NYSE และบริษัทต่างประเทศที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ของสหรัฐ รวมทั้งผู้สอบบัญชีของบริษัทจดทะเบียนดังกล่าว⁸ ทั้งนี้คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ของสหรัฐอเมริกา (SEC) ได้ปรับปรุงกฎหมายตลาดหลักทรัพย์ (The Exchange Act of 1934) และกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้อง (Rule 10A-3) ให้สอดคล้องกับกฎหมาย SOX⁹

กฎหมาย Sarbanes-Oxley Act มีวัตถุประสงค์เพื่อการคุ้มครองผู้ลงทุนโดยเฉพาะจากการฉ้อฉลทางบัญชีที่เกิดจากบริษัท เพื่อเรียกความเชื่อมั่นจากผู้ลงทุน และปรับปรุงความน่าเชื่อถือของงบการเงิน รวมทั้งการเปิดเผยข้อมูลของบริษัท เป็นกฎหมายที่ถูกบัญญัติขึ้นภายหลังการล้มละลายของบริษัท Enron และบริษัท WorldCom (รวมทั้งบริษัท Tyco International) ซึ่งสิ้นสะท้อนความเชื่อมั่นของนักลงทุนต่อความน่าเชื่อถือของรายงานทางการเงินของบริษัทและนำไปสู่การยกเครื่องกฎหมายและกฎระเบียบต่าง ๆ ที่ล้าสมัยที่ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานานหลายทศวรรษโดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับนักบัญชี ผู้สอบบัญชี และผู้บริหาร กฎหมายนี้มีบทบัญญัติที่ครอบคลุมในหลาย ๆ ประเด็น เช่น ความเป็นอิสระของผู้สอบบัญชี ประเด็นการกำกับดูแลกิจการ ประเด็นการประเมินระบบควบคุมภายใน และขยายขอบเขตการเปิดเผยข้อมูล กำหนดความผิดและโทษอาญาใหม่ ๆ เมื่อมีการฝ่าฝืนกฎหมายหลักทรัพย์ รวมถึงมีบทบัญญัติในการคุ้มครองผู้ให้เบาะแสแก่ทางการ

บทบัญญัติแห่งกฎหมาย Sarbanes-Oxley Act มีทั้งหมด 11 หมวด (Titles) โดยมีคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ของสหรัฐอเมริกา (SEC) เป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมาย

บทบัญญัติที่สำคัญของกฎหมาย Sarbanes-Oxley Act ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับผู้สอบบัญชีและคณะกรรมการตรวจสอบบัญชีที่อยู่ในมาตรา 101-109, 201-209, 301-308, 401-409 และมาตรา 801-807 ซึ่งอาจสรุปสาระสำคัญได้ ดังนี้

1. ผู้สอบบัญชี

กฎหมายกำหนดให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลการบัญชีและการสอบบัญชีของบริษัทมหาชน จำกัดมีชื่อว่า “The Public Company Accounting Oversight Board (PCAOB)” ซึ่งได้รับการแต่งตั้งโดยคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ของสหรัฐอเมริกา (SEC) ทำหน้าที่ในการรับจดทะเบียนสำนักงานสอบบัญชี การกำหนดหลักเกณฑ์ด้านการสอบบัญชี การควบคุมคุณภาพงานสอบบัญชี จรรยาบรรณ ความเป็นอิสระของผู้สอบบัญชี และกำหนดมาตรฐานอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการออกรายงานการสอบบัญชีของผู้ออกหลักทรัพย์การกำกับดูแล และผู้สอบบัญชีที่ตรวจสอบงบการเงินของบริษัทมหาชนจำกัด การตรวจสอบและการดำเนินการทางวินัยต่อผู้สอบบัญชี การปฏิบัติหน้าที่อื่นตามความจำเป็นหรือความเหมาะสม รวมทั้งการบังคับใช้กฎหมายหรือข้อกำหนด มาตรฐานวิชาชีพและการกระทำความผิดตามกฎหมายหลักทรัพย์ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเตรียมและการออกรายงานการสอบบัญชีรวมถึงหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ทำบัญชีที่เกี่ยวข้อง¹⁰

⁸ SoxLaw, <<https://www.soxlaw.com>> accessed 17 May 2022

⁹ ‘SEC Issues Final Rule to Implement Audit Committee Requirements of Section 301 of Sarbanes-Oxley’ (perkinscoie.com, 5 May 2003) <<https://www.perkinscoie.com/en/news-insights/sec-issues-final-rule-to-implement-audit-committee-requirements.html>> accessed 10 May 2022. Section 301 of the Sarbanes-Oxley Act of 2002 (SOX); Rule 10A-3(b)(1)-(5) under Section 10A of the Exchange Act of 1934; Rule 5605(c)3 of Nasdaq; Section 303A.06 of the NYSE Listed Company Manual.

¹⁰ The Sarbanes-Oxley Act of 2002, Section 101: Establishment; Duties of the Board.

ประเด็นสำคัญเรื่องหนึ่งที่อยู่ในกฎหมายคือ เรื่องความเป็นอิสระของผู้สอบบัญชี¹¹ โดยห้ามไม่ให้สำนักงานสอบบัญชีรับให้บริการอย่างอื่นเพิ่มเติมนอกเหนือจากงานสอบบัญชี เช่น การรับทำบัญชี หรืองานให้บริการอื่นที่เกี่ยวข้องกับการบันทึกรายการ หรือการจัดทำงบการเงินของลูกค้าที่รับงานสอบบัญชีให้ ดังตัวอย่างของบริษัท Enron เนื่องจากเป็นเรื่องผลประโยชน์ทับซ้อน อาจทำให้ผู้สอบบัญชีไม่สามารถตรวจสอบบัญชีได้อย่างอิสระและขาดความเป็นกลาง¹²

นอกจากนั้น กฎหมายยังบังคับให้สำนักงานสอบบัญชี จะต้องเปลี่ยนตัวผู้สอบบัญชีคนหลักที่รับผิดชอบการตรวจสอบบัญชีและผู้สอบบัญชีคนอื่นที่ร่วมงานสอบบัญชีของบริษัทลูกค้าทุก ๆ รอบ 5 ปี¹³ เพื่อไม่ให้เกิดความคุ้นเคยกับบริษัทลูกค้ามากเกินไปจนมองไม่เห็นข้อผิดพลาดที่เกิดขึ้น

กฎหมายยังห้ามสำนักงานสอบบัญชีรับงานตรวจสอบของบริษัท หากปรากฏว่าในรอบปีที่ผ่านมาสำนักงานสอบบัญชีได้ว่าจ้างผู้บริหารระดับสูง ได้แก่ CEO, Controller, CFO, CAO หรือผู้อำนวยการฝ่ายบัญชีและการเงินหรือตำแหน่งที่เทียบเท่าของบริษัทมาดำรงตำแหน่งในสำนักงานสอบบัญชี¹⁴

การฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดของคณะกรรมการกำกับดูแลการบัญชีและการสอบบัญชีของบริษัทมหาชนจำกัดดังกล่าวถือว่าเป็นความผิดและได้รับโทษตามกฎหมายตลาดหลักทรัพย์ (The Exchange Act of 1934)¹⁵

2. คณะกรรมการตรวจสอบ

กฎหมาย Sarbanes-Oxley Act กำหนดให้กรรมการตรวจสอบทุกคนต้องเป็นกรรมการอยู่ในคณะกรรมการบริษัทด้วย โดยมีหลักการสำคัญว่า คณะกรรมการตรวจสอบต้องมีความเป็นอิสระ¹⁶

คำว่า “ความเป็นอิสระ” หมายความว่า คณะกรรมการตรวจสอบไม่สามารถรับเงินหรือผลประโยชน์ตอบแทนอื่นใด (เช่น เงินเดือน รถประจำตำแหน่ง) นอกเหนือจากค่าตอบแทนโดยตำแหน่งคณะกรรมการตรวจสอบ ทั้งนี้เพื่อให้คณะกรรมการตรวจสอบทำหน้าที่ได้อย่างอิสระและเป็นกลางในฐานะกรรมการ ไม่ใช่ในฐานะลูกจ้างหรือผู้บริหาร

คณะกรรมการตรวจสอบเป็นผู้รับผิดชอบในการแต่งตั้งผู้สอบบัญชีและการกำหนดค่าสอบบัญชีรวมทั้งอนุมัติงานให้บริการทุกอย่างที่สำนักงานสอบบัญชีเสนอให้บริษัทลูกค้า

ในกรณีที่มีประเด็นข้อสงสัยเกี่ยวกับบัญชี ระบบควบคุมภายในและการสอบบัญชี คณะกรรมการตรวจสอบจะต้องกำหนดวิธีการเพื่อจัดการกับประเด็นปัญหาดังกล่าว

กรรมการตรวจสอบทุกคนมีอำนาจที่จะจัดการให้มีที่ปรึกษาอิสระหรือบุคคลอื่นใดที่พิจารณาแล้วเห็นว่ามีความจำเป็นอย่างยิ่งในการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะคณะกรรมการตรวจสอบ ทั้งนี้ บริษัทมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายตามจำนวนที่เหมาะสมให้แก่คณะกรรมการตรวจสอบด้วย¹⁷

ผู้สอบบัญชีจึงควรแน่ใจด้วยว่าคณะกรรมการตรวจสอบได้ทราบถึงขอบเขตและผลการตรวจสอบซึ่งจะช่วยคณะกรรมการตรวจสอบในการกำกับดูแลและการเปิดเผยข้อมูลในรายงานทางการเงินการจัดทำ

¹¹ The Sarbanes-Oxley Act of 2002, Section 201: Service Outside the Scope of Practice of Auditors; Prohibited Activities.

¹² ศิลปพร ศรีจันเพชร, ‘กฎหมายกับจริยธรรมธุรกิจ’ (2549) 29 วารสารบริหารธุรกิจ, 1-3.

¹³ The Sarbanes-Oxley Act of 2002, Section 203: Audit Partners Rotation.

¹⁴ The Sarbanes-Oxley Act of 2002, Section 206: Conflicts of Interest.

¹⁵ The Sarbanes-Oxley Act of 2002, Section 3: Commission Rules and Enforcement.

¹⁶ The Sarbanes-Oxley Act of 2002, Section 301: Public Company Audit Committees.

¹⁷ ศิลปพร ศรีจันเพชร (n 12) 1-3.

คณะกรรมการตรวจสอบจึงมีบทบาทสำคัญในการติดต่อประสานงานกับผู้สอบบัญชีและผู้บริหารที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการจัดทำรายงานทางการเงิน¹⁸

2. พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 กับบทบาทของผู้สอบบัญชีและคณะกรรมการตรวจสอบ

การตราพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 และการจัดตั้งสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ก.ล.ต.) มีเหตุผลและที่มาปรากฏอยู่ในหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติฉบับนี้ว่า “โดยที่การพัฒนาตลาดทุนของประเทศที่ผ่านมาได้มุ่งเน้นแต่ตลาดรองซึ่งเป็นการซื้อขายหลักทรัพย์เป็นหลัก แต่ยังคงขาดการพัฒนาตลาดแรกอันเป็นตลาดสำหรับหลักทรัพย์ออกใหม่ควบคู่ไปด้วย ทำให้บทบาทที่สำคัญของตลาดรองในการเป็นตลาดที่สนับสนุนตลาดแรกไม่เกิดประสิทธิภาพอย่างเต็มที่ ด้วยเหตุนี้จึงต้องเปิดโอกาสให้มีการพัฒนาตลาดแรกได้กว้างขวางขึ้นและให้มีตราสารประเภทต่าง ๆ ได้มากขึ้น เพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการระดมทุน นอกจากนี้ โดยที่การควบคุมดูแลในเรื่องที่เกี่ยวกับตลาดทุนมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องหลายฉบับและอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของหลายหน่วยงาน ทำให้การกำกับและพัฒนาตลาดทุนขาดความเป็นเอกภาพ ทั้งยังขาดมาตรการที่จะคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้ลงทุนได้อย่างมีประสิทธิภาพ สมควรมีกฎหมายและหน่วยงานที่เป็นศูนย์รวมในการกำกับดูแลและพัฒนาตลาดทุนเพื่อให้สามารถดำเนินงานได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้¹⁹”

ในปี 2551 พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ได้เพิ่มหมวด 3/1 การบริหารกิจการของบริษัทที่ออกหลักทรัพย์²⁰ โดยเริ่มตั้งแต่ มาตรา 89/1 จนถึงมาตรา 89/32 ในส่วนที่เกี่ยวกับการบริหารกิจการของบริษัทที่ออกหลักทรัพย์โดยกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการและผู้บริหาร รวมทั้งบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องของบริษัทที่ออกหลักทรัพย์ โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ดังกล่าว มีเจตนารมณ์และความมุ่งหมายเพื่อยกระดับการกำกับดูแลกิจการที่ดีของกรรมการและผู้บริหาร และให้นำบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการและผู้บริหารตามมาตรา 89/7 ถึงมาตรา 89/21 รวมทั้งบทกำหนดโทษที่เกี่ยวข้องมาใช้บังคับกับบุคคลที่เกี่ยวข้องโดยอนุโลม ได้แก่ ผู้บริหารชั่วคราว ผู้ทำแผน ผู้บริหารแผน ผู้บริหารแผนชั่วคราวตามกฎหมายล้มละลาย และในกรณีที่ผู้บริหารชั่วคราว ผู้ทำแผน ผู้บริหารแผน ผู้บริหารแผนชั่วคราวเป็นนิติบุคคลให้หมายความรวมถึงกรรมการและผู้บริหารที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคลนั้นด้วย และผู้ชำระบัญชี²¹

คำนิยามของคำว่า “ผู้บริหาร” ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 หมายความว่า ผู้จัดการหรือบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการบริหารงานของบริษัท ไม่ว่าจะโดยพฤตินัย หรือโดยได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการ ทั้งนี้ ตามที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด ในปัจจุบันคือประกาศของคณะกรรมการกำกับตลาดทุนที่ ทจ. 72/2564 เรื่อง กำหนดตำแหน่งผู้บริหารเพื่อการปฏิบัติตาม

¹⁸ เฟิงอ้าง

¹⁹ ชาลี จันทนยิ่งยง ทิพย์สุตา ถาวรารม และวรัชญา ศรีมาจันทร์, 1 ทศวรรษ ก.ล.ต. : ทศวรรษแรกของ ก.ล.ต. กับตลาดทุนไทย (พ.ศ. 2535-2545) (สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ 2545) 3.

²⁰ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 (น 3)

²¹ มาตรา 89/22 ให้นำบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการและผู้บริหารตามมาตรา 89/7 ถึงมาตรา 89/21 รวมทั้งบทกำหนดโทษที่เกี่ยวข้องมาใช้บังคับกับบุคคลดังต่อไปนี้ โดยอนุโลม

(1) ผู้บริหารชั่วคราว ผู้ทำแผน ผู้บริหารแผน และผู้บริหารแผนชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยล้มละลาย และในกรณีที่ผู้บริหารชั่วคราว ผู้ทำแผน ผู้บริหารแผน หรือผู้บริหารแผนชั่วคราวเป็นนิติบุคคล ให้หมายความรวมถึงกรรมการและผู้บริหารที่เกี่ยวข้องของนิติบุคคลนั้นด้วย

(2) ผู้ชำระบัญชี

หมวด 3/1 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535²² ซึ่งกำหนดให้บุคคลที่มีตำแหน่งตามตารางแนบท้ายประกาศนี้ เป็นผู้บริหารของบริษัทหรือบริษัทย่อยตามหมวด 3/1 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ได้แก่

- (1) ผู้จัดการ
- (2) ผู้ดำรงตำแหน่งบริหาร 4 รายแรกนับต่อจากผู้จัดการลงมา
- (3) ผู้ซึ่งดำรงตำแหน่งเทียบเท่ากับผู้ดำรงตำแหน่งบริหารรายที่ 4 ทุกราย
- (4) ผู้ดำรงตำแหน่งบริหารในสายงานบัญชีหรือการเงินที่เป็นระดับผู้จัดการฝ่ายขึ้นไปหรือเทียบเท่า

ประเด็นสำคัญ คือ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ที่เพิ่มเติมฉบับนี้ ได้เพิ่มบทบาทของผู้สอบบัญชีและคณะกรรมการตรวจสอบ ในกรณีที่ผู้สอบบัญชีพบพฤติการณ์อันน่าสงสัยว่า กรรมการผู้จัดการ หรือบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินการของนิติบุคคล อาจกระทำความผิดเกี่ยวกับการบริหารงานในลักษณะฉ้อฉล ตามมาตราที่ระบุไว้ในมาตรา 89/25 ได้แก่ มาตรา 281/2 วรรคสอง มาตรา 305 มาตรา 306 มาตรา 308 มาตรา 309 มาตรา 310 มาตรา 311 มาตรา 312 หรือ มาตรา 313 เช่น การเบียดเบียนเอาทรัพย์สินของนิติบุคคลไปโดยทุจริต หรือการแสวงหาผลประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบตามกฎหมาย อันเป็นการเสียหายแก่นิติบุคคล หรือเปลี่ยนแปลง ตัดทอน หรือปลอมบัญชีเอกสาร เป็นต้น ให้ผู้สอบบัญชีแจ้งข้อเท็จจริงเกี่ยวกับพฤติการณ์นั้นให้คณะกรรมการตรวจสอบทราบ เพื่อดำเนินการตรวจสอบโดยไม่ชักช้า และให้คณะกรรมการตรวจสอบรายงานผลการตรวจสอบเกี่ยวกับพฤติการณ์อันน่าสงสัยไปยังสำนักงาน ก.ล.ต. และผู้สอบบัญชีทราบภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งจากผู้สอบบัญชี ทั้งนี้ คณะกรรมการตรวจสอบไม่ดำเนินการให้ผู้สอบบัญชีแจ้งให้สำนักงาน ก.ล.ต. ทราบ (มาตรา 89/25)²³

หากผู้สอบบัญชีหรือคณะกรรมการตรวจสอบฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม ต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 100,000 บาท (มาตรา 281/8)²⁴

ปัญหาที่จะต้องพิจารณาก็คือ คำว่า “พฤติการณ์อันน่าสงสัย” ตามมาตรา 89/25 นั้นเป็นอย่างไร แม้ว่าสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ก.ล.ต.) ได้ออกประกาศหลักเกณฑ์การ

²² ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนที่ ทจ. 72/2564 เรื่อง กำหนดตำแหน่งผู้บริหารเพื่อการปฏิบัติตามหมวด 3/1 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 16 มกราคม 2565

²³ มาตรา 89/25 ในการสอบบัญชีของบริษัทหลักทรัพย์หรือบริษัทตามมาตรฐานการสอบบัญชี ไม่ว่าจะกระทำในฐานะเป็นผู้สอบบัญชีของนิติบุคคลดังกล่าวหรือในฐานะอื่น ซึ่งนิติบุคคลดังกล่าวยินยอมให้สอบบัญชีก็ตาม ถ้าผู้สอบบัญชีพบพฤติการณ์อันควรสงสัยว่ากรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลดังกล่าวได้กระทำความผิดตาม มาตรา 281/2 วรรคสอง มาตรา 305 มาตรา 306 มาตรา 308 มาตรา 309 มาตรา 310 มาตรา 311 มาตรา 312 หรือมาตรา 313 ให้ผู้สอบบัญชีแจ้งข้อเท็จจริงเกี่ยวกับพฤติการณ์ดังกล่าวให้คณะกรรมการตรวจสอบของบริษัทหลักทรัพย์หรือบริษัทนั้นทราบเพื่อดำเนินการตรวจสอบต่อไปโดยไม่ชักช้า และให้คณะกรรมการตรวจสอบรายงานผลการตรวจสอบในเบื้องต้นให้แก่สำนักงานและผู้สอบบัญชีทราบภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งจากผู้สอบบัญชี

ในกรณีที่คณะกรรมการตรวจสอบไม่ดำเนินการตามวรรคหนึ่ง ให้ผู้สอบบัญชีแจ้งให้สำนักงานทราบพฤติการณ์อันควรสงสัยที่ต้องแจ้งตามวรรคหนึ่ง และวิธีการเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริงเกี่ยวกับพฤติการณ์ดังกล่าว ให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด

²⁴ มาตรา 281/8 ผู้สอบบัญชีผู้ใดหรือคณะกรรมการตรวจสอบของบริษัทหลักทรัพย์หรือบริษัทใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม มาตรา 89/25 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท

กำหนดพฤติการณ์อันควรสงสัยว่าผู้สอบบัญชีต้องแจ้งต่อคณะกรรมการตรวจสอบ เพื่อสร้างความชัดเจนในทางปฏิบัติ ตามมาตราดังกล่าว และส่งเสริมการดูแลรักษาผลประโยชน์ของผู้ลงทุนให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น²⁵

โปรดสังเกตว่าประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนที่ ทจ. 48/2564 ดังกล่าว**เพียงแต่กำหนดหลักการแต่ไม่ได้กำหนดรายละเอียด**ของคำว่า “พฤติการณ์อันน่าสงสัย” และวิธีการเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริงเกี่ยวกับพฤติการณ์ดังกล่าวซึ่งผู้วิจัยจะได้กล่าวต่อไปในบทความนี้

3. มาตรฐานวิชาชีพบัญชี จรรยาบรรณวิชาชีพบัญชี และข้อกำหนดของกฎหมายวิชาชีพบัญชีตามพระราชบัญญัติวิชาชีพบัญชี พ.ศ. 2547

ตามประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนที่ ทจ. 48/2564 เรื่องพฤติการณ์อันควรสงสัยซึ่งผู้สอบบัญชีมีหน้าที่ต้องแจ้งตามมาตรา 89/5 และวิธีการเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริงเกี่ยวกับพฤติการณ์ดังกล่าว ได้กำหนดไว้ในข้อ 1 ว่าพฤติการณ์อันควรสงสัยว่า กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลที่รับผิดชอบในการดำเนินงานของบริษัทหลักทรัพย์หรือบริษัทได้กระทำความผิดตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 89/5 ซึ่งผู้สอบบัญชีต้องแจ้งข้อเท็จจริงเกี่ยวกับพฤติกรรมดังกล่าวต่อคณะกรรมการตรวจสอบของบริษัทหลักทรัพย์หรือบริษัทนั้น รวมทั้งวิธีการเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริงเกี่ยวกับพฤติการณ์ดังกล่าว ให้เป็นไปตามมาตรฐานวิชาชีพบัญชี จรรยาบรรณวิชาชีพบัญชีและข้อกำหนดของกฎหมายวิชาชีพบัญชี

