

CHULALONGKORN LAW JOURNAL

วารสารกฎหมาย

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีที่ 37 ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2562)

คณะที่ปรึกษา

ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ
ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.วิชณุ เครืองาม
ศาสตราจารย์กิตติคุณวิทิต มั่นตาภรณ์
ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.สุรเกียรติ์ เสถียรไทย
ศาสตราจารย์พิเศษประสิทธิ์ โฆวิไลกุล
ศาสตราจารย์ ดร.จตุรนต์ ธีระวัฒน์

ศาสตราจารย์ ดร.ไพฑูริย์ เอกจริยกร
ศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์ ใจหาญ
รองศาสตราจารย์ธิดิพันธุ์ เชื้อบุญชัย
รองศาสตราจารย์พิเศษ เสตเสถียร
คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)

บรรณาธิการ

อาจารย์ ดร.ภาวัฒน์ สัตยานุรักษ์

อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รองบรรณาธิการ

อาจารย์ ดร.สิริกัญญา โฆวิไลกุล

อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

กองบรรณาธิการ

ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ

รองอธิการบดีมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศุภศิษฏ์ ทวีแจ่มทรัพย์

ฝ่ายกฎหมายและบริหารศูนย์ลำปาง

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วริยา ล้าเลิศ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

ดร.เพ็ญวิภา ลอยกุลนันท์

ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นประจำกองผู้ช่วยผู้พิพากษาศาลฎีกา

ผู้จัดการ

อาจารย์ณัฐพร รอดเจริญ

อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

กองจัดการ

กัณนิกา รสสีน

สุพิชา จินฉนวนโส

วรลักษณ์ ทองใบ

คณะกรรมการนิสิตฝ่ายบริหารจัดการการติพิมพ์

นรภัทร นาควิจิตร

ปณิดา พรภักตรา

พิมพ์สุรางค์ ชนินทรลีลา

กุลพีรา ตีคะกุล

สิทธิกันต์ ธีระวัฒนชัย

อารีญา เพ็ชรประไพ

Chulalongkorn Law Journal
Volume 37 Issue 1 (March 2019)

Advisory Board

Professor Emeritus Dr. Borwornsak UWANNO	Professor Dr. Pathachit EAGJARIYAKORN
Professor Emeritus Dr. Wissanu KREA-NGAM	Professor Dr. Narong JAIHARN
Professor Emeritus Vitit MUNTARBHORN	Associate Professor Thitiphan CHUABOONCHAI
Professor Dr. Surakiart SATHIRATHAI	Associate Professor Piset SETSATHIRA
Professor Prasit KOVILAIKOOL	Dean of Faculty of Law
Professor Dr. Jaturon THIRAWAT	(Assistant Professor Dr. Pareena SRIVANIT)

Editor-in-Chief

Dr. Pawat SATAYANURUG	Lecturer, Faculty of Law Chulalongkorn University
-----------------------	--

Deputy Editor

Dr. Sirikanya KOVILAIKOOL	Lecturer, Faculty of Law Chulalongkorn University
---------------------------	--

Editorial Board

Professor Dr. Pairojana KAMPUSIRI	Vice-President Thammasat University Department of Law and Management Lampang Center
Assistant Professor Dr. Suphasit TAWEEJAMSUP	Assistant Professor, Faculty of Law Chulalongkorn University
Assistant Professor Dr. Wariya LAMLERT	Assistant Professor, Graduate School of Law, National Institute of Development Administration
Dr. Penvipa LOYKULNANTA	Judge of the Research Justice Division of the Supreme Court

Manager

Natthaporn RODCHAROEN

Lecturer, Faculty of Law
Chulalongkorn University

Management Team

Gunniga ROSRUNE

Supicha CHINNAVASO

Vorraluk THONGBAI

Publishing Management Student Committee

Norrapat NAKWIJIT

Kunteera TEEKAKUL

Panida PORNPATTRA

Sittikarn TEERAWATTANACHAI

Pimsurang CHANINTARALEELA

Areeya PECHPRAPAI

บทบรรณาธิการ

สวัสดีผู้อ่านทุกท่าน วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 37 ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2562) ได้รับการปรับปรุงโฉมใหม่อีกครั้ง ด้วยความตั้งใจของกองบรรณาธิการที่ต้องการนำเอกลักษณ์ดั้งเดิมของวารสารกฎหมายกลับมาใช้ใหม่ โดยกองบรรณาธิการได้เลือกใช้แบบอักษรตามแบบอักษรที่กองบรรณาธิการในยุคก่อตั้งได้ออกแบบไว้ มาใช้กับคำว่า “วารสารกฎหมาย” ซึ่งเป็นชื่อวารสารและอยู่ในตำแหน่งที่เด่นที่สุดของหน้าปก นอกจากนี้ กองบรรณาธิการยังได้นำตราสัญลักษณ์ของคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ซึ่งได้รับการปรับปรุงมาจากตราสัญลักษณ์ในยุคก่อตั้งมาใช้อีกด้วย เพื่อแสดงให้เห็นถึงมรดกทางอัตลักษณ์ของวารสารกฎหมายที่มีมากกว่า 37 ปี

วารสารกฎหมายฉบับนี้ ได้รับการปรับปรุงจากฉบับที่แล้วเพิ่มอีกหลายประการ ตั้งแต่ปกของวารสารที่ได้รับการปรับปรุงเล็กน้อย แต่ยังคงไว้ซึ่งรูปโฉมใหม่ของวารสารโดยการนำรายชื่อของผลงานไปอยู่ที่ปกหลัง เพื่อให้ปกหน้าดูโล่งและสบายตา สำหรับฉบับนี้ บรรณาธิการได้รับความกรุณาอีกครั้งจากนักवादจิตอาสา คือ คุณปริศนา พันธ์มวนิช และคุณปริยศรี พรหมจินดา ช่วยออกแบบปกในลักษณะกึ่ง abstract บนพื้นหลังสีครีมทอง โดยมีแนวคิด “Double masks” กล่าวคือ “หน้ากากแรก” สื่อถึงการที่ประเทศไทยได้รับข่าวดีว่าองค์การการศึกษา วิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติ หรือ ยูเนสโก (UNESCO) ได้ประกาศรับรองอย่างเป็นทางการเมื่อวันที่ 29 พฤศจิกายน 2561 ที่ผ่านมา ให้ “โขนไทย” (Khon, masked dance drama in Thailand) เป็นมรดกทางวัฒนธรรมอันจับต้องไม่ได้ (intangible heritage) ของมวลมนุษยชาติ สร้างความปิติยินดีอย่างยิ่งแก่ชาวไทย ทว่า ในเวลาไม่นานต่อจากนั้น ประชาชนชาวไทยในหลายพื้นที่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประชาชนในเขตกรุงเทพมหานคร ภาคกลาง และภาคเหนือ ต้องประสบปัญหาการสะสมของฝุ่นละอองขนาดเล็กไม่เกิน 2.5 ไมครอน หรือที่เรียกกันติดปากว่า ฝุ่น PM 2.5 ทำให้ต้องใส่ “หน้ากากที่สอง” คือ หน้ากาก N95 หรือหน้ากากอนามัยอื่นๆ เพื่อป้องกันการสูดดมฝุ่นดังกล่าวเข้าไป ดังนั้น วารสารกฎหมายจึงขอเป็นส่วนหนึ่งที่ช่วยประชาสัมพันธ์ข่าวดีเกี่ยวกับมรดกทางวัฒนธรรมของคนไทย และรณรงค์สร้างความตระหนักรู้และร่วมมือกันแก้ไขปัญหาฝุ่นละอองอย่างจริงจัง เพื่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพที่ดีของเราทุกคนต่อไป

ประการต่อมา วารสารกฎหมายฉบับนี้ ยังเป็นฉบับแรกที่น่าระบบ Thai JO 2.0 มาใช้อย่างเต็มรูปแบบ โดยผู้สนใจส่งผลงานสามารถส่งบทความผ่านระบบ Online Submission ของวารสาร ได้ที่ <https://www.tci-thaijo.org/index.php/lawchulajournal/index> โดยผู้ส่งผลงานจะสามารถติดตามกระบวนการและขั้นตอนการพิจารณาได้อย่างต่อเนื่อง

วารสารกฎหมายฉบับนี้ประกอบด้วยผลงานจากหลากหลายสาขาวิชา ประกอบด้วย บทความวิจัยและบทความวิชาการจำนวน 9 บทความ ได้แก่

บทความแรก เป็นบทความวิจัยเรื่อง “การเปรียบเทียบความรับผิดชอบของผู้ขายวัคซีนสัตว์ปีกที่มีความชำรุดบกพร่องในสหรัฐอเมริกาและประเทศไทย” เขียนโดย ศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล และ อาจารย์ ดร.กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์ ศาสตราจารย์และอาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มีเนื้อหา

เกี่ยวกับการวิเคราะห์ความรับผิดชอบของผู้ขายภายใต้มาตรา 472 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และ มาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาระบบเกษตรพันธสัญญา พ.ศ. 2560 ในบริบทการซื้อขาย วัคซีนสัตว์ปีกมีความชำรุดบกพร่อง

บทความที่สอง เป็นบทความวิจัยเรื่อง “A Comparative Study of the Standard of Negligence in Civil Medical Malpractice Litigation in Thailand and the USA” เขียนโดย อาจารย์ ดร.สุรัชดา รัตติ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มีเนื้อหาเกี่ยวกับการศึกษาเปรียบเทียบมาตรฐานของความประมาทเลินเล่อในคดีทortsเวชปฏิบัติทางแพ่งในประเทศไทยและสหรัฐอเมริกา

บทความที่สาม เป็นบทความวิจัยเรื่อง “สถานการณ์และปัญหาของธุรกิจร้านอาหารไทยที่เป็นอุปสรรคต่อการลงทุนทางตรงในต่างประเทศ: ศึกษาการลงทุนทางตรงของธุรกิจร้านอาหารไทยในประเทศสหรัฐอเมริกา” เขียนโดย อาจารย์ชนิสา งามอภิชน อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มีเนื้อหาเกี่ยวกับการชี้ให้เห็นถึงปัญหาที่เป็นอุปสรรคต่อการลงทุนทางตรง และเสนอเครื่องมือทางกฎหมายและมาตรการที่เกี่ยวข้อง เพื่อสนับสนุนและสร้างความเข้มแข็งให้กับผู้ประกอบการร้านอาหารไทยทั้งในประเทศและต่างประเทศ

บทความที่สี่ เป็นบทความวิชาการเรื่อง “Air and Water Pollution as a Transboundary Environmental Crime” เขียนโดย Assistant Professor Alexandre Chitov ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ มีเนื้อหาเกี่ยวกับการพิจารณาความรับผิดชอบทางอาญาในเรื่องมลพิษทางอากาศ และน้ำข้ามพรมแดน โดยคำนึงถึงปัญหา อุปสรรคของการดำเนินคดีอาญาในบริบทเช่นว่า พร้อมให้ข้อเสนอแนะว่าต้องมีข้อตกลงระหว่างประเทศในการใช้กลไกกฎหมายอาญาเพื่อแก้ไขปัญหามลพิษข้ามพรมแดน

บทความที่ห้า เป็นบทความวิจัยเรื่อง “รัฐธรรมนูญกับประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” เขียนโดย ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปวีตร เลิศธรรมเทวี ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง มีเนื้อหาเกี่ยวกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญของไทยในประเด็น การสืบราชสมบัติซึ่งเป็นไปตามกฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ กรณีนายกรัฐมนตรีพระราชทาน การลงพระปรมาภิไธยในกฎหมายและการลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ การรัฐประหาร ซึ่งก่อให้เกิดการล้มระบอบการปกครอง และพระราชวินิจฉัยซึ่งเกี่ยวกับการยับยั้งร่างกฎหมายหรือการพระราชทานคืนร่างกฎหมาย

บทความที่หก เป็นบทความวิจัยเรื่อง “การนำโทษปรับทางปกครองมาใช้กับผู้มีหน้าที่รายงานตามกฎหมายฟอกเงิน” เขียนโดย อาจารย์ ดร.สุพัตรา แผนวิจิต อาจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช มีเนื้อหาเกี่ยวกับปัญหาและข้อจำกัดของการนำโทษปรับทางปกครองมาใช้กับผู้มีหน้าที่รายงานตามกฎหมายฟอกเงิน

บทความที่เจ็ด เป็นบทความวิชาการเรื่อง “บทสันนิษฐานแห่งการทุจริตในคดีสินบน: ศึกษาการนำมาปรับใช้ในระบบกฎหมายอาญาไทย” เขียนโดย อาจารย์ดิศรณ์ ลิขิตวิยาวุฒิ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ มีเนื้อหาเกี่ยวกับการวิเคราะห์บทสันนิษฐานแห่งการทุจริตที่ผลักภาระการพิสูจน์แก่จำเลย ซึ่งเพิ่มประสิทธิภาพในการควบคุมอาชญากรรมของรัฐ และอาจเป็นมาตรการทางกฎหมายที่สามารถนำมาปรับใช้กับประเทศไทยได้โดยไม่ขัดหรือแย้งกับหลักสากล

บทความที่แปด เป็นบทความวิชาการเรื่อง “Cartel Regulation under Thailand’s Trade Competition Act B.E. 2560 (2017): Rationales and Challenges” เขียนโดยคุณเบญจวรรณ ตั้งสถาพรพันธุ์ ผู้พิพากษาประจำสำนักงานศาลยุติธรรม มีเนื้อหาเกี่ยวกับการวิเคราะห์ผลร้ายทางเศรษฐศาสตร์ อันเกิดจากการตกลงร่วมกัน บทบัญญัติการตกลงร่วมกันของไทยภายหลังที่มีการปรับแก้กฎหมาย ตลอดจน ประเด็นความท้าทายอันเกิดจากการพัฒนาทางเทคโนโลยีอย่างรวดเร็วซึ่งทำให้เกิดช่องว่างในการปรับใช้กฎหมาย แข่งขันทางการค้า

บทความที่เก้า เป็นบทความวิจัยเรื่อง “มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม ข้ามชาติทางด้านสิ่งแวดล้อม: กรณีศึกษาการลักลอบค้าสารทำลายชั้นโอโซนโดยการนำเข้ามาหรือส่งออก นอกราชอาณาจักร” เขียนโดยคุณชฎานิส ทรัพย์มา นักศึกษาปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิต พัฒนบริหารศาสตร์ มีเนื้อหาเกี่ยวกับการพิจารณามาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม ข้ามชาติทางด้านสิ่งแวดล้อม และเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหาการลักลอบค้าสารทำลายชั้นโอโซน อันเป็นการฝ่าฝืนต่อพิธีสารมอนทรีออลว่าด้วยสารทำลายชั้นโอโซน ค.ศ. 1987

นอกจากนี้ วารสารกฎหมายยังประกอบด้วย **บทวิจารณ์หนังสือ “คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึงลักษณะ 9”** แต่งโดย รองศาสตราจารย์ ดร.คนพล จันทน์หอม รองศาสตราจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ที่ได้อธิบายความผิดซึ่งบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาลักษณะ 1 ถึงลักษณะ 9 และได้วางรากฐานเกี่ยวกับแนวคิดการกำหนดความผิดในแต่ละฐานความผิดและอธิบายบทบัญญัติ แต่ละมาตราอย่างเป็นระบบ วิจารณ์โดย อาจารย์ณัฐพร รอดเจริญ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย **บทวิเคราะห์คำพิพากษากฎีกาที่ 5660/2559 (ประชุมใหญ่)** เกี่ยวกับการฟ้องให้ศาลสั่งว่าผู้ตาย เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย วิเคราะห์โดย ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ รองอธิการบดีฝ่ายกฎหมาย และบริหารศูนย์ลำปาง มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และ**บทแนะนำวิทยานิพนธ์เรื่อง “ผู้มีสิทธิร้องขอให้บังคับคดี”** ของนางสาวสุจรรยา สุจริตศรีชัยกุล แนะนำโดยอาจารย์จุฑาพร ชัยเดชสุริยะ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

กองบรรณาธิการหวังเป็นอย่างยิ่งว่าผลงานทุกชิ้นในวารสารเล่มนี้จะเป็นประโยชน์ต่อผู้อ่าน และ กองบรรณาธิการขอขอบคุณผู้อ่านทุกท่านที่ติดตามและสนับสนุนวารสารกฎหมายมาโดยตลอด และขอให้คำมั่น ว่าจะนำเสนอผลงานที่มีคุณภาพเพื่อผู้อ่านต่อไป

พบกันใหม่ในวารสารฉบับหน้า (ปีที่ 37 ฉบับที่ 2 กันยายน 2562)

บรรณาธิการ

วารสารกฎหมาย

ปีที่ 37 ฉบับที่ 1

(มีนาคม 2562)

สารบัญ

- | | |
|---------|--|
| 1-18 | การเปรียบเทียบความรับผิดของผู้ขายวัคซีนสัตว์ปีกที่มีความชำรุดบกพร่อง
ในสหรัฐอเมริกาและประเทศไทย
ศักดา ธนิตกุล และ กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์ |
| 19-32 | ศึกษาเปรียบเทียบมาตรฐานของความประมาทเลินเล่อในคดีทุรเวชปฏิบัติทางแพ่ง
ในประเทศไทยและสหรัฐอเมริกา
สุรัชดา ธีศรี |
| 33-57 | สถานการณ์และปัญหาของธุรกิจร้านอาหารไทยที่เป็นอุปสรรคต่อการลงทุนทางตรง
ในต่างประเทศ: ศึกษาการลงทุนทางตรงของธุรกิจร้านอาหารไทยในประเทศสหรัฐอเมริกา
ชนิสสา งามอภิชน |
| 59-75 | ความรับผิดทางอาญาในเรื่องมลพิษทางอากาศและน้ำข้ามพรมแดน
อเล็กซานเดอร์ ไชทอฟ |
| 77-120 | รัฐธรรมนูญกับประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย
อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข
ปวีศร เลิศธรรมเทวี |
| 121-134 | การนำโทษปรับทางปกครองมาใช้กับผู้มีหน้าที่รายงานตามกฎหมายฟอกเงิน
สุพัตรา แผนวิจิต |
| 135-162 | บทสันนิษฐานแห่งการทุจริตในคดีสินบน: ศึกษาการนำมาปรับใช้ในระบบกฎหมายอาญาไทย
ดิศรณ์ ลิขิตวิทยาวุฒิ |
| 163-193 | การตกลงร่วมกันภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 :
เจตนาธรรม และประเด็นความท้าทาย
เบญจวรรณ ตั้งสถาพรพันธุ์ |

บทความและความคิดเห็นใดๆ ใน “วารสารกฎหมาย” ฉบับนี้ เป็นวรรณกรรมของผู้เขียนโดยเฉพาะ
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

วารสารกฎหมาย

ปีที่ 37 ฉบับที่ 1

(มีนาคม 2562)

สารบัญ

-
- | | |
|---------|---|
| 195-221 | มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติทางด้าน
สิ่งแวดล้อม : กรณีศึกษาการลักลอบค้าสารทำลายชั้นโอโซน โดยการนำเข้ามาหรือส่งออก
นอกราชอาณาจักร
ชญานิศ ทรัพย์มา |
| 223-224 | บทวิจารณ์หนังสือ “คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1
ถึงลักษณะ 9” โดย รองศาสตราจารย์ ดร.คณพล จันทน์หอม
ณัฐพร รอดเจริญ |
| 225-228 | บทวิเคราะห์คำพิพากษา คำพิพากษาฎีกาที่ ๕๖๖๐/๒๕๕๙ (ประชุมใหญ่)
ไพโรจน์ กัมพูสิริ |
| 229-230 | บทแนะนำวิทยานิพนธ์ เรื่อง “ผู้มีสิทธิร้องขอให้บังคับคดี”
จุฑาพร ชัยเดชสุริยะ |
-

Contents

- 1-18 **A Comparison of Liability of Sellers of Defective Avian Vaccines in the United States and Thailand**
Sakda Thanitcul and Kansak Bejrananda
- 19-32 **A Comparative Study of the Standard of Negligence in Civil Medical Malpractice Litigation in Thailand and the USA**
Surutchada Reekie
- 33-57 **The Situation and Legal Problems that Hinder Outward Foreign Direct Investment: A Case Study of Direct Investment of Thai Restaurant Business in the U.S.**
Chanisa Ngamapichon
- 59-75 **Air and Water Pollution as a Transboundary Environmental Crime**
Alexandre Chitov
- 77-120 **Constitutional Convention in Thailand**
Pawarit Lertdhamtewe
- 121-134 **Introduction of Administrative Punishments to Imposition on Reporting Entities under Anti-Money Laundering Law**
Supatra Phanwichit
- 135-162 **Presumption of Corruption in Bribery Case: Study on the Application in the Thai Legal System**
Disorn Likhitwitayawuid
- 163-193 **Cartel Regulation under Thailand's Trade Competition Act B.E. 2560 (2017): Rationales and Challenges**
Benjawan Tangsatapornpan
-

*Any opinions presented in this edition of Chulalongkorn Law Journal solely belong to the respective authors, with which Faculty of Law Chulalongkorn University and the Editorial Board do not have to agree.

CHULALONGKORN LAW JOURNAL

Vol.37 No.1

(March 2019)

Contents

- 195-221 **Legal Measures for Prevention and Suppression Transnational
Environmental Crime : Case Study of Smuggling of Ozone Depleting
Substances by Importing or Exporting Outside the Kingdom**
Chayanis Subma
- 223-224 **Book Review: “Criminal Law Specific Offences Vol.3 Title 1 to Title 9”
by Associate Professor Dr. Kanaphon Chanhom**
Natthaporn Rodcharoen
- 225-228 **Case Comment: Supreme Court Case 5660/2559
(Plenary Session)**
Pairojana Kampusiri
- 229-230 **Recommended Thesis: “Person Entitled to Request for Execution”**
Jutaporn Chaidejsuriya
-

การเปรียบเทียบความรับผิดของผู้ขายวัคซีนสัตว์ปีกที่มีความชำรุด
บกพร่องในสหรัฐอเมริกาและประเทศไทย*

A Comparison of Liability of Sellers of Defective Avian
Vaccines in the United States and Thailand

ศักดา ธนิตกุล
Sakda Thanitcul
กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์
Kansak Bejrananda

อาจารย์ประจำ
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330
Full-time Professors
Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok, 10330
Corresponding author E-mail: tsakda@hotmail.com

(Received: December 7, 2018; Revised: January 18, 2019; Accepted: February 15, 2019)

บทคัดย่อ

ผู้ผลิตและผู้ขายวัคซีนสัตว์ปีกที่มีความชำรุดบกพร่องในสหรัฐอเมริกา มีความรับผิดต่อผู้ซื้อวัคซีน ซึ่งส่วนใหญ่แล้วจะเป็นเกษตรกรผู้เลี้ยงไก่เนื้อเชิงพาณิชย์ (ฟาร์มที่ผลิตภายใต้สัญญาการผลิต) ความรับผิดดังกล่าว เป็นไปตามหลักการรับประกันโดยปริยาย (implied warranty) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายในสัญญาซื้อขาย มิใช่ ความรับผิดตาม Section 402a ของกฎหมายต้นแบบว่าด้วยละเมิด (Restatement (Second) of Torts) ซึ่งเป็นบทบัญญัติเรื่องความรับผิดในผลิตภัณฑ์ (Product Liability Provision) สำหรับประเทศไทย ผู้ขายวัคซีน สัตว์ปีกที่มีความชำรุดบกพร่องจะต้องรับผิดต่อผู้ซื้อวัคซีนซึ่งส่วนใหญ่คือเกษตรกรผู้เลี้ยงไก่เนื้อในเชิงพาณิชย์ ตามเกษตรพันธสัญญา ทั้งนี้ เป็นไปตามมาตรา 472 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และตามมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาระบบเกษตรพันธสัญญา พ.ศ. 2560 แต่ในกรณีที่มีการขายวัคซีนสัตว์ปีก

*ในการจัดทำบทความนี้ ผู้เขียนได้รับทุนสนับสนุนจากโครงการบูรณาการงานวิจัยสู่นานาชาติ ประเภททุนเมธีวิจัย จุฬาฯ กองทุนรัชดาภิเษก สมโภช จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และผู้เขียนขอขอบคุณนายวาทรี Matthew Lim Braslow เหล่าทหารแพทย์แห่งกองทัพเรือสหรัฐอเมริกา สำหรับข้อมูล ทางวิทยาศาสตร์และการแพทย์อันทรงคุณค่า อย่างไรก็ตาม ความคิดเห็นที่นำเสนอในบทความนี้เป็นของผู้เขียนไม่ใช่ว่าความคิดเห็นของกรมทหารเรือ สำนักแพทยศาสตร์และศัลยกรรม กระทรวงกลาโหมของสหรัฐอเมริกาหรือแผนกหรือหน่วยงานอื่นใดของรัฐบาลสหรัฐอเมริกา นอกจากนี้ ผู้เขียนขอขอบคุณ อาจารย์ น.สพ.ดร.ธราดล เหลืองทองคำ และอาจารย์ น.สพ.ดร.สิริวิทย์ ภักดีพานิชย์กิจ สำหรับข้อมูลเกี่ยวกับวัคซีนและโรคของสัตว์ปีกอันทรงคุณค่ายิ่ง

ที่มีความชำรุดบกพร่องให้แก่ผู้ซื้อที่เป็นเกษตรกรผู้เลี้ยงไก่เนื้ออิสระนั้น ความรับผิดชอบของผู้ขายจะเป็นไปตามมาตรา 472 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แต่เพียงเท่านั้น ความชำรุดบกพร่องในสองกรณีข้างต้น จะไม่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบในผลิตภัณฑ์ของประเทศไทย เนื่องจากผู้ซื้อวัคซีนไม่เข้าข่ายเป็นผู้บริโภค หากแต่เป็นผู้ใช้วัคซีนสัตว์ปีกในเชิงพาณิชย์

คำสำคัญ: วัคซีนสัตว์ปีก, ผลิตภัณฑ์ที่มีความชำรุดบกพร่อง, การรับประกันโดยปริยาย, สัญญาการผลิต, เกษตรพันธสัญญา, ความรับผิดชอบตามสัญญา

Abstract

Manufacturers and sellers of defective avian vaccines in the United States are liable to buyers, the great majority of whom are commercial chicken broiler farms (production contract farms), under the implied warranty of sale contract, not under the strict product liability law of the Restatement (Second) of Torts (Product Liability Law). Sellers of defective avian vaccines in Thailand are liable to buyers, the great majority of whom are also commercial chicken broiler farms (contract farming operators), under the implied warranty of Section 472 of the Thai Civil and Commercial Code (Thai CCC) and also Section 26 of the newly enacted Promoting and Developing Contract Farming Act B.E. 2560. Sellers of defective avian vaccines in Thailand are liable to buyers, who are independent chicken broiler farm operators, under Section 472 of the Thai CCC. In both cases, sellers of defective avian vaccine in Thailand are not liable under the Thai Product Liability Law because buyers in the aforementioned situations are not “consumers” but “commercial end users” of the avian vaccines.

Keywords: Avian vaccine, defective product, implied warranty, product contract, contract farming, contract liability

บทนำ

การควบคุมโรคมาเร็กซ์ (Marek's disease) นับได้ว่าเป็นความท้าทายสำคัญที่สุดต่อความอยู่รอดของการเลี้ยงไก่เชิงพาณิชย์ทั่วโลก เนื่องจากโรคมาเร็กซ์เป็นเชื้อไวรัสสัตว์ปีกที่มีความร้ายแรงถึงขนาดที่สามารถทำลายไก่ทั้งฝูงได้ ทั้งนี้ การควบคุมโรคมาเร็กซ์โดยการใช่วัคซีนถือได้ว่าค่อนข้างมีประสิทธิภาพ ในปัจจุบันประเทศไทยได้รับการจัดอันดับเป็นผู้ผลิตไก่เนื้ออันดับที่ 9 (มีสัดส่วนการผลิตคิดเป็นร้อยละ 2 ของการผลิตทั่วโลก) และได้รับการจัดอันดับเป็นผู้ส่งออกไก่เนื้อเป็นอันดับที่ 5 ของโลก อนึ่ง ร้อยละ 30-40 ของการผลิตไก่เนื้อของประเทศไทย ถูกส่งออกไปยังญี่ปุ่น (ร้อยละ 50) และสหภาพยุโรป (ร้อยละ 35) ดังนั้น อุตสาหกรรมสัตว์ปีกถือได้ว่าเป็นภาคธุรกิจที่มีความสำคัญมากต่อเศรษฐกิจไทย¹ ในกรณีที่มีการใช้วัคซีนสัตว์ปีกที่มีความชำรุดบกพร่อง ผู้ผลิตสัตว์ปีกควรจะต้องอ้างมูลคดีที่เหมาะสม อันจะนำไปสู่การเรียกร้องให้ผู้ผลิตวัคซีนทำการเยียวยาได้

สหรัฐอเมริกาผลิตอุตสาหกรรมสัตว์ปีกที่ใหญ่ที่สุดในโลก และส่งออกสัตว์ปีกมากเป็นอันดับสองของโลก² ในปี ค.ศ. 2010 สหรัฐอเมริกามีปริมาณการผลิตไก่เนื้อจำนวน 36.9 พันล้านปอนด์ และมีปริมาณการส่งออกไก่เนื้อทั้งหมด 6.8 พันล้านปอนด์ โดยสามารถคิดเป็นมูลค่าได้ 3.1 พันล้านดอลลาร์สหรัฐอเมริกา³ ด้วยเหตุนี้ การจัดการกับข้อพิพาทในคดีวัคซีนสัตว์ปีกที่มีความชำรุดบกพร่องในระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกาจึงให้บทเรียนสำคัญแก่ระบบกฎหมายไทยในการจัดการกับปัญหาดังกล่าว

ในปี ค.ศ. 2006 จากการสำรวจใน 17 มลรัฐของสหรัฐอเมริกา ปรากฏว่ามีจำนวนเกษตรกรผู้เลี้ยงไก่เนื้อทั้งสิ้น 17,440 ราย ทั้งนี้ อุตสาหกรรมไก่เนื้อในสหรัฐอเมริกานั้นถูกครอบงำโดยสัญญาการผลิต (production contracts) ซึ่งครอบคลุมเกษตรกรผู้เลี้ยงไก่เนื้อหลายราย⁴ สำหรับผู้ส่งออกเนื้อไก่ในประเทศไทยได้มีการนำสัญญาการผลิตดังกล่าวมาใช้ในการจัดระบบการผลิตเช่นเดียวกัน โดยเรียกสัญญาการผลิตดังกล่าวว่า เกษตรพันธสัญญา (contract farming) อนึ่ง ในสหรัฐอเมริกานั้น กฎหมายที่ใช้กับข้อพิพาทระหว่างผู้ผลิตวัคซีนสัตว์ปีกและเกษตรกรผู้เลี้ยงไก่ในกรณีวัคซีนสัตว์ปีกมีความชำรุดบกพร่อง คือ กฎหมายสัญญา ไม่ใช่กฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์อย่างเคร่งครัด (strict product liability law) ผู้เขียนเสนอว่า เพื่อที่จะรักษาความสามารถในการแข่งขันของประเทศไทยในการผลิตและส่งออกไก่เนื้อ ข้อพิพาทระหว่าง ผู้ส่งออกไก่เนื้อรายสำคัญซึ่งจัดส่งวัคซีนสัตว์ปีกให้แก่เกษตรกรผู้เลี้ยงไก่ควรตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติตาม มาตรา 472 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁵ และพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาระบบเกษตร พันธสัญญา พ.ศ. 2560 อีกทั้งไม่ควรตกอยู่ภายใต้ขอบเขตของพระราชบัญญัติความรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 โดยจะอธิบายเหตุผลในส่วนการวิเคราะห์ทางกฎหมายและข้อเสนอแนะ

¹ ธนาคารกรุงศรี, “อุตสาหกรรมไก่แช่แข็งและแปรรูป มิถุนายน 2559,” เข้าถึงเมื่อ 17 มิถุนายน 2560, https://www.krungsri.com/bank/getmedia/b183a13a-002b-4aa3-8318-ae74566d89b6/10_Chicken_2016_TH.aspx.

² United States Department of Agriculture, accessed October 17, 2017, <https://www.usda.gov>.

³ United States Department of Agriculture, “Statistics and Information,” accessed October 17, 2017, <https://www.usda.gov>.

⁴ James M. MacDonald, “The Economic Organization of U.S. Broiler Production,” *USDA, Economic Information Bulletin*, no.38: 7.

⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 472 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ทรัพย์สินซึ่งขายนั้นชำรุดบกพร่องอย่างหนึ่งอย่างใดอันเป็นเหตุให้เสื่อมราคาหรือเสื่อมความเหมาะสมแก่ประโยชน์อันมุ่งจะใช้เป็นปกติก็ดี ประโยชน์ที่มุ่งหมายโดยสัญญาก็ดี ท่านว่าผู้ขายต้องรับผิดชอบความที่กล่าวมาในมาตรานี้ย่อมใช้ได้ ทั้งที่ผู้ขายรู้อยู่แล้วหรือไม่รู้ถึงความชำรุดบกพร่องมีอยู่”

1. ความรับผิดชอบของผู้ผลิตและผู้ขายวัคซีนสัตว์ปีกในสหรัฐอเมริกา

(ก) การจัดการระบบการผลิต

การนำสัญญาการผลิตมาใช้ในการจัดการระบบการผลิตทำให้การผลิตสัตว์ปีกของสหรัฐอเมริกามีประสิทธิภาพ สัญญาการผลิตดังกล่าวครอบคลุมจำเพาะตรกรผู้เลี้ยงไก่เกือบทุกรายที่อยู่ในอุตสาหกรรมสัตว์ปีกของสหรัฐอเมริกา จากการสำรวจพบว่า มีเกษตรกรผู้เลี้ยงไก่อิสระเพียงแค่น้อยกว่าร้อยละ 0.4 ของจำนวนไก่ที่ผลิตได้ทั้งหมดในสหรัฐอเมริกา ส่วนการผลิตไก่ภายใต้สัญญาการผลิตนั้นมีปริมาณการผลิตโดยเกษตรกรแต่ละรายเฉลี่ยถึง 483,600 ตัวต่อคน ซึ่งแปลงเป็นน้ำหนักของผลผลิตที่สามารถขายได้ทั้งหมด 2.65 ล้านปอนด์ ทั้งนี้ การผลิตตามสัญญาการผลิตนั้นจะเป็นความสัมพันธ์ระยะยาว ซึ่งจากการสำรวจพบว่าระยะเวลาโดยเฉลี่ยในการทำสัญญาคือ 13 ปี⁶

เกษตรกรผู้เลี้ยงไก่ภายใต้สัญญาการผลิตจะมีความชำนาญการและจะได้รับค่าตอบแทนจากสัญญาการผลิต โดยเฉลี่ยแล้ว ค่าตอบแทนดังกล่าวคิดเป็นร้อยละ 85 ของรายได้ที่เป็นเงินสดทั้งหมดของเกษตรกรผู้เลี้ยงไก่ภายใต้สัญญาการผลิต ค่าตอบแทนดังกล่าวขึ้นอยู่กับความสามารถของเกษตรกรผู้เลี้ยงไก่ในการเลี้ยงไก่ให้น้ำหนักตามที่ตลาดต้องการ โดยมีการเปรียบเทียบกับความสามารถของเกษตรกรผู้เลี้ยงไกรายอื่นด้วย ภายใต้เงื่อนไขดังกล่าว เกษตรกรผู้เลี้ยงไก่จะได้รับผลตอบแทนที่ดีหากสามารถส่งเนื้อไก่ได้มากกว่ารายอื่นเมื่อเทียบกับจำนวนอาหารและจำนวนลูกไก่ที่ได้รับ ดังนั้น ค่าตอบแทนที่เกษตรกรได้รับจึงขึ้นอยู่กับความสามารถในการเลี้ยงและอัตราการตายของไก่

นอกจากนี้ สัญญาการผลิตอาจกำหนดให้เกษตรกรผู้เลี้ยงไก่ดำเนินการกระบวนการผลิตบางประการ ซึ่งส่งผลกระทบต่อต้นทุนและค่าใช้จ่ายของเกษตรกรผู้เลี้ยงไก่ เนื่องจากผลสำรวจของกระทรวงเกษตรสหรัฐอเมริกา หรือ United States Department of Agriculture (USDA) พบว่า ผู้รับซื้อไก่เนื้อมักจะเรียกร้องให้เกษตรกรผู้เลี้ยงไก่เนื้อทดสอบเชื้อไข้หวัดนก เชื้อ salmonella หรือเชื้ออื่นๆ กับฝูงไก่เนื้อที่เลี้ยง ซึ่งประมาณร้อยละ 85 ของเกษตรกรผู้เลี้ยงไก่เนื้อรายงานว่ากระบวนการผลิตจะถูกดำเนินการภายใต้หลักการ “เข้าหมด-ออกหมด” (all-in-all-out basis) กล่าวคือ การนำไก่ออกทั้งหมดในคราวเดียว และนำไก่เข้ามาทั้งหมดในคราวเดียว ซึ่งหลักการดังกล่าวจะสามารถลดอัตราการแพร่กระจายของโรคและมีส่วนช่วยให้สามารถให้อาหารไก่ตามช่วงอายุได้อย่างเหมาะสม⁷

(ข) กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับชีวภัณฑ์สัตว์ในกฎหมายลายลักษณ์อักษร

ในปี 1913 รัฐสภาของสหรัฐอเมริกาได้ออกกฎหมายด้วยไวรัส-ซีรัม-ซีฟิซ (Virus-Serum-Toxin Act ต่อไปจะเรียกว่า VST Act) เพื่อควบคุมผลิตภัณฑ์ชีวภาพทั้งหมด (ดู 21 U.S.C § 151) ก่อนที่จะมีกฎหมายดังกล่าว ผู้ผลิตวัคซีนไม่ได้ถูกควบคุมเท่าใดนัก จึงก่อให้เกิดปัญหาสำคัญทั้งทางด้านความมีประสิทธิภาพและด้านฤทธิ์ของยา ต่อมาในปี 1995 ได้มีการแก้ไข VST Act โดยกำหนดให้คณะกรรมการอาหารและยา (Food

⁶ MacDonald, “The Economic Organization of U.S. Broiler Production,” .

⁷ Ibid.

and Drug Administration: FDA) เป็นองค์กรที่รับผิดชอบในการควบคุมชีวภัณฑ์สัตว์ทั้งหมด โดยมาตรา 151 ระบุไว้โดยเฉพาะว่า “การเตรียม การขาย...ไวรัส ซีรัม และชีวพิษ หรือผลิตภัณฑ์ที่คล้ายคลึงกันซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้รักษาสัตว์ อันปนเปื้อน สันประสิทธิภาพทางการรักษา เป็นอันตราย หรือให้โทษ เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย” อย่างไรก็ตาม ผู้ที่มีอำนาจกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการให้อนุญาตสำหรับชีวภัณฑ์สัตว์รวมทั้งวัคซีนด้วย คือ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการเกษตร (Secretary of Agriculture) ส่วน USDA มีอำนาจในการให้การอนุญาตสำหรับวัคซีน โดยใช้อำนาจดังกล่าวผ่านองค์กรย่อยที่ชื่อว่า Animal and Plant Health Inspection Service (APHIS) ทั้งนี้ การที่ APHIS ได้ให้การอนุญาตแก่วัคซีนใดแล้วนั้น จะส่งผลกระทบโดยตรงต่อความรับผิดชอบในการควบคุมของวัคซีนสัตว์นั้นๆ เช่นเดียวกันกับที่ การอนุญาตชีวภัณฑ์ของมนุษย์โดย FDA มีผลต่อความรับผิดชอบทางกฎหมายของวัคซีนมนุษย์ที่ควบคุมการปล่อย

อนึ่ง ในสหรัฐอเมริกา กฎหมายระดับสหพันธรัฐมีศักดิ์สูงกว่ากฎหมายของมลรัฐที่มีเนื้อหาขัดแย้งกันเสมอ ยิ่งไปกว่านั้น ในปี 1992 APHIS ออกกฎว่า “มลรัฐไม่มีอำนาจกำหนดเงื่อนไขในด้านความปลอดภัย ความมีประสิทธิภาพ และความบริสุทธิ์ของสินค้าที่แตกต่างหรือเพิ่มเติมจากที่ USDA กำหนด”⁸

(ค) คติสำคัญเกี่ยวกับวัคซีนสัตว์ปีกที่มีความชำรุดบกพร่อง : โรคมาเร็กซ์ (Marek's disease)

การรักษาสุขภาพของไก่ในฟาร์มโดยการใช้วัคซีนถือเป็นเรื่องสำคัญสำหรับกิจการเลี้ยงไก่ โรคภัยแรงโรคหนึ่งที่พบในไก่คือ โรคมาเร็กซ์ ซึ่งเป็นโรคที่เกิดขึ้นได้ในทุกท้องที่ในโลก และสามารถทำลายไก่ได้ทั้งฝูง มีการประมาณการว่าโรคดังกล่าวสร้างความเสียหายให้แก่อุตสาหกรรมไก่ของโลกไปกว่า 2 พันล้านดอลลาร์สหรัฐอเมริกา⁹ โรคมาเร็กซ์เป็นโรคที่เกี่ยวข้องกับเนื้องอกซึ่งเกิดจากการติดเชื้อ herpes virus ซึ่งทำลายระบบการมองเห็น ระบบประสาทและอวัยวะภายใน ส่งผลให้เป็นอัมพาต มีเนื้องอกที่ผิวหนัง กล้ามเนื้อและอวัยวะภายใน อัตราการตายจากโรคนี้นับถึงร้อยละ 80 ทั้งนี้ การได้รับวัคซีนส่งผลให้ไวรัสหยุดการส่งผลทางพยาธิวิทยาเท่านั้น แต่ไม่สามารถขจัดไวรัสได้ นอกจากนี้ ในบางกรณีเชื้อไวรัสที่สามารถเอาตัวรอดได้สามารถทำลายล้างได้รุนแรงกว่าเดิม โดยทำให้เกิดการตายเกือบร้อยละ 100 ได้ภายใน 10 วันนับแต่ติดเชื้อ เนื่องจากไวรัสชนิดนี้แพร่เชื้อได้ทางสะเก็ดผิวหนัง ดังนั้น จึงจำเป็นต้องทำลายไก่ที่ติดเชื้อเพื่อป้องกันการระบาด การควบคุมโรคมาเร็กซ์อย่างเหมาะสมจึงมีความสำคัญต่ออุตสาหกรรมสัตว์ปีกเป็นอย่างมาก¹⁰

⁸ 57 Fed. Reg. 38759 (August 27, 1992). The Rule in more detail stated that, “[W]here safety, purity and potency of biological products are concerned, it is the agency's intent to occupy the field. This includes, but is not limited to the regulation of labelling. Under VSTA, Congress clearly intended that there be national uniformity in the regulation of these products.

APHIS does not agree that States should be allowed to add various restrictions ... based on a need to protect domestic animals or the public health, interests or safety. Any restrictions, other than those which are necessary to address a local disease condition, should be federally imposed so that they are uniform nationwide.

States are not free to impose requirements which are different from, or in addition to, those imposed by USDA regarding the safety, efficacy, potency or purity of a product. Similarly, labelling requirements which are different from or in addition to those in the regulations under the Act may not be imposed by the states. Such addition or different requirements would thwart the Congressional intent regarding uniform national standards, and would usurp the USDA's authority to determine which biologics are pure, safe, potent and efficacious.

⁹ PBS Report, July 27, 2015.

¹⁰ Nitish Boodhoo *et al.*, “Marek's disease in chickens: a review with focus on immunology,” *Veterinary Research* 47, (2016): 119.

โดยทั่วไปแล้ว ลูกไก่เกิดใหม่จะได้รับการฉีดวัคซีนเป็นรายตัวภายในไม่กี่วันนับแต่เกิด โดยการฉีดวัคซีนเข้าใต้ผิวหนังบริเวณหลังของลำคอโดยลูกจ้างของเกษตรกรผู้เลี้ยงไก่ อีกวิธีการหนึ่งที่สามารถทำได้ก็คือ การฉีดวัคซีนไปในรูปร่างของไก่ก่อนที่ไข่จะฟัก ไม่ว่าจะทำได้โดยวิธีใดก็ตาม กระบวนการเหล่านั้นจะต้องได้รับการดำเนินการภายในเวลาที่กำหนด มิฉะนั้น วัคซีนจะไม่มีประสิทธิภาพ นอกจากนี้ยังมีปัจจัยอื่นๆ ที่มีความสำคัญต่อประสิทธิภาพของวัคซีน ได้แก่ สุขภาพของไก่ก่อนที่จะได้รับวัคซีน การตอบสนองของไก่ ระดับการสัมผัสไวรัสและความสะอาดของสิ่งแวดล้อม¹¹

ทั้งนี้ กระบวนการฉีดวัคซีนจะต้องดำเนินการด้วยความระมัดระวัง โดยวัคซีนที่ถูกแช่แข็งในไนโตรเจนเหลวจะต้องถูกใส่เข้าไปในสารที่ใช้ทำการเจือจาง (dilutant) ด้วยความระมัดระวัง เพื่อมิให้วัคซีนปนเปื้อนกับแบคทีเรียหรือสารอื่นๆ และวัคซีนนั้นจะต้องไม่ละลายไปเสียก่อนที่จะฉีดเข้าไปในสารที่ใช้ทำการเจือจาง นอกจากนี้ เครื่องมือต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นเข็ม กระบอกฉีด รวมทั้งสายเชื่อมระหว่างวัคซีนกับสารที่ใช้ทำการเจือจาง จะต้องถูกฆ่าเชื้ออย่างเคร่งครัด ผู้ดำเนินการฉีดจะต้องบันทึกรายละเอียดในถึงใส่สารที่ใช้ทำการเจือจางอย่างละเอียดทั้งในเรื่องของวันและเวลา เนื่องจากวัคซีนที่ถูกเจือจางแล้วจะมีอายุการใช้งานที่แน่นอนและไม่อาจจะใช้ได้เมื่อพ้นเวลาดังกล่าว¹²

Incubadora Mexicana, SA de CV v. Zoetis, Inc.

ผู้เขียนได้ศึกษาคดี Incubadora Mexicana, SA de CV v. Zoetis, Inc. ซึ่งเป็นคดีล่าสุดที่เกี่ยวข้องกับวัคซีนโรคมาเร็กซ์ คดีดังกล่าวได้แสดงแนวคิดที่ชัดเจนเกี่ยวกับการฟ้องและการยกข้อต่อสู้ในกฎหมายสหรัฐอเมริกา

(1) การฟ้องเกี่ยวกับการรับประกัน (Warranty claims)

สิ่งที่น่าสนใจในคดีนี้ คือ ข้อกล่าวอ้างของโจทก์ที่ว่าจำเลยได้ให้การรับประกันโดยชัดแจ้งเกี่ยวกับคุณภาพของวัคซีนในสองเรื่องซึ่งเป็นอิสระต่อกัน ประการแรก โจทก์อ้างว่าพนักงานฝ่ายการตลาดของจำเลย “ให้คำมั่น (รับประกัน) กับโจทก์ว่า วัคซีนโรคมาเร็กซ์ของพวกเขานั้นมีประสิทธิภาพสูงสุดในตลาด” และประการที่สอง โจทก์อ้างว่าตัวแทนของจำเลยได้แถลงว่า “วัคซีนของพวกเขาได้รับการผลิต การขนส่ง และการจัดเก็บอย่างดีที่สุด เพื่อรับประกันว่าจะสามารถให้วัคซีนแก่ไก่ได้ดีที่สุด” ซึ่งการรับประกันประการที่สองนี้เป็นการรับประกันที่ก่อให้เกิดปัญหาแก่จำเลย

ศาลในคดีดังกล่าวตัดการรับประกันประการแรกออกจากการพิจารณาอย่างรวดเร็วโดยใช้หลักทางตรรกะที่ว่า การกล่าวอ้างว่าเป็นวัคซีนที่ “มีประสิทธิภาพสูงสุด” เป็นเพียงการโอ้อวดเกินจริงอย่างกว้าง ไม่สามารถบังคับกันทางสัญญาได้อย่างการรับประกันโดยชัดแจ้ง ทั้งนี้ ด้วยความคลุมเครือและไม่ชัดเจนของการกล่าวอ้างดังกล่าวนั่นเอง ศาลจึงพิจารณาว่าการกล่าวอ้างดังกล่าวเป็นเพียงการโฆษณาเชิงพาณิชย์ทั่วไป

¹¹ World Organisation for Animal Health, “OIE Terrestrial Manual 2017,” Chapter 2.3.13: Marek’s disease. Paris, France, (2017).

¹² Cobb-vantress, Vaccination Procedure Guide. Arkansas: COBB, 2013.

¹³ Civil Action No. 15-216 (E.D. Pa. Sep. 16, 2015), —F.Supp.3d —, No. 15-216, 2015 WL 45998031 (E.D. Pa. July 31, 2015).

ที่อ้างข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าอย่างเกินจริงเท่านั้น¹⁴ อย่างไรก็ตาม การรับประกันประการที่สองนั้นต่างจากการรับประกันประการแรกอย่างสิ้นเชิง ในกรณีการรับประกันประการที่สองนี้จำเลยกล่าวอ้างอย่างชัดเจนว่าวัคซีน “ได้รับการผลิต การขนส่ง และการจัดเก็บภายใต้สภาวะที่ดีที่สุด” ขณะที่การให้คำมั่นเกี่ยวกับการผลิตภายใต้สภาวะที่ดีที่สุดนั้นอาจถูกควบคุมโดย APHIS ไปแล้วตั้งแต่แรก ศาลเห็นว่าการให้คำมั่นดังกล่าวนี้ คือการให้คำมั่นว่า “จะตรวจสอบผลิตภัณฑ์นับแต่ขั้นตอนการผลิตจนถึงขั้นการจัดส่งไปยังลูกค้าเพื่อรับประกันว่าวัคซีนยังคงมีประสิทธิภาพ”¹⁵ คดีนี้โจทก์มีมูลคดีที่สมบูรณ์และไม่อาจยกฟ้องได้ เนื่องจากการให้คำมั่นหรือการรับประกันว่าจะใช้ความระมัดระวังอย่างเหมาะสมในการขนส่งและจัดเก็บสินค้าในระหว่างขนส่ง เป็นคนละเรื่องกับการรับประกันใดๆ ที่ปรากฏในฉลากซึ่งได้รับการอนุญาตตามกระบวนการขออนุญาต และไม่มีความเกี่ยวข้องกับอำนาจของ APHIS ในด้านความปลอดภัย ความมีประสิทธิภาพ และความบริสุทธิ์ของชีวภัณฑ์

นอกจากนี้ โจทก์ยังกล่าวอ้างอีกว่าจำเลยไม่ปฏิบัติตาม “การรับประกันโดยปริยายถึงความเหมาะสมสำหรับวัตถุประสงค์ของการใช้” (implied warranty of fitness for a particular purpose) ทั้งนี้การกล่าวอ้างเช่นนั้น ไม่ได้มีฐานมาจากการรับประกันโดยชัดแจ้งหรือการนำเสนอโดยชัดแจ้ง (express warranty or representation) ของจำเลยแต่อย่างใด ศาลในคดี *Mexicana* นี้ ได้อ้างคำพิพากษาในคดี *Altronics of Bethlehem, Inc. v. Repco, Inc.* ซึ่งมีข้อเท็จจริงเกี่ยวข้องกับวัคซีนสำหรับตัวมิงค์ที่ขน (fur-bearing mink) ที่ศาลตัดสินไว้ว่า การรับประกัน “เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย เพื่อทำหน้าที่ปกป้องผู้ซื้อจากความเสียหายในกรณีที่สินค้าที่ซื้อไปมีคุณภาพต่ำกว่าคุณภาพทางการค้า หรือไม่เหมาะสมกับวัตถุประสงค์ของผู้ซื้อ”¹⁶ ในการนี้เพื่อให้ครบองค์ประกอบที่จะฟ้องให้จำเลยรับผิดชอบสำหรับการไม่กระทำการรับประกันสำหรับวัตถุประสงค์บางประการได้นั้น โจทก์ กล่าวคือ ผู้ซื้อจะต้องพิสูจน์ว่า ผู้ขายทราบหรือควรจะทราบได้ว่า วัตถุประสงค์บางประการของผู้ซื้อในเวลาที่ขายนั้นคืออะไร นอกจากนี้ ผู้ซื้อจะต้องพิสูจน์อีกว่า ผู้ขายเป็นผู้มีความรู้ หรือแสดงตนว่าเป็นผู้มีความรู้เกี่ยวกับเงื่อนไขต่างๆ ของสินค้าที่จะสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการใช้สินค้าของผู้ซื้อได้ และประการสุดท้ายผู้ซื้อจะต้องพิสูจน์ต่อไปว่า การตัดสินใจของตนมีฐานมาจากการเชื่อถือในการนำเสนอของผู้ขายอย่างแท้จริงอันนำไปสู่ความเสียหายในท้ายที่สุด¹⁷

หากพิจารณาโดยผิวเผินแล้ว การรับประกันความเหมาะสมสำหรับวัตถุประสงค์บางประการโดยปริยายควรเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่รับผิดชอบของ APHIS มาแต่ต้น เพราะสาระสำคัญของคำฟ้องโจทก์ในกรณีดังกล่าวเป็นเรื่องเกี่ยวกับความไม่มีประสิทธิภาพของวัคซีน ดังที่ได้อธิบายไว้ข้างต้นแล้วว่า APHIS ได้แถลงโดยอาศัยอำนาจของรัฐสภาว่า การให้อนุญาตโดย APHIS ทำให้ไม่อาจมีการดำเนินคดีละเมิดในระดับมลรัฐ (state tort action) ซึ่งกล่าวอ้างว่าวัคซีนที่ได้รับการอนุญาตนั้นมีความชำรุดบกพร่อง อย่างไรก็ตาม ในคดีดังกล่าวนี้ โจทก์ได้ตั้งฐานของคำฟ้องอยู่บนทฤษฎีที่ว่า การรับประกันนั้นเกิดขึ้นโดยการกระทำและการกล่าวอ้างของจำเลย

¹⁴ *Castrol Inc. v. Pennzoil Co.*, 987 F.2d 939, 945 (3d Cir. 1993).

¹⁵ Civil Action No. 15-216 (E.D. Pa. Sep. 16, 2015), pp. 9, 10/16.

¹⁶ 957 F.2d 1102, 1105 (3d Cir. 1992).

¹⁷ the Uniform Commercial Code Section 2-315. “When the seller at the time of the sale has reason to know any particular purpose for which the goods are required and the buyer is relying on the seller’s skill and judgment to select or furnish suitable goods The Uniform Commercial Code has been adopted in virtually all U.S. states.”

ซึ่งเป็นอิสระจากผลของการอนุญาตโดย APHIS ทั้งนี้ ศาลในคดีดังกล่าวระบุว่า ตามกฎหมายแล้ว ลำพังการให้ประกันก็เพียงพอที่จะทำให้เกิดข้อเรียกร้องในเบื้องต้นได้ อย่างไรก็ตาม ศาลไม่ได้ยืนยันว่า การฟ้องในกรณีที่มีการไม่ปฏิบัติตามการรับประกันในความเหมาะสมสำหรับวัตถุประสงค์บางประการนั้นจะประสบความสำเร็จเสมอไป เพื่อที่จะชนะคดี โจทก์จะต้องพิสูจน์ได้ว่าวัคซีนที่ตนใช้นั้นมีความชำรุดบกพร่องจริง ไม่ใช่เพียงพิสูจน์ในทางทฤษฎีว่าวัคซีนดังกล่าวถูกผลิตตามที่ APHIS อนุญาตหรือไม่ ทั้งนี้ ลูกขุนจะเป็นผู้พิจารณาในทางข้อเท็จจริงว่าวัคซีนที่โจทก์ฉีดให้มิงค์มีความชำรุดบกพร่องหรือไม่

(2) การฟ้องคดีละเมิด

ในคดี Incubadora Mexicana, SA de CV v. Zoetis, Inc. โจทก์อ้างว่าการขายวัคซีนที่มีความชำรุดบกพร่องนั้น นอกเหนือจากจะเป็นการผิดสัญญาแล้ว ยังเป็นละเมิดอีกด้วย¹⁸ จำเลยจึงตอบได้ว่า การกล่าวอ้างดังกล่าวตกไปตาม “หลักความเสียหายเชิงเศรษฐกิจ” (economic loss doctrine) ซึ่งวางหลักไว้ในกรณีใด หากมีความสัมพันธ์ทางสัญญาซึ่งกำหนดสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่กรณีอยู่แล้ว ในกรณีเช่นว่า จะไม่มีความแตกต่างระหว่างความเสียหายจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญากับความเสียหายจากละเมิด คดีละเมิดจึงตกไปเนื่องจากโจทก์ไม่มีสิทธิที่จะได้รับการชดเชยความเสียหายสองเท่า โดยศาลได้ให้เหตุผลไว้ว่า “ในกรณีที่ผู้ซื้อสินค้าได้ฟ้องผู้ผลิต และความเสียหายแต่เพียงอย่างเดียวที่ผู้ซื้อกล่าวอ้าง คือ ความเสียหายทางเศรษฐกิจซึ่งเป็นผลมาจากความบกพร่องของสินค้าในการที่จะสามารถทำงานได้ตามที่ได้รับความสะดวก ในกรณีเช่นว่านี้ การฟ้องโดยอ้างการรับประกันโดยชัดแจ้งหรือปรีชาญาณภายใต้กฎหมายสัญญาเป็นเครื่องมือที่ดีที่สุดในการชดเชยความเสียหายของผู้ซื้อ”¹⁹ ศาลจึงตัดสินว่าจะไม่พิจารณาประเด็นข้อกล่าวหาที่ว่าจำเลยกระทำละเมิดต่อโจทก์หรือไม่

(3) การฟ้องละเมิด

ในคดีนี้ โจทก์กล่าวอ้างด้วยว่าจำเลยได้รับประโยชน์ซึ่งไม่มีมูลจะอ้างได้ตามกฎหมาย²⁰ โดยอ้างว่าวัคซีนนั้นชำรุดบกพร่องในขณะที่หรือก่อนที่จะมีขนส่งและชำระราคา อย่างไรก็ตาม การฟ้องละเมิดได้นั้น โจทก์จะต้องพิสูจน์ได้ว่ามูลเหตุทางกฎหมายของการชำระราคานั้นนั้นถดถอยลง ดังนั้นในคดีนี้ เมื่อวัคซีนชำรุดบกพร่องตั้งแต่ถูกขนส่งมายังโจทก์ สิ่งที่โจทก์ได้รับก็คือสินค้าที่ไร้ค่าเพื่อตอบแทนกับเงินซึ่งเป็นสิ่งมีค่านั้นเอง หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า จำเลยได้รับผลประโยชน์ไปโดยไม่มีมูลจะอ้างได้เมื่อเขาจัดส่งสินค้าที่ชำรุดบกพร่อง กล่าวคือ วัคซีนที่ไร้ค่า ทั้งนี้ เช่นเดียวกับการฟ้องในกรณีที่มีการไม่ปฏิบัติตามการรับประกันในความเหมาะสมสำหรับวัตถุประสงค์บางประการ โจทก์จำเป็นต้องพิสูจน์ว่า วัคซีนดังกล่าวมีความชำรุดบกพร่องมาตั้งแต่มีการขนส่งแล้ว อนึ่ง การอ้างว่าวัคซีนมีความชำรุดบกพร่องนั้น ไม่ใช่การอ้างว่าตำรับยาของวัคซีนมีความชำรุดบกพร่อง ดังนั้น คำฟ้องในประเด็นนี้จึงไม่ถูกต้อง ศาลจึงปฏิเสธคำร้องของจำเลยให้มีการพิจารณาคดีโดยรวบรัด (summary judgment)

¹⁸ Civil Action No. 15-216 (E.D. Pa. Sep. 16, 2015), pp.11-13.

¹⁹ *Wereinski v Ford Motor Co.* 286 F.3d 661, 671 (Pa. Super. 1989).

²⁰ Civil Action No. 15-216 (E.D. Pa. Sep. 16, 2015), p.14/15.

(4) กลฉ้อฉล

ในคดีนี้ โจทก์อ้างว่าจำเลยทราบในขณะที่ทำการขายว่าวัคซีนดังกล่าวไม่มีประสิทธิภาพ แต่ยังคงทำการขายต่อไป²¹ ประเด็นนี้ โจทก์จำเป็นต้องมีหลักฐานว่าจำเลยทราบวัคซีนมีความชำรุดบกพร่อง ตั้งแต่เวลาขนส่ง ลำพังแค่การกล่าวอ้างยังไม่เพียงพอ เพราะการดำเนินคดีฉ้อโกงนั้นจะต้องทำให้ข้อเท็จจริง และหลักฐานต่างๆ นั้น ปรากฏเพื่อสนับสนุนคำกล่าวอ้างนั่นเอง ดังนั้น เมื่อโจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ให้เห็นได้ว่า วัคซีนมีความชำรุดบกพร่องตั้งแต่เวลาขนส่ง ศาลจึงพิพากษาว่าข้ออ้างดังกล่าวของโจทก์ที่กล่าวหาว่าจำเลยได้ กระทำการฉ้อฉลนั้นฟังไม่ขึ้น

2. ความรับผิดชอบของผู้นำเข้าหรือผู้ขายวัคซีนสัตว์ปีกภายใต้กฎหมายไทย

(ก) ความสำคัญของอุตสาหกรรมสัตว์ปีกต่อเศรษฐกิจไทย

อุตสาหกรรมสัตว์ปีกมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งสำหรับเศรษฐกิจไทย เนื่องจากขึ้นส่วนไก่แช่แข็ง และไก่เนื้อที่ผ่านกระบวนการผลิตแล้วนั้น เป็นสินค้าส่งออกสำคัญประเภทหนึ่งของไทย ในปี ค.ศ. 2016 ประเทศไทย ผลิตไก่เนื้อได้ 1,550 ล้านตัว หรือคิดเป็นน้ำหนักของเนื้อไก่ที่ผ่านกระบวนการผลิตแล้วจำนวน 2.42 ล้านตัน²² ทั้งนี้ ร้อยละ 30-40 ของกำลังการผลิตไก่เนื้อของประเทศไทยได้ถูกส่งออกไปยังประเทศญี่ปุ่น (45%) สหภาพ ยุโรป (38%) และประเทศกลุ่มอาเซียน (12%)²³

(ข) การจัดระบบการผลิต

ในช่วงสองทศวรรษที่ผ่านมา อุตสาหกรรมสัตว์ปีกในประเทศไทยประสบกับการเปลี่ยนแปลง โครงสร้างอย่างมีนัยสำคัญ โดยก้าวสู่ความเป็นอุตสาหกรรมมากยิ่งขึ้น ประกอบกับการรวมตัวกันในแนวดิ่งมากยิ่งขึ้น จนกระทั่งปี ค.ศ. 2014 เทคโนโลยีก็เข้ามามีบทบาทในการขับเคลื่อนอุตสาหกรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การนำการทำความเย็นแบบระเหยมาใช้ในโรงเรือนเลี้ยงไก่ ซึ่งเป็นการประหยัดต้นทุนด้านแรงงานและทำให้ อุตสาหกรรมเจริญเติบโตมากยิ่งขึ้น ปัจจัยกระตุ้นอีกประการหนึ่งก็คือ เกษตรพันธสัญญา (contract farming) หรือสัญญาการผลิต (production contract) ซึ่งเป็นการตกลงที่ทำให้ผู้ซื้อรายใหญ่มีทางเลือกมากขึ้นในการ ปรับเปลี่ยนปริมาณการผลิตของตนให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงอุปสงค์ทั้งภายในและภายนอกประเทศ สัญญาดังกล่าวช่วยให้ผู้ทำสัญญามีความเสี่ยงที่ลดลงและมีรายได้มากขึ้นกว่าการดำเนินธุรกิจด้านการเกษตร แบบดั้งเดิม²⁴

ด้วยเหตุที่กล่าวมาข้างต้น ปัจจุบันผู้ประกอบการธุรกิจทางการเกษตรรายใหญ่ครบวงจร 12 ราย อาทิ บริษัท เจริญโภคภัณฑ์อาหาร จำกัด (มหาชน) (CPF), บริษัท เบทาโกร จำกัด (มหาชน), บริษัท จีเอฟพีที

²¹ Civil Action No. 15-216 (E.D. Pa. Sep. 16, 2015), p.14/15.

²² สถาบันอาหาร, “อุตสาหกรรมไก่เนื้อ,” กุมภาพันธ์ 2560, เข้าถึงเมื่อ 10 กันยายน 2560 <http://fic.nfi.or.th/foodsectordatabank-detail.php?id=32>.

²³ เรื่องเดียวกัน.

²⁴ Viroj NaRanong, “Structural Changes in Thailand’s Poultry Sector: Avian Influenza and Its Aftermath,” *TDRI Quarterly Review*, September 2008.

จำกัด (มหาชน), บริษัท ชันฟู้ด อินเทอร์เน็ตเซ็นแนล จำกัด, บริษัท แหลมทองอุตสาหกรรมอาหาร จำกัด, บริษัท โกลเด้นท์ โพลทรี อินเทอร์เน็ตเซ็นแนล (ไทยแลนด์) จำกัด มีปริมาณการผลิตเนื้อไก่ร่วมกันกว่าร้อยละ 90 ขณะที่ผู้ประกอบการเลี้ยงไก่อิสระมีปริมาณการผลิตรวมกันน้อยกว่าร้อยละ 10²⁵

ผู้ประกอบการธุรกิจครบวงจรรายใหญ่นำเข้าวัคซีนสำหรับรักษาโรคสัตว์ปีก อาทิ วัคซีนโรคนิวคาสเซิล (Newcastle disease) และโรคมาร์กซ์ ทั้งเพื่อใช้เองในกิจการของตน และในขณะเดียวกันก็ขายวัคซีนเหล่านั้นไปยังเกษตรกรผู้เลี้ยงไก่ที่ทำเกษตรพันธสัญญากับตนด้วย โดยขายพร้อมกับอาหาร สารเคมีต่างๆ และอุปกรณ์สำหรับเลี้ยงไก่ จึงมีประเด็นข้อกฎหมายที่ต้องพิจารณาว่า ตามกฎหมายไทยนั้น เกษตรกรผู้เลี้ยงไก่ตามเกษตรพันธสัญญา หรือเกษตรกรผู้เลี้ยงไก่อิสระที่ซื้อวัคซีนเหล่านั้นไปจากผู้ประกอบการธุรกิจครบวงจรรายใหญ่จะสามารถเรียกร้องให้มีการเยียวยาในกรณีที่วัคซีนมีความชำรุดบกพร่องได้หรือไม่ อย่างไร

(ค) กฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับชีวภัณฑ์สัตว์

สำหรับประเทศไทยนั้น ทั้งวัคซีนที่ใช้ในมนุษย์และในสัตว์ต่างก็ได้รับการควบคุมโดยกฎหมายฉบับเดียวกันคือ พระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510 คำว่า “ยาแผนปัจจุบัน” ตามพระราชบัญญัตินี้หมายความว่า รวมทั้งยาสำหรับมนุษย์และสัตว์ ทั้งนี้ ก่อนที่ผู้ประกอบการธุรกิจครบวงจรรายใหญ่นำเข้าวัคซีนสัตว์ปีกเข้ามาในประเทศไทย จะต้องได้รับอนุญาตจากสำนักยา สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา กระทรวงสาธารณสุขเสียก่อน²⁶

โดยทั่วไปแล้ว ผู้ประกอบการธุรกิจครบวงจรรายใหญ่นำเข้าลูกไก่และแม่พันธุ์ไก่รวมทั้งวัคซีนสัตว์ปีกมาจากสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์ สหรัฐอเมริกา และสหราชอาณาจักร ซึ่งวัคซีนหลักที่ผู้ประกอบการธุรกิจครบวงจรรายใหญ่นำเข้ามี 3 ประเภท คือ วัคซีนโรคนิวคาสเซิล โรคมาร์กซ์ และโรคฝีดาษ²⁷

เป็นที่น่าสังเกตว่า สำนักยา สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยามีอำนาจอนุญาตสำหรับการผลิต รวมถึงการนำเข้าวัคซีนสัตว์เพื่อวัตถุประสงค์ด้านความปลอดภัย แต่สำนักเทคโนโลยีชีวภัณฑ์สัตว์ กรมปศุสัตว์ กระทรวงเกษตรและสหกรณ์จะเป็นหน่วยงานที่มีอำนาจตรวจสอบปริมาณการนำเข้าและการใช้วัคซีนที่นำเข้ามา²⁸

ในช่วงทศวรรษที่ผ่านมา อุตสาหกรรมสัตว์ปีกของไทยได้เปลี่ยนทิศทางการทำเกษตรพันธสัญญาเป็นการรวมตัวกันในแนวตั้ง เพื่อที่จะทำให้แน่ใจได้ว่าจะสามารถบรรลุตามเงื่อนไขเรื่องความปลอดภัยของอาหาร และสวัสดิภาพของสัตว์ของผู้นำเข้าในสหภาพยุโรปได้ ปัจจัยกระตุ้นหลักของปรากฏการณ์ดังกล่าวก็คือ การอุบัติขึ้นของไข้หวัดนกชนิดก่อโรครุนแรง (highly pathogenic avian influenza (HPAI)) ซึ่งเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 2004

²⁵ สถาบันอาหาร, “อุตสาหกรรมไก่เนื้อ,” กุมภาพันธ์ 2560, เข้าถึงเมื่อ 10 กันยายน 2560, <http://fic.nfi.or.th/foodsectordatabank-detail.php?id=32>.

²⁶ Section 79 of the Drug Act B.E.2510.

²⁷ สำนักเทคโนโลยีชีวภัณฑ์สัตว์, กรมปศุสัตว์, “ความต้องการวัคซีนสำหรับสัตว์,” (ตุลาคม 2558–กันยายน 2559), เข้าถึงเมื่อ 20 ตุลาคม 2560, www.dld.go.th.

²⁸ ชุมพล ต่อบุญ, กฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมและป้องกันโรคระบาดในสัตว์เลี้ยง (กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555), หน้า 70. ประกอบการสัมภาษณ์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ สพ.ญ.ดร. เบญจมาศ ปัทมาลัย เมื่อวันที่ 20 มิถุนายน พ.ศ. 2561.

อันส่งผลให้นื้อไก่แช่แข็งจากประเทศไทยถูกห้ามนำเข้าไปในญี่ปุ่นและสหภาพยุโรป ซึ่งเป็นตลาดส่งออกที่ใหญ่ที่สุดสองแห่งของการส่งออกนื้อไก่แช่แข็งของประเทศไทย เหตุการณ์ดังกล่าวทำให้เกษตรกรผู้เลี้ยงไก่อิสระขนาดเล็กได้รับผลกระทบเป็นอย่างมากจนต้องออกจากอุตสาหกรรมไปในที่สุด หลังจากเหตุการณ์แพร่ระบาดของ HPAI (ระหว่างปี ค.ศ. 2004-2006) การให้ฉีควัคซีนไม่เพียงพออีกต่อไป เนื่องจากผู้นำเข้าสัตว์ปีกรายใหญ่จากประเทศไทยเรียกร้องให้มีการปฏิบัติตามมาตรฐานที่เข้มงวดยิ่งกว่ามาตรฐานตามองค์การสุขภาพสัตว์โลก (World Organisation for Animal Health (OIE)) กำหนดไว้ โดยในปัจจุบันผู้ผลิตแบบครบวงจรรายใหญ่นำการเลี้ยงไก่ในโรงเรือนแบบปิดมาใช้ ยิ่งไปกว่านั้น เพื่อที่จะรับประกันได้ว่าจะมีระดับความปลอดภัยที่สูงขึ้น อุตสาหกรรมสัตว์ปีกในปัจจุบันได้นำการแบ่งส่วนแบบควบคุม (control – compartmentalization) อย่างเคร่งครัดมากขึ้นมาใช้ตามคำแนะนำของกรมปศุสัตว์และองค์การสุขภาพสัตว์โลก อย่างไรก็ตาม การแบ่งส่วนดังกล่าว ทำให้ต้องมีการรวมตัวกันที่มากยิ่งขึ้นและมีขนาดของกิจการที่ใหญ่ขึ้น²⁹

(ง) ความรับผิดของผู้ขายวัคซีนสัตว์ปีกตามกฎหมายไทย

ประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาคือ ผู้ขายวัคซีนมีความรับผิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 หรือไม่

ผู้เขียนมีความเห็นว่า ผู้ขายไม่มีความรับผิดตามพระราชบัญญัติดังกล่าว เนื่องจากเจตนารมณ์ของกฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์ในประเทศต่าง ๆ ที่มีเศรษฐกิจที่ก้าวหน้า ไม่ว่าจะเป็นสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ญี่ปุ่น รวมถึงประเทศไทย ต่างก็มุ่งปกป้องผู้บริโภคที่เป็นปัจเจกชนซึ่งไม่มีอำนาจต่อรอง และไม่สามารถในการตรวจสอบและแยกแยะได้ว่าผลิตภัณฑ์ที่เขาจะใช้หรือบริโภคมีอันตรายร้ายแรงหรือไม่ ตามมาตรา 9 ของพระราชบัญญัตินี้ ผู้ประกอบการไม่สามารถยกข้อตกลงระหว่างตนกับผู้บริโภคที่ทำขึ้นก่อนที่จะเกิดความเสียหาย และไม่สามารถยกการแจ้งข้อความใด ๆ ของตนขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อที่จะยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของตนในกรณีที่มีความเสียหายอันเนื่องมาจากสินค้าไม่ปลอดภัยได้ ในทางกลับกัน หากเป็นการทำสัญญาระหว่างผู้ประกอบการด้วยกันเองแล้ว จะเขียนข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของตนในกรณีที่มีความเสียหายอันเนื่องมาจากสินค้าไม่ปลอดภัยอย่างไรก็ได้ ด้วยเหตุนี้ มาตรา 9 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า เพื่อประโยชน์แห่งมาตรานี้ ผู้บริโภคมีความหมายเช่นเดียวกับนิยามคำว่า “ผู้บริโภค” ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค³⁰ ดังนั้น ความเสียหายต่อทรัพย์สินของคู่สัญญาที่ได้รับความเสียหายจะต้องถูกตีความโดยจำกัดแค่ทรัพย์สินที่ผู้บริโภคมีเพื่อใช้สอยเป็นการส่วนตัวหรือใช้บริโภคเท่านั้น ไม่รวมไปถึงทรัพย์สินเพื่อใช้ในธุรกิจ เพราะฉะนั้น ผู้ไก่ทั้งหมดหรือนื้อไก่ซึ่งถือว่าเป็นทรัพย์สินที่ใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในทางธุรกิจ จึงไม่ได้รับการคุ้มครองภายใต้พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

²⁹ Viroj NaRanong, “Structural Changes in Thailand’s Poultry Sector: Avian Influenza and Its Aftermath,”.

³⁰ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 3 บัญญัติว่า

“ในพระราชบัญญัตินี้

...

“ผู้บริโภค” หมายความว่า ผู้ซื้อหรือผู้ได้รับการจากผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้ซึ่งได้รับการเสนอหรือการชักชวนจากผู้ประกอบธุรกิจเพื่อให้ซื้อสินค้าหรือรับบริการและหมายความรวมถึงผู้ใช้สินค้าหรือผู้ได้รับการจากผู้ประกอบธุรกิจโดยชอบ แม้มิได้เป็นผู้เสียค่าตอบแทนก็ตาม ...”

อย่างไรก็ดี แม้ว่าผู้ขายวัคซีนจะไม่ต้องรับผิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยก็ตาม ผู้ประกอบธุรกิจรวบรวมจรรยาใหญ่ซึ่งขายวัคซีนสัตว์ปีกให้แก่เกษตรกรผู้เลี้ยงไก่ตามเกษตรพันธสัญญาหรือเกษตรกรผู้เลี้ยงไก่อิสระอาจมีความรับผิดตามมาตรา 472 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากนักวิชาการทางนิติศาสตร์ของไทยที่มีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับกฎหมายซื้อขายของไทย และกฎหมายซื้อขายของสหรัฐอเมริกาอย่างลึกซึ้ง มีความเห็นว่ามาตรา 472 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้ยอมรับการรับประกันความเหมาะสมสำหรับวัตถุประสงค์ของการใช้โดยปริยาย (implied warranty) ด้วย³¹ ด้วยเหตุนี้ หากเกษตรกรผู้เลี้ยงไก่ตามเกษตรพันธสัญญาหรือเกษตรกรผู้เลี้ยงไก่อิสระซื้อวัคซีนสัตว์ปีกที่มีความชำรุดบกพร่อง อาทิ เกษตรกรผู้เลี้ยงไก่ซื้อวัคซีนโรคนิวคาสเซิลมาฉีดให้กับไก่ในฟาร์ม แต่ปรากฏว่าไก่ตายทั้งฝูง เกษตรกรผู้เลี้ยงไก่อ้างกล่าวสามารถฟ้องผู้ขายให้รับผิดในความเสียหายได้

ในเดือนพฤษภาคม พ.ศ. 2560 สภานิติบัญญัติแห่งชาติได้ตราพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาระบบเกษตรพันธสัญญา พ.ศ. 2560 ขึ้นเพื่อที่จะยกระดับสัญญาการผลิต (เกษตรพันธสัญญา) ไปสู่มาตรฐานสากล โดยมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 23 กันยายน พ.ศ. 2560 โดยมาตรา 26 ของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวบัญญัติว่า ข้อตกลงในเกษตรพันธสัญญาซึ่งยกเว้นความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจการเกษตรในกรณีที่อาหาร ยา สารเคมี หรืออุปกรณ์ที่ตนขายให้แก่เกษตรกรตามเกษตรพันธสัญญามีความชำรุดบกพร่องนั้น ไม่มีผลใช้บังคับ ดังนั้น หากเกษตรกรผู้เลี้ยงไก่อ้างตามเกษตรพันธสัญญาซื้อวัคซีนสัตว์ปีกจากผู้ประกอบธุรกิจรวบรวมจรรยาใหญ่แล้ว ปรากฏว่าไก่ทั้งฝูงของตนตาย เกษตรกรผู้เลี้ยงไก่อ้างดังกล่าวสามารถฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ แม้จะมีข้อตกลงว่า ผู้ประกอบธุรกิจรวบรวมจรรยาใหญ่ไม่ต้องรับผิดขอในความชำรุดบกพร่องดังกล่าวก็ตาม

3. การวิเคราะห์ทางกฎหมายและข้อเสนอแนะ

กฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์เกิดขึ้นเนื่องจากการเกิดการปฏิวัติอุตสาหกรรมครั้งที่สองในประเทศอุตสาหกรรมตะวันตก โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ มีการใช้พลังงานไฟฟ้าแทนพลังงานไอน้ำ และการใช้สายพานลำเลียงในระบบการผลิต อันทำให้การผลิตสินค้าอุตสาหกรรมมีประสิทธิภาพสูงมาก ตัวอย่างที่เด่นชัด คือ การผลิตรถยนต์ของบริษัท Ford Motor ซึ่งเพิ่มประสิทธิภาพการผลิตสูงมาก สามารถทำให้ต้นทุนการผลิตรถยนต์ของบริษัทลดลงถึง 60% พลังงานไฟฟ้าและระบบการผลิตแบบใช้สายพานลำเลียงทำให้เกิดการผลิตแบบจำนวนมากๆ (mass production) ในสินค้าอุตสาหกรรมเกือบทุกชนิด เช่น รถยนต์ เครื่องใช้ไฟฟ้า อาหาร เครื่องดื่ม ของใช้ในครัวเรือน ฯลฯ และเนื่องจากราคาสินค้าของอุตสาหกรรมมีราคาจำหน่ายถูกลงมากจากการผลิตที่มีประสิทธิภาพ ทำให้เกิดการบริโภคของผู้บริโภคเป็นจำนวนมากๆ (mass consumption) แต่เทคโนโลยีการผลิตและลักษณะของสินค้ามีความซับซ้อนมากขึ้น เช่น การผลิตรถยนต์หนึ่งคันต้องใช้ชิ้นส่วนมาประกอบกันประมาณ 30,000 ชิ้น การผลิตรักษาโรคต้องใช้เทคโนโลยีที่ซับซ้อนมาก เป็นต้น

ดังนั้น เมื่อผู้บริโภคซื้อสินค้ามาใช้ ผู้บริโภคไม่มีความรู้ความสามารถที่จะตรวจสอบได้ว่าสินค้าที่ตนซื้อมามีความชำรุดบกพร่องในส่วนไหน อย่างไร เมื่อเกิดอุบัติเหตุขึ้นมาแล้วผู้บริโภคได้รับความเสียหายแก่ร่างกายหรือ

³¹ วิชาญ เครื่องาม, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วย ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2549).

ทรัพย์สิน แม้ว่าโดยหลักแล้วผู้บริโภคสามารถฟ้องผู้ผลิตสินค้าอุตสาหกรรมนั้นได้ตามกฎหมายละเมิด แต่ผู้บริโภคต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า ผู้ผลิตสินค้าอุตสาหกรรมที่ผลิตสินค้าขึ้นที่ก่อให้เกิดอุบัติเหตุ นั้นประมาทเลินเล่อในการผลิตสินค้านั้น ซึ่งภาระการพิสูจน์ของโจทก์ (ผู้เสียหาย) จะสูงมากจนอาจกล่าวได้ว่าแทบเป็นไปไม่ได้ในความเป็นจริง เมื่อพิสูจน์ไม่ได้ศาลก็จะพิพากษาให้ยกฟ้องของโจทก์ หากโจทก์จะฟ้องจำเลยโดยกล่าวอ้างว่า จำเลยผิดสัญญาซื้อขาย แม้ว่าโจทก์จะพิสูจน์ได้ว่าสินค้าชำรุดบกพร่อง แต่การเยียวยาตามสัญญาซื้อขายจะจำกัดอยู่ที่ค่าสินไหมทดแทนเกี่ยวกับตัวทรัพย์สินที่ชำรุดบกพร่อง ตัวอย่างเช่น กรณีที่คันเร่งน้ำมันของรถยนต์ชำรุดบกพร่องแล้วก่อให้เกิดอุบัติเหตุร้ายแรง คือทำให้คนขับพิการ ต้องเสียค่ารักษาพยาบาลจำนวนมาก ได้รับความทุกข์ทรมานระหว่างการรักษาและภายหลังเมื่อออกมาจากโรงพยาบาลนายจ้างให้ออกจากงานเพราะไม่สามารถทำงานในตำแหน่งเดิมได้ ค่าสินไหมทดแทนตามสัญญาซื้อขาย คือการได้รับบาดเจ็บ แต่ไม่รวมค่ารักษาพยาบาล ค่าทนายทนาย ค่าเสียหายต่อจิตใจ ค่าขาดสมรรถนะในการประกอบอาชีพ นอกจากนี้ ยังมีหลายกรณีที่ผู้เสียหายไม่ใช่คู่สัญญาซื้อขาย เช่น แม่ซื้อนมผงเลี้ยงทารกบนเบื่อนสารพิษมาให้ลูกดื่ม ซึ่งลูกไม่ได้เป็นคู่สัญญาซื้อขายหรือกรณีที่พนักงานเสิร์ฟอาหารในภัตตาคารได้รับบาดเจ็บจนตาบอดเนื่องจากน้ำอัดลมที่กำลังถือไปบริการลูกค้าระเบิดทำให้มีเศษแก้วมาแทงตา พนักงานเสิร์ฟไม่ได้เป็นคู่สัญญาจึงไม่สามารถนำคดีมาฟ้องศาลได้ เป็นต้น

ด้วยเหตุนี้ กฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์จึงเป็นกฎหมายที่มีความจำเป็นในประเทศที่มีระดับการพัฒนาอุตสาหกรรมที่เน้นผลิตจำนวนมาก (mass production) และบริโภคจำนวนมาก (mass consumption) โดยเริ่มจากประเทศสหรัฐอเมริกาในคดี MacPherson v. Buick Motor Co.³² ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1916 เป็นต้นมา ดังนั้น ประสพการณ์อันยาวนานของสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับกฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์จึงน่าจะให้ประโยชน์ต่อประเทศไทยซึ่งมีกฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์เมื่อปี ค.ศ. 2008 โดยมีชื่อเรียกเป็นทางการว่า “พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551”

กฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์ของสหรัฐอเมริกาและกฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์ของประเทศไทยมีความเหมือนกัน คือ ผู้ประกอบการต้องรับผิดโดยเคร่งครัด (strict liability) แม้ว่าผู้ประกอบการจะไม่ได้ประมาทเลินเล่อก็ตาม แต่ความแตกต่างกันคือ ภาระการพิสูจน์ของโจทก์ (ผู้เสียหาย) ตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกาจะสูงกว่า กล่าวคือ แม้โจทก์ไม่ต้องนำเสนอข้อพิสูจน์ว่าจำเลยประมาทเลินเล่อในการผลิตสินค้านั้นที่ชำรุดบกพร่องและก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ก็ตาม แต่โจทก์ก็ยังมีหน้าที่นำเสนอข้อพิสูจน์ว่าสินค้านั้นมีความชำรุดบกพร่องในการผลิต (manufacturing defect) หรือความชำรุดบกพร่องในการออกแบบ (design defect) หรือบกพร่องในการเตือน (warning defect) แต่ภาระการพิสูจน์ตามกฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์ของประเทศไทยจะต่ำกว่า กล่าวคือ โจทก์มีหน้าที่นำเสนอข้อพิสูจน์ว่าโจทก์ได้รับความเสียหายแก่ร่างกายหรือทรัพย์สินที่เป็นของใช้ส่วนตัวของโจทก์จากการใช้สินค้าของจำเลย และการใช้สินค้านั้นก็เป็นการใช้ตามปกติธรรมดา (normal use)³³ ซึ่งกล่าวได้ว่า ภาระการพิสูจน์ของโจทก์ต่ำมาก

³² MacPherson v. Buick Motor Co. Court of Appeals of New York. 217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050 (1916)

³³ พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 มาตรา 6 บัญญัติว่า

“เพื่อให้ผู้ประกอบการต้องรับผิดตามมาตรา 5 ผู้เสียหายหรือผู้มีสิทธิฟ้องคดีแทนตามมาตรา 10 ต้องพิสูจน์ว่าผู้เสียหายได้รับความเสียหายจากสินค้าของผู้ประกอบการและการใช้หรือการเก็บรักษาสินค้านั้นเป็นไปตามปกติธรรมดา แต่ไม่ต้องพิสูจน์ว่าความเสียหายเกิดจากการกระทำของผู้ประกอบการผู้ใด”

นอกจากนี้ ข้อต่อสู้ของจำเลยซึ่งเป็นข้อต่อสู้ที่จะทำให้จำเลยไม่ต้องรับผิดต่อโจทก์ (affirmative defence) จะเป็นข้อต่อสู้ที่พิสูจน์ได้ยาก ได้แก่ ข้อต่อสู้ตามมาตรา 7 (1)³⁴ ที่จำเลยต้องพิสูจน์ว่าสินค้าชิ้นนั้นไม่ได้เป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย เพราะสินค้าชิ้นนั้นไม่มีความชำรุดบกพร่องจากการผลิต หรือความชำรุดบกพร่องจากการออกแบบ หรือความบกพร่องจากการเตือน คำอธิบาย วิธีการใช้ การเก็บรักษา กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า กฎหมายไทยได้หลักการพิสูจน์ในประเด็นยาก คือ สินค้าชิ้นที่ก่ออุบัติเหตุแก่โจทก์นั้นมีความชำรุดบกพร่องให้ตกแก่จำเลย ซึ่งตรงกันข้ามกับกฎหมายของสหรัฐอเมริกา

นอกจากนั้นแล้ว ในประเทศสหรัฐอเมริกา สินค้าบางประเภท เช่น ยารักษาโรคของคนที่ต้องมีใบแพทย์สั่ง เมื่อขออนุญาตขึ้นทะเบียนยาและได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการอาหารและยาแล้วก็จะถือว่าเป็นสินค้าที่ไม่มีความชำรุดบกพร่อง เครื่องมือแพทย์ประเภทที่ต้องใช้เทคโนโลยีการออกแบบการผลิตที่สลับซับซ้อน เช่น เครื่องปรับจังหวะการเต้นของหัวใจ (pacemaker) เมื่อได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการอาหารและยาแล้ว ก็จะถือว่าเป็นสินค้าที่ไม่มีความชำรุดบกพร่อง สำหรับวัคซีนสัตว์นั้น เมื่อ APHIS ซึ่งเป็นแผนกหนึ่งของสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาให้การอนุญาตแก่วัคซีนชนิดใดแล้ว ย่อมถือว่าวัคซีนที่ได้รับอนุญาตนั้นไม่มีความชำรุดบกพร่อง ดังที่เห็นในคำพิพากษาคดี Incubadona Maxicana, SA de CV v. Zoetis, Inc. โจทก์ (ผู้เสียหายจากการที่ไก่ที่เลี้ยงในเชิงพาณิชย์จำนวนมากตายลงโดยกล่าวอ้างว่าเพราะวัคซีนป้องกันโรคมาเร็กซ์ที่ซื้อมาจากจำเลยใช้ไม่ได้ผล) ต้องฟ้องจำเลยตามมูลสัญญาซื้อขาย โดยโจทก์กล่าวอ้างว่าจำเลยผิดสัญญาซื้อขายในประเด็นที่ว่า จำเลยได้ให้การรับประกันอย่างชัดแจ้ง (express warranty) และการรับประกันโดยปริยาย (implied warranty) แต่โจทก์มีหน้าที่นำสืบพิสูจน์ในแต่ละประเด็นแตกต่างกันตามรายละเอียดของคำพิพากษาที่ได้กล่าวมาข้างต้น สรุปคือ ประเทศสหรัฐอเมริกาในปัจจุบัน การฟ้องผู้ผลิตวัคซีนให้ต้องรับผิดในกรณีนี้ผู้เลี้ยงไก่ได้รับความเสียหายเนื่องจากไก่ที่เลี้ยงตายลงเพราะเป็นโรคที่ผู้เลี้ยงไก่ได้ให้วัคซีนป้องกันโรคนั้นแล้ว โดยทำให้ผู้เลี้ยงไก่เชื่อว่าเป็นเพราะวัคซีนที่ใช้ป้องกันโรคนั้นชำรุดบกพร่อง ในกรณีเช่นนี้ ผู้เลี้ยงไก่ต้องฟ้องผู้ผลิตวัคซีนให้ต้องรับผิดตามสัญญาซื้อขาย

เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีอุตสาหกรรมผลิตเนื้อไก่ที่ใหญ่ที่สุดในโลก และส่งออกเนื้อไก่มากเป็นอันดับสองของโลก เกษตรกรหนึ่งรายสามารถเลี้ยงไก่จำนวนมากถึง 483,600 ตัว และแปลงเป็นน้ำหนักเนื้อไก่ได้ถึง 2.65 ล้านปอนด์ (ประมาณ 1.2 ล้านกิโลกรัม) ซึ่งเป็นระบบการผลิตเนื้อไก่ที่มีประสิทธิภาพ โดยหัวใจระบบผลิตที่มีประสิทธิภาพนี้อยู่ที่ระบบเกษตรพันธสัญญา (contract farming) ซึ่งครอบคลุมเกษตรกรผู้เลี้ยงไก่เนื้อถึง 99.60% กล่าวคือเกษตรกรผู้เลี้ยงไก่เนื้อแทบทุกรายเป็นเกษตรกรที่อยู่ในระบบเกษตรพันธสัญญา ซึ่งเหตุผลที่ทำให้เกษตรกรผู้เลี้ยงไก่เนื้อแทบทุกรายสมัครใจเข้าทำสัญญากับบริษัทยักษ์ใหญ่ผู้รับซื้อไก่เนื้อจากเกษตรกรคือ ความเสี่ยง (risk) ในเรื่องราคาที่ดินผืนของเนื้อไก่จะตกเป็นภาระอยู่กับบริษัทผู้รับซื้อ เกษตรกร

³⁴ พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 มาตรา 7 บัญญัติว่า

“ผู้ประกอบการไม่ต้องรับผิดต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยหากพิสูจน์ได้ว่า

(1) สินค้าชิ้นนั้นไม่ได้เป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย

(2) ผู้เสียหายได้รู้อยู่แล้วว่าสินค้าชิ้นนั้นเป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย หรือ

(3) ความเสียหายเกิดขึ้นจากการใช้หรือการเก็บรักษาสินค้าไม่ถูกต้องตามวิธีใช้ วิธีเก็บรักษา คำเตือน หรือข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าที่ผู้ประกอบการได้กำหนดไว้อย่างถูกต้องและชัดเจนตามสมควรแล้ว”

จึงสามารถทุ่มเทไปที่การเลี้ยงไก่เนื้อให้โตเร็ว สุขภาพดีเท่านั้น โดยไม่ต้องกังวลว่าราคาไก่เนื้อจะตกต่ำเพราะบริษัทผู้รับซื้อจะรับซื้อในราคาที่รับประกันไว้ตามสัญญาเสมอ

อุตสาหกรรมการเลี้ยงไก่เนื้อในประเทศไทยก็เป็นอุตสาหกรรมที่ดำเนินการตามแนวทางของอุตสาหกรรม การเลี้ยงไก่ในประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือเกษตรกรประมาณ 90% จะเป็นเกษตรกรผู้เลี้ยงไก่เนื้อที่เข้าทำ เกษตรพันธสัญญากับบริษัทขนาดใหญ่ซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจทางการเกษตรรายใหญ่ครบวงจร 12 บริษัท เหลือเพียงอีกประมาณ 10% เท่านั้นที่เป็นเกษตรกรผู้เลี้ยงไก่อิสระ ด้วยระบบการผลิตไก่เนื้อที่อาศัยระบบเกษตร พันธสัญญา จึงทำให้การผลิตไก่เนื้อในประเทศไทยมีประสิทธิภาพสูง กล่าวคือ ราคาเนื้อไก่ที่ผลิตในประเทศไทย มีราคาถูกกว่าประเทศอื่นๆ ทำให้ประเทศไทยเป็นประเทศผู้ส่งออกเนื้อไก่แช่เย็นแช่แข็งที่สำคัญในลำดับต้นๆ ของโลก ทำให้ธุรกิจการผลิตและส่งออกเนื้อไก่ได้นำเงินตราต่างประเทศจำนวนมากเข้ามาในประเทศ เพราะเนื้อไก่ เป็นสินค้าส่งออกในลำดับต้น ๆ ของประเทศไทย ดังนั้นการรักษาระบบการผลิตไก่เนื้อที่มีประสิทธิภาพสูงในปัจจุบัน จึงเป็นเรื่องสำคัญ

กฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์ของไทยอาจเป็นตัวแปรสำคัญที่มีผลกระทบในแง่ลบต่อระบบการผลิต ไก่เนื้อที่กล่าวมาข้างต้น เนื่องจากบทบัญญัติมาตรา 4³⁵ ของพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น จากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 กำหนดให้ผู้นำเข้าหรือผู้ขายปลีกที่ไม่สามารถระบุผู้ผลิตหรือผู้นำเข้าได้ต้อง รับผิดในกรณีที่สินค้าที่นำเข้านั้นก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย สุขภาพ อนามัย จิตใจ หรือทรัพย์สิน เมื่ออ่านบทบัญญัติของมาตรา 4 และตีความตามตัวอักษรแล้ว เกษตรกรผู้เลี้ยงไก่เนื้อตามเกษตรพันธสัญญา ซึ่งเป็นผู้ซื้อลูกไก่เนื้อ อาหารเลี้ยงไก่เนื้อ อุปกรณ์สำหรับเลี้ยงไก่ วัคซีนและสารเคมีต่างๆ จากผู้ประกอบการกิจ ทางการเกษตรรายใหญ่ซึ่งเป็นผู้นำเข้าวัคซีนจากต่างประเทศ แล้วให้วัคซีนแก่ไก่เนื้อที่เลี้ยง แต่ต่อมาไก่เนื้อตายลง เนื่องจากโรคติดต่อที่ตนได้ใช้วัคซีนที่ซื้อมาป้องกันไว้แล้ว เช่นนี้ เกษตรกรผู้เลี้ยงไก่ย่อมสามารถฟ้องให้ผู้ประกอบ ธุรกิจทางการเกษตรรายใหญ่ซึ่งเป็นผู้นำเข้าและผู้ขายปลีกวัคซีนที่ชำรุดบกพร่องต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายต่อ ทรัพย์สินของตนได้ ซึ่งได้แก่ การตายทั้งฝูงของไก่เนื้อที่เลี้ยง และภาระการพิสูจน์ของเกษตรกรผู้เสียหายย่อม เป็นไปตามมาตรา 6 ของพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ซึ่งมีภาระ การพิสูจน์ที่ต่ำมาก กล่าวคือ พิสูจน์ว่าฝูงไก่ของตนเองตายลง และตนเองได้ใช้วัคซีนที่ซื้อมาจากผู้ประกอบการกิจ รายใหญ่ตามปกติธรรมดา ซึ่งสามารถพิสูจน์ได้ไม่ยาก แต่ภาระการพิสูจน์หลักข้างที่ตกเป็นของผู้ประกอบธุรกิจ

³⁵ พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 มาตรา 4 บัญญัติว่า

“ในพระราชบัญญัตินี้

...

“ความเสียหาย” หมายความว่า ความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยไม่ว่าจะเป็นความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย สุขภาพ อนามัย จิตใจ หรือทรัพย์สิน ทั้งนี้ ไม่รวมถึงความเสียหายต่อตัวสินค้าที่ไม่ปลอดภัยนั้น

...

“ผู้ประกอบการ” หมายความว่า

(1) ผู้ผลิต หรือผู้ว่าจ้างให้ผลิต

(2) ผู้นำเข้า

(3) ผู้ขายสินค้าที่ไม่สามารถระบุตัวผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิต หรือผู้นำเข้าได้

(4) ผู้ซึ่งใช้ชื่อ ชื่อทางการค้า เครื่องหมายการค้า เครื่องหมาย ข้อความหรือแสดงด้วยวิธีใด ๆ อันมีลักษณะที่จะทำให้เกิดความเข้าใจได้ว่าเป็น ผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิตหรือผู้นำเข้า”

การเกษตรรายใหญ่จะสูงและยากมาก เพราะจะต้องพิสูจน์ให้ได้ตามมาตรา 7 ซึ่งโอกาสจะพิสูจน์หักล้างนั้น เป็นไปได้ได้น้อยมาก ผลคือผู้ประกอบการกิจการเกษตรรายใหญ่จะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่เกษตรกรผู้ผลิต ไก่เนื้อ คือมูลค่าของไก่ทั้งฝูงที่ตายเพราะโรคติดต่อของสัตว์ปีกนั้น ผลของคำพิพากษาของศาลในกรณีตามอุทธรณ์ ดังกล่าวย่อมทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจต้องรับความเสี่ยงเพิ่มขึ้น

โดยเหตุและผลแล้ว การที่วัคซีนใช้ไม่ได้ผลไม่น่าจะเกิดจากความผิดพลาดในการบริหารจัดการการนำเข้า และการเก็บรักษาวัคซีนของผู้ประกอบธุรกิจการเกษตรรายใหญ่ ซึ่งมีความพร้อมในด้านบุคลากร ข้อมูลเกี่ยวกับ บริษัทในต่างประเทศที่มีความเชี่ยวชาญในการผลิตวัคซีนป้องกันโรคติดต่อสัตว์ปีกแต่ละชนิด ตลอดจนวิธีการ และความเชี่ยวชาญในการบริหารการนำเข้า การจัดเก็บ การกระจายวัคซีนไปสู่เกษตรกร เป็นต้น ซึ่งจะแตกต่าง กับเกษตรกรผู้เลี้ยงไก่เนื้อซึ่งอาจจะไม่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญ และทรัพยากร (เงินทุนในการจัดซื้ออุปกรณ์ต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการจัดเก็บรักษาวัคซีน อุปกรณ์การให้วัคซีน ฯลฯ) เช่น อาจไม่ได้จัดเก็บวัคซีนที่ซื้อมาในไนโตรเจน เหลว และการขนส่งวัคซีนทำไม่ถูกต้อง เป็นต้น ทำให้วัคซีนใช้ไม่ได้ผล

นอกจากนั้นแล้วยังมีประเด็นเรื่องบุคคลที่ตกอยู่ภายใต้การคุ้มครองของพระราชบัญญัติความรับผิด ต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ว่ารวมถึงเกษตรกรผู้เลี้ยงไก่เนื้อด้วยหรือไม่นั้น ผู้เขียนเห็นว่า ไม่น่าจะรวมถึงเกษตรกรผู้เลี้ยงไก่เนื้อด้วย เนื่องจากเหตุผลที่ว่า เจตนารมณ์ของกฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์ ของประเทศสหรัฐอเมริกา ต้องการปกป้องผู้บริโภค (consumer) รวมถึงบุคคลภายนอกอื่น ๆ (bystander) ที่ไม่ได้เป็นผู้มีนิติสัมพันธ์กับผู้ผลิตสินค้า เช่น เด็กทารกที่ดื่มนมผงซึ่งปนเปื้อนสารพิษเพราะมีความผิดพลาด ในกระบวนการผลิตนมผงของบริษัทผู้ผลิต แต่ผู้ซื้อคือมารดาของเด็กทารก หรือกรณีที่ผู้เข้าไปเดินซื้อของในห้าง จำหน่ายอาหาร (supermarket) แล้วขวดน้ำอัดลมที่วางอยู่ในชั้นวางของนั้นระเบิดใส่จนได้รับบาดเจ็บ เป็นต้น แต่เกษตรกรผู้เลี้ยงไก่เนื้อในเชิงพาณิชย์ ไม่ว่าจะเป็นเกษตรกรตามเกษตรพันธสัญญา หรือเกษตรกรผู้เลี้ยงไก่เนื้อ อิสระ ล้วนแต่เป็นผู้ใช้ประโยชน์วัคซีนขั้นสุดท้าย (end user) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของห่วงโซ่อุปทาน (supply chain) ของระบบการผลิตไก่เนื้อในเชิงพาณิชย์ กล่าวอีกนัยหนึ่ง เกษตรกรผู้เลี้ยงไก่เนื้อทั้งสองประเภทข้างต้น ล้วนแต่ เป็นผู้ประกอบการในเชิงพาณิชย์ทั้งนั้น จึงอยู่นอกขอบเขตการคุ้มครองของกฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์ ซึ่งมุ่งคุ้มครองผู้บริโภคและบุคคลภายนอกที่ไม่มีนิติสัมพันธ์กับผู้ผลิตเท่านั้น นอกจากนั้นแล้ว ทรัพย์สินที่ตกอยู่ภายใต้ การคุ้มครองของพระราชบัญญัติฉบับนี้ ควรเป็นทรัพย์สินที่ใช้หรือบริโภคส่วนตัว (private use or consumption) ของผู้เสียหายเท่านั้น ตามแนวทางบทบัญญัติของกฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์ของสหภาพยุโรป³⁶ ซึ่งเป็น กฎหมายที่สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคใช้เป็นหนึ่งในบรรดาด้านแบบที่ชี้แจงร่างพระราชบัญญัติ ความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551³⁷

³⁶ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและคำพิพากษาเปรียบเทียบ: กฎหมายความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน), 147.

³⁷ Council Directive of 25 July 1985 on the approximation of the law, regulations and administrative provision of the member states concerning liability for defective product (85/374/EEC) บัญญัติว่า “Whereas the protection of the consumer requires compensation for death and personal injury as well as compensation for damage to property; whereas the latter should nevertheless be limited to goods for private use or consumption ...” (ขีดเส้นใต้โดยผู้เขียน)

ดังนั้น ไก่เนื้อที่ตายจึงไม่ได้เป็นทรัพย์สินที่มีไว้เพื่อการใช้หรือการบริโภคส่วนตัว แต่เป็นทรัพย์สินที่มีไว้เพื่อวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์ จึงไม่ตกอยู่ภายในขอบเขตของการคุ้มครองของพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยนี้

ข้อเสนอแนะในทางกฎหมายของผู้เขียนคือ เกษตรกรผู้เลี้ยงไก่เนื้ออิสระซึ่งไก่เนื้อที่เลี้ยงตายและประสงค์ที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหาย ควรต้องฟ้องตามบทบัญญัติมาตรา 472 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ให้ผู้ขายวัคซีนรับผิดชอบ แต่เกษตรกรผู้เลี้ยงไก่เนื้ออิสระก็มีภาระการพิสูจน์ตามมาตรา 472 ว่าสินค้ามีความชำรุดบกพร่อง ส่วนเกษตรกรผู้เลี้ยงไก่เนื้อที่มีสัญญาเกษตรพันธะกับผู้ประกอบธุรกิจการเกษตรรายใหญ่ และมีข้อสัญญาในสัญญาเกษตรพันธะว่า “ผู้ขายไม่ต้องรับผิดชอบในกรณีที่วัคซีนที่ตนขายให้แก่ผู้ซื้อมีความชำรุดบกพร่อง” ควรฟ้องตามบทบัญญัติมาตรา 472 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประกอบมาตรา 26 ของพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาเกษตรพันธสัญญา พ.ศ. 2560 และต้องมีภาระการพิสูจน์ตามบทบัญญัติของมาตรา 472 ซึ่งหากสิทธิหน้าที่ของผู้ประกอบการเลี้ยงไก่เนื้อเป็นไปตามข้างต้นแล้ว เกษตรกรผู้เลี้ยงไก่เนื้อก็จำเป็นต้องมีการระมัดระวังในการจัดเก็บ การขนส่ง และการให้วัคซีน และมีการจัดทำเอกสารที่เกี่ยวข้องไว้อย่างเพียงพอ ชัดเจน เพื่อใช้ในการพิสูจน์ว่าตนเองได้ใช้ความระมัดระวังตามลักษณะอาชีพแล้ว

ผลของการเดินตามแนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับความรับผิดของผู้ขายวัคซีนสัตว์ปีกที่มีความชำรุดบกพร่อง น่าจะเป็นเหตุผลหนึ่งที่ทำให้ประเทศไทยรักษาระบบการผลิตไก่เนื้อที่มีประสิทธิภาพและนำเงินตราจากต่างประเทศเข้าสู่ประเทศไทยได้ต่อไป

A Comparative Study of the Standard of Negligence in Civil Medical Malpractice Litigation in Thailand and the USA¹

ศึกษาเปรียบเทียบมาตรฐานของความประมาทเลินเล่อในคดีทortsเวชปฏิบัติทางแพ่งในประเทศไทยและสหรัฐอเมริกา

สุรัชดา รีคี
*Surutchada Reekie**

อาจารย์ประจำ
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330
Full-time Lecturer
Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok, 10330

Corresponding author E-mail: surutchada.r@chula.ac.th

(Received: July 3, 2018; Revised: February 14, 2019; Accepted: February 14, 2019)

Abstract

The problem of medical malpractice litigation has become increasingly important in Thailand. Defendant-doctors may potentially face criminal and civil liability, and a large sum of damages. In civil cases, claimant-patients commonly rely on Section 420 of the Civil and Commercial Code for the compensation for injury caused by the alleged negligent act of the defendant-doctor. This research conducts a comparative study of Thai law in this area, based on the analysis of Section 420, and the standard of care in tort of negligence in the USA.

