

ห้วงยามแห่งความพลิกผัน



I



II



III



IV



V



VI

CMUJSS
CMU Journal of Law and Social Sciences

บทความพิเศษ

ปีที่ 16 ฉบับที่ 1 (มกราคม - มิถุนายน 2560)

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

ISSN 2672 - 9245 (Online)

<https://so01.tci-thaijo.org/index.php/CMUJLSS/index>

CMU Journal of Law and Social Sciences

บรรณาธิการ

ผศ.ดร.นัทธมน คงเจริญ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

กองบรรณาธิการ

ศ.ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

รศ.ดร.ประภาส ปิ่นตบแต่ง

คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รศ.ดิเรก ควรสมาคม

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏเชียงราย

ผศ.ดร.มณฑิชา ภักดีคง

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

ผศ.ดร.ธีทัต ขวีสัจจินดา

คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

ศ.ดร.อรรถจักร์ สัตยานุรักษ์

คณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

รศ.สมชาย ปรีชาศิลป์กุล

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

รศ.ดร.อุษณีย์ เอมศิรินันท์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

รศ.บุญชู ฌ ป้อมเพ็ชร

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

ฝ่ายจัดการ

นายทินกฤต นุตวงศ์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

นางสาววรลักษณ์ นาคเสน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

ออกแบบปก โดย นายณัฐพล ดันโส

วัตถุประสงค์

1. เพื่อให้เป็นวารสารวิชาการโดยเปิดโอกาสให้นักวิชาการ นักวิจัย นักนิติศาสตร์ และผู้สนใจทั่วไปทั้งภายในและภายนอกคณะนิติศาสตร์และมหาวิทยาลัย มีโอกาสได้เผยแพร่ผลงานวิชาการในรูปของบทความวิชาการ
2. เพื่อเป็นการส่งเสริมและสนับสนุนให้เกิดการเผยแพร่ความรู้ทางวิชาการในสาขานิติศาสตร์ที่สัมพันธ์กับความรู้ทางสังคมศาสตร์ให้กว้างขวางมากยิ่งขึ้น ด้วยการจัดพิมพ์เผยแพร่สู่สาธารณชนผู้สนใจทั่วไป

ขอบเขต

CMU Journal of Law and Social Sciences รับผิดชอบบทความวิชาการ และบทปริทัศน์ ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ โดยขอบเขตเนื้อหาทางวิชาการของ CMU Journal of Law and Social Sciences จะครอบคลุมเนื้อหาเกี่ยวกับกฎหมายทุกสาขา เช่น กฎหมายมหาชน กฎหมายเอกชน กฎหมายอาญา กฎหมายระหว่างประเทศ เป็นต้น ซึ่งสัมพันธ์กับความรู้ทางด้านสังคมศาสตร์ในสาขาต่างๆ

กำหนดออกตีพิมพ์เผยแพร่

CMU Journal of Law and Social Sciences เป็นวารสารวิชาการซึ่งตีพิมพ์บทความวิชาการและบทความวิจัยจากบุคคลทั้งภายในและภายนอกมหาวิทยาลัย จัดพิมพ์รายปี ปีละ 2 ฉบับ ฉบับที่ 1 เดือน มกราคม – มิถุนายน ฉบับที่ 2 เดือน กรกฎาคม – ธันวาคม

เจ้าของ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

สำนักงานกองบรรณาธิการ

กองบรรณาธิการ CMU Journal of Law and Social Sciences

239 ถนนห้วยแก้ว ตำบลสุเทพ อำเภอเมือง จังหวัดเชียงใหม่ 50200

โทรศัพท์ 053-942921 โทรสาร 053-942914 E-mail: cmujlss@gmail.com

Website: <https://www.tci-thaijo.org/index.php/CMUJLSS>

การพิจารณาบทความ

กองบรรณาธิการจะทำหน้าที่พิจารณาลักษณะของบทความและจะแจ้งผลการพิจารณาให้ผู้ส่งบทความทราบภายใน 1 เดือน นับตั้งแต่วันที่ได้รับบทความ ทั้งนี้กองบรรณาธิการจะทำหน้าที่ประสานงานกับผู้ส่งบทความในทุกขั้นตอน กองบรรณาธิการจะดำเนินการจัดรูปแบบของบทความให้เป็นระบบเดียวกันทุกบทความก่อนนำเสนอให้ผู้ทรงคุณวุฒิ (peer review) พิจารณา จากนั้นจึงส่งบทความที่ได้รับการพิจารณาในเบื้องต้นให้กับผู้ทรงคุณวุฒิ (peer review) อย่างน้อยจำนวน 2 ท่าน เป็นผู้พิจารณาให้ความเห็นชอบในการตีพิมพ์เผยแพร่บทความ โดยใช้เวลาพิจารณาแต่ละบทความไม่เกิน 3 เดือน ผลการพิจารณาของผู้ทรงคุณวุฒิดังกล่าวถือเป็นสิ้นสุด จากนั้นจึงส่งผลการพิจารณาของผู้ทรงคุณวุฒิให้ผู้ส่งบทความ หากมีการแก้ไขหรือปรับปรุงให้ผู้ส่งบทความแก้ไขและนำเสนอกองบรรณาธิการภายในระยะเวลา 15 วัน นับตั้งแต่วันที่ได้รับผลการพิจารณา กองบรรณาธิการนำบทความที่ผ่านการพิจารณาและแก้ไขแล้ว เข้าสู่กระบวนการเรียบเรียงพิมพ์และการตีพิมพ์ โดยใช้ระยะเวลาดำเนินการประมาณ 1- 2 เดือน ผู้ส่งบทความจะได้รับ “CMU Journal of Law and Social Sciences” จำนวน 2 เล่ม เป็นการตอบแทน ภายใน 1 เดือน นับตั้งแต่ CMU Journal of Law and Social Sciences ได้รับการเผยแพร่

ดัชนีการอ้างอิง

CMU Journal of Law and Social Sciences ปรากฏในฐานข้อมูลศูนย์ดัชนีการอ้างอิงวารสารไทย (Thai Journal Citation Index - TCJ) อยู่กลุ่มที่ 2

ข้อมูลเพิ่มเติม

- บทความทุกเรื่องได้รับการตรวจทางวิชาการโดยผู้ทรงคุณวุฒิจากภายในและภายนอกมหาวิทยาลัย จำนวนอย่างน้อยจำนวน 2 ท่าน ต่อ 1 บทความ โดยเก็บข้อมูลทั้งหมดเป็นความลับและไม่เปิดเผย ชื่อ-นามสกุล รวมถึงหน่วยงานที่สังกัดทั้งของผู้เขียนและผู้ประเมินบทความ
- ความคิดเห็นใดๆ ที่ลงตีพิมพ์ใน CMU Journal of Law and Social Sciences เป็นของผู้เขียน (ความคิดเห็นใดๆ ของผู้เขียน กองบรรณาธิการวารสาร ไม่จำเป็นต้องเห็นด้วย)
- กองบรรณาธิการ CMU Journal of Law and Social Sciences ไม่สงวนสิทธิ์ในการคัดลอกแต่ให้อ้างอิงแหล่งที่มาด้วย

ISSN: 2672-9245 (Online)

CMU Journal of Law and Social Sciences

ปีที่ 16 ฉบับที่ 1

มกราคม - มิถุนายน 2566

สารบัญ

ราชการในพระองค์ตามพระราชอัธยาศัยในสมัยรัชกาลที่ 10	1
..... อนุชา อชิรเสนา	
ปัญหาและอุปสรรคในการคัดเลือกพยานหลักฐานเข้าสู่สำนวนคดีของพนักงานสอบสวน	26
..... สรชา สุเมธวานิชย์	
The Truth and Probability in Thai Defamation Cases	55
..... Alexandre Chitov	
เมื่อโลกร้อนทำหายนุเคราะห์	86
..... รัชลาวัลย์ คำบุญเรือง	
การออกข้อบัญญัติท้องถิ่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกับการจัดการ	118
ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม	
..... เขมชาติ ตันบุญ	
ระเบียบว่าด้วยเคลียร์เฮาส์ของไฟฟ้า: มุมมองต่อการปฏิบัติทางธุรกิจที่เป็นธรรมใน	143
อุตสาหกรรมกีฬาฟุตบอล	
..... ปิติเทพ อยู่ยืนยง	

CMU Journal of Law and Social Sciences

Volume 16 Number 1

January-June 2023

Contents

Royal office at the King's pleasure in the reign of King Rama X. Anucha Achirasena	1
The Problems and Obstacles for Evident Selection of Inspector's Case Files. Sorracha Sumethavanich	26
The Truth and Probability in Thai Defamation Cases. Alexandre Chitov	55
When the Global Warming Challenges the Judiciary. Watchalawalee Kumboonreung	86
The Enacting of the Local Ordinance and the Management of the Natural Resources and its Environment. Khemmachart Tonboon	118
The FIFA Clearing House Regulations: A Perspective on Fair Business Practice in the Football Industry. Pedithep Youyuenyong	143

บทบรรณาธิการ

CMU Journal of Law and Social Sciences ฉบับนี้ใช้ชื่อประจำฉบับว่า
“ห้วงยามแห่งความพลิกผัน”

อันสืบเนื่องมาจากการตระหนักต่อความเปลี่ยนแปลงที่กำลังเกิดขึ้นอย่างรอบด้าน และลึกซึ้ง ความเปลี่ยนแปลงนี้ในด้านหนึ่งอาจมองเห็นได้ในประเด็นทางการเมืองซึ่งได้แสดงให้เห็นประจักษ์ต่อสายตาในห้วงเวลาปัจจุบัน อย่างไรก็ตาม มิติแห่งความเปลี่ยนแปลงในแง่มุมทางกฎหมายก็ยังปรากฏให้เห็นในด้านอื่น ๆ ทั้งในด้านการจัดการสิ่งแวดล้อม กระบวนการยุติธรรม หรือแม้กระทั่งกับอุตสาหกรรมด้านกีฬา แน่นอนว่าความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นอาจมิใช่พัฒนาการที่เดินไปข้างหน้าอย่างเป็นเส้นตรง แต่อาจการวกกลับหรือออกไปจากความคาดหมาย อันทำให้กลายเป็นห้วงยามแห่ง “ความพลิกผัน”

ในท่ามกลางความผันแปรอันไม่แน่นอนนี้ ความพยายามทำความเข้าใจและให้คำอธิบายก็อาจเป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้การเดินไปสู่อนาคตของผู้คนมีความหวังได้มากยิ่งขึ้น

บรรณาธิการ

ราชการในพระองค์ตามพระราชอัธยาศัยในสมัยรัชกาลที่ 10¹
Royal office at the King's pleasure in the reign of King Rama X

อนุชา อชิรเสนา

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2 ถนนพระจันทร์ เขตพระนคร กรุงเทพมหานคร 10200

Anucha Achirasena

Faculty of Law, Thammasat University 2 Phra Chan Road, Phra Nakorn District, Bangkok,
Thailand, 10200

E-mail: achirasena_anucha@hotmail.com

Received: March 10, 2023; Revised: May 21, 2023; Accepted: May 28, 2023

บทคัดย่อ

บทความนี้มุ่งศึกษาถึงพระราชอำนาจในการจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ภายหลังการขึ้นครองราชย์ของพระบาทสมเด็จพระวชิรเกล้าเจ้าอยู่หัว จากการศึกษาพบว่าพระราชอำนาจดังกล่าวตั้งอยู่บนฐานของกฎหมายสามลำดับชั้น ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 และพระราชกฤษฎีกาจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 พระราชอำนาจเช่นนี้มีลักษณะสำคัญสามประการ คือ พระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจได้ตามพระราชอัธยาศัย ส่วนราชการในพระองค์ขึ้นตรงต่อพระมหากษัตริย์ และการแต่งตั้งตลอดจนการให้ข้าราชการในพระองค์พ้นจากตำแหน่งกระทำในรูปของพระบรมราชโองการที่ไม่มีผู้ลงนามรับสนอง ทั้งนี้ ปัญหาสำคัญสามประการที่บทความนี้จะวิเคราะห์ด้วย คือ การตรวจสอบการใช้พระราชอำนาจ สถานะทางกฎหมายของส่วนราชการและ

¹ บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์ในหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ข้าราชการในพระองค์ ตลอดจนความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระบรมราชโองการที่ไม่มีผู้ลงนามรับสนอง

คำสำคัญ: ส่วนราชการในพระองค์, ข้าราชการในพระองค์, พระราชอำนาจ, พระบรมราชโองการ

Abstract

This article studies royal power in royal office organization and personnel administration after the accession of King Rama 10. The legal basis for analysis is drawn from powers accorded by the Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2560 (2017), the Royal Service Administration Act, B.E. 2560 (2017) and the Royal Decree for organization and personnel administration of the Royal Office, B.E. 2560 (2017). The three main characteristics of these powers are that the King exercises such power at his pleasure, the royal office is under direct supervision of the King, and appointment and removal of royal officials is executed by Royal Command without countersignature. Finally, three legal issues analyzed here include examination of the exercise of this power, the legal status of the Royal Office and officials, and constitutionality of the royal command without countersignature.

Keywords: Royal office, Royal officials, Royal prerogative, Royal commands

1. บทนำ

พระบาทสมเด็จพระวชิรเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงขึ้นครองราชย์เป็นพระมหากษัตริย์รัชกาลที่ 10 สืบต่อจากพระราชบิดาของพระองค์ซึ่งเสด็จสวรรคตเมื่อวันที่ 13 ตุลาคม พ.ศ. 2559² หลังการพลัดแผ่นดินได้เกิดความเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์หลายประการ³ หนึ่งในนั้นได้แก่พระราชอำนาจเกี่ยวกับราชการในพระองค์ซึ่งมีความแตกต่างจากรัชสมัยที่เพิ่งผ่านพ้นไป โดยปรากฏความเคลื่อนไหวสำคัญในทางกฎหมายเริ่มจากในวันที่ 6 เมษายน พ.ศ. 2560 ได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 15 ของรัฐธรรมนูญฉบับนี้มีสองวรรค วรรคแรกบัญญัติว่า “การแต่งตั้งและการให้ข้าราชการในพระองค์พ้นจากตำแหน่งให้เป็นไปตามพระราชอัธยาศัย” ซึ่งเป็นการบัญญัติในลักษณะที่ใกล้เคียงกับรัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้บังคับอยู่ก่อนหน้า ส่วนวรรคสองเป็นบทบัญญัติที่เพิ่มเข้ามาใหม่ มีเนื้อความว่า “การจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ ให้เป็นไปตามพระราชอัธยาศัยตามที่บัญญัติไว้ในพระราชกฤษฎีกา”⁴

วันที่ 1 พฤษภาคมปีเดียวกัน ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวระบุเหตุผลในการประกาศใช้ว่าโดยที่สำนักราชเลขาธิการ สำนักพระราชวัง และกรมราชองครักษ์และหน่วยบัญชาการถวายความปลอดภัยรักษาพระองค์ กระทรวงกลาโหม เป็นส่วนราชการที่ปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับราชการในพระองค์และพระราชกรณียกิจขององค์พระมหากษัตริย์และพระบรมวงศานุวงศ์ ซึ่งต้องถวายงานตามโบราณราชประเพณีและพระราชอัธยาศัย การปฏิบัติราชการจึงแตกต่างจากส่วนราชการของฝ่ายบริหารทั่วไป จึงสมควรกำหนดฐานะของส่วนราชการดังกล่าวขึ้นใหม่ ให้เป็นส่วนราชการในพระองค์โดยปฏิบัติราชการขึ้นตรงต่อพระมหากษัตริย์ มีการจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลเป็นการเฉพาะให้เป็นไปตามพระราชอัธยาศัย เพื่อให้การบริหารราชการในพระองค์

² ประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีแห่งชาติ เรื่อง อัญเชิญองค์พระรัชทายาทขึ้นทรงราชย์เป็นพระมหากษัตริย์, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 133 ตอนที่ 102 ก (1 ธันวาคม 2559): 1.

³ สมชาย ปรีชาศิลปกุล, นีคือปณิธานที่หาญมุ่ง: ข้อถกเถียงว่าด้วยสถาบันพระมหากษัตริย์ในองค์กรจัดทำรัฐธรรมนูญของไทย ตั้งแต่ พ.ศ. 2475-2550, (นนทบุรี: ฟาเดียวกัน, 2561), 305-311.

⁴ คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ, ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบประมวลของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, (กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2562), 20-21.

เหมาะสมและสอดคล้องกับภารกิจของราชการในพระองค์ และสอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ⁵

ต่อมา วันที่ 10 พฤษภาคม พ.ศ. 2560 ได้มีการประกาศใช้พระราชกฤษฎีกาจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 หมายเหตุท้ายพระราชกฤษฎีกาฉบับดังกล่าวระบุเหตุผลในการประกาศใช้ว่า โดยที่มาตรา 15 วรรคสองของรัฐธรรมนูญและกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการในพระองค์ บัญญัติให้การจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ให้เป็นไปตามพระราชอัธยาศัยตามที่บัญญัติไว้ในพระราชกฤษฎีกา ประกอบกับมาตรา 12 และมาตรา 183 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติเกี่ยวกับองค์มนตรีไว้ จึงจำเป็นต้องตราพระราชกฤษฎีกานี้⁶

บทความนี้ต้องการศึกษาถึงกระบวนการสร้างฐานทางกฎหมายเพื่อรองรับพระราชอำนาจเกี่ยวกับราชการในพระองค์ในสมัยรัชกาลที่ 10 ลักษณะสำคัญของพระราชอำนาจดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่มีความแตกต่างจากรัชกาลก่อนหน้า รวมถึงการวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายของการใช้พระราชอำนาจเช่นนั้น

2. ฐานทางกฎหมายของราชการในพระองค์

พระราชอำนาจในการจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระวชิรเกล้าเจ้าอยู่หัวนั้น ตั้งอยู่บนฐานของกฎหมายสามลำดับชั้น ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 และพระราชกฤษฎีกาจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560

⁵ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560, *ราชกิจจานุเบกษา* เล่ม 134 ตอนที่ 48 ก (1 พฤษภาคม 2560): 5.

⁶ พระราชกฤษฎีกาจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560, *ราชกิจจานุเบกษา* เล่ม 134 ตอนที่ 51 ก (10 พฤษภาคม 2560): 8.

2.1 การยกร่างมาตรา 15 โดยคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญและข้อสังเกต พระราชทาน

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติถึงพระราชอำนาจในการจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์เอาไว้ในมาตรา 15 โดยมาตรานี้มีสองวรรค วรรคแรกบัญญัติว่า “การแต่งตั้งและการให้ข้าราชการในพระองค์พ้นจากตำแหน่งให้เป็นไปตามพระราชอัธยาศัย” บทบัญญัตินี้ปรากฏครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492⁷ จากนั้นรัฐธรรมนูญฉบับที่มุ่งหมายให้ใช้บังคับเป็นการถาวรซึ่งเกิดขึ้นภายหลังก็รับเอาบทบัญญัติดังกล่าวมาบัญญัติไว้เรื่อยมา⁸

จนกระทั่งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีการเพิ่มบทบัญญัติในวรรคสองว่า “การจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ ให้เป็นไปตามพระราชอัธยาศัยตามที่บัญญัติไว้ในพระราชกฤษฎีกา” มีชัย ฤชุพันธุ์ ประธานคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ กล่าวถึงเรื่องนี้ไว้ว่า

“ตรงนี้อธิบายเพิ่มเติมหนึ่งเพราะว่ามันมีปัญหาในทางปฏิบัติอยู่ค่อนข้างจะมาก คือในเวลาที่เรากล่าวว่า ให้เป็นไปตามพระราชอัธยาศัย ไม่ได้เขียนอะไรไว้มันก็ไปอยู่ภายใต้กฎหมายของ ก.พ. กับระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งพอถึงเวลาเข้ามันก็ไม่สามารถเป็นไปตามพระราชอัธยาศัย คือต้องไปทำกระบวนการตามกฎหมายนั้น ๆ แล้วถึงจะนำความกราบบังคมทูลซึ่งมันทำให้ประดักประเดิดมาก แล้วก็เกิดเป็นปัญหาว่แล้วตกลงที่ว่าให้เป็นไปตามพระราชอัธยาศัยเป็นอย่างไร ถ้าจะให้คนออกก็ต้องไปตั้งกรรมการสอบสวน รัฐมนตรีต้องไปเป็นประธาน อ.ก.พ. อะไรวุ่นวายมาก ผมเคยไปนั่งเป็นประธาน อ.ก.พ. ทีหลังก็ไม่รู้จะทำอย่างไร ก็ต้องถามท่านว่าตกลงท่านจะเอาอย่างไร ซึ่งมันพิเรนทร์ ๆ อยู่”

⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 มาตรา 18

⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495 มาตรา 16 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 มาตรา 17 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 มาตรา 20 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 มาตรา 15 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 15 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 17 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 17

อยากจะเขียนเสียให้มันชัดเสียเลยว่า ให้เขาไปทำกระบวนการอีกต่างหากเลยแล้ว
กัน”⁹

ไม่ปรากฏหลักฐานแน่ชัดว่าการเพิ่มเติมบทบัญญัติในวรรคสองของมาตรา 15 เป็น
ความคิดริเริ่มของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญเองหรือได้รับการประสานจากราชสำนัก แต่เรื่องนี้
อาจจะพออนุมานได้จากบันทึกของมีชัย ฤชุพันธุ์ เกี่ยวกับการร่างรัฐธรรมนูญในหมวด
พระมหากษัตริย์ที่ว่า

“... ในเวลาที่ผ่านมา เมื่อมีการร่างรัฐธรรมนูญผู้ร่างจะหลีกเลี่ยงการแก้ไขเพิ่มเติม
ความในหมวด 2 “พระมหากษัตริย์” อย่างที่สุด นาน ๆ จึงจะมีการแก้ไขเพิ่มเติม
เล็ก ๆ น้อย ๆ แต่การแก้ไขเพิ่มเติมหากจะพึงมีไม่ว่าจะเล็กน้อยเพียงใด จะมีใช้
เกิดจากความคิดขึ้นเองของผู้ร่าง หากแต่เกิดจากการบอกเล่าของท่านราช
เลขาธิการหรือองคมนตรี และเมื่อแก้ไขอย่างไรก็ต้องส่งกลับไปให้ท่านราช
เลขาธิการหรือองคมนตรีได้ตรวจทานดูก่อนว่าตรงตามวัตถุประสงค์หรือไม่”¹⁰

อนึ่ง ในชั้นการยกร่างของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญนั้น เดิมทีมาตรา 15 วรรคหนึ่ง
บัญญัติทำนองเดียวกับรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้าว่า “การแต่งตั้งและการให้ข้าราชการในพระองค์
และสมุหราชองครักษ์พ้นจากตำแหน่งให้เป็นไปตามพระราชอัธยาศัย” แต่หลังจากที่มีการนำร่าง
รัฐธรรมนูญขึ้นพูลเกล้าพูลกระหม่อมถวาย รัชกาลที่ 10 ทรงมีข้อสังเกตให้ตัดคำว่า “สมุหราชของ
ครักษ์” ออกจากมาตรา 15 วรรคหนึ่ง¹¹ ทั้งนี้ เหตุผลที่ทรงมีข้อสังเกตให้ตัดถ้อยคำเช่นนั้นน่าจะ
เป็นเพราะในเวลาต่อไปข้างหน้า สมุหราชองครักษ์จะมีสถานะเป็นข้าราชการในพระองค์ฝ่ายทหาร
ซึ่งเป็นข้าราชการในพระองค์ประเภทหนึ่งอยู่แล้วนั่นเอง¹²

⁹ รายงานการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ, ครั้งที่ 60, 11 มกราคม 2559: จินตนา 2/10-2/11.

¹⁰ มีชัย ฤชุพันธุ์, “บันทึกไว้กันลืม,” ใน *ความในใจของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ 2560*, (กรุงเทพฯ: สำนักงาน
เลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2561), 38-39.

¹¹ โปรดเปรียบเทียบเนื้อหาความในมาตรา 15 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560
กับมาตรา 15 วรรคหนึ่ง ในร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับลงประชามติเมื่อวันที่ 7 สิงหาคม พ.ศ. 2559 ดู ร่าง
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย, สืบค้นเมื่อวันที่ 14 มกราคม 2566
https://cdc.parliament.go.th/draftconstitution2/ewt_dl_link.php?nid=429&filename=index.

¹² อย่างไรก็ดี เหตุผลที่แท้จริงในเรื่องนี้เป็นเช่นไรไม่อาจทราบได้ เนื่องจากผู้เขียนไม่สามารถเข้าถึงเอกสารในเรื่อง
ดังกล่าว โดยคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารเห็นว่า บันทึกการประชุมคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ร่าง

ถึงตรงนี้จะเห็นว่า มาตรา 15 ถูกยกร่างขึ้นในสองช่วงเวลา ช่วงแรกคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญซึ่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติแต่งตั้งขึ้น¹³ เป็นผู้ยกร่างทั้งสองวรรคของมาตรานี้และขณะนั้นยังอยู่ในสมัยรัชกาลที่ 9 ช่วงที่สองเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมตามข้อสังเกตพระราชทานของรัชกาลที่ 10 หลังจากร่างรัฐธรรมนูญผ่านการออกเสียงประชามติแล้วและมีการนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย ซึ่ง วิษณุ เครืองาม บันทึกไว้ว่า

“เมื่อขึ้นรัชกาลใหม่ ร่างรัฐธรรมนูญยังอยู่ที่สำนักราชเลขาธิการ จากการประสานกันผ่านทางสำนักราชเลขาธิการทำให้ทราบว่า มีบทบัญญัติบางมาตราที่ไม่เกี่ยวกับราชการแผ่นดินโดยตรง หากแต่เป็นเรื่องราชการในพระองค์ซึ่งควรปรับแก้เสียก่อนให้เข้ากับกาลสมัยในรัชกาลใหม่ ... เมื่อขึ้นรัชกาลใหม่ก็นับว่าเป็นเหตุใหม่ที่ไม่ได้คาดคิดจึงควรปรับแก้เสียในช่วงนี้ให้เข้ากับราชประเพณีใหม่ดีกว่าจะไปใช้วิธีแก้ไขรัฐธรรมนูญในอนาคต”¹⁴

อนึ่ง บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เห็นว่า การที่ร่างรัฐธรรมนูญผ่านการออกเสียงประชามติแล้วพระมหากษัตริย์พระราชทานข้อสังเกตให้แก้ไขเพิ่มเติมข้อความในร่างรัฐธรรมนูญได้ และนายกรัฐมนตรีได้นำกลับมาแก้ไขให้เป็นไปตามข้อสังเกตพระราชทานนั้น สะท้อนให้เห็นว่าการณ์ของประเทศไทย อำนาจอสถานารัฐธรรมนูญ (Pouvoir constituant) เป็นของพระมหากษัตริย์กับประชาชน¹⁵ ทั้งนี้ ควรบันทึกไว้ด้วยว่า หลังจากที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมร่างรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามข้อสังเกตพระราชทานแล้ว ไม่ได้มีการนำกลับไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติอีกครั้ง

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งเป็นเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขเพิ่มเติมร่างรัฐธรรมนูญฉบับประชามติและตรวจสอบให้เป็นไปตามพระราชปรารภและข้อสังเกตตามที่สำนักราชเลขาธิการแจ้งมานั้น เป็นข้อมูลข่าวสารที่ไม่สามารถเปิดเผยได้ เนื่องจากการเปิดเผยอาจจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อสถาบันพระมหากษัตริย์ ตามมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ดู คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร สาขาสังคม การบริหารราชการแผ่นดินและการบังคับใช้กฎหมาย ที่ สค 39/2566 เรื่อง อุทธรณ์คำสั่งมิให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเกี่ยวกับเอกสารการประชุมคณะกรรมการกฤษฎีกา, สืบค้นเมื่อวันที่ 5 มีนาคม 2566 www.oic.go.th/FILEWEB/CABIWEBSITE/DRAWER01/GENERAL/DATA0041/00041323.PDF.

¹³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 39/1 และ ดู ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 132 ตอนพิเศษ 239 ง (5 ตุลาคม 2558): 1-2.

¹⁴ วิษณุ เครืองาม, *ลงเรือแป๊ะ*, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: มติชน, 2562), 218-219.

¹⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2563*, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ:

2.2 การตราพระราชบัญญัติถวายพระราชอำนาจโดยสภาของคณะรัฐประหาร

นอกจากมาตรา 15 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 แล้ว ฐานทางกฎหมายที่สำคัญประการต่อมาก็คือ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นโดยคำแนะนำและยินยอมของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ อันประกอบไปด้วยสมาชิกจำนวนไม่เกินสองร้อยห้าสิบคนที่พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งจากผู้มีสัญชาติไทยโดยการเกิดและมีอายุไม่ต่ำกว่าสี่สิบปี ตามที่คณะรักษาความสงบแห่งชาติถวายคำแนะนำ¹⁶ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ กฎหมายฉบับนี้จัดทำขึ้นโดยสภาของคณะรัฐประหาร ไม่ใช่สภาที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชน พระราชบัญญัติฉบับนี้จึงมีปัญหาในแง่ความชอบธรรมทางประชาธิปไตย โดยเฉพาะอย่างยิ่งความชอบธรรมในแง่เนื้อหาซึ่งเรียกร้องว่า กฎหมายที่จะสามารถก่อตั้งความชอบธรรมให้แก่ผู้ใช้อำนาจรัฐได้ต้องมีที่มาจากผู้แทนปวงชนเท่านั้น¹⁷

มีข้อสังเกตด้วยว่า กระบวนการจัดทำกฎหมายฉบับดังกล่าวดำเนินไปด้วยความรวดเร็ว และเป็นความลับ โดยคณะรัฐมนตรีซึ่งมี พลเอก ประยุทธ์ จันทร์โอชา เป็นนายกรัฐมนตรี ได้เสนอร่างกฎหมายดังกล่าวไปยังสภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็นเรื่องด่วนเมื่อวันที่ 20 เมษายน พ.ศ. 2560 และวิชญ์ เครืองาม รองนายกรัฐมนตรีในขณะนั้นได้ขอให้พิจารณาเป็นการประชุมลับ ทั้งนี้ ที่ประชุมได้ลงมติในวาระที่หนึ่งรับหลักการ จากนั้นได้มีมติให้พิจารณาในวาระที่สองโดยกรรมาธิการเต็มสภา ไล่เรียงไปตั้งแต่ชื่อร่าง คำปรารภ แล้วพิจารณาเรียงตามลำดับมาตราจนจบร่าง และลงมติในวาระที่สามสมควรประกาศใช้เป็นกฎหมาย ซึ่งเป็นการพิจารณาสามวาระเสร็จสิ้นภายในวันเดียว¹⁸

สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2563), 121-122.

¹⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 6 วรรคหนึ่ง

¹⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: อ่านกฎหมาย, 2564), 344.

¹⁸ บันทึกการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 26/2560 วันที่ 20 เมษายน 2560 หน้า 2, สืบค้นเมื่อวันที่ 28 พฤศจิกายน 2565, https://www.senate.go.th/document/mRecordM/Ext34/34277_0001.PDF?v=221128085601.

2.3 คณะรัฐมนตรีกับการตราพระราชกฤษฎีกาให้เป็นไปตามพระราชประสงค์

โดยทั่วไปพระราชกฤษฎีกาเป็นกฎหมายที่พระมหากษัตริย์อาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ประกอบกับกฎหมายระดับพระราชบัญญัติตราขึ้นใช้บังคับโดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี เพื่อกำหนดกฎเกณฑ์อันเป็นรายละเอียดที่จำเป็นแก่การบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัตินั้น¹⁹ กล่าวให้เห็นภาพก็คือโดยปกติแล้วคณะรัฐมนตรีจะเป็นผู้ริเริ่มจัดทำร่างพระราชกฤษฎีกา จากนั้นจึงนำร่างพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย โดยในการตราพระราชกฤษฎีกานั้น พระมหากษัตริย์ทรงมีอำนาจเฉพาะในทางแบบพิธี ส่วนการกำหนดเนื้อหาในพระราชกฤษฎีกาย่อมเป็นอำนาจของคณะรัฐมนตรี

ว่ากรณีพระราชกฤษฎีกาจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 จะมีลักษณะพิเศษและแตกต่างจากการตราพระราชกฤษฎีกาในกรณีปกติ เนื่องจากมาตรา 15 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติว่า “การจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ ให้เป็นไปตามพระราชอัธยาศัยตามที่บัญญัติไว้ในพระราชกฤษฎีกา” ซึ่งเรื่องนี้มีคำอธิบายของมิชัย ฤชุพันธุ์ บันทึกลงไว้ว่า พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกฤษฎีกานี้โดยลำพังพระองค์ไม่ได้ และพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวยังต้องมีผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการอยู่ อย่างไรก็ตาม คณะรัฐมนตรีไม่ได้เป็นผู้ริเริ่มในการตรา แต่ให้สำนักพระราชวังเป็นผู้เสนอร่างต่อคณะรัฐมนตรี²⁰ การกำหนดเนื้อหาในพระราชกฤษฎีกาเช่นว่านี้จึงเป็นพระราชอำนาจ ขณะที่คณะรัฐมนตรีนั้นมิหน้าที่หรือถูกผูกพันให้ต้องตราพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวให้เป็นไปตามพระราชประสงค์ ซึ่งกระบวนการที่กล่าวมาจะกลับด้านกันเมื่อเทียบกับการตราพระราชกฤษฎีกาในกรณีปกติ²¹

¹⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*, 206.

²⁰ รายงานการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ, ครั้งที่ 60, 11 มกราคม 2559: พหุภาคย์ 3/1.

²¹ อนึ่ง ใน พ.ศ. 2565 ได้มีการประกาศใช้พระราชกฤษฎีกาจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ ฉบับที่ 2 โดยหมายเหตุท้ายพระราชกฤษฎีกาฉบับดังกล่าวระบุชัดเจนว่า “เพื่อให้การแก้ไข เปลี่ยนแปลง และเพิ่มเติมส่วนราชการของสำนักพระราชวัง และหน่วยบัญชาการถวายความปลอดภัยรักษาพระองค์ตามพระราชกฤษฎีกาจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 ให้มีความถูกต้องและเป็นไปตามโครงสร้างที่ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมพระราชทาน” อันเป็นการยืนยันว่า คณะรัฐมนตรีต้องกำหนดเนื้อหาในพระราชกฤษฎีกานี้ให้เป็นไปตามพระราชประสงค์ ดู พระราชกฤษฎีกาจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2565, *ราชกิจจานุเบกษา* เล่ม 139 ตอนที่ 8 ก (26 มกราคม 2565): 3.

3. ลักษณะสำคัญของราชการในพระองค์

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติที่เป็นฐานทางกฎหมายของราชการในพระองค์ ประกอบกับการใช้อำนาจที่เกิดขึ้นในทางความเป็นจริงแล้ว กล่าวได้ว่าราชการในพระองค์ในสมัยรัชกาลที่ 10 มีลักษณะสำคัญสามประการ คือ การจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์เป็นพระราชอำนาจตามพระราชอัธยาศัย ส่วนราชการในพระองค์ขึ้นตรงต่อพระมหากษัตริย์ และการแต่งตั้งตลอดจนการให้ข้าราชการในพระองค์พ้นจากตำแหน่งกระทำในรูปของพระบรมราชโองการที่ไม่มีผู้ลงนามรับสนอง

3.1 การจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคล “ตามพระราชอัธยาศัย”

ลักษณะสำคัญประการแรกของราชการในพระองค์ในสมัยรัชกาลที่ 10 คือ พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลตามพระราชอัธยาศัยซึ่งจะมีการบัญญัติไว้ในพระราชกฤษฎีกา²² สำหรับลักษณะของพระราชอำนาจตามพระราชอัธยาศัยนั้น ในทางตำราอธิบายว่าเป็นพระราชอำนาจที่จะทรงเลือก ทรงแต่งตั้ง ทรงดำเนินการ ทรงมีพระราชบัญชา หรือทรงสมมติโดยไม่จำเป็นต้องมีผู้ใดเสนอหรือกราบบังคมทูล เป็นพระราชอำนาจส่วนพระองค์ในกิจการของพระองค์ตามที่ทรงมีพระราชดำริหรือจะทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ โดยแท้²³

3.2 ส่วนราชการในพระองค์กับการขึ้นตรงต่อพระมหากษัตริย์

ในสมัยรัชกาลที่ 9 หน่วยงานที่เกี่ยวข้องเนื่องกับภารกิจของพระมหากษัตริย์ประกอบด้วย สำนักราชเลขาธิการ สำนักพระราชวัง กรมราชองครักษ์ หน่วยบัญชาการถวายความปลอดภัยรักษาพระองค์ และสำนักงานนายตำรวจราชสำนักประจำ โดยสำนักราชเลขาธิการและสำนักพระราชวังเป็นส่วนราชการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดินซึ่งไม่สังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี กระทรวงหรือทบวง แต่มีฐานะเป็นกรม และอยู่ในบังคับบัญชาของนายกรัฐมนตรี²⁴

²² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 15 วรรคสอง และพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 มาตรา 4 วรรคสอง

²³ วิษณุ เครืองาม, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2530), 377-378.

²⁴ พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 มาตรา 46 วรรคหนึ่ง (1) และ (2) และมาตรา 46 วรรคสอง

ส่วนกรมราชองครักษ์และหน่วยบัญชาการถวายความปลอดภัยรักษาพระองค์นั้นสังกัดอยู่กับกระทรวงกลาโหมตามกฎหมายว่าด้วยการจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม ขณะที่สำนักงานนายตำรวจราชสำนักประจำสังกัดอยู่กับสำนักงานตำรวจแห่งชาติตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งตำรวจแห่งชาติ²⁵

ต่อมาภายหลังเปลี่ยนรัชกาล ได้มีการกำหนดให้ส่วนราชการในพระองค์ประกอบด้วยสำนักงานองคมนตรี สำนักพระราชวัง และหน่วยบัญชาการถวายความปลอดภัยรักษาพระองค์²⁶ โดยโอนสำนักราชเลขาธิการไปอยู่กับสำนักงานองคมนตรีและสำนักพระราชวัง และโอนกรมราชองครักษ์และหน่วยบัญชาการถวายความปลอดภัยรักษาพระองค์ กระทรวงกลาโหม และสำนักงานนายตำรวจราชสำนักประจำ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ ไปอยู่กับหน่วยบัญชาการถวายความปลอดภัยรักษาพระองค์²⁷ โดยปัจจุบันกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าส่วนราชการในพระองค์เหล่านี้ไม่อยู่ในบังคับบัญชาของฝ่ายบริหารอีกต่อไป แต่ให้ขึ้นตรงต่อพระมหากษัตริย์²⁸

อนึ่ง ในเวลาต่อมาได้มีการตราพระราชกำหนดให้โอนบรรดาอัตรากำลังพลและงบประมาณบางส่วนของกองทัพบก กองทัพไทย กระทรวงกลาโหม ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับกรมทหารราบที่ 1 มหาดเล็กราชวัลลภรักษาพระองค์ และกรมทหารราบที่ 11 มหาดเล็กราชวัลลภรักษาพระองค์ ตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมประกาศกำหนด ไปเป็นของหน่วยบัญชาการถวายความปลอดภัยรักษาพระองค์ ซึ่งเป็นส่วนราชการในพระองค์ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดระเบียบบริหารราชการในพระองค์ด้วย โดยหมายเหตุท้ายพระราชกำหนดฉบับนี้ระบุเหตุผลในการประกาศใช้ว่า เพื่อสนับสนุนภารกิจของส่วนราชการในพระองค์ในการปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการถวายอารักขาและถวายพระเกียรติ และการรักษาความปลอดภัยองค์พระมหากษัตริย์ พระราชินี พระรัชทายาท ผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์

²⁵ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 มาตรา 7

²⁶ พระราชกฤษฎีกาจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 มาตรา 3 วรรคหนึ่ง

²⁷ ประกาศส่วนราชการในพระองค์ เรื่อง การโอนกิจการ อำนาจหน้าที่ ทรัพย์สิน สิทธิ หนี้สิน ภาระผูกพัน เงิน งบประมาณ อัตรากำลัง หรือตำแหน่งและอัตราเงินเดือน รวมทั้งข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง และผู้ปฏิบัติงานอื่น ของส่วนราชการต่าง ๆ ไปเป็นของส่วนราชการในพระองค์, *ราชกิจจานุเบกษา* เล่ม 134 ตอนพิเศษ 195 ง (31 กรกฎาคม 2560): 23-24.

²⁸ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 มาตรา 4 วรรคสาม และมาตรา 6 (1) และพระราชกฤษฎีกาจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 มาตรา 3 วรรคสอง

พระบรมวงศานุวงศ์ ผู้แทนพระองค์และพระราชอาคันตุกะ รวมทั้งให้การปฏิบัติภารกิจทั้งปวงตามพระราชอัธยาศัยและตามพระราชประเพณีเป็นไปด้วยความเรียบร้อย รวดเร็ว ทันต่อสถานการณ์ และเกิดความปลอดภัยสูงสุด จึงเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ จึงจำเป็นต้องตราพระราชกำหนดนี้²⁹

3.3 พระบรมราชโองการแต่งตั้งและให้ข้าราชการในพระองค์พ้นจากตำแหน่งที่ไม่มีผู้รับสนอง

ข้าราชการในพระองค์ในสมัยรัชกาลที่ 10 ประกอบด้วยข้าราชการทั้งสิ้น 4 ประเภท ได้แก่ องคมนตรี ข้าราชการในพระองค์ฝ่ายพลเรือน ข้าราชการในพระองค์ฝ่ายทหาร และข้าราชการในพระองค์ฝ่ายตำรวจ³⁰ จากการตรวจสอบการแต่งตั้งและการให้ข้าราชการในพระองค์พ้นจากตำแหน่งที่เกิดขึ้นในทางความเป็นจริงพบว่าการดำเนินการในรูปของพระบรมราชโองการที่ไม่มีผู้ลงนามรับสนอง³¹ กล่าวได้ว่าสิ่งนี้ได้กลายเป็นความปกติใหม่ภายหลังการเปลี่ยนรัชสมัย³² และเป็นความแตกต่างอย่างสำคัญเมื่อเปรียบเทียบกับในสมัยรัชกาลที่ 9 ทั้งนี้ เนื่องจากพระบรมราชโองการที่ไม่มีผู้ลงนามรับสนองซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยลำพังพระองค์นั้นเป็นกรณีที่ทำให้ยากยิ่งในรัชกาลก่อน³³ และทั้งที่รัฐธรรมนูญในห้วงเวลาดังกล่าวก็บัญญัติให้การแต่งตั้งตลอดจนการให้

²⁹ พระราชกำหนดโอนอัตรากำลังพลและงบประมาณบางส่วนของกองทัพบก กองทัพอากาศ กองทัพไทย กระทรวงกลาโหม ไปเป็นของหน่วยบัญชาการถวายความปลอดภัยรักษาพระองค์ ซึ่งเป็นส่วนราชการในพระองค์ พ.ศ. 2562, *ราชกิจจานุเบกษา* เล่ม 136 ตอนที่ 103 ก (30 กันยายน 2562): 1-3.

³⁰ พระราชกฤษฎีกาจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 มาตรา 10 บรรทัดหนึ่ง

³¹ ตัวอย่าง พระราชโองการ ประกาศ แต่งตั้งข้าราชการในพระองค์, *ราชกิจจานุเบกษา* เล่ม 134 ตอนพิเศษ 150 ง (6 มิถุนายน 2560): 1-2. และพระบรมราชโองการ ประกาศ เรื่อง ให้ข้าราชการในพระองค์ฝ่ายทหารพ้นจากตำแหน่ง ถอดฐานันดรศักดิ์ และยศทหาร ตลอดจนเรียกคืนเครื่องราชอิสริยาภรณ์ทุกชั้นตรา, *ราชกิจจานุเบกษา* เล่ม 136 ตอนที่ 55 ข (21 ตุลาคม 2562): 1-2.

³² มีผู้สังเกตเห็นปรากฏการณ์นี้และได้พยายามรวบรวมตลอดจนจำแนกการใช้พระราชอำนาจที่ไม่มีผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการภายหลังการเปลี่ยนรัชกาล ดู ทีมข่าวการเมือง, “112 ฉบับ ที่ไม่มี ‘ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ’: ตั้งแต่ปลดทหาร-ข้าราชการในพระองค์ สมณศักดิ์พระ จัดการทรัพย์สิน จนถึงการเมือง,” ประชาไท, สืบค้นเมื่อ 13 มกราคม 2566, <https://prachatai.com/journal/2021/09/95103>.

³³ พระบรมราชโองการที่ไม่มีผู้ลงนามรับสนองในสมัยรัชกาลที่ 9 เท่าที่ผู้เขียนค้นพบมีเพียงสองกรณี คือ พระบรมราชโองการตั้ง จอมพล สฤษดิ์ ธนะรัชต์ เป็นผู้รักษาพระนครฝ่ายทหาร เมื่อ พ.ศ. 2500 และพระบรมราชโองการแต่งตั้ง พลเอก

ข้าราชการในพระองค์พ้นจากตำแหน่งเป็นไปตามพระราชอัธยาศัยเช่นกัน แต่การดำเนินการในเรื่องนี้ได้มีการทำในรูปของประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี ซึ่งมีนายกรัฐมนตรีเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ³⁴

4. ปัญหาทางกฎหมายของราชการในพระองค์

ราชการในพระองค์ในสมัยรัชกาลที่ 10 มีปัญหาทางกฎหมายที่สำคัญสามประการ ได้แก่ ปัญหาเกี่ยวกับการตรวจสอบการใช้พระราชอำนาจ ปัญหาว่าด้วยสถานะของส่วนราชการและข้าราชการในพระองค์ และปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระบรมราชโองการที่ไม่มีผู้ลงนามรับสนอง

4.1 ปัญหาเกี่ยวกับการตรวจสอบการใช้พระราชอำนาจ

การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้การจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์เป็นไปตามพระราชอัธยาศัย แต่ขณะเดียวกันก็บัญญัติว่าผู้ใดจะกล่าวหาหรือฟ้องร้องพระมหากษัตริย์ในทางใด ๆ มิได้³⁵ ส่งผลให้การใช้พระราชอำนาจในกรณีนี้ปลอดจากความรับผิดชอบทางกฎหมาย ทั้งที่มีความเป็นไปได้ว่าการใช้พระราชอำนาจนั้นอาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล เช่น กรณีการให้ข้าราชการในพระองค์พ้นจากตำแหน่ง แต่ก็ไม่อาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้พระราชอำนาจเช่นนั้นได้ อันเป็นปัญหาในแง่นิติรัฐ เนื่องจากการแยกราชการในพระองค์ออกจากระบบราชการปกติ และให้พระมหากษัตริย์ทรงวินิจฉัยสั่งการตามพระราชอัธยาศัย ทำให้การใช้พระราชอำนาจนี้ไม่อยู่ภายใต้ระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจตาม

สุนทร คงสมพงษ์ เป็นหัวหน้าคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ เมื่อ พ.ศ. 2534 ดู *ราชกิจจานุเบกษา* ฉบับพิเศษ เล่ม 74 ตอนที่ 76 (16 กันยายน 2500): 1. และ *ราชกิจจานุเบกษา* ฉบับพิเศษ เล่ม 108 ตอนที่ 36 (26 กุมภาพันธ์ 2534): 1.

³⁴ ตัวอย่าง ประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง แต่งตั้งข้าราชการพลเรือนในพระองค์, *ราชกิจจานุเบกษา* เล่ม 134 ตอนพิเศษ 23 ง (22 มกราคม 2560): 24. และประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง ให้ข้าราชการพลเรือนในพระองค์พ้นจากตำแหน่ง, *ราชกิจจานุเบกษา* เล่ม 133 ตอนพิเศษ 25 ง (28 มกราคม 2559): 1.

³⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 6 วรรคสอง

หลักการแบ่งแยกอำนาจ และผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการใช้พระราชอำนาจไม่ว่าจะใช้สิทธิทางศาลให้มีการทบทวนการใช้พระราชอำนาจนั้นได้³⁶

นอกจากนี้ ยังมีปัญหาดังกล่าวพระราชกฤษฎีกาจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ มีสถานะเป็น “กฎ” ที่จะอยู่ภายใต้การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครองหรือไม่³⁷ เนื่องจากพระราชกฤษฎีกานี้ไม่ใช่กรณีที่คณะรัฐมนตรีถวายคำแนะนำให้พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นใช้บังคับ แต่คณะรัฐมนตรีมีหน้าที่หรือถูกผูกพันให้ต้องตราให้เป็นไปตามพระราชประสงค์ ทั้งนี้ มีผู้เห็นว่าพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญมอบให้พระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจโดยไม่ต้องมีผู้เสนอแนะ ซึ่งถือเป็นการกระทำในฐานะประมุขของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาล จึงไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาล³⁸

4.2 ปัญหาว่าด้วยสถานะทางกฎหมายของส่วนราชการและข้าราชการในพระองค์

ส่วนราชการในพระองค์ทั้งสำนักงานองคมนตรี สำนักพระราชวัง และหน่วยบัญชาการถวายความปลอดภัยรักษาพระองค์มีฐานะเป็นนิติบุคคล มีวัตถุประสงค์เพื่อปฏิบัติการกิจราชการในพระองค์ถวายองค์พระมหากษัตริย์และพระบรมวงศานุวงศ์ตามพระราชอัธยาศัยขึ้นตรงต่อพระมหากษัตริย์³⁹ ปัจจุบันในทางตำรามีความเห็นไปในทางเดียวกันว่า ส่วนราชการในพระองค์เหล่านี้ไม่ใช่นิติบุคคลเอกชน แต่มีฐานะเป็นนิติบุคคลมหาชน⁴⁰ อย่างไรก็ตาม การที่กฎหมายบัญญัติ

³⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, 34-35, 93-94, 277, 285.

³⁷ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 ได้ให้นิยามของ “กฎ” ไว้ว่า หมายถึง “พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ”

³⁸ สิทธิกร ศักดิ์แสง และ อภิรตี กิตติสิทธิ, ปัญหาสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมายภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560: กรณีศึกษาพระราชกฤษฎีกา, (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2563), 184-185, 259-260.

³⁹ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 มาตรา 4 วรรคสี่ ประกอบพระราชกฤษฎีกาจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 มาตรา 3 วรรคสอง

⁴⁰ ชาญชัย แสงศักดิ์, รัฐและนิติบุคคลมหาชน, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561), 343-344. และวรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, 94.

ให้ส่วนราชการในพระองค์ “ไม่เป็นหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายอื่นใด”⁴¹ ส่งผลให้ส่วนราชการในพระองค์ไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายสำคัญหลายฉบับ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน⁴² และกฎหมายว่าด้วยข้อมูลข่าวสารของราชการ⁴³

นอกจากนี้ ยังมีปัญหาต้องพิจารณาในแง่ความสัมพันธ์ระหว่างส่วนราชการในพระองค์กับส่วนราชการและหน่วยงานอื่นของรัฐ เนื่องจากกฎหมายบัญญัติว่า ส่วนราชการในพระองค์ “ไม่” เป็นส่วนราชการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน⁴⁴ จึงไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของฝ่ายบริหาร แต่ขณะเดียวกันกฎหมายก็บัญญัติให้ส่วนราชการและหน่วยงานของรัฐมีหน้าที่สนับสนุนภารกิจของส่วนราชการในพระองค์ตามที่ได้รับแจ้งจากส่วนราชการในพระองค์ด้วย⁴⁵ ยิ่งไปกว่านั้น กฎหมายได้กำหนดให้คณะรัฐมนตรีจัดสรรเงินอุดหนุนให้แก่ส่วนราชการในพระองค์เพื่อปฏิบัติการกิจด้านต่าง ๆ⁴⁶ ซึ่งน่าคิดอยู่ว่า คณะรัฐมนตรีจะมีดุลพินิจมากน้อยเพียงใดในการพิจารณาจัดสรรงบประมาณให้แก่ส่วนราชการในพระองค์ รวมถึงส่วนราชการและหน่วยงานอื่นของรัฐจะมีอำนาจตัดสินใจหรือไม่เพียงใดในการสนับสนุนภารกิจของส่วนราชการในพระองค์⁴⁷

⁴¹ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 มาตรา 4 วรรคสาม

⁴² ส่วนราชการในพระองค์ไม่อยู่ภายใต้นิยามของ “หน่วยรับตรวจ” ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561

⁴³ ในอดีตสำนักพระราชวังมีฐานะเป็นหน่วยงานของรัฐตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ดู ระเบียบสำนักพระราชวังว่าด้วยข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2541, *ราชกิจจานุเบกษา* เล่ม 125 ตอนพิเศษ 186 ง (8 ธันวาคม 2551): 1-5.

⁴⁴ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 มาตรา 4 วรรคสาม

⁴⁵ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 มาตรา 5 วรรคห้า

⁴⁶ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 มาตรา 5 วรรคหนึ่ง

⁴⁷ กรณีศึกษาที่น่าสนใจ ได้แก่ การแต่งตั้งคณะกรรมการโครงการราชทัณฑ์ปันสุข ทำความ ดี เพื่อชาติ ศาสน์ กษัตริย์ โดยคณะกรรมการชุดนี้ไม่ได้มีเพียงข้าราชการในพระองค์ แต่ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมแต่งตั้ง ปลัดกระทรวงกลาโหม ปลัดกระทรวงมหาดไทย ปลัดกระทรวงยุติธรรม ปลัดกระทรวงสาธารณสุข ปลัดกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ อธิบดีกรมการแพทย์ อธิบดีกรมสุขภาพจิต อธิบดีกรมควบคุมโรค อธิบดีกรมอนามัย อธิบดีกรมสนับสนุนบริการสุขภาพ ผู้บัญชาการทหารสูงสุด ผู้บัญชาการทหารบก ผู้บัญชาการทหารเรือ ผู้บัญชาการทหารอากาศ ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ เจ้ากรมแพทย์ทหารบก เจ้ากรมแพทย์ทหารเรือ เจ้ากรมแพทย์ทหารอากาศ นายแพทย์ใหญ่โรงพยาบาลตำรวจ เลขาธิการสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ และอธิบดีกรมราชทัณฑ์ เป็นกรรมการด้วย ดู พระราชหัตถเลขา เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมการโครงการราชทัณฑ์ปันสุข ทำความ ดี เพื่อชาติ ศาสน์ กษัตริย์, *ราชกิจจานุเบกษา* เล่ม 138 ตอนพิเศษ 8 ง (11 มกราคม 2564): 1-3.

อนึ่ง หากพิจารณากฎหมายว่าด้วยการถวายความปลอดภัย จะพบความสัมพันธ์ระหว่างส่วนราชการในพระองค์กับหน่วยงานอื่นของรัฐอย่างชัดเจน โดยเฉพาะการที่กฎหมายดังกล่าวบัญญัติให้หน่วยงานของรัฐทุกแห่งมีหน้าที่ในการถวายความปลอดภัยหรือร่วมมือในการถวายความปลอดภัย และการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐในการดำเนินการดังกล่าวให้เป็นไปตามที่ราชเลขานุการในพระองค์ของพระมหากษัตริย์กำหนด ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการถวายความปลอดภัยให้มีประสิทธิภาพและมีแนวปฏิบัติที่สอดคล้องกัน กฎหมายบัญญัติให้ราชเลขานุการในพระองค์ของพระมหากษัตริย์มีอำนาจกำหนดระเบียบหรือออกประกาศเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การปฏิบัติหน้าที่ในการถวายความปลอดภัยเพื่อใช้บังคับกับส่วนราชการในพระองค์และหน่วยงานของรัฐด้วย⁴⁸

สำหรับกรณีของข้าราชการในพระองค์นั้น มีการบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่า “บรรดาบทกฎหมายใดที่บัญญัติถึงคำว่าข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ มิให้หมายความรวมถึงข้าราชการในพระองค์”⁴⁹ การบัญญัติเช่นนี้ส่งผลให้ข้าราชการในพระองค์ไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายสำคัญหลายฉบับเช่นกัน โดยเฉพาะกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ และกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ด้วยเหตุนี้ ความรับผิดทางละเมิดของข้าราชการในพระองค์จึงต้องบังคับตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และคดีพิพาททั้งปวงเกี่ยวกับข้าราชการในพระองค์ต้องไปฟ้องร้องกันที่ศาลยุติธรรม จะฟ้องมายังศาลปกครองไม่ได้

อย่างไรก็ดี แม้จะมีการกำหนดว่า บรรดาบทกฎหมายที่บัญญัติถึงคำว่าข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ มิให้หมายความรวมถึงข้าราชการในพระองค์ก็ตาม แต่ได้มีการกำหนดข้อยกเว้นเอาไว้โดยให้ข้าราชการในพระองค์มีสถานภาพเป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา⁵⁰ นั้นหมายความว่า หากข้าราชการในพระองค์ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ก็อาจมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ได้ ด้วยเหตุนี้ ในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย เช่น การ

⁴⁸ พระราชบัญญัติการถวายความปลอดภัย พ.ศ. 2560 มาตรา 6 และมาตรา 7

⁴⁹ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 มาตรา 4 วรรคห้า

⁵⁰ พระราชบัญญัติการจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 มาตรา 10

ดูแลรักษาทรัพย์สินของพระมหากษัตริย์⁵¹ หรือการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในเขตพระราชฐาน ตลอดจนการรักษาความปลอดภัยของพระมหากษัตริย์ พระราชินี พระรัชทายาท ผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ พระบรมวงศานุวงศ์ ผู้แทนพระองค์และพระราชอาคันตุกะ⁵² หากข้าราชการในพระองค์ผู้ใดปฏิบัติหน้าที่หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบจนเกิดความเสียหายแก่ประชาชน ข้าราชการในพระองค์ผู้นั้นย่อมมีฐานะเป็นเจ้าพนักงานที่อาจมีความผิดและต้องระวางโทษตามที่ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติไว้ได้

อีกประเด็นที่สำคัญ คือ การที่กฎหมายบัญญัติว่า การโอนข้าราชการในพระองค์ไปเป็นข้าราชการฝ่ายอื่นรวมถึงการโอนข้าราชการฝ่ายอื่นมาเป็นข้าราชการในพระองค์ ให้เป็นไปตามพระราชอัธยาศัย และให้ส่วนราชการที่เกี่ยวข้องดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายเพื่อให้มีการโอนตามพระราชอัธยาศัย⁵³ สะท้อนว่าพระราชอำนาจในเรื่องนี้ขยายไปถึงข้าราชการฝ่ายอื่นที่มีใช้ข้าราชการในพระองค์ด้วย หากทรงมีพระราชประสงค์ให้ข้าราชการฝ่ายอื่นโอนมาเป็นข้าราชการในพระองค์ หรือกลับกันคือให้ข้าราชการในพระองค์โอนไปเป็นข้าราชการฝ่ายอื่น ส่วนราชการที่เกี่ยวข้องต้องดำเนินการให้เป็นไปตามพระราชประสงค์ โดยไม่อาจดำเนินการเป็นอย่างอื่นได้⁵⁴

4.3 ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระบรมราชโองการที่ไม่มีผู้ลงนามรับสนอง

ดังที่ได้กล่าวไปก่อนหน้านี้ว่า การแต่งตั้งและการให้ข้าราชการในพระองค์พ้นจากตำแหน่งในปัจจุบันกระทำในรูปของพระบรมราชโองการที่ไม่มีผู้ลงนามรับสนอง ซึ่งเรื่องนี้มีปัญหา

⁵¹ พระราชกฤษฎีกาจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 มาตรา 6 วรรคหนึ่ง

⁵² พระราชกฤษฎีกาจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 มาตรา 8 วรรคหนึ่ง

⁵³ พระราชกฤษฎีกาจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 มาตรา 14

⁵⁴ ตัวอย่าง พระบรมราชโองการโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้ พลโทหญิง สมเด็จพระเจ้าลูกเธอเจ้าฟ้าพัชรกิติยาภา นเรนทิราเทพยวดี กรมหลวงราชสาริณีสิริพัชร มหาวัชรราชธิดา อัยการผู้เชี่ยวชาญ สำนักงานอัยการภาค 2 สำนักงานอัยการสูงสุด ทรงดำรงตำแหน่ง เสนาธิการกองบัญชาการทหารมหาดเล็กราชวัลลภรักษาพระองค์ หน่วยบัญชาการถวายความปลอดภัยรักษาพระองค์ (อัครา พลเอก) ใน *ราชกิจจานุเบกษา* เล่ม 138 ตอนพิเศษ 25 ง (3 กุมภาพันธ์ 2564): 1.