ผู้วิจัยเข้าใจว่า มาตรฐานวิชาชีพบัญชี หมายถึง มาตรฐานการสอบบัญชี ซึ่งตามคำนิยามของ “วิชาชีพบัญชี” ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพบัญชี พ.ศ. 2547 หมายความว่ารวมถึงวิชาชีพด้านการสอบบัญชีด้วย²⁶

มาตรฐานการสอบบัญชี ฉบับที่ 200²⁷ ได้กำหนดวัตถุประสงค์ของการสอบบัญชีมีข้อความว่า “การตรวจสอบงบการเงิน มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้สอบบัญชีสามารถแสดงความเห็นต่องบการเงินว่า งบการเงินนั้นได้จัดทำในส่วนสาระสำคัญเป็นไปตามแม่บทการบัญชีในการรายงานทางการเงินหรือไม่”

ดังนั้น วัตถุประสงค์ของการตรวจสอบงบการเงิน คือ การแสดงความเห็นว่างบการเงินนั้นได้แสดงฐานะการเงิน ผลการดำเนินงานและกระแสเงินสดของกิจการโดยถูกต้องตามควรในสาระสำคัญตามหลักการบัญชีที่รับรองทั่วไปหรือไม่ ทำให้ผู้ใช้งบการเงินเพิ่มความเชื่อมั่นที่มีต่องบการเงิน การปฏิบัติงานตามมาตรฐานการตรวจสอบการบัญชีและข้อกำหนดด้านจรรยาบรรณที่เกี่ยวข้อง ทำให้ผู้สอบบัญชีสามารถแสดงความเห็นดังกล่าวได้²⁸

จรรยาบรรณวิชาชีพสอบบัญชี หมายถึง ข้อกำหนดความประพฤติหรือวิธีปฏิบัติงานที่ผู้ประกอบวิชาชีพสอบบัญชี หรือผู้สอบบัญชีอนุญาต ต้องยึดถือเพื่อดำรงไว้ซึ่งความเป็นมืออาชีพ และเสริมสร้างเกียรติศักดิ์แห่งวิชาชีพสอบบัญชีให้เป็นที่ประจักษ์ต่อผู้ใช้งบและสาธารณชนที่จะเชื่อถือและไว้วางใจในผลงานของผู้

²⁵ ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนที่ ทจ. 48/2564 เรื่อง พฤติการณ์อันน่าสงสัยซึ่งผู้สอบบัญชีมีหน้าที่ต้องแจ้งตามมาตรา 89/5 และวิธีการเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริงเกี่ยวกับพฤติการณ์ดังกล่าว มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม 2564

²⁶ พระราชบัญญัติวิชาชีพบัญชี พ.ศ. 2547 ซึ่งกำหนดว่าการทำบัญชี การสอบบัญชี การบัญชีบริหาร การวางระบบบัญชี การบัญชีภาษีอากร การศึกษาและเทคโนโลยีทางบัญชี หรือบริการด้านอื่น ถือเป็นการประกอบวิชาชีพบัญชี สมควรส่งเสริมให้ผู้ประกอบวิชาชีพอยู่ภายใต้การดูแลของสภาวิชาชีพบัญชีเดียวกัน เพื่อให้ผู้ประกอบวิชาชีพมีคุณภาพและมาตรฐานและมีความก้าวหน้าในวิชาชีพ ตลอดจนเพื่อให้มีการควบคุมจรรยาบรรณการประกอบวิชาชีพ

²⁷ คู่มือมาตรฐานการสอบบัญชี รหัส 200 เรื่องวัตถุประสงค์โดยรวมของผู้สอบบัญชีอนุญาตและการปฏิบัติงานตรวจสอบตามมาตรฐานการสอบบัญชี วันที่ถือปฏิบัติ 1 มกราคม 2555 จัดทำโดยคณะกรรมการวิชาชีพบัญชีด้านการสอบบัญชี สภาวิชาชีพบัญชี

²⁸ คณะบริหารธุรกิจ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, เอกสารประกอบการบรรยาย ACC 3220 การสอบบัญชี บทที่ 2 <<http://www.ba.ru.ac.th/document/ACC3220-chap2.pdf> > สืบค้นวันที่ 15 พฤษภาคม 2565

ประกอบวิชาชีพสอบบัญชี ทั้งนี้หลักการพื้นฐานของจรรยาบรรณวิชาชีพสอบบัญชี ได้แก่ ความซื่อสัตย์สุจริต ความเที่ยงธรรมและความเป็นอิสระ ความรู้ ความสามารถ ความเอาใจใส่และการรักษามาตรฐานในการปฏิบัติงาน การรักษาความลับ พหุติกรรมวิชาชีพ และความโปร่งใส²⁹

อย่างไรก็ดี หลักการพื้นฐานของการตรวจสอบบัญชีที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ การใช้วิจารณญาณในการสังเกตและสงสัยเยี่ยงผู้ประกอบวิชาชีพ ดังที่ปรากฏในการตรวจสอบพิเศษ (Special Audit) บมจ. ปิคนิค ในปี 2548 ได้แก่ หลักฐานการสอบบัญชีที่ขัดแย้งกับหลักฐานอื่นที่ได้รับ ข้อมูลที่ทำให้เกิดข้อสงสัยเกี่ยวกับความน่าเชื่อถือของเอกสารและคำตอบที่ได้รับจากการสอบถามซึ่งจะใช้เป็นหลักฐานการสอบบัญชี สถานการณ์ที่อาจแสดงให้เห็นถึงการทุจริตที่อาจเกิดขึ้น และสถานการณ์ที่ชี้ให้เห็นถึงความจำเป็นที่ต้องใช้วิธีการตรวจสอบเพิ่มเติมจากที่กำหนดโดยมาตรฐานการสอบบัญชี³⁰

กรณีศึกษาเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของบริษัทและผู้บริหารของบริษัทปิคนิค คอร์ปอเรชั่นจำกัด (มหาชน) ซึ่งเป็นบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ เนื่องจากการทำทุจริตด้วยการถ่ายโอนกำไรของบริษัทไปสู่บริษัทนอกตลาดหลักทรัพย์ที่มีความเกี่ยวข้องกับผู้ถือหุ้นรายใหญ่ โดยอาศัยบริษัทในเครือและการตกแต่งบัญชีเป็นเครื่องมือในการรับรู้รายได้และมูลค่าทรัพย์สินของบริษัทอันเป็นเท็จ ไม่ตรงต่อความเป็นจริง เพื่อลวงให้บุคคลทั่วไปเชื่อว่าบริษัทมีรายได้สูงขึ้น สามารถนำไปจ่ายเงินปันผลให้แก่นักลงทุนที่สนใจเข้ามาลงทุนกับบริษัท เมื่อบริษัททำสัญญาเช่าถึงแก่สัญญากับคู่สัญญาแต่ไม่มีเจตนาให้มีผลผูกพันและปฏิบัติตามสัญญาอย่างแท้จริง แต่ได้กระทำไปเพื่อตกแต่งบัญชีของบริษัท ให้มีกำไรมากเพื่อลวงคนทั่วไป โดยนำส่งงบการเงินประจำปี 2547 แก่ ก.ล.ต.ว่า ในปี 2547 มีรายได้สูงถึง 7,350,500,000 บาท มีกำไร 178,440,072 บาท จึงถือว่าบริษัทส่งงบการเงินรายได้ไตรมาสและงบการเงินประจำปี 2547 ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์เงื่อนไข และวิธีการที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนกำหนด อันเป็นความผิดทางอาญา มีผลให้ผู้บริหารได้รับโทษจำคุกฐานเป็นกรรมการของบริษัทมหาชนจำกัด ร่วมกันทำหรือยินยอมให้ทำบัญชีหรือเอกสารของนิติบุคคลไม่ถูกต้องตรงต่อความเป็นจริงหรือเป็นเท็จ เพื่อลวงบุคคลใด ๆ ถือเป็นกรณีศึกษาสำคัญของการตกแต่งบัญชีบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ของไทย³¹

ผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่า เทคนิคในการตกแต่งบัญชีโดยให้ปิคนิคทำสัญญาเช่าถึงแก่สัญญากับโรงบรรจุแก๊สคู่สัญญา แทนการได้รับมัดจำตามปกติทางการค้าของปิคนิค มีผลทำให้ปิคนิคสามารถแสดงฐานะทางการเงินและผลการดำเนินการดีกว่าความเป็นจริงอย่างมีนัยสำคัญ เนื่องจากการทำสัญญาเช่าแทนการวางเงินมัดจำทำให้สามารถใช้เป็นหลักฐานอ้างอิงประกอบการรับรู้รายได้ค่าถึงบรรจุแก๊สเร็วขึ้น โดยปี 2547 ปิคนิคมีรายได้สูงขึ้นเกือบถึง 178.5 ล้านบาท คิดเป็นร้อยละ 2.43 ของรายได้รวม และจะรับรู้รายได้ในปี 2548-2549 อีกปีละประมาณ 300 ล้านบาท ซึ่งจะทำให้กำไรสุทธิเพิ่มขึ้นร้อยละ 24.26 ของรายได้รวมทั้งที่ไม่มีผลการดำเนินการในเชิงเศรษฐกิจเกิดขึ้นจริง

²⁹ คู่มือบังคับสภาวิชาชีพบัญชีว่าด้วยจรรยาบรรณของผู้ประกอบวิชาชีพบัญชี พ.ศ. 2561 และประกาศสภาวิชาชีพบัญชีที่ 7/2562 เรื่อง คู่มือประมวลจรรยาบรรณของผู้ประกอบวิชาชีพบัญชี ณ วันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2562

³⁰ คณะบริหารธุรกิจ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, เอกสารประกอบการบรรยาย ACC 3220 การสอบบัญชี บทที่ 2 (n 28) 11

³¹ นเรศร์ เกษะประกร, 'ความรับผิดชอบทางอาญาของกรรมการบริษัทมหาชนจำกัดเนื่องจากการตกแต่งบัญชีบริษัท: กรณีศึกษา บมจ. ปิคนิค' (รายงานสืบเนื่องจากการประกวดบทความวิจัยและกรณีศึกษาภาคโปสเตอร์ประจำปี 2559 สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ 2559) 482-503.

จากข้อเท็จจริงดังกล่าวข้างต้น ในวันที่ 28 มิถุนายน 2548 สำนักงาน ก.ล.ต. ได้ออกคำสั่งให้มีการตรวจสอบบัญชีของปิกนิคเป็นกรณีพิเศษ (Special Audit)³² และมีคำสั่งให้ปิกนิค ดำเนินการแก้ไขงบการเงินประจำปี 2547 ที่สิ้นสุด ณ วันที่ 31 ธันวาคม 2547 ใหม่ ตามรายงานการตรวจสอบบัญชี นางสาว ศ. ผู้สอบบัญชีบริษัทสำนักงาน อีแอนด์วาย จำกัด³³ ได้ให้ข้อสังเกตเกี่ยวกับธุรกรรมที่ผิดปกติของปิกนิคในสองประเด็นสำคัญ คือ

ประเด็นที่หนึ่ง การขายแก๊สให้กับโรงบรรจุแก๊ส จากเอกสารหลักฐานที่ได้รับจากการตรวจสอบเห็นว่าการขายแก๊สให้กับกลุ่มบริษัทโรงบรรจุแก๊สดังกล่าวเป็นการขายในราคาที่สูงกว่าปกติเนื่องจากพบว่า รายการขายแก๊สของบริษัทโรงบรรจุแก๊สให้กับร้านค้าย่อยจำนวนมากมีราคาขายต่ำกว่าราคาซื้อขายที่ซื้อมาจากปิกนิค

ประเด็นที่สอง ข้อสงสัยเกี่ยวกับการซื้อขายแก๊สว่าไม่มีจริง เนื่องจากในการซื้อแก๊สของปิกนิคแทนที่บริษัทแสงทองไทย ฯ ผู้ผลิตแก๊ส จะส่งมอบแก๊สให้แก่อปิกนิค กลับส่งมอบแก๊สทั้งหมด ไปให้แก่บริษัทโรงบรรจุแก๊สโดยตรงไม่ผ่านปิกนิค โดยมีตัวแทนของโรงบรรจุแก๊ส เป็นผู้ลงนามรับมอบแก๊ส เพื่อเป็นหลักฐานให้แก่ปิกนิค และผู้ตรวจสอบบัญชีพบว่าไม่ปรากฏหลักฐานว่าบริษัทโรงบรรจุแก๊ส ได้จัดทำเอกสารหลักฐาน และทะเบียนคุมปริมาณแก๊สที่ส่งให้กับร้านค้าย่อย จึงไม่สามารถที่จะตรวจสอบได้ และไม่อยู่ในวิสัยที่จะทราบได้อย่างแน่ชัดว่า แก๊สของปิกนิคอยู่ที่ร้านค้าย่อยใดบ้าง และมีจำนวนเท่าใด จากข้อมูลของบริษัทแสงทองไทย ฯ พบว่าได้รับใบอนุญาตให้ผลิตแก๊สที่ได้มาตรฐาน มอก.จากสำนักงานมาตรฐานอุตสาหกรรมเมื่อวันที่ 24 พฤศจิกายน 2547 ซึ่งหมายความว่า สามารถเริ่มผลิตแก๊สอย่างถูกต้องตามกฎหมายได้เมื่อปลายปี 2547 แต่ข้อเท็จจริงพบว่าปิกนิคซื้อแก๊สจากบริษัทแสงทองไทย ฯ ในปี 2547 เป็นเงิน 1,321 ล้านบาท หรือ คิดเป็นจำนวนถังไม่ต่ำกว่า 2.6 ล้านใบ ซึ่งคำถามที่เกิดขึ้นคือ บริษัทแสงทองไทย ฯ สามารถผลิตแก๊สส่งมอบจำนวนมากดังกล่าวได้ทันหรือไม่ และในต้นปี 2548 ปิกนิคได้ซื้อแก๊สจากบริษัทแสงทองไทย ฯ อีก 456 ล้านบาทหรือประมาณ 1 ล้านใบ แต่กลุ่มโรงบรรจุแก๊สไม่ยอมให้ผู้สอบบัญชีเข้าตรวจสอบว่าแก๊สมีจริงหรือไม่ อยู่ที่ไหนและปิกนิคได้จ่ายเงิน 1,777 ล้านบาทไปแล้วหรือไม่

อย่างไรก็ตาม จากการตรวจสอบของผู้ตรวจสอบบัญชีพบว่าโรงบรรจุแก๊สทั้งหมด มีแผนกจัดซื้อ แผนกบุคคล แผนกบัญชีและแผนกการเงิน มีผู้จัดการเป็นผู้ถือหุ้นหลักของกลุ่มบริษัทโรงบรรจุแก๊ส โดยมีทีมงานประมาณ 10 คนที่ควบคุมดูแลงานด้านการบัญชี ซึ่งทีมแผนกบัญชีของกลุ่มบริษัทโรงบรรจุแก๊ส หรือเรียกว่า “สำนักงานกลาง” มีที่ตั้งอยู่ที่บ้านของผู้ถือหุ้นหลักของกลุ่มบริษัทโรงบรรจุแก๊ส มีหน้าที่จัดทำบัญชี เมื่อโรงบรรจุแก๊สทั้ง 10 แห่ง เมื่อมีรายได้มาจากทางใด เช่น จากการขายแก๊ส หรือรายได้อื่น ๆ ก็ต้องนำส่งให้แก่ “สำนักงานกลาง” ก่อนจะนำเงินไปจ่ายให้แก่ปิกนิค

จากประเด็นข้อสงสัยสรุปได้ว่า เมื่อบริษัทแสงทองไทย ฯ เป็นบริษัทที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับบริษัทโรงบรรจุแก๊ส เป็นไปได้ว่าเงินค่าซื้อแก๊สที่ปิกนิคจ่ายให้แก่บริษัท แสงทองไทย ฯ จำนวน 1,777 ล้านบาท ต้องถูกนำส่งให้แก่สำนักงานกลางของบริษัทโรงบรรจุแก๊สทั้ง 10 แห่งด้วย และเงินที่ปิกนิคซื้อแก๊สจากบริษัทแสงทองไทย ฯ อาจถูกนำมาจ่ายค่าแก๊สที่โรงบรรจุแก๊สซื้อจากปิกนิคเช่นกัน ในลักษณะอัฐยายซื้อขนมยาย ทำให้กิจการของบริษัทดูดีกว่าความเป็นจริง

³² คำสั่งคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ ก.ล.ต.ช. 933/2548 ลงวันที่ 11 พฤษภาคม 2548 เรื่องการแก้ไขงบการเงินประจำปี 2547.

³³ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, หนังสือส่งบริษัทสำนักงาน อีแอนด์วาย จำกัด และบทสรุปการตรวจสอบเป็นกรณีพิเศษ, กรุงเทพฯ, ลงวันที่ 22 มิถุนายน 2548.

กล่าวโดยสรุป กรณีศึกษา บมจ.ปิคนิค เป็นตัวอย่างและแนวทางการปฏิบัติงานของผู้สอบบัญชี ซึ่งเป็นไปตามมาตรฐานของวิชาชีพการสอบบัญชี จรรยาบรรณของผู้สอบบัญชีและการใช้วิจารณญาณในการสังเกตและสงสัยเยี่ยงผู้ประกอบวิชาชีพตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้

4. บทบาทและการทำหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจสอบ

คณะกรรมการตรวจสอบ คือ คณะกรรมการชุดย่อยของคณะกรรมการบริษัทที่เข้ามาช่วยคณะกรรมการให้ปฏิบัติงานในประเด็นที่ถูกมองข้ามและเพื่อให้กิจการมีระบบการกำกับดูแลกิจการที่ดี³⁴

บทบาทสำคัญของคณะกรรมการตรวจสอบอย่างยิ่งในการเข้าไปดูแลสอดส่องความถูกต้องและความเหมาะสมในการดำเนินธุรกิจของกิจการ โดยเฉพาะเมื่อพบข้อบกพร่องหรือข้อสงสัยในเรื่องใด ควรต้องเสนอรายงานต่อคณะกรรมการบริษัทเพื่อนำไปสู่การแก้ไขอย่างทันการณณ์ ดังเช่น คณะกรรมการตรวจสอบของบริษัท WorldCom ได้แจ้งให้คณะกรรมการบริษัทเมื่อตรวจสอบพบการลงบัญชีที่ไม่เหมาะสมจนนำไปสู่การสอบสวนในที่สุด

กรณีศึกษาบริษัท WorldCom เริ่มต้นเมื่อคณะกรรมการตรวจสอบ ได้รับรายงานจาก Cynthia Cooper ซึ่งดำรงตำแหน่ง Vice President Internal ว่าตนได้ตรวจสอบการบันทึกรายการทางบัญชีของบริษัท และพบข้อสงสัยเกี่ยวกับความถูกต้องในการบันทึกรายการทางบัญชี จึงมีการนำเสนอเรื่องต่อคณะกรรมการตรวจสอบเพื่อดำเนินการตรวจสอบต่อไป คณะกรรมการตรวจสอบพบว่ามีรายการบัญชีไม่เหมาะสมโดยฝ่ายบริหาร จึงได้รายงานไปยังคณะกรรมการบริษัท WorldCom

เมื่อวันที่ 25 มิถุนายน 2545 หลังจากที่คณะกรรมการบริษัท ได้รับทราบรายงานของคณะกรรมการตรวจสอบแล้ว พบว่าบริษัทมีการบันทึกค่าใช้จ่ายประมาณ 3.8 พันล้านเหรียญสหรัฐ อย่างไม่เหมาะสม โดยได้นำค่าใช้จ่าย (Expense) จำนวนดังกล่าวไปบันทึกเป็นค่าใช้จ่ายการลงทุน (Capital Account) ทั้งนี้ ค่าใช้จ่ายดังกล่าวเป็นค่าใช้จ่ายที่ WorldCom ต้องจ่ายให้กับบริษัทอื่น เพื่อให้ลูกค้าของตนสามารถเชื่อมต่อระบบตู้เครือข่ายอื่นได้ (Line Costs) โดยในปี 2544 บริษัทมีค่าใช้จ่ายในส่วนนี้เท่ากับ 17.794 พันล้านเหรียญสหรัฐ แต่มีการนำส่วนหนึ่งของค่าใช้จ่ายดังกล่าวจำนวน 14.739 พันล้านเหรียญสหรัฐ ไปบันทึกเป็นค่าใช้จ่ายการลงทุน (Capital Account) ทำให้รายงานทางการเงินของบริษัทแสดงว่า บริษัทมีค่าใช้จ่ายในส่วนนี้เพียง 3.055 พันล้านเหรียญสหรัฐ และมีกำไรก่อนหักภาษีเท่ากับ 2.293 พันล้านเหรียญสหรัฐ ทั้งที่ความจริงแล้วต้องมียอดขาดทุน 662 ล้านเหรียญสหรัฐ

นอกจากนั้น ในช่วงไตรมาสแรกของปี 2545 บริษัทมีค่าใช้จ่าย Line Costs เท่ากับ 4.276 พันล้านเหรียญสหรัฐ แต่มีการนำส่วนหนึ่งของค่าใช้จ่ายดังกล่าว จำนวน 3.479 พันล้านเหรียญสหรัฐ ไปบันทึกเป็นค่าใช้จ่ายการลงทุน (Capital Account) ทำให้รายงานทางการเงินของบริษัทแสดงว่าบริษัทมีค่าใช้จ่ายในส่วนนี้เพียง 797 ล้านเหรียญสหรัฐ และมีกำไรก่อนหักภาษีเท่ากับ 240 ล้านเหรียญสหรัฐ ทั้งที่ความจริงแล้วต้องมียอดขาดทุน 557 ล้านเหรียญสหรัฐ ทั้งนี้การกระทำดังกล่าวได้จัดการและอนุมัติโดยฝ่ายบริหาร³⁵

ทั้งนี้ ได้การแต่งตั้งผู้สอบบัญชีใหม่ คือ KPMG แทน Arthur Andersen ซึ่งมีปัญหาเรื่องความถูกต้องในการสอบบัญชีของทั้งบริษัท Enron และบริษัท WorldCom