The comparative study reveals differences in the components of liability for negligence, factors of considerations and standards in determining whether an act was a negligent act. If Thailand is to improve the law in this area, it is recommended that Thailand considers, firstly, the distinction between generalist and specialist doctors, as adopted in the majority of the states in the USA, whereby specialist doctors are held to a higher standard of care

¹ This article is derived from a research project entitled, *A Comparative Study of the Standard of Negligence in Civil Medical Malpractice Litigation in Thailand and the USA*, funded by the Faculty of Law, Chulalongkorn University.

* Lecturer at the Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Wangmai Sub-District, Pathumwan District, Bangkok 10330, LL.B., LL.M., PhD (University College London).

than generalist doctors. On the contrary, generalist doctors should not be held to the standard of specialist doctors unless he voluntarily performs specialised medical treatments. Moreover, in determining whether an act of the defendant-doctor is negligent, causing injury to the patient, Thailand should consider the approach in the USA, which gives appropriate weight to the particular circumstances of the case, and which has adopted evidentiary rules regarding expert witness testimony. The main strength of such approach is to ensure the reliability of expert witness testimony in order to maintain a suitable standard in the determination of civil liability in medical malpractice context.

Keywords: medical malpractice, comparative study, negligence

บทคัดย่อ

ปัญหาการฟ้องร้องทางการแพทย์เป็นปัญหาที่มีความสำคัญมากขึ้นในประเทศไทยในปัจจุบัน โดยมีการฟ้องร้องทั้งทางแพ่งและอาญา และมีการเรียกค่าเสียหายเป็นวงเงินที่สูง ซึ่งในการฟ้องร้องคดีทางแพ่งนั้น ผู้ป่วยมักฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนความเสียหายจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของแพทย์ อันก่อให้เกิดความรับผิดชอบละเมิดตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ งานวิจัยเรื่องนี้ ศึกษาเปรียบเทียบหลักกฎหมายของประเทศไทย เรื่องความรับผิดที่เกิดจากละเมิดตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในบริบทของการทำการรักษาของแพทย์ เปรียบเทียบกับหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐานความระมัดระวัง (standard of care) ในฐานละเมิด ในบริบทเดียวกันใน 50 มลรัฐของสหรัฐอเมริกา

เมื่อเปรียบเทียบระหว่างประเทศไทยและสหรัฐอเมริกาแล้วพบว่ามีความแตกต่างกันทั้งในด้านองค์ประกอบของความรับผิด หลักเกณฑ์ในการพิจารณาเรื่องความรับผิด และมาตรฐานของการกระทำอันถือได้ว่าเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ ในบริบทของการให้การรักษาของแพทย์ และเมื่อวิเคราะห์แล้วพบว่าหากประเทศไทยจะปรับปรุงกฎหมายในเรื่องนี้ อาจทำได้โดยการปรับใช้แนวทางของมลรัฐส่วนใหญ่ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีการแบ่งแยกระหว่างแพทย์ทั่วไปกับแพทย์เฉพาะทาง โดยถือว่าแพทย์เฉพาะทางนั้นต้องใช้ความระมัดระวังในมาตรฐานที่สูงกว่าแพทย์ทั่วไป แต่ในทางกลับกัน แพทย์ทั่วไปก็ไม่ควรจะถูกวัดด้วยมาตรฐานของแพทย์เฉพาะทาง ยกเว้นในกรณีที่ได้สมัครใจเข้าทำการรักษาแบบเฉพาะทาง นอกจากนี้ ในการพิจารณาว่าการกระทำใดของแพทย์เป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ป่วย ประเทศไทยควรพิจารณาแนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกาในเรื่องการให้ความสำคัญต่อพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้อง และในเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานจากผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งมีจุดเด่นที่สำคัญคือมีการคัดกรองคุณสมบัติของพยานผู้ทรงคุณวุฒิ เพื่อให้มีความเป็นกลางและเชื่อถือได้ เพื่อให้เป็นมาตรฐานในการพิจารณาความรับผิดของแพทย์

คำสำคัญ: ทุรเวชปฏิบัติ, ศึกษาเปรียบเทียบ, ประมาทเลินเล่อ

1. Introduction

Medical malpractice lawsuits constitute an important and rapidly developing area of law in Thailand. Whilst both civil and criminal actions are available against doctors, patients who seek financial compensation for damage allegedly caused by actions of their doctors will have to pursue civil claims. Patients generally rely on Section 420 on Wrongful Acts in the Civil and Commercial Code that allows injured parties to recover compensation for wilful or negligent injury to life, body, health, liberty, property or any other right of the patients. With the increasing number of civil lawsuits filed against doctors in the past decade, one USA legal scholar suggested that Thailand may be in the midst of a medical litigation crisis similar to the USA's experience.²

Multiple factors are potentially attributable to this trend, from an estrangement of doctors from their patients, to the strain of an increasing number of patients and the decreasing resources. These trends could intensify as the country aspires toward medical hub status.³ When a civil lawsuit is initiated against a doctor, as a result of the errors in medical care, the pivotal consideration of the judgment in most cases in the USA and Thailand revolves around the issue of negligence. In other words, whether the defendant-doctor was negligent in performing his or her medical practice. Thus, it is highly important for Thailand to develop a clear negligence standard in order to create certainty and harmony among the courts, medical community, and patients.

Because Thailand and the USA share similarities in their factors and trends in medical malpractice litigation, Thailand may learn from the extensive experience of the USA with medical negligence law. A study into the USA standard of negligence and duty of care may shed some much-needed light on the problem which Thailand is facing.

The hypothesis of this research is that Thailand's standard of negligence in medical malpractice cases remains uncertain. If a greater certainty of the law is to be achieved, Thailand should consider relevant legal standards in the USA, which shares many factors and trends in medical malpractice litigation, in order to fill the gaps in Thai law and also to explore ideas, standards and practices which might be useful for Thailand.

² Nathan Cortez, "Recalibrating the Legal Risks of Cross-Border Health Care," *Yale J. Health Policy L. & Ethics* 10, no. 1 (2010): 43-46.

³ Pocock, Nicola S. and Phua Kai H, "Medical Tourism and Policy Implications for Health Systems: A Conceptual Framework from a Comparative Study of Thailand, Singapore and Malaysia" *Globalization and Health* (2010), accessed April 16, 2015, www.biomedcentral.com/content/pdf/1744-8603-7-12.pdf.

This research studies the legal application and interpretation of Section 420 of the Civil and Commercial Code of Thailand in the context of civil medical malpractice cases against doctors, in comparison with the legal application and interpretation of the standard of care of the tort of negligence in civil medical malpractice cases in the USA. The research aims squarely at substantive analysis of wrongful acts or tortious acts in the medical context, and purposefully excludes analysis of procedural laws.

This research undertakes the document-based research methodology. It enquires into Thailand's and USA's legislation, judicial decisions, practice guidelines and any materials which are relevant to the understanding and determination of the standard of negligence in medical malpractice cases in the two countries.

2. Laws Relating to Medical Malpractice in Thailand

The legal landscape of civil medical malpractice lawsuits in Thailand starts at the top from the constitutional right to healthcare, currently enshrined in Article 47 of the 2017 Constitution.⁴ Moreover, a statutory right to healthcare is provided by section 5 of the National Health Security Act B.E.2545.⁵ The rationales for this Act refers back to the right to public healthcare under the 1997 Constitution, and states that the state shall provide healthcare services thoroughly and efficiently.⁶ In addition to these general guarantees, more specific rights of patients, and the corresponding duties of healthcare personnel can be found in other legislation,⁷ and, in particular, the Declaration of Patient's Rights, issued by the Medical Council of Thailand,⁸ together with other 6 health agencies of the state.⁹

Regarding legal provisions relevant to civil medical malpractice litigation, from 2008 onwards, such litigation was brought under the umbrella of consumer protection law, the

⁴ The constitutional right to public healthcare was explicitly recognised for the first time in Article 52 of the 1997 Constitution, which guaranteed a general right to standard public health services, and the right of the indigent to free healthcare services. In the 2007 Constitution, an identical provision can be found in Article 51. The current constitutional protection of public right to healthcare under Article 47 is similar, but not identical, to its predecessors.

⁵ "The Thai population shall be entitled to a health service with such standards and efficiency as prescribed in this Act."

⁶ Remarks section, the National Health Security Act B.E.2545, (B.E.2545, 18 November), *Government Gazette*, Vol.119, Part 116, 24.

⁷ For instance, the National Health Act B.E. 2550, section 8, provides for a right of patients to receive healthcare information.

⁸ The English version of the Declaration was approved by the Medical Board meeting 7/2543 (13 July 2000), and **published on the Journal of Medical Board 7**, no.8 (August 2010): 2-3.

⁹ Thailand Nursing and Midwifery Council, the Pharmacy Council of Thailand, the Dental Council of Thailand, the Physical Therapy Council, the Medical Technology Council, and the Health Professional Commission.

Consumer Case Procedure Act B.E. 2551.¹⁰ The main implication is that the burden of proof is reversed from that in a normal civil litigation; in other words, in civil medical malpractice disputes under the ambit of consumer protection law, the burden of proof falls first on the defendant-doctor to demonstrate to the court that he was not negligent in his performance of medical treatment. The main legal provision which imposes civil liability on a negligent act causing damage to another person is Section 420 of the Civil and Commercial Code.¹¹ Moreover, additional considerations of liability will depend upon other laws which include the Liability for Civil Wrong of Officials Act B.E. 2539, in cases where the defendant-doctor is a state official; vicarious liability law and agency law, which govern the legal relationship between the defendant-doctor and the healthcare provider where he works, and hence determine whether such institution may also be held vicariously liable for the actions of its employees; and contract law which governs the legal relationships between the patient, the doctor, and the healthcare provider, as the case may be. Furthermore, defendant-doctors may be also subject to disciplinary actions from the state, if they are state officials, and the Medical Council of Thailand.¹²

3. Research Findings

3.1 Standard of Care in the USA

Medical malpractice law in the USA draws from the tort of negligence in English common law.¹³ The standard criteria for ordinary negligence in USA tort law consists of four basic elements: duty of care, breach of the duty, causation and damage.¹⁴

¹⁰ By virtue of the Decision of the President of the Appellate Court Number 8/2551 (5 September B.E. 2551 (2008) and the Decision of the President of the Appellate Court Number 58/2551 (20 October B.E. 2551 (2008).

¹¹ “A person who, wilfully or negligently, unlawfully injures the life, body, health, liberty, property or any right of a person, is said to commit a wrongful act and is bound to make compensation therefore.”

¹² Defendant-doctors who are state officials or employees are subject to the disciplinary actions in accordance with the Civil Servant Regulation Act B.E. 2551. Doctors who practice in Thailand are regulated by the Medical Council of Thailand, which has the power to investigate complaints against doctors on a wide range of grounds, including negligence, and has the power to impose punishments (reprimand, probation, suspension of medical licence, or revocation of medical licence) in accordance with the Regulations of the Medical Council of Thailand on Procedures of Ethical Cases of Medical Practitioner B.E. 2540, (B.E. 2540, 18 March), *Government Gazette*, Vol. 114, Part 22.

¹³ Hyman, David and Silver, Charles. “Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective: How Does the USA Do It” *Chi-Kent L R* 87 (2012): 163, 163-169.

¹⁴ *ibid.* See also *Pike v Honsinger* 155 N.Y. 201 (N.Y. 1898), hailed as the cornerstone for the modern standard of care employed by most USA jurisdictions.

Regarding the overview of the categorisation of the standard of care in USA states, it is important to firstly note that this is a highly complex task and is subject to future changes due to a shift in judicial opinion in the judge-made law system. Moreover, the categorisation is further complicated by the fact that the wording of the standard of care in each state may reflect a combination of different rules. Nevertheless, this research found that the traditional categorisation of standard of care which centrally determines the legal liability in medical malpractice cases in the USA may be divided into 3 main types. The first one is the locality standard or the locality rule, which is linked to an actual, designated area (“strict locality rule” or “strict locality standard”).¹⁵ The second one is the standard linked to a similar or comparable community or geographical area (“locality rule/standard” or “community rule/standard”).¹⁶ The third one is the national standard of care, linked to the general standard of physicians throughout the country (“national standard” or “universal standard”).¹⁷ These standards or rules are applied by the courts when considering the civil liability of doctors arising from the tort of negligence in medical malpractice lawsuits, and designate how the alleged negligent actions of the defendant-doctor will be judged and compared.

Despite these traditional 3 main types of legal standards, this research would like to highlight the differences between the national standard and the locality/community groups of standard. On the one hand, the national standard seeks to hold all practising doctors in the country to the same standard of care, whereas, on the other hand, the locality/community group of standards divides the whole country into sub-categories which are subject to different standards of care. The main benefit of the national standard of care is that all doctors in the country are judged in accordance with a nation-wide level of competency based on standard medical knowledge possessed by or available to comparable doctors throughout the country.

¹⁵ This is the earliest legal development of standard of care in civil medical malpractice cases, based on actual geographical location and reflected the historical limitation in term of communication and long distance travel in the USA. See Silver, Theodore. “One Hundred Years of Harmful Error: The Historical Jurisprudence of Medical Malpractice,” *Wis L R* (1992): 1192, 1193.

¹⁶ This standard represents the next step of legal development to keep in pace which modern technologies which enable greater ease in communication and long distance travel. The courts thus started to relax the strict locality rule, and allowed for a similar or comparable locality rule. Regarding the community standard, the focus shifted from geographical area to a group or community of medical practitioners with the same customary practice as that of the defendant-doctor. See Silver (ibid.); Ellin, Marvin. “The Law of Medical Malpractice in Maryland: The Claimant’s Dilemma” *U Bal L Rev* 3 (1973): 207; and Pearson, Richard. “The Role of Custom in Medical Malpractice Cases” *Indiana L.J.* 51 (1976): 528.

¹⁷ Despite being called “national” standard, it should be noted that the exact wordings of the national standard do vary among the states that adopt such standard. See Drapp, John. “The National Standard of Care in Medical Malpractice: Does a Small Area Analysis Make It Another Legal Fiction?,” *Quinnipiac L J* 6 (2003): 95.

This creates a standardised and equal playing-field for all doctors, and recognises the standardisation of the training and regulation of the doctors in the country. However, an important drawback of this approach is its potential inflexibility and disregard of doctors who practice in drastically different contexts and situations, such as doctors in modern urban areas and those in rural areas. In contrast, the main benefit of the locality/community group of standards is that it allows for the considerations of the different contexts and situations of the doctors, whilst its main disadvantage is that it potentially allows some groups of doctors to be held to a lower standard of care than others.

In addition to the above categorisation, each of these categories may be further divided according to whether that the standard of care in that state recognises the difference between specialist and generalist doctors. In other words, whether the state law recognises that specialist doctors who have received further medical training in a particular field should be held to a higher standard of care than generalist doctors who have not received such further training.

The different standards of care in tort of negligence in medical malpractice cases in the USA states are presented in the Table 1 below.

Table 1: Categorisation of standard of care in USA states.¹⁸

Type of Standard of Care	Number of State	Specialist/Generalist	
		No Distinction	Distinction
Forms of National Standard	29	12 ¹⁹	17 ²⁰
Forms of Locality/Community Standard	22	7 ²¹	15 ²²

¹⁸ For further information regarding the standard of care of each state, see Schedule 1 of the complete research report.

¹⁹ Alabama, California, Colorado, Connecticut, District of Columbia, Kentucky, Nevada, Oklahoma, Rhode Island, South Carolina, Vermont, Wyoming.

²⁰ Alaska, Delaware, Florida, Georgia, Hawaii, Indiana, Iowa, Massachusetts, *Mississippi*, *Montana*, *New Hampshire*, New Jersey, Ohio, Texas, Utah, West Virginia, Wisconsin.

²¹ Arkansas, Idaho, Minnesota, Nebraska, Illinois, Oregon, New Mexico.

²² Arizona, Kansas, Louisiana, *Maine*, *Maryland*, *Michigan*, *Missouri*, New York, North Carolina, North Dakota, Pennsylvania, South Dakota, Tennessee, Virginia, Washington.

3.2 Problem of the Distinction between Specialist and Generalist Doctors

Thailand's approach to the determination of civil liability under Section 420 of the Civil and Commercial Code revolves around three main components: there must be a wilful or negligent act on the part of the defendant; the act must be unlawful; and the act must cause damage to another party. In brief, central to every civil medical malpractice case are the issues of whether action in question of the defendant-doctor was committed negligently; whether such alleged negligent act was unlawful; and whether there was a proximity between such act and the damage suffered by the claimant-patient. Regarding the determination of negligence, this is commonly drawn from the definition provided by Section 59 paragraph 4 of the Criminal Code,²³ which provides that a negligent act is an act committed unintentionally and without an exercise of care expected from a person under such *condition* should possess, given his *capacity* and *circumstances*; an act is also negligent if a person exercise some care, but it is not *sufficient*. In a comparative aspect between Thailand and the USA, it can be said that the proper level of care or the standard of care in Thailand's civil medical malpractice cases is determined by considering the alleged negligent action against level of care that a person under his condition should exercise, given the capacity and circumstances of the case. Moreover, the issue of sufficiency of the exercise of care is also relevant.

Given this legal approach, the main difference is that Thai law, unlike the majority of the states in the USA, does not maintain a consistent legal distinction between generalist and specialist doctors in terms of his "conditions", "capacity", "circumstances" or "sufficiency" of the exercise of care.²⁴ Normally, the proper level of care or standard of care is maintained at the general level of that profession.²⁵ This approach may lead to a number of difficulties.

²³ Sanankorn Sothiphan, *Explanation of the Law of Tort, Negotiorum Gestio and Undue Enrichment* (คำอธิบายกฎหมายลักษณะผิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้), 7th ed. (Bangkok: Winyuchon, B.E. 2560 (2017) (Thai language), 81.

²⁴ Distinction may be recognised between a level of care required by a doctor and by a non-doctor, as one leading academic noted that a doctor will be expected to exercise a higher degree of care in treating an injured person than an ordinary person. (Taweekiat Menakanit, *General Principles of Criminal Law*, (Thammasat University Press, B.E. 2557 (2014)), 68.

²⁵ Menakanit (ibid.). This approach is implicitly followed by the courts, which do not explicitly distinguish between generalist and specialist doctors when formulating the legal content of the standard of care in each particular case. In some cases, it is implicit from the judgment that the court did indeed hold a specialist doctor to the standard of that specialised field, as can be seen from the fact that the court relied upon the testimony of expert witness who was also a specialist in that field (See, for instance, Deka Case 7634/2554 of 29 August 2011 (spinal block and anaesthetics issues, OBGYN and anaesthetist defendants, anaesthetic specialist expert witness), Dika Case 17382/2557 of 29 December 2014 (plastic surgery issue, plastic surgeon defendant, plastic surgeon expert witnesses). However, the lack of clear and consistently-followed distinction between generalist and specialist doctors is evidenced by the fact that in some cases, the courts may formulate the standard of care in that case based on testimony of doctors who do not share the same field of specialisation as the defendant-doctor (see, for instance, Case Number 2244/2548 of 6 December 2007, Thungsong Provincial Court (criminal case, spinal block and anaesthetics issues, generalist doctor, cosmetic surgeon and a general practitioner expert witnesses for the claimant).

Firstly, if the general rule for determining the proper level of care is the level of the medical profession in general, with no distinction between generalist and specialist doctors, then this may lead to uncertainty and potential injustice. This is because there is a significant difference in the level of knowledge and training between generalist doctors and specialist doctors. Accordingly, each category of doctors should be judged, in the eye of the law, against the similarly qualified peers. The second important difficulty is that, this lack of clear distinction leads to another problem discussed below, which is that the parties to the litigation may provide witnesses who in fact lack the specialised qualification, training or experiences in the field of medicine central to the case.

Recommendation:

In the USA, the solution is clear: the kind-for-kind measure is applied in the majority of USA states.²⁶ It is recommended that Thailand consider this kind-for-kind approach, in conjunction with the national standard. In other words, a defendant who is a generalist doctor should be compared against the level of care exercised by reasonable generalist doctors throughout the country; whereas a defendant who is a specialist doctor should be judged against the level of care exercised by reasonable specialist doctors in that field in the country.

This approach has many advantages. Firstly, it is logical to assess the defendant-doctor against the objective standard of practice in the actual field that he is specialised in. The science of medicine represents a vast subject which comprises a wide variety of specialist fields. When a generalist doctor becomes a specialist, he or she must undertake extra training and acquire additional qualifications. Accordingly, it is only reasonable to expect a specialist doctor to be held to this higher standard of the specialised field of medicine, rather than to a lower standard of generalist doctors who are not similarly trained. The reverse is also true: it would be unfair to hold a generalist doctor to a higher standard of a specialist, unless a generalist voluntarily and knowingly performs specialised medical treatments. In that case, it is appropriate to hold the defendant-generalist to a standard for a similarly situated specialist.

Secondly, the kind-for-kind approach provides a well-defined test for the courts to adopt. Once the defendant-doctor is identified as a generalist or a specialist, the courts can have a clear benchmark to formulate the standard of care required from the doctor in that capacity. This will also help solve the problem of expert witnesses, which will be discussed further below. USA courts also apply this kind-for-kind approach to qualify expert

²⁶ 32 out of 50 states (See Table 1).

witnesses and their testimony. Courts require testifying experts to possess the same knowledge, training, skills, and experience as the defendant-doctor. Therefore, this kind-for-kind approach represents a logical test based on fairness and reasonableness, which should allow the courts to bring substantive justice to the case.

3.3 Problems Relating to Circumstances Surrounding the Dispute

Another important problem identified in this research is the issue of circumstances, as a component consideration to the determination of the legal liability arising out of negligence. In the context of medical malpractice, circumstances within which the doctor performed the alleged negligent treatment must be taken into account in deciding whether the defendant-doctor exercised the care expected from a doctor under such condition, given his capacity and circumstances; or whether he exercised such care insufficiently.

Thai law generally accepts that it is reasonable to consider particular circumstances of the case when determining liability for negligence, as a reasonable person can be expected to exercise different degrees of care in different circumstances.²⁷ However, the question remains whether particular circumstances of a defendant-doctor have received sufficient consideration in medical malpractice cases.²⁸ In the USA, as mentioned above in Section 3.1, the determination of liability for negligence in the medical context historically revolved around the judicial concerns that doctors in disadvantaged circumstances might be unduly burdened with a higher standard of care of urban doctors who have easier access to training, facilities and technology. Accordingly, the US courts first developed the strict locality standard, which was later relaxed into the similar locality standard, in order to offer some protection for doctors in particularly difficult circumstances, such as rural doctors who lack access to training, facilities and up-to-date technology.

²⁷ Meenakanit, *General Principles of Criminal Law*, 68.

²⁸ For instance, in Case Number 2244/2548 of 7 December 2007, Thungsong Provincial Court, where a generalist doctor in a rural hospital was found to be criminally liable for administering a spinal block which eventually led to the death of the patient, arguably relevant circumstances were, for instance, there was no qualified anaesthetist in that small rural hospital; the patient needed the surgery; the defendant-doctor therefore decided to perform the task. Whilst it must be correct that a doctor should never offer treatment in which she is not specialised, the circumstances at the time should be a factor for the consideration of the quality of care delivered. Moreover, in another case, Deka 12498/2558 of 19 October 2015, the Deka Court held that the defendant-doctor was negligent in part due to the fact that he read the chest x-ray film himself without referring it to a specialist radiologist in a bigger provincial hospital for confirmation. Whilst it must be correct, again, that a specialised tasks should be undertaken by specialist doctors, relevant circumstances such as the lack of specialist doctors in most small rural hospitals in the country should be taken into account.

Recommendation:

It is recommended that the specific circumstances surrounding the medical practice of the defendant-doctor be taken into account when determining the issue of liability. This does not mean that rural doctors or doctors in difficult circumstances should always receive leniency in the determination of their legal liability from negligence; rather, this means that the particular circumstances of the case should receive appropriate consideration. Moreover, such consideration of particular circumstances is subject to the above recommendation that generalist and specialist doctors should be held to different standards of care when assessing their civil liability arising out of alleged negligent action.

3.4 Problem of Expert Witness Testimony

The final important problem identified by this research is the issue of reliability of expert witness testimony. In the context of medical malpractice litigation, the testimony of expert witnesses is extremely important to the courts' determination of liability as the judges have to rely on the evidence from the witness-doctors in order to formulate the proper level of medical care required in each particular case, and decide whether the defendant-doctor's action was negligent, given such level of care. Difficulties exist when the expert witnesses do not have the qualification or specialised training that matches the defendant-doctor's qualification or the central issue of the case.²⁹ This create further problems such as whether the testimony is reliable, correct, up-to-date with current knowledge and advancement in medical science, and whether it is unbiased. In the past, the USA experienced a similar, and even worse, problem of the so-called "hired guns" experts, or experts who receive financial compensation from a party for their favourable opinion.³⁰ To tackle such problem, the US courts developed additional evidentiary tests, working in conjunction with federal evidentiary rules, which aim to challenge unreliable expert witnesses.³¹

²⁹ For instance, in Case Number 2244/2548 of 6 December 2007, Thungsong Provincial Court, the central issue was the administration of spinal block, however the claimant's expert witnesses were a cosmetic surgeon and a general practitioner with no qualification in anaesthesia.

³⁰ Turner, Linda. "Going After the "Hired Guns": Is Improper Expert Witness Testimony Unprofessional Conduct or the Negligent Practice of Medicine?," *Pep. L. Rev.* 33, (2006): 275.

³¹ Currently, there are two main tests. The first is known as the Daubert test or the Daubert standard, named after the case in which it originated—*Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993). The second test is known as the Frye test, named after the case *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923). In 2016, a survey found that the Daubert test had been adopted by 39 states and the Frye test in 7 states, whilst 4 states applied a combination of both tests. (Morgenstern, Michael. *Daubert v. Frye – A State-by-State Comparison* (The Expert Institute 18 Sept. 2016), accessed March 1, 2017, www.theexpertinstitute.com/daubert-v-frye-a-state-by-state-comparison/).

Recommendation:

It is recommended that Thai law develop additional considerations in accepting expert witness testimony. This may be achieved through the internalisation by the courts of a set of logics similar to the evidentiary tests adopted in the USA when determining whether particular expert witness testimony is useful for the case or not. For instance, in the Daubert test for the purpose of challenging expert witnesses in medical malpractice cases in the USA, the courts are invited to consider the following factors in determining the reliability of the testimony:³²

- (i.) Whether a theory or testimony was tested;
- (ii.) Whether a theory or testimony was subjected to peer review and publication;
- (iii.) Whether a theory or testimony had an error rate or potential error rate known and standards to control it were maintained;
- (iv.) Whether a theory or testimony was generally accepted within the relevant scientific community;
- (v.) Whether a theory or testimony was naturally and directly derived from research conducted independent of the litigation, or were opinions developed expressly for purposes of testifying;
- (vi.) Whether a theory or testimony was unjustifiably extrapolated from an accepted premise to an unfounded conclusion;
- (vii.) Whether a theory or testimony has adequately accounted for obvious alternative explanations;
- (viii.) Whether a theory or testimony was as careful as he would be in his regular professional work outside his paid litigation consulting;
- (ix.) Whether a theory or testimony was based on a field of expertise claimed by the expert that was known to reach reliable results for the type of opinion the expert would give.

This is not an exhaustive list, and the courts are at liberty to omit certain factors from the list, or consider additional factors, in determining whether the testimony is useful and reliable.

³² Daubert v. Merrell Dow Pharm. Inc., 509 USA 579 (1993), Seifert v. Balink, SP WI 2 (WI 2017), *General Electric Co. v. Joiner*, 522 U.S. 136 (1997), *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999).

4. Conclusion

Civil medical malpractice litigation is an important area of law which requires careful consideration in order to achieve the right balance of justice. This research focuses in particular on the consideration of Section 420 of the Civil and Commercial Code in determining whether the defendant-doctor acted negligently, and finds that further improvement may be achieved. Main recommendations are that, firstly, the different standards of care are applied to generalist and specialist doctors such that specialist doctors are held to a higher standard of his particular specialist field of medicine, whilst generalist doctors are held to a standard of doctors in general, except where he knowingly and voluntarily performs specialised medical treatments. Secondly, the circumstances of the case should be given appropriate weight. This includes considerations such as the availability of specialist doctors in the area, the urban and rural divide, and the available of supporting facilities and resources. Thirdly, in formulating the proper level of care against which the alleged negligent act of the defendant-doctor shall be judged, the courts should consider the reliability and usefulness of expert witness testimony. Moreover, learning from the experiences of the USA, the courts should be cautious of testimony from expert witnesses who lack specialised qualification and training in the medical field central to the issues of the case.

สถานการณ์และปัญหาของธุรกิจร้านอาหารไทยที่เป็นอุปสรรคต่อ
การลงทุนทางตรงในต่างประเทศ: ศึกษาการลงทุนทางตรงของธุรกิจ
ร้านอาหารไทยในประเทศสหรัฐอเมริกา

The Situation and Legal Problems that Hinder Outward
Foreign Direct Investment: A Case Study of Direct Investment
of Thai Restaurant Business in the U.S.

ชนิสา งามอภิชน

Chanisa Ngamapichon

อาจารย์ประจำ

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

Full-time Lecturer

Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok, 10330

Corresponding author E-mail: chanisa.b@chula.ac.th

(Received: December 14, 2018; Revised: February 4, 2019; Accepted: February 5, 2019)

บทคัดย่อ

อาหารไทยมีชื่อเสียงเป็นที่รู้จักระดับโลก ด้วยความโดดเด่นในด้านของรสชาติ ความประณีตบรรจง หนึ่งในประเทศที่มีความน่าสนใจในการไปลงทุนทางตรงโดยการเปิดร้านอาหารไทย คือ สหรัฐอเมริกา เนื่องจากชาวอเมริกันส่วนใหญ่มองว่าอาหารไทยเป็นอาหารที่มีรสชาติดีมีระดับ ไม่ใช่อาหารฟาสต์ฟู้ดหรืออาหารจานด่วน ราคาถูก ร้านอาหารไทยจำนวนมากในอเมริกาจึงเติบโตสามารถทำอะไรได้ไม่น้อย อย่างไรก็ตามถึงแม้ว่าสหรัฐอเมริกาจะเป็นตลาดที่น่าสนใจสำหรับธุรกิจร้านอาหารไทย แต่ก็ยังมีอุปสรรคต่อการลงทุนทางตรงต่อผู้ประกอบการไทยหลายประการ เช่น ปัญหาการขาดผู้ประกอบการระหว่างผู้ลงทุนกับหน่วยงานของรัฐท้องถิ่น ปัญหาด้านเงินทุน ปัญหาด้านแรงงาน ปัญหาเกี่ยวกับใบอนุญาตที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจร้านอาหาร ปัญหาเกี่ยวกับนโยบายทางการเมือง “ซื้อของอเมริกัน-จ้างคนอเมริกัน” ปัญหาเรื่องวัตถุดิบที่ใช้ประกอบอาหาร ปัญหาด้านภาพลักษณ์ความเป็นไทย และการประชาสัมพันธ์ อีกประการหนึ่งที่สำคัญคือเนื่องจากร้านอาหารไทยในต่างประเทศควรเป็นสื่อบริการอาหารรสชาติไทยแท้ และแสดงวัฒนธรรมทางอาหารของไทยที่ถูกต้อง ซึ่งจำเป็นต้องดำเนินการโดยคนไทยและพ่อครัวแม่ครัวไทย กรณีที่เจ้าของร้านไม่ใช่คนไทยจำหน่ายอาหารไทยปะปนกับอาหารชาติอื่น ย่อมส่งผลให้ผู้บริโภคเกิดความสับสนในเรื่องของรสชาติอาหารไทย ดังนั้นหนึ่งในปัญหาสำคัญของการประกอบกิจการร้านอาหารไทย

ในต่างประเทศรวมถึงสหรัฐอเมริกา คือ การขาดทรัพยากรบุคคลในการดำเนินธุรกิจร้านอาหารไทย โดยเฉพาะพ่อครัวและแม่ครัวอาหารไทยที่มีประสบการณ์ ซึ่งเป็นผลมาจากข้อจำกัดที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการขออนุญาตในการเดินทางไปทำงานต่างประเทศ เช่น การขอใบอนุญาตเข้าประเทศ (Visa) และใบอนุญาตทำงาน (Work Permit) เป็นไปด้วยความยากลำบากซึ่งเป็นอุปสรรคที่สำคัญต่อการดำเนินธุรกิจร้านอาหารไทยในสหรัฐอเมริกา จากโอกาสและอุปสรรคที่กล่าวมาข้างต้นนั้นจึงเห็นได้ว่าผู้ประกอบการร้านอาหารไทยในต่างประเทศ โดยเฉพาะที่เป็นวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม ควรได้รับการช่วยเหลือสนับสนุนโดยใช้เครื่องมือทางกฎหมาย มาตรการ และหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ การสนับสนุน การสร้างความเข้มแข็งและการพัฒนาตลาดอาหารจำเป็นต้องทำอย่างครบวงจร ตั้งแต่ต้นน้ำหรือเริ่มการผลิตได้แก่ การพัฒนาคุณภาพปัจจัยการผลิตและโครงสร้างพื้นฐานสำหรับการผลิตอาหารไทย จนถึงปลายน้ำ ได้แก่ การสนับสนุนการประกอบธุรกิจร้านอาหารไทยทั้งในประเทศและต่างประเทศ

คำสำคัญ: ร้านอาหารไทย, การลงทุนทางตรงในต่างประเทศ, ร้านอาหารไทยในอเมริกา

Abstract

Thai food is famous worldwide for the reason of the taste and delicacy of Thai food. One of the countries that is very attractive to direct investment by opening and operating Thai restaurants is the United States as Americans' positive view about Thai food. Although the United States is an attractive market for Thai restaurants, there are many obstacles to direct investment of Thai entrepreneurs, such as lack of coordination between investors and local government agencies, capital problems, labor, license, political policy "Buy Americans, Hire Americans" and ingredients for cooking authentic Thai food etc. Another important issue is that Thai restaurants abroad should be able to serve authentic Thai food and show the food culture of Thailand which need to be operated by Thai and Thai chefs. If the owner is not Thai, Thai food may be mixed with other national food. By this situation, consumers can be confused about the taste of Thai food. This is the reason why the lack of human resources, especially the experienced chef, caused by difficulty in applying for a visa and work permit in foreign countries including the U.S. is one of the critical problems affecting to this business and image of Thai food and the major obstacles to operate Thai restaurant in foreign countries including the U.S. In accordance with these all obstacles of Thai restaurant in the U.S., SMEs should be supported by legal instruments, measures and related government agencies. To this end, the development of food markets need to be fully integrated starting from upstream which is to improve the quality of ingredient and infrastructure for Thai food production to downstream which is to support the business of Thai restaurants in both Thailand and foreign countries.

Keywords: Thai restaurant, direct investment, Thai restaurant in the U.S.

1. สถานการณ์การลงทุนทางตรงในต่างประเทศของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม ประเภทธุรกิจร้านอาหารไทย

ธุรกิจร้านอาหารไทยเป็นธุรกิจที่มีศักยภาพในการสร้างรายได้ทั้งในประเทศและต่างประเทศ¹ อาหารไทยเป็นอาหารที่มีลักษณะเฉพาะตัว มีรสชาติที่โดดเด่นและเป็นเอกลักษณ์ และถือเป็นสินค้าที่มีชื่อเสียงในระดับสากลการขยายตัวของธุรกิจร้านอาหารไทยไปสู่ตลาดในต่างประเทศนั้นอย่างต่อเนื่อง เพราะอาหารไทยได้รับความนิยมและเป็นที่รู้จักในต่างประเทศเป็นอย่างมาก เมื่อพิจารณาสถิติจำนวนร้านอาหารไทยในต่างประเทศแล้วพบว่าปัจจุบันใน พ.ศ. 2561 มีร้านอาหารไทยกว่า 15,000 ร้านทั่วโลก² ในสหรัฐอเมริกาเมื่อถึง 5342 ร้าน³ และในเครือรัฐออสเตรเลีย มีร้านอาหารไทยอยู่กว่า 800 ร้าน⁴ อันเป็นตัวชี้วัดความนิยมของร้านอาหารไทยในต่างประเทศได้เป็นอย่างดี

การลงทุนประกอบกิจการร้านอาหารในต่างประเทศนั้น ผู้ลงทุนมีการออกไปลงทุนทางตรงในหลายรูปแบบด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็นการลงทุนแบบเริ่มต้นตั้งร้านอาหารร้านแรกในต่างประเทศโดยคนไทยเป็นเจ้าของร้านอาหารแต่เพียงผู้เดียวทั้งหมด การลงทุนโดยเป็นหุ้นส่วนกับนักลงทุนท้องถิ่น หรือการขยายสาขาของร้านอาหารไทยที่เปิดบริการอยู่แล้วในประเทศไทย เช่น ร้านอาหารในเครือสุพรรณิการ์กรุ๊ป ที่ขยายสาขาร้านอาหารส้มตำดอไปยังมลรัฐนิวยอร์ก สหรัฐอเมริกา เวียดนาม และญี่ปุ่น ร้าน Greyhound Café ที่ขยายสาขาไปยังจีน สิงคโปร์ มาเลเซีย อินโดนีเซีย และสหราชอาณาจักร และร้าน Patara ที่ขยายสาขาไปยังจีน สิงคโปร์ สวิสเซอร์แลนด์ ออสเตรเลีย และสหราชอาณาจักร เป็นต้น โดยในการลงทุนแต่ละรูปแบบนั้นย่อมมีอุปสรรคในการลงทุนที่แตกต่างกันโดยจะได้กล่าวต่อไปในหัวข้อปัญหาที่เกิดจากปัจจัยภายนอกประเทศ

การศึกษาการลงทุนทางตรงของธุรกิจร้านอาหารไทยในต่างประเทศนั้น ประเทศที่น่าสนใจในการศึกษา คือ สหรัฐอเมริกา ด้วยเหตุที่ว่านอกจากสหรัฐอเมริกจะเป็นประเทศที่ร้านอาหารไทยได้รับความนิยมสูง⁵ และแม้มีร้านอาหารไทยอยู่จำนวนมากในปัจจุบันแล้ว จากการสัมภาษณ์ผู้ประกอบการอาชีพพ่อครัวแม่ครัวพบว่า สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ยังมีผู้สนใจจะไปลงทุนในธุรกิจร้านอาหารไทยในอนาคตเป็นจำนวนมาก⁶ อีกทั้งยังมีเหตุผลสนับสนุนในเรื่องตลาด กล่าวคือ สหรัฐอเมริกาเป็นตลาดใหญ่ซึ่งทำให้ผู้ลงทุนสามารถขยายตลาดได้อีกมากเป็นตลาดที่มีกำลังซื้อและความชื่นชอบอาหารไทยสูง นอกจากนั้น ในสหรัฐอเมริกาหรือประเทศใกล้เคียง เช่น เม็กซิกัน ยังมีวัตถุดิบหรือวัตถุดิบทดแทนที่สามารถใช้ในการประกอบอาหารไทยได้ อย่างไม่รู้ดี ถึงแม้ว่าประเทศไทย

¹ Tannysoft, “สมาคมภัตตาคารไทย พัฒนาร้านต้นแบบ SME,” เข้าถึงเมื่อ 28 กรกฎาคม 2561, <https://cheechongruay.smartsme.co.th/content/811>.

² VoiceTV, “สื่อออกสงสัย ทำไมมีร้านอาหารไทยในสหรัฐฯ เยอะมาก,” จาก <https://voicetv.co.th/read/HKCR2Dyjf>.

³ ศูนย์ข้อมูลเพื่อธุรกิจไทยในสหรัฐฯ, “คู่มือธุรกิจร้านอาหารไทยในสหรัฐอเมริกา,” เข้าถึงเมื่อ 10 กรกฎาคม 2561, thaibicusa.com/wp-content/uploads/2017/01/BIC-Restaurant-Guide-30Dec2016.pdf.

⁴ กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ, “การประกอบธุรกิจร้านอาหารไทย รายประเทศในออสเตรเลีย,” เข้าถึงเมื่อ 10 กรกฎาคม 2561, [www.ditp.go.th/contents_attach/72364/72364.pdf](http://ditp.go.th/contents_attach/72364/72364.pdf).

⁵ ศูนย์ข้อมูลเพื่อธุรกิจไทยในสหรัฐฯ, “คู่มือธุรกิจร้านอาหารไทยในสหรัฐอเมริกา,” เข้าถึงเมื่อ 10 กรกฎาคม 2561, thaibicusa.com/wp-content/uploads/2017/01/BIC-Restaurant-Guide-30Dec2016.pdf.

⁶ สัมภาษณ์ ผู้เข้าร่วมโครงการอาหารไทย “ครัวไทยสู่ครัวโลก” หลักสูตรการประกอบอาหารไทยและการบริหารจัดการร้านอาหารไทย ระดับมืออาชีพ รุ่นที่ 50, 5 กรกฎาคม 2561.

กับสหรัฐอเมริกาไม่ได้มีข้อตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างกัน แต่สหรัฐอเมริกาก็มีการให้วีซ่าแก่นักลงทุนไทยให้สามารถเข้าไปลงทุนทางตรง 100% ได้โดยไม่ต้องร่วมลงทุนกับคนท้องถิ่น ทั้งนี้ รายละเอียดจะได้กล่าวต่อไป

2. ข้อกฎหมาย มาตรการเฉพาะและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการส่งเสริมการลงทุนทางตรงของธุรกิจอาหารไทยในต่างประเทศ

ก) ข้อกฎหมาย

การประกอบธุรกิจร้านอาหารไทยนั้นจำเป็นต้องพิจารณากฎหมาย ข้อบังคับ และระเบียบต่างๆ ที่เกี่ยวข้องในการประกอบธุรกิจด้วย ซึ่งร้านอาหารในทางกฎหมายไทยเรียกว่า “สถานที่ประกอบกิจการด้านอาหาร” โดยกฎหมายที่เกี่ยวข้องจะเป็นไปในลักษณะของกฎเกณฑ์ในการรักษาสุขอนามัยของผู้บริโภค ดังเช่นที่ปรากฏในพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2535 โดยสาระสำคัญของพระราชบัญญัตินี้ คือ ให้เจ้าของร้านอาหารรักษาความสะอาดในที่และทางสาธารณะในบริเวณที่ตนครอบครอง และห้ามจำหน่ายอาหารบนทางสาธารณะ หรือกฎหมายอีกฉบับหนึ่งที่เกี่ยวข้อง คือ พระราชบัญญัติสาธารณสุข พ.ศ. 2535 ที่มีสาระสำคัญในการคุ้มครองอนามัยของประชาชน และกำหนดกฎเกณฑ์ในการตั้งสถานที่จำหน่ายอาหาร แต่อย่างไรก็ดีกฎหมายดังกล่าวไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจร้านอาหารไทยในต่างประเทศแต่อย่างใด ดังนั้น จึงต้องมาพิจารณากฎหมายด้านอื่นที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจร้านอาหารไทยในต่างประเทศ การประกอบธุรกิจในต่างประเทศอาจต้องมีการนำเอาเงินได้กลับเข้ามาในประเทศ “กฎหมายภาษีอากร” จึงเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจดังกล่าว โดยที่ผู้ประกอบการที่เป็นบุคคลธรรมดา ต้องพิจารณาภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา ในขณะที่ผู้ประกอบการที่เป็นนิติบุคคล ต้องพิจารณาภาษีเงินได้นิติบุคคล ดังนั้น กฎหมายที่เกี่ยวข้องจึงเป็นกฎหมายภาษีอากรตามประมวลรัษฎากร มาตรา 41⁷ ว่าด้วยเรื่องของภาษีเงินได้ หลักเกณฑ์ในการเสียภาษีในกรณีบุคคลธรรมดาตามกฎหมายไทยนั้นใช้หลักแหล่งเงินได้และหลักถิ่นที่อยู่ แต่ในการประกอบกิจการในต่างประเทศหรือมีแหล่งเงินได้ในต่างประเทศนั้น ภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาภายใต้กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องต้องพิจารณาโดยอาศัยหลักถิ่นที่อยู่ กล่าวคือ หากผู้ประกอบการมีเงินได้จากงานที่ทำในต่างประเทศ โดยได้นำเงินได้เข้ามาในปีภาษีและอยู่อาศัยในประเทศไทยเกินกว่า 180 วัน บุคคลนั้นย่อมต้องเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาในประเทศไทย ในขณะที่หากผู้ประกอบการเป็นนิติบุคคล การเสียภาษีเงินได้ต้องพิจารณาว่านิติบุคคลนั้นตั้งขึ้นตามกฎหมายใด โดยหลักนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยต้องเสียภาษีเงินได้ในประเทศไทย แต่หากนิติบุคคลตั้งขึ้นตามกฎหมายต่างประเทศ การที่นิติบุคคลนั้นจะต้องเสียภาษีเงินได้ในประเทศไทยต้องปรากฏว่าเข้าหลักเกณฑ์ใดหลักเกณฑ์หนึ่งตามที่ประมวลรัษฎากรกำหนด ยกตัวอย่างเช่น

⁷ ประมวลรัษฎากร มาตรา 41

“มีเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 ในปีภาษีที่ล่วงมาแล้ว เนื่องจากหน้าที่งาน หรือกิจการที่ทำในประเทศไทย หรือเนื่องจากกิจการของนายจ้างในประเทศไทย หรือเนื่องจากทรัพย์สินที่อยู่ในประเทศไทย ต้องเสียภาษีตามบทบัญญัติในส่วนนี้ไม่ว่าเงินได้นั้นจะจ่ายในหรือนอกประเทศ

ผู้อยู่ในประเทศไทยมีเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 ในปีภาษีที่ล่วงมาแล้ว เนื่องจากหน้าที่งานหรือกิจการที่ทำในต่างประเทศ หรือเนื่องจากทรัพย์สินที่อยู่ในต่างประเทศต้องเสียภาษีเงินได้ตามบทบัญญัติในส่วนนี้เมื่อนำเงินได้พึงประเมินนั้นเข้ามาในประเทศไทย

ผู้อยู่ในประเทศไทยชั่วระยะเวลาหนึ่งหรือหลายระยะ รวมเวลาทั้งหมดถึงหนึ่งร้อยแปดสิบวันในปีภาษีใด ให้ถือว่าผู้นั้นเป็นผู้ที่อยู่ในประเทศไทย”

นิติบุคคลเข้ามาประกอบกิจการในประเทศไทย หรือได้รับเงินได้พึงประเมินที่จ่ายจากประเทศไทย เป็นต้น ดังนั้น หากนิติบุคคลตั้งขึ้นตามกฎหมายต่างประเทศแล้วไม่ได้นำเงินกลับเข้ามาในประเทศไทย หรือไม่ได้รับเงินที่จ่ายจากในประเทศไทย ย่อมไม่ต้องเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล

การเปิดกิจการในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น การเสียภาษีเงินได้ตาม Internal Revenue Code § 1.1-1(a)(1)⁸ ของสหรัฐอเมริกา นั้น มีการเก็บภาษีตามหลักสัญชาติ (Citizen Rule) และหลักถิ่นที่อยู่ (Resident Rule) สำหรับคนต่างชาติดำเนินธุรกิจในประเทศสหรัฐอเมริกาจะต้องเสียภาษีตามหลักถิ่นที่อยู่ไม่ว่าจะมีเงินได้จากแหล่งใด (Worldwide Income)⁹ ดังนั้น นักลงทุนไทยที่ไปลงทุนโดยการเปิดกิจการร้านอาหารไทยในรูปแบบของบุคคลธรรมดาจะต้องเสียภาษีเงินได้ในประเทศสหรัฐอเมริกาด้วย¹⁰ อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยและประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีอนุสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกา เพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อน และการป้องกันการเลี่ยงรัษฎากรในส่วนที่เกี่ยวกับภาษีเก็บจากเงินได้ ซึ่งอนุสัญญาดังกล่าวมีประโยชน์กับนักลงทุนไทยที่ต้องเสียภาษีเงินได้ตามหลักถิ่นที่อยู่ โดยอนุสัญญาดังกล่าวมีมาตรการขจัดภาษีซ้อนโดยวิธีเครดิตภาษี และวิธีการหักเป็นรายจ่าย หากผู้เสียภาษีเป็นบุคคลธรรมดาที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา นักลงทุนไทยที่เสียภาษีที่ประเทศไทยจากเงินได้ก่อนนั้นไปแล้วสามารถเลือกนำภาษีที่เสียไปในประเทศไทยมาคิดเป็นรายจ่ายเพื่อหักออกจากรายได้หรือเลือกวิธีเครดิตภาษีจากภาษีที่ต้องเสียในประเทศสหรัฐอเมริกาได้¹¹ ดังนั้น กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการเปิดกิจการร้านอาหารไทยในต่างประเทศนั้นจะอยู่ในรูปแบบของกฎหมายภาษีอากรเท่านั้น ในส่วนกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการเปิดกิจการร้านอาหารไทยในต่างประเทศนั้นต้องพิจารณากฎหมายของประเทศที่ไปลงทุน กล่าวคือ กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาคือหลัก

⁸ Internal Revenue Code § 1.1-1 (a) (1) Section 1 of the Code imposes an income tax on the income of every individual who is a citizen or resident of the United States and, to the extent provided by section 871(b) or 877(b), on the income of a nonresident alien individual. For optional tax in the case of taxpayers with adjusted gross income of less than \$10,000 (less than \$5,000 for taxable years beginning before January 1, 1970) see section 3. The tax imposed is upon taxable income (determined by subtracting the allowable deductions from gross income). The tax is determined in accordance with the table contained in section 1. See subparagraph (2) of this paragraph for reference guides to the appropriate table for taxable years beginning on or after January 1, 1964, and before January 1, 1965, taxable years beginning after December 31, 1964, and before January 1, 1971, and taxable years beginning after December 31, 1970. In certain cases credits are allowed against the amount of the tax. See part IV (section 31 and following), subchapter A, chapter 1 of the Code. In general, the tax is payable upon the basis of returns rendered by persons liable therefor (subchapter A (sections 6001 and following), chapter 61 of the Code) or at the source of the income by withholding. For the computation of tax in the case of a joint return of a husband and wife, or a return of a surviving spouse, for taxable years beginning before January 1, 1971, see section 2. The computation of tax in such a case for taxable years beginning after December 31, 1970, is determined in accordance with the table contained in section 1(a) as amended by the Tax Reform Act of 1969. For other rates of tax on individuals, see section 5(a). For the imposition of an additional tax for the calendar years 1968, 1969, and 1970, see section 51(a).

⁹ Internal Revenue Code § 61(a) (West 2013). In addition, the United States also taxes the worldwide income of resident aliens defined as (i) lawfully admitted permanent residents (i.e., so-called Green Card holders), and (ii) aliens who meet a substantial presence test. Since the issues they face are similar, this article will generally use the term “U.S. citizens” to refer to both United States citizens and lawfully admitted permanent residents.

¹⁰ ถิราวดี สัตยานนท์, “มาตรการทางกฎหมายเพื่อจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาสัญชาติไทยซึ่งมีเงินได้จากต่างประเทศ” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยศรีปทุม, 2555).

¹¹ นางสาวศิริพร แสงจันทร์, “ปัญหาภาษีเงินได้ระหว่างประเทศเกี่ยวกับเงินปันผล” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), 52.

ข) มาตรการเฉพาะและหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง

ข.1) มาตรการเฉพาะ

1) มาตรการเกี่ยวกับการพัฒนาฝีมือแรงงาน

อุตสาหกรรมอาหารได้นำเข้ารายได้สู่ประเทศไทยปีละไม่ต่ำกว่า 4 แสนล้านบาท¹² กรมพัฒนาฝีมือแรงงาน กระทรวงแรงงาน จึงเห็นความสำคัญของอุตสาหกรรมอาหารและดำเนินการเพื่อพัฒนาศักยภาพแรงงานให้มีความรู้ความสามารถและทักษะมากยิ่งขึ้นเพื่อเป็นการช่วยยกระดับร้านอาหารไทยทั้งในและต่างประเทศให้เป็นที่ยอมรับในระดับสากล กรมพัฒนาฝีมือแรงงานได้มอบหมายให้สถาบันพัฒนาฝีมือแรงงานและสำนักงานพัฒนาฝีมือแรงงานทั่วประเทศจัดฝึกอบรมหลักสูตรอาหารไทยเพื่อรองรับโครงการครัวไทยสู่ครัวโลก รวมถึงหลักสูตรอื่นๆที่เกี่ยวข้อง เช่น การบริหารวัตถุดิบ การจัดการห้องครัว โดยใน พ.ศ. 2561 นี้ กรมพัฒนาฝีมือแรงงานมีเป้าหมายที่จะดำเนินการฝึกอบรมบุคคลทั่วไปรวมถึงพ่อครัวแม่ครัวกว่า 70,000 คน เพื่อตอบรับกับตลาดแรงงานที่ยังคงต้องการแรงงานพ่อครัว/แม่ครัวอยู่เป็นจำนวนมาก¹³

นอกจากการฝึกอบรมแล้ว กระทรวงแรงงานยังกำหนดให้ผู้ที่มีความเชี่ยวชาญในการประกอบอาหารสามารถเข้ารับการทดสอบมาตรฐานได้ กล่าวคือ มีการกำหนดมาตรฐานฝีมือแรงงานแห่งชาติ สาขาผู้ประกอบอาหารไทยไว้ตามประกาศคณะกรรมการส่งเสริมการพัฒนาฝีมือแรงงาน เรื่อง มาตรฐานฝีมือแรงงานแห่งชาติ สาขาอาชีพผู้ประกอบอาหารไทย เพื่อเป็นการทดสอบฝีมือ ความรู้ ความสามารถ และทัศนคติในการทำงานของผู้ประกอบอาชีพตามเกณฑ์กำหนดของมาตรฐานฝีมือแรงงานแห่งชาติ ผู้ผ่านการทดสอบจะได้รับหนังสือรับรองมาตรฐานฝีมือแรงงานแห่งชาติเป็นหลักฐานว่ามีฝีมืออยู่ในระดับประกันคุณภาพ¹⁴

มาตรฐานฝีมือแรงงานแห่งชาติ สาขาผู้ประกอบอาหารไทย แบ่งออกเป็น 2 ระดับ ในการทดสอบมาตรฐานแรงงานนั้น ผู้เข้าสอบจะต้องมีคุณสมบัติดังนี้¹⁵ กรณีผู้เข้าทดสอบระดับที่ 1 คุณสมบัติผู้มีสิทธิทดสอบมาตรฐานฝีมือแรงงานสาขาผู้ประกอบอาหารระดับ 1 ผู้สอบจะต้องไม่เคยต้องโทษและไม่เป็นโรคติดต่อร้ายแรง อายุไม่ต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์นับถึงวันที่สมัครเข้ารับการทดสอบ มีประสบการณ์อย่างน้อย 3 ปีในตำแหน่งพนักงานประกอบอาหาร หรือผ่านการเรียนหลักสูตรการประกอบอาหารไม่ต่ำกว่า 6 หน่วยกิต หรือผ่านการฝึกอบรมการประกอบอาหารไทยไม่ต่ำกว่า 90 ชั่วโมง กรณีเข้าทดสอบในระดับที่ 2 ผู้เข้าทดสอบจะต้องมีใบรับรองประสบการณ์เกี่ยวกับสาขาผู้ประกอบอาหารไทยไม่น้อยกว่า 3 ปี นับตั้งแต่วันที่ได้รับหนังสือรับรองมาตรฐานฝีมือแรงงานแห่งชาติระดับ 1 หรือได้คะแนนรวมในภาคทฤษฎีและภาคปฏิบัติในการทดสอบระดับ 1 ไม่ต่ำกว่าร้อยละ 80 และหากมีใบรับรองประสบการณ์ในการทำอาหารไทยไม่น้อยกว่า 3 ปี จะสามารถเข้ารับการทดสอบมาตรฐานฝีมือแรงงานแห่งชาติระดับ 2 ได้ โดยไม่ต้องรอระยะเวลา 3 ปี

¹² มติชนออนไลน์, “กรมพัฒนาฝีมือแรงงานปั้น ‘แม่ครัว’ เน้น ‘เมนูไทย’ อบรมฟรี,” เข้าถึงเมื่อ 10 กรกฎาคม 2561, https://www.matichon.co.th/local/quality-life/news_923084.

¹³ มติชนออนไลน์, “กรมพัฒนาฝีมือแรงงานปั้น ‘แม่ครัว’ เน้น ‘เมนูไทย’ อบรมฟรี,” เข้าถึงเมื่อ 10 กรกฎาคม 2561, https://www.matichon.co.th/local/quality-life/news_923084.

¹⁴ โรงเรียนสอนอาหารครัววันดี, “ศูนย์ทดสอบมาตรฐานฝีมือแรงงานครัววันดี,” เข้าถึงเมื่อ 10 กรกฎาคม 2561, <http://www.wandeethai.cooking.com/About/Standard-Testing-Center/>.

¹⁵ มาตรฐานฝีมือแรงงานแห่งชาติ ฉบับที่ 67 สาขาผู้ประกอบอาหารไทย ข้อ 2

อีกทั้งกรมพัฒนาฝีมือแรงงานยังได้ดำเนินการจัดสอบมาตรฐานแรงงาน ณ ต่างประเทศด้วย เนื่องจากปัจจุบันในต่างประเทศมีธุรกิจเกี่ยวกับร้านอาหารไทยเป็นจำนวนมาก ทำให้แรงงานไทยที่อาศัยอยู่ในต่างประเทศที่มีทักษะฝีมือเป็นที่ต้องการของร้านอาหารไทยสูงตามไปด้วย กรมพัฒนาฝีมือแรงงานจึงได้ดำเนิน “โครงการส่งเสริมศักยภาพมาตรฐานฝีมือแรงงานในต่างประเทศ” เพื่อพัฒนาความรู้และยกระดับทักษะฝีมือแรงงานไทยเข้าสู่เกณฑ์มาตรฐานฝีมือแรงงาน เพื่อส่งเสริมให้แรงงานไทยในต่างประเทศมีงานทำ เพื่อเพิ่มศักยภาพการแข่งขันของธุรกิจร้านอาหารไทยในต่างประเทศและเพื่อตอบสนองนโยบายครัวไทยสู่ครัวโลกของรัฐบาล¹⁶ โดยกรมพัฒนาฝีมือแรงงานมีหน้าที่ประสานความร่วมมือกับสถานเอกอัครราชทูต กงสุลไทย สำนักงานแรงงานไทย ในต่างประเทศหรือสมาคมธุรกิจต่างๆ ในการรวบรวมกลุ่มเป้าหมายในการทดสอบที่ผ่านมาได้มีการทดสอบฝีมือแรงงาน สาขาผู้ประกอบการอาหารไทยในหลายประเทศ¹⁷ เช่น ออสเตรเลีย เดนมาร์ก นอร์เวย์ สเปน ออสเตรีย เกาหลี ญี่ปุ่น ไต้หวัน ซาอุดีอาระเบีย ฮังการี¹⁸ ฟินแลนด์¹⁹ เป็นต้น

2) มาตรการเกี่ยวกับการให้เครื่องหมายรับรอง Thai Select แก่ร้านอาหารไทยในต่างประเทศ

จากการที่ร้านอาหารไทยเป็นที่รู้จักและได้รับความนิยมเป็นอย่างมากในต่างประเทศนั้น ทำให้มีร้านอาหารในต่างประเทศหลายแห่งแอบอ้างว่าเป็น “ร้านอาหารไทย” หรือโฆษณาว่าให้บริการอาหารไทย ทั้งที่ความจริงแล้วบางร้านไม่มีอาหารไทยอยู่ในรายการอาหารที่ให้บริการเลย รัฐบาลไทยทราบสถานการณ์ดังกล่าวและตระหนักถึงความสำคัญของการรักษามาตรฐานและคุณภาพของอาหารไทย จึงริเริ่มโครงการ “Thai Select” ใน พ.ศ. 2547 เพื่อให้การรับรองและส่งเสริมอาหารไทยแก่ทั่วโลก โดยการมอบตรารับรอง Thai Select ให้แก่ร้านอาหารไทยในต่างประเทศที่ให้บริการอาหารไทยแท้ ต่อมาในปี พ.ศ. 2555 จึงเริ่มขยายขอบเขตการรับรองให้กับอาหารไทยสำเร็จรูปพร้อมรับประทานและอาหารไทยพร้อมปรุงสำเร็จรูปด้วย โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อยกระดับการให้การรับรองคุณภาพของอาหารไทยสำเร็จรูป อีกทั้งยังเป็นการส่งเสริมให้ร้านอาหารไทยและผู้ผลิตอาหารไทยสำเร็จรูปเพิ่มคุณภาพในการผลิตและยังคงความเป็นเอกลักษณ์ของอาหารไทยแท้²⁰

การรับรอง “ร้านอาหาร Thai Select” แบ่งได้เป็น 2 ระดับ ตามเกณฑ์ในเรื่องอาหารการตกแต่งร้านและคุณภาพของการบริการ ได้แก่ ระดับสูงสุดคือ Thai Select Premium หมายถึง คุณภาพยอดเยี่ยมระดับ 5 ดาวหรือสูงกว่า ได้คะแนนตั้งแต่ 85 คะแนนขึ้นไป จะมีการมอบตราสัญลักษณ์เพื่อรับรองว่าร้านอาหารนั้นเป็นร้านที่ขายอาหารไทยแท้คุณภาพยอดเยี่ยม เป็นสถานประกอบการร้านอาหารที่ปรุงอาหารไทยแท้ มีการตกแต่งแบบไทย บริการคุณภาพสูง และระดับรองลงมา คือ Thai Select หมายถึง คุณภาพระดับ 3

¹⁶ ฐานเศรษฐกิจ, “กระทรวงแรงงานจัดทดสอบฯ ยกระดับกักไทยในญี่ปุ่น,” เข้าถึงเมื่อ 10 กรกฎาคม 2561, <http://www.thansettakij.com/content/173387>.

¹⁷ เดลินิวส์, “กพร.ทดสอบฝีมือแรงงานไทยต่างแดน การันตีรสอร่อยอาหารไทย,” เข้าถึงเมื่อ 10 กรกฎาคม 2561, <https://www.dailynews.co.th/politics/630056>.

¹⁸ สำนักพัฒนามาตรฐานและทดสอบฝีมือแรงงาน, “โครงการส่งเสริมศักยภาพแรงงานไทยในต่างประเทศ สาขาอาชีพผู้ประกอบการอาหารไทย ระดับ 1,” เข้าถึงเมื่อ 10 กรกฎาคม 2561, http://www.dsd.go.th/standard/Region/Show_Standard/2?region_id=8.

¹⁹ เรื่องเดียวกัน.

²⁰ กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ, “เกี่ยวกับ Thai SELECT,” เข้าถึงเมื่อ 10 กรกฎาคม 2561, http://www.thaiselect.com/main.php?filename=about_us_th.

ถึง 4 ดาว ได้คะแนน 75-84 คะแนน มอบให้ร้านอาหารที่ขายอาหารไทยต้นตำรับคุณภาพดี มีบริการหรือสินค้า
มีคุณภาพในระดับมาตรฐานสากล มีความคุ้มค่าต่อการใช้บริการหรือบริโภค

เครื่องหมาย Thai Select หรือ Thai Select Premium มอบให้แก่ร้านอาหารไทย
ในประเทศไทยและในต่างประเทศที่ปรุงอาหารรสชาติไทยให้บริการแก่ลูกค้า มีการตกแต่งบรรยากาศร้านอาหาร
แบบไทยหรือส่งเสริมภาพลักษณ์ที่ดีของไทย ใช้วัตถุดิบและเครื่องปรุงอาหารไทย เป็นการบ่งชี้ว่าร้านอาหาร
สามารถปรุงอาหารไทยได้ตามมาตรฐานอาหารไทย ทั้งนี้ เครื่องหมายดังกล่าวไม่ใช่การรับรอง (Certify) มาตรฐาน
สถานประกอบการเนื่องจากมีหน่วยงานท้องถิ่นในประเทศนั้นๆ ดำเนินการอยู่แล้ว ผู้ที่ได้เครื่องหมาย Thai Select
จะได้รับเกียรติบัตรลงนามจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์และอธิบดีกรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ พร้อมระบุ
เดือนและปีที่ได้รับเครื่องหมาย ซึ่งเครื่องหมาย Thai Select นั้นมีอายุ 3 ปี หากผู้ที่ได้รับเครื่องหมายประสงค์
จะต่ออายุจะต้องยื่นใบสมัครขอต่ออายุก่อนวันหมดอายุ 3 เดือน²¹

ในการพิจารณาขอรับรางวัล Thai Select นั้น มิได้พิจารณาให้การรับรองร้านอาหาร
เฉพาะรายการอาหารเท่านั้น แต่ยังพิจารณาการบริการและบรรยากาศของร้านประกอบด้วย เช่น พ่อครัวแม่ครัว
ของร้านอาหารที่จะขอรับการรับรองจึงต้องผ่านการฝึกฝนจนมีความชำนาญเพื่อให้สามารถประกอบอาหารไทย
ได้อย่างมีคุณภาพและรสชาติที่ดี ดังนั้นการที่ร้านอาหารจะได้รับการรับรองนี้จึงไม่ใช่เรื่องง่ายเนื่องจาก Thai Select
มีมาตรฐานสูงและมีแนวทางพิจารณาที่ค่อนข้างเข้มงวด ส่งผลให้ร้านอาหารไทยหลายแห่งทั่วโลกฝึกฝนพ่อครัว/
แม่ครัวและมีการปรับปรุงคุณภาพการให้บริการให้เป็นไปตามมาตรฐานที่กำหนดและได้รับการรับรองนี้ในที่สุด²²
ใน พ.ศ. 2561 มีร้านอาหารไทยกระจายตัวอยู่ทั่วโลกกว่า 15,000 ร้าน ในบรรดาร้านอาหารไทยเหล่านั้นมีร้าน
ที่ได้ตราสัญลักษณ์ Thai Select ทั้งสิ้นเพียง 1,301 ร้านเท่านั้น²³

ร้านอาหารที่ได้เครื่องหมายรับรอง Thai Select นั้นจะได้รับสิทธิประโยชน์ต่างๆ ได้แก่²⁴ ได้รับ
การส่งเสริมให้เข้าร่วมกิจกรรม Thai Select เช่น Thaifex ในงาน Thailand International Trade Fairs
ได้รับเชิญให้เข้าร่วมงานแสดงสินค้าระดับนานาชาติในประเทศไทยที่จัดขึ้นเป็นประจำทุกปี ได้รับการประชาสัมพันธ์
โฆษณาผ่านสื่อในประเทศและสื่อต่างประเทศ (ตามแผนของกรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศและงบประมาณ
ที่ได้รับการจัดสรร) ได้รับโอกาสในการเข้าร่วมกิจกรรมเพื่อการพัฒนาและประชาสัมพันธ์ที่จัดขึ้นโดยกรมส่งเสริม
การค้าระหว่างประเทศ

ในการพิจารณาเพื่อมอบเครื่องหมาย Thai Select ให้แก่อ้านอาหารไทยในต่างประเทศนั้น
ร้านอาหารไทยที่มีสิทธิ์ได้รับการพิจารณาจะต้องมีคุณสมบัติ ดังนี้²⁵ 1) เป็นร้านอาหารที่ปรุงและให้บริการอาหารไทย

²¹ กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ, “Thai SELECT,” เข้าถึงเมื่อ 10 กรกฎาคม 2561, <http://www.thaiselect.com>.

²² กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ, “เกี่ยวกับ Thai SELECT,” เข้าถึงเมื่อ 10 กรกฎาคม 2561, http://www.thaiselect.com/main.php?filename=about_us_th.

²³ เวทย์ นุชเจริญ, “บ้านหญิง โอกาสร้านอาหารไทยต่างแดน,” เข้าถึงเมื่อ 15 กรกฎาคม 2561, <http://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/644144>.

²⁴ กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ, “เกี่ยวกับ Thai SELECT,” เข้าถึงเมื่อ 16 กรกฎาคม 2561, http://www.thaiselect.com/main.php?filename=about_us_th.

²⁵ กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ, “Thai SELECT,” เข้าถึงเมื่อ 16 กรกฎาคม 2561, <http://www.thaiselect.com>.

เป็นหลัก กรณีเป็นร้านอาหารไทยในต่างประเทศ ต้องมีรายการอาหารไทยไม่น้อยกว่าร้อยละ 60 ของรายการอาหารทั้งหมด 2) ต้องเปิดให้บริการมาแล้วไม่น้อยกว่า 6 เดือน หรือหากร้านอาหารได้รับเครื่องหมาย Thai Select หรือ Thai Select Premium อยู่แล้ว สามารถยื่นใบสมัครขอต่ออายุการใช้เครื่องหมาย Thai Select หรือ Thai Select Premium ก่อนวันหมดอายุ 3 เดือน 3) มีฐานะการเงินที่มั่นคงและน่าเชื่อถือ ในการยื่นใบสมัครขอใช้เครื่องหมาย Thai Select นั้น จะมีการรับสมัครปีละ 3 ครั้ง ทุกๆ 4 เดือน (ต.ค.-ม.ค./ก.พ.-พ.ค./มิ.ย.-ก.ย.) โดยร้านอาหารไทยในต่างประเทศสามารถยื่นเรื่องต่อสำนักงานส่งเสริมการค้าในต่างประเทศได้

3) มาตรการเกี่ยวกับเงินทุน

มาตรการสนับสนุนเกี่ยวกับแหล่งเงินทุนเป็นมาตรการที่มีความจำเป็นอย่างยิ่งในการสนับสนุนการลงทุนทางตรงในต่างประเทศ โดยการช่วยเหลือในด้านนี้ธนาคารพัฒนาวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมแห่งประเทศไทย หรือ SME Bank ซึ่งเป็นสถาบันการเงินหนึ่งที่มีบทบาทในการสนับสนุนทางการเงินแก่ธุรกิจ SMEs ได้มีการพัฒนาสินเชื่อเพื่อสนับสนุนโครงการครัวไทยสู่โลกขึ้น โดยมีเป้าหมายธุรกิจที่เกี่ยวข้อง ทั้งธุรกิจที่ตั้งกิจการในประเทศไทย อันได้แก่ ผู้ผลิต/ผู้แปรรูปอาหาร สินค้า OTOP ตลอดจนผู้รวบรวมสินค้า/ผู้ค้าส่ง-ค้าปลีก และผู้ส่งออกสินค้าประเภทอาหาร/สินค้า OTOP ไปยังร้านค้าและร้านอาหารไทยในต่างประเทศ และให้การสนับสนุนธุรกิจนำเข้าสินค้า ธุรกิจค้าส่ง-ค้าปลีก รวมถึงร้านอาหารไทยที่ตั้งกิจการในต่างประเทศด้วย²⁶

นอกจากนี้ ธนาคารเพื่อการส่งออกและนำเข้าแห่งประเทศไทย ยังมีบริการสนับสนุนทางการเงินแก่นักลงทุนไทยในการเปิดร้านอาหารไทยในต่างประเทศ โดยมีเงื่อนไขว่าผู้กู้จะต้องเป็นผู้มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทยซึ่งมีผู้มีสัญชาติไทยเป็นผู้ถือหุ้นในนิติบุคคลไม่น้อยกว่า 50% และเป็นผู้ดำเนินกิจการร้านอาหารนั้นๆ มีประสบการณ์ในการบริหารร้านอาหารในต่างประเทศอย่างน้อย 1 ปี หรือในประเทศไทยอย่างน้อย 3 ปี มีความเข้าใจถึงสภาพท้องถิ่น หรือมีส่วนที่เข้าใจสภาพธุรกิจร้านอาหารในท้องถิ่นพอที่จะสามารถทำร้านอาหารไทยให้สำเร็จได้ และต้องมีรายละเอียดเกี่ยวกับโครงการ รายละเอียดของผู้ลงทุน ข้อมูลด้านการตลาด เช่น แผนการตลาด กลุ่มลูกค้าเป้าหมาย และรายละเอียดด้านการเงิน เช่น แหล่งที่มาและใช้ไปของเงินทุน ประมาณการรายได้และค่าใช้จ่าย และเอกสารสำคัญทางกฎหมายอื่นๆ เพื่อใช้ประกอบในการพิจารณาด้วย²⁷

4) มาตรการในการช่วยประชาสัมพันธ์อาหารไทยสู่สากล

อาหารไทยเป็นหนึ่งในอาหารที่ได้รับความนิยมจากชาวต่างชาติเป็นจำนวนมาก และหนึ่งในช่องทางที่เสมือนเป็นการประชาสัมพันธ์อาหารไทยให้แพร่หลายไปสู่สากล คือ การบริการอาหารไทยบนเครื่องบิน ทั้งนี้รัฐวิสาหกิจไทย กล่าวคือ บริษัท การบินไทย จำกัด มหาชน ได้เล็งเห็นถึงโอกาสในการเพิ่มศักยภาพด้านบริการ จึงคิดแผนปรับปรุงอาหารบนเครื่องบิน โดยอาศัยความร่วมมือของเชฟมิชลินสตาร์ในการออกแบบ

²⁶ Thai food to world, “ธนาคารพัฒนาวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมแห่งประเทศไทย (SME-Bank),” เข้าถึงเมื่อ 16 กรกฎาคม 2561, http://www.thaifoodtoworld.com/home/financial-detail.php?cms_id=9.

²⁷ ธนาคารเพื่อการส่งออกและนำเข้าแห่งประเทศไทย, “บริการสนับสนุนร้านอาหารไทยในต่างประเทศ,” เข้าถึงเมื่อ 16 กรกฎาคม 2561, http://www.exim.go.th/th/services/projectFinance.aspx?type=hls1_3.

เมนูอาหาร และนำสูตรอาหารพิเศษมาเสิร์ฟบนเครื่องบิน²⁸ การเพิ่มศักยภาพด้านบริการนี้จึงทำให้ผู้โดยสารชาวต่างชาติที่ใช้เส้นทางบินของไทยได้รับประทานอาหารที่เป็นรสชาติไทยแท้ อันส่งผลถึงความนิยมในอาหารไทยในการช่วยเพิ่มให้อาหารไทยเป็นที่รู้จักของชาวต่างชาติมากยิ่งขึ้น

ข.2) หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง

1) สถาบันอาหาร กระทรวงอุตสาหกรรม

สถาบันอาหารมีบทบาทในการสนับสนุนและวางนโยบายแผนยุทธศาสตร์การวิจัยและการพัฒนาด้านนวัตกรรมอาหารของประเทศ ให้มีประสิทธิภาพในการสร้างศักยภาพการแข่งขันแก่อุตสาหกรรมอาหารไทยทั้งทางด้านการผลิต การแปรรูป และการจำหน่าย ในแต่ละขั้นตอนของห่วงโซ่อุปทาน โดยร่วมมือกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง สถาบันวิจัย สถาบันการศึกษา ประสานหน่วยงานหลัก คือ กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ กระทรวงสาธารณสุข กระทรวงอุตสาหกรรม กระทรวงพาณิชย์ กระทรวงการต่างประเทศ รวบรวมวิเคราะห์ สังเคราะห์ และเผยแพร่ข้อมูลเชิงลึกที่ทันสมัยและเป็นประโยชน์สำหรับงานภาครัฐและเอกชน เพื่อนำข้อมูลไปใช้ประโยชน์ในด้านต่างๆ อาทิ การเจรจาทางการค้า การจัดทำมาตรฐาน การตัดสินใจในเชิงการค้า ทั้งนี้ เพื่อเพิ่มศักยภาพในการแข่งขันและเสถียรภาพของอุตสาหกรรมอาหารของประเทศ และสถาบันอาหารเป็นหนึ่งในหน่วยงานหลักในการดำเนินการโครงการครัวไทยสู่ครัวโลกด้วย

สถาบันอาหารมีศูนย์วิจัยเพื่ออุตสาหกรรมอาหาร²⁹ ซึ่งเป็นหน่วยงานภายใต้กำกับของกระทรวงอุตสาหกรรม เพื่อการส่งเสริมการขยายตัวด้านการส่งออกอาหารไทยและเสริมสร้างขีดความสามารถในการแข่งขันให้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจภาคอุตสาหกรรมอาหาร วัตถุประสงค์ในการพัฒนาศูนย์วิจัยเพื่ออุตสาหกรรมอาหาร คือ เพื่อให้มีระบบสารสนเทศที่ใช้ในการสนับสนุนนโยบายและการตัดสินใจเพื่อพัฒนาอุตสาหกรรมอาหารไทยที่มีประสิทธิภาพและเผยแพร่ข้อมูลที่เป็นประโยชน์ให้แก่ภาครัฐกิจ³⁰ โดยศูนย์วิจัยเพื่ออุตสาหกรรมอาหารเป็นภารกิจหลักของฝ่ายวิจัยและข้อมูลของสถาบันอาหาร ที่ตั้งขึ้นตามมติคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2539 โดยฝ่ายวิจัยและข้อมูลมีหน้าที่ คือ สำรวจ รวบรวม ติดตามข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับอุตสาหกรรมอาหาร และเผยแพร่ข้อมูลดังกล่าว พัฒนาระบบข้อมูลข่าวสารอุตสาหกรรมอาหาร ศึกษาวิจัย ธุรกิจอุตสาหกรรมอาหาร ตลอดจนวิเคราะห์ปัญหาที่มีผลกระทบต่ออุตสาหกรรมอาหาร และเสนอแนวทางแก้ไขให้แก่รัฐบาล อีกทั้งยังมีบทบาทหน้าที่ให้คำปรึกษาและคำแนะนำทางวิชาการแก่ผู้ประกอบการอุตสาหกรรมอาหารด้วย

2) กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์

ในส่วนของกรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์นี้ มีความเกี่ยวข้องกับการประกอบการร้านอาหารไทยในต่างประเทศโดยตรงจากการเป็นหน่วยงานที่ริเริ่มโครงการ “Thai Select” โดยเป็นตราสัญลักษณ์ที่มีขึ้นเพื่อประชาสัมพันธ์และส่งเสริมการบริโภคอาหารไทยในระดับสากล ตราสัญลักษณ์

²⁸ The Standard, “การบินไทยดิงเจ็ฟ เซฟมิชลินสตาร์ สดริฟู้ดไทย ออกแบบอาหารเสิร์ฟบนเครื่องบิน,” เข้าถึงเมื่อ 26 กรกฎาคม 2561, <https://www.facebook.com/thestandardth/posts/1955842221375327>.

²⁹ ศูนย์วิจัยเพื่ออุตสาหกรรมอาหาร, “เกี่ยวกับเรา,” เข้าถึงเมื่อ 9 กรกฎาคม 2561, <http://fic.nfi.or.th/foodlaw.php>.

³⁰ ศูนย์วิจัยเพื่ออุตสาหกรรมอาหาร, “เกี่ยวกับเรา,” เข้าถึงเมื่อ 9 กรกฎาคม 2561, <http://fic.nfi.or.th/about.php>.

Thai Select ถูกนำมาใช้เพื่อเป็นการรับรองร้านอาหารไทยในต่างประเทศและผลิตภัณฑ์อาหารไทยสำเร็จรูปว่าเป็นร้านอาหารหรือสินค้าที่มีคุณภาพ เป็นการรับรองคุณภาพและความน่าเชื่อถือให้กับร้านอาหารไทยที่ผ่านเกณฑ์ที่กำหนด โดยโครงการ “Thai Select” นี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อยกระดับร้านอาหารไทยและคุณภาพของผลิตภัณฑ์อาหารไทยสำเร็จรูปให้เป็นที่ยอมรับและรู้จักมากขึ้น อีกทั้งยังเป็นการส่งเสริมให้ร้านอาหารไทยและผู้ผลิตอาหารไทยพัฒนาและรักษามาตรฐานคุณภาพของอาหารไทยในธุรกิจของตน³¹

นอกจากนี้ กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศยังเป็นหน่วยงานที่ให้ข้อมูล ความรู้ ความเข้าใจแก่ผู้ประกอบการอีกด้วย เช่น กิจกรรมการสัมมนาธุรกิจบริการร้านอาหารไทยในต่างประเทศ หัวข้อ “ทำอย่างไรจะช่วยส่งเสริมให้อาหารไทยมีชื่อเสียงไปทั่วโลก” หรือ THAI.TABLE.TALK. Driving Thai Cuisine towards World-Class Recognition เป็นการจัดสัมมนาโดยเชิญวิทยากรที่ประสบความสำเร็จในการดำเนินธุรกิจบริการอาหารไทยจาก 3 ประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย และจีน มาให้ความรู้ ทักษะ และประสบการณ์เพื่อเป็นกรณีศึกษาให้กับผู้ประกอบการที่ต้องการจะไปประกอบธุรกิจในประเทศนั้นๆ³² เป็นต้น

3) สถาบันค้นคว้าและพัฒนาผลิตภัณฑ์อาหาร มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์

สถาบันค้นคว้าและพัฒนาผลิตภัณฑ์อาหาร เป็นหน่วยงานที่อยู่ภายใต้มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ มีหน้าที่หลักคือทำงานวิจัยเกี่ยวกับอาหารในลักษณะต่าง ๆ เพื่อพัฒนาผลิตภัณฑ์อาหาร ทั้งในด้านการแปรรูปอาหาร การเพิ่มมูลค่า การถนอมอาหาร รวมไปถึงบรรจุภัณฑ์ที่เกี่ยวข้อง นอกจากนี้สถาบันยังเป็นหนึ่งในหน่วยงานที่มีความเกี่ยวข้องในโครงการครัวไทยสู่ครัวโลกด้วย โดยในส่วนงานที่มีความเกี่ยวข้องกับการลงทุนร้านอาหารไทยในต่างประเทศนั้นก็คือหน่วยงานที่ชื่อว่า “ศูนย์ถ่ายทอดเทคโนโลยีและนวัตกรรมอาหาร” ที่อยู่ภายใต้สถาบันฯ ซึ่งมีหน้าที่นำเทคโนโลยีหรือนวัตกรรมของงานวิจัยไปถ่ายทอดในรูปแบบต่างๆ ผ่านการอบรม การสัมมนา หลักสูตรต่างๆ โดยหลักสูตรครัวไทยสู่ครัวโลกก็เป็นหลักสูตรหนึ่งในหลายหลักสูตรนั้น³³ ทั้งหมดนี้มีขึ้นเพื่อพัฒนาศักยภาพพ่อครัว/แม่ครัวไทย ให้บุคคลที่ต้องการไปประกอบอาชีพพ่อครัว/แม่ครัว ทั้งในประเทศและต่างประเทศเข้ามาเรียนรู้วิธีการทำอาหารให้มีรสชาติดี ปลอดภัย มีคุณค่าทางอาหาร รวมไปถึงเรียนรู้หลักการในการบริหารจัดการธุรกิจร้านอาหารด้วย

4) ธนาคารเพื่อการพัฒนาวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมแห่งประเทศไทย (ธพว.)

ธนาคารเพื่อการพัฒนาวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมแห่งประเทศไทยเป็นสถาบันการเงินที่มีการดำเนินโครงการปล่อยสินเชื่อหลายรูปแบบให้แก่ผู้ประกอบการวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมที่ประกอบธุรกิจในรูปแบบที่แตกต่างกัน ในส่วนของผู้ประกอบการกิจการร้านอาหารในต่างประเทศนี้ ธนาคารเพื่อการพัฒนาวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมแห่งประเทศไทยก็ได้มีการสินเชื่อเพื่อสนับสนุนโครงการครัวไทย

³¹ กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ, “เกี่ยวกับ Thai Select,” เข้าถึงเมื่อ 16 กรกฎาคม 2561, http://www.thaiselect.com/main.php?filename=about_us_th.

³² กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ, “กิจกรรมการสัมมนาธุรกิจบริการร้านอาหารไทยในต่างประเทศ,” เข้าถึงเมื่อ 16 กรกฎาคม 2561, http://www.thaiselect.com/ewt_news.php?nid=171&filename=index_th.

³³ โปรดดูภาคผนวก สัมภาษณ์คุณสมบัติ ชินวงศ์ ผู้อำนวยการสถาบันค้นคว้าและพัฒนาผลิตภัณฑ์อาหาร มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ ณ วันที่ 5 กรกฎาคม พ.ศ. 2561

สู่ครัวโลก โดยให้สินเชื่อกับผู้ประกอบกิจการหลายรูปแบบ รวมถึงผู้ประกอบการร้านอาหารในต่างประเทศด้วย ดังที่ได้กล่าวไปในข้างต้น

5) ธนาคารเพื่อการส่งออกและนำเข้าแห่งประเทศไทย (ธสน.)

ธนาคารเพื่อการส่งออกและนำเข้าแห่งประเทศไทย เป็นสถาบันการเงินของรัฐที่อยู่ภายใต้การดูแลของกระทรวงการคลัง เป็นสถาบันการเงินเฉพาะกิจของรัฐที่มีบทบาทหน้าที่ในการส่งเสริมและสนับสนุนการส่งออก การนำเข้า การลงทุนทั้งในประเทศและต่างประเทศ พระราชบัญญัติธนาคารเพื่อการส่งออกและนำเข้าแห่งประเทศไทยได้กำหนดขอบเขตอำนาจในการทำธุรกิจไว้อย่างกว้างขวาง ธสน.จึงสามารถให้สินเชื่อได้ทุกรูปแบบ เช่น สินเชื่อระยะสั้นและสินเชื่อระยะยาว สินเชื่อในประเทศ และสินเชื่อต่างประเทศ โดยสามารถทำธุรกิจได้ทั้งที่เป็นสกุลเงินบาทและสกุลเงินตราต่างประเทศ นอกจากนี้ ยังสามารถกู้ยืมเงินจากสถาบันการเงินทุกประเภททั้งในประเทศและต่างประเทศและออกตราสารการเงินระยะสั้นและระยะยาวขายแก่สถาบันการเงินและประชาชนทั่วไปทั้งในประเทศและต่างประเทศ

ในเดือนพฤศจิกายน 2542 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติธนาคารเพื่อการส่งออกและนำเข้าแห่งประเทศไทย (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2542 เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมวัตถุประสงค์และอำนาจของ ธสน. เกี่ยวกับการส่งเสริมและสนับสนุนการลงทุนให้ชัดเจนและกว้างขึ้น เพื่อให้ ธสน.เป็นธนาคารที่สามารถสนับสนุนนักลงทุนไทยในต่างประเทศได้อย่างเต็มที่ อีกทั้งยังสามารถขยายการสนับสนุนทางการเงินแก่นักลงทุนในประเทศที่ประกอบกิจการเกี่ยวเนื่องกับการส่งออกและการลดการสูญเสียหรือสนับสนุนให้ได้มาซึ่งเงินตราต่างประเทศด้วย

6) กรมพัฒนาฝีมือแรงงาน กระทรวงแรงงาน

กรมพัฒนาฝีมือแรงงาน เข้ามามีบทบาทในการประกอบธุรกิจร้านอาหารในต่างประเทศตรงที่เป็นหน่วยงานที่มีเป้าหมายในการพัฒนาศักยภาพของแรงงานไทยเข้าสู่อุตสาหกรรมร้านอาหารในต่างประเทศ กล่าวคือ ที่ผ่านมามีการดำเนินการฝึกอบรมผู้ประกอบการอาหารไทยรองรับครัวไทยสู่ครัวโลก มีการฝึกอบรมดำเนินการโดยสถาบันพัฒนาฝีมือแรงงาน (สพร.) และสำนักงานพัฒนาฝีมือแรงงาน (สนพ.) ทั่วประเทศกว่า 60 หลักสูตร³⁴ นอกจากนี้ กระทรวงแรงงานมีการขอความร่วมมือและให้การสนับสนุนไปยังหน่วยงานต่างๆ เช่น สถาบันวิจัยอาหาร ให้จัดทำหลักสูตรให้พ่อครัว/แม่ครัวมาพัฒนาศักยภาพให้เพิ่มพูนมากยิ่งขึ้น ทั้งนี้ ก็เพื่อมุ่งเน้นพัฒนาฝีมือพ่อครัว/แม่ครัวให้มีมาตรฐานเพื่อยกระดับทั้งด้านการให้บริการและมาตรฐานในรสชาติอาหารไทยเพื่อไปทำงานในต่างประเทศให้มากขึ้น ทั้งนี้ เพื่อเผยแพร่อาหารไทยและเอกลักษณ์ของความเป็นไทยสู่นานาชาติประเทศนั้นเอง³⁵

³⁴ Matichonacademy, “ก.แรงงาน รุก! ดิวเซฟไทยป้อนตลาดนอก ยกระดับครัวไทยสู่ครัวโลก,” เข้าถึงเมื่อ 26 กรกฎาคม 2561, https://www.matichonacademy.com/content/journal/article_13397.

³⁵ กรมการจัดหางาน, “โอกาสดี ของแรงงานไทยไปทำงานพ่อครัว-แม่ครัวในต่างประเทศ มีรายได้ 40,000-90,000 บาทต่อเดือน,” เข้าถึงเมื่อ 26 กรกฎาคม 2561, https://www.doe.go.th/prd/main/news/param/site/1/cat/7/sub/0/pul/detail/view/detail/object_id/1606.

นอกจากนี้ กระทรวงแรงงานก็เป็นหน่วยงานที่มีอำนาจในการอนุญาตให้สถาบันใดๆ สามารถดำเนินการจัดสอบมาตรฐานฝีมือแรงงานให้แก่ผู้ประกอบการอาหารไทยด้วย³⁶ เช่น โรงเรียนการอาหารนานาชาติสวนดุสิต ได้รับอนุญาตเป็นผู้ดำเนินการทดสอบมาตรฐานฝีมือแรงงาน ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการพัฒนาฝีมือแรงงาน พ.ศ. 2545 ในสาขาอาชีพผู้ประกอบการอาหารไทย ตามใบอนุญาตเลขที่กทม. 002/2553³⁷

7) ศูนย์ข้อมูลธุรกิจไทยในสหรัฐอเมริกา

ศูนย์ข้อมูลเพื่อธุรกิจไทยในสหรัฐอเมริกา (Thai Business Information Center – BIC) อยู่ภายใต้สังกัดสถานเอกอัครราชทูต ณ กรุงวอชิงตัน ซึ่งก่อตั้งขึ้นเพื่อเป็นศูนย์สนับสนุนดำเนินยุทธศาสตร์การทูตเชิงเศรษฐกิจ (Economic Diplomacy) มีเป้าหมายสำคัญ คือ การสร้างความพร้อม ความเข้มแข็ง ความได้เปรียบ และเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขัน พร้อมทั้งแสวงหาโอกาสทางด้านเศรษฐกิจของไทยในเวทีโลก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสหรัฐอเมริกา

สถานเอกอัครราชทูต ณ กรุงวอชิงตัน ได้ดำเนินการจัดตั้งศูนย์ข้อมูลเพื่อธุรกิจไทยในสหรัฐอเมริกา (Thai Business Information Center – BIC) ขึ้น เพื่อสนับสนุนภารกิจการทูตเชิงรุกด้านเศรษฐกิจ (Proactive Economic Diplomacy) ที่ให้การสนับสนุนและเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันของภาคเอกชนไทยในสหรัฐอเมริกา ในสาขาที่มีศักยภาพ ได้แก่ พลังงาน เกษตรและอาหาร ท่องเที่ยวและท่องเที่ยวเชิงสุขภาพ ก่อสร้าง โลจิสติกส์ วิทยาศาสตร์และนวัตกรรม ตลอดจนการสร้างความเข้มแข็งควบคู่กับการส่งเสริมโอกาสช่องทางธุรกิจให้แก่ผู้ประกอบการ SME ในการนำสินค้าชุมชนสู่ตลาดสากล

ศูนย์ข้อมูลเพื่อธุรกิจไทยในสหรัฐอเมริกา ให้บริการเผยแพร่ข้อมูลเศรษฐกิจไทย-สหรัฐฯ ผ่านทางเว็บไซต์ www.thaibicusa.com ซึ่งประกอบไปด้วยข้อมูลเกี่ยวกับสหรัฐอเมริกา ข้อมูลรายมลรัฐ กฎระเบียบที่ควรรู้ การเริ่มทำธุรกิจกับสหรัฐฯ ธุรกิจไทยที่มีศักยภาพ เกร็ดความรู้ธุรกิจ เดือนภัยธุรกิจ ข้อมูลที่เกี่ยวข้องงานประมูล/งานแสดงสินค้าที่สำคัญที่จัดขึ้นในสหรัฐฯ งานสัมมนาแก่ภาคเอกชนเพื่อสร้างเครือข่ายความร่วมมือภาคธุรกิจ และการสร้างมูลค่าเพิ่มเพื่อยกระดับสินค้า นอกจากนี้ ศูนย์ข้อมูล BIC ยังได้จัดทำฐานข้อมูลธุรกิจไทยและนักวิชาชีพไทยในสหรัฐฯ เพื่อนักธุรกิจและคนไทยใช้เป็นเครือข่ายช่วยเหลือส่งเสริมการสร้างธุรกิจไทยในสหรัฐฯ อีกด้วย

ภารกิจหลักของ ศูนย์ข้อมูล BIC คือ เพื่อสนับสนุนข้อมูลเชิงลึกทางด้านเศรษฐกิจ การค้า และการลงทุนในต่างประเทศแก่ภาคเอกชนไทย ผ่านทางเว็บไซต์ www.thaibicusa.com เพื่ออำนวยความสะดวกโดยทำหน้าที่เป็นช่องทางติดต่อประสานงานระหว่างภาคเอกชนไทยกับหน่วยงานต่างๆ เพื่อสนับสนุนธุรกิจไทยในสหรัฐฯ และเพื่อจัดกิจกรรมเพื่อให้ความรู้ด้านต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง รวมถึงชี้ช่องโอกาสการค้าการลงทุนในต่างประเทศ ส่งเสริมการพัฒนาศักยภาพเพื่อเพิ่มขีดความสามารถทางการแข่งขันและการสร้างเครือข่ายความร่วมมือด้านเศรษฐกิจด้วย

³⁶ พระราชบัญญัติส่งเสริมการพัฒนาฝีมือแรงงาน พ.ศ. 2545 มาตรา 24

³⁷ โรงเรียนการอาหารนานาชาติสวนดุสิต, “ศูนย์ทดสอบมาตรฐานฝีมือแรงงานแห่งชาติ,” เข้าถึงเมื่อ 26 กรกฎาคม 2561, <http://www.chefschool.dusit.ac.th/servicedetail.php?id=47>.

3. ปัญหาของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมไทยที่เป็นอุปสรรคต่อการลงทุนทางตรง ในต่างประเทศประเภทธุรกิจร้านอาหารไทย

ก) ปัญหาที่เกิดจากปัจจัยภายในประเทศ

ก.1) ปัญหาที่เกิดจากภาครัฐ

ก.1.1) ปัญหาจากข้อกฎหมาย (Laws)

เนื่องจากกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการเปิดร้านอาหารไทยในสหรัฐอเมริกานั้นไม่มีกำหนดเป็นการเฉพาะ ดังนั้น จึงไม่พบปัญหาจากข้อกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการเปิดร้านอาหารไทยในต่างประเทศ อย่างไรก็ตาม แม้ไม่มีปัญหาจากข้อกฎหมาย แต่ยังมีปัญหาอื่นๆ ที่นักลงทุนต้องพิจารณาด้วย เช่น ปัญหาเชิงมาตรการ และปัญหาที่เกิดจากปัจจัยภายนอกประเทศ เป็นต้น

ก.1.2) ปัญหาเชิงมาตรการ (Non-Law Measures) และหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง

1) ปัญหาการขาดผู้ประสานงานระหว่างผู้ลงทุนกับหน่วยงานของรัฐท้องถิ่น

เนื่องจากการประกอบกิจการร้านอาหารในสหรัฐอเมริกานั้นจำเป็นต้องมีการขออนุญาตในเรื่องต่างๆ และจำเป็นต้องดำเนินการเกี่ยวกับเอกสารจำนวนมาก ประกอบกับเอกสารต่างๆ อยู่ในรูปแบบภาษาอังกฤษ ผู้ลงทุนที่ไม่มีความรู้ความเข้าใจที่เพียงพออาจพบอุปสรรคในการดำเนินการดังกล่าว และจากการสัมภาษณ์ผู้เข้าร่วมโครงการอาหารไทย “ครัวไทยสู่ครัวโลก” พบว่าผู้ลงทุนส่วนใหญ่จำเป็นต้องจ้างทนายความเพื่อดำเนินการในเรื่องการขออนุญาตและเอกสารต่างๆ ให้³⁸ ซึ่งส่งผลทำให้ต้นทุนในการดำเนินกิจการสูงขึ้น ประเด็นเหล่านี้จะไม่เป็นปัญหาหากรัฐสามารถเข้ามาให้ความช่วยเหลือในลักษณะเป็นผู้ประสานงานตรงกลางระหว่างผู้ลงทุนกับหน่วยงานท้องถิ่นของสหรัฐอเมริกาหรือเข้ามาช่วยเหลือในการตรวจสอบเอกสารต่างๆ ให้แก่ผู้ลงทุน แต่ปัจจุบันยังไม่ได้มีหน่วยงานใดเข้ามาดูแลในเรื่องนี้ และแม้ว่าภารกิจหลักภารกิจหนึ่งของศูนย์ข้อมูลธุรกิจไทยในสหรัฐอเมริกา คือ การทำหน้าที่เป็นช่องทางติดต่อประสานงานระหว่างภาคเอกชนไทยกับหน่วยงานต่างๆ ทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ แต่ในความเป็นจริงจากข้อมูลที่ได้รับจากตัวผู้ประกอบการร้านอาหารในสหรัฐอเมริกากล่าวพบว่าศูนย์ข้อมูลนี้ก็ได้เข้ามาช่วยบรรเทาความยุ่งยากในส่วนนี้แต่อย่างใด

ก.2) ปัญหาที่เกิดจากผู้ประกอบการธุรกิจ

1) ปัญหาด้านเงินทุน

เนื่องจากในการประกอบกิจการร้านอาหารในสหรัฐอเมริกานั้นมีค่าใช้จ่ายมากกว่าการประกอบธุรกิจร้านอาหารในประเทศไทย ผู้ประกอบการจำเป็นต้องมีเงินทุนตั้งต้นสำหรับก่อตั้งกิจการก่อนที่จะยื่นขอวีซ่า E2 ซึ่งเป็นประเภทวีซ่าของนักลงทุนที่สหรัฐอเมริกาจะออกให้ก็ต่อเมื่อมีการลงทุนภายในสหรัฐอเมริกาแล้วในระดับหนึ่ง รายละเอียดจะได้กล่าวต่อไปในประเด็นเรื่องการขอวีซ่า ทั้งนี้ ผู้ประกอบการต้องมีเงินทุนสำหรับ

³⁸ สัมภาษณ์ ผู้เข้าร่วมโครงการอาหารไทย “ครัวไทยสู่ครัวโลก” หลักสูตรการประกอบอาหารไทยและการบริหารจัดการร้านอาหารไทย ระดับมืออาชีพ รุ่นที่ 50, 5 กรกฎาคม 2561.

ค่าธรรมเนียมในการขอใบอนุญาตชนิดต่างๆ ที่จำเป็นต้องมีเพื่อการประกอบกิจการร้านอาหารซึ่งมีอยู่เป็นจำนวนมาก จะได้กล่าวต่อไปในประเด็นเรื่องการขอใบอนุญาต

ในส่วนของเงินทุนที่จำเป็นต้องมีเพื่อเป็นค่าใช้จ่ายในการดำเนินการนั้น ผู้ลงทุนในสหรัฐอเมริกา จำต้องแบกรับภาระค่าแรงขั้นต่ำที่สูงกว่าผู้ประกอบการในประเทศไทยเป็นอย่างมาก กล่าวคือ อัตราค่าแรงขั้นต่ำของสหรัฐอเมริกานั้นอยู่ที่ระหว่าง 7-12 ดอลลาร์สหรัฐต่อชั่วโมง แตกต่างกันไปในแต่ละมลรัฐ³⁹ และในมลรัฐขนาดใหญ่ค่าแรงขั้นต่ำมีแนวโน้มปรับสูงขึ้นเรื่อยๆ อันจะส่งผลต่อค่าใช้จ่ายในการดำเนินการโดยตรง⁴⁰ นอกจากนี้ นายจ้างยังถูกกฎหมายบังคับให้ทำประกันสุขภาพให้ลูกจ้างด้วย ผู้ลงทุนต้องเสียภาษีที่เกี่ยวข้องหลายประเภท และเสียเงินค่าทำประกันตามที่กฎหมายกำหนดด้วย นอกจากค่าใช้จ่ายจะมีจำนวนมากแล้ว ผู้ประกอบกิจการร้านอาหารจำเป็นจะต้องมีความสามารถในการบริหารเงินเพื่อให้มีเงินหมุนเวียนเพียงพอที่จะใช้เป็นตัววัดดูดีประกอบการอาหารและใช้ประกอบการกิจการในแต่ละวันอีกด้วย

ในส่วนของความช่วยเหลือหรือการจะเข้าถึงเงินสนับสนุนของสหรัฐอเมริกานั้นอาจเป็นไปได้ค่อนข้างยาก เนื่องจากเงินสนับสนุนจากรัฐบาลสหรัฐอเมริกามาจากภาษีเงินได้ของประชาชนในประเทศจึงมุ่งเน้นส่งเสริมคนชาติของตนเท่านั้น⁴¹ และในส่วนของความช่วยเหลือจากทางภาครัฐของไทยนั้นก็ไม่มีหน่วยงานรัฐใดที่ให้การสนับสนุนในทางเงินทุนเป็นกรณีพิเศษแก่ผู้ประกอบการธุรกิจร้านอาหาร ในทางปฏิบัติแล้วผู้ประกอบการก็จะต้องดำเนินการทำแผนงานเพื่อยื่นเสนอแก่นาคราพาณิชย์ด้วยตนเอง โดยจะได้รับสินเชื่อเพื่อการลงทุนหรือไม่นั้นก็ขึ้นอยู่กับแผนงานที่เสนอแก่นาคราไป

2) ปัญหาด้านแรงงาน

เนื่องจากการประกอบอาหารไทยจำเป็นต้องใช้ผู้ประกอบการที่มีความเชี่ยวชาญ มีประสบการณ์ในการทำอาหาร แต่การให้พ่อครัวชาวไทยเดินทางไปทำงานในต่างประเทศของพ่อครัวไทยนั้นมีอุปสรรคในเรื่องใบอนุญาตเข้าประเทศ (Visa) และใบอนุญาตทำงาน (Work Permit) ทำให้ในปัจจุบันพ่อครัวร้านอาหารไทยในต่างแดนกลับเป็นชาวต่างชาติที่ไม่มีความรู้ความเข้าใจพื้นเพของอาหารไทยมาก่อน เช่น พ่อครัวชาวเม็กซิกันที่ค่าแรงถูกและมีความอดทนในการทำงานสูง⁴² การใช้ผู้ประกอบการที่เป็นคนไทยทำให้การถ่ายทอดความละเอียดอ่อนของอาหารไทยนั้นถูกลดลงไป ปัญหาการขาดแคลนบุคลากรนี้เป็นอุปสรรคสำคัญต่อการขยายตลาดร้านอาหารไทยไปยังต่างประเทศโดยตรง เนื่องจากผู้ลงทุนเองก็เกรงว่าร้านอาหารจะไม่สามารถดำเนินการต่อไปได้ในระยะยาว และการไม่ได้ใช้พ่อครัวชาวไทยอาจส่งผลกระทบต่อรสชาติของอาหารนี้ก็อาจจะทำให้

³⁹ National Conference of State Legislatures, "2018 Minimum Wages by State," เข้าถึงเมื่อ 20 กรกฎาคม 2561, <http://www.ncsl.org/research/labor-and-employment/state-minimum-wage-chart.aspx>.

⁴⁰ ธิวิไลวงศ์ พรหมปราบบุทซ์ และกุลสุลี ทรัพย์สินอุดม, *เปิดร้านอาหารไทยที่อเมริกาไม่ยากเลยยย* (กรุงเทพฯ: บริษัท อักแต่ดี จำกัด, 2557), 108.

⁴¹ ศูนย์ข้อมูลเพื่อธุรกิจไทยในสหรัฐฯ, "คู่มือธุรกิจร้านอาหารไทยในสหรัฐอเมริกา," เข้าถึงเมื่อ 26 กรกฎาคม 2561, thaibicusa.com/wp-content/uploads/2017/01/BIC-Restaurant-Guide-30Dec2016.pdf.

⁴² สัมภาษณ์ ผู้เข้าร่วมโครงการอาหารไทย "ครัวไทยสู่ครัวโลก" หลักสูตรการประกอบอาหารไทยและการบริหารจัดการร้านอาหารไทย ระดับมืออาชีพ รุ่นที่ 50 วันที่ 5 กรกฎาคม 2561.