ในแง่ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาโดยแยกได้เป็นสองกรณี คือ กรณีขององคมนตรี และ กรณีของข้าราชการในพระองค์อื่นนอกจากองคมนตรี

หากพิจารณาบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จะพบว่า กรณีขององคมนตรีนั้น รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ประธานรัฐสภาเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งประธานองคมนตรีหรือให้ประธานองคมนตรีพ้นจากตำแหน่ง และให้ประธานองคมนตรีเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งองคมนตรีอื่นหรือให้องคมนตรีอื่นพ้นจากตำแหน่ง⁵⁵ แต่ในทางปฏิบัติพบว่า มีการแต่งตั้งองคมนตรีอย่างน้อยสองครั้งที่ทำในรูปของพระบรมราชโองการที่ไม่มีผู้ลงนามรับสนอง⁵⁶ ทั้งที่พระราชกฤษฎีกาจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 บัญญัติไว้เองว่า การแต่งตั้งและการพ้นจากตำแหน่งองคมนตรีให้เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ⁵⁷

สำหรับกรณีของข้าราชการในพระองค์ประเภทอื่นนอกจากองคมนตรีนั้น โดยที่มาตรา 15 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ไม่ได้บัญญัติถึงผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งหรือให้พ้นจากตำแหน่งไว้ กรณีจึงน่าจะต้องบังคับหลักทั่วไปในมาตรา 182 ของรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกัน ซึ่งบัญญัติว่า พระบรมราชโองการอันเกี่ยวกับราชการแผ่นดินต้องมีรัฐมนตรีลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ ทั้งนี้ วิชาญ เครื่องาม ก็เคยอธิบายไว้ว่าการใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์แม่เป็นพระราชอำนาจตามพระราชอัธยาศัย แต่จะมีผลทางกฎหมายได้ก็ต่อเมื่อมีผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ⁵⁸ และดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่า การแต่งตั้งและการให้ข้าราชการในพระองค์พ้นจากตำแหน่งในสมัยรัชกาลที่ 9 มีนายกรัฐมนตรีเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ การดำเนินการเรื่องนี้ในรัชสมัยปัจจุบันจึงมีความแตกต่างจากรัชกาลก่อนและไม่น่าจะสอดคล้องกับที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ทางเดียวที่จะอธิบายว่าพระบรมราชโองการที่ไร้ผู้ลงนามรับสนองชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว ก็คือพระบรมราชโองการนี้ไม่เกี่ยวกับ

⁵⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 11 วรรคสอง และวรรคสาม

⁵⁶ ดู พระบรมราชโองการแต่งตั้ง นายเกษม จันทรแก้ว เป็นองคมนตรี ใน *ราชกิจจานุเบกษา* เล่ม 138 ตอนพิเศษ 66 ง (24 มีนาคม 2564): 1. และพระบรมราชโองการแต่งตั้ง พลเอก บัณฑิตย มลายอริศุณย์ เป็นองคมนตรี ใน *ราชกิจจานุเบกษา* เล่ม 139 ตอนพิเศษ 252 ง (22 ตุลาคม 2565): 1.

⁵⁷ พระราชกฤษฎีกาจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 มาตรา 12 วรรคหนึ่ง

⁵⁸ วิชาญ เครื่องาม, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*, 377.

ราชการแผ่นดิน ซึ่งการอธิบายเช่นนี้เท่ากับเป็นการยอมรับให้ราชการในพระองค์แยกออกไปเป็นอีกระบบหนึ่งต่างหาก และจะเกิดคำถามตามมาทันทีว่า การที่พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจโดยลำพังพระองค์ได้เช่นนี้จะยังสอดคล้องกับการปกครองในระบบพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ (constitutional monarchy) หรือไม่ และจะยังนำหลักที่ว่าพระมหากษัตริย์ไม่สามารถทำผิดได้ (The King can do no wrong) มาอธิบายเรื่องนี้ได้เพียงใด เนื่องจากหลักนี้ถือว่า พระมหากษัตริย์ทรงครองราชย์แต่ไม่ได้ทรงปกครอง (The King reigns but does not govern) และพระมหากษัตริย์ไม่อาจทำอะไรโดยลำพังพระองค์ได้ (The King cannot act alone)⁵⁹

5. บทสรุป

การสร้างระบบราชการในพระองค์ให้ไปขึ้นตรงต่อพระมหากษัตริย์ และการถวายพระราชอำนาจในการจัดระเบียบราชการตลอดจนการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ให้เป็นไปตามพระราชอัธยาศัยนั้น เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นภายใต้บริบทของการรัฐประหารและการเปลี่ยนผ่านรัชสมัย เห็นได้จากฐานทางกฎหมายของราชการในพระองค์ โดยเฉพาะมาตรา 15 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่ยกร่างขึ้นโดยคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญซึ่งมาจากการแต่งตั้งของคณะรัฐประหาร และต่อมามีการแก้ไขเพิ่มเติมให้เป็นไปตามข้อสังเกตพระราชทานของรัชกาลที่ 10 รวมถึงพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 ก็ได้รับการตราขึ้นโดยสภานิติบัญญัติแห่งชาติซึ่งมาจากการแต่งตั้งของคณะรัฐประหารเช่นกัน การอยู่ภายใต้สภาวะของการปกครองโดยคณะรัฐประหารตลอดจนการเข้าสู่รัชสมัยใหม่จึงเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้การเปลี่ยนแปลงราชการในพระองค์จากที่เคยอยู่ภายใต้รัฐบาลไปสู่การเป็นราชการในพระองค์ตามพระราชอัธยาศัยประสบผลสำเร็จได้ในที่สุด

ราชการในพระองค์ตามพระราชอัธยาศัยในปัจจุบันเป็นตัวอย่างอันดีที่สะท้อนว่า บัดนี้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ได้เปลี่ยนแปลงไปแล้ว โดยเฉพาะการที่พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจโดยลำพังพระองค์และสามารถเกิดผลในทางกฎหมายได้โดยไม่ต้องมีผู้ลงนามรับสนองพระ

⁵⁹ ไพโรจน์ ชัยนาม, *คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ (โดยสังเขป) เล่ม 2 กฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ตอนที่ 1*, (พระนคร: โรงพิมพ์อักษรนิติ, 2495), 290.

บรมราชโองการ สภาวการณ์เช่นนี้เองที่ทำให้ สมชาย ปรีชาศิลปกุล เห็นว่า ระบอบการปกครองของไทยกำลังเคลื่อนเข้าสู่ “ยุคหลังประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”⁶⁰ ทำนองเดียวกับ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ที่เห็นว่า ระบอบการปกครองของไทยในปัจจุบันได้ผันแปรไปแล้ว แต่เป็น “ระบอบที่ตั้งชื่อไม่ได้”⁶¹ สำหรับผู้เขียน โดยเหตุที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 2 ยังคงบัญญัติว่า “ประเทศไทยมีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” การจะเรียกระบอบการปกครองของไทยในปัจจุบันโดยใช้ชื่อเรียกอย่างอื่นอาจเป็นปัญหาในแง่ที่ไม่รับหรือขัดแย้งกับตัวบทในรัฐธรรมนูญ แต่สิ่งที่ไม่อาจปฏิเสธได้คือรูปลักษณะของระบอบ “ประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” ในรัชกาลปัจจุบันได้เปลี่ยนผันไปจนกระทั่งกล่าวได้ว่าแตกต่างจากรัชสมัยก่อนหน้าอย่างมีนัยสำคัญ

ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า การจำแนกระบอบการปกครองที่มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขเป็นสามประเภท ได้แก่ ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (absolute monarchy) ระบอบปรมาณาญาสิทธิราชย์ (limited monarchy) และระบอบพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ (constitutional monarchy) ที่ปรากฏในคำอธิบายของนักกฎหมายไทยมาแต่เดิมนั้น⁶² อาจจะไม่สามารถใช้อธิบายระบอบการปกครองของไทยในปัจจุบันได้อีกแล้ว เนื่องจากพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์มีลักษณะที่หลากหลายมากขึ้น โดยปัจจุบันนี้พระมหากษัตริย์ไทยทรงมีพระราชอำนาจด้วยกันสามลักษณะ หนึ่ง คือ พระราชอำนาจที่เป็นอำนาจเชิงรับและในทางแบบพิธี ซึ่งเป็นกรณีที่พระมหากษัตริย์จะทรงใช้อำนาจได้ก็ต่อเมื่อมีผู้ถวายคำแนะนำ และทรงใช้อำนาจนั้นตามคำแนะนำขององค์กรของรัฐโดยมีผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการเป็นผู้รับผิดชอบ สอง คือ พระราชอำนาจตามพระราชอัธยาศัยที่มีผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ และสาม คือ พระ

⁶⁰ สมชาย ปรีชาศิลปกุล, *นี่คือปณิธานที่หาญมุ่ง: ข้อถกเถียงว่าด้วยสถาบันพระมหากษัตริย์ในองค์กรจัดทำรัฐธรรมนูญของไทย ตั้งแต่ พ.ศ. 2475-2550*, 305-311.

⁶¹ วรณา วรलयงกูร, “จุดไฟแล้วส่งต่อ อย่าให้ดับ” วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ในวันที่ต้องยอมรับว่าการเปลี่ยนแปลงใช้เวลามากกว่าที่คิด,” The 101.World, สืบค้นเมื่อ 19 พฤษภาคม 2566 <https://www.the101.world/worachet-pakeerut-interview/>.

⁶² จงทอง จันทรางศุ, *สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เรื่อง พระมหากษัตริย์*, (นนทบุรี: วิทยาลัยการเมืองการปกครอง, 2552), 12-13. วิษณุ เครืองาม, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*, 306-307. สมภาพ โทตระกิตย์, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ ภาค 2*, (พระนคร: น้าเซียงการพิมพ์, 2512), 92-93. และหยุด แสงอุทัย, *คำบรรยายกฎหมายรัฐธรรมนูญ*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (พระนคร: คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2515), 23-26.

ราชอำนาจตามพระราชอัธยาศัยที่ไม่มีผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยลำพังพระองค์ที่ปรากฏในกรณีของราชการในพระองค์ พระราชอำนาจชนิดสุดท้ายเป็นพระราชอำนาจอย่างใหม่ที่เพิ่งปรากฏในสมัยรัชกาลที่ 10 ด้วยเหตุนี้ การจะกล่าวว่าการปกครองประเทศไทยในปัจจุบันเป็นระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ก็คงไม่ใช่ เนื่องจากพระราชอำนาจหลายกรณียังเป็นอำนาจเชิงรับและในทางแบบพิธี แต่จะกล่าวว่าเป็นระบอบพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญแท้ ๆ ก็ไม่ถนัด เพราะมีหลายกรณีที่เป็นการใช้อำนาจโดยลำพังพระองค์ รวมถึงการแต่งตั้งองคมนตรีโดยไม่มีผู้ลงนามรับสนองก็สะท้อนให้เห็นถึงการปลดปล่อยพระองค์จากพันธนาการแห่งรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเสนอว่า การปกครองประเทศไทยในปัจจุบันน่าจะมีลักษณะเป็นระบอบพระมหากษัตริย์แบบอำนาจอผสม (mixed monarchy) ซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะของประเทศไทยเอง

อนึ่ง ราชการในพระองค์ในสมัยรัชกาลที่ 10 ยังมีประเด็นอื่น ๆ ที่น่าสนใจซึ่งบทความนี้มิได้กล่าวถึง เช่น การที่กฎหมายให้อำนาจในการออกระเบียบหรือประกาศเพื่อใช้บังคับกับส่วนราชการในพระองค์นั้น⁶³ ระเบียบหรือประกาศดังกล่าวจะมีสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมายอย่างไร โดยที่ผ่านมามีการออกระเบียบหรือประกาศเช่นนี้มาใช้บังคับบ้างแล้ว⁶⁴ แต่ในทางวิชาการยังไม่มีกรอบอธิบายในประเด็นนี้ รวมถึงเรื่องงบประมาณและทรัพย์สินของส่วนราชการในพระองค์ก็เป็นประเด็นที่มีความสำคัญซึ่งน่าจะต้องมีการศึกษาค้นคว้ากันต่อไปอีก เพื่อขยายพรมแดนความรู้ในเรื่องนี้ให้กว้างขวางและลึกซึ้งกว่าเดิม ทั้งนี้ มีข้อที่น่าสังเกตด้วยว่า รัฐธรรมนูญของบางประเทศในยุโรป เช่น นอร์เวย์ และสเปน บัญญัติให้พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจตามพระราชอัธยาศัยในการแต่งตั้งและให้ข้าราชการในพระองค์พ้นจากตำแหน่งเช่นกัน⁶⁵ การศึกษาในเชิงเปรียบเทียบย่อมจะเป็นประโยชน์ต่อการวิเคราะห์และการทำความเข้าใจเรื่องนี้ในระบบรัฐธรรมนูญไทยได้ต่อไป

⁶³ พระราชกฤษฎีกาจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 มาตรา 11 มาตรา 15 และมาตรา 17

⁶⁴ ตัวอย่าง ระเบียบส่วนราชการในพระองค์ ว่าด้วยการใช้ การเชิญ การแสดงธงพระอิสริยยศ และการถวายความเคารพโดยใช้ธงชัยเฉลิมพล พ.ศ. 2562, *ราชกิจจานุเบกษา* เล่ม 136 ตอนพิเศษ 117 ง (10 พฤษภาคม 2562): 2-12.

⁶⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรนอร์เวย์ ค.ศ. 1814 มาตรา 24 บัญญัติว่า “พระมหากษัตริย์ทรงเลือกและให้ข้าราชการในพระองค์พ้นจากตำแหน่งตามพระราชอัธยาศัย” และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน ค.ศ. 1978 มาตรา 65 วรรคสอง บัญญัติว่า “พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งและให้ข้าราชการในพระองค์ฝ่ายพลเรือนและฝ่ายทหารพ้นจากตำแหน่งโดยอิสระ”

References

- คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ. *ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายการมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560*. กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2562.
- คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร สาขาสังคม การบริหารราชการแผ่นดินและการบังคับใช้กฎหมาย ที่ สค 39/2566 เรื่อง อุทธรณ์คำสั่งมิให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเกี่ยวกับเอกสารการประชุมคณะกรรมการกฤษฎีกา สืบค้นเมื่อวันที่ 5 มีนาคม 2566.
- www.oic.go.th/FILEWEB/CABIWEBSITE/DRAWER01/GENERAL/DATA0041/00041323.PDF.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. *รัฐและนิติบุคคลมหาชน*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561.
- ทีมข่าวการเมือง. “112 ฉบับ ที่ไม่มี ‘ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ’: ตั้งปลดทหาร-ข้าราชการในพระองค์ สมณศักดิ์พระ จัดการทรัพย์สิน จนถึงการเมือง.” *ประชาไท*. สืบค้นเมื่อ 13 มกราคม 2566. <https://prachatai.com/journal/2021/09/95103>.
- ไทย. รัฐสภา. สภานิติบัญญัติแห่งชาติ. *รายงานการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ*. ครั้งที่ 60, 11 มกราคม 2559.
- ธงทอง จันทรางศุ. *สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เรื่องพระมหากษัตริย์*. นนทบุรี: วิทยาลัยการเมืองการปกครอง, 2552.
- บรรศักดิ์ อูวรร ฌโน. *คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2563*. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2563.
- บันทึกการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 26/2560 วันที่ 20 เมษายน 2560. สืบค้นเมื่อวันที่ 28 พฤศจิกายน 2565 https://www.senate.go.th/document/mRecordM/Ext34/34277_0001.PDF?v=221128085601.
- ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 132 ตอนพิเศษ 239 ง (5 ตุลาคม 2558): 1-2.
- ประกาศสภานิติบัญญัติแห่งชาติ เรื่อง อัญเชิญองค์พระรัชทายาทขึ้นทรงราชย์เป็นพระมหากษัตริย์, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 133 ตอนที่ 102 ก (1 ธันวาคม 2559): 1.

- ประกาศส่วนราชการในพระองค์ เรื่อง การโอนกิจการ อำนาจหน้าที่ ทรัพย์สิน สิทธิ หนี้สิน ภาระผูกพัน เงินงบประมาณ อัตราค่าจ้าง หรือตำแหน่งและอัตราเงินเดือน รวมทั้งข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง และผู้ปฏิบัติงานอื่น ของส่วนราชการต่าง ๆ ไปเป็นของส่วนราชการในพระองค์, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 134 ตอนพิเศษ 195 ง (31 กรกฎาคม 2560): 23-24.
- ประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง แต่งตั้งข้าราชการพลเรือนในพระองค์, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 134 ตอนพิเศษ 23 ง (22 มกราคม 2560): 24.
- ประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง ให้ข้าราชการพลเรือนในพระองค์พ้นจากตำแหน่ง, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 133 ตอนพิเศษ 25 ง (28 มกราคม 2559): 1.
- พระบรมราชโองการ ประกาศ ตั้งผู้รักษาพระนครฝ่ายทหาร, ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ เล่ม 74 ตอนที่ 76 (16 กันยายน 2500): 1.
- พระบรมราชโองการ ประกาศ แต่งตั้งหัวหน้าคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ, ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ เล่ม 108 ตอนที่ 36 (26 กุมภาพันธ์ 2534): 1.
- พระบรมราชโองการ ประกาศ แต่งตั้งองคมนตรี, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 138 ตอนพิเศษ 66 ง (24 มีนาคม 2564): 1.
- พระบรมราชโองการ ประกาศ เรื่อง แต่งตั้งองคมนตรี, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 139 ตอนพิเศษ 252 ง (22 ตุลาคม 2565): 1.
- พระบรมราชโองการ ประกาศ เรื่อง ให้ข้าราชการในพระองค์ฝ่ายทหารพ้นจากตำแหน่ง ถอดฐานันดรศักดิ์ และยศทหาร ตลอดจนเรียกคืนเครื่องราชอิสริยาภรณ์ทุกชั้นตรา, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 136 ตอนที่ 55 ข (21 ตุลาคม 2562): 1-2.
- พระบรมราชโองการ ประกาศ เรื่อง ให้รับโอนข้าราชการฝ่ายอัยการเป็นข้าราชการในพระองค์ฝ่ายทหารและพระราชทานพระยศทหาร, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 138 ตอนพิเศษ 25 ง (3 กุมภาพันธ์ 2564): 1.
- พระราชกฤษฎีกาจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 134 ตอนที่ 51 ก (10 พฤษภาคม 2560): 1-8.
- พระราชกฤษฎีกาจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2565, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 139 ตอนที่ 8 ก (26 มกราคม 2565): 3.

พระราชกำหนดโอนอัตรากำลังพลและงบประมาณบางส่วนของกองทัพบก กองทัพไทย

กระทรวงกลาโหม ไปเป็นของหน่วยบัญชาการถวายความปลอดภัยรักษาพระองค์ ซึ่งเป็นส่วน
ราชการในพระองค์ พ.ศ. 2562, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 136 ตอนที่ 103 ก (30 กันยายน
2562): 1-3.

พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 134 ตอนที่ 48
ก (1 พฤษภาคม 2560): 1-5.

พระราชหัตถเลขา เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมการโครงการราชทัณฑ์ปันสุข ทำความ ดี เพื่อชาติ ศาสน์
กษัตริย์, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 138 ตอนพิเศษ 8 ง (11 มกราคม 2564): 1-3.

พระราชโองการ ประกาศ แต่งตั้งข้าราชการในพระองค์, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 134 ตอนพิเศษ 150 ง
(6 มิถุนายน 2560): 1-2.

ไพโรจน์ ชัยนาม. *คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ (โดยสังเขป) เล่ม 2 กฎหมายรัฐธรรมนูญ
ของประเทศไทย ตอนที่ 1*. พระนคร: โรงพิมพ์อักษรนิติ, 2495.

มิชัย ฤชุพันธุ์. “บันทึกไว้กันลืม.” ใน *ความในใจของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ 2560*. กรุงเทพฯ:
สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2561.

ระเบียบส่วนราชการในพระองค์ ว่าด้วยการใช้ การเชิญ การแสดงธงพระอิสริยยศ และการถวายความ
เคารพโดยใช้ธงชัยเฉลิมพล พ.ศ. 2562, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 136 ตอนพิเศษ 117 ง (10
พฤษภาคม 2562): 2-12.

ระเบียบสำนักพระราชวังว่าด้วยข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2541, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 125
ตอนพิเศษ 186 ง (8 ธันวาคม 2551): 1-5.

ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย. สืบค้นเมื่อวันที่ 14 มกราคม 2566

<https://cdc.parliament.go.th/>

[draftconstitution2/ewt_dl_link.php?nid=429&filename=index](https://www.draftconstitution2/ewt_dl_link.php?nid=429&filename=index).

วณา วรलयงกูร. “จุดไฟแล้วส่งต่อ อย่าให้ดับ” วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ ในวันที่ต้องยอมรับว่าการ
เปลี่ยนแปลงใช้เวลามากกว่าที่คิด.” The 101.World. สืบค้นเมื่อ 19 พฤษภาคม 2566
<https://www.the101.world/worachet-pakeerut-interview/>.

วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: อ่านกฎหมาย,
2564.

วิชญ์ เครืองาม. *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2530.

วิชญ์ เครืองาม. *ลงเรือแป๊ะ*. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ: มติชน, 2562.

สมชาย ปรีชาศิลปกุล. นี่คือนิธานที่หาญมุ่ง: ข้อถกเถียงว่าด้วยสถาบันพระมหากษัตริย์ในองค์กร
จัดทำรัฐธรรมนูญของไทย ตั้งแต่ พ.ศ. 2475-2550. นนทบุรี: ฟาติเยกัณ, 2561.

สมภพ โหตระกิตย์. กฎหมายรัฐธรรมนูญ ภาค 2. พระนคร: นำเขียนการพิมพ์, 2512.

สิทธิกร ศักดิ์แสง และ อภิรติ กิตติสิทโธ. ปัญหาสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมายภายใต้บทบัญญัติ
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560: กรณีศึกษาพระราชกฤษฎีกา. กรุงเทพฯ:
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2563.

หยุด แสงอุทัย. คำบรรยายกฎหมายรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 3. พระนคร: คณะรัฐศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2515.

ปัญหาและอุปสรรคในการคัดเลือกพยานหลักฐานเข้าสู่สำนวนคดีของ

พนักงานสอบสวน

The Problems and Obstacles for evident selection of inspector's case files.

สรชา สุเมธวานิชย์

นักวิจัยอิสระ

43/5 ถนนราษฎร์อุทิศ ตำบลวัดเกต อำเภอเมือง จังหวัดเชียงใหม่ 50000.

Sorracha Sumethavanich

Independent researcher

43/5 Rat Uthit Road, Wat Ket Sub-district, Mueang District, Chiang Mai, 50000

E-mail: sorracha.nn@gmail.com

Received: March 15, 2023; Revised: June 2, 2023; Accepted: June 7, 2023

บทคัดย่อ

เป็นที่ทราบกันดีว่าการต่อสู้คดีของศาลไทยนั้นเป็นระบบกล่าวหาที่คู่ความทั้งสองฝ่ายจำเป็นต้องใช้พยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดหรือความบริสุทธิ์ของตนเอง พยานหลักฐานจึงเป็นสิ่งที่มีความสำคัญมากในคดี โดยเฉพาะในคดีอาญาที่โจทก์จะต้องหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ให้ศาลเชื่อจนสิ้นสงสัยว่าจำเลยได้กระทำความผิดตามฟ้องจริง ซึ่งพนักงานสอบสวนที่ถือเป็นหน่วยงานที่ใกล้ชิดกับพยานหลักฐานมากที่สุดนั้น ถือได้ว่าเป็นเจ้าพนักงานกึ่งตุลาการ (Quasi-Judicial Officer) ที่นอกจากจะสามารถค้นหาพยานหลักฐานมาใช้ยืนยันว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิดตามที่ถูกฟ้องจริงหรือไม่แล้ว ยังสามารถกำหนดความร้ายแรงของข้อหาและโทษที่ผู้ต้องหาจะได้รับผ่านการใช้ดุลยพินิจในการคัดเลือกพยานหลักฐานที่จะนำไปใส่ไว้ในสำนวนคดีได้อีกด้วย เพราะหากพยานหลักฐานใดที่ไม่ถูกนำเข้าใส่ไว้ในสำนวน แน่แน่นอนว่าย่อมไม่มีผู้ใดล่วงรู้และพยานหลักฐานเหล่านั้นย่อมหายไปตลอดกาล

บทความนี้จะพูดถึงปัญหาการใช้ดุลยพินิจของพนักงานสอบสวนในการรวบรวมและคัดเลือกพยานหลักฐานเข้าสู่สำนวนคดีควบคู่ไปกับการศึกษากระบวนการทำงานของพนักงานสอบสวนผ่านการสัมภาษณ์พนักงานสอบสวน ที่จะสะท้อนให้เห็นถึงสภาพการทำงาน of พนักงานสอบสวนและข้อจำกัดต่างๆในการทำงาน ว่าส่งผลต่อประสิทธิภาพการทำงานหรือการใช้ดุลยพินิจในการคัดเลือกพยานหลักฐานเข้าสู่สำนวนคดีอย่างไร

คำสำคัญ: พนักงานสอบสวน, ความยุติธรรม, ตำรวจ, การดำเนินคดีอาญา, พยานหลักฐาน

Abstract

It had been already known among Thai jurists that the defense of cases in Thai courts is an allegation system. Evidence is therefore important for the court to use in determining whether the defendant has committed an offense as charged or not. The organization that has direct authority to search for evidence is inspector. They are not only search for evidence but also use discretion for selecting evidence into the case file, which is used to confirm the guilt or innocence of the accused defendant. Therefore, it can be said that the inspector is a quasi-judicial officer who be able to search for evidence used to confirm whether the defendant actually committed an offense as sued or not, they can also determine the severity of charge and punishment that the defendant will be received by using discretion for evidence selection into case record. If any evidence is not brought into the rhetoric, no one would ever know and those evidences will disappear forever.

This article discusses the problem of inspector's discretion in collecting and selecting evidence for the case together with studying the work process of inspector through interview. It will reflect the working conditions and various limitations of their work that affect performance or discretion in the selection of evidence to the case.

Keywords: Inspector, Justice, Police, Criminal prosecution, Evidence

1. บทนำ

“เกลียดตำรวจ” ของไทย ไม่ได้พิมพ์ผิดนะคะ “เกลียดตำรวจ” จริงๆ¹

คนที่มีอาชีพเป็นตำรวจ เขารู้สึกว่าบางหรือเปล่าคะที่มีประชาชนรุมกันสาปแช่ง
รังเกียจด่าชะดูไรค์คัคไปเลยในปัจจุบัน?²

โพลเผยคนไทยเชื่อมั่นกระบวนการยุติธรรมแค่ 1.29 คะแนน จากเต็ม 5 ผลพวง
คดี “ผกก.โจ้”³

ข้อความที่กล่าวมาในข้างต้น เป็นการตั้งกระทุ้งระบายความไม่พึงพอใจที่มีต่อตำรวจใน
เว็บไซต์ออนไลน์แห่งหนึ่ง และผลโพลที่แสดงให้เห็นความเชื่อมั่นที่ประชาชนมีต่อกระบวนการ
ยุติธรรม จะเห็นได้ว่าปัจจุบันกระบวนการยุติธรรมกำลังถูกตั้งคำถามถึงความน่าเชื่อถือและ
ความสามารถในการประสิทธิประสาทความยุติธรรมให้กับคนในสังคม หนึ่งในองค์กรที่ถูกตั้ง
คำถามมากที่สุดองค์กรหนึ่งก็คือองค์กรตำรวจ ซึ่งถือเป็นองค์กรที่ใกล้ชิดกับประชาชน โดยเฉพาะ
อย่างยิ่งพนักงานสอบสวนที่ถือเป็นหนึ่งในองค์กรที่ใกล้ชิดกับพยานหลักฐานมากที่สุด มีอำนาจใน
การใช้ดุลยพินิจในการ “คัดเลือก” พยานหลักฐานเข้าสู่สำนวน โดยพยานหลักฐานในสำนวนถือเป็น
หัวใจสำคัญที่ส่งผลต่อการ “ตั้งข้อหา” อันจะนำไปสู่การพิจารณาและกำหนดโทษของศาลได้
ซึ่งเมื่อพนักงานสอบสวนเห็นว่าได้รวบรวมพยานหลักฐานจน “รับฟังได้ว่า” ผู้ต้องหาได้กระทำ
ความผิดตามข้อกล่าวหา พนักงานสอบสวนก็จะทำความเห็น “ควรสั่งฟ้อง” ผู้ต้องหาต่อพนักงาน
อัยการเพื่อให้พนักงานอัยการพิจารณาสั่งฟ้องคดีต่อศาลต่อไป จึงอาจกล่าวได้ว่าพนักงานสอบสวน
เป็น “เจ้าพนักงานกึ่งตุลาการ” ที่สามารถพิสูจน์ความผิดหรือความบริสุทธิ์ของผู้ต้องหา รวมถึง
ความหนักเบาของข้อหา และโทษที่ผู้ต้องหาจะได้รับในชั้นต้น อันจะส่งผลถึงการอำนวยความ
ยุติธรรมให้กับประชาชนในท้ายที่สุด

¹ สมาชิกหมายเลข 1649206, “‘เกลียดตำรวจ’ ของไทย ไม่ได้พิมพ์ผิดนะคะ ‘เกลียดตำรวจ’ จริงๆ,” พันทิป, สืบค้นเมื่อวันที่ 10 มกราคม 2566 <https://pantip.com/topic/32502416>.

² สมาชิกหมายเลข 1072124, “คนที่มีอาชีพเป็นตำรวจ เขารู้สึกว่าบางหรือเปล่าคะที่มีประชาชนรุมกันสาปแช่ง
รังเกียจด่าชะดูไรค์คัคไปเลยในปัจจุบัน?,” พันทิป, สืบค้นเมื่อวันที่ 10 มกราคม 2566,
<https://pantip.com/topic/31296944>.

³ ข่าว 8, “โพลเผยคนไทยเชื่อมั่นกระบวนการยุติธรรมแค่ 1.29 คะแนน จากเต็ม 5 ผลพวงคดี “ผกก.โจ้”,” ข่าว 8,
สืบค้นเมื่อ 10 มกราคม 2566, https://www.thaich8.com/news_detail/100683.

บทความชิ้นนี้พยายามทำความเข้าใจถึงรูปแบบและข้อจำกัดต่าง ๆ ในการทำงานของพนักงานสอบสวน ผ่านการศึกษาเอกสารต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง รวมถึงการสัมภาษณ์พนักงานสอบสวน เพื่อทำความเข้าใจถึงสภาพการทำงานที่แท้จริงรวมถึงอุปสรรคต่าง ๆ ที่พนักงานสอบสวนต้องเผชิญ อันจะนำไปสู่การศึกษาถึงที่มาของอุปสรรคในการอำนวยความสะดวกของพนักงานสอบสวน

2. ปัญหาและอุปสรรคในการใช้ดุลยพินิจของพนักงานสอบสวน

ในการรวบรวมพยานหลักฐาน กฎหมายไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์หรือวิธีการในการรวบรวมพยานหลักฐานไว้อย่างชัดเจน แต่กำหนดเพียงว่าให้พนักงานสอบสวนรวบรวมพยานหลักฐานทุกชนิด “เท่าที่สามารถทำได้” เพื่อพิสูจน์ความผิดหรือความบริสุทธิ์ของผู้ต้องหา⁴ ดังนั้น การรวบรวมพยานหลักฐานต่างๆ จึงเป็นสิ่งที่ต้องอาศัยประสบการณ์ ทักษะ และความเชี่ยวชาญของพนักงานสอบสวนของพนักงานสอบสวนแต่ละบุคคล จึงอาจกล่าวได้ว่าในการรวบรวมพยานหลักฐานนั้น พนักงานสอบสวนมีอำนาจในการใช้ “ดุลยพินิจ” “คัดเลือก” พยานหลักฐานที่จะพิสูจน์ความผิดหรือความบริสุทธิ์ของผู้ต้องหาได้นั่นเอง

การใช้ดุลยพินิจในการคัดเลือกพยานหลักฐานของพนักงานสอบสวนจึงส่งผลต่อการตั้งข้อหา การกำหนดโทษ และการสั่งฟ้องคดีของผู้ต้องหา และเมื่อการแพ้ชนะในคดีอาญานั้นอยู่ที่ “ข้อเท็จจริง”⁵ กล่าวคือ เมื่อข้อเท็จจริงครบถ้วนแล้ว การวินิจฉัยข้อกฎหมายก็มักจะไม่ผิดพลาด หรือไม่สามารทำให้เข้าใจเป็นอย่างอื่นได้ แต่หากข้อเท็จจริงมีความบกพร่องหรือไม่ชัดเจน ย่อมทำให้ข้อกฎหมายรวมถึงผลการแพ้ชนะของคดีเปลี่ยนไปได้อย่างแน่นอน ดังนั้น

⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131

มาตรา 131 ให้พนักงานสอบสวนรวบรวมพยานหลักฐานทุกชนิด เท่าที่สามารถจะทำได้ เพื่อประสงค์จะทราบข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ต่างๆ อันเกี่ยวกับความผิดที่ถูกกล่าวหา เพื่อจะรู้ตัวผู้กระทำความผิดและพิสูจน์ให้เห็นความผิดหรือความบริสุทธิ์ของผู้ต้องหา

⁵ มานะ เมาช่วย, “ปัญหาการรวบรวมพยานหลักฐานของผู้ต้องหาในชั้นสอบสวน,” (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต, สาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), 32.

การใช้ดุลยพินิจซึ่งถือเป็นเรื่องปัจเจก จึงเป็นสิ่งที่ขึ้นอยู่กับทัศนคติและประสบการณ์ของพนักงานสอบสวนแต่ละบุคคล

ในการทำความเข้าใจถึงปัญหาและอุปสรรคต่าง ๆ ในการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานสอบสวนนั้น ผู้เขียนได้สัมภาษณ์พนักงานสอบสวน 3 คน⁶ โดยทั้ง 3 คนเป็นพนักงานสอบสวนที่ได้เข้ามาจากการเป็นนายตำรวจชั้นประทวน และเมื่อสามารถสอบได้เป็นนายตำรวจชั้นสัญญาบัตรจึงได้มารับหน้าที่เป็นพนักงานสอบสวนมาจนถึงปัจจุบัน

2.1 ภูมิหลังและประวัติโดยทั่วไปของพนักงานสอบสวน

1) คุณอดิรุจ (นามสมมติ) พนักงานสอบสวน⁷

คุณอดิรุจรับราชการตำรวจมาเป็นระยะเวลากว่า 10 ปี โดยได้เข้ามาจากนายตำรวจชั้นประทวนที่แม้จะสำเร็จการศึกษานิติศาสตรบัณฑิตมา แต่ตลอดระยะเวลาการทำงานก่อนที่จะเป็นพนักงานสอบสวนก็ได้ปฏิบัติหน้าที่ในหลากหลายส่วนงาน จนสุดท้ายเมื่อสามารถสอบเลื่อนระดับเป็นนายตำรวจชั้นสัญญาบัตรได้ ก็ได้ปฏิบัติหน้าที่เป็นพนักงานสอบสวนมาจนถึงปัจจุบัน ซึ่งปัจจุบันก็ประจำอยู่ในโรงพักประจำอำเภอแห่งหนึ่งในจังหวัดเชียงใหม่

2) คุณมนตรี (นามสมมติ) พนักงานสอบสวน⁸

คุณมนตรีรับราชการตำรวจมาเป็นระยะเวลากว่า 12 ปีโดยเมื่อเรียนจบปริญญาตรีนิติศาสตรบัณฑิตก็สามารถสอบเข้ารับราชการตำรวจได้ทันที เป็นนายตำรวจชั้นประทวนอยู่ 2 ปีก็สามารถสอบเป็นนายตำรวจชั้นสัญญาบัตรและปฏิบัติหน้าที่เป็นพนักงานสอบสวนตลอดมาจนถึงปัจจุบัน ซึ่งปัจจุบันก็ประจำอยู่ในโรงพักประจำอำเภอท่ากิโลแห่งหนึ่งในจังหวัดเชียงใหม่

⁶ เนื่องจากผู้ให้สัมภาษณ์ไม่ประสงค์จะให้เปิดเผยชื่อ ยศ หรือตำแหน่งใดๆ ผู้เขียนจึงตั้งชื่อสมมติให้กับผู้ให้สัมภาษณ์แต่ละคน และเขียนข้อมูลที่เกี่ยวข้องมาพอสังเขป

⁷ เก็บข้อมูลโดยวิธีสัมภาษณ์, พนักงานสอบสวน สถานีตำรวจแห่งหนึ่งในจังหวัดเชียงใหม่, โดยนางสรสา สุเมธวานิชย์, 8 ตุลาคม 2565.

⁸ เก็บข้อมูลโดยวิธีสัมภาษณ์, พนักงานสอบสวน สถานีตำรวจแห่งหนึ่งในจังหวัดเชียงใหม่, โดยนางสรสา สุเมธวานิชย์, 8 พฤศจิกายน 2565.

3) คุณชนัญ (นามสมมติ) พนักงานสอบสวน⁹

คุณชนัญรับราชการตำรวจมากกว่า 40 ปี เริ่มต้นรับราชการจากการสอบเข้าเป็นนักเรียนนายสิบ ได้เข้ามาจนเป็นผู้ช่วยพนักงานสอบสวน และเมื่อได้จบการศึกษาในระดับปริญญาตรีจึงได้มีโอกาสสอบเลื่อนระดับเป็นนายตำรวจชั้นสัญญาบัตร และปฏิบัติหน้าที่เป็นพนักงานสอบสวนจนกระทั่งเกษียณอายุราชการ

พนักงานสอบสวนทั้งสามคนต่างก็เริ่มต้นจากการเป็นนายตำรวจชั้นประทวน แต่มีความแตกต่างกันตรงที่ทั้งคุณอติรุจและคุณมนตรีต่างก็จบการศึกษาในระดับปริญญาตรีในวุฒินิติศาสตรบัณฑิต แม้จะเริ่มเข้ารับราชการในระดับชั้นประทวน แต่ก็ถือว่าเป็นผู้ที่มีความรู้ด้านกฎหมายเป็นอย่างดี ในขณะที่คุณชนัญเริ่มต้นชีวิตราชการจากการสอบเข้าเป็นนักเรียนโรงเรียนนายสิบ ได้เข้าจนได้เป็นผู้ช่วยพนักงานสอบสวนกว่า 15 ปี จึงได้มีโอกาสศึกษาต่อในระดับชั้นปริญญาตรีและจบวุฒินิติศาสตรบัณฑิตในวัย 50 ปี จึงได้เข้ารับการอบรมเป็นนายตำรวจชั้นสัญญาบัตร และได้รับเลือกให้ปฏิบัติหน้าที่เป็นพนักงานสอบสวนตลอดมา ซึ่งประสบการณ์และความรู้ที่คุณชนัญได้สั่งสมมาตลอดระยะเวลาการทำงานอันยาวนาน ทำให้คุณชนัญมีความรู้ความเข้าใจต่อสภาพปัญหาเชิงโครงสร้างและปัญหาในทางปฏิบัติในการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานสอบสวนเป็นอย่างดี

2.2 วิธีการรวบรวมพยานหลักฐานโดยทั่วไปของพนักงานสอบสวน

“ระบบสืบเนี่ย โหดสุดที่เคยเจอ ก็เคยไปฝึกงานกับเค้าเนาะ ก็แค่ใช้กระบอกไม้ เอาผ้าพัน แล้วก็ตีไปบริเวณลำตัวที่มันไม่เกิดแผล เช่น ท้อง อะไรพวกนี้ แต่อันนี้มันก็สมัยก่อนนะ โซเซียลอะไรยังไม่มี มันก็พอทำได้”¹⁰

“เราก็ต้องดูด้วยว่าพยานหลักฐานมันชอบหรือไม่ชอบ เพราะถ้าเรายึดใส่แล้วลูกน้องเราก็ตีตักอะไร”¹¹

⁹ เก็บข้อมูลโดยวิธีสัมภาษณ์, พนักงานสอบสวน สถานีตำรวจแห่งหนึ่งในจังหวัดเชียงใหม่, โดยนางสรสา สุขธวานิชย์, 2 พฤศจิกายน 2565.

¹⁰ คุณมนตรี (นามสมมติ) พนักงานสอบสวน สถานีตำรวจแห่งหนึ่งในจังหวัดเชียงใหม่, โดยนางสรสา สุขธวานิชย์, 8 พฤศจิกายน 2565.

¹¹ คุณอติรุจ (นามสมมติ) พนักงานสอบสวน สถานีตำรวจแห่งหนึ่งในจังหวัดเชียงใหม่, โดยนางสรสา สุขธวานิชย์,

ในการค้นหาหรือรวบรวมพยานหลักฐาน นอกจากพนักงานสอบสวนแล้วยังมีอีกหนึ่งหน่วยงานที่มีส่วนช่วยพนักงานสอบสวนในการค้นหาพยานหลักฐาน คือ เจ้าหน้าที่สืบสวน หรือ “สายสืบ” โดยสายสืบจะมีหน้าที่ในการแสวงหาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับคดีมาให้พนักงานสอบสวน¹² และพนักงานสอบสวนก็จะทำการ “คัดเลือก” พยานหลักฐานต่างๆ เหล่านั้นมาใส่ไว้ในสำนวน และเนื่องจากการสืบสวนนั้นกฎหมายมิได้บัญญัติถึงวิธีการสืบสวนเอาไว้อย่างชัดเจน การสืบสวนจึงเป็นทั้งศาสตร์และศิลป์ที่ผู้สืบสวนจะต้องเรียนรู้และเลือกใช้วิธีการให้เหมาะสมกับสถานการณ์เอง เพียงแต่ต้องระวังให้วิธีการสืบสวนเหล่านั้นยังอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย¹³ แต่อย่างไรก็ตามหากพยานหลักฐานชิ้นใดที่มี “ปัญหา” พนักงานสอบสวนก็สามารถแก้ปัญหาดังกล่าวได้หลายวิธี เช่น กรณีที่พยานหลักฐานที่ได้มานั้นไม่เป็นไปตามหลักกฎหมาย พนักงานสอบสวนก็จะเลือกทำเป็นรายงานการสืบสวน แล้วให้เจ้าหน้าที่สืบสวนไปเบิกความต่อศาลถึงพยานหลักฐานดังกล่าว โดยให้ผู้พิพากษาเป็นผู้ชี้แจงน้ำหนักพยานหลักฐานเหล่านั้นเอง¹⁴ หรือใช้วิธี “เลือก” เฉพาะสิ่งที่ “ไม่เป็นปัญหา” ใส่เข้าไปในสำนวน กล่าวคือ แม้จะมีพยานหลักฐานไม่พียง หากแต่พยานหลักฐานเหล่านั้นก็ยังสามารถใช้เป็นพยานหลักฐานในคดีได้ผ่านการคัดเลือกของพนักงานสอบสวนนั่นเอง

สำหรับการรวบรวมข้อเท็จจริงทั่วไป พนักงานสอบสวนจะใช้ “องค์ประกอบความผิด” เป็นหลักเกณฑ์สำคัญในการคัดเลือกพยานหลักฐาน

“ในการสอบปากคำ เราต้องได้ความ 3 อย่าง คือ หนึ่ง ก่อนเกิดเหตุ คุณมีความสัมพันธ์อย่างไรกับเค้า เค้าเข้ามาในชีวิตของคุณได้อย่างไร สอง ขณะเกิดเหตุ เค้าทำอะไร เค้าเบียดบังเงินไป หรือเค้าแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรืออย่างไร สาม หลังเกิดเหตุ หลังจากนั้นเค้าทำอะไร เค้าเอาไปแล้วเค้าเอาไปทำอะไร คุณถึง

8 ตุลาคม 2565.

¹² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 1(10)

“การสืบสวน” หมายความว่า การแสวงหาข้อเท็จจริงและหลักฐานซึ่งพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจได้ปฏิบัติไปตามอำนาจและหน้าที่ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน และเพื่อที่จะทราบรายละเอียดแห่งความผิด

¹³ มานะ เมาะช่วย, “ปัญหาการรวบรวมพยานหลักฐานของผู้ต้องหาในชั้นสอบสวน,” (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต, สาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), 10.

¹⁴ คุณอดิรุต (นามสมมติ) พนักงานสอบสวน สถานีตำรวจแห่งหนึ่งในจังหวัดเชียงใหม่, โดยนางสรสา สุเมธานิชย์, 8 ตุลาคม 2565.

รู้ว่าคุณถูกหลอก คุณถึงรู้ว่าคุณถูกเบียดบัง เราต้องได้ความในส่วนนี้ เพราะ
ทุกสิ่งทุกอย่างมันเป็นองค์ประกอบความผิด พุดง่ายๆ ว่าเราเปิดประมวล
กฎหมายเอาไว้เลยว่าในความผิดนี้องค์ประกอบมีอะไรบ้าง เราก็สอบตาม
องค์ประกอบนั้น”¹⁵

ในการตั้งข้อหาและการสั่งฟ้องคดีก็เช่นเดียวกันกับการรวบรวมพยานหลักฐาน กล่าวคือ
เป็นดุลยพินิจของพนักงานสอบสวนแต่ละบุคคลที่จะเห็นว่าต้องใช้ข้อเท็จจริงมากเพียงใด ที่จะ
เพียงพอต่อการสั่งฟ้องผู้ต้องหา

“คำว่า ‘เพียงพอ’ ใด 25 เปอร์เซ็นต์ มันคือ ดุลยพินิจ แต่ดุลยพินิจมันก็
ควบไปกับประมวลกฎหมายองค์ประกอบความผิดอะ การชั่งน้ำหนัก
พยานหลักฐานพยานแวดล้อม พยานวัตถุ พยานผู้เชี่ยวชาญ รวมไปถึงประสบการณ์
ของพนักงานสอบสวนด้วย”¹⁶

“เอาให้ ‘น่าเชื่อว่า’ ถ้าเป็นเปอร์เซ็นต์ ก็ประมาณ 75 เปอร์เซ็นต์ เพื่อให้ศาลเชื่อ
ตามที่เราทำมาว่า เออ มันมีน้ำหนักเพียงพอที่จะเชื่อได้ ตามที่เค้าต้องการ
ตามที่กฎหมายต้องการ”¹⁷

“คือถ้ามันมี ‘เชื่อได้ว่า’ อันนี้จะฟ้องหมดเลย ละก็เป็นเรื่องของอัยการละว่า
เค้าจะสั่งฟ้องหรือสั่งไม่ฟ้อง”¹⁸

นอกจากเรื่องทัศนคติและประสบการณ์ส่วนตัวของพนักงานสอบสวนแล้ว
กรอบระยะเวลาของกฎหมายที่ควบคุมการทำงานของพนักงานสอบสวนยังเป็นหนึ่งในเหตุผลที่
พนักงานสอบสวนนำมาใช้ประกอบการพิจารณาในการตั้งข้อหาด้วย กล่าวคือ ในการกระทำ
ความผิดหนึ่งหากมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องมากกว่า 1 ฉบับ พนักงานสอบสวนก็จะเลือกใช้กฎหมายที่
ทำให้ตนมีระยะเวลาในการทำงานมากกว่า

¹⁵ เพิ่งอ้าง

¹⁶ เพิ่งอ้าง

¹⁷ คุณมนตรี (นามสมมติ) พนักงานสอบสวน สถานีตำรวจแห่งหนึ่งในจังหวัดเชียงใหม่ โดยนางสรสา สุเมธวานิชย์,
8 พฤศจิกายน 2565.

¹⁸ คุณชนัญ (นามสมมติ) พนักงานสอบสวน สถานีตำรวจแห่งหนึ่งในจังหวัดเชียงใหม่ โดยนางสรสา สุเมธวานิชย์, 2
พฤศจิกายน 2565.

“บางทีสำนวนออนไลน์พวกนี้มันจะมี พรบ.คอม พ่วงมาด้วย เป็นฉ้อโกง ซึ่งเราต้องส่งให้ศาลแขวง แต่พอเรามาดู สมมติว่ามันมาเหนือยทีหลัง เพราะแขวงมันได้ผิดฟ้อง 4 ผิด ผิดละ 6 วัน เราก็ส่งให้อัยการจังหวัดดีกว่า อย่างน้อยก็ได้ 5 ผาก เราก็เอา พรบ.คอมฯ เข้ามา เพื่อให้เราสามารถส่งศาลจังหวัดได้

พรบ.คอมฯ ก็มี 2 อันอีก พรบ.คอมฯ วรรคท้ายเป็นส่วนตัว โทษไม่ถึง 5 ปี¹⁹ แต่ถ้าเป็นวรรคแรก ความเสียหายต่อประชาชน อันนี้โทษ 5 ปี²⁰ อันนี้แหละมันจะได้ ตัวนี้ขึ้นมา อันนี้เป็นเทคนิคในการทำคดีออนไลน์ ไปขอยกหมายจับ ถ้าไปขอแขวง เค้าก็ออกให้นะ แต่ว่าเราจะมาเหนือยทีหลัง มารับทีหลัง เราก็เลยจะเอา พรบ.คอมฯ วรรคแรก ความเสียหายต่อประชาชน ทั้งที่เราอ่านแล้วว่ามันฉ้อโกงกันทางไลน์ (line) เป็นเรื่องส่วนตัวเราก็ดึงมา”²¹

จะเห็นได้ว่าการคัดเลือกพยานหลักฐานเข้าสู่สำนวนเป็นดุลยพินิจของพนักงานสอบสวนอย่างแท้จริง ดังนั้น พนักงานสอบสวนย่อมสามารถ “เลือก” ได้ว่าจะนำพยานหลักฐานขึ้นไหน “ออก” หรือ “นำเข้า” สำนวนคดีก็ได้ และการ “เลือก” นี้เอง นี้จะนำไปสู่การกำหนดความหนักเบาของความผิดและโทษที่จะลงแก่ผู้ต้องหาได้ในท้ายที่สุด

2.3 กรอบระยะเวลาในการทำงาน

ในการทำงานของพนักงานสอบสวนจะมีกรอบระยะเวลาที่ใช้ในการควบคุมการทำงานของพนักงานสอบสวนไว้เพื่อให้การดำเนินคดีเป็นไปได้อย่างต่อเนื่องและรวดเร็ว ซึ่งโดยหลัก

¹⁹ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 มาตรา 14 วรรคท้าย

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง (1) มิได้กระทำต่อประชาชน แต่เป็นการกระทำต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ผู้กระทำ ผู้เผยแพร่ หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าว ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้เป็นความผิดอันยอมความได้

²⁰ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 มาตรา 14 วรรคแรก

มาตรา 14 ผู้ใดกระทำความผิดที่ระบุไว้ดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

²¹ คุณชนัญ (นามสมมติ) พนักงานสอบสวน สถานีตำรวจแห่งหนึ่งในจังหวัดเชียงใหม่ โดยนางสรสา สุเมธวานิชย์, 2 พฤศจิกายน 2565.

แล้วจะถูกกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และคำสั่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติที่ 419/2556

โดยในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งถือเป็นกฎหมายหลักของประเทศ ในการดำเนินคดีอาญา ได้กำหนดกรอบระยะเวลาในการควบคุมตัวผู้ต้องหาไว้ กล่าวคือ พนักงานสอบสวนจะไม่สามารถควบคุมตัวผู้ต้องหาไว้ได้เกินไปกว่าระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด และจะต้องส่งสำนวนพร้อมทั้งความเห็นไปให้กับพนักงานอัยการภายในกรอบระยะเวลาดังกล่าวด้วย เช่น ในคดีอาญาที่มีโทษจำคุกอย่างสูงเกินกว่า 6 เดือน แต่ไม่ถึง 10 ปี พนักงานสอบสวนมีอำนาจควบคุมตัวผู้ต้องหา (ฝากขัง) ได้ไม่เกิน 4 ฝาก²² ส่วนคดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่ 10 ปี ขึ้นไป พนักงานสอบสวนมีอำนาจควบคุมตัวผู้ต้องหา (ฝากขัง) ได้ไม่เกิน 7 ฝาก²³ ส่วนคำสั่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติที่ 419/2556 ก็จะเป็นคำสั่งภายใน (ต่อไปจะเรียกว่า “คำสั่งภายในที่ 419”) ที่กำหนดให้พนักงานสอบสวนต้องแจ้งความคืบหน้าของคดีให้ผู้บังคับบัญชาในแต่ละระดับชั้นทราบเป็นระยะ²⁴ เนื่องจากคำสั่งภายในที่ 419 นี้เป็นคำสั่งที่กำหนดกรอบระยะเวลาในการทำสำนวนคดีทั้งหมด เริ่มตั้งแต่การรับเรื่องร้องทุกข์ไปจนถึงการทำคดีเสร็จสิ้น โดยกำหนดให้ผู้บังคับบัญชาในแต่ละระดับชั้นคอยควบคุมและเร่งรัดการทำงาน เช่น ทุก 15 วัน พนักงานสอบสวนต้องรายงานความคืบหน้าของสำนวนให้หัวหน้าพนักงานสอบสวนทราบ, ทุก 30 วัน ต้องรายงานให้หัวหน้าหน่วยงานที่มีอำนาจสอบสวนทราบ และทุก 3 เดือน ต้องรายงานให้ผู้บังคับการทราบ²⁵ เป็นต้น

²² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 87 วรรคห้า

ในกรณีความผิดอาญาที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินกว่าหกเดือนแต่ไม่ถึงสิบปี หรือปรับเกินกว่าห้าร้อยบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ศาลมีอำนาจสั่งขังหลายๆ ครั้งติดกันได้ แต่ครั้งหนึ่งต้องไม่เกินสิบสองวัน และรวมกันทั้งหมดต้องไม่เกินสี่สิบแปดวัน

²³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 87 วรรคหก

ในกรณีความผิดอาญาที่มีโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่สิบปีขึ้นไป จะมีโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตาม ศาลมีอำนาจสั่งขังหลายๆ ครั้งติดๆ กันได้ แต่ครั้งหนึ่งต้องไม่เกินสิบสองวัน และรวมกันทั้งหมดต้องไม่เกินแปดสิบสี่วัน

²⁴ คำสั่งสำนักงานตำรวจที่ 419/2556 บทที่ 4 มาตราการควบคุม ตรวจสอบ และเร่งรัดการสอบสวนคดีอาญา ข้อ 2.2

2.2 ให้ผู้บังคับบัญชาจัดการควบคุม ตรวจสอบ แนะนำให้การสอบสวนดำเนินการตามกฎหมายและระเบียบแบบแผนโดยเรียบร้อยมีซักๆ กับให้มีอำนาจตรวจสอบสำนวนและสั่งให้ปฏิบัติ หากมีเหตุผลอันสมควร เพื่อความเรียบร้อยในการสอบสวนจะเข้าดำเนินการสอบสวนด้วยตนเองก็ได้

²⁵ คำสั่งสำนักงานตำรวจที่ 419/2556 บทที่ 4 มาตราการควบคุม ตรวจสอบ และเร่งรัดการสอบสวนคดีอาญา ข้อ 2.3

“(นาย) ก็จะตรวจทุกระยะ ส่วนใหญ่ก็จะเป็นกรอบ 3 เดือน 6 เดือน แต่เค้าจะรวมกันมาทีเดียว 6 เดือน ก็จะตรวจ 2 ครั้ง แต่ว่าเราก็จะมีตรวจภายในของเราอยู่แล้ว เบื้องต้นก็จะให้หัวหน้างานเซ็นต์ว่าเราได้ทำอะไรไปแล้วบ้าง ภายใน 15 วัน เป็นของรองผู้กำกับ อีกครั้ง 30 วัน ผู้กำกับตรวจครั้งที่ 1 ประมาณนี้...”²⁶

นอกจากกรอบระยะเวลาตามกฎหมายแล้ว ยังมีข้อตกลงภายในรวมถึงระเบียบปฏิบัติที่พนักงานสอบสวนยังต้องปฏิบัติตาม กล่าวคือ มีข้อตกลงเป็นการภายในเรื่องการส่งสำนวนกับพนักงานอัยการ ทำให้พนักงานสอบสวนต้องส่งสำนวนให้พนักงานอัยการเร็วกว่าที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาศัตินำกำหนดไว้

“คือ สมมติ 7 ผาก มันต้องส่งสำนวนก่อนผากที่ 7 คือ ต้องให้อัยการทำ สำนวนก่อน 1 ผาก อันนี้เป็นภายในเค้าตกลงกันเอง พูดง่ายๆ เราจะมีเวลาทำงานแค่ 6 ผาก”²⁷

นอกจากกรอบระยะเวลาตามกฎหมายแล้วยังมีธรรมเนียมปฏิบัติในการส่งสำนวนให้กับพนักงานอัยการที่พนักงานสอบสวนจะต้องปฏิบัติตามอีกด้วย

“ผากนี้ยังไม่พอนะ ต้องมีวันด้วย วันที่เค้าจะรับ วันที่เค้าไม่รับก็มี อย่าง ป ล า ย เดือนนี้เค้าไม่รับนะ ผากซังนี้เหลือ 3 วันก็ไม่ได้นะ ต้อง 4 วันขึ้นไป ถ้ามันเกิน ก็

2.3 ผู้มีหน้าที่ควบคุม ตรวจสอบ และเร่งรัดการสอบสวน

2.3.1 หัวหน้าสอบสวน มีหน้าที่ตรวจสอบ แนะนำและสั่งการให้เกิดความถูกต้องสมบูรณ์ในสำนวนการสอบสวนและสมุดบันทึกคดีของพนักงานสอบสวน ทุกระยะๆ ละไม่เกิน 15 วัน จนกว่าการสอบสวนจะเสร็จสิ้น

2.3.2 หัวหน้าหน่วยงานที่มีอำนาจสอบสวน มีหน้าที่ตรวจสอบ แนะนำ และสั่งการให้เกิดความถูกต้องสมบูรณ์ในการสอบสวนทุกคดีของพนักงานสอบสวน ทุกระยะๆ ละไม่เกิน 30 วัน จนกว่าการสอบสวนจะเสร็จสิ้น

2.3.3 ผู้บังคับการ หรือรองผู้บังคับการ หรือพนักงานสอบสวนผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับมอบหมายให้มีหน้าที่ควบคุมการสอบสวน มีหน้าที่ตรวจสอบ แนะนำ และสั่งการให้เกิดความถูกต้องสมบูรณ์ในสำนวนการสอบสวนทุกคดีของพนักงานสอบสวน ทุกระยะๆ ละไม่เกิน 3 เดือน จนกว่าการสอบสวนจะเสร็จสิ้น

²⁶ คุณมนตรี (นามสมมติ) พนักงานสอบสวน สถานีตำรวจแห่งหนึ่งในจังหวัดเชียงใหม่ โดยนางสรสา สุเมธวานิชย์, 8 พฤศจิกายน 2565.

²⁷ คุณอดิรุต (นามสมมติ) พนักงานสอบสวน สถานีตำรวจแห่งหนึ่งในจังหวัดเชียงใหม่, โดยนางสรสา สุเมธวานิชย์, 8 ตุลาคม 2565.

