

CHULALONGKORN LAW JOURNAL

วารสารกฎหมาย

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีที่ 38 ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2563)

คณะที่ปรึกษา

ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ	ศาสตราจารย์ ดร.ไพฑูริย์ เอกเจริญกร
ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.วิชิต เครืองาม	ศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์ ใจหาญ
ศาสตราจารย์กิตติคุณวิทิต มั่นตาภรณ์	รองศาสตราจารย์ธิตินันท์ เชื้อบุญชัย
ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.สุรเกียรติ์ เสถียรไทย	รองศาสตราจารย์พิเศษ เสตเสถียร
ศาสตราจารย์พิเศษประสิทธิ์ ไขว้ไกรกุล	คณบดีคณะนิติศาสตร์
ศาสตราจารย์ ดร.จตุรนต์ ธีระวัฒน์	(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)

บรรณาธิการ

อาจารย์ ดร.ภาวัฒน์ สัตยานุรักษ์	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
---------------------------------	---

รองบรรณาธิการ

อาจารย์ ดร.วรพล มาลสุขุม	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
--------------------------	---

กองบรรณาธิการ

ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ	รองอธิการบดีมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศุภศิษฐ์ ทวีแจ่มทรัพย์	ฝ่ายกฎหมายและบริหารศูนย์ลำปาง
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วริยา ล้ำเลิศ	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์
ดร.เพ็ญวิภา ลอยกุลนันท์	จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์
	สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
	ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นประจำกองผู้ช่วยผู้พิพากษาศาลฎีกา

ผู้จัดการ

อาจารย์ศิริธัช ศิริชุมแสง	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
---------------------------	---

กองจัดการ

กันนิกา รสรื่น	สุพิชา จินฉนวนโส
วรลักษณ์ ทองใบ	

คณะทำงานนิสิตฝ่ายบริหารจัดการการตีพิมพ์

นรภัทร นาควิจิตร

ปาริชาติ ดวงแก้ว

พิมพ์สุรางค์ ชนนทรลีลา

ปณิดา พรหมทรา

กุลพีร่า ตี๋คะกุล

ศศิวิมล ยอดสุทธิ

สิทธิกานต์ ธีระวัฒนชัย

อารีญา เพ็ชรประไพ

Chulalongkorn Law Journal
Volume 38 Issue 1 (March 2020)

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. Voraphol MALSUKHUM	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

Lecturer Siratach SIRICHUMSANG

Lecturer, Faculty of Law
Chulalongkorn University

Management Team

Gunniga ROSRUNE

Supicha CHINNAVASO

Publishing Management Student Committee

Norrapat NAKWIJIT

Kunteera TEEKAKUL

Parichad DUANGKAEW

Sasiwimol YODSUTTI

Panida PORNPATTRA

Sittikarn TEERAWATTANACHAI

Pimsurang CHANINTARALEELA

Areeya PECHPRAPAI

วัตถุประสงค์

“วารสารกฎหมาย” เป็นวารสารทางวิชาการด้านนิติศาสตร์ จัดพิมพ์โดย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มีเป้าหมายและขอบเขตเพื่อเผยแพร่ความรู้ทางวิชาการด้านนิติศาสตร์หรือความรู้ที่เกี่ยวข้องกับนิติศาสตร์ที่มีเนื้อหาที่น่าสนใจ ทันสมัย ริเริ่มสร้างสรรค์ และมีข้อเสนอที่เป็นประโยชน์ต่อวงการวิชาการด้านนิติศาสตร์และต่อสังคม

กำหนดการพิมพ์

วารสารกฎหมาย มีกำหนดการตีพิมพ์ปีละ 2 ฉบับ ดังนี้

ฉบับที่ 1 เดือนมีนาคม

ฉบับที่ 2 เดือนกันยายน

ประเภทของผลงานทางวิชาการที่รับตีพิมพ์

วารสารกฎหมาย จะพิจารณารับตีพิมพ์ผลงานที่มีลักษณะดังต่อไปนี้

- บทความวิชาการ** หมายถึง บทความที่นำเสนอข้อมูลใหม่ ๆ ในสาขานิติศาสตร์ และแสดงการวิเคราะห์หรือวิจารณ์ข้อมูลนั้นทั้งในเชิงทฤษฎี นิตินโยบาย หรือทางปฏิบัติ และให้ข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์ต่อวงการวิชาการสาขาวิชานิติศาสตร์และต่อสังคมในวงกว้าง ทั้งนี้ บทความวิชาการควรประกอบด้วย ความนำ เนื้อเรื่อง ซึ่งแบ่งเป็นประเด็นหลัก ประเด็นรอง ประเด็นย่อย และบทสรุป
- 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)
- บทวิเคราะห์คำพิพากษา** หมายถึง งานเขียนวิเคราะห์คำพิพากษาของศาล
- บทแนะนำวิทยานิพนธ์** หมายถึง งานเขียนแนะนำวิทยานิพนธ์ทางนิติศาสตร์
- บทวิจารณ์หนังสือ** หมายถึง งานเขียนแนะนำหนังสือหรือตำราทางนิติศาสตร์

บทความหรือความคิดเห็นใด ๆ ที่ปรากฏใน “วารสารกฎหมาย” เป็นวรรณกรรมและความรับผิดชอบของผู้เขียน โดยเฉพาะ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย บรรณาธิการ และกองบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วยหรือร่วมรับผิดชอบใด ๆ

ภาษาที่รับตีพิมพ์

วารสารกฎหมาย รับตีพิมพ์ผลงานที่เขียนเป็นภาษาไทย และ/หรือ ภาษาอังกฤษ

ลักษณะการประเมินบทความ

บทความวิชาการและบทความวิจัยทุกชิ้นจะต้องผ่านการประเมินโดยผู้ทรงคุณวุฒิอย่างน้อย 2 ท่าน ที่กองบรรณาธิการพิจารณาคัดเลือกแล้วเห็นว่าเป็นผู้ทรงคุณวุฒิที่มีความเชี่ยวชาญตรงตามสาขาวิชาของเนื้อหาที่นำเสนอในบทความ และการประเมินดังกล่าวเป็นการประเมินลับทั้งสองทาง (Double-blinded peer review)

การเผยแพร่วารสาร

วารสารกฎหมายเผยแพร่วารสารในรูปแบบดังต่อไปนี้

- 1) การเผยแพร่ในรูปแบบตัวเล่ม สำหรับวารสารที่ออกตั้งแต่ปี 1 จนถึงปัจจุบัน ผู้ที่สนใจสามารถเข้าถึงวารสารได้จาก ศูนย์ “เพชรรัตน” นิติทรัพยากร (ห้องสมุดคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย) หรือสั่งซื้อได้ที่ งานวารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ทั้งในรูปแบบการบอกรับเป็นสมาชิกรายปีหรือสั่งซื้อรายเล่ม
- 2) การเผยแพร่ในรูปแบบออนไลน์ เป็นการเผยแพร่เฉพาะบทความของผลงานที่ได้รับการตีพิมพ์ สำหรับวารสารที่ออกตั้งแต่ปี 36 ฉบับที่ 2 จนถึงปัจจุบัน ผู้สนใจสามารถเข้าถึงบทความได้จากเว็บไซต์วารสารกฎหมาย ทั้งนี้ วารสารกฎหมายกำลังอยู่ในกระบวนการรวบรวมวารสารที่ออกตั้งแต่ปีที่ 1 ถึงปีที่ 36 เพื่อนำมาเผยแพร่วารสารฉบับเต็มในรูปแบบออนไลน์ต่อไป

แหล่งสนับสนุนการจัดทำวารสาร

วารสารกฎหมาย ได้รับการสนับสนุนการจัดพิมพ์จากคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

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 Frequency

Chulalongkorn Law Journal is published twice a year.

Issue 1 March

Issue 2 September

Categories of Accepted Manuscripts

Chulalongkorn Law Journal welcomes submissions of manuscripts, which fall within the following categories:

- 1) **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.
- 2) **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.
- 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.
- 5) **Book review** is a commentary piece that recommends a book or a textbook in law.

Any opinions presented in Chulalongkorn Law Journal solely belongs to and is under the responsibility of the respective authors, with which Faculty of Law, Chulalongkorn University, Editor-in-Chief and the Editorial Board do not have to agree.

Language

Chulalongkorn Law Journal welcomes submissions of manuscripts in Thai and/or English language.

Peer Review

Each academic and research articles shall be peer reviewed using the double-blinded process by at least two qualified individuals, whom the Editorial Board carefully select owing to their expertise corresponded with the substance presented in the articles.

Methods of Publication

Chulalongkorn Law Journal is published in the following formats:

- 1) Printed, for the editions published from Year 1 to the present edition, which can be accessed at Princess Bejaratana Legal Resource Center (Library of Faculty of Law, Chulalongkorn University) or by purchasing at Law Journal Department, Faculty of Law, Chulalongkorn University through annual subscriptions or a single purchase.
- 2) Online, only abstract of published manuscripts, for the editions published from Year 36 Volume 2 to the present edition, which can be accessed at the Chulalongkorn Law Journal website. Chulalongkorn Law Journal is currently in the process of collecting and uploading previous editions from Year 1 to Year 36 to be accessible online in full.

Source of Support

Chulalongkorn Law Journal is supported by Faculty of Law, Chulalongkorn University.

บทบรรณาธิการ

สวัสดีผู้อ่านทุกท่าน วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 38 ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2563) ที่อยู่ในมือท่านนี้ เป็นฉบับที่กองบรรณาธิการภาคภูมิใจเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากกองบรรณาธิการตั้งใจให้เป็นฉบับที่ระลึกถึงเกียรติคุณของศาสตราจารย์พิเศษจุลสิงห์ วสันตสิงห์ อดีตอัยการสูงสุดและนิสิตเก่า ผู้ที่ได้ทำคุณูปการให้แก่คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และประเทศชาติในหลายบทบาทมาตลอดชีวิต

ศาสตราจารย์พิเศษจุลสิงห์ วสันตสิงห์ เป็นนิสิตเก่าผู้ประสบความสำเร็จอย่างสูง และถูกจดจำในฐานะแบบอย่าง ทั้งได้รับการยอมรับในฐานะเป็น “พี่ใหญ่” ของขบวนการนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ดังที่ปรากฏว่าสมัยหนึ่งท่านได้รับเลือกตั้งให้เป็นนายกสมาคมนิสิตเก่านิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ศาสตราจารย์พิเศษจุลสิงห์ได้เริ่มเข้าศึกษาวิชานิติศาสตร์ ในจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อพุทธศักราช 2511 หลังจากสำเร็จการศึกษาแล้ว ได้ออกไปรับราชการในกรมอัยการหรือสำนักงานอัยการสูงสุดในเวลาต่อมา โดยได้เข้าดำรงตำแหน่งพนักงานอัยการชั้นผู้น้อย จนได้รับตำแหน่งสูงสุดของวงการอัยการ คือตำแหน่งอัยการสูงสุด ซึ่งระหว่างชีวิตราชการได้มีผลงานรับผิดชอบดูแลคดีและสัญญาสำคัญของบ้านเมืองหลายชิ้น และใช้แต่ความเจริญรุ่งเรืองด้วยความอุตสาหะซื่อตรงในหน้าที่ราชการของท่านเท่านั้นที่เป็นที่จดจำ ความอุทิศตนของท่านในฐานะอาจารย์พิเศษในคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ก็ได้รับการจดจำไว้อย่างดีด้วย ท่านได้ทำการสอนวิชาต่าง ๆ โดยเฉพาะวิชาสัญญาของรัฐซึ่งท่านได้เป็นผู้บุกเบิกวิชานี้ขึ้นในคณะและประเทศไทย จากการอุทิศตนในฐานะอาจารย์พิเศษมาช้านานนี้เอง ท่านได้รับพระมหากรุณาธิคุณโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งเป็นศาสตราจารย์พิเศษ และได้รับพระราชทานปริญญานิติศาสตรดุษฎีบัณฑิตกิตติมศักดิ์เป็นเกียรติยศ นับได้ว่าท่านเป็นนิสิตเก่าที่สามารถเป็นข้าราชการที่ดี และเป็นครูผู้ประเสริฐ เป็นความภาคภูมิใจของ พ.จุฬา โดยแท้

ดังนั้น เพื่อเป็นเกียรติแด่ศาสตราจารย์พิเศษจุลสิงห์ วสันตสิงห์ ผู้ล่วงลับ วารสารกฎหมายฉบับนี้ จึงได้รวบรวมบทความพิเศษ บทแนะนำวิทยานิพนธ์ และบทแนะนำหนังสือที่มีความเกี่ยวข้องกับศาสตราจารย์พิเศษจุลสิงห์ วสันตสิงห์ จำนวน 5 ผลงาน ได้แก่

ผลงานแรก เป็นบทความวิชาการเรื่อง **“อำนาจอัยการสูงสุดในการสั่งคดีความผิดซึ่งมีโทษตามกฎหมายไทยได้กระทำการลงนอกราชอาณาจักร”** ซึ่งเป็นบทความชิ้นสุดท้ายที่เขียนโดยศาสตราจารย์พิเศษจุลสิงห์ วสันตสิงห์ และได้รับการเรียบเรียงเพิ่มเติมโดยศิษย์เอกของท่านอาจารย์ คือ ร้อยตำรวจเอก ดร.โชคชัย สิทธิผลกุล มีเนื้อหาเกี่ยวกับความเป็นมา ขั้นตอนการดำเนินการของสำนักงานอัยการสูงสุด และแง่มุมทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับ “คดีความผิดซึ่งมีโทษตามกฎหมายไทยได้กระทำการลงนอกราชอาณาจักร” ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 จึงนับเป็นบทความที่ทรงคุณค่าอย่างมากเพราะเป็นบทความที่เขียนขึ้นจากผู้ที่ได้คลุกคลีในวงการและมีประสบการณ์จริงในเรื่องนี้เป็นเวลาหลายสิบปี

ผลงานที่สอง เป็นบทความวิชาการเรื่อง **“มติกฎหมายระหว่างประเทศของการส่งบุคคลข้ามแดน”** เขียนโดย คุณณัฏฐา วสันตสิงห์ นักการทูตชำนาญการ กระทรวงการต่างประเทศ ผู้เป็นบุตรของศาสตราจารย์พิเศษจุลสิงห์ วสันตสิงห์ และมีบิดาเป็นแรงบันดาลใจในการอุทิศตนทำงานให้ประเทศชาติ มีเนื้อหาเกี่ยวกับขั้นตอนและข้อท้าทายในกระบวนการส่งบุคคลข้ามแดนของประเทศไทย จากมุมมองของผู้ปฏิบัติงาน

ผลงานที่สาม เป็นบทความวิชาการเรื่อง “สำนักงานอัยการสูงสุดกับงานสัญญาของรัฐ” เขียนโดย อาจารย์นารี ตันตเสถียร รองอธิบดีอัยการ ผู้เป็นกัลยาณมิตรของศาสตราจารย์พิเศษจุลสิงห์ วสันตสิงห์ มีเนื้อหาเกี่ยวกับบทบาทหน้าที่ของสำนักงานอัยการสูงสุดในการตรวจสอบสัญญาของรัฐ โดยในบทความได้มีการยกตัวอย่างสัญญาประเภทต่าง ๆ องค์ประกอบของสัญญา ตลอดจนข้อแนะนำและข้อพึงระวังในการตรวจสอบสัญญาของรัฐ นับได้ว่าเป็นบทความที่ทรงคุณค่าและน่าสนใจเกี่ยวกับงานสัญญาของรัฐควรจะต้องได้อ่าน

ผลงานที่สี่ เป็นบทแนะนำวิทยานิพนธ์เรื่อง “เหตุเพิกถอนคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545: ศึกษากรณีตามมาตรา 40 (2) (ข)” ของคุณจุฑาวรรณ สุทธิรัตน์ ที่ศาสตราจารย์พิเศษจุลสิงห์ วสันตสิงห์ เป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ แนะนำโดย คุณศศิพร สิงโตมาศ

ผลงานที่ห้า เป็นบทแนะนำหนังสือเรื่อง “สัญญาของรัฐ” ที่ศาสตราจารย์พิเศษจุลสิงห์ วสันตสิงห์ เป็นผู้แต่ง แนะนำโดย อาจารย์ศิริรัช ศิริชุมแสง ผู้ช่วยอธิการบดีและอาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

นอกจากบทความและผลงานพิเศษดังกล่าว วารสารกฎหมายฉบับนี้ ยังคงตีพิมพ์ผลงานจากผู้เขียน ที่มาจากหลากหลายหน่วยงานตามรอบปกติ ประกอบด้วยบทความวิจัยและบทความวิชาการจำนวน 7 บทความ ได้แก่

บทความแรก เป็นบทความวิจัยเรื่อง “ความเป็นไปได้ของการร่วมลงทุนในกิจการของรัฐสำหรับบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน)” เขียนโดย ศาสตราจารย์สำเรียง เมฆเกรียงไกร มีเนื้อหาเกี่ยวกับ การวิเคราะห์ความเป็นไปได้ในการร่วมลงทุนในกิจการของรัฐสำหรับบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ทั้งในรูปแบบการลงทุนโดยตรงหรือโดยบริษัทในเครือ

บทความที่สอง เป็นบทความวิจัยเรื่อง “ความหมายของกฎหมาย: ข้อพิจารณาจากแง่มุมนิติปรัชญา” เขียนโดย รองศาสตราจารย์จันตรี สินศุภฤกษ์ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มีเนื้อหาเกี่ยวกับการศึกษาปรัชญาพื้นฐานในทางกฎหมายของสำนักคิดต่าง ๆ เพื่อหาความหมายของคำว่า “กฎหมาย”

บทความที่สาม เป็นบทความวิจัยเรื่อง “เครื่องมือทางกฎหมายสำหรับการแทรกแซงระบบการเงินดิจิทัล” เขียนโดย อาจารย์วิมพัทธ์ ราชประดิษฐ์ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และคณะ มีเนื้อหาเกี่ยวกับการศึกษาการจัดทำกฎหมายลำดับรอง แนวปฏิบัติ และกรณีศึกษาที่เป็นรูปธรรม เพื่อพัฒนาระบบการเงินดิจิทัลในประเทศไทย

บทความที่สี่ เป็นบทความวิจัยเรื่อง “การลดความรุนแรงในการบังคับคดีอาเสพติด” เขียนโดย อาจารย์จิรภูมิ ลิปปินันท์ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต มีเนื้อหาเกี่ยวกับการกำหนดนโยบายลดความรุนแรงในการบังคับคดีอาเสพติดเพื่อให้เกิดการดำเนินคดีที่เหมาะสมกับระดับความผิด

บทความที่ห้า เป็นบทความวิจัยเรื่อง “แนวทางพัฒนากฎหมายเพื่อคุ้มครองและช่วยเหลือเหยื่ออาชญากรรมหรือผู้เสียหายในคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์และเทคโนโลยี” เขียนโดย ผู้ช่วยศาสตราจารย์

ดร.สุพัตรา แผนวิจิต อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช มีเนื้อหาเกี่ยวกับการวิเคราะห์ปัญหาและข้อจำกัดของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองและช่วยเหลือเหยื่อหรือผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมเพื่อเสนอแนะแนวทางแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์

บทความที่หก เป็นบทความวิจัยเรื่อง **“กรอบกฎหมายว่าด้วยการซื้อขายใบอนุญาตปล่อยก๊าซเรือนกระจก: บทเรียนจากประสบการณ์ของประเทศนิวซีแลนด์”** เขียนโดย อาจารย์ ดร.พิรพล เจตโรจนานนท์ อาจารย์ประจำคณะบริหารการพัฒนาสิ่งแวดล้อม สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ มีเนื้อหาเกี่ยวกับการศึกษานโยบาย แผน และกฎหมายของประเทศนิวซีแลนด์เกี่ยวกับการต่อสู้ปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศเพื่อเป็นแนวทางในการสร้างกรอบกฎหมายสำหรับการสร้างระบบซื้อขายใบอนุญาตปล่อยก๊าซเรือนกระจกของประเทศไทยในอนาคต

บทความที่เจ็ด เป็นบทความวิชาการเรื่อง **“ปัญหาบางประการเกี่ยวกับการอุทธรณ์โต้แย้งคำวินิจฉัยไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า”** เขียนโดย คุณเฉลิมรัช จันทรานี หนายความ มีเนื้อหาเกี่ยวกับการวิเคราะห์แนวการตีความของศาลฎีกาและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเกี่ยวกับการอุทธรณ์โต้แย้งคำวินิจฉัยไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า

กองบรรณาธิการหวังเป็นอย่างยิ่งว่า ผลงานทุกชิ้นในวารสารเล่มนี้จะเป็นประโยชน์ต่อผู้อ่าน และกองบรรณาธิการขอขอบคุณผู้อ่านทุกท่านที่ติดตามและสนับสนุนวารสารกฎหมายมาโดยตลอด และขอให้คำมั่นว่าจะนำเสนอผลงานที่มีคุณภาพเพื่อผู้อ่านต่อไป

พบกันใหม่ในวารสารฉบับหน้า (ปีที่ 38 ฉบับที่ 2 กันยายน 2563)

บรรณาธิการ

วารสารกฎหมาย

ปีที่ 38 ฉบับที่ 1

สารบัญ

(มีนาคม 2563)

บทความพิเศษ เพื่อเป็นเกียรติแด่ศาสตราจารย์พิเศษจุลสิงห์ วสันตสิงห์ ผู้ล่วงลับ

- 1-14 ปัจฉิมพจน์ | อำนาจอัยการสูงสุดในการสั่งคดีความผิดซึ่งมีโทษตามกฎหมายไทย
ได้กระทำการนอกราชอาณาจักร
จุลสิงห์ วสันตสิงห์ (เรียบเรียงเพิ่มเติมโดย โชคชัย สิทธิผลกุล)
- 15-23 บทความจากบุตร | มติกฎหมายระหว่างประเทศของการส่งบุคคลข้ามแดน
ณัฐา วสันตสิงห์
- 25-52 บทความจากกัลยาณมิตร | สำนักงานอัยการสูงสุดกับงานสัญญาของรัฐ
นารี ตันตเสถียร

บทความวิจัยและบทความวิชาการ

- 53-63 ความเป็นไปได้ของการร่วมลงทุนในกิจการของรัฐสำหรับบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน)
สำเรียง เมฆเกรียงไกร
- 65-80 ความหมายของกฎหมาย: ข้อพิจารณาจากแง่มุมนิติปรัชญา
จันทร์ สิ้นสุภฤกษ์
- 81-104 เครื่องมือทางกฎหมายสำหรับการแทรกแซงระบบการเงินดิจิทัล
วิมพัทธ์ ราชประดิษฐ์ และคณะ
- 105-127 การลดความรุนแรงในการบังคับคดียาเสพติด
จิรวุฒิ ลิปิพันธ์
- 129-147 แนวทางพัฒนากฎหมายเพื่อคุ้มครองและช่วยเหลือเหยื่ออาชญากรรมหรือผู้เสียหาย
ในคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์และเทคโนโลยี
สุพัตรา แผนวิจิต

บทความและความคิดเห็นใดๆ ใน “วารสารกฎหมาย” ฉบับนี้ เป็นวรรณกรรมของผู้เขียนโดยเฉพาะ
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

วารสารกฎหมาย

ปีที่ 38 ฉบับที่ 1

(มีนาคม 2563)

สารบัญ

-
- | | |
|---------|---|
| 149-167 | กรอบกฎหมายว่าด้วยการซื้อขายใบอนุญาตปล่อยก๊าซเรือนกระจก:
บทเรียนจากประสบการณ์ของประเทศนิวซีแลนด์
พีรพล เจตโรจนานนท์ |
| 169-186 | ปัญหาบางประการเกี่ยวกับการอุทธรณ์โต้แย้งคำวินิจฉัยไม่รับจดทะเบียน
เครื่องหมายการค้าของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า
เฉลิมรัช จันทรานี |
| 187-188 | บทแนะนำหนังสือ สัญญาของรัฐ
ศิริรัช ศิริชุมแสง |
| 189-190 | บทแนะนำวิทยานิพนธ์ เรื่อง “เหตุเพิกถอนคำชี้ขาดอนุญาตไต่สวนการตามพระราชบัญญัติ
อนุญาตไต่สวนการ พ.ศ. 2545 : ศึกษากรณีตามมาตรา 40 (2) (ข)”
ของ จุฬาวรรณ สุทธิรัตน์
ศศิพร สิงโตมาศ |
-

CHULALONGKORN LAW JOURNAL

Vol.38 No.1

(March 2020)

Contents

- | | |
|---------|--|
| 1-14 | Power of Attorney-General in Issuing a Prosecution or Non-prosecution Order in the Extraterritorial Case where Offense Punishable under Thai Law Committed Outside the Kingdom of Thailand
Chulasingh VASANTASINGH |
| 15-23 | International Law Perspective on Extradition
Nutta VASANTASINGH |
| 25-52 | Office of the Attorney General and State Contract
Naree TANTASATIAN |
| 53-63 | PTT Plc. Ltd.'s Opportunities for Public-Private Partnership
Samrieng MEKKRIENGKRAI |
| 65-80 | The Meaning of Law: An Analysis from Jurisprudence
Jantree SINSUPPRAROEK |
| 81-104 | Legal Tools for Digital Financial System Intervention
Wimpat RAJPRADIT et al. |
| 105-127 | The Harm Reduction of the Narcotic Drug Offenses
Jirawut LIPIPUN |
| 129-147 | Legal Development Guidelines for the Protection and Assistance for Victims or Injured Person in Cases Involving Computer and Technology-related Crimes
Supatra PHANWICHIT |
| 149-167 | Legal Framework for Emissions Trading Scheme: Possible Lessons from New Zealand's Experience
Peerapon JADEROJANANONT |
-

*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.38 No.1

(March 2020)

Contents

- 169-186 **Issues concerning a Lawsuit against the Trademark Board's Decision
Refusing Trademark Registration**
Chalermrat CHANDRANEE
- 187-188 **Book Review**
Siratuch SIRICHUMSANG
- 189-190 **Recommended Thesis**
Sasiporn SINGTOMAS
-

ปัจฉิมพจน์

บทความชิ้นสุดท้าย ที่เขียนโดยศาสตราจารย์พิเศษจุลสิงห์ วสันตสิงห์ ผู้ล่วงลับ

อำนาจอัยการสูงสุดในการสั่งคดีความผิด ซึ่งมีโทษตามกฎหมายไทยได้กระทำความผิดนอกราชอาณาจักร Power of Attorney-General in Issuing a Prosecution or Non-prosecution Order in the Extraterritorial Case where Offense Punishable under Thai Law Committed Outside the Kingdom of Thailand

จุลสิงห์ วสันตสิงห์
Chulasingh Vasantasingh

(เรียบเรียงเพิ่มเติมโดย)

โชคชัย สิทธิผลกุล
Chokchai Sitthipolkul

เนื่องจากความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยี การติดต่อสื่อสารระหว่างประเทศใช้เวลาในชั่วพริบตาเดียวก็สามารถส่งข้อมูลถึงกันได้ ดังนั้นในปัจจุบันการประกอบอาชญากรรมจึงมิได้เกิดขึ้นเฉพาะภายในประเทศเท่านั้น แต่ได้พัฒนาเป็นการก่ออาชญากรรมระหว่างประเทศ ทั้งการกระทำผิดก็มีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น ลักษณะและขอบเขตของการก่ออาชญากรรมมีความหลากหลายเกี่ยวเนื่องและครอบคลุมการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจระหว่างประเทศ ที่เรียกว่าเป็นองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ (Transnational organized crime) ซึ่งจะมีเครือข่ายเชื่อมโยงเป็นกระบวนกรระหว่างประเทศ ในการสอบสวนคดีประเภทนี้ จึงต้องอาศัยพนักงานสอบสวนจากหลายหน่วยงานเข้าร่วมการสอบสวน เพื่อให้การสอบสวนเป็นไปโดยรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ ทั้งการสอบสวนและการรวบรวมพยานหลักฐานที่อยู่ในต่างประเทศ จึงจำเป็นต้องอาศัยความร่วมมือระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นงานในหน้าที่รับผิดชอบของสำนักงานอัยการสูงสุด และโดยเหตุที่คดีเหล่านี้มีความสำคัญและความยุ่งยากซับซ้อนในการดำเนินคดีมากกว่าการดำเนินคดีอาญาที่เกิดขึ้นภายในราชอาณาจักรทั่วไป และเป็นกรณีที่น่าจะกระทบกระเทือนต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ บทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 จึงบัญญัติให้อัยการสูงสุดหรือผู้รักษากฎหมายแทนเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบในคดีความผิด ซึ่งมีโทษตามกฎหมายไทยได้กระทำความผิดนอกราชอาณาจักร หรือที่เรียกกันโดยทั่วไปว่า “คดีความผิดที่เกิดนอกราชอาณาจักร”

นอกจากนี้ตามบทบัญญัติที่ได้แก้ไขใหม่ยังกำหนดให้ อัยการสูงสุดหรือผู้รักษาการแทนนอกจากจะเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบเองแล้วยังจะมอบหมายให้พนักงานอัยการ หรือ พนักงานสอบสวนคนใดเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบแทนก็ได้ และในกรณีที่มอบให้พนักงานสอบสวนคนใดเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบแทนยังอาจมอบให้พนักงานอัยการเข้าร่วมสอบสวนกับพนักงานสอบสวนก็ได้ ซึ่งในทางปฏิบัติอัยการสูงสุดหรือผู้รักษาการแทนจะมอบหมายให้พนักงานอัยการคนใดคนหนึ่งเป็นผู้ทำการสอบสวนแทนหรือมอบหมายให้พนักงานสอบสวนทำการสอบสวนโดยให้พนักงานอัยการเข้าร่วมสอบสวนกับพนักงานสอบสวน จึงส่งผลทำให้พนักงานอัยการได้มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการเข้าไปสอบสวนคดีตั้งแต่ต้น ซึ่งเป็นไปตามหลักสากลที่ว่าอำนาจสอบสวนฟ้องร้องนั้นเป็นอำนาจเดียวกัน อันส่งผลให้การสอบสวนมีประสิทธิภาพเพิ่มมากขึ้น

อย่างไรก็ตาม ยังคงมีความเข้าใจที่ไม่ตรงกันในระหว่างหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมที่เกี่ยวข้องว่า “คดีความผิด ซึ่งมีโทษตามกฎหมายไทยได้กระทำความผิดนอกราชอาณาจักร” ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 หมายถึงเฉพาะความผิดที่มีการกระทำทั้งหมดเกิดขึ้นนอกราชอาณาจักร หรือหมายความว่ารวมถึงการกระทำที่ส่วนหนึ่งส่วนใดเกิดนอกราชอาณาจักรและบางส่วนเกิดในราชอาณาจักรด้วย

1. ประเภทความผิดซึ่งมีโทษตามกฎหมายไทยได้กระทำความผิดนอกราชอาณาจักร

ตามประมวลกฎหมายอาญา และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ไม่ได้ให้คำนิยามไว้ว่า “ความผิดซึ่งมีโทษตามกฎหมายไทยได้กระทำความผิดนอกราชอาณาจักร” นั้น มีความหมายถึงคดีประเภทใดบ้าง จึงต้องพิจารณาจากเนื้อหาตามบทบัญญัติในกฎหมายดังกล่าวว่ามีความหมายเช่นใด ในประมวลกฎหมายอาญา ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำความผิดนอกราชอาณาจักรไว้ในมาตรา 4 วรรคสอง มาตรา 5, 6, 7, 8 และ มาตรา 9 ดังนี้

มาตรา 4 วรรคสอง “การกระทำความผิดในเรือไทยหรืออากาศยานไทย ไม่ว่าจะอยู่ ณ ที่ใด ให้ถือว่ากระทำความผิดในราชอาณาจักร”

มาตรา 5 “ความผิดใดที่การกระทำแม้แต่ส่วนหนึ่งส่วนใดได้กระทำในราชอาณาจักรก็ดี ผลแห่งการกระทำเกิดในราชอาณาจักร โดยผู้กระทำประสงค์ให้ผลนั้นเกิดในราชอาณาจักร หรือโดยลักษณะแห่งการกระทำผลที่เกิดขึ้นควรเกิดในราชอาณาจักรหรือย่อมจะเล็งเห็นได้ว่าผลนั้นจะเกิดในราชอาณาจักรก็ดี ให้ถือว่าความผิดนั้นได้กระทำในราชอาณาจักร”

ในกรณีการเตรียมการ หรือพยายามกระทำการใด ซึ่งกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด แม้การกระทำนั้นจะได้กระทำนอกราชอาณาจักรถ้าหากการกระทำนั้นจะได้กระทำตลอดไปจนถึงขั้นความผิดสำเร็จผลจะเกิดขึ้นในราชอาณาจักร ให้ถือว่ากระทำความผิดหรือพยายามกระทำความผิดนั้นได้กระทำในราชอาณาจักร”

มาตรา 6 “ความผิดใดที่ได้กระทำในราชอาณาจักร หรือที่ประมวลกฎหมายนี้ถือว่าได้กระทำในราชอาณาจักร แม้การกระทำของผู้เป็นต้นการด้วยกัน ของผู้สนับสนุนหรือของผู้ใช้ให้กระทำความผิดนั้นจะได้กระทำนอกราชอาณาจักร ก็ให้ถือว่าตัวการ ผู้สนับสนุนหรือผู้ใช้ให้กระทำได้กระทำความผิดในราชอาณาจักร”

มาตรา 7 “ผู้ใดกระทำความผิดดังระบุไว้ต่อไปนี้ นอกราชอาณาจักร จะต้องรับโทษในราชอาณาจักร
คือ

(1) ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 107
ถึงมาตรา 129.....”

มาตรา 8 “ผู้ใดกระทำความผิดนอกราชอาณาจักร และ

(ก) ผู้กระทำความผิดนั้นเป็นคนไทย และรัฐบาลแห่งประเทศที่ความผิดได้เกิดขึ้น
หรือผู้เสียหายได้ร้องขอให้ลงโทษ หรือ

(ข) ผู้กระทำความผิดนั้นเป็นคนต่างด้าวและรัฐบาลไทยหรือคนไทยเป็นผู้เสียหาย
และผู้เสียหายได้ร้องขอให้ลงโทษ

ถ้าความผิดนั้นเป็นความผิดดังระบุไว้ต่อไปนี้จะต้องรับโทษภายในราชอาณาจักร คือ
(1)..... ถึง (13).....”

มาตรา 9 “เจ้าพนักงานของรัฐบาลไทยกระทำความผิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 147 ถึงมาตรา
166 และมาตรา 200 ถึงมาตรา 205 นอกราชอาณาจักร จะต้องรับโทษในราชอาณาจักร ”

นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 บัญญัติว่า “ถ้าความผิดซึ่งมีโทษตาม
กฎหมายไทยได้กระทำลงนอกราชอาณาจักรไทย ให้อัยการสูงสุดหรือผู้รักษาการแทนเป็นพนักงานสอบสวน
ผู้รับผิดชอบหรือจะมอบหมายหน้าที่นั้นให้พนักงานอัยการหรือพนักงานสอบสวนคนใดเป็นผู้รับผิดชอบทำการ
สอบสวนแทนก็ได้”

กรณีการกระทำผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 7, 8 และ 9 เป็นการกระทำผิดที่เกิดขึ้น
นอกราชอาณาจักรทั้งหมดไม่มีส่วนใดส่วนหนึ่งเกิดในราชอาณาจักรเลย จึงเป็นคดีความผิดซึ่งมีโทษตามกฎหมาย
ไทยได้กระทำลงนอกราชอาณาจักร ที่อัยการสูงสุดหรือผู้รักษาการแทนเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบตาม
ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 อย่างไม่มีข้อสงสัย

ส่วนความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 วรรคสอง มาตรา 5 และ มาตรา 6 นั้น ความจริง
แล้วก็เป็นความผิดที่เกิดขึ้นนอกราชอาณาจักร เพียงแต่มีการกระทำให้บางส่วนเกี่ยวกับการกระทำในราชอาณาจักร
เท่านั้น

กรณีจึงมีปัญหาที่ต้องพิจารณาความผิดซึ่งมีโทษตามกฎหมายไทยได้กระทำลงนอกราชอาณาจักรไทย
ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 นั้นหมายถึง การกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา
มาตรา 7, 8 และ 9 ซึ่งเป็นการกระทำผิดที่เกิดขึ้นนอกราชอาณาจักรทั้งหมด ไม่มีส่วนใดส่วนหนึ่งเกิดใน
ราชอาณาจักรเลย หรือหมายความว่ารวมถึงกรณีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 วรรคสอง
มาตรา 5 และ มาตรา 6 ด้วย ซึ่งมีแนวการพิจารณาดังนี้

กรมอัยการ (ในขณะนั้น) ได้กำหนดหลักปฏิบัติเกี่ยวกับการกระทำความผิดนอกราชอาณาจักรไว้ในกรณีอนุมติ
สอบสวนคดีความผิดนอกราชอาณาจักรของสถานีตำรวจอำเภอสงขลา โดยมีสาระดังนี้ คือ

สถานีตำรวจภูธรอำเภอเมืองสงขลาแจ้งว่า เมื่อวันที่ 26 มกราคม 2523 ผู้ต้องหาได้ใช้ฆ้อนเหล็กตีทำร้ายผู้มีชื่อถึงแก่ความตาย เหตุเกิดในเรือโชคมลนาวา 3 ซึ่งจอดอยู่ในน่านน้ำสากล หลังเกิดเหตุผู้ควบคุมเรือได้นำเรือเข้าเทียบที่ท่าเทียบเรือสงขลา เจ้าพนักงานจับตัวผู้ต้องหาได้ นำส่งพนักงานสอบสวนสถานีตำรวจภูธรอำเภอเมืองสงขลา เพื่อดำเนินคดีในข้อหาฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา สारวตริใหญ่สถานีตำรวจอำเภอเมืองสงขลาเห็นว่า คดีนี้เกิดขึ้นนอกราชอาณาจักร ซึ่งอธิบดีกรมอัยการเป็นพนักงานสอบสวนที่รับผิดชอบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 จึงส่งเรื่องมายังอธิบดีกรมอัยการเพื่อดำเนินการต่อไป

เดิมอธิบดีกรมอัยการเคยถือหลักตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 วรรคสอง ที่บัญญัติว่า “การกระทำความผิดในเรือไทยหรืออากาศยานไทย ไม่ว่าจะอยู่ ณ ที่ใด ให้ถือว่ากระทำความผิดในราชอาณาจักร” เมื่อคดีนี้เกิดขึ้นในเรือไทยในน่านน้ำสากล ถือว่าความผิดได้เกิดขึ้นในราชอาณาจักร อธิบดีกรมอัยการจึงไม่ใช่พนักงานสอบสวนที่รับผิดชอบ

แต่ในปัจจุบันอธิบดีกรมอัยการ (อัยการสูงสุด) ได้เปลี่ยนแปลงหลักการใหม่โดยเห็นว่า เจตนารมณ์ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 ที่กำหนดให้อธิบดีกรมอัยการหรือผู้รักษาแทนเป็นพนักงานสอบสวนที่รับผิดชอบบรรดา “คดีความผิดซึ่งได้กระทำความผิดนอกราชอาณาจักรไทย” เนื่องจากคดีนี้มีความสำคัญกว่าคดีที่เกิดขึ้นในราชอาณาจักรตามปกติ และเป็นกรณีที่อาจกระทบกระเทือนต่อความสัมพันธ์กับรัฐต่างประเทศ บทบัญญัติดังกล่าวถือเป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติว่าด้วยตัวบุคคลผู้มีอำนาจสอบสวนต่างจากมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเป็นกฎหมายสารบัญญัติว่าด้วยประเภทคดีที่จะต้องรับโทษตามกฎหมายไทยเพิ่มเติมขึ้นใหม่ ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้นในการแปลความจึงจะนำบัญญัติทั้งสองนี้มาเป็นข้อยกเว้นซึ่งกันและกันหาได้ไม่ หากข้อเท็จจริงในคดีใดได้ความว่าความผิดเกิดขึ้นนอกราชอาณาจักร แม้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 วรรคสอง ให้ถือว่าเป็นการกระทำในราชอาณาจักร ก็ยังต้องถือว่าอยู่ในอำนาจอธิบดีกรมอัยการ หรือผู้รักษาการแทนที่จะรับผิดชอบในการสอบสวนหรือจะมอบหมายหน้าที่ให้พนักงานสอบสวนคนใดก็ได้ เพราะตามพุดินัยเป็นความผิดที่เกิดขึ้นนอกราชอาณาจักรและมีความสำคัญกว่าคดีทั่ว ๆ ไปดังกล่าวแล้ว

อนึ่ง หากจะแปลความในทางตรงกันข้ามว่า กรณีดังกล่าวมิใช่กรณีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 แล้ว ก็อาจเกิดปัญหาข้อขัดข้องในทางปฏิบัติเกี่ยวกับตัวบุคคลผู้ที่จะรับผิดชอบในการสอบสวนขึ้นได้

กรณีเรื่องนี้ เหตุเกิดบนเรือไทยในน่านน้ำสากล และจับผู้ต้องหาได้ในท้องที่สถานีตำรวจภูธรอำเภอเมืองสงขลา อธิบดีกรมอัยการจึงมอบหมายให้สารวตริใหญ่สถานีตำรวจอำเภอเมืองสงขลาหรือผู้รักษาแทนเป็นพนักงานสอบสวนที่รับผิดชอบคดีนี้¹

ผู้เขียนได้เคยให้ความเห็นประกอบไว้ว่า² “ความผิดใดตามความเป็นจริงกระทำนอกราชอาณาจักร แต่ในบางกรณีกฎหมายก็ให้ถือว่าเป็นความผิดในราชอาณาจักรได้ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1 ลักษณะ 1

¹ คู่มือการสอบสวนและทำการสอบสวนร่วมคดีความผิดนอกราชอาณาจักรไทยของพนักงานอัยการ พ.ศ.2557 หน้า 10

² จุลสิงห์ วสันตสิงห์, “ขออนุมัติสอบสวนความผิดนอกราชอาณาจักร,” *อัยการนิเทศ*, ฉบับที่ 2 (2523): 10-12.