อาหารขาดเอกลักษณ์แบบไทย⁴³ นอกจากนั้น ปัญหาดังกล่าวยังนำไปสู่การจ้างแรงงานผิดกฎหมายหรือที่เรียกว่า “โรบินฮู้ด” กล่าวคือ เป็นการที่แรงงานไทยอยู่ในสหรัฐอเมริกาต่อไปหลังจากหมดระยะเวลาที่ได้รับอนุญาตตามใบอนุญาตเข้าเมืองแล้ว ซึ่งการจ้างแรงงานประเภทนี้อาจส่งผลต่อตัวผู้ใช้แรงงานที่อาจถูกกดค่าแรงหรือได้รับการปฏิบัติที่ไม่ดีด้วย

ข) ปัญหาที่เกิดจากปัจจัยภายนอกประเทศ

แม้ธุรกิจร้านอาหารไทยเป็นหนึ่งในธุรกิจที่คนไทยนิยมมาลงทุนกันเป็นอันดับต้นๆในประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ในการเปิดร้านอาหารไทยในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมีขั้นตอนมากมายที่ถือเป็นอุปสรรคของนักลงทุน โดยเฉพาะนักลงทุนที่ไม่มีประสบการณ์ในการเปิดร้านอาหารไทยมาก่อน อย่างไรก็ตาม การเปิดร้านอาหารไทยในต่างประเทศนั้น จากการสัมภาษณ์ผู้เชี่ยวชาญโครงการอาหารไทย “ครัวไทยสู่ครัวโลก”⁴⁴ พบว่ารูปแบบการลงทุนร้านอาหารไทยมีหลายประเภท ทั้งแบบการลงทุนแบบบริษัทจำกัด (Limited Liability Company-LLC) ซึ่งการจดทะเบียนประกอบกิจการประเภทนี้ ผู้ลงทุนต้องมีสัญชาติสหรัฐอเมริกา (US Citizen) หรือเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ถาวรอย่างถูกกฎหมายในสหรัฐอเมริกา (Green Card Holder) และไม่มีส่วนร่วมลงทุนกับบุคคลจากต่างประเทศ⁴⁵ หรือการลงทุนในรูปแบบของบริษัทมหาชน (Corporation) ซึ่งการทำธุรกิจรูปแบบนี้ คือ การที่นักลงทุนไทยที่ไม่มีสัญชาติอเมริกาหรือยังไม่มีการร่วมลงทุนกับผู้ร่วมทุนในสหรัฐอเมริกาที่มีสัญชาติอเมริกาหรือมีการร่วมทุน⁴⁶ ทั้งนี้ หากนักลงทุนไทยต้องการลดอุปสรรคในการทำธุรกิจร้านอาหารไทย อาจต้องเลือกรูปแบบการลงทุนแบบบริษัทมหาชน เนื่องจากการประกอบธุรกิจโดยไม่มีหุ้นส่วนย่อมต้องพบอุปสรรคในขั้นตอนการเปิดร้านอาหารมากมาย เพราะการเปิดร้านอาหารในประเทศสหรัฐอเมริกามีขั้นตอนที่ยุงยาก รวมถึงการขอใบอนุญาตจำนวนมาก ซึ่งหากเป็นการเปิดร้านอาหารในรูปแบบการร่วมทุนจะลดขั้นตอนของการเปิดร้านอาหาร เช่น เรื่องใบอนุญาตอาจไม่ต้องขอใหม่ทั้งหมด เพราะได้มีการขอไปบางส่วนแล้ว ประกอบกับการมีผู้ร่วมทุนเป็นคนสัญชาติอเมริกันน่าจะช่วยให้โอกาสในการได้รับใบอนุญาตต่างๆ มีเพิ่มมากขึ้น เนื่องจากผู้ร่วมทุนท้องถิ่นย่อมมีความรู้และความเข้าใจในกฎหมายของภูมิลำเนาของตน ได้ดีกว่านักลงทุนไทย ดังนั้น การเปิดร้านอาหารโดยการร่วมทุนอาจเป็นประโยชน์ต่อนักลงทุนไทยและช่วยลดอุปสรรคของขั้นตอนในการเปิดร้านอาหารและการขอใบอนุญาตต่างๆ ได้

ในขั้นตอนแรกของการเปิดร้านอาหารไทยนั้น นักลงทุนต้องให้ความสำคัญกับการเลือกรัฐที่จะเปิดร้านอาหารเป็นอันดับแรก เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกามีรัฐทั้งหมด 50 รัฐ การเลือกรัฐที่ต้องการลงทุนจึงต้องพิจารณาควบคู่กับพฤติกรรมการบริโภคของรัฐนั้นๆ ด้วย เช่น บางรัฐมีร้านอาหารไทยจำนวนมากอยู่แล้ว การไปลงทุนทำธุรกิจในรัฐนั้นอาจไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควรก็ได้ หรือควรเลือกลงทุนในรัฐที่ประชากร

⁴³ รพีพรรณ เหลืองอร่าม, การปรับปรุงยุทธศาสตร์ “ครัวไทยสู่ครัวโลก” เพื่อเพิ่มศักยภาพของร้านอาหารไทยในต่างประเทศ (กรุงเทพฯ: วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร, 2552).

⁴⁴ สัมภาษณ์ ผู้เข้าร่วมโครงการอาหารไทย “ครัวไทยสู่ครัวโลก” หลักสูตรการประกอบอาหารไทยและการบริหารจัดการร้านอาหารไทย ระดับมืออาชีพ รุ่นที่ 50, 5 กรกฎาคม 2561.

⁴⁵ ศูนย์ข้อมูลเพื่อธุรกิจไทยในสหรัฐฯ, “คู่มือธุรกิจร้านอาหารไทยในสหรัฐอเมริกา,” เข้าถึงเมื่อ 26 กรกฎาคม 2561, thaibicusa.com/wp-content/uploads/2017/01/BIC-Restaurant-Guide-30Dec2016.pdf.

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน.

มีความนิยมอาหารไทย เพราะการมีกลุ่มลูกค้าเป็นจำนวนมากย่อมส่งผลให้โอกาสทางธุรกิจมีมากขึ้นตามไปด้วย เป็นต้น ต่อมานักลงทุนต้องเลือกรูปแบบกิจการอันมีทั้งการตั้งกิจการในรูปแบบบุคคลธรรมดา (Limited Liability Company: LLC) หรือ Corporation⁴⁷ ตามที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น ทั้งนี้ ในการเลือกรูปแบบกิจการต้องพิจารณาควบคู่กับเกณฑ์ภาษีอากร เพราะความแตกต่างของรูปแบบกิจการมีผลต่อระบบภาษีอากรที่แตกต่างกัน หลังจากเลือกรูปแบบกิจการต่อมาเป็นขั้นตอนของการจดทะเบียน อันมีทั้งการจดทะเบียนชื่อร้าน (Doing Business As: DBA) และการขอเลขประจำตัวนายจ้าง (Federal Employer Identification Number: FEIN) ต่อมาต้องมีการทำสัญญาเช่าและการปรับปรุงร้าน (Leasehold Improvements) โดยการปรับปรุงร้านมีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายด้านการก่อสร้างซึ่งกฎหมายดังกล่าวมีความแตกต่างกัน ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับรัฐที่จะลงทุน⁴⁸ นอกจากนี้ นักลงทุนยังต้องดำเนินการในการขอใบอนุญาตต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการเปิดร้านอาหาร เช่น Business License, Sales and Use Tax Certificate, State Unemployment Identification Number หรือ Permit from Health Department เป็นต้น เห็นได้ว่าการเปิดร้านอาหารไทยมีขั้นตอนมากมาย และส่วนใหญ่เป็นเรื่องเกี่ยวกับการดำเนินการขอใบอนุญาต ทั้งนี้ ขั้นตอนที่ย่างยากเหล่านี้ถือเป็นอุปสรรคของนักลงทุน เพราะการดำเนินการตามขั้นตอนต่างๆ นั้น หากขั้นตอนใดที่ไม่ประสบความสำเร็จอาจทำให้การเปิดร้านอาหารล่าช้าไป และส่งผลต่อต้นทุนทางธุรกิจที่เพิ่มมากขึ้น ซึ่งปัญหาเหล่านี้เป็นปัญหาในขั้นตอนของการเปิดร้านอาหาร ทั้งนี้ หากมีการร่วมลงทุนกับบุคคลที่มีสัญชาติอเมริกาย่อมลดขั้นตอนบางอย่างไปได้ ดังเช่นจากบทสัมภาษณ์ผู้เชี่ยวชาญโครงการอาหารไทย “ครัวไทยสู่ครัวโลก” ได้ยกตัวอย่างข้อดีของการร่วมลงทุน กล่าวคือ การร่วมลงทุนช่วยลดขั้นตอนของการเปิดร้านอาหาร เนื่องจากไม่ต้องขอเปิดบริษัทใหม่ ไม่ต้องขอเลขเสียภาษี ทั้งยังไม่ต้องติดต่อกับผู้ให้เช่าเพื่อเช่าที่ เพราะการร่วมทุนมีการดำเนินการผ่านขั้นตอนนี้ไปทั้งหมดแล้ว ในขณะที่หากไม่มีการร่วมทุนกับบุคคลที่มีสัญชาติอเมริกา การเปิดร้านอาหารจะทำได้ยากและใช้เวลานานมาก เพราะต้องเริ่มเปิดบริษัทใหม่ ขอเลขเสียภาษีใหม่ ทั้งยังต้องหาสถานที่เพื่อทำการเปิดร้านอาหารอีกด้วย อย่างไรก็ตามการประกอบธุรกิจร้านอาหารของนักลงทุนไทยย่อมต้องเจออุปสรรคในด้านอื่นๆ ด้วย เช่น

ข.1) ปัญหาจากข้อกำหนดของประเทศผู้รับทุน (Laws)

1) ปัญหาเกี่ยวกับการขอใบอนุญาตเข้าประเทศ (VISA)

เนื่องจากในการประกอบกิจการที่ต่างประเทศนั้น หลักเกณฑ์สำคัญที่ต้องพิจารณาอันดับแรกคือการขอใบอนุญาตเข้าประเทศ (Visa) ซึ่งหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการได้รับใบอนุญาตเข้าประเทศนั้นย่อมแตกต่างกันไปตามแต่ละประเทศที่เลือกลงทุน ขณะเดียวกันหากเลือกที่จะไปประกอบธุรกิจในประเทศที่มีข้อตกลงเป็นพิเศษกับประเทศไทยในการยกเว้นให้ไม่ต้องขอใบอนุญาตก็ย่อมถือเป็นการลดอุปสรรคของผู้ลงทุนไปอย่างหนึ่ง อย่างไรก็ตาม ประเทศที่ทำข้อตกลงยกเว้นกับประเทศไทยในการไม่ต้องขอใบอนุญาตเข้าประเทศ

⁴⁷ ศูนย์ข้อมูลเพื่อธุรกิจไทยในสหรัฐอเมริกา, “เจาะลึกการลงทุนทำธุรกิจร้านอาหารไทยในสหรัฐอเมริกา,” เข้าถึงเมื่อ 26 กรกฎาคม 2561, <http://thaibicusa.com/เจาะลึกการลงทุนทำธุรกิจ...>

⁴⁸ ศูนย์ข้อมูลเพื่อธุรกิจไทยในสหรัฐอเมริกา, “คู่มือธุรกิจร้านอาหารไทยในสหรัฐอเมริกา,” เข้าถึงเมื่อ 26 กรกฎาคม 2561, thaibicusa.com/wp-content/uploads/2017/01/BIC-Restaurant-Guide-30Dec2016.pdf.

ในปัจจุบันมีเพียง 29 ประเทศเท่านั้น⁴⁹ ซึ่งสหรัฐอเมริกาไม่ได้เป็นหนึ่งในประเทศที่ทำความตกลงในการยกเว้นการขอใบอนุญาตเข้าประเทศกับไทยไว้แต่อย่างใด ดังนั้น นักลงทุนและผู้ประกอบการจึงต้องให้ความสำคัญกับขั้นตอนในการขอใบอนุญาตไปทำงานที่ประเทศสหรัฐอเมริกาด้วย

โดยที่ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้กำหนดประเภทของวีซ่าไว้หลากหลายประเภทด้วยกัน แต่วีซ่าทุกประเภทนั้นล้วนแล้วแต่เป็นวีซ่าชั่วคราวที่ใช้สำหรับนักท่องเที่ยว นักธุรกิจ นักเรียน หรือผู้มาทำงานที่ต้องการพำนักในสหรัฐอเมริกาในช่วงระยะหนึ่งเพื่อวัตถุประสงค์บางอย่างเป็นการเฉพาะตามที่กฎหมายและข้อบังคับว่าด้วยเรื่องวีซ่าของสหรัฐอเมริกาได้ระบุไว้⁵⁰ ทั้งนี้ ใบอนุญาตเข้าประเทศของสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบการอุตสาหกรรมอาหารนั้นพบว่าประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีประเภทของใบอนุญาตที่เกี่ยวข้องเป็นพิเศษกับทั้งผู้ลงทุนและผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการร้านอาหารไทยในต่างประเทศ ดังนี้

1. วีซ่านักลงทุนตามสนธิสัญญา (E2)

โดยหลักการของประเทศทั่วโลกที่ได้ถือปฏิบัติ การที่จะเข้าประเทศใด ต้องมีหลักฐานการอนุญาตให้เข้าประเทศที่เป็นตราประทับหรือเป็นแผ่นสติ๊กเกอร์ที่ติดอยู่ในหนังสือเดินทาง เรียกว่า วีซ่า ซึ่งการขอวีซ่านั้นต้องขอจากกงสุลของประเทศที่ต้องการเข้าไป เมื่อได้รับการอนุญาตแล้วจึงจะได้รับการประทับตราวีซ่าหรือสติ๊กเกอร์ที่เป็นวีซ่าให้ไว้ในหนังสือเดินทาง อย่างไรก็ตาม อาจมีข้อยกเว้นสำหรับบางประเทศที่ไม่ต้องขอวีซ่า หรือบางประเทศอาจมีข้อยกเว้นอนุญาตให้คนบางสัญชาติสามารถเข้าประเทศได้โดยไม่ต้องขอวีซ่า ทั้งนี้ เป็นไปตามความตกลงระหว่างประเทศ ในส่วนของประเทศไทยมีลักษณะผสม กล่าวคือ มีทั้งต้องขอวีซ่าจากต่างประเทศก่อนเดินทางเข้าประเทศนั้น และบางกรณีอาจมีการยกเว้นการเดินทางไปต่างประเทศโดยไม่ต้องขอวีซ่า สำหรับในด้านการลงทุนระหว่างประเทศนั้น เนื่องจากไทยต้องการส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ และการให้นักธุรกิจสามารถเข้าไปลงทุนในต่างประเทศ จึงได้มีการทำสนธิสัญญาไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจไทย-สหรัฐอเมริกา (Treaty of Amity and Economic Relations) เพื่อมุ่งส่งเสริมความสัมพันธ์ฉันมิตร ซึ่งมีอยู่ตามประเพณีของทั้งสองฝ่ายและเกื้อหนุนการค้าอันเป็นประโยชน์ซึ่งกันและกัน และความเกี่ยวพันทางเศรษฐกิจและวัฒนธรรมระหว่างประชาชนของทั้งสองฝ่ายให้ใกล้ชิดยิ่งขึ้น อันทำให้คนชาติของรัฐบาลที่ตามสนธิสัญญาสามารถเข้ามาลงทุนในอีกรัฐภาคหนึ่งได้โดยเสรีหากเป็นการกระทำการค้าและประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้อง หรือเป็นการเข้ามาเพื่อประกอบธุรกิจด้วยทุนจำนวนมาก จากข้อตกลงระหว่างประเทศดังกล่าว ทำให้นักลงทุนที่มีสัญชาติไทยสามารถได้รับสิทธิประโยชน์จากการเข้าไปประกอบธุรกิจในสหรัฐอเมริกาโดยการขอวีซ่าประเภทนักลงทุนตามสนธิสัญญา (E-2) เป็นวีซ่าสำหรับพลเมืองของประเทศซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาได้ทำสนธิสัญญาทางการค้าและการเดินเรือด้วย ซึ่งประเทศไทยเป็นหนึ่งในประเทศคู่สนธิสัญญา⁵¹ ตาม Treaty

⁴⁹ กรมการกงสุล, “ประเทศและดินแดนที่ผู้ถือหนังสือเดินทางไทยเดินทางไปได้โดยไม่ต้องขอรับการตรวจลงตรา,” เข้าถึงเมื่อ 26 กรกฎาคม 2561, http://www.consular.go.th/main/contents/filemanager/VISA/Visa%20Thai/visa_TH_%E0%B9%81%E0%B8%81%E0%B9%89%E0%B9%84%E0%B8%82%2025-05-60.pdf.

⁵⁰ กรมการกงสุลสหรัฐอเมริกา, “ยื่นคำร้องขอวีซ่าสหรัฐอเมริกา,” เข้าถึงเมื่อ 26 กรกฎาคม 2561, http://www.ustraveldocs.com/th_th/th-main-contactus.asp.

⁵¹ สถานทูตสหรัฐฯ และสถานกงสุลในประเทศไทย, “วีซ่าผู้ประกอบการค้าและนักลงทุนตามสนธิสัญญา,” เข้าถึงเมื่อ 26 กรกฎาคม 2561, <https://th.usembassy.gov/th/visas-th/nonimmigrant-visas-th/treaty-trader-visas/>.

Investors โดยวัตถุประสงค์ของวีชานักลงทุนตามสนธิสัญญานี้มีขึ้นเพื่อพัฒนาตลาดธุรกิจการลงทุน ซึ่งคุณสมบัติที่สำคัญของผู้ประสงค์จะขอวีซ่าต้องปรากฏว่าเป็นบุคคลผู้มีสัญชาติของประเทศที่เป็นคู่สัญญาทางการค้ากับสหรัฐอเมริกาและต้องมีการลงทุนในสหรัฐอเมริกาไม่ว่าจะเป็นการลงทุนในลักษณะของการจัดตั้งธุรกิจขึ้นใหม่หรือเข้าไปซื้อธุรกิจที่มีอยู่แล้ว⁵² เห็นได้ว่านักลงทุนไทยได้รับสิทธิประโยชน์จากวีชานักลงทุนตามสนธิสัญญาเนื่องจากเป็นบุคคลสัญชาติไทยอันเป็นประเทศที่เป็นคู่สัญญาทางการค้ากับสหรัฐอเมริกา นอกจากนี้ วีซ่าประเภทดังกล่าวยังเอื้อประโยชน์แก่นักลงทุนในด้านต่างๆ เช่น นักลงทุนไทยสามารถเข้ามาเป็นเจ้าของกิจการในสหรัฐอเมริกาได้ทั้งในรูปแบบของบุคคลธรรมดา นิติบุคคล หรือถือหุ้นส่วนใหญ่ในกิจการ (ไม่น้อยกว่า 50 %) โดยไม่ได้ส่งวนสิทธิการลงทุนไว้เฉพาะชาวอเมริกันเท่านั้น และเนื่องจากวีซ่า E-2 เป็นวีซ่าประเภทชั่วคราวนักลงทุนผู้ถือวีซ่าจึงสามารถคงสถานภาพไว้โดยไม่จำกัดระยะเวลาตราบเท่าที่ธุรกิจยังคงอยู่⁵³ นอกจากนี้ ประโยชน์ซึ่งมีนัยสำคัญกับนักลงทุน คือ สิทธิจากการได้วีชานั้นครอบคลุมไปถึงพนักงานหรือลูกจ้างของผู้ที่ถือวีซ่า กล่าวคือ พนักงานหรือลูกจ้างสามารถเดินทางเข้ามาในสหรัฐอเมริกาเพื่อทำงานให้กับนักลงทุน โดยให้นักลงทุนยื่นขอวีซ่าให้ได้หากมีคุณสมบัติตรงตามที่กฎหมายกำหนด ดังนั้น ประโยชน์ของวีซ่าประเภทดังกล่าวจึงช่วยลดอุปสรรคในการจ้างพ่อครัว แม่ครัว หรือลูกจ้างคนไทย เนื่องจากนักลงทุนสามารถขอแรงงานคนไทยให้มาประกอบธุรกิจที่ร้านได้โดยตรง

2. วีซ่าพนักงาน (E2 Essential Employee Visa)

เป็นวีซ่าที่เกี่ยวข้องกับวีชานักลงทุนตามสนธิสัญญา (E2) เนื่องจากนักลงทุนที่ถือวีชานักลงทุนย่อมมีสิทธินำพ่อครัวแม่ครัวคนไทยหรือแรงงานชาวไทยมาทำงานกับร้านอาหารไทยของตนเองได้โดยตรง และข้อดีของวีซ่าพนักงานไม่จำกัดจำนวนพนักงานที่จะเข้ามาทำงานและค่าใช้จ่ายถูกกว่าการยื่นวีซ่าทำงานประเภทอื่น⁵⁴ ดังนั้น ผู้ประกอบการร้านอาหารจึงได้รับประโยชน์จากการได้แรงงานซึ่งเป็นพ่อครัวคนไทยมาทำอาหารที่ร้านตนเองได้อย่างไม่จำกัดจำนวน ซึ่งส่งผลให้ผู้ประกอบการไม่ต้องแย่งแรงงานกับร้านอาหารอื่น ในขณะที่พ่อครัวแม่ครัวหรือแรงงานคนไทยย่อมมีงานรองรับในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นที่แน่นอน

อย่างไรก็ตาม แม้ปรากฏว่าประเทศสหรัฐอเมริกามีวีซ่าประเภทพิเศษเพื่อนักลงทุนโดยเฉพาะแต่ขั้นตอนในการยื่นขอใบอนุญาตย่อมถือเป็นอุปสรรคของนักลงทุน เนื่องจากขั้นตอนในการดำเนินการนั้นในขั้นแรกจะต้องมีการกรอกแบบฟอร์มออนไลน์ (แบบฟอร์ม DS-160) ซึ่งในแบบฟอร์มดังกล่าวต้องมีการแจ้งรายละเอียดเกี่ยวกับกิจการที่จะไปลงทุน ในขณะที่เดียวกันจะต้องมีเอกสารประกอบการยื่นขอใบอนุญาตอื่นๆ อีกมากมาย เช่น หลักฐานแสดงการค้ากับประเทศสหรัฐอเมริกาอย่างมีนัยสำคัญ เช่น บัญชีงบดุล เอกสารขนส่งสินค้า เป็นต้น⁵⁵ เมื่อกรอกแบบฟอร์มและเตรียมเอกสารครบถ้วนสมบูรณ์แล้ว ต้องมีการชำระค่าธรรมเนียมและนัดสัมภาษณ์กับสถานทูต รวมระยะเวลาดำเนินการรวบรวมเอกสารและการยื่นขอให้ทางสถานทูตพิจารณาวีชานี้

⁵² P.A. Maney | Gordon | Zeller, “วีซ่าประเภทนักลงทุนต่างประเทศ E-2,” จาก <https://www.maneygordon.com/Thai/Visa-Guide/E-2-Visa.aspx>.

⁵³ ศูนย์ข้อมูลเพื่อธุรกิจไทยในสหรัฐฯ, “เจาะลึกวีซ่า E-2 Investor in Us Business (นักลงทุนไทยในอเมริกา),” เข้าถึงเมื่อ 26 กรกฎาคม 2561, <http://thaibicusa.com/เจาะลึกวีซ่า-e-2-investor-us-business-นักลงทุน>.

⁵⁴ Global Visa Immigration Service Worldwide, “อยากมาทำงานอเมริกา ขอวีซ่าอะไรดีบ้าง,”

⁵⁵ สถานเอกอัครราชทูตไทย ศูนย์ข้อมูลเพื่อธุรกิจไทยในสหรัฐฯ, “คู่มือธุรกิจร้านอาหารไทยในสหรัฐอเมริกา”, (2559).

ประมาณ 2-4 เดือนด้วยกัน ดังนั้น ผู้ประกอบการที่ประสงค์จะขอวีซ่าอาจพบอุปสรรคในช่วงการรวบรวมเอกสารที่มีจำนวนมาก และเนื่องจากคุณสมบัติของผู้ขอวีซ่าประเภทนี้ต้องปรากฏว่าได้มีการประกอบกิจการไปแล้วบางส่วน จึงเห็นได้ว่าจะต้องมีการดำเนินการไปบ้างแล้วพอสมควรจึงยอมเป็นเรื่องยากกับนักลงทุนมือใหม่ที่อาจต้องลองผิดลองถูกก่อนที่จะมาดำเนินการขอวีซ่าซึ่งท้ายที่สุดย่อมส่งผลกระทบต่อระยะเวลาดำเนินการที่อาจยาวนานออกไป นอกจากเรื่องขั้นตอนในการขอใบอนุญาตแล้ว ค่าธรรมเนียมในการขอใบอนุญาตในกรณีของวีซ่านักลงทุน ปัจจุบัน ราคา 205 ดอลลาร์สหรัฐ หรือราวๆ 7,175 บาท⁵⁶ ซึ่งเป็นค่าธรรมเนียมที่มีราคาสูงกว่าการขอวีซ่าประเภทอื่น อย่างไรก็ดี แม้อาจมองได้ว่าค่าธรรมเนียมคิดเป็นจำนวนเงินไม่สูงนัก แต่หากการยื่นขอใบอนุญาตไม่ผ่านในครั้งแรก ผู้ประกอบการก็จะต้องเสียค่าธรรมเนียมครั้งใหม่เรื่อยๆ ไปจนกว่าจะได้ใบอนุญาต เพราะในการยื่นคำร้องขอวีซ่าจะไม่มีการรับประกันว่าจะผ่านการอนุมัติวีซ่า รวมถึงไม่มีการรับประกันใดๆ ว่าจะต้องใช้เวลาดำเนินการมากน้อยเพียงใด ดังนั้นหากถูกปฏิเสธวีซ่า ผู้ประกอบการจะไม่สามารถขอเงินค่าธรรมเนียมคืนได้ ในทุกกรณี⁵⁷ นอกจากนี้ หากพิจารณาถึงแรงงานไทยที่ถือวีซ่าพนักงาน ย่อมผูกมัดตนเองกับผู้ประกอบการที่ถือวีซ่านักลงทุน เพราะต้องทำงานให้กับร้านอาหารหรือนักลงทุนที่ยื่นสπονเซอร์ตนเองมาเท่านั้นทันทีที่ย้ายไปทำงานร้านอื่นโดยยังไม่ได้รับอนุญาตจากหน่วยงานของรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกา สถานะของใบอนุญาตจะขาดลงทันที⁵⁸ ซึ่งการผูกมัดดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดผลเสียกับแรงงานไทยเนื่องจากไม่สามารถไปทำงานที่อื่นได้

นอกเหนือจากขั้นตอนในการดำเนินการขอใบอนุญาตแล้ว ค่าใช้จ่ายในการดำเนินการเรื่องใบอนุญาตที่ไม่ใช่ค่าธรรมเนียมก็เป็นปัญหาสำคัญ ซึ่งจากการสัมภาษณ์ผู้เชี่ยวชาญโครงการอาหารไทย “ครัวไทยสู่ครัวโลก”⁵⁹ พบว่า ในขั้นตอนการขออนุญาตนั้นจะต้องมีเอกสารที่เกี่ยวข้องมากมายและส่วนใหญ่เป็นเอกสารภาษาอังกฤษและเป็นภาษาที่เป็นทางการ ซึ่งถือเป็นอุปสรรคของผู้ประกอบการที่ไม่มีพื้นฐานภาษาอังกฤษที่ดีเพียงพอ นอกจากเรื่องภาษาแล้ว เอกสารที่ต้องจัดเตรียมยังมีเรื่องบัญชีงบดุลหรือบัญชีต่างๆ ซึ่งเป็นเรื่องการจัดระบบภายใน นักลงทุนบางรายอาจไม่มีความเชี่ยวชาญในเอกสารเหล่านี้เป็นการเฉพาะ จากความไม่เชี่ยวชาญดังกล่าวส่งผลให้การดำเนินการขอใบอนุญาตนั้นนักลงทุนต้องไปจ้างทนายในประเทศสหรัฐอเมริกาให้ทำหน้าที่ในการยื่นเรื่องให้เพราะถือว่าทนายย่อมมีประสบการณ์ในการยื่นขอใบอนุญาตและสามารถให้คำแนะนำได้ ซึ่งหากได้ทนายที่มีประสบการณ์ก็จะช่วยลดขั้นตอนที่ยุ่งยากในการดำเนินการด้านเอกสารนี้ไปได้ อย่างไรก็ดี แม้การจ้างทนายให้ทำเรื่องยื่นเอกสารจะเป็นประโยชน์กับผู้ประกอบการในการที่ตนจะไม่ต้องยุ่งยากกับขั้นตอนต่างๆ ก็ตาม แต่ค่าใช้จ่ายในการจ้างทนายในสหรัฐอเมริกาเริ่มคิดค่าบริการขั้นต่ำอยู่ที่ 5,000 ดอลลาร์สหรัฐ⁶⁰

⁵⁶ เรื่องเดียวกัน.

⁵⁷ กรมการกงสุลสหรัฐ, “ยื่นคำร้องขอวีซ่าสหรัฐอเมริกา คำถามที่พบบ่อย (FAQ),” เข้าถึงเมื่อ 24 กรกฎาคม 2561, http://www.ustraveldocs.com/th_th-gen-faq.asp.

⁵⁸ Global visa, “ธุรกิจร้านอาหารไทยในประเทศสหรัฐอเมริกา,” เข้าถึงเมื่อ 26 กรกฎาคม 2561, <http://globalvisanow.com/%E0%B8%98%E0%B8%B8%E0%B8%A3%E0%B8%81%E0%B8%B4%E0%B8%88%E0%B8%A3%E0%B9%89%E0%B8%B2%E0%B8%99%E0%B8%AD%E0%B8%B2%E0%B8%AB%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B9%84%E0%B8%97%E0%B8%A2%E0%B9%83%E0%B8%99%E0%B8%AD%E0%B9%80/>.

⁵⁹ สัมภาษณ์ ผู้เข้าร่วมโครงการอาหารไทย “ครัวไทยสู่ครัวโลก” หลักสูตรการประกอบอาหารไทยและการบริหารจัดการร้านอาหารไทย ระดับมืออาชีพ รุ่นที่ 50, 5 กรกฎาคม 2561.

⁶⁰ ศูนย์ข้อมูลเพื่อธุรกิจไทยในสหรัฐฯ, “เจาะลึกวีซ่า E-2 Investor in Us Business (นักลงทุนไทยในอเมริกา),” เข้าถึงเมื่อ 26 กรกฎาคม 2561, <http://thaibicusa.com/เจาะลึกวีซ่า-e-2-investor-us-business-นักลงทุน/>.

หรือราวๆ 166,817.60 บาท ซึ่งถือเป็นค่าใช้จ่ายที่สูงมาก นักลงทุนจึงต้องชั่งน้ำหนักให้คิดว่าควรจ้างทนายหรือไม่ เพราะเมื่อรวมกับค่าธรรมเนียมวิชาชีพที่ต้องเสียไปย่อมเป็นจำนวนเงินที่สูง แต่หากไม่มีการจ้างทนายอาจพบขั้นตอนที่ยุ่งยาก ระยะเวลาที่ยาวนาน และที่สำคัญอาจเสี่ยงที่จะไม่ได้รับใบอนุญาตก็เป็นได้

2) ปัญหาเกี่ยวกับใบอนุญาตที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจร้านอาหาร

ในการประกอบธุรกิจร้านอาหารในสหรัฐอเมริกาไม่ว่าจะรัฐใดๆ ก็ตาม จะต้องมีการขอใบอนุญาตต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการประกอบกิจการร้านอาหารซึ่งเป็นไปตามกฎหมายของแต่ละรัฐที่ได้บัญญัติไว้ ดังนั้น การขอใบอนุญาตประกอบกิจการร้านอาหารในสหรัฐอเมริกาได้จึงต้องพิจารณากฎหมายของรัฐที่ผู้ลงทุนต้องการเข้าไปประกอบกิจการ โดยในภาพรวมพบว่ามิใบอนุญาตที่สำคัญดังต่อไปนี้

1. Seller's Permit

เป็นใบอนุญาตที่เกี่ยวข้องกับเรื่องภาษีขาย (Sale Tax) อันเป็นภาษีที่เก็บจากยอดขาย โดยผู้ประกอบการต้องส่งเงินภาษีเข้ารัฐทุกๆ เดือน หรือทุก 3 เดือน ขึ้นอยู่กับจำนวนเงินภาษีของแต่ละเดือนว่ามีอย่างน้อยเพียงใด แต่ผู้ประกอบการต้องจ่ายภาษีนี้ไว้ก่อนล่วงหน้า⁶¹

2. Health's License

ในการเปิดร้านอาหารนั้น หากเป็นการเปิดร้านอาหารใหม่หรือเป็นร้านอาหารเก่าที่ปิดมานานกว่า 3 เดือน ผู้ประกอบการต้องทำเรื่องขอใบอนุญาตจากรัฐก่อนจึงจะเปิดร้านได้ ในขณะที่หากผู้ประกอบการไปร่วมลงทุนในร้านที่เปิดกิจการอยู่แล้วก็ไม่จำเป็นต้องขอใบอนุญาตดังกล่าว เนื่องจากสามารถเข้าไปใช้ใบอนุญาตของเจ้าของเก่าได้ อย่างไรก็ตาม ผู้ประกอบการต้องยื่นเรื่องขอเปลี่ยนชื่อเจ้าของเป็นเจ้าของคนใหม่⁶²

3. City's License

ในการทำธุรกิจใดๆ ก็ตาม จะต้องมีการขอใบอนุญาตจากเมืองนั้นๆ โดยใบอนุญาตจะมีอาณาเขตครอบคลุมไปหลายๆ เมืองที่มีอาณาเขตใกล้เคียงกัน⁶³

4. Liquor License

ในกรณีร้านอาหารมีการเสิร์ฟเครื่องดื่มแอลกอฮอล์จำพวก เบียร์ ไวน์ ผู้ประกอบการต้องขอใบอนุญาตชนิดนี้ด้วยจึงจะสามารถขายเครื่องดื่มประเภทนี้ได้⁶⁴

เห็นได้ว่าในการประกอบกิจการร้านอาหาร มีใบอนุญาตที่เกี่ยวข้องมากมายหลายประเภทด้วยกัน ซึ่งผู้ประกอบการต้องไปดำเนินการขอใบอนุญาตต่างๆ ซึ่งถือเป็นอุปสรรคในการดำเนินกิจการ เพราะใบอนุญาตแต่ละใบย่อมมีขั้นตอนและหน่วยงานที่เป็นผู้ออกใบอนุญาตแตกต่างกัน นอกจากนี้เรื่องค่าใช้จ่าย

⁶¹ ธีวาลวงศ์ พรหมปราบทุกซ์ และกุลชุลี ทรัพย์สินอุดม, *เปิดร้านอาหารไทยที่อเมริกาไม่ยากเลยยย*, หน้า 66-67.

⁶² เรื่องเดียวกัน.

⁶³ เรื่องเดียวกัน.

⁶⁴ เรื่องเดียวกัน.

เกี่ยวกับใบอนุญาตย่อมถือเป็นเรื่องสำคัญเช่นกัน เพราะผู้ประกอบการต้องจ่ายค่าลงทะเบียน ใบอนุญาตค่าประกอบกิจการร้านอาหาร รวมทั้งใบอนุญาตขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ก่อนสิ้นเดือนมกราคมของแต่ละปี มิฉะนั้นมีโทษคือร้านจะถูกปิดจนกว่าจะจ่ายเงินครบตามจำนวนรวมทั้งต้องจ่ายค่าปรับด้วย⁶⁵ ทั้งหมดเหล่านี้ถือเป็นอุปสรรคของผู้ประกอบการที่ต้องพิจารณาในอีกทางหนึ่ง เพราะหากไม่ดำเนินการขอใบอนุญาตให้ครบถ้วนตามที่ระบุในกฎหมาย อาจส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการประกอบธุรกิจได้

ข.2) ปัญหาเชิงมาตรการ (Non-Law Measures) และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องของประเทศผู้รับทุน

1) ปัญหาเกี่ยวกับนโยบายทางการเมือง

ปัญหาหลักที่จะมีผลกระทบต่อการลงทุนทางตรงของชาวต่างชาติในสหรัฐอเมริกานั้นก็คือผลกระทบจากนโยบายของรัฐบาลโดนัลด์ ทรัมป์ในปัจจุบันที่มีนโยบาย “ซื้อของอเมริกัน-จ้างคนอเมริกัน” และกีดกันแรงงานจากต่างประเทศที่ส่งเสริมให้คนอเมริกันจ้างคนอเมริกันด้วยตัวเอง⁶⁶ เป็นนโยบายชาตินิยมที่คาดการณ์ได้ว่าจะส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการร้านอาหารไทยอย่างแน่นอน ทั้งในแง่ของการได้รับอนุญาตวีซ่าเพื่อเข้าไปลงทุนและนำเข้าลูกจ้างจากต่างประเทศเข้าไปเพื่อดำเนินกิจการ

ข.3) ปัญหาอื่นๆ

1) ปัญหาเรื่องวัตถุดิบ

เนื่องจากอาหารไทยส่วนใหญ่นั้นมีส่วนผสมเป็นวัตถุดิบภายในประเทศเป็นสำคัญ เช่น โหระพา ตะไคร้ กะเพรา หากขาดส่วนผสมต่างๆ เหล่านั้น หรือแทนด้วยวัตถุดิบอื่นที่หาได้ภายในประเทศที่ไปลงทุนแล้ว อาจทำให้รสชาติของอาหารเปลี่ยนแปลงไป การประกอบอาหารให้ได้รสชาติแบบไทยแท้นั้นจึงอาจต้องนำเข้าวัตถุดิบจากไทยไปยังสหรัฐอเมริกา แต่การทำเช่นนั้นจะทำให้ต้นทุนในการดำเนินกิจการเพิ่มสูงขึ้นอย่างมาก นอกจากนี้สหรัฐอเมริกายังมีการกีดกันการนำเข้าอาหารสดจากประเทศต่างๆ โดยจะต้องมีการรักษาความสะอาดให้ถูกสุขอนามัยซึ่งจะทำให้การนำเข้าอาหารสดและพืชผักเพื่อใช้เป็นเครื่องปรุงนั้นมีต้นทุนสูงขึ้นอีก⁶⁷ อย่างไรก็ตามจากการสัมภาษณ์ผู้เชี่ยวชาญโครงการอาหารไทย “ครัวไทยสู่ครัวโลก”⁶⁸ พบว่าปัญหาในเรื่องวัตถุดิบนี้ปัจจุบันมีการแก้ไขโดยใช้วัตถุดิบทดแทนที่สามารถหาได้ภายในสหรัฐอเมริกาหรือประเทศใกล้เคียง เช่น ใช้ใบกะเพราที่ปลูกในเม็กซิโก ซึ่งสามารถหาซื้อได้ง่ายแทนใบกะเพราของไทย ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าปัญหาเรื่องวัตถุดิบนี้อาจไม่ใช่ปัญหาใหญ่เท่าไรนักเนื่องจากสามารถหาวัตถุดิบจากในอเมริกาเองหรือประเทศใกล้เคียง⁶⁹

⁶⁵ เรื่องเดียวกัน.

⁶⁶ Voice of America, “‘ทรัมป์’ เดินหน้านโยบาย ‘ซื้อของอเมริกัน-จ้างคนอเมริกัน’ และกีดกันแรงงานจากต่างประเทศ,” จาก <https://www.voathai.com/a/trump-executive-orders-visa/3822810.html>.

⁶⁷ รพีพรรณ เหลืองอร่าม, การปรับปรุงยุทธศาสตร์ “ครัวไทยสู่ครัวโลก” เพื่อเพิ่มศักยภาพของร้านอาหารไทยในต่างประเทศ, หน้า 29.

⁶⁸ สัมภาษณ์ ผู้เข้าร่วมโครงการอาหารไทย “ครัวไทยสู่ครัวโลก” หลักสูตรการประกอบอาหารไทยและการบริหารจัดการร้านอาหารไทย ระดับมืออาชีพ รุ่นที่ 50, 5 กรกฎาคม 2561.

⁶⁹ เรื่องเดียวกัน.

2) ปัญหาด้านภาพลักษณ์ความเป็นไทยและการประชาสัมพันธ์

แม้ว่าอาหารไทยจะเป็นที่รู้จักอยู่แล้วในระดับหนึ่ง แต่อาหารไทยที่เป็นที่รู้จักนั้นมีอยู่ไม่กี่เมนู เช่น ต้มยำกุ้ง ผัดไทย เป็นต้น⁷⁰ การประชาสัมพันธ์ให้ชาวต่างชาติรู้จักเมนูอื่นๆ ที่หลากหลายมากขึ้น จะเป็นการเพิ่มโอกาสในการเพิ่มความนิยมของอาหารไทยให้มากขึ้นตามมา และการรู้จักอาหารไทยของชาวต่างชาตินั้น เป็นการรู้จักโดยผิวเผินเท่านั้นโดยยังไม่รู้ว่าที่จริงแล้วอาหารไทยมีคุณค่าประโยชน์อะไรบ้างต่อสุขภาพ⁷¹ ในความเป็นจริงแล้วอาหารไทยนั้นเป็นอาหารที่มีคุณค่าทางโภชนาการสูง เนื่องจากมีส่วนประกอบที่เป็นพืชสมุนไพร ซึ่งมีสรรพคุณทางยา⁷² หากมีการประชาสัมพันธ์ให้ชาวต่างชาติรู้จักคุณค่าประโยชน์ต่างๆ ที่ได้รับจากอาหารไทยแต่ละประเภทมากขึ้น อาหารไทยอาจจะได้รับความนิยมมากยิ่งขึ้นในฐานะเป็นอาหารที่ไม่ใช่แค่มีรสชาติที่ดีเท่านั้น แต่ยังมีประโยชน์ต่อร่างกายอีกด้วย

การลงทุนทางตรงเพื่อการประกอบธุรกิจร้านอาหารไทยในต่างประเทศเป็นการลงทุนที่น่าสนใจ เนื่องจากอาหารไทยเป็นอาหารที่มีเอกลักษณ์เฉพาะตัวและได้รับความนิยมจากชาวต่างชาติอย่างต่อเนื่อง และรัฐบาลไทยก็มีโครงการในการพัฒนาศักยภาพแรงงานในอุตสาหกรรมร้านอาหารอยู่ในปัจจุบัน หากพิจารณาเฉพาะในสหรัฐอเมริกาซึ่งถือเป็นหนึ่งในตลาดสำคัญของกลุ่มอุตสาหกรรมนี้แล้วจะพบว่าธุรกิจร้านอาหารนั้นก็ยังคงเป็นการลงทุนที่น่าสนใจสำหรับนักลงทุนที่มีศักยภาพเพียงพอ เนื่องจากเป็นตลาดขนาดใหญ่ มีวัตถุดิบในการประกอบอาหารไทย มีการสนับสนุนนักลงทุนให้สามารถเข้าไปลงทุนได้ 100 เปอร์เซ็นต์ผ่านทางวีซ่านักลงทุน และมีข้อมูลที่จำเป็นต่อการประกอบกิจการที่นักลงทุนสามารถเข้าถึงได้ อย่างไรก็ตาม ปัญหาในการประกอบกิจการร้านอาหารไทยในสหรัฐอเมริกานั้นก็ยังคงมีอยู่หลายประการ เช่น ปัญหาด้านเงินทุนที่จำเป็นต้องใช้เงินทุนจำนวนมาก และต้องมีเงินทุนหมุนเวียนอยู่ตลอดเวลา ปัญหาด้านการนำเข้าแรงงานไทย ปัญหาเรื่องใบอนุญาตในการประกอบกิจการปัญหาในการขอใบอนุญาตเข้าเมืองที่มีจำนวนมากและมีขั้นตอนที่ยุ่งยาก เป็นต้น ดังนั้นหากมีการเพิ่มเติมแก้ไขปรับปรุง มาตรการและพัฒนาศักยภาพของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องให้มีความเหมาะสมมากยิ่งขึ้น ให้สามารถเข้ามาส่งเสริมสนับสนุนการลงทุนทางตรงในต่างประเทศของผู้ประกอบการร้านอาหารไทยในสหรัฐอเมริกา ก็ย่อมจะทำให้ผู้ประกอบการมีศักยภาพและมีโอกาสในการทำธุรกิจร้านอาหารไทยในสหรัฐอเมริกามากขึ้น

4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ธุรกิจร้านอาหารไทยนั้นมีปัจจัยหลักจากในประเทศและปัจจัยดึงดูดจากต่างประเทศที่เป็นสาเหตุให้มีการออกไปลงทุนทางตรงในต่างประเทศอยู่หลายปัจจัย วัตถุประสงค์สำคัญลำดับแรกของการลงทุนทางตรงในต่างประเทศสำหรับธุรกิจร้านอาหารไทย คือ การขยายตลาด แม้ว่าสหรัฐอเมริกาจะเป็นหนึ่งในตลาดที่น่าสนใจสำหรับธุรกิจร้านอาหารไทย แต่ก็ยังมีอุปสรรคต่อการลงทุนทางตรงต่อผู้ประกอบการไทยหลายประการที่ควรได้รับการช่วยเหลือสนับสนุนโดยใช้เครื่องมือทางกฎหมาย มาตรการ และหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ ปัจจัยหนึ่งที่สำคัญซึ่งส่งผลเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าวมาแล้วข้างต้น และมีผลต่อการตัดสินใจของผู้ประกอบการ

⁷⁰ รพีพรรณ เหลืองอร่าม, การปรับปรุงยุทธศาสตร์ “ครัวไทยสู่ครัวโลก” เพื่อเพิ่มศักยภาพของร้านอาหารไทยในต่างประเทศ, หน้า 29-30.

⁷¹ เรื่องเดียวกัน.

⁷² Thaifoodpro, “อาหารและสมุนไพรไทย ๆ ที่มีประโยชน์,” เข้าถึงเมื่อ 26 กรกฎาคม 2561, <http://thaifoodpro.com/>.

สถานการณ์และปัญหาของธุรกิจร้านอาหารไทยที่เป็นอุปสรรคต่อการลงทุนทางตรงในต่างประเทศ:
ศึกษาการลงทุนทางตรงของธุรกิจร้านอาหารไทยในประเทศสหรัฐอเมริกา

โดยเป็นหนึ่งในแรงผลักดันให้ผู้ประกอบการออกไปลงทุนในต่างประเทศ คือ นโยบายของภาครัฐที่ส่งเสริมและสนับสนุนการลงทุนในต่างประเทศ ดังนั้น ภาครัฐจึงจำเป็นต้องมีบทบาทสำคัญในการสนับสนุนการลงทุนในต่างประเทศอย่างเป็นรูปธรรมในหลายด้าน เช่น การสนับสนุนด้านข้อมูล การสนับสนุนด้านการเงิน การสนับสนุนด้านภาษีอากร การทำความตกลงระหว่างประเทศ รวมถึงการจัดตั้งหน่วยงานที่ปรึกษาด้านกฎหมายการค้าและการลงทุนในสถานทูตหรือสถานกงสุลของแต่ละประเทศโดยเฉพาะประเทศที่เป็นแหล่งรับทุนที่สำคัญ

Air and Water Pollution as a Transboundary Environmental Crime

ความรับผิดทางอาญาในเรื่องมลพิษทางอากาศและน้ำข้ามพรมแดน

*Alexandre Chitov**

อเล็กซานเดอร์ ไชทอฟ

อาจารย์ประจำ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ 239 ถนนห้วยแก้ว ตำบลสุเทพ อำเภอเมือง จังหวัดเชียงใหม่ 50200

Full-time Assistant Professor

Faculty of Law, Chiang Mai University, 239 Huaykaew Road, Suthep, Amphoe Muang, Chiang Mai, 50200

Corresponding author E-mail: shyto@yahoo.com

(Received: December 1, 2018; Revised: February 11, 2019; Accepted: February 11, 2019)

Abstract

This paper examines criminal liability for transboundary air and water pollution. There are significant obstacles in prosecuting a polluter situated across a national border. One reason is that the crime of pollution is often defined as a violation of state regulations, which are largely found in multiple administrative acts. The polluting activity of a polluter in his country can be tolerated according to the administrative law, but it may bring about harm to the extent that is not tolerated by the administrative law of the affected country. States have discretion to decide on criminal law penalties of acts of pollution that have a trans-border effect. There is, however, a general duty to prevent illegal activities of a transboundary nature, as described in international agreements, by enforcing appropriate legal mechanisms at the national level. There is also the duty to cooperate in addressing the results of illegal transboundary transgressions, and the duty to exchange information concerning such transgressions. It is argued that there is a need for an international agreement to apply criminal law mechanisms to address transboundary pollution.

Keywords: transboundary pollution, environmental crime, international agreements, administrative law, criminal law

* Assist. Professor, Faculty of Law, Chiang Mai University, 239 Huay Kaew Road, Chiang Mai, Thailand. Email: shyto@yahoo.com
The author is thankful to Professor Peter Duff and the anonymous reviewers for their corrections and comments.

บทคัดย่อ

บทความนี้พิจารณาถึงความรับผิดชอบทางอาญาในเรื่องมลพิษทางอากาศและน้ำข้ามพรมแดน การดำเนินคดีอาญากับผู้ก่อมลพิษซึ่งอยู่ข้ามพรมแดนของประเทศต้องเผชิญกับอุปสรรคหลายประการ เหตุผลประการหนึ่งคือ อาชญากรรมทางมลพิษมักถูกนิยามว่าเป็นการละเมิดข้อบังคับของรัฐ ซึ่งส่วนใหญ่จะพบในตัวบทกฎหมายปกครองต่าง ๆ กิจกรรมที่ก่อให้เกิดมลพิษในประเทศของผู้ก่อมลพิษไม่ได้เกินระดับที่กำหนดไว้ในกฎหมายปกครองในประเทศของเขาเอง แต่กิจกรรมนั้นอาจก่อให้เกิดอันตรายในระดับที่เกินกว่าที่กำหนดไว้ในประเทศที่ได้รับผลกระทบ รัฐมีดุลยพินิจในการกำหนดบทลงโทษทางอาญาในกรณีของการก่อมลพิษที่มีผลกระทบข้ามพรมแดน อย่างไรก็ตาม ภายใต้ข้อตกลงระหว่างประเทศต่างๆ มีข้อกำหนดว่า รัฐมีหน้าที่ทั่วไปในการป้องกันกิจกรรมที่ผิดกฎหมายซึ่งมีผลกระทบข้ามพรมแดน โดยการบังคับใช้กลไกทางกฎหมายที่เหมาะสมภายในประเทศ นอกจากนี้ยังกำหนดหน้าที่ในการให้ความร่วมมือในการจัดการกับผลกระทบของการฝ่าฝืนข้ามแดน และหน้าที่ในการแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับการละเมิดดังกล่าว บทความนี้เสนอว่า มีความจำเป็นต้องมีข้อตกลงระหว่างประเทศในการใช้กลไกกฎหมายอาญา เพื่อแก้ไขปัญหามลพิษข้ามพรมแดน

คำสำคัญ: มลพิษข้ามพรมแดน, อาชญากรรมสิ่งแวดล้อม, ข้อตกลงระหว่างประเทศ, กฎหมายปกครอง, กฎหมายอาญา

1. Introduction

According to Donald Liddick¹, “[c]rimes that negatively impact the environment may be categorized in one of two ways: those that cater to the ever-growing problem of garbage production, especially hazardous wastes; and the illegal harvesting or extraction of natural resources. Human population growth and rapid technological advancement has precipitated a crisis in waste management, where the expense of responsible disposal has bred an illicit multi-billion-dollar global traffic in garbage and hazardous materials. Consumer demand likewise drives black markets in a range of environmental products, living and dead. The illegal trade in wildlife, including endangered species, may rival the illicit drug trade in size and profitability, while overharvesting of fish and timber has precipitated severe environmental degradation around the globe.” Thus, one can define environmental crimes as embracing two interrelated areas: pollution and destruction of biodiversity.

A significant amount of research has been done on transboundary environmental crimes. The UNEP defines transboundary environmental crimes as “criminal activities undertaken by persons acting across national borders including illegal logging and timber smuggling, species smuggling, the black market in ozone depleting substances, the illegal movement of toxic and hazardous waste and other prohibited chemicals etc. In addition to the serious environmental consequences, these forms of illegal activity across borders can involve corruption and financial crime, loss of tax revenue, parallel trading with other forms of criminal activity, and distortion of the licit market.”²

As an international *criminal* act, transboundary air and water pollution has received insignificant attention so far, even though law of transboundary pollution has been an object of research for a long time. International criminal law scholars have focused largely on the illegal waste trade or trade in endangered species including the products derived from them. International environmental crime is not limited to them, however. It includes any activity within the borders of one state which causes environmental destruction in a neighboring state. Among those activities, air and water pollution poses a significant problem. Transboundary air and water pollution requires more attention from criminal law scholars considering the nature of this offence.

¹ Liddick D, *Crime against Nature* (Santa Barbara: Praeger, 2011), 1.

² UNEP. Division of Environmental Law and Conventions, “Transnational Environmental Crime,” accessed July 20, 2018, <http://www.unep.org/delc/EnvironmentalCrime/>.

Transboundary air and water pollution can be broadly defined as emitting pollutants into the air or water which are then carried across the national borders. The U.S. legislation is one of the first which attempted to define an air pollutant as “any air pollution agent or combination of such agents, including any physical, chemical, biological, radioactive (including source material, special nuclear material, and byproduct material) substance or matter.”³ This broad definition can be applied equally to water pollutants as well.

2. Transboundary Pollution as a Crime

The harm of polluting activities is well known. Many countries of the world criminalize the actions of polluting water and air. The problem with air and water pollution is that it often has a transboundary effect. Each crime depends on the concept of a harm. The problem with environmental crime is that it incorporates different notions of harm.⁴ Some green criminologists argue that environmental crimes should include any “transgressions that are harmful to humans, environments, and non-human animals, regardless of legality per se.”⁵ Some laws penalize only acts which cause “serious” environmental harm. For example, Article 338 of *Criminal Law of the People’s Republic of China* before it was amended in 2011, defined the crime of pollution as follows:

“Whoever releases, dumps, or disposes of radioactive wastes, wastes containing pathogen of contagious diseases, and toxic materials or other dangerous wastes into land, water, and the atmosphere in violation of state regulations, causing major environment pollution accidents, heavy losses to public and private property, or grave consequences of personal deaths and injuries shall be sentenced to not more than three years of fixed-term imprisonment or criminal detention, and may in addition or exclusively be sentenced to a fine; and in exceptionally serious consequences, not less than three years and not more than seven years of fixed-term imprisonment, and a fine.”

In other words, the Chinese environmental criminal law penalized only those polluting acts which caused a major environmental accident, etc. In comparison, German criminal law⁶ defines criminal environmental offences as follows:

³ U.S. CAA § 302(g), 42 U.S.C. § 7602(g)

⁴ White R, *Transnational Environmental Crime: Toward an eco-global Criminology* (London: Routledge, 2011), 1.

⁵ Ibid., 3.

⁶ Strafgesetzbuch (StGB). (German Penal Code) English translation is available at: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p0012/.

“Section 324 Water pollution

(1) Whosoever unlawfully pollutes a body of water or otherwise alters its qualities in a negative manner shall be liable to imprisonment not exceeding five years or a fine. (2) The attempt shall be punishable. (3) If the offender acts negligently the penalty shall be imprisonment not exceeding three years or a fine.

Section 325 Air pollution

(1) Whosoever, in the operation of a facility, especially a plant or machine, in violation of duties under administrative law, causes alterations of the air which are capable of harming the health of another, animals, plants or other property of significant value outside the area belonging to the facility shall be liable to imprisonment not exceeding five years or a fine. The attempt shall be punishable. (2) Whosoever, in the operation of a facility, especially a plant or machine, in gross violation of duties under administrative law, releases harmful substances in significant amounts into the air outside the grounds of the facility shall be liable to imprisonment not exceeding five years or a fine. (3) Whosoever, in violation of duties under administrative law, releases harmful substances of a significant amount into the air, shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine, unless the offence is punishable under subsection (2) above. (4) If in the cases of subsections (1) and (2) above the offender acts negligently the penalty shall be imprisonment not exceeding three years or a fine. (5) If in the cases of subsection (3) above the offender acts with gross negligence the penalty shall be imprisonment not exceeding one year or a fine. (6) Harmful substances within the meaning of subsections (2) and (3) above are substances which are capable of 1. harming the health of another, animals, plants or other property of significant value; or 2. polluting or otherwise negatively and permanently altering a body of water, the air or the soil. (7) Subsection (1), also in conjunction with subsection (4) above shall not apply to motor vehicles, rail vehicles, aircraft or watercraft.”

The German legislation provides a much clearer picture of the crimes of pollution. One can see five main elements of the offence. The first is that environmental crime can be both intentional and negligent offence. The second is that it is an activity which alters the environment in a negative manner. The third element is that it is not necessary to prove the occurrence of environmental harm. One has to prove only that the activity is capable of harming the health of people, animals, plants, etc. The fourth element is that an attempt to undertake the harmful activity already constitutes a crime. The fifth element is that the activity is a violation of a duty under administrative law.

Taking into account these elements of the offence, it is possible to draw a definition of transboundary pollution as a crime: any intentional or negligent activity as well as an attempt, capable of altering the quality of water and air in a negative manner across the borders which at the same time is a violation of the administrative law of at least one of the countries concerned. This contemporary definition of the crime of the transboundary air and water pollution demonstrates the difficulties of the subject. Not every polluting activity is illegal. Certain polluting activities, for example gas emissions from cars, are allowed. Many countries impose some limits on the gas emissions. Breaking these limits, however, does not always entail a criminal liability. In most cases, only administrative fines are applied to the violators.⁷

Even before one has to tackle a difficult issue of prosecuting a violator across national borders, it becomes apparent that the transboundary crime of pollution suffers from a lack of precision. Much depends on the content of the relevant administrative laws. Further, the activity of the polluter in his country might be tolerated according to the administrative law, but it may bring about the harm to the extent that is not tolerated by the administrative law of the affected country: burning forests in Indonesia, for example.⁸ Transnational environmental crime is normally defined⁹ as “unauthorized acts or omissions that are against the law and therefore subject to criminal prosecution and criminal sanctions.”

However, transboundary pollution harm normally results from an unaccountable number of trivial activities which carry an enormous destructive effect. A Chinese who throws away a plastic bag into Yangzi River is NOT considered as a criminal according to the Chinese law, but when he is joined in this activity by every of his one billion four hundred million countrymen, the cumulative impact on the environment becomes obvious when all this pollution is carried away to international waters. The beautiful words of the Chinese classic: Romance of the Three Kingdoms (I, 1) may become prophetic:

“The waters of the mighty Yangzi flow eastward,
Its spray drowning countless heroes.

⁷ McKee G. & Varona A, *Administrative Law: A Contemporary Approach* (Eagan: West, 2010), 404.

⁸ Barber C.V. Forests, “Fire and Confrontation in Indonesia.” in: Matthew, R., Halle, M. and Switzer, J, *Conserving the Peace: Resources, Livelihoods and Security* (IUCN/IISD, 2002), 153, accessed July 20, 2018, https://www.iisd.org/pdf/2002/envsec_conserving_2.pdf.

⁹ White R, *Transnational Environmental Crime: Toward an eco-global Criminology* (London: Routledge, 2011), 3.

Right and wrong, success and failure, become meaningless.”¹⁰

When this plastic waste is flushed into the ocean, it contributes to what is called the “garbage patch” which threatens marine and indeed human life dependent on the marine resources.¹¹ In the same way, a Thai farmer, who still uses the slash and burn methods of agriculture may not think that his activity is criminal. When combined with the activities of the thousands of other farmers in Thailand as well as in other countries of the South East Asia, he creates the phenomenon called “Southeast Asian Haze”, which CNN called a “crime against humanity”¹² considering the scale of the environmental harm and the impact across Southeast Asian countries.

One has to accept that many people in this world are involved in the practice of excessive consumption which is one of the fundamental causes of air and water pollution.¹³ It is possible to argue that the people, who lead a life of the over-consumption, are guilty of complicity in international environmental crime. Indeed, it can be claimed we live in a criminal society whose victims are ourselves and the generations still to come.¹⁴ At this time, the over-consumers have no grounds to be afraid of possible prosecution. Contemporary government policies and laws encourage ever increasing consumption as an activity good for the economy. The crime of pollution is largely limited to the “big polluters”, leaving the difficult tasks of determining what constitutes legal or illegal discharge of air and water pollutants to the discretion of the administrative organs.

This dependence can be seen in the provision of Article 338 of Criminal Law of the PRC quoted above that stipulates that acting in violation of state regulations is an essential element of the crime of pollution. These regulations normally take a form of administrative law. Another example is Chapter VI of the Environmental Protection Law of the PRC (2014) that gives administrative organs the extensive powers to penalize polluters by imposing administrative fines “with considerations of operating cost of pollution prevention and control

¹⁰ The Chinese original: 滚滚长江东逝水，浪花淘尽英雄。是非成败转头空

¹¹ Liddick D, **Crime against Nature** (Santa Barbara: Praeger, 2011), 2.

¹² McKirdy E, “Southeast Asia’s haze crisis: A ‘crime against humanity,’” in *CNN News* (2015), accessed July 20, 2018, <http://edition.cnn.com/2015/10/29/asia/southeast-asia-haze-crisis/>.

¹³ Cole C, “Overconsumption is costing us the earth and human happiness” In *The Guardian* (2010), accessed July 20, 2018, <http://www.theguardian.com/environment/2010/jun/21/overconsumption-environment-relationships-annie-leonard/>.

¹⁴ Chitkara M. G, *Consumerism, Crime, and Corruption* (New Delhi: APH Publishing, 1998); Payne R, (ed) *How Much is Enough?: Buddhism, Consumerism, and the Human Environment* (Somerville: Wisdom Publications, 2010); Lang S. & Klein L, “Walmart’s Sustainability Initiative” in: Barak, G. (ed) *The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful* (London: Routledge, 2015), 197-208.

facilities, direct loss or illegal gains caused by such violations” (Article 59). In fact, administrative organs appear in this act of legislation to be placed better than criminal courts to deal with polluters. They can order a restriction and even a suspension of an industrial activity which causes pollution, as well as to carry out restorative measures according to Article 60, Article 61 of the same law. The German criminal law (Article 325) explicitly states that a violation of relevant administrative regulations is the condition for imposing criminal law penalties.

Thus, the crime of air and water pollution depends largely on the administrative decisions in any particular jurisdiction in relation to the permissible levels and amounts of the discharge of the pollutants in the air or water. This dependent nature of environmental crime on the national content of administrative law is pernicious. It leads to situations when substantial environmental harm is caused by a lawful activity. In many developing countries where the content of administrative law is not easily accessible or its application foreseeable, it violates the spirit of criminal law which requires that the content of crime is clearly defined. In its present form, the national definitions of the crime of air and water pollution cannot effectively address its transboundary dimension. In a transboundary pollution case, an action or an actor are placed in one country with one set of administrative laws, while the effect of the harmful activity occurs in another, or perhaps many other countries with completely different administrative regimes. The inadequacy of transboundary pollution law becomes even more apparent when the issue of transboundary jurisdiction is considered.

3. Transboundary Jurisdiction

It is a general principle of criminal law that foreigners who commit crime against the state or its citizens in that state are subject to the state’s criminal law.¹⁵ Further, Chinese law¹⁶ states that it “shall be applicable to anyone who commits a crime within the territory and territorial waters and space of the People’s Republic of China, except as otherwise specifically provided by law.... If a criminal act or its consequence takes place within the territory or territorial waters or space of the People’s Republic of China, the crime shall be deemed to have been committed within the territory and territorial waters and space of the People’s Republic of China.” In other words, any activity, for instance in Thailand, which causes environmental harm in China, in the meaning of Chinese criminal law, is subject to the criminal justice process in China.

¹⁵ Criminal Procedure Law of the People’s Republic of China, 2012. Article 16

¹⁶ Criminal Law of People’s Republic of China. 2017. Article 6

Not all countries allow any act of environmental crime committed abroad but with domestic consequences to fall into the jurisdiction of national courts. German law considers the issue in Article 5: “Offences committed abroad against domestic legal interests”. According to this article, some, but not all, environmental offences against the environment are subject to German jurisdiction “if they are committed within Germany’s exclusive economic zone, to the extent that international conventions on the protection of the sea allow for their prosecution as criminal offences”. These offences involve water pollution,¹⁷ unlawful disposal of waste,¹⁸ especially serious cases of an intentional environmental offence section,¹⁹ and causing a severe danger by releasing poisons.²⁰ In some cases of unlawful handling of radioactive substances, dangerous substances, and goods, an offender who is a German can also be prosecuted even though the act was not committed in Germany.²¹ Further, German criminal law is applied to offences involving nuclear energy, explosives and radiation even if they are committed abroad since they are considered as offences against internationally protected legal interests.²²

Section 7 of German Penal Code is of a particular interest:

“(1) German criminal law shall apply to offences committed abroad against a German, if the act is a criminal offence at the locality of its commission or if that locality is not subject to any criminal jurisdiction. (2) German criminal law shall apply to other offences committed abroad if the act is a criminal offence at the locality of its commission or if that locality is not subject to any criminal law jurisdiction, and if the offender: 1. was German at the time of the offence or became German after the commission; or 2. was a foreigner at the time of the offence, is discovered in Germany and, although the Extradition Act would permit extradition for such an offence, is not extradited because a request for extradition within a reasonable period of time is not made, is rejected, or the extradition is not feasible.”

Even though this section does not deal with environmental offences directly, it can potentially cover any harm inflicted on a German including the harm arising from an act of the environmental pollution. In other words, German criminal environmental law can still be applied to any environmental offence which is committed abroad providing that it is recognized

¹⁷ Strafgesetzbuch (StGB). 1998. (German Penal Code) Section 324

¹⁸ Ibid., Section 326

¹⁹ Ibid., Section 330

²⁰ Ibid., Section 330(a)

²¹ Ibid., Section 5(11a)

²² Ibid., Section 6(2)

as a criminal offence at the place where it has been committed. Article 9 (1) of the German Penal Code is even more explicit: “An offence is deemed to have been committed in every place where the offender acted or, in the case of an omission, should have acted, or in which the result if it is an element of the offence occurs or should have occurred according to the intention of the offender.”

Since the content of the criminal law related to pollution of the air and water depends largely on the content of the relevant administrative rules, obtaining the proof that the illegal act committed abroad against a German national is equally illegal in the country of the offence as well as in Germany, becomes extremely problematic in the countries where the content of administrative law is not easily accessible for the international public. The ideal situation is that the state introduces and enforces criminal law against domestic polluters. In real life, however, there are chances that the state fails not only effectively to prevent the occurrence of pollution on its own territory with a negative impact across its national borders, the state can also fail to bring those guilty of environmental crime to justice. It is not always possible to prove the guilt of the polluters. However, there are many cases where the state lacks the moral will to fight the environmental crime. There are competing economic interests. Pollution is often tolerated because it brings economic prosperity and secures political power.²³ In the worst cases, the corruption of the government makes any successful prosecution of environmental offenders impossible.²⁴ In such cases, the affected state may exercise extraterritorial jurisdiction.

For example, let us consider famous Jinlin chemicals plant explosion in 2005 which caused a significant environmental damage both in China and Russia.²⁵ Despite the seriousness of environmental harm and the wide publicity as well as criticism in Chinese media, no criminal sanctions were applied against those responsible for the disaster: an insignificant fine

²³ Economy E, *The River Runs Black: The Environmental Challenge to China's Future* (Ithaca: Cornell University Press, 2011). Shapiro J, *Mao's War Against Nature: Politics and the Environment in Revolutionary China* (Cambridge: University Press, 2001).

²⁴ Pisareva Y, “Combating corruption and organized crime in the forest sector of Trans-Bikal Territory.” in: Stoecker, S., Shakirova, R. (eds) *Environmental Crime and Corruption in Russia: Federal and Regional Perspectives* (London: Routledge, 2013), 63-76; Tulaeva S, “Forest Auctions in Russia: how anti-corruption laws facilitate the development of corrupt practices” in: Stoecker, S., Shakirova, R. (eds) *Environmental Crime and Corruption in Russia: Federal and Regional Perspectives* (London: Routledge, 2013), 42-62.

²⁵ Levshina, S. I., N. N. Efimov, and V. N. Bazarki, “Assessment of the Amur River ecosystem pollution with benzene and its derivatives caused by an accident at the chemical plant in Jilin City, China.” In *Bulletin of environmental contamination and toxicology*, 83, no. 6 (2009), 776-9.

of 1 million yuan (the environmental damage was assessed as much as 10 billion yuan!) was imposed by an administrative agency.²⁶ Russia did not take any steps to claim compensation far from demanding punishment of the offenders.²⁷ Supposed, Russia made a demand. In the situation, when the Chinese government failed to prosecute the offenders, could Russia apply its own criminal law? This raises some issues of international law.

4. Transboundary crime of air and water pollution and international agreements

The duty to combat transboundary environmental crime is reflected in many international agreements, even though there is not much direct mention of environmental crime as such. For example, the *Geneva Convention on Long-range Transboundary Air Pollution* (1979), the *Helsinki Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes* (1992), the *UN Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses* (1997) neither mention the crime of air or water pollution nor call for imposing penalties on the polluters. The UNCLOS (1982) deals with the penalties for polluting vessels (Article 228, Article 230), but it does not address the issue of penalties against inland polluters.

A number of international environmental agreements recommends the States to introduce penalties to protect the environment as a part of the effective implementation of, and compliance with, those agreements.²⁸ It is, however, up to the States to decide whether criminal law penalties are the appropriate legal regimes to implement these international agreements. There is a general duty to prevent illegal activities of a transboundary nature, as described in the international agreements, by enforcing appropriate legal mechanisms at national level. There is also the duty to cooperate in addressing the results of illegal transboundary actions, and the duty to exchange information concerning such actions.

It is acknowledged that law enforcement cooperation to combat transnational environmental crimes “faces obstacles because this relatively new category of crime typically lacks common understandings and approaches between and among States” (UNEP). Some of the attempts to find common approaches among various national environmental criminal

²⁶ China Daily, “PetroChina branch fined for pollution,” January 25, 2007. accessed July 20, 2018, http://www.chinadaily.com.cn/china/2007-01/25/content_792982.htm.

²⁷ Faure, Michael G., and Song Ying, eds. *China and international environmental liability: legal remedies for transboundary pollution* (Edward Elgar Publishing, 2008), 315.

²⁸ Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity, Article 25

laws are made by the UNEP's Division of Environmental Law and Conventions (DELIC). Thus, the existing conventions related to transboundary air and water pollution do not oblige states to introduce criminal law sanctions against the polluters. The only exception is the *Strasbourg Convention on the Protection of Environment through Criminal law* signed by only 14 countries and ratified so far by Estonia alone after almost 20 years of existence.²⁹ The duty to use criminal law to protect the environment can be derived from customary international law.

5. Transboundary crime of air and water pollution and customary international law

The issue of state responsibility for acts of air and water pollution is not regulated by any comprehensive international agreement. Some international customary law pertaining to this issue is reflected in the famous case of the *Trail Smelter Arbitration* (US v. Canada, 1941) and in the International Law Commission's (ILC) (2001) *Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* (*Draft Articles on State Responsibility*).

The Trail Smelter Arbitration was a settlement of a dispute between Canada and the U.S. concerning trans-boundary pollution activity by a Canadian private company in Trail, British Columbia. The Canadian company had been processing lead and zinc since 1896. Its activity caused damage to forests and crops across the U.S. border. The affected U.S. farmers demanded compensation. The American government accepted the duty to protect its own citizens, and the dispute became the subject of bilateral negotiations on the intergovernmental level. An arbitration panel was set up in 1935. The dispute was settled by arbitration in 1941. The panel "awarded damages to the United States and prescribed a regime for controlling future emissions from a Canadian smelter which had caused air pollution damage."³⁰

This case did not raise issues of criminal law. However, it is significant in establishing the *No Harm* principle in the international environmental law of transboundary pollution: "No State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein, when the cause is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence."³¹

²⁹ For updates see: http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/conventions/treaty/172/signatures?p_auth=dkbFXgE0

³⁰ Birnie P. W., & Boyle A. E, *International Law and the Environment* (Oxford: University Press, 2009), 144.

³¹ *Trail Smelter Arbitration*, US v. Canada, 1941, p.1965.

The implications of the *Trail Smelter case* for transboundary pollution law are that the state will be responsible for any polluting activity under its control which causes significant environmental harm to a neighboring state. Further, the state has a duty to prevent such acts of pollution originating on its own territory. In relation to criminal law, it means that the polluting state should introduce adequate penalties against the polluters. The introduction of criminal penalties for the environmental pollution can be perceived as a necessary deterrent.

The necessity for states to provide sufficient remedies by means of criminal law also arises from the normative contour of the second principle of the Rio Declaration.³² The second principle affirms: “States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental and developmental policies, and the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction.”

The *Trail Smelter* arbitration does not imply that a state can “be required to regulate activities of which it is not and could not reasonably have been aware; equally clearly the same must be true of activities which the state did not know, and could not reasonably have known, to be potentially harmful.”³³ It implies, however, that in cases of obvious pollution, the state must provide an adequate legal mechanism to deal with the polluters. In this context, the duty to introduce criminal law penalties on the polluters is important not only as a deterrent. Imposition of criminal penalties is a necessary mechanism for enforcing environmental justice.

The *Trail Smelter* case is sometimes criticized for requiring a high standard of proof for environmental harm.³⁴ It is interesting to observe, that some criminal laws, (see German law discussed above) moved away from the requirement to prove harm. Instead, it is sufficient to prove the likelihood of harm alone, or to be more precise, to prove the fact of causing the “alterations of the air which are capable of harming” the environment. However, this broad formulation of the criminal offence of pollution may lead to excessive criminalization and ambiguity in criminal law. It appears that the high standard of proof reflects better the principles of criminal law such as legality, and minimum criminalization.³⁵

³² Birnie P. W., & Boyle A. E., *International Law and the Environment* (Oxford: University Press, 2009), 147.

³³ Ibid., 153.

³⁴ Ibid., 154.

³⁵ Ashworth A. & Horder J., *Principles of Criminal Law* (Oxford: University Press, 2013), 52 and 67.

6. Prosecuting transboundary polluters

The most effective and convenient way to deal with transboundary polluters is bringing them to justice in their own countries. Since states have the duty to ensure that their territory is not used to cause harm to neighboring states, and since it has also the duty to take appropriate measures against acts of pollution which have already occurred, the domicile state is under the obligation to initiate appropriate legal proceedings against the polluters.

In case of the refusal of the polluting state to prosecute transboundary polluters, the affected state can still initiate its own legal proceedings. These proceedings can take two forms. The first is a trial with the presence of the accused. The second is a trial *in absentia* when the accused is absent. The first form of proceedings would likely involve the process of extradition. The jurisdiction to try polluters depends on the idea of sovereignty. According to this idea, a state has all powers and authority to prosecute and to bring to justice any person situated in its territory and accused of crime. The idea of sovereignty also presupposes that no other state can exercise its power and authority within the territory of another sovereign state, unless there is consent given by the other state.³⁶ In history, there are, nevertheless, examples when one state using its intelligence secret services would kidnap a suspect residing in another state and bring that person to face prosecution inside its own borders. This is done, particularly, in political crime proceedings, because many states are unwilling to extradite persons accused of political crimes.³⁷

Extradition represents a complex legal relationship which involves at least two countries and at least one suspect or a convicted person. In this relationship, a requesting state asks a requested state to deliver the person involved and who is within the jurisdiction of the latter, to the competent authorities of the former. The requested state does not need to be the state of the residence of the polluter. The latter can be on a visit to the requested state. The possibility of extradition of transboundary polluters will largely depend on the content of the bilateral agreements. It appears that international law on extradition is largely contractual in nature, although there are claims that obligation to extradite can be based on customary law.³⁸

³⁶ Shaw M, *International Law*. 6th ed. (Cambridge: University Press, 2008), 489.

³⁷ Ibid., 680.

³⁸ Kriangsak Kittichaisaree, *The Obligation to Extradite or Prosecute* (Oxford: University Press, 2018).

Let us imagine a hypothetical situation. A chemical factory in a country somewhere upstream on the Mekong River discharged poisonous materials into it. The accident received publicity. However, the country where the accident took place was unable for an unknown reason to bring the responsible person to justice. The polluted water caused harm to the environment of the downstream countries including Thailand. The director of the factory, who is known to the Thai authorities, is on a visit to the U.S. The practice of extradition between the US and Thailand is governed by the *US – Thai Extradition Treaty* (1983). The question is whether Thailand will be successful in obtaining the extradition of the director to face criminal proceedings in the Thai courts.

Article 2 of the Treaty contains the principle of dual criminality: “An offense shall be an extraditable offense for prosecution or for the imposition of a penalty or detention order only if it is punishable under the laws of both Contracting Parties by imprisonment or other form of detention for a period of more than one year or by any greater punishment.” This dual criminality standard has at least one problem. The wording of the offences in each state can significantly vary, to such an extent that a literal application and interpretation of national laws make it impossible to identify the presence of dual criminality, particularly if one has to look not only at the criminal laws related to the polluters but also to a number of relevant administrative rules and regulations.

Since crimes of transboundary pollution are not political or military offences, they are not subject to so called mandatory grounds for refusal of extradition. If political reasons are present the requested state is obliged to deny the request (Article 3). Extradition treaties, including the US-Thai Treaty, include universal principles of justice in criminal proceedings so that a person cannot be brought to trial more than once for the same crime whether he was convicted or acquitted. That may create a problem, if the legal sanction in the polluting state was imposed on the polluter although this sanction was disproportionate to the gravity of the offence.

In cases where the polluting state fails to impose penalties on the polluters, or refuses to extradite the offender, it is still possible to conduct a prosecution and trial of the suspect polluters in absentia. Even though such trials may not result in actual punishment of the polluters, who reside across the border and are therefore not accessible to enforcement officers, such trials, if publicly conducted, can have a positive effect on raising public awareness within the countries involved and in the international community.³⁹

³⁹ Duff A. et al, *The Trial on Trial: Volume 3: Towards a Normative Theory of the Criminal Trial* (Oxford: Hart Publishing, 2007), 272.

The main argument against a trial *in absentia* is that it represents a violation of the defendant's right to answer the charges in court proceedings in a criminal trial. For example, the European Convention on Human Rights (ECHR), Article 6 is sometimes interpreted as not permitting trials in absentia, even though the European Court of Human Rights "has ruled that trials *in absentia* are not always in violation of ECHR, as long as there are sufficient safeguards. Trials in the absence of the accused are only permissible once the accused has unequivocally waived his or her right to be present."⁴⁰ There is no unity among the countries on the recognition of trials *in absentia* which creates a significant problem in mutual recognition of such judicial judgments.

7. Conclusion

The availability of criminal law remedies for transboundary water and air pollution is unsatisfactory. There are several reasons for this. The first reason lies in the criminal laws of the national states. They are bound to an indefinite number of administrative regulations which cannot serve as a stable basis for initiating international legal proceedings in the cases of transboundary crime. The environmental criminal law must be stable, clear and definite. It must present in itself a sufficient ground for prosecuting environmental offenders without being dependent on the complex content of national administrative rules and regulations. That does not mean that the relevant administrative regulations and even exemptions from the criminal liability should not be taken into account. It only means that the essential issue in prosecuting the crimes of pollution is not whether the discharge of pollutants was contravening the existing administrative regulations, but whether significant harm to the environment has occurred regardless of compliance or non-compliance with any administrative law. The environmental criminal law, so to say, must stand on its own feet. The concept of significant harm must become the most important element of the crime of pollution. The task of defining significant environmental harm must be given to independent experts in a case by case approach.

Another reason for the unsatisfactory condition of criminal law remedies in transboundary pollution cases is poor development of international law on this particular issue. Major environmental agreements on transboundary air or water pollution ignore the issue of criminal law mechanisms. Even though it is still possible to argue on the basis of customary

⁴⁰ Knoop G-J, *An Introduction to the Law of International Criminal Tribunals: A Comparative Study*. Second Edition (The Hague: Martinus Nijhoff, 2014), 331.

law that states are obliged to introduce and impose penalties on transboundary polluters, a clear international agreement is preferable to communicate appropriate obligations to national governments. In theory, many domestic criminal laws allow affected states to initiate criminal proceedings against polluters across national borders. In practice, such an act of prosecution has to overcome huge hurdles. Even if the states have enough evidence, it is not always possible to have a trial *in absentia* of the accused. Thus, there is a need for a comprehensive international agreement which facilitates investigation and prosecution of transboundary pollution crimes.

This agreement must, first of all, offer the legal definitions of offences of transboundary pollution which are clearly formulated in the text of the agreement so that they can be further incorporated into domestic laws. Secondly, the agreement must recognize explicitly the right of the affected states to initiate criminal proceedings against environmental offenders situated across national borders in the situations when the host state does not succeed in prosecuting them. Thirdly, the state where the pollution originates or the polluter resides (a host state) must have a duty to provide all relevant information facilitating investigations of the facts of a transboundary pollution offence. The agreement must indicate that each country must designate a specific administrative organ empowered to conduct an investigation and gather related information. The agreement must further specify the exact procedures of exchanging the information. Finally, there must be a duty of the host state to extradite the offenders to the affected states if the host state does not itself initiate the criminal proceedings against them.

It is certain that an international environmental agreement on applying criminal sanctions against polluters will not solve all the problems of effective protection of the environment. Criminal law remedies are limited and, perhaps, remain rather symbolic. It is obvious that administrative and civil law mechanisms in the majority of environmental pollution cases offer a quicker and a more efficient mechanism to address the problem. However, the availability of criminal law remedies across the national borders will certainly stimulate a deeper cooperation between the countries not only in relation to harmonization of their respective laws, but also will stimulate more proactive law enforcement policies.

รัฐธรรมนูญกับประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข*

Constitutional Convention in Thailand

ปวริศร เลิศธรรมเทวี

Pawarit Lertdhamtewe

อาจารย์ประจำ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240

Full-time Assistant Professor

Faculty of Law, Ramkhamhaeng University, Huamark, Bangkok, 10240

Corresponding author E-mail: p.lertdhamtewe@gmail.com

(Received: January 15, 2019; Revised: February 22, 2019; Accepted: February 25, 2019)

บทคัดย่อ

บทความนี้กล่าวถึงประเพณีทางรัฐธรรมนูญของไทยซึ่งมีความสัมพันธ์กับประเด็นดังต่อไปนี้ (1) การสืบราชสมบัติซึ่งเป็นไปตามกฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ (2) กรณีนายกรัฐมนตรีพระราชทานซึ่งเกิดขึ้นปี พ.ศ. 2516 เป็นการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อให้ระบอบการปกครองที่ล้มเหลวกลับคืนสู่ภาวะปกติ (3) การลงพระปรมาภิไธยในกฎหมายและการลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ ร่างกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ได้ทรงลงพระปรมาภิไธยไปแล้ว ย่อมถือว่าเป็นกฎหมายและใช้บังคับได้ (4) การรัฐประหารซึ่งก่อให้เกิดการล้มระบอบการปกครอง ทำลายระบบเศรษฐกิจ และการยกเลิกรัฐธรรมนูญ คณะรัฐประหารไม่ถือเป็นรัฐอธิปัตย์ แม้ศาลฎีกาจะได้เคยตีความวางหลักไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/2505 แต่หากพิจารณาจากหลักฐานตามประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่ปรากฏในคำปรารภของรัฐธรรมนูญทุกฉบับ รัฐอธิปัตย์มิใช่คณะรัฐประหาร การใช้อำนาจของคณะรัฐประหารเป็นเพียงการใช้อำนาจแทนองค์อธิปัตย์เท่านั้น อำนาจอธิปัตย์ยังคงอยู่ที่พระมหากษัตริย์ซึ่งเป็นประมุขของประเทศ และ (5) พระราชวินิจฉัยซึ่งเกี่ยวกับการยับยั้งร่างกฎหมายหรือการพระราชทานคืนร่างกฎหมายเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญว่า ร่างกฎหมายฉบับใดที่พระมหากษัตริย์ไม่ทรงลงพระปรมาภิไธย ให้เป็นอันตกไป

คำสำคัญ: ประเพณีทางรัฐธรรมนูญ, หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ, ประเพณีการปกครอง

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของรายงานวิจัย เรื่อง “การนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ” ได้รับทุนสนับสนุนจากสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ และได้รับรางวัลสภานิติบัญญัติแห่งชาติ รางวัลผลงานวิจัยระดับดี ประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2562.

Abstract

This article considers constitutional conventions in Thailand. It argues that the Thai constitutional convention touches a number of issues concerning the monarch's reserve powers, including the following: (1) It is concerned with hereditary monarchy which concerns Order of Succession under the Palace Law of Succession 1924. (2) The reserve power exercised by the King to nominate Prime Minister in certain exceptional circumstances. (3) The King's Royal Assent to formally approve an act of parliament; and it is to be countersigned. (4) The illegal and overt seizure of a state by the military, often known as "*Coup D'états*", which involves in regime change, economic decline, and abolition of the Thai constitutions. This article argues that while the Supreme Court of Thailand (Dika Court) provided a precedent that *Coup* can be considered to be sovereign of the country (1662/2505), it cannot change the fact that the actual power still belonged to the King. (5) While the monarch grants the royal assent to all legislation, it is a convention that the monarch has the power to withhold royal assent, as last exercised in 2546.

Keywords: Constitutional Conventions, Principles of Constitutional Law, Political Custom

1. บทนำ

ภายหลังการปฏิวัติ พ.ศ. 2475¹ ประเทศไทยมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญมาแล้ว 20 ฉบับ โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 เป็นฉบับที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน บัญญัติให้นำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญใช้บังคับ มาตรา 5 วรรคสองของรัฐธรรมนูญซึ่งวางหลักการดังกล่าว บัญญัติไว้ว่า

“.... เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้นหรือวินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”

กล่าวได้ว่า ประเพณีการปกครองที่กล่าวถึงในมาตรา 5 รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน จะต้องเป็นประเพณีการปกครองที่เกิดขึ้นภายหลังการปฏิวัติสยาม พ.ศ. 2475 ซึ่งเป็นช่วงระยะเวลาที่ประเทศไทยได้เปลี่ยนแปลงระบอบการปกครอง จากการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ไปสู่การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข โดยมีรัฐธรรมนูญภายใต้พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกและเป็นกฎหมายสูงสุดที่ใช้ในการปกครองประเทศ² ประเพณีการปกครองดังกล่าว ยังต้องเป็นประเพณีที่มีการประพฤติปฏิบัติ หรือเป็นระเบียบแบบแผนที่ถือปฏิบัติกันมาจนกลายเป็น “ประเพณีทางรัฐธรรมนูญ” (Constitutional Conventions)³ การประพฤติปฏิบัติดังกล่าวอาจเกิดจากการปฏิบัติตามกรอบรัฐธรรมนูญของสถาบันทางการเมือง หรือการนำขนบธรรมเนียมประเพณีที่ปรากฏมาตั้งแต่ก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญและยังถือปฏิบัติเรื่อยมา หรือเป็นการแก้ไขปัญหาวิกฤตรัฐธรรมนูญก่อให้เกิดการสร้างประเพณีทางรัฐธรรมนูญ การศึกษาการนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญจำเป็นต้องมีความเข้าใจเกี่ยวกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญ บทความนี้จะศึกษาภูมิหลัง นิยามและความหมาย ตลอดจนลักษณะและขอบเขตของประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือ “ประเพณีทางรัฐธรรมนูญ” ของไทย

2. ความเป็นมาของการนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ

ภูมิหลังของมาตรา 5 วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560⁴ สามารถมองย้อนไปถึงธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2502 ซึ่งปรากฏการบัญญัติในลักษณะเดียวกันในมาตรา 20⁵

¹ สำหรับการปฏิวัติสยาม พ.ศ. 2475 ดู นครินทร์ เมฆไตรรัตน์, *การปฏิวัติสยาม พ.ศ. 2475* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ฟ้าเดียวกัน, 2553).

² การศึกษาการนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ จึงศึกษาเหตุการณ์ทางประวัติศาสตร์ของประเทศไทยในช่วง พ.ศ. 2475 ถึงปัจจุบัน และข้อมูลที่ใช้ในรายงานวิจัยฉบับนี้สิ้นสุด ณ วันที่ 31 กรกฎาคม พ.ศ. 2560.

³ ดูคำอธิบายเกี่ยวกับนิยาม ลักษณะ และขอบเขตของประเพณีทางรัฐธรรมนูญใน ปวีศร เลิศธรรมเทวี, “การปกครองในระบอบกษัตริย์: ภูมิหลังและประเพณีทางรัฐธรรมนูญ,” *รัฐสภาสาร* 65, ฉบับที่ 6 (2560): 16-35.

⁴ มาตรา 5 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

⁵ มาตรา 20 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

และจากการศึกษาวิเคราะห์รัฐธรรมนูญไทยทั้ง 20 ฉบับ พบว่า ประเทศไทยมีการบัญญัติโดยให้นำประเพณีการปกครองมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญแล้วในรัฐธรรมนูญ 10 ฉบับ ดังตารางต่อไปนี้

ตารางที่ 1 การนำประเพณีการปกครองประเทศไทยฯ มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

ลำดับ	รัฐธรรมนูญฉบับต่าง ๆ ของประเทศไทย (รวม 20 ฉบับ)	มาตรา
1	พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475	-
2	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475	-
3	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489	-
4	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490	-
5	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492	-
6	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495	-
7	ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502	มาตรา 20
8	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511	-
9	ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2515	มาตรา 22
10	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517	-
11	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519	มาตรา 25
12	ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520	มาตรา 30
13	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521	-
14	ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534	มาตรา 30
15	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534	-
16	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540	มาตรา 7
17	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549	มาตรา 7
18	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550	มาตรา 7
19	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557	มาตรา 7
20	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560	มาตรา 5

ที่มา: รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย รวม 20 ฉบับ

จะเห็นได้ว่า ก่อนหน้ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ประเทศไทยมีการบัญญัติให้นำประเพณีการปกครองมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญมาก่อนในรัฐธรรมนูญฉบับอื่น ซึ่งแบ่งกลุ่มการวิเคราะห์ได้เป็น 3 กลุ่มที่สำคัญ กล่าวคือ (1) กลุ่มที่ไม่ได้มีการบัญญัติเรื่องการนำประเพณีการปกครองมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ (2) กลุ่มที่มีการบัญญัติไว้ในธรรมนูญการปกครองหรือรัฐธรรมนูญชั่วคราว และ (3) กลุ่มที่มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับถาวรซึ่งปรากฏในรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2540 ฉบับปี พ.ศ. 2550 และฉบับปี พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นฉบับปัจจุบัน

2.1 รัฐธรรมนูญที่มีได้มีการบัญญัติเรื่องการนำประเพณีการปกครองมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ

ก่อนหน้ารัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 ประเทศไทยมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญมาแล้ว 6 ฉบับ ได้แก่ (1) พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 (2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 (3) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 (4) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 (5) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 (6) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495

รัฐธรรมนูญทั้ง 6 ฉบับดังกล่าว มิได้มีการบัญญัติให้นำประเพณีการปกครองประเทศไทยมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญไว้แต่ประการใด สาเหตุประการสำคัญอาจเป็นเพราะประเทศไทยเพิ่งผ่านพ้นการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครอง แนวคิดเรื่องประชาธิปไตยและรัฐธรรมนูญยังอยู่ในระยะแรกเริ่ม และหากพิจารณาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญทั้ง 6 ฉบับดังกล่าว จะพบว่า ในช่วงเวลาดังกล่าว ประเทศไทยอยู่ระหว่างการแสวงหารูปแบบที่เหมาะสมในการจัดสรรอำนาจการปกครอง สถาบันทางการเมืองต่างๆ ยังไม่มีความชัดเจน อาทิ องค์การที่ทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญยังไม่มีสถานะเป็นศาลรัฐธรรมนูญดังเช่นในปัจจุบัน⁶

นอกเหนือจากรัฐธรรมนูญทั้ง 6 ฉบับข้างต้น รัฐธรรมนูญฉบับที่มีได้มีการบัญญัติให้นำประเพณีการปกครองมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญยังมีอีก 4 ฉบับ ได้แก่ (1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 (2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 (3) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 และ (4) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 สาเหตุหนึ่งอาจเป็นเพราะผู้ร่างฯ ได้ให้ความสำคัญกับประเด็นอื่น ๆ มากกว่าเรื่องของนิติวิธีในการนำประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ

รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2511 เป็นช่วงระยะเวลาที่ประเทศไทยยังไม่มีปัญหาเรื่องนิติวิธีหรือการใช้และการตีความขององค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ แต่ปัญหาสำคัญในขณะนั้นคือการออกแบบสถาบันหรือองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นผลพวงที่เกิดมาจากการตีความของศาลฎีกาในคดีอาชญากรรมสงคราม⁷ ศาลฎีกามีคำพิพากษาไว้ว่า “ถ้ารัฐธรรมนูญมิได้กำหนดไว้ว่าองค์กรใดเป็นผู้มีอำนาจชี้ขาด ศาลยุติธรรมย่อมมีอำนาจที่จะวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ” (คำพิพากษาฎีกาที่ 1/2489)⁸ ฉะนั้น รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2511 จึงได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าให้เป็นอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ โดยปรากฏในหมวด 9 (มาตรา 164-168) ซึ่งเป็นการบัญญัติในลักษณะเดียวกันกับรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2492 และฉบับปี พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495 อาจกล่าวได้ว่า การที่

⁶ ในช่วงเวลาดังกล่าว ประเทศไทยมีการเปลี่ยนแปลงสถานะขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ตั้งแต่ให้เป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ ศาลยุติธรรม และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ดูพัฒนาการขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญใน ปวรศร เลิศธรรมเทวี, “พัฒนาการขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไทย,” วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 34, ฉบับที่ 1 (2559): 177-201.

⁷ ดูทวีโคระห์โน กล้า สมุทวนิช, “ศาลรัฐธรรมนูญไทย: ทบทวนก่อนการปฏิรูป,” วารสารสถาบันพระปกเกล้า 13, ฉบับที่ 1 (2558): 125-148.

⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 1/2489. และดูทวีโคระห์โน ปัญญา อุทธาชน, “พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม: รากฐานการกำเนิดศาลรัฐธรรมนูญ,” รัฐสภาสาร 61, ฉบับที่ 8 (2556): 89-138.

ประเทศไทยยังอยู่ในระหว่างการแสวงหารูปแบบขององค์กรวินิจัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่เหมาะสม ปัญหาเรื่องปริมาณคดีที่เข้าสู่องค์กร ตลอดจนเรื่องการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญ คงยังไม่เกิดปัญหาแต่อย่างใด

รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2521 และรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2534 มีลักษณะแบบเดียวกับรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2511 ซึ่งเป็นเรื่องการจัดสรรและออกแบบรูปแบบของสถาบันหรือองค์กรวินิจัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญให้เป็นอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ แต่มีได้กล่าวถึงเรื่องการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญไว้แต่อย่างใด และสำหรับรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2517 ให้ความสำคัญกับประเด็นอื่นๆ มากกว่าจะเป็นเรื่อง การนำประเพณีการปกครองของประเทศไทยมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ พิจารณาได้จากการบัญญัติ หลักการเรื่องสิทธิด้านสิ่งแวดล้อมเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญของไทย⁹ ซึ่งเป็นการรับเอาหลักการของปฏิญญา กรุงสต็อกโฮล์มว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ ค.ศ. 1972 (Stockholm Declaration on the Human Environment)¹⁰ โดยปรากฏเป็นแนวนโยบายแห่งรัฐ (มาตรา 77) ซึ่งบัญญัติว่า “รัฐพึงบำรุงรักษาความสมดุลของสภาพแวดล้อม และความงามทางธรรมชาติ รวมทั้งป่าไม้ ต้นน้ำลำธาร และน่านน้ำ”¹¹ เป็นต้น¹²

2.2 ธรรมเนียมการปกครองหรือรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว

การนำประเพณีการปกครองมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญปรากฏเป็นครั้งแรกภายใต้ ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 และปรากฏในธรรมนูญการปกครอง หรือรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว ฉบับต่อมา มากุณฉบับ ซึ่งสรุปรายละเอียดและสาระสำคัญได้ดังนี้

2.2.1 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502

ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 บัญญัติเรื่องการนำประเพณีการปกครอง ของประเทศไทยมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญไว้เป็นครั้งแรก โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 20 ซึ่งวางหลักไว้ว่า

“ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ๆ ให้วินิจฉัยกรณีนั้น
ไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย
ในกรณีมีปัญหาเกี่ยวแก่การวินิจฉัยกรณีใดตามความในวรรคก่อนเกิดขึ้น
ในวงงานของสภา หรือเกิดขึ้นโดยคณะรัฐมนตรีขอให้สภาวินิจฉัย ให้สภาวินิจฉัย
ชี้ขาด”

⁹ ดู ปวีศร เลิศธรรมเทวี, รัฐธรรมนูญกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานด้านสิ่งแวดล้อม (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2558), 47-48.

¹⁰ Stockholm Declaration on the Human Environment, UN Doc. A/CONF.48/14/REV.1 (1972). ดูหลักการด้านสิ่งแวดล้อมภายใต้ ปฏิญญาสต็อกโฮล์มใน ปวีศร เลิศธรรมเทวี, “หลักและทฤษฎีสิ่งแวดล้อมในกฎหมายระหว่างประเทศ,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 44, ฉบับที่ 2 (2558): 443-467.

¹¹ มาตรา 77 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517

¹² นอกเหนือจากมาตรา 77 บทบัญญัติที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมยังปรากฏในมาตรา 86 และ 93 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517

จะเห็นได้ว่า มาตรา 20 แห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 มีความแตกต่างจากมาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 เพียงเล็กน้อย กล่าวคือ มาตรา 20 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 ใช้คำว่า **“ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย”** ซึ่งแตกต่างจากมาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ซึ่งใช้คำว่า **“ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”** เป็นการอ้างอิงถึงระบอบการปกครองของไทยในแบบกว้างและในภาพรวม

เมื่อพิจารณาถ้อยคำของบทบัญญัติมาตรา 20 แห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 ยังพบว่า มีความสละสลวยในการใช้ถ้อยคำของภาษาและความถูกต้องของการใช้คำตามหลักไวยากรณ์ ต้องขมคณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญซึ่งมีความเข้าใจถ่องแท้ถึงความหมายของภาษาและการเลือกใช้คำ อาทิ การใช้คำว่า **“เกี่ยวแก่”** มากกว่าจะเป็นคำว่า **“เกี่ยวกับ”** เป็นถ้อยคำที่ถูกต้องตามหลักไวยากรณ์และภาษาไทย¹³ ซึ่งการใช้ถ้อยคำดังกล่าวไม่มีปรากฏให้เห็นในบัญญัติกฎหมายในปัจจุบัน

นักกฎหมายรัฐธรรมนูญให้ความสำคัญกับมาตรา 17 ของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 มากกว่าจะเป็นมาตรา 20 ซึ่งมีสาเหตุสำคัญเนื่องจากเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่ปรากฏบทบัญญัติให้อำนาจหัวหน้าฝ่ายบริหาร (นายกรัฐมนตรี) อย่างล้นพ้น และเป็นบทบัญญัติมาตราที่ถูกใช้เป็นอาวุธทางการเมือง ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 เป็นช่วงสมัยของจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ซึ่งเป็นหัวหน้าในการปฏิวัติรัฐประหาร และเป็นนายกรัฐมนตรี ไม่ว่ามาตรา 20 แห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 จะมีความสำคัญมากกว่ามาตรา 17 หรือไม่ มาตรา 20 แห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 ได้กลายมาเป็นต้นแบบในการบัญญัติให้นำประเพณีการปกครองของประเทศไทยมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญของธรรมนูญการปกครองฉบับต่าง ๆ และรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวที่สืบทอดมาจนถึงปัจจุบัน

2.2.2 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2515

นอกเหนือจากมาตรา 20 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 การนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญยังปรากฏในธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2515 ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 22¹⁴ ดังนี้

“ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งธรรมนูญการปกครองนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย

ในกรณีมีปัญหาเกี่ยวแก่การวินิจฉัยกรณีใดตามความในวรรคหนึ่งเกิดขึ้นในวงงานของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ หรือเกิดขึ้นโดยคณะรัฐมนตรีขอให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติวินิจฉัย ให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติวินิจฉัยชี้ขาด”

¹³ ขอขอบคุณคณะบดีคณะศิลปศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหิดล ผู้ช่วยศาสตราจารย์อภิสิทธิ์ เกษมผลกุล และ ศาสตราจารย์สุกัญญา สุฉฉายา (คณะอักษรศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย) นักวิจัยดีเด่นสาขาปรัชญา ประจำปี พ.ศ. 2558

¹⁴ มาตรา 22 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2515

บทบัญญัติในธรรมนูญการปกครอง พ.ศ. 2515 ซึ่งเป็นช่วงเวลาของการปฏิวัติรัฐประหาร โดยจอมพลถนอม กิตติขจร ได้ถอดแบบมาจากธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 ส่งผลให้มาตรา 22 แห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2515 จึงได้ยืมหลักการมาจากมาตรา 20 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 และปรากฏบทบัญญัติในลักษณะเดียวกัน

2.2.3 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2519 เป็นฉบับที่เกิดขึ้นในสมัยของการรัฐประหารของ พลเรือเอกสฤษดิ์ ธนะรัชต์ โดยปรากฏบทบัญญัติที่ให้นำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญในมาตรา 25¹⁵ ซึ่งบัญญัติว่า

“เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้น
ไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย

ในกรณีมีปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัยตามวรรคหนึ่งเกิดขึ้นในวงงานของสภา
ปฏิรูปการปกครองแผ่นดินหรือเกิดขึ้นโดยคณะรัฐมนตรีขอให้สภาปฏิรูปการปกครอง
แผ่นดินวินิจฉัยให้สภาปฏิรูปการปกครองแผ่นดินวินิจฉัยชี้ขาด”

จะเห็นได้ว่า มาตรา 25 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2519 มีลักษณะเช่นเดียวกับ
ธรรมนูญการปกครองฉบับที่ผ่านมา

2.2.4 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520

ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2520 ปรากฏบทบัญญัติที่ให้นำประเพณีการปกครอง
ประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญในมาตรา 30¹⁶ ซึ่งบัญญัติว่า

“ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ๆ ให้วินิจฉัยกรณีนั้น
ไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย

ในกรณีมีปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัยกรณีใดตามความในวรรคก่อนเกิดขึ้น
ในวงงานของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ หรือเกิดขึ้นโดยคณะรัฐมนตรีขอให้สภา
นิติบัญญัติแห่งชาติวินิจฉัย ให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด”

จะเห็นได้ว่า ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2520 มีเนื้อหาไม่แตกต่างจากธรรมนูญ
การปกครองทั้งสองฉบับข้างต้น

¹⁵ มาตรา 25 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2519

¹⁶ มาตรา 30 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2520

2.2.5 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534

ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534 ปรากฏหลักการเดียวกับธรรมนูญฉบับปี 2502 ฉบับปี 2511 และฉบับปี 2520 โดยปรากฏในมาตรา 30¹⁷ ซึ่งบัญญัติว่า

“ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งธรรมนูญการปกครองนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย

ในกรณีมีปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัยกรณีใดตามความในวรรคหนึ่งเกิดขึ้นในวงงานของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ หรือเกิดขึ้นโดยคณะรัฐมนตรีขอให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติวินิจฉัย ให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติวินิจฉัยชี้ขาด”

มาตรา 30 มีลักษณะเช่นเดียวกับบทบัญญัติในธรรมนูญชั่วคราวฉบับที่ผ่านมา คือ กำหนดให้นำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ

2.2.6 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2549

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2549 มีความแตกต่างจากธรรมนูญการปกครองชั่วคราวฉบับอื่น ๆ กล่าวคือ มีการบัญญัติเพิ่มเติมจากการใช้ถ้อยคำว่า **“ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย”** เป็นถ้อยคำว่า **“ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”** และมีการกล่าวถึงระบอบการปกครองประเทศไว้ในส่วนอื่นของรัฐธรรมนูญ ได้แก่ คำปรารภแห่งรัฐธรรมนูญ¹⁸ ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

“โดยที่หัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ ซึ่งได้กระทำการยึดอำนาจการปกครองแผ่นดินเป็นผลสำเร็จเมื่อวันที่ 19 กันยายน พุทธศักราช 2549 ได้นำความกราบบังคมทูลว่า เหตุที่ทำการยึดอำนาจและประกาศให้ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเสียนั้น ก็โดยปรารถนาจะแก้ไขความเสื่อมศรัทธาในการบริหารราชการแผ่นดิน จำเป็นต้องกำหนดกลไกทางปกครองที่เหมาะสมแก่สถานการณ์เพื่อใช้ไปพลางก่อน โดยคำนึงถึงหลักนิติธรรมตามประเพณีการปกครองของประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”

นอกเหนือจากคำปรารภแห่งรัฐธรรมนูญ ยังปรากฏหลักเรื่องประเพณีการปกครองประเทศไทยในมาตรา 3¹⁹ ซึ่งบัญญัติว่า

¹⁷ มาตรา 30 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534

¹⁸ ดูคำปรารภ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2549

¹⁹ มาตรา 3 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2549

“ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ คักดีศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับการคุ้มครองตาม **ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์** ทรงเป็นประมุข และตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีอยู่แล้วย่อมได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้”

บทบัญญัติที่ให้นำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาตีความรัฐธรรมนูญปรากฏในมาตรา 38²⁰ ซึ่งบัญญัติว่า

“ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้น ไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ ทรงเป็นประมุข

ในกรณีมีปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัยกรณีใดตามความในวรรคหนึ่งเกิดขึ้น ในวงงานของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ หรือเมื่อกรณีที่คณะรัฐมนตรีขอให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติวินิจฉัย ให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติวินิจฉัยชี้ขาด”

ถ้อยคำในบทบัญญัติมาตรา 38 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2549 มีความคล้ายคลึงกับธรรมนูญการปกครองฉบับที่ผ่านมา แสดงให้เห็นการหยิบยืมหลักการกฎหมายในรัฐธรรมนูญของไทย

2.2.7 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 เป็นฉบับล่าสุดที่เพิ่งถูกยกเลิกไป โดยการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 โดยเป็นช่วงระยะเวลาที่คาบเกี่ยวในการศึกษาวิจัยในครั้งนี้

ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว บทบัญญัติที่ให้นำประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญปรากฏในมาตรา 5²¹ ซึ่งบัญญัติว่า

“เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้น หรือวินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข แต่ประเพณีการปกครองดังกล่าวต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้

ในกรณีที่มิมีปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัยกรณีใดตามความในวรรคหนึ่งเกิดขึ้น ในวงงานของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด

²⁰ มาตรา 38 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2549

²¹ มาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557

หรือเมื่อมีกรณีที่เกิดขึ้นนอกวงงานของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ คณะรักษาความสงบแห่งชาติ คณะรัฐมนตรี ศาลฎีกา หรือศาลปกครองสูงสุด จะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาด ก็ได้ แต่สำหรับศาลฎีกาและศาลปกครองสูงสุดให้กระทำได้เฉพาะเมื่อมีมติของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาหรือที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด และเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาคดี”

บทบัญญัติมาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 ได้นำหลักการและบทบัญญัติมาจากธรรมนูญการปกครองหรือรัฐธรรมนูญชั่วคราวฉบับที่ผ่านมา มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ดูเหมือนว่าหลักการนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาตีความรัฐธรรมนูญจะกลายเป็นบรรทัดฐานในการบัญญัติวางกรอบนิติวิธีในการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญสำหรับองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (ศาลรัฐธรรมนูญ)

อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติมาตรา 5 มิได้รับการกล่าวถึงหรือได้รับความสนใจเมื่อเปรียบเทียบกับบทบัญญัติมาตรา 44 ซึ่งอาจหยิบยืมมาจากข้อความในมาตรา 48 รัฐธรรมนูญแห่งรัฐไวมาร์²² (Weimar Constitution)²³ และถูกเขียนขึ้นใหม่ในสมัยผู้นำฮิตเลอร์ และบังเอิญมาปรากฏในรัฐธรรมนูญของไทย²⁴ มาตรา 44 ได้ถูกปรับใช้ในเรื่องต่าง ๆ อาทิ เศรษฐกิจ การเปลี่ยนแปลงโครงสร้างขององค์กรทางการเมือง การออกคำสั่งทางปกครองและมาตรการทางทหาร เป็นต้น²⁵

2.3 รัฐธรรมนูญฉบับถาวร

รัฐธรรมนูญฉบับถาวรที่มีการบัญญัติให้นำประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญปรากฏในรัฐธรรมนูญสามฉบับ ดังรายละเอียดที่จะได้วิเคราะห์ต่อไป โดยทุกฉบับมีข้อความหรือการใช้ถ้อยคำที่เป็นการยืมหลักมาจากธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 อาจกล่าวได้ว่าธรรมนูญการปกครอง พ.ศ. 2502 เป็นต้นแบบของการนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยมาใช้ในการพิจารณาตีความรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญในยุคสมัยปัจจุบัน

²² The Constitution of the German Reich (Weimar Constitution) (1919-1933), art. 48

²³ สำหรับบทวิเคราะห์รัฐธรรมนูญแห่งรัฐไวมาร์ดู วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, “รัฐธรรมนูญไวมาร์,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 44, ฉบับที่ 4 (2559): 800-837.