ต้องให้ไปฝากอีกครั้งนึง แล้วค่อยไปส่ง อย่างฝาก 7 เนี่ย ครั้งที่ 5 เหลือ 3 วัน เค้าก็ไม่รับละ เค้าให้ฝากอีกครั้งนึง แล้วค่อยไปส่ง.. ไม่รู้มันเป็นไงเหมือนกัน แต่มันเป็นอย่างนี้มาตลอด”²⁸

จะเห็นได้ว่ามีกรอบระยะเวลามากมายที่กำหนดระยะเวลาในการทำงานของพนักงานสอบสวนอยู่ ซึ่งแน่นอนว่ากรอบระยะเวลาเหล่านี้ย่อมส่งผลถึงวิธีการในการค้นหาหรือรวบรวมพยานหลักฐานของพนักงานสอบสวน รวมถึงคุณภาพของพยานหลักฐานด้วย นอกจากนี้ในปัจจุบันมีคดีที่พนักงานสอบสวนมักไม่สามารถทำให้แล้วเสร็จได้ตามกรอบระยะเวลา คือ คดีฉ้อโกงออนไลน์ เนื่องจากเป็นคดีที่มีผู้ที่เกี่ยวข้องเป็นจำนวนมาก ทำให้ต้องใช้ระยะเวลาในการสอบสวนมากกว่าระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด

“บางอันมันเลยอยู่แล้ว อย่างพวกคดีฉ้อโกงออนไลน์เนี่ยมันเลยอยู่แล้ว บางคดีธนาคารข้า (เสียงสูงและลากยาว) ยังไงมันก็ไม่เสร็จตาม 419 ทropic เพราะมันจับไม่ได้เลยคดีแบบนี้อะ 419 มันออกมาก่อน แต่คดีแบบนี้มันมาทีหลัง ออนไลน์เนี่ยมันไม่สามารถบังคับกับ 419 ได้เลย คดีอาชญากรรมทางเทคโนโลยีเนี่ย มันหลายหน่วยงานอย่างเราตรวจสอบ facebook, line เราต้องส่งตรวจสอบที่กองบัญชาการใหญ่ แค่นี้ก็เป็น 2 เดือนแล้ว”²⁹

โดยในคดีที่มีความจำเป็นต้องใช้เวลารวบรวมพยานหลักฐานนานเนื่องจากการการติดต่อหลายหน่วยงานดัง เช่น คดีอาชญากรรมทางเทคโนโลยี พนักงานสอบสวนจะแก้ปัญหาโดยการเสนอเรื่องขอขยายระยะเวลาต่อผู้กำกับ ซึ่งโดยส่วนมากก็จะได้รับการผ่อนปรนให้เพราะความจำเป็นและข้อจำกัดของการทำงาน แต่หากเป็นคดีอื่นนอกจากคดีประเภทนี้พนักงานสอบสวนก็ยังคงต้องทำสำนวนคดีให้แล้วเสร็จภายในกรอบระยะเวลา โดยหากมีระยะเวลาที่กระชั้นจริงๆ พนักงานสอบสวนก็เลือกที่จะ “ตัด” พยานหลักฐานในส่วนที่ไม่สามารถหาได้ทัน และ “ใส่” เฉพาะส่วนที่มี เพื่อให้สามารถส่งสำนวนได้ทันตามกำหนดระยะเวลา³⁰

²⁸ คุณชนัญ (นามสมมติ) พนักงานสอบสวน สถานีตำรวจแห่งหนึ่งในจังหวัดเชียงใหม่ โดยนางสราฯ สุมะวานิชย์, 2 พฤศจิกายน 2565.

²⁹ เพิ่งอ้าง

³⁰ คุณมนตรี (นามสมมติ) พนักงานสอบสวน สถานีตำรวจแห่งหนึ่งในจังหวัดเชียงใหม่ โดยนางสราฯ สุมะวานิชย์, 8 พฤศจิกายน 2565

2.4 ปริมาณงานที่ไม่สัมพันธ์กับปริมาณคน และไม่สัมพันธ์กับค่าตอบแทน

พนักงานสอบสวนถือเป็นหน่วยงานหนึ่งที่มีเจ้าหน้าที่ไม่เพียงพอต่อปริมาณงาน โดยพนักงานสอบสวนหนึ่งคนอาจต้องรับผิดชอบทำสำนวนปีละกว่าพันคดี

“งานมันเยอะ โรงพักหนึ่งมี 3 คน อย่างโรงพักที่พี่อยู่ตอนนี้ ปีนึงต่อคนที่ทำก็ประมาณร้อยคดี พี่เคยรับผิดชอบมากที่สุด ตอนนั้นอยู่ที่... มีพนักงานสอบสวนอยู่ 5 คน พี่รับไปประมาณพันกว่าคดีต่อปี ก็โหดมากๆ”³¹

“ในผิดเดียว ตั้งแต่ 2 ทุ่ม ถึง 8 โมงเช้า ทั้งที่สายตรวจรับมา จราจรอีกก็ประมาณ 9-10 เรื่อง”³²

ปริมาณงานที่ไม่สัมพันธ์กับปริมาณคน รวมถึงการทำงานภายใต้กรอบระยะเวลาที่จำกัด ย่อมส่งผลกระทบต่อคุณภาพและความสมบูรณ์ของพยานหลักฐานที่จะไปปรากฏในสำนวนด้วย ซึ่งเมื่อนำมาพิจารณาประกอบกับค่าตอบแทนที่พนักงานสอบสวนได้รับ ก็จะทำให้เห็นว่าไม่สัมพันธ์กัน

“เงินค่าสำนวน เน้น เน้น มันถึงจะออกอะ เพราะมันก็แล้วแต่งบประมาณอีก ที ไม่ใช่ว่าเบิกแล้วได้เลย มันไม่ใช่ มันต้องรอ รองงบประมาณเค้าจะแจ้งมา แล้ว เค้าก็จะจัดสรรให้แต่ละโรงพักอีกทีนะ ไม่ใช่ว่าเบิกไหร่ก็ได้เนะ เค้าก็จะบอกว่าโรงพักนั้นได้เท่านั้นๆ ก็เบิกไป..คือมันก็ได้ครบ แต่จะได้เป็นท่อนๆ ไม่ใช่ว่ามีเท่าไร ส่งไปแล้วเบิกได้หมด”³³

ค่าตอบแทนที่พนักงานสอบสวนจะได้รับ นอกจากเงินเดือนประมาณเดือนละสองหมื่นกว่าบาท ซึ่งจะแตกต่างกันตามขั้นของพนักงานสอบสวนแต่ละคนแล้ว พนักงานสอบสวนจะได้รับเงินประจำตำแหน่งหรือ “เงินเพิ่มเป็นกรณีพิเศษสำหรับตำแหน่งผู้ปฏิบัติหน้าที่ด้านสอบสวน

“ก็ถ้ามันไม่ไหวจริง ก็ต้องเอาตามที่เราหาได้แหละ เราไม่สามารถไปยืดระยะเวลาให้มันไปหาต่อได้ เพราะว่ากรอบระยะเวลามันฟิกแค่นี้ คือบางทีมันไม่ถึง 75 เราก็ขอให้มันเกิน 50 ก็ยังดี”

³¹ เพิ่งอ้าง

³² คุณชนัญ (นามสมมติ) พนักงานสอบสวน สถานีตำรวจแห่งหนึ่งในจังหวัดเชียงใหม่ โดยนางสรสา สุขธวานิชย์, 2 พฤศจิกายน 2565.

³³ เพิ่งอ้าง

(ต.ด.ส.)”³⁴ โดยพนักงานสอบสวนจะได้รับแตกต่างกันไปตามตำแหน่งของตน³⁵ และเงินค่าสำนวนหรือเงินค่าตอบแทนการสอบสวนคดีอาญา³⁶ ซึ่งจะจ่ายให้กับพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบการสอบสวนคดีอาญาซึ่งสอบสวนคดีอาญาในความผิดที่กล่าวหา³⁷ โดยเงินค่าสำนวนนี้จะจ่ายให้เฉพาะในกรณีที่มีการสอบสวนแล้วเสร็จ โดยจะต้องมีตัวผู้ต้องหาและส่งสำนวนให้พนักงานอัยการแล้วเท่านั้น³⁸ ซึ่งเงินค่าสำนวนนี้จะมีอัตราที่แตกต่างกัน³⁹ เช่น หากเป็นคดีที่มีอัตราโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี พนักงานสอบสวนจะได้รับเงินค่าสำนวนไม่เกินคดีละ 500 บาท หรือหากเป็นคดีที่มีอัตราโทษจำคุกเกินกว่า 3 ปีขึ้นไป แต่ไม่เกิน 10 ปี พนักงานสอบสวนจะได้รับเงินค่าสำนวนไม่เกินคดีละ 1,000 บาท และหากเป็นคดีที่มีอัตราโทษจำคุกเกินกว่า 10 ปีขึ้นไป พนักงานสอบสวนจะได้รับเงินค่าสำนวนไม่เกินคดีละ 1,500 บาท เป็นต้น

³⁴ ระเบียบ ก.ตร.ว่าด้วยเงินเพิ่มเป็นกรณีพิเศษสำหรับตำแหน่งผู้ปฏิบัติหน้าที่ด้านสอบสวน พ.ศ.2559 ข้อ 4

“ผู้ปฏิบัติหน้าที่ด้านสอบสวน” หมายความว่า ข้าราชการตำรวจซึ่งดำรงตำแหน่งรองสารวัตร สารวัตร และรองผู้กำกับการ หรือเทียบเท่าตำแหน่งดังกล่าว ที่มีอำนาจและหน้าที่ทำการสอบสวนและอยู่ในสายงานสอบสวน

³⁵ ระเบียบ ก.ตร.ว่าด้วยเงินเพิ่มเป็นกรณีพิเศษสำหรับตำแหน่งผู้ปฏิบัติหน้าที่ด้านสอบสวน พ.ศ.2559 ข้อ 6 วรรคแรก
ข้อ 6 ผู้ปฏิบัติหน้าที่ด้านสอบสวน ให้ได้รับ ต.ด.ส. ในอัตรา ดังนี้

- (1) รองสารวัตรหรือเทียบเท่า เดือนละ 12,000 บาท
- (2) สารวัตรหรือเทียบเท่า เดือนละ 14,400 บาท
- (3) รองผู้กำกับการหรือเทียบเท่า เดือนละ 17,300 บาท

³⁶ ระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจ่ายค่าตอบแทนการสอบสวนคดีอาญา พ.ศ.2534 ข้อ 3

“เงินค่าตอบแทน” หมายความว่า เงินค่าตอบแทนการสอบสวนคดีอาญา

³⁷ ระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจ่ายค่าตอบแทนการสอบสวนคดีอาญา พ.ศ.2534 ข้อ 3

“เจ้าหน้าที่” หมายความว่า เจ้าหน้าที่ตำรวจที่เป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบการสอบสวนคดีอาญา ซึ่งสอบสวนคดีอาญาในความผิดที่กล่าวหา

³⁸ ระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจ่ายค่าตอบแทนการสอบสวนคดีอาญา พ.ศ.2534 ข้อ 10

ข้อ 10 การจ่ายเงินค่าตอบแทนตามระเบียบนี้ ให้จ่ายได้เมื่อการสอบสวนคดีอาญาเสร็จ และพนักงานอัยการได้รับสำนวนการสอบสวนแล้ว

³⁹ ระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจ่ายค่าตอบแทนการสอบสวนคดีอาญา พ.ศ.2534 ข้อ 6

ข้อ 6 การจ่ายเงินให้แก่เจ้าหน้าที่ที่ทำการสอบสวนแล้วเสร็จ โดยมีตัวผู้ต้องหาและส่งสำนวนพนักงานอัยการแล้ว ให้ได้รับเงินค่าตอบแทนการสอบสวนคดีอาญา ดังนี้

- 6.1 คดีอาญาซึ่งมีอัตราโทษจำคุกไม่เกินสามปี ไม่เกินคดีละ 500 บาท
- 6.2 คดีอาญาซึ่งอัตราโทษจำคุกเกินกว่าสามปีขึ้นไป แต่ไม่เกินสิบปี ไม่เกินคดีละ 1,000 บาท
- 6.3 คดีอาญาซึ่งมีอัตราโทษจำคุกเกินกว่าสิบปีขึ้นไป ไม่เกินคดีละ 1,500 บาท

ในขณะที่ข้อมูลที่ได้จากการสัมภาษณ์พบว่าในการทำงาน พนักงานสอบสวนกลับมีค่าใช้จ่ายอื่นๆ ที่ “ต้องจ่าย” เพื่อให้งานที่รับผิดชอบอยู่สำเร็จไปได้ด้วยดี โดยสิ่งที่พนักงานสอบสวนจะต้องมีเป็นของตัวเอง เริ่มตั้งแต่อุปกรณ์สำนักงานทั่วไป อย่าง คอมพิวเตอร์ กระดาษ เครื่องปริ้น และในบางคนอาจรวมไปถึงเครื่องถ่ายเอกสารด้วย⁴⁰

“คอมพิวเตอร์ก็ส่วนตัว ไม่มีให้ กระดาษก็ส่วนตัว เพราะว่าที่โรงพักมันเบิกได้แค่พันกว่าบาท ไม่ใช่แค่งานเราละ งานอื่นที่เป็นธุรการ งานป้องกันปราบปรามงานสืบสวน เค้าก็มีเอกสารของเค้าเหมือนกัน เบิกได้พันกว่าบาททั้งโรงพัก ปีนึงเค้าให้มาแค่นี้”⁴¹

“มันก็ต้องจิ้นแหละ ไม่งั้นงานมันก็ไม่เดิน ต้องออกเอง หลวงก็ออกให้ แต่มันก็ไม่พอ อย่างพนักงานสอบสวน 3 คน ให้กระดาษมาริมเดียว มันจะไปพอได้ยังไง”⁴²

แต่ค่าใช้จ่ายที่ดูจะเป็นรายจ่ายที่พนักงานสอบสวนจะต้องจ่ายไปมากที่สุด ก็คือค่าน้ำมันรถ เนื่องจากระเบียบในการใช้รถราชการนั้น พนักงานสอบสวนจะสามารถนำรถของทางราชการออกมาใช้ได้ต่อเมื่อเป็นวันที่อยู่เวรเท่านั้น หากเป็นวันอื่นก็จะไม่สามารถนำรถออกมาใช้ รวมถึงไม่สามารถเบิกค่าน้ำมันได้ เนื่องจากถือว่าไม่ได้อยู่ในระหว่างการปฏิบัติหน้าที่⁴³

“เค้าไม่ให้เอาไป เพราะว่าเราไม่ได้อยู่ในหน้าที่ละ คือ เวลาเราอยู่ในเวร อย่างที่เข้าเวร ในช่วงนั้นเราจะเอารถออกมาไม่ได้ เพราะว่าชาวบ้านมาแจ้งความไม่เจออีก คือ เค้าจะให้หลังจากออกเวรนี้แหละ ถึงจะไปส่ง (สำนวน) เพราะว่าเราไม่มีหน้าที่รับผิดชอบในโรงพักแล้ว แล้วรถหลวงเค้าก็ไม่ให้เอาไป ก็ต้องใช้ส่วนตัว

⁴⁰ คุณอดิรุฑ (นามสมมติ) พนักงานสอบสวน สถานีตำรวจแห่งหนึ่งในจังหวัดเชียงใหม่, โดยนางสรสา สุเมธวานิชย์, 8 ตุลาคม 2565.

⁴¹ คุณมนตรี (นามสมมติ) พนักงานสอบสวน สถานีตำรวจแห่งหนึ่งในจังหวัดเชียงใหม่ โดยนางสรสา สุเมธวานิชย์, 8 พฤศจิกายน 2565.

⁴² คุณชนัญ (นามสมมติ) พนักงานสอบสวน สถานีตำรวจแห่งหนึ่งในจังหวัดเชียงใหม่ โดยนางสรสา สุเมธวานิชย์, 2 พฤศจิกายน 2565.

⁴³ คุณมนตรี (นามสมมติ) พนักงานสอบสวน สถานีตำรวจแห่งหนึ่งในจังหวัดเชียงใหม่ โดยนางสรสา สุเมธวานิชย์, 8 พฤศจิกายน 2565.

เค้าบอกว่าเงินค่าตำแหน่งหมื่นสองเนี่ยเป็นเงินที่เราจะต้องนำมาใช้จ่ายตรงนี้ เค้าเห็นว่าเราได้ค่าตอบแทนเยอะกว่าสายอื่น”⁴⁴

แต่นอกจากค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวกับการทำสำนวนคดีซึ่งถือเป็นงานปกติของพนักงานสอบสวนแล้วนั้น ในบางกรณียังมีค่าใช้จ่ายที่พนักงานสอบสวนจะต้องจ่ายเพื่อให้พยานหลักฐานในสำนวนคดีเป็นไปตามกระบวนการของกฎหมายหมายด้วย หรือคติประเภทที่ “ต้องทำ” ไม่ว่าจะเป็นค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการนำพยานเด็กมาสอบปากคำกับสททวิชาชีพ หรือค่าเดินทางของทนายความที่จะต้องมาอยู่ร่วมด้วยในระหว่างการปากคำของพนักงานสอบสวน ซึ่งค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในส่วนนี้มักจะเป็นค่าใช้จ่ายที่พนักงานสอบสวนในโรงพักที่อยู่ห่างไกลจะต้องเผชิญ

“ที่น้ำกลั้วที่สุดเลย คือ พวกเป็นเด็ก เจอล่าสุดเป็นเด็กบนดอยถูกทำร้าย ร่างกายแต่ด้วยประเด็นมันต้องไปสอบต่อหน้าสททวิชาชีพ เอาจริงไม่ได้ มันไกล ทางก็ลำบาก ต้องรอให้ฝนหยุดตก รถไฟวิ่งยังไม่ได้อีก ที่ต้องจ้างมอเตอร์ไซด์คันละพันเพื่อให้เค้ามาส่ง ส่ง เสร็จปั๊บ ก็ต้องเอารถเราไปเชียงใหม่ พอจะกลับก็ต้องเอาเงินให้เค้าอีก คดีนี้พี่เสียตังค์ตัวเองไป 8 พัน เพื่อให้คดีจบ แล้วพี่ได้ค่าตอบแทน ค่าสำนวนคดีนี้ประมาณพันนึง”⁴⁵

ซึ่ง “ความไม่สะดวก” ต่างๆ ในดำเนินคดีที่พนักงานสอบสวนต้องเผชิญ กลายเป็นสิ่งที่ทำให้หลักในการประกันสิทธิต่างๆ ที่กฎหมายกำหนดไว้ กลายเป็นเพียง “สิ่งที่ต้องทำ” เพื่อให้ครบกระบวนการทางกฎหมายเท่านั้น

“ก็ต้องเป็นเราที่ออกค่าใช้จ่าย แต่ถ้าเป็นพนักงานสอบสวนที่อยู่ในเมือง เค้ามีทนายประจำโรงพักอยู่แล้ว ไม่มีปัญหา แต่ของเราไม่มี ก็ต้องแก้ปัญหาอย่างงี้ ก็สมมติเวลาจับกุมตัวมา เราก็สอบเบื้องต้นก่อน แล้วที่นี้ก็มาสอบพร้อมต่อหน้าทนายก่อนจะฝากขังอีกที ก็ต้องทำให้ครบกระบวนการ ... ที่เค้าบอกว่ามีข้อยกเว้นตามกฎหมายให้แจ้งเหตุขัดข้องไปว่าทนายไม่มา ทางอัยการก็ไม่รับอีก เพราะว่าไม่ครบตามองค์ประกอบของกฎหมาย ก็จะมีปัญหาในเรื่องอำนาจฟ้อง

⁴⁴ เพิ่งอ้าง

⁴⁵ คุณมนตรี (นามสมมติ) พนักงานสอบสวน สถานีตำรวจแห่งหนึ่งในจังหวัดเชียงใหม่ โดยนางสรา สุ่มวานิชย์, 8 พฤศจิกายน 2565.

ของเค้าอีก เนี่ยประเด็นมันเป็นอย่างเงี้ยแหละ คือ ทำยังไงก็ได้ ให้ครบตามที่ปอวิ
เค้าเขียนมา”⁴⁶

นอกจากค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่ได้กล่าวมาในข้างต้น ยังมี “คดีทำเปล่า” ที่พนักงานสอบสวน
ต้องทำสำนวนคดีไปโดยไม่ได้รับเงินค่าสำนวนหรือได้รับเพียงครั้งเดียว ซึ่งก็คือ คดีที่จัดการ
สอบสวน⁴⁷ ต่างๆ หรือคดีที่ “ไม่มีตัว” ผู้กระทำความผิดนั่นเอง กล่าวคือ หากเป็นคดีที่รู้ตัวผู้กระทำความ
ผิด แต่ยังเรียกหรือจับตัวผู้กระทำความผิดไม่ได้ และส่งสำนวนให้กับพนักงานอัยการแล้ว
พนักงานสอบสวนจะได้รับเงินค่าสำนวนเพียงครั้งหนึ่งของอัตราที่กำหนดไว้ข้างต้น⁴⁸ และหากเป็น
คดีที่ฟ้องด้วยวาจา คดีที่พนักงานสอบสวนมีอำนาจเปรียบเทียบปรับ คดีความผิดอันยอมความได้
เมื่อผู้เสียหายได้ถอนคำร้องทุกข์ คดีความผิดลหุโทษ และคดีที่มีโทษปรับสถานเดียว พนักงาน
สอบสวนจะไม่ได้รับเงินค่าสำนวนเลย⁴⁹

จากหลักเกณฑ์การจ่ายเงินค่าสำนวนดังกล่าวจะเห็นได้ว่า มีหลายคดีที่พนักงานสอบสวน
ทำไปแล้วจะไม่ได้รับค่าตอบแทน ไม่ว่าจะเป็นคดีความผิดลหุโทษ คดีความผิดต่อส่วนตัว
หรือแม้จะเป็นคดีที่มีโทษสูง แต่หากเป็นคดีที่ไม่รู้ตัวผู้กระทำความผิด พนักงานสอบสวนก็จะไม่ได้
รับเงินค่าสำนวน หมายความว่า หากพนักงานสอบสวนรับคดีเหล่านี้มาทำ พนักงานสอบสวน

⁴⁶ เพิ่งอ้าง

⁴⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 140 (1)

มาตรา 140 เมื่อพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบในการสอบสวน เห็นว่าการสอบสวนเสร็จแล้ว ให้จัดการอย่างหนึ่ง
อย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) ถ้าไม่ปรากฏตัวผู้กระทำความผิดและความผิดนั้นมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงไม่เกิน 3 ปี ให้พนักงานสอบสวนด
การสอบสวน และบันทึกเหตุทั้งนั้นไว้ แล้วให้ส่งบันทึกพร้อมสำนวนไปยังพนักงานอัยการ

⁴⁸ ระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจ่ายค่าตอบแทนการสอบสวนคดีอาญา พ.ศ.2534 ข้อ 8

ข้อ 8 คดีอาญาใดที่เจ้าหน้าที่สอบสวนแล้วเสร็จ และรู้ตัวผู้กระทำความผิด แต่ยังเรียกหรือจับตัวผู้กระทำความผิด
ไม่ได้ และส่งสำนวนพนักงานอัยการแล้ว ให้ได้รับเงินค่าตอบแทนตามที่กำหนดไว้ในข้อ 6 เพียงกึ่งหนึ่ง

⁴⁹ ระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจ่ายค่าตอบแทนการสอบสวนคดีอาญา พ.ศ.2534 ข้อ 7

ข้อ 7 การสอบสวนคดีอาญาดังต่อไปนี้ ห้ามมิให้จ่ายเงินค่าตอบแทน

7.1 คดีฟ้องด้วยวาจา

7.2 คดีที่พนักงานสอบสวนมีอำนาจเปรียบเทียบปรับ

7.3 คดีความผิดอันยอมความได้ เมื่อได้ถอนคำร้องทุกข์โดยถูกต้องตามกฎหมาย

7.4 คดีความผิดลหุโทษ

7.5 คดีความผิดที่มีโทษปรับสถานเดียว

จะต้องเสียทั้งเวลาและค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในการทำงานคดีเหล่านี้ไป โดยที่ไม่ได้อะไรตอบแทน ซึ่งเมื่อคำนึงถึงจำนวนคดีที่พนักงานสอบสวนจะต้องทำแล้ว จึงไม่น่าแปลกใจที่พนักงานสอบสวนจำนวนมากเลือกที่จะ “เป่าคดี”

“มันจะเบิกอะไรไม่ได้ซักอย่างเลยนะ... ถ้าเป็นสำนวนที่เรารับแล้วมันไม่รู้ตัว มันก็ต้องทำทั้งหมดนะ แต่มันเบิกไม่ได้ สำนวนสั่งฟ้องสั่งไม่ฟ้องนี่ยังได้อยู่นะ แต่ถ้างดเนี่ย ไม่ได้ พนักงานสอบสวนถึงไม่ค่อยรับคดีเง...เสี่ยงกระดากไปว่าตายเวลาทำอีก”⁵⁰

จะเห็นได้ว่าในการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานสอบสวนล้วนแล้วแต่มีค่าใช้จ่ายที่พนักงานสอบสวนเจ้าของคดีจะต้องเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายเพื่อให้คดีสามารถดำเนินไปได้จนสำเร็จลุล่วง ซึ่งเป็นที่น่าสังเกตว่าการที่พนักงานสอบสวนเจ้าของคดีเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในการดำเนินคดีนั้น ย่อมส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพหรือความครบถ้วนสมบูรณ์ของพยานหลักฐานในคดีมากน้อยแตกต่างกันไป

2.5 ความก้าวหน้าในการทำงานกับอำนาจบังคับบัญชา

“มึงจะทำสำนวนเก่งไม่เก่ง มันไม่มีผลกับความก้าวหน้าของมึงหรอก เว้นแต่ มึงจะทำสำนวนที่เป็นของนายอะ ที่นายชอบมากอะ”⁵¹

“ก็ต้องเข้าหานายอะ ละก็อาจจะมีปัจจัยนิดนึง หลักแสน...”⁵²

ในการเลื่อนตำแหน่งของพนักงานสอบสวนนั้น ถูกกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ.2547 แต่เดิมการเลื่อนตำแหน่งของพนักงานสอบสวนเป็นไปแบบ “เลื่อนไหล”⁵³ กล่าวคือ เป็นระบบที่เมื่อมีจำนวนคดี และมีอายุราชการครบตามที่กฎหมายกำหนด⁵⁴ พนักงาน

⁵⁰ คุณชนัญ (นามสมมติ) พนักงานสอบสวน สถานีตำรวจแห่งหนึ่งในจังหวัดเชียงใหม่ โดยนางสรสา สุเมธวานิชย์, 2 พฤศจิกายน 2565.

⁵¹ คุณอดิรุต (นามสมมติ) พนักงานสอบสวน สถานีตำรวจแห่งหนึ่งในจังหวัดเชียงใหม่, โดยนางสรสา สุเมธวานิชย์, 8 ตุลาคม 2565.

⁵² คุณมนตรี (นามสมมติ) พนักงานสอบสวน สถานีตำรวจแห่งหนึ่งในจังหวัดเชียงใหม่ โดยนางสรสา สุเมธวานิชย์, 8 พฤศจิกายน 2565.

⁵³ เพิ่งอ้าง

⁵⁴ คุณชนัญ (นามสมมติ) พนักงานสอบสวน สถานีตำรวจแห่งหนึ่งในจังหวัดเชียงใหม่ โดยนางสรสา สุเมธวานิชย์, 2

สอบสวนคนนั้นก็จะได้เลื่อนตำแหน่งไปโดยอัตโนมัติ เช่น เมื่อพนักงานสอบสวนได้ดำรงตำแหน่งและได้รับเงินเดือนตามที่คณะกรรมการข้าราชการตำรวจ (ก.ตร.) กำหนด และได้ผ่านการประเมินตามกฎหมาย ก.ตร. แล้ว พนักงานสอบสวนผู้นั้นก็จะได้เลื่อนเป็นพนักงานสอบสวนผู้ชำนาญการหรือสารวัตรทันที⁵⁵ หรือเมื่อพนักงานสอบสวนผู้ชำนาญการ เมื่อดำรงตำแหน่งเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่า 3 ปี และได้ผ่านการประเมินตามกฎหมายของ ก.ตร.แล้ว พนักงานสอบสวนผู้นั้นก็จะได้รับแต่งตั้งเป็นพนักงานสอบสวนผู้ชำนาญการพิเศษหรือได้รับเลื่อนตำแหน่งเป็นระดับรองผู้กำกับตนเอง⁵⁶ ซึ่งหลักเกณฑ์และวิธีการประเมินผลการปฏิบัติงานของพนักงานสอบสวนที่ใช้เป็นเงื่อนไขสำคัญในการพิจารณาเลื่อนตำแหน่งนี้ได้ถูกกำหนดไว้ใน กฎ ก.ตร. โดยจะนำผลการประเมินไปใช้เป็นข้อมูลประกอบการพิจารณาแต่งตั้งและเลื่อนเงินเดือน⁵⁷ ซึ่งการประเมินจะพิจารณาจากผลงานและคุณลักษณะของผู้ปฏิบัติราชการ เช่น การประเมินผลงานจะพิจารณาจาก ปริมาณงาน คุณภาพของผลงาน ความทันเวลา ผลลัพธ์ หรือประโยชน์ในการนำไปใช้และประสิทธิผลของงาน ส่วนการประเมินคุณลักษณะของผู้ปฏิบัติราชการ เช่น ความสามารถและความอุตสาหะในการปฏิบัติราชการ การรักษาวินัย การปฏิบัติตนเหมาะสมกับการเป็นข้าราชการตำรวจ ความคิดริเริ่ม

พศจิกายน 2565.

⁵⁵ พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ.2547 มาตรา 47(1)

(1) พนักงานสอบสวน เมื่อได้ดำรงตำแหน่งและได้รับเงินเดือนตามที่ ก.ตร.กำหนด อีกทั้งได้ผ่านการประเมินแล้วให้ผู้นั้นเป็นพนักงานสอบสวนผู้ชำนาญการ

⁵⁶ พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ.2547 มาตรา 47(2)

(2) พนักงานสอบสวนผู้ชำนาญการ เมื่อดำรงตำแหน่งเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่าสามปี และได้รับเงินเดือนถึงขั้นต่ำของระดับ ส.3 อีกทั้งได้ผ่านการประเมินแล้ว ให้ผู้นั้นเป็นพนักงานสอบสวนผู้ชำนาญการพิเศษ

⁵⁷ กฎ ก.ตร.ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการและระยะเวลาการประเมินผลการปฏิบัติราชการของข้าราชการตำรวจ พ.ศ. 2547 ข้อ 3

ข้อ 3 การประเมินผลการปฏิบัติราชการของข้าราชการตำรวจ มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้บังคับบัญชาใช้เป็นเครื่องมือในการปรับปรุงประสิทธิภาพและประสิทธิผลการปฏิบัติราชการ และนำผลการประเมินไปใช้เป็นข้อมูลประกอบการพิจารณาแต่งตั้งและเลื่อนเงินเดือน

การสร้างสรรค์ และงานเชิงรุก เป็นต้น⁵⁸ จะมีการประเมินปีละ 2 ครั้งตามรอบปีงบประมาณ⁵⁹ โดยการประเมินผลการปฏิบัติราชการจะคิดสัดส่วนจากผลคะแนนการประเมินไม่น้อยกว่าร้อยละ 70⁶⁰

⁵⁸ กฎ ก.ตร.ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการและระยะเวลาการประเมินผลการปฏิบัติราชการของข้าราชการตำรวจ พ.ศ.

2547 ข้อ 4

ข้อ 4 การประเมินผลการปฏิบัติราชการของข้าราชการตำรวจ ให้ประเมินจากผลงานและคุณลักษณะผู้ปฏิบัติราชการ ดังนี้

- (1) การประเมินผลงาน ให้พิจารณาจากองค์ประกอบ ดังต่อไปนี้
 - (ก) ปริมาณงาน
 - (ข) คุณภาพของผลงาน
 - (ค) ความทันเวลา
 - (ง) ผลลัพธ์ ประโยชน์ในการนำไปใช้และประสิทธิภาพของงาน
 - (จ) การประหยัดทรัพยากรหรือความคุ้มค่าของผลงาน
- (2) การประเมินคุณลักษณะผู้ปฏิบัติราชการ ให้พิจารณาจากองค์ประกอบดังต่อไปนี้
 - (ก) ความสามารถและความอุตสาหะในการปฏิบัติราชการ
 - (ข) การรักษาวินัย
 - (ค) การปฏิบัติตนเหมาะสมกับการเป็นข้าราชการตำรวจ
 - (ง) ความคิดริเริ่ม การสร้างสรรค์ และงานเชิงรุก

สำนักงานตำรวจแห่งชาติ อาจกำหนดให้มืองค์ประกอบการประเมินอื่นๆ เพิ่มเติมได้ตามความเหมาะสมของลักษณะภารกิจและสภาพการปฏิบัติราชการของข้าราชการตำรวจในตำแหน่งต่างๆ โดยให้กำหนดตัวชี้วัดขององค์ประกอบการประเมิน รวมทั้งแบบประเมินผลการปฏิบัติราชการของข้าราชการตำรวจให้ชัดเจน เป็นรูปธรรม

⁵⁹ กฎ ก.ตร.ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการและระยะเวลาการประเมินผลการปฏิบัติราชการของข้าราชการตำรวจ พ.ศ.

2547 ข้อ 6

- ข้อ 6 ให้ประเมินผลการปฏิบัติราชการของข้าราชการตำรวจปีละ 2 ครั้ง ตามรอบปีงบประมาณ คือ
- ครั้งที่ 1 ระหว่างวันที่ 1 ตุลาคม ถึง 31 มีนาคม ของปีถัดไป
 - ครั้งที่ 2 ระหว่างวันที่ 1 เมษายน ถึง 30 กันยายน ของปีเดียวกัน

⁶⁰ กฎ ก.ตร.ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการและระยะเวลาการประเมินผลการปฏิบัติราชการของข้าราชการตำรวจ พ.ศ.

2547 ข้อ 7

ข้อ 7 การประเมินผลการปฏิบัติราชการ ให้มีสัดส่วนคะแนนการประเมินจากผลงานไม่น้อยกว่าร้อยละ 70 และแบ่งกลุ่มผลการประเมินไม่น้อยกว่า 3 กลุ่ม เช่น กลุ่มสูงกว่ามาตรฐานกลาง กลุ่มอยู่ในมาตรฐานกลาง และกลุ่มต่ำกว่ามาตรฐานกลาง เป็นต้น โดยให้ผู้บังคับบัญชาจัดทำบัญชีรายชื่อผู้ที่มีผลการประเมินไว้ให้ชัดเจนทุกครั้งที่มีการประเมิน

“แต่ก่อนนี้เราไม่ต้องวิ่ง เราประเมินเอา นั่งทำงานไปนั่นแหละ เอาสำนวนไป
เค้าก็จะคัดเอาสำนวนที่เจ๋งๆ ไป คดีฆ่า คดียากๆ ชับซ้อน เอาไปประเมิน แล้ว
คณะกรรมการเค้าก็จะพิจารณา แต่ตอนนี้เค้ายุบระบบนี้ไปเลย..

“...รุ่นใหม่นี้ไม่ต้องวิ่ง แล้วก็เปลี่ยนสายงานได้ สมมติว่าเส้นเราดี เราไม่เอา
ละสายสอบสวน เราไปเป็นสารวัตรจราจร เรายังเป็นได้หมด..”⁶¹

“อย่างถ้าเป็นพนักงานสอบสวนเหมือนกัน ครองยศตั้งแต่ร้อยตรีถึงร้อยเอก
ครบ 7 ปี เค้าก็จะเลื่อนไหลไปเลย แต่ว่าปี 57 ที่เค้าแก้กฎหมายในการเลื่อนระดับ
คือในส่วนพนักงานสอบสวนจะไม่มีการเลื่อนไหลละ แต่จะมาเอาความอาวุโส
ความเหมาะสม รวมกับสายงานอื่นหมดเลย ไม่ว่าจะเป็นสายป้องกันปราบปราม
สายสืบสวน สายอำนวยการ จากที่แต่เดิมจะเลื่อนไหลแค่พนักงานสอบสวน
เพราะเหมือนเป็นการประกันอะ เพราะอย่างที่รู้กันว่างานมันโหดเยอะ”⁶²

จากการศึกษาพบว่าก่อนที่จะมีการรัฐประหารของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.)
การเลื่อนตำแหน่งของพนักงานสอบสวนจะเป็น “ระบบเลื่อนไหล” โดยใช้วิธีการประเมินจาก
“ผลงาน” ตามที่ได้กล่าวมาในข้างต้น แต่พอหลังจากการรัฐประหาร คณะรัฐประหารได้มีการออก
คำสั่งหลายคำสั่งเพื่อแก้ไขกฎหมายของประเทศ หนึ่งในนั้นคือการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับ
การเลื่อนตำแหน่งของพนักงานสอบสวน โดยกฎหมายใหม่ที่ได้รับการแก้ไขนี้ได้กำหนดให้การ
แต่งตั้งตำแหน่งต่างๆ ของข้าราชการตำรวจมาจากการพิจารณาของผู้บังคับบัญชา โดยที่แม้จะมี
การกำหนดให้มีการแต่งตั้ง “คณะกรรมการกลั่นกรองการแต่งตั้งข้าราชการตำรวจ”
ขึ้นเพื่อทำหน้าที่พิจารณาการแต่งตั้งข้าราชการตำรวจในตำแหน่งต่าง ๆ ก่อนที่จะเสนอต่อ
ผู้บังคับบัญชาก็ตาม แต่กฎหมายใหม่ที่ถูกแก้ไขนี้ยังได้กำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมว่า ให้ผู้สั่งแต่งตั้งมี
อำนาจในการแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมการแต่งตั้งข้าราชการตำรวจได้หากผู้สั่งแต่งตั้งเห็น

⁶¹ คุณชนัญ (นามสมมติ) พนักงานสอบสวน สถานีตำรวจแห่งหนึ่งในจังหวัดเชียงใหม่ โดยนางสรสา สุเมธวานิชย์, 2 พฤศจิกายน 2565.

⁶² คุณมนตรี (นามสมมติ) พนักงานสอบสวน สถานีตำรวจแห่งหนึ่งในจังหวัดเชียงใหม่ โดยนางสรสา สุเมธวานิชย์, 8 พฤศจิกายน 2565.

ว่ารายชื่อที่ส่งมานั้นไม่เหมาะสมหรือมีข้าราชการตำรวจคนอื่นซึ่งเห็นสมควรดำรงตำแหน่งแทนได้⁶³

เมื่อระบบการ “ประเมินผลงาน” ถูกเปลี่ยนไปเป็น “ระบบคัดเลือก” ย่อมทำให้ทัศนคติในการทำงานของพนักงานสอบสวนเปลี่ยนแปลงไป

“การทำงานของพวกเราเนี่ย มันไม่มีทางเลือกตำแหน่งได้เลย การเลื่อนตำแหน่ง เนี่ยต้องรออาวุโส คือ ต้องรอให้เค้าเกษียณ เราถึงจะขึ้นได้ แต่ถ้าเป็นนายร้อยอะ 7 ปี เค้าก็ขึ้นพันตรี พันโท กันแล้ว แต่ของเรา ถ้าเราไม่วิ่งนะ เต้นนะ ถ้าเราทำงานอยู่ที่เดิมนะ ไม่มีทาง .. เมื่อก่อนเคยมีการสอบประเมิน แต่ตอนนี้ เปลี่ยนเป็นอาวุโส 33% คือใน 100 คน ที่คุณจะเลื่อนขั้นเนี่ย มีแค่ 33 คน ที่อิงตามอาวุโส ส่วนอีก 67 คน ขึ้นด้วยความสามารถ แต่ความสามารถมันไม่มีในโลก ใครเป็นคนเห็นความสามารถ..การเลื่อนตำแหน่งอะ สำคัญ คือ เราไม่ได้แสวงหาว่าเราต้องเป็น ผบ.ตร. คือ ทำดีให้ตายก็ไม่ก้าวหน้า มันคือความท้อแท้ของหน่วยงานเลย”⁶⁴

“นักเรียนนายร้อยอะจบมา 22 เป็นนายตำรวจทุกคน ไม่ได้เกิดจากเจนเนอรัล เบ้ (general เบ้) การบริหารจัดการก็จะเลือกช่องทางที่สบายที่สุด ไรที่สุด เพราะไม่ได้มองว่ากระบวนการยุติธรรมเป็นยังไง เนี่ย เค้าไม่ได้สน เค้าสนใจแค่เค้าจะได้เค้าไปได้อย่างไร”⁶⁵

นอกจากทัศนคติที่มีต่อการทำงานแล้ว “ระบบคัดเลือก” ยังทำให้รูปแบบการปฏิบัติหน้าที่รวมถึงการใช้ดุลยพินิจของพนักงานสอบสวนเปลี่ยนแปลงไปด้วย โดยการปฏิบัติงาน

⁶³ พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ.2547 มาตรา 54 วรรคท้าย

กรณีและผู้สั่งแต่งตั้งเห็นว่ารายชื่อข้าราชการตำรวจตามวรรคหนึ่ง ผู้ใดมีความไม่เหมาะสมหรือมีข้าราชการตำรวจซึ่งเห็นสมควรดำรงตำแหน่งต่างๆ เพื่อประโยชน์แก่การบริหารงานบุคคลของข้าราชการตำรวจให้เดประสิทธิภาพ ให้ผู้สั่งแต่งตั้งมีอำนาจแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมการแต่งตั้งข้าราชการตำรวจให้ดำรงตำแหน่งต่างๆ แล้วดำเนินการแต่งตั้ง หรือสั่งให้พิจารณาทบทวนการเสนอแต่งตั้งได้ตามควรแก่กรณี

⁶⁴ คุณอดิรุฒ (นามสมมติ) พนักงานสอบสวน สถานีตำรวจแห่งหนึ่งในจังหวัดเชียงใหม่, โดยนางสรสา สุขธวานิชย์, 8 ตุลาคม 2565.

⁶⁵ เพิ่งอ้าง

จะเป็นไปในรูปแบบ “นายสั่ง” กล่าวคือ อำนาจบังคับบัญชาสามารถกำหนดทิศทางของ
สำนวนคดีได้

“ ‘ทุกอย่าง’ ของคดี จะต้องผ่านผู้กำกับ ก็คือ เค้าจะเป็นพนักงานสอบสวน
ผู้รับผิดชอบ”⁶⁶

“มันจะไปหักเค้าไม่ได้ ถ้าเราบอกล้างฟ้อง เค้าบอกล้างไม่ฟ้อง มันไม่มี มัน เป็นไป
ไม่ได้ สำนวนพนักงานสอบสวนนี่นะ”⁶⁷

“เมื่อก่อนจะมีแบบ ‘เฮ้ย คนนี้รู้จักนาย’ ‘คนนี้รู้จัก...’ อะไรพวกนี้ นายก็จะ
ไปอีกทาง มันเปลี่ยนผล แต่มันก็เปลี่ยนไม่ได้ 100% แต่มันก็ทำให้เบาลงได้ ..ถ้า
ไปขัดเค้ามันจะมีปัญหา เราจะถูกเพ่งเล็ง แล้วคนเซ็นต์ ก็ต้องเป็นเบอร์ 1 ของ
โรงพัก เกิดเราไปขัดเค้านี่ มีปัญหา เราจะออกสำนวนยาก งานก็ค้าง ปริมาณ
งานก็เยอะ”⁶⁸

“มันเลยเกิดการแทรกแซงว่า ‘กูรู้จักผู้กำกับนะเว้ย กูแทรกผู้กำกับได้’ ซึ่ง
เราก็เชื่อว่าแทรกได้”⁶⁹

จะเห็นได้ว่าความก้าวหน้าในการทำงานที่ขึ้นอยู่กับความเห็นของผู้บังคับบัญชา ส่งผลให้
ในการทำงานของพนักงานสอบสวนก็จำเป็นต้องทำงานไปในทิศทางเดียวกันกับ “ความเห็น”
ของผู้บังคับบัญชาด้วยเช่นกัน ซึ่งนอกจากความเห็นในการทำคดีแล้ว ความคืบหน้าหรือความ
รวดเร็วในการดำเนินคดีก็ยังเป็นสิ่งที่ขึ้นอยู่กับผู้บังคับบัญชาด้วย

“ล่าสุดคดีเหมือนแร้ที่.... (ผู้กำกับ) แต่ละคนไม่เหมือนกันเลย คือ คดีนี้ผ่านผู้
กำกับประมาณ 4-5 คน ทุกคนก็ต่างกลัวใจ เพราะทางเหมือนแร้เค้าก็มีอิทธิพล

⁶⁶ คุณมนตรี (นามสมมติ) พนักงานสอบสวน สถานีตำรวจแห่งหนึ่งในจังหวัดเชียงใหม่ โดยนางสรสา สุเมธวานิชย์,
8 พฤศจิกายน 2565.

⁶⁷ คุณขวัญ (นามสมมติ) พนักงานสอบสวน สถานีตำรวจแห่งหนึ่งในจังหวัดเชียงใหม่ โดยนางสรสา สุเมธวานิชย์, 2
พฤศจิกายน 2565.

⁶⁸ คุณมนตรี (นามสมมติ) พนักงานสอบสวน สถานีตำรวจแห่งหนึ่งในจังหวัดเชียงใหม่ โดยนางสรสา สุเมธวานิชย์,
8 พฤศจิกายน 2565.

⁶⁹ คุณอดิรุต (นามสมมติ) พนักงานสอบสวน สถานีตำรวจแห่งหนึ่งในจังหวัดเชียงใหม่, โดยนางสรสา สุเมธวานิชย์,
8 ตุลาคม 2565.

อะไรของเค้า รู้จักนาย รู้จักอะไรข้างบน จนสุดท้ายเนี่ย มาเจอผู้กำกับที่แบบ ‘ผมจะเกษียณละอีกไม่กี่วัน เดี่ยวผมเซ็นให้’ ออกเลย ค้างมา 4 ปี... ท่านเดิมท่านไม่กล้าทำท่านก็หมกไว้ แล้วท่านก็ย้ายไปที่อื่น...”⁷⁰

นอกจากนี้สภาพการทำงานที่อยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชา ยังส่งผลต่อความเครียดของพนักงานสอบสวน ในบางครั้งอาจนำไปสู่ปัญหาครอบครัว หรือแม้แต่ปัญหาการฆ่าตัวตายของพนักงานสอบสวนได้

“นายก็บ๊ีบ อัยการก็บ๊ีบ เหมือนกล้วยหับอะ... ลองไปทะเลาะกับผู้กำกับดูดิ แป๊กไม่ว่า แต่มันจะอยู่ไม่สนุกอะดิ...”⁷¹

“..โดนนายกดดัน กระบวนการภายในเฉพาะเลยครับ อย่างเดียวเลย รู้เลยเมื่อก่อนมันจะมีเยอะยิ่งกว่านี้ เพราะว่าพี่ที่เสียชีวิตเมื่อก่อนก็อยู่ที่... ด้วยกัน ที่เค้ายังตัวตายเสียชีวิตที่... คือ โดนคดีป่าไม้ อีกฝั่งหนึ่งก็เป็นผู้มีอิทธิพลของ... อีกฝั่งหนึ่งก็นายก็กดมา ก็ไม่รู้จะทำยังไง หาทางออกไม่ได้ ก็ยังตัวตายเลย”⁷²

และถึงแม้ว่าในปัจจุบันจะมีการออกพระราชบัญญัติตำรวจฉบับใหม่ (ฉบับปี 2565) ที่ได้มีการประกาศและมีผลบังคับใช้ในวันที่ 17 ตุลาคม 2565 ที่ผ่านมาก็ตาม โดยเป็นกฎหมายที่แม้จะมีการแก้ไขเรื่องการแต่งตั้งข้าราชการตำรวจใหม่ แต่ในขณะนี้ยังมีความชัดเจนแน่นอน เนื่องจากการยังไม่มี การออก กฎ ก.ตร. ที่เกี่ยวข้องออกมาบังคับใช้ นอกจากนี้ปัญหาและอุปสรรคต่างๆ ที่พนักงานสอบสวนต้องพบเจอ ได้ส่งผลกระทบต่อทัศนคติของพนักงานสอบสวนที่มีต่อการทำงานรวมถึงกระบวนการยุติธรรมเช่นกัน

“โอ้ ความยุติธรรมมันไม่มีหรือครับ เพราะเราเห็นในระบบมานานอะ มันไม่มีหรือ มันอยู่ที่ว่าใครมีแบค (back) ดีกว่า รู้จักพวกมากกว่า... ทุกคนก็อยากจะซื้อสัตย์ต่อหน้าที่ ถ้าเราทำได้เต็มตามที่เรามีอำนาจหน้าที่ ที่เราทำได้ แต่

⁷⁰ คุณมนตรี (นามสมมติ) พนักงานสอบสวน สถานีตำรวจแห่งหนึ่งในจังหวัดเชียงใหม่ โดยนางสรสา สุเมธวานิชย์, 8 พฤศจิกายน 2565.

⁷¹ คุณอดิรุต (นามสมมติ) พนักงานสอบสวน สถานีตำรวจแห่งหนึ่งในจังหวัดเชียงใหม่, โดยนางสรสา สุเมธวานิชย์, 8 ตุลาคม 2565.

⁷² คุณมนตรี (นามสมมติ) พนักงานสอบสวน สถานีตำรวจแห่งหนึ่งในจังหวัดเชียงใหม่ โดยนางสรสา สุเมธวานิชย์, 8 พฤศจิกายน 2565.

อำนาจเราไม่เต็มร้อยใจ คือ อยู่ในความควบคุมของทั้ง 2 ฝ่าย ทั้งผู้กำกับ ทั้ง
อัยการ เค้าอาจจะไปวิ่งอีกช่องทางหนึ่งที่ใหญ่กว่าเราก็ได้ อย่างพนักงาน อัยการมี
อำนาจสั่งสอบเพิ่มเติม...ถึงขั้นเรา เราทำให้เค้าไม่ได้ แต่ชั้นบนเค้าจะกดเรา
ลงมา..”⁷³

“ร้อยเวรไม่มีเงินนะ แลกมัยสายธารกระบวนกรยุติธรรมอะ เงินประจำ
ตำแหน่งมันน้อยมากอะ ซึ่งมันล่อตาล่อใจในการรับได้โต๊ะอะ”⁷⁴

และในขณะเดียวกันพนักงานสอบสวนเหล่านี้ก็รู้ถึงทัศนคติที่ประชาชนมีต่อเจ้าหน้าที่
ตำรวจเช่นกัน

“ก็ต้องทำใจอะ เพราะว่าด้วยส่วนหนึ่งเค้าไม่รู้หรอกว่าเราทำอะไรบ้าง เรา
มันใจว่าเราทำ ทำให้เค้าเต็มที่อยู่แล้ว ตามกรอบระยะเวลาแล้วก็พยายามหลักฐานที่
เราจะหาได้ในช่วงเวลานั้น ไม่ใช่เราจะมองผู้ต้องหาว่า ‘เฮ้ย คุณผิดแน่นอน คุณ
ยังงี้ก็ต้องผิด’...เราทำให้เค้าเต็มทีนะ แต่ว่าการซังน้ำหนัทยานหลักฐานไม่ใช่
อำนาจของเรา”⁷⁵

“บางอันมันไม่จริงจังๆ ก็ยอมรับ อันนี้มันเป็นระบบอุปถัมภ์ เป็นระบบเก่า
ระบบชั้นยศ”⁷⁶

3. บทสรุป: ปัญหาและอุปสรรคในการใช้ดุลยพินิจของพนักงานสอบสวน

ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น เมื่อรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดหรือความบริสุทธิ์
ของผู้ต้องหาซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่โดยตรงของพนักงานสอบสวนนั้น เป็นอำนาจหน้าที่ที่นอกจากจะ

⁷³ เพิ่งอ้าง

⁷⁴ คุณอดิรุต (นามสมมติ) พนักงานสอบสวน สถานีตำรวจแห่งหนึ่งในจังหวัดเชียงใหม่, โดยนางสรสา สุเมธวานิชย์,
8 ตุลาคม 2565.

⁷⁵ คุณมนตรี (นามสมมติ) พนักงานสอบสวน สถานีตำรวจแห่งหนึ่งในจังหวัดเชียงใหม่ โดยนางสรสา สุเมธวานิชย์,
8 พฤศจิกายน 2565.

⁷⁶ คุณชนัญ (นามสมมติ) พนักงานสอบสวน สถานีตำรวจแห่งหนึ่งในจังหวัดเชียงใหม่ โดยนางสรสา สุเมธวานิชย์, 2
พฤศจิกายน 2565.

ขึ้นอยู่กับทักษะ ความสามารถและประสบการณ์ส่วนบุคคลแล้ว ยังเป็นอำนาจหน้าที่ที่ไม่มีกฎหมายกำหนดกรอบเอาไว้อย่างชัดเจน จึงเท่ากับว่าวิธีการในการได้มาซึ่งพยานหลักฐานรวมถึงจำนวนพยานหลักฐานที่ “เพียงพอ” ต่อการฟ้องคดีนั้นเป็นสิ่งที่ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของพนักงานสอบสวนเจ้าของคดี กล่าวได้ว่า พนักงานสอบสวนเจ้าของคดีเป็นผู้ที่มีอำนาจใช้ดุลยพินิจในการ “คัดเลือก” พยานหลักฐานที่สามารถพิสูจน์ความผิดหรือความบริสุทธิ์ของผู้ต้องหา อันจะนำไปสู่การกำหนดข้อหาหรือความร้ายแรงของคดีได้

แต่เมื่อนำอำนาจหน้าที่ดังกล่าวของพนักงานสอบสวนมาพิจารณาร่วมกับปัญหาและอุปสรรคต่างๆ ที่พนักงานสอบสวนจะต้องเผชิญ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องระยะเวลาในการทำงานที่แม้ว่าจะมีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และคำสั่งภายในของสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ที่ 419 แล้ว แต่ในทางปฏิบัติพนักงานสอบสวนยังกรอระยะเวลาที่เกิดจากข้อตกลงภายในและธรรมเนียมปฏิบัติขององค์กรกำกับอยู่อีกชั้นหนึ่ง ทำให้ในความเป็นจริงแล้วพนักงานสอบสวนมีระยะเวลามีการปฏิบัติหน้าที่หรือมีระยะเวลาในการรวบรวมพยานหลักฐานน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้

และเมื่อประกอบกับปริมาณงานที่ไม่สัมพันธ์กับปริมาณคนจนถึงขนาดที่ใน 1 ปี พนักงานสอบสวน 1 คนอาจต้องรับผิดชอบคดีมากถึง 1 พันคดี สิ่งเหล่านี้นี้ย่อมก่อให้เกิดปัญหาต่างๆ ตามมา ไม่ว่าจะเป็นการที่พนักงานสอบสวนเลือกที่จะตั้งข้อหาแก่ผู้ต้องหาให้รุนแรงเกินกว่าที่เป็นจริงเพื่อให้พนักงานสอบสวนมีเวลาในการทำงานมากขึ้นกว่าเดิม หรือแม้แต่การเลือกที่จะ “ตัด” พยานหลักฐานบางอย่างออกและใช้พยานหลักฐาน “เท่าที่มี” เพื่อที่จะทำให้พนักงานสอบสวนสามารถส่งสำนวนคดีได้ทันตามกำหนดระยะเวลา

ประกอบกับค่าตอบแทนที่ไม่สัมพันธ์กับค่าใช้จ่ายที่พนักงานสอบสวนต้องเสียไปกับการรวบรวมพยานหลักฐาน โดยค่าตอบแทนที่พนักงานสอบสวนจะได้รับหลัก ๆ จะมีอยู่ 3 ประการ คือ 1) เงินเดือน 2) เงินประจำตำแหน่ง และ 3) เงินค่าสำนวน แต่เงินที่พนักงานสอบสวนจะได้รับเป็นจำนวนที่แน่นอนทุกเดือนคือเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่ง ซึ่งจะอยู่ที่ราว ๆ เดือนละ 3 หมื่นกว่าบาท แตกต่างกันไปตามตำแหน่งและลำดับชั้นของพนักงานสอบสวนแต่ละคน โดยค่าตอบแทนดังกล่าวนอกจากจะใช้ในการดำรงชีพหรือแม้แต่ดูแลครอบครัวของตนเองแล้ว พนักงานสอบสวนยังจะต้องนำเงินดังกล่าวไปใช้กับการทำสำนวนคดีของตัวเองอีกด้วย ไม่ว่าจะเป็นค่ากระดาษ, ค่าหมึกปรินท์ หรือแม้แต่ค่าถ่ายเอกสาร รวมไปถึงค่าน้ำมันรถที่พนักงานสอบสวน

จำเป็นต้องใช้รศส่วนตัวไปกับการปฏิบัติหน้าที่ นอกจากนี้ยังมีค่าใช้จ่ายที่พนักงานสอบสวนในพื้นที่ห่างไกลจะต้องเผชิญ ไม่ว่าจะเป็นค่าใช้จ่ายในการนำผู้เสียหายหรือพยานที่เป็นเด็กหรือเยาวชนที่อาศัยอยู่ในพื้นที่ห่างไกลไปสอบปากคำกับสทวิชาชีพ หรือแม้แต่ค่าใช้จ่ายในการเดินทางของทนายความ ที่พนักงานสอบสวนเจ้าของคดีจะต้องเป็นผู้จ่ายเพื่อให้ทนายความอยู่ร่วมด้วยในระหว่างการสอบปากคำผู้ต้องหา เหล่านี้เป็นค่าใช้จ่ายที่พนักงานสอบสวนโดยเป็นค่าใช้จ่ายที่พนักงานสอบสวนในพื้นที่ห่างไกลจะต้องเผชิญเพื่อให้การรวบรวมพยานหลักฐานเป็นไปตามหลักการและเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ สิ่งเหล่านี้น่อมกระทบถึงการอำนวยความสะดวกของพนักงานสอบสวนในด้านต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการ “เลือก” ที่จะรับหรือไม่รับคดี (การปฏิเสธไม่รับแจ้งความหรือการเป่าคดี) หรือแม้แต่การเลือกที่จะเปิดโอกาสให้มีการไกล่เกลี่ยกัน แม้จะเป็นคดีความผิดอาญาแผ่นดินที่ไม่สามารถยอมความกันได้ เพื่อให้คดีจบและไม่ต้องทำสำนวนคดี นอกจากนี้ยังอาจกระทบไปถึงหลักประกันสิทธิที่กฎหมายกำหนดไว้ให้กับผู้ต้องหา ที่จะกลายเป็นเพียงหนึ่งในสิ่งที่พนักงานสอบสวนจำเป็นต้องทำเพื่อให้ครบกระบวนการหรือเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่ไม่ได้ทำเพื่อมุ่งที่จะประกันสิทธิของผู้ต้องหาตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

และอีกหนึ่งปัญหาที่สำคัญไม่แพ้กันเลยก็คือ ความก้าวหน้าของพนักงานสอบสวนที่ในปัจจุบันถูกเปลี่ยนจาก “ระบบเลื่อนไหล” มาเป็น “ระบบคัดเลือก” กล่าวคือ ความก้าวหน้าของพนักงานสอบสวนไม่ได้ขึ้นอยู่กับผลงานหรือความสามารถแต่เพียงอย่างเดียว แต่กลับขึ้นอยู่กับ “นาย” หรือผู้บังคับบัญชา สิ่งเหล่านี้น่อมเปิดโอกาสให้เกิดการแทรกแซงการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานสอบสวนได้ อันอาจนำไปสู่การเรียกรับสินบน การซื้อตำแหน่ง หรือก่อให้เกิดระบบอุปถัมภ์ขึ้น ซึ่งนอกจากจะกระทบถึงการอำนวยความสะดวกให้กับประชาชนแล้ว ยังอาจกระทบต่อตัวพนักงานสอบสวนเจ้าของคดีที่ต้องเผชิญกับความเครียดและความกดดัน จนอาจนำไปสู่ปัญหาการฆ่าตัวตายของพนักงานสอบสวนได้ในท้ายที่สุด

จากสิ่งที่ได้กล่าวมาในข้างต้นจะเห็นได้ว่ากระบวนการทำงานของพนักงานสอบสวนนั้นเต็มไปด้วยปัญหาและอุปสรรคต่อการอำนวยความสะดวก โดยทั้งกรอบระยะเวลาในการทำงาน ปริมาณงานที่ไม่สัมพันธ์กับปริมาณคนและค่าตอบแทน ที่สำคัญที่สุดคืออำนาจบังคับบัญชาที่เป็นส่วนสำคัญต่อความก้าวหน้าของพนักงานสอบสวน ซึ่งจากปัจจัยและสภาพการทำงานที่ได้กล่าวมาข้างต้น จึงไม่น่าแปลกใจว่าทำไมการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจในหลายๆ ครั้ง จึงก่อให้เกิดข้อกังขาและการตั้งคำถามจากประชาชนถึงความยุติธรรมที่เจ้าหน้าที่ตำรวจที่เป็นหนึ่งในต้นธาร

ของกระบวนการยุติธรรมควรจะต้องมีให้แก่อำนาจ ซึ่งการจะแก้ปัญหาลำบากจำเป็นต้องได้รับการแก้ปัญหในระดับโครงสร้างขององค์กร ที่จำเป็นต้องให้อิสระในการปฏิบัติหน้าที่แก่พนักงานสอบสวนเจ้าของสำนวนมากกว่าการปฏิบัติหน้าที่ภายใต้การควบคุมหรือชี้แนะของผู้บังคับบัญชา รวมไปถึงการแก้ไขกฎหมายและระเบียบต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานสอบสวน ไม่ว่าจะเป็นเรื่องความก้าวหน้าในการทำงานที่ต้องเปลี่ยนจาก “ระบบคัดเลือก” กลับไปเป็นระบบ “ประเมินผลงาน” รวมไปถึงค่าตอบแทนที่ควรจะมีสัมพันธ์กับค่าใช้จ่ายที่พนักงานสอบสวนจะต้องเสียไปในการดำเนินคดี โดยเฉพาะพนักงานสอบสวนที่อยู่ในพื้นที่ห่างไกล หรือจำนวนพนักงานสอบสวนผู้ปฏิบัติหน้าที่ที่จำเป็นต้องจัดสรรกำลังพลให้เหมาะสมกับปริมาณคดีที่เพิ่มขึ้น รวมไปถึงพัฒนากำลังพลให้มีความรู้ความสามารถที่เท่าทันกับรูปแบบของการกระทำ ความผิดทางเทคโนโลยี เป็นต้น ซึ่งสิ่งต่างๆ เหล่านี้ย่อมส่งผลถึงประสิทธิภาพและประสิทธิผลของการอำนวยความยุติธรรมให้กับประชาชนในท้ายที่สุด

References

- กฏ ก.ตร.ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการและระยะเวลาการประเมินผลการปฏิบัติราชการของข้าราชการ
ตำรวจ พ.ศ. 2547
- ข่าว 8, “โพลเผยคนไทยเชื่อมั่นกระบวนการยุติธรรมแค่ 1.29 คะแนน จากเต็ม 5 ผลพวงคดี “ผกก
โจ้”.” ข่าว 8. สืบค้นเมื่อ 10 มกราคม 2565 [https://www.thaich8.com/news_d
etail/100683](https://www.thaich8.com/news_detail/100683).
- คำสั่งสำนักงานตำรวจที่ 419/2556
- ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา
- พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547
- พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550
- มานะ เมาะฮ่วย. “ปัญหาการรวบรวมพยานหลักฐานของผู้ต้องหาในชั้นสอบสวน.” วิทยานิพนธ์
ปริญญามหาบัณฑิต, สาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549.
- ระเบียบ ก.ตร.ว่าด้วยเงินเพิ่มเป็นกรณีพิเศษสำหรับตำแหน่งผู้ปฏิบัติหน้าที่ด้านสอบสวน พ.ศ. 2559
- ระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจ่ายค่าตอบแทนการสอบสวนคดีอาญา พ.ศ.2534
- สมาชิกหมายเลข 1072124. “คนที่มีอาชีพเป็นตำรวจ เขารู้สึกรู้ส้างหรือเปล่าคะที่มี
ประชาชนรุมกันสาปแช่งรังเกียจด่าชะดูไรค์กดีศรีไปเลยในปัจจุบัน?”. พันทิป. สืบค้น
เมื่อวันที่ 10 มกราคม 2566 <https://pantip.com/topic/31296944>.
- สมาชิกหมายเลข 1649206. “ ‘เกลียดตำรวจ’ ของไทย ไม่ได้พิมพ์ผิดนะคะ ‘เกลียดตำรวจ’ จริงๆ.”
พันทิป. สืบค้นเมื่อวันที่ 10 มกราคม 2566 <https://pantip.com/topic/32502416>

The TRUTH AND PROBABILITY IN THAI DEFAMATION CASES

Alexandre Chitov

Faculty of Law. Chiang Mai University. Chiang Mai. 50200.