หมวด 2 เรื่อง “การใช้กฎหมายอาญา” ซึ่งเป็นกฎหมายสารบัญญัติที่มีความมุ่งหมายที่จะกำหนดว่าการณีใดบ้าง ให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญาบังคับ ส่วนกระบวนการสอบสวน เพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นมิได้อยู่ในบังคับ แห่งประมวลกฎหมายอาญา เมื่ออธิบดีกรมอัยการวางหลักไว้ว่าคดีความผิดซึ่งได้กระทำการลงนอกราชอาณาจักร ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 นั้น หมายถึง คดีซึ่งได้กระทำการลงนอกราชอาณาจักร ตามความเป็นจริง ดังนั้นนอกจากคดีความผิดในเรือไทยหรืออากาศยานไทยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 วรรคสองแล้ว ความผิดนอกราชอาณาจักร ซึ่งกฎหมายให้ถือว่าเป็นความผิดในราชอาณาจักรกรณีอื่น ตามประมวล กฎหมายอาญา มาตรา 5 และ มาตรา 6 อธิบดีกรมอัยการก็เป็นพนักงานสอบสวนที่รับผิดชอบเช่นกัน

ศาสตราจารย์พิเศษธานี เกศพิทักษ์³ ได้อธิบายไว้ว่า ความหมาย “ความผิดซึ่งมีโทษตามกฎหมายไทย ที่ได้กระทำการลงนอกราชอาณาจักรไทย” ดังนี้

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 วรรคหนึ่ง วางหลักการสำคัญของขอบเขตการใช้กฎหมายอาญ่าว่า “ผู้ใดกระทำความผิดในราชอาณาจักร ต้องรับโทษตามกฎหมาย” ซึ่งแสดงให้เห็นว่ากฎหมายอาญาของไทยนั้น ใช้บังคับแก่บุคคลผู้กระทำความผิดในราชอาณาจักรเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายอาญาได้มีบทบัญญัติ ยกเว้นให้บุคคลผู้กระทำความผิดนอกราชอาณาจักร ต้องรับโทษในราชอาณาจักรด้วยดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 วรรคสอง มาตรา 5 มาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 8 และมาตรา 9

การกำหนดตัว “พนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ” กรณีความผิดเกิดขึ้นนอกราชอาณาจักรไทย ตามบทบัญญัติ แห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 วรรคสอง มาตรา 5 มาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 8 และมาตรา 9 เป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติเป็นข้อยกเว้นให้บุคคลผู้กระทำความผิดนอกราชอาณาจักรต้องรับโทษ ในราชอาณาจักร อันเข้าเกณฑ์เป็นความผิดซึ่งมีโทษตามกฎหมายไทย ได้กระทำการลงนอกราชอาณาจักรไทย ตามประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 ซึ่งการสอบสวนดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิดในกรณีเช่นนี้ เมื่อมิใช่เป็น ความผิดที่เกิดในราชอาณาจักรย่อมไม่เข้าเกณฑ์ตามมาตรา 18, 19 ที่จะมีพนักงานสอบสวนท้องที่หนึ่งท้องที่ใด มีอำนาจสอบสวนหรือจะทำหน้าที่เป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบได้ ดังนั้น ในกรณีเป็นความผิดซึ่งมีโทษ ตามกฎหมายไทยได้กระทำการลงนอกราชอาณาจักรไทยเช่นนี้ มาตรา 20 จึงจำเป็นที่ต้องบัญญัติกำหนดตัว เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจและหน้าที่ทำการสอบสวนไว้เป็นพิเศษว่า “ให้อธิบดีกรมอัยการ (ปัจจุบันคืออัยการสูงสุด) หรือผู้รักษาราชการแทนเป็นพนักงานสอบสวนที่รับผิดชอบ หรือจะมอบหมายหน้าที่นั้นให้พนักงานสอบสวนคนใด ก็ได้”

ศาสตราจารย์คณิง ภาไชย⁴ เห็นว่าถ้าความผิดเกิดขึ้นในเรือไทยหรืออากาศยานไทยขณะอยู่นอก ราชอาณาจักร ความผิดนั้นก็ยังเกิดขึ้นนอกราชอาณาจักรอยู่นั่นเอง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ถ้าขณะเกิดเหตุ เรือไทยจอดอยู่ในท่าเรือของต่างประเทศหรืออากาศยานบินเหนืออาณาเขตของต่างประเทศ จะถือว่าเหตุเกิดใน ราชอาณาจักรไทยคงไม่ถนัดนัก ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 วรรคสอง ไม่ใช่บทบัญญัติว่าด้วยอาณาเขต

³ ธานี เกศพิทักษ์ ศาสตราจารย์พิเศษ, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1 ภาค 1-2, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร), 159, 162.

⁴ คณิง ภาไชย ศาสตราจารย์, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพ : โรงพิมพ์เดือนตุลาคม, 2548), 101.

ของรัฐ (State territory) แต่เป็นบทบัญญัติว่าด้วยเขตอำนาจของรัฐ (Jurisdiction) ที่ให้รัฐ โดยเจ้าพนักงาน หรือศาลมีอำนาจเหนือตัวบุคคลผู้กระทำความผิดที่ถูกจับกุมฟ้องร้องและลงโทษได้⁵ ซึ่งสอดคล้องกับความเห็นของ สำนักงานอัยการสูงสุด (กรมอัยการในขณะนั้น) ดังกล่าวข้างต้น

แต่ ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย⁶ เห็นว่า “ความผิดซึ่งมีโทษตามกฎหมายไทยได้กระทำความผิดนอกราชอาณาจักร” ได้แก่กรณีตาม ป.อ. มาตรา 7 มาตรา 8 และมาตรา 9 ซึ่งมาตราต่างๆ เหล่านี้บัญญัติไว้ชัดเจนว่าเป็นกรณีกระทำความผิด “นอกราชอาณาจักร” ดังนั้น จึงไม่รวมถึงกรณีตาม ป.อ. มาตรา 4 วรรคสอง มาตรา 5 และมาตรา 6 เพราะแม้ว่าจะกระทำความผิดนอกราชอาณาจักร แต่ประมวลกฎหมายอาญาก็ “ให้ถือว่ากระทำความผิดในราชอาณาจักร”

ซึ่งตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2670/2535 ได้วินิจฉัยว่า ความผิดที่เกิดขึ้นในเรือไทยหรืออากาศยานไทย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 วรรคสอง เป็นความผิดที่เกิดขึ้นในราชอาณาจักรไทย พนักงานสอบสวน กองปราบปราม กรมตำรวจ ซึ่งมีเขตอำนาจสอบสวนคดีได้ทั่วราชอาณาจักร จึงมีอำนาจสอบสวนได้

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์⁷ ได้อธิบายว่า “อันที่จริงการให้อัยการสูงสุดเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบความผิดที่กระทำความผิดนอกราชอาณาจักร (ไม่ว่าจะเป็นกรณีตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 วรรคสอง มาตรา 5 มาตรา 6 หรือจะเป็นกรณีตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 7 มาตรา 8 หรือมาตรา 9 ก็ตาม) ก็น่าจะเหมาะสม เพราะเป็นกรณีที่คาบเกี่ยวกับต่างประเทศ สำนักงานอัยการสูงสุด คงมีความพร้อมมากกว่าที่จะรับผิดชอบในการสอบสวนคดีเช่นนี้ อย่างไรก็ตาม ข้อโต้แย้งว่ามาตรา 20 จะรวมถึงกรณีตามตัวอย่างข้างต้นหรือไม่ก็ยังมีอยู่ต่อไป โดยเป็นที่น่าเสียดายว่าการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 เมื่อ พ.ศ. 2551 มิได้แก้ไขถ้อยคำในส่วนนี้ให้ชัดเจน ซึ่งหากแก้ไขเพิ่มเติมในทำนองว่า **“ถ้าความผิดซึ่งมีโทษตามกฎหมายไทยได้กระทำความผิดนอกราชอาณาจักรไม่ว่าความผิดนั้นจะถือว่ากระทำในราชอาณาจักรด้วยหรือไม่ก็ตาม...”** การกระทำความผิดนอกราชอาณาจักรไม่ว่าจะเป็นกรณีตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 วรรคสอง มาตรา 5 มาตรา 6 หรือจะเป็นกรณีตาม มาตรา 7 มาตรา 8 หรือมาตรา 9 ก็ย่อมอยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ตามแนวความเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านกฎหมายและแนวคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นยังมีความเห็นที่แตกต่างกันว่าความผิดซึ่งมีโทษตามกฎหมายไทยที่ได้กระทำความผิดนอกราชอาณาจักรไทยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 นั้น จะมีขอบเขตเพียงเฉพาะความผิดที่เกิดขึ้นนอกราชอาณาจักรตามความในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 7 มาตรา 8 และ มาตรา 9 หรือจะรวมถึงการกระทำที่เกิดขึ้นในเรือไทยหรืออากาศยานไทย ขณะอยู่นอกราชอาณาจักรตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 วรรคสอง หรือการกระทำที่มีส่วนหนึ่งส่วนใดเกิดขึ้นทั้งในและนอกราชอาณาจักรตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 5 หรือการกระทำ

⁵ ดู JG Strake's Introduction Law, 10th Ed. (London: Butterworth, 1989) pp. 272-273 และ Geneva Convention of 1958 Article 92.

⁶ หยุต แสงอุทัย, ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาศึกษาทางคำพิพากษาศาลฎีกา, 28.

⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่าด้วยการดำเนินคดีในชั้นตอนก่อนการพิจารณา, พิมพ์ครั้งที่ 7, 2553, 512.

ความผิดของผู้เป็นตัวการผู้สนับสนุน หรือผู้ใช้ให้กระทำความผิดซึ่งได้กระทำการนอกราชอาณาจักรและกฎหมายให้ถือว่าเป็นการกระทำในราชอาณาจักรด้วย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 6 เกี่ยวกับเรื่องนี้มีความเห็นที่แตกต่างกันสองฝ่ายคือ

(ก) ความเห็นฝ่ายแรก

เห็นว่าความหมายของความผิดที่กระทำการนอกราชอาณาจักรตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 มีความหมายเฉพาะแต่ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 7 มาตรา 8 และ มาตรา 9 เท่านั้น ไม่รวมถึงประมวลกฎหมายอาญามาตรา 4 มาตรา 5 และมาตรา 6 ด้วย ความเห็นของฝ่ายนี้มีความเห็นของ ดร.หยุด แสงอุทัย และคำพิพากษาศาลฎีกาสนับสนุน ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2679/2559 โจทก์ร่วมดำเนินการติดต่อซื้อขายข้าวสารจากจำเลยที่ 1 ในประเทศไทย และมีการติดต่อผ่านทางโทรศัพท์ และจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ในขณะที่โจทก์ร่วมอยู่ต่างประเทศ ซึ่งจำเลยที่ 1 อยู่ในประเทศไทย การที่จำเลยที่ 1 พุดหลอกลวงโจทก์ร่วมให้หลงเชื่อและมีการโอนเงินเข้าบัญชีธนาคารของจำเลยที่ 1 ที่ประเทศไทย แม้จะมีการส่งมอบเงินจำนวนหนึ่งในต่างประเทศก็ตาม แต่มีการกระทำส่วนหนึ่งอยู่ในประเทศไทย จึงไม่ใช่เป็นการกระทำความผิดนอกราชอาณาจักร ซึ่งพนักงานอัยการต้องเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 20

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3118/2559 โจทก์ฟ้องกล่าวหาว่าจำเลยร่วมกระทำความผิดต่อกฎหมายหลายกรรมต่างกัน โดยเหตุเกิดที่ตำบลนากลาง อำเภอนากลาง จังหวัดหนองบัวลำภู และแขวงบางนา เขตบางนา กรุงเทพมหานคร และประเทศสิงคโปร์ เกี่ยวพันกัน จึงเป็นกรณีการกระทำของจำเลยเป็นความผิดซึ่งมีหลายกรรมกระทำการในท้องที่ต่าง ๆ กัน ตาม ป.วิ.อ. มาตรา 19 (4) พนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบจึงเป็นพนักงานสอบสวนซึ่งท้องที่ที่จับจำเลยได้อยู่ในเขตอำนาจ ไม่ใช่กรณีความผิดซึ่งมีโทษตามกฎหมายไทยได้กระทำการนอกราชอาณาจักรไทยอย่างเดียว ตาม ป.วิ.อ. มาตรา 20 ซึ่งอัยการสูงสุดหรือผู้รักษาการแทนเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ คดีนี้ตามฟ้องจับจำเลยได้เมื่อวันที่ 10 มกราคม 2553 และนำส่งพนักงานสอบสวน ทำการสอบสวนแล้ว การสอบสวนจึงเป็นไปโดยชอบ และโจทก์มีอำนาจฟ้องคดีนี้ได้ ปัญหานี้เป็นปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย แม้จำเลยจะเพียงยักยอกเงินก็ไม่ได้ยักยอกในศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ ก็ไม่ต้องห้ามตาม ป.วิ.อ. มาตรา 195 วรรคสอง ประกอบมาตรา 225

ความเห็นของฝ่ายแรกนี้ไม่เป็นไปตามแนวทางปฏิบัติของสำนักงานอัยการสูงสุดซึ่งได้วางแนวทางไว้ว่าความผิดนอกราชอาณาจักรตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 นั้น หมายความว่ารวมถึงกรณีตาม มาตรา 4 วรรคสอง มาตรา 5 และ มาตรา 6 แห่งประมวลกฎหมายอาญาด้วย

(ข) ความเห็นฝ่ายที่สอง

เห็นว่า ความหมายของความผิดที่จะต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 นั้นไม่จำกัดเฉพาะแต่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 7 มาตรา 8 และมาตรา 9 แต่รวมถึงความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 วรรคสอง มาตรา 5 และ มาตรา 6 ด้วย สำหรับเหตุผลที่

ความเห็นที่สองเห็นว่าความหมายของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 ควรหมายความว่ารวมถึงความผิดที่กระทำนอกราชอาณาจักรตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 วรรคสอง มาตรา 5 และมาตรา 6 ด้วยนั้น เป็นเพราะเห็นว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 มีเจตนารมณ์ที่ให้อัยการสูงสุดหรือผู้รักษาการแทนเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบบรรดา “คดีความผิดซึ่งได้กระทำนอกราชอาณาจักรไทย” อย่างแท้จริง เนื่องจากคดีเหล่านี้มีความสำคัญและมีความยุ่งยากซับซ้อนในการดำเนินคดีมากกว่าการดำเนินคดีที่เกิดขึ้นในราชอาณาจักรทั่วไป และเป็นกรณีที่อาจกระทบกระเทือนต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และบทบัญญัติดังกล่าวเป็นกฎหมายวิธีบัญญัติว่าด้วยตัวบุคคลผู้มีอำนาจสอบสวนเป็นพิเศษต่างจากพนักงานสอบสวนโดยทั่วไป ส่วนมาตรา 4 วรรคสองแห่งประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเป็นกฎหมายสารบัญญัติที่ให้ถือว่ากระทำความผิดในเรือไทยหรืออากาศยานไทย แม้เรือไทยหรืออากาศยานไทยนั้นจะอยู่นอกราชอาณาจักรไทย ก็ให้ถือว่าความผิดนั้นได้กระทำลงในราชอาณาจักรไทย เท่านั้น ดังนั้นจึงจะแปลความว่าบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 วรรคสอง เป็นข้อยกเว้นของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 หาได้ไม่ หากปรากฏว่าการกระทำความผิดใดเกิดขึ้นหรือมีส่วนหนึ่งส่วนใดได้กระทำลงในราชอาณาจักรแล้ว แม้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 วรรคสอง มาตรา 5 หรือมาตรา 6 จะบัญญัติให้ถือว่าเป็นการกระทำความผิดในราชอาณาจักรก็จะต้องถือว่าเป็นความผิดที่เกิดขึ้นนอกราชอาณาจักรซึ่งมีโทษตามกฎหมายไทย จึงอยู่ในอำนาจของอัยการสูงสุดหรือผู้รักษาการแทนที่จะเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบความเห็นฝ่ายที่สองนี้มีอาจารย์ผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาหลายท่านสนับสนุน และยังเคยมีรองคำตอบข้อสอบของสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา สมัยที่ 51 ปีการศึกษา 2541 ข้อสอบผู้ช่วยผู้พิพากษา พ.ศ. 2500 ข้อ 5 และข้อสอบอัยการผู้ช่วย พ.ศ. 2541 ข้อ 1 ซึ่งรองคำตอบเฉลยว่า การกระทำความผิดบนเรือไทย หรืออากาศยานไทยขณะที่อยู่นอกราชอาณาจักร แม้กฎหมายให้ถือว่ากระทำความผิดในราชอาณาจักรแต่อยู่ภายใต้บังคับแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 เช่นเดียวกัน สอดคล้องกับความเห็นฝ่ายที่สองซึ่งคำตอบดังกล่าวก็สอดคล้องกับแนวทางปฏิบัติของพนักงานสอบสวน และพนักงานอัยการเมื่อเกิดคดีทำนองนี้ขึ้น นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่สนับสนุนความเห็นฝ่ายนี้คือ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6552/2559 คดีนี้โจทก์ฟ้องและนำสืบว่า จำเลยพา ร. ผู้เสียหายจากประเทศไทยส่งออกไปนอกราชอาณาจักรยังประเทศญี่ปุ่น แล้วหน่วงเหนี่ยวกักขังไว้และจัดให้อยู่อาศัยในประเทศญี่ปุ่นเพื่อให้ผู้เสียหายทำการค้าประเวณีที่สถานที่การค้าประเวณีที่ประเทศญี่ปุ่นโดยการฉ้อฉลและใช้อุบายหลอกลวงผู้เสียหายเพื่อบังคับข่มขู่ให้ผู้เสียหายทำการค้าประเวณี หรือเพื่อสนองความใคร่หรือสำเร็จความใคร่ในทางกามารมณ์ของผู้อื่น อันเป็นการลำเอียงเพื่อสินจ้างหรือประโยชน์อื่นใดอันเป็นการมิชอบ เพื่อจำเลยจะได้แสวงหาประโยชน์จากการค้าประเวณีของผู้เสียหาย โดยผู้เสียหายไม่ยินยอมและไม่สามารถขัดขืนได้ เหตุเกิดที่ประเทศไทยและประเทศญี่ปุ่นหลายท้องที่เกี่ยวพันกัน อันเป็นการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 มาตรา 6, 52 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 มาตรา 9 ป.อ. มาตรา 283 การกระทำของจำเลยดังกล่าวจึงเป็นการกระทำความผิดที่มีโทษตามกฎหมายไทย และได้กระทำความผิดนอกราชอาณาจักรไทยด้วย ซึ่ง ป.วิ.อ. มาตรา 20 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้อัยการสูงสุดหรือผู้รักษาการแทนเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ หรือจะมอบหมายหน้าที่นั้นให้พนักงานอัยการหรือพนักงานสอบสวนคนใดเป็นผู้รับผิดชอบทำการสอบสวนแทนก็ได้เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า อัยการสูงสุดมอบหมายให้

พนักงานสอบสวน กองบังคับการปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับการค้ามนุษย์ทำการสอบสวน โดยให้พนักงานอัยการ สำนักงานคดีอาญาร่วมทำการสอบสวน และให้ผู้บังคับการปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับการค้ามนุษย์หรือผู้รักษาการแทนเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ ดังนี้ พนักงานสอบสวน กองบังคับการปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับการค้ามนุษย์ จึงมีอำนาจสอบสวนคดีนี้ โจทก์จึงมีอำนาจฟ้อง

คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้แย้งกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2679/2559 และ 3118/2559 ซึ่งวินิจฉัยว่า ถ้ามีการกระทำความผิดส่วนหนึ่งกระทำในราชอาณาจักรและอีกส่วนหนึ่งกระทำนอกราชอาณาจักร ไม่ถือว่าเป็นกรณีความผิดซึ่งมีโทษตามกฎหมายไทยได้กระทำลงนอกราชอาณาจักรไทย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 ซึ่งอัยการสูงสุดหรือผู้รักษาการแทนเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ แต่คดีนี้ศาลฎีกาเห็นว่าเหตุในคดีนี้เกิดที่ประเทศไทยและประเทศญี่ปุ่นหลายท้องที่เกี่ยวพันกัน อันเป็นการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ.2551 มาตรา 6, 52 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ.2539 มาตรา 9 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 283 การกระทำของจำเลยดังกล่าวจึงเป็นการกระทำความผิดที่มีโทษตามกฎหมายไทยและได้กระทำลงนอกราชอาณาจักรไทยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 ซึ่งสอดคล้องกับแนวทางปฏิบัติของพนักงานสอบสวน และพนักงานอัยการในปัจจุบัน

ผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวความเห็นของฝ่ายที่ 2 ด้วยเหตุผลดังนี้

1) ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 วรรคสอง, 5 และ 6 เป็นกฎหมายสารบัญญัติที่กำหนดขอบเขตการใช้อำนาจรัฐในการบังคับใช้กฎหมาย แต่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 เป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติที่กำหนดเขตอำนาจสอบสวน จึงเป็นการแตกต่างระหว่างเขตอำนาจรัฐในการใช้บังคับกฎหมายกับเขตอำนาจสอบสวนในการกำหนดตัวพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ จึงไม่อาจนำมาใช้เป็นข้อยกเว้นซึ่งกันและกัน ฉะนั้นอำนาจสอบสวนตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา จึงต้องพิจารณาว่าเหตุเกิดที่ใด หากเหตุเกิดนอกราชอาณาจักร แม้แต่ส่วนหนึ่งส่วนใดในการกระทำความผิดเกิดนอกราชอาณาจักร จะต้องใช้บังคับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20

2) กรณีการกระทำความผิดซึ่งมีโทษตามกฎหมายไทยได้กระทำลงนอกราชอาณาจักร ตามกฎหมายพิเศษอื่นๆ เช่น ตาม พระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2534, พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551, พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542, พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 และพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 เป็นต้น นั้น ลักษณะแห่งการกระทำความผิดส่วนใหญ่จะเป็นการกระทำความผิดในราชอาณาจักรเกี่ยวพันกันกับการกระทำความผิดนอกราชอาณาจักร แต่บทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นล้วนแล้วแต่ให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 มาใช้บังคับ ฉะนั้นในกรณีตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 วรรคสอง และมาตรา 5, 6 จึงควรอยู่ภายใต้บังคับแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 ด้วย เช่นเดียวกัน

3) กรณีตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 วรรคสอง และมาตรา 5, 6 มีความเกี่ยวพันกับการกระทำความผิดนอกราชอาณาจักร ในการสอบสวนและการรวบรวมพยานหลักฐานที่อยู่นอกราชอาณาจักรจึงจำเป็น

ที่จะต้องขอความร่วมมือระหว่างประเทศ โดยเฉพาะการติดตามดำเนินคดีกับผู้กระทำผิด ซึ่งตามพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างในเรื่องอาญา พ.ศ. 2535 และ พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2551 ล้วนแล้วแต่กำหนดให้อัยการสูงสุดเป็นผู้ประสานงานกลางในการปฏิบัติตามบทบัญญัติดังกล่าว และเหตุที่กฎหมายมอบให้อัยการสูงสุดเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบในเรื่องนี้ก็เพราะว่าไม่มีท้องที่ที่เป็นเขตอำนาจการสอบสวนในราชอาณาจักรเพราะคดีไม่ได้เกิดขึ้นในประเทศไทย หรือถ้าเกิดก็เกิดเพียงบางส่วน นอกจากนี้ยังมีเหตุผลอีกประการหนึ่งก็คือเป็นกรณีที่มีความเกี่ยวข้องกับรัฐบาลต่างประเทศ ซึ่งถือว่าเป็นกรณีสำคัญ ถ้าทำผิดพลาดไปอาจจะทำให้เกิดข้อพิพาทกับต่างประเทศได้ การกำหนดให้อัยการสูงสุดเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบในการกระทำผิดตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 วรรคสอง และมาตรา 5, 6 จึงเหมาะสมและชอบด้วยเหตุผลแล้ว

อนึ่งกรณีการกระทำความผิดที่ส่วนหนึ่งกระทำในราชอาณาจักรและอีกส่วนหนึ่งกระทำนอกราชอาณาจักร ซึ่งตามแนวทางปฏิบัติของสำนักงานอัยการสูงสุด ถือว่าเป็นการกระทำความผิดที่มีโทษตามกฎหมายไทยและได้กระทำความผิดนอกราชอาณาจักรไทย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 มีกรณีศึกษาว่า การที่ผู้ต้องหาซึ่งเป็นคนไทยโพสต์ข้อความโฆษณาหลอกลวงในเว็บไซต์ Facebook ในราชอาณาจักรไทย และมีการโอนเงินระหว่างผู้เสียหายกับผู้ต้องหากระทำในราชอาณาจักรก็ดี หรือในกรณีที่ผู้ต้องหาโพสต์ข้อความอันเป็นการใส่ความหมิ่นประมาทผู้เสียหายด้วยการโฆษณาผ่านระบบอินเทอร์เน็ตทาง www.facebook.com โดยทั้งสองฝ่ายอยู่ในราชอาณาจักรไทยด้วยกัน การที่คอมพิวเตอร์ที่ทำหน้าที่ควบคุมเครือข่ายทั้งหมด (Server) ของผู้ให้บริการเว็บไซต์ Facebook มีที่ตั้งถิ่นฐานที่เก็บข้อมูลคอมพิวเตอร์อยู่นอกราชอาณาจักรไทย จึงมีปัญหว่าการกระทำผิดดังกล่าวถือเป็นการกระทำความผิดนอกราชอาณาจักรหรือไม่ ซึ่งพนักงานสอบสวนและสำนักงานอัยการบางแห่งเห็นว่ากรณีดังกล่าวเป็นการกระทำความผิดนอกราชอาณาจักร จึงทำหนังสือขออนุมัติให้อัยการสูงสุดแต่งตั้งพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 ซึ่งในเรื่องนี้อัยการสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยไว้ดังนี้

กรณีศึกษา

ผู้ต้องหาโพสต์ข้อความอันเป็นการใส่ความหมิ่นประมาทผู้เสียหายด้วยการโฆษณาผ่านระบบอินเทอร์เน็ตทาง www.facebook.com โดยทั้งสองฝ่ายอยู่ในราชอาณาจักรไทยด้วยกัน พนักงานสอบสวนทำหนังสือสอบถามไปยัง บก.ปอท. ชื่อเต็ม “กองบังคับการปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมทางเทคโนโลยี” เพื่อให้ตรวจสอบชื่อที่อยู่เจ้าของ Facebook ดังกล่าว

บก.ปอท. ได้มีหนังสือสอบถามไปยัง ICT “กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร” แล้ว สำนักงานปลัดกระทรวงฯ แจ้งว่า Facebook ไม่มีการแสดง IP Address บนหน้าสาธารณะและผู้ให้บริการ Facebook มีถิ่นฐานและที่ตั้งทำการอยู่ประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่ง ICT ไม่ได้เก็บข้อมูลใดๆ เกี่ยวกับเว็บไซต์ Facebook ดังนั้นจึงไม่สามารถตรวจสอบข้อมูลได้

คดีนี้พนักงานอัยการจังหวัด พิจารณาแล้วเห็นว่า เป็นการนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 328, 332 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับ

คอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 14 (1) โดยปรากฏหลักฐานเป็นหนังสือแจ้งผลการดำเนินการตรวจสอบข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ จาก ICT ว่า Facebook มีถิ่นฐานและที่ตั้งทำการอยู่นอกราชอาณาจักร กรณีจึงเป็นความผิดนอกราชอาณาจักรถึงแม้ผู้ต้องหาและผู้เสียหายจะอยู่ในประเทศไทยก็ตาม

ในเรื่องนี้อัยการสูงสุด พิจารณาแล้วเห็นว่าผู้เสียหายและผู้ต้องหาเป็นคนไทยและมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศไทยประกอบกับพฤติการณ์นำเข้าข้อความหมิ่นประมาทได้กระทำผ่านระบบเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารทางโปรแกรม Facebook โดยไม่ปรากฏว่าการกระทำความผิดด้วยการนำเข้าข้อความหมิ่นประมาทและการเปิด Facebook พบเห็นข้อความหมิ่นประมาท ได้มีการกระทำ ณ ที่ใดหรือการกระทำความผิดส่วนหนึ่งส่วนใดได้กระทำขณะอยู่นอกราชอาณาจักรไทย การที่โปรแกรม Facebook มีที่ตั้งถิ่นฐานที่เก็บข้อมูลคอมพิวเตอร์อยู่นอกราชอาณาจักรไทย ก็เป็นเพียงที่เก็บข้อมูลในระบบคอมพิวเตอร์ที่เชื่อมการทำงานของระบบคอมพิวเตอร์เท่านั้น คดีนี้จึงมีพยานหลักฐานไม่เพียงพอที่จะพิจารณาว่าการกระทำของผู้ต้องหาเป็นความผิดซึ่งมีโทษตามกฎหมายไทยได้กระทำการลงนอกราชอาณาจักรไทยที่จะให้อัยการสูงสุดจะเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20

2. อำนาจการสอบสวนและการสั่งคดีความผิดนอกราชอาณาจักร

อำนาจการสอบสวนคดีความผิดนอกราชอาณาจักร ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 ก่อนที่จะมีการแก้ไขตาม มาตรา 3 แห่ง พ.ร.บ.แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 9) พ.ศ. 2551 โดยบัญญัติแต่เพียงให้อัยการสูงสุดหรือผู้รักษการแทนเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ แต่ไม่ได้กำหนดรายละเอียดในการสอบสวนไว้ คงมีกฎกระทรวงมหาดไทย ซึ่งออกตามความในมาตรา 5 แห่ง พ.ร.บ.ให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2477 กำหนดหลักเกณฑ์วิธีการที่ให้อัยการสูงสุดมอบหมายให้พนักงานสอบสวนเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ หากมิได้สั่งเป็นอย่างอื่นเมื่อสอบสวนเสร็จสิ้นแล้วให้พนักงานสอบสวนส่งสำนวนการสอบสวนให้พนักงานอัยการท้องที่นั้น ๆ ดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ต่อไป

โดยผลของกฎกระทรวงดังกล่าว เมื่อมีคดีความผิดที่เกิดหรือเชื่อว่าได้เกิดนอกราชอาณาจักร พนักงานสอบสวนผู้พบเห็นความผิดเบื้องต้นโดยส่วนใหญ่จะเป็นพนักงานสอบสวนซึ่งผู้ต้องหาถูกจับในเขตอำนาจหรือซึ่งรัฐบาลประเทศอื่น หรือผู้เสียหายฟ้องร้องให้ทำโทษผู้ต้องหาจะทำหนังสือแจ้งให้อัยการสูงสุดทราบว่าเป็นเรื่องการกระทำความผิดนอกราชอาณาจักรตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 ที่อัยการสูงสุดหรือผู้รักษการแทนเป็นพนักงานสอบสวนที่รับผิดชอบ อัยการสูงสุดจะมอบหมายหน้าที่ให้พนักงานสอบสวนคนใดก็ได้ การมอบหมายของอัยการสูงสุดเป็นการมอบหมายในฐานะองค์กรมิใช่พนักงานสอบสวนคนใดคนหนึ่ง ซึ่งตามปกติอัยการสูงสุดจะไม่ดำเนินการในฐานะพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบด้วยตนเอง แต่จะมอบหมายพนักงานสอบสวนผู้พบเห็นคดีเบื้องต้นซึ่งก็คือหัวหน้าพนักงานสอบสวนท้องที่ที่พบเห็นการกระทำความผิดหรือผู้บังคับบัญชากองปราบปราม หรือสารวัตรแผนกกองกำกับการกองปราบปรามที่แจ้งเรื่องเข้ามาเป็นพนักงานสอบสวนที่รับผิดชอบ จะเห็นได้ว่าตามบทบัญญัติใน มาตรา 20 แห่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ก่อนที่จะมีการแก้ไชนั้น พนักงานอัยการจะไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการสอบสวนคดีความผิดนอกราชอาณาจักรเลย และอัยการสูงสุดก็ได้เป็นผู้สั่งคดีความผิดนอกราชอาณาจักรดังกล่าวเลย แต่เป็นอำนาจหน้าที่ของพนักงาน

อัยการท้องถิ่นที่เกิดเหตุ ตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 142 และ 143

ต่อมาในปี พ.ศ. 2551 ได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 บัญญัติไว้ดังนี้ “มาตรา 20 ถ้าความผิดซึ่งมีโทษตามกฎหมายไทยได้กระทำความผิดนอกราชอาณาจักรไทยให้อัยการสูงสุดหรือผู้รักษากฎหมายเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบหรือจะมอบหมายหน้าที่นั้นให้พนักงานอัยการหรือพนักงานสอบสวนคนใดเป็นผู้รับผิดชอบทำการสอบสวนแทนก็ได้

ในกรณีที่อัยการสูงสุดหรือผู้รักษากฎหมายมอบหมายให้พนักงานสอบสวนคนใดเป็นผู้รับผิดชอบทำการสอบสวน อัยการสูงสุดหรือผู้รักษากฎหมายจะมอบหมายให้พนักงานอัยการคนใดทำการสอบสวนร่วมกับพนักงานสอบสวนก็ได้

ให้พนักงานอัยการที่ได้รับมอบหมายให้เป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบหรือให้ทำการสอบสวนร่วมกับพนักงานสอบสวนมีอำนาจและหน้าที่ในการสอบสวนเช่นเดียวกับพนักงานสอบสวน บรรดาอำนาจและหน้าที่ประการอื่นที่กฎหมายบัญญัติไว้ให้เป็นอำนาจและหน้าที่ของพนักงานอัยการ