²⁴ มาตรา 44 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 บัญญัติว่า “ในกรณีที่หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติเห็นเป็นการจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการปฏิรูปในด้านต่าง ๆ การส่งเสริมความสามัคคีและความสมานฉันท์ของประชาชนในชาติ หรือเพื่อป้องกัน ระงับ หรือปราบปราม การกระทำความผิดเป็นการบ่อนทำลายความสงบเรียบร้อยหรือความมั่นคงของชาติ ราชบัลลังก์ เศรษฐกิจของประเทศ หรือราชการแผ่นดิน ไม่ว่าจะเกิดขึ้นภายในหรือภายนอกราชอาณาจักร ให้หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติโดยความเห็นชอบของคณะรักษาความสงบแห่งชาติมีอำนาจสั่งการระงับยับยั้ง หรือกระทำการใดๆ ได้ ไม่ว่าการกระทำนั้นจะมีผลบังคับในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหาร หรือในทางตุลาการ และให้อำนาจคำสั่งหรือการกระทำรวมทั้ง การปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว เป็นคำสั่งหรือการกระทำ หรือการปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญนี้และเป็นที่สุด ทั้งนี้ เมื่อได้ดำเนินการดังกล่าวแล้ว ให้รายงานประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติและนายกรัฐมนตรีทราบโดยเร็ว”

²⁵ ดู ปวีศร เลิศธรรมเทวี, “การควบคุมกฎหมายให้ขัดรัฐธรรมนูญในประเทศไทย,” รัฐศาสตร์ 64, ฉบับที่ 6 (2559): 7-31.

2.3.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่มีการบัญญัติให้มีศาลรัฐธรรมนูญ²⁶ และเป็นรัฐธรรมนูญฉบับถาวรฉบับแรกที่มีการบัญญัติให้นำประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ โดยปรากฏในมาตรา 7²⁷ ซึ่งบัญญัติว่า

“ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มีหลักการเดียวกันกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 โดยปรากฏอยู่ในมาตรา 7²⁸ เช่นเดียวกันซึ่งบัญญัติไว้ว่า

“ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”

จะเห็นว่า ถ้อยคำในบทบัญญัติมาตรา 7 ของรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับมิได้มีความแตกต่างจากธรรมเนียมการปกครองหรือรัฐธรรมนูญชั่วคราวฉบับที่ผ่านมาแต่อย่างใด

2.3.2 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นฉบับปัจจุบันมีการบัญญัติในลักษณะเดียวกับมาตรา 7 รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 และฉบับปี พ.ศ. 2550 โดยปรากฏในมาตรา 5²⁹ ซึ่งบัญญัติว่า

“รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎหรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้”

เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้นหรือวินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”

²⁶ ดูหมวด 8 ส่วนที่ 2 ว่าด้วย “ศาลรัฐธรรมนูญ” มาตรา 255–270 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540, สำหรับบทวิเคราะห์เกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ ปวริศ เลิศธรรมเทวี, “พัฒนาการขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไทย,” วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 34, ฉบับที่ 1 (2559): 177–201.

²⁷ มาตรา 7 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540

²⁸ มาตรา 7 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

²⁹ มาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

ในส่วนนี้ได้วิเคราะห์วิวัฒนาการของการบัญญัติหลักการนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญซึ่งปรากฏเป็นครั้งแรกในมาตรา 20 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 และได้รับการบัญญัติในธรรมนูญการปกครองและรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวต่อๆ มาจนถึงรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน

การศึกษาภูมิหลังและพัฒนาการของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ผ่านมา ไม่อาจทำให้ทราบได้ว่าประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่สามารถนำมาปรับใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญมีลักษณะอย่างไร แต่เป็นเพียงการลำดับเหตุการณ์ประวัติศาสตร์ของรัฐธรรมนูญเท่านั้น และการบัญญัติรัฐธรรมนูญในลักษณะนี้ปรมาจารย์ทางด้านรัฐธรรมนูญของไทยบางท่าน อาทิ ศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ยังได้ให้ข้อสังเกตไว้ว่าการบัญญัติรัฐธรรมนูญโดยอ้างอิงถึงการนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ แม้ไม่เขียนเอาไว้โดยตรงก็จะมีหลักวิชาการในการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญเพื่ออุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญได้อยู่แล้วตามหลักของนิติวิธีหรือ Juristic Method ในการอุดช่องว่างของกฎหมาย³⁰

อย่างไรก็ตาม การนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญแสดงให้เห็นถึงการเน้นย้ำการกำหนดกรอบนิติวิธีในการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติดังกล่าวได้กลายเป็นองค์ประกอบสำคัญของรัฐธรรมนูญซึ่งอาจกล่าวได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญสามารถพิจารณาวินิจฉัยปัญหากรณีต่างๆ ที่เกิดขึ้นจากช่องว่างของรัฐธรรมนูญไปตามครรลองของประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เป็นการแก้ไขวิกฤติรัฐธรรมนูญที่ป้องกันการปฏิวัติรัฐประหาร

3. แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ และคำตัดสินของศาลอื่นๆ

การศึกษานำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ จำเป็นจะต้องศึกษาแนวคำวินิจฉัยขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (ศาลรัฐธรรมนูญในปัจจุบัน) ที่เกี่ยวกับการนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ

ภายใต้รัฐธรรมนูญทั้ง 20 ฉบับดังกล่าวข้างต้น ก่อให้เกิดองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในลักษณะต่างๆ หลากหลายรูปแบบ และจากการศึกษาวิจัยเรื่อง “พัฒนาการขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของไทย”³¹ ของผู้วิจัยพบว่า ประเทศไทยมีการปรับใช้ระบอบองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาแล้วทุกรูปแบบ ซึ่งสรุปแนวคำวินิจฉัยขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นกลุ่มตามรูปแบบและลักษณะได้ดังต่อไปนี้

³⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามมาตรา 7 ของรัฐธรรมนูญ,” *จุลนิติ* 3, ฉบับที่ 3 (2549): 1-16.

³¹ ปวีศร เลิศธรรมเทวี, “พัฒนาการขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไทย,” *วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย* 34, ฉบับที่ 1 (2559): 177-201.

3.1 แนวคำวินิจฉัยขององค์กรวินิจัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยรัฐสภา

ระบบรัฐสภาเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในการตีความรัฐธรรมนูญถือว่า เมื่อรัฐสภาได้ตรากฎหมายฉบับใดขึ้นใช้บังคับ กฎหมายดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญอยู่แล้ว เพราะเป็นการแสดงเจตนารมณ์ของประชาชน ระบบรัฐสภาเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นในสมัยพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. 2475 ที่การปกครองของประเทศไทยมีลักษณะเป็นแบบสภาบริบูรณ์ ในช่วงที่ประเทศไทยมีองค์กรวินิจัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในระบบรัฐสภา ยังไม่ปรากฏบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญว่าให้นำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยมาใช้ในการพิจารณาตีความรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด สาเหตุหนึ่งอาจเป็นเพราะประเทศไทยเพิ่งมีการปฏิวัติ³² และได้เปลี่ยนแปลงระบอบการปกครอง ฉะนั้น แนวคำวินิจฉัยในส่วนที่เกี่ยวกับการนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาตีความรัฐธรรมนูญจึงยังไม่ปรากฏแต่อย่างใด

3.2 แนวคำวินิจฉัยขององค์กรวินิจัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยศาลยุติธรรม

ระบบศาลยุติธรรมเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาตีความรัฐธรรมนูญ ตลอดจนควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เกิดขึ้นโดยผลของคำพิพากษาศาลฎีกาในคดีอาชญากรรมสงครามที่ 1/2489 ซึ่งวางหลักว่า “ถ้ารัฐธรรมนูญมิได้กำหนดไว้ว่าองค์กรใดเป็นผู้มีอำนาจชี้ขาด ศาลยุติธรรมย่อมมีอำนาจที่จะวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ”³³ โดยศาลฎีกาได้สร้างบรรทัดฐานใหม่เกี่ยวกับการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญ รวมถึงการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ผลของคำพิพากษาศาลฎีกาเป็นรากฐานการกำเนิดศาลรัฐธรรมนูญของไทยในปัจจุบัน³⁴ รวมถึงรากฐานของการพัฒนาองค์กรวินิจัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญรูปแบบอื่นภายใต้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งมีลักษณะเป็นองค์กรกึ่งการเมือง

แนวคำวินิจฉัย คำพิพากษาหรือคำตัดสินขององค์กรวินิจัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในระบบศาลยุติธรรมที่เกี่ยวกับประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขเคยปรากฏในคดีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 912/2536³⁵ โดยศาลฎีกาได้วินิจฉัยกรณีประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (รสช.) ฉบับที่ 26 ที่กำหนดให้คณะกรรมการตรวจสอบการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ (คตส.) มีอำนาจอายัดทรัพย์สินและพิจารณาว่าบุคคลใดรั่วรัวผิดปกติหรือไม่ ถ้าพิสูจน์ไม่ได้ให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดิน ซึ่งกรณีนี้ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การใช้อำนาจของ คตส. มีลักษณะเป็นการตั้งคณะบุคคลที่ไม่ใช่ศาลทำการพิจารณาพิพากษาคดีเช่นเดียวกับศาล โดยที่รัฐธรรมนูญทุกฉบับบัญญัติให้การพิจารณาพิพากษาคดีเป็นอำนาจศาล จึงขัดต่อประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย และทรัพย์สินของบุคคลที่ถูกยึดนั้นเป็นทรัพย์สินที่ได้มาก่อนประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 ใช้บังคับ จึงเป็นการออกกฎหมายที่มีโทษทางอาญาย้อนหลัง ซึ่งรัฐธรรมนูญ

³² ดูบทวิเคราะห์ใน นครินทร์ เมฆไตรรัตน์, การปฏิวัติสยาม พ.ศ. 2475 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ฟ้าเดียวกัน, 2553).

³³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1/2489 คล้ายคลึงกับคดี *Marbury v. Madison* (1803) (U.S. Supreme Court)

³⁴ ดูบทวิเคราะห์ใน ปัญญา อุดชาชน, “พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม: รากฐานการกำเนิดศาลรัฐธรรมนูญ,” รัฐศาสตร 61, ฉบับที่ 8 (2556): 89-138.

³⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 912/2536

ทุกฉบับห้ามออกกฎหมายที่มีโทษทางอาญาให้มีผลย้อนหลังเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จึงขัดต่อประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 912/2536 เป็นคดีแรกในประวัติศาสตร์ของประเทศไทยที่ศาลได้นำหลักการเรื่องประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี โดยได้ตีความประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยว่ามีความเกี่ยวข้องกับหลักการพื้นฐานของระบอบการปกครองภายใต้ “หลักการแบ่งแยกอำนาจ” (Separation of Powers) อันเป็นหลักการสากลที่รัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก รวมทั้งรัฐธรรมนูญของไทยทุกฉบับให้การรับรอง

อาจกล่าวได้ว่า คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 912/2536 เป็นบรรทัดฐานหนึ่งที่สำคัญในเรื่องการนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ และแสดงให้เห็นถึงนิติวิธีการปรับใช้หลักเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญของศาลว่า การที่จะนำหลักเรื่องประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยมาปรับใช้จะต้องเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับหลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญ เป็นหลักการที่เป็นที่ยอมรับสากล (Universal Principles) และรัฐธรรมนูญฉบับต่างๆ ของประเทศไทยได้ให้การรับรองไว้

อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 912/2536 เป็นเพียงตัวอย่างหนึ่งเกี่ยวกับการนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย หรือการปรับใช้หลักเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญ คำพิพากษาดังกล่าวยังไม่ได้อธิบายว่าประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยมีสาระสำคัญ นิยาม หรือความหมายรวมตลอดทั้งขอบเขตว่ามีลักษณะอย่างไร เป็นการกล่าวถึงเฉพาะเรื่องอำนาจอธิปไตยตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ กรณีนี้จึงจำเป็นต้องศึกษาแนวคำวินิจฉัยขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญอื่น ๆ ที่ผ่านมาเพื่ออธิบายถึงลักษณะและขอบเขตของหลักการเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญ รวมถึงแนวนิติวิธีในการปรับใช้หลักการดังกล่าวว่ามีลักษณะและแนวทางอย่างไร

3.3 แนวคำวินิจฉัยขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

ระบบคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นในช่วงปี พ.ศ. 2489–2534 ในรัฐธรรมนูญ 8 ฉบับและปรากฏอีกครั้งในรัฐธรรมนูญชั่วคราว พ.ศ. 2549 ระบบคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของไทยมีลักษณะเป็นองค์กรที่เกิดจากการประนีประนอมข้อขัดแย้งทางการเมืองระหว่างรัฐสภาและศาล³⁶ ทำให้มีกระบวนการสรรหาและการแต่งตั้งมาจากรัฐสภาและจากตุลาการ ระบบดังกล่าวทำให้ความชัดเจนในการตีความรัฐธรรมนูญมากยิ่งขึ้น แต่อย่างไรก็ตามในเรื่องการตีความการนำหลักกฎหมายประเพณีมาใช้ยังไม่ปรากฏแนวคำวินิจฉัยหรือคำตัดสินแต่อย่างใด และโดยที่ระบบคณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังมิได้ถือว่าเป็นศาล จึงส่งผลให้ขาดประสิทธิภาพในการดำเนินงานเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาและความเป็นอิสระทางการเมืองจึงเกิดการผลักดันไปสู่ระบบศาลพิเศษ (Specialized

³⁶ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของไทยได้รับอิทธิพลมาจากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ หรือสภารัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสซึ่งส่งผลให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของไทยในอดีตมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่ได้รับอิทธิพลมาจากฝรั่งเศส อาทิ กัมพูชา อุรุกวัย เปรู โบลิเวีย และชิลี เลิศธรรมเทวี, “ระบอบการปกครอง ระบบกฎหมาย และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของกัมพูชา,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 45, ฉบับที่ 4 (2559): 990-1016.

Court) ที่ได้รับอิทธิพลแนวความคิดมาจากศาลรัฐธรรมนูญในยุโรปและแนวความคิดของ Hans Kelsen³⁷ ก่อให้เกิดศาลรัฐธรรมนูญของไทย

3.4 แนวคำวินิจฉัยขององค์การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยหัวหน้าฝ่ายบริหารเป็นผู้มีอำนาจสูงสุด

ก่อนที่ประเทศไทยจะมีศาลรัฐธรรมนูญดังที่ปรากฏในปัจจุบัน องค์การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในรูปแบบหนึ่งที่เหมาะสมได้รับการกล่าวถึงเป็นพิเศษ คือ ระบบหัวหน้าฝ่ายบริหารเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในการใช้และการตีความ³⁸ ซึ่งเกิดขึ้นในช่วงปัญหาทางการเมืองที่มีการปฏิวัติรัฐประหาร และมีการประกาศใช้ธรรมนูญการปกครองและรัฐธรรมนูญชั่วคราวในการปกครองประเทศไทย³⁹

หากพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญทุกฉบับในช่วงเวลาดังกล่าวจะพบว่าอำนาจสูงสุดในการใช้และการพิจารณารัฐธรรมนูญเป็นของหัวหน้าฝ่ายบริหารทั้งสิ้น อาทิ มาตรา 44 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 ซึ่งให้อำนาจนายกรัฐมนตรีที่จะกระทำการใดได้เพื่อป้องกันประโยชน์สาธารณะ และถือว่าการกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมาย (และรัฐธรรมนูญ)⁴⁰ อย่างไรก็ตาม ยังไม่ปรากฏแนวปฏิบัติตามมาตรา 44 รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว หรือบทบัญญัติที่มีลักษณะเดียวกันกับมาตรา 44 ในธรรมนูญการปกครองหรือรัฐธรรมนูญชั่วคราวฉบับอื่นที่มีการนำประเด็นการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้แต่อย่างใด

3.5 แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

สำหรับระบบศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นระบบที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน เกิดขึ้นตามรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 และต่อมาในรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 และฉบับปี พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน จากการศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญซึ่งปรากฏแนวคำวินิจฉัยในหลากหลายประเด็น อาทิ แนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน หรือคดีเกี่ยวกับการเมือง เป็นต้น⁴¹ และนับตั้งแต่ที่มีศาลรัฐธรรมนูญจนถึงปัจจุบัน⁴² ศาลรัฐธรรมนูญมีการอ้างหรือกล่าวถึงหลักเรื่องประเด็นการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขเพียงสองคดี โดยปรากฏในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2559 ทั้งสองคดีสรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

³⁷ Hans Kelsen, "Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution," *Journal of Politics* 4, 183 (1942): 185-186.

³⁸ ปรีศกร เลิศธรรมเทวี, "พัฒนาการขององค์การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไทย," *วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย* 34, ฉบับที่ 1 (2559): 177-201.

³⁹ ท่านศาสตราจารย์ ดร.วรศักดิ์ อุวรรณโณ (ราชบัณฑิต) ซึ่งเป็นปรมาจารย์ด้านรัฐธรรมนูญของไทยมองว่าในช่วงเวลาดังกล่าว อำนาจในการพิจารณาตีความรัฐธรรมนูญจะกลับไปอยู่ที่ศาลยุติธรรมดั้งเดิมตามที่ศาลฎีกาได้เคยวางแนวไว้ในคดีอาญากรสงคราม (1/2489) โดยปรากฏในคำพิพากษาฎีกาหลาย ๆ คำตัดสิน ดู วรศักดิ์ อุวรรณโณ, "ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540," *วารสารสถาบันพระปกเกล้า* 1, ฉบับที่ 1 (2546): 1-28.

⁴⁰ มาตรา 44 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557

⁴¹ ดู ปรีศกร เลิศธรรมเทวี, "การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญในประเทศไทย," *รัฐสภาสาร* 64, ฉบับที่ 6 (2559): 7-31.

⁴² ข้อมูลที่ใช้ในการศึกษาสิ้นสุด ณ วันที่ 31 กรกฎาคม พ.ศ. 2560

3.5.1 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543 ลงวันที่ 29 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2543⁴³ เป็นการวินิจฉัยกรณีเกี่ยวกับการใช้สิทธิเลือกตั้งของพระมหากษัตริย์ พระราชินี พระราชโอรส และพระราชธิดา โดยมีประเด็นที่เกี่ยวกับพระราชหัตถเลขาของพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว ที่ 1/60 ลงวันที่ 14 พฤศจิกายน พุทธศักราช 2475 และบทบัญญัติมาตรา 11 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ซึ่งปรากฏในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวว่า

.... ในช่วงการร่างรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศไทย มีเรื่องเกี่ยวข้องกับพระบรมวงศานุวงศ์ว่าควรดำรงอยู่ในฐานะอย่างใดในทางการเมือง ดังปรากฏในพระราชหัตถเลขาของพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว ที่ 1/60 ลงวันที่ 14 พฤศจิกายน พุทธศักราช 2475 ที่มีถึงพระยามโนปกรณนิติธาดา ประธานคณะกรรมการราษฎรว่า ทรงเห็นด้วยตามความคิดของพระยามโนปกรณนิติธาดา ที่เห็นว่า พระบรมวงศานุวงศ์ตั้งแต่ชั้นหม่อมเจ้าขึ้นไป ย่อมดำรงอยู่เหนือการเมือง ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ซึ่งประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม 2475 มีบัญญัติในมาตรา 11 ว่า “พระบรมวงศานุวงศ์ตั้งแต่ชั้นหม่อมเจ้าขึ้นไป โดยกำเนิดหรือโดยแต่งตั้งก็ตาม ย่อมดำรงอยู่ในฐานะเหนือการเมือง”

รัฐธรรมนูญของไทยทุกฉบับรวมทั้งฉบับปัจจุบันมีหมวดว่าด้วยพระมหากษัตริย์เป็นการเฉพาะซึ่งเป็นบทบัญญัติที่รับรองสถานะพิเศษของสถาบันพระมหากษัตริย์ ตามหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข พระมหากษัตริย์ทรงดำรงอยู่เหนือการเมือง และทรงดำรงอยู่ในฐานะอันเป็นที่เคารพสักการะ ผู้ใดจะละเมิด กล่าวหา หรือฟ้องร้องพระมหากษัตริย์ในทางใดๆ มิได้

รัฐธรรมนูญ มาตรา 3 บัญญัติว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ เมื่อพระมหากษัตริย์เป็นผู้ทรงใช้อำนาจอธิปไตยแล้ว จึงย่อมไม่มีเหตุผลใดที่จะต้องมีหน้าที่เลือกผู้แทนมาเพื่อใช้อำนาจนั้นอีก

ตามที่รัฐธรรมนูญฯ มาตรา 68 บัญญัติให้บุคคลมีหน้าที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้งบุคคลซึ่งไม่ไปเลือกตั้งโดยไม่แจ้งเหตุอันสมควรที่ทำให้ไม่อาจไปเลือกตั้งได้ย่อมเสียสิทธิตามที่กฎหมายบัญญัติ การแจ้งเหตุที่ทำให้ไม่อาจไปเลือกตั้งและการอภัยความสะดวกในการไปเลือกตั้ง ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ นั้น เนื่องจากพระมหากษัตริย์ทรงเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตย ทรงอยู่เหนือการเมือง และทรงดำรงไว้

⁴³ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543 ลงวันที่ 29 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2543

ซึ่งความเป็นกลางทางการเมือง ประกอบกับที่ผ่านมามีพระมหากษัตริย์ พระราชินี พระราชโอรส และพระราชธิดา ไม่เคยทรงใช้สิทธิเลือกตั้งแต่อย่างใด หากกำหนดให้ พระมหากษัตริย์ พระราชินี พระรัชทายาท และพระบรมราชวงศ์ซึ่งจะควรสืบราชสันตติวงศ์ตามกฎหมายเทียบเท่ากับด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 ซึ่งมีความใกล้ชิดกับพระมหากษัตริย์ และทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ปฏิบัติพระราชกรณียกิจแทนพระองค์อยู่เป็นนิจ ทรงมีหน้าที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้งย่อมจะก่อให้เกิดความขัดแย้งหรือไม่สอดคล้องกับหลักการเกี่ยวกับการดำรงอยู่เหนือการเมืองและความเป็นกลางทางการเมืองของพระมหากษัตริย์⁴⁴

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543 เป็นการกล่าวถึงหลักเรื่องประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขโดยศาลรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรกซึ่งมีการตีความเรื่องสถานะและความเป็นกลางทางการเมืองของสถาบันพระมหากษัตริย์⁴⁵ และกล่าวได้ว่า คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543 เป็นตัวอย่างการตีความเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญตัวอย่างหนึ่งที่สามารถนำมาเป็นบรรทัดฐาน (Precedent) ในการปรับใช้หลักเรื่องประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขในคดีรัฐธรรมนูญ⁴⁶

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543 มีความคล้ายคลึงกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 912/2536 ข้างต้น โดยเฉพาะประเด็นเรื่องหลักการที่เป็นที่ยอมรับและได้รับการบัญญัติรองรับไว้ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับที่ผ่านมามีเป็นเงื่อนไขและหลักเกณฑ์สำคัญอันแสดงให้เห็นถึงนิติวิธีในการปรับใช้หลักเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวยังพิจารณาไปถึงหลักการในระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยและความสัมพันธ์ของสถาบันพระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขแห่งรัฐ (Head of the State) กับสถาบันทางการเมืองอื่นภายใต้รัฐธรรมนูญ⁴⁷

3.5.2 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2559

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2559 ลงวันที่ 1 มิถุนายน พ.ศ. 2559 เป็นการวินิจฉัยเกี่ยวกับบทสันนิษฐานในคดีอาญาต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่า ผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิดอันเป็นสิทธิที่ประชาชนชาวไทยเคยได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญหลายฉบับ จึงถือเป็นประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข โดยคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญมีการกล่าวถึงหรือปรับใช้หลักเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญไว้ว่า

⁴⁴ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543 ลงวันที่ 29 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2543

⁴⁵ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543 ลงวันที่ 29 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2543 มีความคล้ายคลึงกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับสถานะและความเป็นกลางทางการเมืองของสถาบันพระมหากษัตริย์ในสเปน

⁴⁶ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีผลผูกพันทุกองค์กรตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 211 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 หรือในรัฐธรรมนูญฉบับที่ผ่าน อาทิ มาตรา 27 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 หรือมาตรา 27 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540

⁴⁷ กรณีนี้เป็นเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เป็นหลักการพื้นฐาน (Core Conventions)

.... ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาเบื้องต้นมีว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคำร้องนี้ไว้พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 45 ประกอบมาตรา 5 วรรคสอง หรือไม่ เห็นว่า ตามคำร้องมีประเด็นโต้แย้งว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 มาตรา 9 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 4 และมาตรา 5 และที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาได้มีมติส่งคำโต้แย้งของจำเลยที่ 2 เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 45 ประกอบมาตรา 5 วรรคสอง และยังไม่มีความวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินี้มาก่อน ประกอบกับคำโต้แย้งของจำเลยที่ 2 ที่ว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 มาตรา 9 ขัดหรือแย้งต่อบทสันนิษฐานว่าในคดีอาญาต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด ซึ่งเป็นสิทธิที่ชนชาวไทยเคยได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญหลายฉบับที่ผ่านมา อันได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 มาตรา 30 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 มาตรา 28 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 มาตรา 32 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 มาตรา 27 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 29 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 33 วรรคหนึ่ง และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 39 วรรคสองจึงถือเป็น**ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข** และเป็นข้อสันนิษฐานซึ่งมีที่มาจากหลักสิทธิมนุษยชนอันเป็นหลักการพื้นฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญาสากลที่ว่า บุคคลทุกคนมิใช่ผู้กระทำผิดทางอาญา เพื่อเป็นหลักประกันแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญา ที่รัฐให้การรับรองแก่บุคคลทุกคนที่จะไม่ถูกลงโทษทางอาญาจนกว่าจะมีพยานหลักฐานมาพิสูจน์หักล้างได้ว่าบุคคลนั้นเป็นผู้กระทำผิดจริง อันเป็นหลักสำคัญประการหนึ่งของหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ที่ได้รับการยอมรับในนานาอารยประเทศ อันได้แก่ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights) ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิกและมีพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีอยู่แล้วด้วย ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 4 ได้บัญญัติรับรองไว้⁴⁸

⁴⁸ ดูคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2559 ลงวันที่ 1 มิถุนายน พ.ศ. 2559 หน้า 3-4.

หลักเรื่องบทสันนิษฐานในคดีอาญาต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาไม่มีความผิดเป็นหลักการที่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญหลายฉบับรับรองในเรื่องนั้นไว้จึงถือเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญยังได้พิจารณาไปถึงหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญที่ได้รับการยอมรับสากล (Accepted Norms) กล่าวได้ว่า คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2559 เป็นอีกบรรทัดฐานหนึ่ง que แสดงให้เห็นถึงตัวอย่างการนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

3.6 นิติวิธีที่ได้จากแนวคำวินิจฉัยของศาลเกี่ยวกับการนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ

จากแนวคำพิพากษาและคำวินิจฉัยทั้งสามคดีดังกล่าว อาจสรุปนิติวิธีหรือหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญซึ่งมีองค์ประกอบที่สำคัญ 6 ประการ กล่าวคือ

3.6.1 เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่จะปรับใช้แก้กรณี

องค์ประกอบประการแรกของนิติวิธีในการนำประเพณีในการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือการนำประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ จะต้องเป็นกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมาปรับใช้แก้กรณีที่เกิดขึ้น ดังความในมาตรา 5 วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ที่บัญญัติวางหลักไว้ว่า “... เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก้กรณีใด ให้กระทำการนั้นหรือวินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”⁴⁹ กรณีนี้ยังรวมถึงกรณีที่ไม่มีแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญวางหลักในเรื่องดังกล่าว

3.6.2 หลักการที่มีการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญหลายฉบับที่ผ่านมา

หลักการที่นำมาปรับใช้ว่าเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญจะต้องเป็นหลักการที่มีหลักฐานทางกฎหมาย กล่าวคือ เป็นหลักการที่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหลายฉบับรับรองเรื่องนั้นไว้ ซึ่งจากแนวคำวินิจฉัยของศาลทั้งสามคดีข้างต้นมีการพิจารณาหรืออ้างถึงหลักเกณฑ์ (นิติวิธี) เกี่ยวกับการปรากฏของหลักการไว้ในรัฐธรรมนูญว่าจะต้องเป็นเรื่องที่มีการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญหลายฉบับที่ผ่านมาจึงถือเป็นหลักการที่นำมาปรับใช้ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 912/2536 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543 แสดงไว้อย่างชัดเจนว่าหลักการที่ศาลได้นำมาปรับใช้และถือเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญเป็นหลักการที่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญทุกฉบับที่ผ่านมารับรองไว้ สำหรับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2559 มีความแตกต่างกับแนวคำวินิจฉัยทั้งสองคดีข้างต้น กล่าวคือ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2559 มิได้จำกัดว่าจะต้องเป็นเรื่องที่มีรัฐธรรมนูญทุกฉบับให้การรับรองไว้ แต่อาจเป็นเรื่องที่มีรัฐธรรมนูญหลายฉบับรับรองเรื่องนั้นไว้ ก็ถือเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่ศาล

⁴⁹ ดูมาตรา 5 วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

สามารถนำมาปรับใช้แก่คดีได้ กรณีนี้อาจเป็นเพราะในช่วงที่มีการรัฐประหารและมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ การปกครองหรือรัฐธรรมนูญชั่วคราว สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนอาจไม่ได้มีการบัญญัติรองรับไว้ในรัฐธรรมนูญ⁵⁰

3.6.3 หลักการต้องเป็นที่ยอมรับ (Accepted Norms)

หลักการที่ศาลนำมาปรับใช้เป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญยังจะต้องเป็นเรื่องที่ได้รับการยอมรับ หรือเป็นเรื่องที่ดี กรณีนี้ก่อให้เกิดคำถามที่ว่าเรื่องที่ได้รับ “การยอมรับ” หรือเป็นเรื่องที่ “ดี” คืออะไรหรือมีลักษณะอย่างไร กรณีนี้คงไม่อาจให้นิยามและความหมาย รวมถึงขอบเขตของคำว่า “ดี” ที่ชัดเจนหรือตายตัวได้ แต่เป็นที่ยอมรับว่าเรื่องที่ได้รับการยอมรับหรือเป็นเรื่องที่ดีเกี่ยวข้องกับคุณค่า (Values) หรือบรรทัดฐานทางสังคม (Norms) โดยเป็นเรื่องที่เป็นที่ยอมรับ (Accepted Norms) ไม่แย้งต่อความรู้สึกของคนส่วนใหญ่ (Public Sentiment) และเป็นสากล (Universal)⁵¹ อาทิ เรื่องการรับรองสิทธิมนุษยชน ดังที่ปรากฏในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 3/2559 ข้างต้น

3.6.4 หลักการต้องเกี่ยวข้องกับหลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญ

นอกเหนือจากองค์ประกอบดังกล่าวข้างต้น หลักการที่จะถือเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญ ที่ศาลสามารถนำมาปรับใช้ได้ยังจะต้องเกี่ยวกับหลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญ (Fundamental Principles) อาทิ การตีความหลักเรื่องการแบ่งแยกอำนาจการปกครอง (Separation of Powers) ดังคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 912/2534 หลักเรื่องความเป็นกลางของสถาบันพระมหากษัตริย์ ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงอยู่เหนือกฎหมาย แต่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญตามหลักการเรื่อง “The King Can Do No Wrong” อันเป็นหลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญ ดังคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543 หลักเรื่อง “The King Can Do No Wrong” จะได้วิเคราะห์ต่อไป หรือหลักเรื่องบทสันนิษฐานในคดีอาญาต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาไม่มีความผิด ดังคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 3/2559 ซึ่งเป็นเรื่องการรับรองสิทธิมนุษยชนอันถือเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญที่ปรากฏการรับรอง มาตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับแรกของโลกภายใต้มหากฎบัตร Magna Carta⁵² พัฒนามาเป็นหลักการภายใต้ “Habeas Corpus” ซึ่งเป็นหลักกฎหมายอังกฤษ และวางรากฐานมาเป็นระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในปัจจุบัน

3.6.5 หลักการต้องเกี่ยวข้องกับหลักการพื้นฐานของระบอบการปกครอง

แนวคำวินิจฉัยทั้งสามคดีข้างต้นยังแสดงให้เห็นนิติวิธีสำคัญที่ศาลปรับใช้เรื่องประเพณี การปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือประเพณีทางรัฐธรรมนูญ ว่าจะต้องเกี่ยวกับหลักการพื้นฐานของระบอบการปกครอง โดยทั้งสามคดีเป็นการตีความไปถึงอำนาจการปกครอง สถานะของสถาบันพระมหากษัตริย์ตามรัฐธรรมนูญ และหลักความยุติธรรม ซึ่งเป็นเรื่องที่ได้รับการยอมรับและ ปฏิบัติสืบทอดกันมาตั้งแต่ประเทศไทยมีการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองในปี พ.ศ. 2475

⁵⁰ ดูบทวิเคราะห์ใน ปวรศร เลิศธรรมเทวี, รัฐธรรมนูญกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานด้านสิ่งแวดล้อม, หน้า 47-49.

⁵¹ Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Massachusetts: Harvard University Press, 1987), p.191.

⁵² ดูบทวิเคราะห์ใน ปวรศร เลิศธรรมเทวี, รัฐธรรมนูญกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานด้านสิ่งแวดล้อม, บทที่ 4 ในส่วนที่เกี่ยวกับ รัฐธรรมนูญของอังกฤษ.

3.6.6 หลักการต้องถูกต้องตามทำนองคลองธรรมหรือตามหลักนิติธรรม (Rule of Law)

แม้จะมีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญหลายฉบับรับรองไว้ หรือเป็นเรื่องที่อาจยอมรับได้ในสังคม จะถือเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญยังมิได้ หากเป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้องตามทำนองคลองธรรม ความถูกต้องตามทำนองคลองธรรมในที่นี้ หมายถึงความถูกต้องของการปกครองโดยหลักกฎหมาย หรือหลักนิติธรรม (Rule of Law)⁵³ มิใช่เป็นการปกครองโดยการใช้อำนาจบังคับ (Rule By Law) ซึ่งแนวคำวินิจฉัยของศาลทั้งสามคดีข้างต้น แสดงให้เห็นถึงการรองรับหลักนิติธรรมดังกล่าวข้างต้น

กล่าวโดยสรุปได้ว่า แนวคำวินิจฉัยของศาลทั้งสามคดีข้างต้นแสดงให้เห็นถึงนิติวิธีหรือหลักเกณฑ์ และเงื่อนไขการปรับใช้ประเพณีทางรัฐธรรมนูญโดยมีองค์ประกอบสำคัญทั้ง 6 ประการข้างต้น และถือเป็นตัวอย่างของประเพณีการปกครองที่ศาลนำมาปรับใช้กับคดีรัฐธรรมนูญได้ แต่คงไม่เพียงพอหรือถึงขนาดที่จะสรุปเป็นหลักการทางกฎหมาย (Jurisprudence) ในเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญได้ เนื่องจากแนวคำวินิจฉัยของศาลดังกล่าวเป็นจำนวนน้อยเกินกว่าที่จะตกผลึกเป็นหลักการทางกฎหมายในตัวเองได้ ยิ่งกว่านั้น แนวคำวินิจฉัยทั้งสามกรณีดังกล่าว มิได้ก้าวไปถึงหลักการพื้นฐานว่าประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขซึ่งเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญมีลักษณะและสาระสำคัญว่าอย่างไร กรณีนี้นำไปสู่การศึกษาวิเคราะห์เหตุการณ์สำคัญทางประวัติศาสตร์เพื่อศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เคยเกิดขึ้นในทางปฏิบัติของประเทศไทย

4. เหตุการณ์ทางประวัติศาสตร์กับการสร้างประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

การศึกษาวินิจฉัยในครั้งนี้ได้ใช้วิธีการวิจัยนิติศาสตร์ โดยเฉพาะการศึกษาและตีความบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ (Statutory Interpretation) และการศึกษาวิเคราะห์จากคำวินิจฉัย คำพิพากษาหรือคำตัดสินของศาล (Case Laws) ซึ่งทั้งสองวิธีก็ยังมีได้ให้คำตอบที่เพียงพอเกี่ยวกับลักษณะของประเพณีทางรัฐธรรมนูญของไทย อาจกล่าวได้ว่าการศึกษาประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขจำเป็นต้องพิจารณารากฐานทางประวัติศาสตร์ (Historical Approach) ซึ่งศึกษาได้จากการถอดบทเรียนทางประวัติศาสตร์ที่สำคัญของไทย โดยบางกรณีเป็นประเพณีที่ปฏิบัติสืบต่อกันมาตั้งแต่ก่อนการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองของไทย และมาปรากฏไว้ในรัฐธรรมนูญ หรืออาจมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขตามกาลสมัยโดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ บางกรณีเป็นการแก้ไขกรณีที่เกิดวิกฤติรัฐธรรมนูญซึ่งมีความสัมพันธ์กับการใช้พระราชอำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน

⁵³ ดูภูมิหลัง องค์ประกอบและสาระสำคัญของหลักนิติธรรมใน Tom Bingham, *Rule of Law* (London: Penguin Book, 2010) หรือดู Hilaire Barnett, *Constitutional and Administrative Law* (London: Routledge, 2013), p.43. อธิบายถึงหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญว่าด้วย “หลักนิติธรรม” โดยคำว่า “Rule of Law” เป็นคำที่ยืมมาจากแนวคิดของประเทศกลุ่ม Common Law โดยเฉพาะอังกฤษ ซึ่งอาจมีนัยครอบคลุมคำว่า “นิติรัฐ” ดู Lain Steward, (2007), “From ‘Rule of Law’ to ‘Legal State’: A Time of Reincarnation?” (Macquarie Law Working Paper No.2007/12); and James R. Sikenat et al (eds), 2014, “The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat),” Berlin, Germany: Springer. อย่างไรก็ตาม คำว่า “นิติรัฐและนิติธรรม” อาจมีความแตกต่างกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในมุมมองของนักนิติศาสตร์ไทย ดู เอกบุณย์ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณารักษ์), *นิติรัฐ นิติธรรม* (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553). หรือ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, “ความหมายและองค์ประกอบของหลักนิติธรรม,” *วารสารสถาบันพระปกเกล้า* 13(3) (2558): 5–29 (อธิบายว่าหลักนิติธรรมเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญของการปกครองแบบประชาธิปไตยและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน หลักนิติธรรมมีที่มาจากประเทศอังกฤษต่อมาแนวคิดนี้ได้แพร่ขยายไปอีกหลายประเทศยกเว้นกลุ่มประเทศคาบสมุทรไอบีเรียที่มีแนวคิดเรื่องหลักนิติรัฐ) เป็นต้น.

หรือบางกรณีเป็นธรรมเนียมที่ประเพณีปฏิบัติจนกลายเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญ เหตุการณ์ทางประวัติศาสตร์ที่ก่อให้เกิดการสร้างประเพณีทางรัฐธรรมนูญสรุปรายละเอียดและสาระสำคัญได้ดังนี้

4.1 การสืบราชสมบัติ

การสืบราชสมบัติ หรือ การขึ้นเป็นพระมหากษัตริย์ต่อเนื่องจากพระมหากษัตริย์องค์ก่อน⁵⁴ เป็นประเพณีที่สำคัญของประเทศไทยที่มีการปกครองระบอบกษัตริย์ โดยเฉพาะประเทศไทยซึ่งเป็น 1 ใน 44 ประเทศที่มีประเพณีการสืบราชสมบัติมาตั้งแต่ก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับแรกภายใต้พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 (ตั้งแต่ก่อนการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองในปี พ.ศ. 2475) โดยปรากฏมาตั้งแต่สมัยสุโขทัยเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน ความสัมพันธ์เรื่องการสืบราชสมบัติกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญสามารถสรุปตามลำดับเหตุการณ์สำคัญได้ดังนี้

ก่อนหน้าที่ประเทศไทยจะมีกฎหมายเพื่อบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พ.ศ. 2467 ประเพณีการสืบราชสมบัติมิได้มีกฎหมายหรือระเบียบแบบแผนที่ชัดเจน การสืบราชสมบัติเป็นไปตามกฎหมายเพื่อบาลที่ยังไม่มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ฉะนั้น การสืบราชสมบัติจึงเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการกำหนดลำดับศักดิ์ของพระรัชทายาทในการขึ้นครองราชย์ (Order of Succession) อย่างไรก็ตาม กฎหมายเพื่อบาลที่ถือปฏิบัติกันมาได้มีกฎหมายกำหนดตายตัวว่าเมื่อราชบัลลังก์ว่างลง พระบรมวงศานุวงศ์พระองค์ใด (Royal Family) จะเป็นผู้มีสิทธิและเข้าสู่ตำแหน่งพระมหากษัตริย์ และโดยวิธีใด ฉะนั้น พระราชนัดดา พระราชอนุชา หรือพระราชนัดดา ฯลฯ อาจเป็นผู้มีสิทธิสืบราชสมบัติได้ ทั้งนี้ การสืบราชสมบัติมีหลักการสำคัญประการหนึ่ง กล่าวคือ พระบรมวงศานุวงศ์ฝ่ายหญิงไม่มีสิทธิในการสืบราชสมบัติ ในอดีตโดยเฉพาะในสมัยอยุธยามีการกำหนดตำแหน่ง “พระมหาอุปราช” เพื่อเป็นตำแหน่งที่แสดงว่าเป็นผู้ที่ได้รับราชสมบัติเมื่อราชบัลลังก์ว่างลง ศาสตราจารย์ ดร.วิษณุ เครืองาม ให้ข้อสังเกตว่า หากมิได้มีการกำหนดตำแหน่งพระมหาอุปราชไว้ อำนาจในการเลือกผู้สืบราชสมบัติจะตกอยู่แก่พระบรมวงศานุวงศ์หรือแก่บรรดาขุนนางชั้นผู้ใหญ่⁵⁵

ตำแหน่งพระมหาอุปราชได้มีการตั้งชื่อเปลี่ยนแปลงไปในสมัยรัตนโกสินทร์โดยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช รัชกาลที่ 1 ได้ทรงกำหนดให้มีตำแหน่ง “กรมพระราชวังบวรสถานมงคล” หรือ “วังหน้า” แทนตำแหน่งพระมหาอุปราช ทรงได้ตั้งพระอนุชา คือ เจ้าพระยาสุรสีห์พิชัยธวัชราช เป็นกรมพระราชวังบวรสถานมงคลองค์แรก แต่เสด็จทิวงคตก่อน จึงได้ทรงตั้งพระราชโอรส สมเด็จพระเจ้าลูกเธอ เจ้าฟ้ากรมหลวงอิศรสุนทร เป็นกรมพระราชวังบวรสถานมงคลเป็นองค์ที่สอง ซึ่งต่อมาได้สืบราชสมบัติเป็นรัชกาลที่ 2 พระบาทสมเด็จพระพุทธเลิศหล้านภาลัย

ในรัชสมัย พระบาทสมเด็จพระพุทธเลิศหล้านภาลัย ได้ทรงตั้งพระอนุชา สมเด็จพระเจ้าน้องยาเธอ เจ้าฟ้ากรมขุนเสนานุรักษ์ เป็นกรมพระราชวังบวรสถานมงคลเป็นองค์ที่สาม แต่ได้เสด็จทิวงคตก่อน ตำแหน่งผู้สืบราชสมบัติจึงมิได้มีการกำหนดว่าเป็นของพระบรมวงศานุวงศ์พระองค์ใด เมื่อพระบาทสมเด็จพระพุทธเลิศหล้านภาลัยเสด็จสวรรคต และสมเด็จพระเจ้าลูกยาเธอ เจ้าฟ้ามงกุฎสมมติเทววงศ์ พงศ์ศุวรางค์กษัตริย์ รัชชัตติยราชกุมาร

⁵⁴ ดู ธงทอง จันทรางศุ, สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2544), หน้า 24-26.

⁵⁵ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2530), หน้า 328-329.

ได้ทรงออกผนวช พระเจ้าลูกยาเธอ กรมหมื่นเจษฎาบดินทร์ ได้ทรงขึ้นครองราชย์ เข้าสู่รัชสมัยพระบาทสมเด็จพระนั่งเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 3

ในรัชสมัย พระบาทสมเด็จพระนั่งเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้ทรงตั้งพระปิตุลา คือ พระองค์เจ้าอรุโณทัย กรมหมื่นศักดิ์พลเทพย์ เป็นกรมพระราชวังบวรสถานมงคล พระองค์ที่สี่ แต่เสด็จทิวงคตก่อน พระบาทสมเด็จพระนั่งเกล้าเจ้าอยู่หัวก็ได้ทรงตั้งผู้ใดเป็นกรมพระราชวังบวรสถานมงคล เมื่อพระบาทสมเด็จพระนั่งเกล้าเจ้าอยู่หัวเสด็จสวรรคต ในวันที่ 2 เมษายน พ.ศ. 2394 พระราชวงศ์และบรรดาเสนาบดีมีมติเห็นชอบให้ถวายราชสมบัติแก่สมเด็จพระเจ้าน้องยาเธอ เจ้าฟ้ามงกุฎ ขึ้นครองราชย์ เข้าสู่รัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 4

ในรัชสมัย พระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 4 ทรงสถาปนาสมเด็จพระเจ้าน้องยาเธอ เจ้าฟ้าจุฑามณี กรมขุนอิศเรศรังสรรค์ ให้พระเกียรติยศเสมอด้วยพระเจ้าแผ่นดินองค์ที่ 2 โดยมีพระปรมภิไธยว่า พระบาทสมเด็จพระปิ่นเกล้าเจ้าอยู่หัว แต่ได้เสด็จสวรรคตก่อน รัชกาลที่ 4 ทรงมิได้ตั้งผู้ใดเป็นกรมพระราชวังบวรสถานมงคล ฉะนั้น ภายหลังพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว เสด็จสวรรคต บรรดาพระบรมวงศานุวงศ์ และขุนนางชั้นผู้ใหญ่ได้อัญเชิญสมเด็จพระเจ้าลูกยาเธอ เจ้าฟ้าจุฬาลงกรณ์กรมขุนพินิตประชานาถ ขึ้นครองราชย์ เป็นพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 และได้อัญเชิญกรมหมื่นบวรวิไชยชาญ พระราชโอรส ในพระบาทสมเด็จพระปิ่นเกล้าเจ้าอยู่หัว เป็นกรมพระราชวังบวรสถานมงคลพระองค์ที่ห้า

ประเพณีการตั้งวังหน้า หรือตำแหน่งกรมพระราชวังบวรสถานมงคลได้ยกเลิกไป เมื่อกรมหมื่นบวรวิไชยชาญ กรมพระราชวังบวรสถานมงคลเสด็จทิวงคต รัชกาลที่ 5 ทรงให้ยกเลิกตำแหน่ง “วังหน้า” และในปี พ.ศ. 2429 ทรงได้พระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้สถาปนาสมเด็จพระเจ้าลูกยาเธอ เจ้าฟ้ามหาวชิรุณหิศ สมเด็จพระเจ้าลูกยาเธอพระองค์ใหญ่ เป็นสมเด็จพระบรมโอรสาธิราช สยามมกุฎราชกุมาร เป็นตำแหน่งองค์รัชทายาท หรือ “Crown Prince” พระองค์แรกในประวัติศาสตร์ของประเทศไทย แต่ได้เสด็จทิวงคตก่อน ต่อมาในปี พ.ศ. 2437 รัชกาลที่ 5 ทรงได้พระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้สถาปนาสมเด็จพระเจ้าลูกยาเธอ เจ้าฟ้ามหาวชิราวุธ กรมขุนเทพทวารวดี พระเจ้าลูกยาเธอพระองค์ใหญ่ เป็นสมเด็จพระบรมโอรสาธิราช สยามมกุฎราชกุมาร พระองค์ที่สอง และต่อมาได้ขึ้นครองราชย์เป็นพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 6

จะเห็นได้ว่า การตั้งตำแหน่งวังหน้า หรือกรมพระราชวังบวรสถานมงคล เป็นประเพณีการสืบราชสมบัติตั้งแต่นั้นมาจนถึงรัชกาลที่ 5 ที่มีการแต่งตั้งตำแหน่ง “สมเด็จพระบรมโอรสาธิราช สยามมกุฎราชกุมาร”

การสืบราชสมบัติตามกฎหมายเถียรบาลที่ไม่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรได้กลายเป็นประเพณีที่ประพฤติปฏิบัติเรื่อยมาจนถึงในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 6 ได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตรากฎหมายเถียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พ.ศ. 2467 โดยประกาศใช้เมื่อวันที่ 11 พฤศจิกายน พ.ศ. 2467 กฎหมายเถียรบาลฯ ได้ระบุถึงผู้มีสิทธิในพระราชบัลลังก์ และพระมหากษัตริย์มีสิทธิขาดในการเลือกองค์รัชทายาท และหากพระมหากษัตริย์ทรงมิได้แต่งตั้งรัชทายาทไว้ ให้การสืบราชสมบัติเป็นไปตามลำดับการสืบราชสันตติวงศ์ที่ระบุในกฎหมายเถียรบาลดังกล่าว⁵⁶ และมีการกำหนดห้ามผู้ที่ต้องยกเว้น

⁵⁶ ดูรายละเอียดในกฎหมายเถียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พ.ศ. 2467

จากการสืบราชสันตติวงศ์ กฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พ.ศ. 2467 ก่อให้เกิดระเบียบแบบแผนในการสืบราชสมบัติที่ชัดเจน และแสดงความเป็นสากลและอารยะ อาจกล่าวได้ว่า ประเพณีการสืบราชสมบัติตามกฎหมายมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์มีรากมาจากกฎหมาย “Salic Law” ซึ่งเป็นกฎหมายชาวดัตช์โบราณ (Old Dutch) หรือประเทศเนเธอร์แลนด์ในปัจจุบัน ฉะนั้น ประเพณีการสืบราชสมบัติตาม “Salic Law” ของประเทศเนเธอร์แลนด์จึงมีความสำคัญที่สมควรกล่าวถึง ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

ภายหลังการปฏิวัติสยาม พ.ศ. 2475 ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครอง จากการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์เป็นระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข โดยมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด การสืบราชสมบัติก็ยึดถือตามกฎหมายมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พ.ศ. 2467 ซึ่งรองรับในรัฐธรรมนูญ ภายใต้พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรก มาตรา 4 บัญญัติว่า

*ผู้เป็นกษัตริย์ของประเทศ คือ พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาประชาธิปก
พระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว การสืบมรดกให้เป็นไปตามกฎหมายมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์
พระพุทธศักราช 2467 และด้วยความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎร*

จะเห็นได้ว่า ประเพณีการสืบราชสมบัติเป็นไปตามกฎหมายมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พ.ศ. 2467 แต่สิ่งที่เพิ่มขึ้นมาคือ ความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการเชื่อมโยงสถาบันกษัตริย์กับประชาชน หรือ “กษัตริย์ของปวงชน” (Popular Monarchy) อันเป็นหลักการที่ปรากฏในประเทศเบลเยียมตั้งแต่ ปี ค.ศ. 1831 (พ.ศ. 2374)

ประเพณีการสืบราชสมบัติตามกฎหมายมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พ.ศ. 2467 ถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญในฉบับต่อ ๆ มาจนถึงปัจจุบัน โดยปรากฏในมาตรา 20 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560⁵⁷ ซึ่งบัญญัติว่า

*“ภายใต้บังคับมาตรา 21 การสืบราชสมบัติให้เป็นไปโดยนัยแห่งกฎหมายมณเฑียรบาล
ว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467*

การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์โดยเฉพาะ เมื่อมีพระราชดำริประการใด ให้คณะองคมนตรีจัดทำร่างกฎหมายมณเฑียรบาลแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายมณเฑียรบาลเดิมขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อมีพระราชวินิจฉัยเมื่อทรงเห็นชอบและทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว ให้ประธานองคมนตรีดำเนินการแจ้งประธานรัฐสภาเพื่อให้ประธานรัฐสภาแจ้งให้รัฐสภาทราบ และให้ประธานรัฐสกาลงนามรับสนองพระบรมราชโองการและเมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับเป็นกฎหมายได้”

⁵⁷ มาตรา 20 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

กล่าวได้ว่า การสืบราชสมบัติตามกฎมณเฑียรบาลได้กลายเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญของไทย แม้รัฐธรรมนูญจะมีได้บัญญัติไว้ ก็ย่อมยึดถือตามกฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ซึ่งเป็นประเพณีการปกครองอันงดงาม⁵⁸

4.2 นายกรัฐมนตรีพระราชทาน

กรณีนายกรัฐมนตรีพระราชทานเคยเกิดขึ้นในช่วงเหตุการณ์ 14 ตุลาคม พ.ศ. 2516 หรือ “เหตุการณ์ 14 ตุลา วันมหาวิปโยค” เป็นเหตุการณ์ครั้งสำคัญในประวัติศาสตร์การเมืองไทย โดยเป็นเหตุการณ์ที่มีประชาชน โดยเฉพาะนักศึกษา มากกว่า 5 แสนคน เรียกร้องประชาธิปไตยและรัฐธรรมนูญจากรัฐบาลจอมพลถนอม กิตติขจร ซึ่งเป็นนายกรัฐมนตรีอยู่ในขณะนั้น เหตุการณ์ 14 ตุลาคม พ.ศ. 2516 ก่อให้เกิดกรณีนายกรัฐมนตรีพระราชทานขึ้นเป็นครั้งแรกและครั้งเดียวในประวัติศาสตร์การเมืองไทย และมีประเด็นที่เกี่ยวพันกับเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญของไทยอย่างมีนัยสำคัญ

เหตุการณ์ในครั้งนี้เป็นผลสืบเนื่องมาจากหลายสาเหตุและหลายปัจจัย โดยสาเหตุสำคัญอาจมาจากการสืบทอดอำนาจของจอมพลถนอม กิตติขจร ต่อจากจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ เป็นช่วงเวลาในประเทศไทยมีรัฐบาลทหารเข้ามาปกครองประเทศนานเกือบ 15 ปี ประเด็นเรื่องการทุจริตในรัฐบาล รวมถึงการรัฐประหารตัวเองในปี พ.ศ. 2514 ของจอมพลถนอม กิตติขจร เป็นปัจจัยสำคัญที่ก่อชนวนให้ประชาชนเกิดความเบื่อหน่ายการปกครองโดยรัฐบาลทหารและเกิดการเรียกร้องประชาธิปไตยขึ้น

กระแสความเบื่อหน่ายในรัฐบาลทหารของประชาชนได้ก่อให้เกิดการเริ่มต้นการเรียกร้องให้มีรัฐธรรมนูญนำไปสู่เหตุการณ์ครั้งใหญ่ในวันที่ 14 และ 15 ตุลาคม พ.ศ. 2516 และส่งผลให้จอมพลถนอม กิตติขจรได้กราบบังคับทูลลาออกจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรี และเดินทางออกนอกประเทศ และส่งผลให้เกิดสุญญากาศทางการเมือง กล่าวคือ ประเทศไทยไม่มีนายกรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีทำหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินการบังคับใช้กฎหมายเพื่อบริหารบ้านเมืองมีอาจทำได้

โดยที่ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2515 ก็มีได้กำหนดที่มาของนายกรัฐมนตรีไว้สาเหตุหนึ่งเป็นเพราะธรรมนูญการปกครองฉบับดังกล่าวมีที่มาจากการรัฐประหารของจอมพลถนอม กิตติขจร ในปี พ.ศ. 2514 ฉะนั้น ธรรมนูญการปกครองฉบับดังกล่าวจึงเป็นธรรมนูญที่เกิดจากระบอบเผด็จการทหารโดยช่องว่างของรัฐธรรมนูญส่งผลให้กลไกต่าง ๆ ทางรัฐธรรมนูญไม่ทำงานและก่อให้เกิดวิกฤติรัฐธรรมนูญ

ในการแก้ไขปัญหาและวิกฤติรัฐธรรมนูญ พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช อาศัยอำนาจตามมาตรา 14 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2515 ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง

⁵⁸ อย่างไรก็ตาม กรณีประเพณีเกี่ยวกับการสืบราชสมบัติตามกฎมณเฑียรบาลอาจมองได้ว่าไม่เกี่ยวข้องกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญ แต่เป็นเรื่องที่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายและรัฐธรรมนูญรับรองไว้ก็ได้ อันที่จริง นักวิชาการด้านรัฐธรรมนูญในต่างประเทศต่างลงความเห็นว่า การสืบราชสมบัติย่อมถือเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญพื้นฐาน (Core Conventions) ของประเทศที่มีการปกครองในระบอบกษัตริย์ อาทิ Anne Twomey, *The Veiled Sceptre: Reserve Powers of Heads of State in Westminster Systems* (New York: Cambridge University Press, 2018); and Brendan Lim, *Australia's Constitution after Whitlam* (New York: Cambridge University Press, 2017) (อธิบายถึงการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญของเครือรัฐออสเตรเลีย ในการพระราชทานนายกรัฐมนตรี ในปี ค.ศ. 1975)

นายสัญญา ธรรมศักดิ์ เป็นนายกรัฐมนตรีเพื่อบริหารราชการแผ่นดิน มาตรา 14 แห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2515⁵⁹ บัญญัติว่า

“พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีคนหนึ่ง และรัฐมนตรีตามที่นายกรัฐมนตรีถวายคำแนะนำ และมีจำนวนตามสมควร ประกอบเป็นคณะรัฐมนตรี มีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดิน

พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจที่จะให้รัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่งตามที่นายกรัฐมนตรีถวายคำแนะนำได้

นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีจะเป็นสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติในขณะเดียวกันมิได้

นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีมีสิทธิเข้าร่วมประชุมชี้แจงแสดงความคิดเห็นในที่ประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ แต่ไม่มีสิทธิออกเสียงลงคะแนน

นายกรัฐมนตรีมีอำนาจหน้าที่ดำเนินการและควบคุมการบริหารราชการแผ่นดิน รัฐมนตรีมีอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด และตามที่คณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีมอบหมาย

การสิ้นสุดซึ่งสมาชิกภาพของสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติตามมาตรา 6 ไม่กระทบกระทั่งการบริหารราชการแผ่นดินของคณะรัฐมนตรี และการดำรงตำแหน่งของนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรี”

เหตุการณ์ในประวัติศาสตร์ปี พ.ศ. 2516 ก่อให้เกิดการพระราชทานนายกรัฐมนตรีขึ้นเป็นครั้งแรก และครั้งเดียวในประวัติศาสตร์การเมืองไทย⁶⁰ และแสดงให้เห็นว่าเมื่อระบอบการปกครองล้มเหลว เกิดวิกฤติรัฐธรรมนูญ หลักการต่างๆ จะกลับคืนไปสู่เจ้าขออำนาจเดิมซึ่งก็คือพระมหากษัตริย์หรือประมุขแห่งรัฐตามประเพณีในทางรัฐธรรมนูญ ฉะนั้น การใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในสถานการณ์ฉุกเฉิน (Reserve Powers) ดังกรณีนายกรัฐมนตรีพระราชทานก็คือการทำให้ระบอบการปกครองกลับฟื้นคืนสู่สภาพปกติ จึงกล่าวได้ว่าการใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในสถานการณ์ฉุกเฉิน (Reserve Powers) มีความเกี่ยวข้องกับเรื่องของประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

ในช่วงปีพ.ศ. 2557 สมัยรัฐบาลของนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร ซึ่งประกาศยุบสภาและเข้าสู่รัฐบาลรักษาการ (Caretaker) มีกระแสเรียกร้องให้นายกรัฐมนตรีพระราชทานตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 7 อย่างไรก็ตาม กรณีนายกรัฐมนตรีพระราชทานคงจะเป็นเรื่องที่มีได้เกี่ยวข้องกับกรณีตามมาตรา 7 และการขอให้มนายกรัฐมนตรีพระราชทานตามรัฐธรรมนูญมาตรา 7 มิได้เป็นไปตามประเพณี

⁵⁹ มาตรา 14 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2515

⁶⁰ กรณีนายกรัฐมนตรีพระราชทานอาจมองได้ว่า พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 9 ทรงใช้พระราชอำนาจตามมาตรา 14 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2515 และทรงพระกรุณาโปรดเกล้า แต่งตั้ง นายสัญญา ธรรมศักดิ์ เป็นนายกรัฐมนตรีเพื่อบริหารราชการแผ่นดิน

ทางรัฐธรรมนูญ เนื่องจากกรณีรัฐบาลของนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร เป็นกรณีที่ยังมีรัฐบาลอยู่แต่เป็นรัฐบาลรักษาการณ สถานการณ์ทางการเมืองไม่เป็นสุญญากาศดังกรณีที่เกิดขึ้นในปี พ.ศ. 2516 ดังกล่าวข้างต้น กรณีนายกรัฐมนตรีพระราชทานมิได้เคยเกิดขึ้นเฉพาะในประเทศไทย แต่มีกรณีตัวอย่างที่เคยเกิดขึ้นในต่างประเทศ อาทิ อังกฤษ ในปี ค.ศ. 1963 (พ.ศ. 2506)⁶¹ และออสเตรเลีย ในปี ค.ศ. 1975 (พ.ศ. 2518)⁶² ทั้งสองกรณีมีบทเรียนที่สมควรนำมาศึกษาวิเคราะห์เทียบเคียงกับกรณีของประเทศไทย อันจะได้กล่าวต่อไป

4.3 การลงพระปรมาภิไธย

การลงพระปรมาภิไธยในกฎหมายและการรับสนองพระบรมราชโองการเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญอีกประการหนึ่งของประเทศไทย โดยมีความสัมพันธ์กับเรื่องหลัก “The King Can Do No Wrong” หรือ “พระมหากษัตริย์ทรงอยู่เหนือการเมือง” ที่มีรากฐานมาจากประวัติศาสตร์และหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญของอังกฤษ⁶³ สำหรับประเทศไทย การตรากฎหมายแต่เดิมนั้นจะใช้ตราประทับ อาทิ กฎหมายตราสามดวงจะใช้ตราราชสีห์ คชสีห์ และบัวแก้ว โดยพระมหากษัตริย์มิได้ทรงลงพระปรมาภิไธยในกฎหมาย และไม่มีผู้ใดลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ ฉะนั้น การตรวจความถูกต้องจะใช้การตรวจตราประทับดังข้อความตอนท้ายของประกาศพระบรมราชปรารภกฎหมายตราสามดวงในพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช รัชกาลที่ 1 มีข้อความว่า

“.... ครั้นชำระแล้วอาลักษณ์ชุบเส้นหมึกสามฉบับ ไว้ห้องเครื่องฉบับหนึ่ง ไว้หอหลวงฉบับหนึ่ง ไว้ ณ ศาลหลวงสำหรับลูกขุนฉบับหนึ่ง ปิดตราพระราชสีห์ พระคชสีห์ บัวแก้ว ทุกเล่มเป็นสำคัญถ้าพระเกษม พระไกรสี เชิญพระสมุดพระราชกำหนดบทพระอัยการออกมาพิพากษาคดีใดลูกขุนทั้งปวงไม่เห็นปิดตราพระราชสีห์ พระคชสีห์ บัวแก้ว สามดวงนี้ไซ้ร อย่าให้เชื่อฟังเอาเป็นอันขาดทีเดียว”

การลงพระปรมาภิไธยในกฎหมายปรากฏเป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์ของประเทศไทยภายหลังการปฏิวัติสยาม พ.ศ. 2475 โดยปรากฏในพระราชกำหนดนิรโทษกรรมในคราวเปลี่ยนแปลงการปกครองแผ่นดิน พุทธศักราช 2475 ซึ่งพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงลงพระปรมาภิไธยไว้ท้ายพระราชกำหนดดังกล่าว โดยไม่มีผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ กฎหมายฉบับที่สองที่มีการลงพระปรมาภิไธย คือ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 หรือรัฐธรรมนูญฉบับแรกของไทย โดยไม่มีผู้ลงนามสนองพระบรมราชโองการเช่นเดียวกัน อันจะเห็นได้ว่า การลงพระปรมาภิไธยในกฎหมายเป็นประเพณีที่มีการเริ่มต้นตั้งแต่ประเทศไทยได้เปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองไปเป็นระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

⁶¹ บทที่ 5 กล่าวถึงประเพณีทางรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ. ดู Robert Hazell, The United Kingdom. In Brian Galligan and Scott Brenton (eds), *Constitutional Conventions in Westminster Systems: Controversies, Changes and Challenges* (New York: Cambridge University Press), p.173-188.

⁶² บทที่ 6 กล่าวถึงประเพณีทางรัฐธรรมนูญของประเทศออสเตรเลีย. ดู Nicholas Barry and Narelle Miragliotta, Australia, In Brian Galligan and Scott Brenton (eds), *Constitutional Conventions in Westminster Systems: Controversies, Changes and Challenges* (New York: Cambridge University Press), p.204-216.

⁶³ Joyce Lee Malcolm, “Doing No Wrong: Law, Liberty, and the Constraint of Kings,” *Journal of British Studies* 38, no. 2 (1999): 161-186, 162.

ฉะนั้น กฎหมายที่เกิดขึ้นก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง อาทิ กฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พ.ศ. 2467 ดังที่ได้วิเคราะห์ข้างต้นจึงไม่มีการลงพระปรมาภิไธย (และรวมทั้งการลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ)

การลงพระปรมาภิไธยในกฎหมายดังกล่าวมีข้อสังเกตสำคัญประการหนึ่ง คือ ยังไม่มีผู้ลงนามสนองพระบรมราชโองการ ซึ่งมาปรากฏในภายหลัง ในประกาศจัดระเบียบป้องกันราชอาณาจักรซึ่งประกาศใช้ราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 6 กรกฎาคม พ.ศ. 2475 โดยมีพระยามโนปกรณนิติธาดา เป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะรัฐธรรมนูญฉบับแรกภายใต้พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 มาตรา 7 บัญญัติให้ “การกระทำใดๆ ของกษัตริย์ต้องมีกรรมการราษฎรผู้หนึ่งผู้ใดลงนามด้วย โดยได้รับความยินยอมจากคณะกรรมการราษฎรจึงจะใช้ได้ มิฉะนั้นเป็นโมฆะ”

จะเห็นได้ว่า ประเพณีการลงพระปรมาภิไธยและการรับสนองพระบรมราชโองการมาปรากฏภายหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศไทย หลักการดังกล่าวได้ดำรงอยู่จนถึงปัจจุบันและปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 182 บัญญัติว่า

“บทกฎหมาย พระราชหัตถเลขา และพระบรมราชโองการอันเกี่ยวกับราชการแผ่นดินต้องมีรัฐมนตรีลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ เว้นแต่ที่มีบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นในรัฐธรรมนูญ”

การบัญญัติในลักษณะดังกล่าวเป็นการรับหลักเรื่อง “The King Can Do No Wrong” ซึ่งได้รับอิทธิพลแนวความคิดมาจากหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญของอังกฤษ⁶⁴ กล่าวคือ พระมหากษัตริย์จะทรงใช้พระราชอำนาจได้ต่อเมื่อมีผู้ทูลเกล้าฯ เสนอ ซึ่งผู้ทูลเกล้าฯ คือ รัฐมนตรี และผู้ทูลเกล้าฯ จะต้องเป็นผู้รับผิดชอบหลักการว่าด้วย “The King Can Do No Wrong” หรือ “พระมหากษัตริย์ทรงอยู่เหนือการเมือง” ความเป็นมาและภูมิหลังของหลักการเรื่อง “The King Can Do No Wrong” ซึ่งมีรากฐานมาจากหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญของอังกฤษเกิดขึ้นในช่วงสมัยของพระเจ้าชาลส์ที่ 2 (ค.ศ. 1630-1685) จะได้กล่าวต่อไป

การลงพระปรมาภิไธยและการรับสนองพระบรมราชโองการในกฎหมายมีประเด็นที่สำคัญว่า หากเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นไม่ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญดังกรณีที่ปรากฏในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2551 และ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2551 จะทำให้กฎหมายที่ได้ตราขึ้นโดยไม่ถูกต้อง ต้องกลับไปดำเนินกระบวนการใหม่หรือตกไปหรือไม่ กรณีนี้ย่อมถือว่าร่างกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยไปแล้ว ร่างกฎหมายนั้นได้กลายเป็นกฎหมายไปแล้ว มีผลบังคับใช้ภายในประเทศ จะตรวจสอบเรื่องกระบวนการตราอีกไม่ได้ กรณีนี้เป็นอีกประเด็นของการลงพระปรมาภิไธยในกฎหมายที่เป็นประเพณีสำคัญทางรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

⁶⁴ ดูบทที่ 5 ระบอบการปกครอง ระบบกฎหมาย และรัฐธรรมนูญของอังกฤษ: บ่อเกิดแห่งประเพณีทางรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ

ตารางที่ 2 ลำดับเหตุการณ์การรัฐประหารในประเทศไทย

วันที่ยึดอำนาจ	รายละเอียดการรัฐประหารและเหตุการณ์ที่สำคัญ
20 มิถุนายน 2476	พระยาพหลพลพยุหเสนายึดอำนาจรัฐบาลพระยามโนปกรณนิติธาดา ไม่มีการยกเลิกรัฐธรรมนูญ
8 พฤศจิกายน 2490	พลโทผิน ชุณหะวัณยึดอำนาจรัฐบาลพลเรือตรีถวัลย์ ธำรงนาวาสวัสดิ์ ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489 ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2490
6 เมษายน 2491	พลโทผิน ชุณหะวัณยึดอำนาจรัฐบาลนายควง อภัยวงศ์ และบังคับให้ลาออกจากตำแหน่ง นายกรัฐมนตรี และมอบตำแหน่งต่อให้จอมพล ป. พิบูลสงคราม ไม่มีการยกเลิกรัฐธรรมนูญ
29 พฤศจิกายน 2494	พลโทผิน ชุณหะวัณยึดอำนาจรัฐบาลจอมพล ป. พิบูลสงคราม (เป็นการยึดอำนาจรัฐบาลตนเอง) ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492 ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495
16 กันยายน 2500	จอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ยึดอำนาจรัฐบาลจอมพล ป. พิบูลสงคราม ไม่มีการยกเลิกรัฐธรรมนูญ
20 ตุลาคม 2501	จอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ยึดอำนาจรัฐบาลพลโทถนอม กิตติขจร เป็นการยึดอำนาจตามที่ตกลงกันไว้ ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495 ประกาศใช้ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 ปรากฏการณ์นำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย มาตรา 20
17 พฤศจิกายน 2514	จอมพลถนอม กิตติขจรยึดอำนาจรัฐบาลตนเอง ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2511 ประกาศใช้ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2515 ปรากฏการณ์นำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย มาตรา 22
6 ตุลาคม 2519	พลเรือเอกสฤษดิ์ ธนะรัชต์ยึดอำนาจรัฐบาลม.ร.ว. สนธิ์ ปราโมช ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2519 ปรากฏการณ์นำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย มาตรา 25
20 ตุลาคม 2520	พลเรือเอกสฤษดิ์ ธนะรัชต์ยึดอำนาจรัฐบาลนายธานินทร์ กรัยวิเชียร ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2519 ประกาศใช้ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2520 ปรากฏการณ์นำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย มาตรา 30
23 กุมภาพันธ์ 2534	พลเอกสุนทร คงสมพงษ์ยึดอำนาจรัฐบาลพลเอกชาติชาย ชุณหะวัณ ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2521 ประกาศใช้ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534 ปรากฏการณ์นำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย มาตรา 30

ตารางที่ 2 ลำดับเหตุการณ์การรัฐประหารในประเทศไทย (ต่อ)

วันที่ยึดอำนาจ	รายละเอียดการรัฐประหารและเหตุการณ์ที่สำคัญ
19 กันยายน 2549	พลเอกสนธิ บุญยรัตกลินยึดอำนาจรัฐบาล พันตำรวจโท ดร.ทักษิณ ชินวัตร ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2549 ปรากฏการนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยฯ มาตรา 38
22 พฤษภาคม 2557	พลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชายึดอำนาจรัฐบาลนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 ปรากฏการนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยฯ มาตรา 5

อ้างอิงจาก ปวีศร เลิศธรรมเทวี. 2558. รัฐธรรมนูญกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานด้านสิ่งแวดล้อม. กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

4.4 การปฏิวัติรัฐประหาร

การปฏิวัติรัฐประหารไม่ถือเป็นประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เนื่องจากการใช้กำลังคงจะถือเป็นประเพณีการปกครองของประเทศใดไม่ได้ ซึ่งเป็นหลักการสากล (Universal) ที่ทั่วโลกต่างให้การยอมรับ

ภายหลังการปฏิวัติสยาม พ.ศ. 2475 ประเทศไทยมีการปฏิวัติรัฐประหารมาแล้วหลายครั้ง สรุปได้ดังตารางที่ 2 ข้างต้น การปฏิวัติรัฐประหารมาจากภาษาฝรั่งเศสที่ว่า “Coup d’état” ซึ่งในภาษาอังกฤษก็ใช้ทับศัพท์ในภาษาฝรั่งเศส เหตุที่เป็นเช่นนี้ นักประวัติศาสตร์ให้ข้อสังเกตว่า ฝรั่งเศสเป็นต้นแบบของการปฏิวัติรัฐประหาร กล่าวคือ มีเหตุการณ์ปฏิวัติรัฐประหารบ่อยครั้ง⁶⁵ อาจกล่าวได้ว่า ประเทศที่เรียนรู้และนำประชาธิปไตยแบบฝรั่งเศสมาปรับใช้จึงอาจได้รับประสบการณ์ทางการเมืองไม่แตกต่างจากฝรั่งเศส

แม้ว่าการปฏิวัติรัฐประหารจะได้เป็นประเพณีการปกครองของไทย แต่การปฏิวัติรัฐประหารมีประเด็นที่เกี่ยวข้องกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญของประเทศไทยอย่างมีนัยสำคัญ กล่าวคือ

การปฏิวัติรัฐประหารไม่ทำให้คณะรัฐประหารเป็นรัฐอธิปัตย์ แม้กรณีนี้จะมีความพิพาทของศาลฎีกายอมรับว่าคณะรัฐประหารเป็นรัฐอธิปัตย์ ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/2505⁶⁶ ซึ่งวางหลักไว้ว่า

⁶⁵ Jonathan M. Powell and Clayton L. Thyne, “Global Instances of Coups from 1950 to 2010: A New Dataset,” *Journal of Peace Research* 48, no. 2 (2011): 249-259.

⁶⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/2505

“คณะปฏิวัติได้ทำการยึดอำนาจปกครองประเทศไทยได้เป็นผลสำเร็จ หัวหน้าคณะปฏิวัติย่อมเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบ้านเมือง ข้อความใดที่หัวหน้าคณะปฏิวัติสั่งบังคับประชาชนก็ต้องถือว่าเป็นกฎหมาย แม้พระมหากษัตริย์จะมีได้ทรงตราออกมาด้วยคำแนะนำและยินยอมของสภาผู้แทนราษฎรหรือสภานิติบัญญัติของประเทศไทยก็ตาม”

ดูเหมือนว่าคำตัดสินของศาลฎีกาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2505 จะได้พิจารณาถึงหลักการสำคัญตามประเพณีทางรัฐธรรมนูญ และหลักฐานที่ปรากฏในธรรมนูญการปกครองหรือรัฐธรรมนูญชั่วคราวในแต่ละฉบับแสดงให้เห็นว่า คณะรัฐประหารไม่เป็นองค์กรวิสามัญ หลักฐานที่ยืนยันดังกล่าวปรากฏในคำปรารภในธรรมนูญการปกครองหรือรัฐธรรมนูญชั่วคราวแต่ละฉบับ ดังต่อไปนี้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2490 ซึ่งประกาศใช้เมื่อวันที่ 9 พฤศจิกายน พ.ศ. 2490⁶⁷ หรือหนึ่งวันหลังการรัฐประหาร คำปรารภของรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวมีข้อความว่า

“มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้ประกาศว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่ตราไว้และได้ใช้เป็นกฎหมายปกครองประเทศชาติมาตั้งแต่ พ.ศ. 2475 และได้มาเปลี่ยนแปลงแก้ไขประกาศใช้เป็นฉบับใหม่เมื่อ พ.ศ. 2489 นั้น นับว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่เหมาะสมกับประเทศชาติในกาลสมัยที่ล่วงแล้วมา บัดนี้ประเทศชาติตกอยู่ในภาวะวิกฤตการณ์ ประชาชนพลเมืองได้รับความลำบากเดือดร้อนเพราะขาดอาหารเครื่องนุ่งห่มและขาดแคลนสิ่งอื่นๆ นานับการ เครื่องบริโภคและอุปโภคทุกอย่างมีราคาสูงขึ้นกว่าแต่ก่อนเป็นอันมาก เป็นเหตุให้เกิดความเลื่อมล้ำในศีลธรรมอย่างไม่เคยมีมาแต่กาลก่อนขึ้นในประชาชน บรรดาผู้บริหารราชการแผ่นดินและสภาไม่ว่าจะดำเนินการแก้ไขสิ่งที่ไม่ดีให้กลับเข้าสู่ภาวะอย่างเดิมได้ การดำเนินการของรัฐบาลและการควบคุมราชการฝ่ายบริหารของรัฐบาลเพื่อมุ่งหมายที่จะช่วยกันแก้ไขให้ดีขึ้น ตามวิถีสู่ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับนั้น ไม่ประสบผลดีเลยแม้แต่น้อยเป็นการผิดหวังของประชาชนทั้งประเทศ และตรงกันข้ามกลับทำให้เห็นว่า การแก้ไขทุกอย่างเป็นเหตุที่ทำให้ประเทศชาติทรุดโทรมเป็นลำดับ ถ้าจะคงปล่อยให้ไปไปตามยถากรรมก็จะนำมาซึ่งความหายนะแก่ประเทศชาติอย่างไม่มีสุดสิ้น จนถึงกับว่าจะไม่ดำรงอยู่ในภาวะอันควรแก่ความเป็นไทยต่อไปอีกได้ ราษฎรไทยส่วนมากผู้สนใจต่อการนี้พร้อมด้วยทหารของชาติได้พร้อมใจกันนำความขึ้นกราบบังคมทูล ขอให้เลิกใช้รัฐธรรมนูญปัจจุบัน และประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่อันจะเป็นวิถีสู่ทางจรโล่งประเทศชาติให้พัฒนาถาวร อีกทั้งจะเป็นทางบำบัดทุกข์ของประชาชนทั้งปวงให้เข้าสู่ภาวะปกติได้สืบไป จึงพระกรุณาโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้เลิกใช้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน และให้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับใหม่ตั้งแต่บัดนี้เป็นต้นไป”

⁶⁷ คำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2490

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495⁶⁸ ซึ่งเกิดจากการรัฐประหารตัวเองของจอมพล ป. พิบูลสงคราม ในชื่อคณะบริหารประเทศชั่วคราว เมื่อวันที่ 29 พฤศจิกายน พ.ศ. 2494 ได้มีการยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2492 ที่ไม่เป็นประโยชน์ต่อข้าราชการประจำ คณะบริหารประเทศชั่วคราวจึงนำรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2475 มาปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติม คำปรารภของรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวมีข้อความว่า

“ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้ประกาศความพระราชปรารภว่า จำเดิมแต่สมเด็จพระบรมปิตุลาธิราชพระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาประชาธิปก พระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมพระราชทานรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ณ วันที่ 10 ธันวาคม พุทธศักราช 2475 สถาปนาระบอบการปกครองประชาธิปไตยขึ้นเป็นครั้งแรกในประเทศไทยแล้วนั้น ต่อมาก็ได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอีกหลายฉบับจนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 โดยมุ่งหมายจะให้มีความเหมาะสมตามกาลสมัย แต่ปรากฏว่า ในเวลานี้เหตุการณ์ของโลกและสถานการณ์ภายในได้เปลี่ยนแปลงไป จึงคณะบริหารประเทศชั่วคราวพร้อมด้วยข้าราชการทหารบก ทหารเรือ ทหารอากาศ และพลเรือนคณะผู้เปลี่ยนแปลงการปกครอง พุทธศักราช 2475 คณะรัฐประหาร พุทธศักราช 2490 และผู้รักชาติได้นำความกราบบังคมทูลพระกรุณาขอพระราชทานพระบรมราชานุญาตกลับให้ใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับพุทธศักราช 2475 พร้อมทั้งรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมว่าด้วยนามประเทศพุทธศักราช 2482 และรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมว่าด้วยบทเฉพาะกาล พุทธศักราช 2483 ทรงพระราชดำริเห็นเป็นการสมควรที่จะใช้รัฐธรรมนูญนั้นไปพลางก่อน และโดยที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยดังกล่าวแล้ว มีบทบัญญัติบางมาตราอันไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้สภาผู้แทนราษฎรปรึกษากันดำเนินการปรับปรุงเสียใหม่ เพื่อให้เป็นหลักถาวรแห่งประเทศอันวิจิตรต่อไป สภาผู้แทนราษฎรได้ประชุมปรึกษาร่างรัฐธรรมนูญสนองพระเดชพระคุณสำเร็จลงด้วยดี จึงนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายคำปรึกษาแนะนำด้วยความยินยอม พร้อมทั้งจะตราเป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495 ได้เมื่อและทรงพระราชวิจารณ์ถ้อยทั่วกระบวนความแล้ว ทรงพระราชดำริเห็นสมควรพระราชทานพระบรมราชานุมัติ จึงมีพระบรมราชโองการดำรัสเหนือเกล้าเหนือกระหม่อมสั่งให้ตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495 ประสิทธิสารทประกาศพระราชทานแก่ประชากรของพระองค์ ตั้งแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป”

⁶⁸ คำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495

รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้ถูกยกเลิกโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 9 ภายใต้การรัฐประหารของจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ เมื่อวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ. 2501 และประกาศใช้รัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502⁶⁹ เมื่อวันที่ 28 มกราคม พ.ศ. 2502 มีทั้งสิ้น 20 มาตรา คำปรารภของรัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 มีข้อความว่า

“โดยที่หัวหน้าคณะปฏิวัติซึ่งได้กระทำการยึดอำนาจการปกครองแผ่นดินเป็นผลสำเร็จเมื่อวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ. 2501 ได้นำความกราบบังคมทูลว่า การที่คณะปฏิวัติได้ประกาศให้ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495 เสียแล้ว ก็โดยปรารถนาจะให้รัฐธรรมนูญที่เหมาะสมและให้การปกครองประเทศเป็นไปโดยเรียบร้อยยิ่งกว่าที่เป็นอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับนั้น การที่จะให้มีรัฐธรรมนูญเช่นว่านี้สมควรจัดให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญประกอบด้วยสมาชิกผู้ทรงวุฒิ จัดร่างขึ้นประกาศใช้ต่อไป แต่ในระหว่างระยะเวลาก่อนที่จะได้มีและประกาศใช้รัฐธรรมนูญซึ่งร่างขึ้นโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญนั้นสมควรให้มีธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรเพื่อใช้ไปพลางก่อน ให้เหมาะสมกับสถานการณ์ที่เป็นอยู่ในขณะนี้ ทรงพระราชดำริเห็นชอบด้วย และเพื่อให้การเป็นไปตามที่หัวหน้าคณะปฏิวัตินำความกราบบังคมทูล จึงมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้ใช้บทบัญญัติต่อไปนี้เป็นธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร จนกว่าจะได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญซึ่งสภาร่างรัฐธรรมนูญจะได้จัดร่างขึ้น”

ธรรมนูญการปกครองฉบับนี้ใช้มายาวนานถึง 9 ปี 4 เดือน 23 วัน และถูกยกเลิกไปเมื่อได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2511 เมื่อวันที่ 20 มิถุนายน พ.ศ. 2511

ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2515 ซึ่งเกิดขึ้นจากการปฏิวัติของจอมพลถนอม กิตติขจร ส่งผลให้รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2511 สิ้นสุดลง ข้อความในคำปรารภของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2515⁷⁰ ปรากฏว่า

“โดยที่คณะปฏิวัติซึ่งมี จอมพลถนอม กิตติขจร เป็นหัวหน้า ได้กระทำการยึดอำนาจการปกครองแผ่นดินเป็นผลสำเร็จ เมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน พ.ศ. 2514 และหัวหน้าคณะปฏิวัติได้นำความกราบบังคมทูลว่า การที่คณะปฏิวัติได้ประกาศให้ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 เสียแล้ว ก็โดยปรารถนาจะแก้ไขสถานการณ์ซึ่งเป็นภัยอันตรายต่อประเทศชาติ สถาบันพระมหากษัตริย์ และประชาชน ให้สงบเรียบร้อยเป็นปกติสุขโดยรวดเร็ว และกำหนดกลไกการปกครองที่เหมาะสมแก่สภาพของประเทศ พื้นฐานทางเศรษฐกิจ และจิตใจของประชาชน แต่การแก้ไขสถานการณ์ให้สงบเรียบร้อยเป็นปกติสุข รวมทั้งการกำหนดกลไกการปกครองที่เหมาะสม จะต้องใช้เวลา ตามความจำเป็นแก่เหตุการณ์ และในระหว่างดำเนินการดังกล่าวสมควรให้มีธรรมนูญการปกครอง

⁶⁹ คำปรารภของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502

⁷⁰ คำปรารภของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2515

ราชอาณาจักรที่เหมาะสมกับสถานการณ์และการป้องกันประเทศใช้ไปพลางก่อน เพื่อให้เป็นไปตามที่หัวหน้าคณะปฏิวัตินำความกราบบังคมทูล จึงมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้ใช้บทบัญญัติต่อไปนี้เป็นธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร จนกว่าจะได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญซึ่งสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้ลงมติให้นำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวาย”

การรัฐประหารเมื่อวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ. 2519 โดยพลเรือเอกสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ซึ่งได้ยึดอำนาจรัฐบาล ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช ส่งผลให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 ถูกยกเลิกไปและประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2519 คำปรารภที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2519⁷¹ มีข้อความว่า

“หัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินได้นำความกราบบังคมทูลว่า โดยที่ได้มีบุคคลกลุ่มหนึ่งได้กระทำการอันเป็นการบ่อนทำลายความมั่นคงของราชอาณาจักร ราชบัลลังก์ และเศรษฐกิจของประเทศ และในที่สุดได้เกิดการจลาจลวุ่นวายอย่างร้ายแรงในบ้านเมือง เมื่อวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ. 2519 ซึ่งจะนำภัยพิบัติและความพินาศมาสู่บ้านเมืองในที่สุด คณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน จึงได้เข้ายึดอำนาจและยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเป็นผลสำเร็จเมื่อเวลา 18.00 นาฬิกา ของวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ. 2519 และโดยที่ประชาชนทั้งมวลได้แสดงอย่างแจ่มแจ้งประจักษ์และเชื่อมั่นว่าการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข เป็นระบอบการปกครองที่ดี และเหมาะสมสำหรับประเทศไทย ในอันที่จะยังให้เกิดความมั่นคงของชาติและความผาสุกของประชาชนโดยทั่วกัน แต่เท่าที่ผ่านมามีสิ่งผิดปกติ การปกครองในระบอบนี้ก็ยังไม่บรรลุผลตามเจตนารมณ์ของประชาชนเพราะมิได้มีโครงสร้างที่จะต้องพัฒนาเป็นขั้นเป็นตอนให้เหมาะสม โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับพุทธศักราช 2517 มีอุปสรรคขัดข้องจนไม่อาจจะปฏิบัติให้เป็นไปโดยเรียบร้อยได้ ทั้งตัวบุคคลที่ได้รับการเลือกตั้งเข้ามามีส่วนมีเสียงในการปกครองประเทศก็มิได้เคารพต่อเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญนั้นด้วยประการต่างๆ และเห็นแก่ประโยชน์ส่วนตนมากกว่าประโยชน์ส่วนรวมของชาติบ้านเมือง เป็นเหตุให้การปกครองในระบอบประชาธิปไตยต้องล้มลุกคลุกคลานตลอดมา และมีท่าทีว่าชาติบ้านเมืองจะถึงซึ่งความวิบัติ จึงเป็นการจำเป็นที่จะต้องกอบกู้การปกครองในระบอบประชาธิปไตยด้วยการปฏิรูปการปกครองแผ่นดินให้เหมาะสม โดยจัดให้มีการพัฒนาเป็นขั้นเป็นตอนไปตามลำดับ

ในระยะสี่ปีแรกเป็นระยะฟื้นฟูเสถียรภาพของประเทศทั้งทางเศรษฐกิจและการเมือง ในระยะนี้สมควรให้ราษฎรมีส่วนในการบริหารราชการแผ่นดินโดยทางสภาปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ซึ่งมีสมาชิกที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้ควบคุมการบริหารราชการแผ่นดิน ในขณะเดียวกันก็จะเร่งรัดให้ประชาชนเกิดความสนใจและตระหนักในหน้าที่ของตน

⁷¹ คำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2519

ในระยะสี่ปีที่สอง สมควรเป็นระยะที่ให้ราษฎรมีส่วนในการบริหารราชการแผ่นดินมากขึ้น โดยจัดให้มีรัฐสภาอันประกอบด้วยสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งสมาชิกมาจากการเลือกตั้ง และวุฒิสภาซึ่งสมาชิกมาจากการแต่งตั้ง ทั้งสองสภานี้จะมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินเท่าเทียมกัน ในระยะสี่ปีที่สาม สมควรขยายอำนาจของสภาผู้แทนราษฎรให้มากขึ้น และลดอำนาจของวุฒิสภาลงเท่าที่จะทำได้ ต่อจากนั้นไปถ้าราษฎรตระหนักในหน้าที่และความรับผิดชอบของตนที่มีต่อชาติบ้านเมืองในระบอบประชาธิปไตยดีแล้ว ก็อาจยกเลิกวุฒิสภาให้เหลือแต่สภาผู้แทนราษฎร

อันการจะปฏิรูปโครงสร้างของการปกครองในระบอบนี้ในทางใด ย่อมแล้วแต่สภาพการณ์ของแต่ละระยะว่ามีเหตุผลสมควรอย่างไร และก็ต้องมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ในระยะนั้นๆ เป็นสำคัญ เพื่อให้การปฏิรูปการปกครองระบอบประชาธิปไตยที่มีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขบรรลุเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญฉบับนี้นั้นคือความมั่นคงของชาติ

เพื่อให้การเป็นไปตามขั้นตอนและความมุ่งหมายของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินดังกล่าว จึงมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้ตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับนี้ขึ้นไว้ และใช้บังคับตั้งแต่วันนี้เป็นต้นไป”

ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2520 ซึ่งเป็นผลพวงที่เกิดจากการรัฐประหารเมื่อวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ. 2520 โดยพลเรือเอกสงัด ชลออยู่ ยึดอำนาจรัฐบาลนายธานินทร์ กรัยวิเชียร คำปรารภของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2520⁷² มีข้อความว่า

“โดยที่หัวหน้าคณะปฏิวัตินำความกราบบังคมทูลพระกรุณาว่า การที่คณะปฏิวัติได้กระทำการยึดอำนาจการปกครองแผ่นดินเมื่อวันที่ 20 ตุลาคม 2520 และประกาศให้ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519 นั้น เนื่องด้วยมีความปรารถนาจะเร่งฟื้นฟูเศรษฐกิจ สังคม ความสามัคคีของชนในชาติ ความเป็นระเบียบเรียบร้อย และความสงบสุขของประชาชน ตลอดจนสร้างเสริมความสัมพันธ์กับนานาประเทศ เพื่อให้เกิดความมั่นคงทั้งภายในภายนอกราชอาณาจักรในการบริหารประเทศต่อไป คณะปฏิวัติจะจัดให้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ โดยมอบให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติจัดร่างขึ้นตามเป้าหมายที่กำหนดไว้ให้มีการเลือกตั้งภายในปีพุทธศักราช 2521”

คำปรารภของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534⁷³ ซึ่งเป็นผลพวงที่เกิดจากการรัฐประหารเมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2534 โดยพลเอกสุนทร คงสมพงษ์ ยึดอำนาจรัฐบาลพลเอกชาติชาย ชุณหะวัณ มีข้อความว่า

⁷² ดูคำปรารภของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2520

⁷³ ดูคำปรารภของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534

“โดยที่หัวหน้าคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติซึ่งได้กระทำการยึดอำนาจและควบคุมอำนาจการปกครองแผ่นดินเป็นผลสำเร็จเมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2534 ได้นำความกราบบังคมทูลว่า การที่คณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติได้ประกาศยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 และที่แก้ไขเพิ่มเติมเสียนั้น ก็โดยปรารถนาให้มีรัฐธรรมนูญที่เหมาะสม เพื่อให้การปกครองประเทศเป็นไปโดยราบรื่น ประกอบกับมีความมุ่งหมายที่จะขจัดภัยอันตรายที่มีต่อประเทศชาติและสถาบันพระมหากษัตริย์ให้หมดสิ้น และบังเกิดความสงบเรียบร้อยโดยรวดเร็ว รวมตลอดทั้งกำหนดกลไกการปกครองที่จะเอื้ออำนวยให้การบริหารประเทศเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและเหมาะสมแก่สภาพของประเทศ พื้นฐานทางเศรษฐกิจ และสังคมของชนในชาติ แต่การดำเนินการดังกล่าวจะต้องใช้เวลาระยะหนึ่ง จึงสมควรให้มีธรรมนูญการปกครองเพื่อใช้ไปพลางก่อนให้เหมาะสมกับสถานการณ์ที่เป็นอยู่ในขณะนี้ และเพื่อให้การเป็นไปตามที่หัวหน้าคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติได้นำความกราบบังคมทูล จึงมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้ใช้บทบัญญัติต่อไปนี้เป็นธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร จนกว่าจะได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญซึ่งจะได้จัดร่างขึ้นตามบทบัญญัติแห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรนี้”

คำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2549⁷⁴ ซึ่งเป็นการรัฐประหารโดยพลเอกสนธิ บุญยรัตกลิน ยึดอำนาจรัฐบาล พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร เมื่อวันที่ 19 กันยายน พ.ศ. 2549 มีข้อความว่า

“โดยที่หัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ซึ่งได้กระทำการยึดอำนาจการปกครองแผ่นดินเป็นผลสำเร็จเมื่อวันที่ 19 กันยายน พุทธศักราช 2549 ได้นำความกราบบังคมทูลว่า เหตุที่ทำการยึดอำนาจและประกาศให้ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเสียนั้น ก็โดยปรารถนาจะแก้ไขความเสื่อมศรัทธาในการบริหารราชการแผ่นดิน ความไร้ประสิทธิภาพในการควบคุมการบริหารราชการแผ่นดิน และการตรวจสอบการใช้อำนาจอรัฐ ทำให้เกิดการทุจริตและประพฤติมิชอบขึ้นอย่างกว้างขวางโดยไม่อาจหาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้ อันเป็นวิกฤตการณ์ร้ายแรงทางการเมืองการปกครอง และปัญหาความขัดแย้งในมวลหมู่ประชาชนที่ถูกปลุกปั่นให้แบ่งแยกเป็นฝักเป็นฝ่าย จนเสื่อมสลายความรู้รักสามัคคีของชนในชาติ อันเป็นวิกฤตการณ์รุนแรงทางสังคม แม้หลายภาคส่วนจะได้ใช้ความพยายามแก้ไขวิกฤตการณ์ดังกล่าวแล้ว แต่ก็ไม่เป็นผล กลับมีแนวโน้มว่าจะทวีความรุนแรงยิ่งขึ้น จนถึงขั้นใช้กำลังเข้าปะทะกัน ซึ่งอาจมีการสูญเสียชีวิตและเลือดเนื้อได้ นับว่าเป็นภัยอันตรายใหญ่หลวงต่อระบอบการปกครอง ระบบเศรษฐกิจและความสงบเรียบร้อยของประเทศ จำเป็นต้องกำหนดกลไกทางปกครองที่เหมาะสม

⁷⁴ คำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2549

แก่สถานการณ์เพื่อใช้ไปพลางก่อน โดยคำนึงถึงหลักนิติธรรมตามประเพณีการปกครองของประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข การฟื้นฟูความรู้รักสามัคคี ระบบเศรษฐกิจ และความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง การเสริมสร้างระบบการตรวจสอบทุจริตที่เข้มแข็งและระบบจริยธรรมที่ดีงาม การส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน การปฏิบัติตามกฎบัตรสหประชาชาติ พันธกรณีตามสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศ การส่งเสริมสัมพันธไมตรีกับนานาประเทศ การดำรงชีวิตตามหลักเศรษฐกิจพอเพียง ขณะเดียวกัน ก็เร่งดำเนินการให้มีการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ ด้วยการมีส่วนร่วมอย่างกว้างขวางจากประชาชนในทุกชั้นตอน เพื่อให้การเป็นไปตามที่คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขได้นำความกราบบังคมทูล จึ่งมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้ใช้บทบัญญัติต่อไปนี้เป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) จนกว่าจะได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญที่จะได้จัดทำร่างขึ้นและนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวาย”

คำปรารภแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557⁷⁵ ซึ่งเป็นผลจากการรัฐประหารโดยพลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา ยึดอำนาจรัฐบาลนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร เมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม พ.ศ. 2557 มีข้อความว่า

“โดยที่คณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติซึ่งประกอบด้วยคณะทหารและตำรวจได้นำความกราบบังคมทูลว่าตามที่ได้เกิดสถานการณ์ความขัดแย้งทางการเมืองขึ้นในกรุงเทพมหานครและพื้นที่ใกล้เคียงต่อเนื่องมาเป็นเวลานาน จนลุกลามไปสู่แทบทุกภูมิภาคของประเทศ ประชาชนแตกแยกเป็นฝ่ายต่างๆ ขาดความสามัคคีและมีทัศนคติไม่เป็นมิตรต่อกัน บางครั้งเกิดความรุนแรง ใช้กำลังและอาวุธสงครามเข้าทำร้ายประหัดประหารกัน สวัสดิภาพ และการดำรงชีวิตของประชาชนไม่เป็นปกติสุข การพัฒนาเศรษฐกิจและการเมืองการปกครองชะงักงัน กระทบต่อการใช้อำนาจในทางมิชอบ ในทางบริหาร และในทางตุลาการ การบังคับใช้กฎหมายไม่ได้ผล นับเป็นวิกฤติการณ์ร้ายแรงที่ไม่เคยปรากฏมาก่อน แม้รัฐจะแก้ไขปัญหาด้วยกลไกและมาตรการทางกฎหมาย เช่น นำกฎหมายเกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยในภาวะต่าง ๆ มาบังคับใช้ ยุบสภาผู้แทนราษฎรและจัดให้มีการเลือกตั้งทั่วไป และฝ่ายที่ไม่ได้เป็นคู่กรณี เช่น องค์กรธุรกิจภาคเอกชน องค์กรตามรัฐธรรมนูญ พรรคการเมือง กองทัพ และวุฒิสภา ได้พยายามประสานให้มีการเจรจาปรองดองกัน แต่ก็ไม่เป็นผลสำเร็จ กลับจะเกิดข้อขัดแย้งใหม่ในทางกฎหมายและการเมือง เป็นวังวนแห่งปัญหาไม่รู้จักจบสิ้น ในขณะที่ความขัดแย้งได้ขยายตัวกว้างขวางออกไปและมีแนวโน้มจะรุนแรงมากขึ้นจนถึงขั้นจลาจลได้ทุกขณะซึ่งอาจเป็นอันตรายต่อชีวิต ทรัพย์สิน ความสะดวกสบายของประชาชนผู้สุจริตกระทบต่อการทำมาหากินและภาวะหนี้สินของเกษตรกร โดยเฉพาะ

⁷⁵ คำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557

ชาวนา การพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ การป้องกันปัญหาจากภัยธรรมชาติ ความเชื่อถือในอำนาจรัฐ และความเชื่อมั่นของนักลงทุนต่างชาติและความศรัทธาของประชาชนที่มีต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ในที่สุด คณะรักษาความสงบแห่งชาติจึงจำเป็นต้องเข้ายึดและควบคุมอำนาจการปกครองประเทศเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม พ.ศ. 2557 และประกาศให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ล้มล้าง ยกเว้นความในหมวด 2 พระมหากษัตริย์ โดยได้กำหนดแนวทางการแก้ปัญหาไว้สามระยะคือระยะเฉพะหน้า เป็นการใช้อำนาจสกัดการใช้จ่ายและการนำอาวุธมาใช้คุกคามประชาชน ยุติความหวาดระแวงและแก้ปัญหาเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง การปกครอง ที่เหมาะสมกว่าหกเดือนให้คลี่คลายลงเพื่อเตรียมเข้าสู่ระยะที่สองซึ่งจะจัดให้มีรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว จัดตั้งสภาขึ้นทำหน้าที่ในทางนิติบัญญัติ และให้มีคณะรัฐบาลบริหารราชการแผ่นดินแก้ไขสถานการณ์อันวิกฤติให้กลับคืนสู่สภาวะปกติ พื้นฟูความสงบเรียบร้อย ความรู้รักสามัคคี และความเป็นธรรม แก้ปัญหาเศรษฐกิจ สังคม การเมือง การปกครอง จัดให้มีกฎหมายที่จำเป็นเร่งด่วน จัดตั้งสภาปฏิรูปแห่งชาติและองค์กรต่าง ๆ เพื่อให้มีการปฏิรูปในด้านการเมืองและด้านอื่น ๆ และให้มีการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่วางกติกาการเมืองให้รัดกุม เหมาะสม ป้องกันและปราบปรามการทุจริต สามารถตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพ รวดเร็ว และเป็นธรรม ก่อนจะส่งมอบภารกิจเหล่านี้แก่ผู้แทนปวงชนชาวไทยและคณะรัฐบาลที่จะเข้ามาบริหารราชการแผ่นดินในระยะต่อไป ในการดำเนินการดังกล่าวนี้จะให้ความสำคัญแก่หลักการพื้นฐานยิ่งกว่าวิธีการในระบอบประชาธิปไตยเพียงประการเดียว จึงจำเป็นต้องใช้เวลาสร้างบรรยากาศแห่งความสงบเรียบร้อย และปรองดอง เพื่อนำความสุขที่สูญหายไปนานกลับคืนสู่ประชาชน และปฏิรูปกฎหมายที่บางเรื่องที่เคยเป็นชนวนความขัดแย้ง ไม่ชัดเจน ไร้ทางออกในยามวิกฤติ ขาดประสิทธิภาพหรือไม่เป็นธรรมให้สอดคล้องกับสภาพปัญหาและความต้องการของชนในชาติ ซึ่งควรใช้เวลาไม่ยาวนาน หากเทียบกับเวลาที่จะต้องสูญเสียไปโดยเปล่าประโยชน์ถ้าปล่อยให้สถานการณ์ผันแปรไปตามยถากรรม จึงมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้ใช้บทบัญญัติต่อไปนี้เป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) จนกว่าจะได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่จะจัดทำขึ้นตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ต่อไป”⁷⁶

การปฏิวัติรัฐประหารในแต่ละช่วงมีลักษณะแตกต่างกัน กล่าวคือ การรัฐประหารช่วงก่อนปี พ.ศ. 2500 เป็นการช่วงชิงอำนาจระหว่างคณะราษฎรภายหลังเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองของประเทศ การรัฐประหารในปี พ.ศ. 2500 ของจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ซึ่งยึดอำนาจรัฐบาลจอมพล ป. พิบูลสงคราม แสดงให้เห็นถึงช่วงเวลาหมดยุคของคณะราษฎร และนับแต่การรัฐประหารปี พ.ศ. 2501 เป็นต้นมา เป็นการปฏิวัติรัฐประหารที่ก่อให้เกิดการล้มระบอบการปกครอง ทำลายระบบเศรษฐกิจและสถาบันทางการเมือง และรวมถึงการยกเลิกรัฐธรรมนูญทุกครั้ง ซึ่งดูเหมือนว่าคณะรัฐประหารจะมีอำนาจตั้งรัฐบาลขึ้นตามที่ได้เคยพิพากษาไว้

⁷⁶ คำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557

(คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/2505)⁷⁷ อย่างไรก็ตาม รัฐอธิปไตยมิใช่คณะรัฐประหาร แต่เป็นการใช้อำนาจแทนองค์อธิปัตย์เท่านั้น อำนาจเดิมยังคงอยู่ที่พระมหากษัตริย์ซึ่งเป็นประมุขของประเทศ อาจกล่าวได้ว่า การกระทำใด ๆ ของคณะรัฐประหารที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน หรือการก่อกวนสาธารณะของคณะรัฐประหารอาจไม่มีผลผูกพันรัฐหรือประเทศไทยตามหลักการเรื่อง “Odious Debt”⁷⁸ ในกฎหมายระหว่างประเทศ⁷⁹

เป็นที่น่าสังเกตว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 เปิดช่องให้ประชาชนที่ได้รับความเสียหายหรือถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญสามารถฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง⁸⁰ อาจก่อให้เกิดบรรทัดฐานใหม่เกี่ยวกับอำนาจขององค์อธิปัตย์

4.5 พระราชวินิจฉัย

พระราชวินิจฉัยซึ่งเกี่ยวกับการยับยั้งร่างกฎหมายหรือการพระราชทานคืนร่างกฎหมายมีประเด็นที่เกี่ยวข้องกับเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญของไทย พระราชวินิจฉัยกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญสามารถลำดับเหตุการณ์สำคัญทางประวัติศาสตร์ของไทยได้ดังนี้

ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 7 ได้ทรงมีพระราชวินิจฉัยยับยั้งร่างพระราชบัญญัติอากรรมรุดกและการรับมรดก และร่างกฎหมายอีก 3 ฉบับ กล่าวคือ ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาทหาร ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา และร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมวิธีพิจารณาความอาญา และสภาผู้แทนราษฎรลงมติยืนยันด้วยคะแนนเสียงข้างมากธรรมดาเมื่อวันที่ 4 สิงหาคม พ.ศ. 2477 และวันที่ 29 กันยายน พ.ศ. 2477 มีผลให้ประกาศใช้กฎหมายทั้ง 4 ฉบับ โดยไม่มีการลงพระปรมาภิไธย ประเพณีการลงมติยืนยันโดยรัฐสภาให้ประกาศใช้ร่างพระราชบัญญัติเป็นกฎหมายโดยไม่มีการลงพระปรมาภิไธยไม่เคยปรากฏในประวัติศาสตร์การเมืองของไทยอีกเลยดังเหตุการณ์ซึ่งสรุปได้ดังนี้

⁷⁷ ดูคำปรารภของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2520

⁷⁸ สำหรับประเด็นเรื่อง “Odious Debt” เป็นหลักการแห่งกฎหมายในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่ถือว่าหนี้สาธารณะหรือการก่อหนี้สาธารณะของระบอบการปกครองใดที่มีได้เกิดขึ้นโดยชอบธรรม (Illegitimate) อาทิ รัฐบาลจากการรัฐประหาร รัฐบาลเผด็จการ หรือรัฐบาลทหารในบางประเทศ แอฟริกา ถือว่าเป็นหนี้ที่ไม่ตอบสนองความต้องการของคนในชาติ จึงไม่ควรมีผลผูกพัน (Not Enforceable) และหนี้ดังกล่าวควรเป็นความรับผิดชอบเฉพาะบุคคล (Personal Debt) ที่ได้ก่อหนี้ขึ้น แนวคิดเรื่อง “Odious Debt” เกิดขึ้นจากตำราของ Alexander Nahum Sack ปีค.ศ. 1927 ซึ่งเป็นนักกฎหมายชาวรัสเซีย โดยได้ศึกษาเหตุการณ์ทางประวัติศาสตร์ในศตวรรษที่ 19 ของประเทศเม็กซิโกในสมัยจักรพรรดิ Maximilian และการปฏิเสธราชระบอบของประเทศคิวบาในช่วงที่ตกเป็นอาณานิคมสเปน โดย Sack กล่าวว่า เมื่อการก่อหนี้สาธารณะเกิดขึ้นโดยระบอบที่ไม่ชอบธรรม และไม่ตอบสนองต่อความต้องการหรือผลประโยชน์ของคนในชาติ และเพื่อเสริมสร้างความเข้มแข็งของกลุ่มหรือคณะบุคคล หนดังกล่าวไม่ผูกพันประชาชนภายในชาติ และไม่ผูกพันรัฐ แต่ผูกพันคณะบุคคลที่อยู่ภายใต้ระบอบดังกล่าว และได้ทำการก่อหนี้สาธารณะเช่นนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หนี้สาธารณะดังกล่าวควรผูกพันผู้เป็นผู้อุปการ (Rulers) ในระบอบนั้น Sack ได้กล่าวต่อไปอีกว่า แนวคิดเรื่อง “Odious Debt” จะถือว่าการก่อหนี้สาธารณะไม่มีผลผูกพันรัฐเมื่อ (1) ผู้ปกครองในขณะนั้นทรยศและเข้าใจ (2) ว่าการก่อหนี้ไม่ได้เกิดจากฉันทามติของคนในชาติ และ (3) ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์กับประชาชนในภาพรวม กรณีนี้เคยเกิดขึ้นในศาลของอังกฤษซึ่งผู้พิพากษา Chief Justice William Howard Taft ได้ใช้หลักการดังกล่าวในการพิจารณาวินิจฉัยว่าประเทศคอซอวอไม่ต้องจ่ายหนี้คืนให้แก่อังกฤษ ในสมัยรัฐบาล Federico Tinoco Granados ซึ่งเป็นการก่อหนี้ของรัฐบาลที่มาจากการรัฐประหาร และการก่อหนี้สาธารณะดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ประเทศชาติ ดู Odette Lienau, “Who is the ‘Sovereign’ in Sovereign Debt?: Reinterpreting a Rule-of-Law Framework from the Early Twentieth Century,” *Yale Journal of International Law* 33, no. 1 (2008): 63–111.