ในช่วงที่ประเทศไทยประสบกับวิกฤติเศรษฐกิจ ปี 2540 และต้องเข้าสู่กระบวนการขอรับความช่วยเหลือจากกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (IMF) โดยต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่สำคัญหลายประการ เช่น การเปิดเสรีทางการค้าและการลงทุนการออกกฎหมาย 11 ฉบับ เพื่อเปิดโอกาสให้ทุนข้ามชาติเข้ามาใน

³⁴ ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, *แนวทางปฏิบัติที่ดีของคณะกรรมการตรวจสอบ* (กรุงเทพฯ, บุญศิริการพิมพ์, 2542) หน้า 3

³⁵ สมาคมส่งเสริมสถาบันกรรมการบริษัทไทย, 'WorldCom : อีกหนึ่งกรณีตัวอย่างของการบิดเบือนตัวเลขทางบัญชี 2006' (เอกสารประกอบการบรรยายหลักสูตร Director Certification Program (DCP), 2549)

ประเทศไทย แต่ที่สำคัญก็คือบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์จะต้องแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจสอบขึ้นเพื่อสอดส่องดูแลกิจการ และจัดให้มีระบบการควบคุมภายในเพื่อความโปร่งใส เป็นธรรมแก่ผู้ถือหุ้น เจ้าหนี้ ตลอดจนผู้มีส่วนได้เสียเพื่อประโยชน์ต่อเศรษฐกิจของประเทศในขณะนั้น

กฎหมายสำคัญที่เกี่ยวข้องกับคณะกรรมการตรวจสอบ ได้แก่ ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนที่ ทจ. 39/2559 เรื่อง การขออนุญาตและการอนุญาตให้เสนอขายหุ้นที่ออกใหม่³⁶ ซึ่งอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 16/6 และมาตรา 89/27 ประกอบมาตรา 35 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 กำหนดให้บริษัทมีกรรมการตรวจสอบอย่างน้อย 3 คน ทั้งนี้คณะกรรมการตรวจสอบต้องมีองค์ประกอบและคุณสมบัติถูกต้องครบถ้วนของการเป็นกรรมการตรวจสอบตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในประกาศฉบับนี้ กล่าวคือ ไม่เป็นกรรมการที่ได้รับมอบหมายให้ตัดสินใจในการดำเนินงานของบริษัท บริษัทใหญ่ บริษัทย่อย บริษัทร่วม บริษัทย่อยลำดับเดียวกัน ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือผู้มีอำนาจควบคุมของบริษัท ไม่เป็นกรรมการของบริษัทใหญ่ บริษัทย่อย หรือบริษัทย่อยลำดับเดียวกันเฉพาะที่เป็นบริษัทจดทะเบียน และเป็นผู้มีความรู้และประสบการณ์เพียงพอที่จะทำหน้าที่ในฐานะกรรมการตรวจสอบทั้งนี้ต้องมีกรรมการตรวจสอบอย่างน้อย 1 คนที่มีความรู้และประสบการณ์เพียงพอที่จะสามารถทำหน้าที่ในการสอบทานความน่าเชื่อถือของงบการเงิน³⁷

นอกจากนั้น ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยได้กำหนดให้บริษัทจดทะเบียนทุกบริษัทต้องจัดให้มีคณะกรรมการตรวจสอบให้แล้วเสร็จภายในวันที่ 31 ธันวาคม 2552 ทั้งนี้ คุณสมบัติและขอบเขตการดำเนินงานของกรรมการตรวจสอบ ต้องเป็นไปตามประกาศตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่องคุณสมบัติและขอบเขตการดำเนินงานของคณะกรรมการตรวจสอบลงวันที่ 16 พฤษภาคม 2558 โดยมีสาระสำคัญดังนี้³⁸

4.1 องค์ประกอบและคุณสมบัติของกรรมการตรวจสอบ

นอกจากข้อ (1)- (9) ซึ่งเป็นคุณสมบัติทั่วไปของกรรมการอิสระ กรรมการตรวจสอบต้องได้รับการแต่งตั้งจากคณะกรรมการหรือที่ประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัทให้เป็นกรรมการตรวจสอบ โดยต้องมีองค์ประกอบและคุณสมบัติถูกต้องครบถ้วนของการเป็นกรรมการตรวจสอบตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนที่ ทจ. 39/2559 ดังที่ได้กล่าวมา

4.2 หน้าที่และความรับผิดชอบของคณะกรรมการตรวจสอบ

หน้าที่และความรับผิดชอบของคณะกรรมการตรวจสอบมีดังต่อไปนี้³⁹

³⁶ ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทจ. 39/2559 เรื่องการขออนุญาตและการอนุญาตให้เสนอขายหุ้นที่ออกใหม่ ข้อ 17 (3) “มีกรรมการตรวจสอบอย่างน้อย 3 คน ซึ่งต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังนี้ (ก) ได้รับแต่งตั้งจากคณะกรรมการหรือที่ประชุมผู้ถือหุ้นของผู้ขออนุญาตให้เป็น กรรมการตรวจสอบ (ข) เป็นกรรมการอิสระที่เป็นไปตาม (2) และต้อง 1. ไม่เป็นกรรมการที่ได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการ ให้ตัดสินใจ ในการดำเนินกิจการของผู้ขออนุญาต บริษัทใหญ่ บริษัทย่อย บริษัทร่วม บริษัทย่อยลำดับเดียวกัน ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้ขออนุญาต และ 2. ไม่เป็นกรรมการของบริษัทใหญ่ บริษัทย่อย หรือบริษัทย่อยลำดับเดียวกัน เฉพาะที่เป็นบริษัทจดทะเบียน (ค) มีหน้าที่ในลักษณะเดียวกับที่กำหนดไว้ในประกาศตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยว่าด้วยคุณสมบัติและขอบเขตการดำเนินงานของคณะกรรมการตรวจสอบ”

³⁷ ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทจ. 39/2559 เรื่อง การขออนุญาตและการอนุญาตให้เสนอขายหุ้นที่ออกใหม่ข้อ 17 (1), (2), (3)

³⁸ ประกาศตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่อง คุณสมบัติและขอบเขตการดำเนินงานของคณะกรรมการตรวจสอบ พ.ศ. 2558 ข้อ 4 คณะกรรมการตรวจสอบ (Audit Committee) ของบริษัทต้องมีองค์ประกอบ และมีคุณสมบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน

³⁹ ประกาศตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่อง คุณสมบัติและขอบเขตการดำเนินงานของคณะกรรมการตรวจสอบ พ.ศ. 2558 ข้อ 7.

- (1) สอบทานให้บริษัทมีการรายงานทางการเงินอย่างถูกต้องและเปิดเผยอย่างเพียงพอ
 - (2) สอบทานให้บริษัทมีระบบควบคุมภายในและระบบการตรวจสอบภายในที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพ และพิจารณาความเป็นอิสระของหน่วยงานตรวจสอบภายใน ตลอดจนให้ความเห็นชอบการพิจารณาแต่งตั้ง โยภักย์ เล็กจ่าง หัวหน้าหน่วยงานตรวจสอบภายใน หรือหน่วยงานอื่นใดที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการตรวจสอบภายใน
 - (3) สอบทานให้บริษัทปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ข้อกำหนดของตลาดหลักทรัพย์ และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจของบริษัท
 - (4) พิจารณา คัดเลือก เสนอแต่งตั้งบุคคลซึ่งมีความเป็นอิสระเพื่อทำหน้าที่เป็นผู้สอบบัญชีและเสนอคำตอบแทน รวมทั้งเข้าร่วมประชุมกับผู้สอบบัญชีโดยไม่มีฝ่ายจัดการเข้าร่วมประชุมด้วยอย่างน้อยปีละ 1 ครั้ง
 - (5) พิจารณารายการที่เกี่ยวข้องกัน หรือรายการที่อาจมีความขัดแย้งทางผลประโยชน์ให้เป็นไปตามกฎหมายและข้อกำหนดของตลาดหลักทรัพย์ ทั้งนี้ เพื่อให้มั่นใจว่ารายการดังกล่าวสมเหตุสมผลและเป็นประโยชน์สูงสุดต่อบริษัท
 - (6) จัดทำรายงานของคณะกรรมการตรวจสอบโดยเปิดเผยไว้ในรายงานประจำปีของบริษัท ซึ่งรายงานดังกล่าวลงนามโดยประธานกรรมการตรวจสอบรายการดังกล่าวควรประกอบด้วยข้อมูลดังต่อไปนี้
 - ความเห็นเกี่ยวกับความถูกต้อง ครบถ้วน เป็นที่เชื่อถือได้ของรายงานทางการเงินของบริษัท
 - ความเห็นเกี่ยวกับความเพียงพอของระบบการควบคุมภายในของบริษัท
 - ความเห็นเกี่ยวกับการปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ข้อกำหนดของตลาดหลักทรัพย์ หรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจของบริษัท
 - ความเห็นเกี่ยวกับความเหมาะสมของผู้สอบบัญชี
 - ความเห็นเกี่ยวกับรายการที่อาจมีความขัดแย้งทางผลประโยชน์
 - จำนวนการประชุมคณะกรรมการตรวจสอบ และการเข้าร่วมประชุมของกรรมการตรวจสอบแต่ละท่าน
 - ความเห็นหรือข้อสังเกตโดยรวมที่คณะกรรมการตรวจสอบได้รับจากการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย
 - รายการอื่นใดที่เห็นว่าผู้ถือหุ้นและผู้ลงทุนทั่วไปควรทราบ ภายใต้ขอบเขตหน้าที่และความรับผิดชอบที่ได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการบริษัท
 - (7) ปฏิบัติการอื่นใดตามที่คณะกรรมการของบริษัทมอบหมายด้วยความเห็นชอบจากคณะกรรมการตรวจสอบ เช่น ดูแลเรื่องการบริหารความเสี่ยงในกรณีบริษัทยังไม่ได้แต่งตั้งคณะกรรมการบริหารความเสี่ยงไว้
- ในการดำเนินงานของคณะกรรมการตรวจสอบนั้น คณะกรรมการตรวจสอบต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของคณะกรรมการตรวจสอบและโครงสร้างการควบคุมภายใน รวมทั้งหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการตรวจสอบ ตามที่คณะกรรมการของบริษัทกำหนดไว้ในกฎบัตรของคณะกรรมการตรวจสอบของบริษัท (Audit Committee Charter)⁴⁰

4.3 การประชุมคณะกรรมการตรวจสอบ

⁴⁰ The audit committee charter documents the purpose, structure internal controls and roles and responsibilities of audit committee members <<https://www.2.deloitte.com/za/en/pages/governance-risk-and-compliance/articles/sample-audit-committee-char-ter.html>> accessed 12 May 2022.

คณะกรรมการตรวจสอบต้องจัดให้มีการประชุม เพื่อพิจารณาในเรื่องดังต่อไปนี้⁴¹

(1) การพิจารณางบการเงินและรายงานทางการเงินที่เกี่ยวข้องหลักการบัญชี และวิธีปฏิบัติทางบัญชี รวมถึงการเปลี่ยนแปลงนโยบายบัญชีที่สำคัญก่อนนำเสนอต่อคณะกรรมการของบริษัท เพื่อเผยแพร่แก่ผู้ถือหุ้นและผู้ลงทุนทั่วไป

(2) การพิจารณาระบบการควบคุมภายใน การพิจารณาทบทวนแผนงานตรวจสอบภายในประจำปี (Audit Plan) และการประเมินผลการตรวจสอบ

(3) การพิจารณาร่วมกับผู้สอบบัญชีถึงปัญหาหรือข้อจำกัดที่เกิดขึ้นจากการตรวจสอบงบการเงิน และทบทวนการปฏิบัติของผู้ตรวจสอบภายใน รวมทั้งการประเมินผลการตรวจสอบภายในร่วมกับผู้ตรวจสอบภายในและผู้สอบบัญชี

(4) การปฏิบัติตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ข้อกำหนดของตลาดหลักทรัพย์ ฯ และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจของบริษัท

(5) การพิจารณาทบทวนรายการที่อาจก่อให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์ เช่น รายการที่เกี่ยวข้องกับบริษัทจดทะเบียน ตามประกาศตลาดหลักทรัพย์ ฯ

(6) การปฏิบัติกรอื่นใดตามที่คณะกรรมการของบริษัทมอบหมาย เช่น กำกับดูแลระบบบริหารความเสี่ยงของบริษัท ถ้าไม่มีคณะกรรมการบริหารความเสี่ยง

(7) การพิจารณาประเมินผลตนเองเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่และความรับผิดชอบตามที่ได้รับมอบหมาย

กรรมการตรวจสอบผู้ใดมีส่วนได้เสียใด ๆ ในเรื่องที่พิจารณาห้ามมิให้เข้าร่วมพิจารณาในเรื่องนั้น ในทางปฏิบัติการประชุมคณะกรรมการตรวจสอบ กรรมการตรวจสอบได้ให้ความสำคัญและใช้เวลาพิจารณา สอบทาน ประเมินผลและให้ความเห็นรวมทั้งเป็นตัวกลางประสานกับผู้สอบบัญชี และฝ่ายบริหารของบริษัท ทั้งนี้ อาจมีการประชุมร่วมกันระหว่างกรรมการตรวจสอบกับผู้สอบบัญชีโดยไม่มีฝ่ายบริหารของบริษัทเข้าร่วมประชุมด้วยเพื่อให้ทุกฝ่ายได้ปรึกษาหารือกันอย่างอิสระ เช่น

- หนังสือแจ้งจุดอ่อนของระบบการควบคุมภายในที่มีสาระสำคัญ (Management Letter) เป็นคำอธิบาย ผลกระทบ และข้อเสนอแนะในการแก้ไขข้อบกพร่องที่มีนัยสำคัญ เช่น นโยบายด้านการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของระบบสารสนเทศ การพัฒนา จัดทำ และบำรุงรักษาระบบสารสนเทศ การควบคุมการเข้าถึงระบบและข้อมูล การสำรองข้อมูล การกู้ข้อมูล การจัดลำดับงานและการจัดการกับปัญหา

- ร่างรายงานของผู้สอบบัญชี เพื่อเสนอผู้ถือหุ้นและคณะกรรมการของบริษัท

- เรื่องสำคัญในการตรวจสอบ (Key Audit Matters (KAM)) เช่น รายการระหว่างกิจการและบุคคลที่เกี่ยวข้อง การตั้งสำรองสินค้ารับคืน การตั้งสำรองมูลค่าที่คาดว่าจะได้รับของสินค้าคงเหลือ ความเสี่ยงการรับรู้รายได้ของบริษัท ณ สิ้นปี เป็นต้น

ตัวอย่าง

ผู้สอบบัญชี ได้รายงานคณะกรรมการตรวจสอบเป็นหนังสือ (Management Letter) เนื่องจากได้ตรวจสอบระบบควบคุมภายในของบริษัท เพื่อให้ฝ่ายบริหารรับทราบข้อสังเกตและข้อเสนอแนะของผู้สอบบัญชี คณะกรรมการตรวจสอบจึงจัดการให้มีการประชุมร่วมกันระหว่างคณะกรรมการตรวจสอบกับผู้สอบบัญชี เพื่อสรุปเป็นข้อเสนอแนะเพิ่มเติมต่อฝ่ายบริหารของบริษัท ดังต่อไปนี้

⁴¹ ศิลปพร ศรีจันทพร (ก 12) 1-3.

(1) บริษัทควรมีการลงลายมือชื่อผู้รับสินค้า (เจ้าหน้าที่คลังสินค้า) ในใบรับของและวันที่รับของ โดยให้ผู้รับสินค้านามเพื่อยืนยันการรับสินค้าที่ซื้อพร้อมวันที่ได้รับของ เพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบว่า บริษัทได้รับสินค้าถูกต้องตามงวดบัญชี และเพื่อตรวจสอบว่าบริษัทได้รับสินค้าแล้ว ในกรณีที่ผู้ขายอ้างเหตุว่าได้ส่งสินค้าแล้ว เพื่อเรียกร้องให้ชำระหนี้ค่าสินค้า

(2) บริษัทไม่มีการทบทวนวงเงินสินเชื่อสำหรับลูกค้าแต่ละราย ซึ่งการทบทวนล่าสุดในปี 2016 ดังนั้น บริษัทควรมีการทบทวนวงเงินสินเชื่อสำหรับลูกค้าแต่ละราย โดยพิจารณาจากความสามารถในการจ่ายชำระหนี้ ประวัติการจ่ายชำระหนี้ และความแข็งแกร่งทางการเงินของลูกค้า การกำหนดวงเงินสินเชื่อดังกล่าว จะช่วยให้บริษัท สามารถประเมินความเสี่ยงในการเรียกเก็บเงินจากลูกค้าได้เป็นอย่างดี

(3) ผู้สอบบัญชีได้ส่งหนังสือยืนยันยอดเงินฝากธนาคาร (ตัวสัญญาใช้เงิน เลขที่ 1000926 ครบกำหนดไถ่ถอนวันที่ 1/1/2019 จำนวน 20 ล้านบาท) ให้กับธนาคารจีน (ประเทศไทย) จำกัด (มหาชน) จำนวน 2 ครั้ง แต่ไม่ได้รับคำตอบทั้ง 2 ครั้ง เนื่องจากการส่งหนังสือยืนยันยอดการฝาก เป็นวิธีการตรวจสอบตามมาตรฐานการสอบบัญชี เพื่อให้ได้หลักฐานการสอบบัญชีที่น่าเชื่อถือจากบุคคลภายนอก พร้อมแสดงรายการว่า บริษัท มีภาระผูกพันจากการค้าประกันหรือรายการใดหรือไม่ ดังนั้น ผู้สอบบัญชีต้องการให้ฝ่ายบัญชีของบริษัท ช่วยติดตามหนังสือยืนยันยอดที่ส่งให้ได้รับตอบกลับ ถูกต้อง ครบถ้วนทุกรายที่ส่ง

(4) บริษัท ไม่มีการจัดทำทะเบียนคุมสัญญาทั้งหมดของบริษัท และสัญญาที่เกิดขึ้นในปี 2018 บางสัญญายังลงนามไม่ครบถ้วนทั้งสองฝ่าย เช่น สัญญาค่าบำรุงรักษาระบบบริหารงานขาย สัญญาค่าลิขสิทธิ์ เป็นต้น ดังนั้นบริษัทควรมีการจัดทำทะเบียนคุมสัญญาทั้งหมดของบริษัท เพื่อใช้ในการอ้างอิงและค้นหาข้อมูลให้เป็นไปอย่างรวดเร็ว นอกจากนี้ทะเบียนคุมสัญญายังเป็นศูนย์รวมข้อมูลที่สำคัญในการบริหารสัญญา รวมทั้งการจ่ายเงินให้ถูกต้องและสอดคล้องกับสัญญา และใช้ในการจัดทำข้อมูลเกี่ยวกับภาระผูกพันของสัญญาต่าง ๆ ที่ต้องเปิดเผยในงบการเงินของบริษัท

(5) ข้อบกพร่องจากการตรวจนับสินค้าคงเหลือปลายปี จากการตรวจสอบพบว่า

- คลังสินค้าเกรด B มีการจัดวางสินค้าอย่างไม่เป็นระเบียบ เช่น สินค้ารายการเดียวกันจัดเก็บกระจายกันหลายที่ ไม่ได้ระบุสถานที่จัดเก็บให้ชัดเจน สินค้าหลายรายการจัดเก็บรวมกันอยู่ในกล่องเดียวกัน รวมทั้งสินค้าบางรายการวางรวมกันอยู่กับพื้น ทำให้ยากต่อการตรวจนับสินค้า

- สินค้าเกรด B จัดเก็บในบรรจุภัณฑ์ที่ไม่เรียบร้อย ทำให้สินค้าเสี่ยงต่อการเสื่อมสภาพ และชำรุดเสียหาย

- สินค้าเกรด B บางรายการไม่มีการติดรหัสสินค้า (บาร์โค้ด)

- สินค้าเกรด B มีการเปลี่ยนแต่ไม่มีการขีดฆ่ารหัสสินค้า (บาร์โค้ด) ไม่มีการดึงรหัสสินค้า (บาร์โค้ด) เดิมออกหรือไม่ติดรหัสสินค้า (บาร์โค้ด) ใหม่ทับรหัสสินค้า (บาร์โค้ด) เดิมเพื่อให้รหัสสินค้าตรงตามรหัสสินค้าที่ถูกต้อง ทำให้ไม่แน่ใจว่าสินค้าที่ทำการตรวจนับเป็นรหัสสินค้า (บาร์โค้ด) ไດ

- คลังสินค้า Online ไม่มีระบบควบคุมการเข้าออกคลังสินค้า และติดตั้งวงจรปิดไม่ครอบคลุมคลังสินค้าเพื่อให้การตรวจนับสินค้าคงเหลือ ณ วันสิ้นปี เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

- บริษัทควรจัดวางสินค้าให้เป็นระเบียบ เช่น สินค้ารายการเดียวกันควรจัดเก็บรวมกันอยู่ในสถานที่เดียวกัน หรือระบุสถานที่จัดเก็บให้ชัดเจน สินค้าแต่ละรายการไม่ควรจัดเก็บรวมกันอยู่ในกล่องเดียวกัน

- จัดเก็บในบรรจุภัณฑ์ที่เรียบร้อย เพื่อป้องกันสินค้าเสื่อมสภาพและชำรุดเสียหาย

- ติดรหัสสินค้า (บาร์โค้ด) ทุกรายการ เพื่อความถูกต้องของสินค้าและเพื่อความสะดวกรวดเร็วสำหรับการตรวจนับสินค้า

- เปลี่ยนรหัสสินค้า (บาร์โค้ด) โดยการขีดฆ่า หรือดึงรหัสสินค้าเดิมออกหรือติดรหัสสินค้าใหม่ทับรหัสสินค้าเดิม เพื่อให้รหัสสินค้าตรงตามรหัสสินค้าที่ถูกต้อง และเพื่อความสะดวกรวดเร็วสำหรับการตรวจนับสินค้า

- มีระบบควบคุมการเข้าออกคลังสินค้า เช่น การลงลายมือชื่อพนักงานเข้า-ออกคลังสินค้าทุกครั้ง รวมทั้งผู้เข้า-ออกคลังสินค้าต้องเป็นผู้ที่เกี่ยวข้อง และได้รับอนุญาตจากหัวหน้าคลังสินค้า และการติดตั้งวงจรปิดเพิ่มเติมให้ครอบคลุมพื้นที่ เป็นต้น เพื่อป้องกันผู้ที่ไม่เกี่ยวข้องเข้า-ออกคลังสินค้า รวมถึงป้องกันสินค้าสูญหาย