E-mail: shytov@yahoo.com

Received: March 15, 2023; Revised: June 2, 2023; Accepted: June 7, 2023

Abstract

Thai law does not clearly distinguish between defamation as a public wrong and defamation as an offence in private law. That leads to the abuses of criminal justice when an essentially private wrong is prosecuted and punished by means of criminal law. The defamation offences are criminalized in Thailand not so much on the basis of the actual harm to the victim, not on the basis of the vicious will to harm another, and not on the falsehood of defamatory statements. They are largely criminalized on the basis of probabilities whether any statement can impair one's reputation or not. The paper argues that applying criminal law to cases where there is only a probability of harm can be done only in exceptional cases. The extensive application of criminal law in ordinary defamation cases should not be permitted. The law must protect the truth. Search for truth should not be reduced to the mere assessment whether or not the reputation of another person will likely be damaged by purportedly false claims. Instead, it must involve the search for the balance, if not harmony, between the right of free speech, public benefit, and the reputation of private individuals.

Keywords: Thai criminal justice, defamation, truth, probability, public interest.

1. Introduction

David Streckfuss has defined Thailand as a defamation regime, “a state whose very mentality and central impulse are defined by its understanding and use of defamation-based laws.”¹ What is the most outrageous for the author is that a person can be accused of defamation even though he or she makes a truthful statement. In the words of Police Lt. Col. Wattanasak Mungkandee, who brought charges against politicians for defamation of monarchy, “the truth can’t be said.” “Expressing an opinion like this,” he stressed, “is forbidden under Thai law.”² One can certainly agree with the moral reprehension of a system that imprisons people for making truthful statements. However, it must also be admitted that the critics of Thai defamation laws often miss a very important distinction between defamation as a civil wrong and defamation as a criminal offence. The difference between defamation as a civil wrongdoing and defamation as a criminal offence is extremely important for criminal justice. The confusion between them can lead to the oppressiveness of criminal law and to serious abuses of justice in individual cases.

The defamation laws can violate the right to speech which is guaranteed not only by international human rights agreements but also by the Thai Constitution: “A person shall enjoy the liberty to express opinions, make speeches, write, print, publicize and express by other means. The restriction of such liberty shall not be imposed, except by virtue of the provisions of law specifically enacted for the purpose of maintaining the security of the State, protecting the rights or liberties of other persons, maintaining public order or good morals, or protecting the health of

¹ David Streckfuss, “Truth on Trial in Thailand: Defamation,” (Treason, and Lèse-majesté, London: Routledge 2010), 5.

² Ibid., 8.

the people.”³ If we should agree with the ideas of John Stuart Mill,⁴ that speaking truth is essential not only for the realization of one’s rights and duties but also for the wellbeing of State and good morals, then it will be obvious that any truthful statement must be excluded from both criminal and civil penalties. In other words, a truthful statement must present a defense against both criminal and civil law accusations. In criminal law, however, there can be an exception: the security of the state and public peace. In those exceptions, the matter is not about whether a statement is true or false, but whether there is a high probability that the statement will undermine the security of state or/and will destroy public peace.

Even though defamation laws in the West do not penalize truthful statements at present,⁵ the essential element of criminal offence of defamation or label is not its falsehood, but a threat to public peace. It is appropriate here to cite a long quotation from the authoritative text of William Blackstone:⁶

“Of a nature very similar to challenges are libels, libelli famosi, which, taken in their largest and most extensive sense, signify any writings, pictures, or the like, of an immoral or illegal tendency; but, in the sense under which we are now to consider them, are malicious defamations of any person, and especially a magistrate, made public by either printing, writing, signs, or pictures, in order to provoke him to wrath or expose him to public hatred, contempt, and ridicule. The direct tendency of these libels is the breach of the public peace by stirring up the objects of them to revenge,

³ Thai Government, “Constitution of Kingdom of Thailand,” 2017, https://www.constituteproject.org/constitution/Thailand_2017.pdf

⁴ John Mill, “On Liberty and other essays,” Oxford University Press, 1998.

⁵ Roumeen Islam, “The Right to Tell: the Role of Mass Media in Economic Development,” World Bank Publications, (2002): 208.

⁶ Sir William Blackstone, “Commentaries on the Laws of England in Four Books,” New York: W. E. Dean, vol. II (1838): 111.

and perhaps to bloodshed. The communication of a libel to any one person is a publication in the eye of the law; and therefore the sending an abusive letter to a man is as much a libel as if it were openly printed, for it equally tends to a breach of the peace. For the same reason, it is immaterial, with respect to the essence of a libel, whether the matter of it be true or false, since the provocation, and not the falsity, is the thing to be punished criminally; though, doubtless, the falsehood of it may aggravate its guilt and enhance its punishment.”

The implication of Blackstone’s dictum is that in criminal cases, it is not the truthfulness of allegedly defamatory statements that should be proven, but the likelihood of those statements to disturb public peace. This issue is of particular importance for Thailand where defamation as a criminal offence has been often used, or rather abused, for prosecuting essentially a private wrong. This extension of criminal law to private domain constitutes an abuse of criminal justice. An easiness of this abuse is already facilitated by the ambiguity of Thai criminal law which deserves a brief explanation.

2. Defamation in Thai Criminal Law

Defamation criminal cases are common in Thailand.⁷ The reason for it is first, the unwillingness of the victim of defamation to institute private law proceedings, and the second, the scope of defamation laws includes political crimes, which are legally defined as “offences related to the security of the kingdom.”⁸ Thus, when we discuss defamation cases in Thailand, they fall into two different categories. The first category of cases is those where the victim is a private individual or an organization.

⁷ Robert Smith & Mark Perry, ““Fake News” Legislation in Thailand: The Good, the Bad and the Ugly,” 6 *Athens JL* (2020): 243. At 253.

⁸ Thai Penal Code Book II. Sections 112, 133-134.

The second category of Thai cases involves the *lèse-majesté* legislation which is well known in the world as one of the harshest. According to Section 112, “whoever, defames, insults or threatens the King, the Queen, the Heir-apparent or the Regent, shall be punished with imprisonment of three to fifteen years.” David Streckfuss counted that between 2006 and 2009, there were 765 court cases of *lèse-majesté*.⁹ (Streckfuss 2010, 6). This period might be exceptional, but the prosecution on the basis of Section 112 is still common today.¹⁰

Section 326 of Thai Penal Code applies to defamation of a private person. It is classified in the category of “offences against liberty and reputation” and is punishable with imprisonment of not more than one year,¹¹ or not more than two years, if it is done by means of publication.¹² Both Sections of Thai Penal Code are unsatisfactory. Defamation in the category of “offences related to the security of the kingdom” is not defined in law. That means that judges in criminal cases are not restrained to punish everyone whose behavior seems *to them* defamatory. It is obvious that there must be a clear standard of defamation to prevent the abuse of justice. The definition of reputation offences is also defective. It remains rather broad: anything imputed to the other person before a third person in a manner likely to impair the reputation of such other person or to expose such other person to be hated or scorned.¹³ It appears that the “anything” does not necessarily need to be false.

⁹ David Streckfuss, *Truth on Trial in Thailand: Defamation, Treason, and Lèse-majesté*, (London: Routledge 2010); 6.

¹⁰ For the recent case see: ‘Protester gets 2-year royal insult sentence.’ (Bangkok Post, 4 March 2022) Accessed 15 July 2022, <https://www.bangkokpost.com/thailand/politics/2274075/protester-gets-2-year-royal-insult-sentence>

¹¹ Thai Penal Code. Section 326.

¹² Ibid. Section 328.

¹³ Ibid. Section 326.

In the Thai legal system, the determination of guilt and punishment involves three steps that are similar to the criminal codes of Germany and France.¹⁴ At the first step, the court examines whether all the elements of the offense including intent or negligence as provided by law are present or not. If the elements are not complete, the court will dismiss the lawsuit. If they are complete, then the second step is to consider whether there is an exception to the actions of the defendant permitted by law. For example, there is no guilt for a person who acted in self-defense.¹⁵ The third step involves consideration whether there is a reason for exempting the guilty person from punishment.

Section 326 of Thai Penal Code specifies the elements of the offense of defamation. According to this article, anything that is likely to impair the reputation of another person or to expose such another person to be hated or scorned, is considered as defamation that deserves punishment. It does not matter whether the offender acted in good faith or not, or whether he speaks truth or lie. The latter does not affect the presence of all the elements of the offence of defamation. Section 329, however, sets up the exceptions to the criminal liability for the acts of defamation:

“Whoever, in good faith, expresses any opinion or statement: by way of self justification or defense, or for the protection of a legitimate interest; in the status of being an official in the exercise of his functions; by way of fair comment on any person or thing subjected to public criticism; or by way of fair report of the open proceeding of any Court or meeting, shall not be guilty of defamation.”

Further, Section 330 sets up exemptions from punishment for those who are guilty of defamation: “In case of defamation, if the person prosecuted for defamation

¹⁴ Mohamed Elewa Badar and Iryna Marchuk, “A comparative study of the principles governing criminal responsibility in the major legal systems of the world (England, United States, Germany, France, Denmark, Russia, China, and Islamic legal tradition),” *Criminal Law Forum*, Vol. 24. No. 1. (2013): 1-48.

¹⁵ Thai Penal Code. Section 38.

can prove that the imputation made by him is true, he shall not be punished. But he shall not be allowed to prove if such imputation concerns personal matters, and such proof will not be benefit to the public.”

It means that making a true statement does not exempt a person from the guilt of defamation, but only in some cases from the punishment. The reasonableness and the morality of the Thai provisions on the elements of defamation of a private person is questionable. It creates a society of cowards who are afraid to speak the truth because the truth can likely impair the reputation of a bad person.

Thai law is very different in this aspect from German law. Section 187 of the German Criminal Code, states: “Whoever, despite knowing better, asserts or disseminates an untrue fact about another person which is suited to degrading that person or negatively affecting public opinion about that person or endangering said person’s creditworthiness incurs a penalty of imprisonment for a term not exceeding two years or a fine, and, if the act was committed publicly, in a meeting or by disseminating content (section 11 (3)), a penalty of imprisonment for a term not exceeding five years or a fine.”¹⁶ One of the elements of the offence of defamation in German law is asserting or disseminating an untrue fact. The second element is that the guilty person does it with the knowledge of its untruthfulness. Both elements of defamation are absent in Thai definitions of defamation in Section 326 of the Penal Code, making the latter too broad and oppressive to those who have a noble habit of speaking the truth.

One must add here that the exemption from guilt (Section 329) and the exemption from punishment (Section 330) are not applicable to the offence of

¹⁶ German Government, “Criminal Code,” Accessed 2021 https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html

Section 112. It is comparatively easy to correct the defects of Section 326 by adding two additional elements to it: the act must be done in bad faith and a false assertion is made. At the same time, it would be reasonable to attach the exemptions of criminal liability and the exemptions of punishment to Section 112 to clarify the law and to limit the apparently unlimited discretion of Thai judges in its application.

In any case, it is reasonable that after the accusation of defamation is made, the defendant has the burden to prove the truthfulness of his or her statement. The same appears to be in relation to any act in good faith, such as when the imputation is done for self-justification or defense, or for the protection of a legitimate interest, or as a fair comment on any person or thing subjected to public criticism.¹⁷

A much more difficult task is to persuade Thai lawyers in the unreasonableness of penalizing people for probabilities of harm. The broad definitions of offences against reputation and of possible defenses raise the issues of truth and procedural fairness. Truth normally concerns the facts. Thai law, however, concerns with the probability that the imputation would likely impair the reputation of another person or expose him to be hated or scorned. In other words, Thai law actually avoids the burdensome task to prove the fact by being satisfied with the proof of probability.¹⁸ Can probabilities be true, or the truth should deal only with the facts? Is it fair to punish a person for probabilities? These are the apriori questions the answers to which will certainly affect our assessments of Thai law.

Certainly, the use of probabilities to establish an act of defamation is not unique for Thai law. In the above quoted German definition of defamation in German law, one does not need to prove the facts that the statements negatively affected public opinion about the victim or damaged his or her creditworthiness. It is sufficient,

¹⁷ Thai Penal Code, Section 329.

¹⁸ Thai text of Section 326: ผู้ใดใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้น เสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท

along with other elements of the offense, to prove that the statements are suitable for the harm to the victim's honor. Another example is the Canadian Penal Law. Its Section 298 (1) states: “A defamatory libel is matter published, without lawful justification or excuse, that is likely to injure the reputation of any person by exposing him to hatred, contempt or ridicule, or that is designed to insult the person of or concerning whom it is published.”¹⁹

The definitions of German and Canadian laws are potentially dangerous for the rights of people to express their opinion. They are more dangerous in a developing country where judges are less morally motivated to protect the freedom of expression, or where they are used to a mechanical application of rules without paying a due attention to the motives of the defendants, or they can be easier subject to political or business influences. It is far safer to limit criminal law of defamation only to the cases where there is a fact of harm beyond reasonable doubt leaving the balance of probabilities to civil litigation.

3.Truth and Probability in Defamation Cases

It is certainly important to define what we mean by truth and probability. The classical definition of truth is found in the *Metaphysics* of Aristotle: “To say that what is is not, or that what is not is, is false; but to say that what is is, and what is not is not, is true; and therefore also he who says that a thing is or is not will say either what is true or what is false.”²⁰ Before making this famous statement, Aristotle wrote that “nor indeed can there be any intermediate between contrary statements, but of one thing we must either assert or deny one thing, whatever it may be.”²¹

¹⁹ Government of Canada, “Criminal Code 1985” Accessed <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-46/index.html>

²⁰ Aristotle. *Metaphysics*, “Oxford: Clarendon Press,” 2003. 4.1011b. 25.

²¹ *Ibid.* 4.1011b. 20.

Probability is generally defined as “likelihood; appearance of truth; verisimilitude. The likelihood of a proposition or hypothesis being true, from its conformity to reason or experience, or from superior evidence or arguments adduced in its favor.”²²

There are cases of defamation where there is no need to prove probability of harm to reputation if the facts of the harm are already apparent. For example, the victim was dismissed from job, or he was verbally or physically abused as the result of defamatory statements. However, the Thai law, as it is expressed now, does not require the fact of the harm to occur already. It is sufficient if the statements “will likely impair the reputation of other person or to expose such other person to be hated or scorned.”²³ In other words, Thai law requires that judges make probability judgements. Probability is a quantifying measure.²⁴ The standard of beyond reasonable doubt, that applies to criminal cases, warrants that the probability must be very high, almost certain. This would go along with Section 227 of Thai Criminal Procedure Code which states that “no judgement of conviction shall be delivered unless the court is certain that it is *true* that the offence is committed and the defendant is the offender.”²⁵

Even if we accept a very high threshold of probability for successful defamation cases, the problem of whether defamation *truly* occurred is not easily solved. The decision will much depend on the value judgements of judges concerning what constitutes a good reputation and what kind of statements possess a nature that likely impair the reputation. It assumes the existence of moral values that are essential for a good reputation and that can be equally applied to the

²² See ‘Probability’ Accessed 15 July 2022, <https://thelawdictionary.org/probability/>

²³ Thai Penal Code. Section 326.

²⁴ Frank Plumpton Ramsey, “*Truth and Probability*” in: *Foundations of Mathematics and Other Logical Essays*, Edited by R. B. Braithwaite, Ch. VII, (London: Kegan, 1931); 156-198.

²⁵ Thai Criminal Procedure Code. Section 227, Emphasis is added, This is literal translation of Thai text: อย่าพิพากษาลงโทษจนกว่าจะแน่ใจว่ามีกระทำความผิดจริงและจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้น

majority of cases. Moral values may differ in society. An accusation that a person is a fornicator will be accepted differently in a traditional Muslim society in the south of Thailand and in a modern cosmopolitan Bangkok. Indeed, such a statement may be considered among some people as not offensive at all.

The existence of generally accepted moral standards of a good reputation may in itself be an issue of probability. Supposed that there are public moral values generally accepted which form the idea of a good reputation. If the probability of the existence of common moral values is very high, then a Thai judge may face another difficult dilemma. He believes that a person must also speak truth, and it is a part of a good reputation. However, a truthful statement may still be punished according to Thai Penal Code, if such statement “concerns personal matters,” and there is no benefit of this statement to the public.²⁶ Again, the benefit is also a matter of probability. What is considered by the public as a useless and outrageous statement, may be not without benefit, if such a statement is directed to convince, even unsuccessfully, the members of the public of their moral errors. In the Christian history, many prophets were persecuted, expelled, beaten, stoned to death (and later idolized) for making truthful and, at the same time, defamatory statements.²⁷

It is unlikely that Thai judges would spend much time on reflecting about the nature of truth and probability. They will likely apply their intuition in whether a statement will likely impair the reputation or expose to hatred and scorn. The problem is that judicial intuition in applying very vague provisions of Thai criminal law on defamation can be affected by political bias.²⁸ Certainly, Thai judges in defamation cases do not deal only with the probabilities whether a statement can impair one’s reputation. They can look at the truth whether a victim of defamatory statements

²⁶ Thai Penal Code, Section 330.

²⁷ Bible, Gospel according to Mathew, Chapter 5 accessed 15 July 2022
<https://biblehub.com/matthew/5.htm>

²⁸ สมชาย ปรีชาศิลปกุล, “การเมืองเชิงตุลาการ,” CMU Journal of Law and Social Sciences 9 (1) (2016): 82.

has suffered actual harm. However, to label a person guilty, probability is sufficient. The application of criminal law to the cases where there is probability of harm can be certainly justified in some exceptional cases, such as public peace or state security. But in private quarrels, such an application is unjustifiable.

4.Truth and Vicious Will

The aims of criminal law are different from tort. The latter aims at compensating the victim. The former aims at punishing a vicious will in the words of Blackstone.²⁹ Without the proof that the defendant acted with a vicious will, or evil intent, the application of criminal law, particularly in defamation cases, is unjustifiable. It is possible to argue that in defamation criminal cases, the emphasis should shift from proving the probability of harm to the actual harm, or at least to the proof of the vicious will to harm the victim. Many systems of criminal law have moved far away from understanding criminal intent as a vicious will. The intent and motivation to commit crime are often distinguished. Professor Douglas Hussak justly criticized this trend in criminal law jurisprudence. He wrote:

“Roughly, criminal justice is dispensed in two stages: first it is decided whether the defendant is liable; if so, it is next determined to what extent he is to be punished. It is beyond dispute that motive is relevant to the latter inquiry. Thus, a bad motive might aggravate, or a good motive might mitigate, the severity of the defendant's punishment - but the goodness or badness of his motive does not bear on the prior issue of his liability. Commentators should have been more critical of the thesis that motives are and ought to be material to sentencing, but not to liability... . Modern penal codes typically identify only four culpable states (purpose,

²⁹ Sir William Blackstone, “Commentaries on the Laws of England in Four Books (New York: W. E. Dean, 1838),” vol. II: 361.

knowledge, recklessness, and negligence) that are relevant to the defendant's liability. All other "mentalistic" factors that bear on his blameworthiness are consigned to the sentencing stage. Foremost (but not alone) among these is his motive. But there is no good reason why the mens rea component of liability should be construed so narrowly as to include only these four "mental states."”³⁰

Thai cases of defamation serve as a good example of discarding the motives of making statements when proving intent to defame. Let us look at one example of defamation cases that fall within the category of offences against the security of the kingdom. Mr. Ampon, a singer, denied the charges of sending SMS messages containing the materials deemed defamatory towards Thai king.³¹ The defendant was accused of sending defamatory messages 4 times to a secretary of the Thai Prime Minister in 2010. The receiver reported to the Technology Crime Suppression Division (POI). The accused was arrested in August 2010 and his three phones were seized. In January 2011, the prosecutor filed the case in court, accusing Mr. Ampon of the crime of the Lèse-majesté under Section 14 (2), (3) according to the Computer Crime Act and Section 112 of the Criminal Code. The court hearings began in September 2011. The prosecution submitted evidence that the messages were sent from the device belonging to the defendant and from the area where he resided. However, there was no actual evidence that he typed the message. The court passed a guilty verdict in November 2011. Each act of sending was considered as a separate offence punishable by 5 years of imprisonment, with the total term of imprisonment of 20 years. The defendant appealed in February 2012 but withdrew 2 months later hoping to submit a request for the royal pardon. One month later, the defendant died in a prison hospital.

³⁰ Douglas N. Husak, “Motive and Criminal Liability” 8 Crim Just Ethics 3-13,” (1989), 3.

³¹ Public Prosecutor v. Mr. Ampon, (2011) Ratchada Court, Bangkok. 4726/2554, accessed 15 July 2022 https://freedom.ilaw.or.th/case/21#the_verdict

In Ampon case, note that it is unknown to the public what the content of the statements was, and we cannot determine whether the probability of harm played a significant role in the judicial decision-making process. Before considering whether the court examined any evidence that could establish the defendant's malicious intent, it is essential to note that bail was denied for 63 days. In the end, the Court of Appeals allowed it, but Mr. Ampon was detained again shortly thereafter. Applications for parole were denied based on the seriousness of the offense, despite the fact that the defendant was 60 years old and suffering from cancer. The right to be released on bail is certainly not an unlimited one, as bail can be refused if it is in the interest of justice, and indeed for the sake of preserving the truthfulness of evidence. According to Thai law, the bail can be refused if “the accused or defendant may abscond, may tamper with evidence, may cause another danger, or his bail is unreliable, and finally, the provisional release would impede or imperil an official inquiry or judicial trial.”³² In Ampon case, the reason for denial of bail did not seem to relate to the interest of preserving the truthfulness of evidence. The prosecution had secured the mobile phones that allegedly were used in committing the offence, and they had access to all data possessed by the mobile phone operators. Since the case received high publicity, there was no lack of people willing to offer a high security for the provisional release. Because the accused was seriously ill, many people believed that there was little likelihood that he would attempt to run away. The escape of a terminally ill defendant is certainly a matter which the judges are in a better position to decide upon. However, the matter of bail in this case may indirectly point at one important issue that directly relates to the truth and fairness in a defamation case.

One possible explanation of the refusal to release on bail is the existence of what is called “an institutional bias” in the cases of *Lèse-majesté*. The concept of

³² Thai Criminal Procedure Code Section, 108/1.

“institutional bias” was largely developed in relation to racial discrimination.³³ It points at a certain system of beliefs and values which influence or predispose judicial decisions against the accused. The offences of *Lèse-majesté* are punished severely. If the probability is high that the defendant is guilty then his procedural rights, and indeed, the higher standard of proof of guilt in criminal case may be affected considering the value of monarchy protected by the criminal law system.

Institutional bias is a subconscious phenomenon which a judge may not be aware of. It is expressed in the less willingness to provide procedural benefits to the accused and in a severe degree of penalty. The punishment of 20 years for sending 4 SMS messages to a single person appears to a foreign observer as certainly disproportionate even if the vicious will is manifest. In comparison, murders are punished in Thailand with the imprisonment from 15 to 20 years.³⁴ A court in a civilized country would likely adopt in a similar case, which would be rare anyway, the idea of a continuous offence.³⁵ The Thai court, in contrast, perceived in each single act of sending a separate offence. It is unclear from the report whether or not all messages were identical.

We do not have access to evidence to conclude that the judges in this case were actually influenced by institutional bias. However, it is difficult to explain the unwillingness to grant bail to a dying man and the 20 years of imprisonment for sending a few SMS messages. What is obvious in this case is that the Thai court was rather preoccupied with the proof of the origin of messages rather than with the intent and motives of their possible sender. During the trial, after the court was

³³ Larry J. Siegel, *Criminology: Theories, Patterns and Typologies*, 13th Ed. (Boston: Cengage Learning, 2016),: 54.

³⁴ Thai Penal Code, Section 288, Death penalty is also possible but rarely inflicted.

³⁵ Gilles Dutertre, *Key Case-law Extracts - European Court of Human Rights* (Strasbourg: Council of Europe, 2003),: 237.

satisfied with the proof that the defamatory messages originated from the phone of the defendant, the burden of proof actually shifted on the latter to prove that he was innocent. It is certainly reasonable for the court to affirm that the lack of direct evidence that the defendant had typed himself the defamatory messages should not be used in the favour of the accused. The nature of crime is such that it would be unreasonable to expect that the defendant would have any direct witnesses to his illegal activity. As the judge stated, “it is necessary to establish the intent from the circumstantial evidence presented by the plaintiff.”³⁶ When the sufficient evidence is presented that the defendant is the person who is likely the originator of the message, it is reasonable to shift the burden of proof on the defendant.

However, it is also reasonable to expect that the prosecutor provides some evidence of the vicious will, for example, some instances in which the defendant displayed disrespect for monarchy. It is worrying that the case report does not contain reference to any corroborative evidence which could prove that the defendant was the author of the messages. An analogy can be drawn with the Californian law which states that a mere possession of stolen property, without some corroboration, is not sufficient to prove a defendant’s guilt: “this corroborating evidence need only be slight and need not by itself be sufficient to warrant an inference of guilt.”³⁷ If there was no corroborating evidence, then the case presents a dangerous precedent.

In this respect, the examination of possible motives and their indicators must be provided by the prosecution. Without corroborative evidence, the demand of the court to provide proof of innocence by the accused contradicts the idea of presumption of innocence and the right to be silent. The right to be silent is

³⁶ Thai text of the decision: จำเป็นต้องอาศัยเหตุผลประจักษ์พยานแวดล้อมที่โจทก์นำสืบเพื่อชี้ชัดให้เห็นเจตนาที่อยู่ภายใน

³⁷ Jefferson Ingram, *Criminal Evidence* (New York: Lexisnexis, 2009); 162.

acknowledged in a number of legal provisions of Thai Criminal Procedure Code³⁸ while the principle of presumption of innocence is affirmed in Thai Constitution.³⁹ This case displays a dangerous tendency for the whole range of cases in which the defendant denies that he was a sender of electronic messages. It seems that the court was satisfied with proving a single fact that an electronic message with illegal content originated from the device controlled by the defendant in order to establish his guilt. The truth that some electronic messages can be easily falsified or spoofed or put on somebody's website without authorization can be easily overlooked in this approach.

The trial of Ampon reveals something more than the institutional inclination to punish severely any act of disrespect for the monarchy. It shows that without examining the motives of the offender or finding some indicators of vicious will, there is a high risk of committing an act of injustice towards the accused. Proving vicious will is certainly difficult. William Blackstone wrote:

“a fixed design or will to do an unlawful act is almost as heinous as the commission of it, yet, as no temporal tribunal can search the heart or fathom the intentions of the mind, otherwise than as they are demonstrated by outward actions, it therefore cannot punish for what it cannot know. For which reason, in all temporal jurisdictions, an overt act, or some open evidence of an intended crime, is necessary, in order to demonstrate the depravity of the will, before the man is liable to punishment. And, as a vicious will without a vicious act is no civil crime, so, on the other hand, an unwarrantable act without a vicious will is no crime at all. So that, to

³⁸ Thai Criminal Procedure Code. Sections 83, 134/4, 165.

³⁹ Constitution of Thailand, 2017, Section 29 accessed 15 July 2022

http://www.constitutionalcourt.or.th/occ_en/download/article_20170410173022.pdf

constitute a crime against human laws, there must be first, a vicious will; and, secondly, an unlawful act consequent upon such vicious will.”⁴⁰

In other words, criminal law affirmed in Blackstone’s theory aims at punishing vicious will. An outward action, as in the present case, of defamation serves as proof of the vicious will. The approach of Thai court is fundamentally different. It punishes not so much the will itself, but a single act of sending SMS message whose content the court interprets as defamatory, without disclosing even in general terms the content of the messages to the public. The Thai court is not concerned with the moral guilt of the accused, but with the outward actions labelled as wrong ones. In contrast, Blackstone, insisted that the age, education, and character of the offender: the repetition (or otherwise) of the offence; the time, the place, the company, play an important role in indicating vicious will.⁴¹

The true description of the offence for Blackstone must include the description of the moral character of the offender among other things listed above. The true description of the offence for Thai court is limited to some words of an SMS message unknown to the public. For Blackstone, the trial aims at the process of bringing up all relevant facts which would beyond reasonable doubt point to the guilt of the offender. Thai judges seem not interested in the idea of guilt in the sense of Blackstone. For them, guilt and wrongdoing are the same thing. In fact, Thai language confuses these two concepts. Thai judges are unable to take the view of Blackstone that the wickedness of the heart is a fundamental concept in defining the degree of the guilt.⁴² Guilt has degrees for Blackstone. For Thai judges, guilt cannot have degrees. If a person does something which is described as wrong in a Thai legal

⁴⁰ Sir William Blackstone, “Commentaries on the Laws of England in Four Books,” vol. II, New York: W. E. Dean, (1838): 369.

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid.

provision, then he is guilty. The result of this simplistic or rather defective understanding of guilt is far-reaching in relation to suppressing social evils.

The implication of Blackstone for the cases similar to Ampon is that the prosecution needs some additional evidence of the defendant expressing his disparaging attitude to monarchy made on some other occasions in order to conclude that it was the defendant who was truly the originator of the messages. The vicious will must have some other manifestations apart from the few SMS messages in the given case. In the Psalms of Solomon,⁴³ which speaks about the truthfulness of a just man, it is written that sin does not dwell upon sin in the house of such a person. There is a striking difference between the way the truth or truthfulness is perceived between Solomon, who is believed to be the wisest judge ever lived, and a Thai judge. For the psalmist, a criminal offender will have some other signs, speaking in Blackstone's terms, of a vicious will. Corroborative evidence is vital. If Solomon has to decide the case of Ampon, he will certainly have to look at the moral character of the accused to prove his guilt. It would not be fair to disregard any evidence which points at the viciousness of Ampon's will. If no such evidence is presented, the guilty verdict would be unfair. There is nothing in the case report that indicates that such evidence was adduced to the court.

5. Public Interest and Defamation

In some societies, there can be strong reasons for not permitting defamatory statements against the head of the state if it is necessary for public security and public order. It is, however, can be in public interest to criticize lower officials in order to prevent maladministration. Mr. Saral, an environmental activist, was sued for the

⁴³ Septuagint, "Psalms of Solomon. 3.6.," accessed 15 July 2022

<http://ccat.sas.upenn.edu/nets/edition/31-pssal-nets.pdf>

crime of defamation of a former Minister of Energy under Section 14 (1) (5) of Commuter Offences Act and Section 328 of Thai Penal Code.⁴⁴ The defendant was an administrator of a Facebook page “Returning Thai Energy”. In his posts, he criticized the plaintiff as being a fraudulent selfish politician who obstructs the reform of the energy sector of Thai economy. The defendant contested the accusation arguing that either Section 329 or Section 330 of the Penal Code are applicable. The Court of the First Instance found the remarks defamatory and sentenced the defendant to 9 months of imprisonment without parole. The defendant appealed. The Court of the Appeal reaffirmed the judgement but changed the sentence: release on probation with a fine of 30.000 baht.

In this case, both courts applied what appears to be a balance of probabilities test to a criminal case. Since Sections 329 and 330 offer the exemptions either from criminal liability or punishment, the burden of proof in Thai law lies on the accused. This may appear strange for a foreign lawyer since it is an international practice that the evil intent in criminal cases of defamation requires “that plaintiffs must show that the defendants either knew that the defamatory meaning of their statement was false or were reckless in regard to the defamatory meaning's falsity.”⁴⁵ The Thai courts found the evidence of truthfulness adduced by the defendant insufficient. Indeed, the statements that a person is selfish are difficult to prove by specific facts. The possibility of proving that the plaintiff is guilty of fraud was even more reduced by the Appeal court who refused the request of the defendant to order the disclosure of documents from the Office of the Auditor General (OAG) which could prove the correctness of the statements. Thus, the defenses of good faith and truthfulness are in practice very difficult to apply.

⁴⁴ Piyasvasti Amranand v. Mr. Saral (2016), Bangkok South Criminal Court No: a. 3325/2558, Court: Appeals Court No: 13041/2016, accessed 15 May 2020 <https://freedom.ilaw.or.th/case/773>

⁴⁵ *Kendall v. Daily News Pub, Co.* 716 F.3d 82 (3d Cir. 2013).

The intent to defame is implied by Thai courts on the basis of the judicial assessment of the content of the statements and absence of sufficient proofs of the good faith submitted by the defendant. The probability that the statement is damaging to the reputation of the plaintiff is sufficient for application of criminal law sanctions. The idea that criticism of governmental officials or businesses is in public interest and therefore should be exempted from the ambit of criminal law is not accepted by Thai courts.

Thai law apparently does not follow a widely accepted principle that the criminal offence of defamation is different from its civil law counterpart.⁴⁶ The harm of defamation must be particularly serious to warrant the application of criminal law. In English law, the plaintiff in defamatory cases must prove damage to his reputation. On the contrary, Thai Court of Appeal clearly acknowledged that in Saral case the plaintiff had not suffered serious damage to reputation, and still affirmed the conviction.⁴⁷

Criminal cases of defamation should pursue the public interest. Therefore, it is reasonable to limit the range of criminal libel cases only to the situations when the public interest is directly affected, particularly when there is a real threat to public peace.⁴⁸ That is not the practice of Thai law in which any, even trivial, offence to reputation of a private person is subject to criminal law involving the employment of the whole totality of justice system at the expense of taxpayers. The truth which a judge in a Thai criminal case of defaming a private individual has to find out has nothing to do with a public interest. This very unwise practice is easily perceived in

⁴⁶ Hugh Jones and Christopher Benson, *Publishing Law*, (London: Routledge, 2006): 183.

⁴⁷ Piyasvasti Amranand v. Mr. Saral, (2016) Bangkok South Criminal Court No: a. 3325/2558. Court: Appeals Court No: 13041/2016, accessed 15 May 2020 <https://freedom.ilaw.or.th/case/773>. Thai text of the judgment: พฤติการณ์แห่งคดีไม่ได้ทำให้โจทก์เสียหายมาก นับว่าเป็นการกระทำความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงนัก

⁴⁸ Hugh Jones and Christopher Benson, *Publishing Law*, (London: Routledge, 2006): 183.

Saral case in which there was no mentioning of public benefit such as preventing a threat to public peace. The fact that the defendant was an environmental activist with a long history of acting in the public interest was ignored in determining his guilt, although it may have affected the sentence. It is certainly against the public interest to prosecute and imprison those who act on public behalf.

It is not in the public interest to punish true statements even though these statements can damage somebody's reputation. A person must be able to defend his or her reputation facing criticism and affirming the truth, not by using the mechanism of criminal justice to force the critics to silence. The injustice of Thai defamation law is apparent in Saral case.

The defendant was a person who clearly believed that he had spoken the truth, and the law, according to him, was used to suppress the truth from the public. The case is perceived by the defendant as deeply unfair. It shows that the law and the trial in Thailand can be potentially used to suppress the truth. Certainly, it is possible that the statements of the defendant were not true in this case. However, the main problem here is that the defendant was not given access to the documents that could prove his truthfulness. Moreover, he was punished for the intent to protect the public interest. An attempt to suppress truth by means of judicial proceedings is not uncommon in Thailand as another case indicates.

In the CSI LA' Page case,⁴⁹ a Thai Provincial court in Ko Samui issued thirteen arrest warrants for spreading false news on Facebook. Nine people were arrested for

⁴⁹ The case was reported in Thai news website: “จับ-คุมสอบ 9 คนแชร์ข้อความ 'เพจ Csi La' ระบุสาวอังกฤษถูกข่มขืนเกาะเต่า,” (ประชาไท, 5 กันยายน 2561) Prachatai 5 September 2018 accessed 15 July 2020 <https://prachatai.com/journal/2018/09/78575>. The news was also reported by Daily Mail: Faith Ridler. “British backpacker is raped and robbed after having her drink spiked on Thai island where tourist Hannah Witheridge was murdered,” Daily Mail, 21 August 2018 accessed 15 July 2020 <https://www.dailymail.co.uk/news/article-6083847/british-backpacker-raped-robbed-having-drink-spiked-thai-island.html>.

sharing news about a rape of an English woman at Ko Samui. Thirteen people were accused of violating Thai Computer Offences Act (2017).⁵⁰ The main story of the news was that Thai police did not investigate the complaint of a British tourist that she was raped. The accused in the end were not prosecuted due to public outcry and the failure to follow the rules of criminal procedure. The charges were dropped not because of the truthfulness of the statements or because of public interests. The arrest warrants were apparently defective as the words of accusation did not match the exact wording of the provision of the statute that penalizes “bringing dishonestly or deceitfully into a computer system computer data which is distorted or forged, either in whole or in part, or computer data which is false, in such a manner likely to cause injury to the public.” In the arrest warrants, the words: “dishonestly or deceitfully” were missing. There are cases where Thai judges did not ignore the truth and did not support the application of law that suppress it. In those cases, they do affirm a noble ethical approach to truth and fairness. The case of Mr. Maitri⁵¹ can serve as a good example. The court dismissed the case, and the prosecutor did not appeal. The defendant was prosecuted under Article 14(1) of the Computer Offences Act for posting on the Facebook allegedly false information and a video clip about the violence of the army against villagers in Gongphakping district Chiang Dao in Chiang Mai Province. It was claimed that many people, including children and old

⁵⁰ Thai Computer Offences Act (2017), Section 14.1(1): Any person who commits any of the following crimes shall be liable to imprisonment for not more than five years, or a fine of not exceeding one hundred thousand baht, or both: (1) dishonestly or deceitfully bringing into a computer system computer data which is distorted or forged, either in whole or in part, or computer data which is false, in such a manner likely to cause injury to the public but not constituting a crime of defamation under the Penal Code.

⁵¹ Public Prosecutor v. Mr. Maitri Jamroensuksakul, (2016) Chiangmai Court, Chiangmai. 1676/2558 Reported in “คดีถึงที่สุดแล้ว หลังอัยการไม่อุทธรณ์คดี ‘ไมตรี’ พ.ร.บ.คอมพิวเตอร์,” Tlhr, 15 August 2016, accessed 15 July 2020 https://www.tlhr2014.com/wp-content/uploads/2016/08/maitree_verdict.pdf

people, had been beaten by the army officers. According to the plaintiff, these claims were false. The defendant denied all charges.

Remarkably, the case was dismissed not for the sake of public interest. The court based its decision on the lack of evidence to prove that the defendant was the originator of the video clip or the one who shared it. It did not accept the reliability of two witnesses from the army force, who testified that the clip was downloaded from the page of the defendant. The electronic evidence itself was declared unreliable because it was presented in a downloaded form without capturing the screen and without seeing the URL address which could point at the identity of the sender of the clip. The court said that there was no evidence that the submitted electronic evidence had not been edited or modified.

Further, the court maintained that Section 14(1) applies only to the cases when defendant knew that the data was distorted or forged. Since the prosecutor did not prove that the defendant could not be held guilty. Most importantly, the court found that the defendant posted information believing that it was true after hearing the testimony of the villagers who claimed that the acts of violence by the army had taken place indeed. In this case, the Thai court took the inner perspective of the defendant. It used an approach which is diametrically opposite to the one in the case of Mr. Saral discussed above.

Another instance when a Thai Court dismissed accusation of defamation was a high-profile case of *“Big Island Inc.”*⁵² The defendants, a Phuket newspaper on line in English language, reprinted Reuters report that stated that “the Thai naval forces usually earn about 2,000 baht per Rohingya for spotting a boat or turning a blind eye, said the smuggler, who works in the southern Thai region of Phang Nga (north of

⁵² Royal Thai Navy v. Big Island Inc. Et AL., (2015) Phuket Court, Phuket. No: 2161/2557, accessed 15 July 2020 <https://freedom.ilaw.or.th/case/554#detail>

Phuket) and deals directly with the navy and police.”⁵³ The Royal Thai Navy argued that this report was defamatory. The court rejected this claim. The basic reasoning of the Thai court was simple. The plaintiffs were not the originators of the news but only transmitters. The originator is a respected news agency which the court described as trustworthy. The case received wide publicity. Representatives of many international and domestic human rights organizations, as well as the media, attended the hearings. It is difficult to say to what extent the publicity of the case and the pressure of the international and domestic human rights organizations influenced the non-guilty verdict of the court. It is, however, apparent, that the Thai court has accepted the idea that a news report by a trustworthy news agency cannot be counted as defamation, and it is not against law to reprint such a report.

The case is remarkable for its way of handling evidence. The computer or personal electronic records of the defendants were not seized. The evidence against them was based exclusively on the materials available for the public. The defendants did not deny that they were reprinting the materials, but they argued that their action was lawful. The defendants called some academics and experts in human rights and computer law as witnesses. Their testimony was not about the facts but about the meaning of law.⁵⁴

One can conclude that Thai case law in relation to defamation cases against reputation of private individuals remains inconsistent. It is without doubt that courts will come to different decisions when facing the conflict between public interest in

⁵³ Jason Szep and Stuart Grudgings, “Special Report: Thai Authorities Implicated in Rohingya Muslim Smuggling Network,” (Reuters, 17 July 2013) accessed 15 July 2020 <https://www.reuters.com/article/us-myanmar-exodus-specialreport/special-report-thai-authorities-implicated-in-rohingya-muslim-smuggling-network-idusbre96g02520130717>

⁵⁴ One (Witness No. 5: Sautri Sukhasri) was a lecturer from Thammasat University. Another (Witness No. 6: Saranan Jivasurat) was the director of the Bureau of Research and Development Electronic Transaction Development Office (Public Organization).

the freedom of speech and protecting personal dignity and reputation. However, Thai law lacks clear principles which would guide the application of defamation law. The most apparent defect is that the courts do not examine the motives of defamatory statements, and that the proof of the falsehood of the statement is not required to convince a defender of public interest.

6. Conclusion

One can conclude that Thai law on defamation is defective. In the case of defaming private individuals, it should penalize only the most serious cases in which the harm to the victim is apparent. The facts of harm must be proved beyond reasonable doubt. The cases where there is only probability of harm to private individuals should belong largely to civil law. In exceptional cases, it should be possible to punish a person for defamatory statements without proving harm if the vicious will to defame is proved. That cannot be done without examining the motivation of the defendant. In those cases, the truth must be proved that the defendant acted in bad faith and made false statements.

There is no doubt that it is a legitimate use of criminal law to use a probability test for penalizing the statements that are likely to undermine state security and destroy public peace. Where there is no danger to state security or public peace, a probability test should not apply. Therefore, the courts are under the duty to weigh the possible impact of defamatory statements. Further, a probability test should be applied to protect the honor of the King, the Queen, the Heir-apparent or the Regent. But in the circumstances of unlikelihood of the threat to the security of the state and public peace, a true statement must not lead to a punishment. This is not only because the freedom to speak the truth is the essential element of freedom of speech, but it is also in the interests of protecting monarchy that it will not degenerate into tyranny.

In defamation cases, no existing legislative mechanisms can provide always a clear answer, and the courts must exercise their discretion to strike the right balance between public interest, freedom of speech, and protecting the dignity of people. Criminal law should not be considered as the primary tool to protect the dignity of private individuals against the abuses of the freedom of speech. In some cases, analyzed above, one can see a worrying tendency of Thai courts to use criminal law to punish private wrongdoings without any regard to the public interest. The wrongs which Thai judges are trying to penalize has often nothing to do with the actual harm, public danger, and the necessity to punish people driven by a malicious intent to defame others. The defendants are forced to provide evidence of their truthfulness and at the same time they are denied access to public documents that can prove their innocence (Saral case).

It must be emphasized again that in defamation against private individuals, only false statements made in bad faith should be criminalized. The issue of truth, however, is not only about the facts of defamatory statements. Nor can finding truth be reduced to the mere assessment whether or not the reputation of another person will likely be damaged by purportedly false claims. Instead, the issue of truth must involve the search for the balance, if not harmony, between the right of free speech, public benefit, and the reputation of private individuals.

Any system of criminal justice can be abused. The renowned work of Solzhenitsyn “Gulag Archipelago” contains a record of witnesses of the abuse of justice when innocent people were convicted for political and non-political offences.⁵⁵ The legislative ambiguity of the defamation offenses in Thailand can facilitate the abuses of justice. The Thai cases discussed above may not be characteristic for the application of criminal law on defamation in Thailand. It is

⁵⁵ Aleksandr Solzhenitsyn, “The Gulag Archipelago, 1918-1956: an Experiment in Literary Investigation,” Vol. 3. New York: Random House, (2003).

obvious, that some Thai judges do resist an extensive application of criminal law to restrict the freedom of speech. To avoid the ambiguity of Thai law, it will certainly help to draw a clear line between defamation as a public wrong and defamation as a tort. The biggest problem with Thai criminal justice in defamation cases is that it tends to look at some external proofs of an illegal action without taking seriously the moral perspective of the accused. In the end, motives are important to establish a criminal intent.

References

- ประชาไท. “จับ-คุมสอบ 9 คนแชร์ข้อความ 'เพจ Csi La' ระบุสาวอังกฤษถูกข่มขืนเกาะเต่า.” (5 กันยายน 2561) Prachatai 5 September 2018. Accessed July 15, 2020
<https://prachatai.com/journal/2018/09/78575>.
- สมชาย ปรีชาศิลปกุล. "การเมืองเชิงตุลาการ." (2016) 9 (1) CMU Journal of Law and Social Sciences 82.
- Aristotle. *Metaphysics*. Oxford: Clarendon Press. 2003.
- Mohamed Elewa Badar and Iryna Marchuk. "A comparative study of the principles governing criminal responsibility in the major legal systems of the world (England, United States, Germany, France, Denmark, Russia, China, and Islamic legal tradition)." 2013. *Criminal Law Forum*. Vol. 24. No. 1. 1-48.
- Bible. Gospel according to Mathew. Chapter 5. Accessed July 15, 2022
<https://biblehub.com/matthew/5.htm>.
- Sir William Blackstone. *Commentaries on the Laws of England in Four Books*. New York: W. E. Dean, 1838.
- Gilles Dutertre. *Key Case-law Extracts - European Court of Human Rights*. Strasbourg: Council of Europe, 2003.
- German Government. Criminal Code. 2021. Accessed June 9, 2023 https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html.
- Government of Canada. Criminal Code. 1985. Accessed June 9, 2023 <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-46/index.html>
- Douglas N. Husak, 'Motive and Criminal Liability' (1989) 8 Crim Just Ethics 3-13.
- Jefferson Ingram. *Criminal Evidence*. 10th Ed. New York: Lexisnexis, 2009.
- Roumeen Islam. *The Right to Tell: the Role of Mass Media in Economic Development*. World Bank Publications, 2002.
- Hugh Jones and Christopher Benson. *Publishing Law*. 3rd Ed. London: Routledge, 2006.
- Kendall v. Daily News Pub. Co., 716 F.3d 82 (3d Cir. 2013).

John Mill. *On Liberty and other essays*. Oxford University Press, 1998.

Piyasvasti Amranand v. Mr. Saral. (2016) Bangkok South Criminal Court No: a. 3325/2558.

Court: Appeals Court No: 13041/2016 Accessed July 15, 2020

<https://freedom.ilaw.or.th/case/773>.

Public Prosecutor v. Mr. Ampon. (2011) Ratchada Court, Bangkok. 4726/2554. Accessed

July 15, 2020 https://freedom.ilaw.or.th/case/21#the_verdict.

Public Prosecutor v. Mr. Maitri Jamroensuksakul. (2016) Chiangmai Court, Chiangmai.

1676/2558 Reported in “คดีถึงที่สุดแล้ว หลังอัยการไม่อุทธรณ์คดี ‘ไมตรี’ พ.ร.บ.

คอมพิวเตอร์.” (Thr, 15 August 2016) Accessed July 15, 2020

https://www.thr2014.com/wp-content/uploads/2016/08/maitree_verdict.pdf.

Frank Plumpton Ramsey, “Truth and Probability” in: *Foundations of Mathematics and*

Other Logical Essays, Edited by R. B. Braithwaite. London: Kegan, 1931.

Faith Ridler. “British backpacker is raped and robbed after having her drink spiked on

Thai island where tourist Hannah Witheridge was murdered.” (Daily Mail, 21

August 2018) Accessed July 15, 2020 [https://www.dailymail.co.uk/news/article-](https://www.dailymail.co.uk/news/article-6083847/british-backpacker-raped-robbed-having-drink-spiked-thai-island.html)

[6083847/british-backpacker-raped-robbed-having-drink-spiked-thai-island.html](https://www.dailymail.co.uk/news/article-6083847/british-backpacker-raped-robbed-having-drink-spiked-thai-island.html).

Royal Thai Navy v. Big Island Inc. Et Al. [2015] Phuket Court, Phuket. No: 2161/2557

Accessed July 15, 2020 <https://freedom.ilaw.or.th/case/554#detail>.

Septuagint. Psalms of Solomon. Accessed July 15, 2020

<http://ccat.sas.upenn.edu/nets/edition/31-pssal-nets.pdf>.

Larry J. Siegel. *Criminology: Theories, Patterns and Typologies*. 13th Ed. Boston: Cengage

Learning, 2016.

Robert Smith & Mark Perry, "'Fake News" Legislation in Thailand: The Good, the Bad and

the Ugly' (2020) 6 Athens JL 243.

Aleksandr Solzhenitsyn. *The Gulag Archipelago, 1918-1956: an Experiment in Literary*

Investigation. Vol. 3. New York: Random House, 2003.

David Streckfuss. *Truth on Trial in Thailand: Defamation, Treason, and Lèse-majesté*.

London: Routledge 2010.

Jason Szep and Stuart Grudgings, “Special Report: Thai Authorities Implicated in Rohingya Muslim Smuggling Network” (Reuters, 17 July 2013) Accessed July 15, 2020 <https://www.reuters.com/article/us-myanmar-exodus-specialreport/special-report-thai-authorities-implicated-in-rohingya-muslim-smuggling-network-idusbre96g02520130717>.

Thai Government. Constitution of Kingdom of Thailand. Accessed 2017 https://www.constituteproject.org/constitution/Thailand_2017.pdf.

เมื่อโลกร้อนท้าทายตุลาการ

When the Global warming challenges the Judiciary.

วัลลวลี คำบุญเรือง

นักวิจัยอิสระ

Watchalawalee Kumboonreung

Independent researcher

E-mail: mydream.choo@gmail.com

Received: March 15, 2023; Revised: June 16, 2023; Accepted: June 21, 2023

บทคัดย่อ

นับตั้งแต่ 2005 – 2022 มีจำนวนการดำเนินคดีเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (Climate Litigations) รวบรวม 2,002 คดี เฉพาะในทวีปเอเชียแปซิฟิกมีจำนวนคดี 28 คดี และมีแนวโน้มว่าจะเพิ่มขึ้นในอนาคต การนำคดีโลกร้อนขึ้นสู่ศาลเป็นอีกช่องทางหนึ่งที่พลเมืองและภาคประชาสังคมใช้เพื่อให้รัฐมีมาตรการและแก้ไขปัญหาโลกร้อน คดีเช่นนี้จึงเป็นความท้าทายต่อสถาบันตุลาการเพราะเป็นองค์กรที่มีความเป็นอนุรักษ์นิยมสูงที่ไม่เท่าทันกับการเปลี่ยนแปลง แต่ก็ยังเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการตีความกฎหมาย พิพากษา การนำคดีโลกร้อนขึ้นสู่ศาลจึงส่งผลให้สถาบันตุลาการไม่อาจหลีกเลี่ยงประเด็นโลกร้อนได้อีกต่อไป ขณะเดียวกันผลจากคำพิพากษาย่อมมีผลต่อการปกป้องคุ้มครอง รวมไปถึงริเริ่มให้มีการสร้างมาตรการทางกฎหมายเพื่อต่อสู้กับสภาวะโลกร้อน

ผลการศึกษา พบว่า คดีโลกร้อนเป็นคดีที่เชื่อมโยงกับสิทธิมนุษยชนอย่างแยกไม่ได้ ทั้งเป็นคดีที่มีความซับซ้อนอย่างมาก ขณะเดียวกันก็เชื่อมโยงกับหลักการระหว่างประเทศเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (UNFCCC) ความตกลงปารีส (Paris Agreement) หลักความยุติธรรมทางธรรมชาติ

(Environmental Justice) ความเป็นธรรมทางสภาพภูมิอากาศ (Climate Justice) ความเป็นธรรมของคนรุ่นเดียวกันและคนรุ่นต่อไป (Intrageneration and intergeneration Justice) และสิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดี (Right to healthy environment) รวมถึงหลักการสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน ซึ่งเป็นเครื่องมือสำคัญที่ผู้พิพากษาจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องทำความเข้าใจและไม่อาจหลีกเลี่ยงได้อีกต่อไป เพราะการพิจารณาคดีโลกร้อนก็จะมาเยือนห้องพิจารณาในสักวัน

คำสำคัญ: ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม, ความเป็นธรรมทางสภาพอากาศ, สิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดี, คดีโลกร้อน, ศาล

Abstract

Since 2005 and 2022, there were approximately 2,002 cases of climate litigation, with Asia-Pacific have been 28 cases and rising more. Climate litigation used by the citizen or civil society sector as a legal tool to activate the government to work on climate change measures and solve this issue. These kinds of cases will be challenges to the judicial system, which is conservative and not active to changing circumstances. However, judicial power is the power of interpretation and judgment. Furthermore, when climate litigation has been filed in court, the judge can't ignore the global warming issues. The court's decision can help protect the environment and create the opportunity to create laws, measures, and so on to combat global warming.

This article found that climate litigation was closely related to human rights. The case is also complicated. Meanwhile, they linked international climate change principles such as the UNFCCC, the Paris Agreement, environmental justice, climate justice, intragenerational and intergenerational justice, and the right to a healthy environment, as well as fundamental human rights, which are judicial importation tools. The judiciary would need to understand these complex

sciences, legal documents, and principles because climate change litigation will soon arrive in court.

Keywords: Environmental Justice, Climate Justice, Right to Health Environment, Global warming cases, Judiciary.