⁷⁹ Jeff King, *The Doctrine of Odious Debt in International Law* (New York: Cambridge University Press, 2016).

⁸⁰ มาตรา 213 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 บัญญัติว่า “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ”

ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช รัชกาลที่ 9 เคยมีพระราชวินิจฉัยยั้งร่างกฎหมาย 2 ครั้ง กล่าวคือ ในช่วงปีพ.ศ. 2535 สมัยนายอานันท์ ปันยารชุน เป็นนายกรัฐมนตรี และในช่วงปี พ.ศ. 2546 สมัย พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร เป็นนายกรัฐมนตรี

ในปีพ.ศ. 2535 ซึ่งเป็นช่วงที่นายอานันท์ ปันยารชุนเป็นนายกรัฐมนตรี และมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 ใช้บังคับ มาตรา 94 รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวซึ่งเกี่ยวข้องกับพระราชวินิจฉัยยั้งร่างกฎหมาย บัญญัติว่า

“ร่างพระราชบัญญัติใด พระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบด้วย และพระราชทานคืนมายังรัฐสภา หรือเมื่อพ้นเก้าสิบวันแล้วมิได้พระราชทานคืนมา รัฐสภาจะต้องปรึกษาร่างพระราชบัญญัตินั้นใหม่ ถ้ารัฐสภามีมติยืนยันตามเดิมด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภาแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีนำร่างพระราชบัญญัตินั้นขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายอีกครั้งหนึ่ง เมื่อพระมหากษัตริย์มิได้ทรงลงพระปรมาภิไธยพระราชทานคืนมาภายในสามสิบวัน ให้นายกรัฐมนตรีนำพระราชบัญญัตินั้นประกาศในราชกิจจานุเบกษาใช้บังคับเป็นกฎหมายได้เสมือนหนึ่งว่า พระมหากษัตริย์ได้ทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว”

การบัญญัติหลักการดังกล่าวในมาตรา 94 รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2534 มีรากมาจากหลักการที่ว่า กษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการพระราชทานความยินยอมให้กฎหมายที่ผ่านสภาเป็นกฎหมายได้ (To Give Royal Assent) และในขณะเดียวกันกษัตริย์มีพระราชอำนาจที่จะไม่ยินยอมให้กฎหมายที่ผ่านสภามาแล้วประกาศใช้เป็นกฎหมายได้ (To Refuse Royal Assent) ของประเทศอังกฤษซึ่งเป็นต้นแบบของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ซึ่งหลักการดังกล่าวได้ปรากฏมาจนถึงรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 146)⁸¹

ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 ในสมัยรัฐบาลนายอานันท์ ปันยารชุน สภานิติบัญญัติแห่งชาติได้ลงมติให้ความเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2535 ซึ่งมีสาระสำคัญ คือ การกำหนดโทษปรับขั้นสูงสุดต่อสื่อมวลชนจาก 200,000 บาท เป็น 20 เท่า คือ 4 ล้านบาท หรืออาจมากกว่านี้หากพิสูจน์ความเสียหายได้ ร่างพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดชมิได้ทรงเห็นชอบด้วยและมิได้ทรงลงพระปรมาภิไธย กรณีนี้จึงส่งผลให้ สภานิติบัญญัติแห่งชาติมิได้นำร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้เข้าสู่กระบวนการพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ และทำให้ร่างพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวตกไป

⁸¹ มาตรา 146 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 บัญญัติว่า “ร่างพระราชบัญญัติใด พระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบด้วย และพระราชทานคืนมายังรัฐสภา หรือเมื่อพ้นเก้าสิบวันแล้วมิได้พระราชทานคืนมา รัฐสภาจะต้องปรึกษาร่างพระราชบัญญัตินั้นใหม่ ถ้ารัฐสภามีมติยืนยันตามเดิมด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภาแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีนำร่างพระราชบัญญัตินั้นขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายอีกครั้งหนึ่ง เมื่อพระมหากษัตริย์มิได้ทรงลงพระปรมาภิไธยพระราชทานคืนมาภายในสามสิบวัน ให้นายกรัฐมนตรีนำพระราชบัญญัตินั้นประกาศในราชกิจจานุเบกษาใช้บังคับเป็นกฎหมายได้เสมือนหนึ่งว่าพระมหากษัตริย์ได้ทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว”

พระราชวินิจฉัยในการยับยั้งกฎหมายเกิดขึ้นอีกครั้งในปีพ.ศ. 2546 ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ใช้บังคับ มาตรา 94 ซึ่งมีข้อความเช่นเดียวกับมาตรา 94 รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2534 บัญญัติว่า

“ร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญใด พระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบด้วย และพระราชทานคืนมายังรัฐสภา หรือเมื่อพ้นเก้าสิบวันแล้วมิได้พระราชทานคืนมา รัฐสภาจะต้องปรึกษาร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นใหม่ ถ้ารัฐสภามีมติยืนยันตามเดิมด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภาแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีนำร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมอีกครั้งหนึ่ง เมื่อพระมหากษัตริย์มิได้ทรงลงพระปรมาภิไธยพระราชทานคืนมาภายในสามสิบวัน ให้นายกรัฐมนตรีนำพระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นประกาศในราชกิจจานุเบกษาใช้บังคับเป็นกฎหมายได้เสมือนหนึ่งว่า พระมหากษัตริย์ได้ทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว”

จะเห็นได้ว่ามาตรา 94 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 นำหลักการเดิมของมาตรา 94 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 มาบัญญัติไว้ และต่อมาในปี พ.ศ. 2546 สมัย พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร เป็นนายกรัฐมนตรี ได้ทูลเกล้าฯ ถวายร่างพระราชบัญญัติครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ.⁸² และร่างพระราชบัญญัติเหรียญเฉลิมพระเกียรติสมเด็จพระนางเจ้าสิริกิติ์พระบรมราชินีนาถ เนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 6 รอบ 12 สิงหาคม 2547 พ.ศ.⁸³ เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช รัชกาลที่ 9 พระราชทานร่างพระราชบัญญัติทั้ง 2 ฉบับคืนมายังรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 94 ดังกล่าวข้างต้น⁸⁴

พระราชวินิจฉัยเกี่ยวกับการยับยั้งร่างกฎหมายในรัชสมัยพระเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 10 เกิดขึ้นในช่วงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 โดยมีพระราชกระแสรับสั่งให้แก้ไขร่างรัฐธรรมนูญฉบับที่ผ่านประชามติ หมวดพระมหากษัตริย์ รัฐบาลจึงได้ดำเนินการตามพระราชกระแสรับสั่งตามที่ปรากฏในหมวดพระมหากษัตริย์ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

จะเห็นได้ว่า นับตั้งแต่หมดยุคคณะราษฎร รัฐสภาไม่เคยมีการลงมติยืนยันร่างกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบ จึงเกิดเป็น**ประเพณีทางรัฐธรรมนูญ**ที่ว่า หากร่างกฎหมายใดที่พระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบและไม่ลงพระปรมาภิไธย รัฐสภาจะไม่มีกรการลงมติยืนยันและให้ร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวตกไป

⁸² ร่างพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวมีถ้อยคำและรายละเอียดของเนื้อหาที่มีข้อบกพร่องหลายประการ อาทิ การใช้ถ้อยคำและข้อความผิด การอ้างอิงมาตราเชื่อมโยงกันผิด เป็นต้น

⁸³ ร่างพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวมีการระบุลักษณะของเหรียญผิดพลาด

⁸⁴ ดูคำอธิบายใน ปวริศ เลิศธรรมเทวี, **การนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ** (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2561), บทที่ 3.

5. บทสรุป

บทความนี้กล่าวถึงประเพณีทางรัฐธรรมนูญของไทยโดยได้ศึกษาวิเคราะห์จากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของไทยทุกฉบับ และจากการศึกษาแนวคำวินิจฉัย คำพิพากษาและคำตัดสินของศาลซึ่งพบว่าบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ปรากฏการนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญปรากฏในรัฐธรรมนูญ 10 ฉบับ โดยปรากฏในมาตรา 20 รัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 เป็นครั้งแรก และต่อมาได้กลายเป็นต้นแบบของการบัญญัติหลักการดังกล่าวในธรรมนูญการปกครองและรัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) การบัญญัติหลักการดังกล่าวได้ปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับถาวรเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 จนถึงรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2560) อย่างไรก็ตาม การศึกษาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและแนวคำวินิจฉัยของศาลที่เกี่ยวข้องมิได้ข้อค้นพบว่า ประเพณีทางรัฐธรรมนูญของประเทศไทยที่ศาลรัฐธรรมนูญสามารถนำมาพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญได้มีลักษณะอย่างไร การศึกษาการนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขจึงต้องศึกษาจากประวัติศาสตร์

เหตุการณ์ทางประวัติศาสตร์ของไทยได้ก่อให้เกิดการสร้างประเพณีทางรัฐธรรมนูญใน 5 ลักษณะสำคัญ กล่าวคือ

ประการแรก การสืบราชสมบัติซึ่งเป็นการขึ้นครองราชย์ของพระมหากษัตริย์ต่อเนื่องจากพระมหากษัตริย์องค์ก่อนตามกฎหมายแต่โบราณว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ฯ และรองรับในรัฐธรรมนูญทุกฉบับ

ประการที่สอง กรณีนายกรัฐมนตรีพระราชทาน ซึ่งเกิดขึ้นในปี พ.ศ. 2516 ช่วงเวลาที่เกิดสุญญากาศทางการเมือง การพระราชทานนายกรัฐมนตรีจึงเป็นการใช้พระราชอำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน (Reserve Powers) เพื่อให้ระบอบประชาธิปไตยที่ล้มเหลวกลับคืนสู่ภาวะปกติ

ประการที่สาม การลงพระปรมาภิไธยในกฎหมายและการลงนามรับสนองพระบรมราชโองการโดยร่างกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ได้ทรงลงพระปรมาภิไธยไปแล้ว ย่อมถือว่าเป็นกฎหมายใช้บังคับได้อันเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญ

ประการที่สี่ การปฏิวัติการรัฐประหารซึ่งก่อให้เกิดการล้มระบอบประชาธิปไตย การทำลายระบบเศรษฐกิจและการยกเลิกรัฐธรรมนูญ การรัฐประหารมิได้เป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญแม้ว่าประเทศไทยมีการรัฐประหารมาแล้วหลายครั้ง ซึ่งส่งผลให้รัฐธรรมนูญมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขอยู่เสมอ คณะรัฐประหารไม่ถือเป็นรัฐอธิปัตย์ แม้ศาลฎีกาจะได้เคยตีความวางหลักไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/2505 ซึ่งในระบบทางกฎหมายถือว่าคำพิพากษาของศาลฎีกาได้รองรับ “คำสั่ง” หรือ “ประกาศ” ของผู้ยึดอำนาจการปกครองว่าเป็นกฎหมาย และเมื่อเป็นกฎหมายจะต้องถูกตรวจสอบโดยศาลได้ แต่หากพิจารณาจากหลักฐานตามประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่ปรากฏในคำปรารภของรัฐธรรมนูญทุกฉบับ องค์รัฐอธิปัตย์มิใช่คณะรัฐประหาร การใช้อำนาจของคณะรัฐประหารเป็นเพียงการใช้อำนาจแทนองค์อธิปัตย์เท่านั้น อำนาจเดิมยังคงอยู่ที่พระมหากษัตริย์ซึ่งเป็นประมุขของประเทศ ฉะนั้น การกระทำใด ๆ ที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพหรือการก่อกวนสาธารณะของคณะรัฐบาลรัฐประหารไม่มีผลผูกพันประเทศตามหลักการว่าด้วย “Odious Debt” ในกฎหมายระหว่างประเทศ

ประการสุดท้าย พระราชวินิจฉัยในการยับยั้งร่างกฎหมายหรือการพระราชทานคืนร่างกฎหมายเป็นธรรมเนียมปฏิบัติที่สถาบันการเมืองยึดถือและประเพณีปฏิบัติมาจนกลายเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญ ร่างกฎหมายฉบับใดที่พระมหากษัตริย์ไม่ทรงลงพระปรมาภิไธย ร่างกฎหมายฉบับนั้นเป็นอันตกไปตามประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

ประเพณีทางรัฐธรรมนูญของไทยจึงเกี่ยวพันกับการประเพณีที่ประเพณีปฏิบัติสืบต่อกันมาตั้งแต่การเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครอง จากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ไปสู่ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขในปี พ.ศ. 2475 โดยมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด และเป็นประเพณีที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือเกี่ยวกับการใช้พระราชอำนาจไปตามครรลองของรัฐธรรมนูญเพื่อแก้วิกฤตรัฐธรรมนูญหรือสถานการณ์ทางการเมือง กล่าวได้ว่า ประเพณีทางรัฐธรรมนูญของไทยมีความสัมพันธ์กับการใช้พระราชอำนาจในสถานการณ์ภาวะฉุกเฉิน (Reserve Powers) ซึ่งเป็นการคืนอำนาจกลับไปสู่ประมุขแห่งรัฐตามหลักการเดิมของระบอบการปกครองและรัฐธรรมนูญ

การนำโทษปรับทางปกครองมาใช้กับผู้มีหน้าที่รายงานตามกฎหมายฟอกเงิน

Introduction of Administrative Punishments to Imposition on Reporting Entities under Anti-Money Laundering Law

สุพัตรา แผนวิชิต
Supatra Phanwichit

อาจารย์ประจำ

สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ตำบลบางพูด อำเภอปากเกร็ด จังหวัดนนทบุรี 11120

Full-time Lecturer

School of Law, Sukhothai Thammathirat Open University, Bangpood, Pakkred, Nonthaburi, 11120

Corresponding author E-mail: lawcuresearch@gmail.com

(Received: January 17, 2019; Revised: February 17, 2019; Accepted: February 18, 2019)

บทคัดย่อ

กฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินกำหนดให้สถาบันการเงิน และผู้ประกอบการอาชีพที่ไม่ใช่สถาบันการเงินเป็นผู้มีหน้าที่รายงานตามกฎหมายฟอกเงิน มีหน้าที่ปฏิบัติตามกฎหมาย ได้แก่ การรายงานธุรกรรม การจัดทำลูกค้าแสดงตน การกำหนดนโยบายการรับลูกค้า การบริหารความเสี่ยงที่อาจเกี่ยวกับการฟอกเงินของลูกค้า การดำเนินการตรวจสอบเพื่อทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับลูกค้าและการเก็บรักษาข้อมูลลูกค้า โดยกฎหมายฟอกเงินกำหนดบทลงโทษทางอาญาในกรณีฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามไว้เพียงการลงโทษปรับสถานเดียว เมื่อนำมาวิเคราะห์กับแนวคิดในการกำหนดโทษทางอาญา จึงเห็นว่าการกำหนดโทษทางอาญาควรกระทำในกรณีที่จำเป็นเท่านั้น จึงนำมาสู่แนวคิดการนำโทษปรับทางปกครองมาใช้กับความผิดของผู้มีหน้าที่รายงานตามกฎหมายฟอกเงิน เนื่องจากไม่ใช่ความผิดที่เป็นอาชญากรรมร้ายแรง เป็นเพียงการควบคุมการดำเนินงานทางธุรกิจเพื่อการตรวจสอบ เฝ้าระวังและป้องกันการถูกใช้เป็นช่องทางในการฟอกเงินเท่านั้น โดยการนำโทษปรับทางปกครองมาใช้จำเป็นต้องแก้ไขกฎหมายเพื่อแยกความผิดทางปกครองออกจากความผิดอาญาที่เกี่ยวกับการฟอกเงินฐานอื่นและกำหนดให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินมีอำนาจในการพิจารณาสั่งปรับทางปกครองและบังคับตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

คำสำคัญ: การฟอกเงิน, บทลงโทษทางอาญา, วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

Abstract

Anti-Money Laundering Law prescribes that Financial Institutions and Designated Non-Financial Businesses and Professions are reporting entities, who have duties to comply with the law, namely: to report on transactions; to cause customers to verify themselves; to formulate customer acceptance policies; to manage risks probably relating to customers' money laundering; to conduct customer due diligence; and to maintain all customer identification records, whereby the Anti-Money Laundering Law prescribes criminal punishments to be imposed in cases of violation of or failure to comply with the law, only in a form of fine penalty. When it is analyzed by the concept of imposition of criminal punishments, it is found that the criminal punishments should be imposed only in cases of necessity. Therefore, it leads to an idea of introduction of administrative fine penalties to offenses, which are committed by the reporting entities under the Anti-Money Laundering Law, because the offenses are not violent crimes, and the law intends to regulate business operations, in order to verify, monitor and prevent the transactions from being used as channels to money laundering, whereby introduction of the administrative punishments requires some amendment to the law for distinguishing administrative offenses from other criminal offenses relating to money laundering, and the Anti-Money Laundering Board to be empowered to consider imposing the administrative fine penalties and enforcing the law on administrative procedure.

Keywords: money laundering, criminal punishments, administrative procedure

ความนำ

มาตรฐานสากลว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินและการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้ายและการแพร่ขยายอาวุธ¹ (FATF Recommendations 2012) กำหนดให้สถาบันการเงินมีหน้าที่รายงานธุรกรรมที่มีเหตุอันควรสงสัยต่อหน่วยข่าวกรองทางการเงิน เก็บรักษาหลักฐานเกี่ยวกับการทำธุรกรรม ดำเนินการตรวจสอบเพื่อสอบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับลูกค้าและอื่น ๆ อีกหลายประการ ในการปฏิบัติของสถาบันการเงินดังกล่าวกำหนดให้มีหน่วยงานทำหน้าที่กำกับดูแลและควบคุม โดยกำหนดให้แต่ละประเทศดำเนินการให้มั่นใจว่าสถาบันการเงินทั้งหลายต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลและอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลอย่างเพียงพอและได้นำข้อแนะนำ FATF ไปปฏิบัติอย่างมีประสิทธิภาพ เป็นหลักการสากลที่ประเทศไทยได้กำหนดอย่างสอดคล้องไว้ในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ที่กำหนดให้สถาบันการเงินมีหน้าที่หลายประการในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติ กฎกระทรวง ระเบียบ และประกาศที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ หน้าที่ในการรายงานการทำธุรกรรมต่อสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน เมื่อมีการทำธุรกรรมกับสถาบันการเงินเข้าหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎกระทรวงตามมาตรา 13 การจัดให้ลูกค้าแสดงตนตามมาตรา 20 การกำหนดนโยบายการรับลูกค้า การบริหารความเสี่ยงที่อาจเกี่ยวกับการฟอกเงินของลูกค้า การดำเนินการตรวจสอบความเคลื่อนไหวและการตรวจสอบเพื่อทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับลูกค้าและผู้ที่ทำธุรกรรมเป็นครั้งคราวตามมาตรา 20/1 และหน้าที่ในการเก็บรักษาข้อมูลตามมาตรา 22 และมาตรา 22/1 นอกจากนี้ยังกำหนดหน้าที่ของผู้ประกอบอาชีพที่ไม่ใช่สถาบันการเงิน (Designated Non-Financial Businesses and Professions หรือ DNFBPs) ซึ่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน ฉบับที่ 5 พ.ศ.2558² ได้กำหนดให้ผู้ประกอบอาชีพ 10 ประเภทมีหน้าที่ในการปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน เทียบเท่ากับหน้าที่ในการปฏิบัติตามกฎหมายของผู้มีหน้าที่รายงานประเภทสถาบันการเงิน ทั้งนี้ หากผู้มีหน้าที่รายงานทั้งสถาบันการเงินและผู้ประกอบอาชีพไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย จะมีบทลงโทษกรณีฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายตามที่ปรากฏในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542

หน้าที่ของผู้มีหน้าที่รายงานตามกฎหมายฟอกเงินและบทลงโทษ

พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ได้กำหนดหลักเกณฑ์และหน้าที่ของผู้มีหน้าที่รายงาน ทั้งสถาบันการเงิน สำนักงานที่ดิน และผู้ประกอบอาชีพ ไว้หลายประการ ประกอบด้วย

¹ The Financial Action Task Force (FATF), "The FATF Recommendations," 2012-2018, accessed December 12, 2018, <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf>.

² พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 19 สิงหาคม พ.ศ. 2542 นับตั้งแต่ที่กฎหมายฉบับนี้มีผลใช้บังคับได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรวมทั้งสิ้น 5 ครั้ง คือ พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 พ.ศ. 2546 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2552 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2556 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2558

(1) การรายงานธุรกรรม

สถาบันการเงิน³ หมายถึง ธนาคารพาณิชย์ บริษัทเงินทุน บริษัทเครดิตฟองซิเอร์ สถาบันการเงินเฉพาะกิจ บริษัทหลักทรัพย์ บริษัทประกันภัย สหกรณ์ และนิติบุคคลที่ดำเนินธุรกิจอื่นที่เกี่ยวข้องกับการเงินตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ได้แก่ นิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ นิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับปัจจัยชำระหนี้ต่างประเทศ บรรษัทบริหารสินทรัพย์ บริษัทบริหารสินทรัพย์ นิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า นิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจการซื้อขายล่วงหน้า ผู้ประกอบธุรกิจระบบการชำระเงิน และผู้ประกอบธุรกิจบริการชำระเงิน กฎหมายกำหนดว่าสถาบันการเงินมีหน้าที่รายงานต่อสำนักงาน ปปง. เมื่อปรากฏว่าเป็นธุรกรรมที่ใช้เงินสด ธุรกรรมที่เกี่ยวกับทรัพย์สินและธุรกรรมที่มีเหตุอันควรสงสัย⁴ ตามจำนวนและหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ประกอบกฎกระทรวงกำหนดจำนวนเงินสดและมูลค่าทรัพย์สินในการทำธุรกรรมที่สถาบันการเงินต้องรายงานต่อสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2559 และให้ใช้บังคับกับสำนักงานที่ดินด้วย⁵ และยังกำหนดให้ผู้ประกอบอาชีพที่ไม่ใช่สถาบันการเงิน 10 ประเภท ได้แก่ ที่ปรึกษาการลงทุน ผู้ประกอบอาชีพค้าโลหะมีค่า ผู้ประกอบอาชีพค้าหรือให้เช่ารถยนต์ ผู้ประกอบอาชีพเกี่ยวกับนายหน้าซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ผู้ประกอบอาชีพค้าของเก่า ผู้ประกอบธุรกิจสินเชื่อส่วนบุคคลภายใต้การกำกับ ผู้ประกอบธุรกิจบัตรเครดิตอิเล็กทรอนิกส์ ผู้ประกอบธุรกิจบัตรเครดิต ผู้ประกอบธุรกิจการชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ และผู้ประกอบธุรกิจแลกเปลี่ยนเงิน มีหน้าที่รายงานการทำธุรกรรมเงินสดและธุรกรรมที่มีเหตุอันควรสงสัยต่อสำนักงาน⁶ โดยมีจำนวนเงินสดตามที่กำหนดในกฎกระทรวงกำหนดจำนวนเงินในการทำธุรกรรมที่ใช้เงินสดซึ่งผู้ประกอบอาชีพตามมาตรา 16 ต้องรายงานต่อสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2554 และ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2559

(2) การจัดให้ลูกค้าแสดงตน

กฎหมายกำหนดให้ผู้มีหน้าที่รายงานต้องจัดให้ลูกค้าแสดงตนอย่างถูกต้องตามประเภทของผลิตภัณฑ์หรือการใช้บริการ เมื่อลูกค้าประสงค์จะสร้างความสัมพันธ์หรือผู้ที่ทำธุรกรรมครั้งคราวประสงค์จะทำธุรกรรมครั้งแรกในวงเงินที่กำหนดหรือเมื่อมีเหตุตามกฎกระทรวงกำหนดธุรกรรมที่สถาบันการเงินและผู้ประกอบอาชีพตามมาตรา 16 ต้องจัดให้ลูกค้าแสดงตน พ.ศ. 2559 โดยผู้มีหน้าที่รายงานการทำธุรกรรมต้องจัดให้ลูกค้าแจ้งข้อมูลเบื้องต้นมีรายละเอียดตามประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่องวิธีการแสดงตนของลูกค้าสถาบันการเงินและผู้ประกอบอาชีพตามมาตรา 16

(3) การตรวจสอบเพื่อทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับลูกค้าและผู้ทำธุรกรรมเป็นครั้งคราว

กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้ผู้รายงานธุรกรรมตรวจสอบเพื่อทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับลูกค้า ได้แก่ กระบวนการเฝ้าระวัง ตรวจสอบและตรวจทานความเคลื่อนไหวทางการเงินหรือการทำธุรกรรมของลูกค้าอย่างสม่ำเสมอ ทั้งนี้ ความเข้มข้นของกระบวนการดังกล่าวต้องสอดคล้องกับระดับความเสี่ยงของลูกค้าที่ได้รับการประเมิน

³ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มาตรา 3

⁴ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มาตรา 13

⁵ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มาตรา 15

⁶ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มาตรา 16

จากข้อมูลและปัจจัยต่างๆ อย่างเหมาะสม สาระสำคัญประกอบด้วย การกำหนดนโยบายด้านการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน และด้านการป้องกันและปราบปรามการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย การระบุตัวตนและระบุผู้รับประโยชน์ที่แท้จริง การประเมินความเสี่ยง การตรวจสอบความเคลื่อนไหวทางการเงิน การดำเนินความสัมพันธ์ทางธุรกิจ หรือการทำธุรกรรม⁷

(4) การเก็บรักษาข้อมูล

กฎหมายกำหนดให้ผู้มีหน้าที่รายงานต้องเก็บรักษาข้อมูลการแสดงผลเป็นเวลาห้าปีนับแต่วันที่มีการปิดบัญชีหรือยุติความสัมพันธ์กับลูกค้าและรายงานธุรกรรมและบันทึกข้อเท็จจริงเป็นเวลาห้าปีนับแต่ได้มีการทำธุรกรรมหรือบันทึกข้อเท็จจริงนั้นตามมาตรา 22 และเก็บรักษารายละเอียดเกี่ยวกับการตรวจสอบเพื่อทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับลูกค้าตามมาตรา 20/1 เป็นเวลาสิบปีนับแต่วันที่มีการปิดบัญชีหรือยุติความสัมพันธ์กับลูกค้าตามมาตรา 22/1

(5) บทลงโทษกรณีฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายของผู้มีหน้าที่รายงาน

พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 หมวด 7 บทกำหนดโทษของผู้มีหน้าที่รายงาน ได้แก่

1) กรณีที่ผู้มีหน้าที่รายงานฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ได้แก่ ความตามมาตรา 62 บัญญัติว่า ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามมาตรา 13 มาตรา 14 มาตรา 16 มาตรา 20 มาตรา 20/1 มาตรา 21 มาตรา 21/2 วรรคหนึ่ง มาตรา 22 มาตรา 22/1 มาตรา 35 หรือมาตรา 36 หรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งที่สั่งตามมาตรา 16/1 หรือมาตรา 21/2 วรรคสอง ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งล้านบาท และปรับอีกไม่เกินวันละหนึ่งหมื่นบาท ตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่ หรือจนกว่าจะได้ปฏิบัติให้ถูกต้อง และผู้มีหน้าที่รายงานตามมาตรา 13 และมาตรา 16 ไม่ปฏิบัติตามมาตรา 21/3 วรรคสอง ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าแสนบาท หมายถึงความผิดในกรณีดังต่อไปนี้

- การไม่รายงานธุรกรรมของสถาบันการเงิน (มาตรา 13)
- การไม่รายงานธุรกรรมที่มีเหตุอันควรสงสัยภายในเวลาและหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด

(มาตรา 14)

- การไม่รายงานธุรกรรมของผู้ประกอบอาชีพ (มาตรา 16)
- การไม่จัดให้ลูกค้าแสดงผลก่อนทำธุรกรรม (มาตรา 20)
- การไม่กำหนดนโยบายรับลูกค้าและบริหารความเสี่ยงด้านการฟอกเงินและไม่ปฏิบัติตาม

หลักเกณฑ์ในเรื่องตรวจสอบเพื่อทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับลูกค้า (มาตรา 20/1)

- การไม่บันทึกข้อเท็จจริงเกี่ยวกับธุรกรรมที่รายงาน (มาตรา 21)
- ไม่สามารถตรวจสอบเพื่อทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับลูกค้าในกรณีเป็นธุรกรรมที่มีเหตุอันควร

สงสัย และมีความจำเป็นต้องระงับการทำธุรกรรม (มาตรา 21/2)

⁷ ดูกฎกระทรวงเรื่องการตรวจสอบเพื่อทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับลูกค้า พ.ศ. 2556 และกฎกระทรวงการตรวจสอบเพื่อทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับลูกค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2559

- ไม่จัดให้เจ้าหน้าที่ของผู้มีหน้าที่รายงานได้รับการฝึกอบรมตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด (มาตรา 21/3)

- ไม่เก็บรักษาข้อมูลการแสดงตนและรายงานธุรกรรม (มาตรา 22)

- ไม่เก็บรักษาข้อมูลการตรวจสอบเพื่อทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับลูกค้า (มาตรา 22/1)

2) กรณีรายงานเท็จ ความตามมาตรา 63 บัญญัติว่า ผู้ใดรายงานหรือแจ้งตามมาตรา 13 มาตรา 14 มาตรา 16 หรือมาตรา 21 โดยแสดงข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดความจริงที่ต้องแจ้งให้พนักงานเจ้าหน้าที่ทราบ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับตั้งแต่ห้าหมื่นบาทถึงห้าแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

3) กรณีการไม่มาให้ถ้อยคำหรือไม่จัดส่งเอกสารตามมาตรา 64 บัญญัติว่า ผู้ใดไม่มาให้ถ้อยคำ ไม่ส่งคำชี้แจงเป็นหนังสือ หรือไม่ส่งบัญชีเอกสารหรือหลักฐานตามมาตรา 38 (1) หรือ (2) หรือขัดขวางหรือไม่ให้ความสะดวกตามมาตรา 38 (3) ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

4) กรณีการเปิดเผยข้อมูล ความตามมาตรา 64 วรรคสอง บัญญัติว่า ผู้ใดกระทำการใด ๆ ใ้บุคคลอื่นล่วงรู้ข้อมูลที่เก็บรักษาไว้ตามมาตรา 38 วรรคสี่ เว้นแต่การปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่หรือตามกฎหมาย ต้องระวางโทษตามวรรคหนึ่ง

ทั้งนี้ ตามมาตรา 64/1 กำหนดให้ความผิดตามมาตรา 62 มาตรา 63 และมาตรา 64 ให้คณะกรรมการเปรียบเทียบที่คณะกรรมการแต่งตั้งมีอำนาจเปรียบเทียบได้ เมื่อคณะกรรมการเปรียบเทียบได้ทำการเปรียบเทียบ และผู้ต้องหาได้ชำระค่าปรับตามจำนวนและภายในระยะเวลาที่คณะกรรมการเปรียบเทียบกำหนดแล้ว ให้ถือว่าคดีเลิกกันตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

โทษปรับทางปกครองและกระบวนการบังคับค่าปรับทางปกครอง

ความหมายและลักษณะของโทษปรับทางปกครอง

การบังคับทางปกครองเป็นมาตรการที่องค์กรฝ่ายปกครองใช้เพื่อให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองยินยอมปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง โดยจะมีผลทำให้วัตถุประสงค์ของกฎหมายในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมและความมั่นคงของประเทศได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นรูปธรรมและก่อให้เกิดผลได้จริง มาตรการบังคับทางปกครองจึงเป็นมาตรการบังคับพฤติกรรมของผู้อยู่ภายใต้คำสั่งทางปกครองในอนาคตนั่นเอง

โทษทางปกครองเป็นมาตรการลงโทษลักษณะหนึ่งที่องค์กรฝ่ายปกครองกำหนดขึ้นเพื่อลงโทษประชาชนตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจไว้โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ประชาชนปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง นอกเหนือจากการดำเนินคดีอาญา⁸

⁸ อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ และคณะ, รายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง “การบังคับใช้โทษทางอาญาประเภทอื่นที่มีได้มีอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย,” จัดทำโดยคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เสนอต่อสำนักกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม, 2554, หน้า 10.

ดังนั้น เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นถึงลักษณะทั่วไปของโทษทางปกครองดังต่อไปนี้⁹ ¹⁰

(1) โทษทางปกครองเป็นมาตรการลงโทษเนื่องจากการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือคำสั่งทางปกครอง

(2) ความผิดที่จะกำหนดให้มีโทษทางปกครองส่วนใหญ่จะเป็นกรณีที่มีการละเมิดหน้าที่ตามกฎหมาย ที่บุคคลต้องกระทำ หรือละเว้นกระทำเพื่อประโยชน์แห่งการจัดทำบริการสาธารณะโดยไม่มีการกระทบต่อ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี

(3) การกำหนดโทษทางปกครองมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์แห่งการจัดทำบริการสาธารณะซึ่งเป็น อำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง

โทษทางปกครองมีความแตกต่างกับโทษทางอาญาหลายประการ ดังนี้¹¹

(1) วัตถุประสงค์ของการลงโทษ การกระทำที่เป็นความผิดอาญาจะมีลักษณะเป็นความผิดโดยสภาพ ในขณะที่ความผิดที่กำหนดให้มีโทษทางปกครองเป็นการละเมิดต่อคุณค่าระดับรองของสังคมที่เกี่ยวกับกฎเกณฑ์ ที่กฎหมายไม่ประสงค์จะให้มีการกระทำเช่นนั้น แต่ไม่ใช่สิ่งชั่วร้าย แต่อาจเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะบางประการ

(2) องค์กรที่มีอำนาจลงโทษ ความผิดทางปกครองเกิดจากการละเมิดหน้าที่ทางปกครองเพื่อประโยชน์ แห่งการจัดทำบริการสาธารณะอันเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองโดยแท้ กฎหมายกำหนดให้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาและลงโทษผู้กระทำความผิดได้เองเพื่อให้เกิดความรวดเร็วทันต่อ การกระทำความผิดบางประการ ในขณะที่โทษทางอาญาเป็นโทษที่กฎหมายกำหนดให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้พิจารณา พิพากษาคดีและลงโทษ

แม้ในกฎหมายไทยหลายฉบับจะมีการกำหนดเรื่องของโทษปรับทางปกครองเอาไว้ก็ตาม แต่ก็ไม่มี กฎหมายฉบับใดที่ให้นิยามหรือความหมายของคำดังกล่าวเอาไว้ จึงต้องศึกษานิยามหรือความหมายของคำว่า “โทษปรับทางปกครอง” จากบริบทหรือวิธีการในการปรับทางปกครองจากกฎหมายต่าง ๆ เอง ซึ่งกฎหมายที่ถือว่า เป็นกฎหมายแม่บทที่กล่าวถึงวิธีการปรับทางปกครองได้อย่างเด่นชัดที่สุดก็คือ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการ ทางปกครอง พ.ศ. 2539

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เป็นกฎหมายที่กำหนดการดำเนินงานทางปกครอง เอาไว้ เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการใช้บังคับกฎหมายให้สามารถรักษาประโยชน์สาธารณะได้ และเพื่ออำนวยความสะดวกแก่ประชาชน รวมทั้งป้องกันการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ โดยมาตรการหนึ่งที่มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายดังกล่าวเพื่อให้คำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่บรรลุวัตถุประสงค์คือ “การปรับทาง ปกครอง”

⁹ อรรถสิทธิ์ กันมล, “ปัญหาการนำโทษทางปกครองมาใช้ควบคู่กับโทษทางอาญา” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), 16 อ้างถึงใน อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ และคณะ, รายงานการศึกษาวิจัย “การบังคับใช้โทษทางอาญาประเภทอื่นที่มีอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย,” 2554, หน้า 10.

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 16 อ้างถึงใน อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ และคณะ, รายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง “การบังคับใช้โทษทางอาญาประเภทอื่นที่มีอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย,” 2554, หน้า 10.

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 21-22 อ้างถึงใน อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ และคณะ, รายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง “การบังคับใช้โทษทางอาญาประเภทอื่นที่มีอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย,” 2554, หน้า 10-11.

การปรับทางปกครองพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นั้น ปรากฏอยู่ในหมวด 2 ส่วนที่ 8 มาตรา 58 ถึงมาตรา 63 ที่เป็นเรื่องของกำกับการบังคับทางปกครอง ซึ่งจากการพิจารณาบทบัญญัติตามมาตราดังกล่าวแล้ว จะพบว่าการปรับทางปกครองต่างจากโทษปรับทางอาญา กล่าวคือ การปรับทางปกครองมิใช่การลงโทษ หากแต่เป็นมาตรการบังคับเพื่อให้คำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่บรรลุผลเท่านั้น และเจ้าหน้าที่เป็นผู้มีคำสั่งปรับทางปกครองได้เองโดยไม่ต้องดำเนินคดีต่อศาลเพื่อให้ศาลลงโทษปรับ นอกจากนี้ การกำหนดโทษปรับทางปกครองมักจะกำหนดโทษปรับให้มีอัตราสูงเพื่อให้ผู้ที่คิดจะฝ่าฝืนกฎหมายเกรงกลัว และมักจะกำหนดโทษขั้นต่ำสุดจนถึงสูงสุดเอาไว้เพื่อให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจตามความเหมาะสมแก่ข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี¹²

จึงสรุปได้ว่า “โทษปรับทางปกครอง” เป็นมาตรการบังคับทางปกครองรูปแบบหนึ่งที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายสั่งให้ผู้กระทำความผิดชำระค่าปรับด้วยการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งหากไม่มีการชำระค่าปรับภายในระยะเวลาที่กำหนด ก็อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองอื่นเพื่อบังคับชำระค่าปรับต่อไปได้เองโดยไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาล¹³ อาจกล่าวได้ว่าโทษปรับทางปกครองเป็นอำนาจที่กฎหมายมอบให้แก่ฝ่ายบริหารโดยสามารถจำแนกประเภทของคำสั่งทางปกครองที่ต้องมีการบังคับการทางปกครองออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ 1) คำสั่งทางปกครองที่ให้ชำระเงิน และ 2) คำสั่งทางปกครองที่ให้กระทำการ หรือละเว้นกระทำการ ซึ่งคำสั่งทางปกครองทั้งสองประเภทนี้เมื่อออกคำสั่งทางปกครองแล้ว ถ้าหากผู้รับคำสั่งหรืออยู่ใต้คำสั่งไม่ปฏิบัติตาม ก็จะต้องมีกระบวนการบังคับทางปกครองเพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งนั้น¹⁴ โดยหนึ่งในการบังคับทางปกครองที่สำคัญที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการออกคำสั่งทางปกครองทั้งสองประเภทข้างต้นก็คือ “การบังคับค่าปรับทางปกครอง” โดยหลักเกณฑ์การบังคับทางปกครองตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินนั้น เมื่อเจ้าหน้าที่ขององค์กรฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองให้ผู้ใดชำระเงิน และเมื่อหนี้เงินถึงกำหนดชำระแล้ว แต่ปรากฏว่าผู้รับคำสั่งทางปกครองเพิกเฉยหรือฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งโดยไม่มีการชำระเงินให้ถูกต้องครบถ้วน เจ้าหน้าที่ขององค์กรฝ่ายปกครองจะต้องมีหนังสือเตือนให้ผู้รับคำสั่งดังกล่าวชำระเงินภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด แต่ต้องไม่น้อยกว่า 7 วัน ทั้งนี้ หากระยะเวลาดังกล่าวล่วงพ้นไปโดยมิได้มีการปฏิบัติตามคำเตือน เจ้าหน้าที่ขององค์กรฝ่ายปกครองสามารถใช้มาตรการยึดหรืออายัด และขายทอดตลาดทรัพย์สินเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ตามคำสั่งดังกล่าวได้ โดยกระบวนการในการยึดหรืออายัดและขายทอดตลาดทรัพย์สินให้ปฏิบัติตามวิธีการตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกำหนดเอาไว้ (มาตรา 57) อย่างไรก็ตามผู้มีอำนาจสั่งยึดหรืออายัดหรือขายทอดตลาดทรัพย์สินนั้น ไม่ใช่เจ้าหน้าที่ทุกคนจะมีอำนาจสั่งได้ แต่ต้องเป็นบุคคลตามที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย¹⁵ เว้นแต่ถ้าหากมีกฎหมายใดกำหนดเรื่องผู้มีอำนาจสั่งยึดหรืออายัดหรือขายทอดตลาดไว้โดยเฉพาะแล้ว ก็ให้บังคับไปตามกฎหมายเฉพาะนั้น ส่วนกรณีการบังคับทางปกครองตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้กระทำการ หรือละเว้น

¹² อรรถสิทธิ์ กันมล, “ปัญหาการนำโทษทางปกครองมาใช้ควบคู่กับโทษทางอาญา” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), หน้า 19.

¹³ ศุภวัฒน์ สิงห์สูงษ์, “เกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษทางปกครองแทนโทษอาญา,” เข้าถึงเมื่อ 28 ธันวาคม 2561, <http://web.krisdika.go.th/data/outsitedata/outsite16/file/15-2-60-2.pdf>.

¹⁴ หลักกฎหมายปกครองวันละเรื่อง, “มาตรการบังคับทางปกครอง,” เข้าถึงเมื่อ 13 มกราคม 2562, <https://www.facebook.com/DroitAdministrative/photos/มาตรการบังคับทางปกครองเป็นมาตรการที่องค์กรฝ่ายปกครองใช้เพื่อทำ/614299255252655/>.

¹⁵ รายละเอียดโปรดดู กฎกระทรวงฉบับที่ 9 (พ.ศ. 2542) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ข้อ 1, 2 และ 3

กระทำการนั้น กรณีคำสั่งที่ให้กระทำการหรือละเว้นกระทำการนั้นจะมีความสัมพันธ์กับเรื่องค่าปรับทางปกครองโดยตรง กล่าวคือ หากผู้ที่อยู่ในบังคับต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่ นอกจากกฎหมายจะกำหนดมาตรการให้เจ้าหน้าที่เข้าดำเนินการด้วยตนเองหรือมอบหมายให้บุคคลอื่นกระทำการแทนโดยผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองจะต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายและเงินเพิ่มในอัตราร้อยละ 25 ต่อปีของค่าใช้จ่ายดังกล่าวแก่เจ้าหน้าที่แล้ว (มาตรา 58 (1)) เจ้าหน้าที่ก็อาจใช้มาตรการบังคับค่าปรับทางปกครองได้ด้วย โดยคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้กระทำหรือละเว้นกระทำ ถ้าผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม เจ้าหน้าที่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยการให้มีการชำระค่าปรับทางปกครองตามจำนวนที่สมควรแก่เหตุก็ได้ แต่ค่าปรับทางปกครองดังกล่าวต้องไม่เกิน 20,000 บาทต่อวัน (มาตรา 58 (2)) นอกจากนั้นกฎหมายยังได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าปรับทางปกครองของเจ้าหน้าที่แต่ละประเภทเอาไว้แตกต่างกันออกไป¹⁶

การนำโทษปรับทางปกครองมาใช้กับผู้มีหน้าที่รายงานตามกฎหมายฟอกเงิน

แนวคิดการนำโทษปรับทางปกครองมาใช้ในความผิดจากการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายของผู้มีหน้าที่รายงานตามกฎหมายฟอกเงิน มาจากสภาพปัญหาของการบังคับใช้และการกำหนดโทษทางอาญาหลายประการ พิจารณาจากรายงานผลการศึกษาของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่อง การศึกษาและปรับปรุงกฎหมายเพื่อป้องกันมิให้มีการใช้ประโยชน์จากโทษทางอาญาที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายอันเป็นการดำเนินการเพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย¹⁷ พบว่าสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์จากโทษทางอาญาที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นเกิดขึ้นใน 3 ลักษณะ คือ การกำหนดโทษทางอาญาที่ไม่สมควรให้เป็นโทษทางอาญา การกำหนดประเภทโทษอาญาที่ไม่เหมาะสม และการนำโทษทางอาญาไปใช้โดยไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย ลักษณะดังกล่าวทำให้เกิดสภาพปัญหา กล่าวคือ ทำให้กฎหมายอาญาขาดประสิทธิภาพในการบังคับใช้กับพฤติกรรมที่เป็นภัยคุกคามอย่างแท้จริง ทำให้เกิดปัญหาการบริหารงานยุติธรรมทางอาญาซึ่งจำต้องมีขนาดค่อนข้างใหญ่เพื่อรองรับปริมาณคดีจำนวนมาก ต้องใช้บุคลากร งบประมาณ ตลอดจนเครื่องมืออำนวยความสะดวกจำนวนมาก ส่งผลให้รัฐต้องเสียค่าใช้จ่ายสูงมากในการดำเนินคดีและการบริหารงานยุติธรรม ทำให้การปฏิบัติภารกิจของรัฐเกี่ยวข้องกับหลายหน่วยงาน และแต่ละหน่วยงานได้ออกกฎหมายของตนเองเพื่อใช้บังคับในการปฏิบัติงาน กฎหมายจึงมีหลายฉบับซ้ำซ้อนกัน โดยนำมาตราทางอาญามาใช้บังคับกฎหมายเหล่านั้น ซึ่งเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้เกิดกฎหมายอาญาเพื่อในปัจจุบันและมีมาตรฐานโทษทางอาญาที่แตกต่างกัน และทำให้เกิดปัญหาปริมาณคดีที่ค้างในศาลเป็นจำนวนมากและปัญหานักโทษล้นเรือนจำ ส่งผลกระทบต่อการรักษาความยุติธรรมโดยรวม ซึ่งทำให้สิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายของรัฐเป็นอันมาก และท้ายสุดการรับผิดทางอาญาที่ไม่เหมาะสม ส่งผลกระทบต่อตัวผู้กระทำความผิด รวมไปถึงต่อการประกอบอาชีพหรือการดำรงชีพหลายเรื่อง หากไม่มีระบบการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่เพียงพอ

¹⁶ รายละเอียดโปรดดู กฎกระทรวง ฉบับที่ 10 (พ.ศ. 2542) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ข้อ 1

¹⁷ หนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ นร 0913/4 ลงวันที่ 16 มกราคม 2561 เรื่องการกำหนดโทษทางอาญาในกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หน้า 1.

จากรายงานการศึกษาดังกล่าว จึงได้ข้อเสนอหลักเกณฑ์ที่สามารถพิจารณากำหนดโทษทางอาญาได้ 3 ประการ คือ¹⁸ 1) เป็นการกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง และมีผลกระทบต่อส่วนรวม สำหรับในเรื่องทางเศรษฐกิจนั้น การฝ่าฝืนกฎหมายเศรษฐกิจที่ไม่ได้มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนมากพอที่จะกำหนดเป็นโทษทางอาญา สมควรใช้โทษปรับทางปกครอง หรือสภาพบังคับอื่นแทน 2) เป็นกรณีที่มิสามารถใช้มาตรการอื่นใดเพื่อบังคับใช้กฎหมายอย่างได้ผล หรือมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะทำให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายได้ 3) ความผิดอาญาที่มีโทษปรับสถานเดียว หรือมีโทษจำคุกและเปรียบเทียบปรับทำให้เกิดอาญาระงับได้ เห็นควรใช้โทษปรับทางปกครองแทน เพราะการให้มีโทษปรับสถานเดียว หรือมีโทษจำคุกและเปรียบเทียบปรับได้ ย่อมแสดงโดยสภาพแล้วว่าไม่ใช้ความผิดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง ทั้งยังเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ให้อำนาจรัฐแทรกแซงจากการต้องโทษอาญาซึ่งมีผลต่อการดำรงตำแหน่ง หรือการประกอบอาชีพด้วย นอกจากนี้ ยังอาจต้องใช้วิธีการอื่นแทนการปรับ เช่น การให้ทำงานสาธารณประโยชน์หรือมาตรการบังคับอื่น ทั้งนี้ เพื่อมิให้เกิดร่องรอยกับผู้ไม่มีเงินชำระโทษปรับทางปกครอง ข้อเสนอจากรายงานดังกล่าวยังสอดคล้องกับรายงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายเรื่องแนวทางการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่พบว่า รัฐต้องรับภาระการบริหารงานยุติธรรมทางอาญาด้วยงบประมาณและทรัพยากรบุคคลจำนวนมาก สาเหตุส่วนหนึ่งของปัญหาดังกล่าวเกิดจากความบกพร่องในแนวคิดการออกกฎหมาย สารบัญญัติที่มีโทษทางอาญา ที่ยังขาดหลักการและความรู้ความเข้าใจที่แท้จริงในการใช้โทษทางอาญาเพื่อแก้ปัญหาคriminalization¹⁹ จนเกิดภาวะกฎหมายอาญาเฟ้อ (over criminalization)²⁰ ซึ่งหมายถึงการใช้กฎหมายอาญาที่ไม่เหมาะสมและทำให้เกิดปัญหาในการบริหารยุติธรรมทางอาญา

ประเด็นของความเหมาะสมของการใช้โทษทางอาญากับผู้กระทำความผิดที่ทำให้การใช้กฎหมายอาญาที่ไม่เหมาะสมและเกิดปัญหาในการบริหารยุติธรรมทางอาญา เมื่อวิเคราะห์กับการกำหนดโทษทางอาญาของพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ผู้เขียนมีความเห็นว่า

1) บทบัญญัติที่กำหนดหน้าที่ของผู้มีหน้าที่รายงานนั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อให้สถาบันการเงินและผู้ประกอบอาชีพที่มีความเสี่ยงสูง และอาจถูกอาชญากรใช้เป็นช่องทางในการฟอกเงินมีการตรวจสอบและเฝ้าระวังการกระทำที่เป็นการแปรสภาพเงินสด การเปลี่ยนแปลงรูปแบบของเงินหรือทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิดให้เงินอยู่ในรูปแบบเงินสดให้น้อยที่สุด เพื่อปกปิดแหล่งที่มา ปกปิดความเป็นเจ้าของเพื่อมุ่งมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถติดตามร่องรอยและทราบว่าเป็นเงินหรือทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด หรือเพื่อควบคุมเงินหรือทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิด ให้สามารถนำเงินหรือทรัพย์สินดังกล่าวกลับมาใช้ในองค์การอาชญากรรมได้อีก ซึ่งหลักการดังกล่าวเป็นหลักการที่ถูกกำหนดไว้ในมาตรฐานสากลด้านการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน

¹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 6.

¹⁹ คณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายเพื่อการพัฒนาประเทศ, “รายงานการศึกษาและข้อเสนอแนะเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางอาญา,” 2547, แหล่งที่มา: www.lawreform.go.th อ้างถึงใน คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย, แนวทางการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมทางอาญา, (กรุงเทพฯ: บริษัท มาตา การพิมพ์ จำกัด, 2559), หน้า 128.

²⁰ สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์และคณะ, กฎหมายไทยกับประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ : กรณีศึกษากระบวนการยุติธรรมทางอาญา, 2551 อ้างถึงใน คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย, แนวทางการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมทางอาญา, หน้า 128.

และการต่อต้านการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้ายและการแพร่ขยายอาวุธที่มีอานุภาพทำลายล้างสูง (International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation) หรือที่เรียกว่า FATF Recommendations มาตรฐานสากลดังกล่าวได้กำหนดให้ทุกประเทศ มีการควบคุมการรายงานธุรกรรมของสถาบันการเงินและองค์กรภาคธุรกิจเอกชนอื่นที่มีโอกาสเสี่ยงต่อการฟอกเงิน เนื่องจากจุดเริ่มต้นของการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินนั้น ได้แก่ การตรวจสอบธุรกรรมที่ต้องสงสัย หรือเข้าข่ายว่าเป็นธุรกรรมที่มีความผิดปกติหรือมีความเสี่ยงต่อการฟอกเงิน ซึ่งธุรกรรมที่จะต้องได้รับการตรวจสอบ ดังกล่าวย่อมเป็นธุรกรรมที่กระทำผ่านธนาคาร สถาบันการเงิน หรือองค์กรภาคเอกชนที่เกี่ยวข้องกับการให้ คำปรึกษาด้านลงทุนต่างๆ ดังนั้น มาตรการในการควบคุมธนาคาร สถาบันการเงินและองค์กรธุรกิจที่อาจเกี่ยวข้อง หรือมีความเสี่ยงต่อการเป็นแหล่งฟอกเงินโดยให้รายงานธุรกรรมหรือข้อมูลทางการเงินของลูกค้ายิ่งหน่วยงาน ข้าราชการทางการเงินอย่างเคร่งครัดรวมทั้งการตรวจสอบข้อมูลของลูกค้ายี่มีนิติสัมพันธ์ด้วย จึงเป็นเรื่องที่จำเป็น และมักเป็นมาตรการต่อเนื่องจากการบัญญัติให้มีกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน โดยการกำหนดหน้าที่ของผู้มีหน้าที่รายงานย่อมตามมาด้วยบทลงโทษสำหรับผู้ฝ่าฝืนเสมอ จากเจตนารมณ์ ในการกำหนดหน้าที่ดังกล่าวจึงมีข้อพิจารณาว่า ผู้มีหน้าที่รายงานที่ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับการรายงานและการแสดงตนนั้น ถือว่าไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรงกับการกระทำความผิดฐานฟอกเงินที่เป็น ความผิดสากลและเป็นความผิดที่ร้ายแรง ยกเว้นในกรณีที่ผู้มีหน้าที่รายงานมีพฤติกรรมที่แสดงว่ารู้เห็นหรือช่วยเหลือ อำนวยความสะดวกในการกระทำการฟอกเงินด้วย ซึ่งจะต้องรับผิดฐานเป็นผู้สมคบกันการกระทำความผิด หรือสนับสนุนการกระทำความผิดที่บัญญัติโทษทางอาญาไว้คนละส่วนคนละมาตรา ดังนั้น จึงเห็นว่า การฝ่าฝืน กฎหมายในหมวดว่าด้วยการรายงานและการแสดงตน เป็นการกระทำความผิดกล่าวหาชัดเจนชั่วร้าย ย่อมไม่มีเหตุผล สมควรที่จะบัญญัติบทลงโทษทางอาญากับการฝ่าฝืนไม่กระทำการนั้น และหากมีช่องทางที่จะนำมาตราการอื่น ที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพมากกว่าก็ควรใช้มาตรการอื่นแทนการลงโทษทางอาญา

2) เมื่อพิจารณาบทกำหนดโทษของผู้มีหน้าที่รายงานเฉพาะตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปราม การฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มาตรา 62 กล่าวคือ เป็นความผิดของผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามมาตรา 13 มาตรา 14 มาตรา 16 มาตรา 20 มาตรา 20/1 มาตรา 21 มาตรา 21/2 วรรคหนึ่ง มาตรา 22 มาตรา 22/1 มาตรา 35 หรือมาตรา 36 หรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งที่สั่งตามมาตรา 16/1 หรือมาตรา 21/2 วรรคสอง จะพบว่าเป็นความผิดอาญาที่มี โทษปรับสถานเดียว คือ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งล้านบาท และปรับอีกไม่เกินวันละหนึ่งหมื่นบาทตลอดเวลา ที่ยังฝ่าฝืนอยู่ หรือจนกว่าจะได้ปฏิบัติให้ถูกต้อง และความผิดของผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามมาตรา 21/3 วรรคสอง ก็มี การกำหนดโทษเพียงโทษปรับสถานเดียวเช่นกันคือ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าแสนบาท ย่อมแสดงให้เห็นอยู่ ในตัวกฎหมายแล้วว่า ลักษณะของความผิดไม่มีลักษณะร้ายแรง ไม่ใช่ความผิดที่เป็นอาชญากรรมร้ายแรง เป็นเพียง การควบคุมการดำเนินงานทางธุรกิจเพื่อการตรวจสอบเฝ้าระวังและป้องกันการถูกใช้เป็นช่องทางในการฟอกเงิน เท่านั้น ดังนั้น การกำหนดโทษจึงไม่ควรใช้มาตรการทางอาญา แต่อย่างไรก็ดี เมื่อกล่าวถึงบทกำหนดโทษซึ่งเป็น กลไกสำคัญที่ทำให้กฎหมายมีสภาพบังคับ มักนึกถึงโทษอาญา เพราะมีแนวคิดกฎหมายอาญาเป็นกฎหมาย ว่าด้วยการลงโทษ จึงมักกำหนดให้การกระทำความผิดกฎหมายมีโทษอาญา แต่ปัจจุบันนั้นเริ่มมีการนำมาตราการอื่นๆ มาใช้แทนโทษอาญา โดยเฉพาะการใช้โทษทางปกครอง ดังสังเกตได้จากกรณีที่กฎหมายไทยหลายฉบับเริ่มกำหนด

ให้การกระทำผิดที่ไม่ร้ายแรงมี “โทษทางปกครอง” โดยเฉพาะการนำ “โทษปรับทางปกครอง” เข้ามาปรับใช้ ทั้งนี้ ข้อดีของโทษปรับทางปกครองที่สำคัญคือ ฝ่ายปกครองมีอำนาจลงโทษผู้กระทำความผิดได้เองโดยไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งทำให้กระบวนการลงโทษเป็นไปอย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ²¹ สำหรับประเทศที่พัฒนาแล้วมักจะมีการใช้โทษปรับทางปกครองกันอย่างแพร่หลายในระบบอนุนิติ อนุญาต และใบอนุญาต เพราะเจ้าหน้าที่ผู้อนุมัติ อนุญาต หรือออกใบอนุญาต (Regulator) สามารถออกคำสั่งปรับทางปกครองเพื่อให้คำสั่งทางปกครองของตน บรรลุผลได้ทันที โดยไม่ต้องใช้กระบวนการดำเนินคดีอาญาที่อาจต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายมาก นอกจากนี้ กระบวนการบังคับเอาค่าปรับทางปกครองมีความรวดเร็ว เพราะมีได้กับกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาอย่างกฎหมาย วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของไทย แนวคิดดังกล่าวมาจากมุมมองที่เห็นว่า การบังคับเอาค่าปรับทางปกครองนั้น มิใช่การบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งศาล จึงไม่สามารถนำเอาวิธีการบังคับค่าปรับแบบศาลมาใช้บังคับได้ และเกิดความไม่ธรรมแก่ภาคเอกชนและผู้ประกอบธุรกิจ เพราะกรณีที่กฎหมายให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจกำหนด ให้ชำระค่าปรับทางปกครองได้นั้น ส่วนใหญ่ไม่ใช่ความผิดที่ร้ายแรงหรือเป็นความผิดที่ผู้กระทำมีเจตนาร้าย (Mens Rea) แต่เป็นเรื่องที่สามารถแก้ไขให้ถูกต้องได้ เมื่อแก้ไขถูกต้องและชำระค่าปรับทางปกครองแล้ว ก็ถือว่า การกระทำความผิดก็เป็นอันระงับไป²²

3) ตัวอย่างการบังคับใช้โทษปรับทางปกครองกับผู้มีหน้าที่รายงานธุรกรรมตามกฎหมายฟอกเงินของ ต่างประเทศ ได้แก่ การกำหนดโทษปรับทางปกครองให้เป็นโทษการเงินทางบริหารที่เรียกว่า Administrative monetary penalties²³ ของหน่วยงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินของประเทศแคนาดาคือ The Financial Transactions and Reports Analysis Centre of Canada (FINTRAC) ภายใต้ Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act โดยมีการนำมาตรการดังกล่าวมาใช้เพื่อลงโทษทาง การเงินกับผู้ที่มีหน้าที่รายงานที่ไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ในการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินและป้องกันและ ปราบปรามการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้ายของ FINTRAC เป็นมาตรการที่นำมาใช้เพื่อสนับสนุนให้ มีการปฏิบัติตามกฎหมายฟอกเงินอย่างเคร่งครัด โดยเฉพาะในการรายงานธุรกรรม การตรวจสอบข้อเท็จจริง ของลูกค้า การระบุตัวตนลูกค้าและการเก็บรักษาข้อมูลลูกค้า เพื่อช่วยยับยั้งกิจกรรมที่ผิดกฎหมายและทำให้รัฐ มีพยานหลักฐานที่เพียงพอต่อการสืบสวนเส้นทางการเงิน โดยการกำหนดอัตราโทษปรับทางปกครองในกรณีที่ ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายฟอกเงิน แยกออกเป็น 3 ระดับความผิด และมีช่วงโทษต่างกัน กล่าวคือ ระดับเล็กน้อย (เช่น การไม่ระบุความสัมพันธ์ของผู้ทำธุรกรรมในการทำธุรกรรม) ช่วงโทษปรับ \$1 ถึง \$1,000 ระดับร้ายแรง (เช่น การไม่ระบุตัวตนของผู้ที่ทำธุรกรรม) ช่วงโทษปรับ \$1 ถึง \$100,000 และระดับร้ายแรงมาก (เช่น การไม่ รายงานธุรกรรมการเงิน) ช่วงโทษปรับ \$1 ถึง \$100,000 สำหรับบุคคลธรรมดา และ \$1 ถึง \$ 500,000 สำหรับ นิติบุคคล โดย FINTRAC จะใช้วิธีการที่เหมาะสมในการคำนวณจำนวนค่าปรับ อัตราค่าปรับจะเหมาะสมกับ

²¹ ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรงค์, “เกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษทางปกครองแทนโทษอาญา,” เข้าถึงเมื่อ 28 ธันวาคม 2561, <http://web.krisdika.go.th/data/outsitedata/outside16/file/15-2-60-2.pdf>.

²² ปกรณ์ นิลประพันธ์, “เกร็ดการร่างกฎหมาย 11: การเขียนอำนาจปรับทางปกครองในกฎหมาย,” เข้าถึงเมื่อ 28 ธันวาคม 2561, <http://lawdrafter.blogspot.com/2015/04/11.html>.

²³ The Financial Transactions and Reports Analysis Centre of Canada (FINTRAC), “Administrative monetary penalties,” accessed, <http://www.fintrac-canafe.gc.ca/pen/2-eng.asp>.

สัดส่วนกับความร้ายแรงของความผิดที่เกิดขึ้น และสอดคล้องกับประเภทและขอบเขตของความผิดที่ได้กระทำ นอกจากการปรับทางปกครองแล้ว ยังมีมาตรการประกาศให้สาธารณชนทราบหลังจากมีการบังคับโทษปรับทางปกครองกับผู้หน้าที่รายงานที่กระทำความผิด กฎหมายได้ให้อำนาจ FINTRAC ในการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับบทลงโทษเพื่อแจ้งให้สาธารณชนทราบโดยมีรายละเอียดของชื่อของบุคคลหรือนิติบุคคลที่กระทำความผิด ภาคธุรกิจของบุคคลหรือนิติบุคคล ลักษณะของการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม เมืองที่ตั้งของธุรกิจ และอัตราโทษที่ถูกกำหนด

ข้อเสนอแนะ

การกำหนดโทษปรับทางปกครอง เป็นมาตรการที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เป็นมาตรการบังคับทางปกครองที่กำหนดขึ้นเพื่อให้คำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่บรรลุนิติบุคคล และมักจะใช้กับความผิดที่เป็นเรื่องที่สามารถแก้ไขให้ถูกต้องได้ และเมื่อแก้ไขถูกต้องและชำระค่าปรับทางปกครองแล้วก็เป็นอันจบกัน การปรับทางปกครองต่างจากโทษปรับทางอาญา กล่าวคือ การปรับทางปกครองมิใช่การลงโทษ หากเป็นมาตรการบังคับเพื่อให้คำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่บรรลุนิติบุคคล และเจ้าหน้าที่เป็นผู้มีคำสั่งปรับทางปกครองได้เอง โดยไม่ต้องดำเนินคดีต่อศาลเพื่อให้ศาลลงโทษปรับ ผู้เขียนจึงขอเสนอแนวทางการนำโทษปรับทางปกครองมาใช้กับผู้หน้าที่รายงานตามกฎหมายฟอกเงิน ดังนี้

1) แก้ไขพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 เพื่อแยกความผิดทางปกครองออกจากความผิดอาญาที่เกี่ยวกับการฟอกเงินฐานอื่น โดยให้คงความผิดอาญาของผู้หน้าที่รายงานในฐานความผิดที่สำคัญไว้ ได้แก่ ความผิดฐานฟอกเงินตามมาตรา 60 ความผิดของนิติบุคคล กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลซึ่งรับผิดชอบการดำเนินงานของนิติบุคคลที่กระทำความผิดฐานฟอกเงินตามมาตรา 61 ความผิดกรณีที่มีหน้าที่รายงาน รายงานธุรกรรมและข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับรายงานธุรกรรมอันเป็นข้อมูลเท็จ หรือปกปิดข้อมูลจริงที่ต้องแจ้งให้ทราบตามมาตรา 63 ความผิดกรณีที่มีหน้าที่รายงานไม่มาให้ถ้อยคำ ไม่ส่งหนังสือชี้แจง ไม่ส่งบัญชี เอกสารหลักฐาน หรือขัดขวางไม่ให้ความสะดวกในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงาน และกรณีที่มีหน้าที่รายงานทำให้ผู้อื่นล่วงรู้ข้อมูลที่ได้ให้แก่เจ้าพนักงานตามมาตรา 64 และความผิดกรณีการเปิดเผยข้อมูลลูกค้าตามมาตรา 66 และกำหนดให้ความผิดของผู้มีหน้าที่รายงานตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ในมาตรา 62 ในความผิดฐานฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายที่กำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้มีหน้าที่รายงานเป็นความผิดทางปกครองภายใต้การใช้อำนาจของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน และแก้ไขกฎหมายกำหนดให้หน้าที่ในรายการการทำธุรกรรม การจัดให้ลูกค้าแสดงตน การกำหนดนโยบายการรับลูกค้า การบริหารความเสี่ยงที่อาจเกี่ยวกับการฟอกเงินของลูกค้า การตรวจสอบเพื่อทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับลูกค้า และหน้าที่ในการเก็บรักษาข้อมูล เป็นหน้าที่ที่มาจากการใช้อำนาจสั่งให้ดำเนินการของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน โดยแก้ไขพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มาตรา 25

2) ในการพิจารณาออกคำสั่งลงโทษปรับทางปกครอง ให้เป็นอำนาจของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินโดยคำนึงถึงความร้ายแรงแห่งพฤติกรรมที่กระทำความผิด

3) ในกรณีที่ผู้มีหน้าที่รายงานซึ่งต้องรับโทษปรับทางปกครอง ถ้าปรากฏว่าการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้นเกิดจากการสั่งการหรือการกระทำของกรรมการ หรือผู้จัดการหรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น หรือในกรณีที่บุคคลดังกล่าวมีหน้าที่ต้องสั่งการหรือกระทำและละเว้นไม่สั่งการหรือไม่กระทำการจนเป็นเหตุให้นิติบุคคลนั้นกระทำความผิด ผู้นั้นต้องรับโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้นๆ ด้วย

4) ในกรณีที่ผู้ถูกลงโทษปรับทางปกครองไม่ยอมชำระค่าปรับทางปกครอง ให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับการบังคับทางปกครองตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้บังคับโดยอนุโลม และในกรณีที่ไม่มีเจ้าหน้าที่ดำเนินการบังคับตามคำสั่ง หรือมีแต่ไม่สามารถดำเนินการบังคับทางปกครองได้ ให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินมีอำนาจฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อบังคับชำระค่าปรับ

บทสันนิษฐานแห่งการทุจริตในคดีสินบน: ศึกษาการนำมาปรับใช้
ในระบบกฎหมายอาญาไทย
Presumption of Corruption in Bribery Case: Study on
the Application in the Thai Legal System

ดิศรณ์ ลิขิตวิทย์วุฒิ
Disorn Likhitwitayawuid

อาจารย์ประจำ
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ถนนพระจันทร์ เขตพระนคร กรุงเทพฯ 10200
Full-time Lecturer
Faculty of Law, Thammasat University, Phrachan Road, Phra Nakhon, Bangkok, 10200

Corresponding author E-mail: lkhitisorn@gmail.com

(Received: November 22, 2018; Revised: February 10, 2019; Accepted: February 11, 2019)

บทคัดย่อ

โดยหลักทั่วไปแล้ว ในคดีอาญาผู้ต้องหาหรือจำเลยจะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ได้สืบสงสัยว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดจริง ทั้งนี้ ตามหลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลบริสุทธิ์ แต่ทั้งนี้ ในกรณีของคดีเกี่ยวกับการทุจริตสินบนเจ้าพนักงานที่สร้างความเสียหายแก่สังคมอย่างร้ายแรงและมีความซับซ้อน การยึดถือหลักการดังกล่าวอย่างเคร่งครัดนั้นอาจส่งผลให้ผู้กระทำความผิดอาศัยประโยชน์แห่งความสงสัยตามควรในคดีเพื่อทำให้ตนเองหลุดรอดจากกฎหมายได้ กรณีดังกล่าวจึงมีการเกิดขึ้นของบทสันนิษฐานแห่งการทุจริตที่หลักการพิสูจน์แก่จำเลย ซึ่งเพิ่มประสิทธิภาพในการควบคุมอาชญากรรมของรัฐ และอาจเป็นมาตรการทางกฎหมายที่สามารถนำมาปรับใช้กับประเทศไทยได้โดยไม่ขัดหรือแย้งกับหลักสากล

คำสำคัญ: บทสันนิษฐานแห่งการทุจริต

Abstract

Generally, in the criminal case, the accused or defendant will be presumed innocent until proven guilty, according to the principle of the presumption of innocence. However, in case of a trial involving bribing official that seriously damage the society and has its own complexity, adherence to the principle may result in the offender taking advantage of the reasonable doubt of the case to get away with breaking the law. In such cases, there is the occurrence of a presumption of corruption that shifts the burden of proof on the defendant, which increases the effectiveness of state crime control. This may be a legal measure that can be applied to Thailand without conflicting or contradictory with universal principles.

Keyword: Presumption of Corruption

1. บทนำ

ในการดำเนินคดีอาญาของรัฐสมัยใหม่นั้นเป็นที่ทราบกันดีว่า ผู้ต้องหาหรือจำเลยจะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะได้มีการพิสูจน์จนปราศจากข้อสงสัยว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดจริง หากในท้ายที่สุดมีเหตุสงสัยตามควรตามพยานหลักฐานที่ปรากฏว่าผู้ต้องหากระทำความผิดจริงหรือไม่ ศาลก็ต้องพิพากษายกฟ้องและปล่อยตัวจำเลยไป หลักการดังกล่าวนี้เป็นที่แพร่หลายและได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางในฐานะหนึ่งในสิทธิขั้นพื้นฐานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่เป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่ทรงพลังที่สุด¹ สะท้อนผ่านภาคกฎหมายอันเป็นอมตะของ William Blackstone นักนิติศาสตร์ผู้ทรงอิทธิพลทางความคิดชาวอังกฤษที่ได้ยืนยันถึงหลักการดังกล่าวว่า “การปล่อยผู้กระทำความผิดไปสืบคน ยังดีเสียกว่าลงโทษผู้บริสุทธิ์เพียงคนเดียว”² และนอกจากนั้นแล้วรัฐต่างๆ ได้ยกระดับความสำคัญของหลักการนี้โดยการนำมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและรัฐบัญญัติอื่นๆ ที่มีลำดับศักดิ์กฎหมายอยู่ในระดับสูง³ จนกระทั่งเป็นที่เข้าใจกันอย่างกว้างขวางในวงการนิติศาสตร์ว่าหลักการดังกล่าวเป็นสิทธิเด็ดขาด (absolute right)⁴ ที่ไม่อาจถูกลดทอนหรือถูกยกเว้นได้เลยทีเดียว

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าแม้ที่จริงแล้วหาได้เป็นเช่นนั้นไม่ เพราะการปล่อยให้ผู้กระทำความผิดหลุดรอดไปนั้นก็เป็น การสร้างต้นทุนทางสังคมไม่น้อยไปกว่าการลงโทษผู้บริสุทธิ์แต่อย่างใดเลย มิหนำซ้ำยังเป็นการลงโทษผู้บริสุทธิ์ซึ่งเป็นผู้เสียหายอีกรูปแบบหนึ่งด้วย กล่าวคือ นอกจากผู้บริสุทธิ์ซึ่งเป็นผู้เสียหายจะได้รับความเสียหายโดยตรงจากการกระทำความผิดแล้ว ยังต้องก้มหน้ายอมรับความบกพร่องในกระบวนการยุติธรรมของรัฐอีกด้วย ทั้งๆ ที่ตนก็เป็นผู้เสียหายซึ่งให้แก่อำนาจเพื่อพาความมั่นคงปลอดภัยมาสู่ตนและสังคม แต่กลับไม่ได้ประโยชน์แห่งความยุติธรรมตอบแทนกลับมาแต่อย่างใด เพราะฉะนั้นแล้วการยกเลิกการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลบริสุทธิ์โดยถือว่าเป็นสิทธิทางพิจารณาความอาญาที่เด็ดขาดนั้นจึงไม่น่าจะใช่คำอธิบายที่ถูกต้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีอาญาที่เกี่ยวข้องกับการทุจริตในคดีสินบน การปล่อยให้ผู้กระทำความผิดดังกล่าวหลุดรอดไปจากการยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่จำเลยนั้นย่อมเป็นการลงโทษประชาชนผู้บริสุทธิ์ทั้งประเทศ อีกทั้งยังเป็นการยอมให้ผู้กระทำความผิดเหยียบย่ำและสร้างความแปดเปื้อนแก่ความบริสุทธิ์ของอำนาจรัฐอีกด้วย เช่น การตัดสินบนแก่เจ้าพนักงานเพื่อให้ตนได้ค่าแรงงานทาสโดยสะดวก⁵ กรณีดังกล่าวจะเห็นได้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการทุจริตในคดีสินบนนั้น นอกจากจะเป็นการทำให้กฎหมายของรัฐไม่ศักดิ์สิทธิ์จากการทำให้เจ้าพนักงานสูญเสีย

¹ Gabriela N. Chihaila, “Short essay on Presumption of innocence. ECHR precedent.”, accessed October 19, 2018, <http://www.wseas.us/e-library/conferences/2011/Brasov1/LAW/LAW-29.pdf>.

²

³ เช่น The Constitution of Italy Republic

Article 27 “Criminal responsibility is personal.

The defendant is not considered guilty until final judgment is rendered”

French Declaration of the Rights of Man and Citizen, 1789

Article 9 “As all persons are held innocent until they shall have been declared guilty, if arrest shall be deemed indispensable, all harshness not essential to the securing of the prisoner’s person shall be severely repressed by law.”

⁴ Anthony Gray, *Presumption of Innocence in Peril: A Comparative Critical Perspective*, (Lexington Books, 2017), 2.

⁵ กิตสุธรณ์ สังขสุวรรณ, “การแก้ไขปัญหาการค้ามนุษย์ด้วยมาตรการ “3P”, ” วารสารสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ 18 (มกราคม-ธันวาคม 2558): 329.

ความเป็นภาวะวิสัยในการปฏิบัติตามหน้าที่แล้ว ยังเป็นการปูทางให้ตนสามารถแสวงหาประโยชน์อันมิควรได้โดยชอบด้วยการทำลายความมั่นคงปลอดภัยของสังคมโดยการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง

ทั้งนี้ แม้จะได้ทำการศึกษาวิจัยเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพของมาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในประเทศไทยไว้อย่างหลากหลายก็ตาม แต่อย่างไรก็ดีดูเหมือนว่าการศึกษาวินิจฉัยต่างๆจะยังมองข้ามปัญหาพื้นฐานของหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ส่งผลอย่างมีนัยสำคัญต่อการดำเนินคดีทุจริตในคดีสินบน ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงจะได้นำบทสันนิษฐานแห่งการทุจริตมานำเสนอ เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพของมาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยในการป้องกันและปราบปรามการให้-รับสินบนตามประมวลกฎหมายอาญา โดยจะได้อธิบายถึงหลักการสันนิษฐานความรับผิดชอบทางอาญา บทสันนิษฐานแห่งการทุจริต โดยศึกษาหลักการและเหตุผลทางประวัติศาสตร์ความเป็นมา และกฎหมายต่างประเทศกรณีสาธารณรัฐสิงคโปร์ในฐานะประเทศที่มีการใช้มาตรการทางกฎหมายดังกล่าวปราบปรามทุจริตอย่างมีประสิทธิภาพ⁶ แล้วจึงจะได้ทำการวิเคราะห์การนำมาปรับใช้กับระบบกฎหมายไทยต่อไป

2. หลักการสันนิษฐานความรับผิดชอบทางอาญา

หลักการพื้นฐานของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา คือ การรักษาสสมดุลระหว่างประโยชน์ทั้งสองสิ่งที่แปรผกผันกันให้ได้รับความคุ้มครองไปพร้อมๆกัน ซึ่งประโยชน์ทั้งสองนั้นได้แก่ “ประสิทธิภาพของรัฐในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ (crime control model)” และ “หลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน (due process)”⁷ ซึ่งทั้งนี้อธิบายได้ว่า หากรัฐมีนโยบายทางอาญาในการเพิ่มประสิทธิภาพอำนาจในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษแล้ว ย่อมทำให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนลดลง ในทางตรงกันข้ามหากรัฐมีนโยบายในการผ่อนคลายนอำนาจรัฐในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษแล้ว หลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนก็ย่อมเพิ่มมากขึ้น เพราะฉะนั้นหากรัฐได้ให้ความสำคัญ หรือลดความสำคัญของประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งที่มากจนเกินไปแล้ว กรณีดังกล่าวย่อมไม่อาจทำให้ความยุติธรรมทางอาญาเกิดขึ้นได้ ดังนั้น กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่มีประสิทธิภาพสูงนั้นต้องสามารถรักษาประโยชน์ทั้งสองสิ่งได้อย่างสมดุลที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้นั่นเอง

ทั้งนี้ หลักการสันนิษฐานความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลนั้นก็เป็นหนึ่งในหลักการที่รักษาความสมดุลของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาโดยสามารถแบ่งได้เป็น 2 รูปแบบ คือ หลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลบริสุทธิ์ (presumption of innocence) และหลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลมีความผิด (presumption of guilt) ซึ่งสามารถอธิบายได้ ดังนี้

⁶ สิงคโปร์ได้รับการจัดอันดับจาก Transparency International (TI) ว่ามีความโปร่งใสในปี ค.ศ. 2017 เป็นอันดับ 6 ของโลก, จาก https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017.

⁷ Herbert L. Packer, *The Limits of The Criminal Sanction*, (California: Stanford University Press, 1968), 153, อ้างถึงใน เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ว่าด้วยการดำเนินคดีในชั้นก่อนพิจารณา, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพฯ: พลสมาย พรินติ้ง, 2553), 1-2.

2.1 หลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลบริสุทธิ์

หลักการ “สันนิษฐานว่าบุคคลบริสุทธิ์ (presumption of innocence)” เป็นหลักการใหญ่ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองให้ผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาปฏิบัติต่อผู้ต้องหาหรือจำเลยปราศจากอคติเยี่ยงผู้บริสุทธิ์โดยไม่คำนึงถึงว่าจะมีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นอย่างไร⁸ ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าหลักการดังกล่าวนี้เป็นหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน (due process model) เนื่องจากหลักกฎหมายดังกล่าวส่งผลให้รัฐไม่อาจที่จะใช้อำนาจลงโทษประชาชนผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดเลยหากไม่สามารถพิสูจน์ให้สิ้นสงสัย (proof beyond reasonable doubt) ได้ว่าบุคคลนั้นเป็นผู้กระทำความผิด⁹

ทั้งนี้ เหตุผลเบื้องหลังที่สำคัญที่จำต้องให้ความคุ้มครองกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามหลักการนี้ ก็เพราะมาตรการทางอาญาโดยเฉพาะเรื่องโทษนั้นส่งผลต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างร้ายแรง กล่าวคือ โทษประหารชีวิตพราศสิทธิในการมีชีวิต โทษจำคุกและกักขังเป็นการจำกัดเสรีภาพ ในขณะที่โทษปรับและริบทรัพย์สินเป็นการพราศสิทธิในทรัพย์สิน ดังนั้น เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม การที่รัฐจะนำมาตรการดังกล่าวไปใช้บังคับกับประชาชนจึงจำเป็นที่จะต้องมีการพิจารณาที่ดีที่เหมาะสมอันจะสามารถให้รัฐมั่นใจได้อย่างหนักแน่นว่าบุคคลที่ต้องโทษนั้นเป็นผู้กระทำความผิดที่แท้จริง และในขณะเดียวกันยังเป็นการให้คำมั่นสัญญาแก่ประชาชนว่าผู้บริสุทธิ์จะไม่ถูกลงโทษอีกด้วย¹⁰ นอกจากนี้ยังมีเหตุผลในเรื่องของความได้เปรียบ-เสียเปรียบในทางคดี กล่าวคือ รัฐมีเจ้าพนักงานที่มีความเชี่ยวชาญในเรื่องของกระบวนการพิจารณาพิพากษามากกว่าประชาชน รัฐจึงมีความได้เปรียบในทางคดีอยู่ก่อนแล้วโดยสภาพ¹¹ เพื่อไม่ให้ปัจเจกชนต้องเสียเปรียบในทางคดีมากเกินไปจนกระทั่งตกเป็น “กรรมในคดี (procedural object)” ที่แทบไม่หลงเหลือสิทธิอะไรอยู่อีกเลย¹² จึงต้องมีหลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลเป็นผู้บริสุทธิ์เพื่อมาถ่วงดุลเอาไว้ไม่ให้รัฐใช้ความได้เปรียบนั้นในการใช้อำนาจควบคุมอาชญากรรมจนเกินความเหมาะสมอันจะทำให้เกิดความผิดพลาดในกระบวนการยุติธรรม (miscarriage of justice) จากการลงโทษผู้บริสุทธิ์¹³

ด้วยเหตุนี้ หลักการดังกล่าวจึงเป็นที่มาของแนวคิดพื้นฐานของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่สำคัญสองประการประกอบกัน¹⁴ คือ “ผู้กล่าวหาภาระการพิสูจน์ (actori incumbit probatio)” และ “ผู้ต้องหาจะยังไม่เป็นอาชญากรจนกว่าจะมีคำพิพากษา (non statim qui accusatur reus est)”

⁸ วศิน แดงประดับ, “การสันนิษฐานว่าบุคคลทุกคนเป็นผู้บริสุทธิ์: หลักการและข้อยกเว้นบางประการ,” เข้าถึงเมื่อ 10 ตุลาคม 2561, <http://web.krisdika.go.th/pdfPage.jsp?type=act&actCode=229>.

⁹ เกียรติขจร วัฒนสวัสดิ์, คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ว่าด้วยการดำเนินคดีในชั้นก่อนพิจารณา, 9.

¹⁰ Andrew Ashworth, “Four Threats to the Presumption of Innocence,” *The South African Law Journal* (2006): 72.

¹¹ Ibid., 71.

¹² คณิต ณ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561), 70.

¹³ In re Winship, 397 U.S. at 364 (Brennan, J., for the Court).

¹⁴ François Quintard-Morénas, “The Presumption of Innocence in the French and Anglo-American Legal Traditions,” *The American Journal of Comparative Law* 107: 110.

สำหรับในส่วนของแนวคิดที่ว่า “ผู้กล่าวหาภาระการพิสูจน์” เป็นข้อความคิดเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความอาญาที่มีมาอย่างยาวนานแล้ว ซึ่งได้วางหลักการในเรื่องดังกล่าวไว้ว่า ผู้ใดก็ตามที่ฟ้องร้องคดีอาญาผู้อื่น ผู้นั้นมีภาระการพิสูจน์ความผิดของบุคคลที่ตนได้ทำการกล่าวหา (burden of proof) โดยผู้ต้องหาจะมีหน้าที่พิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนเองก็ต่อเมื่อพยานหลักฐานของผู้กล่าวหาไม่มีชัดเจนเพียงพอที่จะแสดงให้เห็นได้อย่างสิ้นข้อสงสัยว่าผู้ต้องหาเป็นผู้กระทำความผิดจริง¹⁵ ซึ่งถ้าหากไม่เป็นเช่นนั้นแล้วก็ต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยในข้อเท็จจริงที่ไม่ชัดเจนให้แก่ผู้ถูกกล่าวหาไป (*in dubio pro reo*)¹⁶

ส่วนแนวคิดที่ว่า “ผู้ต้องหาจะยังไม่เป็นอาชญากรจนกว่าศาลจะมีคำพิพากษา” นี้อธิบายได้ว่า จนกว่ากระบวนการยุติธรรมของรัฐจะพิสูจน์ได้ว่าผู้ต้องหาเป็นผู้กระทำความผิดจริง “สังคม (society)” ไม่มีสิทธิที่จะปฏิบัติกับผู้ถูกกล่าวหาเท่ากับเป็นผู้กระทำความผิด¹⁷ เช่น “ผู้ต้องหา (accused)” ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นไม่อาจถูกเรียกว่า “ฆาตกร (murder)” ตราบใดที่ยังไม่ได้มีการพิสูจน์ด้วยกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมายว่าบุคคลนั้นเป็นผู้กระทำความผิดจริง ผู้ต้องหายังคงมีสถานะดังเช่นบุคคลทั่วไป มีสิทธิต่างๆเช่นเคย ไม่ลดน้อยถอยลงไปจากช่วงเวลาก่อนที่จะตนจะถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดแต่อย่างใด

เมื่อหลักการกำหนดภาระการพิสูจน์และการปฏิบัติต่อผู้ต้องหาในคดีอาญาดังกล่าวได้มีการนำมาใช้ควบคู่กันเสมอในการพิจารณาคดีอาญา เมื่อเวลาผ่านไปจึงเกิดการตกลึกทางความคิดจนกระทั่งได้มีการพัฒนาเป็นหลักกฎหมายที่ว่า “ผู้ต้องหาเป็นผู้บริสุทธิ์จนกระทั่งพิสูจน์ว่าเป็นผู้กระทำความผิด (innocent until proven guilty)”¹⁸ หรือที่รู้จักกันดีในชื่อของหลักการ “สันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลบริสุทธิ์” นั่นเอง ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ก็ได้มีการรับรองเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างเป็นสากลในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights; UDHR) ข้อที่ 11(1)¹⁹ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights; ICCPR) ข้อที่ 14(2)²⁰ และอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (European Convention on Human Rights; ECHR) ข้อที่ 6(2)²¹ กรณีดังกล่าวจึงส่งผลให้รัฐที่เป็นภาคีทั้งหลายมีพันธกรณีที่จะต้องปรับปรุงแก้ไขกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาภายในของตนไม่ให้ขัดหรือแย้งกับปฏิญญาและกติการะหว่างประเทศดังกล่าวด้วยเพื่อไม่ให้รัฐมีความรับผิดชอบจากการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ²² อย่างไรก็ตาม แม้หลักการสันนิษฐานความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลดังกล่าวจะมี

¹⁵ Ibid., 111.

¹⁶ Ibid., 111-112.

¹⁷ Ibid., 112.

¹⁸ Ibid., 114.

¹⁹ “Universal Declaration of Human Rights,” (เอกสารตีพิมพ์ไม่เผยแพร่)

Article 11(1) “Everyone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has had all the guarantees necessary for his defence.”

²⁰ International Covenant on Civil and Political Rights

Article 14(2) “Everyone charged with a criminal offence shall have the right to be presumed innocent until proved guilty according to law”

²¹ European Convention on Human Rights

Article 6(2) “Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.”

²² นพนิธิ สุริยะ, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2556), 60.

กฎหมายระหว่างประเทศรับรองและเป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางโดยทั่วไป แต่ก็ยังคงมีแนวคิดที่แตกต่างออกไป นั่นคือหลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลมีความผิด ซึ่งจะได้อธิบายในลำดับต่อไป

2.2 หลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลมีความผิด

หลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลมีความผิด (presumption of guilt) นั้นเป็นแนวคิดที่มีมาก่อน หลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลบริสุทธิ์เสียอีก ทั้งนี้ สะท้อนผ่านระบบวิธีพิจารณาความอาญาสมัยโบราณที่ใช้วิธีทรมาน (trial by ordeal) โดยให้จำเลยพิสูจน์ความบริสุทธิ์ต่อพระเจ้าด้วยการดำนํ้า ลุยเพลิง หากไม่ได้รับอันตรายจึงจะถือว่าเป็นผู้บริสุทธิ์²³ ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าหลักการดังกล่าวเพิ่มประสิทธิภาพในการควบคุมอาชญากรรมของรัฐ (crime control model) และลดทอนหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนลงอย่างยิ่งยวด²⁴ เนื่องจากหลักการดังกล่าวเน้นเจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรมของรัฐทั้งเจ้าหน้าที่ตำรวจและพนักงานอัยการไม่มีภาระการพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหาแต่อย่างใด เป็นภาระหน้าที่ของผู้ต้องหาที่จะต้องมีการนำเสนอพยานหลักฐานต่าง ๆ เพื่อให้ตนหลุดพ้นจากข้อกล่าวหา และนอกจากนี้ผู้ต้องหาจะต้องตกเป็นผู้มีมลทินในทันทีที่ถูกกล่าวหาจนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่าตนเป็นผู้บริสุทธิ์²⁵ กรณีดังกล่าวจึงส่งผลให้การปฏิบัติใด ๆ ของเจ้าหน้าที่รัฐต่อผู้ต้องหาในกรณีนี้ก็มักจะอยู่บนฐานของความคิดที่ว่าบุคคลที่ตนทำการดำเนินคดีอยู่นั้นมีแนวโน้มที่จะเป็นอาชญากร²⁶ แต่ทั้งนี้เมื่อสังคมได้มีการพัฒนามากขึ้นโดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของกฎหมายลักษณะพยานและสิทธิของผู้ต้องหาในคดีอาญา หลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลมีความผิดจึงได้ถูกยกเลิกไปพร้อมกับ การเกิดขึ้นมาของหลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลบริสุทธิ์นั่นเอง²⁷

อย่างไรก็ตาม การนำหลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลบริสุทธิ์ไปใช้อย่างเป็นเด็ดขาดกับคดีอาญาทุกประเภทโดยมิได้คำนึงถึงความแตกต่างในรายละเอียดของแต่ละฐานความผิดนั้น ก็อาจทำให้ในบางกรณีความยุติธรรมทางอาญานั้นไม่บรรลุผล เพราะคดีอาญาแต่ละประเภทก็มีความร้ายแรง ความซับซ้อน ความยาก-ง่ายในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่ต่างกัน การที่รัฐยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่จำเลยด้วยเหตุที่ว่าคดีมีความซับซ้อนมากเกินไปกว่าความสามารถของรัฐที่จะพิสูจน์ความจริงในคดีให้สิ้นสงสัยนั้นจึงเป็นการสร้างความยุติธรรมแก่สังคมไม่ต่างจากการลงโทษผู้บริสุทธิ์โดยผิดหลง ดังนั้น แนวคิดเรื่องหลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลมีความผิดจนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่าตนเองเป็นผู้บริสุทธิ์จึงยังไม่สูญสิ้นไปเสียทีเดียว หากแต่ยังมีการนำมาปรับใช้ในรูปแบบของการกำหนดบทสันนิษฐานตามกฎหมายลักษณะย้อนกลับ (reverse onus provision) ที่เป็นการผลัดภาระการพิสูจน์ (shifting of burden of proof) ให้แก่จำเลยในคดีอาญาบางประเภทเป็นกรณีกเว้น²⁸

²³ โสภณ รัตนกร, *คำอธิบาย กฎหมายลักษณะพยาน*, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2553), 11.

²⁴ Herbert L. Packer, "Two Model of Criminal Process," *University of Pennsylvania Law Review*: 11.

²⁵ สมทรัพย์ น้าอานวย, "บทบาทของศาลในชั้นพิจารณากับการค้นหาความจริงในคดีอาญา" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), 26.

²⁶ Herbert L. Packer, "Two Model of Criminal Process," 12.

²⁷ วรวิทย์ ฤทธิพิศ, "การเปิดเผยข้อเท็จจริงในคดีอาญา," *ศุลพาฬ* (กรกฎาคม-กันยายน 2538): หน้า 71.

²⁸ Anthony Davidson Gray, "The Presumption of Innocence Under Attack," *New Criminal Law Review* (2017): 601.

ทั้งนี้ บทสันนิษฐานตามกฎหมายที่หลักการการพิสูจน์ให้แก่จำเลยมีอยู่ด้วยกัน 2 ประเภท คือ “บทสันนิษฐานเด็ดขาด (non-rebuttable presumption)” อันเป็นบทสันนิษฐานที่กฎหมายไม่เปิดโอกาสให้มีการนำสืบโต้แย้งหรือหักล้างได้ และ “บทสันนิษฐานไม่เด็ดขาด (rebuttable presumption)” อันเป็นบทสันนิษฐานที่กฎหมายเปิดโอกาสให้มีการนำสืบหักล้างได้²⁹

สำหรับกรณีข้อสันนิษฐานไม่เด็ดขาดนี้ยังมีความเห็นทางวิชาการในประเด็นของการขัดแย้งกับหลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลบริสุทธิ์ โดยความเห็นดังกล่าวนี้มีอยู่ด้วยกัน 2 แนวทาง คือ

ความเห็นแรก เห็นว่า บทบัญญัติเช่นนี้ขัดต่อหลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลบริสุทธิ์ เพราะเป็นการสันนิษฐานว่าบุคคลเป็นผู้กระทำความผิดเสียตั้งแต่แรก อีกทั้งยังเป็นการละเมิดสิทธิของจำเลยในการที่จะไม่เบิกความปรักปรำตนเอง (privilege against self-incrimination) เพราะการกำหนดบทสันนิษฐานเช่นนี้ทำให้จำเลยต้องอ้างตนเองเป็นพยานเพื่อนำสืบให้พ้นจากข้อสันนิษฐาน³⁰

ความเห็นที่สอง เห็นว่า บทสันนิษฐานที่เป็นโทษแก่จำเลยนั้นไม่ขัดต่อหลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลบริสุทธิ์ เพราะบทสันนิษฐานดังกล่าวไม่ได้บัญญัติว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยมีความผิดตั้งแต่เบื้องต้นก่อนที่โจทก์จะนำสืบตามเงื่อนไขของข้อสันนิษฐาน กล่าวคือ ยังคงต้องสันนิษฐานอยู่ว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะนำสืบข้อเท็จจริงได้³¹ และฝ่ายนี้ยังมีความเห็นเพิ่มเติมอีกว่าการบัญญัติบทสันนิษฐานตามกฎหมายที่มีผลเป็นโทษแก่จำเลยในคดีอาญาสามารถทำได้หากสามารถกำหนดบทสันนิษฐานความผิดของบุคคลได้โดยอาศัยความสัมพันธ์ที่สมเหตุสมผลกันระหว่างข้อเท็จจริงที่ต้องพิสูจน์กับข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไข³² หมายความว่า ถ้าข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขมีอยู่ ข้อเท็จจริงที่สันนิษฐานก็ย่อมมีอยู่ด้วย แต่ถ้าข้อสันนิษฐานใดไม่มีความสัมพันธ์กันระหว่างข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขกับข้อเท็จจริงที่สันนิษฐานในระดับดังกล่าว ศาลจะถือว่าข้อสันนิษฐานนั้นไร้ผล เพราะขัดต่อกระบวนการยุติธรรม³³ และทั้งนี้บทสันนิษฐานดังกล่าวนี้ก็เป็นเพียงกฎหมายที่กำหนดหน้าที่ให้จำเลยนำพยานหลักฐานมาแสดงต่อศาลให้เพียงพอเพื่อโต้แย้งบทสันนิษฐานให้เห็นข้อเท็จจริงเป็นอย่างอื่นและหักล้างข้อสันนิษฐานเท่านั้น หาได้เป็นการหลักการการพิสูจน์ให้แก่จำเลยอย่างแท้จริงไม่³⁴

ทั้งนี้ ข้อถกเถียงในประเด็นดังกล่าวนี้ก็ได้นำเข้าสู่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights; ECtHR) ซึ่งได้มีการวินิจฉัยไว้ในคดี *Salabiaku v France* ว่า ฝ่ายนิติบัญญัติอาจกำหนดบทสันนิษฐานในคดีอาญาไม่เด็ดขาดได้โดยไม่ขัดต่อหลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลบริสุทธิ์แต่อย่างใด³⁵ แต่ทั้งนี้ต้องมีความชอบธรรมภายใต้หลักเกณฑ์ “ข้อจำกัดที่สมเหตุสมผล (reasonable limits)”³⁶ เพื่อไม่ให้กระทบต่อหลักการดังกล่าว ซึ่งสามารถพิจารณาได้ดังนี้

²⁹ อุดม รัฐอมฤต, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 4 (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), 207-208.

³⁰ เรื่องเดียวกัน, 209.

³¹ เรื่องเดียวกัน.

³² เรื่องเดียวกัน.

³³ *Tot v United States*, (U.S.: 1945).

³⁴ อุดม รัฐอมฤต, “ผลของข้อสันนิษฐานตามกฎหมายต่อการกำหนดหน้าที่นำสืบในคดีอาญา,” *วารสารนิติศาสตร์*, 25 (มิถุนายน 2538): 314.

³⁵ *Salabiaku v France* (Application no.10589/83) (1991) 13 ECHR 379, at 388.

³⁶ Federico Picinali, “Innocence and Burdens of Proof in English Criminal Law,” *Law Probability and Risk* : 13.

(1) หลักความร้ายแรงของฐานความผิด (Gravity of the Offense)

ลักษณะของภัยคุกคาม (nature of threat) ของอาชญากรรมเป็นข้อพิจารณาหนึ่งในการกำหนดบทสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลมีความผิด โดยมีหลักคิดที่ว่า “ยิ่งความผิดอาญามีแนวโน้มจะสร้างความเสียหายแก่สังคมมากเพียงใด ความชอบธรรมของรัฐที่จะกำหนดบทสันนิษฐานเช่นนั้นก็จะยิ่งมากขึ้นเท่านั้น (the more serious crime, the greater justification)”³⁷ ซึ่งอธิบายได้ว่า ยิ่งอาชญากรรมร้ายแรงมากขึ้นเท่าไร รัฐก็ยิ่งจำเป็นที่จะต้องเพิ่มประสิทธิภาพของอำนาจในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษมากขึ้นตามไปเท่าทันกันนั่นเอง อย่างไรก็ตาม ข้อพิจารณาถึงความร้ายแรงของฐานความผิดเพียงอย่างเดียวยังไม่เป็นเหตุผลที่เพียงพอสำหรับการนำมาเป็นหลักการกำหนดบทสันนิษฐานที่ผลักภาระการพิสูจน์ให้แก่จำเลย เพราะในทางตรงกันข้ามนั้น เราต้องไม่ลืมว่าความผิดอาญาร้ายแรงนั้นก็ย่อมมีโทษร้ายแรงตามไปด้วย ยิ่งโทษทางอาญาส่งผลร้ายต่อบังเอิญชนมากเพียงใด ความแม่นยำของกระบวนการยุติธรรมก็ยิ่งต้องมีความหนักแน่นมากขึ้นเท่านั้น³⁸ การกำหนดบทสันนิษฐานดังกล่าวจึงต้องมีการพิจารณาหลักการอื่นประกอบด้วย

(2) หลักความสะดวกในการแสวงหาพยานหลักฐาน (Comparative Convenience Test)

หลักการนี้มีเหตุผลเบื้องหลังที่ว่า ภาระการพิสูจน์ไม่ควรตกอยู่กับรัฐหากปรากฏว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยสามารถนำเสนอพยานหลักฐานเพื่อโต้แย้งข้อกล่าวหาได้โดยไม่เป็นการยาก และ/หรือพยานหลักฐานนั้นอยู่ในความรับรู้ของผู้ต้องหาหรือจำเลยแต่เพียงผู้เดียว³⁹ ทั้งนี้ เนื่องจากในคดีอาญาด้านความผิดบางประเภทมีความสลับซับซ้อนอันส่งผลให้รัฐมีความยากลำบากอย่างมากในการพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหาหรือจำเลย ในขณะที่จำเลยสามารถพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนได้โดยง่ายกว่า เพราะฉะนั้นการผลักภาระการพิสูจน์ให้แก่จำเลยในกรณีดังกล่าวจึงสามารถทำให้ปัญหาข้อเท็จจริงมีโอกาสได้รับการพิสูจน์จนถึงระดับสันสงสัยตามควรได้อย่างมีประสิทธิภาพมากกว่า⁴⁰ และลดความเสี่ยงในการเกิดความผิดพลาดในกระบวนการยุติธรรมจากการลงโทษผู้บริสุทธิ์ได้มากกว่าที่จะปล่อยให้เป็นภาระการพิสูจน์แก่รัฐแต่เพียงผู้เดียว⁴¹ ทั้งนี้ ข้อพิจารณาดังกล่าวไม่ได้เป็นการละเมิด “สิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยที่จะไม่ให้การอย่างใดก็ได้ (right to remain silence)” เพราะภาระการพิสูจน์นี้ไม่ได้เป็นการกำหนดให้จำเลยให้การอันเป็นปฏิกิริยาต่อตนเอง แต่เป็นการให้จำเลยให้การอันเป็นประโยชน์แก่ตนเองโดยไม่เป็นการยากลำบากแต่อย่างใด⁴²

(3) หลักความเกี่ยวเนื่องอย่างมีเหตุผล (Rational Connection)

หลักการนี้มีสาระสำคัญอยู่ว่า “ข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการสันนิษฐาน (basic fact)” อันเป็นข้อเท็จจริงที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดให้โจทก์ต้องพิสูจน์จะต้องมีความสัมพันธ์กันอย่างมีเหตุมีผลกับ “ข้อเท็จจริง

³⁷ *R v. Johnstone*, [2003] 1 A.C. 1736,1750 (Lord Nicholls, with whom all other Lords agreed); cited in Anthony Davidson Gray, *Ibid.*, p. 610.

³⁸ Anthony Davidson Gray, *Ibid.*, 609-611.

³⁹ *Ibid.*, 611.

⁴⁰ *Sheldrake*, [2005] 1 A.C. 264,309.; cited in Anthony Davidson Gray, *Ibid.*, 612.

⁴¹ David Hamer, “A Dynamic Reconstruction of the Presumption of Innocence,” *Oxford Journal of Legal Studies* (July 2011): 427.

⁴² Anthony Davidson Gray, “The Presumption of Innocence Under Attack,” 612.