(6) บริษัทใช้รหัสบันทึกบัญชีซื้อสังหาริมทรัพย์เพื่อการลงทุน ร่วมกับบัญชีที่ดินและอาคารของบริษัทซึ่งไม่ถูกต้อง บริษัทควรแยกรหัสบันทึกบัญชีซื้อสังหาริมทรัพย์เพื่อการลงทุน ออกจากบัญชีที่ดินและอาคารของบริษัท เพื่อความถูกต้องในการบันทึกบัญชี และเพื่อความสะดวกรวดเร็วในการจัดทำงบการเงิน

(7) รายการปรับปรุงบัญชีมีปริมาณมากผิดปกติเนื่องจากฝ่ายบัญชีมีการสอบถามข้อมูลและรายละเอียดประกอบงบการเงินก่อนส่งให้ผู้สอบบัญชี แต่ยังมีรายการที่ไม่ถูกต้อง จึงมีรายการปรับปรุงเป็นจำนวนมากหลังจากส่งข้อมูลต่าง ๆ มาให้ผู้สอบบัญชีแล้ว โดยรายการปรับปรุงสำหรับปีสิ้นสุดวันที่ 31 ธันวาคม 2561 ภายหลังจากส่งบทดลองชุดแรกให้กับผู้สอบบัญชีมีจำนวน 63 รายการ ดังนั้น ทำให้ผู้สอบบัญชีต้องใช้เวลาในการตรวจสอบมากขึ้นจากเดิมตามแผนที่วางไว้และส่งผลให้การจัดทำงบการเงินรวมล่าช้าไปด้วย ดังนั้นฝ่ายบัญชีควรเพิ่มความละเอียดรอบคอบในการจัดทำและสอบถาม ข้อมูลและรายละเอียดประกอบงบการเงินต่าง ๆ ก่อนที่จะส่งให้กับทีมตรวจสอบเพื่อความถูกต้องและให้งานตรวจสอบเป็นไปอย่างรวดเร็วตรงตามระยะเวลาที่ได้วางแผนไว้สำหรับการตรวจสอบงบการเงิน

(8) ไม่มีหลักฐานการอนุมัติส่วนลด เนื่องจากบริษัทไม่มีการจัดทำเอกสารใบอนุมัติส่วนลดไปรษณีย์ขึ้น การขาย ดังนั้นบริษัทควรมีการจัดทำเอกสารใบอนุมัติส่วนลดให้ชัดเจนเพื่อให้สามารถตรวจสอบได้โดยง่ายและช่วยลดความเสี่ยงในการบันทึกบัญชีผิดและความเสี่ยงจากความผิดพลาดที่เกิดขึ้นทั้งตั้งใจและไม่ตั้งใจ และเพื่อเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการควบคุมภายในของบริษัท

4.4 การรายงานต่อคณะกรรมการบริษัทหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง

กรณีการรายงานต่อคณะกรรมการบริษัทหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง⁴² ในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจสอบหากพบหรือมีข้อสงสัยว่ามีรายการหรือการกระทำดังต่อไปนี้ ซึ่งอาจมีผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญต่อฐานะการเงินและผลการดำเนินงานของบริษัท ให้คณะกรรมการตรวจสอบรายงานต่อคณะกรรมการของบริษัทเพื่อดำเนินการปรับปรุงแก้ไขภายในเวลาที่คณะกรรมการตรวจสอบเห็นสมควร

(1) รายงานที่เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์

(2) การทุจริต หรือมีสิ่งผิดปกติหรือมีความบกพร่องที่สำคัญในระบบควบคุมภายใน

(3) การฝ่าฝืนกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ข้อกำหนดของตลาดหลักทรัพย์ หรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจของบริษัท

หากคณะกรรมการบริษัทหรือผู้บริหารไม่ดำเนินการให้มีการปรับปรุงแก้ไขภายในเวลาตามวรรคหนึ่ง กรรมการตรวจสอบรายใดรายหนึ่งอาจรายงานว่ามีรายการหรือการกระทำตามวรรคหนึ่งต่อสำนักงานกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์หรือตลาดหลักทรัพย์

กล่าวโดยสรุป การแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจสอบซึ่งเป็นคณะกรรมการชุดย่อยของคณะกรรมการบริษัท ถือเป็นกลไกสำคัญในการกำกับดูแลกิจการที่ดี เนื่องจากเป็นบุคคลที่ช่วยคณะกรรมการบริษัทในการ

⁴² ประกาศตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่อง คุณสมบัติและขอบเขตการดำเนินงานของคณะกรรมการตรวจสอบ พ.ศ. 2558 ข้อ 8.

สอบทานรายงานทางการเงินการสอบทานระบบควบคุมภายใน และการสอบทานข้อมูลอื่นนอกเหนือจากรายงานทางการเงิน รวมทั้งบทบาทด้านการกำกับดูแลระบบบริหารความเสี่ยง ในกรณีบริษัทยังไม่ได้จัดตั้งคณะกรรมการบริหารความเสี่ยงขึ้น

5. แนวทางปฏิบัติของการทำงานร่วมกันของผู้สอบบัญชีและคณะกรรมการตรวจสอบตามมาตรา 89/25 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535

เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ของผู้สอบบัญชี เป็นไปตามมาตรา 89/25 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ที่ว่าในการสอบบัญชีของบริษัทหลักทรัพย์หรือบริษัทตามมาตรฐานการสอบบัญชี ไม่ว่าจะกระทำในฐานะเป็นผู้สอบบัญชีของนิติบุคคลดังกล่าวหรือในฐานะอื่น ซึ่งนิติบุคคลดังกล่าวยินยอมให้สอบบัญชีก็ตาม ถ้าผู้สอบบัญชีพบพฤติการณ์อันควรสงสัยว่ากรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลดังกล่าวได้กระทำความผิดตามมาตรา 281/2 วรรคสอง มาตรา 305 มาตรา 306 มาตรา 308 มาตรา 309 มาตรา 310 มาตรา 311 มาตรา 312 หรือมาตรา 313 ให้ผู้สอบบัญชีแจ้งข้อเท็จจริงเกี่ยวกับพฤติการณ์ดังกล่าวให้คณะกรรมการตรวจสอบของบริษัทหลักทรัพย์หรือบริษัทนั้นทราบเพื่อดำเนินการตรวจสอบต่อไปโดยไม่ชักช้า และให้คณะกรรมการตรวจสอบรายงานผลการตรวจสอบในเบื้องต้นให้แก่สำนักงานและผู้สอบบัญชีทราบภายในสามสัปดาห์นับแต่วันที่ได้รับแจ้งจากผู้สอบบัญชี

ในกรณีที่คณะกรรมการตรวจสอบไม่ดำเนินการตามวรรคหนึ่ง ให้ผู้สอบบัญชีแจ้งให้สำนักงานทราบพฤติการณ์อันควรสงสัยที่ต้องแจ้งตามวรรคหนึ่ง และวิธีการเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริงเกี่ยวกับพฤติการณ์ดังกล่าว ให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด

ต่อมา ได้มีการออกประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนที่ ทจ. 48/2564 เรื่อง พฤติการณ์อันควรสงสัยซึ่งผู้สอบบัญชีมีหน้าที่ต้องแจ้งตามมาตรา 89/5 และวิธีการเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริงเกี่ยวกับพฤติการณ์ดังกล่าว ซึ่งเป็นการขยายความจากที่พระราชบัญญัติหลักทรัพย์ ฯ บัญญัติไว้ อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าการออกประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ฯ ดังกล่าวก็ยังขาดความชัดเจน เนื่องจากถ้อยคำในประกาศนี้กำหนดแต่เพียงว่า พฤติการณ์อันควรสงสัยว่า กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลที่รับผิดชอบในการดำเนินงานของบริษัทหลักทรัพย์หรือบริษัทได้กระทำความผิดตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 89/5 ซึ่งผู้สอบบัญชีต้องแจ้งข้อเท็จจริงเกี่ยวกับพฤติกรรมดังกล่าวต่อคณะกรรมการตรวจสอบของบริษัทหลักทรัพย์หรือบริษัทนั้น รวมทั้งวิธีการเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริงเกี่ยวกับพฤติการณ์ดังกล่าว ให้เป็นไปตามมาตรฐานวิชาชีพบัญชี จรรยาบรรณวิชาชีพบัญชี และข้อกำหนดของกฎหมายวิชาชีพบัญชี

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า “พฤติการณ์อันน่าสงสัย” ตามมาตรา 89/25 เริ่มต้นจากการทำงานของผู้สอบบัญชีทำหน้าที่ตรวจสอบบัญชีไปตามมาตรฐานวิชาชีพด้านการสอบบัญชี จรรยาบรรณของผู้สอบบัญชี โดยใช้วิจารณญาณในการสังเกตและสงสัยเยี่ยงผู้ประกอบการวิชาชีพ ดังที่ปรากฏในการตรวจสอบพิเศษ (Special Audit) บมจ.ปคินิค ในปี 2548 หากพบหลักฐานที่สื่อไปในทางทุจริตหรือมีความไม่ตรงกันของเอกสารให้ตั้งข้อสังเกตหรือตั้งข้อสงสัยไว้เพื่อสอบถามผู้ที่เกี่ยวข้อง รวมถึงการตรวจสอบเพิ่มเติมตามสถานการณ์และความจำเป็นนอกเหนือจากการตรวจสอบตามมาตรฐานของการสอบบัญชี หากผู้สอบบัญชีพบความไม่ชอบมาพากลหรือข้อไม่ถูกต้องหรือไม่เหมาะสมใด ๆ ในการบันทึกบัญชีให้รายงานคณะกรรมการตรวจสอบเพื่อดำเนินการแก้ไขให้ทันท่วงที ดังตัวอย่างเช่น ผู้ตรวจสอบภายในของบริษัท Enron ได้ดำเนินการแจ้งคณะกรรมการตรวจสอบ เนื่องจาก สำนักงานสอบบัญชี Arthur Andersen ไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ตามวิชาชีพของผู้สอบบัญชี เพราะ Arthur Andersen เป็นผู้ให้บริการอย่างอื่นนอกเหนือจากการรับสอบบัญชีให้แก่บริษัท Enron ซึ่งถือว่าเป็นเรื่องผลประโยชน์ทับซ้อนกัน เช่น การรับงานบริการตรวจสอบภายใน หรือการเป็นที่ปรึกษาในการบันทึกรายการ หรือการจัดทำงบการเงินของบริษัทซึ่งตนเองต้องทำหน้าที่ตรวจสอบ

ดังที่กล่าวมา แนวทางปฏิบัติงานร่วมกันของผู้สอบบัญชีและคณะกรรมการตรวจสอบคือ การประชุม วาระพิเศษระหว่างคณะกรรมการตรวจสอบกับผู้สอบบัญชีโดยไม่มีฝ่ายบริหารร่วมประชุมด้วย โดยผู้สอบบัญชี จะนำประเด็นที่ได้มาจากการตรวจสอบบัญชีมานำเสนอต่อคณะกรรมการตรวจสอบเพื่อทราบและหาทางแก้ไข ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าเป็นไปตามหลักการและสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของมาตรา 89/25 แห่งพระราชบัญญัติ หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535

ตัวอย่าง

คณะกรรมการตรวจสอบประชุมร่วมกับผู้สอบบัญชี มีข้อสรุปว่า ระบบควบคุมภายในของบริษัทยังมี ข้อบกพร่องอยู่หลายประการ ขาดการควบคุมภายในที่รัดกุมมีความเสี่ยงในด้านทุจริต ดังนั้น คณะกรรมการ ตรวจสอบจึงให้บริษัทแก้ไข ดังนี้

- 1) ไม่มีทะเบียนคุมเช็ค
- 2) กรรมการบางคน มีอำนาจอนุมัติ สั่งจ่ายเช็คได้สูงถึง 100 ล้านบาท
- 3) พนักงานด้านบัญชียังไม่มีคุณภาพเพียงพอกับธุรกรรมที่ซับซ้อนมากขึ้นซึ่งจะเกิดขึ้นในอนาคต
- 4) ผู้เก็บรักษาเงินสดในมือเป็นคนเดียวกับผู้บันทึกบัญชี มีความเสี่ยงในด้านทุจริต

อย่างไรก็ดี หากผู้สอบบัญชีพบพฤติกรรมอันควรสงสัยว่ากรรมการ ผู้จัดการหรือบุคคลซึ่งรับผิดชอบ ในการดำเนินงานของนิติบุคคลดังกล่าวได้กระทำความผิดตามมาตรา 281/2 วรรคสอง มาตรา 305 มาตรา 306 มาตรา 308 มาตรา 309 มาตรา 310 มาตรา 311 มาตรา 312 หรือมาตรา 313⁴³ ให้ผู้สอบบัญชี

⁴³ มาตรา 281/2 วรรคสอง ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ได้แก่ กรรมการหรือผู้บริหารบริษัทผู้ใดไม่ปฏิบัติหน้าที่ ด้วยความรับผิดชอบ ความระมัดระวัง และความซื่อสัตย์สุจริต ตามมาตรา 89/7 จนเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหายหรือ ทำให้ตนเองหรือผู้อื่นได้รับประโยชน์จากการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวได้กระทำให้โดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน ห้าปีหรือปรับไม่เกินสองเท่าของค่าเสียหายที่เกิดขึ้นหรือประโยชน์ที่ได้รับ แต่ทั้งนี้ ค่าปรับดังกล่าวต้องไม่ต่ำกว่าหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 305 ผู้ใดทำให้เสียหาย ทำลาย ซ่อนเร้น เอาไปเสีย หรือทำให้สูญหายหรือไร้ประโยชน์ซึ่งทรัพย์สินหรือเอกสารใด ๆ อันพนักงานเจ้าหน้าที่ได้ยึดอายัด รักษาไว้ หรือสั่งให้ส่งเพื่อเป็นพยานหลักฐานตามมาตรา 264 ไม่ว่าพนักงานเจ้าหน้าที่จะ รักษาทรัพย์สินหรือเอกสารนั้นไว้เอง หรือสั่งให้ผู้นั้นหรือผู้อื่นส่งหรือรักษาไว้ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสามปี และปรับตั้งแต่หกหมื่นบาทถึงสามแสนบาท

มาตรา 306 กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลใดตามพระราชบัญญัตินี้ โดยทุจริต หลอกลวงด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จแก่ประชาชน หรือด้วยการปกปิดความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งแก่ประชาชน และ โดยการหลอกลวงดังว่านั้นได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากประชาชนผู้ถูกหลอกลวง หรือบุคคลที่สาม หรือทำให้ประชาชนผู้ถูกหลอกลวง หรือบุคคลที่สามทำ ถอน หรือทำลายเอกสารสิทธิ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่ห้าแสนบาทถึงหนึ่ง ล้านบาท

มาตรา 308 กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลใดตามพระราชบัญญัตินี้ ครอบครอง ทรัพย์สินซึ่งเป็นของนิติบุคคลดังกล่าว หรือซึ่งนิติบุคคลดังกล่าวเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย เบียดบังเอาทรัพย์สินนั้นเป็นของตนหรือ บุคคลที่สามโดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่ห้าแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท

มาตรา 309 กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลใดตามพระราชบัญญัตินี้ เอาไปเสีย ทำให้เสียหาย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่าหรือทำให้ไร้ประโยชน์ซึ่งทรัพย์สินอันนิติบุคคลดังกล่าวมีหน้าที่ดูแลหรือที่อยู่ในความ ครอบครองของนิติบุคคลนั้น ถ้าได้กระทำเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี และ ปรับไม่เกินห้าแสนบาท

มาตรา 310 กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลใดตามพระราชบัญญัตินี้ รู้ว่าเจ้าหน้าที่ ของนิติบุคคลดังกล่าว หรือเจ้าหน้าที่ของบุคคลอื่นซึ่งจะใช้สิทธิของเจ้าหน้าที่นิติบุคคลนั้นบังคับการชำระหนี้จากนิติบุคคล ใช้หรือนำจะ ใช้สิทธิเรียกร้องทางศาลให้ชำระหนี้

แจ้งข้อเท็จจริงเกี่ยวกับพฤติการณ์ดังกล่าวให้คณะกรรมการตรวจสอบของบริษัทหลักทรัพย์หรือบริษัทนั้นทราบเพื่อดำเนินการตรวจสอบต่อไปโดยไม่ชักช้า และให้คณะกรรมการตรวจสอบรายงานผลการตรวจสอบในเบื้องต้นให้แก่สำนักงานและผู้สอบบัญชีทราบภายในสามสิบวันนับแต่วันที่รับแจ้งจากผู้สอบบัญชี หากผู้สอบบัญชีหรือคณะกรรมการตรวจสอบของบริษัทใด ผ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 89/25 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท⁴⁴

สรุป

ผลของการเพิ่มเติมหมวด 3/1 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ส่วนใหญ่มีผลกระทบต่อบริษัทที่ออกหลักทรัพย์ กรรมการและผู้บริหารในภาพรวม อย่างไรก็ตาม กรรมการตรวจสอบและผู้สอบบัญชีของบริษัทก็ได้รับผลกระทบเช่นกัน เนื่องจากมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามมาตรา 89/25 กล่าวคือการทำงานร่วมกัน เมื่อตรวจพบว่ากรรมการและผู้บริหารบริษัทมีพฤติการณ์อันควรสงสัยว่าได้กระทำความผิดตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้

ผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่าพฤติการณ์อันควรสงสัยว่ากรรมการและผู้บริหารบริษัทได้กระทำความผิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 89/25 สะท้อนถึงความผิดพลาดที่มีสาเหตุจากการกระทำโดยเจตนาหรือจิตใจของกรรมการหรือผู้บริหารมากกว่าความผิดพลาดที่เกิดจากความประมาทเลินเล่อ เนื่องจากกิจการในระดับบริษัทจดทะเบียนนั้นไม่ว่าจะในประเทศใด มักสามารถว่าจ้างบุคคลที่มีความสามารถสูง และมีระบบสารสนเทศที่มีประสิทธิภาพรองรับอยู่แล้ว นอกจากนี้รายการบัญชีทุกรายการต้องผ่านการทบทวนของพนักงานบัญชีและผู้บริหารฝ่ายบัญชีหลายระดับก่อนการบันทึกรายการจริง และในท้ายที่สุดงบการเงินยังต้องผ่านการตรวจสอบโดยผู้สอบบัญชีอนุญาตอีกชั้นหนึ่งก่อนนำเสนอ⁴⁵

บทเรียนจากบริษัท Enron และบริษัท WorldCom ชี้ให้เห็นความผิดพลาดและความล้มเหลวของการจัดทำรายงานทางการเงินโดยฉ้อฉลของฝ่ายบริหาร และการตรวจสอบบัญชีโดยสำนักงานผู้สอบบัญชีภายนอกซึ่งขาดความเป็นอิสระ ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ตามวิชาชีพอันเนื่องมาจากผลประโยชน์ทับซ้อนระหว่างการปฏิบัติหน้าที่ของผู้สอบบัญชีกับงานให้บริการเกี่ยวกับการจัดทำงบการเงิน ทำให้ผู้สอบบัญชีไม่สามารถตรวจสอบบัญชี ได้อย่างอิสระและขาดความเป็นกลาง

(1) ย้ายไปเสีย ชอนเร้น หรือโอนไปให้แก่ผู้อื่นซึ่งทรัพย์สินของนิติบุคคลนั้น หรือ

(2) แกล้งเห็นนิติบุคคลนั้นเป็นหนี้ซึ่งไม่เป็นความจริง

ถ้าได้กระทำเพื่อมิให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่ห้าแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท

มาตรา 311 กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลใดตามพระราชบัญญัตินี้ กระทำการหรือไม่กระทำการเพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อตนเองหรือผู้อื่นอันเป็นการเสียหายแก่นิติบุคคลนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่ห้าแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท

มาตรา 312 กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลใดตามพระราชบัญญัตินี้ กระทำหรือยินยอมให้กระทำการดังต่อไปนี้

(1) ทำให้เสียหาย ทำลาย เปลี่ยนแปลง ตัดทอน หรือปลอมบัญชีเอกสาร หรือหลักประกันของนิติบุคคลดังกล่าว หรือที่เกี่ยวกับนิติบุคคลดังกล่าว

(2) ลงข้อความเท็จหรือไม่ลงข้อความสำคัญในบัญชีหรือเอกสารของนิติบุคคลหรือที่เกี่ยวกับนิติบุคคลนั้น หรือ

(3) ทำบัญชีไม่ครบถ้วน ไม่ถูกต้อง ไม่เป็นปัจจุบันหรือไม่ตรงต่อความเป็นจริง

⁴⁴ มาตรา 281/8 ผู้สอบบัญชีผู้ใดหรือคณะกรรมการตรวจสอบของบริษัทหลักทรัพย์หรือบริษัทใด ผ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 89/25 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท

⁴⁵ สุรศักดิ์ ไชยธนกิจ (ก 2) 447.