1. บทนำ

จากการรายงานครั้งที่ 5 ของคณะกรรมการ IPCC พบว่า อุณหภูมิพื้นผิวโดยเฉลี่ยทั่วโลก (รวมอุณหภูมิพื้นผิวโลกและมหาสมุทร) เพิ่มขึ้นประมาณ 0.74 องศาเซลเซียส เมื่อเทียบกับค่าเฉลี่ยของปีฐาน (ค.ศ. 1961 – 1990) และหากยังไม่มีมาตรการปล่อยก๊าซเรือนกระจกอย่างจริงจัง อุณหภูมิจะเพิ่มขึ้นอีกระหว่าง 1.1 – 6.4 องศาเซลเซียสภายในปี ค.ศ. 2100 การกระทำเหล่านี้ทำให้เกิดคำที่เรียกว่า “การเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศที่ก่อขึ้นโดยมนุษย์” (anthropogenic climate change) ซึ่งเน้นการเปลี่ยนแปลงระยะยาว ระดับทศวรรษขึ้นไป ที่ระบบภูมิอากาศที่มีการเปลี่ยนแปลงอยู่แล้วตามธรรมชาติได้ถูกรบกวนเพิ่มเติมขึ้นไปจากกิจกรรมของมนุษย์ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม ต่อมาใน ค.ศ. 1992 จากการประชุมสุดยอดโลก (Earth Summit) จึงได้เกิดกรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (United Nation Framework Convention on Climate Change: UNFCCC) ที่วางเป้าหมายเดียวกันของประเทศสมาชิกคือ การคงค่า (Stabilize) ระดับความเข้มข้นของก๊าซเรือนกระจกให้อยู่ในระดับที่ปลอดภัยต่อระบบธรรมชาติและสังคม ที่จะไม่ก่อให้เกิดการรบกวนโดยมนุษย์ที่จะก่อให้เกิดอันตรายต่อระบบภูมิอากาศของโลก

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากอนุสัญญา UNFCCC ไม่ได้มีสภาพบังคับเป็นเพียงความตกลงระหว่างประเทศ ทำให้ในการประชุมสมัชชาประเทศภาคี (Conference of Parties: COP) ครั้งที่ 3 ค.ศ. 1997 มีมติเห็นชอบให้พิธีสารเกียวโต (Kyoto Protocol) เป็นข้อตกลงที่มีผลผูกพันทางกฎหมายภายใต้กรอบอนุสัญญา โดยกำหนดให้มีการลดก๊าซเรือนกระจก 6 ชนิด¹ ภายในช่วง

¹ ได้แก่ ก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ (CO₂), มีเทน (CH₄), ไนตรัสออกไซด์ (N₂O), ไฮโดร-ฟลูออโรคาร์บอน (HFCs),

ค.ศ. 2008 – 2012 ไม่น้อยกว่าร้อยละ 5 ของระดับการปลดปล่อยโดยรวมของกลุ่มประเทศพัฒนาแล้วที่เกิดขึ้นใน ค.ศ. 1990 แต่กระนั้นพิธีสารเกียวโต กลับไม่สามารถใช้บังคับได้จริง เนื่องจากประเทศพัฒนาแล้วไม่ได้เข้าร่วมให้สัตยาบัน ส่งผลให้ใน ค.ศ. 2015 การประชุม COP 21 ณ กรุงปารีส ได้รับรองความตกลงปารีส (Paris Agreement) โดยมีเนื้อหาสำคัญคือ 1. หยุดยั้งอุณหภูมิเฉลี่ยของโลกไม่ให้เพิ่มเกินกว่าสององศาเซลเซียส และพยายามจำกัดไม่ให้เพิ่มเกิน 1.5 องศาเซลเซียส เมื่อเทียบกับอุณหภูมิในยุคก่อนอุตสาหกรรม 2. เพิ่มขีดความสามารถในการปรับตัวและการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจก ส่งเสริมการสร้างภูมิคุ้มกันด้านทานและความสามารถในการฟื้นตัว และ 3. ให้การสนับสนุนทางการเงินเพื่อให้เกิดกิจกรรมการปรับตัวและลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจก²

กลไกเหล่านี้ ยังคงเป็นกลไกของฝ่ายบริหาร ที่มีพยายามวางกรอบนโยบายให้สอดคล้องกับการรับมือต่อสภาพภูมิอากาศที่เปลี่ยนแปลงไป อย่างไรก็ตาม กลไกทางตุลาการ เป็นอีกหนึ่งกลไกที่มีความสำคัญไม่แพ้กันเพราะผู้พิพากษาเป็นผู้ที่สามารถใช้อำนาจในการวินิจฉัยตีความกฎหมาย รวมไปถึงระเบียบข้อบังคับต่างๆ ให้รัฐมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำพิพากษา ทั้งประเด็นเรื่องโลกร้อนไม่ใช่เรื่องไกลตัวอีกต่อไป แต่หากเป็นประเด็นใหม่ของทศวรรษนี้ที่การเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศได้ส่งผลกระทบต่อมนุษย์และสิ่งแวดล้อม ซึ่งเกิดขึ้นในรูปแบบคดีมลพิษข้ามพรมแดนคดีฝุ่นควัน การทำเหมือง เป็นต้น ซึ่งย่อมจะเข้าสู่ศาลในเร็ววันและมีแนวโน้มเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ

ทั้งนี้ การเกิดขึ้นของความตึงเครียดระหว่างประเทศเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศได้ส่งผลให้ เกิดการดำเนินคดีที่เกี่ยวข้องกับสภาวะโลกร้อนจำนวนเพิ่มขึ้น ตั้งแต่ ค.ศ. 2015 จนถึง 2022 พบว่า มีจำนวนคดีที่เกี่ยวข้องกับสภาวะโลกร้อนมากขึ้น 2,002 คดี จำนวน 1,426 เป็นคดีในสหรัฐอเมริกา ขณะที่ 576 เป็นคดี 43 ประเทศอื่น ๆ หรือ 15 คดี ในศาลระหว่างประเทศหรือศาลระดับภูมิภาค หรืออนุญาโตตุลาการ³ ขณะที่ประเทศทางในซีกโลกทางใต้

เปอร์ฟลูออโรคาร์บอน (PCFs), ซัลเฟอร์เฮกซะฟลูออไรด์ (SP6)

² ชยา วรธนะภูติ, “ว่าด้วยชีวิตทางสังคม ชีวิตทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี และชีวิตทางการเมืองของ “การเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ” ในมนุษย์สมัย,” บรรณาธิการโดย เก่งกิจ กิติเรียงลาภ, *Anthropocene บทพิพากษามนุษย์และวิกฤตสิ่งแวดล้อมในยุคสมัยแห่งทุน*, 2564: 164-168.

³ Setzer J. and Higham C. “Global Trends in Climate Change Litigation: 2022 Snapshot,” London: Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science.; 9.

ปัจจุบัน มี 88 คดี 47 คดีในแถบละตินอเมริกา และคาริเบียน 28 คดีในเอเชียแปซิฟิก และ 13 คดีในแอฟริกา⁴ ซึ่งมีแนวโน้มที่จะเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ บทความชิ้นนี้จึงต้องการที่จะศึกษาคดีโลกร้อนที่ขึ้นสู่ชั้นศาลเพราะการต่อสู้คดีดังกล่าว ไม่ใช่เพียงการต่อสู้คดีด้านสิ่งแวดล้อมแบบเดิมอีกต่อไป แต่หากเป็นการต่อสู้ที่พุ่งด้วยสิทธิมนุษยชนใหม่ ๆ เช่น ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม (Environmental Justice) สิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดี (Right to Healthy Environment) ความเป็นธรรมระหว่างคนรุ่นเดียวกันและคนรุ่นต่อไป (Intrageneration and Intergeneration) และความเป็นธรรมทางสภาพภูมิอากาศ (Climate Justice) เป็นต้น ซึ่งศาลเองเป็นก็สามารถทำหน้าที่เป็นผู้ปกป้องทรัพยากรธรรมชาติขณะเดียวกันก็ต้องทำหน้าที่ถ่วงสมดุลให้กับสิทธิในการพัฒนาของรัฐและของเอกชนเช่นกัน โดยจะศึกษาผ่านคำพิพากษาของศาลต่างประเทศเกี่ยวกับคดีโลกร้อน และย้อนกลับมาสำรวจคดีโลกร้อนของไทย ซึ่งมีความแตกต่างกับประสบการณ์ในต่างประเทศ ซึ่งทำให้เห็นว่า การตีความของผู้พิพากษาในคดีที่มีการอ้างหลักการเกี่ยวกับโลกร้อน ควรจะต้องมีความระมัดระวังและจำเป็นที่จะต้องอาศัยการตระหนักถึงสิทธิมนุษยชน และยอมรับความรู้อื่น เพื่อที่จะสามารถทำให้คู่ความในคดีทุกฝ่ายได้รับความเป็นธรรมที่ยุติธรรม

2. เมื่อมนุษยครองโลก

“จีน เปิดทางรถไฟ ‘ถ่านหิน’ สายยาวสุดในโลกขนส่งข้ามทิศ 200 ล้านตันต่อปี เมื่อวันที่ 28 กันยายน สำนักข่าวซินหัว รายงานว่า จีนเริ่มใช้งานทางรถไฟรองรับการบรรทุกหนัก ความยาว 1,800 กิโลเมตร ซึ่งเป็นความยาวมากที่สุดสายหนึ่งของโลกเพื่อการขนส่งถ่านหินจากตอนเหนือสู่ตอนกลางของประเทศ ทางรถไฟไผ่ฮั่วจี (Haoji Railway) ยังเป็นตัวอย่างของการปกป้องสิ่งแวดล้อมและระบบนิเวศ ที่ได้สร้าง “ป่าปกป้อง” ริมทางรถไฟช่วงทะเลทรายเหมาอูซู่ (Maowusu Desert) ทางรถไฟฮั่วจียังสามารถเสริมการพัฒนาแหล่งทรัพยากรทางตะวันตก

⁴ Ibid.,10.

เป็นแหล่งพลังงานของภาคกลางและช่วยลดมลพิษการขนส่งถ่านหินผ่านถนนหลวง”⁵

ถ่านหินเป็นพลังงานฟอสซิล หนึ่งในทรัพยากรธรรมชาติที่ใช้แล้วหมดไป ที่มีบทบาทสำคัญต่อมนุษย์อย่างมาก เพราะสามารถนำไปผลิตเป็นกระแสไฟฟ้า และยังเป็นวัตถุดิบที่ถูกราคาต่ำและสกปรกที่สุด แต่การเผาไหม้ถ่านหินปลดปล่อยคาร์บอนไดออกไซด์หนึ่งในตัวการสำคัญของการเกิดสภาวะโลกร้อน⁶ ย้อนกลับไปเมื่อช่วงศตวรรษที่ 19 ประเทศตะวันตกได้มีการขุดพบถ่านหินและถูกนำมาใช้กับเครื่องจักรไอน้ำในอุตสาหกรรมในยุคอุตสาหกรรมซึ่งเป็นยุคที่มนุษย์เรียนรู้ที่จะใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติเพื่อตอบสนองกิจกรรมทางเศรษฐกิจของมนุษย์ จึงอาจอนุมานได้ว่า ในช่วงเวลาดังกล่าวเป็นยุคสมัยของ “มนุษย์สมัย” (Anthropocene)⁷

นับตั้งแต่ปี 2000 คำว่า มนุษย์สมัย (Anthropocene) เป็นศัพท์ธรณีวิทยาศึกษาที่พอล ครุตเซน (Paul J. Crutzen) ใช้เพื่อบ่งชี้ ห้วงธรณีเวลาปัจจุบัน ว่ามนุษย์เป็นตัวการหลักในการเปลี่ยนแปลงองค์ประกอบและกระบวนการทางกายภาพ เคมีและชีวภาพของโลกอย่างชัดเจน รวมถึงเป็นยุคที่มนุษย์ได้ใช้หรือสร้างผลกระทบต่อธรรมชาติ จนโลกไม่เหลือความเป็น “ธรรมชาติ” อีกต่อไป ซึ่งผลจากการกระทำของมนุษย์ได้สร้างผลกระทบในระดับธรณีวิทยา ทั้งยังกระทบถึงการเปลี่ยนแปลงทางกายภาพของสภาพแวดล้อม และภูมิอากาศ เช่น ระดับอุณหภูมิที่เฉลี่ยสูงขึ้น ความเข้มข้นของคาร์บอนไดออกไซด์ในบรรยากาศ การสูญเสียความหลากหลายทางชีวภาพ อันล้วนเป็นผลจากการกระทำของมนุษย์ที่เกิดขึ้นภายหลังการปฏิวัติอุตสาหกรรม การใช้ถ่านหิน น้ำมัน ก๊าซธรรมชาติ เพื่อผลิตไฟฟ้า การอุปโภคบริโภคแบบอุตสาหกรรมการเกษตรเชิงเดี่ยว การเกิดขึ้นของระบบอุตสาหกรรมขนาดใหญ่ การขยายตัวของเทคโนโลยี การคมนาคมขนส่ง ที่ล้วนแต่ใช้ทรัพยากรธรรมชาติอย่างไม่หยุดยั้งและสร้างผลกระทบ

⁵ Xinhua Thai News Service, “จีนเปิดทางรถไฟ ‘ถ่านหิน’ สายยาวสุดในโลกขนส่งข้ามทิศ 200 ล้านตันต่อปี,” สืบค้นเมื่อวันที่ 13 มกราคม 2565 https://www.xinhua.com/china/38892_20190929.

⁶ Greenpeace, “ถ่านหิน – มหันตภัยโลกร้อนหมายเลข 1,” สืบค้นเมื่อวันที่ 13 มกราคม 2565 <https://www.greenpeace.org/thailand/publication/8213/coal-no1-climate-killer/>.

⁷ หมายเหตุ ช่วงระยะเวลาการเกิดขึ้นของยุคมนุษย์สมัย (Anthropocene) ยังคงมีการถกเถียงจากนักธรณีวิทยาอย่างกว้างขวาง ว่าเกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาใดกันแน่ แต่บทความนี้ได้ต้องการที่จะถกเถียงถึงระยะเวลาการเกิดยุคมนุษย์สมัยเพียงต้องการหยิบยกแนวคิดนี้เพื่อนำมาเป็นส่วนหนึ่งในการศึกษา

เป็นวงกว้าง และมนุษย์ได้ก้าวขึ้นมาเป็น “ศูนย์กลางของสรรพสิ่ง” ที่ได้กระทำการและมีอำนาจเหนือธรรมชาติ

ปัจจุบันอาจกล่าวได้ว่า “มนุษย์สมัย” ได้มาถึงช่วงเวลาที่เป็น “ยุคสมัยแห่งทุน” (Capitalocene) เจสัน ดับเบิลยู. มัวร์ (Jason W. Moore) นักประวัติศาสตร์สิ่งแวดล้อม ได้เสนอแนวคิดที่ว่า ทุนมนุษย์มีอาจแยกออกจากระบบเศรษฐกิจแบบทุน แม้ไม่ใช่ทุกการกระทำของมนุษย์หรือทุกกิจกรรมของมนุษย์จะอธิบายได้ด้วยทุนนิยม แต่การกระทำทางเศรษฐกิจของมนุษย์จำนวนมากได้ดำเนินไปภายใต้ระบบทุนนิยม ผ่านเครือข่ายระบบการค้า การกระจายสินค้า และการบริโภคระดับโลก ที่ทำให้ต้องใช้ทรัพยากรธรรมชาติจำนวนมากมหาศาล⁸ จนทำให้เกิดการควบคุมและชุดรีดแรงงานของมนุษย์โดยระบบทุนนิยมเองไม่สามารถแยกขาดจากการชุดรีดสิ่งที่เป็นธรรมชาติไปพร้อม ๆ กัน เช่น การทำให้ทรัพยากรธรรมชาติมีมูลค่า ด้วยการเข้าไปจัดการ ยึดครอง และจัดสรรให้ส่วนต่าง ๆ ของโลก รวมทั้งแรงงานมนุษย์และสิ่งที่ไม่ใช่มนุษย์กลายมาเป็นส่วนประกอบสำคัญของการสร้างมูลค่า และการสะสมความมั่งคั่ง⁹

ผลกระทบจากการชุดรีดทรัพยากรธรรมชาติของมนุษย์ ได้ส่งผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ กระทั่งทศวรรษที่ 1970 – 1990 ผลการจากพัฒนาเทคโนโลยี ทำให้ทราบว่ากิจกรรมของมนุษย์มีบทบาทสำคัญต่อการเร่งปลดปล่อยคาร์บอนสู่ชั้นบรรยากาศมากกว่าที่จะสามารถดูดซับคืนสู่ระบบอื่น ๆ ส่งผลให้โลกเข้าสู่ภาวะที่ไม่สมดุลและไม่เสถียรอีกต่อไป ทั้งยังส่งผลให้เกิดการรบกวนหรือเร่งให้เกิดการสลับไปมาระหว่างโลก “ปกติ” “สภาวะโลกร้อน” และ “สภาวะโลกเย็น” ในแบบที่ไม่สามารถคาดการณ์ได้และไม่สามารถย้อนกลับไปสู่จุดเดิมได้¹⁰ สอดคล้องกับผลจากการศึกษาของนักวิทยาศาสตร์ทำให้เกิดการก่อตั้งคณะกรรมการระหว่างรัฐบาลว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (Inter-governmental Panel on Climate Change: IPCC) ใน ค.ศ. 1988 ยืนยันว่า กิจกรรมของมนุษย์นับตั้งแต่ยุคปฏิวัติอุตสาหกรรม

⁸ ชนกร ชูติภมรธรรม, “ผู้กระทำการ อำนาจ และความเป็นประวัติศาสตร์ในมนุษย์สมัย : กรณีศึกษาเรื่องป่าไม้ในสมัยพัฒนาการ (พ.ศ. 2502 – 2516)”, บรรณาธิการโดย เก่งกิจ กิติเรียงลาภ, *Anthropocene บทวิพากษ์มนุษย์และวิกฤตสิ่งแวดล้อมในยุคสมัยแห่งทุน* 2564: 239, 254 – 255.

⁹ เก่งกิจ กิติเรียงลาภ, “ยุคสมัยแห่งทุน : ข้อถกเถียงว่าด้วยมนุษย์สมัยในโลกวิชาการมาร์กซิสต์”, บรรณาธิการโดย เก่งกิจ กิติเรียงลาภ, *Anthropocene บทวิพากษ์มนุษย์และวิกฤตสิ่งแวดล้อมในยุคสมัยแห่งทุน*, 2564: 118 – 119.

¹⁰ ชยา วรธนระภูติ, *Anthropocene บทวิพากษ์มนุษย์และวิกฤตสิ่งแวดล้อมในยุคสมัยแห่งทุน*: 160 – 164.

โดยเฉพาะการใช้ถ่านหิน น้ำมันดิบ และก๊าซธรรมชาติในภาคพลังงาน การขนส่งและอุตสาหกรรม ทำให้เกิดปลดปล่อยก๊าซเรือนกระจกสู่ชั้นบรรยากาศอย่างเข้มข้นเกินกว่าที่ธรรมชาติจะสามารถกระทำได้

ผลจากการพัฒนาอย่างไม่หยุดยั้งของอุตสาหกรรมการใช้ทรัพยากรธรรมชาติ ยังทำให้เกิดปัญหาแย่งชิงทรัพยากรจากผู้คนกลุ่มหนึ่งที่มีอำนาจต่อรองน้อย กลายเป็นผู้ที่ได้รับผลกระทบที่ตนไม่ได้ก่อหนี้ที่สุด และไม่ได้รับการชดเชยเยียวยาอย่างเป็นธรรม จึงทำให้เกิดแนวคิดที่เรียกร้องความเท่าทางสิ่งแวดล้อมที่เรียกว่า “ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม (Environmental Justice)” หมายถึง ความเท่าเทียมในการได้รับประโยชน์จากสิ่งแวดล้อมและความเป็นธรรมในการต้องรับภาระจากอันตรายสิ่งแวดล้อม ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมสัมพันธ์กับแนวคิดเรื่องความยุติธรรมทางสังคม (Social Justice) ที่มีองค์ประกอบร่วมกัน คือ ความยุติธรรมที่กระจาย (Distributive Justice) ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมกับแนวคิดการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable Development) ที่ผูกโยงกับการแจกจ่ายผลประโยชน์และค่าใช้จ่ายของการพัฒนาให้กับคนรุ่นเดียวกัน (Intra Generation) และระหว่างคนต่างรุ่น (Inter Generations) จะเชื่อมโยงแนวคิดความยุติธรรมสองประเภท คือ ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมภายในคนรุ่นเดียวกัน (Intra-generation Justice) กับ ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมระหว่างคนต่างรุ่น (Inter-generation Justice) เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการพัฒนาที่ยั่งยืนและจรรโลงความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมไปพร้อมกัน¹¹

และด้วยสภาพภูมิอากาศที่เปลี่ยนแปลงไปทำให้คนกลุ่มเปราะบาง (vulnerable group)¹² และประเทศที่จะได้รับผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงของสภาพภูมิอากาศอย่างร้ายแรง ซึ่งล้วนมีความสามารถในการรับมือผลกระทบน้อยที่สุด นำไปสู่ถกเถียงประเด็น “ความเป็นธรรมทางสภาพภูมิอากาศ (Climate Justice) ที่อธิบายความไม่เท่าเทียม ความไม่เป็นธรรม และการเอาเปรียบระหว่างประเทศมหาอำนาจกับประเทศยากจน จนเกิดช่องว่างทางเศรษฐกิจ

¹¹ คณินิจ ศรีบัวเอี่ยม, “รายงานการวิจัยเรื่อง ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม (Environmental Justice and Citizenship),” (มูลนิธิคอนราด อาเดนาวร์: กรุงเทพฯ, 2559): 3.

¹² กลุ่มคนเปราะบาง หมายความว่าถึง กลุ่มคนด้อยโอกาส ยากจน กลุ่มคนชาติพันธุ์ เด็ก ผู้หญิง คนชายขอบ นักปกป้องสิทธิ เป็นต้น

และการพัฒนาคุณภาพที่ต่างกัน¹³ ผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อมที่ประเทศยากจน และกลุ่มคนเปราะบางจะต้องได้รับจากการกระทำดังกล่าว แนวคิดนี้จึงได้พยายามตั้งคำถามกับความ เป็นธรรมของคนกลุ่มเหล่านี้จะไม่ถูกหลงลืมและตกหล่นไปข้างหลัง

3. และโลกร้อนเข้าสู่ห้องพิจารณา

3.1 อะไรคือ คดีโลกร้อน?

ความหมาย “คดีการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ” (ต่อไปจะเรียกว่า “คดีโลกร้อน”) ในทางวิชาการยังคงมีการถกเถียงการให้นิยามเกี่ยวกับศัพท์ดังกล่าวเพื่อให้มีความครอบคลุม ขณะเดียวกันก็ต้องมีขอบเขตที่สามารถแยกออกจากคดีสิ่งแวดล้อมโดยทั่วไปเช่นกัน Markell and Ruhl, Burgguer and Gundlanch; Burger and Metzger,¹⁴ และ the Sabin Center for Climate Change Law¹⁵ ให้การนิยามที่คล้ายกันว่า 1. คดีจะต้องมีการนำเข้าสู่กระบวนการ ยุติธรรม ไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่งที่ใช้กระบวนการศาลในการยุติข้อพิพาท (judicial) หรือ การระงับ ข้อพิพาททางเลือก (quasi-judicial bodies) หรือการฟ้องคดีเกี่ยวกับทางปกครองเกี่ยวข้องกับ กระบวนการยุติธรรม 2. คดีมีข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับการลดปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (Climate change mitigation) การดำเนินงานเพื่อรับมือกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (Climate change adaptation) หรือวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ซึ่งการนิยามนี้ได้ถูกโต้แย้งว่าไม่ครอบคลุมถึง การดำเนินคดีที่ไม่เกี่ยวข้องกับประเด็นของโลกร้อน โดยตรงแต่มีผลกระทบสำคัญเกี่ยวโยงกับประเด็นโลกร้อน ควรถูกพิจารณาให้เป็นคดีโลกร้อน เช่นกัน¹⁶ เช่น คดีที่ต้องการให้มีการปรับเกณฑ์การวัดคุณภาพอากาศ เช่น ปรับเกณฑ์ชี้วัด การปล่อยก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ให้เข้มงวดขึ้นในพื้นที่ที่จราจร หรือเขตอุตสาหกรรม

¹³ พาฝัน หน่อแก้ว, “Climate Justice: ทุน รวย จน ความเหลื่อมล้ำ และความเท่าเทียม”, สืบค้นเมื่อวันที่ 13 มกราคม 2566, [ทุน รวย จน ความเหลื่อมล้ำ และความเท่าเทียม : Climate Justice \(themomentum.co\)](https://themomentum.co/).

¹⁴ Setzer, J. and Higham, C., Jackson, A. and Solana, J. “Legal Working Paper Series Climate change litigation and central banks,” European Central Bank, No 21. December 2021. p.5. <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scplps/ecb.lwp21~f7a250787a.en.pdf>

¹⁵ Ibid. pp.5-6.

¹⁶ Ibid.

รายงาน Asian Development Bank, Climate Change, Coming Soon to a Court Near You- Climate Litigation in Asia and the Pacific and Beyond ได้นิยามเพิ่มเติมจากคำอธิบายข้างต้นว่า คดีโลกร้อน แม้ไม่ปรากฏประเด็นการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศอย่างชัดเจนแต่มีความพยายามนำประเด็นการลดผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ หรือ การรับมือต่อการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ หรืออื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการยอมรับสิทธิความรับผิดชอบของคนระหว่างรุ่น (recognition of intergenerational responsibility) ก็ถือว่าเป็นการดำเนินคดีโลกร้อน¹⁷

แม้การนิยามความหมายเกี่ยวกับคดีโลกร้อนยังไม่แน่ชัด แต่ลักษณะการดำเนินคดีโลกร้อน หากกล่าวโดยภาพรวมคือ การดำเนินคดีที่คู่พิพาทต้องใช้กระบวนการยุติธรรมทั้งทางตรงหรือการระงับข้อพิพาททางเลือกที่เกี่ยวข้องประเด็นโลกร้อน ไม่ว่าจะเป็นการลดการปล่อยก๊าซคาร์บอนฯ การลดผลกระทบหรือการเตรียมรับมือจากโลกร้อน รวมถึงคดีที่ไม่นำประเด็นเกี่ยวกับโลกร้อนขึ้นโดยตรง แต่ผลของคดีมีความเกี่ยวข้องกับโลกร้อน เช่น การปรับเกณฑ์คุณภาพอากาศ การปล่อยมลพิษ การสูญเสียความหลากหลายทางชีวภาพและทรัพยากรธรรมชาติ รวมถึง การฟ้องคดีเกี่ยวกับสิทธิของคนรุ่นปัจจุบันและคนรุ่นต่อไป เป็นต้น ทั้งนี้ การตั้งนิยามเกี่ยวกับการดำเนินคดีโลกร้อนจะเป็นประโยชน์มากกว่าหากสามารถปรับให้เข้ากับข้อพิพาททางกฎหมายในแต่ละประเทศ และก้าวทันสถานการณ์การเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ

3.2 ฐานสิทธิการฟ้องคดีและฐานสิทธิการตัดสินคดี

โดยทั่วไปคดีโลกร้อน ผู้ที่สามารถฟ้องสามารถเป็นทั้งเอกชน บุคคล หรือองค์กร และรัฐบาล หน่วยงานของรัฐมักมีสถานะเป็นผู้ถูกฟ้องคดี ซึ่งผู้ฟ้องคดีมักใช้สิทธิเพื่อบังคับให้รัฐต้องดำเนินการรับมือกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ อันเป็นการใช้สิทธิตามสมควร ขณะเดียวกันผู้พิพากษาเองก็สามารถนำเอาหลักการตามกฎหมายเหล่านี้ เป็นหลักอ้างอิงและนำมาปรับใช้กับคดี และบริบทประเทศของตน เพื่อทำให้รัฐบาลต้องดำเนินการตามหน้าที่ของตน การอ้างอิงฐานสิทธิในคดีโลกร้อน ได้แก่

¹⁷ Asian Development Bank, “Climate Change, Coming Soon to a Court Near You- Climate Litigation in Asia and the Pacific and Beyond,” December 2020, p.7 [Climate Change, Coming Soon to a Court Near You: Climate Litigation in Asia and the Pacific and Beyond \(adb.org\)](https://www.adb.org/publications/climate-change-coming-soon-to-a-court-near-you-climate-litigation-in-asia-and-the-pacific-and-beyond)

3.2.1 กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ หรือความตกลงปารีส (The Paris Agreement) ที่สามารถใช้เป็นหลักในการอ้างอิงและปรับใช้กับเป้าหมายการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจก ทำให้รัฐบาลมีหน้าที่ตามพันธะข้อตกลงระหว่างประเทศซึ่งตนได้ให้สัตยาบันหรือลงนามเข้าร่วม¹⁸

3.2.2 กฎหมายภายในประเทศ คือ สิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายภายในประเทศที่บัญญัติรับรอง หรือนำหลักการระหว่างประเทศมาอนุวัติการในประเทศได้เสมือนเป็นกฎหมายภายในประเทศของตน ซึ่งทำให้รัฐบาลต้องแสดงความรับผิดชอบเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ซึ่งศาลทั่วโลกได้มีการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศและภายในประเทศ เพื่อมุ่งสู่การทำให้รัฐเตรียมรับมือหรือแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ¹⁹

3.2.3 ข้อผูกพันทางกฎหมายและนโยบาย (Statutory and Policy Commitments) รัฐบาลของแต่ละประเทศได้มีข้อผูกพันเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ผ่านการออกกฎหมาย ระเบียบข้อบังคับ และนโยบาย โดยรัฐบาลถูกฟ้องดำเนินคดีในศาลมากขึ้นเพราะล้มเหลวต่อการบังคับใช้กฎหมายและอำนาจการตัดสินใจของฝ่ายบริหารที่เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ²⁰

การใช้ฐานสิทธิต่าง ๆ เหล่านี้เพื่อฟ้องคดี หรือตัดสินคดีย่อมขึ้นอยู่กับบริบทและเงื่อนไขการปรับใช้กฎหมายภายในประเทศของตน ซึ่งมีหลายตัวอย่างกรณีศึกษาที่มีการเชื่อมโยงกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ เพื่อปรับใช้กับกฎหมายที่มีอยู่เดิม ไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญ กฎหมายภายในประเทศ หรือระเบียบข้อตกลงระหว่างประเทศที่รัฐบาลได้ลงนามไว้ ทั้งนี้ ผู้เขียนได้นำกรณีศึกษาคดีโลกร้อนที่เป็นการฟ้องคดีเกี่ยวกับโลกร้อนในหลายลักษณะที่ผู้พิพากษาในประเทศนั้น ๆ ได้ให้ความสำคัญกับประเด็นโลกร้อนอันมีตัวอย่างจากทั้งภายในประเทศ และระหว่างประเทศ ผ่านกรณีศึกษา เช่น คดีสิ่งแวดล้อมของประเทศฟิลิปปินส์ **คดี West Tower Condominium Corp v. First Philippine Industrial Corporation et al.** คดีของประเทศ

¹⁸ Asian Development Bank, “Climate Change, Coming Soon to a Court Near You- Climate Litigation in Asia and the Pacific and Beyond,” access November 1, 2022, p.17.

¹⁹ Ibid., 27.

²⁰ Ibid., 56.

ปากีสถาน **Leghari v. Federation of Pakistan** ที่มีการฟ้องประเด็นที่ตรงกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศโดยตรง และสุดท้ายเป็น **ข้อเรียกร้องที่สาธารณรัฐวานูอาตู (Vanuatu ICJ initiative)** นำประเด็นปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice – ICJ) ซึ่งล้วนเป็นตัวอย่าง คดีและคำพิพากษาที่มีทั้งการพัฒนาหลักการทางกฎหมายสิ่งแวดล้อมเพื่อปกป้องคุ้มครองภัยอันตรายทางสิ่งแวดล้อมที่กระทบต่อการดำรงในระบอบนิเวศของมนุษย์ที่สมดุลและดี อันสัมพันธ์กับการดำเนินคดีโลกร้อน

- **คดี West Tower Condominium Corp v. First Philippine Industrial Corporation et al.**

ในปี 2010 ศาลสูงสุดฟิลิปปินส์ได้มีประกาศคำสั่งศาลสูงสุดว่าด้วยข้อบังคับเกี่ยวกับคดีสิ่งแวดล้อมกับหลักที่เรียกว่า “a writ of kalikasan (nature)” ซึ่งเป็นหลักที่ว่าด้วยการปกป้องสิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดี และมีหน้าที่คล้ายกับการเยียวยาที่พิเศษ หลักการนี้จะใช้เพื่อบรรเทาจากการกระทำ หรือการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อสิทธิของบุคคลตามรัฐธรรมนูญในการที่จะรักษาสมดุลและความสมบูรณ์ของระบบนิเวศ ทั้งนี้ การละเมิดหรือคุกคามจะต้องเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นสาเหตุสำคัญที่ส่งผลต่อการทำลายสิ่งแวดล้อมซึ่งจะมีผลเสียต่อชีวิต สุขภาพ หรือทรัพย์สินของผู้อยู่อาศัยในเมืองหรือจังหวัด ตั้งแต่สองเมืองขึ้นไป คู่กรณีอาจยื่นคำร้องต่อศาลฎีกาหรือศาลอุทธรณ์ เพื่อให้มีการบรรเทาอย่างรวดเร็ว โดยศาลต้องมีคำสั่งรับคำร้องภายใน 3 วันนับแต่วันที่มีการยื่นคำร้อง โดยศาลสามารถออกหมายเรียกและออกคำสั่งได้อย่างรวดเร็ว โดยศาลจะเป็นผู้พิจารณาเองว่าออกคำสั่งเรียกหรือคำสั่งว่าจะมีการพิจารณามีขั้นตอนอย่างไร และต้องมีการไต่สวนมูลฟ้องและพิพากษากภายใน 60 วันนับแต่ยื่นคำร้อง

โดยศาลอาจสั่งให้มีการบรรเทาเยียวยาในขอบเขตที่กว้าง รวมถึงมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว นอกจากนี้ ศาลยังสามารถออกคำสั่งให้ใช้หลักการป้องกันไว้ก่อน (the precautionary principle) โดยเฉพาะกรณีที่ขาดหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่จะสามารถพิสูจน์ได้แน่นอนถึงการดำเนินการที่เป็นสาเหตุเชื่อมโยงระหว่างกิจกรรมของมนุษย์และผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม²¹ เงื่อนไขการใช้หลัก a writ of kalikasan กับคดีสิ่งแวดล้อม ศาลวางเงื่อนไขไว้ว่า (i) ความเสียหายในการอนุญาต

²¹ Ibid, p. 78

นั้นมีความสมเหตุสมผล หรือมีสาเหตุที่เชื่อมโยงกับความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงหรือมีภัยคุกคามต่อสิ่งแวดล้อม (ii) คู่กรณี นั้นได้พยายามอย่างหนัก (หรือกำลังพยายาม) นำเรื่องเข้าสู่การเยียวยาทางปกครองทั้งหมดหรือศาลชั้นต้นแล้ว²² เช่น ความเสียหายนั้นอาจเป็น สถานที่ที่ได้มีการยื่นใบอนุญาตเท็จหรือฉ้อฉลอย่างร้ายแรงอันส่งผลให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมอย่างมีนัยยะสำคัญ

และในปีเดียวกันนี้ ได้เกิดคดีท่อน้ำมันรั่วของบริษัท First Philippine Industrial Corporation et al ซึ่งถูกฟ้องร้องว่า ได้มีการวางระบบขนส่งน้ำมันความยาว 117 กิโลเมตรที่ได้มีการขนส่งเชื้อเพลิง เช่น ดีเซล น้ำมันเบนซินและน้ำมันก๊าด ที่วกรุงมะนิลา และเกิดการรั่วไหลของท่อน้ำมัน ส่งผลกระทบต่อผู้พักอาศัย Barangays 2 แห่ง รวมทั้งคอนโดมิเนียมเวสต์ทาวเวอร์ (the West Tower Condominium) คดีนี้เป็นคดีแรกที่ศาลอุทธรณ์และศาลสูงสุดได้มีการบังคับใช้หลัก a writ of kalikasan และคำสั่งคุ้มครองสิ่งแวดล้อมชั่วคราว โดยสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีต้อง (i) ดำเนินการหยุดใช้ท่อกำลังน้ำมันที่รั่วไหล (ii) ตรวจสอบความสมบูรณ์แข็งแรงของโครงสร้างท่อกอง (iii) ต้องใช้มาตรการเพื่อป้องกันเหตุการณ์ใด ๆ ที่เกิดจากการรั่วไหล และรายงานเกี่ยวกับมาตรการเหล่านั้น

บทสรุปของคดี ศาลสูงสุดฟิลิปปินส์ได้ยืนตามคำสั่งของศาลอุทธรณ์ โดยการสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการแก้ไขจนกว่าพื้นที่ที่ได้รับผลกระทบจะได้รับการฟื้นฟู จึงจะอนุญาตให้ผู้ถูกฟ้องคดีสามารถดำเนินการเปิดใช้ท่อกำลังน้ำมันได้อีกครั้งภายใต้การกำกับและเงื่อนไขที่เข้มงวด คดีนี้ แม้ไม่ได้ยกประเด็นโลกร้อนเป็นสาระสำคัญของคดี แต่ผลกระทบจากน้ำมันรั่วไหลนั้นส่งผลกระทบโดยตรงต่อการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ²³

● คดี Leghari v. Federation of Pakistan

ในปี 2015 คดีนี้ Leghari อาชีพชาวนา ผู้ได้รับผลกระทบจากโลกร้อนที่ทำให้พืชผลของเขาถูกทำลาย เขาจึงได้ฟ้องรัฐบาลปากีสถานต่อศาลสูงกรุงลาฮอร์ในข้อหา “ละเลย ล่าช้า และ

²² Ibid, p. 79.

²³ Ibid, pp. 82-83. คดีนี้ผู้ร้องได้ขอให้ศาลตั้งกองทุนทรัสต์ (trust fund) พิเศษในกรณีที่เกิดเหตุไม่สามารถคาดเดาในอนาคตได้ แต่ศาลได้ยกคำร้องดังกล่าวด้วยเหตุผลที่ว่ากองทุนทรัสต์พิเศษตามคำขอนั้นอยู่นอกเหนือกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีสิ่งแวดล้อม เพราะการจัดตั้งกองทุนจำเป็นต้องดำเนินคดีแยกสำหรับความผิดอาญาและทางแพ่ง

ทอดทิ้งการปฏิบัติหน้าที่อย่างจริงจังในอันที่จะนำนโยบายต่อต้านภูมิอากาศ 2012 และนโยบายการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ 2023 ไปสู่การปฏิบัติใช้จริง และรัฐล้มเหลวที่จะปฏิบัติตามเป้าหมายการรับมือต่อสภาพภูมิอากาศซึ่งส่งผลกระทบอย่างปัจจุบันทันด่วนต่อแหล่งน้ำ อาหาร และความมั่นคงทางพลังงานของชาวปากีสถาน การกระทำของรัฐจึงเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญเหนือชีวิตและศักดิ์ศรีของพลเมือง”²⁴

ต่อมาวันที่ 4 กันยายน 2015 ศาลอุทธรณ์ปากีสถานรับคำร้อง โดยอธิบายว่าการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศเป็นความท้าทายสำคัญในยุคของเรา ทั้งเมื่ออ้างอิงถึงหลักกฎหมายในประเทศและระหว่างประเทศ ศาลจึงพิพากษาว่า “ความล่าช้าและไม่กวัดขุ่นของรัฐที่จะดำเนินการตามกรอบปฏิบัติการที่รัฐตั้งไว้นั้น ถือเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน” ภายใต้มาตรา 9 และ 14 ของรัฐธรรมนูญ รวมถึงสิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดีและสะอาด ทั้งศาลยังได้ตีความถึงสิทธิเหล่านี้ต้องกระทำภายใต้สิทธิขั้นพื้นฐานที่ต้องถูกรับรองด้วย (i) คุณค่ารัฐธรรมนูญตามหลักการประชาธิปไตย, ความเสมอภาค และสังคม, เศรษฐกิจ และความยุติธรรมทางการเมือง และ (ii) หลักการสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศของการพัฒนาที่ยั่งยืน, หลักการป้องกันไว้ก่อน, ความเสมอภาคระหว่างรุ่นและคนรุ่นต่อไป ตามหลักการความไว้วางใจของประชาชน (public trust)²⁵

นอกจากนี้ ศาลยังให้ความเห็นเกี่ยวกับ ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม (environmental justice) ที่อ้างอิงกฎหมายภายในประเทศและหลักการกฎหมายระหว่างประเทศ ที่มุ่งเน้นสู่การยกระดับหรือการหยุดให้อุตสาหกรรมทั้งหลายไม่ให้ปล่อยมลพิษเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมทางสภาพอากาศ (climate justice) ศาลอธิบายผ่านคำพิพากษาว่า

“การเข้าสู่ภาวะโลกร้อน ทำให้ต้องมีการพิจารณาถึงความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมอีกครั้ง ความเป็นธรรมทางสภาพภูมิอากาศนั้นเชื่อมโยงกับสิทธิมนุษยชนและการพัฒนาที่มนุษย์กลายมาเป็นศูนย์กลางของการพัฒนา การ

²⁴ เกษียร เตชะพีระ, “ตุลาการวิวัฒน์สู่โลกออนไลน์”, สืบค้นเมื่อวันที่ 13 มกราคม 2566, เกษียร เตชะพีระ | ตุลาการวิวัฒน์สู่โลกออนไลน์ - มติชนสุดสัปดาห์ (matichonweekly.com). และ Asian Development Bank, “Climate Change, Coming Soon to a Court Near You- Climate Litigation in Asia and the Pacific and Beyond,” access November 1, 2022, p.36.

²⁵ Asian Development Bank, “Climate Change, Coming Soon to a Court Near You- Climate Litigation in Asia and the Pacific and Beyond,” : 36.

ปกป้องกลุ่มคนเปราะบาง และการแบ่งปันหน้าที่ประโยชน์จากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ รวมถึงผลกระทบของโลกร้อนอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรม ความเป็นธรรมทางสภาพภูมิอากาศเป็นสิ่งที่ถูกบังคับด้วยวิทยาศาสตร์ ตอบสนองโดยวิทยาศาสตร์ และสร้างความตระหนักรู้ด้านความเป็นธรรมทางสภาพภูมิอากาศ คดีพิพาทนี้ได้เพิ่มมิติความสัมพันธ์ของนิติปรัชญาและระบบยุติธรรมเหนือความเป็นธรรมด้านสิ่งแวดล้อมในประเทศของรัฐ ทั้งสภาวะการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศนั้นได้เปลี่ยนประเด็นสิ่งแวดล้อมพื้นฐานไปสู่ปัญหาระดับโลกที่มีความซับซ้อนขึ้น...”²⁶

บทสรุปของคดีนี้ ศาลเห็นว่า แม้รัฐบาลปากีสถานจะมีแผนนโยบายการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศและการปฏิบัติตามกรอบนโยบาย แต่ไม่มีความก้าวหน้าต่อการนำแผนนโยบายไปสู่การปฏิบัติจริง และเพื่อให้มีการกำกับว่ารัฐบาลจะนำไปสู่การปฏิบัติโดยแท้จริง ศาลจึงได้ตั้งคณะกรรมการว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศและกำหนดให้ต้องรายงานสู่ศาล และต่อมาจึงพัฒนาเป็นคณะกรรมการชุดถาวรที่เป็นความร่วมมือจากหลายภาคส่วน²⁷ ทั้งนี้ คดีนี้ ไม่ใช่คดีโลกร้อนคดีแรกที่ขึ้นสู่ศาลปากีสถาน แต่หากเป็นคดีที่ศาลได้มีคำพิพากษาที่น่าสนใจและสะท้อนชัยชนะของหลักการความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม (Environment Justice)

- มติขอความเห็นศาลยุติธรรมระหว่างประเทศของสาธารณรัฐวานูอาตู (Vanuatu ICJ Initiative)

สืบเนื่องจากการประชุมผู้นำเกาะแปซิฟิก (the Pacific Islands) ครั้งที่ 51 ณ ฟิจิ (Fiji) เมื่อวันที่ 11-14 กรกฎาคม 2022 ได้มีมติในการยื่นข้อเรียกร้องเพื่อขอความเห็นจากศาล ยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice: ICJ) ว่าด้วยพันธกรณีทางกฎหมายของรัฐต่อการปกป้องสิทธิมนุษยชนของคนรุ่นปัจจุบันและคนรุ่นอนาคตจากผลกระทบที่เกิดจากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ²⁸ การยื่นขอมติความเห็นครั้งนี้โดยสาธารณรัฐ

²⁶ Ibid, p.37.

²⁷ Ibid, pp. 36-37.

²⁸ Vanuatu ICJ Initiative, “Vanuatu’s International Court of Justice Climate Initiative endorsed by the 51st Pacific Island Forum Leaders,” access March 14, 2023

วานูอาตู ซึ่งเป็นหนึ่งในประเทศกลุ่มเปราะบางที่ต้องเผชิญกับการเพิ่มระดับของน้ำทะเล และการเพิ่มขึ้นของพายุไซโคลน อันเป็นผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ

การยื่นมติขอความเห็นจากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนี้ แม้จะไม่มีสภาพบังคับเพื่อผูกมัดกับเขตอำนาจศาลในประเทศต่าง ๆ ก็ตาม แต่ข้อความเห็นของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนี้ จะถือเป็นความเห็นของศาลอย่างเป็นทางการที่จะสามารถวางแนวทางการฟ้องคดีที่เกี่ยวข้องการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศให้แต่ละประเทศทั่วโลก และช่วยเสริมจุดยืนให้กับประเทศกลุ่มเปราะบาง (the vulnerable countries) ให้มีอำนาจต่อรองในทางระหว่างประเทศ²⁹ การยื่นขอความเห็นดังกล่าวเป็นผลที่เกิดขึ้นภายหลังการประชุมรัฐภาคีระหว่างประเทศ ครั้งที่ 27 (COP27) ที่ได้มีการตั้งกองทุนชดเชยความสูญเสียและเสียหาย (Loss and Damage fund) สำหรับประเทศกำลังพัฒนาที่มีความเปราะบาง (the Vulnerable Developing Countries) ซึ่งต้องได้รับการสนับสนุนเพื่อความเป็นธรรมทางสภาพภูมิอากาศ

ทั้งนี้ สาธารณรัฐวานูอาตูได้ยื่นมติขอคำแนะนำจากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ในประเด็นหน้าที่ของรัฐที่ควรเคารพต่อการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (Request for an advisory opinion of the International Court of Justice on the obligations of States in respect of climate change) ซึ่งเป็นการกระทำในระดับระหว่างประเทศของรัฐที่เป็นสมาชิกในองค์การสหประชาชาติสามารถกระทำการได้ตามกฎบัตรสหประชาชาติ มาตราที่ 96 ที่บัญญัติถึงการขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศให้ความเห็นเป็นที่ปรึกษาเกี่ยวกับคำถามทางกฎหมายใด ๆ³⁰ และธรรมนูญของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ตามมาตรา 65 ที่บัญญัติ

https://www.nab.vu/sites/default/files/news_attachments/Press%20Release_PIFs_endorsement_final.pdf.

²⁹ Climate Home News, “Vanuatu publishes draft resolution seeking climate justice at UN Court,” access March 14, 2023 <https://www.climatechangenews.com/2022/11/30/vanuatu-publishes-draft-resolution-seeking-climate-justice-at-un-court/>.

³⁰ Chapter of the United Nations 1945, Article 96, <https://legal.un.org/repertory/art96.shtml>.

“1. The General Assembly or the Security Council may request the International Court of Justice to give an advisory opinion on any legal question.

2. Other organs of the United Nations and specialized agencies, which may at any time be so authorized by the General Assembly, may also request advisory opinions of the Court on legal question arising within the scope of their activities.”

อำนาจหน้าที่ของศาลที่จะให้ความเห็นแนะนำในปัญหากฎหมายใด ๆ เมื่อได้รับคำขอจากบุคคลที่ได้รับอนุมัติจากกฏบัตร สหประชาชาติ หรือที่ทำคำขอตามกฏบัตรสหประชาชาติ³¹ โดยตั้งประเด็นคำถามว่า

“เมื่อคำนึงถึงกฏบัตรสหประชาชาติ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ข้อตกลงปารีส อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทางทะเล หน้าที่การตรวจสอบสถานะสิทธิเป็นที่ยอมรับในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และหน้าที่ในการปกป้องและสงวนรักษาไว้ซึ่งสิ่งแวดล้อมทางทะเล,

(a) อะไรคือหน้าที่ของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศที่สร้างความมั่นใจในการปกป้องระบบภูมิอากาศและส่วนอื่น ๆ ของสิ่งแวดล้อมจากการปล่อยก๊าซเรือนกระจกที่เกิดกระทำของมนุษย์ สำหรับรัฐ และสำหรับคนรุ่นปัจจุบันและคนรุ่นอนาคต;

(b) อะไรคือผลทางกฎหมายภายใต้พันธกรณีของรัฐซึ่งเป็น “การกระทำและการละเว้นการกระทำ” อันเป็นสาเหตุสำคัญที่ก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อระบบสภาพภูมิอากาศ และส่วนอื่น ๆ ของสิ่งแวดล้อม ที่ต้องเคารพต่อ;

(i) รัฐต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศกำลังพัฒนาที่เป็นหมู่เกาะเล็ก ๆ ที่เนื่องจากสภาพภูมิศาสตร์และระดับความสามารถในการพัฒนา ที่หมายถึงการได้รับภัยอันตราย หรือผลกระทบพิเศษทั้งโดย หรือมีความเสี่ยงเป็นพิเศษอันเกิดจากผลกระทบของการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ

³¹ Statute of the International Court of Justice 1945, Article 65, <https://www.icj-cij.org/statute>.

1. The Court may give an advisory opinion on any legal question at the request of whatever body may be authorized by or in accordance with the Charter of the United Nations to make such a request.

2. Questions upon which the advisory opinion of the Court is asked shall be laid before the Court by means of a written request containing an exact statement of the question upon which an opinion is required, and accompanied by all documents likely to throw light upon the question.

(ii) ประชาชน และปัจเจกบุคคลของคนรุ่นปัจจุบัน และคนรุ่นอนาคตที่ได้รับผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ³²”

ภายใต้มติขอความเห็นดังกล่าว ยังปรากฏข้อเรียกร้องที่ให้อยอมรับต่อสถานะการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศว่าเป็นความท้าทายที่ไม่เคยเกิดขึ้นมาก่อนในอารยธรรมมนุษย์ ซึ่งความเป็นอยู่ที่ดีของมนุษยชาติทั้งในปัจจุบันและอนาคต ย่อมขึ้นอยู่กับ การรับมือต่อสถานะการณ์ดังกล่าวอย่างทันทีและเร่งด่วนของเรา³³ นอกจากนี้ ยังปรากฏการให้ความสำคัญต่อกฎหมายระหว่างประเทศอื่นที่สะท้อนถึงสิทธิทางสิ่งแวดล้อมที่ดี เช่น อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล อนุสัญญาเวียนนาเพื่อการคุ้มครองชั้นโอโซน พิธีสารมอนทรีออลว่าด้วยสารที่ทำลายชั้นโอโซน อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ และอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านการแปรสภาพเป็นทะเลทราย รวมถึงตราสารอื่น ๆ หลักการที่เกี่ยวข้องและพันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศรวมถึงสิ่งที่สะท้อนอยู่ในปฏิญญาของการประชุมสตอกโฮล์มว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์และปฏิญญาโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา รวมถึงเรียกร้องให้ทุกประเทศสมาชิกจะต้องดำเนินการอย่างจริงจังต่อประเด็นการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ และห่วงกังวลต่อช่องโหว่ในแผนการมีส่วนร่วมที่ประเทศกำหนด (Nationally Determined Contribution, NDC) กับการลดการปล่อยก๊าซคาร์บอน³⁴ ที่จำเป็นจะถูกควบคุมเพื่อควบคุมให้อุณหภูมิเฉลี่ยของโลกต่ำกว่า 2 °C ก่อนยุคอุตสาหกรรม และเพื่อพยายามจำกัดการเพิ่มขึ้นของอุณหภูมิให้อยู่ที่ 1.5 °C ก่อนยุคอุตสาหกรรม³⁴ โดยตระหนักถึงความสามารถต่อการนำกรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วย

³² United Nations General Assembly 77 session, “Resolution adopted by the General Assembly on 29 March 2023”, A/RES/77/276, access June 15, 2023 <https://drive.google.com/file/d/1p6U3S-u5cfTDNzJ0E-vJ0GpnJCocuj55/view>.

³³ Vanuatu ICJ Initiative, ICJ Resolution 77 session “Adopted Resolution”, access June 15, 2023 <https://www.vanuatuicj.com/resolution>.

[PP1] Recognizing that climate change is an unprecedented challenge of civilizational proportions, and that the well-being of present and future generations of humankind depends on our immediate and urgent response to it.

³⁴ Ibid, ICJ Resolution 77 session “Adopted Resolution”.

[PP5] Recalling the United Nations Framework Convention on Climate Change, the Kyoto Protocol and the Paris Agreement, as expressions of the determination to address decisively the threat posed by

การเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศและข้อตกลงปารีสไปใช้เพื่อบนฐานความเสมอภาคและหลักการของความรับผิดชอบร่วมกันบนฐานของความแตกต่างและความสามารถในการในสถานการณ์ที่ต่างกันของแต่ละประเทศ เป็นต้น³⁵

ทั้งนี้ ในวันที่ 29 มีนาคม 2023 มติขอความเห็นของประเทศวานูอาตูนี้ ได้รับคะแนนเสียงจากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศและสหประชาชาติ 132 ประเทศ ซึ่งมีฉันทามติรับข้อเรียกร้องดังกล่าวไว้พิจารณา ทำให้ในขั้นต่อไปศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะเริ่มกระบวนการทางกฎหมายต่อไป ซึ่งการรับข้อมติดังกล่าวถือเป็นการส่งสัญญาณที่ชัดเจนว่าประเทศต่าง ๆ ต่างตระหนักและมีความมุ่งมั่นที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสภาพภูมิอากาศและเพื่อให้เกิดความสำเร็จในการสร้างความร่วมมือระหว่างประเทศด้านสภาพอากาศ³⁶

จากกรณีศึกษาทั้ง 3 ตัวอย่าง จะเห็นได้ว่า บทบาทของผู้พิพากษามีความสำคัญอย่างต่อการทำให้รัฐ หรือเอกชนต้องมีหน้าที่ดำเนินการแก้ไขปัญหา หรือการวางแผนรับมือต่อสภาวะโลกร้อน ซึ่งผู้พิพากษากลายเป็นศูนย์กลางสำคัญที่สามารถทำให้รัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อคำมั่นสัญญาที่ได้ลงนามไว้ ขณะเดียวกันการพิจารณาคดีเช่นนี้จำเป็นที่จะต้องอาศัยความเข้าใจและตระหนักถึงปัญหาโลกร้อนที่มีการหลักฐานที่ด้านวิทยาศาสตร์หรือหลักฐานอื่น ๆ ที่ในบางครั้งศาลจำเป็นที่จะต้องแสดงบทบาทเชิงรุก (Active Role) เพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานที่โจทก์

climate change, urging all Parties to fully implement them, and noting with concern the significant gap both between the aggregate effect of States' current nationally determined contributions and the emission reductions required to hold the increase in the global average temperature to well below 2°C above pre-industrial levels and to pursue efforts to limit the temperature increase to 1.5°C above pre-industrial levels, and between current levels of adaptation and levels needed to respond to the adverse effects of climate change.

³⁵ Ibid, ICJ Resolution 77 session "Adopted Resolution"

[PP6] Recalling further that the United Nations Framework Convention on Climate Change and the Paris Agreement will be implemented to reflect equity and the principle of common but differentiated responsibilities and respective capabilities, in the light of different national circumstances,

³⁶ Vanuatu ICJ Initiative, ICJ Resolution 77 session "Adopted Resolution", access June 15, 2023 <https://www.vanuatuicj.com/resolution>.

ไม่สามารถเข้าถึงได้ ขณะเดียวกับ ศาลยังต้องรักษาสมดุลระหว่างการพัฒนาทางด้านเศรษฐกิจและการปกป้องสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ด้วยการพิจารณาถึงหีบยกสิทธิตามรัฐธรรมนูญ สิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ที่มุ่งสร้างความเป็นธรรมและปกป้องสิทธิของสิ่งแวดล้อม

กล่าวได้ว่า ในคดีโลกร้อนเป็นคดีที่เชื่อมโยงกับสิทธิมนุษยชนอย่างแยกไม่ได้ซึ่งทำให้คดีโลกร้อนเป็นคดีที่มีความซับซ้อนอย่างมาก ขณะเดียวกันก็ยังเชื่อมโยงกับหลักการระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นหลักการเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน หลักการตาม UNFCCC หรือความตกลงปารีส (Paris Agreement) หลักความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม (Environmental Justice) ความเป็นธรรมทางสภาพภูมิอากาศ (Climate Justice) ความเป็นธรรมของคนรุ่นเดียวกันและคนรุ่นต่อไป (Intrageneration and Intergeneration justice) และสิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดี (Right to Healthy Environment)³⁷ หลักการสิทธิมนุษยชนเหล่านี้ เป็นเครื่องมือสำคัญที่ผู้พิพากษา จำเป็นที่จะต้องทำความเข้าใจและไม่อาจหลีกเลี่ยงได้อีกต่อไป เพราะไม่ว่าในเร็ววัน การพิจารณาคดีโลกร้อนก็จะมาเยือนห้องพิจารณาในสักวัน

4. ส่องขยายคดีโลกร้อนในประเทศไทย

4.1 คดีสิ่งแวดล้อมในระยะเปลี่ยนผ่าน

สำหรับประเทศไทยใช้ระบบทวินิยม (Dualism) กล่าวคือ กฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในแยกกัน ทำให้ต้องมีการออกกฎหมายอนุวัติการ เพื่อให้มีการดำเนินการให้เป็นผลตามบทบัญญัติแห่งอนุสัญญา (implement the provision of a convention) ด้วยการตราเป็นกฎหมายภายใน ทำให้แม้ว่าประเทศไทยได้เข้าร่วมลงนามตามอนุสัญญาว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (United Nations Framework Convention on Climate

³⁷ เมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม 2565 สมัชชาสหประชาชาติได้ลงข้อมติที่ว่า “การเข้าถึงสิ่งแวดล้อมที่สะอาด ดีต่อสุขภาพและยั่งยืน เป็นสิทธิมนุษยชนสากล (access to a “a clean, healthy, and sustainable environment” a human right) การยกระดับสิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดียังช่วยแก้ไขความอยุติธรรมด้านสิ่งแวดล้อมและปกป้องคนกลุ่มเปราะบาง รวมถึงปกป้องสิทธิให้สามารถใช้กฎหมายนี้เป็นฐานสิทธิในการดำเนินคดีปัญหาด้านสิ่งแวดล้อม รวมถึงปัญหาโลกร้อนได้เช่นกัน - UN environment programme, “In historic move, UN declares healthy environment a human right”, สืบค้นเมื่อวันที่ 14 มกราคม 2566, <https://www.unep.org/news-and-stories/story/historic-move-un-declares-healthy-environment-human-right>.

Change: UNFCCC) ที่เมื่อเดือนมิถุนายน พ.ศ. 2535 และให้สัตยาบันต่ออนุสัญญาฯ เมื่อเดือนธันวาคม 2537 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 28 มีนาคม 2538³⁸ หรือความตกลงปารีส (Paris Agreement) ที่ประเทศไทยให้สัตยาบันเมื่อวันที่ 21 กันยายน พ.ศ. 2559³⁹ แต่สำหรับกฎหมายภายในประเทศยังไม่มีกฎหมายที่เฉพาะเจาะจงเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ มีเพียงร่างพระราชบัญญัติการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ พ.ศ. ... ที่ยังไม่แน่ชัดจะว่ามีการพิจารณาประกาศใช้เมื่อใด จึงทำให้ยังไม่มีคดีสิ่งแวดล้อมใดของไทยที่เป็นเกี่ยวกับความเป็นธรรมทางสภาพภูมิอากาศ (climate justice) หรือการให้เหตุผลเกี่ยวกับปัญหาโลกร้อนไม่ว่าจะเป็นปัญหาการปล่อยคาร์บอนฯ การดำเนินการเพื่อรับมือกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิ หรือผลกระทบที่ส่งผลกระทบต่อสภาวะโลกร้อนโดยตรง ทำให้ประเด็นนี้กลายเป็นข้อจำกัดหนึ่งที่ต่างออกไปจากการศึกษาคดีโลกร้อนต่างประเทศ

กระนั้น จากนิยามคดีโลกร้อนข้างต้น จะพบว่า มีหลายคดีที่เชื่อมโยงกับประเด็นโลกร้อน โดยการกระทำเหล่านั้นกระทบต่อสิ่งแวดล้อมที่อาจส่งผลต่อการเปลี่ยนแปลงสภาพอากาศ แต่ไม่ใช่คดีที่มีการฟ้องร้องให้รัฐต้องทำหน้าที่หรือวางแผนปฏิบัติการรับมือเกี่ยวกับโลกร้อนโดยตรง ทำให้มีคดีสิ่งแวดล้อมหลายคดีในประเทศไทยที่เชื่อมโยงกับประเด็นโลกร้อน เช่น คดีฟ้องแก้ไขปัญหามลพิษ PM2.5 ภาคเหนือ คดีฟ้องให้ประกาศเขตภัยพิบัติภาคเหนือ คดีเหมืองแร่ถ่านหินอมก๋อย คดีโรงไฟฟ้าเขาไม้แก้ว เป็นต้น ซึ่งเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับปัญหาโลกร้อนทางอ้อมไม่ว่าจะเป็นการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศที่ส่งผลกระทบต่อค่ามลพิษทางอากาศ หรือการใช้ทรัพยากรแร่ถ่านหิน หรือโรงไฟฟ้าขยะ ที่หากไม่มีการจำกัดควบคุมในปริมาณที่จำกัดย่อมส่งผลกระทบต่อสภาพภูมิอากาศ ทั้งผลกระทบต่อสุขภาพ อนามัย ชีวิตของประชาชนและสิ่งแวดล้อม ซึ่งข้อเรียกร้องส่วนใหญ่ของคดีในลักษณะเช่นนี้ จะสะท้อนฐานในการอ้างสิทธิ คือ กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ไทยเป็นรัฐภาคี (กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ปฏิญญาโอ

³⁸ สิทธิชัย เรืองโรจน์วิริยา, การสัมมนา “การติดตามการดำเนินงานให้เป็นไปตามข้อตกลงและพันธกรณีระหว่างประเทศ” เผยแพร่เมื่อวันที่ 2-3 สิงหาคม 2557, สืบค้นเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2566,

<http://www.oic.go.th/FILEWEB/CABINFOCENTER3/DRAWER083/GENERAL/DATA0000/00000138.PDF>

³⁹ กรมส่งเสริมคุณภาพสิ่งแวดล้อม, COP23 – COP23, สืบค้นเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2566, https://datacenter.deqp.go.th/service-portal/cop23/derivation_cop23/#::~text=ความตกลงปารีสมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 21%20กันยายน%20พ.ศ.%202559.