ที่ต้องการพิสูจน์ (presumed fact)” อันเป็นข้อเท็จจริงที่ถูกสันนิษฐานหรือถูกกำหนดขึ้นโดยกฎหมาย⁴³ กล่าวคือ หากรัฐจะกำหนดบทสันนิษฐานในคดีอาญาที่เป็นการผลักการพิสูจน์แก่จำเลย จะต้องปรากฏว่ามีการเกาะเกี่ยวหรือเชื่อมโยงกันอย่างสมเหตุสมผลหรือมีความใกล้ชิดกันระหว่างข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการสันนิษฐาน และข้อเท็จจริงที่ต้องการพิสูจน์นั่นเอง⁴⁴

ทั้งนี้ แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับหลักการสันนิษฐานความรับผิดทางอาญาของบุคคลโดยเฉพาะบทสันนิษฐานตามกฎหมายที่ไม่เด็ดขาดซึ่งผลักการพิสูจน์ให้แก่จำเลยนั้นก็ได้มีการนำมาปรุงแต่งโดยนักนิติศาสตร์เพื่อนำไปใช้เป็นกลไกหนึ่งในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมร้ายแรง โดยสะท้อนผ่านกฎหมายภายในของรัฐต่างๆ เช่น การนำมาปรับใช้กับกรณีการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรม⁴⁵ และการจำหน่ายยาเสพติด⁴⁶ ตลอดจนการนำไปใช้ในการดำเนินคดีเกี่ยวกับการทุจริต โดยปรากฏตัวในนามของบทสันนิษฐานแห่งการทุจริต (presumption of corruption) ซึ่งผู้เขียนจะได้นำมาเสนอเป็นข้ออภิปรายสำคัญในบทความฉบับนี้

3. บทสันนิษฐานแห่งการทุจริต (Presumption of Corruption)

แนวคิดเรื่องการกำหนดบทสันนิษฐานที่ไม่เด็ดขาดที่ผลักการพิสูจน์ให้แก่จำเลยนี้ เป็นแนวคิดของนักกฎหมายฝ่ายนิติบัญญัติของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (common law) โดยมีเหตุผลเบื้องหลังเพื่อนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการช่วยเหลือฝ่ายตุลาการโดยการใช้บทสันนิษฐานตามกฎหมายในการวางแนวทางเพื่อสันนิษฐานองค์ประกอบในการกระทำความผิดในข้อนั้น⁴⁷ ต่างจากระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (civil law) ที่ไม่นิยมนำมาใช้เนื่องจากในระบบกฎหมายดังกล่าว ศาลมีอิสระ ความสะดวก และความคล่องตัวในการค้นหาความจริงมากกว่า จึงไม่มีความจำเป็นต้องใช้บทสันนิษฐานเข้าช่วยเหลือแต่อย่างใด และด้วยเหตุแห่งอุปสรรคในการค้นหาความจริงที่มีระเบียบพิธี ความยุ่งยาก และกฎเกณฑ์ในการรับฟังพยานหลักฐานในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่เคร่งครัดนี้ บทสันนิษฐานตามกฎหมายอันมีหลักเกณฑ์ในการผลักการพิสูจน์จึงได้ถือกำเนิดขึ้นในระบบวิธีพิจารณาความอาญาของกฎหมายคอมมอนลอว์นั่นเอง⁴⁸ บทสันนิษฐานแห่งการทุจริตในคดีสินบนซึ่งมีรากฐานทางความคิดมาจากหลักการกำหนดบทสันนิษฐานดังกล่าวจึงมีต้นกำเนิดจากประเทศอังกฤษ และมีอิทธิพลต่อประเทศอื่นๆ ที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ด้วย

ในส่วนนี้ ผู้เขียนจะได้อธิบายถึงประวัติความเป็นมาของการกำหนดบทสันนิษฐานแห่งการทุจริต และกฎหมายต่างประเทศศึกษากรณีสาธารณรัฐสิงคโปร์

⁴³ เข็มชัย ชุตินวงศ์, “ความชอบธรรมของการกำหนดบทสันนิษฐานตามกฎหมายในคดีอาญา,” *วารสารอัยการ* (2532): 27.

⁴⁴ นรเศรษฐ์ สว่างแจ้ง, “ความรับผิดทางอาญาของผู้บริหารนิติบุคคล : ศึกษาบทบัญญัติของกฎหมายไทย” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), 88.

⁴⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 211 “ผู้ใดประชุมในที่ประชุมอันชั่วหรือซ่อนโจร ผู้หนึ่งกระทำความผิดฐานเป็นอันชั่วหรือซ่อนโจร เว้นแต่ผู้หนึ่งจะแสดงได้ว่า ได้ประชุมโดยไม่รู้ว่าเป็นการประชุมของอันชั่วหรือซ่อนโจร”

⁴⁶ Misuse of Drugs Act section 17 (Singapore)

⁴⁷ สมบัติ ดาวแจ้ง, “ข้อสันนิษฐานความรับผิดในทางอาญา” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), 66.

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน, 67.

3.1 ประวัติความเป็นมา

เนื่องจากบทสันนิษฐานแห่งการทูลฎีกามีรากฐานทางความคิดจากบทสันนิษฐานความรับผิดชอบที่หลักการการพิสูจน์แก้จำเลยตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ดังนั้น การศึกษาแนวคิดดังกล่าวจากกฎหมายอังกฤษจึงมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง ซึ่งสามารถพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

3.1.1 บทสันนิษฐานในคดีอาญาตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์อังกฤษ

ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่เป็นต้นแบบของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ซึ่งเป็นระบบกฎหมายที่พัฒนามาจากคำพิพากษาของศาล หลักเกณฑ์ของระบบนี้มาจากเหตุผลและข้อถกเถียงในคดีต่างๆ จนกลายเป็นหลักกฎหมาย คำพิพากษาของศาลจึงเป็นกฎหมายมีผลผูกพันศาลอื่นๆให้ต้องปฏิบัติตาม⁴⁹ การวินิจฉัยปัญหาทางกฎหมายต่างๆของประเทศอังกฤษจึงมีนิติวิธีที่เป็นแบบแผนของกฎหมายคอมมอนลอว์โดยเฉพาะ กล่าวคือ เมื่อใดก็ตามที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษร (statutory law) มาปรับใช้กับข้อเท็จจริง ศาลจะปรับใช้กฎหมายจากที่มาของการใช้เหตุผลของคอมมอนลอว์ (common law reasoning) ตามหลักที่เรียกว่า “หลักคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐาน (the doctrine of precedent)”⁵⁰

กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศอังกฤษนั้นได้ยึดถือหลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่า บุคคลบริสุทธิ์มาเป็นเวลานานแล้ว โดยสะท้อนผ่านคำพิพากษาต่างๆที่ได้มีการวินิจฉัยไว้ในช่วงศตวรรษที่ 18⁵¹ และได้มีการพัฒนาต่อมาตามลำดับ จนกระทั่งมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้รับการยอมรับว่ามีกรกล่าว “ประโยคทองคำทอง (golden thread)” ที่อธิบายถึงหลักกฎหมายเกี่ยวกับการสันนิษฐานความรับผิดชอบของบุคคลในคดีอาญาได้อย่างแจ่มชัดที่สุดนั้น ก็คือ คดี *Woolmington v. DPP* [1935] ซึ่ง Viscount Sankey ผู้พิพากษาในคดีดังกล่าวได้วางหลักว่า

“ตลอดทั้งปริณิชนของกฎหมายอาญอังกฤษ สิ่งที่สำคัญที่ประจักษ์ชัดอยู่เสมอ คือ หน้าที่ของโจทก์ที่จะต้องพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหา...เว้นแต่มีการยกข้อต่อสู้เรื่องจิตบกพร่อง หรือมีพระราชบัญญัติกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ทั้งนี้ หากในท้ายที่สุดหรือโดยตลอดของคดี มีเหตุสงสัยตามควรตามพยานหลักฐานที่ปรากฏว่าผู้ต้องหากระทำผิดจริงหรือไม่ เขาจะต้องได้รับการพิพากษายกฟ้อง โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงความหนักเบาของข้อหาหรือลำดับชั้นศาลที่พิจารณาคดีแต่อย่างใดหลักการที่ให้โจทก์มีหน้าที่พิสูจน์ความผิดของจำเลยนี้เป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์อังกฤษที่ไม่สามารถถูกกลดทอนลงได้เลย”⁵²

⁴⁹ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, *สังคมกับกฎหมาย*, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559), 33.

⁵⁰ “Common law reasoning”, accessed October 11, 2018, <https://www.lawteacher.net/free-law-essays/common-law/common-law-reasoning.php?vref=1>.

⁵¹ โปรดดู: คดี *Regina v. Best*, [1705] 87 Eng. Rep.941, 942: “every man is presumed until the contrary appear” (Holt, C.J.) (Q.B.) และ คดี *Bird v. Bird*, [1753] 161 Eng. Rep. 78, 79.

⁵² Throughout the web of the English Criminal Law one golden thread is always to be seen that it is the duty of the prosecution to prove the prisoner’s guilt subject to.... the defence of insanity and subject also to any statutory exception. If, at the end of and on the whole of the case, there is a reasonable doubt, created by the evidence given... the prosecution has not made out the case and the prisoner is entitled to an acquittal. No matter what the charge or where the trial, the principle that the prosecution must prove the guilt of the prisoner is part of the common law of England and no attempt to whittle it down can be entertained.”; cited in *Woolmington v DPP*. [1935] AC 462 at 481.

ต่อมาเมื่อประเทศอังกฤษได้เข้าเป็นรัฐภาคีของอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The European Convention on Human Rights; ECHR) รัฐจึงมีพันธกรณีที่จะต้องทำการอนุวัติกฎหมายให้เป็นไปตามหลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ได้จนสงสัยว่าได้กระทำความผิดจริง ตามข้อ 6(2) ด้วยเหตุนี้จึงเป็นผลทำให้หลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลเป็นผู้บริสุทธิ์ตามระบบกฎหมายอังกฤษปรากฏตัวเป็นลายลักษณ์อักษรใน Human Rights Act, 1998 มาตรา 6(2)⁵³ และยังได้มีการกำหนดให้ศาลต้องตีความบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรทั้งหลายให้สอดคล้องกับหลักการต่างๆ ตามอนุสัญญา ECHR อีกด้วย ตามมาตรา 3(1)⁵⁴ กรณีดังกล่าวนี้ก็ส่งผลให้เกิดข้อถกเถียงมากมายเกี่ยวกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรหลายฉบับของประเทศอังกฤษที่ได้กำหนดให้มีการผลักภาระการพิสูจน์แก่จำเลยซึ่งมีผลบังคับใช้อยู่ ว่าขัดหรือแย้งกับหลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลบริสุทธิ์ตาม Human Rights Act, 1998 หรือไม่

ทั้งนี้ ประเด็นปัญหาดังกล่าวนี้ได้รับการคลี่คลายโดยคำพิพากษาในคดี *R v. Lambert* [2002] ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าจำเลยถูกกล่าวหาว่ามีสิ่งเสพติดผิดกฎหมายไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่ายอันเป็นความผิดด้วยผลแห่งบทสันนิษฐานตาม Misuse of Drugs Act, 1971 มาตรา 5(3)⁵⁵ ซึ่งมีบทบัญญัติในมาตรา 28 ที่กำหนดเหตุยกเว้นความผิดในกรณีที่จำเลยสามารถพิสูจน์ได้ว่าตนไม่รู้ข้อเท็จจริงถึงวัตถุที่ตนครอบครอง หรือไม่มีเหตุที่ตนจะต้องสงสัยในวัตถุที่ตนครอบครอง⁵⁶ ทั้งนี้ ศาลได้ให้เหตุผลว่าบทบัญญัติที่ผลักภาระการพิสูจน์แก่จำเลยตาม มาตรา 28 นี้ไม่ได้ขัดแย้งกับ Human Rights Act, 1998 แต่อย่างใด เพราะบทสันนิษฐานนี้ได้ถูกจำกัดเอาไว้ อย่างแคบและสามารถหักล้างได้ นอกจากนี้ เป็นการง่ายสำหรับจำเลยที่จะนำเสนอพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนเองอีกด้วย⁵⁷

ภายหลังจากนั้นยังมีคดี *Sheldrake v. D.P.P* [2005] ที่ได้วางหลักข้อจำกัดในการกำหนดบทสันนิษฐานไว้ โดยมีข้อเท็จจริงว่าจำเลยถูกกล่าวหาว่าทำการซับริยนต์ภายหลังจากดื่มแอลกอฮอล์มากเกินไปที่กำหนดไว้ในกฎหมายอันเป็นความผิดตาม Road Traffic Act, 1988 มาตรา 5(1)⁵⁸ ซึ่งมีเหตุยกเว้นความผิด

⁵³ Human Rights Act, 1998

Article 6(2) "Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law"

⁵⁴ Human Rights Act, 1998

Article 3(1) "So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights."

⁵⁵ Misuse of Drugs Act, 1971

Article 5(3) "Subject to section 28 of this Act, it is an offence for a person to have a controlled drug in his possession, whether lawfully or not, with intent to supply it to another in contravention of section 4(1) of this Act."

⁵⁶ Misuse of Drugs Act, 1971

Article 28(2) "Subject to subsection (3) below, in any proceedings for an offence to which this section applies it shall be a defence for the accused to prove that he neither knew of nor suspected nor had reason to suspect the existence of some fact alleged by the prosecution which it is necessary for the prosecution to prove if he is to be convicted of the offence charged."

⁵⁷ *R v. Lambert*, [2002] 2 A.C. 545, 622-625.

⁵⁸ Road Traffic Act, 1988

Article 5(1) "If a person

(a) drives or attempts to drive a motor vehicle on a road or other public place, or

(b) is in charge of a motor vehicle on a road or other public place, after consuming so much alcohol that the proportion of it in his breath, blood or urine exceeds the prescribed limit he is guilty of an offence."

ในกรณีที่จำเลยพิสูจน์ได้ว่า ในขณะที่เขาถูกกล่าวหากระทำความผิดนั้น ปริมาณแอลกอฮอล์ในร่างกายของเขา ไม่มีความเป็นไปได้เลยที่จะเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด⁵⁹ ทั้งนี้ ศาลได้ให้เหตุผลว่าบทบัญญัติมาตรา 5 นี้ไม่ขัดแย้ง ต่อ Human Rights Act, 1998 เช่นเดียวกัน เนื่องจากการหลักการการพิสูจน์ให้แก้จำเลยนี้หาได้เป็นไปโดย อำนวยใจอย่างไรเหตุผลไม่ หากแต่เป็นไปโดยมีความจำเป็นเพื่อรักษาความปลอดภัยของสาธารณะ (public safety) อีกทั้งจำเลยมีโอกาสดังเดิมที่จะพิสูจน์ความบริสุทธิ์จากข้อเท็จจริงที่อยู่ในความรู้เห็นของจำเลย แต่เพียงผู้เดียวอีกด้วย⁶⁰

จากการอธิบายข้างต้นจะเห็นได้ว่าแม้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์อังกฤษจะยึดถือหลักการ สันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลบริสุทธิ์ในการพิจารณาตีอาญา แต่ก็ไม่ได้ยกระดับให้หลักการดังกล่าวเป็นสิทธิเด็ดขาด แต่อย่างใด⁶¹ โดยจะเห็นได้ว่าแม้แต่คำพิพากษาศรฎฐาน *Woolmington v. DPP* [1935] นั้นก็ได้อธิบายไว้ แต่แรกแล้วว่าหลักการดังกล่าวนี้อาจถูกกลดทอนหรือยกเว้นได้หากมีพระราชบัญญัติกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น อีกทั้ง แม้ภายหลังจะมีการยืนยันถึงหลักการดังกล่าวใน Human Rights Act, 1998 ศาลก็ยังคงยืนยันกรณอยู่เช่นเคยว่า การกำหนดบทสันนิษฐานที่หลักการการพิสูจน์แก้จำเลยสามารถทำได้โดยมีขอบเขตภายใต้หลักเกณฑ์การพิจารณา ถึงความร้ายแรงของฐานความผิด ความสะดวกในการแสวงหาพยานหลักฐาน ความเกี่ยวเนื่องระหว่างข้อเท็จจริง อันเป็นเงื่อนไขแห่งการสันนิษฐาน และผลแห่งการสันนิษฐานอย่างมีเหตุผล ทั้งนี้ สะท้อนผ่านคดี *R v. Lambert* [2002] และ *Sheldrake v. D.P.P* [2005]

3.1.2 บทสันนิษฐานแห่งการทุจริตในคดีสินบนของประเทศอังกฤษตามกฎหมายเก่า

ในเวลาต่อมาประเทศอังกฤษก็ได้มีการนำบทสันนิษฐานที่หลักการการพิสูจน์แก้จำเลย มาปรับใช้ในคดีเกี่ยวกับการกระทำความผิดอื่นเป็นการทุจริตอีกด้วย โดยการบัญญัติไว้ใน Prevention of Corruption Act, 1916 ซึ่งเหตุที่มีการกำหนดบทสันนิษฐานดังกล่าวนั้นก็เนื่องมาจากว่า ในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 1 (ค.ศ.1914-1918) ได้ปรากฏว่ามีการให้-รับสินบนแก่กันระหว่างเอกชนผู้เข้าทำสัญญากับรัฐ (contractor) และเจ้าพนักงานของกรมการศึก (Department of the War Office) ด้วยเหตุนี้จึงส่งผลให้หน่วยงานในกระบวนการ ยุติธรรมต่างๆไม่ว่าจะเป็นรัฐสภา Director of Public Prosecutions (D.P.P) หรือศาล ต้องเข้าหารือกันเป็น การด่วน เพราะการทุจริตที่เกี่ยวข้องกับหน่วยงานของรัฐดังกล่าวในช่วงสงครามนั้นอาจสร้างความเสียหายแก่ ประเทศชาติอย่างมาก จำเป็นต้องได้รับการแก้ไขโดยเร็ว⁶²

ด้วยเหตุที่ลักษณะของคดีเกี่ยวกับการให้-รับสินบนนั้นเป็นการยากสำหรับฝ่ายรัฐที่จะพิสูจน์ ความผิดของผู้ต้องหาหรือจำเลย เพราะมักเป็นการกระทำความผิดที่มักเกิดขึ้นในที่ลับซึ่งแทบจะเป็นไปไม่ได้เลย

⁵⁹ Road Traffic Act, 1988

Article 5(2) "It is a defence for a person charged with an offence under subsection (1)(b) above to prove that at the time he is alleged to have committed the offence the circumstances were such that there was no likelihood of his driving the vehicle whilst the proportion of alcohol in his breath, blood or urine remained likely to exceed the prescribed limit."

⁶⁰ *Sheldrake v. D.P.P.* Attorney General's Reference (No.4 of 2002), [2005] 1 A.C. 309.

⁶¹ Anthony Davidson Gray, "The Presumption of Innocence Under Attack," 590.

⁶² The Law Commission, *Legislating the Criminal Code: Corruption*, (Law Com No.248), 32.

ที่รัฐจะสามารถหาพยานบุคคลมาเบิกความเป็นประจักษ์พยานได้ อีกทั้งยังปรากฏพยานเอกสารเพียงเล็กน้อยเท่านั้น⁶³ ส่งผลให้การหาพยานที่มีประเด็นปัญหาสำคัญประการหนึ่งที่ได้มีการยกขึ้นอภิปราย นั่นก็คืออุปสรรคของรัฐในการแสวงหาพยานหลักฐานต่างๆที่สามารถแสดงถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการทุจริตไม่ว่าจะเป็นเงินตรา ทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใด ซึ่งในทางปฏิบัตินั้นสามารถทำการแสวงหาได้อย่างยากลำบาก หรืออาจมีบางกรณีที่ไม่อาจแสวงหาได้เลยทีเดียว⁶⁴ นอกจากนี้ กรณีดังกล่าวนั้นเป็นการง่ายสำหรับผู้ต้องหาหรือจำเลยในการที่จะพิสูจน์ความบริสุทธิ์มากกว่า⁶⁵ ดังนั้น จึงต้องมีการทบทวนการกำหนดบทสันนิษฐานในคดีอาญาเสียใหม่เพื่ออุดช่องว่างขนาดใหญ่ของกฎหมายโดยการผลักภาระการพิสูจน์ไปยังจำเลย⁶⁶ โดยทั้งนี้ได้กำหนดบทสันนิษฐานดังกล่าวไว้ใน Prevention of Corruption Act, 1916 มาตรา 2 ซึ่งมีความว่า

ในกรณีที่มีการดำเนินคดีกับบุคคลในความผิดตาม Prevention of Corruption Act, 1906 หรือ Public Bodies Corrupt Practices Act 1889 เมื่อมีการพิสูจน์ได้ว่าเงินตรา ทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใด ได้มีการชำระแก่ ให้กับ หรือรับไว้โดย เจ้าพนักงานแห่งราชสำนัก รัฐบาล หรือหน่วยงานรัฐ จากบุคคล หรือตัวแทนของบุคคลนั้น ซึ่งมีหรือจะมีพันธสัญญาใดกับราชสำนัก รัฐบาล หรือหน่วยงานรัฐ เงินตรา ทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใด เช่นว่านั้นให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่ามีการชำระ ให้ หรือรับ โดยทุจริตเพื่อการจงใจหรือตอบแทน ดังที่บัญญัติไว้ในกฎหมายนี้ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่ามิได้เป็นเช่นนั้น⁶⁷

อธิบายได้ว่า แม้บทบัญญัติดังกล่าวจะได้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าการให้เงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใดแก่เจ้าพนักงานนั้นได้เป็นไปโดยทุจริต แต่อย่างไรก็ดี กรณีดังกล่าวนั้นก็ไม่ใช่การสันนิษฐานไว้ก่อนว่าจำเลยมีความผิดตั้งแต่ต้นแต่อย่างใด เพราะบทสันนิษฐานดังกล่าวนี้จะมีผลตามกฎหมายก็ต่อเมื่อโจทก์สามารถพิสูจน์ข้อเท็จจริงเบื้องต้นอันเป็นเงื่อนไขแห่งการสันนิษฐานได้เสียก่อนสองประการ⁶⁸ คือ

- 1) มีเงินตรา ทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใด ได้มีการชำระแก่ ให้กับ หรือรับไว้โดยเจ้าพนักงานแห่งราชสำนัก รัฐบาล หรือหน่วยงานรัฐ และ
- 2) การชำระ หรือให้ เงินตรา ทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใดแก่เจ้าพนักงานนั้นได้กระทำโดยบุคคล หรือบุคคลที่มีตัวแทน ซึ่งมีหรือจะมีพันธสัญญากับราชสำนัก รัฐบาล หรือหน่วยงานรัฐ

⁶³ *Public Prosecution v. Yuvaraj* [1970] A.C. 913, 922E-F

⁶⁴ Memorandum from the DPP to the Home Office, September 25, 1916: HO 45/10703/238091, Public Records Office, Kew.

⁶⁵ *Handsard* (HL) 23 November 1916, vol 23, col 654 (the Lord Chancellor, Lord Buckmaster).

⁶⁶ *Handsard* (HC) 31 October 1916; Montague, Vol 86, col 1635 (the Home Secretary, Mr. H Samuel).

⁶⁷ Prevention of Corruption Act 1916

Article 2 "Where in any proceedings against a person for an offence under the Prevention of Corruption Act, 1906, or the Public Bodies Corrupt Practices Act, 1889, it is proved that any money, gift, or other consideration has been paid or given to or received by a person in the employment of His Majesty or any Government Department or a public body by or from a person, or agent of a person, holding or seeking to obtain a contract from His Majesty or any Government Department or public body, the money, gift, or consideration shall be deemed to have been paid or given and received corruptly as such inducement or reward as is mentioned in such Act unless the contrary is proved."

⁶⁸ The Law Commission, *Legislating the Criminal Code: Corruption*, 31.

เมื่อโจทก์สามารถนำสืบให้ข้อเท็จจริงปรากฏตามเงื่อนไขแห่งการสันนิษฐานทั้งสองประการแล้ว การพิจารณาพิสูจน์ความบริสุทธิ์ก็จะถูกผลักมายังจำเลย ซึ่งก็คือการนำสืบข้อเท็จจริงให้มีมาตรฐานการพิสูจน์ในระดับที่มีความน่าเชื่อถือมากกว่าฝ่ายโจทก์ (balance of probabilities) ว่าการให้เงินตรา ทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใดนั้นไม่ได้เป็นไปโดยทุจริต⁶⁹

อนึ่ง เหตุที่เงื่อนไขแห่งข้อสันนิษฐาน ตาม Prevention of Corruption Act, 1916 ได้จำกัดตัวผู้ให้สินบนไว้แต่เฉพาะผู้ที่มีหรือจะมีพันธสัญญากับรัฐ เพราะการทุจริตให้สินบนช่วงเวลาสงคราม ณ เวลานั้นส่วนใหญ่แล้วเป็นเหตุมาจากผู้ที่ทำสัญญาทางธุรกิจกับรัฐแล้วมีการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานเพื่อให้ตนได้รับอนุญาตในการต่างๆโดยละเมิดต่อกฎหมาย⁷⁰ ประกอบกับสถานการณ์เร่งด่วนที่ต้องแก้ไขปัญหานี้ในภาวะสงครามจึงไม่มีเวลาที่จะร่างกฎหมายอย่างพิถีพิถัน ภายหลังสงครามสิ้นสุดรัฐสภาจึงมีแนวคิดที่จะนำเงื่อนไขดังกล่าวออกไปเพื่อให้ขอบเขตการปรับใช้บทสันนิษฐานกว้างขึ้น⁷¹

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีในการสืบสวนสอบสวนคดีอาญาที่มีประสิทธิภาพกว่าในอดีต ประกอบกับการที่อังกฤษเข้าร่วมองค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (Organization for Economic Co-operation and Development; OECD) ภายหลังจึงได้มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการทุจริตให้ทันสมัยมากขึ้นโดยการออก Bribery Act, 2010 และยกเลิกกฎหมายฉบับเก่าคือ Prevention of Corruption Act, 1916 จึงส่งผลเป็นการยกเลิกบทสันนิษฐานแห่งการทุจริตไปโดยปริยาย และไม่ได้มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายใหม่แต่อย่างใด⁷² ดังนั้น ในปัจจุบันประเทศอังกฤษไม่มีบทสันนิษฐานแห่งการทุจริตในกฎหมายอีกต่อไป

3.2 กฎหมายต่างประเทศ : ศึกษากรณีสาธารณรัฐสิงคโปร์

แม้ประเทศอังกฤษซึ่งเป็นแม่แบบของประเทศต่างๆที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และต้นกำเนิดของแนวคิดการกำหนดบทสันนิษฐานที่ผลของการพิสูจน์ไปยังจำเลยจะได้มีการยกเลิกบทสันนิษฐานแห่งการทุจริตไปแล้วก็ตาม แต่อย่างไรก็ตาม ยังคงมีประเทศที่ใช้บทสันนิษฐานรูปแบบดังกล่าวอยู่จนถึงปัจจุบัน และสามารถปราบปรามการทุจริตได้อย่างมีประสิทธิภาพ นั่นคือสาธารณรัฐสิงคโปร์ซึ่งผู้เขียนได้หยิบยกมาเป็นกรณีศึกษา โดยมีข้อพิจารณาดังต่อไปนี้

3.2.1 บทการสันนิษฐานความรับผิดทางอาญา

แม้ประเทศสิงคโปร์จะไม่ได้เป็นรัฐภาคีของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (UDHR) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) อันจะส่งผลให้รัฐมีพันธกรณีต้องออกกฎหมายรับรองหลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลบริสุทธิ์ก็ตาม แต่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาของรัฐก็ยังคงยึดหลักการดังกล่าวนี้เช่นกัน ด้วยเหตุที่ประเทศสิงคโปร์เคยเป็นอาณานิคมของประเทศอังกฤษมาก่อน

⁶⁹ *R v Braithwaite*, [1983] 1 WLR 385, 389.

⁷⁰ The Law Commission, *Legislating the Criminal Code: Corruption*, 31.

⁷¹ *Ibid.*, 44-45.

⁷² Ministry of Justice, "Bribery Act 2010: Post Legislative Scrutiny Memorandum," (June 2018): 6.

จึงได้รับอิทธิพลทางความคิดเกี่ยวกับนิติศาสตร์และใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์⁷³ และยังสามารถนำกฎหมายอังกฤษมาใช้โดยตรงได้เท่าที่ไม่ขัดกับกฎหมายภายในผ่าน Application of English Law Act, 1993 ได้อีกด้วย⁷⁴ ทั้งนี้ ในส่วนของหลักกฎหมายเกี่ยวกับบทสันนิษฐานในคดีอาญาก็เช่นเดียวกัน กล่าวคือ ศาลสิงคโปร์ได้นำคำพิพากษาของประเทศอังกฤษในคดี *Woolmington v. DPP* มาใช้เป็นหลักกฎหมายในการพิจารณาคดีอาญาที่เกิดขึ้นภายในรัฐของตน⁷⁵

อย่างไรก็ตาม ประเทศสิงคโปร์นั้นไม่ได้มีการยกระดับความสำคัญของหลักการดังกล่าวถึงขั้นเป็นสิทธิในคดีอาญาขั้นเด็ดขาดแต่อย่างใด ทั้งนี้ สะท้อนจากบทบัญญัติกฎหมายภายในฉบับต่างๆของประเทศสิงคโปร์ ซึ่งพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

(1) รัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสิงคโปร์ซึ่งมีฐานะเป็นกฎหมายลำดับศักดิ์ที่สูงที่สุด⁷⁶ ไม่มีหลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลบริสุทธิ์โดยชัดแจ้งแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวยังสามารถพออนุมานได้จากบทบัญญัติมาตรา 9(3)⁷⁷ ซึ่งได้บัญญัติว่า

9.(3) ในกรณีที่มีการจับกุมบุคคล ผู้นั้นจะได้รับแจ้งเหตุที่ถูกจับกุมโดยเร็วที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ อีกทั้งจะได้รับคำปรึกษาและการคุ้มกันโดยทนายความที่ตนเลือกอีกด้วย⁷⁸

จากบทบัญญัติข้างต้น อธิบายได้ว่า สิทธิที่จะได้รับการปรึกษาทนาย (right to counsel) ได้รับรองหลักการสันนิษฐานความบริสุทธิ์ของบุคคล “โดยอ้อม” กล่าวคือ รัฐยังคงให้โอกาสแก่ผู้ต้องหาในการที่จะได้รับการคุ้มกันตามกฎหมายเพื่อแสดงความบริสุทธิ์ของตนตั้งแต่เริ่มกระบวนการพิจารณาตีผ่านคำปรึกษาของทนายความ⁷⁹ นอกจากนี้ การมีทนายความเข้าร่วมกระบวนการตั้งแต่ในชั้นจับกุมนั้นย่อมเป็นการป้องกันไม่ให้เจ้าพนักงานรัฐมีโอกาสให้คำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง ทรามาน ใช้กำลังบังคับ หรือกระทำโดยมิชอบประการใดๆ เพื่อจูงใจให้ผู้ต้องหาให้การอย่างใดที่เป็นปฏิกฤษณ์แก่ตนเองอีกด้วย⁸⁰ ดังนั้น แม้รัฐธรรมนูญจะไม่ได้

⁷³ Azman Soh and Murugaiyan, “Introduction to Singapore Law & Legal System,” accessed October 25, 2018, <https://www.sma.org.sg/Uploadedlmg/files/CMEP/Health%208.pdf>; p. 3.

⁷⁴ Ibid., 3-4.

⁷⁵ Siyuan Chen, “A Preliminary Survey of the Right to Presumption of Innocence in Singapore” *LAWASIA Journal*: 79.

⁷⁶ Constitution of the Republic of Singapore

Section 4 “This Constitution is the supreme law of the Republic of Singapore and any law enacted by the Legislature after the commencement of this Constitution which is inconsistent with this Constitution shall, to the extent of the inconsistency, be void.”

⁷⁷ Michael Hor, “The Presumption of Innocence – A Constitutional Discourse for Singapore,” *Singapore Journal of Legal Studies*, (December 1995): 368.

⁷⁸ Constitution of the Republic of Singapore

Article 9(3) “Where a person is arrested, he shall be informed as soon as may be of the grounds of his arrest and shall be allowed to consult and be defended by a legal practitioner of his choice.”

⁷⁹ Siyuan Chen, “A Preliminary Survey of the Right to Presumption of Innocence in Singapore,” 82.

⁸⁰ Ibid., 83.

มีบทบัญญัติที่ย่ยกระดบความสำคัญของหลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลบริสุทธิ์ที่กำหนดไว้โดยชัดแจ้งก็ตาม แต่ก็อาจเข้าใจได้ผ่านบทบัญญัติมาตรา 9(3)

(2) Evidence Act, 1893

Evidence Act เป็นรัฐบัญญัติว่าด้วยพยานหลักฐาน ซึ่งมีการตราขึ้นเมื่อปี ค.ศ.1893 และแก้ไขครั้งล่าสุดเมื่อ ปี ค.ศ. 1997 โดยทั้งนี้แม้จะไม่มีหลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลบริสุทธิ์บัญญัติเอาไว้โดยชัดแจ้งก็ตาม แต่ก็สะท้อนผ่านบทบัญญัติที่ปรากฏตาม มาตรา 103 และ 105 โดยบัญญัติหลักการกำหนดภาระการพิสูจน์ไว้ดังนี้

103.(1) ผู้ใดปรารถนาที่จะให้ศาลมีพิพากษาถึงสิทธิ หรือความรับผิดชอบตามข้อเท็จจริงใด ที่กล่าวอ้าง ผู้นั้นจะต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงการมีอยู่ของข้อเท็จจริงนั้น

(2) เมื่อบุคคลใดมีพันธกรณีที่จะต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงใด ก็สามารถกล่าวได้ว่า ภาระการพิสูจน์ได้ตกอยู่ที่บุคคลนั้น

105. ภาระในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงโดยอ้อมตกแก่บุคคลที่ปรารถนาให้ศาลเชื่อ ข้อเท็จจริงนั้น เว้นแต่จะมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่บัญญัติให้บุคคลใดมีภาระการพิสูจน์ เป็นการเฉพาะ”⁸¹

จากบทบัญญัติดังกล่าว อธิบายได้ว่าในคดีอาญารัฐผู้เป็นโจทก์มีภาระพิสูจน์ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิดของจำเลยโดยต้องพิสูจน์โน้มน้าวให้ศาลเชื่อ (persuasive burden) ว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริง⁸² ซึ่งทั้งนี้ก็มีมาตรฐานการพิสูจน์ในกรณีดังกล่าวนั้นสามารถพิจารณาได้จากบทนิยามถ้อยคำว่า “ได้พิสูจน์ (proved)” ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3(3) ซึ่งมีความว่า

ข้อเท็จจริงที่จะได้รับการ خوانว่า “ได้พิสูจน์” ก็ต่อเมื่อศาลได้พิจารณาแล้วเชื่อว่า ข้อเท็จจริงนั้นมีอยู่ หรือมีความเป็นไปได้ที่จะมีอยู่ดังที่วิญญูชนพึงคาดหมายตามพฤติการณ์⁸³

ทั้งนี้ แม้บทนิยามดังกล่าวข้างต้นจะไม่ได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่าการพิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดีอาญาจะต้องมีมาตรฐานการพิสูจน์จนสิ้นสงสัยตามควรก็ตาม แต่ศาลในคดี PP v. Yuvaraj ก็ได้ตีความบทนิยาม

⁸¹ Evidence Act

Section 103 “(1) Whoever desires any court to give judgment as to any legal right or liability, dependent on the existence of facts which he asserts, must prove that those facts exist.

(2) When a person is bound to prove the existence of any fact, it is said that the burden of proof lies on that person.”

Section 105 “The burden of proof as to any particular fact lies on that person who wishes the court to believe in its existence, unless it is provided by any law that the proof of that fact shall lie on any particular person.”

⁸² Siyuan Chen, “A Preliminary Survey of the Right to Presumption of Innocence in Singapore,” 84.

⁸³ Evidence Act

Section 3(3) ““Proved” A fact is said to be “proved” when, after considering the matters before it, the court either believes it to exist or considers its existence so probable that a prudent man ought, under the circumstances of the particular case, to act upon the supposition that it exists.”

ในส่วนของ “ความเป็นไปได้ที่จะมีอยู่ดังที่วิญญูชนพึงคาดหมายตามพฤติการณ์” ว่าในคดีอาญานั้นวิญญูชนย่อมพึงจะต้องการข้อเท็จจริงที่มีความเป็นไปได้ในระดับสูงถึงขนาดสิ้นสงสัยตามควร⁸⁴ และนอกจากนี้บทนิยามตาม Evidence Act นี้ก็ไม่น่าจะมีเจตนารมณ์ให้ศาลตีความขัดแย้งกับคำพิพากษาบรรทัดฐานคอมมอนลอว์อังกฤษที่มีอยู่แต่เดิมที่วางหลักการพิจารณาความอาญาไว้แต่อย่างใด⁸⁵ ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงหลักการกำหนดภาระการพิสูจน์ตามมาตรา 103 และมาตรา 105 ประกอบมาตรฐานการพิสูจน์ตามบทนิยามมาตรา 3(3) แล้วจึงสามารถสรุปได้ว่าการพิจารณาความอาญาของประเทศสิงคโปร์นั้นโจทก์มีภาระการพิสูจน์ให้ข้อเท็จจริงปรากฏถึงระดับมาตรฐานการพิสูจน์ที่สิ้นสงสัยว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริง ซึ่งก็คือหลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลบริสุทธิ์นั่นเอง⁸⁶ อย่างไรก็ตาม Evidence Act นี้ก็ได้มีบทบัญญัติข้อยกเว้นของหลักการดังกล่าวไว้อย่างมีนัยสำคัญเช่นกัน ทั้งนี้ เป็นไปตามมาตรา 105 ตอนท้ายที่ว่า “เว้นแต่จะมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่บัญญัติให้บุคคลใดมีภาระการพิสูจน์เป็นการเฉพาะ” ซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไปที่สะท้อนหลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลบริสุทธิ์อาจมีข้อยกเว้นได้ในบางกรณีโดยอาศัยอำนาจของกฎหมายเป็นการเฉพาะ โดยอาจเป็นบทกฎหมายที่บัญญัติอยู่ใน Evidence Act เอง หรือกฎหมายอื่นก็ได้⁸⁷

ในกรณีของข้อยกเว้นที่อยู่ใน Evidence Act นั้น เช่นภาระการพิสูจน์กรณีข้อเท็จจริงที่อยู่แต่ในความรู้เห็นเป็นการเฉพาะของจำเลย (burden of proving fact especially within knowledge) ตามมาตรา 108 ซึ่งบัญญัติว่า ข้อเท็จจริงใดที่อยู่แต่ในความรู้เห็นเป็นการเฉพาะของบุคคลใด ภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงเช่นนี้นี้อยู่ติดอยู่กับบุคคลนั้น โดยบทบัญญัตินี้มีเจตนารมณ์ไว้ปรับใช้กับกรณีที่มีความสลับซับซ้อนในการแสวงหาพยานหลักฐานได้ยากลำบากเป็นพิเศษซึ่งส่งผลให้ศาลสามารถกำหนดให้จำเลยอาจมีภาระการพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงในคดีนั้นได้ หากเห็นว่าไม่เป็นการยากลำบากแก่จำเลย⁸⁸ และมาตรฐานการพิสูจน์ในกรณีนี้ก็มีระดับเพียงแต่ต้องนำสืบให้มีน้ำหนักมากกว่าฝ่ายโจทก์เพียงเท่านั้น⁸⁹

ส่วนในกรณีของข้อยกเว้นตามกฎหมายอื่นนั้นคือกรณีที่มีการกำหนดภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงแก่จำเลยไว้ในรัฐธรรมนูญเฉพาะเป็นกรณีไปตามแต่นโยบายทางอาญาของรัฐ ซึ่งทั้งนี้การทุจริตนั้นก็มีความผิดที่รัฐได้นำแนวความคิดการกำหนดบทสันนิษฐานที่หลักการการพิสูจน์แก่จำเลยมาปรับใช้ควบคุมอาชญากรรมได้อย่างมีประสิทธิภาพในรัฐธรรมนูญ Prevention of Corruption Act, 1960 ซึ่งมีบทสันนิษฐานแห่งการทุจริตที่ยังคงมีผลบังคับใช้อยู่จนถึงปัจจุบัน

3.2.2 บทสันนิษฐานแห่งการทุจริตในคดีสินบนของสาธารณรัฐสิงคโปร์

ประเทศสิงคโปร์มีมาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต คือ รัฐบัญญัติ Prevention of Corruption Act (PCA) ซึ่งได้มีการบังคับใช้ตั้งแต่ ค.ศ.1960 ภายหลังจากที่ได้มีการปรับปรุง

⁸⁴ *PP v Yuvaraj*, [1969] 2MLJ 89

⁸⁵ Michael Hor, “The Presumption of Innocence – A Constitutional Discourse for Singapore,” 389.

⁸⁶ Siyuan Chen, “A Preliminary Survey of the Right to Presumption of Innocence in Singapore,” 84.

⁸⁷ *Ibid.*, 84.

⁸⁸ *Ibid.*, 85.

⁸⁹ *Jayasena v. R.*, [1970] AC 618.; cited in *Ibid.*, 85.

กฎหมายฉบับเก่าที่มีการตราขึ้นเป็นครั้งแรกใน ปี ค.ศ.1937⁹⁰ โดยหนึ่งในมาตรการที่มีลักษณะพิเศษของกฎหมายดังกล่าวนี้คือการนำบทสันนิษฐานที่ผลภาระการพิสูจน์แก่จำเลยมากำหนดไว้ในรัฐบัญญัติเป็นกลไกพิเศษในการต่อสู้กับการทุจริตในคดีสินบน⁹¹ โดยเปิดช่องให้ผู้ต้องหาสามารถพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนเองได้ ซึ่งหลักการดังกล่าวได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 8 ดังนี้

เมื่อมีการดำเนินคดีในฐานะความผิดอาญาตามมาตรา 5 หรือ 6 ผลประโยชน์อันใด ที่ได้มีการชำระแก่ ให้กับ หรือรับไว้โดยเจ้าพนักงานของรัฐบาล องค์การของรัฐ หรือหน่วยงานสาธารณะ จากบุคคล หรือตัวแทนของบุคคลนั้น ซึ่งมี หรือจะมีส่วนได้เสียอย่างใด กับรัฐบาล หน่วยงานของรัฐ หรือหน่วยงานสาธารณะ ให้สันนิษฐานว่าการชำระ ให้ หรือได้รับผลประโยชน์ เช่นว่านั้นได้เป็นไปโดยทุจริตเพื่อการจูงใจหรือตอบแทนตามบทมาตราที่กล่าวไว้ข้างต้น เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าไม่ได้เป็นเช่นนั้น⁹²

บทบัญญัตินี้ถูกเรียกว่า บทสันนิษฐานแห่งการทุจริต (presumption of corruption) ซึ่งเป็นเครื่องมือของรัฐในการเพิ่มประสิทธิภาพในการค้นหาความจริงความผิดฐานรับสินบน (bribery)⁹³ โดยอธิบายได้ว่า บทบัญญัติดังกล่าวนี้ได้กำหนดให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยในความผิดฐานให้-รับสินบน มาตรา 5 หรือ 6 ทั้งผู้ให้ (giver) และเจ้าพนักงานผู้รับ (receiver) มีภาระการพิสูจน์หักล้างข้อเท็จจริงที่ตนถูกสันนิษฐาน⁹⁴ ว่าการชำระ ให้ หรือรับผลประโยชน์ (gratification) นั้น ไม่ได้กระทำไปโดยมีเจตนาในการแสวงหาประโยชน์อันมิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายอันเป็นเจตนาทุจริต (corrupt intent) แต่อย่างใด⁹⁵ กล่าวคือ ผู้ต้องหาที่มีภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายใน (mens rea)⁹⁶ ซึ่งถ้าหากจำเลยไม่สามารถหักล้างข้อสันนิษฐานตามกฎหมายดังกล่าวได้แล้วจะต้องถูกสันนิษฐานว่ามีเจตนาทุจริต⁹⁷ ซึ่งส่งผลให้การกระทำของจำเลยครบองค์ประกอบความผิดฐานให้-รับสินบนตามมาตรา 5 และ 6

⁹⁰ สำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, “สาธณรัฐสิงคโปร์กับการป้องกันและปราบปรามการทุจริต,” เข้าถึงเมื่อ 12 ตุลาคม 2561, http://library2.parliament.go.th/ejournal/content_af/2559/may2559-4.pdf.

⁹¹ Ing Loong and Tina Wang, *Bribery & Corruption*, (Global Legal Group, 2017), 160.

⁹² Prevention of Corruption Act

Section 8 “Where in any proceedings against a person for an offence under section 5 or 6, it is proved that any gratification has been paid or given to or received by a person in the employment of the Government or any department thereof or of a public body by or from a person or agent of a person who has or seeks to have any dealing with the Government or any department thereof or any public body, that gratification shall be deemed to have been paid or given and received corruptly as an inducement or reward as hereinbefore mentioned unless the contrary is proved.”

⁹³ Koh Teck Hin, “Corruption Control in Singapore,” *The 13th International Training Course on the Criminal Justice Response to Corruption Visiting Experts’ Papers*: 124.

⁹⁴ Alvin Yeo, Joy Tan-Melanie Ho and Simran Toor, “Chambers Global Practice Guide—Anti-Corruption 2018 – Singapore” WongPartnership LLP: 6.

⁹⁵ Wong Partnership, “Prevention of Corruption Act: Challenge in Rebutting the Presumption of Corruption,” *Executive Summary of Law Watch* 2(2013): 7.

⁹⁶ Baker & McKenzie, “Legal Update April 2014,” *Dispute Resolution Singapore*: 7.

⁹⁷ Koh Teck Hin, “Corruption Control in Singapore,” 124.

อย่างไรก็ตาม การพิจารณาพิสูจนดังกล่าวนี้ไม่ได้อยู่กับจำเลยตั้งแต่เริ่มคดีโดยอัตโนมัติ หากแต่มีเงื่อนไขที่รัฐฝ่ายโจทก์จะต้องสามารถนำเสนอข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขแห่งบทสันนิษฐาน (basic facts) ให้ปรากฏครบถ้วน 3 ประการ⁹⁸ ให้ได้เสียก่อน และเมื่อครบเงื่อนไขแล้วก็จะส่งผลทางกฎหมาย เป็นการผลักภาระการพิสูจน์เจตนาทุจริตไปยังจำเลย⁹⁹ กล่าวคือโจทก์ต้องพิสูจน์ว่า

- 1) ผู้ต้องหาให้การให้-รับประโยชน์แก่กัน
- 2) ผู้ให้ประโยชน์นั้นมี หรือจะมีส่วนได้เสียอย่างใดกับรัฐบาล หน่วยงานของรัฐ หรือหน่วยงานสาธารณะ
- 3) ผู้รับต้องมีสถานะเป็นเจ้าพนักงานของรัฐ

ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าบทสันนิษฐานดังกล่าวนี้เป็นบทสันนิษฐานที่ไม่เด็ดขาดที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยได้รับโอกาสจากกฎหมายให้สามารถนำสืบเพื่อหักล้างได้ และข้อสันนิษฐานดังกล่าวไม่ได้บัญญัติว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยมีความผิดฐานทุจริตตาม Prevention of Corruption Act, 1960 มาตรา 5 และ 6 ตั้งแต่เบื้องต้นแต่อย่างใด เพราะโจทก์จะนำสืบตามเงื่อนไขของข้อสันนิษฐานตามมาตรา 8 นี้เสียก่อน 3 ประการซึ่งล้วนแต่เป็นองค์ประกอบภายนอกของฐานความผิดฐานให้-รับสินบนทั้งสิ้น จำเลยมีหน้าที่เพียงแต่นำเสนอพยานหลักฐานให้ศาลเห็นว่าการกระทำของตนขาดองค์ประกอบภายในคือเจตนาแสวงหาประโยชน์อันมิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายเพียงเท่านั้น

อย่างไรก็ดี การจะนำบทกฎหมายที่มีลักษณะพิเศษดังกล่าวนี้มาปรับใช้ประเทศไทยนั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบเพื่อพิจารณาถึงความเหมาะสมเข้ากันได้กับระบบกฎหมายและความสอดคล้องกับบทกฎหมายที่มีอยู่แต่เดิม ซึ่งจะได้ทำการวิเคราะห์ในลำดับต่อไป

4. บทวิเคราะห์การนำมาปรับใช้ในระบบกฎหมายอาญาไทย

กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยนั้นได้ยึดถือหลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลบริสุทธิ์ในฐานะสิทธิเด็ดขาดในกระบวนการยุติธรรมของผู้ต้องหา โดยทั้งนี้สะท้อนจากการที่ประเทศไทยได้เข้าเป็นรัฐภาคีปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (UDHR) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) ทั้งสองฉบับ อันส่งผลให้ประเทศไทยมีพันธกรณีระหว่างประเทศในการที่จะต้องมีการหลักการดังกล่าวไว้ในกฎหมายภายใน ซึ่งทั้งนี้ก็ได้ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 มาตรา 29 วรรคสอง¹⁰⁰ ด้วยเหตุนี้ รัฐจึงไม่อาจออกเป็นกฎหมาย หรือมีแนวทางในการปฏิบัติที่สันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลเป็นผู้กระทำความผิดได้ เนื่องจากการจะเป็นการขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เป็นกฎหมายลำดับสูงสุด¹⁰¹ และพันธกรณี

⁹⁸ Tey Tsun Hang v Public Prosecutor [2014] SGHC 39, [27]

⁹⁹ Boon Gin Tan, *The Law on Corruption in Singapore: Cases and Materials*, (Singapore Academy of Law and Subordinate Court: Singapore, 2007), 73.

¹⁰⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560

มาตรา 29 วรรคสอง “ในคดีอาญา ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด และก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้”

¹⁰¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560

มาตรา 5 “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้”

ระหว่างประเทศ ด้วยเหตุผลดังกล่าวแล้วเมื่อพิจารณาในเบื้องต้นแล้วอาจเห็นว่า บทสันนิษฐานดังกล่าวไม่อาจนำมาใช้กับระบบกฎหมายอาญาไทยได้

แตกต่างจากประเทศสิงคโปร์ที่ไม่ได้เป็นภาคีปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง อีกทั้งยังไม่มีบทบัญญัติที่รับรองหลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลบริสุทธิ์ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศแต่อย่างใด¹⁰² การที่จะกำหนดบทสันนิษฐานไว้ก่อนว่าจำเลยมีความผิดนั้นจึงไม่มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับการขัดแย้งพันธกรณีระหว่างประเทศหรือรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด ดังนั้น กรณีดังกล่าวจึงเป็นประเด็นปัญหาที่สำคัญที่สุดของบทความฉบับนี้ก็คือว่า หากจะมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายไทยในเรื่องดังกล่าวโดยการนำบทสันนิษฐานแห่งการทุจริตมาปรับใช้ในกฎหมายไทยแล้วจะสามารถกระทำหรือไม่ อย่างไร และเพียงใด

ดังนั้น ในส่วนนี้ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ความเหมาะสมในการกำหนดบทสันนิษฐานแห่งการทุจริตและประพฤติดชอบ และความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ

4.1 วิเคราะห์ความเหมาะสมในการกำหนดบทสันนิษฐาน

การกำหนดบทสันนิษฐานในคดีอาญาที่ผลการพิจารณาพิพากษาไปให้จำเลยนั้นไม่ได้ถูกนำไปใช้อย่างแพร่หลายอย่างเป็นสากล หากแต่ถูกนำมาใช้เพียงบางประเทศเท่านั้น กรณีดังกล่าวจึงมีประเด็นปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่า บทสันนิษฐานดังกล่าวนี้มีความเหมาะสมกับสภาพสังคมและระบบกฎหมายอาญาของประเทศไทยหรือไม่เพียงใด โดยมีข้อพิจารณาดังต่อไปนี้

4.1.1 ความเหมาะสมตามหลักเกณฑ์ “ข้อจำกัดที่สมเหตุสมผล (reasonable limits)”

สำหรับประเทศไทยนั้น เป็นที่ทราบกันทั่วไปว่าการทุจริตในคดีสินบนเป็นปัญหาสำคัญที่ส่งผลกระทบต่อการพัฒนาประเทศเป็นอย่างมาก ปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นมาช้านานจนฝังรากลึกและพบเกือบทุกกลุ่มอาชีพในสังคมไทย เกี่ยวพันกับวิถีชีวิตของคนในสังคมไทยมาอย่างยาวนาน หรือกล่าวได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของวัฒนธรรมไทยไปแล้ว¹⁰³ โดยทั้งนี้ประเด็นปัญหาทางกฎหมายประการหนึ่งที่สำคัญก็คือเรื่องของการแสวงหาพยานหลักฐาน กล่าวคือ ในกรณีที่รัฐไม่สามารถรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลยได้¹⁰⁴ ก็จะส่งผลให้ศาลต้องพิพากษายกฟ้องโดยยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่จำเลย¹⁰⁵ เมื่อมีปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นแล้ว นักนิติศาสตร์จึงต้องคิดหาเครื่องมืออย่างหนึ่งอย่างใดมาเพื่อคลี่คลายปัญหา การกำหนดการพิจารณาพิพากษาแก่จำเลยในคดีประเภทดังกล่าวนี้จึงอาจเป็นคำตอบหนึ่งของปัญหานี้ แต่อย่างไรก็ตาม การกำหนดบทสันนิษฐานแห่งการทุจริตในคดีสินบนนั้นเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการควบคุมอาชญากรรมของรัฐซึ่งส่งผลเป็นการลดทอนหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น การให้เหตุผลเพื่อให้มีมาตรการทางกฎหมายดังกล่าวจึงต้องมี

¹⁰² Siyuan Chen, “A Preliminary Survey of the Right to Presumption of Innocence in Singapore,” 92.

¹⁰³ จารุวรรณ สุขุมลพพงษ์, แนวโน้มของคอร์รัปชันในประเทศไทย, (สำนักกฎหมาย: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2556), 1.

¹⁰⁴ Independent News Network, ““วัชระ” จีรัลบาลเร่งคดีสินบนโรดสร้อยช่หลังศาลยังกฤษฎีกาตัดสินคดีแล้ว เหน็บ ปช.ยังหาข้อมูลหลักฐานไม่มีคืบหน้า,” เข้าถึงเมื่อ 27 ตุลาคม 2561, https://www.innnews.co.th/politics/news_171064/.

¹⁰⁵ ไทยรัฐ, “ฎีกายกฟ้อง อดีตผู้ว่าฯ คดีรับสินบน,” เข้าถึงเมื่อ 27 ตุลาคม 2561, <https://www.thairath.co.th/content/219181>.

ความหนักแน่นอย่างเพียงพอเพื่อไม่ให้ความสมดุลของประโยชน์ทั้งสองสิ่งต้องเสียไป ซึ่งความชอบธรรมในการกำหนดบทสันนิษฐานนี้สามารถพิจารณาได้จากหลักเกณฑ์ “ข้อจำกัดที่สมเหตุสมผล (reasonable limits)”¹⁰⁶ ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังนี้

เมื่อนำความผิดเกี่ยวกับการทุจริตโดยเฉพาะกรณีคดียินบนมาวิเคราะห์ตามหลักเกณฑ์การกำหนดบทสันนิษฐานที่หลักการการพิสูจน์แก่จำเลยในคดีอาญาแล้ว สามารถอธิบายได้ว่า เนื่องจากความผิดดังกล่าวสร้างความเสียหายต่อเศรษฐกิจของประเทศอย่างมหาศาล¹⁰⁷ อีกทั้งยังทำลายคุณธรรมทางกฎหมายในเรื่องของความบริสุทธิ์สะอาดของอำนาจรัฐ ด้วยการทำลายความเป็นภาวะวิสัย (objectivity) ในการปฏิบัติงานตามหน้าที่ของเจ้าพนักงาน¹⁰⁸ หรือใช้เจ้าพนักงานเป็นเครื่องมือในการอำนวยความสะดวกแก่ตนเองสำหรับการกระทำความผิดอาญาร้ายแรงอื่นๆ¹⁰⁹ อีกด้วย การกำหนดบทสันนิษฐานแห่งการทุจริตจึงเป็นไปตามหลักความร้ายแรงของฐานความผิด (Gravity of the Offense)

ทั้งนี้ เนื่องจากการให้รับสินบนเป็นความผิดที่โดยสภาพแล้วผู้กระทำความผิดจะดำเนินการต่างๆ โดยการลับโดยไม่เปิดเผยต่อสาธารณะ และเป็นผู้มีอำนาจทางเศรษฐกิจและสังคม กรณีดังกล่าวจึงส่งผลให้การแสวงหาพยานหลักฐานสำคัญเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลยเป็นไปได้อย่างยากลำบาก¹¹⁰ อีกทั้งพยานหลักฐานที่จะแสดงว่าจำเลยมีเจตนาทุจริตหรือไม่นั้นก็ย่อมอยู่ในความรู้เห็นของจำเลย จึงไม่เป็นการยากลำบากแก่จำเลยในการที่จะพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนเอง¹¹¹ การกำหนดบทสันนิษฐานแห่งการทุจริตจึงเป็นไปตามหลักความสะดวกในการแสวงหาพยานหลักฐาน (Comparative Convenience Test)

นอกจากนี้บทสันนิษฐานแห่งการทุจริตได้กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขแห่งการสันนิษฐาน (basic facts) ที่องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานให้รับสินบนไว้ซึ่งมีการเกาะเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่จำเลยถูกสันนิษฐานว่ามีเจตนาทุจริต (presumed fact) ในฐานะองค์ประกอบภายในของความผิด ด้วยเหตุนี้ ข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขแห่งการสันนิษฐานและข้อเท็จจริงที่จำเลยถูกสันนิษฐานจึงมีความเชื่อมโยงถึงกันในฐานะที่เป็นองค์ประกอบความผิด (elements of crime) ของความผิดฐานให้รับสินบน ดังนั้น บทสันนิษฐานดังกล่าวจึงเป็นไปตามหลักความเกี่ยวเนื่องอย่างมีเหตุผล (Rational Connection) อีกด้วย

จากการอธิบายข้างต้นจะเห็นได้ว่าบทสันนิษฐานแห่งการทุจริตนั้นสอดคล้องกับหลักเกณฑ์การกำหนดบทสันนิษฐานในคดีอาญาที่หลักการการพิสูจน์แก่จำเลยตามหลักข้อจำกัดที่สมเหตุสมผลอย่างครบถ้วน เพราะฉะนั้นจึงเป็นการเหมาะสมและชอบธรรมที่จะนำหลักการดังกล่าวมาปรับใช้กับคดีสินบน

¹⁰⁶ โปรดดูรายละเอียดใน หัวข้อ 2.2 ของบทความฉบับนี้

¹⁰⁷ อนุสรณ์ ธรรมใจ, “ความเสียหาย “สินบนโรลส์-รอยซ์”,” เข้าถึงเมื่อ 28 ตุลาคม 2561.

¹⁰⁸ คณิต ณ นคร, *กฎหมายอาญาภาคความผิด*, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559), 965.

¹⁰⁹ สถานทูตสหรัฐและสถานกงสุลในประเทศไทย, “รายงานการค้ำมนุษย์ประจำปี พ.ศ. 2561,” เข้าถึงเมื่อ 28 ตุลาคม 2561, <https://th.usembassy.gov/th/our-relationship-th/official-reports-th/2018-trafficking-persons-report-thailand-th/>.

¹¹⁰ Nihal Jayawickrama-Jeremy Pope and Oliver Stolpe, “Legal Provision to Facilitate the Gathering of Evidence in Corruption Cases: Easing the burden of proof,” *Forum on Crime and Society*: 23.

¹¹¹ Ibid., 28.

อนึ่ง ผู้เขียนเห็นว่าบทสันนิษฐานแห่งการทุจริตไม่อาจขยายไปปรับใช้ในการกำหนดบทสันนิษฐานที่ผลกระทการพิสูจน์องค์ประกอบภายในฐานความผิดอื่นๆ ตามประมวลกฎหมายอาญาที่มีองค์ประกอบเจตนาพิเศษ “โดยทุจริต” ได้ เช่น ลักทรัพย์ ยักยอก ฉ้อโกง ไข้ หรืออ้างคำรับรองอันเป็นเท็จ เพราะฐานความผิดทั้งหลายเหล่านี้โดยทั่วไปแล้วไม่มีข้อเท็จจริงที่สลับซับซ้อน และมีอัตราโทษที่ไม่ร้ายแรง ตามหลักความร้ายแรงของฐานความผิด อีกทั้งในคดีความผิดลักษณะดังกล่าวทั้งหลายนี้ จำเลยก็มิได้มีความสะดวกในการแสวงหาพยานหลักฐานมายืนยันความบริสุทธิ์ของตนมากไปกว่าความยากลำบากของโจทก์ในการพิสูจน์ความผิดของจำเลยแต่อย่างใด ตามหลักความสะดวกในการแสวงหาพยานหลักฐาน นอกจากนี้ ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของฐานความผิดต่างๆนี้ ก็มิได้มีความใกล้ชิดถึงขนาดที่จะมีความเกี่ยวเนื่องกับเจตนาแสวงหาประโยชน์อันมิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด ตามหลักความเกี่ยวเนื่องอย่างมีเหตุผล ด้วยเหตุนี้ ฐานความผิดอื่นๆทั้งหลายเช่นว่านี้จึงยังไม่มีความเหมาะสมและความชอบธรรมเพียงพอถึงคดีสินบนที่จะสามารถกำหนดบทสันนิษฐานที่ผลกระทการพิสูจน์แก่จำเลยตามหลักเกณฑ์ “ข้อจำกัดที่สมเหตุสมผล” ดังนั้น บทสันนิษฐานแห่งการทุจริตนี้จึงควรถูกจำกัดไว้ใช้กับเฉพาะคดีสินบนเท่านั้น

แต่อย่างไรก็ตาม กรณีดังกล่าวก็ยังมีประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไปว่าบทสันนิษฐานแห่งการทุจริตในคดีสินบนนี้มีความเหมาะสมกับระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทยหรือไม่

4.1.2 ความเหมาะสมกับระบบวิธีพิจารณาความอาญาไทย

เนื่องจากประเทศไทยนั้นใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ซึ่งศาลเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการพิจารณาคดี มีอำนาจที่จะสืบพยานแสวงหาหลักฐานเพิ่มเติมได้อย่างกว้างขวาง เพื่อค้นหาข้อเท็จจริงให้ได้ใกล้เคียงกับความจริงมากที่สุดอยู่ก่อนแล้ว สะท้อนผ่านบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 228 และ 229¹¹² อีกทั้งยังมีศาลอาญาทุจริตและประพฤติมิชอบที่จัดตั้งเพื่อให้การอำนวยความสะดวกในคดีทุจริตเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ¹¹³ โดยใช้ระบบไต่สวน¹¹⁴ ในเบื้องต้นจึงอาจเห็นว่าบทสันนิษฐานแห่งการทุจริตที่ผลกระทการพิสูจน์ในคดีอาญาแก่จำเลยไม่มีความจำเป็นต่อระบบวิธีพิจารณาความอาญาของไทยแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติ ศาลไทยนั้นไม่กระตือรือร้น (active) ในการดำเนินคดีตามอำนาจที่กฎหมายให้ไว้แต่อย่างใด หากแต่วางเฉย (passive) ปล่อยให้พนักงานอัยการ โจทก์ และจำเลยสืบพยานต่อสู้กันเอาเองในศาล¹¹⁵ ด้วยเหตุของนิติประเพณีเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติของศาลที่ว่าศาลต้องวางตัวเป็นกลางไม่เข้าไปสอดแทรกพยานหลักฐานโดยไม่จำเป็น ส่งผลให้ไม่มีผู้พิพากษาท่านใดเรียกพยานมาสืบเพิ่มเติมด้วยตนเอง

¹¹² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

มาตรา 228 “ระหว่างพิจารณาโดยพลการหรือคู่ความฝ่ายใดร้องขอ ศาลมีอำนาจสืบพยานเพิ่มเติม จะสืบเองหรือส่งประเด็น ก็ได้”

มาตรา 229 “ศาลเป็นผู้สืบพยาน จะสืบในศาลหรือนอกศาลก็ได้ แล้วแต่เห็นควรตามลักษณะของพยาน”

¹¹³ ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 133 ตอนที่ 71 ก, น.7.

¹¹⁴ พระราชบัญญัติ วิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2559

มาตรา 6 “วิธีพิจารณาคดีทุจริตให้ใช้ระบบไต่สวนและเป็นไปโดยรวดเร็วตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้และข้อบังคับของประธานศาลฎีกา ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติ และข้อบังคับดังกล่าว ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งหรือกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลแขวงและวิธีพิจารณาความอาญาในศาลแขวงมาใช้บังคับเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติตามพระราชบัญญัตินี้”

¹¹⁵ คณิต ณ นคร, “ระบบไต่สวนตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีทุจริต,” วารสารนิติศาสตร์: 368.

แม้โดยกฎหมายจะมีอำนาจกระทำได้อีกตาม เพราะจะเป็นที่ครหาว่าไม่วางตัวเป็นกลาง¹¹⁶ อีกทั้งประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ ข้อ 9¹¹⁷ ก็ยังได้ยืนยันถึงหลักปฏิบัติดังกล่าวไว้อีกด้วยและมีการยึดถือปฏิบัติต่อมาจนถึงปัจจุบัน

ด้วยเหตุผลข้างต้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า การกำหนดบทสันนิษฐานแห่งการทุจริตนั้นจะสามารถเข้ามาทดแทนและสามารถแก้ปัญหาความไม่กระจ่างของข้อเท็จจริงในคดีทุจริตอันเกิดจากการวางเฉยตามหลักปฏิบัติของผู้พิพากษาได้ เนื่องจากการกำหนดภาระการพิสูจน์แก่จำเลยนั้นจะเป็นการทำให้มีการนำเสนอพยานหลักฐานจากคู่ความทั้งสองฝ่าย ส่งผลให้สามารถคลายความสงสัยในคดีได้มากยิ่งขึ้นโดยไม่จำต้องอาศัยบทบาทเชิงรุกของศาลแต่อย่างใด

4.2 วิเคราะห์ความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ

แม้ประเทศไทยนั้นมีบทกฎหมายสำคัญที่ใช้ในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทุจริตอยู่ด้วยกันหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ.2561 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญา พ.ศ.2559 และประมวลกฎหมายอาญา ฯลฯ แต่ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายทั้งหลายเหล่านี้ต่างก็อยู่ในลำดับศักดิ์ของกฎหมายรองจากรัฐธรรมนูญ¹¹⁸ ดังนั้น การดำเนินคดีกับบุคคลในคดีความผิดเกี่ยวกับการทุจริตจึงต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์อยู่เสมอตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 มาตรา 29 วรรคสอง กรณีดังกล่าวจึงมีประเด็นปัญหาอยู่ว่าบทสันนิษฐานแห่งการทุจริตที่ผู้เขียนนำเสนอใหม่นี้จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งอธิบายได้ดังนี้

4.2.1 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับบทสันนิษฐานในคดีอาญา

สำหรับกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยวินิจฉัยว่าบทสันนิษฐานในคดีอาญาที่หลักการการพิสูจน์แก่จำเลยที่ไม่เด็ดขาดไว้ มีทั้งกรณีที่วินิจฉัยว่าขัดและไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งในกรณีที่ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญนั้นปรากฏในคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ ต.2/2494 ที่ได้วินิจฉัยประเด็นปัญหาดังกล่าวตามพระราชบัญญัติการพนัน พ.ศ.2478 มาตรา 6¹¹⁹ ซึ่งมีข้อความตอนที่สำคัญว่า

“...ในคดีอาญาทั้งปวงต้องถือว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิดจนกว่าโจทก์จะมีพยานหลักฐานมาหักล้างข้อสันนิษฐานนั้นได้ ฉะนั้น กฎหมายใดที่บัญญัติว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยมีความผิดเสียแต่เบื้องต้นทีเดียว บทกฎหมายนั้นย่อมขัดรัฐธรรมนูญมาตรานี้ และจะใช้บังคับ

¹¹⁶ โสภณ รัตนกร, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะพยาน, 8.

¹¹⁷ ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ

“ข้อ 9 ผู้พิพากษาพึงระลึกว่าการนำพยานหลักฐานเข้าสืบและการซักถามพยานควรเป็นหน้าที่ของคู่ความและทนายความของแต่ละฝ่ายที่จะกระทำ ผู้พิพากษาพึงเรียกพยานหลักฐานหรือซักถามพยานด้วยตนเองก็ต่อเมื่อจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมหรือมีกฎหมายบัญญัติไว้ให้ศาลเป็นผู้กระทำเอง”

¹¹⁸ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 16 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2554), 82.

¹¹⁹ พระราชบัญญัติการพนัน พ.ศ.2478

มาตรา 6 “ผู้ใดอยู่ในวงการเล่นอันขัดต่อบทแห่งพระราชบัญญัตินี้ หรือขัดต่อข้อความในกฎกระทรวง หรือใบอนุญาตซึ่งออกตามพระราชบัญญัตินี้ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้นั้นเล่นด้วย เว้นแต่ผู้ซึ่งเพียงแต่ดูการเล่นในงานรื่นเริงสาธารณะ หรือในงานนักขัตฤกษ์ หรือในที่สาธารณะสถาน”

มิได้ แต่พระราชบัญญัติการพนัน พ.ศ.2478 มาตรา 6 หาได้มีความบัญญัติไว้เช่นนั้นไม่ กล่าวคือ คงต้องสันนิษฐานว่า ผู้ต้องหาหรือจำเลยยังไม่มีคามผิดจนกว่าโจทก์จะนำสืบได้ว่า จำเลยได้เข้าไปอยู่ในวงเล่นการพนัน จึงเป็นอันฟังได้ว่าในกรณีเช่นนี้มิได้มีการสันนิษฐานใดๆ ในเบื้องต้นก่อนที่โจทก์นำพยานมาสืบ อันจะทำให้ขัดกับความในมาตรา 30 แห่งรัฐธรรมนูญ ที่กฎหมายสันนิษฐานก็เป็นการสันนิษฐานภายหลังจากที่โจทก์ได้นำพยานหลักฐานมาสืบแล้ว การสันนิษฐานเช่นนี้ไม่เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 30 แต่อย่างใด”

อย่างไรก็ตาม มีคำวินิจฉัยรัฐธรรมนูญที่สำคัญอีกฉบับหนึ่งคือ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 12/2555 ที่ได้รับวินิจฉัยว่าบทสันนิษฐานในคดีอาญาที่ผลการกระทำความผิดยังไม่เด็ดขาดตามพระราชบัญญัติ ขยายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ.2555 มาตรา 54¹²⁰ ขัดต่อรัฐธรรมนูญโดยมีข้อความตอนที่สำคัญว่า

“เนื่องจากการสันนิษฐานว่า ถ้าผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคล ก็ให้กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นต้องร่วมรับผิดชอบ นิติบุคคลผู้กระทำความผิดด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่า ตนไม่ได้มีส่วนรู้เห็นเป็นใจในการกระทำความผิดของนิติบุคคลดังกล่าว โดยโจทก์ไม่ต้องพิสูจน์ถึงการกระทำหรือเจตนาของ กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นว่า มีส่วนร่วมเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดของนิติบุคคลอย่างไร คงพิสูจน์แต่เพียงว่า นิติบุคคล กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ และจำเลยเป็นกรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคล ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นทั้งหมดทุกคน บทบัญญัติมาตราดังกล่าว จึงเป็นการสันนิษฐานความผิดของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาโดยอาศัยสถานะของบุคคล เป็นเงื่อนไข มิใช่การสันนิษฐานข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบความผิดเพียงบางข้อหลังจาก ที่โจทก์ได้พิสูจน์ให้เห็นถึงการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับความผิดที่จำเลยถูก กล่าวหาจึงขัดต่อหลักนิติธรรมและขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรวรรคสอง”

จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญข้างต้น กรณีดังกล่าวจึงมีประเด็นปัญหาว่าคำวินิจฉัย ทั้งสองฉบับนี้ขัดแย้งกันหรือไม่ และผลคำวินิจฉัยดังกล่าวนี้จะส่งผลต่อการกำหนดบทสันนิษฐานแห่งการทุจริต ที่ผู้เขียนนำเสนอหรือไม่อย่างไร

ในประเด็นที่ว่าคำวินิจฉัยทั้งสองฉบับนี้ขัดแย้งกันหรือไม่ อธิบายได้ว่า ที่ผลคำวินิจฉัยออกมา แตกต่างกันนั้นเป็นเพราะบทสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลมีความผิดทั้งสองกรณีนี้มีความแตกต่างกันที่ลำดับการ กระทำพิสูจน์ “ก่อน” หรือ “หลัง” คือว่า แม้พระราชบัญญัติการพนัน พ.ศ.2478 มาตรา 6 และ พระราชบัญญัติ ขยายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ.2555 มาตรา 54 จะมีบทสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลมีความผิดที่ไม่เด็ดขาด เช่นเดียวกันก็ตาม แต่บทสันนิษฐานดังกล่าวนั้นก็มีความสำคัญที่แตกต่างกันในเรื่องประเภทการผลัการกระทำพิสูจน์

¹²⁰ พระราชบัญญัติขยายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ.2545

มาตรา 54 “ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดซึ่งต้องรับโทษตามพระราชบัญญัตินี้เป็นนิติบุคคล ให้กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบ ในการดำเนินงานของ นิติบุคคลนั้น ต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนในการกระทำความผิด ของนิติบุคคลนั้น”

กล่าวคือ บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นข้อสันนิษฐานซึ่งผลักภาระการพิสูจน์ให้กับโจทก์ย่อมไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งในกรณีของพระราชบัญญัติการพนัน พ.ศ.2478 มาตรา 6 นั้น โจทก์ต้องสืบข้อเท็จจริงเสียก่อนว่าจำเลย “อยู่ในวงการเล่น” ถึงจะทำให้ผลดำเนินสู่ข้อสันนิษฐานว่า “ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้นั้นเล่นด้วย” ซึ่งถ้าจำเลยไม่ต่อสู้หักล้างข้อสันนิษฐานที่บัญญัติไว้ในกฎหมายจำเลยก็ย่อมมีความรับผิดชอบทางอาญา ในขณะที่พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ.2555 มาตรา 54 ไม่ได้มีการกำหนดข้อเท็จจริงเบื้องต้นอันเป็นเงื่อนไขแห่งการสันนิษฐานให้โจทก์มีภาระการพิสูจน์การกระทำของจำเลยเสียก่อนเลยแต่อย่างใด หากแต่ภาระการพิสูจน์ตกอยู่ที่จำเลยเป็นฝ่ายแรกสำหรับการพิสูจน์ว่าตนเองไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำของนิติบุคคล¹²¹

นอกจากนี้ ปัญหาดังกล่าวยังสามารถอธิบายด้วยเหตุผลเกี่ยวกับ “ข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขแห่งการสันนิษฐาน (basic facts)” ซึ่งเป็นข้อพิจารณาอีกประการหนึ่งที่สำคัญที่ศาลรัฐธรรมนูญพยายามจะให้เหตุผลในคำวินิจฉัยที่ 12/2555 ซึ่งเมื่อได้มีการตีความแบบตรงข้าม (*argumentum e contrario*) แล้ว ก็จะสามารถสรุปได้ว่าบทสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลมีความผิดที่ไม่เด็ดขาดอันมีลักษณะที่ขัดต่อหลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลบริสุทธิ์ตามรัฐธรรมนูญนั้นต้องเป็นกรณีที่เป็นกรณีการสันนิษฐาน “สถานะของบุคคล” แต่ถ้าหากเป็นกรณีที่เป็นกรณีการสันนิษฐาน “การกระทำอันเป็นองค์ประกอบความผิดเพียงบางข้อ” ภายหลังจากที่โจทก์ได้พิสูจน์ให้เห็นถึงการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งเกี่ยวกับความผิดที่จำเลยถูกกล่าวหาแล้ว ย่อมไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญไปโดยปริยาย¹²²

ด้วยเหตุนี้ การที่พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ.2555 มาตรา 54 สันนิษฐานไว้ตั้งแต่แรกแล้วว่ากรรมการผู้จัดการได้กระทำความผิดตามบทบัญญัติ เป็นการผลักภาระการพิสูจน์ความเป็นผู้บริสุทธิ์ไปยังผู้จัดการและบุคคลซึ่งต้องรับผิดชอบในการดำเนินการของนิติบุคคลนั้นทั้งหมดทุกคน อันเป็นการสันนิษฐานความผิดของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาโดยอาศัยสถานะบุคคลเป็นเงื่อนไข¹²³ ซึ่งขัดต่อรัฐธรรมนูญต่างจากกรณีของพระราชบัญญัติการพนัน พ.ศ.2478 มาตรา 6 ที่เป็นการสันนิษฐาน “การเล่น” อันเป็นองค์ประกอบความผิดเพียงบางข้อของฐานความผิดตาม มาตรา 12¹²⁴ จึงไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยดังกล่าวจึงวางหลักเกณฑ์การกำหนดบทสันนิษฐานในคดีอาญาที่ผลักภาระการพิสูจน์แก่จำเลยโดยไม่ขัดแย้งกันเองแต่อย่างใด

¹²¹ อานนท์ มาแก้ว, “บทวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ: คำวินิจฉัยที่ 12/2555 กับหลักสันนิษฐานความเป็นผู้บริสุทธิ์ในฐานะสิทธิขั้นพื้นฐานและข้อพิจารณาเพิ่มเติมประการอื่น,” *วารสารนิติศาสตร์*: 840.

¹²² เรื่องเดียวกัน, 839.

¹²³ นรเศรษฐ์ สว่างแจ้ง, “ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บริหารนิติบุคคล : ศึกษาบทบัญญัติของกฎหมายไทย,” 205.

¹²⁴ พระราชบัญญัติการพนัน พ.ศ.2478

มาตรา 12 “ผู้ใดจัดให้มีการเล่น หรือทำอุบายล่อ ช่วยประกาศโฆษณาหรือชักชวนโดยทางตรงหรือทางอ้อมให้ผู้อื่นเข้าเล่นหรือเข้าพนันในการเล่น ซึ่งมีได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานหรือรับอนุญาตแล้วแต่เล่นพลิกแปลงหรือผู้ใดเข้าเล่นหรือเข้าพนันในการเล่นอันขัดต่อบทแห่งพระราชบัญญัตินี้ หรือกระทำความผิดในข้อความในใบอนุญาต ผู้นั้นมีความผิดต่อไป”

(1) ถ้าเป็นความผิดในการเล่นตามบัญชี ก. หมายเลข 1 ถึงหมายเลข 16 หรือการเล่นตามบัญชี ข. หมายเลข 16 เฉพาะสลากกินรวบหรือการเล่นซึ่งมีลักษณะคล้ายกันนี้ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 3 เดือนขึ้นไปจนถึง 3 ปี และปรับตั้งแต่ 500 บาทขึ้นไปจนถึง 5,000 บาท ด้วยอีกโทษหนึ่งเว้นแต่ผู้เข้าเล่นหรือเข้าพนันที่เรียกว่าลูกค้ำ ให้จำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 5,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(2) ถ้าเป็นความผิดในการเล่นอื่นใดตามพระราชบัญญัตินี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับไม่เกิน 2,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เว้นแต่ความผิดตามมาตรา 4 ทวิ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 1,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

4.2.2 ผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญต่อการกำหนดบทสันนิษฐานแห่งการทุจริต

บทสันนิษฐานแห่งการทุจริตตามบทบัญญัติที่ปรากฏใน รัฐบัญญัติ Prevention of Corruption Act, 1960 มาตรา 8 ของประเทศสิงคโปร์นั้นเป็นบทสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลมีความผิดอย่างไม่เด็ดขาด โดยมีการกำหนด “ให้สันนิษฐานว่าการให้ ตอบแทน หรือได้รับประโยชน์เช่นนั้นได้เป็นไปโดยทุจริต” ไม่ได้เป็นการกำหนดให้บุคคลต้องรับผิดโดยการสันนิษฐาน “สถานะของบุคคล” แต่อย่างใด หากแต่เป็นการสันนิษฐานองค์ประกอบภายในส่วนของเจตนาพิเศษหรือมูลเหตุจูงใจของจำเลยว่ามีเจตนาแสวงหาประโยชน์อันมิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายในขณะที่จำเลยมีการกระทำการประกอบประกอบภายนอกแล้วคือการให้ ตอบแทน หรือได้รับประโยชน์ กรณีดังกล่าวจึงเป็นการสันนิษฐาน “การกระทำอันเป็นองค์ประกอบความผิดเพียงบางข้อ” เพียงเท่านั้น ซึ่งสอดคล้องกับคำวินิจฉัยที่ 12/2555 และ ไม่เป็นหลักการขัดต่อสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลบริสุทธิ์ ตามรัฐธรรมนูญดังเช่น พระราชบัญญัติชายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ.2555 มาตรา 54 แต่อย่างใด

นอกจากนี้บทบัญญัติดังกล่าวยังกำหนดเงื่อนไขที่รัฐฝ่ายโจทก์จะต้องสามารถนำเสนอข้อเท็จจริงให้ปรากฏได้เสียก่อนว่าการให้ ตอบแทน หรือรับประโยชน์ที่มีเจ้าพนักงานของรัฐเข้าไปเกี่ยวข้องเสียก่อนถึงจะทำให้ผลดำเนินสู่ข้อสันนิษฐานว่าจำเลยมีเจตนาทุจริตในภายหลัง ไม่ใช่กรณีที่การพิสูจน์ตกอยู่กับจำเลยเสียตั้งแต่แรก ทำนองเดียวกับบทสันนิษฐานตามพระราชบัญญัติการพนัน พ.ศ.2478 มาตรา 6 อันเป็นเหตุผลที่สอดคล้องกับคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ ๓.2/2494 ซึ่งไม่ขัดหรือแย้งกับหลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลบริสุทธิ์ตามรัฐธรรมนูญเช่นกัน

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้นทั้งหมดนี้ ผู้เขียนจึงสรุปได้ว่า บทสันนิษฐานแห่งการทุจริตตามบทบัญญัติที่ปรากฏในรัฐบัญญัติ Prevention of Corruption Act, 1960 มาตรา 8 มีความเหมาะสมที่จะนำมาปรับใช้กับประเทศไทย อีกทั้งยังไม่ขัดแย้งกับหลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลบริสุทธิ์ตามรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด หากประเทศไทยจะนำบทสันนิษฐานดังกล่าวมาเป็นต้นแบบในการปรับใช้กับกฎหมายไทยก็สามารถทำได้โดยไม่ขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญ และจะเป็นการส่งเสริมประสิทธิภาพของรัฐในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นอีกด้วย

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

บทความเรื่อง “บทสันนิษฐานแห่งการทุจริตในคดีสินบน: ศึกษาการนำมาปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย” มีบทสรุปและข้อเสนอแนะดังจะกล่าวต่อไปนี้

5.1 บทสรุป

กฎหมายไทยปัจจุบันที่มีไว้ป้องกันและปราบปรามการทุจริตในคดีสินบนนั้นยังคงใช้หลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลบริสุทธิ์เช่นเดียวกับคดีอาญาทั่วไป อย่างไรก็ตาม เนื่องจากคดีประเภทดังกล่าวเป็นคดีอาชญากรรมที่มีเรื่องของอิทธิพลของกลุ่มบุคคลเข้าไปข้องเกี่ยวและมีความสลับซับซ้อนอันส่งผลให้การแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อเอาผิดกับอาชญากรในฐานะความผิดดังกล่าวเป็นไปอย่างยากลำบาก ส่งผลให้การรวบรวมพยานหลักฐานของรัฐไม่มีความหนักแน่นเพียงพอที่จะพิสูจน์ข้อเท็จจริงถึงการกระทำความผิดของจำเลยให้ถึงมาตรฐานการพิสูจน์

ในระดับสิ้นสงสัยตามควร (beyond reasonable doubt) ได้ ด้วยเหตุนี้จึงส่งผลให้อาชญากรใช้ประโยชน์แห่งความสงสัยดังกล่าวนี้เพื่อหลบเลี่ยงกระบวนการยุติธรรมทางอาญาอยู่หลายครั้งหลายครา ผู้เขียนจึงเห็นว่าจำต้องมีวัตรกรรมทางกฎหมายรูปแบบใหม่เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยเร็วซึ่งก็คือ บทสันนิษฐานแห่งการทุจริต (presumption of corruption)

ทั้งนี้ จากการศึกษาพบว่าบทสันนิษฐานดังกล่าวนี้เป็นบทสันนิษฐานในคดีอาญาที่หลักการการพิสูจน์แก่จำเลยที่ไม่ได้เด็ดขาด (rebuttable presumption) ที่กำหนดให้จำเลยมีหน้าที่ในการพิสูจน์องค์ประกอบภายในถึงเจตนาทุจริตของตนเองภายหลังจากที่โจทก์ได้นำสืบองค์ประกอบภายนอกของความผิดเกี่ยวกับสินบนอันเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขแห่งการสันนิษฐาน (basic facts) ได้สำเร็จเสียก่อน ซึ่งชอบด้วยหลักการและเหตุผลแล้วกรณีดังกล่าวจึงไม่ขัดต่อหลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลบริสุทธิ์ (presumption of innocence) และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 แต่อย่างใด

5.2 ข้อเสนอแนะ

ผู้เขียนเห็นว่า ควรให้มีการพัฒนากฎหมายโดยการกำหนดบทสันนิษฐานแห่งการทุจริตไว้ในระบบกฎหมายอาญาของประเทศไทยไม่ว่าจะเป็นกฎหมายพิเศษ หรือประมวลกฎหมายอาญา โดยใช้รัฐธรรมนูญ Prevention of Corruption Act, 1960 มาตรา 8 ของประเทศสิงคโปร์เป็นต้นแบบ แต่เห็นควรนำเงื่อนไขเรื่อง “ส่วนได้เสียกับองค์กรของรัฐ” ออกไปเพื่อขยายขอบเขตการปรับใช้ให้กว้างขวางกว่า ดังเช่น แนวคิดของรัฐสภาอังกฤษภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 อันเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพของรัฐในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ (crime control model) ดังนั้น จึงเห็นควรบัญญัติทำนองว่า

“เมื่อมีการดำเนินคดีในฐานะความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 144 149 167 หรือ 201 ผลประโยชน์อันใดที่ได้มีการชำระแก่ ให้กับ หรือรับไว้โดยเจ้าพนักงาน สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งรัฐ สมาชิกสภาจังหวัดหรือสมาชิกสภาเทศบาล เจ้าพนักงานในตำแหน่งตุลาการ พนักงานอัยการ ผู้ว่าคดี หรือพนักงานสอบสวน จากบุคคล หรือตัวแทนของบุคคลนั้น ให้สันนิษฐานว่าการชำระ ให้ หรือได้รับผลประโยชน์เช่นนั้นได้เป็นไปโดยทุจริตเพื่อการจงใจหรือตอบแทนตามบทมาตราที่กล่าวไว้ข้างต้น เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าไม่ได้เป็นเช่นนั้น”

อย่างไรก็ตาม การพัฒนากฎหมายอาจไม่ใช่เพียงมาตรการเดียวที่ต้องได้รับการพัฒนา หากแต่ต้องมีการพัฒนาในด้านอื่นด้วย เช่น การบังคับใช้กฎหมายความร่วมมือระหว่างองค์กร เพื่อให้การป้องกันและปราบปรามการทุจริตประสบผลสำเร็จ

Cartel Regulation under Thailand's Trade Competition Act B.E. 2560 (2017): Rationales and Challenges การตกลงร่วมกันภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 : เจตนารมณ์ และประเด็นความท้าทาย

เบญจวรรณ ตั้งสถาพรพันธุ์¹
Benjawan Tangsatapornpan¹

ผู้พิพากษาประจำสำนักงานศาลยุติธรรม อาคารศาลอาญา ถนนรัชดาภิเษก แขวงจอมพล เขตจตุจักร กรุงเทพฯ 10900
Judge, Court of Justice Criminal Court Building, Ratchadapisek Road, Chomphon, Chatuchak, Bangkok 10900

Corresponding author E-mail: b.tangsatapornpan@gmail.com

(Received: January 15, 2019; Revised: February 28, 2019; Accepted: March 2, 2019)

Abstract

This paper mainly focuses on three main areas including assessing economic harm of cartels, cartel regulation under Thailand's Trade Competition Act 2017 after recent amendment, and challenging issues occurring from advancement of new technologies in the field of competition law. The author aims to firstly answer the question what is economic harm caused by cartels and also illustrate who harms by this cartel conduct by comparing cartel market with the perfect competition market and see how cartels harm consumers and overall economy. Rationale behind new cartel law amendment under Thailand's Trade Competition Act and scope of legal application will also be highlighted. New issues occurring from algorithm and technological advancement will also be raised. The author will finally propose policy solutions and recommendations.

Keywords: Cartel Regulation, Competition Law, Trade Competition Act B.E.2560 (2017),
Algorithmic Cartels, Economic Harm

¹ LL.B (First Class Honor) Chulalongkorn University, LL.M (Merit) London School of Economics and Political Science, LL.M Kyushu University (MEXT Scholar), PhD Candidate Nagoya University (MEXT Scholar), Barrister-at-Law, Judge of the Court of Justice of Thailand

บทคัดย่อ

บทความดังกล่าวมุ่งเน้นที่จะพิจารณาใน 3 ประเด็นเป็นสำคัญ กล่าวคือ การวิเคราะห์ผลร้ายทางเศรษฐกิจอันเกิดจากการตกลงร่วมกัน บทบัญญัติการตกลงร่วมกันของไทยภายหลังที่มีการปรับแก้กฎหมายรวมถึงเจตนารมณ์เบื้องหลังการปรับแก้ภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 รวมถึงประเด็นความท้าทายอันเกิดจากการพัฒนาทางเทคโนโลยีอย่างรุดหน้าซึ่งทำให้เกิดช่องว่างในการปรับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าต่อพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันทางการค้ารูปแบบใหม่ๆ โดยในส่วนประเด็นความท้าทายบทความดังกล่าวมุ่งเน้นกรณีศึกษาเรื่องการตกลงร่วมกันอันเกิดจากอัลกอริทึมเป็นสำคัญ ในเบื้องต้นผู้เขียนประสงค์ที่จะตอบคำถามที่ว่า การตกลงร่วมกันก่อให้เกิดผลเสียทางเศรษฐกิจอย่างไร โดยจะวิเคราะห์เปรียบเทียบกับตลาดในสภาวะปกติที่มีการแข่งขันแบบสมบูรณ์เพื่อดูถึงผลกระทบของการตกลงร่วมกันต่อผู้บริโภคและระบบเศรษฐกิจแบบองค์รวม นอกจากนี้บทความฉบับนี้มุ่งเน้นที่จะพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของการปรับแก้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าของไทยฉบับใหม่โดยพิจารณาเฉพาะบทบัญญัติซึ่งเกี่ยวข้องกับการตกลงร่วมกัน ทั้งในส่วนการพิจารณาการกระทำความผิดและบทลงโทษ อีกทั้งผู้เขียนประสงค์ที่จะหยิบยกประเด็นที่เกี่ยวกับความท้าทายอันเกิดจากการพัฒนาทางเทคโนโลยีใหม่โดยเฉพาะในแง่มุมมองการตกลงร่วมกันในมุมมองของกฎหมายแข่งขันทางการค้าและพยายามเสนอแนะแนวทางแก้ปัญหาเพื่ออุดช่องว่างทางกฎหมายโดยอาศัยบทบัญญัติกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งที่มีอยู่ในปัจจุบัน

คำสำคัญ: บทบัญญัติการตกลงร่วมกัน, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า, พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560, การตกลงร่วมกันซึ่งเกิดจากอัลกอริทึม, ผลร้ายทางเศรษฐกิจ

1. Introduction and Background Problem

Hardcore cartels are the most harmful type of competition infringement² which generally injure customers by increasing prices or restricting output and thereby make products and services completely unavailable to some purchasers and unnecessarily expensive for others. Cartel members generally rely on each other agreed course of action instead of competing with each other and thereby consequently reduces their incentives to provide new or better products and services at competitive prices³. Categories of conduct generally defined as hardcore cartels include price fixing, supply restriction, market allocation and bid rigging⁴.

Cartels are however significantly prevalent and harmful to the global economy than previously believed. For instance, a global citric acid cartel raised prices by as much as 30% and collected overcharges estimated at almost \$1.5 billion. Another global cartel example is that price-fixing cartels which raised the price of graphite electrodes 50% in various markets and extracted monopoly profits on an estimated \$7 billion in world-wide sales⁵.

Regarding cartel activity, one influential British scholar has remarked:

“However, if competition policy is about one thing, it is surely about the condemnation of horizontal price-fixing, market-sharing and analogous practices: on both a moral and practical level, there is not a great deal of difference between price-fixing and theft⁶.”

Similar views are expressed by the Antitrust Division of the US Department of Justice:

“Price fixing, bid rigging and market allocation are economic crimes with potentially devastating effect on the U.S. economy. Such crimes rob purchasers, contribute to inflation, destroy public confidence in the economy and undermine our system of free enterprise.”

Such opinions have also been expressed by influential international organization such as the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) and the World Trade Organization (WTO). Also, there are indications that cartels are becoming ever more sophisticated with the use of tools designed to minimize the risk of detection⁷. Such incorporation has the

² Giorgio Monti, *EC Competition Law*, 1st edn. (Cambridge: Cambridge University Press, 2007).

³ European Commission, “Cartels,” accessed December 12, 2018, http://ec.europa.eu/competition/cartels/overview/index_en.html/.

⁴ OECD, “Cartels and anti-competitive agreements,” accessed December 12, 2018, <http://www.oecd.org/competition/cartels/>.

⁵ OECD, “Hardcore Cartels,” accessed December 12, 2018, <https://www.oecd.org/competition/cartels/2752129.pdf>.

⁶ Richard Whish, *Competition Law*, 5th ed. (Lexis Nexis Butterworths, 2003).

⁷ European Commission, “Enhancing competition enforcement by the Member States’ competition authorities: institutional and procedural issues,” accessed October 21, 2015, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/swd_2014_231_en.pdf.

support of the WTO, whose Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy remarks:

“Important element of an effective national competition law includes a clear prohibition of cartel activity, backed up by substantial penalties including fines⁸ and/or imprisonment, and relevant investigatory powers. Furthermore, the suggestion has been made that particular attention should be devoted by relevant enforcement authorities to the investigation and prosecution of domestic and international cartels, given the clear anti-competitive effect of these practices and their harmful impact on the development prospects of poor countries.”

There has been a growing international consensus that fighting “hardcore cartels” should be a top priority of competition enforcers. Also, modern economic theory recognizes high costs of cartels on consumer welfare, with little or no accompanying benefits. OECD 1998 Recommendation of the Council Concerning Effective Action against Hard Core Cartels and subsequent reports, along with regular meetings of the Cartel Working Group that become part of the International Competition Network (ICN), have given recent impetus to the international efforts to fight cartels.

Thailand’s economic characteristic is relatively small with few major firms in each market industry (so called oligopolistic market structure) and also comprises of various trade associations generally covering virtually every basic consumption goods and services. In the health industry, for example, three major firms are Bangkok Dusit Medical Services (market cap 377,621 million THB)⁹, Bumrungrad hospital public company limited (market cap 137,005 million THB)¹⁰ and Bangkok chain hospital public company limited (market cap 40,648 million THB)¹¹. Trade associations however generally cooperate commercially and agree in various business aspects. The meetings sometimes inevitably lead to an agreement on pricing and output.

⁸ EU Commission set “Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation (EC) No 1/2003” and the EU Courts have confirmed all the main features of the guidelines; including on fundamental principles and rights, gravity, duration, entry fee, and deterrence multiplier. ; See European Commission, “Guidelines for setting fines,” (2006), accessed November 12, 2015, http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26118_en.htm.

⁹ Stock Exchange of Thailand, “Companies/Securities in Focus: BDMS: BANGKOK DUSIT MEDICAL SERVICES PUBLIC COMPANY LIMITED,” accessed February 28, 2019, <https://www.set.or.th/set/companyhighlight.do?symbol=BDMS&ssoPagelId=5>.

¹⁰ Stock Exchange of Thailand, “Companies/Securities in Focus: BH: BUMRUNGRAD HOSPITAL PUBLIC COMPANY LIMITED,” accessed February 28, 2019, <https://www.set.or.th/set/companyhighlight.do?symbol=BH&ssoPagelId=5>.

¹¹ Stock Exchange of Thailand, “Companies/Securities in Focus: BDMS: BANGKOK DUSIT MEDICAL SERVICES PUBLIC COMPANY LIMITED,” accessed February 28, 2019, <https://www.set.or.th/set/companyhighlight.do?symbol=BDMS&ssoPagelId=5>.

In developed countries, hard-core cartel is however considered as one of the most serious crimes affecting overall economy and citizens. Nevertheless, in Thai society, there is less awareness toward hard-core cartels both from the public and business enterprises.

According to 17 year enforcing experiences, the number of cartel cases claimed to the Office Trade Competition Commission, Ministry of Commerce (hereinafter “OTCC”) under the Trade Competition Acts B.E.2542 (1999) is relatively low, accounted for 23 cases from 1999 to 2017. The cartel cases claimed to the OTCC slightly rose during the period from 2012 to 2017, constituted of approximately 50 per cent from the total claimed cases during the same period including the cases of abuse of dominance power, merger control, cartel, and unfair trade practice.

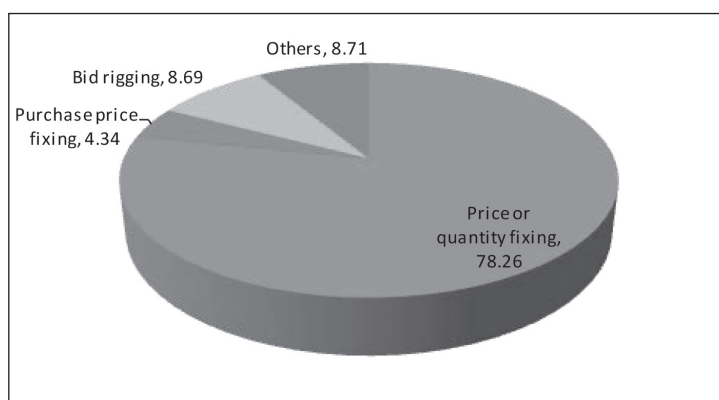
Table: The Cases Claimed to the Office of Trade Competition Commission (OTCC) in accordance with Trade Competition Act B.E.2542 (1999) from 2012 to 2017

Year	Monopoly (Section 25)	Merger control (Section 26)	Cartel (Section 27)	Unfair Trade Practice (Section 29)	Total
2012	3	-	4	4	11
2013	-	-	1	2	3
2014	-	-	2	-	2
2015	-	-	1	-	1
2016	-	-	3	1	4
Until October 4 th , 2017	-	-	-	2	2
Total	3	-	11	9	23

Source: The Office of Trade Competition Commission¹²

¹² Office of Trade Competition Commission, “Claimed case statistic,” accessed February 11, 2019, http://otcc.dit.go.th/?page_id=61.

In Thailand, hard-core cartel cases claimed to the OTCC under Trade Competition Act B.E.2542 (1999) from 1999 to 2017 cover various market industries particularly in everyday-consumption goods (e.g. cement manufacturing, polyethylene manufacturing, film industry, rubber industry, fisheries etc.) and services. The below pie chart describes the overall cartel cases claimed to the OTCC from 1999 to 2017, divided into four main categories including price-fixing cartel, purchase price-fixing cartel, bid rigging, and others. It can be seen that price-fixing cartel constitutes of the highest cases claimed to the OTCC, accounted for 78.26 per cent, whilst purchase price-fixing and big rigging constitute of 4.34 and 8.69 percent, respectively. The price or quantity fixing cartel cases thus obviously contribute to the highest percentage from the overall cartel cases claimed to the OTCC, accounted for 91.31 per cent of the overall cartel cases.



Cartel cases claimed to the OTCC from 1999 to 2017¹³ (percentage)

Trade Competition Act B.E.2542 (1999) was however revised and the new Trade Competition Act B.E.2560 (2017) has been effective since October 5th, 2017. According to the case statistic provided by the OTCC, there were 96 competition law cases claimed in total to the OTCC under Trade Competition Act B.E.2542 (2017) from 1999 to 2016 and 84 cases were completed. Among 84 cases, 81 cases were terminated in the competition authority level by the commission's resolution order, while other 3 cases were terminated by non-prosecution order. Thus, there is no case processed to the court level under Trade Competition Act B.E.2542 (2017) from 1999 to 2016. The main problems underpinned the

¹³ Office of the Trade Competition Commission, "Case Summary from 1999 to 2017," accessed February 11, 2019, http://otcc.dit.go.th/?page_id=682.

previous Act addressed by the OTCC includes (i) law enforcement problems e.g. delay in investigation processes, inappropriate sanctions etc.; (ii) substantive law problems e.g. laws does not cover the new collusions occurring from changes in market structure and behavior etc.; and (iii) law enforcement was interfered and commission was not independent¹⁴.

Complaints Received pursuant to Competition Act B.E.2560 (2017)

Year	Abuse of Dominance Position (Section 50)	Hardcore cartels (Section 54)	Non-hardcore cartels (Section 55)	Unfair Trade Practice (Section 57)	Unreasonable Agreement with Foreign Firms (Section 58)
10/2017	2	-	-	-	-
2018	2	2	-	3	-
Total	4	2	-	3	-

Source: Office of Trade Competition Commission¹⁵

According to the new Trade Competition Act B.E.2561 (2017), cartel regulation is however divided to two sections including the provision governing hardcore cartel in section 54 and provision concerning non-hardcore cartel in section 55. The hardcore cartel claim rate under the new Trade Competition Act 2017 is however accounted for around 22 percent — 2 cases from the total 9 cases claimed to the Thai competition authority covering the period from October 5th, 2017 until present.

This paper mainly focuses on three main areas including assessing economic harm of cartels, cartel regulation under Thailand's new Trade Competition Act 2017 after recent amendment, and challenging issues occurring from advancement of new technologies in the field of competition law. The author aims to answer the question what is economic harm caused by cartels and also illustrate who harms by this cartel conduct. To answer these questions, the author will thus compare cartel market with the perfect competition market

¹⁴ Office of Trade Competition Commission, "FAQ Trade Competition Act B.E.2542 (1999)," accessed December 17, 2018, <http://otcc.dit.go.th/wp-content/uploads/2017/02/FAQ-t.pdf>.

¹⁵ Office of Trade Competition Commission, "Claimed case statistic," accessed November 11, 2018, <http://otcc.dit.go.th/?p=6109>.

in section 2 and see how cartels harm consumers and overall economy. The differences between horizontal and vertical cartels will also be addressed to see if they should be subjected to different legal provisions or even different sanctions and also to give an overview to the readers with less competition law background. Section 3 will provide an overview and rationale behind new cartel law amendment under Thailand's Trade Competition Act and legal application. The author aims to examine how the new Act has developed from the previous Act, what are the rationales behind amendment and whether there are still loopholes existed. In section 4, the author aims to focus on challenging issues occurring from algorithm and technological advancement which raise problematic issues in cartel regulation and see how Thai competition authority should deal with these issues via current traditional cartel regulation and how to develop the law to tackle this problem. The author will finally propose policy solutions and recommendations.

2. Economic Harm of Cartels: Perfect Competition Market vs Cartels

In this section, the author will compare the situation where perfect competition exists together with the scenario with cartels to address an economic harm of cartel and welfare effect to see how cartels harm consumers and overall economy. This section aims at giving an initial idea how cartels affect economic welfare and thus why they should be illegal.

Perfect competition is however chosen as benchmark to compare with cartels because the allocation of resources is most efficient without deadweight loss and thus attributes to maximum economic welfare. By creating a cartel, firms can raise their prices and thereby increases illegal profits which reduce consumer surplus at the end. Thus, comparing situation with perfect competition market would be an appropriate way to see how consumers are affected. This section however aims at providing overview for readers to have better understanding of justifications and rationales behind cartel regulation in the other sections.

2.1 Perfect Competition Market

In perfect competition market, the theoretical model addresses that the benefits of perfect competition are lower prices, better products, greater choices and efficiencies. The producers however cannot affect the price because aggregate output which determines price through the law of supply and demand¹⁶. Concerning neo-classical economic theory, economic

¹⁶ Richard Whish, *Competition Law* (Oxford University Press, 2012).

welfare is also maximized and innovation is stimulated¹⁷. The rationale behind this is that perfectly competitive markets have many firms due to the lack of barriers to entry¹⁸. This means that in order to be successful, firms must innovate to attract customers to their firm over competitor's firms¹⁹.

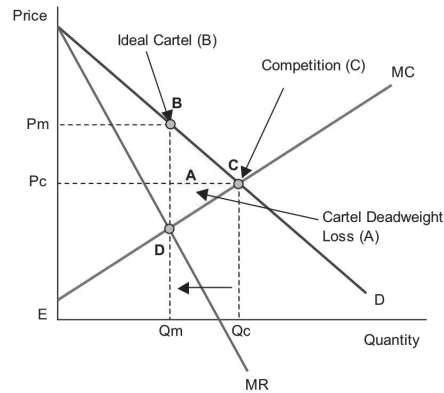


Figure 2.1

It is however better to understand the former premise from the economic viewpoint. According to the figure 2.1, if we focus on point C where perfect competition is, the square $P_c Q_c$ is the total amount of money that consumers pay for Q_c quantity products where the equilibrium is. However, consumers are actually willing to pay at the Price CQ_c for the same product amount (Q_c). Thus, in perfect competition, the consumers actually pay less which is equal to the triangle $PriceCQ_c$ so called consumer surplus. Producers on the other hand also get revenue equal to square $P_c Q_c$, while they are actually willing to sell by receiving less revenue at EQ_c . Therefore, producer surplus is equal to the triangle $P_c CE$. Total welfare in this case is the combination of consumer surplus and producer surplus. Thus, the force of supply and demand by an invisible hand allocate resource efficiently and lead to an equilibrium where the total benefits of consumers and producers is maximized in the perfect competitive market²⁰.

¹⁷ Lipsey and Chrystal, *Principal of Economics* (Oxford University Press, 2007); See also Van den Bergh and Camesasca, *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective* (Sweet & Maxwell, 2006).

¹⁸ Cowen, Tyler, and Alex Tabarrok, *Modern principles of economics* (Palgrave Macmillan, 2015); See also Mike Sproul, "Principles of Economics," accessed November 14, 2018, <http://www.csun.edu/~hceco008/tablecontents.htm>.

¹⁹ Richard D. Wolff and Stephen A. Renick, "Contending Economic Theories: Neoclassical, Keynesian and Marxian," accessed February 28, 2019, <http://ouleft.org/wp-content/uploads/Contending-Economic-Theories-Wolff.pdf>.

²⁰ Gans, Joshua, Stephen King and N. Gregory Mankiw, *Principles of microeconomics* (Cengage Learning, 2011).

2.2 Cartels

Collusive practices however allow firms to exert market power and artificially restrict competition and increase prices, thereby reducing welfare. Market power can cause markets to be inefficient because it distorts price and quantity out of the equilibrium of supply and demand²¹. Collusive agreements can take different forms e.g. agreeing on price or output, dividing markets, bid-rigging etc. and might range from a very well-organized cartel-like structure (“explicit collusion”) to circumstances where firms merely find some form of communication to sustain the agreement (“tacit collusion”)²². Nevertheless, we will focus merely on explicit collusion which is prohibited by law in this article.

Cartels however generally occur in oligopolistic market structure which only a few sellers offer similar or identical products²³. By creating cartel, producers in theory can increase their price and raise illegal profits because this form of collusion make firms gaining market power to control the market price and quantity. In other word, cartels generally behave similarly to monopoly to earn more profits. According to figure 2.2, when cartel is formed, the price rises to point B which leads to demand drop and thus less output is sold. This mechanism leads to the reallocation of surplus between producers and consumers equivalent to red area representing the profit of cartel members²⁴.