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 ที่แก้ไขใหม่นอกจากจะกำหนดให้อัยการสูงสุดหรือผู้รักษากฎหมายเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบหรือจะมอบหมายหน้าที่ให้พนักงานอัยการหรือพนักงานสอบสวนคนใดเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบแล้ว ตาม มาตรา 20 วรรคสองยังกำหนดให้อัยการสูงสุดมอบหมายให้พนักงานอัยการคนใดทำการสอบสวนร่วมกับพนักงานสอบสวน ซึ่งจะทำให้การสอบสวนมีประสิทธิภาพเพิ่มมากขึ้นแล้วยังทำให้มีการร่วมกันระหว่างตำรวจกับอัยการในการค้นหาความจริงซึ่งเป็นไปตามมาตรฐานสากล และ ตามมาตรา 20 ที่แก้ไขใหม่นี้ยังมีบทบัญญัติกำหนดให้อัยการสูงสุดเป็นผู้สั่งคดีที่พนักงานอัยการหรือพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบในการสอบสวนแล้วแต่กรณี เห็นว่าการสอบสวนเสร็จแล้ว ให้ทำความเห็นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 140 มาตรา 141 หรือมาตรา 142 ส่งพร้อมสำนวนไปยังอัยการสูงสุดหรือผู้รักษากฎหมาย ซึ่งอัยการสูงสุดจะเป็นผู้สั่งคดี ต่างจากเดิมผู้ที่จะรับมอบหมายให้เป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบแทนอัยการสูงสุดนั้นจะเป็นพนักงานสอบสวนเท่านั้นไม่มีพนักงานอัยการร่วมด้วยแต่ในปัจจุบันได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมว่าจะมอบให้พนักงานอัยการหรือพนักงานสอบสวนคนใดเป็นผู้รับผิดชอบก็ได้ นอกจากนั้นแม้จะมอบให้พนักงานสอบสวนก็อาจจะมอบหมายให้พนักงานอัยการ ไปร่วมทำการสอบสวนกับพนักงานสอบสวนก็ได้ ซึ่งพนักงานอัยการไม่เพียงแต่ช่วยพนักงานสอบสวนในการค้นหาพยานหลักฐาน^๑ แต่ยังมีอำนาจสอบสวนเช่นเดียวกับพนักงานสอบสวนทุกประการ

3. ขั้นตอนและแนวทางในการมอบหมายพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ

ก่อนที่จะมีการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ในมาตรา 20 เมื่อปี พ.ศ. 2551 นั้น

^๑ ระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2551 ข้อ 29 วรรคแรก ในกรณีที่อัยการสูงสุดหรือผู้รักษากฎหมายได้มีคำสั่งเป็นอย่างอื่น เมื่อการสอบสวนคดีความผิดซึ่งมีโทษตามกฎหมายไทยได้กระทำความผิดนอกราชอาณาจักรไทยตามข้อ 28 เสร็จสิ้นแล้ว ให้ทำความเห็นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 140 มาตรา 141 หรือมาตรา 142 ส่งพร้อม สำนวนไปยังอัยการสูงสุดหรือผู้รักษากฎหมายเพื่อส่ง โดยส่งให้พนักงานอัยการ ในท้องที่ซึ่งมีเขตอำนาจดำเนินคดีรับไว้แล้วส่งอัยการสูงสุดหรือผู้รักษากฎหมายแทนส่งต่อไป

ในการมอบหมายให้ผู้ใดเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 นั้น อัยการสูงสุดจะมอบหมายให้พนักงานสอบสวนที่พบเห็นคดีและได้ทำการสอบสวนในเบื้องต้น เป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ แต่เมื่อมีการแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวโดยบัญญัติให้อัยการสูงสุดสามารถ มอบหมายให้พนักงานอัยการเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบได้ด้วย นอกจากนี้ในกรณีที่อัยการสูงสุดมอบหมาย ให้พนักงานสอบสวนเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบอาจมอบหมายให้พนักงานอัยการคนใดเข้าร่วมสอบสวน กับพนักงานสอบสวนก็ได้ ซึ่งในปัจจุบันในการพิจารณา มอบหมายให้ผู้ใดเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบแทน อัยการสูงสุด มีแนวทางในการพิจารณาดังนี้

(1) ในคดีความผิดที่เกิดขึ้นนอกราชอาณาจักร และมีพยานวัตถุ พยานเอกสาร และ พยานบุคคล บางส่วน อยู่ในต่างประเทศ ซึ่งต้องอาศัยการขอความร่วมมือระหว่างประเทศ และเป็นคดีที่ไม่มีข้อยุ่งยากเกี่ยวข้องกับ พยานหลักฐานในประเทศนั้น อัยการสูงสุดก็จะมอบหมายให้พนักงานอัยการเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ แต่เพียงฝ่ายเดียว

(2) แต่ถ้าเป็นคดีมีความยุ่งยากมีพยานหลักฐานเกี่ยวพันกันทั้งในและนอกราชอาณาจักร ก็มักจะมอบหมาย ให้หัวหน้าพนักงานสอบสวนที่พบเห็นคดีและทำการสอบสวนในเบื้องต้นเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ และจะมอบหมายให้พนักงานอัยการในส่วนกลางเข้าร่วมการสอบสวนด้วย แต่ถ้าพนักงานสอบสวนที่อยู่ต่างจังหวัด เป็นผู้พบเห็นคดีและทำการสอบสวนในเบื้องต้น ก็จะมอบหมายให้หัวหน้าพนักงานสอบสวนนั้นเป็นพนักงาน สอบสวนผู้รับผิดชอบและมอบหมายให้พนักงานอัยการคนใดคนหนึ่งในสำนักงานอัยการจังหวัดแห่งท้องที่นั้น ทำการสอบสวนร่วม⁹

สำหรับขั้นตอนในการมอบหมายพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ เมื่อพนักงานสอบสวนที่ทำการสอบสวน ในเบื้องต้นเห็นว่าเป็นกรณีความผิดนอกราชอาณาจักร ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 แล้วจะทำบันทึกเสนออัยการสูงสุดเพื่อมอบหมายให้ผู้ใดเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ เมื่อพนักงานสอบสวน ผู้รับผิดชอบทำการสอบสวนเสร็จสิ้นแล้ว ให้ทำความเห็นส่งพร้อมสำนวนไปยังอัยการสูงสุดหรือผู้รักษการแทน เพื่อส่ง โดยส่งให้พนักงานอัยการในท้องที่ซึ่งมีเขตอำนาจดำเนินคดีรับไว้แล้วส่งให้อัยการสูงสุดหรือผู้รักษการแทน มีคำสั่งต่อไป¹⁰

ปัจจุบันแม้ว่าปัญหาการตีความว่าความผิดที่มีโทษตามกฎหมายไทยได้กระทำการลงนอกราชอาณาจักร ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 มีขอบเขตเพียงใด ยังมีความแตกต่างกันอยู่ แต่สำหรับ สำนักงานอัยการสูงสุด ได้วางแนวทางปฏิบัติในการดำเนินคดีความผิดที่มีโทษตามกฎหมายไทยได้กระทำการลงนอ กราชอาณาจักร ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 ไว้ว่า หมายถึง ความผิดที่มีการกระทำ ทั้งหมดเกิดขึ้นนอกราชอาณาจักรตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 7, 8 และ 9 และหมายรวมถึง การกระทำความผิด ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 วรรคสอง มาตรา 5 และ มาตรา 6 ด้วย ซึ่งสอดคล้อง ต้องกันกับแนวทางปฏิบัติของพนักงานสอบสวนที่เกี่ยวข้อง ซึ่งเมื่อพนักงานสอบสวนได้ทำการสอบสวนในเบื้องต้นแล้ว พบว่า เป็นกรณีความผิดตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 วรรคสอง มาตรา 5 และ 6 รวมถึง มาตรา 7

⁹ คู่มือการสอบสวนและทำการสอบสวนร่วมคดีความผิดนอกราชอาณาจักรไทยของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2557, 23-26.

¹⁰ ระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2551 ข้อ 29

ถึง มาตรา 9 แล้วจะทำบันทึกถึงอัยการสูงสุดเพื่อมอบหมายให้พนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ¹¹ แต่ยังคงมีปัญหาในทางปฏิบัติเนื่องจากมีแนวคำพิพากษาฎีกาที่วินิจฉัยในเรื่องขอบเขตอำนาจการสอบสวนของพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 ที่แตกต่างกันอยู่ ผู้เขียนจึงเห็นควรให้หน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีประเภทนี้ประชุมหารือร่วมกันเพื่อหาข้อยุติและวางแนวทางปฏิบัติร่วมกัน เพื่อให้การดำเนินคดีความผิดนอกราชอาณาจักรในความรับผิดชอบของแต่ละหน่วยงานเป็นไปในทิศทางเดียวกัน อันจะส่งผลให้การสอบสวนเป็นไปโดยรวดเร็วและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

¹¹ สำเนาเรื่องกระบวนการพิจารณาเสนอความเห็นและแจ้งการมอบหมายกรณี que ha หลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 ,ภาคผนวก ในคู่มือการสอบสวนและทำการสอบสวนคดีความผิดนอกราชอาณาจักรของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2557.

บทความจากบุตรี

บทความที่เขียนโดยบุตรีของศาสตราจารย์พิเศษจุลสิงห์ วสันตสิงห์ ผู้ล่วงลับ

นิติกฎหมายระหว่างประเทศของการส่งบุคคลข้ามแดน

International Law Perspective on Extradition

ณัฐฐา วสันตสิงห์

Nutta Vasantasingh

“รับเงินมาแน่ ๆ ทำงานแบบนี้”

“ทำไมข้าราชการไทยทำอะไรไม่เคารพกฎหมาย”

“อยู่ดี ๆ ส่งตัวเค้าไปได้ยังไง ไม่คิดถึงจิตใจเค้าหรือ”

“ไทยจะโดนแบนแล้ว พวกหน่วยราชการทำอะไรกันอยู่”

“ผู้ร้ายหนีไป ทำไมไม่รีบตามจับกลับมา ทำงานไร้ประสิทธิภาพ”

“ทำไมไม่รีบส่งเค้าไป พวกผู้ร้ายจะมาตามจับแล้ว”

เราจะเห็นการออกความเห็นเช่นนี้ได้มากมายบ่อย ๆ ในสังคมปัจจุบัน โดยเฉพาะในช่วงใหญ่ ๆ ที่สื่อต่าง ๆ ลงเกี่ยวกับการส่งตัวบุคคลข้ามแดนในบริบทต่าง ๆ ผู้คนก็มักจะมีความเห็นต่าง ๆ กันไป ซึ่งผู้เขียนเองก็เคารพหลัก Freedom of Expression อย่างที่สุด จึงคิดว่าไม่ควรมีการจำกัดการออกความคิดเห็นของประชาชน นอกเสียแต่ว่า ความคิดเห็นเหล่านั้นเป็นการกระทำที่เข้าข่ายผิดกฎหมายหรือมุ่งบ่อนทำลายผู้อื่นโดยไม่มีหลักฐานอันชอบธรรมสนับสนุน นอกจากนั้น ผู้เขียนเห็นว่า การออกความเห็นที่ได้ทำการอ่านหรือศึกษาเรื่องนั้น ๆ มามากพอสมควรแล้วเป็นการดีเพื่อก่อ ก็จะมีส่วนช่วยสร้างสรรค์สังคมของเราให้พัฒนาไปในทางที่ดีขึ้นต่อไป สำหรับความเห็นที่เป็นการแสดงอารมณ์หรือการแสดงความเห็นแบบออกธรมตามช่องทางออนไลน์แบบที่เราเคยเห็นกันมานั้น ก็อาจจะกระทำได้ แต่เราก็ควรจะคำนึงถึงข้อเท็จจริงที่ถูกต้อง และข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องก่อนแสดงความเห็นออกไปด้วย หากมันช่วยให้มีการดำเนินงานที่เร็วขึ้น ถูกต้องชอบธรรมมากขึ้นก็ดีไป แต่หากผลออกมาตรงกันข้าม ก็อาจสร้างอุปสรรคให้ผู้ปฏิบัติ โดยเฉพาะผู้ปฏิบัติชั้นผู้น้อยได้เช่นเดียวกัน ดังนั้น วัตถุประสงค์ของบทความฉบับนี้ คือการให้ความรู้ข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องในบริบทของการส่งบุคคลข้ามแดนที่มีอยู่ในปัจจุบัน เพื่อที่ผู้อ่านจะได้เข้าใจได้ดียิ่งขึ้นเวลาได้รับรู้รับทราบเกี่ยวกับข่าวหรือเหตุการณ์ต่าง ๆ ที่จะเกิดขึ้นต่อไปในสังคมโลก

การส่งบุคคลข้ามแดนและนิติของกฎหมายระหว่างประเทศ การส่งบุคคลข้ามแดน อาจมีพื้นฐานของกฎหมายตามพันธกรณีที่มีตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือตามกฎหมายไทยก็ได้ แบ่งได้เป็น 3 ประเภทคือการส่งผู้ร้ายข้ามแดน การโอนตัวผู้ต้องโทษตามคำพิพากษา และการส่งกลับบุคคลที่มีลักษณะต้องห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักร

1. การส่งผู้ร้ายข้ามแดน

การส่งผู้ร้ายข้ามแดน (Extradition) เป็นความร่วมมือระหว่างประเทศในการส่งตัวบุคคล ไม่ว่าสัญชาติใดก็ตาม ซึ่งได้กระทำความผิดคดีอาญาในประเทศหนึ่งหรือต้องคำพิพากษาของศาลอาญาของประเทศหนึ่ง และได้หลบหนีไปจากประเทศนั้นก่อนที่จะถูกดำเนินคดีหรือได้รับโทษในประเทศนั้น เพื่อกลับไปดำเนินคดีอาญาหรือรับโทษตามคำพิพากษาของศาลของประเทศผู้ร้องขอ โดยสามารถดำเนินการได้บนพื้นฐานของ (1) การมีสนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างกัน (กำลังเป็นที่ถกเถียงในหมู่นักวิชาการว่าจะสามารถจัดทำสนธิสัญญาแบบพหุภาคีได้หรือไม่ และจะเป็นประโยชน์อย่างไร) หรือ (2) หลักประติบัติต่างตอบแทน (Reciprocity) กล่าวคือ จะมีข้อกำหนดถ้อยคำใน Note Verbal ถึงประเทศผู้รับการร้องขอว่า ไทยจะให้คำมั่นว่าจะสามารถประติบัติต่างตอบแทนได้ในกรณีที่ประเทศผู้รับคำร้องขอมีคำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามมาในลักษณะเดียวกัน

ปัจจุบันไทยมีสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนกับ 14 ประเทศ คือ สหราชอาณาจักร เบลเยียม สหรัฐอเมริกา อินโดนีเซีย ฟิลิปปินส์ จีน เกาหลีใต้ ลาว บังกลาเทศ กัมพูชา พิจิ มาเลเซีย แคนาดา และออสเตรเลีย สำหรับพิจิ มาเลเซีย แคนาดา และออสเตรเลีย ได้แสดงความจำนงอ้างอิงสิทธิตามสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนสยาม – อังกฤษได้โดยอาศัยหลักการสืบสิทธิ

ที่ผ่านมารัฐบาลไทยได้ขอความร่วมมือไปยังประเทศต่าง ๆ เพื่อขอให้ส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดน และได้ให้ความร่วมมือกับประเทศต่าง ๆ ในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเป็นจำนวนมาก โดยประเทศไทยมีพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2551 เป็นพื้นฐานในการดำเนินการ โดยพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดนฯ กำหนดให้อัยการสูงสุดเป็นผู้ประสานงานกลาง มีอำนาจในการพิจารณาจัดทำคำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดน ซึ่งกระทรวงการต่างประเทศจะเป็นช่องทางการจัดส่งคำร้องตามวิถีทางการทูต ขั้นตอนการดำเนินการกรณีไทยเป็นประเทศผู้ร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน มีดังนี้

1. พนักงานอัยการ หรือหน่วยงานที่ประสงค์ให้มีการร้องขอผู้ร้ายข้ามแดนเสนอเรื่องต่อผู้ประสานงานกลาง (ในกรณีของไทยคืออัยการสูงสุด) ผู้ประสานงานกลางเป็นผู้พิจารณาว่าสมควรให้มีการร้องขอหรือไม่
2. ผู้ประสานงานกลางส่งเรื่องให้พนักงานอัยการจัดทำคำร้องขอและเอกสารประกอบ
3. ผู้ประสานงานกลางนำส่งคำร้องขอให้ประเทศที่ร้องขอ ทั้งนี้ วิธีการส่งคำร้องขอฯ มี 2 วิธี คือ (1) กรณีไม่มีสนธิสัญญาฯ ให้ส่งผ่านวิถีทางการทูต และ (2) กรณีมีสนธิสัญญาฯ ให้ส่งผ่านทางช่องทางที่สนธิสัญญาฯ กำหนด
4. หากคำร้องขอถูกนำส่งผ่านกระทรวงการต่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศจะนำส่งคำร้องขอไปยังประเทศที่ร้องขอโดยวิถีทางการทูต

ทั้งนี้ ในกรณีเร่งด่วน ผู้ประสานงานกลางอาจพิจารณาส่งคำร้องขอจับกุมชั่วคราว กล่าวคือ ในกรณีที่มีข้อมูลว่าบุคคลที่ต้องการตัวอยู่ในรัฐใดรัฐหนึ่ง และมีความจำเป็นเร่งด่วนในการจับกุมตัวบุคคลดังกล่าว ผู้ประสานงานกลางสามารถจัดทำคำร้องขอเพื่อให้มีการจับกุมตัวบุคคลนั้นเป็นการชั่วคราวไปพลางก่อน แล้วจึงจัดส่งคำร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนอย่างเป็นทางการตามหลัง โดยวิธีการส่งคำร้องขอให้จับกุมชั่วคราวจะเป็นไปตามกฎหมายภายในของรัฐผู้รับหรือตามสนธิสัญญาทวิภาคี แล้วแต่กรณี ทั้งนี้ เอกสารประกอบที่จำเป็นสำหรับ

คำร้องขอจับกุมชั่วคราวมักมีจำนวนน้อย และสามารถจัดทำได้รวดเร็วกว่าคำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนอย่างเป็นทางการ แต่สำคัญคือจะต้องมีการออกหมายจับโดยศาลอาญาของรัฐผู้ร้องขอ

หลักเกณฑ์ทั่วไปในการพิจารณาความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้

1. เป็นความผิดตามกฎหมายอาญาของทั้งสองประเทศ (Double criminality) กล่าวคือ ต้องเป็นความผิดทั้งในประเทศผู้ร้องขอและประเทศผู้ถูกร้องขอ
2. เป็นความผิดที่มีโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปีขึ้นไป
3. มิใช่ความผิดทางการเมืองหรือทางทหารโดยเฉพาะ
4. ไม่ปรากฏเหตุอันควรเชื่อได้ว่าจะดำเนินคดีหรือลงโทษบุคคลที่ถูกขอให้ส่งตัว โดยมีสาเหตุจากเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ หรือความคิดเห็นทางการเมืองของบุคคลนั้น หรืออาจมีอคติต่อสถานะของบุคคลนั้นโดยเหตุผลดังกล่าว และ
5. เป็นคดีที่ยังไม่ขาดอายุความ
6. มีคำยืนยันเรื่องการประติบัติต่างตอบแทน กรณีไม่มีสนธิสัญญา

นอกจากนี้ หลักสำคัญที่จะต้องพิจารณาในการขอให้ส่งตัวบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดน คือ หลักเกณฑ์ว่าด้วยการพิจารณาความผิดเฉพาะเรื่อง (Rule of Specialty) กล่าวคือ การไม่ให้ลงโทษบุคคลที่ถูกส่งเป็นผู้ร้ายข้ามแดนในความผิดอื่นนอกเหนือจากความผิดที่ขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน ดังนั้น ในการร้องขอให้ส่งตัวบุคคลใดเป็นผู้ร้ายข้ามแดน ประเทศผู้ร้องขอควรรวบรวมข้อหาและฐานความผิดทั้งหมดที่ต้องการจะดำเนินคดีและจัดทำเป็นคำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนไปในคราวเดียวกัน เพื่อป้องกันปัญหาการไม่สามารถดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดในความผิดอื่นที่ไม่ได้ขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้

2. การโอนตัวผู้ต้องโทษตามคำพิพากษา

การโอนตัวผู้ต้องโทษตามคำพิพากษาและความร่วมมือในการบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาคืออาญา (การโอนตัวนักโทษ) มีวัตถุประสงค์เพื่อความร่วมมือในการบริหารงานยุติธรรมระหว่างสองประเทศ โดยให้อาสาคนชาติของประเทศหนึ่งที่ต้องโทษตามคำพิพากษาในดินแดนของอีกประเทศหนึ่งสามารถกลับไปรับโทษต่อในประเทศของตนได้ เพื่อช่วยให้ผู้ต้องโทษตามคำพิพากษานั้นได้รับการแก้ไขพัฒนาพฤติกรรมเสียอย่างเหมาะสม และสามารถกลับคืนเข้าสู่สังคมของนักโทษได้ดีขึ้นเมื่อพ้นโทษ โดยที่การเจรจาสนธิสัญญาว่าด้วยการโอนตัวผู้ต้องโทษตามคำพิพากษาและความร่วมมือในการบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาคืออาญา (สนธิสัญญาว่าด้วยการโอนตัวนักโทษ) เป็นเรื่องที่มีผลกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและจะผูกพันประเทศคู่เจรจาในระยะยาว การโอนตัวผู้ต้องโทษตามคำพิพากษาจะไม่สามารถกระทำได้หากไม่มีสนธิสัญญาระหว่างกัน ทำให้ไทยเร่งการเจรจาสนธิสัญญาโอนตัวผู้ต้องโทษตามคำพิพากษา โดยประเทศไทยมีสนธิสัญญาเช่นว่าแล้วกับ 38 ประเทศ โดยประเทศเปรูเป็นประเทศล่าสุดที่ไทยดำเนินการเพื่อให้มีผลใช้บังคับ ซึ่งต่างจากการส่งผู้ร้ายข้ามแดนซึ่งสามารถดำเนินการได้แม้ไม่มีสนธิสัญญา แต่ใช้หลักประติบัติต่างตอบแทน

การเจรจาจัดทำสนธิสัญญาว่าด้วยการโอนตัวนักโทษควรอยู่บนพื้นฐานของหลักการและบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติการปฏิบัติเพื่อความร่วมมือระหว่างประเทศในการดำเนินการตามคำพิพากษาคดีอาญา พ.ศ. 2527 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งจะเป็นกฎหมายรองรับพันธกรณีตามสนธิสัญญา รวมถึงข้อบทตามสนธิสัญญาว่าด้วยการโอนตัวนักโทษที่ไทยเคยจัดทำไว้กับประเทศอื่น ๆ

สาระสำคัญของการโอนตัวผู้ต้องโทษตามคำพิพากษาคกรอบคลุมเฉพาะเรื่องความร่วมมือเกี่ยวกับการโอนตัวนักโทษโดยไม่รวมถึงความร่วมมือเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดน หรือการให้ความช่วยเหลือซึ่งกันและกันในเรื่องทางอาญา สรุปได้ดังนี้

1. ผู้ประสานงานกลางฝ่ายไทย ได้แก่ คณะกรรมการพิจารณาการโอนนักโทษ โดยให้ประเทศผู้รับโอนจัดส่งคำร้องขอไปยังผู้ประสานงานกลางของประเทศผู้โอนผ่านวิถีทางการทูต
2. เงื่อนไขการโอนตัวและเหตุในการปฏิเสธการโอนตัว ไม่ขัดกับบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการปฏิบัติเพื่อความร่วมมือระหว่างประเทศในการดำเนินการตามคำพิพากษาคดีอาญาฯ อาทิ (1) บุคคลผู้ถูกร้องขอต้องเป็นสมาชิกของประเทศผู้รับโอนซึ่งไม่ใช่สมาชิกของประเทศผู้โอนและต้องเป็นบุคคลที่ต้องคำพิพากษาหรือคำสั่งถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุกหรือโทษจำกัดเสรีภาพในรูปแบบอื่นและกำลังรับโทษนั้นอยู่ในประเทศผู้โอน (2) บุคคลผู้ถูกร้องขอต้องไม่อยู่ในระหว่างการดำเนินคดีอาญาในความผิดอื่นในประเทศผู้โอน (3) บุคคลผู้ถูกร้องขอต้องได้รับโทษมาแล้วเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่าระยะเวลาขั้นต่ำสำหรับการโอนตัวตามกฎหมายของประเทศผู้โอน (4) การโอนตัวต้องได้รับความเห็นชอบจากประเทศผู้โอนและประเทศผู้รับโอน และต้องได้รับความยินยอมของบุคคลผู้ถูกร้องขอ หรือบุคคลที่มีสิทธิทำการแทนในกรณีที่มีความจำเป็น
3. การคงไว้ซึ่งเขตอำนาจ ประเทศผู้โอนคงไว้ซึ่งเขตอำนาจเกี่ยวกับคำพิพากษาหรือคำสั่งและโทษตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลของตน รวมถึงอำนาจในการแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกคำพิพากษาหรือคำสั่งและโทษตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลของตน และอำนาจในการอภัยโทษ
4. การบังคับโทษต่อในประเทศผู้รับโอน เป็นไปตามกฎหมายและขั้นตอนของประเทศผู้รับโอน โดยประเทศผู้รับโอนต้องผูกพันตามลักษณะทางกฎหมายและระยะเวลาของโทษตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลของประเทศผู้โอน เว้นแต่กรณีที่โทษหรือเงื่อนไขในการรับโทษตามกฎหมายของประเทศผู้รับโอนไม่ตรงกับโทษหรือเงื่อนไขในการรับโทษตามกฎหมายของประเทศผู้โอน ประเทศผู้รับโอนอาจปรับใช้โทษตามกฎหมายของประเทศผู้รับโอนได้ แต่จะต้องแจ้งประเทศผู้โอนเรื่องการปรับใช้โทษมาพร้อมกับการมีคำร้องขอ และประเทศผู้โอนมีสิทธิปฏิเสธไม่โอนตัวบุคคลผู้ถูกร้องขอโดยเหตุนี้

สรุปได้ว่า การโอนตัวผู้ต้องโทษตามคำพิพากษาต้องอาศัยกฎหมายเท่านั้น ไม่จำเป็นต้องมีคำตัดสินของศาล เพียงแต่ผ่านคณะกรรมการพิจารณาโอนนักโทษ ทั้งนี้ ผู้ที่จะได้รับโอนตามกฎหมายนี้ จะต้องเป็นผู้ที่ถูกจำคุกหรือต้องโทษอยู่ มิใช่ผู้ที่โดนกล่าวหาตั้งเช่นผู้ร้ายข้ามแดน

3. การส่งตัวบุคคลกลับตามอำนาจของสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง

มาตรา 22 กำหนดว่า “ในกรณีที่พนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจพบว่าคนต่างด้าวซึ่งมีลักษณะต้องห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามมาตรา 12¹ เข้ามาในราชอาณาจักร ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจสั่งให้คนต่างด้าวผู้นั้นกลับออกไปนอกราชอาณาจักรได้ โดยมีคำสั่งเป็นหนังสือ....”

อำนาจตามมาตรา 22 นี้ถือเป็นอำนาจของสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองที่จะใช้บังคับก่อนการเริ่มกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดน หรือหลังกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ในกรณีที่ศาลสั่งไม่ส่งตัวบุคคลดังกล่าวเป็นผู้ร้ายข้ามแดน และรัฐบาลไทยยืนยันทำตามที่ตามคำสั่งของศาล แต่บุคคลผู้นั้นอยู่ในประเทศไทยโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงทำให้ไม่สามารถอยู่ในประเทศไทยต่อไป ซึ่งการที่พนักงานเจ้าหน้าที่สั่งให้คนต่างด้าวออกไปนอกราชอาณาจักรนั้น ย่อมหมายถึงการสั่งให้คนต่างด้าวไป ณ ที่ใดก็ได้ แล้วแต่คนผู้นั้นประสงค์จะไป ขอเพียงแต่ออกนอกประเทศไทยเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ หากคนต่างด้าวดังกล่าวไม่มีงบประมาณ ทางกรมไทยก็มักจะส่งบุคคลนั้นไปประเทศต้นทางของเขานั่นเอง

¹ มาตรา 12 ห้ามมิให้คนต่างด้าวซึ่งมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้เข้ามาในราชอาณาจักร

(1) ไม่มีหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางอันถูกต้องและยังสมบูรณ์อยู่ หรือมิได้ได้รับการตรวจลงตราในหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางเช่นนั้นจากสถานทูตหรือสถานกงสุลไทยในต่างประเทศหรือจากกระทรวงการต่างประเทศ เว้นแต่กรณีที่ไม่ต้องมีการตรวจลงตราสำหรับคนต่างด้าวบางประเภทเป็นพิเศษ

การตรวจลงตราและการยกเว้นการตรวจลงตราให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง

(1.1) การตรวจลงตราตาม

(1.2) ให้เสียค่าธรรมเนียมตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

(2) ไม่มีปัจจัยในการยังชีพตามควรแก่กรณีเข้ามาในราชอาณาจักร

(3) เข้ามาเพื่อมิอาชีพเป็นกรรมกร หรือเข้ามาเพื่อรับจ้างทำงานด้วยกำลังกาย โดยไม่ได้อาศัยวิชาความรู้หรือการฝึกทางวิชาการ หรือเข้ามาเพื่อทำงานอื่นอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าว

(4) วิกลจริตหรือมีโรคอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

(5) ยังมีได้ปลูกฝังป้องกันไข้ทรพิษ หรือฉีดยั้วคขึ้น หรือปฏิบัติกรอย่างอื่นตามวิชาการแพทย์เพื่อป้องกันโรคติดต่อตามที่กฎหมายบัญญัติ และไม่ยอมให้แพทย์ตรวจคนเข้าเมืองกระทำกรเช่นนั้น

(6) เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาของศาลไทยหรือคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดลหุโทษหรือความผิดอันได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดที่ยกเว้นไว้ในกฎกระทรวง

(7) มีพฤติการณ์เป็นที่น่าเชื่อว่าเป็นบุคคลที่เป็นภัยต่อสังคม หรือจะก่อเหตุร้ายให้เกิดอันตรายต่อความสงบสุขหรือความปลอดภัยของประชาชน หรือความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร หรือบุคคลซึ่งเจ้าหน้าที่รัฐบาลต่างประเทศได้ออกหมายจับ

(8) มีพฤติการณ์เป็นที่น่าเชื่อว่าเป็นคนเข้าเมืองเพื่อการค้าประเวณี การค้าหญิง หรือเด็ก การค้ายาเสพติดให้โทษ การลักลอบหนีภาษีศุลกากร หรือเพื่อประกอบกิจการอื่นที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

(9) ไม่มีเงินติดตัวหรือไม่มีประกันตามที่รัฐมนตรีประกาศตามมาตรา 14

(10) รัฐมนตรีไม่อนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามมาตรา 16

(11) ถูกรัฐบาลไทยหรือรัฐบาลต่างประเทศเนรเทศ หรือถูกเพิกถอนสิทธิการอยู่อาศัยในราชอาณาจักรหรือในต่างประเทศมาแล้ว หรือถูกพนักงานเจ้าหน้าที่ส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักร โดยรัฐบาลไทยเสียค่าใช้จ่าย ทั้งนี้ เว้นแต่รัฐมนตรีได้พิจารณาขานให้เป็นการพิเศษเฉพาะราย

การตรวจวินิจฉัยโรค ร่างกายหรือจิต ตลอดจนการปฏิบัติการเพื่อป้องกันโรคติดต่อ ให้ใช้แพทย์ตรวจคนเข้าเมือง

กรณีศึกษา นายฮาซิม อัล อาไรบี นักฟุตบอลชาวบาห์เรน ที่ได้รับสถานะผู้ลี้ภัยจากรัฐบาลออสเตรเลีย

ภูมิหลัง

- ปี 2555 นายฮาซิม นักฟุตบอลสัญชาติบาห์เรน ถูกทางการบาห์เรนควบคุมตัว หลังวิพากษ์วิจารณ์เจ้าหน้าที่ระดับสูงที่ปราบปรามนักฟุตบอลที่เข้าร่วมชุมนุมประท้วงด้านรัฐบาล
- ปี 2557 นายฮาซิม นักฟุตบอลสัญชาติบาห์เรน ถูกศาลบาห์เรนสั่งจำคุกเป็นเวลา 10 ปี ในฐาน 1. ลอบวางเพลิง 2. ชุมนุมโดยมิชอบด้วยกฎหมายมากกว่า 5 คน 3. ครอบครองวัตถุไวไฟ 4. ทำลายทรัพย์สินเสียหาย ต่อมานายฮาซิมหลบหนีออกจากประเทศบาห์เรน ไปยังประเทศออสเตรเลีย ทั้งนี้ นายฮาซิม ได้ปฏิเสธทุกข้อหา โดยยืนยันว่า ขณะเกิดเหตุตนกำลังแข่งขันฟุตบอลอยู่
- ปี 2560 นายฮาซิม ได้รับสถานะผู้ลี้ภัยจากรัฐบาลออสเตรเลีย และได้เล่นฟุตบอลอาชีพที่สโมสรฟุตบอลพาสโคเวลเอฟซี เมืองเมลเบิร์น

เมื่อวันที่ 27 พฤศจิกายน 2561 นายฮาซิม ถูกจับกุมที่ท่าอากาศยานสุวรรณภูมิ ขณะเดินทางมาที่ประเทศไทย เพื่อฉลองพิธีมงคลสมรสกับภรรยา ตามหมายจับขององค์การตำรวจสากลหรือ Interpol

การจับนายฮาซิมฯ เป็นกรณีที่ทางการไทยใช้อำนาจตามมาตรา 22 ของพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 จับกุมคนที่มีหมายแดง ซึ่งการมีหมายแดงเท่ากับเป็นบุคคลที่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 12 ของพระราชบัญญัติฯ โดยสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองได้พิจารณาติดต่อไปยังประเทศผู้ขอให้อพยพตามหมายแดง ให้จัดทำคำร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนอย่างเป็นทางการมา ซึ่งหากไม่ปรากฏว่าประเทศผู้ร้องขอจัดทำคำร้องส่งผู้ร้ายข้ามแดน บุคคลดังกล่าวก็จะถูกปล่อยตัวให้เป็นอิสระ อย่างไรก็ตาม ปรากฏว่าทางการบาห์เรนได้มีคำร้องขอให้จับกุมตัวชั่วคราว และมีคำร้องขอให้ส่งตัวบุคคลดังกล่าวเป็นผู้ร้ายข้ามแดนอย่างเป็นทางการตามผ่านกระทรวงการต่างประเทศ และเมื่อทางการไทยได้รับคำร้องขอให้จับกุมตัวชั่วคราว นายฮาซิมฯ จึงถูกควบคุมตามมาตรา 15 ของพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2551 ซึ่งกำหนดให้พนักงานอัยการไปยื่นคำร้องต่อศาลขอให้ส่งระหว่างรอคำขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนอย่างเป็นทางการ ดังนั้น เมื่อบาห์เรนส่งคำร้องขออย่างเป็นทางการมาถึงทางการไทย ก็ถือว่ากรณีนี้เข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีส่งผู้ร้ายข้ามแดนตามมาตรา 18 ของพระราชบัญญัติฯ แล้ว โดยประเด็นที่ศาลจะพิจารณาปรากฏตามพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดนฯ สรุปได้ดังนี้

- เป็นความผิดตามกฎหมายอาญาของทั้งสองประเทศ (Double Criminality) กล่าวคือ ต้องเป็นความผิดทั้งในประเทศผู้ร้องขอและประเทศผู้ถูกร้องขอ
- เป็นความผิดที่มีโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปีขึ้นไป
- คดียังไม่ขาดอายุความ
- มีคำยืนยันเรื่องการประติบัติต่างตอบแทน กรณีไม่มีสนธิสัญญา

- ไม่ปรากฏเหตุอันควรเชื่อได้ว่าจะดำเนินคดีหรือลงโทษบุคคลที่ถูกขอให้ส่งตัว โดยมีสาเหตุจากเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ หรือความคิดเห็นทางการเมืองของบุคคลนั้น หรืออาจมีอคติต่อสถานะของบุคคลนั้น โดยเหตุผลดังกล่าว²
- บุคคลจะไม่ถูกพิจารณาซ้ำในฐานความผิดเดียวกัน (Double Jeopardy) และ
- ไม่ใช่ความผิดที่มีลักษณะทางการเมือง³ หรือทางการเมืองการทหารโดยเฉพาะ (มาตรา 9 วรรค 1)

หากศาลพิจารณาตามข้อบทกฎหมายจากพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดนแล้ว แล้วไม่พบลักษณะ ต้องห้ามตามพระราชบัญญัติฯ ตามกฎหมายไทย และหลักสากลที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งแม้ไม่อยู่ใน พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดนฯ แต่ศาลก็อาจรับฟังได้เนื่องจากไทยมีพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศอยู่ เมื่อพิจารณาประเด็นทั้งหมดแล้ว ศาลก็อาจจะมีความสงสัยถึงที่สุดให้ส่งบุคคลซึ่งถูกร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน หรือมี คำสั่งว่าไม่ส่งตัวบุคคลดังกล่าวเป็นผู้ร้ายข้ามแดนและให้บุคคลดังกล่าวเป็นอิสระได้

ดังนั้น ในกรณีของนายฮาซิมฯ เมื่อกระบวนการตามพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดนฯ เริ่มแล้ว การที่ ทางของไทยยังไม่ส่งนายฮาซิมกลับออสเตรเลีย แม้ว่าจะถูกกดดันเพียงใดจากนานาชาติ ย่อมเป็นการกระทำที่ ขอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากฝ่ายบริหารของไทยยังไม่สามารถเข้าไปแทรกกระบวนการทางกฎหมายได้ จนกว่า กระบวนการทางกฎหมายจะจบลงแล้ว ทั้งนี้ทั้งนั้น แม้ศาลจะตัดสินให้ส่งตัวนายฮาซิมฯ เป็นผู้ร้ายข้ามแดนไปยัง บาห์เรน แต่รัฐบาลไทยยังมีโอกาสพิจารณาส่งหรือไม่ส่งบุคคลนั้นเป็นผู้ร้ายข้ามแดนได้อีกครั้งตามมาตรา 22 ของพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดนฯ⁴ ดังนั้น อำนาจการตัดสินใจสุดท้ายจึงอยู่กับฝ่ายบริหาร นอกจากนี้ การที่ฝ่ายประชาชนมีการอ้างหลักการห้ามส่งกลับ หรือ Non-refoulement ขึ้น เพื่อขอให้รัฐบาลพิจารณา ไม่ส่งนายฮาซิมฯ กลับบาห์เรนเพราะเกรงว่านายฮาซิมฯ จะโดนกระทำการทรมานหากส่งกลับนั้น เป็นการกล่าวอ้าง ที่ชอบธรรมและชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากไทยมีพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศที่จะต้องปฏิบัติตาม ข้อ 3 ของ อนุสัญญาต่อต้านการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยี ศักดิ์ศรี (Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment – CAT) ที่กำหนดว่า รัฐบาลต้องไม่ขับไล่ ส่งกลับ (ผลักดันกลับออกไป) หรือส่งบุคคลเป็นผู้ร้าย

² ICCPR Article 26

All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other statu

³ ความผิดลักษณะทางการเมืองไม่รวมถึงความผิดดังต่อไปนี้ (มาตรา 9 วรรค 2)

- (1) การปลงพระชนม์ ประทุษร้ายต่อพระองค์ หรือเสรีภาพของพระมหากษัตริย์ พระราชินี หรือรัชทายาท
- (2) การฆ่า ประทุษร้ายต่อร่างกายหรือเสรีภาพของประมุขแห่งรัฐ ผู้นำรัฐบาล หรือสมาชิกโดยตรงในครอบครัวของบุคคลนั้น
- (3) การกระทำความผิดที่ไม่ได้ถือว่าเป็นความผิดทางการเมืองเพื่อวัตถุประสงค์ในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ตามสนธิสัญญาซึ่งประเทศไทยเป็นภาคี

⁴ มาตรา 22

ภายหลังจากที่ศาลมีความสงสัยถึงที่สุดให้ส่งบุคคลซึ่งถูกร้องขอให้ส่งเป็นผู้ร้ายข้ามแดนและรัฐบาลไทยพิจารณาให้ส่งบุคคลนั้นเป็นผู้ร้ายข้ามแดนแล้ว การส่งมอบตัวบุคคลซึ่งถูกร้องขอให้ส่งข้ามแดนให้แก่ประเทศผู้ร้องขอจะต้องดำเนินการให้เสร็จสิ้นภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ศาลมีความสงสัยถึงที่สุด หรือภายใน กำหนดเวลาที่ศาลได้อนุญาตให้ขยายออกไปตามคำร้องของพนักงานอัยการ ทั้งนี้ รายละเอียดเกี่ยวกับ วัน เวลา สถานที่และวิธีการส่งมอบตัวบุคคลซึ่งถูก ร้องขอให้ส่งข้ามแดนให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ข้ามแดนไปยังอีกรัฐหนึ่ง เมื่อมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นจะตกอยู่ภายใต้อันตรายที่จะถูกทรมาน ซึ่งประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีสัญญาต่อต้านการทรมานฯ โดยการภาคยานุวัติเมื่อวันที่ 2 ตุลาคม 2550 และมีผลใช้บังคับกับประเทศไทยตั้งแต่วันที่ 1 พฤศจิกายน 2550 เป็นต้นไป

เรื่องนี้จบอย่างไร

ระหว่างที่ภาคประชาชนต่างวิพากษ์วิจารณ์ และภาคประชาสังคมได้เร่งขอความร่วมมือจากภาครัฐที่เกี่ยวข้องเพื่อให้มีการปล่อยตัวนายฮาซิมฯ นั้น เป็นกรณีที่นายฮาซิมฯ ถูกจับและถูกคุมขังภายใต้พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2522 และก่อนที่จะถึงกระบวนการที่ศาลจะมีคำสั่งว่าให้ปล่อยตัวหรือมีคำสั่งให้ส่งนายฮาซิมฯ เป็นผู้ร้ายข้ามแดน ปรากฏว่าฝ่ายบาทเรนได้ถอนคำร้องขอตัวนายฮาซิมฯ เป็นผู้ร้ายข้ามแดน และมีหนังสือมายังกระทรวงการต่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศจึงแจ้งสำนักงานอัยการสูงสุด ทำให้ศาลมีคำสั่งปล่อยตัวนายฮาซิมฯ ทันที และเรื่องนี้ก็จบลงท่ามกลางความพึงพอใจของทุกฝ่าย

หากบาทเรนไม่ถอนคำร้องขอฯ จะเป็นเช่นไร?