ผู้วิจัยเห็นว่าการปฏิบัติหน้าที่ของผู้สอบบัญชีและคณะกรรมการตรวจสอบให้มีประสิทธิภาพนั้นต้องให้ความสำคัญในห้าประเด็นสำคัญ ดังต่อไปนี้

ประเด็นที่หนึ่ง คือ การเสริมสร้างความเป็นอิสระของคณะกรรมการตรวจสอบและผู้สอบบัญชีซึ่งสอดคล้องกับรายงานของคณะกรรมการกิจการรัฐบาลของวุฒิสภาของสหรัฐอเมริกาซึ่งจัดทำโดยคณะกรรมการสอบสวนเรื่องบทบาทของคณะกรรมการบริษัทกรณีการล้มสลายของบริษัท Enron เมื่อวันที่ 8 กรกฎาคม ปี 2002⁴⁶ ได้ให้คำแนะนำไว้ในรายงาน ดังนี้

คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์และองค์กรที่กำกับดูแลตนเองซึ่งรวมถึงตลาดหลักทรัพย์แห่งชาติควรต้องเสริมสร้าง “ความเป็นอิสระ” ของกรรมการอิสระ คณะกรรมการตรวจสอบและผู้สอบบัญชีให้มากขึ้นกว่าเดิม ได้แก่

1. กรรมการอิสระส่วนใหญ่ของบริษัทมหาชนจำกัด ต้องปลอดจากความสัมพันธ์ทางการเงิน ที่มีนัยสำคัญกับบริษัท นอกเหนือจากค่าตอบแทนกรรมการตามปกติ
2. คณะกรรมการตรวจสอบของบริษัทมหาชนจำกัด ต้องเป็นบุคคลที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญด้านบัญชีและการเงิน และต้องจัดให้มีกฎบัตรคณะกรรมการตรวจสอบเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อกำหนดให้คณะกรรมการตรวจสอบต้องผูกพันกับหน้าที่ของตนตามกฎบัตรในการกำกับดูแลรายงานทางการเงิน และแนวปฏิบัติทางบัญชี รวมถึงการมีอำนาจในการจ้างและเลิกจ้างผู้สอบบัญชีภายนอก
3. เสริมสร้างความเป็นอิสระของผู้สอบบัญชี รวมถึงการห้ามมิให้ผู้สอบบัญชีภายนอกรับทำงานให้บริการงานด้านตรวจสอบภายใน หรือการให้คำปรึกษาแก่บริษัท ภายในช่วงเวลาเดียวกันกับงานตรวจสอบบัญชี รวมทั้งการห้ามมิให้ผู้สอบบัญชีเข้าตรวจสอบงานของตนเองที่ได้ทำให้บริษัท

ประเด็นที่สอง คือ การใช้วิจรณ์ญาณในการสังเกตและสงสัยเยี่ยงผู้ประกอบการวิชาชีพต่าง เช่น ทัศนศึกษา บมจ. ปิคนิค นอกเหนือจากตรวจสอบบัญชีไปตามมาตรฐานวิชาชีพด้านการสอบบัญชีจรรยาบรรณของผู้สอบบัญชี และข้อกำหนดของกฎหมายวิชาชีพบัญชี โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้สอบบัญชีของบริษัทจดทะเบียน ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกที่เข้ามาตรวจสอบให้งบการเงินเป็นไปตามมาตรฐานการบัญชีโดยการแสดงความเห็นต่อความถูกต้องของงบการเงินเพื่อให้นักลงทุนทั้งในประเทศและต่างประเทศได้รับข้อมูลที่ถูกต้องเป็นไปตามมาตรฐานการบัญชี

ประเด็นที่สาม คือ การทำหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจสอบที่ต้องมีความเป็นอิสระเป็นพื้นฐานและประกอบด้วยบุคคลที่มีความเอาใจใส่และใช้ความระมัดระวังในการตรวจสอบสิ่งต่าง ๆ ในการเข้าไปตรวจสอบความถูกต้องและความเหมาะสมในการดำเนินธุรกิจของบริษัท โดยเฉพาะเมื่อพบข้อบกพร่องหรือข้อสงสัยประการใด ควรต้องเสนอรายงานต่อคณะกรรมการบริษัท เพื่อดำเนินการแก้ไข ดังเช่น คณะกรรมการตรวจสอบของบริษัท WorldCom

ประเด็นที่สี่ คือ ความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติของมาตรา 89/25 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ประกอบกับประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนที่ ทจ. 48/2564 เรื่อง พกติการณ์อันควรสงสัยซึ่งผู้สอบบัญชีมีหน้าที่ต้องแจ้งตามมาตรา 89/5 และวิธีการเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริงเกี่ยวกับพกติการณ์ดังกล่าว สมควรต้องขยายความเพื่อให้เกิดความชัดเจนเป็นรูปธรรมมากกว่าเขียนเป็นหลักการไว้

⁴⁶ The Permanent Subcommittee on Investigations of the Committee on Governmental Affairs, United States Senate, The Role of the Board of Directors in Enron's Collapse, 8 July 2002.

<<https://www.govinfo.gov/content/pkg/CPRT-107SPRT80393/pdf/CPRT-107SPRT80393.pdf>> accessed 17 May 2022.

ประเด็นที่ห้า คือ การให้ความสำคัญของกฎบัตรของคณะกรรมการตรวจสอบโดยถือว่าเป็นพันธะสัญญาในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจสอบ หากกรรมการตรวจสอบไม่ปฏิบัติตามกฎบัตรถือว่าเป็นการละเลยต่อหน้าที่ของการเป็นกรรมการตรวจสอบซึ่งมีความสอดคล้องกับคำแนะนำในรายงานของคณะกรรมการกิจการรัฐบาลของวุฒิสภาของสหรัฐอเมริกา ข้างต้น

กล่าวโดยสรุป ผู้วิจัยมองเห็นว่าการส่งเสริมและเสริมสร้างให้คณะกรรมการตรวจสอบ และผู้สอบบัญชี (รวมทั้งคณะกรรมการบริษัท) ให้ทำหน้าที่ของตนเองอย่างดีที่สุด ตามแนวทางของกฎหมาย Sarbanes-Oxley Act และพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ดังที่กล่าวมาย่อมทำให้เกิดความมั่นใจได้ว่าประเทศไทยมีระบบของการตรวจสอบการบริหารกิจการที่มีความเหมาะสมเพียงพอ ทำให้นักลงทุนเกิดความเชื่อมั่นที่จะลงทุนในกิจการและตลาดทุนไทย กิจการมีผลการประกอบการที่ดีในระยะยาวเป็นที่น่าเชื่อถือสำหรับผู้ถือหุ้นและผู้มีส่วนได้เสียเพื่อประโยชน์ในการสร้างคุณค่าให้กิจการอย่างยั่งยืนตามหลักการกำกับดูแลที่ดี

ปัญหาการปล่อยตัวชั่วคราวในคดีอาญา : ศึกษากรณีการปล่อยตัวชั่วคราว โดยไม่มีหลักประกัน*

The Problems Regarding the Provisional Release in Criminal Trial in Thailand: The Case Study of the Provisional Release without Bail

ทศติยพงษ์ กิตติวัฒนานนท์**

Tutiyapong Kittiwattananon

วันที่รับบทความ 12 พฤษภาคม 2565; วันแก้ไขบทความ 13 มิถุนายน 2565; วันตอบรับบทความ 14 มิถุนายน 2565

บทคัดย่อ

ประเทศไทยเป็นหนึ่งในประเทศที่เข้าเป็นภาคีสมาชิกของ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights หรือ UDHR) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights หรือ ICCPR) ซึ่งทั้งสองฉบับนั้นมีหนึ่งในหลักสำคัญที่ถูกระบุไว้คือ หลักสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์ หรือ Presumption of Innocence เป็นเหตุให้ประเทศไทยนั้นได้นำหลักดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในกฎหมายภายในของประเทศไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย รวมไปถึงกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ โดยเฉพาะในเรื่องของการปล่อยชั่วคราวนั้นกลับพบว่าแม้จะมีการปล่อยชั่วคราวในระดับที่น่าพอใจ หากแต่สถิติการปล่อยชั่วคราวของผู้ที่อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลโดยไม่มีหลักประกันที่มีจำนวนน้อยมาก บทความนี้จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อวิเคราะห์ถึงปัญหาของการปล่อยชั่วคราวที่ประเทศไทยได้เผชิญอยู่ ณ ปัจจุบัน พร้อมทั้งเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหา โดยการศึกษาแนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายรวมถึงระบบในการปล่อยชั่วคราวของสหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักร (สกอตแลนด์) เพื่อนำมาปรับใช้กับกฎหมายรวมถึงระบบปล่อยชั่วคราวของประเทศไทยให้มีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับหลักสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์มากยิ่งขึ้น ผลจากการศึกษาพบว่าสหรัฐอเมริกานั้นมีการใช้ระบบปล่อยชั่วคราวโดยใช้วิธีการประเมินความเสี่ยง และสหราชอาณาจักร (สกอตแลนด์) มีการใช้ระบบปล่อยชั่วคราวภายใต้การควบคุม ผู้เขียนจึงมีความคิดเห็นว่าแม้ว่าประเทศไทยจะได้มีการเริ่มนำระบบปล่อยชั่วคราวโดยใช้วิธีการประเมินความเสี่ยงมาใช้แล้ว แต่ก็ยังมีบางส่วนที่สามารถปรับปรุงแก้ไขเพื่อให้มีประสิทธิภาพเพิ่มขึ้นได้ เช่น ปัจจัยที่ใช้ในการประเมินความเสี่ยงและหากนำระบบปล่อยชั่วคราวภายใต้การควบคุมมาปรับใช้ร่วมกับระบบปล่อยชั่วคราวที่ประเทศไทยใช้อยู่ในปัจจุบัน ประกอบกับปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องของการเรียกประกันและการกำหนดหลักประกันให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันกับของสหรัฐอเมริกาซึ่งจะส่งผลให้ศาลไม่สามารถฝากขังผู้ต้องหาหรือจำเลยด้วยเหตุที่ไม่มีเงินหรือทรัพย์สินมาวางตามจำนวนวงประกันได้ ผู้เขียนเชื่อว่าย่อมจะทำให้กฎหมายรวม

* บทความนี้ผู้เขียนเรียบเรียงมาจากส่วนหนึ่งของสารนิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ ปีการศึกษา 2564 เรื่องปัญหาการปล่อยตัวชั่วคราวในคดีอาญา : ศึกษากรณีการปล่อยตัวชั่วคราวโดยไม่มีหลักประกัน

** นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

ที่อยู่ : คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ 148 ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240

E-mail: Tutiyapong.kit@stu.nida.ac.th

ไปถึงระบบปล่อยชั่วคราวของประเทศไทยมีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับหลักสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์มากยิ่งขึ้น

คำสำคัญ: ปล่อยชั่วคราว, หลักประกัน, หลักสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์

Abstract

Thailand is a member of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) and International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), these two instruments have an important principle that were enacted, which is the presumption of innocence. As a result, Thailand has brought such principles into the domestic law such as the Constitution of the Kingdom of Thailand and criminal procedural law. However, in practice, especially in the matter of provisional release, although it has a satisfactory level of provisional release, but the statistics of provisional release without bail is very few. This article, therefore, aims to analyze the problems relating to provisional release in Thailand along with suggesting solutions by studying legal concepts and theories, including the provisional release system of the United States and United Kingdom (Scotland) to be applied to the law, including the provisional release system of Thailand to be more efficient and consistent with the presumption of innocence. The study found that the United States has a provisional release system using a risk assessment method and United Kingdom (Scotland) has a provisional release system using a supervised bail. The author, therefore, has the opinion that although Thailand has started to use the provisional release system by means of risk assessment but there are still some parts that can be modified to make it more effective, such as factors used in risk assessment. And if the supervised bail is adapted to the provisional release system that Thailand currently uses together with the amendment of the provisions of the law on the determination of bail to be in the same direction as the United States, which will result in the court unable to detain the accused or the defendant because there is no money or property to be placed according to the amount of bail. The author believes that it will make the law, including the provisional release system of Thailand, to be more efficient and consistent with the presumption of innocence doctrine.

Keywords: provisional release, bail, presumption of innocence

1. บทนำ

ประเทศไทยนั้นประสบกับปัญหาในเรื่องของการปล่อยชั่วคราวมาเป็นระยะเวลายาวนาน แม้ว่าประเทศไทยเองจะเป็นหนึ่งในภาคีสมาชิก ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights หรือ UDHR) รวมไปถึง กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights หรือ ICCPR)¹ โดยทั้งสองฉบับได้บรรจุหลักสำคัญเอาไว้ เช่น หลักสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์ หรือ Presumption of Innocence เช่นใน ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนหรือ UDHR ได้มีบัญญัติไว้ใน ข้อ 11 (1) ความว่า “ทุกคนที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดทางอาญา มีสิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่ามีความผิดตามกฎหมายในการพิจารณาคดีที่เปิดเผย ซึ่งตนได้รับหลักประกันที่จำเป็นทั้งปวงสำหรับการต่อสู้คดี” และในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองหรือ ICCPR มีบัญญัติไว้ใน ข้อ 14.2 ความว่า “บุคคลทุกคนซึ่งต้องหาว่ากระทำความผิดทางอาญา ต้องมีสิทธิได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ตามกฎหมายได้ว่ามีความผิด” ซึ่งประเทศไทยเองก็ได้นำหลักดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในกฎหมายภายในของประเทศ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยปี พ.ศ. 2560 มีบัญญัติไว้ในมาตรา 29 วรรคสอง² ความว่า “ในคดีอาญาให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด และก่อนมีคำพิพากษา อันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้” รวมถึงกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เป็นต้น แต่ในทางปฏิบัติกลับพบว่าการปล่อยชั่วคราวของประเทศไทยนั้น ยังคงไม่สอดคล้องกับหลักสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์ดังกล่าวเท่าที่ควร โดยเฉพาะเมื่อพิจารณาจากสถิติการปล่อยชั่วคราวดังตารางที่จะกล่าวต่อไป อันจะทำให้เห็นได้ว่าการปล่อยชั่วคราวโดยเฉพาะในส่วนของผู้ที่อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลโดยไม่มีหลักประกันนั้นมีจำนวนน้อยมาก

สถิติการปล่อยชั่วคราว ปี พ.ศ. 2560 - 2563³

ปี พ.ศ.	คำร้องขอปล่อยชั่วคราว	คำสั่งอนุญาตปล่อยชั่วคราว	คิดเป็นร้อยละ (%)
ปี 2560	227,687	212,653	93.40
ปี 2561	235,404	214,444	91.10
ปี 2562	217,903	200,713	92.11
ปี 2563	237,875	217,094	91.26

¹ มณฑิร บุญตัน, ‘ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสนธิสัญญาที่ไทยเป็นภาคี’ (เอกสารประกอบการเสวนาทางวิชาการเรื่องสิทธิมนุษยชนศึกษา: สิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนจัดโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน สิทธิเสรีภาพและการคุ้มครองผู้บริโภค วุฒิสภา, 14 มกราคม 2552) 2,13.

² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 29.

³ ‘โฆษกศาลเปิดสถิติปล่อยชั่วคราวนักโทษคดีอาญาย้อนหลัง 4 ปี ส่วนปี 64 จำนวน 18,076 คดี’ (กรุงเทพธุรกิจ, 22 มีนาคม 2564) <<https://www.bangkokbiznews.com/news/928622>> สืบค้นวันที่ 8 ตุลาคม 2564

สถิติการปล่อยชั่วคราวประจำปี พ.ศ. 2562 (ศาลจังหวัดอุทัยธานี)⁴

เดือน	คำร้องขอปล่อยชั่วคราวทั้งหมด	อนุญาต	ไม่อนุญาต	ไม่มีประกัน	มีประกันแต่ไม่มีหลักประกัน	สถิติการขอใช้อุปกรณ์ EM		
						คำขอใช้อุปกรณ์ EM ทั้งหมด	อนุญาต	ไม่อนุญาต
มกราคม	170	160	10	4	4	13	13	-
กุมภาพันธ์	142	129	13	3	-	9	7	2
มีนาคม	163	149	14	5	-	15	14	1
เมษายน	141	130	11	-	2	8	8	-
พฤษภาคม	128	118	10	1	2	7	5	2
มิถุนายน	150	137	13	2	5	7	4	3
กรกฎาคม	164	144	20	2	-	20	14	6
สิงหาคม	163	146	17	3	1	25	21	4
กันยายน	103	94	9	1	-	16	13	3
ตุลาคม	94	84	13	3	-	8	6	2
พฤศจิกายน	92	86	6	1	-	12	10	2
ธันวาคม	118	100	18	-	-	8	7	1
รวม	1,628	1,474	154	25	14	148	122	26
ศาลมีคำสั่งอนุญาตคิดเป็นร้อยละ						90.5		
ศาลมีคำสั่งไม่อนุญาตคิดเป็นร้อยละ						9.5		

2. ปัญหาการปล่อยชั่วคราวโดยไม่มีหลักประกันในประเทศไทย

สำหรับประเทศไทยที่ได้เผชิญกับปัญหาในการปล่อยชั่วคราวดังที่ได้กล่าวข้างต้นนี้ เมื่อนำมาวิเคราะห์ผ่านมุมมองของทฤษฎีทางกฎหมาย แล้วทำให้เห็นได้ว่า ปัญหาในการปล่อยชั่วคราวของประเทศไทยที่ยังคงไม่สอดคล้องกับหลักสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์นั้น เกิดจากหลายสาเหตุ อาทิ การปล่อยชั่วคราวในประเทศไทย โดยเฉพาะการปล่อยชั่วคราวโดยไม่มีหลักประกันนั้นมีจำนวนน้อยมาก ส่วนใหญ่ที่ได้รับการปล่อยชั่วคราวนั้นมักเป็นการปล่อยโดยมีประกันหรือหลักประกันเสียมากกว่า ซึ่งส่วนหนึ่งนั้นมีสาเหตุมาจาก การพิจารณาตัดสินคดีของศาลโดยการอ้างอิง “ยึดถือ” โดยความหมายของ “ยึดถือ” นั้นหมายถึง บัญชีกำกับการใช้ดุลพินิจของ

⁴ โฆษกศาลเปิดสถิติปล่อยชั่วคราวนักโทษคดีอาญาย้อนหลัง 4 ปี ส่วนปี 64 จำนวน 18,076 คดี (กรุงเทพฯธุรกิจ, 22 มีนาคม 2564) <<https://www.bangkokbiznews.com/news/928622>> สืบค้นวันที่ 8 ตุลาคม 2564

ศาลในการพิจารณาหรือพิพากษา ต่าง ๆ เช่นบัญญัติกำหนดโทษทัณฑ์ที่จะใช้เป็นหลักประกันในการขอลปล่อยชั่วคราว รวมไปถึงบัญญัติมาตรฐานกำหนดโทษผู้กระทำความผิดในทางอาญา⁵ ซึ่งการใช้ยี่ตอกนั้นมีข้อดี คือเป็นแนวทางในการกำหนดโทษผู้กระทำความผิด เนื่องจากด้วยดุลพินิจที่เป็นอิสระของผู้พิพากษาแต่ละคนนั้นย่อมทำให้เกิดการกำหนดโทษในคดีประเภทเดียวกันหรือลักษณะเดียวกันแตกต่างกันออกไปได้ โดยเฉพาะความผิดบางประเภทที่กฎหมายกำหนดช่องว่างของการใช้ดุลพินิจไว้ค่อนข้างที่จะกว้าง จนการใช้ดุลพินิจอย่างอิสระของผู้พิพากษานั้น อาจก่อให้เกิดปัญหาตามมาในภายหลัง ดังนั้นยี่ตอกจึงเป็นสิ่งที่ช่วยสร้างบรรทัดฐานให้แก่ผู้พิพากษา เพื่อให้อยู่ในกรอบของความเป็นเอกภาพและไม่ให้ใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจ

อย่างไรก็ตามการพิจารณาหรือพิพากษาโดยการอ้างอิงยี่ตอกนั้นก็มีส่วนที่เป็นข้อเสียเช่นกัน โดยเฉพาะการอ้างอิงยี่ตอกแบบตายตัว เช่น ในคดีลักทรัพย์ ให้ลงโทษจำคุก 6 เดือนเท่ากันหมด ทั้งที่พฤติการณ์ในแต่ละคดีนั้นอาจมีแตกต่างกัน ก็อาจทำให้เกิดผลเสียขึ้นได้เนื่องจากการทำให้การใช้ดุลพินิจอย่างอิสระของผู้พิพากษานั้นถูกทำลาย ส่งผลให้ผู้พิพากษาไม่สามารถปรับโทษที่เหมาะสมให้กับจำเลยแต่ละคนได้⁶ ซึ่งในปัจจุบันนี้พบว่าจะยังมีประเภทของคดีที่ศาลมักไม่อนุญาตให้ปล่อยชั่วคราว รวมไปถึงคดีที่อนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวโดยเรียกประกันหรือต้องมีหลักประกัน เมื่อใช้การพิจารณาจากบัญญัติมาตรฐานกำหนดโทษดังกล่าวจนทำให้เกิดสิ่งที่เรียกว่าคดีนโยบาย อาทิ คดีความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ตัวอย่างเช่นคดีที่ตำรวจจับกุมนางสาว ส. ในความผิดฐานผลิตและมีไว้ครอบครองซึ่งยาเสพติดให้โทษประเภทที่ 5 (กัญชา) โดยไม่ได้รับอนุญาต หลังจากพบกัญชาเพียง 1 ต้นซึ่งมีความสูงเพียง 50 เซนติเมตร เป็นผลทำให้นางสาว ส. ต้องหากู้ยืมเงิน รวมถึงชาวบ้านบางส่วนที่รวบรวมเงินมาช่วยเพื่อใช้ในการขอประกันตัวถึง 100,000 บาท⁷ หรืออีกหนึ่งคดีในลักษณะทำนองเดียวกันคือ คดีของนาย พ. ซึ่งถูกจับกุมในข้อหาลักลอบปลูกกัญชาผิดกฎหมาย พร้อมของกลางคือต้นกัญชาจำนวน 2 ต้น ทำให้ญาติต้องนำเงินมาประกันตัวนาย พ. ออกมา⁸ นอกจากนี้ยังคงมีคดีในความผิดฐานหมิ่นประมาท เช่น ในคดีหมายเลขคดีดำที่ อ.3011/2561 ที่เป็นเรื่องของอดีตคนงานฟาร์มไก่ถูกนายจ้างฟาร์มไก่ฟ้องฐานหมิ่นประมาทโดยการโฆษณาและศาลสั่งอนุญาตให้ประกันตัวโดยต้องวางหลักทรัพย์เป็นเงินถึง 100,000 บาท⁹ เป็นต้น

นอกจากปัญหาในการปล่อยชั่วคราวดังที่เกิดจากการใช้บัญญัติกำกับการใช้ดุลพินิจของศาลหรือ “ยี่ตอก” ดังที่ได้กล่าวข้างต้นนี้ยังพบว่า มีอีกหนึ่งประเด็นปัญหาซึ่งหากพิจารณาแล้วทำให้เห็นได้ว่าจะไม่สอดคล้องกับหลักสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์ หรือ Presumption of Innocence เท่าที่ควรนั้นก็ คือการปล่อยชั่วคราวโดยใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ติดตาม

อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ติดตาม Electronic Monitoring หรือที่รู้จักกันในชื่อ E.M. นั้นเป็นอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ในการควบคุมตัวบุคคล จำกัดการเดินทาง หรือเพื่อใช้ในการสังเกตเฝ้า

⁵ สุรพันธุ์ บุญช่วย, ‘ปัญหาการใช้บัญญัติมาตรฐานกำหนดโทษทางอาญา’ (เอกสารวิชาการส่วนบุคคลในการอบรมหลักสูตร “ผู้พิพากษาศาลชั้นต้น” รุ่นที่ 2 เสนอที่สถาบันข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม, 2547) 7.