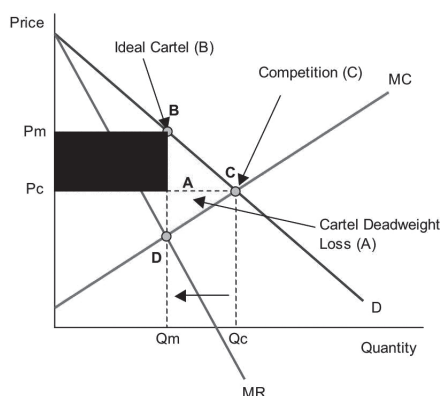


Figure 2.2

²¹ Case, Karl E., Ray C. Fair and Sharon M. Oster, *Principles of microeconomics* (Upper Saddle River, NJ: Prentice Hall, 1996).

²² Motta Massimo, *Competition policy: theory and practice* (Cambridge University Press, 2004).

²³ Ibid.

²⁴ European E&M consultant, “Cartels: the economic perspective,” accessed October 23, 2018, http://www.ee-mc.com/fileadmin/_migrated/content_uploads/Cartels_Economic_Perspective_03.pdf.

The consumer welfare reduces from triangle PriceCPc (perfect competition) to triangle PriceBPm. The deadweight loss is thus equal to triangle A (yellow area). The loss of consumers (red + yellow areas) surpasses the gains of cartel members (yellow area) and therefore leads to a decrease in total welfare.

Hence, we can see from the situation addressed above on how cartels harm consumers by reallocation consumer surplus to producer side and thus producers can achieve more profits than what they should obtain in the perfect competitive market without the reasonable ground. Thus, this is one of the reasons why cartels especially hardcore cartels should be illegal and strictly prohibited.

The author however mainly focuses on allocative efficiency in section 2 because the main objective of Thailand's Trade Competition Act is to ensure the competition in the market for the benefits of consumers²⁵. Competition in the market leads to allocative efficiency which constitutes consumer welfare. As efficient allocation requires all firms to produce efficiently, dynamic efficiency and productive efficiency are important, although not focused in this paper.

3. Cartel Regulation under Thailand's Trade Competition Act B.E.2560 (2017)

3.1 Cartel regulation after 2017 amendment

Cartel regulation provision was revised and re-numbered in section 54–section 56 in the Trade Competition Acts B.E.2560 (2017). The cartel regulation was formerly prescribed in section 27 of the Trade Competition Acts B.E.2542 (1999) including hardcore cartels, non-hardcore cartels and authorization provisions in the same section. Nevertheless, legislator divided cartel regulation into three different sections in the new Acts including hardcore cartels (section 54), non-hardcore cartel (section 55), and non-hardcore cartel exemption (section 56).

Section 54 basically governs hardcore cartels including price fixing, output restriction, bid-rigging and market allocation, while section 54 para 2 outlines an exemption to any business in the same economic unit. Section 54 generally covers only horizontal cartels which are considered as having no pro-competitive effect and thus should be prohibited strictly under Per se rule.

²⁵ The Senate, "Commission's Report to consider the draft of Trade Competition Act B.E....," accessed March 1, 2019, http://library2.parliament.go.th/giventake/content_nla2557/d032360-02.pdf.

The terms used in the section 54 are, on the other hand, obviously in line with international standard and OECD's guideline and also provides exemption to business in the single economic unit (section 54 para 2) which is heavily influenced by the single economic entity doctrine of EU and Singapore laws. Section 55, nevertheless, governs non-hardcore cartels including vertical cartel, exclusive dealing etc.

The rationale behind cartel regulation amendment is that, by dividing hardcore cartels and non-hardcore cartels into different sections, will make it easier for the law application and enforcement as they are subjected to different punishments, different theories and justifications underlying. To illustrate, hardcore cartel is subjected to criminal sanction, while non-hardcore cartel is subjected to administrative surcharge. Theories governing hardcore and non-hardcore cartels are also different. In this regard, "Per se illegality" will be applied in the case of hardcore cartel (section 54), while non-hardcore cartel (section 55) will be examined under the "rule of reason".

Another rationale to separate cartel provisions into three different sections is also because the new provision intends not to obstruct some types of business structure e.g. franchise. In addition, the types of cartel are also divided clearly as section 54 will be applied only in horizontal cartels, whilst section 55 will be applied on both horizontal and vertical cartels.

The difference between horizontal and vertical cartels is an important issue to be initially considered as it draws different line among different types of cartel collusions and is also subjected to different scope of analysis and punishment.

Horizontal agreements are generally concluded between undertaking operating at the same market level²⁶. These arrangements may immensely reduce competition when it comes to hardcore cartels including price-fixing, market allocation, bid rigging, output restriction etc. Some arrangements on the other hand may pose less harm to consumers and economy when they involve softer form of corporation. The latter corporation may also increase efficiencies and economic at the same time as they allows entities to cope better with dynamic market, improve their product and services when it comes to research and development, standardization etc²⁷.

²⁶ Einer Elhauge and Damien Geradin, *Global Competition Law and Economics* (Bloomsbury Publishing, 2011).

²⁷ Ariel Ezrachi, *EU Competition Law* (Hart publishing, 2018).

Vertical agreements on the other hand are arrangements entered into between business enterprises operating at different levels of market but are in some supply relation. Effect of vertical agreements generally differs from those of horizontal agreements because the former concerns relationship between upstream and downstream markets and thus also generates positive effects rather than harmful outcomes.

We may look at example to make it clear for these two terminologies from figure 3.1. Suppose we have a plastics pellet market with two firms that supply to two PET bottle manufactures, which in turn sell bottle to beverage companies. An agreement between the two plastics pellet suppliers would be a horizontal agreement, as would agreement between the two PET bottle makers. An agreement between a plastics pellet supplier and PET bottle maker would however be a vertical agreement. If effects at both market levels are related, the plastics pellet market would be called the upstream market. The PET bottle market is however downstream market²⁸.

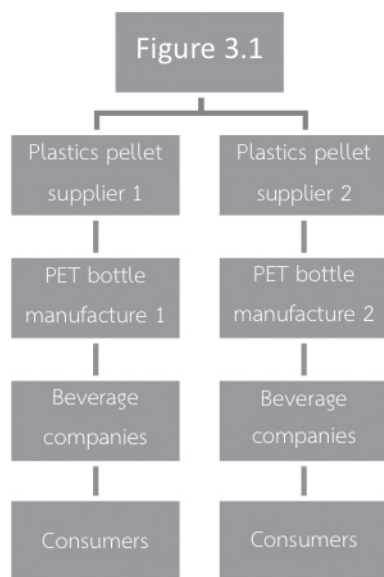
3.1.1 Legislative Approach to hardcore cartels under the section 54 : Per se illegality

Thailand's Trade Competition Acts B.E.2560 (2017) section 54 stipulates that *"Any business operators competing with each other in the same market shall not jointly undertake any conduct which monopolizes, reduces, or restricts competition in that market in one of the following ways:*

- (1) to fix, whether direct or indirectly, purchasing or selling price, or any trading conditions that affect the price of goods or services;*
- (2) to limit the quantity of goods or services that each business operator will produce, purchase, sell, or provide, as agreed;*
- (3) to knowingly establish an agreement or conditions in order for one side to win an auction or to win in a bid of goods or services or in order for another side not to enter an auction or a bid of goods or services;*
- (4) to allocate areas in which each business operator will sell, or reduce a sale or purchase goods or services, or allocate purchasers or sellers to or from which each business operator will sell or purchase goods or services under the condition that other business operators shall not purchase or sell those goods or services.*

²⁸ Ibid.

The provisions under paragraph one shall not apply to the conduct of business operators related to each other due to a policy or commanding power as prescribed in the Commission's notification."



Provision under the section 54 (1) – (4) governs the violations, substantially posing harmful effect to the overall economy as well as consumer welfare and thus are strictly prohibited and considered as Per se Illegal. To illustrate, under the Per se Illegality approach, the alleged act is inherently illegal regardless of the reasonableness of such actions²⁹. Therefore, no further extrinsic proof of any surrounding circumstances or the intention of individuals engaging in the practice is needed, meaning that the established agreement is considered as an automatic violation without justification, excuses or defenses allowed³⁰. This approach is widely applied to anti-competitive behavior conclusively presumed to be an unreasonable restraint on trade and consequently anti-competitiveness³¹.

²⁹ Thomas Cheng, Sandra Marco Colino, and Burton Ong, *Cartels in Asia: Law & Practice* (Hongkong: Wolters Kluwer Hong Kong Limited, 2015).

³⁰ Kevin J. O'Connor and Godfrey & Kahn, "Basic Antitrust Rules of Thumb," accessed April 4, 2016, <http://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/attorneysgeneral/files/Basic%20Antitrust%20Rules%20of%20Thumb.pdf>.

³¹ Philip Areeda, "The Rule of Reason in Antitrust Analysis : General Issues," (1981), accessed March 31, 2016, [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/antitrust.pdf/\\$file/antitrust.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/antitrust.pdf/$file/antitrust.pdf).

According to the Trade Competition Acts B.E.2560 (2017) section 54 (1) – (4), collusive behaviors includes, for instance, price-fixing agreement either in the suppliers' or buyers' side, output limitation, market division and bid rigging unless the agreement is made by entities belonging to a single economic unit. The rationale behind this provision is due to the facts that, the acts under section 54 (1) – (4) tremendously affect the consumers' rights by having no greater choice in price, quality, and service under the functional price mechanism, as well as results in ceasing technological development and deterring improvement of product quality among the business competitors³². Thus, hard-core cartels in this section generally post harmful effect to the consumers with the higher prices and illegal profits, whilst provide no pro-competitive effect. Any acts fallen within this section are thus strictly prohibited.

According to section 54 (1) – (4), three requirements are generally needed to be satisfied, including (i) jointly undertaking between two or more business entities in the same market, (ii) an explicit Per se Illegal violation under section 54 (1) – (4), and (iii) an effect of such violation which monopolizes, reduces, or restricts competition in the market³³.

Provision in section 54, on the contrary, prohibits only agreement among business operators “within the same market” and the market definition is thus a preliminary concern that is needed to take into account in accordance with section 5 of the Trade Competition Act. However, this issue may be more complicated when collusions occur in multi-sided markets or platforms³⁴. Section 54 also focuses mainly on horizontal agreements.

Concerning the term “jointly undertaking” in section 54, the controversial issue arises concerning the stage of the act in question that is considered as illegal. In the US, strict Per se rule is applied and thus hardcore cartels are illegal since the preparatory stages e.g. agreeing to fix price in the meeting etc. The calculation of market share of cartel members is also not required.

Thailand however adopts the “Quasi Per Se” scope of application from Japanese's Antimonopoly Act article 2 (6)³⁵ and the term “jointly undertaking” in section 54

³² Ibid.

³³ Department of the Internal Trade under the Ministry of Commerce, “Guideline of the Section 27 of Trade Competition Act B.E.2542 (1999),” (2010) accessed April 4, 2016, <http://otcc.dit.go.th/wp-content/uploads/2015/07/Guidelines-under-Section-27.pdf>.

³⁴ Benjawan Tangsatapompan, “Defining Market Definition and Relevant Market in the Multi-sided Market on Digital Platform,” (Competition Focus by Office of Trade Competition Commission, December 2017), accessed February 11, 2019, <http://otcc.dit.go.th/?p=4217>.

³⁵ Sakda Thanitcul, *Trade Competition Act B.E.2542 (1999)*, 2nd edn. (Winyuchon2010), 174.

of Thailand's Trade Competition Act is therefore coherence with the term "jointly carry out" (共同遂行 *kyodousuikou*) in Japanese antimonopoly law³⁶. The term "jointly carry out" under Japanese law requires proof of the implementation actions of cartel members; however, actual adverse effect on market price does not need to be proven³⁷. In this case, Japan Fair Trade Commission (hereinafter "JFTC") views that unreasonable restraint of trade required proof of the implementation actions of the cartel participants as a requirement if cartel is in violation of the law³⁸.

Thus, according to Thailand's law, any event prior the parties actually taking action or prior an actual implementation of agreement is thus still not considered as the violation of cartel law under section 54.

However, another debatable issue arises if we should take market share of cartel participants into consideration. On one hand, cartel members with low market share cannot cause any adverse effect on market by engaging in cartel conduct. On the other hand, if we take hardcore cartels more seriously as other criminal offence, they should be prohibited by any mean as hardcore cartels generally occur from bad intention to take illegal profits from consumers. The latter stand point is also supported by large business entities that the law should be applied to all business entities equally.

Section 54 paragraph 2 however adopted the idea of single economic entity and allows any firms within the same economic entity (e.g. parent company and its subsidiaries etc.) to make an agreement on price, output, market allocation etc. The rationale behind this is that any related entities should be seen as a whole and one single business as they have the same business goals and policies.

3.1.2 Provision governing non-hardcore cartel under the section 55: Rule of reason

Thailand's Trade Competition Acts B.E.2560 (2017) section 55 addresses that *"Business operators shall not jointly undertake conduct which monopolizes, reduces or restricts competition in a market in one of the following ways:*

³⁶ 公正取引委員会競争政策研究センター, "カルテル事件における立証手法の検討 一状況証拠の活用について," accessed March 1st, 2019, https://www.jftc.go.jp/cprc/reports/index_files/cr-0213.pdf.

³⁷ 公正取引委員会競争政策研究センター, "カルテル・入札談合における審査の対象・要件事実・状況証拠," accessed March 1, 2019, https://www.jftc.go.jp/cprc/reports/index_files/cr-0107.pdf.

³⁸ Masahiro Murakami, *The Japanese Antimonopoly Act* (Shojihomu, 2003).

- (1) to establish conditions referred to under Section 54 (1) , (2), or (4) among business operators which are not competitors in the same market;*
- (2) to reduce the quality of goods or services to a condition lower than that previously produced, sold, or provided;*
- (3) to appoint or assign any one person to exclusively sell the same goods or provide the same services, or of the same type;*
- (4) to set conditions or practices for purchasing or producing goods or services so that the practice follows what is agreed;*
- (5) to enter joint agreements in other manners as prescribed in the Commission's notification."*

Section 55 covers any activities which are seen as non-hardcore cartels. Any activities fall within the scope of application under section 55 are not strictly prohibited; however, the benefits of such activities need to outweigh losses under the rule of reason. Such activities, for example, include any price-fixing, output restriction, or market allocation among firms in different markets in accordance with section 55 (1) of the Trade Competition Act e.g. agreement between soda supplier and the soda bottle company etc. In this regard, any act fall within the scope of section 55 will be considered as non-hardcore cartel and is subjected to administrative surcharge pursuant to section 82 rather than criminal punishment. The acts in question in accordance with section 55 however include both horizontal and vertical arrangements.

Regarding the scope of analysis under this section, vertical restraint for example which is agreement between parties in different markets or between upstream and downstream players is subjected to the rule of reason.

An interesting question should be raised in this case why the acts under section 54 and section 55 are subjected to different treatment. In this regard, we can see that section 54 generally governs the horizontal cartels which post very harmful effect to consumers and economy without pro-competitive effect or reasonable ground. Thus, Per se rule is applied. However, section 55 governs horizontal arrangement caused in different markets or vertical restraints which may somehow cause pro-competitive effect e.g. reduce intra-brand competition and promote inter-brand competition which leads to better products /services, lower price etc.

Regarding this issue, according to economic studies, vertical restraints can create both pro- or anti-competitive effect and both price (e.g. resale price maintenance) and non-price (e.g. exclusive dealing or territories) may either increase or decrease economic welfare³⁹. Hence, it is essential to assess their impact and focus on the effect of competition rather than the form of vertical restraint⁴⁰.

In this regard, scope of legal analysis “rule of reason” will be used in section 55 and requires analysis of (i) definition of the relevant product and geographic market, (ii) market power of the defendant(s) in the relevant market, and (iii) the existence of anticompetitive effects. The court will then shift the burden to the defendant(s) to show an objective pro-competitive justification. This scope of analysis however distinguishes between restraints with an anticompetitive effect that are harmful to the consumer, and restraints stimulating competition that are in the consumer’s best interest⁴¹. The central question is whether the relevant agreement likely harms competition by increasing the ability or incentive profitably to raise price above or reduce output, quality, service, or innovation below what likely would prevail in the absence of the relevant agreement⁴².

Under the rule of reason, courts must decide whether they impose an unreasonable restraint on competition with the consideration of various factors, including (i) intent and purpose in adopting the restriction; (ii) the competitive position of the defendant—specifically, information about the relevant business, its condition before and after the restraint was imposed, and the restraint’s history, nature and effect⁴³; (iii) the structure and competitive conditions of the relevant market⁴⁴; (iv) barriers to entry; and (v) the existence of an objective justification for the restriction⁴⁵.

³⁹ Patrick Rey, “The Economics of Vertical Restraints,” accessed March 1, 2019, http://www.learlab.com/conference2005/documents/rey_verge.pdf?fbclid=IwAR2y_2o1TqV5qWuDmb26prEbqsBtBF3MZx3TCtl77d7GWA6jBcGUD9LE.

⁴⁰ Patrick Rey, “Vertical Restraints-an Economic Perspective,” accessed March 1, 2019, http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Patrick-Rey.VerticalRestraints.pdf?fbclid=IwAR0nin2S912SrqsMaKNk9JF7VUOvAVqYs1hFLZcHsv2_PG40UB63PxDy1g.

⁴¹ Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 26, 49 (1977); State Oil v. Kahn, 522 U.S. 3, 10 (1997)

⁴² Federal Trade Commission and the U.S Department of Justice, “Antitrust Guidelines for Collaborations among competitors,” accessed January 13, 2019, https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf.

⁴³ Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp., 485 U.S. 717 (1988); National Collegiate Athletic Ass’n v. Board of Regents of university of Oklahoma, 468 U.S. 85 (1984)

⁴⁴ State Oil v. Kahn, 522 U.S. 3, 10 (1997)

⁴⁵ California Dental Ass’n v. FTC, 526 U.S. 756 (1999)

Applying the rule of reason however typically requires expert testimony identifying a relevant market or approaches for estimating market power, as well as some evidences to determine actual anticompetitive effects. Per se rule however requires only proof that a particular type of conduct has occurred. Thus, the rule of reason is justifiable only to the extent that it provides superior outcomes⁴⁶.

For example, in the landmark case of *Continental TV Inc.v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36 (1977), the Supreme Court's decision is significant for its reasoning as well as for the application of the rule of reason. The Court argued that the purpose and economic effect of non-price vertical restraints should be considered. The Court's analysis distinguished between intra-brand and inter-brand competition, considered efficiency arguments for vertical restraints that⁴⁷:

"The market impact of vertical restrictions is complex because of their potential for a simultaneous reduction of intra-brand competition and stimulation of inter-brand competition....Vertical restrictions reduce intra-brand competition by limiting the number of sellers competing for the business of a given group of buyers....Although intra-brand competition may be reduced,....Vertical restrictions promote inter-brand competition by allowing the manufacturer to achieve certain efficiencies in the distribution of his products....For example, new manufacturers and manufacturers entering new markets can use the restrictions in order to induce competent and aggressive retailers to make the kind of investment of capital and labor that is often required in the distribution of products unknown to the consumer. Established manufacturers can use them to induce retailers to engage in promotional activities or to provide service and repair facilities necessary to the efficient marketing of their products...."

3.2 Cartel exemption under section 56 and rationale underlying amendment

Thailand's Trade Competition Acts B.E.2560 (2017) section 56 addresses that "*The provisions under Section 55 shall not apply to one of the following situations, where:*

- (1) the conduct of business operators is related to each other due to a policy or commanding power as prescribed in the Commission's notification;*
- (2) the joint business agreement is for the purpose of developing production, distribution of goods, and promotion of technical or economic progress;*

⁴⁶ Daniel A. Crane, *Market Power Without Market Definition* (NOTRE DAME Law Review, 2014).

⁴⁷ OECD, "Competition Policy and Vertical Restraints," accessed February 13, 2019,

(3) the joint agreement is in the pattern of contracts between business operators of different levels, in which one side grants the right in goods or services, trademarks, business operational methods, or business operation support, and the other side is granted rights, with a duty to pay charges, fees, or other remunerations for the rights granted;

(4) the agreement type or business format is prescribed in a ministerial regulation on the Commissions' advice.

A joint agreement under paragraphs (2) and (3) shall not result in any limitation exceeding what is the necessary in order to achieve the benefits mentioned above, shall not cause a monopoly power or substantially restrict competition in a market, and impact on consumers shall be considered"

Regarding exemption provision, the authorization provision which formerly provides the rights to business party to lodge an application to be considered for exemption (former section 27 in the Trade Competition Act 1999) totally disappears and is instead replaced by the clear exemption provision in section 56. The rationale behind this amendment is that the authorization provision in the former section 27 may leave loopholes to corruption or abuse of power problems because it relies heavily on the Commission's discretion. Thus, the new provision makes it clear by setting the clear exemption criteria in section 56. Any act fallen within the scope of section 56 will be exempted from an application of section 55 automatically.

The rationale behind this is also because the social benefits from such activities (e.g. research and development (R&D) or intellectual property rights which promote innovation etc.) outweigh drawback from decrease in competition from the more intense market and to support the government trade and investment policies.

Providing exemption for IP right holders or R&D projects etc. will also create more incentive for business entities to invest and thereby promote innovation, lead to higher quality products as well as provide wider selection of goods and services which brings benefits to the consumers at the end. From an economic perspective, this will also assist to achieve some objectives of competition policy including promoting allocative productive and dynamic efficiencies⁴⁸.

⁴⁸ Kerber Wolfgang, "Should Competition Law Promote Efficiency?: Some Reflections of an Economist on the Normative Foundations of Competition Law," accessed March 1, 2019, https://pdfs.semanticscholar.org/d7c8/e17.a9150495dca6d8c2ee4ff0e1c81f73755.pdf?fbclid=IwAR1Xp79qsohl2qbz0baujUv1ysfKszDSA0_t5nM8vp_BJx32MIK3GF8EZE.

Regarding this amendment, the author believes that it will lead to the more positive outcome as it is best to make it clear for any provisions or regulations governed business entities. The new section 56 will also support better business environment, make it clear for business entities whether the act in question is prohibited by law and essentially reduce the cost and time-consuming processes.

3.3 Sanctions and Remedies: Interplay between Public and Private Enforcement

3.3.1 Public Enforcement: Individual Sanction in accordance with Section 72 and 82

Section 72: Any person violating Section 50 or Section 54 shall be subject to a term of imprisonment of not more than two years or a fine of not more than ten percent of the turnover in the year of the offence, or both.

In a case where it is an offence committed in the first year of the business operation, the person shall be subject to a term of imprisonment of not more than two years and a fine of not more than 1 million Baht, or both.

Section 82: Any person violating Section 55, Section 57, or Section 58, shall be subject to an administrative fine of not more than 10 percent of the turnover in the year of offence.

In a case where it is an offence committed in the first year of the business operation, the person committing the offence shall be subject to an administrative fine of not more than 1 million Baht.

This sub-section aims at providing the rationale behind cartel sanctions in accordance with the economic harm of cartels that we addressed in section 2. According to Thailand's Trade Competition Act B.E.2560 (2017), hardcore cartels will be subject to criminal sanctions in terms of imprisonment or punitive fine because the act in question posts very harmful effect to consumers and economy without any reasonable ground. Thus, the act in question will be criminalized pursuant to section 72.

Non-hardcore cartel conducts on the other hand are subjected to different treatment under section 82 and thus only administrative surcharge will be applied. The rationale behind this is that non-hardcore cartels (e.g. vertical agreements etc.) post harmful effect on one hand; however, they create pro-competitive effect on the other hand. Acts under section 55(1) for instance may reduce intra-band competition; however, inter-band

competition may be promoted at the same time. Thus, rule of reason shall be applied in this case and non-hardcore cartel is not strictly prohibited if pro-competitive effect outweighs its drawback. The more light punishment – administrative surcharge— is therefore applied as there is a view that, if negative effect of non-hardcore cartel agreement in question outweighs its pro-competitive effect, the illegal profits from such action should be taken back to the society. Hence, they do not necessarily stem from guilty mind which intend to commit crime (Mens rea) like the case of hardcore cartel in section 54.

Level of sanction and standard of proof are however different between hardcore cartel and non-hardcore cartel cases. In the case of hardcore cartel, any act fallen under section 54 shall be subject to criminal sanction under section 72 and thus standard of proof in criminal litigation “beyond reasonable doubt” will be applied pursuant to section 227 of Thailand’s Criminal Procedural Code. Burden of proof will also be fallen into plaintiff in this case.

In this regard, evidences submitting in the testimony under section 54 of Thailand’s Trade Competition Act generally need to be direct evidences e.g. communication evidences, documents which identifies a meeting or communication among cartel members and describes the substance of their agreement⁴⁹ etc. Nevertheless, obtaining direct evidence in cartel cases is very difficult in practice because hardcore cartels generally secretly agree among members.

In this regard, the controversial issue arises whether it is applicable to prosecute hardcore cartels without direct evidence or with only circumstantial evidences themselves e.g. economic evidences which show conduct by firms in a market and of the industry as a whole including parallel pricing, unusual high profits, stable market shares, price signaling etc.

Circumstantial evidences are accepted in cartel cases in various countries. In Thailand, there are nevertheless 2 main practices in criminal cases. The first practice generally being found in the recent Supreme Court judgments applies very high standard of proof in criminal cases and direct evidence is required on the ground that the court must consider hearsay or circumstantial evidences carefully and should not believe only such evidence to punish an accused person pursuant to section 227/1 of Thailand’s Criminal Procedural Code (e.g. Thailand’s Supreme Court Judgment N.O. 1065/2557, N.O.3225/2557, N.O.14703/2557).

⁴⁹ OECD, “Policy Brief: Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement,” accessed February 28, 2019, <http://www.oecd.org/competition/cartels/38704302.pdf>.

The second practice on the other hand accepts circumstantial evidences to punish an accused person in criminal cases on the ground that it is necessary because direct evidence cannot be presented in the case and thus it is fallen within the exemption scope with reasonable cause in the interest of justice supported by strongly applicable reason with a special circumstance of the case under section 226/3 and section 227/1 of Thailand's Criminal Procedural Code (e.g. Thailand's Supreme Court Judgment N.O.15626/2553 and N.O.121/2530).

The author however views that direct evidences are substantially difficult to get without the corporation of insiders due to the secret nature of hardcore cartels. Thus, if there is a strong reason or a special circumstance of the case that direct evidence cannot be obtained, Thailand's court may consider circumstantial evidences in cartel cases and follow the second practice.

In Japan's Toshiba Chemical case, for example, the Tokyo High Court viewed that direct evidence of a cartel case can be difficult to obtain and that circumstantial evidence could be sufficient in appropriate circumstances. The court thus took a holistic approach toward circumstantial evidence, and found that the existence of a tacit agreement is sufficient proof of a liaison of intention. In order to prove liaison of intention, though the mere recognition or acceptance of an entrepreneurs price-raising by another entrepreneur is not sufficient, explicit agreement binding the related parties is not necessary. In other words, liaison of intention can be proven by showing mutual recognition of other entrepreneur price-raising and tacit acceptance of such price-raising by another. The court gave the following reason for this interpretation: By the nature of such an agreement as unreasonable restraint of trade companies usually try to avoid making such an agreement explicitly to the public. If we interpreted that explicit agreement is necessary to prove unreasonable restraint of Trade the entrepreneurs could easily get around the hands of the law, and therefore it is obvious that such an interpretation is not appropriate in reality⁵⁰.

Regarding punitive fine and surcharge, section 72 para 2 and section 82 para 2 set fixed amount of fine and surcharge for any individual engaging in cartel during their first year of business instead of applying normal computation criteria pursuant to section 72 para 1 and section 82 para 1. The rationale behind this is that, the business operators generally have

⁵⁰ OECD, "Prosecuting Cartels without Direct Evidence," accessed February 28, 2019, <https://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/37391162.pdf>.

low profits or even incur losses during their very first years of operation. The average time to reach profitability for new companies however takes around 2 to 5 years depending on the nature of business⁵¹. Thus, punishment in section 72 para 1 and section 82 para 1 may not be appropriated and have no punishment effect toward them.

Regarding this issues, the author views that single monetary sanction level both in terms of fine and surcharge may not be appropriated. This is due to the facts that different business industries have different level of profits. Thus, having single monetary sanction level may deter collusion in one business, while it may not high enough for another. However, the author believes that the remaining criminal sanction in the new Acts –imprisonment term is good enough to support monetary sanction in case the merit of fine or surcharge is not high enough to deter collusion.

From the author’s viewpoint, the current fixed percentage of surcharge is however better than discretionary system in Thailand’s context and makes it clear for firms to calculate their approximate incurred liabilities before or after engaging themselves in collusions. However, the term “not more than 10 percent of the turnover in the year of offence” either in section 72 or section 82 may be somewhat obscure for business corporations to clearly define the scope of product or service market to specify the amount of revenue turnover which will be used as base to calculate punitive fine or surcharge.

3.3.2 Private Enforcement: Remedies

Trade Competition Act B.E.2560 (2017) section 69 addresses that *“A person receiving damages due to a violation of Section 50, Section 51 paragraph two, Section 54, Section 55, Section 57, or Section 58, shall have a right to file a lawsuit for damage from a violator of the law.*

In filing a lawsuit for damage under paragraph one, the Consumer Protection Commission, or associations or foundations that the Consumer Protection Commission recognizes under the law on consumer protection, shall have a right to file a lawsuit for damage on behalf of consumers or members of the associations or foundations, as the case may be.”

⁵¹ Chron, “The Average Time to Reach Profitability in a Start Up Company,” accessed February 28, 2019, <https://smallbusiness.chron.com/average-time-reach-profitability-start-up-company-2318.html>.; See also Fleximize, “When will your startup start making a profit?,” accessed February 28, 2019, <https://fleximize.com/articles/001494/when-will-your-startup-start-making-a-profit>.

The new Act provides remedies for those affected from cartel collusions either hardcore or non-hardcore cartels in section 54 or 55 to file a private lawsuit at the Intellectual Property and International Trade Court in accordance with section 69 and section 26. Any damages claimed under the former Act will generally be prosecuted to Civil Court of Justice, while the new Act instead sets the case jurisdiction to fall under Intellectual Property and International Trade Court. The rationale behind this amendment is that judges in the Intellectual Property and International Trade Court are generally more specialized in economic and business laws and thus will be more proficient to handle competition law cases.

The author believes that private enforcement will increase cartel deterrence effect as cartel members generally determine cost-benefit analysis in accordance with profit maximization strategy before agreeing in cartel collusion. If the amount of remedies provided is high enough, it will generally increase the cost and therefore reduce overall benefits incurred from cartels e.g. the probability of detection and financial and non-financial sanctions if convicted. Thus, it helps to reduce incentive to engage in cartel at the end.

From the author's viewpoint, Thailand should also adopt punitive damage approach to consider amount of remedies in competition law cases to increase the cost of collusion and create more deterrence effect upon future collusion. The current Thailand's tort law in section 438 of Thailand's Civil and Commercial Code however only allows the court to provide compensation in accordance with circumstances and the gravity of the wrongful act and thus only compensatory objective is satisfied⁵². Nevertheless, from the author's viewpoint, remedies or monetary sanctions themselves could not effectively deter hardcore cartels. The proper interplay among criminal sanctions, fine or surcharge, and damages will work more effectively as individuals generally fear of jail term and thus think twice before engage themselves in any collusion.

4. Algorithmic Cartels: New Challenges

4.1 Policy Concerns

Recently there are the more challenging issues for competition authorities worldwide especially when cartelists adopt advance technologies to collude and cartels are thus more difficult to detect than the traditional smoke-filled room cartels.

⁵² Sakda Thanitcul, "Adoption of punitive damages into the Thai law," accessed March 1, 2019, http://cuir.car.chula.ac.th/bitstream/123456789/59336/1/Sakda%20Th_Res_2555.pdf.

New technologies (e.g. algorithm, artificial intelligence (hereinafter “AI”), machine learning, deep learning etc.) are beneficial to our lives in various aspects especially in terms of creating more varieties of goods and services, providing consumers more choices with the lower prices etc. Firms are using computer algorithms to improve their pricing models, customize services and predict market trends which promote efficiency and new innovation⁵³. Nevertheless, these new technologies may inevitably be used negatively to distort market mechanism, affect privacy, increase the prices etc.⁵⁴ Also, a widespread use of algorithms has also raised concerns of possible anticompetitive behavior as they can make it easier for firms to achieve and sustain collusion without any formal agreement or interaction⁵⁵.

According to OECD’s discussion paper concerning “Algorithm and Collusion”, the different types of algorithmic collusions include (i) the use of algorithm as an intermediary to facilitate cartel collusion e.g. to signal or communicate among members; (ii) Hub and Spoke –the use of a single pricing algorithm to determine the market price charged by various users⁵⁶ e.g. Uber Technologies Inc.’s online platform for car services which connects drivers and passengers in many cities and use a single pricing algorithm to set the price for car services in each city⁵⁷ etc. ; (iii) the use of pricing algorithm which facilitates tacit collusion; and (iv) self-learning algorithm which facilitate collusions.

Concerning the third type of algorithmic cartel —the use of pricing algorithm which facilitates tacit collusion, the use of algorithm to set the price by business entities inevitably leads to higher price without any clear or implied human anticompetitive agreement and lead to tacit collusion⁵⁸. For example, the situation where firms employ pricing algorithm to maximize profits by setting program to monitor price changes of their competitors, adjust the price and follow the price increases accordingly in a timely manner⁵⁹.

Regarding this issue, from economic perspective, collusion can take many forms e.g. explicit, tacit or the combination of two. Tacit collusion is however a market conduct

⁵³ OECD (2017), “Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age,” accessed January 2, 2019, <http://www.oecd.org/daf/competition/Algorithms-and-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.pdf>.

⁵⁴ Ariel Ezrachi and Maurice Stucke, *Virtual Competition* (Harvard University Press, 2016).

⁵⁵ Competition Policy International, “Algorithms and Competition: Friends or Foes?,” accessed January 2, 2019, <https://www.competitionpolicyinternational.com/algorithms-and-competition-friends-or-foes/>.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Rohit Joshi, “How does Uber’s dispatch algorithm work?,” accessed January 4, 2019, <https://www.quora.com/How-does-Ubers-dispatch-algorithm-work>.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Ibid.

that enables firms to obtain supra-normal profits, where normal profits correspond to the equilibrium situation. Tacit collusion can arise when firms interact repeatedly and be able to maintain higher prices by tacitly agreeing that any deviation from the collusive path⁶⁰. Monitoring your competitors' prices and reacting to any competitor's price change — conscious parallelism or tacit collusion, is not in itself unlawful. Thus, whilst real-time monitoring of competitor prices and dynamic algorithmic pricing might have an anticompetitive effect, absent evidence of any form of agreement or explicit collusion among competitors, competition agencies lack the legal basis for intervention which makes prosecuting such conducts very difficult⁶¹.

Regarding *self-learning, pricing algorithms*, it is suspected that self-learning algorithms could learn within a short time to coordinate their prices with competitors and behave like a cartel to maximize the joint profit of the firms employing such algorithms. This situation is pretty similar to the third type of algorithmic cartel—the use of pricing algorithm which facilitates tacit collusion; however, it needs only initial data input from human and then learn by themselves to maximize profits accordingly. This scenario generally supports stable conscious parallelism by calculating payoff that are likely to achieve through cooperation in the future game without misleading by other factors e.g. trust, fear of detection etc.⁶²

This new type of collusive behavior however gives rise to new problems with respect to competition law, in particular in the context of liability issues, with respect to the definition of an agreement, competition law enforcement etc⁶³. Traditional competition policy cannot be applied over the cases of collusion beyond the “hub and spoke” type and thus gives rise to the new challenging policy issue.

4.2 Algorithmic cartels: Any solution under current Thai laws?

From the author's viewpoint, the traditional competition law is still applicable for first two types of algorithmic collusions including the use of algorithm as an intermediary to facilitate cartel collusion and the Hub and Spoke as there are still evidences of agreement

⁶⁰ Marc Ivaldi, Bruno Jullien, Patrick Rey, Paul Seabright, Jean Tirole, “The Economics of Tacit Collusion,” accessed January 5, 2019, http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf.

⁶¹ Freshfields Bruckhaus Deringer, “Pricing algorithms and the digital collusion scenarios,” accessed January 4, 2019, <https://www.freshfields.com/globalassets/ourthinking/campaigns/digital/mediainternet/pdf/freshfields-digital---pricing-algorithms---the-digital-collusion-scenarios.pdf>.

⁶² Ibid.

⁶³ Ulrich Schwalbe, “Algorithms, Machine Learning, and Collusion,” accessed January 4, 2019, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3232631.

or concerted practice existed. For any collusion beyond the “hub and spoke” type, the antitrust enforcement issue may arise on how to prove liability especially in the case of self-learning algorithm.

Although hardcore cartel regulation in section 54 of Trade Competition Act 2017 may not be applicable in some cases, especially in the case of pricing algorithm which facilitates tacit collusion and self-learning algorithm which facilitate collusions. In this case, from the author’s point of view, the court may consider whether the parties engaging this cartel has market dominance and thus section 50 of Trade Competition Act regarding abuse of dominance position can fill the loophole in this case. However, the controversial issue may arise if the party in question does not have dominance market position in the industry and thus the traditional competition law could not be applied in this case.

In the case where both section 50 concerning abuse of dominance and section 54 regarding hardcore cartel provision cannot be applied, the court may however consider whether the facts of the case can be fallen within the scope of the application of unfair trade practice provision pursuant to section 57 of Trade Competition Act 2017. Although this solution can fill loopholes in a certain degree, it may not be the best options. This is due to the facts that level of punishment between section 54 and section 57 is different. Law governing hardcore cartel in section 54 is subjected to criminal sanction, while any acts fallen within the scope of section 57 is only subjected to administrative surcharge. Thus, the different legal standard applied makes cartel members in different cases subjected to different legal punishments which may inevitably lead to an inequality of law application.

According to the case of self-learning algorithm which facilitates collusions, the traditional competition law may not be applicable in this case. However, from the author’s viewpoint, the parties suffering from collusion may instead claims damages under tort law in accordance with the general provision section 420 of Civil and Commercial Code or section 433 which is an analogy to the provision most nearly applicable. Regarding the case where damage is caused by animal, the owner is bound to compensate the injured party for any damage arising pursuant to Civil and Commercial Code section 433. The owner has responsibility toward this although he or she does not willfully or negligently injure other parties⁶⁴. In the case where self-learning algorithm facilitates cartels and traditional competition law provision could not be applied, we may thus apply analogous law of tort in this case to

⁶⁴ Sanunkorn Sotiphan, Tort, *Management without Mandate and Unjust enrichment* (Winyuchon 2017).

provide damages to injure parties in accordance with Civil and Commercial Code section 420 and section 433. The owner or the programmer who act on behalf of the owner has responsibilities toward any damages although self-learning algorithm causes damages beyond his or her expectation⁶⁵.

5. Concluding Remarks and Recommendation

Hardcore cartels are the most harmful type of competition infringement which generally injure customers by increasing prices or restricting output and thereby make products and services completely unavailable to some purchasers and unnecessarily expensive for others. In developed countries, hard-core cartel is however considered as one of the most serious crimes affecting overall economy and citizens.

Regarding economic harm of cartels, comparing to situation with perfect competition, cartels post very harmful effect to consumers, bring illegal profits to producers/suppliers, while reduce consumer surplus and create dead weight losses in the consumers' side. Hardcore cartel is generally subjected to Per se rule which need not to be proven and anticompetitive effect are generally inferred from the conduct itself. Other anti-competitive collusions including vertical cartels are instead subjected to the rule of reason where an attempt is made to evaluate the pro-competitive features of a restrictive business practice against its anticompetitive effects in order to decide whether or not the practice should be prohibited.

According to the new cartel regulation under Thailand's Trade Competition Act B.E.2560 (2017), cartel regulation provision was revised and re-numbered in section 54–section 56 in the Trade Competition Acts B.E.2560 (2017) divided cartel regulation into three different sections in the new Acts including hardcore cartels (section 54), non-hardcore cartel (section 55), and non-hardcore cartel exemption (section 56) respectively. Hardcore cartels in section 54 governing only horizontal cartels are subjected to Per se rule and the criminal penalty is applied in this case. Non-hardcore cartels in section 55 governing both horizontal and vertical cartels are, on the other hand, subjected to the rule of reason and are subjected to administrative surcharge.

⁶⁵ Benjawan Tangsatapornpan, "Algorithmic Price-Fixing Cartels and Competition Law Enforcement Challenges," (2018) Law and Economic Articles in honor of Prof.Sakda Thanitcul, Chulalongkorn University, 271.

Apart from the public enforcement, those affected from cartel collusions either hardcore or non-hardcore cartels in section 54 or 55 may file a private lawsuit in accordance with section 69 and section 26. The author believes that private enforcement will increase cartel deterrence effect as cartel members generally determine cost-benefit analysis in accordance with profit maximization strategy before agreeing in cartel collusion. If the amount of remedies provided is high enough, it will generally increase the cost and therefore reduce overall benefits incurred from cartels. Thus, it helps to reduce incentive to engage in cartel at the end. Nevertheless, from the author's viewpoint, remedies or monetary sanctions themselves could not effectively deter hardcore cartels. The proper interplay among criminal sanctions, fine or surcharge, and damages will work more effectively as individuals generally fear of jail term and thus think twice before engage themselves in any collusion. The best solution is thus the proper interplay between public and private enforcement and the appropriate sanction for hardcore cartel collusion to have high enough deterrence effect and do not punish business corporation too heavy which make them insolvent.

Recently there are the more challenging issues for competition authorities worldwide especially when cartelists adopt advance technologies to collude and cartels are thus more difficult to detect than the traditional smoke-filled room cartels. A widespread use of algorithms has also raised concerns of possible anticompetitive behavior as they can make it easier for firms to achieve and sustain collusion without any formal agreement or interaction. From the author's viewpoint, the traditional competition law is still applicable for first two types of algorithmic collusions including the use of algorithm as an intermediary to facilitate cartel collusion and the Hub and Spoke as there are still evidences of agreement or concerted practice existed. For any collusion beyond the "hub and spoke" type, the antitrust enforcement issue may arise on how to prove liability especially in the case of self-learning algorithm.

Although hardcore cartel regulation in section 54 of Trade Competition Act 2017 may not be applicable in some cases, especially in the case of pricing algorithm which facilitates tacit collusion and self-learning algorithm which facilitate collusions. In this case, from the author's point of view, the court may consider whether the parties engaging this cartel has market dominance and thus section 50 or section 57 can fill the loophole in this case. However, this solution can fill loopholes in a certain degree, it may not be the best options and may also inevitably lead to an inequality of law application.

According to the case of self-learning algorithm which facilitates collusions, from the author's viewpoint, the parties suffering from collusion may instead claims damages under

tort law in accordance with Civil and Commercial Code section 420 or section 433 which is an analogy to the provision most nearly applicable. These may reduce incentive somehow as cartel members generally evaluate cost benefit analysis before agreeing on cartel. The state should however take a close look and apply proper provision toward this. Otherwise, unequal treatment may occur and leave loopholes to law enforcement.

Other enforcement tools should also be available. Current settlement policy in accordance with section 79 may be broaden its scope to whistle blowing or leniency program to allow competition authority and/or public prosecutor to find evidences to prosecute hardcore cartel members. Lastly, international prospective should not be neglected. This is due to the facts that cartels generally operate across jurisdiction. Exchange of information or corporation among competition authorities is thus necessarily essential.

มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติ
ทางด้านสิ่งแวดล้อม : กรณีศึกษาการลักลอบค้าสารทำลายชั้นโอโซน
โดยการนำเข้าหรือส่งออกนอกราชอาณาจักร
Legal Measures for Prevention and Suppression Transnational
Environmental Crime : Case Study of Smuggling of Ozone
Depleting Substances by Importing or Exporting Outside the
Kingdom¹

ชยานิส ทรัพย์มา
Chayanis Subma

นักศึกษาปริญญาโท

คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240

Graduate student

Faculty of Law, National Institute of Development Administration, Serithai Road, Klong Chan, Bangkok,
Bangkok, 10240

Corresponding author E-mail: chayanis.subma@gmail.com

(Received: December 11, 2018; Revised: February 10, 2019; Accepted: February 12, 2019)

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อพิจารณาถึงมาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติทางด้านสิ่งแวดล้อม ในกรณีการลักลอบค้าสารทำลายชั้นโอโซนอันเป็นการฝ่าฝืนต่อพิธีสารมอนทรีออลว่าด้วยสารทำลายชั้นโอโซน ค.ศ. 1987 ที่กำหนดให้ประเทศภาคีมีพันธกรณีที่จะต้องควบคุมปริมาณการนำเข้าและส่งออกสารดังกล่าว แต่เนื่องจากพันธกรณีดังกล่าวได้สวนทางกับความจำเป็นในภาคอุตสาหกรรมที่ต้องใช้สารเหล่านั้น จึงได้มีการลักลอบค้าสารกันเป็นจำนวนมาก ทั้งยังมีลักษณะของการกระทำความผิดแบบอาชญากรรมข้ามชาติที่เกี่ยวข้องในหลายรัฐ ตั้งแต่ประเทศต้นทางหรือประเทศผู้ผลิต ประเทศทางผ่าน และประเทศปลายทาง ซึ่งประเทศไทยนั้นมีส่วนเกี่ยวข้องในฐานะเป็นประเทศปลายทางของการลักลอบค้าสารทำลายชั้นโอโซน ทั้งนี้

¹ บทความนี้มีเนื้อหาส่วนหนึ่งจากการศึกษาวิจัยเรื่อง “มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติทางด้านสิ่งแวดล้อม : กรณีศึกษาการลักลอบค้าสารทำลายชั้นโอโซน (Legal Measures for Prevention and Suppression Transnational Environmental Crime : Case Study of Smuggling of Ozone Depleting Substances)”

เนื่องจากประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีและให้สัตยาบันแก่อธิสารมอนทรีออลและมีพันธกรณีที่จะต้องควบคุมปริมาณการใช้ นำเข้าและส่งออกสารดังกล่าว บทความฉบับนี้จึงได้ทำการศึกษาถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ทั้งกฎหมายของประเทศไทยและต่างประเทศเพื่อนำมาวิเคราะห์และเสนอแนะว่าควรมีแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวในทิศทางใด

คำสำคัญ: อาชญากรรมข้ามชาติ, อาชญากรรมข้ามชาติทางด้านสิ่งแวดล้อม, การลักลอบค้าสารทำลายชั้นโอโซน

Abstract

This article aims to consider legal measures to prevent and suppress transnational crime on the environment. Smuggling of ozone depleting substances is a violation of the Montreal Protocol on Ozone Depletion 1987, which obliges parties to regulate their use, import and export of such substances. However, due to such obligations, the industry needs to use those substances. It has been illegal to trade a lot of these substances. In addition, smuggling of ozone depleting substances is characterized by transnational crime that involved in several states from country of origin, transit and destination countries. Thailand is also involved as a destination country for smuggling of ozone depleting substances. In addition, Thailand has become a party and ratified the Montreal Protocol and has obligations to regulate the use, import and export of such substances. This article discusses the relevant legislation to analyze and suggest that there should be a way to solve the problem in any direction.

Keywords: Transnational environmental crime, Smuggling of Ozone Depleting Substances

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในยุคปัจจุบันถือได้ว่าเป็นยุคโลกาภิวัตน์ที่มีการพัฒนาทางด้านอุตสาหกรรมและเทคโนโลยีสมัยใหม่ ซึ่งการพัฒนาดังกล่าวย่อมเป็นดังเหรียญที่มีทั้งสองด้าน เพราะถึงแม้จะเป็นข้อดีที่ทำให้นานาชาติสามารถติดต่อสื่อสารและเดินทางข้ามพรมแดนกันได้สะดวกรวดเร็วมากยิ่งขึ้น แต่ในทางตรงกันข้ามหากนำการพัฒนาเทคโนโลยีไปใช้ในทางที่ไม่ถูกต้องก็ย่อมส่งผลเสียได้อย่างกว้างขวางและร้ายแรงได้เช่นเดียวกัน ดังเช่น ปัญหาของอาชญากรรมข้ามชาติ (Transnational Crime)

อาชญากรรมข้ามชาติถือเป็นอาชญากรรมรูปแบบใหม่ที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการพัฒนาทางด้านเทคโนโลยีดังกล่าว ซึ่งทำให้เกิดความร่วมมือในการกระทำความผิด โดยรวมตัวกันในลักษณะองค์กรหรือกลุ่มต่างๆ ทั้งยังมีลักษณะการกระทำความผิดข้ามพรมแดนระหว่างประเทศตั้งแต่ 2 ประเทศขึ้นไป² อาชญากรรมข้ามชาติจึงเป็นความผิดในลักษณะที่ไร้พรมแดนและได้ก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องการบังคับใช้กฎหมายเป็นอย่างมาก เพราะการที่ระบบกฎหมายของแต่ละประเทศกำหนดฐานความผิดและโทษของการฝ่าฝืนไว้แตกต่างกันย่อมทำให้แนวทางการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่แตกต่างกันไป องค์กรอาชญากรรมข้ามชาติจึงได้อาศัยช่องว่างทางกฎหมายดังกล่าวในการกระทำความผิด ดังเช่น การลักลอบขนสินค้าผิดกฎหมายไปยังประเทศที่หละหลวมในการตรวจสอบถึงการกระทำความผิด หรือหลีกเลี่ยงการถูกจับกุมและการดำเนินคดีโดยหลบหนีไปยังประเทศที่ไม่มีสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดน เป็นต้น³

อาชญากรรมข้ามชาติจึงเป็นภัยคุกคามที่มีการเติบโตและมีขอบเขตกว้างขวางทั้งในเรื่องรูปแบบ พื้นที่เส้นทางการกระทำความผิด ตลอดจนขนาดทางเศรษฐกิจซึ่งมีรายได้จากการกระทำความผิดเป็นจำนวนมหาศาล⁴ จึงจำเป็นต้องใช้มาตรการและความร่วมมือทั้งในระดับระหว่างประเทศและระดับภูมิภาคในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว อันเป็นที่มาของอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000 (United Nations Convention against Transnational Organized Crime : UNTOC)⁵ ซึ่งประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีและให้สัตยาบันประกอบกับปฏิบัติตามพันธกรณีของอนุสัญญาฯ โดยออกพระราชบัญญัติป้องกัน

² Article 3 para. 2 (a)-(d) of United Nations Convention against Transnational Organized Crime

2. For the purpose of paragraph 1 of this article, an offence is transnational in nature if:

(a) It is committed in more than one State;

(b) It is committed in one State but a substantial part of its preparation, planning, direction or control takes place in another State;

(c) It is committed in one State but involves an organized criminal group that engages in criminal activities in more than one State; or

(d) It is committed in one State but has substantial effects in another State.

³ จิตพล ภาณุภักดิ์, “ความท้าทายของรัฐอาเซียนในการต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติ,” *วารสารสังคมศาสตร์* 46 (มกราคม-มิถุนายน 2559): 57-58.

⁴ United Nations Office on Drugs and Crime [UNODC], “Transnational Organized Crime in East Asia and the Pacific—A Threat Assessment,” p. 2, accessed September 23, 2017, http://www.unodc.org/documents/southeastasiaandpacific/Publications/2013/TOCTA_EAP_web.pdf.

⁵ United Nations [UN], “The United Nations Convention against Transnational Organized Crime 2000,” accessed September 23, 2017, <https://www.unodc.org/unodc/en/organized-crime/intro/UNTOC.html>.

และปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556⁶ ทั้งนี้ สืบเนื่องจากอนุสัญญาฯ ดังกล่าว องค์กรสหประชาชาติได้ระบุถึงประเภทความผิดต่างๆ ที่มีลักษณะของอาชญากรรมข้ามชาติเพื่อวางกรอบแนวทางของการบังคับใช้กฎหมายของประเทศภาคีสมาชิก ซึ่งแบ่งไว้ถึง 19 ประเภท⁷ เช่น การฟอกเงิน การก่อการร้าย การค้ามนุษย์ การค้ายาเสพติด การทุจริต อาชญากรรมคอมพิวเตอร์ อาชญากรรมสิ่งแวดล้อม เป็นต้น โดยอาชญากรรมสิ่งแวดล้อมเป็นประเด็นที่ต้องการจะศึกษาต่อไป

ถึงแม้ว่าจะได้มีการกล่าวถึงอาชญากรรมสิ่งแวดล้อม (Environmental Crime) ไว้ในฐานะเป็นความผิดที่มีลักษณะของอาชญากรรมข้ามชาติ โดยส่วนใหญ่อาจนึกถึงเพียงเฉพาะความผิดที่เกี่ยวข้องกับการค้าไม้และสัตว์ป่าที่ผิดกฎหมาย แต่หากพิจารณาจากนิยามของอาชญากรรมสิ่งแวดล้อมที่กล่าวว่าเป็นการละเมิดฝ่าฝืนต่อกฎหมายระหว่างประเทศหรืออนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมที่มีจุดมุ่งหมายในการอนุรักษ์และพิทักษ์ความยั่งยืนของสิ่งแวดล้อม⁸ จากนิยามดังกล่าวสามารถแบ่งประเภทความผิดที่เป็นปัญหาสำคัญได้ 5 ประเภท⁹ ได้แก่ การลักลอบค้าสัตว์ป่า การลักลอบตัดไม้และค้าไม้โดยผิดกฎหมาย การประมงที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย การกำจัดของเสียอันตรายโดยผิดกฎหมาย และการลักลอบค้าสารเคมีที่ต้องมีการควบคุมซึ่งรวมถึงสารที่ทำลายชั้นโอโซน (Ozone-Depleting Substances : ODS)¹⁰ ย่อมเห็นได้ว่าการลักลอบค้าสาร ODS ถือเป็นอาชญากรรมสิ่งแวดล้อมประเภทหนึ่งที่ต้องอาศัยความร่วมมือกันของนานาประเทศในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว

ปัญหาเรื่องการลักลอบค้าสาร ODS นั้นเริ่มต้นจากการวิจัยทางวิทยาศาสตร์ที่ค้นพบว่าชั้นโอโซนในบรรยากาศที่ปกคลุมโลกนั้นมีความหนาแน่นลดลงอันส่งผลให้รังสีอัลตราไวโอเลตจากดวงอาทิตย์สามารถส่งผ่านมายังโลกได้มากขึ้น ซึ่งเป็นอันตรายต่อสิ่งมีชีวิต สิ่งแวดล้อมและสุขภาพภูมิอากาศของโลก โดยปัจจัยที่สำคัญประการหนึ่งมาจากการใช้สารเคมีบางชนิดที่ส่งผลให้เกิดการทำลายชั้นโอโซนในบรรยากาศ¹¹ จึงจำเป็นต้องหามาตรการเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยอาศัยความร่วมมือของนานาประเทศ อันเป็นที่มาของอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยการพิทักษ์ชั้นโอโซน ค.ศ. 1985 (Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer 1985) และพิธีสารมอนทรีออลว่าด้วยสารทำลายชั้นโอโซน ค.ศ. 1987 (Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer 1987)¹² ซึ่งเป็นความตกลงร่วมมือกันในทางระหว่างประเทศที่ต้องการจะปกป้องทั้งสุขภาพร่างกายของมนุษย์และสิ่งแวดล้อมด้วยการลดปริมาณการใช้สาร ODS¹³

⁶ ราชกิจจานุเบกษา 130, 55 (26 มิถุนายน 2556)

⁷ UN, Results of the Fourth United Nations Survey of Crime Trends and Operations of Criminal Justice Systems-Interim report prepared by the Secretariat-Addendum, in "Ninth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders," 29 April – 8 May 1995, Cairo Egypt, p.7, accessed October 29, 2017, <https://www.undoc.org/congress/en/previous/previous-09.html>.

⁸ United Nations Environment Programme [UNEP], "Transnational Environmental Crime – a Common Crime in Need of Better Enforcement," *Environmental Development* 6 (2013): 108.

⁹ Ibid.

¹⁰ โดยต่อไปนี้จะเรียกว่า สาร ODS

¹¹ สารที่ถือว่ามีผลต่อการทำลายชั้นโอโซน เช่น สาร Chlorofluorocarbon (CFCs), Halons, Carbon Tetrachloride, Methyl chloroform, Hydrochlorofluorocarbons (HCFCs), Hydrobromofluorocarbons (HBFCs), Methyl Bromide, Bromochloro- methane เป็นต้น

¹² โดยต่อไปนี้จะเรียกว่า พิธีสารมอนทรีออล

¹³ ปรีตญารัตน์ สังกะเพศ, "การพิทักษ์ชั้นโอโซนในบรรยากาศ," *วารสารวิทยาศาสตร์มหาวิทยาลัยขอนแก่น* 40 (2555): 437.

พิธีสารมอนทรีออลนั้นได้รับการยกย่องว่าเป็นข้อตกลงในทางระหว่างประเทศที่ประสบความสำเร็จเป็นอย่างยิ่ง¹⁴ เนื่องจากเป็นที่ยอมรับของประเทศต่างๆ ทั่วโลกโดยการเข้ามาเป็นภาคีและให้สัตยาบัน ตลอดจนได้ดำเนินการต่างๆ ให้สอดคล้องกับพิธีสารมอนทรีออล¹⁵ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาอย่างถ่องแท้กลับพบว่าความสำเร็จนั้นอาจเป็นเพียงภาพลวง¹⁶ เนื่องจากการกำหนดหลักเกณฑ์ในการควบคุมการผลิต นำเข้า ส่งออก และการใช้สาร ODS ไว้อย่างเข้มงวดนั้นสวนทางกับความต้องการในด้านอุตสาหกรรมที่มีความจำเป็นต้องใช้สารเหล่านั้น จึงทำให้เกิดการลักลอบค้าสารดังกล่าว โดยผู้กระทำความผิดได้อาศัยช่องว่างทางกฎหมายของพิธีสารมอนทรีออลที่กำหนดหลักเกณฑ์การลดและเลิกใช้สาร ODS ให้มีความแตกต่างกันระหว่างในประเทศที่พัฒนาแล้ว และประเทศกำลังพัฒนาในเรื่องระยะเวลาที่ถูกควบคุม เนื่องจากประเทศกำลังพัฒนานั้นมีสิทธิอีกระยะเวลาการปฏิบัติตามมาตรการควบคุมเกี่ยวกับสาร ODS ตามบัญชีท้ายพิธีสารแต่ละชนิดออกไปได้อีก 10 ปี¹⁷

จากผลการสำรวจและข้อมูลต่างๆ พบว่ามีการลักลอบค้าสาร ODS เป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะจากประเทศกำลังพัฒนาที่ยังสามารถผลิตสารเคมีได้อย่างถูกต้องตามกฎหมายนำเข้าไปยังประเทศที่พัฒนาแล้ว¹⁸ ซึ่งวิธีการลักลอบค้าสารดังกล่าวมีรูปแบบการกระทำความผิดที่ซับซ้อน และดำเนินงานเป็นองค์กรและเป็นขบวนการมีความร่วมมือกันกระทำความผิดในหลายประเทศ ตั้งแต่ประเทศต้นทาง ประเทศทางผ่านและประเทศปลายทาง การกระทำความผิดเช่นนี้จึงถือได้ว่าเป็นอาชญากรรมข้ามชาติในรูปแบบหนึ่ง และมีรูปแบบคล้ายคลึงกับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ค.ศ. 2000 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 ทั้งจากข้อมูลพบว่าประเทศไทยได้มีส่วนเกี่ยวข้องการกระทำความผิดดังกล่าวในฐานะเป็นประเทศปลายทางของการลักลอบค้าสาร ODS¹⁹ จึงเห็นควรต้องศึกษาเพื่อพิจารณาว่ากฎหมายของประเทศไทยมีมาตรการในการจัดการแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้อย่างเพียงพอและเหมาะสมหรือไม่

สภาพปัญหาของอาชญากรรมข้ามชาติทางด้านสิ่งแวดล้อมที่เกี่ยวกับการลักลอบค้าสารทำลายชั้นโอโซน เป็นปัญหาที่กระทบต่อสิ่งแวดล้อมและสภาพภูมิอากาศทั่วโลก จึงจำเป็นต้องหามาตรการในทางกฎหมายเพื่อที่จะแก้ไขปัญหาดังกล่าว ดังปรากฏในอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยการพิทักษ์ชั้นโอโซน ค.ศ. 1985 และพิธีสารมอนทรีออลว่าด้วยสารทำลายชั้นโอโซน ค.ศ. 1987 โดยอาศัยความร่วมมือกันทั้งในหน่วยงานระหว่างประเทศ ความร่วมมือระหว่างประเทศ แต่ทั้งอนุสัญญา และพิธีสารฯ กำหนดแต่เพียงหลักเกณฑ์การควบคุมระดับปริมาณการผลิต

¹⁴ Debbie Banks and others, *Environmental Crime A Threat to Our Future* (Warwickshire: Emmerson, 2008), 15.

¹⁵ UNEP, Ozone Secretariat, "Status of Ratification," accessed September 18, 2017, http://ozone.unep.org/sites/ozone/modules/unep/ozone_treaties/inc/datasheet.php.

¹⁶ UNEP, The OzonAction Programme, "Illegal Trade in Ozone Depleting Substances: Is there a Hole in the Montreal Protocol?," p. 3, accessed November 10, 2017, <http://www.unep.fr/ozonaction/information/mmcfiles/3617-e-oansupplement6illegalTrade.pdf>.

¹⁷ Article 5 of Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer 1987

¹⁸ Debbie Banks and others, *Environmental Crime A Threat to Our Future*, 16-17.

¹⁹ UNODC, "Transnational Organized Crime in East Asia and the Pacific-A Threat Assessment," 117; UNEP, "Illegal Trade in Ozone Depleting Substances," pp. 19-20, accessed September 18, 2017, <http://www.unep.fr/ozonaction/information/mmcfiles/6075-e-illegal-trade-asia.pdf>.

นำเข้าและส่งออกให้เป็นไปโดยเคร่งครัด โดยไม่ได้มีการกำหนดว่าหากฝ่าฝืนการกระทำดังกล่าวจะถือว่าเป็นความผิดอาญาที่มีโทษร้ายแรง จึงทำให้ผู้กระทำความผิดยังคงดำเนินการลักลอบค้าสารทำลายชั้นโอโซนอย่างผิดกฎหมายและขยายการกระทำความผิดโดยร่วมมือกันในลักษณะองค์กรและข้ามพรมแดน อันมีลักษณะคล้ายกับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ทำให้ปัญหาในการลักลอบค้าสารทำลายชั้นโอโซนนั้นเกิดขึ้นเป็นจำนวนมากและอย่างต่อเนื่อง เมื่อปัญหานี้ยังไม่มีกรอบการใช้บังคับกฎหมายที่แน่ชัด อันได้แก่ ขอบเขตของการกระทำความผิด การกำหนดโทษทางอาญาที่เหมาะสม หลักเกณฑ์และความร่วมมือกันในการทำงานของเจ้าหน้าที่ ซึ่งส่งผลให้เกิดช่องว่างทางกฎหมายและขาดกลไกการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ จึงสมควรที่จะสร้างมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมต่อการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติทางด้านสิ่งแวดล้อมในกรณีการลักลอบค้าสารทำลายชั้นโอโซน และปรับปรุงแก้ไขกฎหมายต่างๆ ในประเทศไทยให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของ อนุสัญญาฯ พิธีสารฯ และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 และกำหนดมาตรการเพื่อสร้างความร่วมมือในทางกฎหมายระหว่างองค์กรต่างๆ ที่มีหน้าที่ในการปราบปรามการกระทำความผิดให้เป็นไปอย่างเหมาะสม

บทความฉบับนี้จำกัดขอบเขตการศึกษาในเรื่องอาชญากรรมข้ามชาติทางด้านสิ่งแวดล้อมกรณีการลักลอบค้าสารทำลายชั้นโอโซน โดยมีรายละเอียดอันประกอบไปด้วยข้อเท็จจริง ข้อมูลทางสถิติ และกฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งในประเด็นว่าด้วยเรื่องของการปกป้องชั้นโอโซนและประเด็นว่าด้วยเรื่องขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติระดับกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายของประเทศไทย และกฎหมายของต่างประเทศ อันได้แก่ กฎหมายของประเทศสิงคโปร์²⁰ และประเทศออสเตรเลีย²¹ โดยบทความนี้จะศึกษาเฉพาะกฎหมายที่เกี่ยวข้องในกรณีการลักลอบค้าสาร ODS โดยนำเข้าภายในหรือส่งออกนอกราชอาณาจักรเพียงเท่านั้น และจะไม่กล่าวถึงเรื่องการนำสารทำลายชั้นโอโซนมาใช้ในอุตสาหกรรม ตลอดจนศึกษาถึงเรื่องการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวกับการลักลอบค้าสารทำลายชั้นโอโซนของหน่วยงานที่มีอำนาจ เพื่อนำไปสู่การหามาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามการลักลอบค้าสารทำลายชั้นโอโซนที่เกิดขึ้นในประเทศไทยและประเทศในภูมิภาคอาเซียน

²⁰ กฎหมายของประเทศสิงคโปร์ว่าด้วยการปกป้องชั้นโอโซน ได้แก่ Environmental Protection and Management Act และ Environmental Protection and Management (Ozone Depleting substances) Regulations ส่วนกฎหมายของประเทศสิงคโปร์ว่าด้วยองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ได้แก่ Organized Crime Act 2015 และ Corruption, Drug Trafficking and Other Serious Crimes (Confiscation of Benefits) Act

เหตุผลที่เลือกทำการศึกษากฎหมายของประเทศสิงคโปร์ เนื่องจากประเทศสิงคโปร์เป็นประเทศที่มีความเกี่ยวข้องกับการลักลอบค้าสาร ODS โดยมีฐานะเป็นเมืองท่าที่สำคัญซึ่งมักถูกใช้ในการอำนวยความสะดวกและเปลี่ยนเส้นทางในการลักลอบขนส่งสาร ODS ไปอีกประเทศหนึ่งโดยผิดกฎหมาย ประกอบกับพบว่ากฎหมายว่าด้วยองค์กรอาชญากรรมของประเทศสิงคโปร์ได้กำหนดนิยามความผิดร้ายแรงไว้ในลักษณะที่แตกต่างกับอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ค.ศ. 2000 และกฎหมายของประเทศไทย จึงเห็นควรศึกษาเพื่อนำมาเป็นแนวทางในการวิเคราะห์และแก้ไขปัญหาต่อไป

²¹ กฎหมายของประเทศออสเตรเลียว่าด้วยการปกป้องชั้นโอโซน ได้แก่ Ozone Protection and Synthetic Greenhouse Gas Management Act 1989 ส่วนกฎหมายของประเทศออสเตรเลียว่าด้วยองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ได้แก่ Mutual Assistance in Criminal Matters Act 1987 และ Mutual Assistance (Transnational Organised Crime) Regulations 2004

เหตุผลที่เลือกทำการศึกษากฎหมายของประเทศออสเตรเลีย เนื่องจากพบว่ามีกรอบกฎหมายว่าด้วยการปกป้องชั้นโอโซนเพื่อปรับใช้กับการควบคุมปริมาณการผลิต ใช้ นำเข้าและส่งออกสาร ODS ไว้โดยเฉพาะ ทั้งกฎหมายดังกล่าวได้มีการแบ่งประเภทใบอนุญาตในการนำเข้าและส่งออกสาร ODS แล้วแต่ความจำเป็นในการควบคุมสารแต่ละชนิด อันมีลักษณะคล้ายพระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535 ประกอบกับกฎหมายว่าด้วยองค์กรอาชญากรรมของประเทศออสเตรเลีย ในกฎระเบียบว่าด้วยความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา ค.ศ. 2004 (เกี่ยวกับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ) พบว่าได้มีการนำอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ค.ศ. 2000 มาใส่ไว้ในตารางแนบท้าย ทำให้เนื้อหาสาระของกฎหมายของประเทศออสเตรเลียสอดคล้องกับอนุสัญญาฯ จึงเห็นควรศึกษาเพื่อนำมาเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศไทยต่อไป

ในการดำเนินการวิจัยใช้วิธีวิจัยเชิงคุณภาพ โดยค้นคว้าจากข้อมูลเอกสาร (Documentary Research) เป็นสำคัญ ผ่านการรวบรวมและศึกษาข้อมูลจากเอกสารต่างๆ ตัวบทกฎหมาย ตำรา ผลงานการวิจัยที่เกี่ยวข้อง บทความ สิ่งตีพิมพ์ทางกฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับประเด็นทางกฎหมายและมาตรการการบังคับใช้กฎหมาย ในกรณีการลักลอบค้าสารทำลายชั้นโอโซนและองค์กรหรือหน่วยงานระหว่างประเทศ รวมทั้งข้อมูลจากเอกสาร อิเล็กทรอนิกส์ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นข้อมูลเอกสารชั้นปฐมภูมิ (Primary Source) ข้อมูลเอกสาร ชั้นทุติยภูมิ (Secondary Source) เพื่อนำมาประกอบการศึกษาและประมวลผลเป็นข้อเสนอแนะต่อไป

2. ปัญหาการกำหนดบทลงโทษทางอาญาของการลักลอบค้าสารทำลายชั้นโอโซน

เนื่องด้วยประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีและให้สัตยาบันในพิธีสารมอนทรีออล จึงจำเป็นต้องมีกฎหมาย เข้ามาควบคุมเรื่องการผลิต นำเข้าหรือส่งออกสาร ODS และสินค้าที่เกี่ยวข้องกับสาร ODS ให้เป็นไปตามพันธกรณี จากการศึกษพบว่าแม้ประเทศไทยจะไม่ได้บัญญัติกฎหมายในเรื่องนี้ไว้โดยเฉพาะ แต่ได้มีการนำกฎหมายที่ใช้ บังคับอยู่มาปรับใช้ในการควบคุมเกี่ยวกับสาร ODS โดยพระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535 ได้กล่าวถึง นิยามของคำว่า วัตถุอันตราย โดยหมายความว่า วัตถุอย่างอื่น ไม่ว่าจะเป็นเคมีภัณฑ์หรือสิ่งอื่นใดที่อาจทำให้ เกิดอันตรายแก่บุคคล สัตว์ พืช หรือสิ่งแวดล้อม²² เมื่อสาร ODS เป็นสารที่มีผลทำลายชั้นโอโซนก็ย่อม เป็นวัตถุที่อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อสิ่งแวดล้อมจึงถือเป็นวัตถุอันตรายตามนิยามดังกล่าว และเนื่องจากวัตถุอันตราย มีจำนวนมากจึงได้ออกประกาศของกระทรวงอุตสาหกรรม เรื่องบัญชีรายชื่อวัตถุอันตราย พ.ศ. 2556 กำหนดให้ สาร ODS เป็นวัตถุอันตรายทั้งชนิดที่ 3 และชนิดที่ 4²³ ขึ้นอยู่กับความเห็นของคณะกรรมการวัตถุอันตราย²⁴ เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์การผลิต นำเข้าและส่งออก หรือการมีไว้ในครอบครองของสารดังกล่าว²⁵ โดยมีหน่วยงาน ผู้รับผิดชอบหลัก คือ กรมโรงงานอุตสาหกรรม กระทรวงอุตสาหกรรม

เห็นได้ว่าการกำหนดชนิดสาร ODS ที่ออกโดยประกาศกระทรวงอุตสาหกรรมฯ แม้ว่าจะมีข้อดีในกรณีที่ หากพิธีสารมอนทรีออลได้มีการเพิ่มเติม ลด หรือปรับเปลี่ยนชนิดของสาร ODS ประเทศไทยย่อมสามารถออก ประกาศกระทรวงอุตสาหกรรมโดยแก้ไขเปลี่ยนแปลงชนิดของสารต่างๆ ให้สอดคล้องกับพิธีสารมอนทรีออลได้ง่าย และสะดวกกว่าการที่ต้องออกเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ²⁶

²² มาตรา 4 (10) แห่งพระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535

²³ มาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535

“วัตถุอันตรายแบ่งออกตามความจำเป็นแก่การควบคุม ดังนี้

(1) วัตถุอันตรายชนิดที่ 1 ได้แก่ วัตถุอันตรายที่การผลิต การนำเข้า การส่งออก หรือการมีไว้ในครอบครองต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการ ที่กำหนด

(2) วัตถุอันตรายชนิดที่ 2 ได้แก่ วัตถุอันตรายที่การผลิต การนำเข้า การส่งออก หรือการมีไว้ในครอบครองต้องแจ้งให้พนักงานเจ้าหน้าที่ทราบก่อน และต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดด้วย

(3) วัตถุอันตรายชนิดที่ 3 ได้แก่ วัตถุอันตรายที่การผลิต การนำเข้า การส่งออก หรือการมีไว้ในครอบครองต้องรับใบอนุญาต

(4) วัตถุอันตรายชนิดที่ 4 ได้แก่ วัตถุอันตรายที่ห้ามมิให้มีการผลิต การนำเข้า การส่งออก หรือ การมีไว้ในครอบครอง”

²⁴ ประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม เรื่องบัญชีรายชื่อวัตถุอันตราย พ.ศ. 2556

²⁵ มาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535

²⁶ นวีน พิมพ์ถัด, “มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมสารทำลายชั้นโอโซน,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตรบัณฑิต สาขากฎหมายทรัพยากรธรรมชาติและ สิ่งแวดล้อม, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), 99.

แต่อย่างไรก็ตาม ประกาศกระทรวงอุตสาหกรรมฯ ได้กำหนดให้ สาร ODS บางชนิดมีข้อแตกต่าง และการทับซ้อนกันในเรื่องของหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมาย เช่น สาร Methyl Bromide ที่เป็นวัตถุอันตราย ชนิดที่ 3 ภายใต้ความควบคุมของกรมวิชาการเกษตร และยังเป็นวัตถุอันตรายชนิดที่ 4 ภายใต้ความควบคุมของ สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาในเวลาเดียวกัน²⁷ ซึ่งการกำหนดไว้นี้ย่อมทำให้เกิดปัญหาในการปรับใช้ บทกฎหมาย เนื่องจากมีความแตกต่างกันในเรื่องหลักเกณฑ์การนำเข้าส่งออก ตลอดจนเรื่องความแตกต่างของ หน่วยงานผู้รับผิดชอบในการควบคุมสาร ODS ดังปรากฏในตาราง ดังต่อไปนี้

สารที่ถูกควบคุมตาม พินิสสารมอนทรีออล	หมายเลข CAS	ชนิดของสารตามพระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535
CFCs	-	- ชนิดที่ 3 ควบคุมโดยกรมโรงงานอุตสาหกรรม (บัญชี 5.1)
Halons	-	- ชนิดที่ 3 ควบคุมโดยกรมโรงงานอุตสาหกรรม (บัญชี 5.1)
Carbon tetrachloride	56-23-5 56-23-5 56-23-5	- ชนิดที่ 3 ควบคุมโดยกรมโรงงานอุตสาหกรรม (บัญชี 5.1) - ชนิดที่ 4 ควบคุมโดยกรมวิชาการเกษตร (บัญชี 1.1) - ชนิดที่ 4 ควบคุมโดยสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา (บัญชี 4.1)
HCFCs	-	- ชนิดที่ 3 ควบคุมโดยกรมโรงงานอุตสาหกรรม (บัญชี 5.1)
Methyl bromide	74-83-9 74-83-9	- ชนิดที่ 3 ควบคุมโดยกรมวิชาการเกษตร (บัญชี 1.1) - ชนิดที่ 4 ควบคุมโดยสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา (บัญชี 4.1)
Methyl chloroform	71-55-6	- ชนิดที่ 4 ควบคุมโดยสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา (บัญชี 4.1)
Bromochloromethane	74-97-5	- ชนิดที่ 4 ควบคุมโดยกรมโรงงานอุตสาหกรรม (บัญชี 5.1)

นอกจากนั้นการกำหนดให้สาร ODS บางชนิดเป็นทั้งวัตถุอันตรายชนิดที่ 3 และชนิดที่ 4 ได้ส่งผลกระทบต่อ บทลงโทษทางอาญากรณีลักลอบนำเข้าหรือส่งออกสาร ODS โดยผิดกฎหมาย ดังเช่น หากมีการนำเข้าสาร Methyl bromide ที่เป็นวัตถุอันตรายชนิดที่ 3 จะมีโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับไม่เกิน 200,000 บาท หรือ ทั้งจำทั้งปรับ²⁸ แต่หากเป็นวัตถุอันตรายชนิดที่ 4 นั้นจะมีโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือปรับไม่เกิน 1,000,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ²⁹ ปัญหาดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมาย ทั้งยังขัดกับหลักการกำหนด

²⁷ ประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม เรื่องบัญชีรายชื่อวัตถุอันตราย พ.ศ. 2556

²⁸ มาตรา 23 และมาตรา 73 แห่งพระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535

²⁹ มาตรา 43 และมาตรา 74 แห่งพระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535

ความผิดทางอาญาที่จะต้องมีความชัดเจนแน่นอน เพื่อให้ประชาชนทั่วไปและผู้ที่เกี่ยวข้องสามารถทำความผิดได้ทราบว่า การกระทำของตนจะเป็นความผิดฐานใด และจะได้รับบทลงโทษเพียงใด

เมื่อได้ศึกษากฎหมายของประเทศสิงคโปร์ที่เกี่ยวกับการปกป้องชั้นโอโซน ในกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครอง และการจัดการสิ่งแวดล้อม (Environmental Protection and Management Act) พบว่าได้กำหนดนิยาม สาร ODS ว่าเป็น “สารที่เป็นอันตราย” (Hazardous Substances Control) ซึ่งหมายถึง สารที่ระบุไว้ในส่วนที่ 1 และคอลัมน์ที่ 1 ของตารางที่ 2 แต่จะไม่รวมถึงสารหรือผลิตภัณฑ์ใดๆ ที่ระบุไว้ในคอลัมน์ที่ 2 และสารที่ระบุไว้ในส่วนที่ 2 (ตามที่กำหนดไว้ในตารางแนบท้าย)³⁰ โดยเมื่อพิจารณาแล้วพบว่าสาร ODS ที่ต้องห้ามตามพิธีสารมอนทรีออลนั้นถูกกำหนดให้เป็นสารที่เป็นอันตรายและจะต้องถูกควบคุมตามกฎหมายฉบับนี้

ส่วนกฎระเบียบเกี่ยวกับการคุ้มครองและการจัดการสิ่งแวดล้อม (สารทำลายชั้นโอโซน) (Environmental Protection and Management (Ozone Depleting substances) Regulations) ได้กำหนดนิยามของ “สารทำลายชั้นโอโซน” (Ozone Depleting Substances) ว่าหมายถึง สารทำลายชั้นโอโซนตามที่กำหนดไว้ในตารางแนบท้ายกฎหมายฉบับนี้ หรือสารที่มีผลทำลายชั้นโอโซนซึ่งเป็นสารที่เป็นอันตรายตามที่กำหนดไว้ใน Environmental Protection and Management Act³¹ ซึ่งตารางแนบท้ายกฎหมายก็มีการแบ่งชนิดสาร ODS ที่ต้องถูกควบคุมในแต่ละภาคผนวกอันสอดคล้องกับพิธีสารมอนทรีออลเช่นเดียวกัน

จากการศึกษากฎหมายของประเทศสิงคโปร์เห็นได้ว่าในส่วนนิยามของสาร ODS นั้น แม้กฎหมายทั้งสองฉบับจะมีการเรียกที่แตกต่างกันว่าเป็น “สารที่เป็นอันตราย” และ “สารทำลายชั้นโอโซน” แต่เมื่อพิจารณาแล้วพบว่า สาร ODS ที่ต้องถูกควบคุมตามตารางแนบท้ายของกฎหมายทั้งสองฉบับนั้นมีการกำหนดไว้ในลักษณะที่สอดคล้องกัน ทั้งยังสอดคล้องกับ “สารควบคุม” ตามพิธีสารมอนทรีออลด้วยเช่นกัน

นอกจากนั้น เมื่อพิจารณาถึงฐานความผิดที่เกี่ยวข้องกับการลักลอบค้าสาร ODS ตามกฎหมายของประเทศสิงคโปร์ทั้ง 2 ฉบับดังกล่าวพบว่า ฐานความผิดที่เกี่ยวข้องกับการนำเข้า ส่งออกสาร ODS³² ตามกฎหมายของประเทศสิงคโปร์นั้นมีการปรับใช้ฐานความผิดดังกล่าวกับสาร ODS ในทุกชนิดว่าหากมีการฝ่าฝืนลักลอบนำเข้า หรือส่งออกสาร ODS ใดๆ จะมีความผิดในบทมาตรเดียวกันและต้องระวางโทษทางอาญาอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งกฎหมายทั้งสองฉบับได้กำหนดอัตราโทษทางอาญาไว้เช่นเดียวกันว่า ต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 50,000 ดอลลาร์สิงคโปร์ หรือจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับและในกรณีที่มีการกระทำความผิดต่อเนื่องไปจะต้องโทษไม่เกิน 2,000 ดอลลาร์สิงคโปร์ต่อวัน ในระหว่างที่ยังมีการกระทำความผิดต่อเนื่องหลังจากได้รับโทษดังกล่าวแล้ว³³

ส่วนกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย จากการศึกษพบว่าเนื่องจากกฎหมายว่าด้วยการปกป้องชั้นโอโซน และการจัดการก๊าซเรือนกระจกสังเคราะห์ ค.ศ. 1989 (Ozone Protection and Synthetic Greenhouse

³⁰ Section 2 of Environmental Protection and Management Act

³¹ Section 2 of Environmental Protection and Management (Ozone Depleting substances) Regulations

³² Section 22–26 of Environmental Protection and Management Act and Section 3 of Environmental Protection and Management (Ozone Depleting substances) Regulations

³³ Section 27 of Environmental Protection and Management Act and Section 4 of Environmental Protection and Management (Ozone Depleting substances) Regulations

Gas Management Act 1989) มีลักษณะเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับการควบคุมสาร ODS โดยเฉพาะอยู่แล้ว จึงทำให้ไม่มีการนิยามทั่วไปของคำว่า สาร ODS ไว้ในกฎหมายฉบับนี้ อย่างไรก็ตามได้มีการนิยามสาร ODS แต่ละชนิดไว้ว่า สาร carbon tetrachloride, CFC, Halon, HBFC, HCFC, methyl bromide, methyl chloroform หมายถึง สารที่กำหนดไว้ในตารางแนบท้ายกฎหมาย ไม่ว่าจะอยู่เป็นสารบริสุทธิ์หรือสารผสม³⁴ ซึ่งตามตารางแนบท้ายกฎหมาย (Scheduled substances) ก็ได้มีการกำหนดชนิดของสาร ODS ไว้อย่างสอดคล้องกับสารควบคุมตามพิธีสารมอนทรีออลเช่นเดียวกัน

ในส่วนฐานความผิดที่เกี่ยวกับการลักลอบผลิต นำเข้า ส่งออกสาร ODS ก็ได้กำหนดไว้ว่าต้องห้ามผลิต นำเข้า หรือส่งออกสาร ODS รวมทั้งห้ามนำเข้าเครื่องปรับอากาศและตู้เย็นที่บรรจุด้วยสาร HCFCs เว้นแต่จะเข้าข่ายยกเว้นตามที่กำหนดไว้ เช่น เป็นบุคคลที่ได้รับใบอนุญาต³⁵ หากบุคคลใดฝ่าฝืนกระทำความผิดดังกล่าว จะต้องระวางโทษเป็นจำนวน 500 หน่วยโทษ (Penalty Unit)³⁶ แต่เนื่องจากฐานความผิดดังกล่าวกฎหมายได้กำหนดให้เป็นมาตรการลงโทษในทางแพ่ง (Civil Penalty Provision)³⁷ ซึ่งหากคำนวณตามหน่วยความรับผิดตามอัตราในเครือรัฐออสเตรเลียย่อมคำนวณได้เป็นโทษปรับขั้นสูงในฐานความผิดนี้จึงเท่ากับ 105,000 ดอลลาร์ออสเตรเลีย³⁸ นอกจากนั้น แม้จะมีการกำหนดใบอนุญาตในการนำเข้าและส่งออกสาร ODS ให้แตกต่างกันไปในแต่ละชนิดสาร³⁹ แต่การกำหนดฐานความผิดที่เกี่ยวกับการลักลอบผลิต นำเข้า หรือส่งออกสาร ODS ก็มีการปรับใช้ฐานความผิดดังกล่าวกับสาร ODS ทุกชนิดว่าให้เป็นความผิดตามบทมาตราเดียวกันและมีบทลงโทษเป็นโทษปรับอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งจะต้องระวางโทษปรับขั้นสูงเป็นจำนวนเงิน 105,000 ดอลลาร์ออสเตรเลีย

จากการศึกษากฎหมายของประเทศไทย ประเทศสิงคโปร์ และประเทศออสเตรเลียพบว่า แม้กฎหมายของทั้งสามประเทศจะมีการกำหนดนิยามของสาร ODS และมาตรการควบคุมการนำเข้าหรือส่งออกสาร ODS ว่าหากฝ่าฝืนกระทำการนำเข้าหรือส่งออกสาร ODS โดยผิดกฎหมายจะต้องได้รับบทลงโทษไว้เช่นเดียวกัน แต่เนื่องจากกฎหมายของประเทศไทยตามพระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535 ได้มีการแบ่งชนิดของสาร ODS เป็นวัตถุอันตรายชนิดที่ 3 และชนิดที่ 4 ขึ้นอยู่กับความเห็นของคณะกรรมการวัตถุอันตราย และอยู่ในความรับผิดชอบของหน่วยงานที่แตกต่างกันออกไป อันส่งผลต่อการกระทำความผิดทางอาญาที่กำหนดฐานความผิด

³⁴ Section 7 of Ozone Protection and Synthetic Greenhouse Gas Management Act 1989

³⁵ Section 13 of Ozone Protection and Synthetic Greenhouse Gas Management Act 1989

³⁶ Section 13 (7) of Ozone Protection and Synthetic Greenhouse Gas Management Act 1989

³⁷ Section 13 (8) of Ozone Protection and Synthetic Greenhouse Gas Management Act 1989

³⁸ หน่วยโทษ (Penalty Unit) หมายถึง โทษทางอาญาประเภทโทษปรับ ซึ่งมีวิธีการกำหนดอัตราโทษเป็นหน่วย โดยจะต้องนำไปคำนวณอีกครั้งว่าโทษหนึ่งหน่วยมีอัตราเท่ากับจำนวนเงินเท่าใด เนื่องจากจำนวนเงินนั้นจะมีการปรับเปลี่ยนตามสภาพเศรษฐกิจและสังคมในขณะนั้น ส่วนค่าปรับในทางแพ่งนั้นก็จะอ้างอิงจากหน่วยโทษในทางอาญา (Penalty Unit)

ทั้งนี้ ในปัจจุบันหน่วยความรับผิดในเครือรัฐออสเตรเลีย (Commonwealth of Australia) มีการกำหนดขั้นต่ำและขั้นสูงไว้ที่ 180-210 ดอลลาร์ออสเตรเลีย ตามที่ได้มีการแก้ไขไว้ใน Crimes Amendment (Penalty Unit) Act 2017; สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, สำนักวิชาการ, “การใช้หน่วยโทษ (Penalty Unit) ในกฎหมายสิ่งแวดล้อมของประเทศออสเตรเลีย,” หน้า 1-3, เข้าถึงเมื่อ 29 กันยายน 2561, <http://libraryparliament.go.th/ebook/content-issue/2560/hi2560-067.pdf>.

³⁹ Australia Government Department of the Environment and Energy, “Import, export and manufacture of ozone depleting substances and synthetic greenhouse gases,” accessed September 26, 2018, <http://www.environment.gov.au/protection/ozone/licences-and-reporting>.

และบทลงโทษไว้แตกต่างกันสำหรับการฝ่าฝืนนำเข้าหรือส่งออกสาร ODS ที่เป็นวัตถุอันตรายชนิดที่ 3 และชนิดที่ 4 อันแตกต่างกับกฎหมายของประเทศสิงคโปร์และประเทศออสเตรเลียที่มีการกำหนดนิยามของสาร ODS ไว้อย่างชัดเจน นอกจากนั้นการกระทำความผิดที่เกี่ยวกับการนำเข้าหรือส่งออกสาร ODS ทุกชนิดก็กำหนดไว้ในฐานความผิดและบทลงโทษไว้ในมาตราเดียวกัน ซึ่งไม่ก่อให้เกิดความสับสนในการปรับใช้กฎหมายในการลงโทษผู้กระทำความผิด

3. ปัญหาความไม่สอดคล้องของบทลงโทษตามกฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวกับการลักลอบค้าสารทำลายชั้นโอโซนกับนิยามความผิดร้ายแรงตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556

ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 ได้นิยามคำว่า “องค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ” โดยหมายความว่า คณะบุคคลตั้งแต่สามคนขึ้นไปที่รวมตัวกันช่วงระยะเวลาหนึ่งและร่วมกันกระทำการใด โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกระทำความผิดร้ายแรงและเพื่อให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์ในทางการเงิน ทรัพย์สิน หรือผลประโยชน์อื่นไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม ซึ่งได้กระทำความผิดที่มีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ 1) ความผิดที่กระทำในเขตแดนของรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐ 2) ความผิดที่กระทำในรัฐหนึ่งแต่การเตรียมการวางแผน สังการ การสนับสนุน หรือการควบคุมการกระทำความผิดได้กระทำลง ในอีกรัฐหนึ่ง 3) ความผิดที่กระทำในรัฐหนึ่ง แต่เกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรมที่มีการกระทำความผิดมากกว่าหนึ่งรัฐ 4) ความผิดที่กระทำในรัฐหนึ่งแต่ผลของการกระทำที่สำคัญเกิดขึ้นในอีกรัฐหนึ่ง ทั้งนี้ความผิดที่ได้กระทำลงต้องเป็น “ความผิดร้ายแรง” โดยหมายความว่า ต้องเป็นความผิดอาญาที่กฎหมายกำหนดโทษจำคุกตั้งแต่ 4 ปีขึ้นไปหรือโทษสถานที่หนักกว่านั้น⁴⁰

เนื่องจากบทความฉบับนี้ต้องการนำมาตรการทางกฎหมายตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาใช้เพื่อลงโทษผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติที่กระทำความผิดในการลักลอบค้าสาร ODS จึงจำเป็นต้องพิจารณากฎหมายดังกล่าวกับการลักลอบค้าสาร ODS ว่ามีความสอดคล้องกันหรือไม่

ดังที่กล่าวไปในข้างต้นว่าปัญหาการลักลอบค้าสาร ODS เป็นการกระทำความผิดเกี่ยวพันกับประเทศต้นทางหรือประเทศผู้ผลิต ประเทศทางผ่าน และประเทศปลายทาง โดยกระทำความผิดในเขตแดนมากกว่าหนึ่งรัฐขึ้นไป อันสอดคล้องกับนิยามขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติข้างต้น แต่ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไปคือ การกระทำความผิดในเรื่องลักลอบค้าสาร ODS นั้นจะเข้านิยามของความผิดร้ายแรงหรือไม่ ซึ่งจะต้องพิจารณาจากกฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการลักลอบค้าสาร ODS และสินค้าที่ผลิตด้วยสาร ODS ว่ามีการกำหนดบทลงโทษไว้มากน้อยเพียงใด อันได้แก่ พระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติการส่งออกป้อนอกและการนำเข้ามาในราชอาณาจักรซึ่งสินค้า พ.ศ. 2522 และพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560

⁴⁰ มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556

3.1 วิเคราะห์เปรียบเทียบบทลงโทษตามพระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535 กับนิยามความผิดร้ายแรงตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556

เมื่อพิจารณาความผิดตามพระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535 ที่ห้ามมิให้ผู้ใดผลิต นำเข้า ส่งออก หรือมีไว้ในครอบครองซึ่งวัตถุอันตรายชนิดที่ 3 (สาร ODS) โดยไม่ได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ หากฝ่าฝืนต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับไม่เกิน 200,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ⁴¹ เห็นได้ว่าหากมีผู้กระทำความผิดโดยลักลอบผลิต นำเข้า หรือส่งออกสาร ODS ชนิดที่ 3 โดยไม่ได้รับอนุญาต ย่อมไม่เป็นความผิดร้ายแรงตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556

ส่วนกรณีห้ามมิให้ผู้ใดผลิต นำเข้า ส่งออก หรือมีไว้ในครอบครองซึ่งวัตถุอันตรายชนิดที่ 4 (สาร ODS) โดยไม่ได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากหน่วยงานผู้รับผิดชอบเฉพาะกรณีเพื่อใช้เป็นสารมาตรฐานในการวิเคราะห์ทางห้องปฏิบัติการ หากฝ่าฝืนต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือปรับไม่เกิน 1,000,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ⁴² เห็นได้ว่าหากมีผู้กระทำความผิดโดยลักลอบผลิต นำเข้า หรือส่งออกสาร ODS ชนิดที่ 4 โดยไม่ได้รับอนุญาต ย่อมเป็นความผิดร้ายแรงตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556

3.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบบทลงโทษตามพระราชบัญญัติการส่งออกไปนอกและการนำเข้ามาในราชอาณาจักรซึ่งสินค้า พ.ศ. 2522 กับนิยามความผิดร้ายแรงตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556

ตามกฎหมายฉบับนี้ได้กล่าวถึงกรณีการนำเข้าหรือส่งออกสินค้าที่ผลิตด้วยสาร ODS โดยกำหนดให้เป็นสินค้าที่ต้องห้ามในการส่งออกหรือในการนำเข้า ซึ่งได้ออกประกาศกระทรวงพาณิชย์กำหนดให้ตู้เย็น ตู้ทำน้ำเย็น ตู้แช่ หรือตู้แช่แข็งที่เป็นผลิตภัณฑ์สำหรับทำความเย็น หรือทำให้เย็นจนแช่แข็งที่ใช้สารซี เอฟ ซี (Chlorofluorocarbons : CFCs) ซึ่งสารนี้ถือเป็นสาร ODS⁴³ ให้เป็นสินค้าที่ต้องห้ามในการนำเข้า หากฝ่าฝืนต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือปรับเป็นเงิน 5 เท่าของสินค้าที่ส่งออกหรือนำเข้า หรือทั้งจำทั้งปรับ⁴⁴ เห็นได้ว่ากรกระทำความผิดในกรณีนี้ย่อมเป็นความผิดร้ายแรงตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556

3.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบบทลงโทษตามพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 กับนิยามความผิดร้ายแรงตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556

ตามกฎหมายฉบับนี้ “ของต้องกักต” หมายความว่า ของที่มีกฎหมายกำหนดว่าหากจะมีการนำเข้าหรือส่งออกไปนอกราชอาณาจักร หรือนำผ่านราชอาณาจักรจะต้องได้รับอนุญาตหรือปฏิบัติให้ครบถ้วนตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย เห็นได้ว่าเมื่อสาร ODS ที่เป็นวัตถุอันตรายชนิดที่ 3 นั้นต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่

⁴¹ มาตรา 23 วรรคหนึ่ง และมาตรา 73 แห่งพระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535

⁴² มาตรา 43 วรรคหนึ่ง และมาตรา 74 แห่งพระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535

⁴³ ประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง การห้ามนำตู้เย็น ตู้ทำน้ำเย็น ตู้แช่ หรือตู้แช่แข็งที่เป็นผลิตภัณฑ์สำหรับทำความเย็น หรือทำให้เย็นจนแช่แข็งที่ใช้สารซี เอฟ ซี (Chlorofluorocarbons : CFCs) เข้ามาในราชอาณาจักร พ.ศ. 2549

⁴⁴ มาตรา 5 (1) และมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติการส่งออกไปนอกและการนำเข้ามาในราชอาณาจักรซึ่งสินค้า พ.ศ. 2522

ก่อนการนำเข้าในราชอาณาจักรหรือส่งออกไปยังนอกราชอาณาจักรตามพระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535 จึงถือเป็นของต้องจำกัดตามนิยามดังกล่าว

ส่วน “ของต้องห้าม” หมายความว่า ของที่มีกฎหมายกำหนดห้ามมิให้นำเข้ามาในหรือส่งออกป็นนอกราชอาณาจักร หรือนำผ่านราชอาณาจักร เห็นได้ว่าเมื่อสาร ODS ที่เป็นวัตถุอันตรายชนิดที่ 4 ซึ่งเป็นสารที่ต้องห้ามมิให้มีการผลิต การนำเข้า การส่งออก ตามพระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535 และสินค้าที่ผลิตด้วยสาร ODS ดังเช่น ตู้เย็น ตู้แช่ เป็นสินค้าที่ต้องห้ามนำเข้าตามพระราชบัญญัติการส่งออกป็นนอกและการนำเข้าในราชอาณาจักรซึ่งสินค้า พ.ศ. 2522 จึงถือเป็นของต้องห้ามตามนิยามดังกล่าว⁴⁵

ดังนั้น หากมีการฝ่าฝืนนำเข้าหรือส่งออกสาร ODS และสินค้าที่ผลิตด้วยสาร ODS โดยฝ่าฝืนต่อกฎหมายแต่ละฉบับดังกล่าวมานั้น ย่อมถือเป็นการหลีกเลี่ยงข้อจำกัดหรือข้อห้ามอันเกี่ยวกับของนั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือปรับไม่เกิน 500,000 บาท⁴⁶ เห็นได้ว่าการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ย่อมเป็นความผิดร้ายแรงตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556

จากกฎหมายทั้ง 3 ฉบับข้างต้นเห็นได้ว่า ความผิดทางอาญาตามกฎหมายของประเทศไทยในกรณีการลักลอบค้าสาร ODS ปรากฏอย่างกระจุกกระจายในกฎหมายหลายฉบับ ซึ่งบางฉบับถือเป็นความผิดร้ายแรง แต่บางฉบับกลับไม่เป็นความผิดร้ายแรงตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556

โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากพิจารณาตามพระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535 ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะที่ปรับใช้กับการลักลอบค้าสาร ODS ที่ได้กำหนดให้สาร ODS ส่วนใหญ่นั้นเป็นวัตถุอันตรายชนิดที่ 3 ที่อยู่ภายใต้ความควบคุมและรับผิดชอบของกรมโรงงานอุตสาหกรรมนั้นพบว่าหากมีการฝ่าฝืนนำเข้า ส่งออก หรือมีไว้ในครอบครองซึ่งวัตถุอันตรายชนิดที่ 3 โดยเป็นความผิดในลักษณะขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ก็ไม่อาจนำพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาปรับใช้ในกรณีดังกล่าวได้เพราะไม่เป็นความผิดร้ายแรงตามกฎหมายฉบับดังกล่าว ดังนั้นจึงอาจเป็นช่องว่างทางกฎหมายที่อาจทำให้ปัญหาการลักลอบค้าสาร ODS ไม่สามารถแก้ไขได้อย่างเหมาะสมกับบริบทของสภาพปัญหาในปัจจุบัน

จากปัญหาดังที่ได้กล่าวข้างต้นนั้น จะเห็นได้ว่านิยามของคำว่า “ความผิดร้ายแรง” เป็นประเด็นสำคัญในการพิจารณาว่าความผิดในกรณีใดบ้างที่จะสามารถนำพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาปรับใช้ได้

โดยประเด็นเรื่องนิยาม “ความผิดร้ายแรง” ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 ที่จะต้องเป็นความผิดอาญาที่กฎหมายกำหนดโทษจำคุกขั้นสูงสุดตั้งแต่ 4 ปีขึ้นไปหรือโทษสถานที่หนักกว่านั้น⁴⁷ หากพิจารณาตามกฎหมายของประเทศไทยที่มีบทลงโทษในทางอาญา

⁴⁵ มาตรา 4 วรรคสี่ และวรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560

⁴⁶ มาตรา 244 แห่งพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560

⁴⁷ มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556

การกำหนดนิยามความผิดร้ายแรงดังกล่าวโดยอาศัยการเทียบเคียงอัตราโทษจำคุกขั้นสูงไว้ นั่น แม้จะเป็นช่องทางที่สามารถทำให้บังคับใช้กฎหมายได้อย่างกว้างขวางและสามารถนำมาปรับใช้กับความผิดได้ในหลายกรณีซึ่งแทบจะครอบคลุมความผิดตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเกือบทั้งหมด แต่อย่างไรก็ตามการกำหนดไว้ในลักษณะเช่นนี้อาจส่งผลในทางตรงกันข้าม หากมีการบังคับใช้กฎหมายเกินกว่าเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 เนื่องจากความผิดในบางฐานดังเช่น ความผิดฐานดูหมิ่นศาล หรือฐานฟ้องเท็จนั้นก็เข้านิยามของความผิดร้ายแรงได้ หากมีการกระทำในลักษณะขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ

เมื่อพิจารณาถึงนิยามคำว่าความผิดร้ายแรงตามกฎหมายว่าด้วยองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติของประเทศออสเตรเลียพบว่าถูกกำหนดไว้ในกฎระเบียบว่าด้วยความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา ค.ศ. 2004 (เกี่ยวกับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ) (Mutual Assistance (Transnational Organised Crime) Regulations 2004) แต่เนื่องจากกฎหมายฉบับนี้ได้มีการนำอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ค.ศ. 2000 (United Nations Convention against Transnational Organized Crime) มาใส่ไว้ในตารางแนบท้าย จึงทำให้นิยามของคำว่า “ความผิดร้ายแรง” นั้นมีลักษณะเช่นเดียวกับที่กำหนดไว้ในอนุสัญญา ซึ่งหมายความว่า การกระทำความผิดซึ่งสามารถลงโทษโดยการทำให้สูญเสียเสรีภาพขั้นสูงสุดเป็นเวลาอย่างน้อย 4 ปี หรือโทษที่รุนแรงกว่านั้น⁴⁸

เห็นได้ว่า ทั้งตามกฎหมายว่าด้วยองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติของประเทศไทยและประเทศออสเตรเลียนั้นได้กำหนดนิยามความผิดร้ายแรงให้สอดคล้องกับอนุสัญญา ซึ่งมีข้อดีเนื่องจากหากทุกประเทศสมาชิกในอนุสัญญา ได้มีการออกกฎหมายภายในประเทศของตนไว้ในลักษณะเดียวกันก็ย่อมลดความแตกต่างและข้อขัดแย้งในการปรับใช้บทบัญญัติของกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามนิยามของคำว่า “ความผิดร้ายแรง” ที่กำหนดไว้โดยอาศัยการพิจารณาจากอัตราโทษจำคุกในทางอาญานั้นก็ย่อมก่อให้เกิดปัญหาว่าบางฐานความผิดโดยเฉพาะการลักลอบค้าสาร ODS โดยผิดกฎหมายภายในของประเทศออสเตรเลียนั้นไม่มีความผิดร้ายแรงทั้งที่มีการกระทำความผิดในลักษณะองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ เนื่องจากการฝ่าฝืนลักลอบค้าสาร ODS นั้นไม่ได้มีโทษจำคุกตั้งแต่ 4 ปีขึ้นไป มีเพียงแต่โทษปรับเท่านั้น

แต่เมื่อพิจารณาตามกฎหมายว่าด้วยองค์กรอาชญากรรมของประเทศสิงคโปร์พบว่าได้นิยามคำว่า “ความผิดร้ายแรง” ว่าหมายถึง ความผิดดังที่ได้กำหนดไว้ในตารางแนบท้ายกฎหมาย⁴⁹ และได้กำหนดประเภทและฐานความผิดร้ายแรงตามกฎหมายต่างๆ ไว้ในตารางบัญชีแนบท้ายของกฎหมาย ซึ่งบทความฉบับนี้เห็นว่า ข้อดีของการบังคับใช้กฎหมายว่าหากประเทศสิงคโปร์ให้ความสำคัญในการป้องกันและปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติในความผิดฐานใดก็สามารถกำหนดฐานความผิดได้ทันที โดยไม่ต้องมาพิจารณาถึงอัตราโทษที่กำหนดไว้ในแต่ละฐานความผิด ซึ่งความผิดในบางกรณีแม้จะมีอัตราโทษจำคุกไม่เกิน 4 ปี แบบที่อนุสัญญาและพระราชบัญญัติฯ กำหนดไว้ แต่หากได้กำหนดไว้ในตารางแนบท้ายแบบกฎหมายของประเทศสิงคโปร์ก็สามารถนำมาปรับใช้ได้ทันทีและมีความเหมาะสมต่อสภาพเหตุการณ์ และไม่ก่อให้เกิดปัญหาว่าจะต้องมีการ

⁴⁸ Article 2 (b) of United Nations Convention against Transnational Organized Crime

⁴⁹ Section 2 of Organised Crime Act 2015

แก้ไขกฎหมายภายในให้ความผิดบางกรณีมีอัตราโทษจำคุกเกินกว่า 4 ปี เพียงเพื่อให้สอดคล้องกับนิยามความผิดร้ายแรง ทั้งที่ไม่ได้มีประเด็นสำคัญในการบังคับใช้หรือประสิทธิภาพของการบังคับใช้กฎหมาย ดังเช่นกฎหมายภายในของประเทศไทยในกรณีการลักลอบค้าสาร ODS ชนิดที่ 3 โดยผิดกฎหมาย แต่มีอัตราโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปีซึ่งไม่เข้ากรณีความผิดร้ายแรงตามอนุสัญญาฯ และพระราชบัญญัติฯ อันเป็นปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายว่าสมควรจะต้องแก้ไขบทลงโทษฐานความผิดดังกล่าวให้มีโทษจำคุกเกินกว่า 4 ปี เพื่อให้สอดคล้องกับนิยามความผิดร้ายแรงหรือไม่

4. ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายในกรณีการลักลอบค้าสารทำลายชั้นโอโซน

4.1 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับหน่วยงานผู้มีอำนาจบังคับใช้กฎหมายกรณีการลักลอบค้าสารทำลายชั้นโอโซน

ดังที่ได้กล่าวไว้ในหัวข้อ 7.1 ถึงปัญหาของการกำหนดให้สาร ODS บางชนิดเป็นวัตถุอันตรายทั้งชนิดที่ 3 และชนิดที่ 4 ในเวลาเดียวกัน อันได้แก่ สาร Carbon tetrachloride และ Methyl bromide ซึ่งแม้สารดังกล่าวจะมีการกำหนดเงื่อนไขในการควบคุมไว้ให้แตกต่างกันในแต่ละหน่วยงานรับผิดชอบ ดังปรากฏในตารางดังต่อไปนี้

ชื่อสาร ODS	หมายเลข CAS	ชนิดของวัตถุอันตรายและหน่วยงานผู้รับผิดชอบ	เงื่อนไข
Carbon tetrachloride	56-23-5	- ชนิดที่ 4 อยู่ในความควบคุมของกรมวิชาการเกษตร (บัญชี 1.1)	- ไม่มีการกำหนดเงื่อนไขไว้
	56-23-5	- ชนิดที่ 4 อยู่ในความควบคุมของสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา (บัญชี 4.1)	- ในผลิตภัณฑ์ที่ใช้ในบ้านเรือนหรือทางสาธารณสุขเพื่อประโยชน์ในการลบหรือแก้คำผิดหรือเพื่อละลายสารเคมีที่ใช้ลบหรือแก้คำผิด หรือซักแห้งผ้าหรือสิ่งทออื่น
	56-23-5	- ชนิดที่ 3 อยู่ในความควบคุมของกรมโรงงานอุตสาหกรรม (บัญชี 5.1)	- เว้นแต่ในส่วนที่อยู่ในความรับผิดชอบของสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา
Methyl bromide	74-83-9	- ชนิดที่ 4 อยู่ในความควบคุมของสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา (บัญชี 4.1)	- ในผลิตภัณฑ์ที่ใช้ในบ้านเรือนหรือทางสาธารณสุขที่นำมาใช้เพื่อประโยชน์แก่การระงับ ป้องกันควบคุม ไล่ กำจัดแมลงและสัตว์อื่น
	74-83-9	- ชนิดที่ 3 อยู่ในความควบคุมของกรมวิชาการเกษตร (บัญชี 1.1)	- เว้นแต่ในส่วนที่อยู่ในความรับผิดชอบของสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา

มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติทางด้านสิ่งแวดล้อม:
กรณีศึกษาการลักลอบค้าสารทำลายชั้นโอโซน โดยการนำเข้ามาหรือส่งออกนอกราชอาณาจักร

จากการศึกษาจะเห็นได้ว่า แม้สาร ODS บางชนิดจะมีการกำหนดเงื่อนไขของสารที่จะถูกควบคุมให้มีความแตกต่างกันไปในแต่ละหน่วยงานผู้รับผิดชอบดังที่ได้กล่าวข้างต้น แต่เมื่อพิจารณาแล้วพบว่าเงื่อนไขดังกล่าวก็ไม่ได้มีการแบ่งแยกอย่างชัดเจนว่าสาร Carbon tetrachloride ในลักษณะใดที่จะอยู่ในความควบคุมของกรมวิชาการเกษตรหรือกรมโรงงานอุตสาหกรรม นอกจากนั้นสาร Methyl bromide ซึ่งเป็นสาร ODS ที่จะต้องถูกควบคุมตามพิธีสารมอนทรีออลกลับไม่ถูกกำหนดให้อยู่ภายใต้ความควบคุมของกรมโรงงานอุตสาหกรรมแต่อย่างใด

นอกจากนั้น สาร ODS ที่ถูกควบคุมในแต่ละหน่วยงานผู้รับผิดชอบก็มีการกำหนดให้มีหมายเลข CAS⁵⁰ ซึ่งเป็นชุดตัวเลขอ้างอิงเฉพาะของสารเคมีที่เป็นมาตรฐานในการเรียกชื่อสารเคมีไว้เป็นหมายเลขเดียวกัน อันแสดงให้เห็นถึงความทับซ้อนของหน่วยงานผู้รับผิดชอบในการควบคุมสาร ODS ทั้งยังก่อให้เกิดปัญหาในความไม่ชัดเจนของการบังคับใช้กฎหมายว่าจะใช้หลักเกณฑ์ใดในการพิจารณาว่าหากมีการลักลอบค้าสาร ODS จะให้หน่วยงานใดเป็นผู้รับผิดชอบในการควบคุมสารดังกล่าวอย่างแท้จริง

เมื่อพิจารณาตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการลักลอบค้าสาร ODS ของประเทศสิงคโปร์ อันได้แก่กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองและการจัดการสิ่งแวดล้อม (Environmental Protection and Management Act) และกฎระเบียบเกี่ยวกับการคุ้มครองและการจัดการสิ่งแวดล้อม (สารทำลายชั้นโอโซน) (Environmental Protection and Management (Ozone Depleting substances) Regulations) ก็ได้กำหนดให้การควบคุมสาร ODS อยู่ในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของกรมควบคุมมลพิษ (Pollution Control Department : PCD) ซึ่งมีอำนาจควบคุมสาร ODS ทุกชนิดตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายทั้งสองฉบับ⁵¹ โดยไม่ได้มีการแบ่งแยกหน่วยงานผู้รับผิดชอบให้แตกต่างกันในแต่ละประเภทของสาร ODS แบบกฎหมายของประเทศไทย

ดังที่ได้ศึกษาถึงกฎหมายของประเทศไทย เห็นได้ว่า ตามพระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535 ควบคุมสาร ODS ไว้หลายหน่วยงานจึงอาจก่อให้เกิดปัญหาการทับซ้อนในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ว่าควรให้หน่วยงานใดเป็นผู้มีอำนาจในการตรวจสอบการลักลอบค้าสาร ODS เมื่อเปรียบเทียบกับหน่วยงานผู้มีอำนาจรับผิดชอบในการควบคุมสาร ODS ของประเทศสิงคโปร์ที่กำหนดให้กรมควบคุมมลพิษเป็นหน่วยงานเดียวที่มีอำนาจในการปฏิบัติตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการลักลอบค้าสาร ODS และมีอำนาจในการควบคุมสาร ODS ทุกชนิดไม่มีการแบ่งแยกหน่วยงานให้แตกต่างกันออกไปในแต่ละชนิดสาร

4.2 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับความร่วมมือระหว่างประเทศในกรณีการลักลอบค้าสารทำลายชั้นโอโซน

การลักลอบค้าสาร ODS หากมองเพียงผิวเผินอาจดูเหมือนไม่ใช่ปัญหาที่ร้ายแรง เนื่องด้วยลักษณะของการกระทำความผิดที่มีลักษณะเหมือนเป็นเพียงการขนย้ายสินค้า สารเคมีที่ต้องห้ามโดยไม่ได้รับอนุญาตจาก

⁵⁰ หมายเลข CAS คือ ชุดตัวเลขอ้างอิงเฉพาะของสารเคมี ทำหน้าที่คล้าย ๆ กับเป็นรหัสประจำตัวเพื่อระบุสารเคมี ซึ่งเป็นมาตรฐานสำหรับการเรียกชื่อสารเคมีแต่ละตัว ทั้งยังใช้เป็นแหล่งอ้างอิงสากลเพื่อระบุสารเคมี สำหรับการใช้งานในแวดวงทางวิทยาศาสตร์ อุตสาหกรรม และหน่วยงานที่ออกกฎหมาย; ศูนย์ความเป็นเลิศด้านการจัดการสารและของเสียอันตราย ระบบจัดการความปลอดภัยสารเคมีและของเสียอันตราย, “CAS Number คืออะไร,” เข้าถึงเมื่อ 12 พฤษภาคม 2561, http://chemsafe.chula.ac.th/?page_id=661.