ทางการไทย ทั้งในชั้นศาล และในชั้นบริหาร สามารถใช้ดุลยพินิจที่จะไม่ส่งตัวนายฮาซิมฯ เป็นผู้ร้ายข้ามแดนได้ โดยใช้กฎหมายไทยที่มีอยู่ ผลลัพธ์ที่เป็นไปได้มี 2 ประการ คือ ศาลฟังว่านายฮาซิมฯ จะโดนกระทำการทรมานหากส่งตัวไปบาทเรน และสั่งปล่อยตัว หรือ ศาลสั่งให้ส่งตัวนายฮาซิมฯ เป็นผู้ร้ายข้ามแดน แต่ฝ่ายบริหารก็อาจใช้ดุลยพินิจพิจารณาไม่ส่งนายฮาซิมฯ อย่างไรก็ตามก็ดี แม้จะมีอำนาจตามกฎหมาย แต่การตัดสินใจโดยให้เหตุผลว่าประเทศบาทเรนจะกระทำการทรมานนายฮาซิมฯ ดูเป็นเรื่องที่จะกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและความสัมพันธ์ทางการทูตของไทยอย่างแน่นอน การต่างประเทศของไทยกับบาทเรนในขณะนั้นแขวนอยู่บนเส้นด้าย ไทยจะกล่าวหาบาทเรนโดยไม่มีหลักฐานไม่ได้ หรือหากมีหลักฐานและไทยจะไม่ส่งคนสัญชาติบาทเรนกลับเพราะสาเหตุนั้น ก็เป็นเรื่องที่แจ้งต่อฝ่ายบาทเรนยาก เป็นสถานการณ์ที่กลืนไม่เข้าคายไม่ออก โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีออสตรเลียหนุนหลังนายฮาซิมฯ ยิ่งทำให้ไทยตกอยู่ในที่นั่งของคนกลางที่ไม่สามารถเลือกข้างได้

ในคดีต่าง ๆ ที่ผ่านมา ในกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ทางการไทยยังไม่ได้พบกับการกล่าวอ้างเรื่องการกระทำการทรมาน แบบกรณีของนายฮาซิมฯ ทั้งในชั้นศาล และในชั้นการใช้ดุลยพินิจของฝ่ายบริหาร หรือหากได้พบ ก็อาจจะไม่ได้มีความน่าเชื่อถือเพียงพอ และไม่ได้อยู่ในความสนใจของภาคประชาสังคม ทางการไทยจึงไม่ได้ประสบปัญหาดังเช่นในกรณีของนายฮาซิมฯ เป็นที่น่าคิดว่า หากมีการกล่าวอ้างบ่อย ๆ และกว้างขวาง จะมีกรณีศึกษาที่ลงลึกในประเด็นของคำสั่งของศาล หรือดุลยพินิจของฝ่ายบริหารที่ตัดสินเป็นคุณแก่ผู้ร้ายโดยอ้างหลักการห้ามทรมานหรือหลักมนุษยธรรมอื่น ๆ บ้างหรือไม่

หลักการห้ามส่งกลับกับกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

ในกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้น ตามพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2551 หากกระทรวงการต่างประเทศพิจารณาแล้วเห็นว่ากระทำการตามคำร้องขอให้ส่งเป็นผู้ร้ายข้ามแดนจะมีผลกระทบกระเทือนความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือมีเหตุผลอื่นที่ทำให้ไม่อาจดำเนินการได้ กระทรวงการต่างประเทศสามารถเสนอให้คณะรัฐมนตรีพิจารณา ซึ่งหากคณะรัฐมนตรีเห็นชอบตามที่กระทรวงการต่างประเทศเสนอ ก็ให้พิจารณาสั่งการตามที่เห็นควร หากคณะรัฐมนตรีไม่เห็นชอบก็ให้กระทรวงการต่างประเทศดำเนินการ

ส่งคำร้องขอให้ผู้ประสานงานกลาง (สนง. อัยการสูงสุด) ต่อไป (มาตรา 13) ซึ่งหาก สนง. อัยการสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า คำร้องขออาจกระทบกระเทือนความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หรือมีเหตุผลอื่นใดซึ่งไม่ควรดำเนินการให้แจ้งกระทรวงการต่างประเทศเพื่อดำเนินการต่อไป (มาตรา 14 (4)) และแม้ว่าศาลจะมีคำสั่งถึงที่สุดให้ส่งบุคคลซึ่งถูกร้องขอให้ส่งเป็นผู้ร้ายข้ามแดนแล้ว รัฐบาลไทยยังมีโอกาสพิจารณาส่งหรือไม่ส่งบุคคลนั้นเป็นผู้ร้ายข้ามแดนได้อีกครั้งด้วย (มาตรา 22) รัฐบาลไทยจึงสามารถปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้หากมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการส่งบุคคลดังกล่าวออกไปจะส่งผลให้บุคคลนั้นถูกกระทำทรมานหรือถูกกระทำให้สูญหาย ทั้งนี้ อำนาจที่ได้กล่าวมา แม้มีความชัดเจนทางกฎหมาย แต่ก็ทำให้ฝ่ายบริหารใช้อำนาจตัดสินใจได้ยากเมื่อเป็นบริบทของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม การมีกฎหมายกำหนดพฤติการณ์ต่างๆ อันจะทำให้ไทยปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ ย่อมทำให้ประเทศผู้ร้องขอเชื่อได้มากกว่า และเป็นปัญหาทางการทูตน้อยกว่า (more convincing and less problematic)

อนึ่ง ไทยกำลังอยู่ระหว่างการดำเนินการเพื่อให้ร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการบังคับบุคคลให้สูญหาย พ.ศ. มีผลใช้บังคับ โดยร่างพระราชบัญญัติฯ มีวัตถุประสงค์เพื่ออนุวัติการตามอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการบังคับให้หายสาบสูญ (International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance – CED) เมื่อไทยเข้าเป็นภาคี อีกทั้งเพื่อให้ไทยสามารถปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 1 (การบัญญัติความหมายของคำว่า “ทรมาน”) และข้อ 4 (การบัญญัติให้การกระทำทรมานเป็นความผิดและมีบทลงโทษ) ของอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้ายไม่มนุษยธรรม หรือที่ย่อเรียกสั้นๆ (Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment – CAT) ได้ดียิ่งขึ้น⁵

ร่างพระราชบัญญัติฯ มีสาระสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ดังนี้ 1) กำหนดห้ามไม่ให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐส่งตัวบุคคลใดออกไปนอกราชอาณาจักร หากมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการส่งบุคคลดังกล่าวออกไปจะส่งผลให้บุคคลนั้นถูกกระทำทรมานหรือถูกกระทำให้สูญหายตาม และไม่ให้อีกว่าการกระทำทรมานและกระทำให้บุคคลสูญหายเป็นความผิดทางการเมืองตามกฎหมายว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน และกฎหมายว่าด้วยความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา 2) การกำหนดไม่ให้ถือว่าการกระทำทรมานและกระทำให้บุคคลสูญหายเป็นความผิดทางการเมืองในกรณีส่งผู้ร้ายข้ามแดน

เมื่อร่างพระราชบัญญัติฯ มีผลใช้บังคับแล้ว ก็จะทำให้ระบบการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของไทยสมบูรณ์ และมีกฎหมายบัญญัติหลักเรื่องการห้ามส่งกลับ อันจะทำให้มั่นใจได้ว่า ไทยจะมีระบบตรวจสอบที่ดีและจะไม่มีผู้บริสุทธิ์ถูกส่งกลับไปยังประเทศปลายทางซึ่งเสี่ยงต่อการกระทำทรมานอีก อีกทั้ง เป็นที่คาดหวังว่า ฝ่ายบริหารจะไม่ต้องประสบพบเจอปัญหาในประเด็นความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและสภาวะการณ์ที่ไม่เข้าข่ายไม่ออกแบบในกรณีนายฮาซิมฯ อีก

⁵ ประเทศไทยไม่ได้จัดทำร่างพระราชบัญญัติฯ ก่อนการเข้าเป็นภาคี CAT เนื่องจากประเทศไทยได้จัดทำแถลงตีความ (Interpretive Declaration) และข้อสงวน (Reservation) เรื่องคำนิยามของคำว่า “การทรมาน” โดยที่ประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่ใช้ในปัจจุบันไม่มีบทบัญญัติจำกัดความโดยเฉพาะ ประเทศไทยจึงตีความความหมายของคำดังกล่าวตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่ใช้บังคับในปัจจุบัน และทำคำแถลงตีความข้อบทที่ 4 เรื่องการกำหนดให้การทรมานทั้งปวงเป็นความผิดที่ลงโทษได้ตามกฎหมายอาญา และนำหลักการนี้ไปใช้กับการพยายาม การสมรู้ร่วมคิด และการมีส่วนร่วมในการทรมาน ประเทศไทยตีความในกรณีดังกล่าวตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่ใช้บังคับในปัจจุบัน

กัลยาณมิตรบูชา

บทความที่เขียนโดยกัลยาณมิตรของศาสตราจารย์พิเศษจุลสิงห์ วสันตสิงห์
ผู้ล่วงลับ

สำนักงานอัยการสูงสุดกับงานสัญญาของรัฐ

Office of the Attorney General and State Contract

นารี ตันตเสถียร

Naree Tantasatian

หากมองประเทศไทยย้อนหลังกลับไปสักราว 30 ปี จะพบว่าเรามีความเจริญก้าวหน้าในการพัฒนาประเทศมาอย่างต่อเนื่อง ทั้งในด้านสาธารณูปโภค การติดต่อสื่อสาร ความมั่นคงทางพลังงาน หรือแม้แต่การที่หน่วยงานของรัฐต่าง ๆ สามารถให้บริการประชาชนได้อย่างทั่วถึงมีประสิทธิภาพมากขึ้น เราไม่อาจปฏิเสธได้ว่างบประมาณและเงินลงทุนคือปัจจัยหลักที่ขับเคลื่อนให้โครงการบริการสาธารณะต่าง ๆ เป็นรูปเป็นร่างและสำเร็จลุล่วงไปได้ แต่หากจะเปรียบว่าโครงการที่เกี่ยวกับการให้บริการสาธารณะเหล่านี้เป็นเครื่องจักรหรือฟันเฟืองที่ใช้ขับเคลื่อนให้เกิดการพัฒนาประเทศ ก็จะมีสิ่งหนึ่งที่เปรียบเสมือนวงจรหรือกลไกในการกำกับให้เครื่องจักรนี้ขับเคลื่อนไปได้อย่างราบรื่น นั่นก็คือ “สัญญา” ดังที่ทราบกันดีว่าหน้าที่ในการบริหารและพัฒนาประเทศอย่างยั่งยืนเป็นหน้าที่หลักของรัฐ แต่ในโลกของตลาดเสรี รัฐซึ่งเป็นเพียงผู้คุมกติกาอาจไม่พร้อมในศักยภาพบางอย่างเทียบเท่ากับผู้เล่นในภาคเอกชน รัฐจึงอาจต้องพึ่งพาเอกชนซึ่งเป็นผู้ผลิตเพื่อให้ได้มาซึ่งวัสดุเพื่อใช้ในงานราชการต่าง ๆ พึ่งพาเอกชนผู้มีศักยภาพในการให้บริการเพื่อให้ได้มาซึ่งงานบริการบางอย่างในการช่วยเหลือสนับสนุนการให้บริการประชาชน พึ่งพาเงินทุนและเทคโนโลยีจากภาคเอกชนทั้งในและต่างประเทศ เพื่อจัดให้มีโครงข่ายการให้บริการสาธารณะบางอย่างซึ่งรัฐจำเป็นต้องจัดให้มีขึ้นแต่ยังไม่มีความพร้อมที่จะดำเนินการได้เองทั้งหมด ทั้งการพัฒนาประเทศไม่อาจดำเนินไปได้โดยภาครัฐเพียงฝ่ายเดียว การมีส่วนร่วมของภาคเอกชนถือเป็นส่วนสำคัญในการผลักดันให้เกิดการพัฒนาอย่างมีประสิทธิภาพ การมอบให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในภาระหน้าที่บางอย่างของรัฐด้วยความเต็มใจภายใต้แนวคิดของการเป็นหุ้นส่วนกับรัฐจึงเกิดขึ้นมาแทนการบังคับใช้อำนาจรัฐแต่ฝ่ายเดียว รัฐจึงต้องลดทอนฐานะที่เหนือกว่าของตนบางประการลงมาเป็นเพียง “คู่สัญญา” ฝ่ายหนึ่งซึ่งเทียบเทียมกับเอกชนอันอาจถูกบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาได้เช่นเดียวกับนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันเอง ซึ่งนี่คือหลักการอันเป็นที่มาของ “สัญญาของรัฐ”

สัญญาของรัฐ ในความหมายโดยกว้างคือสัญญาหรือข้อตกลงที่หน่วยงานของรัฐเป็นคู่สัญญาซึ่งก่อให้เกิดความผูกพันในรายละเอียดและเงื่อนไขในข้อตกลง หรือก่อให้เกิดความผูกพันทางกฎหมาย

สำนักงานอัยการสูงสุดเป็นหน่วยงานของรัฐที่ได้รับมอบหมายโดยกฎหมาย ระเบียบ มติคณะรัฐมนตรี ให้รับผิดชอบในการตรวจพิจารณาสัญญาของรัฐมาอย่างยาวนานตั้งแต่สมัยที่สำนักงานอัยการสูงสุดยังเป็กรมอัยการ ดังปรากฏจากมติคณะรัฐมนตรีในคราวประชุมเมื่อวันที่ 31 มีนาคม 2491 ที่กำหนดเรื่องการให้ส่วนราชการที่ทำสัญญากับเอกชนเพื่อกิจการต่างๆ ให้ส่งเรื่องให้กรมอัยการ (ในขณะนั้น) พิจารณาเสียก่อน จนถึงปัจจุบันซึ่งมีกฎหมายใหม่เช่นพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 นับเป็นระยะเวลาเกินกว่า 7 ทศวรรษ สำนักงานอัยการสูงสุดได้รับร่างสัญญาประเภทต่าง ๆ ซึ่งบรรดาส่วราชการและรัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน องค์การอิสระจำนวนมากส่งมาให้ตรวจพิจารณาตามกฎหมาย ระเบียบ และมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว มีตั้งแต่สัญญาพื้นฐานที่ทุนทรัพย์หรือราคาตามสัญญาไม่มากไปจนถึงสัญญาสัมปทาน สัญญาร่วมลงทุนทุนทรัพย์มากมาย แม้ทางวิชาการสัญญาของรัฐอาจแบ่งเป็นสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครองเพื่อให้ทราบถึงศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดีข้อพิพาทตลอดจนกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติที่จะนำมาใช้ในคดีในกรณีต้องนำข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาของรัฐดังกล่าวไปสู่ศาล แต่หากบทความนี้ผู้เขียนมีความประสงค์ที่จะแบ่งประเภทสัญญาของรัฐตามประเภทสภาพของข้อตกลงจากประสบการณ์ที่ผู้เขียนได้รับโอกาสในการทำงานเกี่ยวกับสัญญาของรัฐมาอย่างยาวนาน สัญญาของรัฐซึ่งสาระสำคัญคือหน่วยงานของรัฐเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง ส่วนสัญญาของรัฐนั้น ๆ จะเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครองจึงเป็นคนละส่วนกัน ส่วนสัญญาทางปกครองทุกฉบับจะมีสภาพเป็นสัญญาของรัฐเนื่องจากมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ ดังนั้น สัญญาของรัฐ (Government Contracts) จึงมีความหมายที่กว้างกว่าสัญญาทางปกครอง

นอกจากสภาพของข้อตกลงในสัญญาแล้ว การแบ่งประเภทสัญญาของรัฐยังสะท้อนได้จากกฎหมาย ระเบียบ และมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้อง เช่น พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ก็ระบุเรื่องสัญญาของรัฐในสภาพเป็นสัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง มติคณะรัฐมนตรีก็จะระบุถึงสัญญาของรัฐในความหมายอย่างกว้างโดยใช้ถ้อยคำว่า ร่างสัญญาที่เห็นว่าอาจมีปัญหาทางกฎหมายหรือเสียเปรียบหรือไม่รัดกุมพอ กล่าวคือตามมติคณะรัฐมนตรีนั้นจะเป็นร่างสัญญาของรัฐทุกประเภท ส่วนพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 กำหนดให้หน่วยงานของรัฐส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก่อนลงนามโดยทุกกรณี

ประเภทสัญญาของรัฐ

โดยที่สัญญาของรัฐคือสัญญาหรือข้อตกลงทุกประเภทที่หน่วยงานของรัฐทุกประเภท¹เป็นคู่สัญญาคำว่าสัญญาทุกประเภทจึงพิจารณานิติสัมพันธ์ในกฎหมายแพ่งได้เป็นดังนี้

¹ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 4 “หน่วยงานของรัฐ” หมายความว่า ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยงบประมาณ องค์การมหาชน องค์การอิสระ องค์การตามรัฐธรรมนูญ หน่วยธุรการของศาล มหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ หน่วยงานสังกัดรัฐสภาหรือในกำกับของรัฐสภา หน่วยงานอิสระของรัฐ และหน่วยงานอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

1. เอกเทศสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ รวม 20 ประเภท ได้แก่

- สัญญาซื้อขาย
- สัญญาแลกเปลี่ยน
- สัญญาให้
- สัญญาเช่าทรัพย์
- สัญญาเช่าซื้อ
- สัญญาจ้างแรงงาน
- สัญญาจ้างทำของ
- สัญญารับขน
- สัญญาเฝ้า
- สัญญาฝากทรัพย์
- สัญญาค้ำประกัน
- สัญญาจำนอง
- สัญญาจำนำ
- สัญญาเก็บของในคลังสินค้า
- สัญญาตัวแทน
- สัญญานายหน้า
- สัญญาประนีประนอมยอมความ
- สัญญาบัญชีเดินสะพัด
- สัญญาตัวเงิน
- สัญญาหุ้นส่วนและบริษัท

เอกเทศสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เหล่านี้ หากหน่วยงานของรัฐเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง สัญญานั้นย่อมเข้าลักษณะเป็นสัญญาของรัฐ

การพัฒนาของประเทศเป็นไปอย่างรวดเร็วทั้งเชิงโครงสร้างพื้นฐาน เทคโนโลยี และพลังงาน การพัฒนาของประเทศในทุกด้านโดยภาครัฐจะเดินไปได้พร้อม ๆ กับข้อตกลงหรือสัญญาที่หน่วยงานของรัฐจ้างให้ฝ่ายเอกชนดำเนินงานเพื่อให้โครงการสำเร็จลุล่วงได้ตามวัตถุประสงค์ ตัวอย่างในโครงการก่อสร้างขนาดใหญ่ หน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการจำเป็นต้องจ้างที่ปรึกษามาช่วยให้คำแนะนำตั้งแต่การศึกษาความเป็นไปได้ของโครงการ (Feasibility Study) การออกแบบรายละเอียดทางด้านวิศวกรรม (Detailed Engineering Design) การควบคุมงาน (Supervision) รวมถึงการดำเนินการหาผู้รับเหมาก่อสร้าง (Construction) ในแต่ละส่วนงานก็จะมีการทำสัญญาจ้างที่ปรึกษาและสัญญาจ้างก่อสร้าง ซึ่งก็เข้าลักษณะเป็นสัญญาจ้างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในการทำงานที่สำนักงานที่ปรึกษากฎหมาย สำนักงานอัยการสูงสุดนั้น ผู้เขียนเองซึ่งได้มีส่วนร่วมในกระบวนการคัดเลือก การยกร่างสัญญา และการตรวจร่างสัญญา ก็ได้ทำงานกับเพื่อนร่วมงานในหน่วยงานของรัฐต่างๆ ในแนวทางเช่นนี้ ในทางวิชาการนั้นก็ได้อ่าน ศึกษาจากบทความของผู้บังคับบัญชาซึ่งในอดีตท่านก็เป็นทรัพยากรบุคคลทรงคุณค่าในตำนานสัญญาของรัฐมาอย่างยาวนาน

ในโครงการก่อสร้างขนาดใหญ่ ท่านคัมภีร์ แก้วเจริญ ได้วิเคราะห์ความรับผิดชอบทางแพ่งของที่ปรึกษา งานวิศวกรรมไว้อย่างน่าติดตามและศึกษาตั้งแต่ขั้นตอนการเตรียมโครงการ การทำโครงการ การทำสัญญา ความรับผิดชอบคู่สัญญาตามสัญญาและตามกฎหมายว่าสัญญาจ้างบริษัทวิศวกรที่ปรึกษาและสัญญาจ้างก่อสร้าง ซึ่งหน่วยงานของรัฐเป็นผู้ว่าจ้าง ล้วนแต่เข้าลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 578 “อันว่าจ้างทำของนั้นคือสัญญาซึ่งบุคคลหรือเรียกว่าผู้รับจ้างตกลงรับจะทำการสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างตกลงให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำนั้น” นอกจากนี้ หากงานให้บริการที่ปรึกษาทางวิศวกรรมนั้นเป็นการควบคุมงานก่อสร้างในโครงการ ที่ปรึกษาทางวิศวกรรมก็จะมีความสัมพันธ์แบบกึ่งสัญญาจ้างทำของ กึ่งสัญญาตัวแทน กล่าวคือ นอกจากจะเป็นผู้รับจ้างทำของแล้วยังเป็นตัวแทนของเจ้าของโครงการซึ่งเป็นตัวการไปทำการติดต่อเกี่ยวข้องกับผู้รับเหมาก่อสร้างแทนเจ้าของโครงการ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 797 วรรคแรก จะเห็นได้ว่าความเข้าใจกระบวนการต่างๆ ที่เกี่ยวข้องในโครงการสัญญาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น ความเข้าใจพื้นฐานในกระบวนการทำงานก็จำเป็นกับกฎหมาย เช่นกัน สัญญาจ้างที่ปรึกษา สัญญาจ้างก่อสร้าง ซึ่งเป็นเอกเทศสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และเป็นสัญญาจัดซื้อจัดจ้างตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 เช่นกัน ได้มีการวิเคราะห์ไว้อย่างละเอียดเป็นลำดับและสอดคล้องกับวิธีปฏิบัติโดยสรุปเป็นหัวข้อ

1. ลักษณะงานให้บริการที่ปรึกษาด้านวิศวกรรม
2. วิเคราะห์นิติสัมพันธ์ระหว่างวิศวกรที่ปรึกษากับเจ้าของโครงการ (หน่วยงานของรัฐ)
3. ความรับผิดชอบสัญญาต่อหน่วยงานของรัฐในฐานะผู้ว่าจ้าง
4. ความรับผิดชอบหลักละเมิด
5. ความรับผิดชอบของวิศวกรที่ปรึกษาต่อบุคคลที่สาม
6. ข้อต่อสู้ของวิศวกรที่ปรึกษา
7. วิเคราะห์ข้อกำหนดเขตความรับผิดชอบของวิศวกรที่ปรึกษา

รายละเอียดของบทวิเคราะห์นี้เป็นประโยชน์ต่อการตรวจร่างสัญญา การบริหารสัญญา และการตอบข้อหารือที่เกี่ยวข้องกันในรายละเอียดและเงื่อนไขแห่งสัญญา² อย่างยิ่ง ผู้เขียนพบว่าเป็นบทวิเคราะห์จากสำนวนข้อหารือของกองที่ปรึกษา กรมอัยการ เลขรับที่ 93/2527 แต่ก็ยังเป็นประโยชน์ต่อนักกฎหมายในการทำสัญญาจ้างทำของซึ่งเป็นเอกเทศสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อย่างเห็นรูปธรรมมากที่สุด ทำให้เกิดข้อคิดอย่างครบวงจรของสภาพงาน และสามารถนำมาใช้ในการปฏิบัติงานสัญญาของรัฐได้ถึงปัจจุบัน

2. ประเภทสัญญาของรัฐตามกฎหมายและมติคณะรัฐมนตรี

(1) สัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างหรือที่เรียกกันว่าสัญญาพัสดุ (Procurement Contract) พอจะให้คำนิยามตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 4 ได้ว่าเป็นสัญญาซึ่งหน่วยงานของรัฐเป็นคู่สัญญาโดยมีสาระสำคัญคือเพื่อเป็นการดำเนินการให้ได้มาซึ่งพัสดุโดยการซื้อ

² คัมภีร์ แก้วเจริญ, “ความรับผิดชอบทางแพ่งของที่ปรึกษางานวิศวกรรม,” หนังสือวิชาการทางกฎหมายในโอกาสครบรอบ 50 ปี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (2529) : 187-106.

จ้าง เช่า แลกเปลี่ยน หรือโดยนิติกรรมอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง คำว่า “พัสดุ” หมายถึง สินค้า งานบริการ งานก่อสร้าง งานจ้างที่ปรึกษา และงานจ้างออกแบบหรือควบคุมงานก่อสร้าง สัญญาพัสดุคือสัญญาที่หน่วยงานของรัฐดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการ ดังนั้น ในทางกลับกัน หากเนื้อหาของสัญญาที่มีใช่เป็นการดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งพัสดุเพื่อนำมาใช้ในการปฏิบัติงานที่ตามกฎหมายแล้ว แต่เป็นการที่หน่วยงานของรัฐเป็นฝ่ายผู้ให้บริการหรือผู้ขาย หรือซื้อมาเพื่อประกอบธุรกิจหรือให้บริการเพื่อแสวงหารายได้ เช่น ซื้อมาขายไป ย่อมไม่อยู่ในความหมายสัญญาพัสดุที่จะอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 สัญญาพัสดุนั้น กรมบัญชีกลางได้กำหนดแบบสัญญาให้หน่วยงานของรัฐใช้เป็นแบบในการลงนามสัญญา³ ได้แก่

- แบบสัญญาจ้างก่อสร้าง
- แบบสัญญาซื้อขาย
- แบบสัญญาจะซื้อจะขายแบบราคาคงที่ไม่จำกัดปริมาณ
- แบบสัญญาซื้อขายคอมพิวเตอร์
- แบบสัญญาซื้อขายและอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์
- แบบสัญญาเช่าคอมพิวเตอร์
- แบบสัญญาจ้างบริการบำรุงรักษาและซ่อมแซมแก้ไขคอมพิวเตอร์
- แบบสัญญาเช่ารถยนต์
- แบบสัญญาจ้างทำความสะอาดอาคาร
- แบบสัญญาจ้างบริการรักษาความปลอดภัย
- แบบสัญญาเช่าเครื่องถ่ายเอกสาร
- แบบสัญญาแลกเปลี่ยน
- แบบสัญญาจ้างทำของ

(2) สัญญาสัมปทานเกี่ยวกับสาธารณูปโภค ตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม 2515 กิจการเกี่ยวกับสาธารณูปโภคได้แก่ 1. การรถไฟ 2. การรถราง 3. การขุดคลอง 4. การเดินอากาศ 5. การประปา 6. การชลประทาน 7. การไฟฟ้า 8. การผลิตเพื่อจำหน่ายหรือจำหน่ายก๊าซโดยระบบเส้นท่อไปยังอาคารต่างๆ 9. บรรดากิจการอื่นอันกระทบกระทั่งถึงความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชนตามที่ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกา ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 นี้ เป็นกฎหมายฉบับแรกที่มีการระบุกิจการสัมปทานเกี่ยวกับสาธารณูปโภคโดยมีข้อกำหนดเกี่ยวกับการทำสัญญา คือ ห้ามมิให้บุคคลใดประกอบกิจการค้าขาย อันเป็นสาธารณูปโภค เว้นแต่ได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรี โดยรัฐมนตรีจะกำหนดเงื่อนไขใดๆ ตามที่เห็นจำเป็นเพื่อความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชนด้วยก็ได้ ตัวอย่างการให้เอกชนผลิตน้ำประปาเพื่อขายให้แก่การประปาภูมิภาคที่สำนักงานประปาประยอง โดยให้เอกชนคู่สัญญาดำเนินการก่อสร้างระบบผลิตน้ำประปา ระบบส่งน้ำ ระบบจ่ายน้ำ ดำเนินการลดน้ำสูญเสียและวางท่อเพื่อขยายเขตพื้นที่จำหน่ายน้ำตามสัญญา ดำเนินการผลิตและส่งน้ำประปาไปถึงมาตรผู้ใช้น้ำในนามการประปาด้วยค่าใช้จ่ายของฝ่ายเอกชนฝ่ายเดียว

³ แหล่งที่มา www.cgd.go.th

และบริษัทจะต้องโอนกรรมสิทธิ์ในระบบส่งน้ำประปาที่ได้ก่อสร้างเสร็จให้แก่การประปา โดยสัญญาที่กำหนดอายุ 25 ปี นับแต่วันซื้อขายน้ำประปาตามความเป็นจริง โครงการเช่นนี้เป็นโครงการภาครัฐในปี พ.ศ. 2546 นอกจากประเด็นว่าเป็นโครงการที่เข้าข่ายต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 หรือไม่แล้ว ในรายละเอียดและเงื่อนไขแห่งสัญญาก็ต้องกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีหน้าที่ขอสัมปทานตามที่กฎหมาย กฎระเบียบ ข้อบังคับ หรือคำสั่งต่างๆ ที่รัฐบาลกำหนด สัญญาของรัฐที่หน่วยงานของรัฐให้สิทธิเอกชนดำเนินการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคในกรณีนี้คือการประปา ก็ต้องกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรีตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ข้อ 4 และข้อ 5 อย่างไรก็ดี หากการประปาดำเนินกิจการการประปาเอง การประปาที่สามารถดำเนินการผลิตน้ำประปาได้เอง ไม่ต้องขอสัมปทานตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 แต่เอกชนที่ได้รับสิทธิดำเนินการการประปาต้องขอสัมปทานเอง ในส่วนนี้เอง ความชัดเจนในส่วนนี้ผู้เขียนได้รับการถ่ายทอดความเข้าใจจากท่านศาสตราจารย์พิเศษจุลสิงห์ วสันตสิงห์ ว่าข้อกำหนดที่ว่า “ห้ามมิให้บุคคลใดประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค เว้นแต่ได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรี” นั้น มิใช่เป็นข้อกำหนดที่ห้ามหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ดำเนินการอันเป็นสาธารณูปโภค แต่เป็นการห้ามบุคคลอื่น ดังนั้น เมื่อเป็นการให้สิทธิเอกชนดำเนินการ เอกชนคู่สัญญาก็ต้องได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรี

(3) สัญญารัฐต่อรัฐ (Government to Government) คือสัญญาทางแพ่งที่หน่วยงานของรัฐเป็นคู่สัญญา ส่วนคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอาจเป็นหน่วยงานของรัฐในประเทศไทยหรือหน่วยงานของรัฐในต่างประเทศก็ได้ ตัวอย่างสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกัน เช่น สัญญาจ้างที่ปรึกษาในการสำรวจหาข้อมูลระหว่างกรมทางหลวง ผู้ว่าจ้าง กับจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ที่ปรึกษา เพื่อวิเคราะห์ข้อมูลผลกระทบในการทำโครงการร่างบันทึกข้อตกลงระหว่างการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคกับสำนักงานเทศบาลนครตรัง ร่างสัญญาให้บริการจ่ายเงินรางวัลระหว่างสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาลกับธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตร

สัญญาหน่วยงานของรัฐกับหน่วยงานของรัฐตามพระราชบัญญัติจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 เองก็มีข้อกำหนดเกี่ยวกับหน่วยงานของรัฐไว้ในมาตรา 169 ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐเป็นผู้ยื่นข้อเสนอหรือเป็นคู่สัญญา ไม่ต้องวางหลักประกัน ส่วนในระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ข้อ 89 วรรคหนึ่ง และใน (1) กำหนดให้การซื้อหรือการจ้างจากหน่วยงานของรัฐจ่ายเงินล่วงหน้าได้ไม่เกินร้อยละห้าสิบของราคาซื้อหรือราคาจ้าง และในข้อ 91 การจ่ายเงินค่าพัสดุล่วงหน้าตามข้อ 89 (1) นี้ ไม่ต้องเรียกหลักประกัน หรือในข้อ 174 กำหนดให้การจ้างที่ปรึกษาจากหน่วยงานของรัฐที่แบ่งการชำระเงินออกเป็นงวด ให้ผู้ว่าจ้างหักเงินที่จะจ่ายแต่ละครั้งในอัตราไม่ต่ำกว่าร้อยละห้า แต่ไม่เกินร้อยละสิบของเงินค่าจ้าง เพื่อเป็นการประกันผลงาน หรือจะให้หน่วยงานของรัฐที่เป็นที่ปรึกษาใช้หนังสือคำประกันของธนาคาร หรือหนังสือคำประกันอิเล็กทรอนิกส์ของธนาคารภายในประเทศที่มีอายุการคำประกันตามที่ผู้ว่าจ้างจะกำหนดมาวางคำประกันแทนเงินที่หักไว้ก็ได้ ดังนั้น คู่สัญญาซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐจึงได้รับการยกเว้นในเงื่อนไขของสัญญาบางประการที่แตกต่างจากคู่สัญญาที่เป็นเอกชน

สัญญารัฐต่อรัฐเกี่ยวกับการจัดหายุทธ์โปกรณ์และการบริการทางทหารจากรัฐบาลต่างประเทศ เดิมตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 13 มกราคม 2530 ได้กำหนดหลักการทำสัญญากลุ่มนี้ไว้ว่า การทำสัญญา