⁶ ปกป้อง ศรีสนิท, ‘การมีส่วนร่วมของประชาชนในระบบศาล : การจัดทำและการเปิดเผยยี่ตอกในคดีอาญา’

(The101.world, 20 พฤศจิกายน 2562) <<https://www.the101.world/sentencing-guideline-in-criminal-case/>>

สืบค้นวันที่ 1 สิงหาคม 2564

⁷ ‘สาวเปิดใจหลังโดนจับกัญชา 1 ต้น ชาวบ้านลงขันประกันตัว 1 แสน’ (ข่าวสด, 5 กุมภาพันธ์ 2563)

<https://www.khaosod.co.th/around-thailand/news_3531241> สืบค้นวันที่ 29 สิงหาคม 2564

⁸ ‘ยืนยันต้องฟ้องศาล จับลูกเขยปลูกกัญชา อ้างต้มให้พ่อตากินรักษาโรค’ (ไทยรัฐ, 25 สิงหาคม 2563)

<<https://www.thairath.co.th/news/local/northeast/1918044>> สืบค้นวันที่ 29 สิงหาคม 2564

⁹ คำฟ้องของบริษัทธรรมเกษร ศาลอาญา หมายเลขคดีดำที่ อ3011/2561

ระวัง เพื่อให้เจ้าหน้าที่สามารถติดตามตัวรวมไปถึงความเคลื่อนไหวได้ตลอด 24 ชั่วโมง¹⁰ และได้เริ่มมีการนำมาใช้ในประเทศไทยโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้มีผู้ที่ได้รับการปล่อยชั่วคราวมากยิ่งขึ้น โดยกฎหมายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่มีความเกี่ยวข้องกับ E.M. นั้น เช่น มาตรา 108 วรรคสาม ความว่า

“ในการอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราว เจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจสั่งให้ปล่อยชั่วคราวหรือศาลจะกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับที่อยู่หรือเงื่อนไขอื่นใดให้ผู้ถูกปล่อยชั่วคราวปฏิบัติ หรือในกรณีที่ผู้นั้นยินยอมจะสั่งให้ใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์หรืออุปกรณ์อื่นใดที่สามารถใช้ตรวจสอบหรือจำกัดการเดินทางของผู้ถูกปล่อยชั่วคราวก็ได้ ทั้งนี้ เพื่อป้องกันการหลบหนี หรือภัยอันตราย หรือความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น แต่ถ้าผู้ถูกปล่อยชั่วคราวมีอายุไม่ถึงสิบแปดปีบริบูรณ์ แม้ผู้นั้นยินยอม จะสั่งให้ใช้อุปกรณ์ดังกล่าวได้ต่อเมื่อผู้นั้นมีพฤติการณ์ที่อาจเป็นภัยต่อบุคคลอื่นอย่างร้ายแรง หรือมีเหตุสมควรประการอื่น”¹¹

อย่างไรก็ตามสำหรับประเทศไทยนั้นได้มีการนำอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ไปใช้กับทั้งผู้ที่ศาลได้ตัดสินแล้วว่าได้กระทำความผิดจริงตามฟ้องและผู้ที่อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาล ที่ยังถือได้ว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ตามหลักสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์หรือ Presumption of Innocence จากกรณีดังกล่าวนี้จึงส่งให้เกิดปัญหา เช่น ทำให้ผู้ที่อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาล ซึ่งในท้ายที่สุดนั้นเมื่อศาลมีคำพิพากษาอาจเป็นผู้บริสุทธิ์จริง ๆ ต้องถูกส่งคุมขังตราว่าได้กระทำความผิดไปแล้ว ตามทฤษฎีที่ตราของ แฟรงค์ แทนเนบาม หนึ่งในนักอาชญาวิทยาที่มีชื่อเสียงของโลก¹² โดยจากทฤษฎีดังกล่าวนี้แสดงให้เห็นได้ว่าอาจทำให้ผู้ที่ถูกส่งคุมขังตรานั้นเข้าสู่กระบวนการในการกำหนดตนเองเป็นอาชญากร และยังสร้างความอับอายหรือความเสื่อมเสียให้แก่บุคคลนั้นจนท้ายที่สุดแล้วอาจทำให้ไม่สามารถกลับตัวกลับใจได้จนทำให้มีพฤติกรรมอาชญากรอย่างถาวร¹³ และจากปัญหาดังกล่าวนี้เองที่ทำให้เห็นได้ว่าวิธีการปล่อยชั่วคราวดังกล่าวนี้อาจยังไม่สอดคล้องกับหลักสันนิษฐานไว้ก่อนบริสุทธิ์เท่าที่ควร

นอกจากสภาพของปัญหาดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้ หากได้ทำการพิจารณาถึงการแก้ไขกฎหมายในเรื่องของการปล่อยชั่วคราว เช่นการแก้ไขกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในส่วนของมาตรา 110¹⁴ ที่มีการขยายในส่วนของอัตราโทษจำคุกอย่างสูงห้าปีขึ้นไปต้องมีประกันเป็นอัตราโทษจำคุกอย่างสูงสิบปีขึ้นไปต้องมีประกัน โดยมาตรา 110 บัญญัติว่า

“ในคดีมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินสิบขึ้นไป ผู้ที่ถูกปล่อยชั่วคราวต้องมีประกันและจะมีหลักประกันด้วยหรือไม่ก็ได้

ในคดีอย่างอื่นจะปล่อยชั่วคราวโดยไม่มีประกันเลย หรือมีประกัน หรือมีประกันและหลักประกันด้วยก็ได้ การเรียกประกันหรือหลักประกันตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสองจะเรียกจนเกินควรแก่กรณีมิได้ และต้องคำนึงถึงเงื่อนไขและมาตรการป้องกันต่าง ๆ ที่ได้ใช้กับผู้ถูกปล่อยชั่วคราวประกอบด้วย ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง หรือข้อบังคับของประธานศาลฎีกา แล้วแต่กรณี”

จากการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวข้างต้นนี้ หากพิจารณาประกอบกับเจตจำนงในการแก้ไขกฎหมายตามเหตุผลในการประกาศพระราชบัญญัติแก้ไขกฎหมายฉบับดังกล่าว คือ

¹⁰ สุมณฑิพย์ จิตสว่าง และฐิติยา เพชรมณี, ‘แนวทางการนำอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์(Electronic Monitoring) มาใช้ในการควบคุมตัวผู้กระทำความผิดในประเทศ’ (2559) 2 วารสารสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ 26, 33.

¹¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 108.

¹² Matthew G. Yeager, ‘Frank Tannenbaum: The Making of a Convict Criminologist’ (2011) The Prison Journal 177, 177.

¹³ พรชัย ชันตี, (2549) 15, อ้างถึงใน นิमित ท้าวพานนท์, ‘การพัฒนาแนวทางการป้องกันการกระทำผิดซ้ำของผู้ต้องขังไร้ญาติ’ (วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร หลักสูตรการป้องกันราชอาณาจักร รุ่นที่ 60ประจำปีการศึกษา พุทธศักราช 2560 – 2561) 12.

¹⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 110.

“บทบัญญัติเกี่ยวกับการปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดให้การปล่อยชั่วคราวในคดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินห้าปีขึ้นไปต้องมีประกัน อาจจะเป็นภาระแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลย ทั้งที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีพฤติกรรมจะหลบหนี หรือไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน หรือไปก่อเหตุอันตรายประการอื่น สมควรขยายอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเป็นสิบปีขึ้นไปเพื่อให้โอกาสผู้ต้องหาหรือจำเลยได้รับการปล่อยชั่วคราวมากขึ้นอันจะเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน”

และข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการเรียกประกันหรือหลักประกันในการปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2562¹⁵ ข้อ 4 ความว่า “คดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกิน 10 ปีขึ้นไป การอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราว ต้องมีประกันและจะมีหลักประกันหรือไม่ก็ได้ แต่วงเงินประกันต้องไม่สูงเกินควรแก่กรณี” ทำให้สามารถวิเคราะห์ได้ว่าประเทศไทยนั้นมีแนวโน้มในการพัฒนากฎหมายอันเกี่ยวกับการปล่อยชั่วคราวไปในทิศทางที่ต้องการให้สอดคล้องกับหลักสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์ หรือ Presumption of Innocence มากยิ่งขึ้น ดังที่ได้มีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปี พ.ศ. 2560 ใน มาตรา 29 วรรคสอง รวมไปถึงเรื่องของสิทธิในการประกันตัว และยังเป็นการลดทอนสิทธิเสรีภาพของผู้ถูกกล่าวหาให้น้อยลง

อย่างไรก็ตามหากพิจารณาจากตารางสถิติการปล่อยชั่วคราวดังที่ได้กล่าวไปก่อนหน้านี้ทำให้พบว่าแม้ประเทศไทยจะมีสถิติในการอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวเป็นจำนวนมากถึงประมาณร้อยละ 90 แต่กลับพบว่าผู้ที่ได้รับการปล่อยชั่วคราวโดยไม่มีหลักประกันนั้นมีจำนวนน้อยมาก โดย ณ จุดนี้เองที่ทำให้เห็นได้ว่ายังคงไม่สอดคล้องกับหลักสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์เท่าที่ควร ดังนั้นจากกรณีดังกล่าวนี้ทำให้สามารถวิเคราะห์ได้ว่า การที่ประเทศไทยมีเจตจำนงและแนวโน้มในการแก้ไขกฎหมายไปในทิศทางเพื่อให้สอดคล้องกับหลักสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์มากยิ่งขึ้น แต่ในทางปฏิบัติกลับพบว่า การปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลโดยไม่มีหลักประกันนั้นมีจำนวนน้อยมาก ดังนั้นปัญหาจึงอาจเกิดจากประเทศไทยยังขาดการปรับปรุงแก้ไขและพัฒนาระบบปล่อยชั่วคราว รวมไปถึงการปรับปรุงแก้ไขในส่วนของบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อให้การปล่อยชั่วคราวนั้นมีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับหลักสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์มากยิ่งขึ้น

3. แนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายรวมไปถึงระบบปล่อยชั่วคราวในต่างประเทศ

จากกรณีปัญหาข้างต้นนี้ทำให้ผู้เขียนได้ทำการศึกษาถึงแนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายรวมไปถึงระบบปล่อยชั่วคราวในต่างประเทศ โดยประเทศที่ผู้เขียนได้นำมาศึกษานั้นก็คือ สหรัฐอเมริกา และสหราชอาณาจักร (สกอตแลนด์) เหตุผลที่ผู้เขียนได้เลือกศึกษาแนวความคิดและทฤษฎีทางกฎหมายรวมไปถึงระบบปล่อยชั่วคราวในประเทศดังกล่าวนี้เพราะประเทศดังที่ได้กล่าวมานั้นต่างก็เคยประสบกับปัญหาในเรื่องของการปล่อยชั่วคราวเช่นเดียวกันกับประเทศไทย อีกทั้งทั้งสองประเทศยังมีการนำอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ติดตามหรือ E.M. มาใช้ก่อนประเทศไทย โดยเฉพาะสหรัฐอเมริกาที่นับได้ว่าเป็นต้นแบบของการใช้อุปกรณ์ดังกล่าว นอกจากนี้ ทั้งสองประเทศยังมีกฎหมายรวมไปถึงระบบปล่อยชั่วคราวที่มีประสิทธิภาพและควรค่าแก่การศึกษา

¹⁵ ข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการเรียกประกันหรือหลักประกันในการปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2562

3.1 สหรัฐอเมริกา

จากการที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษากฎหมายรวมไปถึงระบบปล่อยชั่วคราวในสหรัฐอเมริกานั้นพบว่า สหรัฐอเมริกานั้นในอดีตเคยมีการปฏิรูปการปล่อยชั่วคราวครั้งสำคัญ ผลก็คือทำให้เกิดการแก้ไขกฎหมายในเรื่องของการปล่อยชั่วคราว โดยข้อกฎหมายที่สำคัญและมีผลต่อระบบปล่อยชั่วคราวในรูปแบบใหม่นั้นก็คือ D.C. Code §23-1321 (c)(3)¹⁶ ซึ่งมีใจความสำคัญว่า ผู้พิพากษาอาจปล่อยชั่วคราวโดยเรียกประกันเป็นเงินหรือทรัพย์สินได้ตราบเท่าที่จะไม่ส่งผลให้บุคคลต้องถูกขังระหว่างการพิจารณา โดยผลของบทบัญญัติดังกล่าวนี้ทำให้ศาลไม่สามารถฝากขังผู้ต้องหาหรือจำเลยที่ไม่สามารถหาเงินหรือทรัพย์สินมาวางตามจำนวนวงเงินประกันที่ศาลกำหนดได้อีกต่อไป ศาลทำได้เพียงแต่ปรับลดวงเงินประกันลงมาให้อยู่ในจำนวนที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยจะมีกำลังนำมาวางต่อศาลได้ ทำให้ผู้พิพากษาเริ่มสังเกตเห็นว่าการใช้วิธีเรียกหลักประกันนั้นไม่เกิดประโยชน์จึงหันมาเริ่มสนับสนุนข้อมูลด้านการประเมินความเสี่ยงและกำกับดูแลจากสำนักงานปล่อยชั่วคราวของเขตโคลัมเบีย ซึ่งนับเป็นจุดเริ่มต้นของการเริ่มใช้ระบบปล่อยชั่วคราวโดยวิธีการประเมินความเสี่ยง¹⁷

ระบบปล่อยชั่วคราวโดยวิธีการประเมินความเสี่ยงของสหรัฐอเมริกานั้นมีขั้นตอนเริ่มต้นตั้งแต่การรวบรวมและตรวจสอบข้อมูลโดยสำนักงานปล่อยชั่วคราวเพื่อนำไปพิจารณาความเสี่ยง ในขั้นตอนนี้สำนักงานปล่อยชั่วคราวจะทำการรวบรวมและตรวจสอบประวัติของผู้ถูกกล่าวหาเพื่อใช้ในการเสนอต่อศาล โดยศาลจะนำไปพิจารณาอีกครั้งว่าควรปล่อยชั่วคราวบุคคลดังกล่าวหรือไม่ อย่างไร จากนั้นจะเข้าสู่ขั้นตอนการประเมินความเสี่ยงและขอเสนอแนะวิธีการกำกับดูแลหลังปล่อยชั่วคราว ขั้นตอนนี้เจ้าหน้าที่จะนำข้อมูลที่ได้รวบรวมนำมาเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ที่บรรจุปัจจัยที่ใช้ในการประเมินความเสี่ยงต่าง ๆ เอาไว้เพื่อให้คอมพิวเตอร์ทำการประมวลผล ผลการประเมินความเสี่ยงที่ได้จากการประมวลผลนั้นจะสรุปออกมาโดยจำแนกผู้ต้องหาหรือจำเลยว่าอยู่ในระดับความเสี่ยงใด ตั้งแต่ระดับ 1-5 หรือก็คือตั้งแต่ความเสี่ยงต่ำ กลาง สูง สูงมาก สูงอย่างยิ่งตามลำดับ หลังจากนั้นเจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาเพื่อนำข้อมูลดังกล่าวเสนอต่อศาลเพื่อให้ศาลพิจารณาว่าสมควรจะปล่อยชั่วคราวบุคคลดังกล่าวหรือไม่ หรือปล่อยด้วยวิธีการอย่างไร หลังจากนั้นก็จะเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลเป็นลำดับต่อไป¹⁸ ตัวอย่างตารางปัจจัยที่ใช้ในการประเมินความเสี่ยง การให้คะแนน รวมถึงการจัดประเภทความเสี่ยง มีดังต่อไปนี้

¹⁶ D.C. Code §23-1321 (Release prior to trial) (c)(3) – A judicial officer may not impose a financial condition under paragraph (1)(B)(xii) or (xiii) of this subsection to assure the safety of any other person or the community, but may impose such a financial condition to reasonably assure the defendant's presence at all court proceedings that does not result in the preventive detention of the person, except as provided in 23-1322 (b).

¹⁷ มุขเมธิน กลั่นนุรักษ์, ประพิน ประดิษฐากร และธัญญานุช ตันติกุล, 'เงินไม่ใช่คำตอบ(อีกต่อไป) : การปล่อยตัวชั่วคราวที่ไม่ยึดโยงกับฐานะหรือทรัพย์สิน กรณีศึกษาของศาลในระดับท้องถิ่นและระดับสหพันธรัฐ ณ กรุงวอชิงตัน ดี.ซี. ประเทศสหรัฐอเมริกา' (การสัมมนาทางวิชาการเรื่องสู่ยุคใหม่ของการฝากขังและปล่อยชั่วคราว : เปลี่ยนแนวคิด พลิกกระบวน ด้วยวิสัยทัศน์ นวัตกรรม และเทคโนโลยี The Academic Seminar : Pretrial Justice 2.0 : Redefined and Redesigned through Vision, Innovation and Technology, อาคารสถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม, 16 กุมภาพันธ์ 2560) 2-3.

¹⁸ เฟิงอ้าง 4-8.

การให้คะแนนและจัดประเภทความเสี่ยงในชั้นปล่อยชั่วคราวของศาลสหพันธรัฐ¹⁹

ปัจจัยที่เป็นความเสี่ยง	คะแนนความเสี่ยง
1. จำนวนการกระทำความผิดครั้งก่อนที่ไม่ใช่ลหุโทษ	0 ครั้ง = คะแนนความเสี่ยงไม่มี 1 ครั้ง = คะแนนความเสี่ยง 1 – 4 2 ครั้ง = คะแนนความเสี่ยง 5 หรือมากกว่า
2. จำนวนครั้งที่เคยไม่มาศาลหรือเคยหลบหนี	0 ครั้ง = คะแนนความเสี่ยงไม่มี 1 ครั้ง = คะแนนความเสี่ยง 1 – 4 2 ครั้ง = คะแนนความเสี่ยง 5 หรือมากกว่า
3. มีคดีอื่นที่อยู่ในระหว่างพิจารณาหรือไม่	0 คดี = คะแนนความเสี่ยงไม่มี 1 คดี = มีคะแนนความเสี่ยง
4. ประเภทของข้อหาในคดีปัจจุบัน	ลักทรัพย์หรือฉ้อโกง, คดีเกี่ยวกับการใช้กำลังรุนแรงและอื่น ๆ = คะแนนความเสี่ยงไม่มี ยาเสพติด, อาวุธและลักลอบนำคนเข้าเมือง = คะแนนความเสี่ยง 1
5. ความรุนแรงของข้อหา	ลหุโทษ = คะแนนความเสี่ยงไม่มี หนักกว่าลหุโทษ = คะแนนความเสี่ยง 1
6. อายุขณะถูกจับ	อายุ 47 ปีขึ้นไป = คะแนนความเสี่ยงไม่มี อายุ 27-46 ปี = คะแนนความเสี่ยง 1 อายุ 26 ปีหรือน้อยกว่า = คะแนนความเสี่ยง 2
7. การศึกษาขั้นสูงสุด	ปริญญาตรีหรือสูงกว่า = คะแนนความเสี่ยงไม่มี มัธยมปลาย หรือประกาศนียบัตรวิชาชีพ = คะแนนความเสี่ยง 1 ต่ำกว่ามัธยมปลาย = คะแนนความเสี่ยง 2
8. การมีงานทำ	มีงานทำ = คะแนนความเสี่ยงไม่มี ว่างงาน = คะแนนความเสี่ยง 1
9. ที่อยู่อาศัย	เป็นเจ้าของเองหรืออยู่ในระหว่างผ่อนชำระ = คะแนนความเสี่ยงไม่มี เช่าหรืออื่น ๆ รวมถึงไม่มีที่อยู่อาศัย = คะแนนความเสี่ยง 1
10. ปัญหาเกี่ยวกับยาเสพติดในปัจจุบัน	ไม่มี = คะแนนความเสี่ยงไม่มี มี = คะแนนความเสี่ยง 1

¹⁹ Christopher T. Lowenkamp and Jay Whetzel, 'The Development of an Actuarial Risk Assessment Instrument for U. S. Pretrial Services' (Washington, DC: Office of Probation and Pretrial Services, The Administrative Office of the U.S. Courts, 2009) อ้างถึงใน มุขเมธิน กลั่นนุรักษ์, ประพิน ประดิษฐ์กร และธัญญาชุตันติกุล (n 17) 13.

ประเภทความเสี่ยง	รวมคะแนนความเสี่ยง
ประเภทที่ 1	0 – 4
ประเภทที่ 2	5 – 6
ประเภทที่ 3	7 – 8
ประเภทที่ 4	9 – 10
ประเภทที่ 5	11 ขึ้นไป

อย่างไรก็ตามคะแนนความเสี่ยงที่ได้จากการวิเคราะห์ผ่านปัจจัยต่าง ๆ ตามตารางนั้นเป็นเพียงหนึ่งในปัจจัยที่เพิ่มขึ้นเพื่อนำไปใช้ในการประกอบการพิจารณาของศาลในการปล่อยชั่วคราวเท่านั้น ซึ่งยังคงเป็นดุลพินิจของศาลที่จะทำการพิเคราะห์ถึงพฤติการณ์ของจำเลยรวมถึงปัจจัยอื่นในแต่ละกรณีไปว่าสมควรจะปล่อยชั่วคราวไปหรือไม่ อย่างไร

นอกจากระบบปล่อยชั่วคราวโดยวิธีการประเมินความเสี่ยงแล้วนั้น ยังได้มีการนำอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ติดตามหรือ (E.M.) มาใช้ด้วยเช่นกัน อย่างไรก็ตามเนื่องจากสหรัฐอเมริกาเห็นว่าการใช้อุปกรณ์ E.M. นั้นต้องใช้บุคลากรเป็นจำนวนมาก และยังไม่ช่วยป้องกันการหลบหนีแม้ว่าจะมีเจ้าหน้าที่เฝ้าระวังตลอด 24 ชั่วโมงก็ตาม ถึงกระนั้นอุปกรณ์ดังกล่าวยังมีความเหมาะสมที่จะใช้งานเพื่อตรวจสอบหรือจำกัดการเดินทางในบางประการเพื่อป้องกันการก่ออันตรายแก่สังคม ดังนั้นศาลจึงมักมีคำสั่งให้ใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ควบคู่ไปกับการจำกัดการเดินทางบางประการ เช่น ห้ามออกนอกเคหสถานในช่วงเวลาที่กำหนดการกักขังไว้ภายในบ้าน กับผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีความผิดทางเพศโดยผู้เสียหายเป็นเด็ก หรือผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีความผิดที่เกี่ยวกับความรุนแรงในครอบครัว ทั้งนี้เพื่อป้องกันการก่ออันตรายแก่สังคม²⁰ ดังนั้นจึงทำให้เห็นได้ว่าสหรัฐอเมริกานั้นเน้นการใช้ระบบปล่อยชั่วคราวโดยวิธีการประเมินความเสี่ยงเป็นหลักมากกว่าการใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ติดตามหรือ (E.M.) และนอกจากในส่วนของสหรัฐอเมริกาแล้ว ผู้เขียนยังได้ทำการศึกษาในส่วนของกฎหมายและระบบปล่อยชั่วคราวของสหราชอาณาจักร(สกอตแลนด์) อีกหนึ่งประเทศด้วย

²⁰ มุขเมธิน กลั่นนุรักษ์, ประพิน ประดิษฐากร และธัญญา นุช ตันตกุล (n 17) 15.