ว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา) สิทธิความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม (Environmental Justice) สิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดี (Right to Health Environment) หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน (Sustainable Development) สิทธิการมีส่วนร่วม (Right to Participation) และสิทธิชุมชน (Community Right) หากพิจารณาแต่เพียงตัวบทกฎหมายของไทยจะพบว่าหลักการเหล่านี้ จะถูกรับรองเอาไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม⁴⁰

คดีสิ่งแวดล้อมของไทยข้างต้นเป็นผลผลิตการต่อสู้เรื่องผลกระทบจากสภาพสิ่งแวดล้อมที่เปลี่ยนแปลงไป ที่เริ่มเชื่อมโยงกับสถานะโลกร้อน ที่ถือว่าอยู่ใน “ระยะเปลี่ยนผ่าน” ไปสู่การนำคดีโลกร้อนขึ้นสู่ศาลเพื่อฟ้องให้รัฐมีหน้าที่ต้องมีแผนการรับมือกับสถานะโลกร้อนตาม UNFCCC, Paris Agreement หรือการฟ้องให้รัฐต้องดำเนินการตามแผนที่นำทางลดก๊าซเรือนกระจกของประเทศ ปี พ.ศ.2564 – 2573 อย่างจริงจัง ในอนาคต

ทั้งนี้ ผลการนำคดีสิ่งแวดล้อมขึ้นสู่ศาลของไทยนั้น ล้วนมีฐานจากคดีสิ่งแวดล้อมในทศวรรษ 2540 ที่เกิดการต่อสู้จากชุมชนและทนายความสิทธิมนุษยชน ที่นำคดีสิ่งแวดล้อมที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนสำคัญ หลายคดีขึ้นสู่ศาล เช่น คดีการปนเปื้อนสารตะกั่วในลำห้วยคลิตี้ คดีมลพิษเหมืองแม่เมาะ คดีผลกระทบรังสีโคบอลต์-60 คดีประกาศเขตควบคุมมลพิษมาบตาพุด หรืออีกหลายๆ คดีที่ฟ้องเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมในการจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม เป็นต้น

ด้านบทบาทของศาลปกครองที่เป็นศาลหลักในการพิจารณาคดีด้านสิ่งแวดล้อมที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนนี้ ได้ทำให้เกิดการวางหลักการที่สะท้อนหลักการสิทธิมนุษยชน สิทธิทางสิ่งแวดล้อม สิทธิความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม (Environmental Justice) สิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดี (Right to Health Environment) หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน (Sustainable Development) สิทธิการมีส่วนร่วม (Right to Participation) และสิทธิชุมชน (Community Right) ดังที่ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักบรรทัดฐานหลักปฏิบัติและหน้าที่ของ

⁴⁰ ศุภธินี ใจคำ, “พหุลักษณะของความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม: ภาพสะท้อนจากคดีสิ่งแวดล้อมที่เกี่ยวกับคนชายขอบ”, การประชุมวิชาการสาขานิติศาสตร์ระดับชาติ ครั้งที่ 1 หัวข้อ “ระบบกฎหมายไทย : ปฏิรูป/เปลี่ยนผ่าน/ปฏิสังขรณ์” วันที่ 8 มิถุนายน 2561 โรงแรมแคนทารี ฮิลล์ จังหวัดเชียงใหม่ จัดโดย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, หน้า 112.

ศาลในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและรักษาประโยชน์ส่วนร่วม หยดยังความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อชุมชน คุณภาพสิ่งแวดล้อม ทรัพยากรและสุขภาพของประชาชน ดังปรากฏในคดีมาตาฟุต คดีหมายเลขแดงที่ 1353/2553⁴¹ ว่า

“ในขณะที่ฝ่ายรัฐสภาและฝ่ายบริหารยังไม่ดำเนินการตราพระราชบัญญัติหรือกฎระเบียบเพื่อการปฏิบัติให้เป็นไปตามมาตรา 67 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรฯ พุทธศักราช 2550 ให้ครบถ้วน และยังปรากฏความเสียหายต่อชุมชน คุณภาพสิ่งแวดล้อม ทรัพยากรธรรมชาติและสุขภาพของประชาชนในพื้นที่มาตาฟุตและพื้นที่ต่อเนื่องยังคงมีอยู่และไม่ได้รับการแก้ไขให้ดีขึ้น ... แต่ต้นเหตุแท้จริงที่ทำให้เกิดผลกระทบและความเสียหายไม่ได้มาจากการที่ศาลมีคำสั่งระงับโครงการหรือกิจกรรม แต่มีต้นเหตุมาจากผู้ที่เกี่ยวข้องไม่ดำเนินการให้เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมายเพื่อประโยชน์สุขของประชาชน และจากข้อเท็จจริงเป็นเรื่องการขาดการติดตามตรวจสอบ ควบคุม และการบังคับใช้กฎหมายอย่างจริงจังของผู้ถูกฟ้องคดีที่เกี่ยวข้อง อีกทั้งหน่วยงานรัฐมิได้ดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ กรณีจึงเป็นความรับผิดชอบโดยตรงของผู้ถูกฟ้องคดีที่ไม่ได้ดำเนินการตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ

ภายใต้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่บัญญัติว่า การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม ประกอบบทบัญญัติมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญที่ได้กล่าวมาข้างต้น ศาลปกครองจึงต้องผูกพันการทำหน้าที่เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและรักษาประโยชน์ส่วนรวม โดยหยดยังความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อชุมชน คุณภาพสิ่งแวดล้อม ทรัพยากรธรรมชาติและสุขภาพของประชาชนในพื้นที่มาตาฟุตและพื้นที่ต่อเนื่องไม่ให้เกิดความเสียหายเพิ่มมากขึ้น และขยายตัวออกไปเพื่อการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมสำหรับคนรุ่นต่อไปในอนาคตตามหลักการพัฒนาที่ยั่งยืน เพื่อให้เกิด

⁴¹ คำพิพากษา คดีหมายเลขแดงที่ 1352/2553, สืบค้นเมื่อวันที่ 23 พฤษภาคม 2566

https://enlawfoundation.org/wp-content/uploads/2013/06/Constitution67_decision02-09-532.pdf

ความสมดุลของการพัฒนาในพื้นที่ระหว่างการจัดตั้งฐานของมนุษย์และการประกอบกิจกรรมที่หลากหลายให้สามารถอยู่ร่วมกันได้อย่างปกติสุข และเพื่อให้การปฏิบัติราชการมีความสอดคล้องกับแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐด้านการบริหารราชการแผ่นดิน การพัฒนาสังคม เศรษฐกิจ และความมั่นคงของประเทศ การดำเนินตามปรัชญาเศรษฐกิจพอเพียงและคำนึงถึงผลประโยชน์ของประเทศชาติในภาพรวมเป็นสำคัญ โดยให้ผู้ที่เกี่ยวข้องดำเนินการให้ครบถ้วนตามบทบัญญัติมาตรา 67 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งจะทำให้การพัฒนาอุตสาหกรรมในพื้นที่มาบตาพุดและพื้นที่ต่อเนื่องซึ่งเป็นแหล่งประกอบกิจการอุตสาหกรรมหนักที่ใหญ่ที่สุดของประเทศสามารถเติบโตได้อย่างมีเสถียรภาพภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายตามหลักนิติธรรมและหลักธรรมาภิบาล ...”⁴²

แรงกระเพื่อมภายหลังจากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดคดีนี้ ส่งผลเกิดความตื่นตัวในหมู่ตุลาการศาลปกครองในการดำเนินคดีสิ่งแวดล้อม และศาลปกครองให้ความสำคัญกับคดีเขตควบคุมมลพิษ ซึ่งตุลาการศาลปกครองได้เข้าร่วมแลกเปลี่ยนประสบการณ์เกี่ยวกับการพิจารณาคดีสิ่งแวดล้อมกับผู้พิพากษาต่างประเทศ และเป็นหนึ่งในคดีตัวอย่างด้านสิ่งแวดล้อมที่น่าสนใจของประเทศไทย⁴³ ขณะเดียวกันผลการตัดสินคดีนี้ได้เปลี่ยนความไม่สมดุลทางอำนาจระหว่างการวางนโยบายของรัฐกับการพัฒนา และการมีส่วนร่วมของชุมชนให้มีอำนาจในการตัดสินใจเพื่อที่จะอยู่ในสิ่งแวดล้อมที่ดี ส่งผลให้บทบาทของศาลปกครองมีความก้าวหน้าในด้านสิทธิความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมที่ศาลตระหนักถึงความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม อันเป็นสิทธิของชุมชนในการมีส่วนร่วมต่อการจัดการทรัพยากร และการพัฒนาของรัฐที่จะไม่กระทบต่อชีวิตสุขภาพ อนามัยและสิ่งแวดล้อม

อย่างไร ก็ตามการพิจารณาคดีทางสิ่งแวดล้อมมิได้มีเฉพาะแต่เพียงในศาลปกครองเท่านั้น หากแต่ยังเป็นคดีที่สามารถนำขึ้นสู่ศาลแพ่งได้เช่นเดียวกัน จึงทำให้มีคดีที่มีสมญานามว่า

⁴² อ้างแล้ว, คดีหมายเลขแดงที่ 1352/2553 หน้า 111-112.

⁴³ สงกรานต์ บ่อบุญจันทร์, “การประกอบสร้างสิทธิจากเบื้องล่าง: กรณีศึกษาการฟ้องคดีเพื่อหยุดมลพิษจากนิคมอุตสาหกรรมมาบตาพุด, หนังสือประมวลบทความในการประชุมวิชาการนิติสังคมศาสตร์ระดับชาติ หัวข้อ “จินตนาการใหม่ ภูมิทัศน์นิติศาสตร์ไทย” วันที่ 20 พฤศจิกายน 2563 ณ โรงแรมฟูรามา จังหวัดเชียงใหม่, หน้า 92, สืบค้นเมื่อวันที่ 23 พฤษภาคม 2566 <https://www.law.cmu.ac.th/lasc/conference/wp-content/uploads/sites/2/2017/09/8-สงกรานต์-84-99.pdf>.

“คติโลกร้อน” ขึ้นสู่ศาลแพ่งเป็นเป็นจำนวนหนึ่ง ซึ่งคำพิพากษาของศาลเป็นไปในทิศทางที่ต่างออกจากศาลปกครอง อันเป็นที่น่าสนใจว่าคติโลกร้อนแบบไทย ๆ มีลักษณะที่ต่างออกไปจากคติสิ่งแวดล้อมกับสิทธิมนุษยชน หรือคติโลกร้อนของต่างประเทศเช่นกัน

4.2 คติโลกร้อนแบบ “ไทยๆ”

ตามที่ได้กล่าวไปข้างต้นว่า ณ ปัจจุบันยังไม่มีคติสิ่งแวดล้อมใดของไทยที่มีการฟ้องคดีเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศโดยตรง แต่ขณะเดียวกันก็มีคดีที่ถูกขนานนามว่าเป็น “คติโลกร้อน” แต่ข้อเท็จจริง มิใช่คติโลกร้อนตามนิยามความหมายของบทความนี้ หากเป็นคดีการเรียกร้องค่าเสียหายจากการทำลายทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งเป็นผลจากการบังคับใช้พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. 2535 มาตรา 97 และแบบจำลองสำหรับประเมินค่าเสียหายทางสิ่งแวดล้อมบางประการหลักการทำลายป่าไม้ เพื่อประเมินมูลค่าของป่าต้นน้ำ ของกรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช ซึ่งมีการกำหนดค่าเสียหายด้านต่าง ๆ และใช้แบบจำลองทางคณิตศาสตร์ จัดทำเป็นโปรแกรมคอมพิวเตอร์เพื่อคำนวณค่าเสียหายคิดเป็นเงินประมาณ 150,000 บาท/ไร่ เพื่อคำนวณค่าเสียหายจากการทำลายป่าไม้ อันมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2547⁴⁴ จนถูกเรียกว่าเป็นคติโลกร้อน ทั้งนี้ สิ่งที่มาหลังจากการบังคับใช้แบบจำลองฯ นี้ จากข้อมูลสถิติที่รวบรวมโดยเครือข่ายปฏิรูปที่ดินแห่งประเทศไทย ณ วันที่ 9 พฤศจิกายน 2553 พบว่ามีเกษตรกรผู้ถูกดำเนินการเรียกค่าเสียหายทั้งจากการส่งหนังสือเรียกค่าเสียหาย จำนวน 12 รายและการฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาล จำนวน 22 ราย รวมเกษตรกรที่ถูกคิดค่าเสียหายทั้งหมด 34 ราย รวมค่าเสียหาย 12,904,282.75 บาท ซึ่งยังไม่นับรวมข้อมูลเกษตรกรรายอื่นทั่วประเทศที่ถูกดำเนินการคิดค่าเสียหายในลักษณะเดียวกัน เพราะไม่มีฐานข้อมูลเชิงสถิติที่ชัดเจน⁴⁵

การฟ้องเรียกค่าเสียหายตามลักษณะคดีนี้เป็นผลให้คดีถูกส่งขึ้นสู่ศาลยุติธรรม และผลการศึกษาจาก จันทรจิรา จันทรแผ้ว และคณะ ใน รายงานการศึกษา “มาตรฐานการคิดค่าเสียหายทางสิ่งแวดล้อม” ซึ่งมีการศึกษาผ่านคำพิพากษาบางส่วน ผลจากการศึกษาพบว่า

⁴⁴ จันทรจิรา จันทรแผ้ว กฤษดา ขุนณรงค์ อัมรินทร์ สายจันทร์ และอารีวรรณ คูสันทิยะ, “รายงานการศึกษา “มาตรฐานการคิดค่าเสียหายทางสิ่งแวดล้อม”, สำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ (สสส.): 2557, หน้า 2.

⁴⁵ เรื่องเดียวกัน.

ศาลชั้นต้นรับฟ้องและรับฟังการคิดคำนวณค่าเสียหายตามแบบจำลอง ฯ ของกรมอุทยานฯ ด้วยเหตุผลว่า “จัดทำโดยหน่วยงานของรัฐและเป็นไปตามหลักวิชาการ” ส่งผลให้จำเลยที่ถูกฟ้องคดีแพ่งและต่อสู้คดีถูกเรียกพิพากษาให้ชดใช้ค่าเสียหายเต็มจำนวนหรือในบางคดีศาลอาจกำหนดค่าเสียหายไม่เต็มตามฟ้อง⁴⁶

แต่สำหรับการพิจารณาคดีในชั้นอุทธรณ์ รายงานการศึกษาพบว่า ศาลอุทธรณ์จะใช้ดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายลดลงอย่างมาก และในคดีที่จำเลยต่อสู้โดยมีการนำสืบนักวิชาการที่เป็นพยานผู้เชี่ยวชาญ ศาลจะรับฟังพยานผู้เชี่ยวชาญของฝ่ายจำเลยหักล้างพยานโจทก์ ทำให้ในชั้นศาลอุทธรณ์ฯ ศาลเห็นว่าการใช้แบบจำลองฯ ไม่ตรงกับความเสี่ยงที่แท้จริงจากการกระทำของจำเลยบางประการที่ไม่ได้เกิดขึ้นจริง⁴⁷ ขณะที่คดีโลกร้อนที่ขึ้นสู่ศาลฎีกาแผนกคดีสิ่งแวดล้อม ศาลได้พิพากษา “ยกฟ้อง” การคำนวณความเสียหายตามแบบจำลอง ฯ ด้วยเหตุที่ใช้แบบจำลองค่าเสียหายไม่ตรงกับสภาพป่า การไม่เก็บข้อมูลทั้งไม้และดินและการอ้างงานวิจัยเป็นงานวิจัยเก่า ตั้งแต่ปี 2519 และ 2535 ขณะที่เหตุเกิด 2548 ทำให้ในคดีนี้จำเลย (ชาวกะเหรี่ยง 2 คน) ต้องจ่ายค่าเสียหายในส่วนที่มีการบุกรุกเป็นจำนวนเงิน 37,000 บาท พร้อมดอกเบี้ย ... นับว่าเหมาะสมแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดแล้ว”⁴⁸ ส่วนการต่อสู้ประเด็นแบบจำลอง ฯ นี้ในชั้นศาลปกครอง เพื่อเพิกถอนแบบจำลองฯ ซึ่งศาลปกครองสูงสุด ได้ยกฟ้องและยืนตามศาลปกครองกลางว่า “ศาลปกครองไม่มีอำนาจในการเข้าไปตัดสินชี้ขาดได้ เนื่องจากการกระทำภายในของรัฐ โดยแบบจำลองสำหรับประเมินค่าเสียหายทางสิ่งแวดล้อมบางประการหลังการทำลายป่าไม้ เป็นเพียงการวางหลักเกณฑ์ภายในของฝ่ายปกครอง”⁴⁹

การยกกรณีคดีโลกร้อนแบบไทย ๆ เป็นเพียงความต้องการในการทำความเข้าใจ ว่าอะไรคือคดีโลกร้อนของไทย และอะไรคือฐานที่ศาลยุติธรรมใช้ในการตัดสิน ซึ่งพบว่าได้สะท้อนให้เห็นคดีโลกร้อนของไทยที่กรมอุทยานฯ ใช้แบบจำลองฯ เพื่อฟ้องเรียกค่าเสียหายจากชาวบ้านจากการ

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 56.

⁴⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 66.

⁴⁸ ประชาไท, “ฟ้องเรียกค่าเสียหาย 3.1 แสนบาทชาวกะเหรี่ยงทำโลกร้อนสุดท้ายศาลฎีกาล้างยก,” สืบค้นเมื่อวันที่ 13 มกราคม 2566 <https://prachatai.com/journal/2018/07/77845>.

⁴⁹ ประชาไท, “ศาลปกครองสูงสุดชี้ขาด ไม่มีอำนาจตัดสิน ‘คดีโลกร้อน’,” สืบค้นเมื่อวันที่ 13 มกราคม 2565 <https://prachatai.com/journal/2015/08/60802>.

ทำลายป่านั้น แต่ไม่ได้มุ่งไปสู่การแก้ไขปัญหาลोकอื่นหรือแก้ไขปัญหการทำลายทรัพยากร หากเป็นเพียงการคิดสร้างแบบจำลองฯ บนฐานคิดว่าเป็นของรัฐและมีอำนาจในการดูแลจัดการป่า เพียงผู้เดียว โดยปราศจากความรู้ความเข้าใจความรู้ของชุมชน ท้องถิ่น ความเชื่อที่ว่าคนสามารถ อยู่กับป่า และปกป้องผืนป่า เช่น การทำไร่หมุนเวียน การดำรงชีวิตตามวิถีความเชื่อของตน ขณะเดียวกัน ภายใต้คำพิพากษาศาลยุติธรรมในคดี ศาลพิจารณามุมมองผลกระทบจากมนุษย์ที่เกิดขึ้นต่อทรัพยากรธรรมชาติ แต่ไม่ได้พิจารณาถึงสิทธิในการมีส่วนร่วมต่อการจัดการทรัพยากร จึงทำให้ด้านบทบาทศาลแพ่งไทยที่ยังคงใช้กรอบการพิจารณาที่ติดอยู่กับตัวบทกฎหมายทั้งเชื่อมั่น ต่อความรู้วิชาการที่มาจากนักวิชาการและหลักฐานของรัฐมากกว่าการยอมรับความรู้ที่มาจาก ชุมชนและวิถีดั้งเดิม ซึ่งทำให้คดีเกี่ยวกับป่าไม้ที่ดินในประเทศไทย ในหลายๆ คำพิพากษาวชาวบ้าน ที่อยู่อาศัยในพื้นที่ป่า รวมถึงคนชาติพันธุ์ต้องกลายเป็นจำเลยในคดีเช่นนี้เสมอ

ท้ายนี้ กรณีศึกษาของศาลไทยในประเด็นสิ่งแวดล้อม ทั้งจากตัวอย่างคดีปกครองมาตา พุด และคดีแพ่งกรณีโลกร้อนแบบไทย ๆ ทำให้เห็นว่า ศาลมีแนวทางการพิจารณาถึงสิทธิ ในสิ่งแวดล้อมที่แตกต่างกันอย่างชัดเจน กล่าวคือ การพิจารณาคดีสิ่งแวดล้อมในศาลปกครองนั้น ศาลมักมีแนวโน้มพิจารณาถึงสิทธิของชุมชน การมีส่วนร่วมในการดำเนินโครงการหรือการจัด ทรัพยากรอันเกิดจากการพัฒนาของรัฐ โดยที่ต้องไม่กระทบต่อสุขภาพ วิถีชีวิตและอนามัย ของประชาชน และทรัพยากรสิ่งแวดล้อม ที่สะท้อนหลักการป้องกันไว้ก่อน (precautionary principle) ขณะที่ในการพิจารณาคดีทางแพ่ง เป็นการพิจารณาที่เน้นความเสียหายที่เกิดต่อ สิ่งแวดล้อม ดังนั้น จึงทำให้เห็นว่า แนวทางคำพิพากษาของศาลยุติธรรมยังคงจำกัดอยู่ที่ สภาพบังคับในทางอาญา ที่มีมุมมองว่าชาวบ้านเป็นผู้กระทำความผิด

ทั้งนี้ หากเปรียบเทียบคำพิพากษาจากกรณีตัวอย่างต่างประเทศ ที่ยกขึ้นมาเทียบกับ คำพิพากษาของศาลไทยในคดีโลกร้อน จะพบว่าบทบาทของศาลไทยทั้งสองกรณีมีฐานคิดต่อสิทธิ ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมที่ต่างกัน ทำให้การขยับคำพิพากษาที่จะก่อให้เกิดการวางบทบาท ของศาลในประเด็นใหม่ ๆ เช่น คดีโลกร้อน การฟ้องให้รัฐมีมาตรการรับมือกับการเปลี่ยนแปลง สภาพภูมิอากาศ การฟ้องคดีเกี่ยวกับความยุติธรรมทางสภาพอากาศ ที่โลกร้อนส่งผลกระทบต่อคน บางกลุ่มมากกว่านั้น จึงเป็นสิ่งที่น่าท้าทายอย่างมากในประเทศไทย ไม่ว่าจะทั้งการนำคดีขึ้นสู่ศาล และการทำให้ผู้พิพากษาเห็นประเด็นใหม่ ๆ เหล่านี้

และในอนาคตอันใกล้ศาลไทยจำเป็นต้องรับมือกับความท้าทายต่อคดีโลกร้อนของจริง ไม่ว่าจะเป็นจากคดีสิ่งแวดล้อมที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนที่ยังคงมีคดีในศาลปัจจุบัน รวมไปถึงคดีที่เกิดจากนโยบายใหม่ ๆ ของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นผลกระทบที่เกิดการนโยบายการเพิ่มพื้นที่ป่าของไทย และนโยบายการปลูกป่าเพื่อแลกคาร์บอนเครดิต (Carbon credit) ที่จูงใจให้เอกชนที่เข้าร่วมโครงการสามารถปลูกป่าเพื่อนำไปซื้อขายคาร์บอนเครดิต และอ้างว่าเป็นการลดการปล่อยก๊าซคาร์บอนฯ เพื่อช่วยลดโลกร้อน ซึ่งแนวคิดนี้เป็นส่วนหนึ่งของการฟอกเขียว (Green washing) ที่จะสร้างผลกระทบให้กับคนกลุ่มเปราะบางที่อาศัยอยู่ในพื้นที่ป่า ทั้งแนวคิดการปลูกป่ายังเป็นการรบกวนธรรมชาติด้วยการลดความหลากหลายทางชีวภาพแทนที่จะมุ่งไปสู่การแก้ไขปัญหาการลดการปล่อยก๊าซคาร์บอนฯ ที่มีสาเหตุหลักมาจากการดำเนินธุรกิจหรืออุตสาหกรรมเกี่ยวกับเชื้อเพลิงฟอสซิล รวมถึงคดีที่เกี่ยวกับการสร้างโรงไฟฟ้าขยะ หรือก๊าซธรรมชาติเหลวที่สุ่มเสี่ยงต่อการก่อมลพิษด้านสิ่งแวดล้อม และสุขภาพของประชาชน เป็นต้น

5. บทสรุป

บทความชิ้นนี้ ได้ศึกษาประเด็นโลกร้อนอันเกิดจากกิจกรรมของมนุษย์ที่ใช้ทรัพยากรธรรมชาติอย่างไม่หยุดยั้ง ทั้งผลจากกิจกรรมดังกล่าวยังได้สร้างผลกระทบต่อตัวมนุษย์ และกลุ่มคนเปราะบางที่จะได้รับผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงสภาวะภูมิอากาศที่ร้ายแรงที่สุด ปัญหาโลกร้อนจึงไม่ใช่เพียงแค่ปัญหาภัยธรรมชาติอีกต่อไป หากแต่เป็นประเด็นที่เหยียบย่ำเข้าสู่ห้องพิจารณาของศาลเป็นที่เรียบร้อยแล้ว และยังขึ้นอยู่กับตัวผู้พิพากษา หรือศาลเองจะตระหนักและให้ความสำคัญกับปัญหาโลกร้อน และความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม และความเป็นธรรมทางสภาพภูมิอากาศอย่างเท่าทันเพียงใด

ทั้งนี้ กรณีศึกษาที่ผู้เขียนได้นำมาเป็นตัวอย่างนั้น เป็นเพียงส่วนหนึ่งของ “ความสำเร็จ” ของคดีที่ผู้พิพากษาทำหน้าที่เป็นผู้ปกป้องทรัพยากรธรรมชาติ และตระหนักถึงสิทธิมนุษยชนทางด้านสิ่งแวดล้อม และสิทธิความเป็นธรรมต่อคนกลุ่มต่าง ๆ แต่หากยังมีอีกหลายคดีจำนวนไม่น้อยที่ยังคงมีความท้าทายต่อการนำคดีขึ้นสู่ศาล และนำเสนอประเด็นให้ศาลตระหนักว่าบทบาทของผู้พิพากษามีหน้าที่และอำนาจตามกฎหมายในการปกป้องทรัพยากรธรรมชาติให้แก่คนรุ่นปัจจุบันและคนรุ่นต่อไปอย่างไร ควบคู่ไปกับการพัฒนาเศรษฐกิจบนพื้นฐานความยั่งยืน และการมีส่วนร่วมของชุมชน

และงานเขียนชิ้นนี้หวังจะเป็นส่วนหนึ่งในการเปิดพื้นที่การถกเถียงทางวิชาการ พื้นที่การรณรงค์ให้กับคนที่ทำงานขับเคลื่อนประเด็นด้านสิ่งแวดล้อมสิทธิมนุษยชน รวมถึงกระบวนการยุติธรรมของไทยด้านสิ่งแวดล้อม ว่าประเด็นการเปลี่ยนแปลงการสภาพภูมิอากาศมิใช่เรื่องที่ไกลตัวอีกต่อไปหากแต่เป็นประเด็นที่จ่อเข้ามาตรงท้ายทอยและนับวันกำลังจะทวีความรุนแรงมากขึ้น ซึ่งควรจะมีพื้นที่แลกเปลี่ยน ถกเถียง และรับมือกับประเด็นดังกล่าวในเร็ววัน

References

- กรมส่งเสริมคุณภาพสิ่งแวดล้อม. “COP23 – COP23.” สืบค้นเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2566
https://datacenter.deqp.go.th/service-portal/cop23/derivation_cop23/#:~:text=ความตกลงปารีสผลใช้บังคับเมื่อวันที่,21%20กันยายน%20พ.ศ.%202559.
- เก่งกิจ กิติเรียงลาภ. “ยุคสมัยแห่งทุน : ข้อถกเถียงว่าด้วยมนุษยสมัยในโลกวิชาการมาร์กซิสต์.”
Anthropocene บทวิพากษ์มนุษยและวิกฤตสิ่งแวดล้อมในยุคสมัยแห่งทุน. 2564.
- เกษียร เตชะพีระ. “ตุลาการวิวัฒน์สู่โลกอื่น.” [เกษียร เตชะพีระ | ตุลาการวิวัฒน์สู่โลกอื่น – มติชนสุดสัปดาห์](#). สืบค้นเมื่อวันที่ 13 มกราคม 2566 matichonweekly.com
- คณินิจ ศรีบัวเอี่ยม. “รายงานการวิจัยเรื่อง ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม (Environmental Justice and Citizenship).” มูลนิธิคอนราด อาเดนาวร์: กรุงเทพฯ. 2559.
- จันทร์จิรา จันทรแผ้ว ฤทธา ขุนณรงค์ อัมรินทร์ สายจันทร์ และอารีวรรณ คูสันเทียะ. “รายงานการศึกษา “มาตรฐานการคิดค่าเสียหายทางสิ่งแวดล้อม.” สำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ (สสส.): 2557.
- ชนกพร ชูติภมมธรรม, “ผู้กระทำการ อำนาจ และความเป็นประวัติศาสตร์ในมนุษยสมัย : กรณีศึกษาเรื่องป่าไม้ในสมัยพัฒนาการ (พ.ศ. 2502 – 2516)”. บรรณาธิการโดย เก่งกิจ กิติเรียงลาภ
Anthropocene บทวิพากษ์มนุษยและวิกฤตสิ่งแวดล้อมในยุคสมัยแห่งทุน. 2564.
- ชยา วรธนะภูติ, “ว่าด้วยชีวิตทางสังคม ชีวิตทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี และชีวิตทางการเมืองของ “การเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ” ในมนุษยสมัย.” บรรณาธิการโดย เก่งกิจ กิติเรียงลาภ
Anthropocene บทวิพากษ์มนุษยและวิกฤตสิ่งแวดล้อมในยุคสมัยแห่งทุน 2564.
- ประชาไท. “ฟ้องเรียกค่าเสียหาย 3.1 แสนบาทชาวกะเหรี่ยงทำโลกร้อนสุดท้ายศาลฎีกาส่งยก.” สืบค้นเมื่อวันที่ 13 มกราคม 2566 <https://prachatai.com/journal/2018/07/77845>.
- ประชาไท. “ศาลปกครองสูงสุดชี้ขาด ไม่มีอำนาจตัดสิน ‘คดีโลกร้อน’.” สืบค้นเมื่อวันที่ 13 มกราคม 2566 <https://prachatai.com/journal/2015/08/60802>.
- พาฝัน หน่อแก้ว, “Climate Justice: ทุน รวย จน ความเหลื่อมล้ำ และความเท่าเทียม”, [ทุน รวย จน ความเหลื่อมล้ำ และความเท่าเทียม : Climate Justice \(themomentum.co\)](#).
- ศุทธิณี ใจคำ, “พหุลักษณะของความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม: ภาพสะท้อนจากคดีสิ่งแวดล้อมที่เกี่ยวข้องกับคนชายขอบ”, การประชุมวิชาการสาขานิติศาสตร์ระดับชาติ ครั้งที่ 1 หัวข้อ “ระบบกฎหมาย

ไทย : ปฏิรูป/เปลี่ยนผ่าน/ปฏิสังขรณ์” วันที่ 8 มิถุนายน 2561 โรงแรมแคนทารี ฮิลล์ จังหวัด เชียงใหม่ จัดโดย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่.

สงกรานต์ ป่องบุญจันทร์, “การประกอบสร้างสิทธิจากเบื้องล่าง: กรณีศึกษาการฟ้องคดีเพื่อหยุดมลพิษจากนิคมอุตสาหกรรมมาบตาพุด, หนังสือประมวลบทความในการประชุมวิชาการนิติสังคมศาสตร์ระดับชาติ หัวข้อ “จินตนาการใหม่ ภูมิทัศน์นิติศาสตร์ไทย” วันที่ 20 พฤศจิกายน 2563 ณ โรงแรมฟูรามา จังหวัดเชียงใหม่. สืบค้นเมื่อวันที่ 23 พฤษภาคม 2566 <https://www.law.cmu.ac.th/lasc/conference/wp-content/uploads/sites/2/2017/09/8-สงกรานต์-84-99.pdf>.

สิทธิชัย เรืองโรจน์วิริยา. การสัมมนา “การติดตามการดำเนินงานให้เป็นไปตามข้อตกลงและพันธกรณีระหว่างประเทศ” เผยแพร่เมื่อวันที่ 2-3 สิงหาคม 2557. สืบค้นเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2566 <http://www.oic.go.th/FILEWEB/CABINFOCENTER3/DRAWER083/GENERAL/DATA0000/000000138.PDF>.

Asian Development Bank. “Climate Change, Coming Soon to a Court Near You- Climate Litigation in Asia and the Pacific and Beyond”, (December 2020), [Climate Change, Coming Soon to a Court Near You: Climate Litigation in Asia and the Pacific and Beyond \(adb.org\)](#). (Access November 1, 2022)

Chapter of the United Nations 1945. Article 96. <https://legal.un.org/repertory/art96.shtml>.

Climate Home News. “Vanuatu publishes draft resolution seeking climate justice at UN Court.” Access March 14, 2023 <https://www.climatechangenews.com/2022/11/30/vanuatu-publishes-draft-resolution-seeking-climate-justice-at-un-court/>.

Greenpeace. “ถ่านหิน – มหันตภัยโลกร้อนหมายเลข 1”. สืบค้นเมื่อวันที่ 13 มกราคม 2565 <https://www.greenpeace.org/thailand/publication/8213/coal-no1-climate-killer/>.

Setzer J. and Higham C. *Global Trends in Climate Change Litigation: 2022 Snapshot*. London: Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science. 2022.

- Setzer, J. and Higham, C., Jackson, A. and Solana, J. “*Legal Working Paper Series Climate change litigation and central banks.*” European Central Bank, No 21. December 2021. Access January 9, 2023 <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scplps/ecb.lwp21~f7a250787a.en.pdf>.
- Statute of the International Court of Justice 1945, Article 65, <https://www.icj-cij.org/statute>.
- UN environment programme. “In historic move, UN declares healthy environment a human right.” Access January 14, 2023 <https://www.unep.org/news-and-stories/story/historic-move-un-declares-healthy-environment-human-right>.
- United Nations General Assembly 77 session. “*Resolution adopted by the General Assembly on 29 March 2023.*” A/RES/77/276, Access June 15, 2023 <https://drive.google.com/file/d/1p6U3S-u5cfTDNzJ0E-vJ0GpniCocuj55/view>.
- Vanuatu ICJ Initiative, “*Vanuatu’s International Court of Justice Climate Initiative endorsed by the 51st Pacific Island Forum Leaders*”, (Access 14 March, 2023), https://www.nab.vu/sites/default/files/news_attachments/Press%20Release_PIFs_endorsement_final.pdf.
- Vanuatu ICJ Initiative, “*ICJ Resolution*”, Access March 15, 2023, <https://www.vanuatuij.com/resolution>.
- Vanuatu ICJ Initiative, ICJ Resolution 77 session “*Adopted Resolution*”, Access June 15, 2023 <https://www.vanuatuij.com/resolution>.
- Xinhua Thai News Service. จีนเปิดทางรถไฟ ‘ถ่านหิน’ สายยาวสุดในโลกขนส่งข้ามทิศ 200 ล้านตันต่อปี, สืบค้นเมื่อวันที่ 13 มกราคม 2565 https://www.xinhuaithai.com/china/38892_20190929.

**การออกข้อบัญญัติท้องถิ่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกับการจัดการ
ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม**

**The enacting of the local ordinance and the management of the
natural resources and its environment**

เขมชาติ ตนบุญ

คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏเชียงใหม่ 202 ถนนช้างเผือก ตำบลช้างเผือก อำเภอเมือง
จังหวัดเชียงใหม่ 50300

KHEMMACHART TONBOON

Faculty of Humanities and Social Sciences, Chaing Mai Rajabhat University 202 Chang Puak road.,
Tambon Chang Puak ,Maung, Chiangmai 50300.

E-mail: khemmachart_ton@g.cmru.ac.th

Received: March 19, 2023; Revised: June 2, 2023; Accepted: June 7, 2023

บทคัดย่อ

การกระจายอำนาจปกครองให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้เข้ามาจัดการ
ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม โดยใช้ข้อบัญญัติท้องถิ่นเป็นเครื่องมือในการจัดการ
ทรัพยากรธรรมชาติในพื้นที่ แต่จากศึกษาพบว่ายังมีข้อจำกัดบางประการในการใช้อำนาจในการ
ออกข้อบัญญัติขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กล่าวคือ (1) การใช้อำนาจของผู้มีอำนาจในการ
กำกับดูแลแทรกแซงเข้าไปในอำนาจอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการออกข้อบัญญัติ
ท้องถิ่น (2) กฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีบทบัญญัติเปิดโอกาสให้ได้รับมอบหมาย
ภาระหน้าที่เพิ่มเติมในการดูแลทรัพยากร (3) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นขาดความชำนาญในการ
ออกข้อบัญญัติในเรื่องนั้นๆ และ (4) การประกาศใช้บังคับข้อบัญญัติท้องถิ่นไม่เป็นที่ทราบกัน
แพร่หลายทั่วไป และการกำหนดกระบวนการประกาศใช้ข้อบัญญัติท้องถิ่นมีระยะเวลานาน (5)
การตราข้อบัญญัติท้องถิ่นถูกจำกัดขอบเขตเนื้อหาไม่เกินกว่ากฎหมายแม่บทให้อำนาจ

ดังนั้น ในการพัฒนาการใช้ประโยชน์และการอนุรักษ์ฟื้นฟูทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมของท้องถิ่นเพื่อให้สอดคล้องกับบริบท วิถีชีวิต วัฒนธรรมความเชื่อของประชาชนในท้องถิ่น ตลอดจนการยอมรับและร่วมมือร่วมใจของทุกภาคส่วนในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องมีความเป็นอิสระในการออกข้อบัญญัติท้องถิ่นอย่างแท้จริง และองค์การปกครองส่วนกลางจะต้องสนับสนุนในด้านต่างๆ เพื่อให้้องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถออกข้อบัญญัติในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมในท้องถิ่นได้อย่างมีประสิทธิภาพ

คำสำคัญ: ข้อบัญญัติท้องถิ่น, การจัดการทรัพยากรธรรมชาติ, องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น

Abstract

Decentralization authorizes the local administrative organizations in protecting and managing natural resources and the environment through the local ordinance. However, this study found some limitations when the local authority exercises its power to enact the local ordinance, including (1) regulators interferes with the independent power of the local authority when the local authority enacting the local ordinance, (2) laws regarding the establishment of local administrative authority empowering them for the addition of other duties in the management of natural resources, (3) local administrative authority lacks the skills to introduce a particular local ordinance, (4) the process of the promulgation of the legal ordinance is not recognized in public and time consuming, and (5) the local ordinance enacted by local administrative authority must be in accordance with the power and scope given by its primary law.

The local administrative authority should be genuinely independence and the central administrative authority should support them for the enacting of an effective local ordinance. This is to support the development of the utilization and conservation of the natural resources and the environment, to harmonize with the

context, lifestyle, local culture, along with the coordination and acceptance of the whole community.

Keywords: Local ordinance, Natural Resource Management, Local Administrative Organization

1. บทนำ

ในอดีตที่ผ่านมา การจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมของชุมชนท้องถิ่นได้รับการจัดการโดยกระบวนการมีส่วนร่วมของประชาชน และชุมชนตามความเชื่อและวัฒนธรรมในแต่ละท้องถิ่นที่สอดคล้องกับความต้องการของชุมชน เป็นการผสมผสานระหว่างเรื่องการทำมาหากิน ประเพณีความเชื่อ และกฎระเบียบในชุมชน การจัดการทรัพยากรต่าง ๆ ของชุมชนท้องถิ่นจึงไม่ได้เป็นเพียงการจัดการทรัพยากรที่ให้ประชาชนใช้และเป็นเจ้าของร่วมกันเท่านั้น แต่ยังเป็นพื้นที่ที่ชุมชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดการดูแล เป็นพื้นที่ส่วนกลางและพื้นที่เรียนรู้ของชุมชนท้องถิ่นด้วย แต่ต่อมาหน่วยงานภาครัฐได้เข้ามาจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจหน้าที่ดูแล อนุรักษ์ พื้นฟูทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมในพื้นที่ที่เป็นของรัฐและพื้นที่ของชุมชน ทำให้การจัดการและการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรที่ชุมชนได้มีส่วนร่วมสร้างกฎระเบียบมาบังคับใช้ให้สอดคล้องกับบริบทของชุมชนท้องถิ่น กลับถูกดึงไปอยู่ในการดูแลของหน่วยงานรัฐภายใต้กฎเกณฑ์ที่สลับซับซ้อน ส่งผลให้เกิดความขัดแย้งในการจัดการทรัพยากรในท้องถิ่นระหว่างหน่วยงานภาครัฐกับชุมชนท้องถิ่นขึ้น

นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 จนถึงรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 ได้มีบทบัญญัติเรื่อง “สิทธิชุมชน” ที่กำหนดมาตรการในการกระจายอำนาจการบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติสู่ท้องถิ่นและการมีส่วนร่วมของชุมชนท้องถิ่นไว้ แต่ทางปฏิบัติมีการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวกับป่าไม้และการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เช่น พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 ฯลฯ ซึ่งยังไม่มี ความสอดคล้องกับบทบัญญัติเรื่องสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญ ทำให้เกิดความขัดแย้งระหว่างชุมชนท้องถิ่นกับหน่วยงานรัฐในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม แต่อย่างไร

ก็ตาม การต่อสู้ต่อรองกับอำนาจรัฐของชุมชนท้องถิ่นในการบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติ โดยมีกลยุทธ์ที่หลากหลายในการช่วงชิงความหมาย และพื้นที่ในการจัดการทรัพยากร ซึ่งยุทธวิธีหนึ่งคือ การให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเข้ามามีบทบาทในการดูแล บริหารจัดการทรัพยากรในพื้นที่ภายใต้อำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญที่ได้กำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจและหน้าที่ในการจัดระบบบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นของตนเอง ในการคุ้มครอง ดูแล และบำรุงรักษาป่าไม้ที่ต้น ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม และการส่งเสริมการมีส่วนร่วมของประชาชนในการพัฒนาท้องถิ่น ทำให้เกิดกระบวนการจัดทำข้อบัญญัติท้องถิ่นเพื่อการจัดการทรัพยากรธรรมชาติที่เกิดจากการมีส่วนร่วมของประชาชนในท้องถิ่น

2. การกระจายอำนาจปกครอง กับ การจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

การกระจายอำนาจปกครอง เป็นแนวคิดที่รัฐมอบอำนาจปกครองบางส่วนให้กับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น¹ ซึ่งเป็นอำนาจในทางบริหารหรือการจัดทำบริการสาธารณะต่าง ๆ โดยมีอิสระในการปกครองตนเองไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาขององค์กรปกครองส่วนกลาง แต่ก็ยังอยู่ภายใต้การกำกับดูแลขององค์กรปกครองส่วนกลาง² การที่รัฐยอมรับว่ามีผลประโยชน์บางอย่างที่เป็นเรื่องของประชาชนในแต่ละท้องถิ่นโดยเฉพาะแตกต่างหากจากผลประโยชน์ของชาติ เช่น การรักษาความสะอาด สุขภาวะอนามัยของประชาชนในท้องถิ่น ทำให้การจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นนั้น ๆ เป็นกิจการของท้องถิ่นที่ประชาชนในท้องถิ่นนั้น ๆ ควรจัดทำเอง

พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 และที่แก้ไขเพิ่มเติมถึง (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2562 พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 และที่แก้ไขเพิ่มเติมถึง (ฉบับที่ 14) พ.ศ. 2562 และพระราชบัญญัติสภาและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 และที่แก้ไขเพิ่มเติมถึง (ฉบับที่

¹ “องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น” และ “ข้อบัญญัติท้องถิ่น” ในบทความชิ้นนี้ ผู้เขียนจำกัดความหมายเฉพาะข้อบัญญัติท้องถิ่นที่ตราขึ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบเทศบาล องค์การบริหารส่วนจังหวัดและองค์การบริหารส่วนตำบล ซึ่งไม่รวมถึงข้อบัญญัติท้องถิ่นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษ (กรุงเทพมหานครและเมืองพัทยา)

² อธิพล ทศนา, “อำนาจออกข้อบัญญัติท้องถิ่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น”, (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542): 43-46.

7) พ.ศ. 2562 ได้ให้อำนาจองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการตราข้อบัญญัติท้องถิ่นประกอบกับพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 ได้กำหนดหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มีอำนาจหน้าที่ในการจัดระบบบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นของตนเอง ทั้งในด้านโครงสร้างพื้นฐาน ด้านงานส่งเสริมคุณภาพชีวิต ด้านการจัดระเบียบชุมชน สังคม และการรักษาความสงบเรียบร้อย ด้านการวางแผน การส่งเสริมการลงทุน พาณิชยกรรมและการท่องเที่ยว ด้านการบริหารจัดการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ และด้านศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณีและภูมิปัญญาท้องถิ่น ตลอดจนยังเปิดโอกาสให้ประชาชนในท้องถิ่นเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินการปกครองส่วนท้องถิ่น ไม่ว่าจะเป็นการมีส่วนร่วมด้านการปกครอง การบริหาร การเงิน รวมถึงการตัดสินใจอย่างอิสระและการกำหนดนโยบายของท้องถิ่นตนเองได้โดยปราศจากการแทรกแซง แต่ยังคงอยู่ภายใต้การกำกับดูแลขององค์กรปกครองส่วนกลางเท่าที่จำเป็น โดยอำนาจในการออกข้อบัญญัติท้องถิ่น³ อาจจะแยกได้ 2 ลักษณะ คือ (1) อำนาจในการออกข้อบัญญัติท้องถิ่นเพื่อให้เป็นไปตามอำนาจหน้าที่ที่ระบุไว้ในกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละรูปแบบ และ (2) อำนาจในการออกข้อบัญญัติท้องถิ่นตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายเฉพาะที่ให้อำนาจองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถออกข้อบัญญัติได้ ซึ่งเป็นการออกข้อบัญญัติเพื่อกำหนดรายละเอียดปลีกย่อยของพระราชบัญญัติเฉพาะหรือกฎหมายเฉพาะที่ให้อำนาจเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพท้องถิ่นนั้น ๆ

การกระจายอำนาจปกครองให้กับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ในรูปแบบที่ให้อำนาจองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถตราข้อบัญญัติท้องถิ่น โดยข้อบัญญัติท้องถิ่นมีสถานะทางกฎหมายในลักษณะของ “กฎ” ซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรองที่องค์กรปกครองส่วนกลางมอบอำนาจให้ท้องถิ่นสามารถออกข้อบัญญัติบังคับใช้ในท้องถิ่นโดยมีผลบังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ⁴ มีสภาท้องถิ่นเป็นองค์กรผู้มีอำนาจออกข้อบัญญัติท้องถิ่นภายใต้รูปแบบกระบวนการและขั้นตอนการออกข้อบัญญัติเป็นไปตามกฎหมาย

³ พนม เฌี่ยมประยูร, “อำนาจตราข้อบังคับขององค์กรปกครองตนเอง.”, *วารสารนิติศาสตร์* 3 (2537): 477-493.

⁴ ความหมายของ “กฎ” ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 และ ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 บัญญัติว่า “กฎ หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ”

กำหนด ทั้งนี้ ข้อบัญญัติท้องถิ่นจะต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้มีอำนาจกำกับดูแล โดยกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้กำหนดวิธีการให้ความเห็นชอบข้อบัญญัติท้องถิ่นโดยผู้มีอำนาจกำกับดูแล เช่น กรณีเทศบาล ให้ประธานสภาเทศบาลส่งร่างเทศบัญญัติไปยังผู้ว่าราชการจังหวัดพิจารณา⁵ กรณีองค์การบริหารส่วนจังหวัด⁶ ให้ประธานสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดส่งร่างข้อบัญญัติให้ผู้ว่าราชการจังหวัดพิจารณา และกรณีองค์การบริหารส่วนตำบล⁷ ให้ประธานสภาองค์การบริหารส่วนตำบลส่งร่างข้อบัญญัติต่อองค์การบริหารส่วนตำบลให้นายอำเภอพิจารณา

ในการจัดทำข้อบัญญัติท้องถิ่นในพื้นที่ต่าง ๆ ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน แสดงให้เห็นว่าชุมชนท้องถิ่นและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีศักยภาพความพร้อมในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมในท้องถิ่น การขับเคลื่อนกระบวนการจัดทำข้อบัญญัติท้องถิ่นในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติเป็นเรื่องที่ต้องอาศัยความพร้อมและความร่วมมือจากหลาย ๆ ฝ่ายทั้งภาครัฐ ภาคเอกชน ภาคประชาสังคมและภาควิชาการ ในการจัดทำฐานข้อมูลด้านทรัพยากรต่าง ๆ ในท้องถิ่น การทำประชาคมอย่างทั่วถึงเพื่อสร้างความตระหนักรู้เกี่ยวกับสถานการณ์ปัญหา และการหาแนวทางในการแก้ไขปัญหาาร่วมกัน ตลอดจนการยอมรับกฎ กติกาาร่วมกัน ซึ่งเห็นได้จากตัวอย่างของข้อบัญญัติท้องถิ่นในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เช่น ข้อบัญญัติองค์การบริหารส่วนตำบลแม่ทาอำเภอแม่ออน จังหวัดเชียงใหม่ ว่าด้วยการจัดการป่าชุมชนตำบลแม่ทา พ.ศ. 2550, ข้อบัญญัติองค์การบริหารส่วนตำบลท่าศาลา อำเภอท่าศาลา จังหวัดนครศรีธรรมราช เรื่องการอนุรักษ์ใช้ประโยชน์ทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่งอย่างยั่งยืน พ.ศ. 2552, ข้อบัญญัติองค์การบริหารส่วนตำบลเกาะลิบง อำเภอกันตัง จังหวัดตรัง ว่าด้วยการอนุรักษ์พะยูน พ.ศ. 2554, ข้อบัญญัติองค์การบริหารส่วนตำบลนาเกียน อำเภอมุกดาหาร จังหวัดอุดรธานี เรื่อง การจัดการไฟฟ้าและหมอกควัน พ.ศ. 2556, เทศบัญญัติเทศบาลตำบลบ้านหลวง อำเภอจอมทอง จังหวัดเชียงใหม่ว่าด้วยการบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างมีส่วนร่วม พ.ศ. 2558 และเทศบัญญัติเทศบาลตำบลท่าผา อำเภอแม่แจ่ม จังหวัดเชียงใหม่ ว่าด้วยการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมตำบลท่าผา พ.ศ. 2565

⁵ พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 62

⁶ พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 มาตรา 53

⁷ พระราชบัญญัติสภาและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 มาตรา 71

อย่างไรก็ตาม การที่ไม่มีกฎหมายที่กำหนดขอบเขตอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการออกข้อบัญญัติการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมไว้อย่างชัดเจน ทำให้การออกข้อบัญญัติท้องถิ่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายในลำดับพระราชบัญญัติ เนื่องจากข้อบัญญัติท้องถิ่นมีลักษณะเป็นกฎ ส่งผลให้อำนาจการออกข้อบัญญัติท้องถิ่นจะต้องอยู่ภายใต้กรอบอำนาจกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และต้องไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายแม่บทอื่น ๆ ทั้งนี้ การอาศัยกฎหมายแม่บทที่มีอยู่อาจจะทำให้เป็นข้อจำกัดประการหนึ่งในการจัดการทรัพยากรโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ ยกตัวอย่างกรณีความเห็นของกรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่นเรื่องอำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการตราข้อบัญญัติท้องถิ่นเพื่ออนุรักษ์และจัดการทรัพยากรทางทะเล พ.ศ. 2553 ที่ให้ความเห็นว่า การตราร่างเทศบัญญัติที่มีเนื้อหาเป็นการกำหนดพื้นที่ห้ามทำการประมงหรือจับสัตว์น้ำในเขตพื้นที่อนุรักษ์พันธุ์สัตว์น้ำ เป็นการตราเทศบัญญัติที่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2490 เนื่องจากพระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2490 ไม่ได้ให้อำนาจองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการออกข้อบัญญัติในเรื่องดังกล่าวไว้⁸

ขอบเขตอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการออกข้อบัญญัติไม่เพียงแต่จะต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายในลำดับพระราชบัญญัติเท่านั้น ศาลปกครองยังได้มีการวินิจฉัยเรื่องขอบเขตอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการออกข้อบัญญัติท้องถิ่นไว้ ซึ่งเห็นได้จากตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 34/2549 กรณีองค์การบริหารส่วนจังหวัดออกข้อบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัดเกี่ยวกับการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมบำรุงองค์การบริหารส่วนจังหวัดจากผู้พักในโรงแรม โดยกำหนดให้เจ้าหน้าที่ขององค์การบริหารส่วนจังหวัดมีอำนาจเรียกผู้ควบคุมและผู้จัดการโรงแรม ผู้พัก และผู้ที่เกี่ยวข้องมาให้ถ้อยคำหรือส่งเอกสารเพื่อการตรวจสอบ แต่พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 ไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจแก่องค์การบริหารส่วนจังหวัดในการออกข้อบัญญัติกำหนดให้เจ้าหน้าที่ขององค์การบริหารส่วนจังหวัดสามารถเรียกผู้ควบคุมและผู้จัดการโรงแรม ผู้พัก และผู้เกี่ยวข้องมาให้ถ้อยคำหรือส่งเอกสารหรือหลักฐานอื่นใดมาเพื่อตรวจสอบได้ ทำให้ข้อบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัดตราขึ้นโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ ศาลปกครองสูงสุดจึงได้พิพากษาให้เพิกถอน

⁸ กอบกุล ราชนาคร, การปฏิรูปกฎหมายเพื่อการกระจายอำนาจ การจัดการทรัพยากรธรรมชาติให้แก่ชุมชนและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น, (กรุงเทพฯ: มูลนิธิสธารณสุขแห่งชาติ (มสช.), 2558): 46-50.

ข้อบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัดในส่วนที่ไม่ขัดด้วยกฎหมาย และ คำพิพากษาศาลปกครอง
เชียงใหม่ คดีหมายเลขแดงที่ 176/2553 กรณีเทศบาลตำบลบ้านกลาง อำเภอเมือง จังหวัดลำพูน
ออกข้อบัญญัติองค์การบริหารส่วนตำบลบ้านกลาง⁹ เรื่องกำหนดบริเวณห้ามก่อสร้าง ดัดแปลง
หรือเปลี่ยนการใช้อาคารบางชนิด หรือบางประเภทในพื้นที่บางส่วนในท้องที่ตำบลบ้านกลาง
อำเภอเมือง จังหวัดลำพูน พ.ศ. 2549 ซึ่งมีเนื้อหาขัดหรือแย้งกับกฎกระทรวงกำหนดบริเวณห้าม
ก่อสร้าง ดัดแปลงหรือเปลี่ยนการใช้อาคารบางชนิดหรือบางประเภทในพื้นที่บางส่วนในท้องที่...
ตำบลบ้านกลาง อำเภอเมือง จังหวัดลำพูน พ.ศ.2547 แต่เนื่องจากเทศบาลตำบลบ้านกลางมี
เหตุผลพิเศษเฉพาะท้องถิ่นที่เป็นเงื่อนไขตามนัยมาตรา 10 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติ
ควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522¹⁰ อีกทั้งไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายว่าด้วยการผังเมือง ศาลปกครอง
เชียงใหม่จึงวินิจฉัยว่าข้อบัญญัติองค์การบริหารส่วนตำบลบ้านกลางเป็นกฎที่ขัดด้วยกฎหมาย
และมีผลบังคับใช้ต่อไป

3. กระบวนการตราข้อบัญญัติท้องถิ่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

กระบวนการตราข้อบัญญัติท้องถิ่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น ผู้ที่มีสิทธิเสนอ
ร่างข้อบัญญัติท้องถิ่นจะแบ่งออกเป็น 3 กลุ่ม¹¹ คือ (1) สมาชิกสภาท้องถิ่น (สภาองค์การบริหาร
ส่วนจังหวัด / สภาองค์การบริหารส่วนตำบล / สภาเทศบาล) (2) คณะผู้บริหารหรือผู้บริหาร
ท้องถิ่น (ผู้บริหาร / นายกเทศมนตรี /นายกองค์การบริหารส่วนจังหวัด / นายกองค์การบริหาร
ส่วนตำบล) และ (3) ผู้มีสิทธิเลือกตั้งในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น การเสนอร่างข้อบัญญัติท้องถิ่น

⁹ ข้อบัญญัติองค์การบริหารส่วนตำบลบ้านกลาง เรื่องกำหนดบริเวณห้ามก่อสร้าง ดัดแปลง หรือเปลี่ยนการใช้
อาคารบางชนิด หรือบางประเภทในพื้นที่บางส่วนในท้องที่ตำบลบ้านกลาง อำเภอเมือง จังหวัดลำพูน พ.ศ. 2549 ออกบังคับ
ใช้ก่อนท้องที่องค์การบริหารส่วนตำบลบ้านกลางจะยกฐานะจากองค์การบริหารส่วนตำบลเป็นเทศบาลตำบล เมื่อวันที่ 24 สิงหาคม
2550

¹⁰ พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 มาตรา 10 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ในกรณีที่ได้มีการออกกฎกระทรวง
กำหนดเรื่องใดตามมาตรา 8 แล้วให้ราชการส่วนท้องถิ่นมีอำนาจออกข้อบัญญัติท้องถิ่นในเรื่องนั้นได้ในกรณีดังต่อไปนี้ (2) เป็น
การออกข้อบัญญัติท้องถิ่นกำหนดเรื่องนั้นขัดหรือแย้งกับกฎกระทรวงดังกล่าวเนื่องจากมีความจำเป็นหรือเหตุผลพิเศษเฉพาะ
ท้องถิ่น...”