จัดหายุทโธปกรณ์และการบริการทางทหารจากกระทรวงกลาโหมสหรัฐอเมริกาโดยวิธี FMS (Foreign Military Sales) อนุมัติให้ใช้แบบฟอร์มของสหรัฐอเมริกาที่เรียกว่า Letter of Offer and Acceptance (LOA) แต่การทำสัญญาจัดหายุทโธปกรณ์และการบริการทางทหารจากมิตรประเทศอื่นไม่มีแบบฟอร์มเช่น LOA ของสหรัฐอเมริกา จึงควรใช้ข้อตกลงตลอดจนเงื่อนไขรายละเอียดที่กำหนดขึ้นด้วยความเห็นชอบร่วมกันแทนการทำสัญญา ต่อมาเมื่อพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มีผลใช้บังคับ โดยในมาตรา 7 (2) ได้บัญญัติว่าการจัดซื้อจัดจ้างยุทโธปกรณ์และการบริการที่เกี่ยวกับความมั่นคงของชาติโดยวิธีรัฐบาลต่อรัฐบาลหรือโดยการจัดซื้อจัดจ้างจากต่างประเทศที่กฎหมายของประเทศนั้นกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ได้รับยกเว้นมิให้นำพระราชบัญญัตินี้มาใช้บังคับ แต่ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการนโยบายประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา โดยประกาศดังกล่าวจะกำหนดให้หน่วยงานของรัฐเสนอเรื่องการจัดซื้อจัดจ้างยุทโธปกรณ์และบริการที่เกี่ยวกับความมั่นคงของชาติโดยวิธีรัฐบาลต่อรัฐบาล ต่อคณะกรรมการนโยบายเพื่ออนุมัติให้ได้รับยกเว้นเป็นรายกรณีไปได้ และในกรณีดังกล่าวให้หน่วยงานของรัฐจัดให้มีกฎหรือระเบียบเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุตามหลักเกณฑ์และแนวทางของพระราชบัญญัตินี้ โดยอย่างน้อยต้องมีหลักการตามมาตรา 8 วรรคหนึ่ง⁴ กระทรวงกลาโหมจึงได้ออกระเบียบกระทรวงกลาโหมว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างยุทโธปกรณ์และการบริการที่เกี่ยวกับความมั่นคงของชาติ โดยวิธี Foreign Military Sales (FMS) และโดยวิธีรัฐบาลต่อรัฐบาล (Government to Government : G to G) พ.ศ. 2560 เพื่อให้การดำเนินการเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างยุทโธปกรณ์และการบริการที่เกี่ยวกับความมั่นคงของชาติโดยวิธี Foreign Military Sales (FMS) และโดยวิธีรัฐบาลต่อรัฐบาล (Government to Government : G to G) ของส่วนราชการในสังกัดกระทรวงกลาโหมเป็นไปด้วยความเรียบร้อย สอดคล้องกับหลักการของกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ และประกาศคณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ เรื่อง หลักเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้างยุทโธปกรณ์และการบริการที่เกี่ยวกับความมั่นคงของชาติ ลงวันที่ 20 ตุลาคม 2560 กำหนดขั้นตอนการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างยุทโธปกรณ์และการบริการที่เกี่ยวกับความมั่นคงของชาติโดยวิธี Foreign Military Sales (FMS) ไว้ โดยให้หน่วยงานของรัฐที่ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างจัดทำหนังสือคำร้องขอเพื่อจัดซื้อจัดจ้างยุทโธปกรณ์และการบริการที่เกี่ยวกับความมั่นคงของชาติ (Letter of Request : LOR) แล้วเสนอหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายของรัฐบาลสหรัฐอเมริกาในประเทศไทยดำเนินการในส่วนที่เกี่ยวข้อง และให้หน่วยงานที่ได้รับมอบหมายของรัฐบาลสหรัฐอเมริกาดำเนินการจัดทำร่างหนังสือข้อเสนอและการตอบรับ Letter of Offer and Acceptance (LOA) ซึ่งถือเป็นสัญญาซื้อขายตามมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 27 พฤศจิกายน 2522

⁴ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560, มาตรา 8 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุของหน่วยงานของรัฐต้องก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่หน่วยงานของรัฐ และต้องสอดคล้องกับหลักการดังต่อไปนี้

- (1) คำนวณ โดยพัสดุที่จัดซื้อจัดจ้างต้องมีคุณภาพหรือคุณลักษณะที่ตอบสนองวัตถุประสงค์ในการใช้งานของหน่วยงานของรัฐ มีราคาที่เหมาะสมและมีแผนการบริหารพัสดุที่เหมาะสมและชัดเจน
- (2) โปร่งใส โดยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุต้องกระทำโดยเปิดเผย เปิดโอกาสให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม มีการปฏิบัติต่อผู้ประกอบการทุกรายโดยเท่าเทียมกัน มีระยะเวลาที่เหมาะสมเพียงพอต่อการยื่นข้อเสนอ มีหลักฐานการดำเนินงานชัดเจน และมีการเปิดเผยข้อมูลการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุในทุกขั้นตอน
- (3) มีประสิทธิภาพและประสิทธิผล โดยต้องมีการวางแผนการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุล่วงหน้าเพื่อให้การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุเป็นไปอย่างต่อเนื่องและมีกำหนดเวลาที่เหมาะสม โดยมีการประเมินและเปิดเผยผลสัมฤทธิ์ของการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ
- (4) ตรวจสอบได้ โดยมีการเก็บข้อมูลการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุอย่างเป็นระบบ เพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบ

เรื่อง ขออนุมัติจัดหาสิ่งอุปกรณ์โดยวิธี FMS จากรัฐบาลสหรัฐอเมริกาเป็นกรณีพิเศษ แล้วจัดส่งให้หน่วยงานที่ได้รับมอบหมายของรัฐบาลสหรัฐอเมริกาในประเทศไทยเสนอหน่วยงานของรัฐเพื่อพิจารณาความถูกต้อง ความเหมาะสมของราคา รวมทั้งเงื่อนไขอื่นๆ ของสัญญา และยืนยันความต้องการดังกล่าว พร้อมทั้งระบุผู้แทนลงนามใน LOA ตัวอย่างของสัญญาประเภทนี้ เช่น ร่างข้อตกลงจัดซื้อเครื่องบินขับไล่เอนกประสงค์แบบ Gripen 39 C ระหว่างรัฐบาลไทย โดยกองทัพอากาศกับรัฐบาลสวีเดน ร่างความตกลงในการจัดซื้อยานเกราะล้ออย่าง BTR-3EI ประเทศยูเครน ร่างสัญญาซื้อขายเครื่องบินรบแบบ F/A – 18 C/D จำนวน 8 ลำ โดยซื้อแบบ FMS ในประเด็นนี้สภาพการเป็นหน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐโดยแท้หรือไม่จะขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในของประเทศนั้น ๆ

ส่วนสัญญาของรัฐต่อรัฐที่ไม่เกี่ยวกับการจัดหาทรัพยากร ที่ผ่านมาหน่วยงานของรัฐในประเทศไทยได้มีการทำความตกลงด้านต่างๆ เช่น การเกษตร สาธารณสุข การคมนาคม ในรูปแบบการให้ความร่วมมือกับหน่วยงานของรัฐในต่างประเทศเป็นจำนวนมาก ข้อตกลงกลุ่มนี้กระทรวงการต่างประเทศจะพิจารณาว่าไม่ใช่สนธิสัญญาเนื่องจากมิได้ก่อให้เกิดความผูกพันให้แก่รัฐบาลไทย หรือเป็นข้อตกลงที่ใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับ ดังนั้น สัญญากลุ่มนี้จึงมีสภาพเป็นสัญญาของรัฐ มิใช่สนธิสัญญา เช่น ร่าง Minute of Discussion ระหว่างกรมวิทยาศาสตร์การแพทย์ กระทรวงสาธารณสุข กับสถาบันพฤกษศาสตร์คุนหมิง ประเทศจีน การทำบันทึกความเข้าใจว่าด้วยความร่วมมือด้านยุทธศาสตร์กับสมาคมยุทธศาสตร์แห่งสาธารณรัฐเกาหลี ร่างหนังสือสัญญาซื้อขายผลิตภัณฑ์น้ำมันสำหรับเครื่องยนต์โดยวิธีรัฐบาลต่อรัฐบาล รายละเอียดและเงื่อนไขของสัญญาในกลุ่มนี้ จะขึ้นอยู่กับข้อตกลงที่หน่วยงานของรัฐไปทำความตกลงภายใต้กฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ ที่ให้อำนาจไว้และความพร้อมของงบประมาณ

(4) สัญญาตามกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ตั้งแต่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 สัญญาที่หน่วยงานของรัฐมอบให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในการจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะโดยมุ่งเน้นการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนบนพื้นฐานของความเป็นหุ้นส่วนระหว่างรัฐกับเอกชน โครงการเอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในการจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน (PPP Fast Track) ได้แก่โครงการดังนี้

1. โครงการรถไฟฟ้าสายสีชมพู (ช่วงแคราย-มีนบุรี)
2. โครงการรถไฟฟ้าสายสีเหลือง (ช่วงลาดพร้าว-สำโรง)
3. โครงการรถไฟฟ้าสายสีน้ำเงิน (ช่วงหัวลำโพง-บางแค และบางซื่อ-ท่าพระ)
4. โครงการทางหลวงพิเศษระหว่างเมือง (สายบางปะอิน-นครราชสีมา)
5. โครงการทางหลวงพิเศษระหว่างเมือง (สายบางใหญ่-กาญจนบุรี)
6. โครงการรถไฟฟ้าสายสีม่วง ช่วงเตาปูน-วงแหวนกาญจนาภิเษก
7. โครงการรถไฟฟ้าสายสีส้ม ช่วงบางขุนนนท์-ศูนย์วัฒนธรรมแห่งประเทศไทย-มีนบุรี (สุวินทวงศ์)

(5) สัญญาร่วมลงทุนกับเอกชนในเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก ในสมัย ฯพณฯ นายกรัฐมนตรี พลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา ได้มีมติเห็นชอบการลงทุนพื้นฐานรวม 4 โครงการ ในเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก ได้แก่

1. โครงการพัฒนาศูนย์ข้อมูลและเมืองการบินภาคตะวันออก
2. โครงการศูนย์ซ่อมอากาศยานอู่ตะเภา
3. โครงการท่าเรือแหลมฉบังระยะที่ 3
4. โครงการท่าเรืออุตสาหกรรมมาบตาพุดระยะที่ 3

สัญญาร่วมลงทุนในโครงการเหล่านี้ถือเป็นโครงการสำคัญของประเทศตามนโยบายของรัฐบาล รัฐบาลจึงมีกฎหมายพิเศษที่ใช้บังคับแก่โครงการกลุ่มนี้ในลักษณะเดียวกันกับพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 กฎหมายพิเศษนี้ได้แก่ พระราชบัญญัติเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก พ.ศ. 2561 กำหนดให้ภาคตะวันออกเป็นเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก มีการวางแผนการใช้ประโยชน์ที่ดินในพื้นที่ชัดเจนแน่นอนโดยเหมาะสมกับสภาพและศักยภาพของพื้นที่ สอดคล้องกับหลักการพัฒนายั่งยืน มีการบูรณาการการจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและสาธารณูปโภคให้ต่อเนื่องและเชื่อมโยงกันทั้งในและนอกเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก พัฒนาเมืองให้มีความทันสมัยระดับนานาชาติที่เหมาะสมต่อการอยู่อาศัยและการประกอบกิจการ มีการให้บริการภาครัฐแบบเบ็ดเสร็จครบวงจร รวมทั้งให้สิทธิประโยชน์แก่ผู้ประกอบการในเขตส่งเสริมเศรษฐกิจพิเศษเป็นการเฉพาะ และได้มีประกาศคณะกรรมการนโยบายการพัฒนาระเบียงเศรษฐกิจพิเศษภาคตะวันออก เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข และกระบวนการในการร่วมลงทุนกับเอกชนหรือให้ออกชนเป็นผู้ลงทุน ลงวันที่ 8 กันยายน พ.ศ. 2560 กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข และกระบวนการในการร่วมลงทุนกับเอกชนหรือให้ออกชนเป็นผู้ลงทุนในเขตพัฒนาระเบียงเศรษฐกิจพิเศษภาคตะวันออกโดยลดขั้นตอน กระบวนการในการจัดเตรียมและเสนอโครงการไปจนถึงการคัดเลือกเอกชนและลงนามสัญญาให้สั้นลงภายในเวลา 8-10 เดือน เมื่อเปรียบเทียบกับขั้นตอนตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ซึ่งใช้เวลาประมาณ 40 เดือน และยังผลักดันให้โครงการลงทุนใน EEC มีความโปร่งใสตรวจสอบได้ในทุกขั้นตอน ตั้งแต่การเสนอโครงการโดยหน่วยงานเจ้าของโครงการ การคัดเลือกเอกชนร่วมลงทุน การกำกับดูแลและติดตามผลให้การดำเนินโครงการเป็นไปตามที่กำหนดในสัญญาร่วมทุน การแก้ไขสัญญา การทำสัญญาใหม่และการยกเลิกสัญญาหากมีเหตุจำเป็น การรับฟังความเห็นจากภาคเอกชน ไปจนถึงขั้นตอนการรายงานและเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับสาระสำคัญของสัญญาร่วมทุน วิธีการคัดเลือกเอกชน และผลการดำเนินโครงการในส่วนที่ไม่เป็นความลับทางการค้าของเอกชน อย่างน้อย 6 เดือนต่อ 1 ครั้ง

สัญญาในกลุ่มสัญญาร่วมลงทุนไม่ว่าตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 หรือพระราชบัญญัติเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก พ.ศ. 2561 นั้นจะมีความแตกต่างจากสัญญาของรัฐในกลุ่มอื่น ๆ คือหน่วยงานของรัฐจะมีประกาศเชิญชวนให้ออกชนยื่นข้อเสนอ (Request for Proposal : RFP) เอกชนในฐานะผู้ลงทุนก็จะยื่นข้อเสนอทางเทคนิคและทางการเงิน ร่างสัญญาที่แนบ RFP นั้น หน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการก็จะส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาเบื้องต้น เมื่อได้ผู้ยื่นข้อเสนอที่มีคุณสมบัติ และได้ผ่านการคัดเลือกแล้วก็จะมีการเจรจาร่างสัญญาร่วมลงทุน ซึ่งหน่วยงานของรัฐก็จะมอบให้ผู้แทนสำนักงาน

อัยการสูงสุดซึ่งอยู่ในคณะกรรมการคัดเลือกเป็นประธานในคณะทำงานเจรจา ร่างสัญญา ดังนั้น ร่างสัญญาร่วมลงทุน จึงต้องผ่านการเจรจาให้ได้ข้อยุติแล้วจึงส่งร่างสัญญาที่ได้ข้อยุติแล้วนั้นให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา อีกครั้งหนึ่ง

(6) สัญญาของรัฐอื่นๆ สัญญากลุ่มนี้ได้แก่สัญญาที่หน่วยงานของรัฐเป็นคู่สัญญา แต่ขอบเขตของ ข้อตกลงมิได้เกี่ยวข้องกับการจัดหาพัสดุ มิได้มีลักษณะเป็นการร่วมลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการร่วมลงทุนระหว่าง รัฐและเอกชน เช่น ในปี พ.ศ. 2562 พบว่ามีร่างสัญญาดังต่อไปนี้ ร่างสัญญารักษาความลับ (Non-Disclosure Agreement) ร่างบันทึกการประชุมว่าด้วยการยืนยันการสำรวจกับภาคเอกชนเพื่อการเผยแพร่เทคโนโลยี ของประเทศญี่ปุ่นสำหรับอุปกรณ์ช่วยขับรถยนต์สำหรับผู้พิการอัมพาตท่อนล่างแบบถอดได้เพื่อวัตถุประสงค์ ในการขยายการเข้าถึงของคนที่พิการ แบบหนังสือกู้ยืมเงินของสถาบันบริหารจัดการธนาคารที่ดิน (องค์การมหาชน) ร่างหนังสือตราสารการโอนกรรมสิทธิ์ (Deed of Grant) ร่างสัญญาเงินทุนของสำนักงานตำรวจแห่งชาติเพื่อเข้ารับ การฝึกอบรมหลักสูตรนักเรียนนายสิบตำรวจ ร่างข้อตกลงคุณธรรมของกรมบัญชีกลาง ร่างสัญญาเงินทุนของรัฐบาล ร่างบันทึกข้อตกลงการอนุญาตให้ใช้สิทธิครุฑวิทยุฐานะ เพิ่มวิทยุฐานะพร้อมเครื่องหมายของมหาวิทยาลัยนครสวรรค์ ร่างสัญญารับเงินสนับสนุนโครงการกองทุนผู้สูงอายุของกรมกิจการผู้สูงอายุ ร่างสัญญาขายลดเช็คระหว่างชาวไร่ร้อย กับกองทุนอ้อยและน้ำตาลทราย โครงการสินเชื่อสำหรับการจัดซื้อรถตัดอ้อยฤดูกาลผลิต ปี 2561/2562 ร่างหนังสือ คำมั่นของสถาบันวิจัยแสงซินโครตรอน (องค์การมหาชน) ตัวอย่างที่ได้กล่าวอ้างมานี้ จะเห็นว่าอยู่ในสภาพของ ทั้งสัญญา ข้อตกลง บันทึกความเข้าใจ เอกสารทางกฎหมาย ซึ่งหน่วยงานของรัฐส่งให้สำนักงานอัยการสูงสุด ตรวจพิจารณาในป็นหนึ่งเป็นจำนวนค่อนข้างมาก สัญญากลุ่มนี้ไม่มีรูปแบบฟอร์มเช่นสัญญากลุ่มอื่น การพิจารณา จึงมุ่งเน้นไปในทางที่อยู่ในขอบวัตถุประสงค์ของหน่วยงานและภาระหน้าที่ที่กำหนดไว้ในข้อตกลง หน่วยงานของ รัฐสามารถปฏิบัติได้ตามกฎหมาย ระเบียบที่เกี่ยวข้อง โดยมีงบประมาณรองรับตามข้อตกลง หากมีแนวโน้ม ที่จะก่อให้เกิดการระงับประมาณหรือมีข้อตกลงต่อเนื่อง สำนักงานอัยการสูงสุดก็จะใช้วิธีการแจ้งข้อสังเกตเพื่อให้ หน่วยงานของรัฐนั้น ๆ ตระเตรียมความพร้อมเรื่องงบประมาณและการปฏิบัติตามกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้าง เพื่อมิให้เกิดปัญหาในขั้นตอนการบริหารสัญญา

(7) สัญญาเกี่ยวกับการเก็บ ขน และกำจัดขยะมูลฝอย ตามประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง การจัดการมูลฝอย พ.ศ. 2560 ประกาศกระทรวงมหาดไทยฉบับนี้ได้ให้ราชการส่วนท้องถิ่นอาจมอบหมาย ให้เอกชนดำเนินการหรือร่วมดำเนินการเก็บ ขน หรือกำจัดมูลฝอย โดยการมอบหมายให้เอกชนดำเนินการ ในเรื่องนี้ให้ดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ โดยก่อนหน้าที่จะมีประกาศ กระทรวงมหาดไทยฉบับนี้ใช้บังคับ หน่วยงานของรัฐที่มอบให้เอกชนดำเนินการเก็บขน หรือกำจัดมูลฝอย โดยให้ เอกชนเป็นผู้ลงทุนดำเนินการและได้รับค่าใช้จ่ายในการดำเนินการจากหน่วยงานของรัฐ การมอบหมายเช่นนี้ เคยมีการตีความว่าเข้าข่ายเป็นการมอบหมายให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ เมื่อมี การออกประกาศกระทรวงมหาดไทยฉบับนี้ ประเด็นการเป็นสัญญาให้เอกชนร่วมลงทุนจึงหมดไป ซึ่งปัจจุบัน ราชการส่วนท้องถิ่นก็ได้ทำสัญญามอบให้เอกชนดำเนินการเรื่องการกำจัดขยะในรูปแบบต่าง ๆ เป็นจำนวนมาก ปรากฏตามรายชื่อร่างสัญญาในปี พ.ศ. 2560 ดังต่อไปนี้

1. ร่างสัญญาให้สิทธิเอกชนดำเนินการบริหารจัดการขยะมูลฝอยชุมชนแบบครบวงจร จังหวัดหนองคาย
2. ร่างสัญญาก่อสร้างบริหารจัดการขยะมูลฝอยของเทศบาลนครแม่สอด
3. ร่างสัญญาจ้างเหมาเอกชนจัดเก็บขยะมูลฝอยและบริหารจัดการสถานีขนถ่ายขยะมูลฝอย เมืองพัทยา
4. ร่างสัญญาจ้างเหมาบริการเก็บขนขยะมูลฝอยภายในเขตเทศบาลนครอุดรธานี
5. ร่างสัญญาจ้างเหมาเก็บขนขยะมูลฝอย อบต.เขาย้อย จังหวัดเพชรบุรี
6. ร่างสัญญาจ้างก่อสร้างและบริหารจัดการระบบกำจัดมูลฝอยเพื่อผลิตกระแสไฟฟ้าจากชุมชน เทศบาลบ้านพรุ จังหวัดสงขลา
7. ร่างสัญญาจ้างก่อสร้างและบริหารจัดการกำจัดขยะมูลฝอยชุมชนเทศบาลเมืองกระบี่
8. ร่างสัญญาโครงการให้เอกชนลงทุนก่อสร้างและบริหารจัดการระบบกำจัดขยะของ อบจ.นนทบุรี
9. ร่างสัญญาให้สิทธิเอกชนดำเนินโครงการบริหารจัดการขยะชุมชนโดยการแปรรูปเพื่อผลิตพลังงานไฟฟ้าด้วยแก๊สซิพิเคชั่น เทศบาลเมืองสวรรคโลก
10. ร่างสัญญาคัดเลือกเอกชนร่วมลงทุนดำเนินโครงการบริหารจัดการโรงไฟฟ้าเชื้อเพลิงขยะ RDF โดยการก่อสร้างและบริหารจัดการโรงไฟฟ้ากำลังผลิต 9.9 เมกะวัตต์ จังหวัดสมุทรปราการ
11. ร่างสัญญาบริหารจัดการขยะมูลฝอยชุมชนด้วยวิธีแปรสภาพเป็น RDF และนำไปใช้เป็นเชื้อเพลิงในการผลิตไฟฟ้า เทศบาลเมืองพระพุทธรบาท จังหวัดสระบุรี
12. ร่างสัญญาก่อสร้างและกำจัดขยะมูลฝอยโดยระบบเตาเผามูลฝอยขนาดไม่น้อยกว่า 1,000 ตันต่อวัน ที่ศูนย์กำจัดมูลฝอยหนองแขม กรุงเทพฯ

ร่างสัญญาในกลุ่มนี้ ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง การกำจัดมูลฝอย พ.ศ. 2560 ข้อ 19 ก็กำหนดให้ราชการส่วนท้องถิ่นส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก่อนลงนามกับเอกชนคู่สัญญา ซึ่งปัจจุบันปัญหาการกำจัดขยะเป็นปัญหาสำคัญในระดับท้องถิ่น รูปแบบการจัดการและค่าตอบแทนการกำจัดขยะ ไม่มีรูปแบบและกฎเกณฑ์ที่ชัดเจน ส่งผลให้มีความแตกต่างในแต่ละสัญญาอย่างมีนัยสำคัญ

(8) ร่างสัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐวิสาหกิจที่เกี่ยวกับการพาณิชย์โดยตรง สัญญาในกลุ่มนี้เกิดจากบทบัญญัติในมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 เมื่อพระราชบัญญัติดังกล่าวมีผลใช้บังคับแล้ว ประธานกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐก็ได้มีประกาศคณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ เรื่อง หลักเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้างของรัฐวิสาหกิจที่เกี่ยวกับการพาณิชย์โดยตรง ในประกาศนี้ได้ให้ความหมายของการจัดซื้อจัดจ้างที่เกี่ยวกับการพาณิชย์โดยตรง ให้หมายถึงการจัดซื้อจัดจ้างเพื่อการดำเนินกิจกรรมที่มีลักษณะเป็นการผลิต จำหน่าย หรือให้บริการเพื่อแสวงหารายได้หรือเป็นการดำเนินกิจกรรมที่ต้องมีการแข่งขันกับภาคเอกชน ประกอบด้วย

1. ธุรกิจหลัก ได้แก่ ธุรกิจหรือกิจการที่เป็นภารกิจตามวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้น ๆ ตามกฎหมายหรือมติคณะรัฐมนตรี

2. ธุรกิจเสริม ได้แก่ ธุรกิจหรือกิจการที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจหลักอันเป็นประโยชน์แก่การดำเนินการให้กับรัฐวิสาหกิจนั้น ๆ

การจัดซื้อจัดจ้างที่เกี่ยวข้องกับการพาณิชย์โดยตรง ประกอบด้วย 9 สาขา ได้แก่ 1) สาขาพลังงาน 2) สาขาสื่อสาร 3) สาขาขนส่ง 4) สาขาสาธารณูปการ 5) สาขาเกษตร 6) สาขาทรัพยากร 7) สาขาอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม 8) สาขาสังคมและเทคโนโลยี 9) สาขาสถาบันการเงิน⁵

รัฐวิสาหกิจนั้นๆ ต้องออกกฎหรือระเบียบเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างที่เกี่ยวข้องกับการพาณิชย์ให้คณะกรรมการนโยบายให้ความเห็นชอบก่อน⁶ ส่วนในเรื่องการทำสัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างที่เกี่ยวข้องกับการพาณิชย์โดยตรงนี้รัฐวิสาหกิจส่วนใหญ่ก็จะกำหนดให้ทำตามแบบมาตรฐานของรัฐวิสาหกิจนั้น ๆ แต่ก็มีรัฐวิสาหกิจบางแห่งก็ยังยึดหลักเกณฑ์ว่า ถ้าเห็นว่ามีปัญหาในทางเสียเปรียบหรือไม่รัดกุมพอก็ให้ส่งแบบร่างสัญญานั้นให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา⁷

บทบาทสำนักงานอัยการสูงสุดกับการตรวจร่างสัญญาของรัฐ

ในแต่ละปี หน่วยงานของรัฐไม่ว่าจะเป็นส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน ราชการส่วนท้องถิ่น ได้ส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาเป็นจำนวนมาก ร่างสัญญาที่ส่งมานั้นมีทุกประเภทตามที่ได้ระบุข้างต้น บทบาทหน้าที่ในการตรวจร่างสัญญาสะท้อนมาจากบทบาทการรักษาผลประโยชน์ของรัฐในฐานะทนายแผ่นดิน เริ่มจากตามพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 มาตรา 46 กำหนดว่า “ส่วนราชการไม่สังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี กระทรวงหรือทบวง มีดังต่อไปนี้ ... (9) สำนักงานอัยการสูงสุด มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการดำเนินคดีอาญาทั้งปวง ดำเนินคดีแพ่ง และให้คำปรึกษาด้านกฎหมายแก่รัฐบาลและหน่วยงานของรัฐ และอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในกฎหมาย ... วรรคท้าย ส่วนราชการตามวรรคหนึ่ง (8) และ (9) มีฐานะเป็นกรม อยู่ในบังคับบัญชาของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม” และพระราชบัญญัติพนักงานอัยการ พ.ศ. 2498 มาตรา 6 กำหนดว่า “ให้มีพนักงานอัยการไว้เป็นทนายแผ่นดินประจำศาลยุติธรรมชั้นต้นทุกศาล” ต่อมาเมื่อพระราชบัญญัติองค์กรอัยการ และพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 14 บัญญัติให้พนักงานอัยการมีอำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ในคดีอาญา) มีอำนาจหน้าที่ดำเนินคดีแทนรัฐบาลในคดีแพ่ง คดีปกครอง และกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการทั้งปวง รวมไปถึงการบังคับคดีอาญาเฉพาะในส่วนของการยึดทรัพย์สินใช้ค่าปรับตามคำพิพากษา ในพระราชบัญญัติฉบับนี้ยังกำหนดให้

⁵ ประกาศคณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ เรื่อง หลักเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้างของรัฐวิสาหกิจที่เกี่ยวข้องกับการพาณิชย์โดยตรง ลงวันที่ 6 ธันวาคม 2560, ข้อ 3 และข้อ 4

⁶ ประกาศคณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ เรื่อง หลักเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้างของรัฐวิสาหกิจที่เกี่ยวข้องกับการพาณิชย์โดยตรง ลงวันที่ 6 ธันวาคม 2560, ข้อ 6

⁷ ระเบียบธนาคารออมสิน ฉบับที่ 628 ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุที่เกี่ยวข้องกับการพาณิชย์โดยตรง, ข้อ 64 กำหนดว่า การลงนามในสัญญาตามระเบียบนี้เป็นอำนาจของผู้ดำเนินการและผู้ที่ได้รับมอบอำนาจตามแบบสัญญามาตรฐาน หรือตามแบบที่ธนาคารกำหนด

การทำสัญญาภายใต้เงื่อนไขจำเป็นต้องมีข้อความหรือรายการแตกต่างไปจากแบบสัญญาตามวรรคหนึ่งโดยมีสาระสำคัญตามที่กำหนดไว้ในแบบสัญญาและไม่ทำให้ธนาคารเสียเปรียบก็ให้กระทำได้ เว้นแต่ธนาคารเห็นว่าจะมีปัญหาในทางเสียเปรียบหรือไม่รัดกุมพอ ก็ให้ส่งแบบร่างสัญญานั้นไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณา

สำนักงานอัยการสูงสุดมีอำนาจหน้าที่ให้คำปรึกษาและตรวจร่างสัญญาหรือเอกสารทางกฎหมายให้แก่รัฐบาลและหน่วยงานของรัฐ และนิติบุคคลซึ่งไม่ใช่หน่วยงานของรัฐแต่มีพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งขึ้น⁸ เช่น องค์การมหาชน ในการตรวจร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดมีหน้าที่รักษาผลประโยชน์ของรัฐ ในการนี้สำนักงานอัยการสูงสุดมีหน้าที่รายงานรัฐบาลหรือหน่วยงานของรัฐ หรือนิติบุคคลดังกล่าวที่เป็นคู่สัญญาให้ทราบถึงข้อที่ควรปรับปรุงหรือแก้ไขให้สมบูรณ์ ข้อเสียเปรียบหรือข้อที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ

งานการตรวจร่างสัญญาของรัฐจึงเป็นบทบาทของอัยการที่มีกฎหมายรองรับทั้งหน่วยงานของรัฐผู้ทำสัญญาและสำนักงานอัยการสูงสุดซึ่งกฎหมายว่าด้วยองค์การอัยการและพนักงานอัยการก็ได้กำหนดหน้าที่เรื่องการตรวจร่างสัญญาและการให้คำปรึกษาร่างสัญญาของรัฐในประเภทต่าง ๆ มีหลายกรณี กล่าวคือ ร่างสัญญาของรัฐที่หน่วยงานของรัฐยกร่างมาจากร่างสัญญาที่เคยผ่านการตรวจพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุด ร่างสัญญาที่หน่วยงานของรัฐยกร่างขึ้นทั้งฉบับ ร่างสัญญาที่เป็นไปตามแบบฟอร์มของคู่สัญญา ฝ่ายเอกชนที่ใช้เป็นสัญญาหรือข้อตกลงมาตรฐาน ในทางปฏิบัติแล้วยังมีหน้าที่ตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการตรวจร่างสัญญาอีก กล่าวคือ หากพิจารณาว่าการตรวจร่างสัญญาเป็นกระบวนการหนึ่งแล้ว เมื่อดูให้ครบวงจรแล้วการเกิดสัญญายังมีกระบวนการที่เกี่ยวข้องที่พอจะแบ่งได้เป็น 3 ขั้นตอน

1. ก่อนการเกิดสัญญา จะมีการคัดเลือกคู่สัญญาซึ่งจะเป็นวิธีประกาศเชิญชวนทั่วไป วิธีคัดเลือกวิธีเฉพาะเจาะจง หรือวิธีการอื่น ๆ ที่กฎหมายนั้น ๆ กำหนดไว้ แต่เงื่อนไขหนึ่งในเอกสารการคัดเลือกคู่สัญญาจะระบุไว้เรื่องการทำสัญญา เช่น ผู้เสนอราคาซึ่งหน่วยงานของรัฐได้คัดเลือกแล้วไม่ทำสัญญาหรือข้อตกลงภายในกำหนดเวลาที่ทางราชการกำหนด หน่วยงานของรัฐจะรับหลักประกันซองและเรียกร้องให้ชดเชยค่าเสียหายอื่น (ถ้ามี) รวมทั้งจะพิจารณาให้เป็นผู้ทิ้งงาน ข้อกำหนดเช่นนี้ส่งผลให้การทำสัญญาของรัฐต้องทำสัญญาเป็นหนังสือ ทั้งนี้ เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 366 วรรคสอง⁹ เป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลงระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้เสนอราคา (Bidder) ว่าสัญญาอันมุ่งจะทำนั้น จะต้องทำเป็นหนังสือ เมื่อกรณีเป็นที่สงสัย ท่านนับว่ายังมิได้มีสัญญาต่อกันจนกว่าจะได้ทำขึ้นเป็นหนังสือจากเงื่อนไขเช่นนี้ซึ่งปรากฏในเอกสารประกวดราคาภาครัฐ จึงพิจารณาได้ว่าสัญญาของรัฐนั้นต้องทำเป็นหนังสือ การทำเป็นหนังสือนี้เป็นข้อตกลงล่วงหน้า มิใช่เป็นการทำเป็นหนังสือที่เป็นแบบที่กฎหมายบังคับไว้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 152¹⁰

⁸ พระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553, มาตรา 23 บัญญัติว่า สำนักงานอัยการสูงสุด นอกจากมีอำนาจและหน้าที่เกี่ยวกับงานธุรการและงานวิชาการ เพื่อสนับสนุนและอำนวยความสะดวกให้แก่พนักงานอัยการแล้ว ให้มีอำนาจและหน้าที่ดังต่อไปนี้ด้วย

ฯลฯ

(2) ให้คำปรึกษาและตรวจร่างสัญญาหรือเอกสารทางกฎหมายให้ แก่รัฐบาลและหน่วยงานของรัฐ

(3) ให้คำปรึกษา และตรวจร่างสัญญาหรือเอกสารทางกฎหมายให้แก่นิติบุคคลซึ่งมิใช่หน่วยงานของรัฐแต่มีพระราชบัญญัติ หรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งขึ้น ทั้งนี้ ตามที่เห็นสมควร

ฯลฯ

⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 366 บัญญัติว่า ข้อความใด ๆ แห่งสัญญาอันคู่สัญญาแม้เพียงฝ่ายเดียวได้แสดงไว้ว่าเป็นสาระสำคัญอันจะต้องตกลงกันหมดทุกข้อนั้น หากคู่สัญญายังไม่ตกลงกันได้หมดทุกข้ออยู่ตราใด เมื่อกรณีเป็นที่สงสัย ท่านนับว่ายังมิได้มีสัญญาต่อกัน การที่ได้ทำความเข้าใจกันไว้เฉพาะบางสิ่งบางอย่าง ถึงแม้ว่าจะได้ตกลงไว้ก็หาเป็นการผูกพันไม่ ถ้าได้ตกลงกันว่าสัญญาอันมุ่งจะทำนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือไซ้ เมื่อกรณีเป็นที่สงสัย ท่านนับว่ายังมิได้มีสัญญาต่อกันจนกว่าจะได้ทำขึ้นเป็นหนังสือ

¹⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 152 บัญญัติว่า 4 การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ การนั้นเป็นโมฆะ

ในขั้นตอนก่อนการเกิดสัญญา พนักงานอัยการก็มีบทบาทในกระบวนการคัดเลือกในสัญญาร่วมลงทุน เห็นได้จากการเป็นกรรมการในคณะกรรมการคัดเลือกของโครงการร่วมลงทุน¹¹ ซึ่งมีผู้แทนจากสำนักงานอัยการสูงสุดร่วมอยู่ด้วย โดยคณะกรรมการชุดนี้จะทำหน้าที่ให้ความเห็นชอบร่างประกาศเชิญชวน ร่างสัญญาร่วมลงทุน กำหนดหลักประกันของ หลักประกันสัญญาร่วมลงทุน เปรียบร่างสัญญาร่วมลงทุน เห็นได้ว่าการมีส่วนร่วมในสัญญาของรัฐโดยพนักงานอัยการนั้นรวมถึงการกำหนดเงื่อนไขและเจรจาร่างสัญญาร่วมลงทุนด้วย

2. การทำสัญญา เมื่อผ่านกระบวนการก่อนทำสัญญามาแล้ว หน่วยงานของรัฐก็จะทำสัญญาตามประเภทของสภาพงานนั้นๆ ขึ้นอยู่กับว่าเป็นสัญญาประเภทใด ซึ่งโดยทั่วไปหากเป็นสัญญาที่มีแบบอยู่แล้ว เช่น สัญญาการจัดซื้อจัดจ้าง สัญญาที่เคยผ่านการตรวจพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุดแล้ว หน่วยงานของรัฐนั้นก็สามารถใช้สัญญานั้นๆ ลงนามกับคู่สัญญาได้ แต่หากสัญญาของรัฐนั้นเป็นสัญญาในกลุ่มสัญญาร่วมลงทุนแล้ว หน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการต้องส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนที่ผ่านการเจรจากับเอกชนที่ได้รับการคัดเลือกแล้ว ให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา¹² ทุกกรณีโดยไม่มีข้อยกเว้นเช่นสัญญาอื่นๆ กล่าวคือ หลักที่ว่าสัญญาที่เคยผ่านการตรวจพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุดแล้ว หน่วยงานของรัฐสามารถใช้เป็นแบบสัญญาได้นั้น ไม่ใช้ในกรณีสัญญานั้นเป็นสัญญาร่วมลงทุน สำนักงานอัยการสูงสุดมีหน้าที่ตรวจร่างสัญญาร่วมลงทุนทุกสัญญา บทบาทนี้ได้รับการรับรองโดยกฎหมายตั้งแต่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535¹³ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556¹⁴ และพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562¹⁵ ดังนั้น สัญญาสัมปทานตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 สัญญาร่วมลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานหรือให้บริการสาธารณะในประเทศไทย ล้วนแต่เป็นสัญญาที่สำนักงานอัยการสูงสุดได้ตรวจพิจารณาทั้งสิ้น

3. การบริหารสัญญา เมื่อกระบวนการคัดเลือก การทำสัญญาเสร็จสิ้นแล้ว กระบวนการต่อไปคือการบริหารสัญญา ซึ่งหมายถึงการบริหารให้เป็นไปตามรายละเอียดและเงื่อนไขแห่งสัญญาตั้งแต่เรื่องการมอบหลักประกันสัญญา ค่าปรับ การขยายระยะเวลาตามสัญญา การบอกเลิกสัญญา การแก้ไขสัญญาในกระบวนการบริหารสัญญากรณีสัญญาร่วมลงทุนนั้น ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุดก็เป็นหนึ่งในคณะกรรมการมาตั้งแต่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 มาตรา 22¹⁶ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาตรา 43¹⁷ และพระราชบัญญัติการร่วมลงทุน