ตารางการเปรียบเทียบหลักเกณฑ์การใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ (E.M.) ของประเทศไทยและสหรัฐอเมริกา

ประเทศไทย	สหรัฐอเมริกา
<p>หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 108 วรรคสาม มาตรา 110 วรรคสาม และมาตรา 117 วรรคสอง</p> <p>- โดยหลักศาลจะต้องพิจารณาถึงความเสี่ยง 3 ประการ คือ ความเสี่ยงที่จะหลบหนี ความเสี่ยงที่จะไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน และความเสี่ยงที่จะไปก่ออันตรายประการอื่น โดยจะอาศัยเครื่องมือภายใต้โครงการนำร่องระบบประเมินความเสี่ยง สำหรับศาลในโครงการนำร่องระบบประเมินความเสี่ยง</p> <p>- ในกรณีของศาลที่ไม่อยู่ในโครงการนำร่องระบบประเมินความเสี่ยง ศาลก็จะอาศัยข้อมูลจากคำร้องขอปล่อยชั่วคราวและเอกสารในสำนวนในการประเมินความเสี่ยง ตลอดจนความเห็นของพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ ผู้เสียหาย หรือพยาน (ถ้ามี) และอาจให้เจ้าหน้าที่สอบถามข้อมูลเพิ่มเติมจาก ผู้เกี่ยวข้องได้ตามความจำเป็น</p> <p>- ข้อมูลที่ได้จากการประเมินความเสี่ยงนั้นจะถูกนำไปประกอบการพิจารณาว่าสมควรอนุญาตให้ใช้อุปกรณ์ E.M. หรือไม่ หรือใช้ในลักษณะใด²¹</p>	<p>- ศาลสหพันธรัฐส่วนใหญ่จะใช้งานอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์หรือ E.M. เพื่อตรวจสอบหรือจำกัดการเดินทางในบางประการเพื่อป้องกันการก่ออันตรายแก่สังคม เช่นผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีความผิดทางเพศโดยผู้เสียหายเป็นเด็ก หรือผู้ต้องหา หรือจำเลยในคดีความผิดที่เกี่ยวกับความรุนแรงในครอบครัว เป็นต้น ศาลจึงมักมีคำสั่งให้ใช้อุปกรณ์ อิเล็กทรอนิกส์ควบคู่ไปกับการจำกัดการเดินทางบางประการเช่น ห้ามออกนอกเคหสถานในช่วงเวลาที่กำหนด (Curfew) การกักขังไว้ภายในบ้าน เป็นต้น</p> <p>- ศาลชั้นต้นแห่งเขตโคลัมเบีย ในทางปฏิบัติจะมีการนำอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Monitoring) มาใช้เพื่อตรวจสอบหรือจำกัดการเคลื่อนไหวของผู้ต้องหาหรือจำเลยแค่ เพียง 2 กรณีเท่านั้นคือ</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) กรณีที่ศาลมีคำพิพากษาแล้ว และจำเลยต้องถูกควบคุมความประพฤติหรือเป็น กรณีที่ได้รับการปล่อยชั่วคราวจากเรือนจำโดยมีทัณฑ์บน ซึ่งศาลอาจให้ติดอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์เพื่อเป็นหนึ่งวิธีลงโทษในลักษณะที่ก่อให้เกิดตราบาปหรือมลทิน เป็นต้น 2) กรณีที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาคดี ศาลจะนำอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์มาใช้แค่ใน 2 กรณีเท่านั้นคือ <ol style="list-style-type: none"> 2.1 ในคดีความผิดร้ายแรง และได้รับการประเมินแล้วว่าอยู่ในเกณฑ์ความเสี่ยง สูง โดยอาจไม่สูงถึงขั้นที่จะต้องใช้วิธีการคุมขัง โดยศาลอาจปล่อยชั่วคราวโดยกำหนดเงื่อนไข เช่น ห้ามออกนอกบ้านในเวลาที่กำหนด ประกอบกับให้

²¹ คู่มือการปฏิบัติงาน ตาม พ.ร.บ. แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 30) พ.ศ. 2558 การใช้ อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์สำหรับตรวจสอบหรือจำกัด การเดินทางของบุคคลในการปล่อยชั่วคราว (Electronic Monitoring) หน้า 7-8.

ประเทศไทย	สหรัฐอเมริกา
	<p>ติดอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์เพื่อให้สามารถตรวจสอบได้ว่าบุคคลดังกล่าวปฏิบัติตามเงื่อนไข 2.2 ในคดีความรุนแรงในครอบครัวหรือคดีประเภทอื่น ๆ ที่มีความเสี่ยงสูงว่า ผู้ต้องหาหรือจำเลยจะไปทำร้ายพยานหรือผู้เสียหาย ศาลอาจกำหนดเงื่อนไข โดยมีคำสั่งห้ามเข้าใกล้ (Stay-Away-Order) พร้อมกับให้ติดอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์เพื่อให้สามารถติดตามพฤติกรรมการเดินทางได้²²</p>

เหตุที่ไม่ได้ทำการเปรียบเทียบหลักเกณฑ์การใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ (E.M.) ในส่วนของสหราชอาณาจักร(สกอตแลนด์) นั้นเนื่องจากโครงการในการนำอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ (E.M.) มาใช้ในสหราชอาณาจักร(สกอตแลนด์) นั้นไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควร จึงทำให้โครงการดังกล่าวนั้นถูกยกเลิกไป ซึ่งผู้เขียนจะได้ทำการกล่าวถึงในหัวข้อถัดไป

3.2 สหราชอาณาจักร(สกอตแลนด์)

จากการที่ได้ทำการศึกษานั้นพบว่า สหราชอาณาจักร(สกอตแลนด์)นั้นมีการใช้ระบบปล่อยชั่วคราวที่เรียกกันว่าระบบปล่อยชั่วคราวภายใต้การควบคุม (Supervised bail) โดยสาระสำคัญของระบบปล่อยชั่วคราวดังกล่าวนี้คือ การให้เอกชนหรือองค์กรที่ทำหน้าที่สังคมสงเคราะห์รับหน้าที่เป็นเจ้าหน้าที่ปล่อยชั่วคราวโดยมีหน้าที่รวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับผู้ต้องหาหรือจำเลยและประเมินว่าผู้ใดควรได้รับการปล่อยชั่วคราวก่อนจะทำรายงานเสนอศาลต่อไป ซึ่งการทำงานของเจ้าหน้าที่นั้นจะเน้นไปที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยกลุ่มที่มักไม่ได้รับบริการปล่อยชั่วคราวและกลุ่มที่ควรได้รับการช่วยเหลือเป็นพิเศษ เช่น ผู้มีความบกพร่องทางจิต ผู้ติดยาเสพติด สตรีและเยาวชน ตลอดจนพ่อหรือแม่ที่เลี้ยงบุตรเพียงลำพัง เงื่อนไขในการควบคุมความประพฤติที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยต้องทำคือ การมาพบเจ้าหน้าที่ตามสถานที่ เวลา และความถี่ที่กำหนด อย่างไรก็ตามเมื่ออ้างอิงจากงานวิจัยของรัฐบาลสกอตแลนด์ทำให้พบว่าระบบการปล่อยตัวชั่วคราวภายใต้การควบคุมนี้แม้ยังไม่มีการนำไปใช้ทั่วทั้งประเทศ แต่สำหรับผู้ปฏิบัติที่ใช้ระบบดังกล่าวอย่างจริงจังตลอดจนกระทั่งผู้ต้องหาหรือจำเลยเองส่วนใหญ่เห็นด้วยและสนับสนุนระบบดังกล่าว นอกจากนี้ยังพบว่ารัฐประหยัดค่าใช้จ่ายในการดำเนินงานได้มากกว่าการขังผู้ต้องหาหรือจำเลยไว้ระหว่างพิจารณา²³

โดยสรุประบบปล่อยชั่วคราวภายใต้การควบคุมนั้นก็คือ การปล่อยตัวชั่วคราวแบบมีเงื่อนไข เช่น ให้นำรายงานตัวกับเจ้าหน้าที่หรือนายประกัน โดยเฉลี่ย 2 - 3 ครั้งต่อสัปดาห์ซึ่งผู้ที่ได้รับการปล่อยชั่วคราวส่วนใหญ่ทำตาม โดยจากงานวิจัยนั้นพบว่าการใช้ระบบปล่อยชั่วคราวดังกล่าวนี้มีข้อดีคือ ทำให้กลุ่มบุคคลผู้กระทำความผิดที่รอการพิจารณาจากศาลดังกล่าวนี้สามารถใช้ชีวิตปรับตัวและมีความสัมพันธ์ที่ดีในชุมชนได้ เพราะชุมชนนั่นเองจะเป็นสิ่งที่คอยพิทักษ์ หรือก็คือกำกับดูแลบุคคลดังกล่าว นอกจากนั้นยังส่งผลดีแก่ผู้กระทำความผิดคือ ทำให้ผู้กระทำความผิดนั้นห่างไกลจากการกระทำความผิดมากยิ่งขึ้นและจากการทดลองใช้ระบบดังกล่าวนี้พบว่า การปล่อยตัวชั่วคราวภายใต้การควบคุมสามารถป้องกันการละเมิดคำสั่งหรือหนีได้ใน

²² มุขเมธิน กลั่นนุรักษ์, ประพิน ประดิษฐากร และธัญญา นุช ตันติกุล (ก 17) 8.

²³ ธัญญา นุช ตันติกุล, 'อิสรภาพราคาแพงสำหรับคนจน: การปล่อยชั่วคราว สภาพปัญหาและหนทางแก้ไข' (2557) 61 ดุลพาท 151 และ (2558) 62 ดุลพาท 168, 30-31.

ระดับหนึ่งเนื่องจากการได้มีความสัมพันธ์อันดีกับนายประกันและชุมชน²⁴ และเมื่อได้ทำการวิเคราะห์ประกอบ ตารางสถิติอาชญากรรมและการกระทำความผิด ทำให้พบว่าการใช้ระบบปล่อยชั่วคราวดังกล่าวนี้ มีผลทำให้ สถิติอาชญากรรมและการกระทำความผิดนั้นลดลงอย่างมีนัยสำคัญ

ตารางสถิติอาชญากรรมและการกระทำความผิด ในช่วงปี ค.ศ. 2013 – 2020²⁵

ช่วงระยะเวลา (ปี ค.ศ.)	Total offences	Total Crimes
2013-2014	501,281	270,397
2014-2015	379,498	256,350
2015-2016	339,193	246,243
2016-2017	288,691	238,921
2017-2018	264,027	244,504
2018-2019	247,791	246,480
2019-2020	250,662	246,516

นอกจากนั้นสหราชอาณาจักร(สกอตแลนด์) ยังมีบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปล่อยชั่วคราว เช่น Criminal Procedure (Scotland) Act 1995 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งได้มีการบัญญัติหลักกฎหมายสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการปล่อยชั่วคราวเอาไว้ เช่น มาตรา 23 บี ซึ่งได้วางหลักเอาไว้ว่า สำหรับความผิดอาญาทั่ว ๆ ไปนั้นจะถือหลักว่าต้องอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวเป็นหลัก เว้นแต่จะมีเหตุอันสมควรเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งคำว่าประโยชน์สาธารณะนั้นได้มีการให้คำนิยามออกไปอีกว่า หมายความว่ารวมถึง ความปลอดภัยของสาธารณะด้วย อย่างไรก็ตามความผิดบางประเภทนั้นอาจไม่ได้อยู่ตามหลักพื้นฐานดังกล่าว อาทิเช่น มาตรา 23 ดี ซึ่งได้วางหลักเอาไว้ว่าผู้ถูกกล่าวหาไม่มีสิทธิที่จะได้รับอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวเว้นแต่มีพฤติการณ์พิเศษอย่างยิ่งยวด ซึ่งตามมาตราดังกล่าวนี้ กรณีนี้อาจเป็น กรณีสืบเนื่องมาจากความผิดที่ใช้ความรุนแรงหรือกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ และเคยมีประวัติถูกพิพากษาลงโทษหรือถูกฟ้องในความผิดที่ใช้ความรุนแรงหรือความผิดเกี่ยวกับเพศมาก่อน กรณีสืบเนื่องมาจากความผิดที่ใช้ความรุนแรงหรือความผิดเกี่ยวกับเพศมาก่อน กรณีสืบเนื่องมาจากความผิดที่ใช้ความรุนแรงหรือความผิดเกี่ยวกับเพศมาก่อน กรณีสืบเนื่องมาจากความผิดที่ใช้ความรุนแรงหรือความผิดเกี่ยวกับเพศมาก่อน เป็นต้น²⁶

อีกทั้งในส่วนการปล่อยชั่วคราวโดยใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์เพื่อจำกัดหรือตรวจสอบการเดินทางนั้น แต่เดิมก็เคยมีบัญญัติไว้ในมาตรา 24 เอ ถึง 24 อี โดยในปี ค.ศ. 2005 ที่รัฐบาลได้มีการริเริ่มโครงการในการนำ E.M. มาใช้ในการปล่อยชั่วคราว โดยมีการแก้ไข Criminal Procedure (Scotland) Act 1995 โดย The Criminal Procedure (Amendment) (Scotland) Act 2004 แต่ในเวลาต่อมานั้นก็ได้มีบทบัญญัติยกเลิกกฎหมายที่ให้อำนาจศาลในการกำหนดให้ E.M. เป็นเงื่อนไขในการปล่อยชั่วคราวตาม The Criminal Justice and Licensing (Scotland) Act 2010 อันเนื่องมาจากการประเมินผลนั้นไม่เป็นที่น่าพอใจ เพราะมาตรการดังกล่าวนี้ไม่ได้ลดจำนวนของผู้ถูกคุมขังก่อนและระหว่างการพิจารณาคดี อีกทั้งยังไม่เป็นการสร้างความปลอดภัยต่อสาธารณะมากขึ้นกว่าการกำหนดเงื่อนไขการปล่อยชั่วคราวอื่น ๆ ²⁷

²⁴ Carole Wilson and Joe Perman, 'Supervised Bail in Scotland: Research on Use and Impact' (Edinburgh: Scottish Government Social Research 2012) 2.

²⁵ Scottish Government, Record Crime in Scotland 2019-2020, 2020

<<https://www.gov.scot/publications/recorded-crime-scotland-2019-2020/>> accessed 1 August 2021

²⁶ ศุภกิจ แยมประชา, 'เปรียบเทียบหลักเกณฑ์การปล่อยชั่วคราวโดยศาลตามกฎหมายสกอตแลนด์และกฎหมายไทย'(2561) 65 ดุลพาห 131, 132.

²⁷ เฟิงอ้าง 137.

3.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายอันเกี่ยวกับการปล่อยชั่วคราวและระบบปล่อยชั่วคราวของประเทศไทย สหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักร (สกอตแลนด์)

แม้ว่าในปัจจุบันนี้บทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องของการปล่อยชั่วคราวในประเทศไทยนั้นจะได้มีการนำอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ติดตามมาปรับใช้กับกรณีของผู้ที่ถูกฝากขังอยู่ในเรือนจำรวมไปถึงผู้ที่ขอปล่อยชั่วคราวต่อศาลแต่ไม่มีทุนทรัพย์เพียงพอ ซึ่งการใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวนี้ นอกจากจะแสดงให้เห็นถึงการเคารพต่อหลักสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์ Presumption of Innocence การเคารพในเรื่องของสิทธิเสรีภาพรวมไปถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แล้ว การใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์นั้นยังทำให้สามารถควบคุมตัวผู้ถูกกล่าวหาซึ่งนับว่าเป็นหลักประกันของรัฐ ในกรณีที่จะต้องมีการพิจารณาคดีบนชั้นศาลโดยยังคงทำให้การดำเนินคดีอาญานั้นสามารถดำเนินต่อไปได้อย่างมีประสิทธิภาพและรวดเร็ว ซึ่งสอดคล้องตามหลักกฎหมายในเรื่องของการควบคุมตัวระหว่างคดีของประเทศไทย นอกจากนี้ยังเป็นการสอดคล้องต่อหลักสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์ หรือ Presumption of Innocence ในที่นี้ก็คือการไม่ปฏิบัติกับผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดโดยวิธีฝากขังในเรือนจำ

ถึงกระนั้นเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกฏหมายของต่างประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา หรือ สหราชอาณาจักร (สกอตแลนด์) แล้วนั้น พบว่า ทั้งสองประเทศนี้ต่างก็มีกฎหมายในส่วนของการควบคุมตัวระหว่างคดีเช่นเดียวกันกับประเทศไทย เช่น ตาม U.S. Code § 3142-Release or Detention of a Defendant Pending Trial²⁸ ของสหรัฐอเมริกา และนอกจากนั้นทั้งสองประเทศยังมีมาตรการในการใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวด้วย แต่ในทางปฏิบัติกลับพบว่าทั้งสองประเทศดังกล่าวไม่ได้ใช้วิธีการดังที่ได้กล่าวมาเท่าที่ควร แต่กลับเลือกที่จะใช้มาตรการทางเลือกในการปล่อยชั่วคราวซึ่งยังคงทำให้สามารถควบคุมตัวของผู้ถูกกล่าวหาได้ แต่ลดทอนสิทธิและเสรีภาพของผู้ถูกกล่าวหาให้น้อยที่สุดและสอดคล้องกับหลักสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์เท่าที่จะทำได้ไปพร้อมกัน

ดังนั้นจึงพอที่จะสรุปได้ว่าสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นอันเกี่ยวกับกฎหมายในการปล่อยชั่วคราวของประเทศไทยนั้นมีหลายประการ อาทิ ระบบปล่อยชั่วคราวที่ยังไม่สอดคล้องกับหลักสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์มากนัก เช่น การปล่อยชั่วคราวโดยการกำหนดหลักประกัน อันก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องของอาชีพประกันตามมา หรือการพิจารณาปล่อยชั่วคราวโดยการอ้างอิงจากบัญชีการใช้จ่ายเงินของศาลหรือยึดถือ ซึ่งส่งผลให้ผู้บริสุทธิ์หลายรายนั้นต้องถูกฝากขังอยู่ในเรือนจำหรืออาจต้องใช้ทรัพย์สินจำนวนมากเพื่อใช้ในการประกันตนเองออกมา รวมถึงการใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ติดตาม หรือ (E.M.) โดยเฉพาะกรณีที่น่ามาใช้กับผู้ที่อยู่ระหว่างการพิจารณาคดีของศาล ซึ่งอาจก่อให้เกิดการตีตราจากสังคมว่าบุคคลดังกล่าวเป็นผู้กระทำความผิดไปแล้วจนอาจทำให้สูญเสียหน้าที่การงานเช่นเดียวกันกับการถูกฝากขังในเรือนจำ

โดยจากกรณีดังกล่าวมานั้นอาจมีสาเหตุมาจากการขาดการปรับปรุงแก้ไขระบบปล่อยชั่วคราวให้มีประสิทธิภาพ กล่าวคือระบบปล่อยชั่วคราวที่ลดทอนสิทธิเสรีภาพของผู้บริสุทธิ์ให้น้อยที่สุด เพื่อให้สอดคล้องกับหลักสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์ให้มากที่สุด โดยที่ยังคงทำให้สังคมนั้นมีความปลอดภัย

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากระบบปล่อยชั่วคราวประกอบกับกฎหมายของทั้งสองประเทศแล้วทำให้พบว่ามีข้อดีมากกว่าข้อเสียหากสามารถนำมาปรับใช้กับบริบทของสังคมไทยได้ โดยทั้งระบบปล่อยชั่วคราวโดยวิธีการประเมินความเสี่ยงของสหรัฐอเมริกาและระบบปล่อยชั่วคราวภายใต้การควบคุมของสหราชอาณาจักร (สกอตแลนด์) มีข้อดีในลักษณะที่คล้ายคลึงกันคือ เป็นวิธีการที่สอดคล้องกับหลักสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์ หรือ Presumption of Innocence เป็นอย่างมากเนื่องจากระบบปล่อยชั่วคราวทั้งสองนั้นจะเน้นวิธีการที่ไม่กระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพรวมไปถึงอิสรภาพของผู้ถูกกล่าวหาจนเกินไป กล่าวคือ ใช้วิธีการที่ทำให้ผู้

²⁸ U.S. Code 3142 (Release or detention of a defendant pending trial)

ถูกกล่าวหาว่าจะไม่ถูกฝากขังอยู่ในเรือนจำอันเป็นการกระทำเสมือนว่าเป็นผู้กระทำความผิด ซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่สอดคล้องกับหลักสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์เท่าที่ควรและยังทำให้ผู้ที่ถูกกล่าวหาว่าไม่ถูกสังคมนิติตราว่าเป็นผู้กระทำความผิดไม่สูญเสียอาชีพการงานรวมถึงสภาพการใช้ชีวิตในสังคมและการใช้ระบบการปล่อยชั่วคราวของทั้งสองประเทศนั้นยังเป็นการลดความเหลื่อมล้ำทางฐานะได้อย่างมีประสิทธิภาพเนื่องจากไม่มีเรื่องของทุนทรัพย์ที่จะใช้ในการขอปล่อยชั่วคราวเข้ามาเกี่ยวข้อง