¹¹ พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 61 ทวิ, พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540
มาตรา 52, พระราชบัญญัติสภาและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 มาตรา 71

โดยประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจะต้องเป็นไปตามกระบวนการเข้าชื่อเสนอร่างข้อบัญญัติท้องถิ่นตามพระราชบัญญัติการเข้าชื่อเสนอข้อบัญญัติท้องถิ่น พ.ศ. 2565 ซึ่งจะต้องเป็นประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจำนวนไม่น้อยกว่าสามพันคนของจำนวนผู้มีสิทธิเลือกตั้งหรือ 1 ใน 20 ของจำนวนผู้มีสิทธิเลือกตั้งในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น¹² โดยผู้ที่มีสิทธิเสนอร่างข้อบัญญัติท้องถิ่นทั้งหมดมีสิทธิเข้าชื่อร้องขอต่อประธานสภาท้องถิ่นเพื่อให้สภาท้องถิ่นพิจารณาออกข้อบัญญัติท้องถิ่นได้

องค์กรผู้มีอำนาจในการออกข้อบัญญัติท้องถิ่นเป็นอำนาจหน้าที่ของสภาท้องถิ่นในแต่ละรูปแบบขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กล่าวคือ (1) กรณีเทศบาลมีสภาเทศบาลประกอบด้วยสมาชิกสภาเทศบาลที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนตามกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นตามจำนวน¹³ (2) กรณีองค์การบริหารส่วนจังหวัดมีสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดประกอบด้วยสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดซึ่งมาจากการเลือกตั้งของประชาชนตามกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น¹⁴ (3) กรณีองค์การบริหารส่วนตำบลมีสภาองค์การบริหารส่วนตำบลประกอบด้วยสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลจำนวนเขตเลือกตั้งละหนึ่งคนซึ่งเลือกตั้งขึ้นโดยประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งในแต่ละเขตเลือกตั้งในเขตองค์การบริหารส่วนตำบลนั้น¹⁵

อย่างไรก็ตาม รูปแบบกระบวนการและขั้นตอนการออกข้อบัญญัติท้องถิ่น จะเริ่มจากผู้ที่มีสิทธิเสนอร่างข้อบัญญัติท้องถิ่นต่อประธานสภาท้องถิ่น โดยร่างข้อบัญญัติท้องถิ่นจะต้องแบ่งเป็น

¹² พระราชบัญญัติการเข้าชื่อเสนอข้อบัญญัติท้องถิ่น พ.ศ. 2565 มาตรา 7 วรรคสอง “การเข้าชื่อเสนอข้อบัญญัติท้องถิ่นต้องมีผู้มีสิทธิเลือกตั้งตามวรรคหนึ่งรวมกันจำนวนไม่น้อยกว่าสามพันคนหรือไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนผู้มีสิทธิเลือกตั้งในการเลือกตั้งสมาชิกสภาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นภายหลังจากที่สภาท้องถิ่นนั้นสิ้นอายุหรือถูกยุบครั้งล่าสุด แล้วแต่จำนวนใดจะน้อยกว่า”

¹³ พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 15 “สภาเทศบาลประกอบด้วยสมาชิกสภาเทศบาลซึ่ง มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนตามกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นตามจำนวน”

¹⁴ พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 มาตรา 9 “สภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดประกอบด้วยสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดซึ่งมาจากการเลือกตั้งของประชาชนตามกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น”

¹⁵ พระราชบัญญัติสภาและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 มาตรา 45 “สภาองค์การบริหารส่วนตำบลประกอบด้วยสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบล จำนวนเขตเลือกตั้งละหนึ่งคน ซึ่งเลือกตั้งขึ้นโดยราษฎรผู้มีสิทธิเลือกตั้งในแต่ละเขตเลือกตั้งในเขตองค์การบริหารส่วนตำบลนั้น”

ข้อและมีบันทึกประกอบด้วยหลักการของร่างข้อบัญญัติและเหตุผลที่เสนอร่างข้อบัญญัติ หากร่างข้อบัญญัติเกี่ยวกับการเงินจะต้องได้รับการรับรองจากผู้บริหารขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น ๆ ก่อนจึงจะสามารถเสนอร่างข้อบัญญัติเกี่ยวกับการเงินได้ และการเสนอข้อบัญญัติท้องถิ่นเข้าสู่การพิจารณาของสภาท้องถิ่นจะต้องทำเป็นร่างญัตติร่างข้อบัญญัติท้องถิ่น การพิจารณาญัตติร่างข้อบัญญัติท้องถิ่นจะพิจารณาเป็นสามวาระ คือ วาระที่ 1 เรื่องรับหรือไม่รับหลักการร่างข้อบัญญัติท้องถิ่น และห้ามให้มีการลงมติก่อนที่จะสมาชิกสภาได้อภิปรายเรื่องนั้นหรือสภาจะให้คณะกรรมการสภาพิจารณาก่อนรับหลักการก็ได้ วาระที่ 2 การพิจารณาเนื้อหาของร่างข้อบัญญัติท้องถิ่นตั้งแต่ข้อร่างข้อบัญญัติและพิจารณาเรียงมาตราโดยพิจารณา อภิปรายแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนใด ถ้อยคำใดไปจนจบร่างข้อบัญญัติ และ วาระที่ 3 การลงมติจะเป็นการให้ที่ประชุมสภาท้องถิ่นลงมติเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบร่างข้อบัญญัติท้องถิ่น

ร่างข้อบัญญัติท้องถิ่นที่ผ่านการเห็นชอบจากสภาท้องถิ่นแล้วจะถูกนำไปให้องค์กรปกครองส่วนกลางที่กำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นให้ความเห็นชอบก่อนที่จะประกาศบังคับใช้ ทั้งนี้ การประกาศใช้บังคับข้อบัญญัติท้องถิ่นจะต้องเป็นไปตามกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งโดยส่วนใหญ่จะกำหนดให้มีการปิดประกาศไว้ ณ ที่ทำการองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น ๆ และจะมีผลบังคับใช้ได้นับแต่พ้นระยะเวลาที่ได้กำหนดไว้ เช่น 7 วัน หรือ 15 วัน เว้นแต่กรณีที่เป็นเหตุเร่งด่วนฉุกเฉินอาจจะให้มีผลบังคับใช้ได้ทันที

4. พลวัตข้อบัญญัติท้องถิ่น กับ การจัดการทรัพยากรธรรมชาติ

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีบทบาทหน้าที่เพิ่มขึ้นในเข้ามาจัดการดูแลรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม หลังจากมีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 ทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถออกข้อบัญญัติท้องถิ่นเพื่อช่วยหนุนเสริมองค์กรหรือกลไกต่าง ๆ ในด้านการจัดการทรัพยากร เช่น การจัดทำแนวเขตพื้นที่ หรือรังวัดแบ่งพื้นที่ทำกิน ที่อยู่อาศัย พื้นที่ป่า การจัดทำแนวป้องกันไฟป่า และการหนุนเสริมให้ชุมชนมีเครื่องมือในการจัดการทรัพยากรร่วมกันในชุมชน แต่กว่าที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและชุมชนท้องถิ่นจะมีความเข้มแข็งทั้งในด้านการบริหารจัดการ ฐานข้อมูลและบุคลากรในการจัดทำข้อบัญญัติท้องถิ่นเพื่อการจัดการทรัพยากรธรรมชาติในท้องถิ่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็ต้องผ่านปัญหาอุปสรรคนานับประการในการพัฒนาแนวคิดและกระบวนการออกข้อบัญญัติท้องถิ่นในการจัดการทรัพยากรจนกระทั่งถึงปัจจุบัน ทั้งนี้

ผู้เขียนจึงเห็นว่าหากพิจารณาพัฒนาการของข้อบัญญัติท้องถิ่นกับการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ และสิ่งแวดล้อม สามารถแบ่งออกเป็น 2 ช่วง คือ ข้อบัญญัติท้องถิ่น พ.ศ. 2540-2560 และ ข้อบัญญัติท้องถิ่น พ.ศ. 2560 ถึงปัจจุบัน ดังนี้

4.1 ข้อบัญญัติท้องถิ่น พ.ศ. 2540-2560 : การสร้างและรับรองสถานะสิทธิของชุมชนในการจัดการทรัพยากร

ในช่วงก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในบทบาทของเทศบาลและสุขาภิบาลจะเน้นบทบาทในการดูแลด้านการจัดการขยะมูลฝอยและสิ่งปฏิกูล รวมถึงการจัดการสิ่งแวดล้อมชุมชนเป็นหลัก แต่หลังจากประกาศใช้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540¹⁶ และรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีบทบาท ภาระหน้าที่มากขึ้น ในการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมที่อยู่ในเขตพื้นที่¹⁷ ประกอบกับกระทรวงมหาดไทยได้มีคำสั่งกระทรวงมหาดไทยที่ มท 0305/ว 1787 ลงวันที่ 4 มิถุนายน 2540 ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มีหน้าที่คุ้มครองดูแลและบำรุงรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมในการจัดสรรงบประมาณสนับสนุนการแก้ไขปัญหาที่ดินและการบุกรุกป่าไม้ และพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 ซึ่งได้กำหนดอำนาจและหน้าที่ในการจัดบริการสาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ในด้านการบริหารจัดการและการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม อาทิ การคุ้มครองดูแลบำรุงรักษา ใช้ประโยชน์จากป่าไม้ ที่ดิน ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม การควบคุมไฟฟ้า และการจัดการสิ่งแวดล้อมและมลพิษต่าง ๆ

แม้ว่าจะมีการกระจายอำนาจปกครองจากองค์กรปกครองส่วนกลางมาสู่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น แต่ก็ยังเป็นเพียงการกระจายอำนาจในลักษณะแบบรวมศูนย์ที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรับภาระหน้าที่แต่ยังไม่สามารถใช้อำนาจหน้าที่ภายในขอบเขตของตนได้โดยอิสระ เพราะต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลขององค์กรปกครองส่วนกลาง ทั้งนี้ บทบาทขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

¹⁶ รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 มาตรา 290 “...เพื่อส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ย่อมมีอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติ...”

¹⁷ วรญาณ เสนาสุ, การกระจายอำนาจกับการจัดการสิ่งแวดล้อมขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น, (กรุงเทพฯ : เบน ไท, 2556),: 29.

ในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอาจจะอยู่ในลักษณะบทบาทดำเนินการ ส่งเสริมประสานงาน และ สนับสนุนการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ

การขับเคลื่อนกระบวนการตราข้อบัญญัติท้องถิ่นในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมในช่วงปี 2540-2560 จะเป็นการขับเคลื่อนในลักษณะการสร้างองค์ความรู้ องค์กรเครือข่าย และกลไกในการพัฒนารูปแบบการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ โดยการเชื่อมโยงองค์ความรู้ทั้งในด้านบริบทชุมชน สังคม เศรษฐกิจและวัฒนธรรม¹⁸ รวมถึงการเรียกร้องสิทธิชุมชนในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ จะเห็นได้การสร้างเวทีต่าง ๆ เพื่อปฏิบัติการในการช่วงชิงและสร้างความหมายเรื่อง “ป่าชุมชน” หรือ “คนอยู่กับป่า” การสร้างความชอบธรรมให้กับท้องถิ่นในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ ตลอดจนการต่อรองภายใต้ความสัมพันธ์เชิงอำนาจกับหน่วยงานรัฐ การเข้าถึงและใช้ประโยชน์ทรัพยากรตามหลักจารีตประเพณีของชุมชน¹⁹

อย่างไรก็ตาม การตราข้อบัญญัติท้องถิ่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในช่วงปี 2540-2560 ยังเป็นการยกระดับสถานะของระเบียบข้อบังคับหมู่บ้านที่ไม่มีสถานะทางกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับลงโทษผู้ที่ฝ่าฝืนระเบียบข้อบังคับของหมู่บ้านได้ ข้อบัญญัติท้องถิ่นจึงเป็นเครื่องมือทางกฎหมายที่จะทำให้ระเบียบข้อบังคับหมู่บ้านมีสถานะทางกฎหมายและสามารถบังคับใช้ มีบทลงโทษได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งจะเห็นได้จากตัวอย่างของกระบวนการออกข้อบัญญัติท้องถิ่นเพื่อการสร้างและรับรองสถานะสิทธิของชุมชนในการจัดการทรัพยากรขององค์การบริหารส่วนตำบลแม่ทา อำเภอแม่ออน จังหวัดเชียงใหม่ ที่ตราข้อบัญญัติต้องการบริหารส่วนตำบลแม่ทาว่าด้วยการจัดการป่าชุมชนตำบลแม่ทา พ.ศ. 2550 เนื่องจากปัญหาที่ผ่านมาในการจัดการป่าชุมชนตำบลแม่ทาโดยระเบียบข้อบังคับในการจัดการป่าชุมชนของแต่ละหมู่บ้านมีความแตกต่างกันในการบังคับใช้และบทลงโทษ ส่งผลให้การบังคับใช้ข้อบังคับในแต่ละหมู่บ้านเกิดความหละหลวม มีผู้ฝ่าฝืนไม่ยอมทำตามข้อบังคับจนทำให้เกิดผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติในท้องถิ่นอย่างรุนแรง จนกระทั่งปี 2550 องค์การบริหารส่วนตำบลแม่ทาได้ตราข้อบัญญัติองค์การบริหารโดยอาศัยอำนาจจากกฎหมายการกระจายอำนาจท้องถิ่นว่าด้วยการจัดการทรัพยากรที่ยกระดับการจัดการป่าชุมชนโดยชาวบ้านเป็นกฎหมายขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

¹⁸ บุญตา สืบประดิษฐ์, การจัดการร่วมในฐานะพื้นที่ต่อรองเพื่อสร้างธรรมาภิบาลท้องถิ่นของเครือข่ายการจัดการทรัพยากรในจังหวัดเชียงใหม่, 29

¹⁹ เรื่องเดียวกัน, 30-31.

เพื่อให้ข้อบัญญัติท้องถิ่นเป็นเครื่องมือทางกฎหมายที่จะทำให้การจัดการป่าชุมชน คณะกรรมการป่าชุมชนมีฐานรองรับทางกฎหมายที่จะต่อรองกับหน่วยงานภาครัฐ อีกทั้ง การรับรองสิทธิในการจัดการทรัพยากรโดยชุมชนที่เป็นสิทธิชุมชนมาใช้บังคับควบคู่กับเป็นหลัก กฎหมายในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติในตำบลแม่ทาให้มีลักษณะและมาตรฐานเดียวกัน²⁰ และ กระบวนการตราเทศบัญญัติเทศบาลตำบลบ้านหลวงว่าด้วยการบริหารจัดการ ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างมีส่วนร่วม พ.ศ. 2558 ที่เกิดจากการพัฒนาภาคความ ร่วมมือและกฎกติกาต่างๆ ในพื้นที่มาเชื่อมโยงหลักสิทธิชุมชนในการจัดการร่วมกับหน่วยงานต่าง ๆ ในพื้นที่ ทำให้เกิดเทศบัญญัติขึ้นมาเพื่อรองรับกลไกการทำงานของคณะกรรมการ ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมระดับหมู่บ้านและระดับเครือข่ายลุ่มน้ำ²¹ แต่ความน่าสนใจ ของกระบวนการตราเทศบัญญัติของเทศบาลตำบลบ้านหลวงเป็นกรณีที่เทศบาลตำบลบ้านหลวงได้ ประกาศบังคับใช้เทศบัญญัติเทศบาลตำบลบ้านหลวง ฯ ภายใต้กระแสกดดันจากองค์กรปกครอง ส่วนกลางในระดับพื้นที่ที่มีอำนาจกำกับดูแล ซึ่งองค์กรผู้ที่มีอำนาจกำกับดูแลเทศบาลบ้านหลวง ไม่ได้พิจารณาให้ความเห็นชอบเทศบัญญัติเทศบาลตำบลบ้านหลวง ฯ แต่เนื่องจากเทศบัญญัติ ตำบลบ้านหลวง ฯ เกิดจากการมีส่วนร่วมทุกภาคส่วนของชุมชนท้องถิ่นจึงทำให้นายกเทศบาล ตำบลบ้านหลวงและสภาเทศบาลบ้านหลวงยืนยันเจตนารมณ์และรับรองเทศบัญญัติเทศบาลตำบล บ้านหลวง ฯ ให้มีผลใช้บังคับเป็นข้อบัญญัติท้องถิ่นในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติในพื้นที่ตำบล บ้านหลวง อำเภอจอมทอง จังหวัดเชียงใหม่ แม้ว่าองค์กรปกครองส่วนกลางจะไม่ได้พิจารณา ลงนามกำกับให้ความเห็นชอบเทศบัญญัติเทศบาลตำบลบ้านหลวง ฯ ก็ตาม

ข้อบัญญัติท้องถิ่นที่ตราขึ้นในช่วงปี 2540-2560 มักจะมีวัตถุประสงค์ที่มีนัยยะของการ ตราข้อบัญญัติท้องถิ่นเพื่อรับรองสถานะทางกฎหมายให้กับกลไกภาคประชาชนในท้องถิ่นจากเดิม ที่ไม่มีอำนาจที่เป็นทางการในเชิงสถาบันที่จะเข้าไปมีบทบาทอำนาจหน้าที่ในการจัดการทรัพยากร

²⁰ บุญชู ณ ป้อมเพ็ชร และคณะ, รายงานการถอดบทเรียนฉบับสมบูรณ์กระบวนการยุติธรรมชุมชน 6 กรณีศึกษา ในพื้นที่จังหวัดยโสธร จังหวัดเชียงใหม่ จังหวัดปัตตานี จังหวัดชุมพร จังหวัดปราจีนบุรี และจังหวัดสุราษฎร์ธานี, (กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ, 2564): 63-112.

²¹ โอสถ อ่องพะ (2564). การกระจายอำนาจและปฏิบัติการของการใช้อำนาจท้องถิ่นกรณีการออกเทศบัญญัติ ตำบลในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ. วารสารรัฐศาสตร์และรัฐประศาสนศาสตร์ Political Science & Public Administration Journal CMU, 12 ฉ. เพิ่มเติม 1 (2564): 95-114.

ฐานข้อมูลการใช้ประโยชน์จากฐานทรัพยากร²² ข้อบัญญัติท้องถิ่นจึงเป็นเสมือนเครื่องมือทางกฎหมายที่ยืนยันถึงการมีตัวตนของคนในท้องถิ่นที่มีบทบาทในการจัดการทรัพยากรในชุมชนท้องถิ่น รวมถึงการรับรองสิทธิชุมชนในการจัดการทรัพยากรของชุมชนภายใต้กระแสการขยายอำนาจรัฐในการเข้ามามีการจัดการทรัพยากรของชุมชน อย่างไรก็ตาม การตราข้อบัญญัติท้องถิ่นไม่เพียงแต่รับรองสิทธิชุมชนและการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรในชุมชนท้องถิ่นเท่านั้น ข้อบัญญัติท้องถิ่นยังส่งผลให้เกิดการจัดความสัมพันธ์ทางอำนาจในระดับท้องถิ่นไม่ว่าจะเป็นหน่วยงานรัฐท้องถิ่น สถาบันการศึกษา และองค์กรภาคประชาสังคมเข้ามามีส่วนร่วมในการกำหนดทิศทางในการพัฒนาแนวทางการจัดการทรัพยากรให้เกิดความเป็นธรรมและยั่งยืนในท้องถิ่น

4.2 ข้อบัญญัติท้องถิ่น พ.ศ. 2560 ถึงปัจจุบัน : การสร้างความร่วมมือทุกภาคส่วนเพื่อการจัดการทรัพยากร

ตั้งแต่ปี 2557 เรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน องค์กรปกครองส่วนกลางได้พยายามจำกัดอำนาจบริหารงานท้องถิ่นผ่านทางกฎหมาย นโยบายและระเบียบต่าง ๆ ตลอดจนการลดทอนอิสระในการบริหารจัดการการคลังจนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่สามารถดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะได้อย่างเต็มประสิทธิภาพหรือมีคุณภาพ ส่งผลให้การกระจายอำนาจการปกครองส่วนท้องถิ่นที่กำลังพัฒนาได้เสื่อมถอยลงไปจากเดิม

อย่างไรก็ตาม หลังจากการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 ทำให้มีการปรับแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเกี่ยวกับการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติป่าไม้ (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2562, พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2562, พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 และการตราพระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ. 2562 เป็นกฎหมายใหม่ที่ส่งเสริมให้ชุมชนได้ร่วมกับรัฐในการอนุรักษ์ ปันฟู จัดการ บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุล และยั่งยืนในรูปแบบของป่าชุมชน อีกทั้งสนับสนุนให้ชุมชนสามารถจัดการป่าชุมชนและได้ประโยชน์จากป่าชุมชนได้ การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายและตรากฎหมายใหม่เกี่ยวกับการจัดการ

²² โอลิเวอร์ อองทะ, “การเคลื่อนไหวภาคประชาชนในการปฏิรูปการจัดการฐานทรัพยากรในพื้นที่ตำบลทาเหนือ อำเภอแม่อน จังหวัดเชียงใหม่” (วิทยานิพนธ์ปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชาการเมืองและการปกครอง คณะรัฐศาสตร์ และรัฐประศาสนศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2558)

ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมแสดงให้เห็นถึงการพยายามปรับตัวและเปลี่ยนแปลงภายในหน่วยงานรัฐเพื่อให้สอดคล้องกับบริบท สังคม วัฒนธรรมและสถานการณ์ของโลกที่เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งอาจจะเป็นสัญญาณที่ดีที่หน่วยงานภาครัฐจะปรับเปลี่ยนมุมมอง แนวคิดการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมให้สอดคล้องกับบริบท สังคม และวัฒนธรรมของชุมชนท้องถิ่นในแต่ละพื้นที่

ตัวอย่างของกระบวนการออกข้อบัญญัติท้องถิ่นจากการสร้างความร่วมมือทุกภาคส่วนเพื่อการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เห็นได้จากกระบวนการตราเทศบัญญัติเทศบาลตำบลท่าผา เรื่องการบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมตำบลท่าผา พ.ศ. 2565 โดยเทศบาลตำบลท่าผา อำเภอแม่แจ่ม จังหวัดเชียงใหม่ เป็นการใช้กระบวนการตราข้อบัญญัติท้องถิ่นในลักษณะการบูรณาการความร่วมมือทุกภาคส่วนในการเข้ามามีส่วนร่วมในการตราเทศบัญญัติฯ ซึ่งเริ่มจากการพัฒนาจัดทำฐานข้อมูลด้านทรัพยากร การประยุกต์กฎหมายและเครื่องมือการจัดการทรัพยากรแบบใหม่เข้ากับกระบวนการมีส่วนร่วมระหว่างสมาชิกในชุมชน เช่น การใช้เครื่องมือแผนที่ โมเดล ระบบสารสนเทศทางภูมิศาสตร์ มีกลไกของคณะกรรมการ และมาตรการทางกฎระเบียบไว้อย่างเป็นระบบ²³ ซึ่งเป็นการใช้เครื่องมือแผนที่จากการสนับสนุนขององค์กรพัฒนาเอกชน และสถาบันวิชาการมาจัดทำฐานข้อมูลการใช้ประโยชน์รายแปลง และรวบรวมข้อมูลหลักฐานแสดงการครอบครองและใช้ประโยชน์ในที่ดินในระดับพื้นที่ให้มีความครบถ้วนชัดเจนมากขึ้น ประกอบกับการพัฒนาความร่วมมือของภาคีเครือข่าย ไม่ว่าจะเป็นหน่วยงานภาคเอกชน ภาคประชาสังคม และโดยเฉพาะหน่วยงานภาครัฐ (อำเภอ) ที่ประสานความร่วมมืออย่างใกล้ชิดในการจัดทำเทศบัญญัติฯ ให้เกิดขึ้น ปัจจัยสำคัญของความสำเร็จการตราเทศบัญญัติเทศบาลตำบลท่าผาเกิดจากเทศบาลท่าผามีฐานของมูลการจัดการทรัพยากรการใช้ประโยชน์ที่ดินรายแปลง และการจัดการพื้นที่ ซึ่งเป็นฐานข้อมูลที่ทุกภาคส่วนให้การยอมรับ แม้ว่าหน่วยงานบางหน่วยงานของรัฐจะไม่ได้ให้การยอมรับฐานข้อมูลการอย่างชัดเจนก็ตาม แต่ก็ไม่ได้ปฏิเสธฐานข้อมูลของเทศบาลท่าผา แสดงให้เห็นถึงการพัฒนาฐานข้อมูลการจัดการทรัพยากรธรรมชาติที่ให้การยอมรับร่วมกัน ตลอดจนเทศบาลท่าผาได้ประสานงานกับนายอำเภอ

²³ โอลิเวอร์ อ่องพะ, “การเคลื่อนไหวภาคประชาชนในการปฏิรูปการจัดการฐานทรัพยากรในพื้นที่ตำบลท่าผาเหนือ อำเภอแม่ออน จังหวัดเชียงใหม่” (วิทยานิพนธ์ปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชาการเมืองและการปกครอง คณะรัฐศาสตร์ และรัฐประศาสนศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2558)

แม่แจ่มที่เป็นองค์กรกำกับดูแลเทศบาลท่าผาอย่างใกล้ชิด ประกอบกับการจัดทำเทศบัญญัติดังกล่าวสอดคล้องกับนโยบายการจัดการทรัพยากรในระดับอำเภอ จึงทำให้เทศบัญญัติเทศบาลตำบลท่าผาสามารถตราขึ้นได้ในระยะเวลาไม่นานภายใต้ความร่วมมือของแต่ละหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง และ กระบวนการตราข้อบัญญัติต้องการบริหารส่วนตำบลแม่วิน อำเภอแม่วาง จังหวัดเชียงใหม่ เรื่องการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างยั่งยืน พ.ศ. 2560 เป็นการพัฒนาร่างข้อบัญญัติท้องถิ่นโดยกระบวนการมีส่วนร่วมของประชาชนตำบลแม่วิน เพื่อแก้ไขปัญหาและสร้างหลักประกันเรื่องที่ดินทำกินและที่อยู่อาศัยของประชาชนตำบลแม่วิน ซึ่งได้อาศัยการอำนาจการตราข้อบัญญัติท้องถิ่นขององค์การบริหารส่วนตำบล ประกอบกับมติคณะรัฐมนตรี 3 สิงหาคม 2553 เรื่องแนวนโยบายและหลักปฏิบัติในการฟื้นฟูวิถีชีวิตชาวกะเหรี่ยง ทำให้ข้อบัญญัติต้องการบริหารส่วนตำบลแม่วิน มีเนื้อหาที่ครอบคลุมการจัดการที่ดินที่ทำกินและการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ เช่น การห้ามขยายพื้นที่ออกนอกเขตที่ระบุเอาไว้ การใช้ประโยชน์ที่ดินต้องอยู่ภายใต้หลักการของความยั่งยืน และการเปลี่ยนการถือครอง การเช่าที่ดินจะต้องผ่านความเห็นชอบของคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมตำบลแม่วิน รวมไปถึงการจัดทำหนังสือทะเบียนประวัติการใช้ที่ดินตำบลแม่วินให้แก่ประชาชนตำบลแม่วินเป็นรายครัวเรือน ซึ่งเป็นการใช้ข้อบัญญัติท้องถิ่นเป็นเครื่องมือในการรับรองสิทธิการอยู่อาศัยและทำกินของประชาชนตำบลแม่วิน ตลอดจนการป้องกันไม่ให้ประชาชนตำบลแม่ริมขยายพื้นที่ทำกินบุกรุกพื้นที่ป่า²⁴

กระบวนการตราข้อบัญญัติท้องถิ่นที่ตราขึ้นในช่วงหลังปี 2560 จะพบว่ามีการประยุกต์ใช้แนวคิดและเครื่องมือการจัดการทรัพยากรสมัยใหม่เข้ามาจัดทำฐานข้อมูลทรัพยากรธรรมชาติ การใช้ประโยชน์ที่ดินในระดับพื้นที่ภายใต้ความร่วมมือของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ซึ่งฐานข้อมูลทรัพยากรจะได้รับการยอมรับในด้านความถูกต้องชัดเจนตามหลักวิทยาศาสตร์หลักสากล และทำให้หน่วยงานรัฐที่เกี่ยวข้องให้การยอมรับฐานข้อมูลทรัพยากรขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในส่วนที่หน่วยงานรัฐเข้ามามีส่วนร่วมในการพัฒนาและจัดทำและการพยายามหาจุดสมดุลของการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมของหน่วยงานรัฐและชุมชนท้องถิ่น โดยใช้กระบวนการพัฒนาข้อบัญญัติท้องถิ่นมาเป็นเครื่องมือในการจัดการ

²⁴ สำนักพัฒนานวัตกรรมชุมชนจัดการความรู้และสื่อสาร สถาบันพัฒนาองค์กรชุมชน (องค์การมหาชน), “ปรัชญาที่ดินของชาวกะเหรี่ยงหนองเต่า จ.เชียงใหม่ และการแก้ไขปัญหาที่ดิน-ไฟป่าโดยพลังชุมชนท้องถิ่น”, สืบค้นเมื่อวันที่ 20 เมษายน 2566, <https://web.codi.or.th/20220223-31538/>

ทรัพยากรร่วมกันเพื่อให้สอดคล้องกับบริบทพื้นที่ในแต่ละท้องถิ่น อีกทั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้พยายามใช้อำนาจหน้าที่ในการส่งเสริมการจัดการทรัพยากรท้องถิ่นผ่านข้อบัญญัติท้องถิ่นในหลายมิติ เช่น ประเด็นการป้องกันและควบคุมไฟฟ้า การจัดการปัญหาฝุ่นควัน PM 2.5 ฯลฯ แสดงให้เห็นถึงการปรับเปลี่ยนบทบาทหน้าที่ของหน่วยงานรัฐและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่พยายามสร้างแนวทางการจัดการทรัพยากรธรรมชาติร่วมกันมากกว่าการต่อสู้ ต่อรอง และช่วงชิงพื้นที่การจัดการทรัพยากรธรรมชาติ

อย่างไรก็ตาม การตราเทศบัญญัติเทศบาลตำบลท่าผาการบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมตำบลท่าผา พ.ศ. 2565 และข้อบัญญัติองค์การบริหารส่วนตำบลแม่วิน อำเภอแม่วาง จังหวัดเชียงใหม่ เรื่องการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างยั่งยืน พ.ศ. 2560 เป็นเพียงตัวอย่างขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่สร้างความร่วมมือระหว่างหน่วยงานส่วนกลางกับหน่วยงานท้องถิ่นในการบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติในท้องถิ่น แต่การบังคับใช้ข้อบัญญัติท้องถิ่นได้อย่างมีประสิทธิภาพมากนักน้อยเพียงใดนั้น จะต้องมีการติดตามประเมินผลการบังคับใช้ต่อไปว่าเป็นไปตามเจตนารมณ์ของข้อบัญญัติท้องถิ่นหรือไม่

5. ข้อจำกัดการใช้อำนาจในการออกข้อบัญญัติท้องถิ่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

จากงานศึกษาเกี่ยวกับกระบวนการและการใช้อำนาจในการออกข้อบัญญัติท้องถิ่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ผ่านมา พบว่า มีข้อจำกัดในการใช้อำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการออกข้อบัญญัติท้องถิ่น อย่างน้อย 5 ประการ คือ²⁵

ประการแรก การใช้อำนาจของผู้มีอำนาจในการกำกับดูแลแทรกแซงเข้าไปในอำนาจอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการออกข้อบัญญัติท้องถิ่น โดยทั่วไปแล้วอำนาจกำกับดูแลขององค์กรปกครองส่วนกลางจะมีอยู่ 3 ลักษณะ กล่าวคือ (1) อำนาจกำกับดูแลเหนือองค์กร เช่น การยุบสภาท้องถิ่น (2) อำนาจกำกับดูแลเหนือการกระทำ เช่น การให้ความเห็นชอบร่างข้อบัญญัติท้องถิ่น และ (3) อำนาจกำกับดูแลเหนือการคลัง เช่น การให้ความเห็นชอบในการกู้เงิน/งบประมาณต่าง ๆ ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น²⁶ อย่างไรก็ตามองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

²⁵ อิทธิพล ทศนา, อำนาจออกข้อบัญญัติท้องถิ่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น, 130-132.

²⁶ พนม เอี่ยมประยูร, อำนาจตราข้อบังคับขององค์กรปกครองตนเอง, 477-493.

มีอิสระในการกำหนดนโยบายในการบริการจัดการในขอบเขตอำนาจและพื้นที่ที่รับผิดชอบ ผู้มีอำนาจกำกับดูแลจะมีอำนาจในการควบคุมดูแลในเรื่องใดจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้ และควรจะใช้อำนาจในการกำกับดูแลเท่าที่จำเป็นตามกฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น แต่ในการกำกับดูแลของผู้มีอำนาจในการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจากองค์กรปกครองส่วนกลางได้เข้ามาแทรกแซงในการกำหนดนโยบาย การบริหารจัดการ และการออกข้อบัญญัติท้องถิ่นอยู่เสมอ ซึ่งจะเห็นได้จากงานศึกษาของอนุรักษ์ กาวิโจง ที่ศึกษาเรื่องหนังสือสั่งการอำนาจรัฐส่วนกลางเหนือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น²⁷ พบว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะถูกควบคุมโดยองค์กรปกครองส่วนกลาง ผ่านหนังสือสั่งการที่มาจากองค์กรปกครองส่วนกลาง เช่น หนังสือสั่งการในเรื่องการก่อสร้าง สาธารณสุข การดำเนินการเกี่ยวกับผู้สูงอายุ หรือการควบคุมโรค ทำให้เป็นอุปสรรคต่อการกระจายอำนาจสู่ท้องถิ่น และยังส่งผลให้ท้องถิ่นขาดความเป็นอิสระในการบริหารจัดการพื้นที่ของตนเอง องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงจำต้องทำตามคำสั่งจากองค์กรปกครองส่วนกลาง ไม่ต่างจากการมีผู้บังคับบัญชาจากส่วนกลางเพื่อสั่งการท้องถิ่นให้ปฏิบัติตาม การกำกับดูแลจากรัฐส่วนกลางเหนือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ลดความสำคัญของการกระจายอำนาจการปกครองลง อีกทั้งยังเพิ่มภาระงานให้กับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอีกด้วย

อย่างไรก็ตาม หลังการรัฐประหารของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) เมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 ทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นถูกจำกัดอำนาจหน้าที่ในการบริหารงานในท้องถิ่นในด้านต่าง ๆ อย่างมาก เนื่องจากคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ออกประกาศ คสช. ที่ 85/2557 งดการจัดเลือกตั้งท้องถิ่น ผู้บริหารท้องถิ่น และสมาชิกสภาท้องถิ่น²⁸ และต่อมาหัวหน้า คสช. ได้ใช้อำนาจมาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญ (ชั่วคราว) พ.ศ. 2557 มีคำสั่งให้ผู้บริหารท้องถิ่นเดิมที่หมดวาระลงให้รักษาการในตำแหน่งเดิมต่อไป ส่งผลให้ผู้บริหารท้องถิ่นเดิมอยู่ในตำแหน่งยาวนานถึง 8-9 ปี ซึ่งส่งผลต่อการกระจายอำนาจท้องถิ่นเป็นอย่างมาก²⁹ อีกทั้งนับตั้งแต่ปี 2557 เป็นต้นมาหน่วยงานราชการส่วนกลางได้พยายามเข้ามาแทรกแซงการบริหารงานของ

²⁷ อนุรักษ์ กาวิโจง, “หนังสือสั่งการ : อำนาจรัฐส่วนกลางเหนือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น,” *วารสาร CMU Journal of Law and Social Sciences*, 5 ฉ.2 (2555): 123-137.

²⁸ iLaw, สืบ คสช. “ปฏิรูปการปกครองท้องถิ่น กระจายอำนาจถอยหลัง ราชการแทรกแซงท้องถิ่น”, สืบค้นเมื่อวันที่ 10 มีนาคม 2566, <https://ilaw.or.th/node/4809>

²⁹ Theisaanrecord, “การปกครองท้องถิ่นและการกระจายอำนาจ: มุมมองจากผู้บริหารท้องถิ่น”, สืบค้นเมื่อวันที่ 10 มีนาคม 2566, <https://theisaanrecord.co/2022/01/26/local-government-after-the-coup/>

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยใช้อำนาจผ่านกฎหมายหรือคำสั่งหลายๆ ฉบับ ส่งผลให้การบริหารงานท้องถิ่นถดถอยและถูกรวมศูนย์ภายใต้ระบบราชการ จะเห็นได้จาก 1) การทำให้ประชาชนขาดการมีส่วนร่วมในการเลือกตั้งผู้บริหารท้องถิ่นและสภาท้องถิ่น 2) การลดบทบาทหน้าที่ของท้องถิ่นในการจัดทำบริการสาธารณะ³⁰ โดยการออกประกาศฉบับที่ 104/2557 ให้ผู้ว่าราชการจังหวัดและนายอำเภอมีอำนาจในการติดตามและตรวจสอบการใช้จ่ายงบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้เป็นไปตามกฎหมาย ระเบียบแบบแผนของทางราชการ รวมถึงประกาศและคำสั่งของ คสช. อย่างเคร่งครัด หากพบการกระทำความผิดขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นให้ผู้ว่าราชการจังหวัดและนายอำเภอลงโทษผู้กระทำความผิดวินัยได้ทันที ประกอบกับการออกคำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 88/2557 มีการตั้งคณะกรรมการที่ส่วนใหญ่เป็นข้าราชการเพื่อเข้ามาทำหน้าที่ในการพิจารณาเงินอุดหนุนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งถือเป็นการเข้ามาควบคุมงบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอย่างเข้มงวด³¹

ประการที่สอง กฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีบทบัญญัติเปิดโอกาสในองค์กรปกครองส่วนกลางมอบหมายภาระหน้าที่ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพิ่มเติม ส่งผลกระทบต่ออำนาจในการออกข้อบัญญัติท้องถิ่น ซึ่งหน่วยงานที่เกี่ยวข้องจะตีความการออกข้อบัญญัติท้องถิ่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นโดยยึดอำนาจหน้าที่ที่มีในกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกับกฎหมายเฉพาะเรื่องเท่านั้น กรณีที่กฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้มีบทบัญญัติให้องค์กรปกครองส่วนกลางมอบหมายภาระหน้าที่ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นโดยวิธีอื่น ๆ เช่น บทบัญญัติให้เทศบาลมีหน้าที่อื่น³² ซึ่งเป็นบทบัญญัติให้ภาระหน้าที่บางอย่างตามคำสั่งกระทรวงมหาดไทยให้เป็นหน้าที่ของเทศบาล เห็นได้จากคำสั่งกระทรวงมหาดไทยที่ 12/2543 ลงวันที่ 18 มกราคม 2543 มอบหมายให้องค์กรปกครองส่วน

³⁰ เจนจบทิศ จารีกกลาง และศิวัช ศรีโคตกุล, “การแทรกแซงองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหลังรัฐประหาร พ.ศ. 2557,” วารสาร *Veridian E Journal สาขามนุษยศาสตร์ สังคมศาสตร์ และศิลปะ*, 12 ฉ.6 (2562): 1035-1052

³¹ เรื่องเดียวกัน, 1042-1403.

³² พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 50 “ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย เทศบาลตำบลมีหน้าที่ต้องทำในเขตเทศบาล ... (9) หน้าที่อื่นตามที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นหน้าที่ของเทศบาล...”

ท้องถิ่นมีอำนาจหน้าที่ในการดูแลรักษาดำเนินการคุ้มครองป้องกันที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินหรือเป็นทรัพย์สินของแผ่นดิน³³

ประการที่สาม การไม่มีความชำนาญความเชี่ยวชาญในการออกข้อบัญญัติในเรื่องนั้น ๆ และขาดเจ้าหน้าที่ผู้มีความรู้และประสบการณ์ในเรื่องที่มีอำนาจหน้าที่และต้องออกข้อบัญญัติตามกฎหมายแม่บท จึงทำให้เกิดข้อจำกัดในการออกข้อบัญญัติในเรื่ององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่ความถนัดความเชี่ยวชาญ อีกทั้งข้อจำกัดในด้านความเข้มแข็งขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและความสับสนในบทบาทหน้าที่ของตนเอง ทำให้การออกข้อบัญญัติในเรื่องอื่น ๆ ที่ตนเองไม่ได้เชี่ยวชาญจึงเป็นไปได้ยาก เนื่องจากท้องถิ่นจำนวนมากยังไม่ทราบว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของตนเองสามารถออกข้อบัญญัติท้องถิ่นบังคับใช้ในเขตพื้นที่ของตนเองได้ตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายได้ให้ไว้³⁴

ประการที่สี่ การประกาศใช้บังคับข้อบัญญัติท้องถิ่นไม่เป็นที่ทราบกันแพร่หลายทั่วไป ซึ่งการประกาศใช้บังคับข้อบัญญัติท้องถิ่นให้เป็นไปตามกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งโดยส่วนใหญ่จะกำหนดให้มีการปิดประกาศไว้ ณ ที่ทำการองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น ๆ และจะมีผลบังคับใช้ได้นับแต่พ้นระยะเวลาที่ได้กำหนดไว้ เช่น 7 วัน หรือ 15 วัน เว้นแต่กรณีที่เป็นเหตุเร่งด่วนฉุกเฉินอาจจะให้มีผลบังคับใช้ได้ทันที อย่างไรก็ตาม ข้อจำกัดของการประกาศใช้บังคับข้อบัญญัติท้องถิ่นอีกประการหนึ่งเป็นกรณีการประกาศใช้บังคับข้อบัญญัติขององค์การบริหารส่วนตำบลตามพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล ไม่ได้มีบทบัญญัติกำหนดการเผยแพร่ข้อบัญญัติเป็นการเฉพาะไว้ ส่งผลให้ข้อบัญญัติจะมีผลสมบูรณ์เป็นข้อบัญญัติและใช้บังคับได้จะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 มาตรา 7 ที่กำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องส่งข้อมูลข่าวสารที่เป็นกฎไปลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา หากยังไม่ได้ลงพิมพ์ประกาศข้อบัญญัติในราชกิจจานุเบกษานำเอาบทบัญญัติตามข้อบัญญัติขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมาใช้บังคับไม่ได้ ทั้งนี้ ในทางปฏิบัติองค์การบริหารส่วนตำบลจะต้องรอจนกว่าข้อบัญญัติท้องถิ่นที่ผ่านสภาท้องถิ่นประกาศในราชกิจจานุเบกษาก่อนจึงจะสามารถใช้บังคับได้ ซึ่งหากรอข้อบัญญัติประกาศในราชกิจจานุเบกษาอาจจะไม่ทันต่อการแก้ไขปัญหาหรือ

³³ อธิพล ทศนา, *อำนาจออกข้อบัญญัติท้องถิ่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น*: 130-132.

³⁴ นรเศรษฐ ชุ่มถนอม, “บทวิเคราะห์ข้อบัญญัติและเทศบัญญัติขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในจังหวัดเชียงใหม่ พ.ศ.2540-2562” (รัฐศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชาการเมืองและการปกครอง มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2563), 75-80.

สนับสนุนการจัดการทรัพยากรในท้องถิ่นได้อย่างทันทั่วทั้งที่ แต่ในทางปฏิบัติมีองค์การบริหารส่วนตำบลหลายพื้นที่ใช้วิธีการปิดประกาศข้อบัญญัติองค์การบริหารส่วนตำบลไว้ ณ ที่ทำการองค์การบริหารส่วนตำบล เมื่อพ้น 15 วันนับแต่ปิดประกาศก็ให้ถือว่ามีผลบังคับใช้ได้เลยและมีผลบังคับใช้ในระหว่างรอร่างข้อบัญญัติท้องถิ่นส่งไปประกาศในราชกิจจานุเบกษา

ประการที่ห้า ข้อบัญญัติท้องถิ่นมีศักดิ์ของกฎหมายต่ำกว่ากฎหมายแม่บทและกฎหมายลำดับรองประเภทอื่น ๆ ทำให้การตราข้อบัญญัติท้องถิ่นจึงต้องอาศัยอำนาจจากกฎหมายแม่บท (กฎหมายระดับพระราชบัญญัติ) ในการออกข้อบัญญัติในเรื่องต่าง ๆ และข้อบัญญัติที่ตราโดยองค์รปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องไม่มีเนื้อหาและการบังคับใช้เกินกว่าขอบเขตที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจ เช่น พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 20 ให้องค์รปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถตราข้อบัญญัติท้องถิ่นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความสะอาดและการจัดระเบียบในการเก็บ ขน และกำจัดสิ่งปฏิกูลหรือมูลฝอยในพื้นที่ท้องถิ่นได้ ประกอบกับมาตรา 63 องค์รปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจออกข้อบัญญัติท้องถิ่นกำหนดค่าธรรมเนียมตามหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข และไม่เกินอัตราที่กำหนดในกฎกระทรวง ซึ่งจะเห็นว่าข้อบัญญัติท้องถิ่นที่ตราขึ้นตามกฎหมายแม่บทจะต้องเป็นไปตามกรอบขอบเขตที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจเท่านั้น อีกทั้งยังต้องไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายลำดับรองประเภทอื่น ๆ (เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง) ทำให้ข้อบัญญัติท้องถิ่นต้องอยู่ภายใต้ทั้งกฎหมายแม่บทและกฎหมายลำดับรอง

การออกข้อบัญญัติท้องถิ่นขององค์รปกครองส่วนท้องถิ่นยังมีข้อจำกัดอีกหลายประการที่ส่งผลให้องค์รปกครองส่วนท้องถิ่นไม่สามารถออกข้อบัญญัติในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่ข้อจำกัดที่เป็นอุปสรรคสำคัญของการกระจายอำนาจให้องค์รส่วนท้องถิ่นในการออกข้อบัญญัติท้องถิ่น เป็นกรณีที่กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับองค์รปกครองส่วนท้องถิ่น และองค์รปกครองส่วนกลางที่มีอำนาจหน้าที่ในการกำกับดูแลองค์รปกครองส่วนท้องถิ่นไม่มีการกระจายอำนาจให้องค์รปกครองส่วนท้องถิ่นอย่างแท้จริง ซึ่งส่วนใหญ่จะกระจายเพียงหน้าที่แต่ไม่กระจายอำนาจในการบริหารจัดการในกิจการที่สำคัญต่าง ๆ ในท้องถิ่น จะเห็นได้จากองค์รปกครองส่วนกลางยังมีบทบาทในการกำกับดูแลอย่างเข้มงวดผ่านการอนุมัติ การอนุญาตให้ความเห็นชอบต่าง ๆ หรือการกำกับดูแลตรวจสอบด้านงบประมาณขององค์ร

ปกครองส่วนท้องถิ่น ส่งผลทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่มีอำนาจในการตราข้อบัญญัติท้องถิ่นเพื่อจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมในท้องถิ่นได้อย่างมีประสิทธิภาพ

6. บทสรุป

การจัดทำข้อบัญญัติท้องถิ่นในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นโดยการมีส่วนร่วมของประชาชนในท้องถิ่นนั้นเป็นการอาศัยการใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นออกกฎระเบียบที่จะเป็นหลักพิงทางกฎหมายและเป็นหลักประกันการต่อสู้ต่อรองการใช้ประโยชน์และการอนุรักษ์ฟื้นฟูทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมของชุมชนท้องถิ่นกับหน่วยงานภาครัฐ เพื่อการจัดการทรัพยากรที่สอดคล้องกับบริบทวิถีชีวิต วัฒนธรรมความเชื่อของประชาชนในชุมชนท้องถิ่น

การออกข้อบัญญัติท้องถิ่นในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติเป็นกระบวนการหนึ่งในการเสริมพลังการปฏิบัติการกระบวนการเรียนรู้และกระบวนการเคลื่อนไหวทางสังคม อีกทั้งยังเป็นกระบวนการของการเปลี่ยนความคิดและการเปลี่ยนแปลงตนเองของท้องถิ่นในการก้าวข้ามความกลัว ความไม่รู้ภายใต้การปกครองแบบรวมศูนย์ขององค์กรปกครองส่วนกลาง อย่างไรก็ตามกระบวนการออกข้อบัญญัติจะเป็นการรับรองและเป็นหลักพิงทางกฎหมายในการใช้ประโยชน์และการอนุรักษ์ฟื้นฟูทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมในชุมชนท้องถิ่น แต่กระบวนการที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่จะทำให้ข้อบัญญัติท้องถิ่นสามารถใช้อย่างมีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับบริบท สังคม วัฒนธรรมของชุมชนท้องถิ่น คือ การกระจายอำนาจในการออกข้อบัญญัติท้องถิ่นให้กับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอย่างแท้จริง โดยให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีความเป็นอิสระในการออกข้อบัญญัติท้องถิ่น และองค์กรปกครองส่วนกลางควรมีบทบาทหน้าที่ในการสนับสนุนในด้านต่าง ๆ ทั้งด้านความรู้ งบประมาณเพื่อให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถออกข้อบัญญัติในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมในท้องถิ่นได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้กระบวนการติดตามและประเมินผลการใช้บังคับข้อบัญญัติท้องถิ่นก็เป็นประเด็นที่ควรให้ความสำคัญ เนื่องจากงานศึกษาที่ผ่านมาจะศึกษาเงื่อนไข ปัจจัยและข้อจำกัดของกระบวนการออกข้อบัญญัติท้องถิ่น แต่ยังไม่มียานศึกษาที่เข้าไปศึกษาสภาพบังคับ กระบวนการติดตามและประเมินผลการใช้บังคับข้อบัญญัติท้องถิ่น ซึ่งมีข้อบัญญัติท้องถิ่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

หลาย ๆ แห่ง เมื่อมีข้อบัญญัติท้องถิ่นออกมาใช้บังคับแล้ว ข้อบัญญัติท้องถิ่นไม่สามารถนำไปใช้
บังคับในชุมชนท้องถิ่นได้อย่างจริงจัง

References

- กอบกุล ราชะนาคร. การปฏิรูปกฎหมายเพื่อการกระจายอำนาจ การจัดการทรัพยากรธรรมชาติให้แก่ชุมชนและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น. กรุงเทพฯ: มูลนิธิสาธารณสุขแห่งชาติ (มสช.), 2558.
- เจนจบทิศ จารีกกลาง และศิวีช ศรีโศคนกุล. “การแทรกแซงองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหลังรัฐประหาร พ.ศ. 2557.” *วารสาร Veridian E Journal สาขามนุษยศาสตร์ สังคมศาสตร์ และศิลปะ* 12 ฉ.6 (2562): 1035-1052.
- เดโช ไชยทัต. พื้นที่เรียนรู้การจัดการทรัพยากรธรรมชาติโดยอินทนนท์ ตำบลบ้านหลวง อำเภอจอมทอง จังหวัดเชียงใหม่. เชียงใหม่: มูลนิธิเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืน ภาคเหนือ, 2558.
- นรเศรษฐ ชุ่มถนอม. “บทวิเคราะห์ข้อบัญญัติและเทศบัญญัติขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในจังหวัดเชียงใหม่ พ.ศ. 2540-2562” รัฐศาสตรมหาบัณฑิต. สาขาวิชาการเมืองและการปกครอง มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2563.
- นฤตม ทิมประเสริฐ. “เรื่องกระบวนการมีส่วนร่วมของประชาชนของประชาชนที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของสิทธิชุมชนในการจัดทำข้อบัญญัติท้องถิ่นทางทะเล: กรณีศึกษาขององค์การบริหารส่วนตำบลท่าศาลา จังหวัดนครศรีธรรมราช” วิทยานิพนธ์ปริญญารัฐประศาสนศาสตรมหาบัณฑิต, คณะรัฐประศาสนศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2554.
- บุญชู ณ ป้อมเพ็ชร และคณะ. รายงานการถอดบทเรียนฉบับสมบูรณ์กระบวนการยุติธรรมชุมชน 6 กรณีศึกษาในพื้นที่จังหวัดยโสธร จังหวัดเชียงใหม่ จังหวัดปัตตานี จังหวัดชุมพร จังหวัดปราจีนบุรี และจังหวัดสุราษฎร์ธานี. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ, 2564.
- บุญตา สืบประดิษฐ์. การจัดการร่วมในฐานะพื้นที่ต่อรองเพื่อสร้างธรรมาภิบาลท้องถิ่นของเครือข่ายการจัดการทรัพยากรในจังหวัดเชียงใหม่. วิทยานิพนธ์ปริญญาศิลปศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชาการพัฒนาสังคม. บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยเชียงใหม่. 2556.
- พนม เอี่ยมประยูร. “อำนาจตราข้อบังคับขององค์กรปกครองตนเอง.” *วารสารนิติศาสตร์* 3 (2537) : 477-493.
- วรัญญู เสนาสุ. การกระจายอำนาจกับการจัดการสิ่งแวดล้อมขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น. กรุงเทพฯ: เป้นไท, 2556
- สำนักพัฒนาวัฒนธรรมชุมชนจัดการความรู้และสื่อสาร สถาบันพัฒนาองค์กรชุมชน (องค์การมหาชน).

“ปรัชญาที่ดินของชาวกะเหรี่ยงหนองเต่า จ.เชียงใหม่ และการแก้ไขปัญหาที่ดิน-ไฟป่าโดย
พลังชุมชนท้องถิ่น.” สืบค้นเมื่อวันที่ 20 เมษายน 2566, <https://web.codi.or.th/20220223-31538/>

อนุรักษ์ กาวีโจง. “หนังสือสั่งการ : อำนาจรัฐส่วนกลางเหนือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น.” วารสาร
CMU Journal of Law and Social Sciences. 5 ฉ.2 (2555), 123-137.

อิทธิพล ทัศนาศ. “อำนาจออกข้อบัญญัติท้องถิ่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น.” (วิทยานิพนธ์
ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย. 2542). 43-46.

โอฬาร อ่องพะ. (2564). “การกระจายอำนาจและปฏิบัติการของการใช้อำนาจท้องถิ่นกรณีการออกเทศ
บัญญัติตำบลในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ.” *วารสารรัฐศาสตร์และรัฐประศาสนศาสตร์*
Political Science & Public Administration Journal CMU. 12 ฉ.เพิ่มเติม 1 (2564),
95-114.

โอฬาร อ่องพะ. “การเคลื่อนไหวภาคประชาชนในการปฏิรูปการจัดการฐานทรัพยากรในพื้นที่ตำบลทา
เหนือ อำเภอแม่ออน จังหวัดเชียงใหม่.” (วิทยานิพนธ์ปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชาการเมืองและการปกครอง คณะรัฐศาสตร์และรัฐประศาสนศาสตร์
มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2558)

iLaw. “สี่ปี คสช. ปฏิรูปการปกครองท้องถิ่น กระจายอำนาจถอยหลัง ราชการแทรกแซงท้องถิ่น.”
สืบค้นเมื่อวันที่ 10 มีนาคม 2566. <https://ilaw.or.th/node/4809>

Theisaanrecord. “การปกครองท้องถิ่นและการกระจายอำนาจ: มุมมองจากผู้บริหารท้องถิ่น.”
สืบค้นเมื่อวันที่ 10 มีนาคม 2566. <https://theisaanrecord.com /2022/01/26/local-government-after-the-coup/>

ระเบียบว่าด้วยเคลียร์ริงเฮาส์ของฟีฟ่า: มุมมองต่อการปฏิบัติทางธุรกิจที่เป็นธรรมใน
อุตสาหกรรมกีฬาฟุตบอล

The FIFA Clearing House Regulations: A Perspective on Fair Business
Practice in the Football Industry

ปิติเทพ อยู่ยูนยง

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ 239 ถนนห้วยแก้ว ตำบลสุเทพ อำเภอเมือง จังหวัดเชียงใหม่ 50200

Pedithep Youyuenyong

Faculty of Law, Chiang Mai University 239 Huay Kaew Road, Muang District, Chiang Mai, Thailand, 50200

E-mail: pedithep.y@cmu.ac.th

Received: February 13, 2023; Revised: March 23, 2023; Accepted: March 23, 2023

บทคัดย่อ

ระเบียบว่าด้วยเคลียร์ริงเฮาส์ของฟีฟ่าเป็นระเบียบที่นำสโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดใหม่
ของนักกีฬาฟุตบอลที่รับโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลเข้ามาอยู่ในสังกัดของตนและสโมสรกีฬาฟุตบอล
ต้นสังกัดเดิมของนักกีฬาฟุตบอลที่เคยประสิทธิ์ประสาททักษะการเล่นกีฬาฟุตบอลเข้ามาสู่
กระบวนการการจ่ายค่าตอบแทนในการประสิทธิ์ประสาททักษะการเล่นกีฬาฟุตบอลที่เป็นธรรม
สำหรับการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสรในอุตสาหกรรมกีฬาฟุตบอลสากล คู่สัญญา
ทุกฝ่ายในสัญญาโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลต้องปฏิบัติตามระเบียบฉบับนี้อย่างเคร่งครัด เพื่อให้
ข้อตกลงการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสรต้องมีการคิดคำนวณค่าตอบแทนการอบรมบ่ม
เพาะทักษะการเล่นกีฬาฟุตบอลโดยอัตโนมัติ ระเบียบฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างความโปร่งใส
ทางการเงินและหลีกเลี่ยงการปฏิบัติทางธุรกิจที่ไม่เป็นธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งส่งเสริมสนับสนุน
ให้มีการจ่ายค่าตอบแทนการอบรมบ่มเพาะทักษะที่เป็นธรรมและในราคาที่สมเหตุสมผลให้แก่
สโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดเดิมของนักกีฬาฟุตบอลที่เคยอบรมบ่มเพาะทักษะการเล่นกีฬา

ฟุตบอลให้แก่กีกีฬาฟุตบอล ในทำนองที่ก่อให้เกิดระบบที่แน่นอนยิ่งขึ้นเพื่อให้คู่สัญญาทุกฝ่ายต้องปฏิบัติตาม บทความฉบับนี้ได้นำเสนอระเบียบว่าด้วยเคลียร์ริงเฮาส์ของฟีฟ่าผ่านมุมมองต่อการปฏิบัติทางธุรกิจที่เป็นธรรมในอุตสาหกรรมกีฬาฟุตบอล รวมทั้งวิเคราะห์การสร้างความชัดเจนที่เป็นธรรมภายใต้ระเบียบฉบับนี้

คำสำคัญ: เคลียร์ริงเฮาส์, เงินเพื่อตอบแทนน้ำใจ, การปฏิบัติทางธุรกิจที่เป็นธรรม, อุตสาหกรรมกีฬาฟุตบอล, ฟีฟ่า

Abstract

The FIFA Clearing House (FCH) Regulations brings together the new clubs that allow players' registration for club competitions and the previous clubs that trained the player to process fair training rewards for an international football transfer in the global football industry. This means that these parties will meet to compulsorily agree on a set of transfer agreement terms for the automatic calculation and training rewards under the FCH Regulations. The objective of the FCH Regulations from 2022 was to promote financial transparency and avoid unfair business practice in the transfer system, especially promotion of sufficient or fair rewards for training clubs, to make it more systematic for all parties. A perspective on fair business practice in the football industry are examined in this article. Fair-dealing businesses under the FCH Regulations are also examined.