¹¹ พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562, มาตรา 36

¹² พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562, มาตรา 41

¹³ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535, มาตรา 20

¹⁴ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556, มาตรา 40 (2)

¹⁵ พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562, มาตรา 41

¹⁶ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535, มาตรา 22 บัญญัติว่า เมื่อได้มีการลงนามในสัญญาแล้ว ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจัดตั้งคณะกรรมการประสานงานขึ้นคณะหนึ่งประกอบด้วยผู้แทนหน่วยงานเจ้าของโครงการเป็นประธาน ผู้แทนกระทรวงการคลังหนึ่งคน ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติหนึ่งคน และผู้แทนจากหน่วยงานอื่นซึ่งมีใช้หน่วยงานเจ้าของโครงการหนึ่งคน ผู้แทนฝ่ายเอกชนที่เข้าร่วมงานหรือดำเนินการหนึ่งคน ผู้แทนกระทรวงเจ้าสังกัดหนึ่งคน และผู้แทนอื่นซึ่งหน่วยงานเจ้าของโครงการเห็นสมควรแต่งตั้งอีกไม่เกินสามคน และรวมกันไม่เกินเก้าคน เป็นกรรมการ

¹⁷ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556, มาตรา 43 บัญญัติว่า เมื่อได้มีการลงนามในสัญญาร่วมลงทุนแล้ว ให้รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดแต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลขึ้นคณะหนึ่ง ประกอบด้วย ผู้แทนกระทรวงเจ้าสังกัดซึ่งเป็นข้าราชการในสังกัดกระทรวงเจ้าสังกัดซึ่งมี

ระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 มาตรา 43¹⁸ ให้มีหน้าที่ในการกำกับดูแลและติดตามโครงการร่วมลงทุนให้มีการดำเนินการตามที่กำหนดในสัญญาร่วมลงทุน

ดังนั้น บทบาทของพนักงานอัยการจึงสามารถกล่าวได้ว่าอยู่ในทุกกระบวนการของการเกิดสัญญาของรัฐ ตั้งแต่กระบวนการคัดเลือก การตรวจร่างสัญญาเพื่อการลงนามสัญญา การบริหารสัญญา การให้คำปรึกษาทางกฎหมายโดยเน้นการตีความสัญญา การว่าต่างแก้ต่างในคดีแพ่ง (ข้อพิพาทในสัญญาทางแพ่ง) คดีปกครอง รวมถึงกระบวนการในชั้นอนุญาโตตุลาการ พนักงานอัยการในฐานะทนายแผ่นดินจึงอาจกล่าวได้ว่าครบทุกขั้นตอนในสัญญาของรัฐมาอย่างยาวนานตั้งแต่ปี พ.ศ. 2491 จนถึงปัจจุบัน¹⁹ ผู้เขียนในบทบาทของพนักงานอัยการในกองที่ปรึกษาจนถึงสำนักงานที่ปรึกษากฎหมาย สำนักงานอัยการสูงสุด ที่ได้รับมอบหมายงานเกี่ยวกับสัญญาของรัฐมาระยะหนึ่ง ได้มีโอกาสรับคำอบรมสั่งสอนให้ความรู้จากผู้บังคับบัญชาตั้งแต่สมัยท่านคัมภีร์ แก้วเจริญ ท่านสุชาติ ไตรประสิทธิ์ ท่านจุลสิงห์ วสันตสิงห์ (อดีตอัยการสูงสุด) ทุกท่านได้ส่งต่อแรงบันดาลใจให้เกิดบทความนี้ เพื่อมุ่งส่งต่อความรู้ ประสบการณ์ที่ผู้เขียนได้รับโอกาสจากการทำงานไปยังผู้ร่วมงานในวงการสัญญาของรัฐ เพื่อให้ทำงานด้วยความเข้าใจอย่างเป็นระบบ

บทบาทของสำนักงานอัยการสูงสุดในการตรวจเอกสารที่เกี่ยวข้องกับสัญญาของรัฐ

บทบาทการตรวจร่างสัญญาของสำนักงานอัยการสูงสุดนั้น ผู้เขียนขออ้างอิงถึงบทความของท่านอดีตอัยการสูงสุด ท่านสุชาติ ไตรประสิทธิ์ ซึ่งสะท้อนเจตนารมณ์ในการมอบหมายให้สำนักงานอัยการสูงสุดทำหน้าที่ในการตรวจร่างสัญญาของรัฐไว้ดังนี้

บทบาทในด้านนี้ของสำนักงานอัยการสูงสุดมีจุดเริ่มต้นมาจากมติคณะรัฐมนตรีเมื่อปี พ.ศ. 2491 ซึ่งได้ระบุเหตุผลของการกำหนดให้หน่วยงานภาครัฐต้องส่งร่างสัญญาให้ตรวจพิจารณาว่า สัญญาต่าง ๆ ของส่วนราชการนั้น

“.....เนื่องจากส่วนราชการต่าง ๆ บางแห่งได้ทำสัญญาระหว่างส่วนราชการนั้น ๆ กับบริษัทห้างร้านเอกชน เพื่อกิจการต่าง ๆ เช่น การซื้อขายสิ่งของ การรับเหมาก่อสร้าง ฯลฯ ปรากฏว่ามีข้อบกพร่องไม่เรียบร้อยโดยสมบูรณ์ เป็นเหตุให้รัฐบาลต้องเสียเปรียบเนื่องจากสัญญานั้น ๆ จึงได้ลงมติว่า ต่อไปนี้ถ้าส่วนราชการของกระทรวง ทบวง กรมใดจะต้องทำสัญญากับบริษัทห้างร้านเอกชนเพื่อกิจการใด ๆ หากเจ้ากระทรวงพิจารณาเห็นว่า เป็นสัญญาที่มีความสำคัญหรือเป็นสัญญารายใหญ่ ๆ ก็ให้ส่งร่างสัญญาไปให้กรมอัยการตรวจพิจารณาเสียก่อน²⁰

ตำแหน่งประภาพรบริหารระดับสูงและมีให้หน่วยงานเจ้าของโครงการ เป็นประธานกรรมการ ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด และผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดแต่งตั้งอีกไม่เกินสี่คน เป็นกรรมการ และให้ผู้แทนหน่วยงานเจ้าของโครงการซึ่งเป็นข้าราชการ พนักงาน หรือผู้บริหารของหน่วยงานเจ้าของโครงการหนึ่งคน เป็นกรรมการและเลขานุการ

¹⁸ พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562, มาตรา 43 บัญญัติว่า เมื่อได้มีการลงนามในสัญญาร่วมลงทุนแล้ว ให้รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัด แต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลชั้นคณะหนึ่ง ประกอบด้วยผู้แทนกระทรวงเจ้าสังกัดซึ่งเป็นข้าราชการในกระทรวงเจ้าสังกัดที่มีให้หน่วยงานเจ้าของโครงการและมีตำแหน่งไม่ต่ำกว่าประภาพรบริหารระดับต้นเป็นประธานกรรมการ ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด และผู้แทนสำนักงานกรรมการ และให้มีผู้แทนหน่วยงานเจ้าของโครงการหนึ่งคน เป็นกรรมการและเลขานุการ

¹⁹ มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 31 มีนาคม 2491 เรื่องการส่งร่างสัญญาให้กรมอัยการตรวจพิจารณา

²⁰ หนังสือกรมเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ด่วน ที่ น.ว.33/2491 ลงวันที่ 1 เมษายน 2491

ดังนั้น แม้จะไม่มีระเบียบใดกำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจนว่าสำนักงานอัยการสูงสุดจะต้องตรวจร่างสัญญาอย่างไร แต่เมื่อพิจารณาจากเจตนารมณ์ดั้งเดิมของมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์หลักที่คณะรัฐมนตรีมอบหมายภารกิจด้านนี้ให้แก่สำนักงานอัยการสูงสุดก็เพื่อทำหน้าที่ดูแลการทำสัญญาภาครัฐ มิให้ทางราชการตกเป็นฝ่ายเสียเปรียบแก่เอกชนนั่นเอง ซึ่งนอกจากจะเป็นการควบคุมให้การจัดซื้อจัดจ้างหรือการดำเนินโครงการต่าง ๆ ได้เป็นไปอย่างคุ้มค่ากับเงินภาษีอากรของประชาชนที่เสียไปแล้ว ยังอาจเป็นการช่วยป้องกันการทุจริตประทุพผิตมิชอบในวงราชการอีกทางหนึ่งด้วย

อย่างไรก็ตาม จากประสบการณ์ที่ได้สั่งสมมาเป็นลำดับ ทำให้แนวทางของสำนักงานอัยการสูงสุดในการตรวจร่างสัญญาขยายขอบเขตออกไปจากที่ได้รับมอบหมายไว้เดิม คือนอกจากจะตรวจเพื่อไม่ให้ทางราชการเสียเปรียบแล้ว สำนักงานอัยการสูงสุดยังตรวจร่างสัญญานั้นเพื่อให้เป็น “สัญญาที่ดี” อีกด้วย”

ส่วนประเด็นการตรวจร่างสัญญาโดยให้สำนักงานอัยการสูงสุดมีหน้าที่ตรวจร่างสัญญาเพื่อมิให้รัฐต้องเสียเปรียบนั้น ท่านศาสตราจารย์พิเศษจุลสิงห์ วสันตสิงห์ ได้ให้แนวคิดเป็นบทสรุปไว้ดังนี้

“สำนักงานอัยการสูงสุดมีภาระหน้าที่ในสาระสำคัญคือ การอำนวยความสะดวกธุรกรรมทางอาญาและการรักษาผลประโยชน์ของรัฐ ในการที่สำนักงานอัยการสูงสุดมีหน้าที่ตรวจร่างสัญญานั้นเป็นส่วนหนึ่งของการรักษาผลประโยชน์ของรัฐเพื่อมิให้รัฐต้องเสียเปรียบในการทำสัญญากับภาคเอกชน แต่อย่างไรก็ตาม ในการที่สำนักงานอัยการสูงสุดต้องรับผิดชอบในกรณีสัญญาของรัฐเสียเปรียบนั้น หมายถึงเสียเปรียบในเชิงกฎหมาย ซึ่งหมายถึงเขียนสัญญาแล้วใช้บังคับไม่ได้ มีข้อความกำกวม เปิดช่องให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีข้ออ้างข้อเถียงเพื่อหลบเลี่ยงการปฏิบัติตามสัญญา หรือภาคเอกชนปฏิบัติผิดสัญญาแต่ทางราชการเรียกค่าปรับ ค่าเสียหายไม่ได้ หรือสัญญา มีช่องให้ภาคเอกชนเรียกร้องค่าใช้จ่ายจากทางราชการนอกเหนือจากราคาตามสัญญาทั้ง ๆ ที่ภาคเอกชนได้รวมค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ไว้ในราคาสัญญา เป็นต้น ส่วนความเสียเปรียบในเชิงธุรกิจ เช่น ราคาสัญญาสูงเกินไป ส่วนแบ่งรายได้ที่ให้แก่ภาคเอกชนมากเกินไป ไม่ตรวจสอบประมาณการค่าใช้จ่ายในการลงทุนของภาคเอกชน ทำให้ภาคเอกชนได้กำไรเกินสมควร หรือระยะเวลาสัมปทานนานเกินไปนั้น สำนักงานอัยการสูงสุดจะรับผิดชอบมิได้ โดยหน่วยราชการหรือรัฐวิสาหกิจเจ้าของโครงการจะต้องรับผิดชอบและหาหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับเงื่อนไขสัญญาในทางธุรกิจเพื่อมิให้รัฐต้องเสียเปรียบเอง”

นอกจากตัวร่างสัญญาของรัฐแล้ว ยังมีเอกสารที่เกี่ยวข้องกับร่างสัญญา ตั้งแต่กระบวนการก่อนเกิดสัญญา และเอกสารประกอบสัญญา การส่งงานตรวจร่างสัญญาของรัฐให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณานั้น บางครั้งหน่วยงานที่ส่งมาทั้งรายละเอียดขอบเขตของงาน (Terms of Reference: TOR) และเอกสารแนบท้ายสัญญา ซึ่งมีจำนวนมากแล้วแต่โครงการ ร่างสัญญานั้นโดยหลักก็จะเป็นรายละเอียดและเงื่อนไขแห่งสัญญาซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นเงื่อนไขทางกฎหมาย ส่วนรายละเอียดต่างๆ ก็จะไปอยู่ในรูปของเอกสารแนบท้ายสัญญาซึ่งก็จะถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา ผู้เขียนขออ้างอิงประสบการณ์ของท่านสุชาติ ไตรประสิทธิ์²¹ ซึ่งได้สรุปไว้เป็นแบบอย่างของอัยการรุ่นน้องที่รับผิดชอบงานตรวจร่างสัญญาของรัฐและเอกสารที่เกี่ยวข้องกับสัญญาของรัฐ

²¹ สุชาติ ไตรประสิทธิ์, “สำนักงานอัยการสูงสุดกับงานตรวจร่างสัญญา,” แนวทางการตรวจสัญญาภาครัฐ : 9-12.

“1. เอกสารแนบท้ายสัญญา (Contract Documents)

ในการร่างสัญญานั้น หากจะบรรจุรายละเอียดต่างๆ ไว้ในตัวสัญญาทั้งหมดก็จะเป็นการยืดเยื้อและรุงรังโดยใช่เหตุ ดังนั้น จึงนิยมแยกส่วนที่มีเงื่อนไขทางกฎหมายไปไว้เป็นเอกสารแนบท้ายสัญญา โดยกำหนดให้เอกสารเหล่านั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาด้วย และจะระบุให้กรณีเอกสารแนบท้ายสัญญาขัดแย้งกับข้อความในสัญญานี้ให้ข้อความในสัญญาใช้บังคับ และกรณีเอกสารแนบท้ายสัญญาขัดแย้งกันเอง คู่สัญญาต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของหน่วยงานของรัฐ เอกสารเหล่านี้อาจเรียกชื่อต่างๆ กัน เช่น “เอกสารแนบท้าย” หรือ “ภาคผนวก” ส่วนในภาษาอังกฤษก็อาจจะเรียกว่า “Annex” “Appendix” หรือ “Exhibit” หรือ “Schedules” ในกรณีที่มิหลายฉบับก็จะระบุหมายเลขกำกับไว้ด้วย เช่น “เอกสารแนบท้ายหมายเลข 1” หรือ “Appendix II” เป็นต้น ตัวอย่างของเอกสารแนบท้ายสัญญาได้แก่ รายการสิ่งของที่ซื้อขาย รายการคุณสมบัติเฉพาะ (Specifications) แบบแปลนแผนผัง รายชื่อบุคลากรของบริษัทที่ปรึกษาใบเสนอราคา ฯลฯ เอกสารเหล่านี้ส่วนใหญ่จะเป็นเอกสารทางด้านเทคนิคหรือรายละเอียดด้านข้อเท็จจริง มิใช่เงื่อนไขทางกฎหมาย สำนักงานอัยการสูงสุดจึงไม่ต้องตรวจพิจารณา แต่ก็เป็นประโยชน์แก่การตรวจร่างสัญญาเพราะจะช่วยให้ทราบรายละเอียดและเจตนารมณ์ของคู่สัญญาได้ชัดเจนยิ่งขึ้น หน่วยงานเจ้าของเรื่องจึงมักจะส่งมาประกอบการพิจารณาพร้อมกับร่างสัญญาด้วย

สิ่งที่ต้องระวังก็คือ ในบางครั้งอาจมีเอกสารแนบท้ายบางฉบับที่มีลักษณะเป็นเงื่อนไขทางกฎหมายด้วย เช่น เงื่อนไขการจ่ายเงินค่าจ้างแต่ละงวด หรือเงื่อนไขการรับประกันความชำรุดบกพร่อง หากเป็นเช่นนั้น สำนักงานอัยการสูงสุดก็ต้องตรวจพิจารณาเอกสารฉบับนั้นๆ นอกเหนือไปจากการตรวจตัวร่างสัญญาด้วย บางกรณีการกำหนดเงื่อนไขในสัญญาในเรื่องการขัดแย้งระหว่างสัญญาและเอกสารแนบท้ายสัญญาในยุคปัจจุบันจะไม่เพียงพอต่อข้อกำหนดเช่นนี้เนื่องจากมีกรณีที่เกิดขึ้นเร็ว ๆ นี้ จากการกำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมในเอกสารแนบท้ายสัญญาที่มีใช้กรณีขัดแย้ง แต่เป็นการก่อให้เกิดภาระผูกพันเพิ่มเติมจากขอบเขตแห่งสัญญาหลัก เช่น หน่วยงานของรัฐแห่งหนึ่งทำสัญญาเช่าเครื่องจักรเพื่อผลิตภาชนะบรรจุ ส่วนเอกสารแนบท้ายสัญญารายการหนึ่งมีข้อตกลงในการซื้อภาชนะบรรจุและแยกการชำระเงินไว้เพิ่มเติมจากค่าเช่าเครื่องจักร กล่าวคือ เอกสารแนบท้ายสัญญาก่อให้เกิดภาระหน้าที่เพิ่มเติมเป็นอีกนิติสัมพันธ์ ส่งผลให้สัญญาเช่าซึ่งเป็นสัญญาหลัก มีข้อตกลงซื้อขายพ่วงมาทั้งที่โดยแท้จริงแล้วการทำข้อตกลงซื้อขายควรเป็นข้อตกลงที่แยกออกจากสัญญาหลัก การพิจารณาเอกสารแนบท้ายสัญญาจึงเป็นสิ่งที่ต้องพิจารณาร่วมกับการตรวจร่างสัญญาเสมอเพื่อป้องกันมิให้เกิดปัญหาในการบริหารสัญญา

ดังนั้น ในการตรวจร่างสัญญาแต่ละฉบับจึงต้องตรวจสอบโดยละเอียดว่ามีเอกสารแนบท้ายกี่ฉบับ อะไรบ้าง และมีฉบับใดที่เป็นเงื่อนไขทางกฎหมายอันจะต้องตรวจพิจารณาหรือมีความเห็นประกอบ และต้องระมัดระวังประเด็นการก่อภาระผูกพันเพิ่มเติมจากขอบเขตภาระหน้าที่ (Contractual Obligation) ตามสัญญา ซึ่งปัญหาที่ตามมาคืองบประมาณที่เพิ่มเติมจากค่าจ้าง ค่าเช่าในสัญญาหลัก และหน่วยงานฝ่ายตรวจสอบอาจพิจารณาได้ว่าสัญญาที่แฝงในเอกสารแนบท้ายสัญญานั้นไม่ผ่านกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาตามหลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับสัญญาของรัฐ

2. เอกสารประกวดราคา (Bid Documents) ในการจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีประกวดราคานั้น สิ่งสำคัญที่หน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องจัดทำก็คือการกำหนด “กติกา” ของการประกวดราคานั้นๆ ให้ผู้สนใจเข้าประกวดราคาได้ทราบและถือปฏิบัติโดยทั่วกัน ทั้งนี้ โดยเมื่อหน่วยงานนั้นได้ออกประกาศต่อสาธารณชนว่าจะดำเนินการประกวดราคาเพื่อจัดซื้อพัสดุนั้นหรือจัดจ้างให้ทำงานอะไร ในประกาศนั้นเองจะต้องระบุให้ทราบโดยทั่วกันด้วยว่าผู้ที่สนใจจะสามารถขอรับหรือขอซื้อ “กติกา” ของการประกวดราคานี้ได้ ณ ที่ใด ช่วงเวลาใด และในราคาเท่าใด

กติกาเช่นนี้จะปรากฏในรูปของ “เอกสารประกวดราคา” (Bid Documents หรือ Tender Documents)

ในกรณีที่เป็นการจัดซื้อหรือจัดจ้างภายในประเทศโดยใช้เงินงบประมาณแผ่นดิน เอกสารประกวดราคานั้นก็จะจัดทำขึ้นเป็นภาษาไทย ส่วนในกรณีโครงการที่ใช้เงินกู้จากต่างประเทศก็มักจะต้องทำเป็นภาษาอังกฤษ เนื่องจากแหล่งเงินกู้มักกำหนดให้ดำเนินการโดยวิธี “ประกวดราคานานาชาติ” (International Competitive Bidding) เพื่อเปิดโอกาสให้บริษัทเอกชนจากประเทศต่าง ๆ ที่เป็นเครือข่ายของแหล่งเงินกู้ นั้น ๆ ได้ทราบและมีสิทธิเข้าประกวดราคาด้วย

ในเอกสารประกวดราคาแต่ละชุดจะประกอบด้วยเอกสารต่างๆ มากน้อยตามแต่ความจำเป็นในแต่ละกรณี ส่วนที่เป็นหลักที่จะขาดเสียมิได้ก็คือส่วนที่เป็นกติกาให้ถือปฏิบัติดังกล่าวมาแล้วนั่นเอง ซึ่งนิยมเรียกกันว่า “ข้อกำหนดสำหรับผู้เข้าประกวดราคา” (Instructions to Bidders หรือ ITB) เอกสารส่วนนี้จะวางกติกาว่าผู้ใดบ้างจะมีสิทธิเข้าประกวดราคา การเสนอราคาจะต้องทำอย่างไร ที่ไหน เมื่อใด การเปิดซองราคาจะเปิดเมื่อใด ที่ไหน การพิจารณาเปรียบเทียบราคาจะมีหลักเกณฑ์อย่างไร เมื่อตัดสินให้ผู้ใดชนะแล้วผู้นั้นจะต้องปฏิบัติอย่างไร หากไม่ปฏิบัติตามจะมีผลอย่างไร รวมทั้งหากผู้เสนอราคาปฏิบัติผิดกติกาในแต่ละขั้นตอนจะมีผลอย่างไร เป็นต้น เป็นไปตามหลักเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐที่กำหนดว่าต้องก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่หน่วยงานของรัฐ และต้องสอดคล้องกับหลักการคุ้มค่า โปร่งใส มีประสิทธิภาพและประสิทธิผล ตรวจสอบได้²²

²² พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560, มาตรา 8 บัญญัติว่า การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุของหน่วยงานของรัฐต้องก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่หน่วยงานของรัฐ และต้องสอดคล้องกับหลักการดังต่อไปนี้

(๑) คุ้มค่า โดยพัสดุที่จัดซื้อจัดจ้างต้องมีคุณภาพหรือคุณลักษณะที่ตอบสนองวัตถุประสงค์ในการใช้งานของหน่วยงานของรัฐ มีราคาที่เหมาะสม และมีแผนการบริหารพัสดุที่เหมาะสมและชัดเจน

(๒) โปร่งใส โดยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุต้องกระทำโดยเปิดเผย เปิดโอกาสให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม มีการปฏิบัติต่อผู้ประกอบการทุกรายโดยเท่าเทียมกัน มีระยะเวลาที่เหมาะสมและเพียงพอต่อการยื่นข้อเสนอ มีหลักฐานการดำเนินงานชัดเจน และมีการเปิดเผยข้อมูลการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุในทุกขั้นตอน

(๓) มีประสิทธิภาพและประสิทธิผล โดยต้องมีการวางแผนการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุล่วงหน้าเพื่อให้การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุเป็นไปอย่างต่อเนื่องและมีกำหนดเวลาที่เหมาะสม โดยมีการประเมินและเปิดเผยผลสัมฤทธิ์ของการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ

(๔) ตรวจสอบได้ โดยมีการเก็บข้อมูลการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุอย่างเป็นระบบเพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบ

ให้หน่วยงานของรัฐใช้หลักการตามวรรคหนึ่งเพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ หากการจัดซื้อจัดจ้างไม่เป็นไปตามหลักการดังกล่าว แต่ไม่มีผลต่อการจัดซื้อจัดจ้างอย่างมีนัยสำคัญ หรือเกิดจากกรณีเร่งด่วน หรือมีเหตุผลหรือความจำเป็นอื่น การจัดซื้อจัดจ้างนั้นย่อมไม่เสียไป

นอกจากนี้แล้วก็มีเอกสารที่เป็นแบบฟอร์มต่างๆ เช่น แบบใบเสนอราคา แบบหนังสือค้ำประกันของแบบสัญญา แบบหนังสือค้ำประกันสัญญา แบบหนังสือค้ำประกันเงินล่วงหน้า ตลอดจนเอกสารรายการคุณลักษณะเฉพาะ (Specifications) และแบบรูป (Drawings) ของพัสดุหรืองานจ้างที่ต้องการ ซึ่งเอกสารสองฉบับหลังนี้เป็นส่วนของข้อเท็จจริงตามความต้องการในการจัดซื้อจัดจ้างแต่ละราย จึงไม่อาจกำหนดเป็นแบบฟอร์มมาตรฐานไว้ล่วงหน้าได้ และเป็นเอกสารส่วนที่มีใช้เงื่อนไขทางกฎหมาย สำนักงานอัยการสูงสุดจึงไม่ต้องตรวจพิจารณา

สำหรับเอกสารส่วนที่เป็นข้อกำหนดสำหรับผู้เข้าประกวดราคาตลอดจนแบบฟอร์มต่างๆ นั้น ทางราชการได้กำหนดตัวอย่างเป็นมาตรฐานไว้แล้วเช่นเดียวกับตัวอย่างสัญญา และหลักปฏิบัติก็เป็นทำนองเดียวกับเรื่องการทำสัญญา กล่าวคือ หากไม่สามารถทำตามแบบได้และจำเป็นต้องยกเว้นขึ้นใหม่ ก็ต้องส่งให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก่อน หรือในกรณีที่ทำตามแบบเป็นส่วนใหญ่ แต่มีบางรายการจำเป็นต้องผิดแผกไปจากแบบ และหัวหน้าส่วนราชการเห็นว่าจะมีปัญหาในทางเสียเปรียบหรือไม่รัดกุมพอก็ให้ส่งให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก่อนเช่นกัน กติกาเช่นนี้ยังปรากฏอยู่ในระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ข้อ 43 วรรคสอง

หลักการในการตรวจร่างเอกสารประกวดราคานั้นอาจผิดแผกไปจากการตรวจร่างสัญญาอยู่บ้าง กล่าวคือ เนื่องจากเอกสารประกวดราคาเป็นการกำหนดกติกาให้ผู้เข้าประกวดราคาทุกรายปฏิบัติเหมือน ๆ กัน ดังนั้น ข้อสำคัญที่พึงระลึกละเอียดตลอดเวลาในการตรวจร่างก็คือจะต้องถือความเสมอภาคเป็นสำคัญ กล่าวคือระวังไม่ให้มีการได้เปรียบเสียเปรียบกันระหว่างผู้เข้าประกวดราคาแต่ละราย ตัวอย่างเช่นในการประกวดราคายานในประเทศ การกำหนดให้ผู้เข้าประกวดราคาแต่ละรายมายื่นซองประกวดราคาต่อคณะกรรมการด้วยตัวเองโดยมิให้ส่งทางไปรษณีย์ก็เป็นการรัดกุมและเสมอภาคกันดีแล้ว แต่หากจะใช้กฎเกณฑ์เดียวกันนี้ ในการประกวดราคานานาชาติย่อมเห็นได้ชัดเจนว่าบริษัทต่างประเทศก็จะเสียเปรียบเพราะจะต้องเสียค่าใช้จ่ายสูงในการส่งตัวแทนเดินทางมาจากต่างประเทศหรือต้องจ้างตัวแทนในประเทศไทยให้เป็นผู้ยื่นซองแทน ในที่สุดก็อาจถึงกับล้มเลิกความตั้งใจไม่เข้าประกวดราคาเสียเลยก็ได้ ด้วยเหตุนี้เองในกรณีประกวดราคานานาชาติ ระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ข้อ 60 ก็มีหลักการซื้อหรือการจ้างโดยวิธีการประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับกับการประกวดราคานานาชาติโดยอนุโลม

ร่างเอกสารประกวดราคาที่จะส่งให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณานี้ โดยปกติแล้วก็ต้องส่งมาในขณะที่ยังเป็น “ร่าง” อยู่ คือยังมิได้ดำเนินการเปิดประกวดราคา มิฉะนั้นก็ย่อมล่วงเลยเวลาและไม่อยู่ในฐานะที่สำนักงานอัยการสูงสุดจะตรวจพิจารณาได้ ต่างกับร่างสัญญาซึ่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 93 วรรคห้า ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการส่งสัญญาที่ลงนามแล้วให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาในภายหลังได้

อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติเคยมีบางหน่วยงานที่มีความจำเป็นเร่งด่วนจึงได้ทำการเปิดประกวดราคาไปก่อน แต่มีข้อสงสัยสงสัยไว้ว่าสงสัยสิทธิที่จะแก้ไขเอกสารประกวดราคาให้เป็นไปตามที่สำนักงานอัยการสูงสุดแก้ไข ดังนี้ เมื่อพิจารณาเห็นว่ามีความจำเป็นจริง ๆ ที่หน่วยงานนั้นได้เปิดประกวดราคาไปก่อนและหน่วยงาน

เจ้าของเรื่องยื่นความประสงค์ขอให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา สำนักงานอัยการสูงสุดก็เคยอนุโลมตรวจพิจารณาให้ แต่ในการตรวจจะต้องใช้ความระมัดระวังเป็นอย่างยิ่งเพราะในขณะที่ตรวจนั้น ผู้ประสงค์จะเข้าประกวดราคาแต่ละรายต่างก็มีเอกสารประกวดราคาอยู่ในมือและพร้อมที่จะยื่นซองประกวดราคาแล้ว การแก้ไขกติกาบางประการโดยกระทันหันอาจเป็นผลถึงกับทำให้บางรายกลับตัวไม่ทันและเกิดการได้เปรียบเสียเปรียบกันขึ้นได้

สรุปแล้วในการตรวจร่างเอกสารประกวดราคา สิ่งแรกที่ต้องดำเนินการก็คือตรวจสอบข้อเท็จจริงให้เป็นการแน่ชัดว่าหน่วยงานเจ้าของโครงการได้ดำเนินการไปแล้วเพียงใดหรือไม่ หากยังไม่ได้ประกาศประกวดราคาก็ควรตรวจสอบด้วยว่ามีแผนจะออกประกาศเมื่อใด แล้วรีบตรวจพิจารณาให้แล้วเสร็จทันกำหนดดังกล่าวเพื่อมิให้เกิดความเสียหายแก่โครงการของทางราชการ แต่หากปรากฏได้ว่ามีการออกประกาศและขายเอกสารประกวดราคาไปแล้ว ก็ควรตรวจสอบว่ายังอยู่ในวิสัยที่จะตรวจพิจารณาให้ได้หรือไม่ เช่น ได้มีการระบุงวนสิทธิไว้ดังกล่าวแล้วข้างต้นหรือไม่ และในท้ายที่สุด ถึงแม้จะได้สงวนสิทธิไว้ดังกล่าว หากได้มีการยื่นซองประกวดราคากันแล้วดังนี้ ก็เป็นอันพ้นระยะเวลาที่จะตรวจ “กติกา” ของการประกวดราคาครั้งนี้เสียแล้ว

การตรวจพิจารณาสัญญาของรัฐที่ลงนามแล้ว

เดิมก่อนพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มีผลใช้บังคับ สำนักงานอัยการสูงสุดจะไม่ตรวจพิจารณาสัญญาที่ลงนามแล้วเพราะพ้นสภาพการเป็นร่างสัญญา หากหน่วยงานของรัฐส่งสัญญาลงนามแล้วให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา สำนักงานอัยการสูงสุดจะรับพิจารณาไปในแนวทางการให้คำปรึกษาทางกฎหมาย แต่ไม่ตรวจแก้ไขสัญญาที่ลงนามแล้ว อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 93 วรรคห้า บัญญัติว่า “ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐไม่ได้ทำสัญญาตามแบบสัญญาตามวรรคหนึ่งหรือไม่ได้ส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อนตามวรรคสองหรือวรรคสาม หรือตามมาตรา 97 วรรคหนึ่ง แล้วแต่กรณี ให้หน่วยงานของรัฐส่งสัญญานั้นให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบในภายหลังได้ เมื่อสำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบแล้วหรือเมื่อสำนักงานอัยการสูงสุด พิจารณาเห็นชอบแต่ให้แก้ไขสัญญา ถ้าหน่วยงานของรัฐแก้ไขสัญญานั้นให้เป็นไปตามความเห็นของ สำนักงานอัยการสูงสุดแล้ว ให้ถือว่าสัญญานั้นมีผลสมบูรณ์” เมื่อพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มีผลใช้บังคับแล้ว หน่วยงานของรัฐได้ส่งสัญญาที่ลงนามแล้วให้สำนักงานอัยการสูงสุดให้ความเห็นชอบ ในปี พ.ศ. 2560 จำนวน 9 สัญญา ปี พ.ศ. 2561 จำนวน 100 สัญญา และปี พ.ศ. 2562 จำนวน 103 สัญญา ในทางปฏิบัติสำนักงานอัยการสูงสุดจะให้ความเห็นชอบในกรณีที่สัญญาที่ลงนามแล้วนั้นยังอยู่ในวิสัยที่จะแก้ไขได้ รูปแบบการให้ความเห็นชอบสัญญาที่ลงนามแล้วโดยสำนักงานอัยการสูงสุดมีทั้งให้ความเห็นชอบ โดยไม่มีข้อแก้ไขหรือให้ความเห็นชอบโดยมีข้อสังเกตให้หน่วยงานดำเนินการเพิ่มเติมหรือตรวจแก้ไขลงในสัญญาที่ลงนามแล้ว กล่าวคือ โดยส่วนใหญ่สำนักงานอัยการสูงสุดจะให้ความเห็นชอบ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า การให้ความเห็นชอบสัญญาที่ลงนามแล้วนอกจากเรื่องรายละเอียดและเงื่อนไขในสัญญาแล้ว สภาพการเป็นสัญญาของรัฐนั้นก่อนการทำสัญญามักมีกระบวนการคัดเลือกที่ไม่เหมือนกัน เช่น สัญญาจ้างและสัญญาจ้างที่ปรึกษาจะมีวิธีการคัดเลือกคู่สัญญาและโครงสร้างค่าจ้างค่าตอบแทนที่ต่างกัน

หากสภาพของงานเป็นการจ้างที่ปรึกษาแต่หน่วยงานของรัฐกลับไปลงนามสัญญาที่เป็นสัญญาจ้าง เช่นนี้แล้ว ก็พิจารณาได้ว่ากระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาไม่ได้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของการคัดเลือกคู่สัญญาตามที่พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดไว้²³ แม้ในทางปฏิบัติที่ผ่านมา กรณีหน่วยงานของรัฐส่งสัญญาที่ลงนามแล้วให้สำนักงานอัยการสูงสุดให้ความเห็นชอบ และสำนักงานอัยการสูงสุดก็ได้ให้ความเห็นชอบไปแล้วเป็นส่วนใหญ่ การไม่ให้ความเห็นชอบเป็นส่วนน้อย ผู้เขียนมีความเห็นส่วนตัวว่าการให้ความเห็นชอบสัญญาที่ลงนามแล้วเป็นเพียงเพื่อให้มีกระบวนการเห็นชอบ แต่การให้ความเห็นชอบในภายหลังโดยมิใช่การตรวจร่างสัญญานั้นอาจไม่สอดคล้องกับหลักการการจัดทำสัญญา การบริหารสัญญา และการตรวจสอบของหน่วยงานภาครัฐตามหลักการของการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐที่ให้เกิดประโยชน์สูงสุด คุ่มค่า โปร่งใส มีประสิทธิภาพ และประสิทธิผล ตรวจสอบได้ ทั้งก่อนและหลังทำสัญญาตามที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายหลายฉบับ เช่น หลักการที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 ประมวลกฎหมายอาญา ก็ไม่สามารถตรวจสอบได้ โดยเฉพาะกระบวนการตรวจร่างสัญญาของรัฐ ซึ่งสำนักงานอัยการสูงสุดดำเนินการมาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันนั้น กระทำการเป็นลำดับขั้นผ่านการกลั่นกรองตั้งแต่ผู้ตรวจสอบรายวัน อัยการพิเศษฝ่าย รองอธิบดีและอธิบดี ต่อจากนั้นจึงเสนออัยการสูงสุด ในระหว่างการตรวจร่างสัญญาแต่ละฉบับ ผู้ตรวจสอบรายวันก็จะเชิญผู้แทนจากหน่วยงานของรัฐเพื่อกำหนดข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับร่างสัญญาเพื่อประกอบการตรวจแก้ไขร่างสัญญาแต่ละฉบับซึ่งมีสภาพงาน เงื่อนไข ข้อจำกัดแตกต่างกัน สัญญาของรัฐแต่ละฉบับนั้นท่านศาสตราจารย์พิเศษจุลสิงห์ วสันตสิงห์ ได้เคยให้ข้อคิดที่ตีประกอบการตรวจร่างสัญญาซึ่งจะนำไปเปรียบเทียบกันไม่ได้ กล่าวคือ การเปรียบเทียบเงื่อนไขในเรื่องเดียวกันของสัญญาหนึ่งซึ่งอาจแตกต่างกันไปจากอีกสัญญาหนึ่งไม่ได้หมายความว่ามีความผิดปกติหรือทำให้สัญญาหนึ่งเสียเปรียบ อีกสัญญาหนึ่งได้เปรียบเสมอไป เพราะเงื่อนไขของสัญญาแต่ละฉบับ (Conditions of Contract) ย่อมสัมพันธ์กับต้นทุน (Costs) และราคา (Contract Price) ความเสี่ยงภัยอื่น ๆ (Risk Factor) เช่น สัญญาซื้อขายระหว่างประเทศที่มีเงื่อนไขที่ผู้ขายต้องส่งสินค้าให้ถึงมือผู้ซื้อ ผู้ขายต้องบวกค่าขนส่ง ค่าประกันรับขน ค่าภาษี และค่าขนส่งภายในประเทศ ส่วนสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศที่มีเงื่อนไขให้ผู้ซื้อรับสินค้าหน้าโรงงาน (Ex Factory) ราคาสินค้าย่อมถูกกว่า เป็นต้น ซึ่งต้องพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ ไป ดังนั้น ในกรณีสัญญาที่ลงนามแล้ว กระบวนการตรวจสอบการได้เปรียบเสียเปรียบในเชิงเงื่อนไขของสัญญาก็ดี การตรวจสอบในขั้นตอนก่อนการทำสัญญาว่าสอดคล้องกับกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ก็จะถูกมองข้าม ไม่ได้มีการตรวจสอบพิจารณา ถึงแม้ว่าในพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 93 วรรคห้า จะมีบทบัญญัติว่าสัญญาที่ลงนามแล้วให้หน่วยงานของรัฐส่งให้สำนักงานอัยการสูงสุดเห็นชอบภายหลังได้ กรณีสำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาเห็นชอบแต่ให้แก้ไขสัญญา ถ้าหน่วยงานของรัฐแก้ไขสัญญานั้นให้เป็นไปตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุดแล้ว ให้ถือว่าสัญญานั้นมีผลสมบูรณ์ก็ตาม การแก้ไขสัญญาที่ลงนามแล้ว หน่วยงานของรัฐไม่อาจดำเนินการได้ฝ่ายเดียว เพราะการแก้ไขสัญญาที่ลงนามแล้ว สามารถดำเนินการได้ก็ด้วยความสมัครใจของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย หากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ตกลงที่จะแก้ไขให้เป็นไปตามที่สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจแก้ไขสัญญาที่ลงนามแล้ว ปัญหาที่จะ