⁵¹ National Environment Agency, “Ozone Depleting Substances,” accessed October 21, 2018, <https://www.nea.gov.sg/our-services/pollution-control/chemical-safety/multilateral-environmental-agreements/ozone-depleting-substances>.

เจ้าหน้าที่ ทั้งหากเปรียบเทียบกับความผิดของอาชญากรรมข้ามชาติทางด้านสิ่งแวดล้อมในเรื่องอื่นๆ เช่น การค้าสัตว์ป่า การตัดไม้และค้าไม้ที่ผิดกฎหมาย ที่ผลกระทบของการกระทำความผิดได้ส่งผลกระทบต่อธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเป็นรูปธรรมอย่างชัดเจนมากกว่า แต่ความคิดเช่นนี้อาจไม่ถูกต้องเสียทีเดียวเพราะการลักลอบค้าสาร ODS นั้นถึงแม้ว่าจะไม่ได้ส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมในทันที แต่กลับส่งผลที่ร้ายแรงในระยะเวลานานและเกิดผลกระทบในวงกว้างทั้งต่อสิ่งแวดล้อมและสภาพภูมิอากาศทั่วโลก หากได้กระทบแต่เพียงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมของประเทศใดประเทศหนึ่งเท่านั้น

จากการศึกษาพบว่า การลักลอบค้าสาร ODS นั้นมีวิธีการและรูปแบบของการกระทำความผิดที่ซับซ้อน ทำให้ไม่สามารถตรวจจับได้โดยง่าย⁵² ซึ่งจำเป็นจะต้องมีความเชี่ยวชาญทางด้านเทคนิค เนื่องจากสาร ODS นั้นเป็นสารที่ปราศจากสีและกลิ่น และมีลักษณะที่คล้ายกับสารที่ใช้ทดแทนสาร ODS เป็นอย่างมาก ทำให้มีการใช้วิธีการยืนยันบัญชีสินค้าเท็จ หรือจงใจใส่แฉ่งเท็จ การติดฉลากปลอม การหลอกลวงว่าเป็นสารทดแทนหรือเป็นสารที่ผ่านการใช้แล้ว⁵³ ทั้งยังมีการพัฒนารูปแบบการกระทำความผิดในรูปแบบใหม่ๆ ซึ่งวิธีดังกล่าวเหล่านี้จำเป็นต้องใช้ความรู้ทางเทคนิคและเครื่องมือที่ใช้ในการตรวจสอบเป็นการเฉพาะ

แต่ทั้งนี้ เมื่อได้ศึกษาจากแบบสอบถามของเจ้าหน้าที่เกี่ยวข้องในบริเวณชายแดนในโครงการ PATROL พบว่าเจ้าหน้าที่บริเวณชายแดนยังขาดความรู้เกี่ยวกับสาร ODS เนื่องจากยังมีความเข้าใจผิดว่าคาร์บอนไดออกไซด์เป็นสาร ODS ทั้งยังไม่ทราบว่าพิธีสารมอนทรีออลคืออะไร และไม่เคยได้รับการฝึกอบรมในด้านนี้แต่อย่างใด⁵⁴ เมื่อประกอบกับการลักลอบค้าสาร ODS ในปัจจุบันที่มีการขยายการกระทำความผิดในลักษณะขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติที่ร่วมมือกันทำความผิดและอาศัยเทคโนโลยีสมัยใหม่ยิ่งจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายในการกรณีการลักลอบค้าสาร ODS เป็นไปได้ยากมากยิ่งขึ้น

นอกจากนั้น แม้ในปัจจุบันปัญหาอาชญากรรมทางด้านสิ่งแวดล้อมจะเริ่มมีการพูดถึงในรูปแบบขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติรูปแบบหนึ่ง แต่หากพิจารณาจากกฎหมายทั้งในระดับระหว่างประเทศหรือกฎหมายภายในของประเทศไทยก็ยังไม่มีการให้คำจำกัดความหรือบัญญัติถ้อยคำที่เกี่ยวกับอาชญากรรมข้ามชาติทางด้านสิ่งแวดล้อม จะมีก็เพียงแต่การให้ความหมายของนักวิชาการและหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง⁵⁵ จึงอาจทำให้นิยามของ

⁵² Environmental Investigation Agency [EIA], "Update on the Illegal Trade in Ozone-Depleting Substances," in EIA Briefing to the 38th Meeting of the Open-Ended Working Group of the Parties to the Montreal Protocol, July 18-21 2016, Vienna, pp. 3-4, accessed September 20, 2017, <https://eia-international.org/report/update-illegal-trade-ozone-depleting-substances>.

⁵³ ดูรายละเอียดใน Ibid; UNEP, The Ozon Action Programme, "Illegal Trade in Ozone Depleting Substances: Is there a Hole in the Montreal Protocol?," pp. 16-17.

⁵⁴ UNODC, "Partnership against Transnational Crime through Regional Organized Law Enforcement (PATROL) Baseline survey and training needs assessment in Thailand," p. 56, accessed May 23, 2017, https://www.unodc.org/documents/southeastasiaandpacific//2011/05/patrolworkshop/TNA_Report_THA_01_20_May_2011.pdf.

⁵⁵ Rob White กล่าวว่า เป็นการกระทำที่ไม่ได้รับอนุญาตหรือการละเว้นไม่กระทำการอันขัดต่อกฎหมายซึ่งนำไปสู่การดำเนินคดีและมีบทลงโทษทางอาญา โดยอาชญากรรมที่เกี่ยวข้องจะมีลักษณะข้ามพรมแดนในมิติระหว่างประเทศหรือสากลทั่วโลก ทั้งอาชญากรรมที่เกี่ยวข้องกับมลพิษ (อากาศ น้ำ และพื้นดิน) อาชญากรรมต่อสัตว์ป่า (รวมทั้งการค้าช้างและสัตว์ที่ผิดกฎหมาย) และการประมงที่ผิดกฎหมาย (ไม่ว่าจะเป็นปลาวาฬ, ปลาโลมา, กุ้งก้ามกราม, หอยเป๋าฮื้อ และปลา ; Grant Pink and Rob White, "Collaboration in Combating Environmental Crime – Making it Matter," in *Environmental Crime and Collaborative State Intervention*, Grant Pink and Rob White, eds. (Hampshire: Springer, 2016), 4.

มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติทางด้านสิ่งแวดล้อม:
กรณีศึกษาการลักลอบค้าสารทำลายชั้นโอโซน โดยการนำเข้ามาหรือส่งออกนอกราชอาณาจักร

อาชญากรรมข้ามชาติทางด้านสิ่งแวดล้อมไม่มีความชัดเจนแน่นอนอันส่งผลต่อการทำความเข้าใจและขอบเขตของการบังคับใช้กฎหมายว่าความผิดอาญาที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมในกรณีใดบ้างที่จะถือเป็นอาชญากรรมข้ามชาติทางด้านสิ่งแวดล้อม

อีกทั้งการจะกำหนดให้ความผิดอาญาทางด้านสิ่งแวดล้อมเป็นความผิดที่ต้องรับโทษทางอาญาย่อมขึ้นอยู่กับดุลพินิจและบริบทของแต่ละประเทศว่าจะให้ความสำคัญในกรณีใดบ้าง ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายหากมีการกระทำความผิดในลักษณะข้ามชาติ เนื่องจากหากแต่ละประเทศมีการกำหนดความผิดอาญาทางด้านสิ่งแวดล้อมแตกต่างกันออกไป โดยบางประเทศอาจกำหนดให้เป็นความผิดทางแพ่ง ความผิดทางอาญา หรือความผิดทางปกครอง หรือแม้แต่ในกรณีที่บางประเทศกำหนดให้เป็นความผิดอาญาที่อาจกำหนดบทลงโทษไว้แตกต่างกันออกไป เช่น ประเทศออสเตรเลียกำหนดให้ความผิดการลักลอบค้าสาร ODS เป็นความผิดที่มีโทษปรับทางแพ่งสถานเดียว แต่ประเทศไทยและประเทศสิงคโปร์ได้กำหนดบทลงโทษของการลักลอบค้าสาร ODS ไว้ทั้งโทษจำคุกและโทษปรับ เห็นได้ว่า ความแตกต่างเช่นนี้อาจทำให้ความร่วมมือในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติย่อมเป็นไปได้ยากและขาดความสอดคล้องกันของมาตรการทางกฎหมายและแนวทางปฏิบัติในการแก้ไขปัญหา

แต่เนื่องจากการแก้ไขปัญหาการลักลอบค้าสาร ODS จำเป็นต้องอาศัยความร่วมมือของนานาประเทศในการป้องกันและปราบปรามการลักลอบดังกล่าว ทั้งควรหาแนวทางในการกำหนดกฎหมายให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันโดยเฉพาะในประเทศสมาชิกอาเซียน พร้อมทั้งแนวทางการสร้างความร่วมมือระหว่างประเทศเพื่อป้องกันและปราบปรามไม่ให้มีการลักลอบค้าสาร ODS

ทั้งนี้ จากข้อมูลสถิติในเรื่องการลักลอบค้าสาร ODS ในกรณีของประเทศที่พัฒนาแล้วพบว่าในช่วงระยะเวลาที่ใกล้จะถึงกำหนดระยะเวลาในการให้เลิกใช้สาร ODS แต่ละชนิดตามที่กำหนดไว้ในพิธีสารมอนทรีออล และภายหลังจากนั้นมักพบการลักลอบกระทำความผิดเป็นจำนวนมาก⁵⁶ ซึ่งคาดได้ว่าปัญหาดังกล่าวคงเพิ่ม

Lorraine Elliott กล่าวว่า อาชญากรรมข้ามชาติทางสิ่งแวดล้อมเกี่ยวข้องกับการเคลื่อนย้ายข้ามพรมแดนของชนิดพันธุ์ ทรัพยากรธรรมชาติ และมลพิษต่างๆ อันเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายภายในของแต่ละประเทศหรือเป็นการละเมิดข้อห้าม ข้อบังคับหรือกฎหมายต่างๆ ที่เป็นข้อตกลงทางด้านสิ่งแวดล้อมในระดับพหุภาคี ; Lorraine Elliott, "Fighting Transnational Environmental Crime," *Journal of International Affairs* 66 (2012): 89.

Gregory Rose กล่าวว่า การกระทำที่เป็นการละเมิดกฎหมายสิ่งแวดล้อมแห่งชาติซึ่งการละเมิดดังกล่าวนำไปสู่การถูกฟ้องร้องและลงโทษ โดยมีการกำหนดบทลงโทษทางอาญาและมีลักษณะข้ามพรมแดนของแต่ละประเทศ โดยองค์ประกอบของลักษณะข้ามพรมแดนปรากฏทั้งในรูปแบบการกระทำความผิดที่เห็นโดยชัดเจนผ่านผู้กระทำผิดเพียงคนเดียว ไปจนถึงการสมรู้ร่วมคิดในการกระทำความผิดข้ามพรมแดนเขตอำนาจศาลในหลายประเทศ ผ่านองค์กรอาชญากรรมที่มีการจัดระเบียบ ; Gregory Rose, "Australian Law to Combat Illegal Logging in Indonesia: A Gossamer Chain for Transnational Enforcement of Environmental Law," *Review of European Community and International Environmental Law* 26 (2017): 128.

โครงการสิ่งแวดล้อมแห่งสหประชาชาติ (United Nations Environmental Programme : UNEP) กล่าวว่า อาชญากรรมด้านสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ หมายถึง การหลีกเลี่ยงกฎหมายและระเบียบข้อบังคับด้านสิ่งแวดล้อมไม่ว่าจะทำโดยบุคคลหรือบริษัท ในการแสวงหาผลประโยชน์ทางการเงินส่วนบุคคลโดยมีการเคลื่อนย้ายข้ามพรมแดนของประเทศต่าง ๆ ; UNEP, "Report of the Working Group of Experts on Compliance and Enforcement of Environmental Conventions – Preparatory Session, Geneva," 13-15 December 1999, accessed November 20, 2017, <https://unep.ch/compliance/wg-5.htm>.

⁵⁶ Armin Rosencranz and Siddharth Johar, "Illegal Smuggling of Ozone-depleting Substances," *Environmental Policy and Law* 45 (2015): 73-75.

มากยิ่งขึ้นกับกรณีของประเทศกำลังพัฒนาที่ใกล้จะถึงระยะเวลาตามข้อกำหนดในพิธีสารที่ต้องเลิกใช้สาร Hydrochlorofluorocarbon (ซึ่งเป็นสาร ODS) ภายในปี พ.ศ. 2563 และ พ.ศ. 2573 ตามลำดับ⁵⁷ ดังนั้น การจะแก้ไขปัญหาดังกล่าวจึงจำเป็นต้องอาศัยความร่วมมือของหลายหน่วยงานและของประเทศต่างๆ ที่ประสบปัญหาในลักษณะเดียวกัน ผ่านการแลกเปลี่ยนข้อมูลทางเทคนิค ข้อมูลการจับกุมผู้กระทำความผิด โดยนอกจาก เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายในเรื่องนี้เป็นไปอย่างเหมาะสม และยังถือเป็นการวางแนวทางการสร้างความร่วมมือ เพื่อป้องกันการกระทำความผิดที่น่าจะมีจำนวนมากยิ่งขึ้นเมื่อพ้นระยะเวลาตามพิธีสารมอนทรีออลในกรณีของประเทศกำลังพัฒนา

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ในปัจจุบันปัญหาอาชญากรรมข้ามชาติทางด้านสิ่งแวดล้อมเริ่มเป็นที่ตระหนักและมีการกล่าวถึง ในฐานะที่เป็นความผิดขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติรูปแบบหนึ่ง อันรวมถึงการลักลอบค้าสาร ODS ซึ่งบทความฉบับนี้ได้ทำการศึกษาเพื่อหามาตรการในการป้องกันและปราบปรามปัญหาดังกล่าว จากการศึกษากฎหมายของประเทศไทยพบว่ามีความปัญหาทางกฎหมายในหลายประเด็น ได้แก่ ปัญหาการกำหนดบทลงโทษทางอาญาของการลักลอบค้าสาร ODS เนื่องจากได้กำหนดให้สาร ODS แต่ละชนิดเป็นวัตถุอันตรายชนิดที่ 3 หรือชนิดที่ 4 หรือในบางสารก็เป็นทั้งชนิดที่ 3 และ 4 ในเวลาเดียวกันอันส่งผลต่อการพิจารณาถึงบทลงโทษทางอาญาของการลักลอบค้าสาร ODS ที่มีความแตกต่างกันในแต่ละชนิดสาร ทั้งยังส่งผลกระทบต่อปัญหาในเรื่องหน่วยงานผู้มีอำนาจบังคับใช้กฎหมาย เนื่องจากสารบางชนิดถูกกำหนดให้อยู่ในความดูแลของหลายหน่วยงานในเวลาเดียวกัน และสารบางชนิดกลับไม่อยู่ในความรับผิดชอบของกรมโรงงานอุตสาหกรรม

ส่วนประเด็นความไม่สอดคล้องของบทลงโทษทางอาญาในการลักลอบค้าสาร ODS กับนิยามความผิดร้ายแรงตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 โดยมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาถึงนิยามคำว่า “ความผิดร้ายแรง” ซึ่งใช้เป็นฐานในการพิจารณาว่าจะสามารถลงโทษผู้กระทำความผิดลักลอบค้าสาร ODS ที่มีความเกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติได้หรือไม่ ซึ่งกฎหมายของประเทศไทยและประเทศออสเตรเลียได้กำหนดนิยามความผิดร้ายแรงโดยใช้รูปแบบการพิจารณาอัตราโทษทางอาญา แต่กฎหมายของประเทศสิงคโปร์กลับนิยามความผิดร้ายแรงโดยใช้รูปแบบการกำหนดฐานความผิดไว้ในตารางแนบท้ายกฎหมาย ซึ่งมีข้อดีและยืดหยุ่นต่อการแก้ไขกฎหมายในกรณีที่ต้องการแก้ไขหรือเพิ่มเติมฐานความผิดที่มีลักษณะขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติในอนาคต โดยไม่ต้องใช้วิธีการแก้ไขอัตราโทษทางอาญาของแต่ละฐานความผิดเพื่อให้สอดคล้องกับนิยามความผิดร้ายแรง ซึ่งบทความนี้เห็นสมควรนำมาเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหา

⁵⁷ กรมโรงงานอุตสาหกรรม, กองบริหารจัดการวัตถุอันตราย, กลุ่มอนุรักษ์โอโซน, “แผนการลดและเลิกใช้สาร HCFC ที่ปรับปรุงใหม่ สำหรับประเทศกำลังพัฒนา,” เข้าถึงเมื่อ 10 ตุลาคม 2560, <http://www.ozonediv.org/hcfc>.

5.2 ข้อเสนอแนะ

1) ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับปัญหาการกำหนดบทลงโทษทางอาญาของการลักลอบค้าสารทำลายชั้นโอโซน

เมื่อพิจารณาถึงการบัญญัตินิยามและบทลงโทษของการลักลอบค้าสาร ODS ที่กำหนดไว้ของ ประเทศสิงคโปร์และประเทศออสเตรเลียนั้นพบว่า มีลักษณะที่แตกต่างกับกฎหมายของประเทศไทย เนื่องจากการกำหนดรายชื้อสารที่จะต้องถูกควบคุมไว้ในกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ทั้งยังกำหนดฐานความผิดกรณีฝ่าฝืนการนำเข้า หรือส่งออกสาร ODS ทุกชนิดเป็นความผิดในมาตราเดียวกันและมีบทลงโทษอย่างเท่าเทียมกัน

บทความนี้จึงเสนอแนะให้แก้ไขประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม เรื่องบัญชีรายชื่อวัตถุอันตราย พ.ศ. 2556 โดยกำหนดให้สาร ODS ที่จะต้องถูกควบคุมตามพิธีสารมอนทรีออลทุกชนิดอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของหน่วยงานเดียว ซึ่งก็คือ กรมโรงงานอุตสาหกรรมที่มีหน้าที่หลักต้องควบคุมปริมาณการใช้และยกเลิกใช้ สาร ODS เป็นไปตามพันธกรณีในพิธีสารมอนทรีออล เพื่อแก้ไขปัญหาไม่ให้สาร ODS บางชนิดที่เป็นวัตถุอันตราย ทั้งชนิดที่ 3 และชนิดที่ 4 และอยู่ในความควบคุมของหลายหน่วยงานภายในเวลาเดียวกัน และไม่ให้เกิดความ สับสนในการปรับใช้กฎหมายและบทลงโทษทางอาญา

อย่างไรก็ตาม แม้จะแก้ไขประกาศกระทรวงอุตสาหกรรมฯ ดังกล่าวให้สาร ODS อยู่ในความ รับผิดชอบของกรมโรงงานอุตสาหกรรมเพียงหน่วยงานเดียวแล้วก็ตาม แต่เนื่องจากการกำหนดให้สาร ODS แต่ละชนิดมีความแตกต่างกัน โดยบางชนิดเป็นวัตถุอันตรายชนิดที่ 3 และบางชนิดเป็นวัตถุอันตรายชนิดที่ 4 ส่งผลให้การกระทำความผิดอาญาในการลักลอบนำเข้าหรือส่งออกสาร ODS ในชนิดที่ 3 และชนิดที่ 4 มีบทลงโทษ ในทางอาญาที่แตกต่างกัน อันแตกต่างกับกฎหมายของประเทศสิงคโปร์และประเทศออสเตรเลีย จึงเสนอแนะ ทางแก้ไขใน 2 กรณี ดังนี้

กรณีแรก หากสามารถพิจารณาแก้ไขให้สาร ODS ทุกชนิดเป็นวัตถุอันตรายชนิดที่ 3 หรือเป็น วัตถุอันตรายชนิดที่ 4 ก็จะทำให้แก้ไขปัญหาในเรื่องหลักเกณฑ์การนำเข้าหรือส่งออกสาร ODS และบทลงโทษ ในทางอาญาที่มีความแตกต่างกันได้ อย่างไรก็ตามการแก้ไขในลักษณะเช่นนี้อาจไม่สอดคล้องกับความจำเป็น ในเรื่องการใช้สารแต่ละชนิดในการดำเนินงานอุตสาหกรรม และทำให้การควบคุมสาร ODS มีลักษณะไม่ยืดหยุ่น ต่อสถานการณ์ที่อาจมีการเปลี่ยนแปลงไปในอนาคต หากต้องมีการแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงตามพันธกรณีของ พิธีสารมอนทรีออล

ส่วนในอีกกรณีหนึ่ง เสนอแนะให้แก้ไขโดยเพิ่มบทบัญญัติของกฎหมายในลักษณะเดียวกันกับ กฎหมายของประเทศออสเตรเลีย ที่แม้ว่าจะมีการกำหนดประเภทใบอนุญาตในการนำเข้าและส่งออกสาร ODS ที่แตกต่างกันไปในสารแต่ละชนิด แต่การกำหนดบทลงโทษกรณีการนำเข้าและส่งออกสาร ODS ทุกชนิดโดยผิดกฎหมาย ได้บัญญัติไว้ในมาตราเดียวกันและมีบทลงโทษที่เท่าเทียมกัน ซึ่งไม่ก่อให้เกิดความแตกต่างและสับสนในการกระทำ ผิดกฎหมายที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน

โดยเพิ่มบทบัญญัติในพระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535 ว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดผลิต นำเข้า ส่งออก หรือมีไว้ในครอบครองซึ่งวัตถุอันตรายชนิดที่ 3 หรือวัตถุอันตรายชนิดที่ 4 ซึ่งเป็นสารที่มีผลทำลาย

ชั้นโอโซนโดยไม่ได้รับอนุญาต หากฝ่าฝืนต้องระวางโทษจำคุก...หรือปรับไม่เกิน...” พร้อมทั้งแก้ไขบัญชีรายชื่อวัตถุอันตรายตามประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม โดยกำหนดรายชื่อสารที่มีผลทำลายชั้นโอโซนทุกชนิดไว้ให้สอดคล้องกับพิธีสารมอนทรีออล และกำหนดให้อยู่ในความรับผิดชอบของกรมโรงงานอุตสาหกรรมเพียงหน่วยงานเดียว อนึ่ง หากสามารถกำหนดให้มีอัตราโทษจำคุกตั้งแต่ 4 ปีขึ้นไปก็จะเป็นการแก้ไขปัญหาความไม่สอดคล้องของบทลงโทษตามกฎหมายของประเทศไทยในการลักลอบค้าสาร ODS กับนิยามความผิดร้ายแรงตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 ได้ด้วยเช่นเดียวกัน

2) ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับปัญหาว่าด้วยความไม่สอดคล้องของบทลงโทษตามกฎหมายของประเทศไทย ที่เกี่ยวข้องกับการลักลอบค้าสารทำลายชั้นโอโซนกับนิยามความผิดร้ายแรงตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556

จากการศึกษากฎหมายว่าด้วยองค์กรอาชญากรรมของประเทศไทย ประเทศออสเตรเลีย และประเทศสิงคโปร์พบว่าทั้ง 3 ประเทศมีการกำหนดฐานความผิดในการลงโทษผู้ที่มีส่วนร่วมหรือเกี่ยวข้องกับการลักลอบค้าสาร ODS ข้ามชาติไว้ ซึ่งการจะนำกฎหมายว่าด้วยองค์กรอาชญากรรมมาปรับใช้กับการลักลอบค้าสาร ODS ได้นั้นจำเป็นต้องพิจารณาถึงนิยามตามที่กำหนดไว้ ซึ่งมีประเด็นสำคัญในการพิจารณาถึงนิยามคำว่า “ความผิดร้ายแรง” ของกฎหมายแต่ละประเทศว่ามีการกำหนดไว้ในลักษณะเช่นใด เพื่อใช้เป็นฐานว่าจะสามารถลงโทษผู้กระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรมได้หรือไม่ และในความผิดฐานใดบ้าง

เมื่อเปรียบเทียบการกำหนดนิยาม “ความผิดร้ายแรง” ตามกฎหมายของประเทศไทย ประเทศออสเตรเลีย และประเทศสิงคโปร์พบว่ามีการกำหนดนิยามไว้ในลักษณะที่แตกต่างกัน โดยกฎหมายของประเทศไทย และประเทศออสเตรเลียกำหนดไว้โดยอาศัยอัตราโทษเป็นฐานในการพิจารณาว่าจะต้องเป็นความผิดที่มีอัตราโทษจำคุกตั้งแต่ 4 ปีขึ้นไป หรือโทษสถานหนักกว่านั้น

ส่วนประเทศสิงคโปร์กำหนดไว้โดยใช้รูปแบบการกำหนดฐานความผิดแต่ละฐานในกฎหมายฉบับต่างๆ ไว้ในตารางแนบท้ายกฎหมาย โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงบทลงโทษในทางอาญาให้มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่ 4 ปีขึ้นไป ซึ่งมีข้อดีในการปรับใช้และยืดหยุ่นต่อการแก้ไขเพิ่มเติมฐานความผิดที่มีลักษณะขององค์กรอาชญากรรมในอนาคต

ดังนั้น บทความฉบับนี้จึงเสนอแนะทางแก้ไขปัญหาดังกล่าว ดังต่อไปนี้ ในกรณีแรกเสนอให้มีการแก้ไขบทลงโทษในทางอาญากรณีการผลิต นำเข้า ส่งออก หรือมีไว้ในครอบครองซึ่งวัตถุอันตรายชนิดที่ 3 ตามพระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535 โดยเพิ่มบทลงโทษจำคุกของการฝ่าฝืนกระทำความผิดดังกล่าวให้มีโทษจำคุกอย่างสูงเกินกว่า 4 ปีขึ้นไป ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับนิยามความผิดร้ายแรงตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 และเป็นไปเพื่อนำมาตรการและกลไกทางกฎหมายต่างๆ ในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาปรับใช้เพื่อป้องกันและปราบปรามการลักลอบค้าสาร ODS ที่มีลักษณะข้ามชาติได้

ส่วนในอีกกรณีหนึ่ง เสนอแนะให้แก้ไขนิยามความผิดร้ายแรงในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาตรา 3 ให้มีข้อความดังต่อไปนี้

มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติทางด้านสิ่งแวดล้อม:
กรณีศึกษาการลักลอบค้าสารทำลายชั้นโอโซน โดยการนำเข้าหรือส่งออกสารอาณานิคม

“ความผิดร้ายแรง” หมายความว่า ความผิดอาญาที่กฎหมายกำหนดโทษจำคุกขั้นสูงตั้งแต่สี่ปีขึ้นไป หรือโทษสถานหนักกว่านั้น และให้หมายความรวมถึงการกระทำความผิดดังที่ได้กำหนดไว้ในบัญชีแนบท้าย พระราชบัญญัติ

ประกอบกับกำหนดให้การลักลอบค้าสาร ODS ตามพระราชบัญญัติว่าด้วย พ.ศ. 2535 เป็นความผิดตามบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัติ ซึ่งการแก้ไขดังกล่าวเป็นการแก้ไขกฎหมายให้มีลักษณะแบบเดียวกับกฎหมายของประเทศสิงคโปร์เพื่อให้มีการกำหนดฐานความผิดต่างๆ ที่มีลักษณะการกระทำความผิดโดยองค์การอาชญากรรมข้ามชาติให้เหมาะสมกับสภาพเหตุการณ์และการบังคับใช้กฎหมายในขณะนั้น ทั้งหากในอนาคตประเทศไทยต้องการแก้ไขเพิ่มเติมฐานความผิดใดให้เป็นความผิดร้ายแรงตามพระราชบัญญัตินี้ ก็ย่อมสามารถกระทำได้โดยสะดวกและง่ายกว่าการไปแก้ไขบทลงโทษว่าให้มีโทษจำคุกอย่างสูงเกินกว่า 4 ปีขึ้นไป ในกฎหมายแต่ละฉบับที่เกี่ยวข้องกับฐานความผิดนั้นๆ

3) ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับปัญหาว่าด้วยการบังคับใช้กฎหมายในกรณีการลักลอบค้าสารทำลายชั้นโอโซน

- ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับปัญหาหน่วยงานผู้มีความจำเป็นบังคับใช้กฎหมายกรณีการลักลอบค้าสารทำลายชั้นโอโซน

จากการศึกษาเรื่องหน่วยงานผู้มีความจำเป็นบังคับใช้กฎหมายภายใต้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการลักลอบค้าสาร ODS ของประเทศไทยและประเทศสิงคโปร์พบว่า การกำหนดให้หน่วยงานเดียวเป็นผู้รับผิดชอบในการดำเนินงานภายใต้ความรับผิดชอบในการปฏิบัติตามพันธกรณีของพิธีสารมอนทรีออล ย่อมทำให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปได้อย่างสะดวกและไม่ก่อให้เกิดการทับซ้อนในการดำเนินงานหากมีการลักลอบค้าสาร ODS เข้ามาในประเทศไทย

ดังนั้น บทความฉบับนี้จึงเสนอแนะให้แก้ไขประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม เรื่องบัญชีรายชื่อ วัตถุอันตราย พ.ศ. 2556 โดยกำหนดให้สาร ODS ที่จะต้องถูกควบคุมตามพิธีสารมอนทรีออล ทุกชนิดอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของหน่วยงานเดียว ซึ่งก็คือ กรมโรงงานอุตสาหกรรมที่เป็นผู้รับผิดชอบหลักในการควบคุมปริมาณการใช้และยกเลิกใช้สาร ODS ให้เป็นไปตามพันธกรณีในพิธีสารมอนทรีออล ทั้งนี้ เพื่อแก้ไขปัญหาไม่ให้อาณา ODS บางชนิดถูกกำหนดให้เป็นวัตถุอันตรายทั้งชนิดที่ 3 และชนิดที่ 4 ซึ่งมีความแตกต่างกันในเรื่องหลักเกณฑ์การนำเข้าและส่งออกสารดังกล่าว และแก้ไขปัญหาไม่ให้อาณา ODS อยู่ในความควบคุมของหลายหน่วยงานในเวลาเดียวกัน

- ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับปัญหาความร่วมมือระหว่างประเทศในกรณีการลักลอบค้าสารทำลายชั้นโอโซน

จากการศึกษาถึงรูปแบบการกระทำความผิดของการลักลอบค้าสาร ODS ที่มีรูปแบบวิธีที่สลับซับซ้อนและต้องใช้ความเชี่ยวชาญทางเทคนิคและเครื่องมือเฉพาะในการตรวจสอบจับกุมการกระทำความผิด แต่จากข้อมูลกลับพบว่าเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องในบริเวณชายแดนที่อาจมีการลักลอบค้าสาร ODS เข้ามาในประเทศไทย ไม่มีความรู้เกี่ยวกับพิธีสารมอนทรีออลและสาร ODS แต่อย่างใด ทั้งยังไม่เคยได้รับการฝึกอบรมในด้านนี้

อันเห็นได้ว่าการจะแก้ไขปัญหาดังกล่าวจึงจำเป็นต้องมีการฝึกอบรม ให้ความรู้เกี่ยวกับการลักลอบค้าสาร ODS แก่เจ้าหน้าที่บริเวณชายแดนและเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด เช่น ตำรวจ พนักงานอัยการ เจ้าหน้าที่ศุลกากรให้มากยิ่งขึ้น

เมื่อประกอบกับลักษณะของการลักลอบค้าสาร ODS ที่ได้มีการกระทำความผิดในรูปแบบของอาชญากรรมข้ามชาติ ซึ่งปัญหาดังกล่าวคงไม่อาจแก้ไขได้เพียงประเทศใดประเทศหนึ่ง แต่จำเป็นต้องอาศัยความสอดคล้องกันของกระบวนการยุติธรรม ทั้งระบบกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมาย ตลอดจนความร่วมมือกันในระดับระหว่างประเทศและระดับภูมิภาคเพื่อป้องกันและปราบปรามการลักลอบค้าสาร ODS ให้มีประสิทธิภาพลดบอบทความนี้จึงเสนอแนะการแก้ไขปัญหา ดังต่อไปนี้

ก. ข้อเสนอแนะในการทำให้เกิดความสอดคล้องกันของกฎหมายของประเทศสมาชิกอาเซียน

เนื่องจากการกำหนดให้ความผิดอาญาทางด้านสิ่งแวดล้อมเป็นความผิดที่ต้องรับโทษทางอาญาย่อมขึ้นอยู่กับดุลพินิจและบริบทของแต่ละประเทศ ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายหากมีการกระทำความผิดในลักษณะข้ามชาติ ดังนั้นกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปจึงได้มีการหาแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยมีแนวคิดทำให้ประเทศต่างๆ จะต้องบัญญัติความผิดอาญาทางด้านสิ่งแวดล้อมไว้ในกฎหมายภายในอย่างชัดเจน เพื่อให้เกิดความเข้าใจและความตระหนักถึงปัญหาของอาชญากรรมทางด้านสิ่งแวดล้อมในระหว่างประเทศสมาชิกให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน ดังปรากฏให้เห็นจากการออก Directive 2008/99/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on the protection of the environment through criminal law

โดย Directive ฉบับนี้ได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปมีหน้าที่บัญญัติกฎหมายภายในประเทศของตนว่าความผิดต่างๆ ที่ส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมให้เป็นความผิดอาญาทางด้านสิ่งแวดล้อมไม่ว่าผู้กระทำความผิดจะได้กระทำโดยเจตนาหรือประมาท ซึ่งรวมถึงการกำหนดให้การผลิต นำเข้า ส่งออก หรือจัดให้มีพื้นที่ซื้อขาย หรือใช้สาร ODS โดยผิดกฎหมายเป็นความผิดทางอาญา⁵⁸ และประเทศสมาชิกต้องใช้มาตรการที่จำเป็นเพื่อให้มั่นใจว่าความผิดดังกล่าวมีการลงโทษทางอาญาที่มีประสิทธิภาพและเหมาะสมตามสมควร⁵⁹

จากการศึกษาพบว่าประเทศสมาชิกอาเซียนล้วนแต่เป็นประเทศภาคีในพิธีสารมอนทรีออล⁶⁰ ดังนั้นหากทุกประเทศต่างล้วนตระหนักถึงปัญหาของการลดลงของชั้นโอโซน บทความนี้จึงเสนอแนะให้สร้างแนวทางในการสร้างร่วมมือระหว่างประเทศในการแก้ไขปัญหาการลักลอบค้าสาร ODS โดยการกำหนดให้ทุกประเทศมีกฎหมายภายในที่มีความสอดคล้องกันเป็นหนึ่งเดียวกันในเรื่องการลักลอบค้าสาร ODS ก็ย่อมทำให้ความร่วมมือระหว่างประเทศเป็นไปได้โดยสะดวกและเป็นไปในทิศทางเดียวกัน

⁵⁸ Article 3 (i) of Directive 2008/99/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on the protection of the environment through criminal law

⁵⁹ Article 5 of Directive 2008/99/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on the protection of the environment through criminal law

⁶⁰ United Nations Treaty Collection, "Status of Treaties of Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer," accessed December 12, 2017, <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20II/Chapter%20XXVII/XXVII-2-a.en.pdf>.

โดยประเทศสมาชิกอาเซียนอาจพิจารณาตามแนวทางของสหภาพยุโรปที่มีการออก Directive 2008/99/EC of The European Parliament and of The Council on the Protection of the Environment through Criminal Law ดังกล่าวในกรอบแนวทางในการใช้กฎหมายอาญาเพื่อแก้ไขปัญหาอาชญากรรมข้ามชาติทางด้านสิ่งแวดล้อม ซึ่งการกำหนดฐานความผิดอาญาให้มีความสอดคล้องกันย่อมเป็นการส่งเสริมให้กระบวนการสอบสวนและให้ความช่วยเหลือระหว่างประเทศสมาชิกเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากกว่าเดิม

ทั้งนี้ หากอาเซียนสามารถวางแนวทางในการกำหนดให้ประเทศสมาชิกบัญญัติกฎหมายภายในประเทศของตนให้มีฐานความผิดต่างๆ ที่ส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมเป็นความผิดอาญาทางด้านสิ่งแวดล้อม อันรวมถึงการลักลอบค้าสาร ODS ก็ย่อมส่งผลดีในเรื่องการดำเนินการให้ความช่วยเหลือระหว่างประเทศในทางอาญาในระหว่างประเทศสมาชิก ทั้งยังสามารถอาศัยสนธิสัญญาว่าด้วยความช่วยเหลือซึ่งกันและกันในเรื่องทางอาญาอาเซียน ค.ศ. 2004 (Asean Treaty on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters) เป็นเครื่องมือในการให้ความช่วยเหลือกันระหว่างประเทศสมาชิกได้ในอีกทางหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็นความช่วยเหลือด้านการสืบสวนสอบสวน การดำเนินการฟ้องคดี และการดำเนินการต่าง ๆ เช่น การสืบพยานหลักฐาน การให้บุคคลเบิกความเป็นพยานหรือช่วยเหลือในเรื่องทางอาญา การส่งเอกสาร การค้นและยึด การตรวจวัตถุและสถานที่ และการรับทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด⁶¹

นอกจากนั้น สนธิสัญญาดังกล่าวได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดซึ่งกันและกันในการให้ความช่วยเหลือเกี่ยวกับฐานความผิดที่เหมือนกันภายใต้บังคับกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ โดยไม่ต้องคำนึงถึงโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น⁶² ซึ่งเป็นข้อดีของสนธิสัญญาดังกล่าวเนื่องจาก การจะกำหนดให้แต่ละประเทศออกกฎหมายภายในให้การลักลอบค้าสาร ODS เป็นความผิดที่มีโทษทางอาญา และกำหนดบทลงโทษให้เหมือนกันย่อมเป็นไปได้โดยยากและขัดกับอำนาจอธิปไตยของแต่ละประเทศ ดังเห็นได้จาก Directive ของสหภาพยุโรปที่ก็สามารถกำหนดบทลงโทษไว้อย่างชัดเจนได้เช่นเดียวกัน

อย่างไรก็ดี เนื่องจากอาเซียนยังไม่มีกรอบความร่วมมือกันอย่างเข้มแข็งดังกลุ่มสหภาพยุโรป แต่รวมกลุ่มกันอย่างหลวมๆ และไม่เข้าไปแทรกแซงกิจการภายในของแต่ละประเทศตามกรอบวิถีสหประชาชาติ จึงอาจส่งผลให้การวางกรอบแนวทางให้ทุกประเทศสมาชิกอาเซียนออกกฎหมายภายในประเทศของตนให้การลักลอบค้าสาร ODS เป็นความผิดทางอาญาอาจเป็นไปได้ยาก ทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวจึงอาจต้องอาศัยความร่วมมือในการดำเนินงานและบังคับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องของแต่ละประเทศให้มากยิ่งขึ้นในอีกทางหนึ่ง

ข) ข้อเสนอแนะในความร่วมมือของประเทศสมาชิกอาเซียนในการบังคับใช้กฎหมาย

เนื่องจากในกรณีที่บางประเทศสมาชิกอาเซียนอาจไม่ได้กำหนดให้ความผิดในการลักลอบค้าสาร ODS เป็นความผิดตามกฎหมายที่มีบทลงโทษทางอาญา หรือแม้ว่าจะกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญา แต่ก็อาจกำหนดบทลงโทษเพียงโทษปรับเท่านั้น ซึ่งไม่สามารถนำอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ค.ศ. 2000 มาปรับใช้ในกรณีดังกล่าวเพื่อป้องกันและปราบปรามการลักลอบค้าสาร ODS ที่มีลักษณะข้ามชาติได้

⁶¹ Article 1 of Asean Treaty on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters

⁶² Article 5 of Asean Treaty on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters

แต่หากทุกประเทศต่างตระหนักถึงภาระหน้าที่ในการร่วมกันปกป้องชั้นโอโซนที่ไม่ได้อยู่ภายใต้ขอบเขตพรมแดนและอำนาจอธิปไตยของประเทศใดประเทศหนึ่งอันเป็นสมบัติร่วมกันของมนุษยชาติ ตามหลักความห่วงกังวลร่วมกันของมนุษยชาติ (Common Concern of Humankind) ย่อมจำเป็นต้องร่วมมือกันในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยอาศัยความร่วมมือระหว่างประเทศในการตรวจสอบ จับกุม แลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำความผิด เพื่อไม่ให้มีการลักลอบค้าสาร ODS กันอย่างแพร่หลายจนมีลักษณะเป็นอาชญากรรมข้ามชาติดังปัจจุบัน ดังเช่นโครงการเครือข่ายการบังคับใช้กฎหมายพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อมในระดับภูมิภาค (The Multilateral Environmental Agreements Regional Enforcement Network : MEA-REN) ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อวิเคราะห์ หรือ และสร้างความชัดเจนในการกำหนดแนวทางเพื่อต่อต้านการลักลอบค้าสาร ODS ในรัฐบาลระดับประเทศและองค์การระหว่างประเทศ⁶³

ดังนั้น บทความฉบับนี้จึงเสนอแนะให้ประเทศสมาชิกอาเซียนร่วมกันจัดตั้งโครงการสอบสวนร่วมกันของภูมิภาคอาเซียนในประเด็นปัญหาการลักลอบค้าสาร ODS โดยบูรณาการหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเข้าด้วยกัน เช่น ตำรวจ พนักงานอัยการ ศาล ศุลกากร หน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการลักลอบค้าสาร ODS ของแต่ละประเทศ ไม่เพียงแต่เฉพาะดำเนินการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารเท่านั้น แต่จะต้องจัดฝึกอบรมความรู้ทางเทคนิคของชนิดสารและวิธีตรวจสอบถึงการกระทำความผิด ตลอดจนปฏิบัติการจับกุมผู้กระทำความผิดร่วมกัน เพื่อนำมาพัฒนาเป็นคู่มือหรือแนวทางในการสร้างมาตรการทางกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายให้มีความสอดคล้องและเป็นไปในทางเดียวกัน ดังเช่นที่เคยมีขึ้นในเครือข่ายการบังคับใช้กฎหมายสัตว์ป่าและพันธุ์พืชแห่งภูมิภาคอาเซียน (ASEAN-Wildlife Enforcement Network: ASEAN-WEN)”⁶⁴

พร้อมทั้งเสนอแนะให้องค์การตำรวจสากล (International Criminal Police Organization : INTERPOL) เป็นหน่วยงานที่มีบทบาทสำคัญในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติทางด้านสิ่งแวดล้อม กรณีการลักลอบค้าสาร ODS เนื่องจากเป็นหน่วยงานที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในอาชญากรรมข้ามชาติทางด้านสิ่งแวดล้อม ทั้งมีเครื่องมือกลไกต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นฐานข้อมูล I-24/7⁶⁵ Ecomessage⁶⁶ ที่เป็นประโยชน์ต่อการแลกเปลี่ยนข่าวสาร และมีหน่วยงานรักษาความปลอดภัยด้านสิ่งแวดล้อม (INTERPOL Environmental

⁶³ Ning Liu, Vira Somboon and Carl Middleton, “Illegal Trade in Ozone Depleting Substances,” in *Handbook of Transnational Environmental Crime*, Lorraine Elliott and William H. Schaedla, eds. (Cheltenham: Edward Elgar, 2016), 224-225.

⁶⁴ ศูนย์ข้อมูลข่าวอาเซียน, กรมประชาสัมพันธ์, “เปิดตัว คู่มืออาเซียนว่าด้วยความร่วมมือทางกฎหมายในการต่อต้านอาชญากรรมสัตว์ป่า,” เข้าถึงเมื่อ 12 พฤศจิกายน 2561, http://www.asean thai.net/ewt_news.php?nid=5401&filename=index; Thailand Press Release, “ASEAN-WEN จัดการประชุมประจำปีครั้งที่ 11 ที่ประชุมเห็นชอบให้รวมหน่วยงาน ASEAN-WEN กับหน่วยปฏิบัติการ CITES,” เข้าถึงเมื่อ 12 พฤศจิกายน 2561, <https://www.thaipr.net/general/691151>.

⁶⁵ ระบบการสื่อสารของตำรวจสากล หรือที่เรียกว่า I-24/7 (Information 24 hour and 7 days) คือ ระบบอินเทอร์เน็ตที่มีความปลอดภัยสูง โดยบุคคลภายนอกไม่สามารถเข้าถึงได้ เพื่อใช้ในการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสาร ข่าวกรองต่างๆ ระหว่างประเทศสมาชิกในรูปของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ อันทำให้หน่วยงานผู้บังคับใช้กฎหมายของประเทศต่างๆ สามารถใช้ข้อมูลในการสืบสวนคดี รวมทั้งป้องกันเหตุการณ์การกระทำความผิดกฎหมายได้ ; ชิตพล ภาณุจนถึง, “ความท้าทายของอาเซียนในการต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติ,” *วารสารสังคมศาสตร์* 46 (มกราคม-มิถุนายน 2559): 64.

⁶⁶ ระบบการรายงานข้อมูล (Ecomessages) เป็นระบบที่มีการจัดรูปแบบมาตรฐานของข้อมูล เพื่อรายงานเหตุการณ์การกระทำความผิดหรือการจับกุม สำหรับหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง โดยการรายงานข้อมูลนั้นจะส่งผ่านจากหน่วยงานบังคับใช้ในประเทศหนึ่งผ่านทางสำนักงานกลาง (INTERPOL Central Bureaus) ไปยังหน่วยงานในประเทศอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งจะช่วยให้สามารถวิเคราะห์ข้อมูลและเอาชนะอุปสรรคด้านภาษาและการสื่อสารได้ ; INTERPOL, “Ecomessage,” accessed November 15, 2018, <https://www.interpol.int/Crimeareas/Environmentalcrime/Ecomessage>.

มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติทางด้านสิ่งแวดล้อม:
กรณีศึกษาการลักลอบค้าสารทำลายชั้นโอโซน โดยการนำเข้ามาหรือส่งออกนอกราชอาณาจักร

Security : ENS) ในการสร้างแนวทางปฏิบัติและส่งเสริมความร่วมมือในการตรวจสอบและจับกุมผู้กระทำความผิด การลักลอบค้าสาร ODS ผ่านการสืบสวน สอบสวนให้ประเทศต่างๆ เป็นไปในทิศทางเดียวกัน⁶⁷

ส่วนในกรณีของกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียนเนื่องจากองค์การตำรวจอาเซียน (Southeast Asian Police Organization : ASEANAPOL) ได้มีการจัดทำฐานข้อมูลของ ASEANAPOL (ASEANAPOL Database System : e-ADS) อันมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยในการเชื่อมต่อและแลกเปลี่ยนข้อมูลอาชญากรรมระหว่างหน่วยงานด้านการบังคับใช้กฎหมายของอาเซียนได้อย่างรวดเร็ว มีความน่าเชื่อถือและมีความปลอดภัยของข้อมูล⁶⁸ ทั้ง ASEANAPOL ยังได้ลงนามในข้อตกลงเพื่อจะแลกเปลี่ยนข้อมูลโดยเชื่อมโยงฐานข้อมูลภูมิภาคของ ASEANAPOL เข้ากับระบบการสื่อสารของตำรวจทั่วโลก (I-24/7) ของ INTERPOL ดังนั้นการค้นหาใดๆ จากฐานข้อมูลของ ASEANAPOL จะเป็นการเรียกใช้ฐานข้อมูลของ INTERPOL ซึ่งจะขึ้นประโยชน์ต่อทั้งองค์การตำรวจในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้และประเทศสมาชิกของ INTERPOL ทั่วโลก⁶⁹

นอกจากนั้น ASEANAPOL ยังได้เริ่มตระหนักถึงปัญหาอาชญากรรมสิ่งแวดล้อมมากยิ่งขึ้น ดังเห็นได้จากการให้ความร่วมมือในการดำเนินงานกับ ASEAN-WEN⁷⁰ และการกำหนดให้อาชญากรรมสิ่งแวดล้อมเป็นอาชญากรรมข้ามชาติประเภทหนึ่งที่จะต้องหาแนวทางป้องกันและปราบปราม⁷¹ ดังนั้น จึงเสนอแนะให้ ASEANAPOL เป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการป้องกันและปราบปรามการลักลอบค้าสาร ODS ของกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียน และอาจจัดตั้งแผนกหรือหน่วยงานระดับปฏิบัติการในการดำเนินงานเกี่ยวกับอาชญากรรมทางด้านสิ่งแวดล้อม หรือจัดหาเจ้าหน้าที่ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในด้านดังกล่าวโดยเฉพาะ ประกอบกับประสานความร่วมมือในการดำเนินงานกับ INTERPOL เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปด้วยดีและมีความสอดคล้องกันของแนวปฏิบัติ

⁶⁷ INTERPOL, “Environmental Security Strategic Plan 2017-2020,” p. 16, accessed November 15, 2018, https://www.interpol.int/content/download/36737/471911/version/1/file/ENS_StrategicPlan_brochure_2017.pdf.

⁶⁸ The diplomat, “ASEAN’s New Police Database Takes Shape Amid Terror Fears,” accessed November 15, 2018, <https://thedi diplomat.com/2017/09/aseans-new-police-database-takes-shape-amid-terror-fears/>.

⁶⁹ INTERPOL, “Global Conference on Asian Organized Crime, Singapore,” accessed November 15, 2018, <https://www.interpol.int/content/download/5824/48261/version/2/file/sgAOC20080123.pdf>.

⁷⁰ ศูนย์ข้อมูลข่าวอาเซียน, กรมประชาสัมพันธ์, “เปิดตัว คู่มืออาเซียนว่าด้วยความร่วมมือทางกฎหมายในการต่อต้านอาชญากรรมสัตว์ป่า,” เข้าถึงเมื่อ 12 พฤศจิกายน 2561, http://www.asean thai.net/ewt_news.php?nid=5401&filename=index.

⁷¹ ศูนย์ข้อมูลข่าวอาเซียน, กรมประชาสัมพันธ์, “ความตกลงเรื่องอาชญากรรมข้ามชาติของตำรวจอาเซียน,” เข้าถึงเมื่อ 15 พฤศจิกายน 2561, http://www.asean thai.net/ewt_news.php?nid=4495&filename=index.

บทวิจารณ์หนังสือ
“คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึงลักษณะ 9”
“Criminal Law Specific Offences Vol.3 Title 1 to Title 9”

ณัฐพร รอดเจริญ
Natthaporn Rodcharoen

อาจารย์ประจำ
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330
Full-time Lecturer
Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok, 10330

Corresponding author E-mail: natthaporn.r@chula.ac.th

(Received and Accepted: March 12, 2019)

“คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึงลักษณะ 9” เขียนโดย รองศาสตราจารย์ ดร.คณพล จันทน์หอม อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย จัดพิมพ์และจำหน่ายโดย บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด พิมพ์ครั้งที่ 1 เดือนมิถุนายน พ.ศ. 2561 หนังสือเล่มนี้ได้รับการอุดหนุนจากโครงการ ตำราและสื่อการสอน คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

เนื้อหาของหนังสือเล่มนี้ได้อธิบายความผิดซึ่งบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา โดยแบ่งเนื้อหาออกเป็น 2 ภาค ได้แก่ ความผิดที่คุ้มครองผลประโยชน์ของรัฐ และความผิดที่คุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ซึ่งครอบคลุม ลักษณะ 1 จนถึงลักษณะ 9 ตั้งแต่มาตรา 107 จนถึงมาตรา 287/2 โดยแบ่งเนื้อหาออกเป็น 19 บท จัดเรียง ดังนี้

ภาคที่ 1 ความผิดที่คุ้มครองผลประโยชน์ของรัฐ (บทที่ 1-9) ประกอบด้วย บทที่ 1 ความผิดต่อองค์พระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท และผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ บทที่ 2 ความผิดต่อความมั่นคงของรัฐภายในราชอาณาจักร บทที่ 3 ความผิดต่อความมั่นคงของรัฐภายนอกราชอาณาจักร บทที่ 4 ความผิดต่อสัมพันธ์ไมตรีระหว่างประเทศ บทที่ 5 ความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย บทที่ 6 ความผิดต่อเจ้าพนักงาน บทที่ 7 ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ บทที่ 8 ความผิดต่อเจ้าพนักงานในการยุติธรรม บทที่ 9 ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม

ภาคที่ 2 ความผิดที่คุ้มครองประโยชน์สาธารณะ (บทที่ 10 – 19) ประกอบด้วย บทที่ 10 ความผิดเกี่ยวกับศาสนา บทที่ 11 ความผิดเกี่ยวกับความสงบสุขของประชาชน บทที่ 12 ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิด

ภัยอันตรายต่อประชาชน บทที่ 13 ความผิดเกี่ยวกับเงินตรา บทที่ 14 ความผิดเกี่ยวกับดวงตรา แสตมป์ และตัว
บทที่ 15 ความผิดเกี่ยวกับเอกสาร บทที่ 16 ความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ บทที่ 17 ความผิดเกี่ยวกับ
หนังสือเดินทาง บทที่ 18 ความผิดเกี่ยวกับการค้า บทที่ 19 ความผิดเกี่ยวกับเพศ

จุดเด่นของหนังสือเล่มนี้ คือ การที่ผู้เขียนได้วางรากฐานเกี่ยวกับแนวคิดการกำหนดความผิดในแต่ละ
ฐานความผิดตลอดจนประวัติความเป็นมาเพื่อให้เห็นรากฐานของกฎหมายในเรื่องนั้นๆ ก่อนที่จะนำไปสู่การอธิบาย
ความผิดฐานต่างๆ อย่างเป็นระบบ กล่าวคือ ผู้เขียนได้อธิบายบทบัญญัติแต่ละมาตราไปตามขั้นตอนตามองค์ประกอบ
ของความผิด โดยเริ่มตั้งแต่องค์ประกอบภายนอกของความผิด และตามด้วยองค์ประกอบภายในของความผิด
เจตนา และผลทางกฎหมายตามลำดับ โดยมีคำอธิบายและตัวอย่างประกอบ ทั้งที่ผู้เขียนสมมติขึ้นมาเองและจาก
คำพิพากษาศาลฎีกาทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ ทั้งนี้ ในส่วนคำพิพากษาที่ผู้เขียนได้ยกขึ้นมานั้น ก็ไม่ใช่
เป็นลักษณะของการรวบรวมคำพิพากษาศาลฎีกาไว้เรียงต่อกัน หากแต่ผู้เขียนได้รวบรวมไว้เพื่อชี้ให้เห็นถึงพัฒนาการ
ในการตีความกฎหมายของศาล ตลอดจนการปรับใช้หลักกฎหมายอันเป็นสิ่งที่ได้สะท้อนถึงแนวคิดการกำหนด
ความผิดในแต่ละฐานตามที่ได้เขียนไว้เป็นรากฐานมาในตอนต้น ทั้งนี้ ผู้เขียนยังได้มีการวิเคราะห์และตั้ง
ข้อสังเกตในทางวิชาการเกี่ยวกับแนวทางการวินิจฉัยและการตีความของศาลว่าได้ตั้งอยู่บนแนวคิดทางกฎหมาย
และนิติวิธีที่ถูกต้องหรือไม่ ซึ่งนับได้ว่าเป็นส่วนที่ทำให้ผู้อ่านได้ฝึกคิดและนำไปวิเคราะห์ต่อยอดในทางวิชาการ
เพื่อนำไปสู่การแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย การพัฒนาแนวทางการตีความ การบังคับใช้กฎหมาย ให้เกิดความถูกต้อง
และความยุติธรรมให้มากที่สุดต่อไป

จุดเด่นอีกประการหนึ่งของหนังสือเล่มนี้ คือ การที่ผู้เขียนได้นำเสนอประเด็นปัญหาที่น่าสนใจในแต่ละ
ฐานความผิดต่างๆ โดยผู้เขียนได้นำเสนอบทวิเคราะห์โดยอาศัยแนวคิด หลักการในการตีความกฎหมาย คุณธรรม
ทางกฎหมายที่เป็นฐานของความผิดฐานนั้นๆ ตลอดจนแนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องจากตำราและบทความวิจัย
ต่างประเทศ จึงทำให้ผู้อ่านได้รับความรู้จากการอ่านเนื้อหาในส่วนนี้อย่างลึกซึ้ง สามารถนำไปขบคิดและต่อยอด
เพื่อหาคำตอบในทางนิติศาสตร์ในขั้นที่สูงขึ้นต่อไป

โดยภาพรวมแล้ว หนังสือ “คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึงลักษณะ 9” นี้
จึงเป็นหนังสือกฎหมายอาญาที่มีคุณค่าในทางวิชาการอีกเล่มหนึ่งในบรรณพิภพที่ควรค่าแก่การอ่านเพื่อเพิ่มพูน
ความรู้เป็นอย่างยิ่ง

บทวิเคราะห์คำพิพากษา
คำพิพากษาฎีกาที่ ๕๖๖๐/๒๕๕๙ (ประชุมใหญ่)
(ฟ้องให้ศาลมีคำสั่งว่าผู้ตายเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย)
Supreme Court Case 5660/2559 (Plenary Session)
(Asking the Court to Declare a Deceased as a Lawful Heir)

ไพโรจน์ กัมพูสิริ*
Pairojana Kampusiri

ศาสตราจารย์
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ รองอธิการบดีฝ่ายกฎหมายและบริหารศูนย์ลำปาง
Professor of Law
Faculty of Law, Thammasat University, Vice-President Department of Law and Management
Lampang Center

Corresponding author E-mail: pairoj_kp@hotmail.com

(Received and Accepted: February 20, 2019)

ข้อเท็จจริง

นางพิกุลเป็นบุตรของนางมะลิ นางพิกุลสมรสกับนายจิตติและมีบุตรด้วยกัน 3 คน โดยนายวิรสรร ผู้คัดค้านเป็นบุตรคนหนึ่ง ต่อมานางพิกุลจดทะเบียนหย่ากับนายจิตติในปี 2531 ครั้นปี 2547 นางพิกุลถึงแก่ ความตาย โดยศาลมีคำสั่งตั้งผู้คัดค้านเป็นผู้จัดการมรดกของนางพิกุล ส่วนนางมะลิถึงแก่ความตายก่อนนางพิกุล ผู้ร้องใช้สิทธิทางศาลเพื่อให้มีคำสั่งว่าผู้ร้องเป็นบิดาชอบด้วยกฎหมายของนางพิกุลผู้ตาย ศาลฎีกาโดยมติที่ประชุมใหญ่ เห็นว่า บุตรที่เกิดนอกสมรสจะเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของบิดาในภายหลังได้ 3 ประการ คือ เมื่อบิดามารดา ได้สมรสกันในภายหลัง หรือบิดาได้จดทะเบียนว่าเด็กเป็นบุตร หรือศาลพิพากษาว่าเด็กเป็นบุตรตาม ป.พ.พ. มาตรา 1547 ผู้ร้องขอให้ศาลมีคำสั่งว่าผู้ร้องเป็นบิดาตามกฎหมายของนางพิกุล และมีสิทธิได้รับมรดกของผู้ตาย มิใช่เป็นกรณีที่ขอให้ศาลพิพากษาว่าเด็กเป็นบุตร ทั้งการที่จะฟ้องขอให้ศาลพิพากษาว่าเด็กเป็นบุตรตาม ป.พ.พ. มาตรา 1547 และมาตรา 1555 นั้น เป็นสิทธิของฝ่ายเด็กที่จะฟ้องให้ศาลมีคำพิพากษาตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ กล่าวคือ ในกรณีที่เด็กยังมีอายุไม่ครบสิบห้าปีบริบูรณ์ ให้ผู้แทนโดยชอบธรรมเป็นผู้ฟ้องคดีแทนหรือในกรณีที่

* น.บ. (เกียรตินิยมอันดับสอง) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, Doctorat en Droit privé, L'université de Paris, อาจารย์พิเศษ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
รองอธิการบดีฝ่ายกฎหมายและบริหารศูนย์ลำปาง มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ สภามหาวิทยาลัยพายัพ

เด็กไม่มีผู้แทนโดยชอบธรรมหรือมีแต่ผู้แทนโดยชอบธรรมไม่สามารถทำหน้าที่ได้ ให้ญาติสนิทของเด็กหรืออัยการร้องขอต่อศาลให้ตั้งผู้แทนเฉพาะคดีเพื่อทำหน้าที่ฟ้องคดีแทนเด็ก มิใช่กรณีที่ให้สิทธิแก่บุคคลที่อ้างว่าเป็นบิดาของเด็กมาฟ้องขอให้ศาลพิพากษาว่าเด็กเป็นบุตรเพื่อนำคำพิพากษาไปขอจดทะเบียนต่อนายทะเบียนตาม ป.พ.พ. มาตรา 1548 แต่กลับขอให้ศาลพิพากษาว่าผู้ร้องเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายของนางพิกุล ซึ่งไม่อาจกระทำได้ เพราะคำพิพากษาของศาลในกรณีเช่นนี้ไม่มีผลทำให้ผู้ร้องมีสถานะเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีของผู้ร้องจึงไม่ต้องด้วยบทบัญญัติตาม ป.พ.พ. มาตรา 1547 เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายรับรองและคุ้มครองสิทธิแก่ผู้ร้องในอันที่จะนำเสนอคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งว่าผู้ร้องเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ตายได้ตาม ป.วิ.พ. มาตรา 55 จึงชอบที่จะยกคำร้องขอ

วิเคราะห์

มีข้อเท็จจริงน่าสนใจที่ผู้ร้องบรรยายในคำร้องขอว่า ผู้ร้องอยู่กินฉันสามีภริยากับนางมะลิตั้งแต่ปี 2493 มีบุตร 12 คน โดยนางพิกุลผู้ตายเป็นบุตรลำดับที่ 4 ในระหว่างที่นางพิกุลยังมีชีวิตอยู่ผู้ร้องได้อุปการะเลี้ยงดูให้การศึกษาและให้ใช้ชื่อสกุลของผู้ร้อง เท่ากับเป็นพฤติกรรมรับรองบุตรตาม ป.พ.พ. มาตรา 162¹ อันมีผลให้นางพิกุลมีฐานะเสมือนผู้สืบสันดาน และมีสิทธิรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมของผู้ร้อง แต่ผู้ร้องไม่มีสิทธิอ้างมาตราเดียวกันนี้เพื่อรับมรดกของนางพิกุลซึ่งเป็นบุตรนอกกฎหมาย (ฎ.1854/2551) ทำนองเดียวกันกับที่บุตรบุญธรรมมีสิทธิรับมรดกของผู้รับบุตรบุญธรรม ตามมาตรา 1598/28 ประกอบมาตรา 1627 แต่ผู้รับบุตรบุญธรรมไม่มีสิทธิรับมรดกของบุตรบุญธรรมในฐานะทายาทโดยธรรม (มาตรา 1598/29) และจุดนี้จึงจะเป็นเหตุผลหลักที่ผู้ร้องต้องยื่นคำร้องขอให้ศาลสั่งว่า นางพิกุลเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายโดยอาศัยเหตุอันได้แก่พฤติกรรมรับรองตามมาตรา 1555 (7)² นอกจากนี้ ยังมีข้อสังเกตเบื้องต้นว่า ศาลชั้นต้นเมื่อพิจารณาแล้ว ได้มีคำพิพากษาว่าผู้ร้องเป็นบิดาของนางพิกุล อาจด้วยข้อเท็จจริงในเรื่องพฤติกรรมรับรอง รวมทั้งความสัมพันธ์ที่ผู้ร้องได้อาศัยอยู่ในบ้านของนางพิกุลผู้ตายมาโดยตลอด ผลที่ตามมาจากคำพิพากษาของศาลชั้นต้นจะทำให้ผู้ร้องมีฐานะเป็นทายาทโดยธรรมและมีสิทธิในกองมรดกเท่ากับบุตรคนหนึ่งของผู้ตาย (มาตรา 1630 วรรคท้าย) แต่ในชั้นการพิจารณาของศาลอุทธรณ์และศาลฎีกา กลับมีคำพิพากษาให้ยกคำร้องขอ

ผู้เขียนเคยนึกสงสัยบทบัญญัติมาตรา 1555 ข้างล่างนี้มาโดยตลอดว่า ฝ่ายชายที่มีได้จดทะเบียนสมรสกับมารดาเด็ก แต่ได้มีพฤติกรรมตามเหตุ 7 เหตุที่ตัวบทระบุไว้ เช่น ฝ่ายชายยอมรับว่าได้อยู่กับมารดาเด็กอย่างเปิดเผยในระยะเวลาซึ่งหญิงมารดาอาจตั้งครรภ์ก็ได้ตามอนุมาตรา (5) หรือยอมรับว่าตนเป็นผู้แจ้งการเกิดของเด็กเองตามอนุมาตรา (4) จะเป็นโจทก์ฟ้องเด็กและมารดาเด็กเป็นจำเลย ให้ศาลมีคำพิพากษาให้เด็กเป็น

¹ มาตรา 1627 บัญญัติไว้ว่า “บุตรนอกกฎหมายที่บิดาได้รับรองแล้วและบุตรบุญธรรมนั้น ให้ถือว่าเป็นผู้สืบสันดาน เหมือนกับบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย ตามความหมายแห่งประมวลกฎหมายนี้”

² มาตรา 1555 (วรรค 1) บัญญัติไว้ว่า “ในคดีฟ้องขอให้รับเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้”

(7) เมื่อมีพฤติการณ์ที่รู้กันทั่วไปตลอดมาว่าเป็นบุตร

(วรรค 4) พฤติการณ์ที่รู้กันทั่วไปตลอดมาว่าเป็นบุตรนั้น ให้พิจารณาข้อเท็จจริงที่แสดงความเกี่ยวข้องอันบิดามารดาซึ่งปรากฏในระหว่างตัวเด็กกับครอบครัวที่เด็กอ้างว่าตนสังกัดอยู่ เช่น บิดาให้การศึกษาให้ความอุปการะเลี้ยงดูหรือยอมให้เด็กนั้นใช้ชื่อสกุลของตนหรือโดยเหตุประการอื่น...”

บุตรชอบด้วยกฎหมายของตนจะได้หรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นการฟ้องในขณะที่เด็กยังมีชีวิตอยู่ เพื่อจะได้อุปการะเลี้ยงดูเด็กเยี่ยงบิดาต่อไป คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับที่นำมาวิเคราะห์นี้ได้ให้คำตอบชัดเจนแล้วว่าการฟ้องตามมาตรา 1555 นี้ เป็นสิทธิของฝ่ายเด็ก มีใช้กรณีที่ให้สิทธิแก่บุคคลที่อ้างว่าเป็นบิดาของเด็กจะมาฟ้องขอให้ศาลพิพากษาว่าเด็กเป็นบุตรของตนได้

นาย ก. หนุ่มโสดได้เสียกับ น.ส. ข. ซึ่งต่อมาคลอด ด.ช. ค. เมื่อเด็กอายุได้หนึ่งขวบ นาย ก. ขวน น.ส. ข. ไปจดทะเบียนสมรส แต่ น.ส. ข. ไม่ต้องการเป็นภริยานาย ก. ซึ่งยากจน ทั้งไม่ยินยอมเมื่อนาย ก. จะจดทะเบียนรับ ด.ช. ค. เป็นบุตร และตัวน.ส. ข. เองไม่ต้องการใช้สิทธิฟ้องตามมาตรา 1555 เพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาว่า ด.ช. ค. เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของนาย ก. สำหรับ นาย ก. เองนั้นมีความรักใคร่ ด.ช. ค. บุตรสืบสายโลหิตของตน โดยได้ให้เด็กใช้ชื่อสกุลของตนและอุปการะเลี้ยงดูอย่างดีมาโดยตลอด ตัวอย่างที่ยกมานี้ แม้จะเกิดขึ้นได้ยาก แต่ถ้าเกิดขึ้นจริง ควรหรือไม่ที่จะเปิดโอกาสให้นาย ก. ใช้สิทธิฟ้องตามมาตรา 1555 โดยอ้างพฤติกรมรับรองบุตรของตนตามอนุมาตรา (7) เพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาว่า ด.ช. ค. เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของตน

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งมาตรา 1555 วรรคแรก น่าจะตีความได้ว่า เป็นคดีฟ้องขอให้ (ฝ่ายชาย) รับเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย หญิงมารดาจึงเป็นจำเลยตามมาตรา 1546 ได้กำหนดไว้ว่า เด็กเกิดจากหญิงที่มีได้มีการสมรสกับชาย ให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น คือ เด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้นแล้ว มีจำต้องมาฟ้องเป็นคดีเพื่อให้หญิงเป็นมารดาของเด็กตามกฎหมายอีกนั่นเอง และถ้อยบัญญัติเอง ก็แสดงว่าฝ่ายชายเป็นฝ่ายถูกฟ้อง ไม่ใช่ฝ่ายหญิงหรือเด็กเป็นฝ่ายถูกฟ้อง ดังจะเห็นได้จากคำว่า “ขอให้รับเด็กเป็นบุตร” ซึ่งเป็นการฟ้องบังคับให้ชายจำต้องรับเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย ไม่ได้ใช้ถ้อยบัญญัติว่า “ขอให้เด็กเป็นบุตร” อันจะตีความไปได้ว่า ฝ่ายชายมีสิทธิเป็นโจทก์ฟ้องเพื่อให้ศาลประกาศว่าเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของตน

อนึ่ง ถ้าพิจารณาข้อเท็จจริงตาม 7 อนุมาตราในมาตราเดียวกันนี้แล้วจะเห็นว่า ข้อเท็จจริงในอนุมาตรา (1) และ (2) ล้วนแต่เป็นข้อหาทางอาญาแก่ฝ่ายชายที่ได้ข่มขืน ลักพาหญิงไปเพื่อร่วมประเวณีจึงเป็นอนุมาตราที่แสดงให้เห็นว่าฝ่ายชายเป็นจำเลย ส่วนอนุมาตราอื่น เช่น การแจ้งการเกิดของบุตรหรือการอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา มีลักษณะที่ชายหรือหญิงอาจจะเป็นผู้ลงมือกระทำ ไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นฝ่ายชายหรือหญิงเท่านั้น ดังนั้นการตั้งคำถามกับผู้ที่จะมาเป็นโจทก์ในมาตรานี้จึงมีน้ำหนักอยู่

ท้ายที่สุด ผู้เขียนเห็นด้วยกับผลของคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ในประเด็นที่ว่า ไม่ควรจะให้มีการฟ้องขอให้บุตรที่ตายไปแล้วเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากความต้องการในการรับเด็กใดเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายควรจะเป็นเรื่องที่ชายนั้นต้องการทำหน้าที่ในฐานะบิดา เช่น อุปการะเลี้ยงดู ให้การศึกษา ดูแลรักษาพยาบาล บุตรผู้เยาว์จนบรรลุนิติภาวะ การที่เด็กถึงแก่กรรมไปแล้วเท่ากับสิ้นสภาพบุคคล จึงมองไม่เห็นเหตุผลว่าจะไปรับรองเอาสิ่งที่ไม่มีความเป็นบุตรของตน ยังมีประเด็นมุ่งไปในเรื่องต้องการมีฐานะเป็นทายาทโดยธรรม (ลำดับ 2 บิดามารดา ตามมาตรา 1629) เพื่อรับมรดกของบุตรที่ตายไป ยิ่งทำให้เห็นเจตนาว่ามุ่งจะเอาประโยชน์ทางทรัพย์สินจากบุตรที่ตนเองไม่เคยรับผิดชอบในขณะที่เขายังมีชีวิตอยู่ ตรงกันข้ามกับการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรตามมาตรา 1556 ซึ่งในกรณีที่เด็กตายในระหว่างที่เด็กนั้นยังมีสิทธิฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรอยู่ ผู้สืบสันดาน

ของเด็กจะฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรก็ได้ ที่เป็นเช่นนี้ก็เพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ในทางมรดกของเด็ก (เจ้ามรดก) ที่ตายไปกับผู้สืบสันดาน (ทายาทโดยธรรม) นั่นเอง การคุ้มครองของกฎหมายจึงมีเจตนากปกป้องผลประโยชน์ในทางทรัพย์สินของฝ่ายเด็กเป็นที่ตั้ง หากได้ต้องการรับรองประโยชน์ของฝ่ายชายบิดาที่ต้องการสถานะโดยอาศัยศาลเป็นเครื่องมือเพื่อรับมรดกของเด็กที่ตายไปก่อนตนไม่ ทั้งๆ ที่ตนเองสามารถทำให้เด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายได้ในขณะที่เด็กยังมีชีวิตอยู่โดยการจดทะเบียนสมรสกับแม่เด็ก จดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรตามวิธีการที่กำหนดไว้ในมาตรา 1547 แต่พ่อเด็กตายก็ลุกขึ้นมาฟ้องศาล เพื่อให้ได้รับมรดกจากเด็ก นับว่าเป็นการไม่สมควรอย่างยิ่งสำหรับชายที่เป็นบิดา

บทแนะนำวิทยานิพนธ์
“ผู้มีสิทธิร้องขอให้บังคับคดี”
“Person Entitled to Request for Execution”

จุฑาพร ชัยเดชสุริยะ
Jutaporn Chaidejsuriya

อาจารย์ประจำ
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330
Full-time Lecturer
Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok, 10330

Corresponding author E-mail: jutaporn.c@chula.ac.th

(Received and Accepted: February 21, 2019)

บทแนะนำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ขอแนะนำวิทยานิพนธ์จากหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีการศึกษา 2560 หัวข้อ “ผู้มีสิทธิร้องขอให้บังคับคดี” ของ นางสาวสุจรรยา สุจริตศรีชัยกุล ซึ่งเป็นวิทยานิพนธ์ที่ได้รับการประเมินในระดับ “ดีมาก”

โดยที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 271 ได้บัญญัติไว้โดยแจ้งชัดว่า ผู้มีสิทธิร้องขอให้บังคับคดีต้องเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาหรือผู้ที่ชนะคดีเท่านั้น แต่มีแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาศาลฎีกาที่รับรองให้บุคคลอื่นที่แม้จะไม่ใช่คู่ความหรือบุคคลซึ่งเป็นฝ่ายชนะ (เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา) สามารถเข้ามาใช้สิทธิร้องขอให้บังคับคดีได้ในบางกรณี ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 956/2557 ซึ่งได้วินิจฉัยขยายความคำว่าเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาไว้ว่า กรณีศาลพิพากษาให้จำเลยแบ่งแยกที่ดินอันเป็นกรรมสิทธิ์รวมให้โจทก์ ถือว่าโจทก์และจำเลยมีฐานะเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ตามคำพิพากษาซึ่งกันและกัน เมื่อโจทก์เพิกเฉย จำเลยที่แม้ไม่ใช่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาก็มีสิทธิร้องขอให้ออกคำบังคับให้โจทก์ปฏิบัติตามคำพิพากษาได้ นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7795/2546 วินิจฉัยว่า สิทธิในการบังคับคดีนั้นไม่ใช่สิทธิเฉพาะตัวจึงตกทอดแก่ทายาทได้ ทายาทของเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาซึ่งถึงแก่ความตายย่อมมีสิทธิบังคับคดีได้ ซึ่งคำพิพากษาศาลฎีกาทั้งสองฉบับดังกล่าว เป็นกรณีที่ศาลฎีกาได้วางหลักของคำว่าเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาให้กว้างขึ้นและเป็นการสอดคล้องกับกฎหมายสารบัญญัติ อย่างไรก็ดี นอกจากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวข้างต้นแล้ว ก็มีคำพิพากษาศาลฎีกาอีกหลายฉบับที่ไม่รับรองสิทธิของผู้ที่ไม่ใช่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาในอันที่จะร้องขอให้บังคับคดีได้ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10737-10738/2557 ที่วินิจฉัยว่า ผู้เข้าสวมสิทธิเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาแทนโจทก์ แม้จะเป็นผู้รับโอนสิทธิและหน้าที่ตามคำพิพากษามาจากโจทก์ก็ไม่อาจร้องขอให้บังคับคดีได้ โดยศาลฎีกาให้เหตุผลว่าต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้เข้าสวมสิทธิแทนได้

ซึ่งคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 11401/2555 12107/2555 และ 2959/2555 ก็วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน นอกจากนี้ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2562/2550 ก็ได้วินิจฉัยวางหลักของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 271 ไว้ว่า บทบัญญัติในมาตรานี้ บัญญัติให้บุคคลซึ่งเป็นฝ่ายชนะคดีเท่านั้นที่จะร้องขอให้บังคับคดีตามคำพิพากษา หรือคำสั่ง ซึ่งเจ้านี้ของผู้ชนะคดีหรือเจ้านี้ของเจ้านี้ตามคำพิพากษา จะอ้างการใช้สิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 233 เพื่อสวมสิทธิบังคับคดีแทนผู้ชนะคดีไม่ได้ เพราะการใช้สิทธิ เรียกร้องของลูกหนี้หมายถึงการใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลโดยที่เจ้านี้เป็นโจทก์ฟ้องแทนลูกหนี้ มิใช่การเข้าสวมสิทธิ ในการบังคับคดีแทนลูกหนี้ นอกจากนี้ บุคคลภายนอกผู้ได้รับประโยชน์ตามสัญญาประนีประนอมยอมความ ซึ่งศาลพิพากษายอมยกก็มิใช่ผู้ชนะคดีตามความหมายของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 271 ซึ่งคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3137/2549 7567/2547 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 269/2508 ได้วินิจฉัยในแนวเดียวกันนี้ มาตลอด

จากแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ได้ตีความคำว่าเจ้านี้ตามคำพิพากษาอย่างแคบ ส่งผลให้บุคคลที่แม้ จะมีส่วนได้เสียในคำพิพากษาของศาลแต่ไม่ได้เป็นเจ้านี้ตามคำพิพากษาจำต้องไปฟ้องว่ากล่าวเป็นคดีใหม่ ซึ่งทำให้ เสียเวลาและเสียค่าใช้จ่าย ทั้งๆที่หากมีการรับรองซึ่งสิทธิในการร้องขอให้บังคับคดีก็มิได้ก่อให้เกิดความยุ่งยาก และสลับซับซ้อนในการบังคับตามสิทธิเพิ่มขึ้นแต่ประการใด

วิทยานิพนธ์เล่มนี้ได้มีการเสนอให้มีการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 271 ให้บุคคลที่มีสิทธิได้รับชำระหนี้ตามคำพิพากษามาตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดไว้สามารถ เข้ามาใช้สิทธิร้องขอให้บังคับคดีได้ ดังนั้น หากข้อเสนอแนะของวิทยานิพนธ์เล่มนี้ได้รับการสนองตอบ ก็จะเป็น คุณูปการให้บุคคลที่มีสิทธิได้รับชำระหนี้ตามคำพิพากษามาตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดไว้ สามารถใช้สิทธิ ร้องขอให้บังคับคดีได้ ซึ่งจะช่วยให้ประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายเป็นอย่างมาก

ดังนั้น วิทยานิพนธ์เล่มนี้จึงมีเนื้อหาที่มีคุณค่าที่จะเป็นการพัฒนาการตีความกฎหมายหรือพัฒนาบทบัญญัติ ของกฎหมายให้เกิดความคล่องตัวในการปฏิบัติ จึงได้รับการประเมินในระดับดีมาก

เกี่ยวกับวารสารกฎหมาย

วัตถุประสงค์

วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เป็นวารสารวิชาการสาขาวิชานิติศาสตร์ มีเป้าหมายและขอบเขตเพื่อตีพิมพ์บทความวิชาการและบทความวิจัยในสาขานิติศาสตร์ที่มีเนื้อหาที่น่าสนใจ ทันสมัย ริเริ่มสร้างสรรค์ และมีข้อเสนอที่เป็นประโยชน์ต่อการวิชาการสาขาวิชานิติศาสตร์และต่อสังคมในวงกว้าง

กำหนดการพิมพ์

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มีกำหนดการตีพิมพ์ปีละ 2 ฉบับ ดังนี้

ฉบับที่ 1 เดือนมีนาคม

ฉบับที่ 2 เดือนกันยายน

ลักษณะผลงานที่ตีพิมพ์

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย จะพิจารณาตีพิมพ์ผลงานที่มีลักษณะดังต่อไปนี้

- 1) **บทความวิจัย** หมายถึง บทความที่มีฐานมาจากการวิจัยสาขานิติศาสตร์ และแสดงข้อค้นพบจากงานวิจัยนั้นอย่างเป็นระบบ ทั้งนี้ บทความวิจัยควรประกอบด้วย ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา วัตถุประสงค์ สมมติฐานของงานวิจัย (ถ้ามี) ขอบเขตที่ครอบคลุมในการวิจัย ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ เอกสารและงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง วิธีดำเนินการวิจัย (เช่น ข้อมูลประชากร กลุ่มตัวอย่าง การสุ่มตัวอย่าง เครื่องมือการวิจัย การเก็บรวบรวมข้อมูล และการวิเคราะห์ข้อมูล เป็นต้น) ผลการวิจัย (สรุปผลการวิจัย อภิปรายผลและข้อเสนอแนะ)
- 2) **บทความวิชาการ** หมายถึง บทความที่นำเสนอข้อมูลใหม่ๆ ในสาขานิติศาสตร์ และแสดงการวิเคราะห์หรือวิจารณ์ข้อมูลนั้นทั้งในเชิงทฤษฎี นิตินโยบาย หรือทางปฏิบัติ และให้ข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์ต่อการวิชาการสาขาวิชานิติศาสตร์และต่อสังคมในวงกว้าง ทั้งนี้ บทความวิชาการควรประกอบด้วย ความนำ เนื้อเรื่อง ซึ่งแบ่งเป็นประเด็นหลัก ประเด็นรอง ประเด็นย่อย และบทสรุป
- 3) **บทวิจารณ์คำพิพากษาศาลฎีกา** หมายถึง งานเขียนวิเคราะห์คำพิพากษาของศาล
- 4) **บทแนะนำวิทยานิพนธ์** หมายถึง งานเขียนแนะนำวิทยานิพนธ์ที่กองบรรณาธิการเห็นว่ามีความน่าสนใจและเป็นประโยชน์ต่อผู้อ่าน
- 5) **บทแนะนำหนังสือ** หมายถึง งานเขียนแนะนำหนังสือหรือตำราที่กองบรรณาธิการเห็นว่ามีความน่าสนใจและเป็นประโยชน์ต่อผู้อ่าน
- 6) **บทความอื่นๆ** หมายถึง งานลักษณะอื่น นอกจาก 1) ถึง 5) ที่มีคุณค่าทางวิชาการซึ่งเกี่ยวข้องกับสาขานิติศาสตร์ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของกองบรรณาธิการ

คำแนะนำสำหรับผู้เขียน

การเสนอผลงานเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ให้ระบุรายละเอียดและดำเนินการตามรูปแบบ ดังต่อไปนี้

1. ผู้เขียนต้องระบุข้อมูลดังต่อไปนี้
 - 1) ชื่อผลงาน ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ที่กระชับ ครบคลุม และสื่อถึงเนื้อหาสาระของผลงานอย่างชัดเจน
 - 2) ชื่อ-สกุลของผู้เขียน ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
 - 3) ตำแหน่งทางวิชาการของผู้เขียน (ถ้ามี) ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
 - 4) อีเมลของผู้เขียน โดยผู้เขียนอาจเลือกใช้อีเมลส่วนตัวหรืออีเมลของหน่วยงานต้นสังกัดได้
 - 5) ชื่อและที่อยู่ของหน่วยงานหรือสถาบันที่ผู้เขียนสังกัด ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
 - 6) บทคัดย่อ ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ โดยมีความยาวอย่างละไม่เกิน 800 คำ
 - 7) คำสำคัญ ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
2. ผู้เขียนต้องจัดรูปแบบผลงานให้มีลักษณะดังต่อไปนี้
 - 1) พิมพ์ด้วยโปรแกรม Microsoft Word โดยบันทึกเป็นสกุล .doc หรือ .docx
 - 2) ตั้งค่าขนาดหน้ากระดาษที่ A4 (21 x 29.4 เซนติเมตร) หน้าเดียว
 - 3) กั้นหน้ากระดาษบน-ล่าง อย่างละ 1 นิ้ว (2.54 เซนติเมตร) และซ้าย-ขวา อย่างละ 1.1 นิ้ว (2.8 เซนติเมตร)
 - 4) ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK หรือ TH Sarabun New ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์ สำหรับเนื้อหา และขนาดตัวอักษร 12.5 พอยต์ สำหรับเชิงอรรถ
 - 5) ใช้ระยะห่างระหว่างบรรทัด 1 เท่า (single space)
3. ผู้เขียนต้องใช้รูปแบบการอ้างอิงตามแบบเชิงอรรถของการเขียนวิทยานิพนธ์และสารนิพนธ์ของคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย โดยสามารถศึกษาเพิ่มเติมได้ที่ <https://www.grad.chula.ac.th/download/thesis.pdf>
4. ผู้เขียนควรตรวจสอบความถูกต้องของการสะกดคำ ไวยากรณ์ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ และความสม่ำเสมอของการใช้คำที่ทับศัพท์มาจากภาษาอังกฤษทั้งผลงาน
5. เนื้อหาของผลงานรวมเชิงอรรถไม่ควรเกิน 30 หน้า ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของกองบรรณาธิการ

ขั้นตอนการส่งผลงานพิจารณาตีพิมพ์

การรับและพิจารณาผลงานเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย จะดำเนินการตามขั้นตอนดังต่อไปนี้

1. ผู้เขียนตกลง ยอมรับ และรับประกันว่า
 - 1) ผลงานที่จะได้รับการพิจารณาเพื่อตีพิมพ์ เป็นผลงานใหม่ และต้องไม่ได้รับการตีพิมพ์หรือเผยแพร่จากที่ไหนมาก่อน

- 2) การพิจารณาผลงานที่จะได้รับการตีพิมพ์เป็นสิทธิของกองบรรณาธิการ โดยที่กองบรรณาธิการจะไม่รับผิดชอบในเนื้อหาหรือความถูกต้องของผลงาน
 - 3) ความเห็นใดๆ ที่ปรากฏในผลงานของผู้เขียนเป็นของผู้เขียนโดยเฉพาะ และกองบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นด้วย
2. ผู้เขียนสามารถส่งผลงานมาได้ที่ระบบการส่งบทความออนไลน์ของวารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ที่ <https://www.tci-thaijo.org/index.php/lawchulajournal/about/submissions>
 3. เมื่อผู้เขียนส่งบทความมายังกองบรรณาธิการเพื่อรับการพิจารณาผลงานตามช่องทางที่กำหนดแล้ว กองบรรณาธิการจะดำเนินการพิจารณาผลงานของผู้เขียนในขั้นต้น และแจ้งผลการพิจารณาในขั้นต้นให้ผู้เขียนทราบโดยไม่ชักช้า
 - 1) หากกองบรรณาธิการมีความเห็นว่าควรรับผลงานของผู้เขียนไว้พิจารณา ผลงานจะได้รับการพิจารณาในขั้นตอนต่อไป
 - 2) หากกองบรรณาธิการมีความเห็นว่าไม่ควรรับผลงานของผู้เขียนไว้พิจารณา ผลงานจะไม่ได้รับการพิจารณาตีพิมพ์
 4. เมื่อกองบรรณาธิการมีความเห็นว่าควรรับผลงานของผู้เขียนไว้พิจารณา กองบรรณาธิการจะพิจารณาสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิที่ตรงตามสาขาวิชา และส่งผลงานให้ผู้ทรงคุณวุฒิเพื่อประเมินผลงาน
 5. เมื่อผู้ทรงคุณวุฒิประเมินผลงานของผู้เขียนเสร็จ ผู้ทรงคุณวุฒิจะระบุความเห็นเกี่ยวกับคุณภาพของผลงาน อาทิ ข้อผิดพลาดทางวิชาการ การใช้ภาษา ความครอบคลุมของเนื้อหา คุณภาพทางวิชาการ ความชัดเจนในการนำเสนอ ความสำคัญในสาขาวิชา และแจ้งผลการประเมินโดยแบ่งเป็น 3 ระดับดังต่อไปนี้
 - 1) เห็นสมควรให้ตีพิมพ์โดยไม่มีการแก้ไข
 - 2) เห็นสมควรให้แก้ไข และเมื่อแก้ไขแล้ว ให้บรรณาธิการพิจารณาได้ทันทีหรือให้ส่งกลับมาที่ผู้ทรงคุณวุฒิเพื่อพิจารณาอีกครั้ง
 - 3) เห็นสมควรปฏิเสธการพิมพ์
 6. กองบรรณาธิการจะแจ้งผลการประเมินโดยผู้ทรงคุณวุฒิให้ทราบโดยไม่ชักช้า ตามแต่กรณีดังนี้
 - 1) กรณีผลงานได้รับการประเมิน “เห็นสมควรให้ตีพิมพ์โดยไม่มีการแก้ไข” ผลงานจะได้รับการพิจารณาในขั้นตอนต่อไป
 - 2) กรณีผลงานได้รับการประเมิน “เห็นสมควรให้แก้ไข และเมื่อแก้ไขแล้ว ให้บรรณาธิการพิจารณาได้ทันทีหรือให้ส่งกลับมาที่ผู้ทรงคุณวุฒิเพื่อพิจารณาอีกครั้ง” เมื่อผู้เขียนได้แก้ไขตามคำแนะนำของผู้ทรงคุณวุฒิ และบรรณาธิการหรือผู้ทรงคุณวุฒิ (แล้วแต่กรณี) เห็นสมควรให้ตีพิมพ์ได้ ผลงานจะได้รับการพิจารณาในขั้นตอนต่อไป
 - 3) กรณีผลงานได้รับการประเมิน “เห็นสมควรปฏิเสธการพิมพ์” ผลงานจะไม่ได้รับการพิจารณาตีพิมพ์

7. หลังจากได้รับผลการประเมินจากผู้ทรงคุณวุฒิ กองบรรณาธิการพิจารณาตีพิมพ์ผลงานของผู้เขียนอีกครั้ง โดยกองบรรณาธิการสงวนสิทธิในการตรวจ แก้ไข ขอข้อมูลเพิ่มเติมจากผู้เขียน และจัดรูปแบบผลงานก่อนการตีพิมพ์ เพื่อให้เป็นไปตามรูปแบบผลงานและรายละเอียดที่วารสารฯ กำหนด ทั้งนี้ กองบรรณาธิการอาจส่งผลงานคืนไปให้ผู้เขียนเพื่อแก้ไขปรับปรุงเพิ่มเติมได้ แล้วแต่กรณี
8. กองบรรณาธิการจะตีพิมพ์ผลงานของผู้เขียนที่ได้รับผลการประเมินให้ตีพิมพ์ และได้จัดรูปแบบผลงานให้เป็นไปตามที่วารสารฯ กำหนดเรียบร้อยแล้ว โดยกองบรรณาธิการสงวนสิทธิในการพิจารณาจัดลำดับผลงานเพื่อตีพิมพ์ในวารสารฯ ในโอกาสอันควรต่อไป

About the Journal

Aim and Scope

Chulalongkorn Law Journal is an academic journal of Faculty of Law, Chulalongkorn University which publishes scholarly works within the scope of or relating to law. The aim is to disseminate academic articles and research articles that fall within the scope of the journal whose contents are, in the view of the editorial board, interesting, timely, creative, as well as containing recommendations which are useful for legal academia and the general public.

Publication Period

Chulalongkorn Law Journal is published twice a year.

Issue 1 March

Issue 2 September

Submission Categories

Chulalongkorn Law Journal welcomes submissions of manuscripts which fall within the following categories:

- 1) **Research articles** must be based on legal research and illustrate one or more of the findings from such research in a systematic manner. Research articles should contain introduction, illustration of the importance of the issue, research objective, hypothesis (if applicable), research scope, expected contributions, related research or literatures, research methodology (such as population, sample, data collection, data analysis), research findings, conclusion and recommendations.
- 2) **Academic articles** must illustrate new information in the scope of or relating to law and provide analysis or critique of such information from theoretical, policy-oriented or practical perspectives, as well as providing recommendations that are useful for legal academia and the general public. Academic articles should contain introduction and contents, which are divided into main issues, subordinate issues and conclusion.
- 3) **Case comment** is a commentary piece that analyzes or criticizes a certain court decision.
- 4) **Recommended thesis** is a commentary piece that recommends a master or doctoral thesis, which are, in the view of the editorial board, interesting and useful for readers.

- 5) **Book review** is a commentary piece that recommends a book or a textbook, which are, in the view of the editorial board, interesting and useful for readers.
- 6) **Other articles**, are other scholarly works in addition to 1) to 5), which, in the view of the editorial board, illustrate useful contribution to the legal academia.

Submission Guidelines

Manuscripts submitted for consideration to be published by Chulalongkorn Law Journal must comply with the following requirements:

1. Authors must provide the following information:
 - 1) Title of the manuscript, both in Thai and in English, which is concise, comprehensive and clearly represents the content of the manuscript.
 - 2) Author's name, both in Thai and in English.
 - 3) Author's academic title (if applicable), both in Thai and in English.
 - 4) Author's email, which can be either a personal account or an account belonging to author's affiliation or employer.
 - 5) Name and address of author's affiliation or employer, both in Thai and in English.
 - 6) Abstracts, both in Thai and in English, which do not exceed 800 words each.
 - 7) Keywords, both in Thai and in English.
2. Authors must format the manuscript in the following requirements:
 - 1) Use Microsoft Word Processing Program and save in .doc or .docx format.
 - 2) Typewritten on A4 size (21 x 29.4 centimeters) on one side.
 - 3) Use top and bottom margin at 1 inch (2.54 centimeters) and left and right margin at 1.1 inch (2.8 centimeters).
 - 4) Use TH SarabunPSK or TH Sarabun New fonts with font size at 16 points for content and 12.5 points for footnote.
 - 5) Use single spacing.
3. Authors must use citation format style used for writing dissertations or thesis at Faculty of Law, Chulalongkorn University. For more information, please visit <https://www.grad.chula.ac.th/download/thesis.pdf>
4. Authors should ensure that all errors relating to spelling, Thai and English grammar, and inconsistency of using transliteration of English words be corrected throughout the manuscript.
5. Content and footnote of each manuscript should not exceed 30 pages, or under the sole discretion of the editorial board.

Submission and Review Process

The Editorial Board of Chulalongkorn Law Journal will utilize the following procedure in receiving and reviewing the submitted manuscripts:

1. Authors agree, accept, and warrant that:
 - 1) The submitted manuscript is original and neither has it been published nor made available in any form elsewhere before.
 - 2) The Editorial Board reserves the right to evaluate the submitted manuscript and is not responsible for its contents nor accuracy.
 - 3) Any opinions included in manuscripts belong exclusively to authors, and the Editorial Board does not have to agree.
2. Authors can submit their manuscripts to the Online Submission System of Chulalongkorn Law Journal at
<https://www.tci-thaijo.org/index.php/lawchulajournal/about/submissions>
3. After the authors have submitted the manuscripts through the prescribed channels, the Editorial Board will process the manuscripts for initial screening and inform the authors of the decision without delay.
 - 1) The manuscripts that pass the initial screening will proceed to the following stage.
 - 2) The manuscripts that are rejected in the initial screening will not be considered for publication.
4. The Editorial Board will assign referees who are experts in the relevant field identified in the manuscripts and send the manuscripts to the referees to review.
5. Having reviewed the manuscripts, the referees will provide expert opinions on the quality of the manuscripts, such as academic errors, use of language, content comprehensiveness, academic quality, clarity, importance to the relevant academic field, and classify the decision into one of the followings:
 - 1) Accepted for publication without any revision.
 - 2) Revision is mandatory, and the revised manuscripts shall be sent to the Editor-in-Chief to consider or returned to the referees for further review.
 - 3) Not accepted for publication.

6. The Editorial Board will, without delay, inform the authors of one of the following decisions.
 - 1) If the manuscripts are “accepted for publication without any revision”, they will be eligible to proceed to the following stage.
 - 2) If the manuscripts are noted as “revision is mandatory, and the revised manuscripts shall be sent to the Editor-in-Chief to consider or returned to the referees for further review”, they will only be eligible to proceed to the following stage after the authors have revised them, and the Editor-in-Chief or the referees (as the case may be) have so agreed.
 - 3) If the manuscripts are “not accepted for publication”, they will not be considered for publication.
7. After receiving the evaluation from the referees, the Editorial Board will perform a final check of the manuscripts before proceeding to printing. The Editorial Board reserves the right to check, revise, request for additional information, and perform formatting in accordance with the prescribed style. The Editorial Board may request the author to perform additional revision if necessary.
8. The Editorial Board will publish the manuscripts that have been evaluated as “accepted for publication without any revision” or that, in the case of having been evaluated as “revision is mandatory, and the revised manuscripts shall be sent to the Editor-in-Chief to consider or returned to the referees for further review”, have been revised satisfactorily, and have been formatted in accordance with the prescribed style. The Editorial Board reserves the right to determine the order of publication in the appropriate occasion.

**ใบสมัคร/ต่ออายุสมาชิกวารสารกฎหมาย
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย**

ชื่อ-สกุล (ส่วนตัว).....
(บริษัท/หน่วยงาน).....
ที่อยู่.....
.....

โทรศัพท์..... โทรสาร

มีความประสงค์จะสมัคร/ต่ออายุสมาชิกวารสารกฎหมายปีที่ เป็นเวลา

- ☐ 1 ปี จำนวนชุด
☐ ปี จำนวนชุด

ทั้งนี้ ได้ชำระค่าสมาชิกโดย

- ☐ เงินสด
☐ ไปรษณีย์ธนาคัตติ สั่งจ่าย “**ปณ. จุฬาลงกรณ์ฯ 10332**” ในนาม “**ผู้จัดการ**

วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย”

- ☐ ตัวแลกเงิน (ตราฟต์) สั่งจ่าย “**คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย**”
จำนวนเงิน.....บาท (.....)
(กำหนดออกปีละ 2 ฉบับ (ตั้งแต่ปีที่ 30 เป็นต้นไป) อัตราค่าสมาชิกปีละ
500 บาท รวมค่าจัดส่งทางไปรษณีย์)

ลงชื่อ.....
(.....)
...../...../.....

จำหน้มาถึง

ผู้จัดการวารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท
เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330



หากท่านมีข้อสงสัยประการใด โปรดติดต่อสอบถามได้ที่
วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
โทร. 02-2182017 ต่อ 302 (คุณกันนิกา รสรีน)
โทรสาร. 02-2182018

สำหรับ

ผู้สำเร็จปริญญาตรีนิติศาสตร์

หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

สำหรับนิสิตศาสตรบัณฑิตเพื่อศึกษาต่อยอดตามหมวดวิชาที่สนใจ ได้แก่ กฎหมายเอกชนและธุรกิจ กฎหมายอาญา และกระบวนการยุติธรรมทางอาญา กฎหมายมหาชน และกฎหมายระหว่างประเทศ

หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชากฎหมายการเงินและภาษีอากร

สำหรับนิสิตศาสตรบัณฑิตที่ต้องการความเชี่ยวชาญเฉพาะทางกฎหมายการเงิน หลักทรัพย์ หรือภาษีอากร

LL.M. (Business Law)

International Program

สำหรับนิสิตศาสตรบัณฑิตที่ต้องการศึกษากฎหมายธุรกิจ เป็นภาษาอังกฤษกับอาจารย์ผู้เชี่ยวชาญจากหลากหลายประเทศ โดยไม่จำเป็นต้องเดินทางไปศึกษาต่อที่ต่างประเทศ

สำหรับ

ผู้สำเร็จปริญญาโทนิติศาสตร์

หลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต

สำหรับนิสิตศาสตรมหาบัณฑิตที่สนใจศึกษาวิจัยประเด็นปัญหาทางนิติศาสตร์ในเชิงลึก

สมัคร Online ได้ที่
www.law.chula.ac.th



FACULTY OF LAW
CHULALONGKORN UNIVERSITY

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

เปิดรับสมัคร

ผู้สนใจเข้าศึกษาในระดับ
ปริญญาบัณฑิตและบัณฑิตศึกษา

สำหรับ

ผู้สำเร็จปริญญาตรีทุกสาขา

หลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต

ภาคบัณฑิต (นอกเวลาราชการ)

สำหรับผู้จบปริญญาตรีสาขาใดก็ได้
(ยกเว้นปริญญานิติศาสตรบัณฑิตในประเทศ)
หลักสูตร 3 ปี

หลักสูตรศิลปศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชากฎหมายเศรษฐกิจ

สำหรับผู้จบปริญญาตรีสาขาใดๆ ก็ได้ เหมาะสำหรับผู้ประกอบการอาชีพ หรือ ประสงค์จะประกอบการด้านเศรษฐกิจ การพาณิชย์ และภาษีอากร

สอบถามรายละเอียดเพิ่มเติมได้ที่

[Facebook.com/LawChula](https://www.facebook.com/LawChula)

0-2218-2017

Line : @LawChula