ซึ่งหากพิจารณาถึงการใช้วิธีการประเมินความเสี่ยงตามปัจจัยที่ถูกกำหนดไว้ของสหรัฐอเมริกา ยังทำให้เห็นข้อดีอีกว่าทำให้สามารถขยายขอบเขตในเรื่องของฐานความผิดสำหรับการพิจารณาเพื่อปล่อยชั่วคราวได้ เช่น แม้จะเป็นฐานความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด แต่หากจากการประเมินแล้วพบว่าผู้ถูกกล่าวหาผู้นั้นอยู่ในเกณฑ์ความเสี่ยงที่ต่ำ ก็ทำให้สามารถปล่อยชั่วคราวผู้ถูกกล่าวหาคนดังกล่าวได้ ซึ่งอาจทำให้ปัญหาในส่วนของการใช้ยึดถือในการพิจารณาปล่อยชั่วคราวในประเทศไทยนั้นลดน้อยถอยลง อีกทั้งยังเป็นส่วนทำให้แก้ปัญหาในเรื่องของนักโทษล้นเรือนจำซึ่งเป็นหนึ่งในปัญหาใหญ่สำหรับประเทศไทยอีกด้วยและวิธีการของทั้งสองประเทศนั้นยังมีข้อดีในเรื่องของการช่วยลดค่าใช้จ่ายเป็นอย่างมากในระยะยาวเมื่อเปรียบเทียบกับวิธีการฝากขังในเรือนจำหรือการใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ติดตาม (E.M.) ตามที่ประเทศไทยนั้นได้ใช้อยู่ในปัจจุบัน

อย่างไรก็ตามการนำวิธีการของทั้งสองประเทศดังกล่าวมาปรับใช้กับบริบทของสังคมไทยนั้นยังคงมีข้อเสียอยู่บางประการเนื่องด้วยประเทศไทยนั้นไม่เคยมีการนำวิธีดังที่ได้กล่าวข้างต้นนั้นมาบังคับใช้อย่างจริงจัง ดังนั้นการนำมาปรับใช้เพื่อให้เข้ากับบริบทของสังคมไทยในระยะเริ่มต้นนั้นอาจทำให้เกิดความยุ่งยากและอาจต้องเสียค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมาก ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของการจัดตั้งองค์กรขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ช่วยเหลือหรือแบ่งเบาภาระหน้าที่ของศาลในการประเมินความเสี่ยงรวมถึงค่าใช้จ่ายในการวิเคราะห์หาปัจจัยที่จะนำมาใช้ในการประเมินความเสี่ยงให้เหมาะสมกับบริบทของสังคมไทย อีกทั้งวิธีการปล่อยชั่วคราวดังกล่าวนั้นไม่อาจนำมาใช้กับผู้ถูกกล่าวหาที่ได้กระทำความผิดในฐานความผิดที่ร้ายแรงหรืออุกฉกรรจ์ เช่น ความผิดเกี่ยวกับเพศ หรือความผิดฐานฆ่าผู้อื่น โดยเจตนาได้ เนื่องด้วยเมื่อพิจารณาจากหลักความได้สัดส่วนแล้วนั้นทำให้เห็นว่าหากปล่อยผู้ถูกกล่าวหาคนดังกล่าวกลับคืนเข้าสู่สังคมนั้นอาจทำให้เกิดอันตรายต่อสังคมรวมถึงผลเสียอื่น ๆ มากกว่าการได้ประโยชน์เมื่อเปรียบเทียบกับกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาคนดังกล่าวนั้นต้องถูกลิดรอนสิทธิ เสรีภาพไปบางส่วน เป็นต้น

ดังนั้นจากที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาแนวความคิดและทฤษฎีทางกฎหมายรวมถึงระบบปล่อยชั่วคราวของทั้งสองประเทศทำให้สามารถวิเคราะห์ได้ว่า ยังคงมีกฎหมายรวมถึงระบบปล่อยชั่วคราวที่หากนำมาปรับใช้ โดยการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายและระบบปล่อยชั่วคราวของประเทศไทยนั้น ย่อมจะสามารถทำให้กฎหมายรวมถึงระบบปล่อยชั่วคราวของประเทศไทยนั้นมีประสิทธิภาพและยังสอดคล้องกับสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์มากยิ่งขึ้น

4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

4.1 บทสรุป

จากประเด็นปัญหาในเรื่องของการปล่อยชั่วคราวในคดีอาญาของประเทศไทยนั้น โดยเฉพาะในส่วนของการปล่อยชั่วคราวโดยไม่มีหลักประกัน เมื่อดูจากสถิติการปล่อยชั่วคราวโดยไม่มีหลักประกันแล้วทำให้พบว่ามีจำนวนน้อยมาก ซึ่งสวนทางกับเจตจำนงในการแก้ไขกฎหมายอันเกี่ยวกับการปล่อยชั่วคราวที่ต้องการให้สอดคล้องกับหลักสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์ รวมไปถึงเพื่อทำให้การลิดรอนสิทธิเสรีภาพนั้นลดน้อยลง โดยจากการวิเคราะห์แล้วทำให้พบว่าปัญหาอาจเกิดจากประเทศไทยนั้นยังขาดการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายรวมถึงระบบปล่อยชั่วคราวของประเทศไทยให้มีประสิทธิภาพ หากมีการปรับปรุงแก้ไขทั้งสองส่วนนี้แล้ว อาจทำให้ปัญหาในเรื่องของการใช้บัญชีกำกับการใช้ดุลพินิจของศาลหรือยึดถือ รวมถึงการนำอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ติดตามหรือ E.M. มาใช้กับผู้ที่อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลนั้นลดลง ซึ่งจะส่งผลให้กฎหมาย

และระบบปล่อยชั่วคราวของประเทศไทยมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น โดยมีข้อสังเกตว่าทั้งสองประเทศที่ผู้เขียนได้นำมาทำการศึกษานั้นต่างก็ใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ติดตามหรือ E.M. มาก่อนประเทศไทย แต่ทั้งสองประเทศดังกล่าวข้างต้นต่างก็มีความพยายามในการลดการใช้วิธีการดังกล่าวและหันมาสนับสนุนวิธีการปล่อยชั่วคราวในรูปแบบอื่นที่สอดคล้องกับหลักสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์และมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

4.2 ข้อเสนอแนะ

จากที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาด้านแนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายรวมไปถึงระบบปล่อยชั่วคราวของสหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักร (สกอตแลนด์) พบว่ายังคงมีหลักกฎหมายรวมไปถึงระบบปล่อยชั่วคราวที่ยังสามารถนำมาปรับใช้กับประเทศไทย เพื่อให้กฎหมายและระบบปล่อยชั่วคราวของประเทศไทยมีประสิทธิภาพมากขึ้นได้ เช่น ในส่วนของระบบปล่อยชั่วคราวโดยการประเมินความเสี่ยงของสหรัฐอเมริกา แม้ว่าประเทศไทยนั้นจะได้มีการนำระบบปล่อยชั่วคราวในการประเมินความเสี่ยงมาเริ่มใช้บ้างแล้ว แต่ก็ยังคงไม่เป็นที่แพร่หลายนัก อีกทั้งผู้เขียนเห็นว่ายังคงมีส่วนที่สามารถปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้ระบบปล่อยชั่วคราวดังกล่าวมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นได้ เช่น ในเรื่องของปัจจัยที่ใช้ในการประเมินความเสี่ยง กล่าวคือ กรณีสืบประเมินความเสี่ยงสำหรับผู้ต้องหาหรือจำเลยที่เป็นเด็กหรือเยาวชนที่ได้เริ่มมีการนำมาใช้ในประเทศไทยนั้น ยังสามารถปรับปรุงโดยการเพิ่มปัจจัยในการประเมินความเสี่ยง เช่น ในเรื่องของประวัติการใช้แอลกอฮอล์ ข้อหาในปัจจุบันที่กระทำ ความผิด ความรุนแรงของข้อหา การมีโทรศัพท์ที่ติดต่อดี ถูกจับกุมระหว่างคุมประพฤติ สุขภาพจิต อายุขณะที่ถูกจับกุม สถานะความเป็นพลเมืองหรือความเกี่ยวข้องกับต่างชาติ ประวัติการถูกลงโทษในคดีที่เกี่ยวข้องกับความรุนแรง มีหมายจับที่ยังมีผลใช้บังคับหรือไม่ เป็นต้น นอกจากนี้ยังควรมีการจัดตั้งหน่วยงานเพื่อทำหน้าที่ในการแสวงหาข้อมูลของผู้ถูกกล่าวหา รวมไปถึงจัดทำแบบประเมินที่ประกอบไปด้วยปัจจัยความเสี่ยงในกรณีต่าง ๆ ดังที่ได้กล่าวไปข้างต้นนี้ ซึ่งนอกจากจะเป็นการลดภาระหน้าที่ของศาลแล้วยังทำให้ศาลนั้นได้รับข้อมูลที่จำเป็นอันจะสามารถนำมาวิเคราะห์เพื่อพิจารณาปล่อยชั่วคราวผู้ถูกกล่าวหาได้อย่างมีประสิทธิภาพอีกด้วย

ในส่วนของสหราชอาณาจักร (สกอตแลนด์) นั้น ผู้เขียนเห็นว่าหากนำระบบปล่อยชั่วคราวภายใต้การควบคุมของสหราชอาณาจักร (สกอตแลนด์) มาปรับใช้เข้าด้วยกันนั้นอาจเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการปล่อยชั่วคราวได้มากยิ่งขึ้น กล่าวคือ นอกจากการที่ผู้ถูกกล่าวหาจะได้รับการประเมินความเสี่ยงแล้ว ในบางฐานความผิดหรือในบางกรณีนั้น ศาลอาจกำหนดเงื่อนไขบางประการให้ผู้ถูกกล่าวหาต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขนั้น เช่น อาจให้ผู้ถูกกล่าวหาทำรายงานตัวต่อศาล สถานีตำรวจ หรือตามสถานที่ ภายในเวลา และความถี่ที่กำหนดในเขตพื้นที่ที่ผู้ถูกกล่าวหาอาศัยอยู่เพื่อป้องกันการหลบหนีและยังเป็นการยืนยันความบริสุทธิ์ใจของตัวผู้ถูกกล่าวหาเอง โดยที่อาจให้หน่วยงานเอกชนที่ทำหน้าที่สังคมนาเคราะห์ หรือหน่วยงานของรัฐที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรม เช่น สำนักงานกองทุนยุติธรรมซึ่งมีอยู่ในทุกจังหวัดเข้ามามีส่วนร่วมในการช่วยเหลือ โดยทำหน้าที่เป็นเจ้าหน้าที่ปล่อยชั่วคราว เช่น เป็นผู้รวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับผู้ต้องหาหรือจำเลยและประเมินว่าผู้ใดควรได้รับการปล่อยชั่วคราว ก่อนจะทำรายงานเสนอศาลต่อไป ซึ่งจะช่วยให้ลดภาระค่าใช้จ่ายให้แก่ภาครัฐเป็นอย่างมากนอกจากนั้นวิธีการดังกล่าวนี้ยังทำให้สังคมเกิดความปลอดภัย

อย่างไรก็ตามในส่วนของการปล่อยชั่วคราวภายใต้การควบคุมนั้นผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรต้องนำมาปรับใช้ร่วมกับระบบปล่อยชั่วคราวในรูปแบบอื่นด้วย เนื่องจากบริบทของสังคมไทยนั้นแตกต่างกับสหราชอาณาจักร (สกอตแลนด์) ค่อนข้างมาก เช่น ในเรื่องของจำนวนประชากร ซึ่งประเทศไทยมีจำนวนประชากรมากกว่าสหราชอาณาจักร (สกอตแลนด์) เป็นจำนวนมาก และเมื่อจำนวนประชากรมีมากก็ย่อมส่งผลในเรื่องของปริมาณคดีรวมถึงการก่ออาชญากรรมต่าง ๆ ดังนั้นการนำระบบปล่อยชั่วคราวภายใต้การควบคุมมาใช้เพียงลำพังอาจทำให้ไม่มีประสิทธิภาพเท่ากับประเทศต้นแบบอย่างที่เราควรจะเป็น

นอกจากนั้นผู้เขียนยังมีความคิดเห็นว่าการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายในเรื่องของการปล่อยชั่วคราวในส่วนของการเรียกประกันหรือการกำหนดหลักประกัน ให้เป็นไปในทำนองเดียวกันกับของสหรัฐอเมริกา โดยอาจเพิ่มบทบัญญัติของกฎหมายว่า การเรียกประกันหรือหลักประกันในการขอปล่อยชั่วคราวเป็นเงินหรือทรัพย์สินนั้นสามารถทำได้เพียงเท่าที่จะไม่ทำให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยต้องถูกขังระหว่างการพิจารณา โดยศาลจะต้องพิจารณาถึงฐานะ หน้าที่การงาน รวมถึงทรัพย์สินของบุคคลดังกล่าวจากข้อเสนอแนะในเรื่องของการประเมินความเสี่ยงดังที่กล่าวก่อนหน้าประกอบด้วย ทั้งนี้เพื่อป้องกันการโกหกจากตัวผู้กระทำความผิด ซึ่งผลจากข้อกฎหมายดังกล่าวนี้จะทำให้ศาลไม่สามารถฝากขังผู้ต้องหาหรือจำเลยจากเหตุเพราะไม่สามารถหาเงินหรือทรัพย์สินมาวางตามจำนวนประกันที่กำหนดได้

จากข้อเสนอดังกล่าวข้างต้นนี้ผู้เขียนเชื่อว่าหากได้มีการนำมาปรับใช้กับประเทศไทยแล้วนั้น จะสามารถทำให้บทบัญญัติของกฎหมายรวมไปถึงระบบปล่อยชั่วคราวของประเทศไทยนั้นเปลี่ยนแปลงไปในทิศทางที่ดีมากยิ่งขึ้น กล่าวคือจะสอดคล้องกับหลักสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์ หรือ Presumption of Innocence และมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

คำแนะนำในการส่งบทความเพื่อพิจารณาตีพิมพ์ในวารสารกฎหมายนิติพัฒนา นิต้า คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

1. วัตถุประสงค์

เพื่อสนับสนุนนักศึกษา อาจารย์ ข้าราชการ และนักวิชาการทั่วไปในการนำเสนอและเผยแพร่ผลงานวิชาการทางด้านนิติศาสตร์ รวมถึงศาสตร์อื่นที่เกี่ยวข้อง เช่น กฎหมายกับการพัฒนา สังคมวิทยา กฎหมายนิติเศรษฐศาสตร์ และนิติปรัชญา เป็นต้น

2. กำหนดการตีพิมพ์

วารสารกฎหมายนิติพัฒนา นิต้า เป็นวารสารวิชาการซึ่งตีพิมพ์ผลงานวิชาการ ที่เขียนขึ้นโดยบุคลากรทั้งภายในและภายนอกมหาวิทยาลัย โดยจัดพิมพ์ปีละ 2 ฉบับ ราย 6 เดือน ดังนี้
ฉบับที่ 1/... เดือนมกราคม - มิถุนายน

ฉบับที่ 2/... เดือนกรกฎาคม - ธันวาคม

3. คำแนะนำสำหรับผู้เขียน

1.1 ใช้รูปแบบการเขียนและภาษาที่เหมาะสมกับลักษณะของบทความทางวิชาการอันเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป ไม่มีการคัดลอกผลงานของผู้อื่น และมีการตรวจทานต้นฉบับทั้งในส่วนของรูปแบบการเขียน รูปแบบการอ้างอิง การสะกดคำ และไวยากรณ์แล้วเป็นอย่างดี

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

1.3 องค์ประกอบของบทความต้องมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

1.3.1 ชื่อเรื่อง (Title)

ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 18 พอยต์ ตัวหนา

1.3.2 ชื่อ นามสกุล ผู้เขียน (Author) และสังกัด/หน่วยงาน

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

1.3.3 บทคัดย่อ (Abstract)

ภาษาไทยและภาษาอังกฤษ โดยอธิบายเป็นเรียงความย่อหน้าเดียวที่มีใจความครบถ้วน

อันประกอบด้วย วัตถุประสงค์ ความสำคัญของบทความ และบทสรุป

ชื่อหัวข้อของบทคัดย่อ ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์ ตัวหนา

โดยภาษาไทยใช้คำว่า “บทคัดย่อ” และภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Abstract”

1.3.4 คำสำคัญ (Keyword)

จำนวน 3-5 คำ ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ

ชื่อหัวข้อของคำสำคัญ ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์ ตัวหนา

โดยภาษาไทยใช้คำว่า “คำสำคัญ” และภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Keywords”

1.3.5 บทนำ (Introduction)

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

1.3.6 เนื้อหา ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์

1.3.7 บทสรุป ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์

4. รูปแบบการอ้างอิง (เชิงอรรถ)

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

หนังสือ

ภาษาไทย

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

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

ภาษาอังกฤษ

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

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

บทความ**ภาษาไทย**

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

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

ภาษาอังกฤษ

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

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

บทความจากหนังสือรวบรวมบทความ**ภาษาไทย**

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

สุจิตต์ วงษ์เทศ, 'ประวัติศาสตร์ไทยเป็นส่วนหนึ่งที่แยกไม่ได้ของประวัติศาสตร์สุวรรณภูมิในอาเซียน' ใน พิพัฒน์ กระแจะจันทร์, *ยุคมืดของประวัติศาสตร์ไทย หลังบายน พุทธเถรวาท การเข้ามาของคนไทย* (สำนักพิมพ์มติชน 2559) 123.

ภาษาอังกฤษ

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

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

วิทยานิพนธ์**ภาษาไทย**

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

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

ภาษาอังกฤษ

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

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

เว็บไซต์**ภาษาไทย**

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

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

ภาษาอังกฤษ

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

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

หนังสือพิมพ์**ภาษาไทย**

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

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

ภาษาอังกฤษ

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

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

การอ้างซ้ำ**1. ในกรณีที่ไม่มีเชิงอรรถอื่นมาก่อน**

1.1 สำหรับเอกสารภาษาไทยให้ใช้ เพ็งอ้าง

(ก) กรณีอ้างหน้าเดียวกัน

เพ็งอ้าง

(ข) กรณีหน้าที่อ้างถึงต่างกัน ให้ระบุเลขหน้าไปด้วย

เพ็งอ้าง 33-35.

1.2 สำหรับเอกสารภาษาอังกฤษให้ใช้ ibid

(ก) กรณีอ้างหน้าเดียวกัน

3/ibid

(ข) กรณีหน้าที่อ้างถึงต่างกัน ให้ระบุเลขหน้าไปด้วย

ibid 33-35.

2. กรณีการอ้างอิงที่มีมาก่อนและมีเชิงอรรถมาคั่น

2.1 สำหรับเอกสารภาษาไทยให้ใช้

ชื่อผู้แต่ง/(ก/เชิงอรรถที่อ้างอิงถึง) หน้าที่อ้างอิง

มนตรี เกิดมีมูล (ก 19) 155.

2.2 สำหรับเอกสารภาษาอังกฤษให้ใช้

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

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

5. วิธีการส่งบทความเพื่อตีพิมพ์

ผู้เขียนสามารถส่งบทความผ่านระบบ ThaiJO (Thai Journal Online)

www.tci-thaijo.org/index.php/nitipat/index ในรูปแบบของไฟล์ Word

6. เงื่อนไขการตีพิมพ์

บทความหรือผลงานวิชาการจะต้องไม่เคยได้รับการตีพิมพ์และไม่เคยเผยแพร่ที่ใดมาก่อน และไม่อยู่ระหว่างการเสนอเพื่อพิจารณาตีพิมพ์ในวารสารฉบับอื่น บทความที่จะได้รับการตีพิมพ์ต้องผ่านการประเมินจากผู้ทรงคุณวุฒิจำนวน 3 ท่านที่ตรงตามสาขาวิชา โดยเป็นการประเมินแบบลับในลักษณะ double-blinded ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของบรรณาธิการและกองบรรณาธิการ โดยผลการพิจารณาจากกองบรรณาธิการถือเป็นที่สุด



ใบสั่งซื้อ/สมัครสมาชิกวารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิต้า

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

ขอสั่งซื้อ/สมัครสมาชิกวารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิต้า ดังนี้

- สมัครสมาชิก/ต่ออายุสมาชิกวารสาร (ปีละ 300 บาท/2 ฉบับ) เป็นเงิน.....บาท
- กำหนดเวลา.....ปี
- เริ่มฉบับที่.....เดือน.....พ.ศ.ถึงฉบับที่.....เดือน.....พ.ศ.....
- ซื้อวารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิต้า รวมเป็นเงิน.....บาท
- ฉบับที่ 1 เดือนมกราคม - มิถุนายน 2565 ราคาเล่มละ 150 บาท จำนวน.....เล่ม
- ฉบับที่ 2 เดือนกรกฎาคม - ธันวาคม 2565 ราคาเล่มละ 150 บาท จำนวน.....เล่ม

โดยชำระเงิน:

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

กรุณาแนบเอกสารการโอนเงินและส่งกลับมาที่
 กองบรรณาธิการวารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิต้า
 คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
 เลขที่ 148 ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240
 โทรศัพท์ 0 2727 3662 โทรสาร 0 2374 4731
 E-mail: nitipat_lawjournal@nida.ac.th

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

ลงชื่อ.....
 (.....)
/...../.....

บทความ

นิติสุนทรียศาสตร์: เครื่องมือวิเคราะห์ความยุติธรรม

กัชฌิมพร รอดชินเมือง

Problems regarding the fitness for trial in Thailand: A comparative study with the jurisdiction of England and Wales, and the Netherlands

Yada Dejchai Tianprasit

Non-Fungible Token และการคุ้มครองตามกฎหมายไทย

อรพัทธ์ วงศาโรจน์

การเสริมสร้างบทบาทหน้าที่ของผู้สอบบัญชีและคณะกรรมการตรวจสอบตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535

นเรศร์ เกษะประกร

ปัญหาการปล่อยตัวชั่วคราวในคดีอาญา : ศึกษากรณีการปล่อยตัวชั่วคราวโดยไม่มีหลักประกัน

กฤติยพงษ์ กิตติวัฒนานนท์



กองบรรณาธิการวารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิด้า
คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

148 ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240

Tel: 0 2727 3662

Fax: 0 2374 4731

E-mail: nitipat_lawjournal@nida.ac.th

Website: law.nida.ac.th/journal