²³ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 56 กำหนดวิธีการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุทั่วไป ส่วนมาตรา 70 กำหนดกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญางานจ้างที่ปรึกษา

ตกอยู่กับหน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นคู่สัญญาอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าการตรวจพิจารณาร่างสัญญาของรัฐที่ยังไม่ได้ลงนามเป็นประโยชน์กับการรักษาผลประโยชน์ของรัฐและป้องกันปัญหาในอนาคตได้มากกว่า การให้สำนักงานอัยการสูงสุดให้ความเห็นชอบสัญญาของรัฐที่ลงนามแล้ว สัญญาของรัฐนั้น นอกจากการมีเงื่อนไขรายละเอียดในสัญญาที่สอดคล้องกับกฎหมายแล้ว ควรมีสภาพเป็นสัญญาที่ดีด้วย ประเด็นเรื่องความสอดคล้องกับกฎหมายนั้นเป็นเพียงส่วนเดียวของการเป็นสัญญาที่ดี นอกจากการตรวจสัญญาเพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายและไม่ให้ทางราชการเสียเปรียบแล้ว สำนักงานอัยการสูงสุดยังตรวจร่างสัญญาเพื่อให้ร่างสัญญานั้นเป็นสัญญาที่ดีอีกด้วย

สัญญาที่ดีกับคุณสมบัติของผู้ตรวจร่างสัญญาที่ดี

ในส่วนนี้ผู้เขียนขอแนะนำประสบการณ์ของท่านสุชาติ ไตรประสิทธิ์ ซึ่งได้รวบรวมไว้เสมือนหนึ่งเป็นสิ่งที่ต้องการถ่ายทอดให้ผู้ปฏิบัติหน้าที่ตรวจร่างสัญญาของรัฐได้เรียนรู้และนำมาปฏิบัติ โดยสรุปได้ดังนี้

สัญญาที่ดี

แนวทางในการตรวจพิจารณาเพื่อให้เป็น “สัญญาที่ดี” นั้น พอจะประมวลได้ดังนี้

1. สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

สัญญาที่ดีนั้น ข้อสำคัญที่สุดก็คือจะต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย ตัวอย่างเช่น

- สัญญาของรัฐวิสาหกิจ กิจการตามสัญญาจะต้องอยู่ภายใต้กรอบวัตถุประสงค์ที่กฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจแห่งนั้นบัญญัติไว้
- สัญญาให้สัมปทานแก่เอกชน จะต้องอยู่ภายในขอบเขตหลักเกณฑ์ของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการหรือทรัพยากรของรัฐที่จะให้สัมปทานนั้น
- สัญญาอนุญาตให้ข้าราชการลาไปศึกษาต่อ โดยมีเงื่อนไขให้กลับมาปฏิบัติราชการชดใช้ เงื่อนไขนั้นๆ จะต้องสอดคล้องกับกฎหมายว่าด้วยระเบียบของข้าราชการฝ่ายนั้น ๆ

ดังนั้น ก่อนที่จะลงมือตรวจร่างสัญญาแต่ละฉบับ ผู้ตรวจควรจะต้องตรวจสอบว่ามีกฎหมายใดเกี่ยวข้องบ้าง และศึกษากฎหมายนั้น ๆ ให้ถ่องแท้เสียก่อน แม้แต่สัญญาบางชนิดที่ยังไม่มีกฎหมายไทยรองรับหรือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังไม่ได้บัญญัติไว้เป็นเอกเทศสัญญาโดยเฉพาะ เช่น สัญญาเช่าแบบ “ลีสซิง” ก็ควรจะได้ศึกษาจนเข้าใจถ่องแท้ว่าหลักเกณฑ์ที่ยอมรับกันในประเทศเป็นอย่างไร แตกต่างจากสัญญาเช่าธรรมดาหรือสัญญาเช่าซื้อของไทยอย่างไร จะนำมาใช้ทำสัญญาโดยไม่ขัดต่อกฎหมายไทยตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาได้หรือไม่เพียงใด

2. สอดคล้องกับระเบียบราชการ

ในฐานะที่เป็นสัญญาภาครัฐ สัญญานั้นจะเป็นสัญญาที่ดีก็ต่อเมื่อไม่ขัดต่อระเบียบของทางราชการ ซึ่งอาจอยู่ในรูปของระเบียบ กฎกระทรวง มติคณะรัฐมนตรี ฯลฯ ตัวอย่างเช่น

- สัญญาซื้อขายซึ่งกำหนดให้ผู้ขายจัดฝึกอบรมเกี่ยวกับสิ่งของที่ซื้อขาย ณ โรงงานของผู้ขายในต่างประเทศด้วย ดังนี้ ต้องระบุงบให้ขัดต่อมติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่าให้ฝ่ายผู้ขายมีหน้าที่เพียง

จัดฝึกอบรมให้เท่านั้น ส่วนค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปราชการ เช่น ค่าพาหนะ ค่าที่พัก ค่าเบี้ยเลี้ยง ทางราชการผู้ซื้อจะเป็นผู้ออกเอง เพราะหากให้ผู้ขายออกให้แล้วอาจฉวยโอกาสคำนวณค่าใช้จ่ายรวมไว้ในราคาส่งของในอัตราที่สูงมาก ทำให้ทางราชการเสียประโยชน์²⁴

- สัญญาที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ถ้าเป็นกรณีสัญญาที่ต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 หรือสัญญาสัมปทานที่หน่วยงานของรัฐเป็นผู้ให้สัมปทาน หน่วยงานของรัฐไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็น หรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นรายๆ ไป สำหรับสัญญาใดที่ส่วนราชการต้องเสนอคณะรัฐมนตรีตามพระราชบัญญัติการว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 และสัญญามีข้อระบุให้ให้อนุญาตตุลาการโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ สัญญานั้นยังคงต้องเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบด้วย²⁵

3. สอดคล้องกับธรรมเนียมปฏิบัติ

ในวงการค้าหรือวงการธุรกิจประเภทต่าง ๆ ล้วนมีธรรมเนียมปฏิบัติในวงการของตน ธรรมเนียมปฏิบัติเหล่านี้บางอย่างอาจมีวิวัฒนาการมายาวนานนับศตวรรษ และยอมรับกันเป็นสากล ดังนั้น ในการทำสัญญากับภาคเอกชน จึงจำเป็นต้องศึกษาด้วยว่า ในวงการนั้น ๆ มีธรรมเนียมปฏิบัติอย่างไร หากไม่ขัดต่อกฎหมายหรือไม่ถึงกับทำให้ทางราชการเสียหายแล้ว ก็ไม่น่าจะฝ่าฝืนธรรมเนียมนั้น ๆ ตัวอย่างเช่น

- ธรรมเนียมการค้าระหว่างประเทศมีว่า ในการซื้อขายแบบ C.I.F. เมื่อผู้ขายขนส่งสินค้าลงเรือและเอาประกันภัยการขนส่งทางทะเลโดยระบุให้ผู้ซื้อเป็นผู้รับประโยชน์เรียบร้อยแล้ว ภาระหน้าที่ของผู้ขายเป็นอันเสร็จสิ้น และหน้าที่ของผู้ซื้อในการชำระราคาก็จะเกิดขึ้นทันที ไม่ต้องรอให้สินค้านั้นมาถึงมือผู้ซื้อก่อน โดยผู้ขายมีสิทธินำเอกสารการขนส่ง (Shipping Documents) ไปยื่นขอรับเงินค่าสินค้านั้นจากธนาคารที่ผู้ซื้อเปิด L/C ไว้

ดังนั้น หากผู้ตรวจร่างสัญญาจะแก้ไขให้จ่ายเงินเมื่อผู้ซื้อได้รับมอบสิ่งของในประเทศไทยแล้วเหมือนเช่นสัญญาซื้อขายภายในประเทศทั่วๆ ไป ย่อมขัดต่อธรรมเนียมปฏิบัติสากล ยกที่ผู้ขายจะยินยอม หรือหากจะยินยอมก็อาจเสนอราคาสูงกว่าปกติ ซึ่งก็จะยิ่งทำให้ทางราชการเสียประโยชน์

- ธรรมเนียมในการจ้างบริษัทที่ปรึกษา (Consultancy Service) มีว่าลักษณะของการจ้างประเภทนี้ ผิดกับการจ้างทำของทั่วๆ ไป โดยเป็นการจ้างเพื่อให้ความรู้ ออกแบบ หรือวิเคราะห์วิจัยเรื่องใดเรื่องหนึ่ง อันเท่ากับการการซื้อความรู้ (know-how) จากที่ปรึกษานั้น งานประเภทนี้หากจะทำให้เสร็จเร็วเพียงใดก็ย่อมได้ แต่คุณภาพของงานอาจด้อยคุณค่าลงด้วย ดังนั้น โดยทั่วไปแล้วสัญญาประเภทนี้จึงไม่มีบทปรับอันเนื่องจากส่งมอบงานล่าช้า

หากสัญญาของทางราชการบังคับให้ต้องปรับปรับ อาจเป็นเหตุให้ทางบริษัทต่างประเทศรับทำงานได้ยาก เพราะไม่สอดคล้องกับธรรมเนียมที่ยอมรับกันเป็นสากล

²⁴ หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ สร. 0202/ว. 222 ลงวันที่ 18 พฤศจิกายน 2523

²⁵ มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม 2558 เรื่อง ขอแก้ไขมติคณะรัฐมนตรีวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 (เรื่อง การทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน)

4. สอดคล้องกับหลักความเป็นธรรม

อาจเป็นการยากที่จะชี้ชัดตายตัวว่าแค่ไหนเพียงไรจึงจะถือว่าสัญญาฉบับหนึ่งๆ มีความเป็นธรรมหรือไม่ แต่อาจกล่าวเป็นการทั่วไปได้ว่าสัญญาที่ดีที่สุดนั้นคือสัญญาที่ไม่มีใครเอาเปรียบใคร การที่บางคนเข้าใจว่าสัญญาภาครัฐที่ดีที่สุดหมายถึงสัญญาที่ทางราชการได้เปรียบฝ่ายเอกชนมากที่สุดนั้น นับเป็นความเข้าใจที่คลาดเคลื่อน ทั้งยังเป็นผลในทางลบต่อบรรยากาศการลงทุนในประเทศด้วย การที่สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจแก้ไขร่างสัญญา มิให้ทางราชการเสียเปรียบนั้น ก็เพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐได้รับความเป็นธรรมจากฝ่ายเอกชนเท่านั้น มิได้มุ่งหมายให้ก้าวเลยไปถึงขั้นที่จะเอาเปรียบเอกชนด้วย ทั้งนี้ เว้นแต่สัญญาบางประเภทเช่นสัญญาสัมปทานหรือสัญญาที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ ซึ่งหลักกฎหมายมหาชนที่ยอมรับกันในต่างประเทศนั้นถือว่ามิใช่สัญญาในทางแพ่งธรรมดาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีสถานะเท่าเทียมกัน หากแต่เป็นสัญญาในทางกฎหมายปกครองซึ่งฝ่ายรัฐมีสถานะเหนือกว่าและควรมีสถิติบางประการเหนือกว่าเอกชน ทั้งนี้ก็เพื่อปกป้องคุ้มครองประโยชน์ของสาธารณชนเป็นสำคัญ ดังนี้ หากจะนำหลักการดังกล่าวมาบรรลึงไว้ในสัญญา คู่สัญญาที่เป็นเอกชนต่างประเทศก็ควรจะยอมรับได้

5. สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของคู่สัญญา

สัญญาย่อมมีที่มาจากคำเสนอและคำสนองของคู่สัญญา ดังนั้น ตรابطะที่การเสนอสนองอันมีผลลัพธ์เป็นร่างสัญญานั้นไม่ขัดต่อกฎหมายและระเบียบต่างๆ ตลอดจนไม่ทำให้ทางราชการเสียเปรียบแล้ว การตรวจร่างสัญญาก็ควรจะต้องเคารพต่อเจตนารมณ์ของคู่สัญญาด้วยเพื่อให้การดำเนินงานตามสัญญาต้องผิตเพี้ยนไปจากโครงการที่กำหนดกันไว้ ตัวอย่างเช่น ส่วนราชการแห่งหนึ่งประสงค์จะจัดทำแบบฟอร์มสัญญาเพื่อใช้ในการให้สหกรณ์การเกษตรต่างๆ ยืมเงินโดยไม่มีดอกเบี้ยตามที่ส่วนราชการแห่งนั้นได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีให้วางระเบียบว่าด้วยเงินยืมกรณีดังกล่าวไว้แล้ว ดังนี้ หากผู้ตรวจร่างสัญญาจะแก้คำว่า “เงินยืม” ที่ปรากฏในร่างสัญญาให้เป็น “เงินกู้” ย่อมเห็นได้ว่านอกจากจะไม่สอดคล้องกับระเบียบที่วางไว้แล้ว ยังไม่ต้องด้วยเจตนารมณ์ของหน่วยงานเจ้าของเรื่องอีกด้วย

ดังนั้น ก่อนจะลงมือแก้ไขร่างสัญญา ผู้ตรวจร่างสัญญาจำเป็นจะต้องตรวจสอบเจตนารมณ์ในข้อนั้นๆ ให้เป็นที่แน่ชัดเสียก่อน ซึ่งอาจดูได้จากเอกสารที่ส่งมาประกอบการพิจารณา หรือหากไม่เพียงพอก็ต้องสอบถามจากผู้แทนของหน่วยงานเจ้าของเรื่องที่ได้รับมอบหมายให้มาชี้แจงข้อเท็จจริงเพิ่มเติม

6. ขอบด้วยเหตุและผล

ในสัญญาฉบับหนึ่ง ๆ นั้น ข้อกำหนดและเงื่อนไขแต่ละข้อจะมีความสัมพันธ์กันเป็นลูกโซ่และเป็นเหตุเป็นผลซึ่งกันและกัน หากเมื่อใดพบว่าข้อกำหนดหรือเงื่อนไขที่ไม่รับกัน ผู้ตรวจร่างสัญญาที่มีความรู้และละเอียดถี่ถ้วนจะทราบได้ทันทีว่ามีสิ่งผิดปกติดังเกิดขึ้นแล้วซึ่งจะต้องแก้ไขให้ถูกต้อง ตัวอย่างเช่น ร่างสัญญาข้อหนึ่งกำหนดให้ผู้ว่าจ้างจ่ายเงินล่วงหน้าจำนวนหนึ่งแก่ผู้รับจ้างโดยผู้รับจ้างจะต้องวางหนังสือค้ำประกันของธนาคารไว้ให้แทนเพื่อเป็นหลักประกันการชดใช้คืนเงินล่วงหน้า และมีอีกข้อหนึ่งที่กำหนดว่าถ้าผู้รับจ้างทำงานล่าช้า ผู้รับจ้างต้องชำระเบี้ยปรับรายวันให้แก่ผู้ว่าจ้าง โดยผู้ว่าจ้างมีสิทธิหักค่าปรับเอาจากหลักประกันสัญญาและหลักประกันเงินล่วงหน้าที่ได้วางไว้

ดังนั้น ย่อมจะเห็นได้ว่าไม่เป็นการชอบด้วยเหตุและผลเพราะภาระหน้าที่ของหลักประกันเงินล่วงหน้านั้นก็เพื่อขอใช้เงินล่วงหน้าคืนให้แก่ผู้ว่าจ้างในกรณีที่ผู้รับจ้างปฏิบัติผิดสัญญาจนถูกบอกเลิกสัญญา หากใช้เพื่อค้ำประกันการชำระเบี้ยปรับซึ่งเป็นความผูกพันของ “หลักประกันสัญญา” อีกส่วนหนึ่งต่างหาก

7. ป้องกันปัญหาในอนาคต

สัญญาที่ดีนั้นคือสัญญาที่กำหนดแนวทางปฏิบัติให้คู่สัญญาได้ร่วมดำเนินการตามสัญญากันไปได้ อย่างราบรื่นตลอดรอดฝั่งโดยไม่มีข้อขัดแย้งอันเนื่องมาจากข้อสัญญานั้น ดังนั้น ข้อกำหนดและเงื่อนไขต่างๆ จึงต้องมีความชัดเจน รัดกุม ไม่ขัดแย้งกันเอง หรืออาจมีปัญหาก็ต้องตีความ อันจะนำมาซึ่งข้อพิพาทในอนาคตได้ ตัวอย่างเช่น ในสัญญาจ้างบริษัทต่างประเทศ มีเงื่อนไขการจ่ายเงินว่าผู้ว่าจ้างจะจ่ายเงินค่าจ้างแต่ละงวดเมื่อได้รับ “Invoice” จากผู้รับจ้าง ย่อมคาดคิดได้ว่าในทางปฏิบัติ เมื่อถึงคราวที่ผู้รับจ้างยื่นใบแจ้งหนี้ (Invoice) ดังกล่าวเข้าจริงๆ ฝ่ายราชการซึ่งเป็นผู้ว่าจ้างอาจมีข้อโต้แย้งว่าผู้รับจ้างยังปฏิบัติงานในงวดนั้นๆ ไม่ครบถ้วน จึงยังไม่มีสิทธิรับเงิน ฝ่ายผู้รับจ้างก็อาจโต้แย้งว่าในเมื่อผู้รับจ้างได้ยื่น Invoice แล้ว ถึงอย่างไรผู้ว่าจ้างก็ต้องจ่ายเงินตามสัญญา ดังนั้น หากผู้ตรวจร่างจะได้แก่คำว่า “Invoice” ให้เป็น “Undisputed Invoice” เสีย ก็จะเป็นการชัดเจนว่าจะจ่ายเงินให้ก็ต่อเมื่อผู้ว่าจ้างไม่มีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับใบแจ้งหนี้แล้วเท่านั้น ซึ่งก็จะช่วยป้องกันปัญหาข้อขัดแย้งดังกล่าวข้างต้นได้

8. มีรูปแบบที่ดี

สัญญาที่ดีควรมีการจัดรูปแบบให้เรียบร้อย สะดวกแก่การอ่าน การค้นหา และมีความเป็นระบบ เช่น

- **เลขข้อ** ควรมีคำว่า “ข้อ” กำกับไว้ด้วยเสมอ หากเป็นสัญญาภาษาอังกฤษก็อาจใช้คำว่า “Article” หรือ “Section” ซึ่งเมื่อใช้คำใดแล้วก็ใช้ให้เป็นเหมือนกันทั้งฉบับ

- **เลขข้อย่อย** อาจเขียนได้หลายระบบ อาทิ (1), (2), (3) หรือ (ก), (ข), (ค) หรือ 1.1, 1.2, 1.3 ซึ่งควรใช้ให้เป็นระบบเดียวกันตลอดเช่นเดียวกัน

- **ชื่อหัวข้อ** สัญญาแต่ละข้ออาจกำหนดให้มีชื่อหัวข้อหรือไม่ก็ได้ ในสัญญาที่มีความยาวมาก ๆ มักนิยมกำหนดชื่อหัวข้อของแต่ละข้อไว้ด้วย เพื่อความสะดวกในการค้นหาเงื่อนไขหรือข้อกำหนดเป็นการเฉพาะเรื่อง การจะมีชื่อหัวข้อหรือไม่นี้ก็ควรเหมือนกันตลอดทั้งฉบับเช่นกัน

- **คำที่นิยามไว้** คำบางคำในสัญญาที่มีความหมายพิเศษและได้มีการนิยามศัพท์คำนั้นไว้ เมื่อจะนำคำที่นิยามไว้นั้นมาใช้ในสัญญาข้อใดก็ควรสะกดให้ตรงตามที่นิยามไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสัญญาภาษาอังกฤษ คำนิยามมักนิยมสะกดโดยขึ้นต้นด้วยอักษรตัวใหญ่ (Capital Letter) เช่น “Force Majeure” ดังนั้น เมื่อจะนำมาใช้ ณ ที่ใด ก็ควรสะกดในรูปแบบเดียวกันเพื่อให้ทราบว่าเป็นคำเดียวกับที่ได้นิยามไว้แล้ว

9. ใช้ภาษาที่ดี

การใช้ภาษาในสัญญาควรจะต้องเป็นภาษาที่ดีด้วย สัญญานั้นจึงจะได้ชื่อว่าเป็นสัญญาที่ดี ซึ่งอาจมีข้อพิจารณาดังนี้

- **ภาษากฎหมาย** ในเบื้องต้นนั้น ภาษาที่ใช้ในสัญญาควรเป็นภาษาที่ใช้ในแวดวงกฎหมาย แต่ทั้งนี้มิได้หมายถึงการอ้างตัวบทกฎหมายลงในสัญญาด้วย ตัวอย่างเช่นธนาคารแห่งหนึ่งซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจจะให้

เกษตรกรผู้ยากจนในชนบทก็ยืมเงินโดยให้เกษตรกรด้วยกันเป็นผู้ค้ำประกัน ดังนี้ หากในสัญญาค้ำประกันระบุให้ผู้ค้ำประกัน “รับผิดชอบร่วมกันกับลูกหนี้” ซึ่งเป็นถ้อยคำที่ใช้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 691 ก็นับว่าเป็นความชัดเจนเพียงพอแล้ว แต่หากจะระบุไปถึงว่า “ผู้ค้ำประกันตกลงสละสิทธิดังได้บัญญัติไว้ใน ป.พ.พ. มาตรา 688, 689 และ 690” จะเห็นได้ว่าเกินความจำเป็น เพราะเมื่อเป็นลูกหนี้ร่วมก็ย่อมไม่มีสิทธิตาม มาตราทั้งสามอยู่แล้ว และเมื่อคำนึงถึงคู่สัญญาซึ่งเป็นเกษตรกรในชนบท การอ้างมาตราในกฎหมายเช่นนั้น เป็นการยากที่จะเข้าใจได้ ซึ่งการใช้ถ้อยคำหรือข้อความที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่สามารถเข้าใจได้นั้นเนื่องจาก สถานภาพที่แตกต่างกันของคู่สัญญานี้ นับได้ว่าเป็นความไม่เป็นธรรมอย่างหนึ่ง

10. มีความรัดกุม

ลักษณะประการสุดท้ายซึ่งสำคัญอย่างยิ่งของสัญญาที่ดีก็คือ จะต้องมีความรัดกุม เพราะแม้จะ ประกอบด้วยลักษณะของสัญญาที่ดีประการอื่น ๆ ดังกล่าวมาข้างต้นทั้งหมดแล้ว แต่หากขาดเสียซึ่งความรัดกุม ก็อาจทำให้ลักษณะที่ดีอื่นๆ นั้นพลอยเสียไปด้วย ดังเช่นอาจเป็นผลให้ทางราชการเสียเปรียบ เกิดความไม่เป็นธรรม ของสัญญา หรือก่อให้เกิดปัญหาทางปฏิบัติ หรือเกิดข้อพิพาทในอนาคตได้ ตัวอย่างเช่น ร่างสัญญาฉบับหนึ่ง คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะสร้างสนามกีฬาระดับมาตรฐานสากลลงบนที่ดินของตนเพื่อให้ฝ่ายราชการได้ใช้จัดการแข่งขัน กีฬานานาชาติโดยไม่คิดมูลค่า แลกกับการที่ทางราชการจะสร้างทางขึ้นลงของทางด่วนลงในบริเวณที่ดินนั้น ทั้งนี้ เมื่อการจัดการแข่งขันกีฬานานาชาติดังกล่าวเสร็จสิ้นลง หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะนำสนามกีฬาของตน ให้เช่าหาผลประโยชน์ต่อไปจะต้องแบ่งเงินผลตอบแทนให้แก่ฝ่ายราชการอีกเป็นรายปี ในอัตรา 5% ของรายได้ หลังจากหักค่าใช้จ่ายแล้ว

ดังนี้ หากในสัญญาไม่มีข้อกำหนดเกี่ยวกับวิธีการหรือมาตรการที่ทางราชการจะสามารถตรวจสอบ รายได้จากการให้เช่าสนามกีฬา ตลอดจนค่าใช้จ่ายต่างๆ ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนแล้ว ย่อมไม่มีทางทราบได้ว่า ผลตอบแทนรายปีที่ได้รับนั้นจะเป็นอัตรา 5% ของรายได้หลังหักค่าใช้จ่ายแล้วจริงหรือไม่ ซึ่งนับว่าขาดความรัดกุม

คุณสมบัติของผู้ตรวจร่างสัญญาที่ดี

คุณสมบัติที่ผู้ตรวจร่างสัญญาที่ดีจะพึงมีน่าจะได้แก่ มีใจสุจริต มีจิตเป็นธรรม มีความรอบคอบ ขอบทำงานไว ฝึกฝนค้นคว้า และใช้ภาษาได้ดี

1. มีใจสุจริต

ร่างสัญญาแต่ละฉบับล้วนมีผลประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเข้ามาเกี่ยวข้อง ทุนทรัพย์ของ บางสัญญานั้นอาจจะเป็นจำนวนถึงพันล้าน หมื่นล้าน หรือแสนล้านบาท ข้อความในสัญญาเพียงวลีเดียว หรือประโยคเดียวอาจลดบันดาลให้ผลประโยชน์ที่รัฐพึงจะได้กลับตกไปอยู่ในมือของเอกชนคู่สัญญาได้อย่าง น่าเสียดายและเสียใจ ผู้ตรวจร่างสัญญาจึงต้องเป็นผู้ที่ไม่ยอมให้ผลประโยชน์หรืออิทธิพลใด ๆ มีความหมาย เนื้อหาคัดค้านหรือการเป็น “ทนายแผ่นดิน” เป็นอันขาด

2. มีจิตเป็นธรรม

สัญญาที่ดีคือสัญญาที่ไม่มีใครเอาเปรียบใคร สัญญาที่เป็นธรรมจะเป็นสิ่งกระตุ้นให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเต็มใจปฏิบัติงานให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของสัญญาอย่างเต็มเม็ดเต็มหน่วย ช่วยส่งเสริมบรรยากาศการลงทุนและสร้างภาพพจน์ที่ดีให้แก่ทางราชการ ซึ่งแค่ไหนเพียงไรจึงจะถือว่าเป็นธรรมนั้นเป็นสิ่งละเอียดอ่อน แต่หากผู้ตรวจร่างสัญญามีจิตใจเป็นธรรมเป็นพื้นฐานอยู่แล้ว ย่อมไม่เป็นการยากที่จะมองเห็นว่าจะเขียนสัญญาแต่ละข้ออย่างไรให้เกิดความเป็นธรรม

3. มีความรอบคอบ

การตรวจร่างสัญญาจะต้องอาศัยความละเอียดถี่ถ้วนและรอบคอบในทุกแง่มุม ทั้งในข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และการใช้ถ้อยคำสำนวน เพื่อให้ร่างสัญญามีความชัดเจน รัดกุม ไม่เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ ไม่มีความขัดแย้งกันเองในแต่ละข้อ รวมทั้งป้องกันข้อพิพาทในอนาคตอีกด้วย ความละเอียดรอบคอบนี้เป็นสิ่งที่ทุกคนสามารถฝึกฝนให้เกิดขึ้นได้หากมีความตั้งใจจริง

4. ขอบทำงานไว

โครงการต่างๆ ของทางราชการล้วนจะต้องมีแผนปฏิบัติงานไว้ล่วงหน้าว่าในระยะเวลาใดจะปฏิบัติงานถึงขั้นใด หากการตรวจร่างสัญญาล่าช้าแล้วอาจทำให้แผนปฏิบัติงานต้องแปรปรวน เกิดความเสียหายแก่ทางราชการ หรือแก่เอกชนที่จะเข้ามาเป็นคู่สัญญาได้ ทั้งยังก่อให้เกิดความรู้สึกที่ไม่ดีในสายตาของหน่วยงานอื่นและของภาคเอกชนอีกด้วย ความรวดเร็วฉับไวในการทำงานจึงเป็นการช่วยสร้างภาพพจน์ที่ดีให้แก่สำนักงานอัยการสูงสุดได้ทางหนึ่ง

5. ฝึกฝนค้นคว้า

การตรวจร่างสัญญาแต่ละฉบับจะต้องอาศัยความรู้ทั้งในข้อกฎหมาย ข้อเท็จจริง วิธีปฏิบัติ หากเป็นร่างสัญญาที่ทำกับต่างประเทศยังต้องรอบรู้ถึงธรรมเนียมปฏิบัติสากล ตลอดจนหลักกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นๆ อีกด้วย ผู้ตรวจร่างสัญญาจึงต้องมีความตื่นตัว ฝึกฝนค้นคว้าหาความรู้เพิ่มเติมอยู่ตลอดเวลา

นอกจากการศึกษาค้นคว้าจากตำราหรือคำพิพากษาของศาลฎีกา ระเบียบราชการและมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องจนรู้จริงแล้ว ทางลัดอีกทางหนึ่งที่จะช่วยได้มากก็คือการศึกษาจากวิธีตรวจร่างสัญญาที่สำนักงานอัยการสูงสุดเคยตรวจไว้แล้วนั่นเอง แต่ทั้งนี้จะต้องระลึกลดเวลาว่าเป็นการศึกษา เพื่ออาศัยเป็นแนวทางเบื้องต้นเท่านั้น หากจะต้องเคร่งครัดหรือเผลอตรงตามแนวทางเก่าๆ นั้นเสมอไป มิฉะนั้นจะไม่มีการพัฒนาเพื่อนำไปสู่แนวทางที่ดียิ่งขึ้นในอนาคตต่อไป ทั้งยังอาจไม่ตรงกับรูปเรื่องที่จะนำไปใช้อีกด้วย

6. ใช้ภาษาได้ดี

คุณสมบัติที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งของผู้ตรวจร่างสัญญาอีกประการหนึ่งคือความสามารถในเชิงภาษา โดยหากเป็นร่างสัญญาภาษาไทยก็ควรเป็นผู้ที่มีความสามารถในการใช้ภาษาไทย หากเป็นร่างสัญญาภาษาอังกฤษ

ก็ควรเป็นผู้ที่ใช้ภาษาอังกฤษได้ดี ร่างสัญญานั้นจึงจะมีความสละสลวย ถูกต้องในเชิงภาษา และไม่ก่อปัญหาในการตีความ”

จากบทความของบรรพวัยการในงานตรวจร่างสัญญา จะเห็นได้ว่าประสบการณ์ในการทำงานจะสร้างสิ่งที่เรียกว่า “พื้นฐาน” เพราะงานตรวจร่างสัญญานั้นเป็นงานละเอียดอ่อน มีความแตกต่างกันอย่างหลากหลายรูปแบบในแต่ละเรื่องแต่ละฉบับจนยากที่จะกำหนดกฎเกณฑ์อย่างครบถ้วนเป็นการตายตัวได้ อย่างไรก็ตาม หากได้มีโอกาสทราบถึงพื้นฐานดังกล่าวมาแล้วนั้น ย่อมไม่เป็นการลำบากยากเย็นในการที่แต่ละท่านจะนำไปปรับใช้กับแต่ละสัญญา ตลอดจนนำไปพัฒนาจนค้นพบแนวทางที่เป็นของตนเองในที่สุด

**ความเป็นไปได้ของการร่วมลงทุนในกิจการของรัฐสำหรับ
บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน)¹
PTT Plc. Ltd.'s Opportunities for Public-Private Partnership**

**สำเรียง เมฆเกรียงไกร
Samrieng Mekkiengkrai**

ผู้เชี่ยวชาญประจำตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ
ศาลรัฐธรรมนูญ 120 หมู่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพฯ 10210
Personal Expert to the Constitutional Court Justice Constitutional Court,
120 Moo 3 Chaengwattana Road Laksi Bangkok 10210
Corresponding Author Email: samrieng@yahoo.com
(Received: September 5, 2019; Revised: December 13, 2019; Accepted: March 4, 2020)

บทคัดย่อ

บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) เป็นบริษัทด้านพลังงานที่แปรรูปมาจากการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย ซึ่งได้รับการยกย่องจากหน่วยงานภายนอกหลายแขนงว่ามีศักยภาพและความเชี่ยวชาญเป็นลำดับต้น ๆ ของประเทศ เล็งเห็นโอกาสที่จะต่อยอดศักยภาพและความเชี่ยวชาญดังกล่าว ด้วยการร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ในรูปแบบของการร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและภาคเอกชน (PPP) ที่จะเน้นการนำศักยภาพและความเชี่ยวชาญในด้านธุรกิจน้ำมันและธุรกิจค้าปลีกอันเป็นจุดแข็งของบริษัท มาใช้ในการดำเนินโครงการของรัฐ อย่างไรก็ตาม รูปแบบโครงสร้างการถือหุ้นของบริษัทฯ ยังคงทำให้เกิดความสับสนในเรื่องสถานะองค์กรจนอาจเป็นประเด็นที่ก่อให้เกิดข้อพิพาทหรือข้อสงสัยอันเกี่ยวข้องกับสถานะทางกฎหมายและการมีสิทธิเข้าร่วมประมูลงานในกิจการของรัฐของบริษัทฯ ได้ เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงปัญหาดังกล่าวที่อาจเกิดขึ้น บทความนี้จึงมุ่งวิเคราะห์ความเป็นไปได้ในการร่วมลงทุนในกิจการของรัฐของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ในรูปแบบของการลงทุนโดยตรงจาก บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) หรือการลงทุนโดยบริษัทในเครือ เพื่อที่จะสามารถนำไปใช้ประกอบการพิจารณาการตัดสินใจ และการชี้แจง สำหรับร่วมลงทุนในกิจการของรัฐของโครงการต่าง ๆ ในอนาคตต่อไป

คำสำคัญ: การร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน, โครงการของรัฐ, การลงทุน

¹ บทความนี้เป็นบทความวิจัยตามโครงการศึกษาความเป็นไปได้ของการร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ สำหรับ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) จัดทำโดย ศูนย์บริการวิชาการแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, พ.ศ. 2560.

Abstract

Today, Public-Private Partnership (PPP) in Thailand must follow rules and procedures prescribed in the Public-Private Partnership Act B.E.2556 (2013) and subsidiary legislations. The PTT Plc. Ltd., as a company privatised from the Petroleum Authority of Thailand and having been highly regarded as having potential and expertise, seeks to build up from such potential and expertise by entering into PPP agreement with the State. However, the current Shareholder Structure of the PTT could potentially lead to confusion and dispute regarding its status and right to bid in other State undertakings. To prevent the potential dispute, this article aims to analyse the possibility of the PTT in entering into PPP agreement, whether directly or indirectly through its subsidiaries, for future references.