Keywords: Clearing House, Training Rewards, Fair Business Practice, Financial Transparency, Football Industry, FIFA

1. บทนำ

ในปัจจุบันการทำสัญญาหรือข้อตกลงในธุรกิจอุตสาหกรรมกีฬาฟุตบอลมีความเปลี่ยนแปลงไปตามแนวทางการปฏิบัติในการทำข้อตกลงที่วงการกีฬาฟุตบอลยึดถือและยอมรับว่าเป็นธรรม (Fair) ในทำนองที่ไม่เปิดโอกาสให้คู่สัญญาผู้ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจเหนือกว่าถือโอกาสเอารัดเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจด้อยกว่ามาก ในขณะเดียวกันคู่สัญญาทุกฝ่ายต่างฝ่ายต่างต้องมีหน้าที่ตอบแทนกัน โดยกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใด ๆ เพื่อให้ทุกฝ่ายได้รับค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่เหมาะสมและสมเหตุสมผล แม้ว่าการทำสัญญาหรือข้อตกลงในธุรกิจอุตสาหกรรมกีฬาฟุตบอลจะอยู่บนพื้นฐานของหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา (Autonomy of Will) และเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) แต่สหพันธ์ฟุตบอลนานาชาติ (Fédération Internationale de Football Association) หรือฟีฟ่า (FIFA) ในฐานะที่เป็นองค์กรบริหารปกครองกีฬาฟุตบอลสากลสูงสุดได้ใช้อำนาจบริหารปกครองบรรดาสมาชิกของตนจึงกำหนดกรอบของการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและเสรีภาพในการทำสัญญาหรือข้อตกลงในธุรกิจอุตสาหกรรมกีฬาฟุตบอล เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดข้อตกลงหรือข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่เปิดช่องให้คู่สัญญาผู้ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจเหนือกว่าถือโอกาสเอารัดเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจด้อยกว่ามาก ในขณะเดียวกันกับการใช้อำนาจบริหารปกครองของฟีฟ่าในทำนองนี้ก็มุ่งให้เกิดการอยู่ร่วมกันอย่างสงบสุขสมานฉันท์ในวงการกีฬาฟุตบอลในทำนองที่ให้คู่สัญญาหรือคู่ตกลงต่างฝ่ายต่างได้รับค่าตอบแทนหรือประโยชน์ทางเศรษฐกิจเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี เหตุนี้เองฟีฟ่าจึงได้ใช้อำนาจของตนกำหนดข้อบัญญัติที่บังคับให้บรรดาสมาชิกของตนให้ปฏิบัติในการดำเนินธุรกิจการค้าในลักษณะที่ไม่ใช้โอกาสเอารัดเอาเปรียบซึ่งกันและกันอย่างไม่เป็นธรรม อีกทั้งฟีฟ่าได้สร้างกระบวนการมาตรวจสอบขั้นตอนการทำสัญญาหรือจ่ายเงินให้เป็นไปตามข้อตกลงในธุรกิจอุตสาหกรรมกีฬาฟุตบอลบางอย่างเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดข้อตกลงหรือข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในธุรกิจอุตสาหกรรมกีฬาฟุตบอล

อีกประการหนึ่ง ฟีฟ่าในฐานะองค์กรบริหารปกครองกีฬาฟุตบอลสากลได้พยายามปรับเปลี่ยนกระบวนการตรวจสอบขั้นตอนการทำสัญญาหรือจ่ายเงินให้เป็นไปตามข้อตกลงในธุรกิจอุตสาหกรรมกีฬาฟุตบอล ที่อาศัยการพัฒนาเทคโนโลยีทางอิเล็กทรอนิกส์

ซึ่งมีความสะดวก รวดเร็วและสามารถตรวจสอบขั้นตอนต่าง ๆ ในกระบวนการได้ ฟิฟ่าจึงใช้เทคโนโลยีทางอิเล็กทรอนิกส์มาเป็นส่วนหนึ่งในกระบวนการตรวจสอบขั้นตอนการทำสัญญาหรือจ่ายเงินให้เป็นไปตามข้อตกลงในธุรกิจอุตสาหกรรมกีฬาฟุตบอล ติดตามตรวจสอบว่าคู่สัญญาหรือคู่ตกลงได้การจ่ายค่าตอบแทนหรือให้ประโยชน์ทางเศรษฐกิจอื่นใดอันเป็นการปฏิบัติตามสัญญาหรือข้อตกลงหรือไม่ รวมทั้งใช้เทคโนโลยีทางอิเล็กทรอนิกส์มาช่วยให้ทุกฝ่ายได้รับค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่เหมาะสมและสมเหตุสมผล อันจะเป็นการส่งเสริมการใช้เทคโนโลยีทางอิเล็กทรอนิกส์มาช่วยสร้างการปฏิบัติทางธุรกิจที่เป็นธรรมในอุตสาหกรรมกีฬาฟุตบอล

สำหรับข้อตกลงต่างตอบแทนอย่างหนึ่งที่ฟิฟ่าได้สร้างกระบวนการมาตรวจสอบขั้นตอนการทำข้อตกลงหรือจ่ายเงินให้เป็นไปตามข้อตกลงเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการเอาเปรียบที่ไม่เป็นธรรมหรือการไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงที่ระบุเอาไว้ นั่นก็คือข้อตกลงการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสร (Player Transfer Agreements) เพราะข้อตกลงเช่นนี้นั้นคือการที่เกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลหลายฝ่ายอันประกอบด้วยนักกีฬาฟุตบอล (Football Players) ที่ประสงค์จะโอนย้ายตนเองจากสโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดเดิม (Former Club) ไปสังกัดสโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดใหม่ (New Club) โดยที่บุคคลหลายฝ่ายต่างก็ได้รับค่าตอบแทนต่อกันและกันในการทำข้อตกลงเช่นว่านี้ ข้อตกลงการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสรเกิดขึ้นจากประเพณีปฏิบัติทางธุรกิจการค้าที่ได้มีการปฏิบัติจนได้รับการยอมรับกันในวงการกีฬาฟุตบอลสากล มักยึดถือปฏิบัติกันระหว่างสโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดเดิมกับสโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดใหม่ของนักกีฬาฟุตบอล นั่นก็คือสโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดใหม่ต้องยินยอมสมัครใจจ่ายค่าธรรมเนียมการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอล (ค่าธรรมเนียม Transfer Fee) ซึ่งถือเป็นค่าตอบแทนอย่างหนึ่งที่สโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดเดิมของนักกีฬาฟุตบอลพึงได้รับจากสโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดใหม่อีกฝ่ายหนึ่ง มักได้รับค่าธรรมเนียมที่เป็นจำนวนเงินที่แน่นอนชัดเจน ประเพณีปฏิบัติทางการค้านับเช่นว่าเป็นที่มาของกฎระเบียบของฟิฟ่าฉบับหนึ่ง ได้แก่ ระเบียบว่าด้วยสถานะและการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสร (Regulations on the Status and Transfer of Players หรือระเบียบ RSTP) ที่ได้กำหนดให้คู่ตกลงต้องทำข้อตกลงโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลที่สมประโยชน์แก่ทุกฝ่ายและได้รับประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่เหมาะสมสำหรับทุกฝ่าย¹ ข้อตกลงการโอนย้ายนักกีฬา

¹ Fédération Internationale de Football Association, *Regulations on the Status and Transfer of*

ฟุตบอลข้ามสโมสรซึ่งทำให้คู่ตกลงฝ่ายหนึ่งได้เปรียบคู่ตกลงอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควรไม่ว่าฝ่ายที่เสียเปรียบนั้นได้รู้หรือไม่รู้ถึงการเสียเปรียบนั้นก็ตาม พร้อมวางมาตรการปิดกั้นโอกาสที่ทำให้คู่ตกลงผู้ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจเหนือกว่าถือโอกาสเอารัดเอาเปรียบคู่ตกลงอีกฝ่ายหนึ่ง กล่าวอีกนัยหนึ่งระเบียบว่าด้วยสถานะและการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสรเป็นกฎเกณฑ์ของฟีฟ่าที่กำหนดความประพฤติของสโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดเดิมของนักกีฬาฟุตบอลฝ่ายหนึ่งและสโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดใหม่ที่นักกีฬาฟุตบอลได้โอนย้ายเข้ามาสังกัดอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อให้คู่ตกลงทั้งสองฝ่ายประพฤติปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ แล้วระเบียบฉบับนี้ก็กำหนดสภาพบังคับในกรณีที่คู่ตกลงฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตาม สภาพบังคับ (Sanction) ในระเบียบเช่นว่านี้ก็คือนโยบายทางวินัย (Disciplinary Sanction) อย่างหนึ่งอย่างใด

อนึ่ง ข้อตกลงการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสรเป็นสัญญาที่สร้างขึ้นเพื่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างสโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดเดิมของนักกีฬาฟุตบอลฝ่ายหนึ่งและสโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดใหม่ที่นักกีฬาฟุตบอลได้โอนย้ายเข้ามาสังกัดอีกฝ่ายหนึ่ง ถือเป็นการแสดงเจตนาของฝ่ายสโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดใหม่ว่าต้องการจะรับโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลจากสโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดเดิมเข้ามาขึ้นทะเบียน (Registered) อยู่ภายใต้สังกัดของตน ซึ่งระเบียบว่าด้วยสถานะและการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสรของฟีฟ่ากำหนดให้สโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดเดิมต้องได้รับประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่อาจคำนวณเป็นราคาเงินได้นอกเหนือไปจากค่าธรรมเนียม Transfer Fee ได้แก่ ค่าตอบแทนการอบรมเพาะทักษะการเล่นกีฬาฟุตบอล (ค่าตอบแทน Training Compensation) และเงินช่วยเหลือเพื่อความสมานฉันท์ในวงการกีฬาฟุตบอล (เงิน Solidarity Payments) หากเป็น 2 กรณีดังต่อไปนี้ (ก) กรณีที่มีการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสรระหว่างประเทศ (International Transfer) จากสโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดเดิมของนักกีฬาฟุตบอลที่มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศหนึ่งไปยังสโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดใหม่ที่มีภูมิลำเนาอยู่อยู่อีกประเทศหนึ่ง แล้วสโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดใหม่ได้ขึ้นทะเบียนเป็นนักกีฬาฟุตบอลอาชีพเป็นครั้งแรกนอกเหนือไปจากสโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดเดิมที่ตั้งอยู่ในประเทศเดิมที่เคยอบรมเพาะทักษะการเล่นกีฬาฟุตบอลให้ (the first time in another country) และ (ข) กรณีที่มีการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสรระหว่างประเทศจากสโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดใหม่ได้ขึ้นทะเบียนเป็นนักกีฬาฟุตบอลอาชีพเป็นครั้งแรกนอกเหนือไปจากสโมสรกีฬาฟุตบอลต้น

สังกัดเดิมไปยังสโมสรกีฬาฟุตบอลอื่น ๆ อีกทอดหนึ่ง (Subsequent International Transfer) สโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดใหม่ต้องจ่ายเงินค่าตอบแทน Training Compensation ให้แก่สโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดเดิมที่ตั้งอยู่ในประเทศเดิมที่เคยอบรมบ่มเพาะทักษะการเล่นกีฬาฟุตบอลให้²

หากเกิดกรณีที่สัญญาจ้างระหว่างนักกีฬาฟุตบอลและสโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดเดิมยังไม่สิ้นสุดลง (Still in a contract) แต่นักกีฬาฟุตบอลได้โอนย้ายไปสังกัดสโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดใหม่ที่มีภูมิลำเนาอยู่ประเทศอื่น (Transfer between different jurisdictions) ระบุว่าด้วยสถานะและการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสรกำหนดให้สโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดใหม่ที่รับโอนนักกีฬาฟุตบอลเข้ามาอยู่ในสังกัดและขึ้นทะเบียนนักกีฬาฟุตบอลเป็นนักกีฬาฟุตบอลอยู่ภายใต้สังกัดต้องจ่ายเงิน Solidarity Payments ช่วยเหลือสโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดเดิมเพื่อความสมานฉันท์ในวงการกีฬาฟุตบอล เสมือนว่าเงิน Solidarity Payments เป็นเงินช่วยเหลือ (Solidarity Contribution) จากสโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดใหม่ที่ฝ่ายสโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดเดิมสามารถเรียกร้องจากสโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดใหม่ได้ เพื่อยอมรับความเสียหายที่จะต้องขาดแรงงานในธุรกิจของตนไปและหมดโอกาสแสวงหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากตัวนักกีฬาฟุตบอลที่ได้โอนย้ายออกไปจากสโมสร ซึ่งเงิน Solidarity Payments คิดคำนวณได้ไม่ร้อยละ 5 ของค่าธรรมเนียมการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอล (Five percent of transfer fee)

² การจ่ายเงิน Solidarity Payments และการจ่ายค่าตอบแทน Training Compensation มีเงื่อนไขของการจ่ายที่แตกต่างกันออกไป ตัวอย่างเช่น การจ่ายค่าตอบแทน Training Compensation เป็นการจ่ายในกรณีที่นักกีฬาฟุตบอลได้ขึ้นทะเบียนเป็นนักกีฬาฟุตบอลอาชีพภายใต้สังกัดสโมสรกีฬาฟุตบอลอาชีพเป็นครั้งแรก (Registered for the first time as a professional) แล้วการจ่ายเช่นนี้เป็นการจ่ายค่าตอบแทนดังกล่าวให้แก่สโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดเดิมที่เคยให้การศึกษาฝึกฝนทักษะการเล่นกีฬาฟุตบอลแก่นักกีฬาฟุตบอลเพื่อนำไปใช้ในการประกอบอาชีพนักกีฬาฟุตบอล แล้วสโมสรกีฬาฟุตบอลอาชีพที่รับนักกีฬาฟุตบอลเข้ามาสังกัดยังสโมสรของตนก็ได้ประโยชน์จากทักษะการเล่นกีฬาฟุตบอลของนักกีฬาฟุตบอล แต่การจ่ายเงิน Solidarity Payments เป็นการจ่ายในกรณีที่นักกีฬาฟุตบอลประสงค์ต้องการโอนย้ายจากสโมสรต้นสังกัดเดิมไปยังสโมสรต้นสังกัดใหม่ ในขณะที่สัญญาจ้างยังไม่สิ้นสุดลง (Still in a contract) แล้วเป็นการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสรระหว่างสโมสรกีฬาฟุตบอล (ต้นสังกัดเดิม) ที่สังกัดอีกสมาคมกีฬาฟุตบอลประเทศหนึ่งไปยังสโมสรกีฬาฟุตบอล (ต้นสังกัดใหม่) ที่สังกัดสมาคมกีฬาฟุตบอลอีกประเทศหนึ่ง (หรือการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสรระหว่างประเทศ (International Transfer) เป็นต้น โปรดดูเพิ่มเติมใน Smith, A. "A Guide To Training Compensation And Solidarity Payments In Football," accessed March 20, 2023 <https://www.lawinsport.com/topics/item/a-guide-to-training-compensation-and-solidarity-payments-in-football>.

นอกจากนี้ฟีฟ่ายังได้กำหนดระเบียบว่าด้วยเคลียร์ริงเฮาส์ของฟีฟ่า (ระเบียบ FIFA Clearing House หรือระเบียบ FCH) ขึ้นมา เป็นความพยายามของฟีฟ่าในฐานะที่เป็นองค์กรบริหารปกครองกีฬาฟุตบอลสากล ที่จะสร้างระเบียบฉบับนี้ขึ้นมาเพื่อใช้บังคับควบคุมความประพฤติของคู่ตกลงในข้อตกลงการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสร ให้คู่ตกลงทุกฝ่ายผูกพันยินยอมปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ในระเบียบฉบับนี้อย่างเคร่งครัด³ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกำหนดหน้าที่ให้คู่ตกลงฝ่ายสโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดใหม่ที่ยอมรับโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลเข้ามาขึ้นทะเบียนเป็นนักกีฬาฟุตบอลอยู่ภายใต้สังกัดต้องจ่ายเงินเพื่อตอบแทนน้ำใจ (หรือเงิน Training Rewards) ได้แก่ ค่าตอบแทน Training Compensation และเงิน Solidarity Payments อีกทั้งระเบียบ FCH ยังได้สร้างกระบวนการชำระเงินอัตโนมัติระหว่างสโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดใหม่ที่ยอมรับโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลเข้ามาขึ้นทะเบียนเป็นนักกีฬาฟุตบอลอยู่ภายใต้สังกัดผู้จ่าย/ผู้โอนเงินไปยังสโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดเดิมผู้รับเงินที่เกิดขึ้นผ่านช่องทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ฟีฟ่าได้กำหนดเอาไว้ รวมถึงพัฒนาระบบโปรแกรมคำนวณเงินเพื่อตอบแทนน้ำใจขึ้นเพื่อประกอบการจ่ายเงินเพื่อตอบแทนน้ำใจตามข้อตกลงการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสรแบบอัตโนมัติต่อสโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดเดิม โปรแกรมคำนวณเงินเพื่อตอบแทนน้ำใจนี้ ฟีฟ่ายังจัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ เพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่สโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดใหม่ในการจ่ายเงินเพื่อตอบแทนน้ำใจตามระเบียบ FCH พร้อมกับเป็นหลักประกันว่าสโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดเดิมมีโอกาสดำเนินการรับค่าตอบแทน Training Compensation และเงิน Solidarity Payments อย่างแท้จริง

นอกจากนี้ ฟีฟ่ายังจัดตั้งสำนักงาน FIFA Clearing House ขึ้นมา เพื่อให้เป็นหน่วยงานหนึ่งของฟีฟ่า (An integral part of FIFA) ทำหน้าที่ตรวจสอบธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์หรือธุรกรรมที่กระทำขึ้นโดยใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนอันเนื่องมาจากการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสร ด้วยมุ่งหมายว่าคู่สัญญาทุกฝ่าย คู่ตกลงทุกฝ่ายและผู้มีส่วนได้ส่วนเสียกับการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสรทุกฝ่ายได้ปฏิบัติตามการชำระหนี้ตามสัญญาหรือปฏิบัติตามข้อตกลงการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสรที่อิงกับระเบียบ RSTP อย่างเคร่งครัด⁴

³ Kos, Drago., *FIFA Transfer System Reform: Analysis and Recommendations*, Strasbourg Cedex: Council of Europe, 2021.

⁴ Fédération Internationale de Football Association. “FIFA Clearing House,” accessed February 4,

การก่อตั้งหน่วยงานของฟีฟ่าในทำนองนี้อยู่บนฐานแนวคิดที่ว่าฟีฟ่าต้องการการรวมอำนาจ (Centralisation) การควบคุมการทำข้อตกลงและธุรกรรมเกี่ยวกับการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสรเพื่อสอดคล้องว่าสมาชิกรายใดฝ่าฝืนไม่ยอมปฏิบัติตามสัญญาเอาไว้ที่ฟีฟ่า ในขณะเดียวกัน ฟีฟ่าก็ทำหน้าที่จัดระเบียบด้วยการวางกระบวนการ (Processing) การโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสรไปในคราวเดียวกัน พร้อมทั้งวางระบบการชำระเงินอัตโนมัติ (Automation of Payments) อันเป็นเครื่องมือบ่งชี้ว่าบรรดาผู้เล่นหรือคู่ตกลงในธุรกรรมดังกล่าวจะได้รับการชำระหนี้ต่างตอบแทนกันตามระเบียบ RSTP⁵ สำนักงาน FIFA Clearing House ที่จัดตั้งขึ้นมายังทำหน้าที่ส่งเสริมสนับสนุนให้ระบบ FIFA Transfer Matching System หรือระบบ TMS อันเป็นระบบการกำกับดูแลขั้นตอนการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสรทางอิเล็กทรอนิกส์ของฟีฟ่าให้ดำเนินไปได้อย่างไม่สะดุดและโปร่งใสตรวจสอบได้⁶ กล่าวอีกนัยเมื่อฟีฟ่าได้ใช้อำนาจเข้าไปแทรกแซงเพื่อให้สิ่งที่คู่สัญญาหรือคู่ตกลงได้ทำข้อตกลงกันเอาไว้เป็นไปตามกระบวนการและระบบที่ฟีฟ่าได้วางเอาไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งฟีฟ่าได้ใช้อำนาจบริหารปกครองกีฬาฟุตบอลสากลที่ตนมีเข้าแทรกแซงการประกอบธุรกิจ (Business Practice) ของบรรดาสมาชิก ที่บรรดาสมาชิกของฟีฟ่ามีการทำข้อตกลงการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสรระหว่างกัน

บทความฉบับนี้มุ่งอธิบายหลักการและสาระสำคัญของระเบียบ FCH พร้อมกับวิเคราะห์ระเบียบ FCH ในฐานะที่เป็นกฎระเบียบที่สร้างการปฏิบัติทางธุรกิจที่เป็นธรรมในอุตสาหกรรมกีฬาฟุตบอล ทั้งยังได้วางกลไกในการคุ้มครองสิทธิที่จะได้รับเงิน Training Rewards อันประกอบด้วยค่าตอบแทน Training Compensation และเงิน Solidarity Payments แล้วกลไกเช่นนี้นำไปสู่ความโปร่งใสในกระบวนการทำธุรกรรมในธุรกิจอุตสาหกรรมกีฬาฟุตบอล เนื่องจากจะช่วยลดปัญหาการใช้เงินของสโมสรกีฬาฟุตบอลอย่างไม่โปร่งใส

2023 <https://www.fifa.com/legal/football-regulatory/clearing-house>

⁵ Fédération Internationale de Football Association, “FIFA Clearing House begins operations,” Accessed March 20, 2023 <https://www.fifa.com/legal/news/fifa-clearing-house-begins-operations>.

⁶ Fédération Internationale de Football Association, “Transfer Matching System,” accessed March 20, 2023 <https://www.fifa.com/legal/news/fifa-clearing-house-begins-operations>.

2. ระเบียบ FIFA Clearing House (ระเบียบ FCH)

ระเบียบ FIFA Clearing House (ระเบียบ FCH) หมายถึง ระเบียบที่ฟีฟ่ากำหนดขึ้นมาเพื่อใช้รวมอำนาจการกำกับดูแล (Centralise) การทำข้อตกลงการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสรระหว่างบรรดาสโมสรกีฬาฟุตบอลที่อยู่ภายใต้การบริหารปกครองของตนและการดำเนินการต่าง ๆ ให้เป็นไปตามข้อตกลงดังกล่าวเอาไว้ที่ฟีฟ่า ทำให้ฟีฟ่าสามารถใช้อำนาจบริหารปกครองของตนกำกับและควบคุมให้บรรดาสโมสรกีฬาฟุตบอลทำข้อตกลงการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสรและดำเนินการให้เป็นไปตามข้อตกลงที่ทำกันไว้ เป็นหลักที่ถือเอาสิทธิขาดในการปกครองเป็นที่ตั้ง⁷

ในขณะเดียวกันระเบียบ FCH ยังวางกระบวนการ (Process) ให้คู่ตกลงดำเนินการให้เป็นไปตามข้อตกลงที่ทำกันไว้อย่างเคร่งครัด เพื่อให้สโมสรกีฬาฟุตบอลที่เข้ามาเป็นคู่ตกลงในข้อตกลงการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสรมีพฤติกรรมให้สอดคล้องกับกฎกติกาการแข่งขันกีฬาฟุตบอลของฟีฟ่าและสร้างแรงจูงใจให้กับสโมสรกีฬาฟุตบอลหันมาปรับเปลี่ยนพฤติกรรมปฏิบัติตามข้อตกลงการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสรที่ตกลงกันเอาไว้อย่างเคร่งครัด หากมีการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามจะต้องได้รับโทษทางวินัย (Disciplinary Sanctions) และได้รับโทษปรับ (Fine) ตามที่ฟีฟ่ากำหนดไว้ พร้อมกับอาจต้องจ่ายเงินชดเชย (Restitution) ในลักษณะที่เป็นค่าชดเชยสำหรับการขาดประโยชน์จากการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสรอย่างเคร่งครัด⁸

ระเบียบ FCH ได้กำหนดโครงสร้างพื้นฐานการชำระเงินและทำธุรกรรมตามข้อตกลงการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสรทางอิเล็กทรอนิกส์ที่สำคัญ คือระบบการโอนเงินหรือชำระเงินเพื่อตอบแทนน้ำใจหรือเงิน Training Rewards) ที่ประกอบไปด้วยค่าตอบแทน Training Compensation และเงิน Solidarity Payments รองรับธุรกรรมระหว่างประเทศของสโมสรกีฬาฟุตบอลที่อยู่คนละประเทศกัน (Different Jurisdictions) ช่วยอำนวยความสะดวก ทำให้การได้รับ

⁷ Fédération Internationale de Football Association, “FIFA Clearing House,” accessed February 4, 2023 <https://www.iffa.com/legal/football-regulatory/clearing-house>

⁸ Ibid.

เงินรวดเร็ว ลดรายจ่ายในการทำธุรกรรมผ่านสถาบันทางการเงินระหว่างประเทศ และประกันว่าสโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดเดิมจะได้รับการชำระหนี้ตามข้อตกลง⁹

นอกจากนี้กระบวนการภายใต้ระเบียบ FCH เช่นว่านี้ ช่วยส่งเสริมสนับสนุนให้เกิดความโปร่งใสด้านการเงิน (Financial Transparency) เพราะการปฏิบัติ (Conduct) ในการทำธุรกรรมระหว่างสโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดเดิมกับสโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดใหม่ภายใต้ระเบียบ FCH มุ่งเน้นการเปิดเผยข้อมูลที่จำเป็นเพื่อให้สาธารณชนและฟีฟ่าได้ทราบข้อมูลเกี่ยวกับการทำธุรกรรมภายใต้ข้อตกลงการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสร เพื่อสาธารณชนและฟีฟ่าเองจะสามารถเฝ้าระวังกับมาตรการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินในธุรกิจอุตสาหกรรมกีฬาฟุตบอล ซึ่งมีผลต่อความน่าเชื่อถือของวงการกีฬาฟุตบอลสากล อีกทั้งระเบียบ FCH ยังส่งเสริมสนับสนุนให้สโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดใหม่ที่รับนักกีฬาฟุตบอลเข้ามาอยู่ภายใต้สังกัดมีความพร้อมรับผิดชอบในทางการเงิน (Financial Accountability) ต่อสโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดเดิม โดยเฉพาะอย่างยิ่งมีความรับผิดชอบต่อข้อตกลงที่ได้ทำเอาไว้และการทำธุรกรรมภายใต้ข้อตกลงของตนเองสามารถชี้แจงและอธิบายได้ในทุกขั้นตอน พร้อมหลีกเลี่ยงการกระทำที่เป็นการฉ้อโกง (Fraudulent Conduct) ที่สโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดใหม่ที่รับนักกีฬาฟุตบอลเข้ามาอยู่ภายใต้สังกัดมีเจตนาแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบเอาจากสโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดเดิมโดยหลอกลวงด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อความจริงที่สโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดเดิมพึงต้องทราบ ซึ่งสโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดเดิมต้องเสียเงินหรือประโยชน์ทางเศรษฐกิจอย่างไม่เป็นธรรมให้แก่สโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดใหม่ที่รับนักกีฬาฟุตบอลเข้ามาอยู่ภายใต้สังกัด ขณะเดียวกันระบบเช่นว่านี้ทำให้ผู้มีส่วนได้ส่วนเสียหรือผู้เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับข้อตกลง การโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสรรายอื่น ๆ ได้รับประโยชน์จากกระบวนการภายใต้ระเบียบ FCH ไปด้วย ตัวอย่างเช่น นายหน้านักกีฬาฟุตบอล (Sport Agent) สามารถได้รับบำเหน็จนายหน้า (Service Fees) เพื่อตอบแทนที่นายหน้านักกีฬาฟุตบอลทำหน้าที่เป็นคนกลางที่ชี้ช่องให้สโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดใหม่เข้าทำข้อตกลงการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสรกับสโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดเดิม ผ่านกระบวนการภายใต้ระเบียบ FCH เป็นต้น¹⁰

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

3. กระบวนการภายใต้ระเบียบ FCH

กระบวนการภายใต้ระเบียบ FCH ได้แก่ กระบวนการตามระเบียบ FCH เพื่อให้เจ้าหน้าที่และลูกหนี้ตามข้อตกลงการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสรปฏิบัติตามการชำระหนี้ และได้รับการชำระหนี้ มุ่งเน้นให้คู่ตกลงต้องปฏิบัติตามข้อตกลงที่ได้ก่อกำขึ้น หากไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงก็จะเป็นการผิดเงื่อนไขในข้อตกลงการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสรและเป็นการกระทำอันผิดระเบียบ FCH ไปในคราวเดียวกัน ซึ่งระเบียบ FCH เป็นทั้งระเบียบเพื่อใช้กำกับดูแลให้สมาชิกปฏิบัติตามการชำระหนี้ตามข้อตกลงที่ทำกันเอาไว้กับเป็นระเบียบเพื่อใช้บริหารปกครองสมาชิกให้มีพฤติกรรมที่สอดคล้องไปในแนวทางเดียวกันกับระบบการแข่งขันกีฬาฟุตบอลของฟีฟ่า โดยฟีฟ่าได้จัดตั้งสำนักบริหารจัดการระบบหักบัญชีระหว่างธนาคารหรือสำนักงาน FIFA Clearing House (จัดตั้งในรูปแบบขององค์กรทางการเงินอิสระ (Independent Entity)¹¹ มีสถานที่ตั้งของสำนักงานอยู่ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส¹²) ขึ้นมาเพื่อดำเนินงานให้เป็นไปตามกระบวนการภายใต้ระเบียบ FCH

กระบวนการภายใต้ระเบียบ FCH ประกอบด้วยขั้นตอน ดังนี้¹³

(1) ขั้นตอนที่ 1: การทำข้อตกลงการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสรผ่านระบบการจับคู่ในการทำธุรกรรมโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสรของฟีฟ่า (ระบบ FIFA Transfer Matching System หรือ ระบบ TMS)¹⁴

ระบบ FIFA Transfer Matching System หรือระบบ TMS ได้แก่ ระบบกำกับดูแลและติดตามตรวจสอบการทำข้อตกลงการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสรในรูปแบบระบบออนไลน์ (Online System) โดยอำนวยความสะดวกให้การโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสร ระบบเช่นนี้ถูกพัฒนาในรูปแบบโปรแกรมสำเร็จรูปทั้งในรูปแบบของเว็บไซต์สำหรับประกอบการทำ

¹¹ Fédération Internationale de Football Association, “FIFA Clearing House begins operations,” accessed February 4, 2023 <https://www.fifa.com/legal/news/fifa-clearing-house-begins-operations>.

¹² FIFA Clearing House, “Presentation of the FIFA Clearing House (FCH),” accessed February 5, 2023 <https://ffaclearinghouse.org/en/index.html>.

¹³ Fédération Internationale de Football Association. Request for Proposal (RFP), Establishment and Operation of the FIFA Clearing House, Zurich: Fédération Internationale de Football Association, 2019.

¹⁴ Ibid, 6-7.

ข้อตกลงการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสรโดยเฉพาะ ในการเป็นช่องทางการตกลงของสโมสรกีฬาฟุตบอลที่ประสงค์จะให้ นักกีฬาฟุตบอลโอนย้ายออกจากสโมสรและสโมสรกีฬาฟุตบอลที่ประสงค์จะรับโอนนักกีฬาฟุตบอลเข้ามาในสโมสร เพื่อตอบสนองความต้องการการทำข้อตกลง เช่นว่านี้ให้ง่ายขึ้น และกีฬาสามารถติดตามตรวจสอบการทำธุรกรรมตามข้อตกลงได้สะดวก รวดเร็วยิ่งขึ้น ในท้องตลาดอุตสาหกรรมกีฬาฟุตบอล (Football Industrial Market) มักจำแนก ระบบกำกับดูแลและติดตามตรวจสอบการทำข้อตกลงการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสร เป็น 2 ระบบ ได้แก่ ระบบการจับคู่ในการทำธุรกรรมโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสร ภายในประเทศ (Domestic Transfer Matching System หรือ DTMS) (สมาคมกีฬาฟุตบอล แห่งชาติของแต่ละประเทศเป็นผู้ควบคุมระบบ) และระบบการจับคู่ในการทำธุรกรรม โอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสรระหว่างประเทศ (International Transfer Matching System หรือ ITMS) (ฟีฟ่าเป็นผู้ควบคุมระบบ) ทั้งนี้กรณีที่มีการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลในระหว่างที่สัญญาจ้างนักกีฬาฟุตบอลยังไม่สิ้นสุด การโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสรระหว่างประเทศ สโมสร กีฬาฟุตบอลต้นสังกัดใหม่ของนักกีฬาฟุตบอลต้องจ่ายเงิน Solidarity Payment ให้กับสโมสรกีฬา ฟุตบอลต้นสังกัดเดิมของนักกีฬาฟุตบอล แต่เฉพาะการจ่ายเงิน Training Compensation เป็นการจ่ายในกรณีที่นักกีฬาฟุตบอลได้ขึ้นทะเบียนเป็นนักกีฬาฟุตบอลอาชีพครั้งแรก (First Professional Registration) ภายใต้สังกัดสโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดใหม่ และในกรณีที่ เป็นการโอนย้ายข้ามสโมสรจากสโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดเดิมอีกประเทศหนึ่งที่เคยอบรม บ่มเพาะหรือให้การฝึกอบรมทักษะการเล่นมายังสโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดใหม่อีกประเทศหนึ่งที่ คาดว่าจะได้รับประโยชน์ทางธุรกิจจากการอบรมบ่มเพาะหรือให้การฝึกอบรมทักษะการเล่น จากสโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดเดิม

(2) ขั้นตอนที่ 2: การประมวลข้อมูลสำหรับหนังสือเดินทางนักกีฬาฟุตบอลอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Player Passport หรือพาสปอร์ต EPP)¹⁵

การประมวลข้อมูลพื้นฐานสำหรับออกหนังสือเดินทางนักกีฬาฟุตบอลอิเล็กทรอนิกส์ เบื้องต้น (Preliminary Player Passport) หรือหนังสือเดินทางที่มีการระบุประวัติและตัวตนของ นักกีฬาฟุตบอล (Player Specifications) ที่ระบุข้อมูลส่วนตัวของนักกีฬาฟุตบอลกับประวัติ

¹⁵ Ibid, 6-7.

การสังกัดสโมสรที่นักกีฬาฟุตบอลเคยเป็นต้นสังกัดของนักกีฬาฟุตบอลในอดีตหรือเป็นต้นสังกัดของนักกีฬาฟุตบอลในปัจจุบัน โดยแสดงประวัติการสังกัดสโมสรที่นักกีฬาฟุตบอลเคยขึ้นทะเบียนสังกัดตั้งแต่อายุ 12 ปีเป็นต้นไป (Player's registration history from the age of 12) ตลอดจนแสดงประเภทของการขึ้นทะเบียนสังกัดเอาไว้ว่าเป็นการขึ้นทะเบียนนักกีฬาฟุตบอลในฐานะนักกีฬาฟุตบอลของต้นสังกัดหลัก (Permanent) หรือการขึ้นทะเบียนนักกีฬาฟุตบอลในฐานะนักกีฬาฟุตบอลที่ถูกยืมตัวมาชั่วคราว (Loan) รวมทั้งข้อมูลสโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดเดิมที่เคยอบรมบ่มเพาะหรือให้การฝึกอบรมทักษะการเล่นให้แก่นักกีฬาฟุตบอลและมีสิทธิได้รับเงิน Training Compensation

(3) ขั้นตอนที่ 3: การชี้แจงข้อมูลการจัดสรรประโยชน์แก่คู่ตกลงทุกฝ่าย (Allocation Statement)¹⁶

เมื่อฟีฟ่าออกหนังสือเดินทางนักกีฬาฟุตบอลอิเล็กทรอนิกส์เบื้องต้นเรียบร้อยแล้ว คู่ตกลงในข้อตกลงการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสรต้องปฏิบัติตามขั้นตอนการจ่ายเงิน (Payment Instructions) ภายใต้อำนาจระเบียบ FCH ในลำดับต่อไป ซึ่งคู่ตกลงในข้อตกลงดังกล่าว ต้องชี้แจงข้อมูลช่องทางการรับและจ่ายเงินของตนเอง พร้อมข้อมูลเกี่ยวกับการทำธุรกรรมทางการเงินระหว่างสโมสรกีฬาฟุตบอลที่เป็นคู่สัญญาเพื่อให้เป็นไปตาม เช่น ข้อมูลสถาบันทางการเงินที่คู่ตกลงไปใช้บริการเพื่อทำธุรกรรม เป็นต้น

(4) ขั้นตอนที่ 4: การออกใบแจ้งหนี้ (Invoicing)¹⁷

สำนักงาน FIFA Clearing House ออกใบแจ้งหนี้หรือเอกสารที่ส่งไปยังคู่ตกลงทุกฝ่าย โดยระบุให้คู่ตกลงในแต่ละฝ่ายจะต้องปฏิบัติตามภาระหน้าที่ต่างตอบแทนซึ่งกันและกัน รวมทั้งระบุให้สโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดใหม่ที่รับโอนนักกีฬาฟุตบอลเข้ามาอยู่ภายใต้สังกัดต้องจ่ายเงิน Solidarity Payment และ/หรือเงิน Training Compensation ให้กับสโมสรจากสโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดเดิมที่เคยอบรมบ่มเพาะหรือให้การฝึกอบรมทักษะการเล่นแก่นักกีฬาฟุตบอล ข้อมูลในใบแจ้งหนี้ต้องสอดคล้องหรือเป็นไปตามกับการแถลงข้อมูลการจัดสรรประโยชน์แก่คู่ตกลงทุกฝ่าย เหตุที่ต้องมีการกำหนดให้ออกใบแจ้งหนี้ที่กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการทำธุรกรรมใน

¹⁶ Ibid, 6-7.

¹⁷ Ibid, 6-7.

ข้อตกลงการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสร ก็เพื่อให้ความเชื่อมั่นแก่สโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดเดิมที่เคยอบรมบ่มเพาะหรือให้การฝึกอบรมทักษะการเล่นแก่นักกีฬาฟุตบอลว่าจะได้รับเงิน Solidarity Payment และ/หรือเงิน Training Compensation พร้อมกับส่งเสริมความโปร่งใสและป้องกันการฟอกเงิน (การเปลี่ยนเงินที่ได้มาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่สุจริต (ตามกฎหมายต่อต้านการฟอกเงินของแต่ละประเทศ (Anti-Money Laundering laws)) มาผ่านกระบวนการในลักษณะที่ซ่อนเร้นปกปิดแหล่งที่มาที่แท้จริงของเงินหรือเส้นทางทางการเงินซึ่งได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย แล้วการซ่อนเร้นปกปิดเช่นนี้ทำให้บุคคลทั่วไปหรือหน่วยงานของรัฐเข้าใจว่าเงินดังกล่าวเป็นเงินที่ได้มาโดยชอบด้วยกฎหมาย)

(5) ขั้นตอนที่ 5: การหักบัญชีธนาคาร (Debiting)¹⁸

สโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดใหม่ที่รับโอนนักกีฬาฟุตบอลเข้ามาอยู่ภายใต้สังกัดต้องยอมให้ฟีฟ่าหักเงินจากบัญชีธนาคารของตน (Debit) เพื่อจ่ายเงิน Solidarity Payment และ/หรือเงิน Training Compensation ให้กับสำนักงาน FIFA Clearing House แล้วการหักบัญชีธนาคารก็ต้องเป็นธนาคารที่เป็นสถาบันทางการเงินตามที่ระบุเอาไว้ในการชี้แจงข้อมูลการจัดสรรประโยชน์แก่คู่ตกลงทุกฝ่าย

(6) ขั้นตอนที่ 6: การเครดิตเงิน Solidarity Payment และ/หรือเงิน Training Compensation (Crediting)¹⁹

สำนักงาน FIFA Clearing House จะส่งเงิน Solidarity Payment และ/หรือเงิน Training Compensation ไปให้สโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดเดิมที่เคยอบรมบ่มเพาะหรือให้การฝึกอบรมทักษะการเล่นแก่นักกีฬาฟุตบอลโดยอัตโนมัติ (Automatic Distribution) แล้วการจ่ายเงินนี้ต้องเป็นการจ่ายเงินตามการชี้แจงข้อมูลการจัดสรรประโยชน์แก่คู่ตกลงทุกฝ่าย

(7) ขั้นตอนที่ 7: การควบคุมและบังคับใช้ (Control and Enforcement)²⁰

ภายหลังจากที่สำนักงาน FIFA Clearing House ได้จ่ายค่าธรรมเนียม Transfer Fee เงิน Solidarity Payment และ/หรือเงิน Training Compensation ให้กับสโมสรกีฬาฟุตบอลต้น

¹⁸ Ibid, 6-7.

¹⁹ Ibid, 6-7.

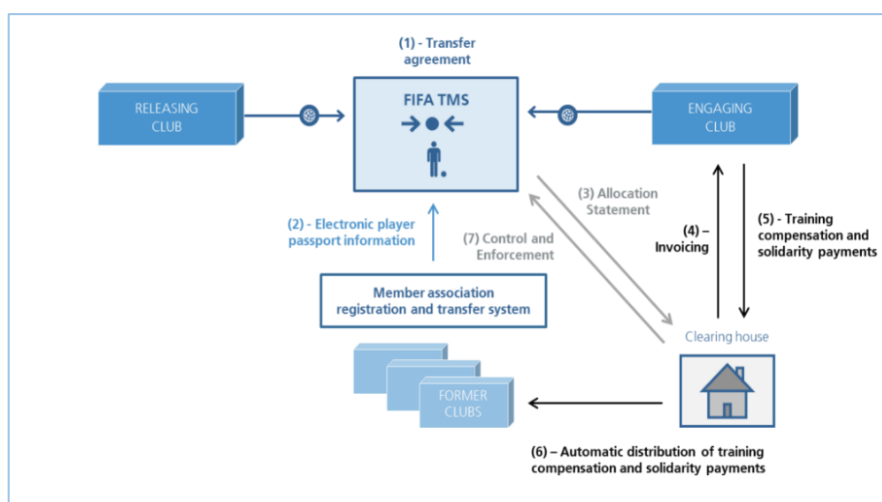
²⁰ Ibid, 6-7.

สังกัดเดิมที่เคยอบรมบ่มเพาะหรือให้การฝึกอบรมทักษะการเล่นแก่นักกีฬาฟุตบอลไปแล้ว สำนักงาน FIFA Clearing House ก็จะแจ้งข้อมูลการจ่ายเงินจากสำนักงาน FIFA Clearing House พร้อมติดตามว่าคู่ตกลงได้ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามข้อตกลงการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสรหรือไม่

จากที่กล่าวมาในช่วงต้น ฟิฟ่าในฐานะองค์กรบริหารปกครองกีฬาฟุตบอลสากลได้ใช้อำนาจอกระเบียบ FCH ที่บังคับให้คู่ตกลงทุกฝ่ายในข้อตกลงการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสรต้องมีการปฏิบัติตามข้อตกลงอย่างเคร่งครัด สโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดใหม่ของนักกีฬาฟุตบอลต้องจ่ายค่าธรรมเนียม Transfer Fee แก่สโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดเดิมที่ยินยอมให้นักกีฬาฟุตบอลโอนย้ายออกไปจากสโมสรของตนทั้งที่สัญญาจ้างยังไม่สิ้นสุดลง รวมทั้งสโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดใหม่ที่รับโอนนักกีฬาฟุตบอลเข้ามาอยู่ภายใต้สังกัดต้องจ่ายเงิน Solidarity Payment และ/หรือเงิน Training Compensation ให้กับสโมสรจากสโมสรกีฬาฟุตบอลต้นสังกัดเดิมที่เคยอบรมบ่มเพาะหรือให้การฝึกอบรมทักษะการเล่นแก่นักกีฬาฟุตบอล กล่าวอีกนัยหนึ่งระเบียบ FCH ให้อำนาจฟิฟ่าสร้างกระบวนการภายใต้ระเบียบ FCH เพื่อกำกับดูแลหรือควบคุมให้คู่ตกลงทุกฝ่ายปฏิบัติตามข้อตกลงอย่างเคร่งครัด พร้อมกับฟิฟ่าทำหน้าที่สำคัญในการเป็นตัวกลางจัดสรรให้คู่ตกลงต่างฝ่ายต่างได้รับประโยชน์ตอบแทนซึ่งกันและกันในการทำข้อตกลงนั้นไปสู่คู่ตกลงฝ่ายต่าง ๆ ในข้อตกลง ฟิฟ่ามุ่งให้คู่อีกฝ่ายต่างได้รับเงินหรือประโยชน์ตอบแทนจากคู่ตกลงอีกฝ่าย การตอบแทนนั้นอาจเป็นการตอบแทนด้วยเงิน ประโยชน์ทางเศรษฐกิจหรือการกระทำบางอย่าง เช่น การจ่ายค่าธรรมเนียม Transfer Fee การจ่ายเงิน Solidarity Payment การจ่ายเงิน Training Compensation การยินยอมให้นักกีฬาฟุตบอลโอนย้ายไปสังกัดสโมสรใหม่ และการได้รับประโยชน์จากทักษะการเล่นของนักกีฬาฟุตบอลที่ได้รับจากการอบรมบ่มเพาะหรือให้การฝึกอบรมทักษะการเล่นแก่นักกีฬาฟุตบอลจากสโมสรต้นสังกัดเดิม เป็นต้น



ภาพที่ 1 สัญลักษณ์ของสำนักงาน FIFA Clearing House²¹



แผนภาพที่ 1 แผนภาพแสดงกระบวนการภายใต้ระเบียบ FCH ประกอบด้วย 7 ขั้นตอนหลัก²²

กล่าวโดยสรุป กระบวนการตามระเบียบ FCH มุ่งเสริมสร้างความเป็นธรรมและความสงบสุขในวงการกีฬาฟุตบอลสากล โดยกำหนดสำนักงาน FIFA Clearing House มีหน้าที่กระทำการติดตามตรวจสอบการปฏิบัติตามข้อตกลงการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสร เพื่อใช้ใน

²¹ FIFA Clearing House, "Presentation of the FIFA Clearing House (FCH)," accessed February 5, 2023 <https://fifaclearinghouse.org/en/index.html>.

²² Fédération Internationale de Football Association, Request for Proposal (RFP) Establishment and Operation of the FIFA Clearing House, Zurich: Fédération Internationale de Football Association, 2019.

การพิจารณาว่าคู่ตกลงในข้อตกลงดังกล่าวต่างฝ่ายต่างปฏิบัติตามชำระหนี้หรือขอปฏิบัติตามชำระหนี้ตอบแทนซึ่งกันและกันหรือไม่ และคู่ตกลงในข้อตกลงดังกล่าวได้รับค่าตอบแทนจากอีกฝ่ายตามที่ได้ตกลงเอาไว้ในข้อตกลงหรือไม่ พร้อมกับให้อำนาจแผนกคดีระดับข้อพิพาทในศาลกีฬาฟุตบอลฟีฟ่า (Dispute Resolution Chamber of the FIFA’s Football Tribunal) ที่จะทบทวนความชอบด้วยกฎระเบียบของการไม่ออกพาสปอร์ต EPP (การไม่ออกพาสปอร์ต EPP เป็นคำสั่งทางเพื่อการบริหารปกครองกีฬาฟุตบอลสากลอย่างหนึ่ง) อันถือเป็นการควบคุมภายหลังจากการออกคำสั่งเพื่อการบริหารปกครองกีฬาฟุตบอลสากลตามระเบียบ FCH²³

4. มุมมองต่อการปฏิบัติทางธุรกิจที่เป็นธรรมในอุตสาหกรรมกีฬาฟุตบอล

การที่ฟีฟ่าใช้อำนาจออกระเบียบ FCH และสร้างกระบวนการภายใต้ระเบียบ FCH เท่ากับว่าฟีฟ่ายืนยันความสำคัญของหลัก Pacta Sunt Servanda หรือหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (All Agreements Must Be Kept) นั้นหมายความว่าฟีฟ่าต้องการให้สมาชิกปฏิบัติตามข้อตกลงการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสรที่ได้ทำกันเอาไว้อย่างเคร่งครัด ในขณะเดียวกันฟีฟ่าก็ทำตัวเป็นตัวกลางในการทำธุรกรรมต่าง ๆ โดยฟีฟ่าได้ใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้ โดยมุ่งให้คู่ตกลงทุกฝ่ายต้องปฏิบัติตามข้อตกลงที่ได้ตกลงกันเอาไว้ ถ้าฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามข้อตกลง ก็จะขึ้นชื่อว่าเป็นฝ่ายที่ผิดข้อตกลง (Breach of Pact) ที่ได้ตกลงกันเอาไว้ ในขณะเดียวกันการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสรอย่างเคร่งครัด ก็ถือเป็นการกระทำอันไม่ปฏิบัติตามข้อปฏิบัติหรือฝ่าฝืนระเบียบ FCH ก็ต้องได้รับโทษทางวินัยตามที่ฟีฟ่าได้ระบุเอาไว้

นอกจากนี้ ระเบียบ FCH ช่วยสร้างความเป็นธรรมทำให้คู่ตกลงอีกฝ่ายไม่เอารัดเอาเปรียบคู่ตกลงอีกฝ่าย ระเบียบเช่นนี้นี้ศักดิ์กันไม่ให้คู่ตกลงฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดที่มีฐานะทางเศรษฐกิจเหนือกว่า สร้างข้อตกลงในลักษณะเอารัดเอาเปรียบคู่ตกลงอีกฝ่ายที่มีฐานะทางเศรษฐกิจที่ด้อยกว่า ใช้อำนาจทางเศรษฐกิจมาต่อรองบีบให้คู่ตกลงที่มีฐานะทางเศรษฐกิจที่ด้อยกว่าต้องจำ

²³ โปรดดูจดหมายเวียนของฟีฟ่า ฉบับที่ Circular no. 1817 ที่อธิบายสาระสำคัญของระเบียบ FCH เอาไว้ใน Fédération Internationale de Football Association, “Circular no. 1817 Zurich, 8 November 2022 FIFA Clearing House: operations commencing on 16 November 2022,” accessed March 20, 2023 https://digitalhub.fifa.com/m/772bb8bcc87777c6/original/Circular-No-1817-FIFA-Clearing-House-operations-commencing-on-16-November-2022_EN.pdf.

ยอมเข้าทำสัญญา โดยรู้ทั้งรู้ว่าตนเองจะไม่ได้รับเงินหรือประโยชน์ตอบแทนที่เหมาะสม หรือ สมเหตุสมผล การใช้อำนาจของฟีฟากำหนดระเบียบ FCH และกระบวนการตามระเบียบ FCH ให้บรรดาสมาชิกปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด เท่ากับว่าฟีฟาใช้อำนาจบริหารปกครองกีฬาสากล เข้าไปแทรกแซง (Intervention) การทำข้อตกลงการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสร อันถือเป็นข้อตกลงที่ทำขึ้นตามกฎหมายเอกชน ระหว่างสโมสรกีฬาฟุตบอลที่เป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนกับสโมสรกีฬาฟุตบอลที่เป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนด้วยกัน โดยมุ่งให้เกิด การทำข้อตกลงที่เป็นธรรมในธุรกิจอุตสาหกรรมกีฬาฟุตบอล

ระเบียบ FCH ยังสอดคล้องกับรูปแบบกฎกติกาการแข่งขันกีฬาฟุตบอลของฟีฟา ตัวอย่างเช่น นักกีฬาฟุตบอลที่จะลงทำการแข่งขันต้องมีการขึ้นทะเบียนนักกีฬาฟุตบอลกับ ดันสังกัด (Registration) และการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลจะกระทำได้ก็ต่อเมื่ออยู่ในช่วงเวลา เปิดช่องให้มีการทำข้อตกลงโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสรหรือช่วงเวลา Transfer Windows) (อันเป็นช่วงเวลาเปิดช่องให้นักกีฬาฟุตบอลขึ้นทะเบียนนักกีฬาฟุตบอลกับดันสังกัด (Registration Periods) รวมทั้งห้ามไม่ให้แข่งขันทะเบียนนักกีฬาฟุตบอลซ้ำซ้อน เพราะนักกีฬาฟุตบอลต้องสังกัด และลงทำการแข่งขันในนามสโมสรกีฬาฟุตบอลได้เพียงสโมสรเดียวเท่านั้น เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม คู่ตกลงในข้อตกลงการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสรก็ไม่มีอิสระ ที่จะทำข้อตกลงกันให้ผิดแผกแตกต่างไปจากระเบียบ FCH และคู่ตกลงก็ไม่อาจทำข้อตกลงเพื่อให้ ฝ่ายตนได้เปรียบคู่ตกลงอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร ไม่ว่าคู่ตกลงอีกฝ่ายที่เสียเปรียบนั้นได้รู้หรือไม่รู้ถึง การเสียเปรียบภายใต้ข้อตกลงนั้นหรือไม่ก็ตาม นั้นหมายความว่าฟีฟาได้ใช้อำนาจของตนจำกัด ไม่ให้บรรดาสมาชิกที่เข้ามาเป็นคู่ตกลงในการทำข้อตกลงการโอนย้ายนักกีฬามีเสรีภาพ ในการทำสัญญา (Freedom to Contract) สามารถกำหนดข้อตกลงกันได้อย่างอิสระ อีกทั้งฟีฟา ก็ใช้อำนาจแทรกแซงเพื่อสกัดกั้นไม่ให้คู่ตกลงฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่า (เช่น สโมสร กีฬาฟุตบอลที่มีฐานะทางเศรษฐกิจดีมากหรือร่ำรวย) ถือโอกาสเอาเปรียบคู่ตกลงตกลงฝ่าย ที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจด้อยกว่า (เช่น สโมสรกีฬาฟุตบอลที่มีฐานะปานกลางหรือยากจน) ฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่า จึงไม่อาจทำข้อตกลงขึ้นมาฝ่ายเดียวซึ่งผูกพันคู่ตกลง ทุกฝ่ายให้ต้องปฏิบัติตาม ในทางตรงกันข้ามทั้งคู่ตกลงฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่าและ ตกลงตกลงฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจด้อยกว่าก็ต้องปฏิบัติตามระเบียบ FCH อย่างเคร่งครัด โดยระเบียบ FCH ได้กำหนดรูปแบบของข้อตกลงและกระบวนการนำไปสู่การปฏิบัติตามข้อตกลง

เอาไว้เรียบร้อยแล้ว อีกคู่ตกลงทุกฝ่ายจึงไม่สามารถต่อรองกันให้ผิดแผกแตกต่างไปจากระเบียบ FCH ได้

นอกจากนี้ ฟิฟ่าใช้อำนาจและกระบวนการตามระเบียบ FCH แทรกแซงเพื่อสกัดกันไม่ให้สโมสรกีฬาฟุตบอลรายหนึ่งรายใด (หรือสโมสรกีฬาฟุตบอลหลายรายมารวมกลุ่มกัน) จัดทำข้อตกลงสำเร็จรูป (Adhesion Agreement) ขึ้นมา แล้วใช้ข้อตกลงสำเร็จรูปกำหนดเนื้อหาในข้อตกลงการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสรที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้า โดยที่อีกสโมสรกีฬาฟุตบอลคู่ตกลงอีกฝ่ายหนึ่งไม่มีส่วนร่วมในการร่างข้อตกลงและไม่สามารถต่อรองได้ เพราะหากเกิดข้อตกลงในสัญญาสำเร็จรูปเช่นว่านี้ ย่อมทำให้สโมสรกีฬาฟุตบอลผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปได้เปรียบสโมสรกีฬาฟุตบอลคู่ตกลงอีกฝ่ายเกินสมควร เหตุนี้เองข้อตกลงสำเร็จรูปที่มีค่าแรงความเพื่อยกเว้นไม่ต้องชำระเงิน Transfer Fee เงิน Solidarity Payment และ/หรือเงิน Training Compensation ย่อมถือเป็นข้อตกลงสำเร็จรูปที่ขัดหรือแย้งกับหลักการตามระเบียบ FCH ที่มุ่งสร้างข้อตกลงที่เป็นธรรมและให้บรรดาสมาชิกอยู่ร่วมกันในสังคมกีฬาอย่างสงบสุข ปราศจากการเอารัดเอาเปรียบซึ่งกันและกัน

5. บทสรุป

กล่าวโดยสรุป ระเบียบ FCH เป็นแบบแผนที่วางไว้สำหรับใช้เป็นแนวปฏิบัติต่อกันระหว่างคู่ตกลงในข้อตกลงการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสร ตลอดจนกำหนดหลักเกณฑ์และกระบวนการควบคุมการทำธุรกรรมระหว่างคู่ตกลงในข้อตกลงดังกล่าวให้เป็นไปอย่างบริสุทธิ์ ยุติธรรม โดยไม่เปิดช่องให้คู่ตกลงฝ่ายหนึ่งได้เปรียบคู่ตกลงอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร นั้นหมายความว่าหากคู่ตกลงฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดพึงได้รับเงินหรือประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากการทำข้อตกลงการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสร คู่ตกลงฝ่ายหนึ่งฝ่ายนั้นก็พึงได้รับค่าธรรมเนียม Transfer Fee เงิน Solidarity Payment และ/หรือเงิน Training Compensation ตามระเบียบ RSTP และระเบียบ FCH ของฟิฟ่า ในขณะเดียวกันความตกลงกันที่ทำกันระหว่างคู่ตกลงอย่างใด ๆ ขัดหรือแย้งกับหลักเกณฑ์หรือกระบวนการตามระเบียบ FCH ของฟิฟ่าไม่ได้ นั้นหมายความว่าระเบียบ FCH ไม่เปิดช่องให้คู่ตกลงในข้อตกลงการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสรสามารถตกลงกันไว้ในข้อตกลงเป็นอย่างอื่นในทำนองที่ผิดแผกแตกต่างไปจากที่ระบุเอาไว้ในระเบียบ FCH

อีกทั้งกระบวนการตามระเบียบ FCH และการทำหน้าที่ของฟีฟ่าเป็นตัวกลางในการทำธุรกรรมให้เป็นไปข้อตกลงการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสรย่อมเป็นกระบวนการประกันว่าคู่ตกลงทุกฝ่ายจะได้รับชำระหนี้อย่างบริสุทธิ์ยุติธรรม หากคู่ตกลงฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นผู้มีสิทธิได้รับเงิน Solidarity Payment และ/หรือเงิน Training Compensation ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่ฟีฟ่ากำหนดเอาไว้ คู่ตกลงฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดอีกฝ่ายก็ต้องยินยอมจ่ายเงินหรือประโยชน์ทางเศรษฐกิจโดยไม่บิดพลิ้วหลีกเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดเอาไว้ในระเบียบ FCH เหตุนี้เองระเบียบ FCH จึงเป็นกฎเกณฑ์ที่สกัดกั้นไม่ให้เกิดการทำข้อตกลงการโอนย้ายนักกีฬาฟุตบอลข้ามสโมสรซึ่งคู่ตกลงฝ่ายหนึ่งได้เปรียบคู่ตกลงอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควรหรือคู่ตกลงฝ่ายหนึ่งต้องจ่ายอรรถประโยชน์มากกว่าคู่ตกลงอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร การบิดพลิ้วหลีกเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงหรือ จงใจปฏิบัติไม่ตรงตามข้อตกลงที่ได้ตกลงกันเอาไว้ จึงเป็นการผิดสัญญาทางธุรกิจ ในวงการกีฬาและมีความผิดทางวินัยไปในคราวเดียวกัน

References

- Fédération Internationale de Football Association. “Circular no. 1817 Zurich, 8 November 2022 FIFA Clearing House: operations commencing on 16 November 2022.” Accessed March 20, 2023 https://digitalhub.fifa.com/m/772bb8bcc87777c6/original/Circular-No-1817-FIFA-Clearing-House-operations-commencing-on-16-November-2022_EN.pdf.
- Fédération Internationale de Football Association. FIFA Clearing House: Explanatory notes on the FIFA Clearing House Regulations. Zurich: Fédération Internationale de Football Association, 2022.
- Fédération Internationale de Football Association. “FIFA Clearing House.” Accessed February 4, 2023 <https://www.fifa.com/legal/football-regulatory/clearing-house>.
- Fédération Internationale de Football Association. “FIFA Clearing House begins operations.” Accessed February 4, 2023 <https://www.fifa.com/legal/news/fifa-clearing-house-begins-operations>.
- Fédération Internationale de Football Association. “FIFA Clearing House begins operations.” Accessed March 20, 2023 <https://www.fifa.com/legal/news/fifa-clearing-house-begins-operations>.
- Fédération Internationale de Football Association. FIFA Clearing House Regulations October 2022 edition. Zurich: Fédération Internationale de Football Association, 2022.
- Fédération Internationale de Football Association. Regulations on the Status and Transfer of Players March 2022 edition. Zurich: Fédération Internationale de Football Association, 2022.
- Fédération Internationale de Football Association. Request for Proposal (RFP) Establishment and Operation of the FIFA Clearing House. Zurich: Fédération Internationale de Football Association, 2019.

Fédération Internationale de Football Association. "Transfer Matching System."

Accessed March 20, 2023 <https://www.fifa.com/legal/news/fifa-clearing-house-begins-operations>.

FIFA Clearing House. "Presentation of the FIFA Clearing House (FCH)." Accessed

February 5, 2023 <https://fifaclearinghouse.org/en/index.html>

Kos, Drago. FIFA Transfer System Reform: Analysis and Recommendations. Strasbourg

Cedex: Council of Europe, 2021.

Smith, Andrew. "A Guide To Training Compensation And Solidarity Payments In

Football." Accessed March 20, 2023 <https://www.lawinsport.com/topics/item/a-guide-to-training-compensation-and-solidarity-payments-in-football>.