Keywords: Public-Private partnership, State undertaking, Investment

ความนำ

การร่วมทุนระหว่างภาครัฐและเอกชน หมายถึง การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ (Public Private Partnership หรือ PPP) โดยองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (Organization for Economic Co-operation and Development: OECD) ได้ให้คำจำกัดความของ PPP ไว้ว่าเป็นข้อตกลงระหว่างรัฐบาลกับเอกชนผู้ร่วมลงทุนรายหนึ่งหรือมากกว่าในการที่จะให้เอกชนนั้น ส่งมอบบริการในลักษณะต่างตอบแทนให้แก่รัฐบาล โดยการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิแก่เอกชนดำเนินกิจการของรัฐ ทั้งในกิจการเชิงพาณิชย์และสังคม²

การร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและภาคเอกชน (PPP) ของประเทศไทย ไม่ว่าจะเป็นการร่วมลงทุนระหว่างกันโดยวิธีใด หรือการมอบให้ภาคเอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียวผ่านวิธีการอนุญาต การให้สัมปทานหรือการให้สิทธิ ไม่ว่าจะเป็นลักษณะใดก็ตาม จะต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์และขั้นตอนที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556³ และกฎหมายลำดับรอง อันเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการที่หน่วยงานของรัฐจะให้สัมปทานแก่เอกชนต่าง ๆ ซึ่งเป็นกฎหมายที่ประกาศใช้ใหม่แทนพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ที่ถูกยกเลิกไป ทั้งนี้ หัวใจสำคัญของพระราชบัญญัติร่วมทุนฉบับนี้คือ การลงทุนร่วมกันระหว่าง “ภาครัฐ” และ “ภาคเอกชน” สำหรับ “กิจการของรัฐ” ใด ๆ โดยคำว่า ภาครัฐ หมายความว่า หน่วยงานเจ้าของโครงการที่อาจเป็นได้ทั้งส่วนราชการที่มีฐานะเป็นกรมหรือเทียบเท่า รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือราชการส่วนท้องถิ่น ขณะที่คำว่า ภาคเอกชน หมายความว่า บุคคลหรือนิติบุคคลที่มีใช้หน่วยงานของรัฐหรือหน่วยงานอื่นของรัฐบาลไทย ส่วนคำว่า กิจการของรัฐ คือ กิจการที่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกันซึ่งมีอำนาจหน้าที่ต้องทำตามกฎหมาย หรือกิจการที่จะต้องใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือทรัพย์สินของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกัน บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) เป็นบริษัทด้านพลังงานที่แปรรูปมาจากการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย ซึ่งเกิดขึ้นมาจากการรวมกิจการพลังงานของรัฐทั้งสององค์กร คือ องค์กรเชื้อเพลิงและองค์กรก๊าซธรรมชาติแห่งประเทศไทย โดยในปัจจุบัน หน่วยธุรกิจต่อเนื่องของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ได้รับ

² Organization for Economic Co-operation and Development, Public-Private Partnerships Reference Guide–Version 3, <<https://www.oecd.org/gov/world-bank-public-private-partnerships-reference-guide-version-3.htm>>

³ โครงการศึกษาความเป็นไปได้ของการร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ สำหรับ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) นี้ ได้ดำเนินการในช่วงปี 2560 ภายใต้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ที่บังคับใช้อยู่ในขณะนั้น โดยในปัจจุบันได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 กฎหมายสองฉบับนี้ มีการกำหนดคำนิยามของคำว่า “รัฐวิสาหกิจ” ไว้แตกต่างกัน กล่าวคือ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 กำหนดนิยาม “รัฐวิสาหกิจ” ให้หมายความว่า (1) องค์การของรัฐบาลตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์การของรัฐบาล กิจการของรัฐตามกฎหมายที่จัดตั้งกิจการนั้น หรือหน่วยงานธุรกิจที่รัฐบาลเป็นเจ้าของ (2) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่กระทรวงการคลังหรือรัฐวิสาหกิจตาม (1) หรือหน่วยงานอื่นของรัฐมีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ

ในขณะที่กฎหมายปัจจุบันคือ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2562 กำหนดนิยาม “รัฐวิสาหกิจ” ให้หมายความว่า (1) องค์การของรัฐบาลตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์การของรัฐบาล หรือกิจการของรัฐตามกฎหมายที่จัดตั้งกิจการนั้น หรือหน่วยงานธุรกิจที่รัฐบาลเป็นเจ้าของ (2) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือหน่วยงานอื่นของรัฐ มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ (3) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจตาม (1) หรือ (2) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ

การยกย่องจากหน่วยงานภายนอกหลายแขนงว่า มีศักยภาพและความเชี่ยวชาญเป็นลำดับต้น ๆ ของประเทศ ดังนั้น บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) จึงเล็งเห็นโอกาสที่จะต่อยอดศักยภาพและความเชี่ยวชาญดังกล่าว โดยหนึ่งในโอกาสที่น่าสนใจคือ การร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในรูปแบบของการร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและภาคเอกชน (PPP) ที่จะเน้นการนำศักยภาพและความเชี่ยวชาญในด้านหน่วยธุรกิจน้ำมันและธุรกิจค้าปลีก อันเป็นจุดแข็งของ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) มาใช้ในการดำเนินโครงการของรัฐ เช่น ที่พักริมทางบนระบบโครงข่ายทางหลวง หรือพื้นที่ร้านค้าภายในอาคารผู้โดยสาร เป็นต้น อันจะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อประเทศชาติในภาพรวมต่อไป อย่างไรก็ดี ด้วยรูปแบบโครงสร้างการถือหุ้นของ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ซึ่งหน่วยงานภาครัฐมีส่วนการถือหุ้นคิดเป็นร้อยละ 66.37 จากหุ้นสามัญจำนวน 2 พันล้านหุ้น ที่สามารถแบ่งออกเป็น 3 ส่วน ได้แก่ กระทรวงการคลัง ร้อยละ 51.11 กองทุนรวมวายุภักษ์หนึ่ง โดยบริษัทหลักทรัพย์จัดการกองทุน เอ็มเอฟซี จำกัด (มหาชน) ร้อยละ 7.63 และกองทุนรวมวายุภักษ์หนึ่ง โดยบริษัทหลักทรัพย์จัดการกองทุน กรุงไทย จำกัด (มหาชน) ร้อยละ 7.63 ประกอบกับการมีองค์ประกอบอื่น ๆ เช่น การใช้คำเรียกชื่อหน่วยงานหรือการขาดคำจำกัดความที่ชัดเจน เป็นต้น ปัจจัยต่างๆ เหล่านี้กลายเป็นปัจจัยที่ส่งผลให้สถานะองค์กรของ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) มีความคลุมเครือ อันจะเห็นได้จากการที่บุคคลภายในองค์กรและบุคคลภายนอกองค์กร ยังคงเกิดความสับสนในเรื่องสถานะองค์กรของ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ว่าจะถือเป็นรัฐวิสาหกิจ กิจการของรัฐ หรือของเอกชน ซึ่งความไม่ชัดเจนของสถานะองค์กรของ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) นี้ อาจส่งผลต่อแผนการต่อยอดการดำเนินธุรกิจขององค์กรด้วยการร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ผ่านรูปแบบของการร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและภาคเอกชน (PPP) ทำให้ประสบปัญหาตั้งแต่เริ่มแรก เพราะการดำเนินการตามหลักเกณฑ์และขั้นตอนของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และกฎหมายลำดับรองที่เกี่ยวข้องนั้น มีความเกี่ยวพันกับบุคคลหลายฝ่าย ไม่ว่าจะเป็นเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานภาครัฐที่เกี่ยวข้อง เอกชนผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งทางการค้าอื่น ๆ รวมถึงบุคคลภายนอกทั่วไปอีกเป็นจำนวนมาก ดังนั้น ความไม่ชัดเจนทางสถานะของ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) อาจเป็นประเด็นที่ก่อให้เกิดข้อพิพาทหรือข้อสงสัยอันเกี่ยวข้องกับสถานะทางกฎหมายและการมีสิทธิเข้าร่วมประมูลงานในกิจการของรัฐของ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ได้

เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงปัญหาดังกล่าวที่อาจเกิดขึ้น จึงเป็นที่มาของโครงการศึกษาความเป็นไปได้ของการร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ สำหรับ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) โดยวัตถุประสงค์หลักของการศึกษานี้ มุ่งเน้นที่การวิเคราะห์ความเป็นไปได้ในการร่วมลงทุนในกิจการของรัฐของ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ในรูปแบบของการลงทุนโดยตรงจาก บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) หรือการลงทุนโดยบริษัทในเครือ อาทิเช่น บริษัท ปตท. น้ำมันและการค้าปลีก จำกัด (PTT Oil and Retail Business Company Limited) หรือ (PTTOR) หรือ บริษัท ปตท. บริหารธุรกิจค้าปลีก จำกัด (PTTRM) เป็นต้น รวมถึงการจัดทำรายงานชี้แจงที่เกี่ยวข้องเพื่อที่จะสามารถนำไปใช้ประกอบการพิจารณา การตัดสินใจ และการชี้แจง สำหรับร่วมลงทุนในกิจการของรัฐของโครงการต่าง ๆ ในอนาคตต่อไป

วัตถุประสงค์ของการวิจัย

- 1) เพื่อพิสูจน์และตรวจสอบสถานะทางกฎหมายของ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ว่ามีลักษณะทางกฎหมายของการเป็น “เอกชน” ที่สามารถเข้าร่วมงานหรือดำเนินการกิจการของรัฐได้หรือไม่
- 2) เพื่อศึกษาลักษณะทางกฎหมายของการเป็น “เอกชน” รูปแบบต่าง ๆ ที่สามารถเข้าร่วมงานหรือดำเนินการกิจการของรัฐ ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556
- 3) ศึกษาแนวทางด้านกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับรูปแบบองค์กรที่เป็น “เอกชน” เพื่อเป็นแนวทางให้กับบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) จำนวน 2-3 รูปแบบ โดยศึกษาในด้านความเหมาะสม พร้อมประเด็นทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เช่น การถือหุ้น อำนาจบริหารจัดการ ภาษี และความรับผิดทางกฎหมาย เป็นต้น
- 4) จัดทำรายงานสรุปผลการศึกษาในประเด็นกฎหมายที่เกี่ยวข้อง อันประกอบไปด้วยข้อเสนอการจัดตั้งองค์กรธุรกิจที่ก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดกับ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน)
- 5) จัดทำเอกสารชี้แจงสถานะทางกฎหมายของ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ในฐานะที่เป็น “เอกชน” ที่สามารถเข้าร่วมประมวลโครงการของหน่วยงานของรัฐได้ตาม พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

ผลการศึกษาวิจัย

ในการศึกษาวิจัยมีการศึกษาในประเด็นสำคัญและมีข้อสรุปในแต่ละประเด็น ดังนี้

1) ประเด็นโครงสร้างองค์กร

ทั้งนี้ ก่อนที่จะดำเนินการพิจารณาสถานะทางกฎหมายนั้น การสืบค้นโครงสร้างของ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) และบริษัทในเครือ ถือเป็นกระบวนการศึกษาช่วงต้นที่สำคัญ เพื่อนำมาใช้ในการประกอบการพิจารณาสถานะความเป็นเอกชนกับกฎหมายแต่ละฉบับในช่วงถัดไป โดยสามารถสรุปผลการสืบค้นได้ดังนี้

บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) เป็นบริษัทด้านพลังงานของไทยที่แปรรูปมาจากการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย ซึ่งมาจากการรวมกิจการพลังงานของรัฐทั้งสององค์กร คือ องค์กรเชื้อเพลิงและองค์กรก๊าซธรรมชาติแห่งประเทศไทย ต่อมาได้มีการแปลงสภาพเป็นบริษัทมหาชนจำกัดตามพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 และได้เข้าจดทะเบียนซื้อขายหุ้นในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2544 ด้วยทุนจดทะเบียนเริ่มแรก 20,000 ล้านบาท แบ่งเป็นหุ้นสามัญจำนวน 2,000 ล้านหุ้น โดยมีมูลค่าที่ตราไว้หุ้นละ 10 บาท ขณะที่ บริษัท ปตท. น้ำมันและการค้าปลีก จำกัด (PTTOR) เป็นองค์กรธุรกิจประเภทบริษัทจำกัด มีทุนจดทะเบียน 8,780,000,000 บาท ซึ่งแบ่งออกเป็น 87,800,000 หุ้น ๆ ละ 100 บาท มีผู้ถือหุ้น 3 คน โดย บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ถือหุ้นร้อยละ 100 ดังนั้น จึงนับได้ว่าเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ เนื่องจากถือหุ้นเกินกว่าร้อยละ 50 ส่วน บริษัท ปตท. บริหารธุรกิจค้าปลีก จำกัด (PTTRM) เป็นนิติบุคคลประเภทบริษัทจำกัด มีทุนจดทะเบียน 1,667,600,000 บาท แบ่งออกเป็น 16,676,000 หุ้น ๆ ละ 100 บาท มีผู้ถือหุ้น 3 คน โดย บริษัท ปตท. น้ำมันและการค้าปลีก จำกัด (PTTOR) เป็นผู้ถือหุ้นจำนวน 16,675,998 หุ้น

2) ประเด็นการพิจารณาสถานะทางกฎหมาย

โดยหลักทั่วไปแล้ว การพิจารณาสถานะทางกฎหมายขององค์กรใดองค์กรหนึ่งว่าเป็น “รัฐวิสาหกิจ” หรือ “เอกชน” หรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์หรือคำนิยามที่บัญญัติในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับองค์กรที่มุ่งจะศึกษานั้นเป็นสำคัญ เนื่องจากกฎหมายในแต่ละฉบับย่อมมีวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของกฎหมายที่แตกต่างกัน (ตามนัยบันทึกข้อหารือของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 405/2546⁴)

การที่หน่วยงานหนึ่ง ๆ จะเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ได้นั้น หน่วยงานนั้นๆ จะต้องมีสถานะเป็น “เอกชน” โดย “รัฐวิสาหกิจ” ไม่อาจเข้าร่วมลงทุนได้ เนื่องจากไม่มีสถานะเป็น “เอกชน” ดังนั้น ประเด็นที่จะต้องพิจารณาสำหรับการศึกษาคำวินิจฉัยนี้ คือ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) มีสถานะเป็น “เอกชน” หรือ “รัฐวิสาหกิจ” ความคาดหวังของการศึกษานี้ คือ การสืบทราบสถานะทางกฎหมายที่ชัดเจนของ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) และบริษัทในเครือที่มีศักยภาพและความเป็นไปได้ในการเข้าร่วมเสนองานในโครงการของรัฐ ในฐานะที่เป็นเอกชนตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

หากพิจารณาตามกฎหมายปัจจุบัน จะเห็นได้ว่าความหมายของคำว่า “รัฐวิสาหกิจ” นั้นปรากฏอยู่ในกฎหมายหลายฉบับด้วยกัน โดยกฎหมายฉบับที่สำคัญ ได้แก่ พระราชบัญญัติการงบประมาณ พ.ศ. 2502 นอกจากนี้ ยังมีกฎหมายที่กล่าวถึงความหมายของรัฐวิสาหกิจอื่น ๆ รวมถึงพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุน

⁴ บันทึก เรื่อง แนวทางการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการส่งเสริมการอนุรักษ์พลังงาน พ.ศ. 2535-เรื่องเสร็จที่ 405/2546 “ในการพิจารณาของกระทรวงการคลังโดยทั่วไปถือความหมายคำว่า “ส่วนราชการ” และ “รัฐวิสาหกิจ” ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 ความหมายของคำดังกล่าวจึงอาจพิจารณาได้จากพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 ในฐานะเป็นกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง แต่โดยที่ขอบเขตความหมายของถ้อยคำตามกฎหมายใด ย่อมเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ในการบังคับใช้กฎหมายนั้น ฉะนั้น การนำความหมายของถ้อยคำตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณมาใช้ จึงต้องพิจารณาให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายเฉพาะแต่ละฉบับด้วย เพื่อให้การใช้บังคับตรงตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย

กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการอนุรักษ์พลังงานมิได้กำหนดนิยามความหมายของคำว่า “ส่วนราชการ” “รัฐวิสาหกิจ” “เอกชน” “สถาบันการศึกษา” และ “องค์กรเอกชน” ไว้ การพิจารณาขอบเขตความหมายคำดังกล่าวจึงต้องพิจารณาตามความหมายทั่วไปหรือโดยอาศัยบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ประกอบกับเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย คำว่า “ส่วนราชการ” ตามกฎหมายดังกล่าว จึงมีความหมายกว้างกว่าความหมายตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ โดยรวมทั้งหน่วยงานตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการส่วนท้องถิ่น แต่ไม่รวมถึงรัฐวิสาหกิจ ส่วนคำว่า “รัฐวิสาหกิจ” หมายถึงองค์การของรัฐบาลหรือองค์การของรัฐที่แยกออกมาเป็นอิสระทั้งในแง่บุคลากร ทรัพย์สิน และการดำเนินงาน มีวิธีการดำเนินงานในเชิงธุรกิจ มีเป้าหมายในกิจการมุ่งเน้นไปในการการค้าและอุตสาหกรรมหรือธุรกิจอื่น สำหรับคำว่า “สถาบันการศึกษา” นั้น มีความหมายตามความหมายทั่วไป คือ สถาบันที่ให้การศึกษามีการสอบและการเรียนตามระบบของการศึกษาอย่างแท้จริง จึงครอบคลุมไม่ว่าสถาบันการศึกษานั้นจะเป็นของรัฐ หรือของเอกชนก็ตาม คำว่า “องค์กรเอกชน” หมายถึงองค์กรเอกชนที่มีลักษณะตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 26 ส่วนคำว่า “เอกชน” หมายถึงบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล เอกชนที่ไม่ใช่ส่วนราชการ หรือรัฐวิสาหกิจ ซึ่งเป็นเจ้าของโรงงานควบคุม หรืออาคารควบคุมประเภทที่กำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกาที่มีหน้าที่ที่จะต้องจัดให้มีการอนุรักษ์พลังงานตามพระราชบัญญัตินี้ หรือเจ้าของโรงงานหรืออาคารตามมาตรา 40 วรรคสอง หรือผู้ผลิตหรือจำหน่ายเครื่องจักรหรืออุปกรณ์ตามมาตรา 23 วรรคสอง

กรณีรัฐวิสาหกิจที่แปรสภาพเป็นบริษัทมหาชนจำกัดตามพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจฯ หรือหน่วยงานซึ่งจดทะเบียนก่อตั้งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่แปรสภาพเป็นบริษัทมหาชนจำกัด หากรัฐยังถือหุ้นเกินกว่าร้อยละ 50 บริษัทมหาชนจำกัดเหล่านั้นยังคงเป็นรัฐวิสาหกิจ จึงยังคงมีสิทธิขอรับการสนับสนุนตามมาตรา 25 ได้ สำหรับธนาคารแห่งประเทศไทยซึ่งก่อตั้งโดย พระราชบัญญัติธนาคารแห่งประเทศไทยและธนาคารเพื่อการส่งออกและนำเข้าแห่งประเทศไทย (ธสน.) ซึ่งเป็นองค์การของรัฐบาลที่มีกฎหมายเฉพาะจัดตั้งขึ้นตามมติคณะรัฐมนตรีนั้น เป็นรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณและอยู่ในขอบเขตความหมายคำว่า “รัฐวิสาหกิจ” ตามมาตรา 25 ส่วนการวินิจฉัยว่าสมาคมหรือมูลนิธิมีสิทธิขอรับการส่งเสริมหรือช่วยเหลือจากเงินกองทุนตามมาตรา 25 หรือไม่ ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป อนึ่ง มาตรา 25 (1) และ (3) มีวัตถุประสงค์และความหมายแตกต่างกัน การพิจารณาให้การช่วยเหลือหรืออุดหนุนจึงต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป”

ในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ซึ่งการพิจารณาความหมายของคำว่า “รัฐวิสาหกิจ” ตามกฎหมายแต่ละฉบับนั้น ต้องพิจารณาไปตามเนื้อหาของบทนิยามที่กฎหมายแต่ละฉบับได้กำหนดไว้ อย่างไรก็ตาม การศึกษาในครั้งนี้ จะเน้นการพิจารณาถึงความหมายของ “รัฐวิสาหกิจ” ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 เป็นสำคัญ โดยจะได้ศึกษาความหมายของคำดังกล่าว ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนร่วมงานหรือดำเนินในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ด้วยเช่นกัน เนื่องจากกฎหมายทั้งสองฉบับเป็นกฎหมายหลัก ที่กล่าวถึงการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐเหมือนกัน แต่กลับมีบทนิยามของคำว่า “รัฐวิสาหกิจ” แตกต่างกัน อันอาจก่อให้เกิดประเด็นความไม่ชัดเจนของสถานะของ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) และบริษัทลูก หรือบริษัทในเครือได้ นอกจากนี้ จะได้พิจารณาความเป็น “เอกชน” หรือ “รัฐวิสาหกิจ” ของ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ตามกฎหมายอื่น ๆ เพื่อใช้ประกอบการอธิบายและการชี้แจงแก่หน่วยงานอื่น ๆ ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต

สำหรับผลการพิจารณาสถานะความเป็น “เอกชน” ตามกฎหมายฉบับต่าง ๆ มีดังนี้

(1) พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

เมื่อปี พ.ศ. 2556 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 เนื่องจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนร่วมงานหรือดำเนินในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ซึ่งใช้บังคับมาตั้งแต่ พ.ศ. 2535 มีหลักเกณฑ์บางประการที่ไม่ชัดเจน ก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมาย และการตีความกฎหมายเป็นอย่างมาก อีกทั้ง ยังมิได้มีการกำหนดขั้นตอนและหลักเกณฑ์การดำเนินการที่สำคัญ บางประการไว้

เนื่องจากบทนิยามของคำว่า “รัฐวิสาหกิจ” ตามที่พระราชบัญญัติการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 บัญญัติไว้ มีความแตกต่างไปจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 กล่าวคือ การเป็น “รัฐวิสาหกิจ” ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 นั้น มิได้อ้างอิงหรือใช้หลักเกณฑ์เดียวกับการเป็น “รัฐวิสาหกิจ” ตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 อีกต่อไป

เมื่อพิจารณาคำนิยามของ “รัฐวิสาหกิจ” ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 แล้ว พบว่า บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ที่มีกระทรวงการคลังเป็นผู้ถือหุ้น รายใหญ่ เกินกว่าร้อยละ 50 ของหุ้นทั้งหมดนั้น มีสถานะเป็น “รัฐวิสาหกิจ” ตามมาตรา 4(2) ด้วยเช่นกัน ดังนั้นจึงไม่อาจมีสถานะเป็น “เอกชน” ที่จะสามารถเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐได้แต่อย่างใด

สำหรับ บริษัท ปตท. น้ำมันและการค้าปลีก จำกัด (PTTOR) นั้น เป็นบริษัทจำกัดที่ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) มีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 เป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ เกินร้อยละ 50 ดังนั้นจึงเกิดประเด็นข้อสงสัยในเรื่องการตีความว่า บริษัท ปตท. น้ำมันและการค้าปลีก จำกัด (PTTOR) นี้ จะมีสถานะเป็น “เอกชน” หรือ “รัฐวิสาหกิจ” ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 การศึกษาในประเด็นดังกล่าวมีนัยสำคัญอย่างมากต่อการเข้าเสนองาน ซึ่งผลการศึกษาบทนิยามของคำว่า “รัฐวิสาหกิจ” ตามพระราชบัญญัติการให้

เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 พบว่า บริษัท ปตท. น้ำมันและการค้าปลีก จำกัด (PTTOR) ไม่ถือเป็นรัฐวิสาหกิจ บริษัท ปตท. น้ำมันและการค้าปลีก จำกัด (PTTOR) ที่จัดตั้งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นี้ย่อมมีสถานะเป็น “เอกชน” ที่มีสิทธิเข้าเสนอโครงการที่เป็นกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ได้ เช่นเดียวกันกับ บริษัท ปตท. บริหารธุรกิจค้าปลีก จำกัด (PTTRM) ที่ไม่ถือเป็น “รัฐวิสาหกิจ” เนื่องจากไม่เข้าลักษณะตามคำนิยามที่บัญญัติไว้ตามมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ดังนั้นจึงเป็นเอกชนที่มีสิทธิเข้าเสนองานในโครงการของรัฐได้ตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

(2) พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

เมื่อ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) มีกระทรวงการคลังเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ กล่าวคือ เกินร้อยละ 50 ของหุ้นทั้งหมดใน บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ดังนั้น บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) จึงมีสถานะเป็น “รัฐวิสาหกิจ” ตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 มาตรา 4 อันส่งผลให้ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) มีสถานะเป็น “รัฐวิสาหกิจ” ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ด้วยเช่นกัน ดังนั้น บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) จึงไม่อาจเข้าเสนองานหรือร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในฐานะ “เอกชน” ตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้

สำหรับบริษัทย่อยหรือบริษัทอื่นๆ ที่ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) มีหุ้นอยู่นั้น หากเป็นกรณีที่ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) มีหุ้นเกินกว่าร้อยละ 50 ย่อมทำให้บริษัทย่อยหรือบริษัทอื่น ๆ นั้นมีสถานะเป็น “รัฐวิสาหกิจ” ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ด้วยเช่นกัน เนื่องจากหลักเกณฑ์การพิจารณาความเป็น “รัฐวิสาหกิจ” ตามกฎหมายฉบับดังกล่าวนี้ จะต้องพิจารณาไปลักษณะของรัฐวิสาหกิจของ พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 ซึ่งก็คือ บริษัท ปตท. น้ำมันและการค้าปลีก จำกัด (PTTOR) และ บริษัท ปตท. บริหารธุรกิจค้าปลีก จำกัด (PTTRM) จึงเข้าลักษณะเป็น “รัฐวิสาหกิจ” ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

ดังนั้น เมื่อ บริษัท ปตท. น้ำมันและการค้าปลีก จำกัด (PTTOR) เป็นนิติบุคคลประเภทบริษัทจำกัด ที่มี บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ถือหุ้นเกินร้อยละ 50 บริษัท ปตท. น้ำมันและการค้าปลีก จำกัด (PTTOR) จึงเข้าลักษณะของ “รัฐวิสาหกิจ” ตามมาตรา 4 (ค) แห่งพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 ด้วยเหตุดังกล่าว บริษัท ปตท. น้ำมันและการค้าปลีก จำกัด (PTTOR) จึงถือเป็น “รัฐวิสาหกิจ” ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ด้วยเช่นกัน

เช่นเดียวกันกับกรณีของ บริษัท ปตท. บริหารธุรกิจค้าปลีก จำกัด (PTTRM) ซึ่งเป็นนิติบุคคลประเภทบริษัทจำกัดนั้นมี บริษัท ปตท. น้ำมันและการค้าปลีก จำกัด (PTTOR) ถือหุ้นเกินกว่าร้อยละ 50 ดังนั้น บริษัท ปตท. บริหารธุรกิจค้าปลีก จำกัด (PTTRM) จึงเข้าลักษณะของ “รัฐวิสาหกิจ” ตามมาตรา 4 (ง) แห่งพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 ด้วยเหตุดังกล่าวจึงส่งผลให้ บริษัท ปตท. บริหารธุรกิจค้าปลีก จำกัด (PTTRM) เป็น “รัฐวิสาหกิจ” ตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ด้วยเช่นกัน

(3) พระราชบัญญัติการงบประมาณ พ.ศ. 2502

เมื่อพิจารณาสถานะของ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ซึ่งในปัจจุบันได้เข้าจดทะเบียนซื้อขายหุ้นในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย พบว่า ณ ปัจจุบัน จะเห็นได้ว่า กระทรวงการคลัง (มีสถานะเป็นส่วนราชการ) เป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่โดยมีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละ 50 ดังนั้น บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) จึงมีสถานะเป็น “รัฐวิสาหกิจ” ตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 มาตรา 4 (ข)

ดังนั้น เมื่อบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ซึ่งมีสถานะเป็น “รัฐวิสาหกิจ” ตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 เข้าไปถือหุ้นในบริษัทย่อยและบริษัทร่วมของ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ที่จัดตั้งขึ้นในประเทศไทย เกินกว่าร้อยละ 50 ย่อมส่งผลให้บริษัทย่อยและบริษัทร่วมดังกล่าวมีสถานะเป็น “รัฐวิสาหกิจ” ตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 ด้วยเช่นกัน ในทางกลับกัน กรณีที่ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจตาม พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 เข้าไปถือหุ้นในบริษัทย่อยและบริษัทร่วมของ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ที่จัดตั้งขึ้นในประเทศไทยเป็นฝ่ายข้างน้อยไม่เกินกว่าร้อยละ 50 ก็จะทำให้บริษัทย่อยและบริษัทร่วมดังกล่าวมีสถานะเป็น “เอกชน” โดยไม่ถือว่าเป็น “รัฐวิสาหกิจ” ตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 แต่อย่างใด

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าว เห็นได้ว่าในกรณีของ บริษัท ปตท. น้ำมันและการค้าปลีก จำกัด (PTTOR) และ บริษัท ปตท. บริหารธุรกิจค้าปลีก จำกัด (PTTRM) ซึ่งเป็นนิติบุคคลประเภทบริษัทจำกัดที่มี บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ถือหุ้นเกินร้อยละ 50 ดังนั้น บริษัท ปตท. น้ำมันและการค้าปลีก จำกัด (PTTOR) และ บริษัท ปตท. บริหารธุรกิจค้าปลีก จำกัด (PTTRM) จึงเข้าลักษณะของ “รัฐวิสาหกิจ” ตามมาตรา 4 (ค) และมาตรา 4 (ง) แห่งพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 ตามลำดับ

บทสรุป

จากการวิเคราะห์ผลการศึกษาทั้งหมดสามารถสรุปความเป็นไปได้ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ในการเข้าทำงาน และ/หรือร่วมงานในโครงการของรัฐ ออกได้เป็น 2 แนวทาง ได้แก่

แนวทางที่ 1 การเข้าร่วมงานตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

แม้ว่าตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 นั้น บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ล้วนแต่มีสถานะเป็น “รัฐวิสาหกิจ” ขณะที่ บริษัท ปตท. น้ำมันและการค้าปลีก จำกัด (PTTOR) และ บริษัท ปตท. บริหารธุรกิจค้าปลีก จำกัด (PTTRM) มีสถานะเป็น “รัฐวิสาหกิจ” ตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 และพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 แต่จะมีสถานะเป็น “เอกชน” ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 เนื่องจากไม่เข้าลักษณะที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 (1) คือ เป็นองค์การของรัฐบาลตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรของรัฐบาล กิจการของรัฐตามกฎหมายที่จัดตั้งกิจการนั้น หรือหน่วยงานธุรกิจที่รัฐบาลเป็นเจ้าของ อีกทั้งไม่เข้าหลักเกณฑ์ของมาตรา 4 (2) ซึ่งก็คือ เป็นบริษัท

หรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่กระทรวงการคลังหรือรัฐวิสาหกิจตาม (1) หรือหน่วยงานอื่นของรัฐมีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละ 50

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า การเข้าทำงานและ/หรือร่วมงานในโครงการของรัฐ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ของ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) จำเป็นต้องดำเนินการผ่าน บริษัท ปตท. น้ำมันและการค้าปลีก จำกัด (PTTOR) และ/หรือ บริษัท ปตท. บริหารธุรกิจค้าปลีก จำกัด (PTTRM) ซึ่งมีสถานะเป็น “เอกชน” และมีสิทธิเข้าเสนองานในโครงการของรัฐได้ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

แนวทางที่ 2 การเข้าทำงานตามกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้าง

นอกเหนือจากการเข้าเสนองานในฐานะ “เอกชน” ของ บริษัท ปตท. น้ำมันและการค้าปลีก จำกัด (PTTOR) และ บริษัท ปตท. บริหารธุรกิจค้าปลีก จำกัด (PTTRM) ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 แล้ว ยังปรากฏแนวทางในการเข้าทำงานในโครงการของรัฐในรูปแบบอื่น ๆ สำหรับ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ในฐานะที่เป็น “รัฐวิสาหกิจ” ด้วยเช่นกัน

ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้าง พ.ศ. 2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม) ได้ให้สิทธิ “รัฐวิสาหกิจ” ดังเช่น บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ในการเข้าทำงานในโครงการที่รัฐจัดให้มีการจัดซื้อจัดจ้างได้ตามข้อ 24 ที่เรียกว่า “วิธีพิเศษ” กล่าวคือ หน่วยงานของรัฐและรัฐวิสาหกิจสามารถเข้าร่วมทำบันทึกข้อตกลงความร่วมมือการดำเนินงาน (Memorandum of Understanding “MOU”) ได้

นอกจากนี้ รัฐวิสาหกิจยังสามารถเข้าทำงานที่หน่วยงานของรัฐจัดให้มีการจัดซื้อจัดจ้าง โดยอาศัย “วิธีกรณีพิเศษ” ตามข้อ 26 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม หรือที่เรียกว่า วิธีกรณีพิเศษ ได้ด้วยเช่นกัน อย่างไรก็ตามการเข้าทำงานในโครงการดังกล่าวนี้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้าง ซึ่งอาจไม่ตรงกับผลประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ที่มุ่งการร่วมลงทุนในโครงการของรัฐขนาดใหญ่

การพิจารณาปัจจัยอื่น ๆ ในการเข้าเสนอโครงการ นอกเหนือจากสถานะทางกฎหมาย

ในการเข้าเสนอโครงการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 นอกจากการพิจารณาเรื่องสภาพความเป็น “เอกชน” แล้ว จะต้องพิจารณาในเรื่องคุณสมบัติของผู้ยื่นข้อเสนอด้วย ซึ่งมักมีการกำหนดคุณสมบัติของผู้ยื่นข้อเสนอเพื่อแสดงให้เห็นถึงความรู้ ความสามารถ ศักยภาพ ประสบการณ์และความพร้อม อย่างไรก็ตามในหลายกรณีมักพบว่าเอกชนรายเดียวอาจจะมีคุณสมบัติโดยเฉพาะในด้านผลงานและประสบการณ์ไม่ครบถ้วน ตามที่หน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการได้กำหนดไว้ โดยเฉพาะในโครงการใหญ่ ๆ ซึ่งใช้รูปแบบการร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและภาคเอกชน (PPP) ดังนั้น ในประกาศเชิญชวนให้ยื่นข้อเสนอของหน่วยงานรัฐส่วนใหญ่ จึงมักอนุญาตให้เอกชนเข้าร่วมกลุ่มกันยื่นข้อเสนอเพื่อประโยชน์ด้านการนับประสบการณ์และผลงานรวมได้ ทั้งนี้ การอนุญาตให้นับประสบการณ์และผลงานรวมกันได้ในการนี้ดังกล่าวย่อมขึ้นอยู่กับเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ที่หน่วยงานรัฐเจ้าของโครงการได้กำหนด ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว รูปแบบของ

การอนุญาตให้รวบรวมประสบการณ์และผลงาน มักปรากฏให้เห็นในหลายรูปแบบ เช่น การนับประสบการณ์หรือผลงานของเอกชนที่รวมกลุ่มกันแบบกิจการร่วมค้า (Joint Venture) หรือกิจการค้าร่วม (Consortium) การนับประสบการณ์หรือผลงานของพันธมิตร (Strategic Partnership หรือ Strategic Alliance) หรือการนับประสบการณ์หรือผลงานของ Supplier หรือ Subcontractor เป็นต้น ทั้งนี้ ข้อพิจารณาเรื่องคุณสมบัติดังกล่าว จำเป็นจะต้องพิจารณาตามข้อกำหนดหรือเงื่อนไขที่ระบุไว้ในประกาศเชิญชวน ซึ่งจะมีความแตกต่างกันไปในแต่ละโครงการของรัฐนั่นเอง

ความหมายของกฎหมาย: ข้อพิจารณาจากแง่มุมนิติปรัชญา

The Meaning of Law: An Analysis from Jurisprudence¹

จันตรี ลินสุภฤกษ์
Jantree Sinsuppraroek

รองศาสตราจารย์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330
Associate Professor
Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phyathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330
Corresponding author Email: jantree.s@chula.ac.th
(Received: January 9, 2020; Revised: February 21, 2020; Accepted: March 4, 2020)

บทคัดย่อ

ในการศึกษาถึงความหมายของกฎหมายในแนวคิดเชิงนิติปรัชญา ในเบื้องต้นจำเป็นต้องศึกษาเกี่ยวกับปรัชญาพื้นฐานในทางกฎหมายเสียก่อน เพราะจะทำให้ผู้ศึกษาได้เข้าใจถึงแนวคิดและทฤษฎีกฎหมายที่มีรากฐานมาจากปรัชญาทางกฎหมายในสำนักคิดต่าง ๆ ที่อธิบายว่ากฎหมายคืออะไร มีกำเนิด วิวัฒนาการและมีลักษณะอย่างไร อีกทั้งยังทำให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่าง “ศาสตร์” ต่าง ๆ ซึ่งในความเป็นจริงมีความเกี่ยวพันกับกฎหมายหรือนิติศาสตร์อย่างแยกไม่ออก เช่น รัฐศาสตร์ ประวัติศาสตร์ และสังคมวิทยา การศึกษาในลักษณะเช่นนี้ จะทำให้ผู้เรียนได้แนวคิด เกิดความเข้าใจและมองเห็นกฎหมายในแง่มุมต่าง ๆ ในขณะเดียวกันก็สามารถให้ความหมายและอธิบายคำว่า “กฎหมาย” ได้ในทุกบริบท

คำสำคัญ: ความหมายของกฎหมาย, สำนักคิดปรัชญาทางกฎหมาย, แนวคิดกฎหมาย

¹ ผู้เขียนกราบขอบพระคุณ ผู้ทรงคุณวุฒิผู้ประเมินผลงานนี้ที่กรุณาให้ข้อคิดเห็น คำติชม และคำแนะนำต่าง ๆ ที่มีคุณค่ายิ่งและขอขอบพระคุณ ศาสตราจารย์กิตติคุณวิทิต มั่นตารณ และอาจารย์ ดร.ธิดารัตน์ ศิลปภรณ์สุข ที่กรุณาให้ข้อคิดเห็นเกี่ยวกับข้อบทความนี้

Abstract

In order to perceive the meaning of law in the concept of philosophy of law, one inevitably needs to study basic legal philosophy in order to understand the legal concepts and theories that are rooted in various schools of philosophy of law. Those schools have explained and elaborated what the law is, where the law comes from, the evolution of law and the nature of law. Moreover, they also help discern the relationship between various sciences that are undeniably linked with law or jurisprudence, such as political science, history and sociology. This way of studying will enhance one's understanding of legal concepts and get insights in every aspect of law. Furthermore, it will help one clarify and expound the meaning and substance of law in various contexts. This article, therefore, introduces a different angle to the study of philosophy of law.

Keywords: Meanings of Law, School of Philosophy of Law, Concepts of Law

1. บทนำ

การทำความเข้าใจกับคำว่า “กฎหมาย” เป็นเรื่องที่มีความสำคัญอย่างยิ่งสำหรับนิสิต นักศึกษานิติศาสตร์ และผู้ใช้กฎหมายซึ่งอาจได้แก่ ผู้มีวิชาชีพทางกฎหมาย นักกฎหมายรวมถึงผู้สนใจกฎหมายทั่วไป เนื่องจากโดยทั่วไปมักยึดถือกันว่ากฎหมายคือ คำสั่ง คำบัญชาของรัฐบาลิปไตย (Sovereign) ถ้าผู้ใดไม่ปฏิบัติตามต้องได้รับโทษ ดังนั้นคำสั่ง คสช. (คณะรักษาความสงบแห่งชาติ) จึงเป็นกฎหมาย เพราะเป็นคำสั่ง คำบัญชาของรัฐบาลิปไตย (Sovereign) ซึ่งหมายถึงผู้มีอำนาจสูงสุดในแผ่นดิน แม้อำนาจนั้นจะได้อำนาจนั้นจะมาโดยการปฏิวัติรัฐประหารก็ตาม แต่เอาเข้าจริงการให้ความหมายกฎหมายเช่นนี้ ก็ไม่อาจนำไปใช้ได้กับกฎหมายในบางระบบ เช่น กฎหมายระหว่างประเทศ อีกทั้งยังมีประเด็นปัญหาข้อถกเถียงและข้อโต้แย้งอีกมากมายหลายประการอันเกิดจากความหมายหรือนิยามเช่นว่า ดังนั้นเพื่อเป็นการหาคำตอบว่าจริง ๆ แล้วกฎหมายคืออะไร ผู้เขียนจึงใช้วิธีการศึกษาโดยมุ่งพิจารณาถึงข้อความคิดทางนิติศาสตร์ผ่านแง่มุมด้านนิติปรัชญาโดยศึกษาผ่านแนวคิดของนักปรัชญากฎหมายและสำนักคิดทางกฎหมายต่าง ๆ เพื่อนำเสนอความหลากหลายของความหมายจากแง่มุมต่างๆ เช่นว่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อชี้ให้เห็นว่าความหมายของกฎหมายมิได้มีเพียงความหมายเดียว หรือมิได้เป็นเพียงคำสั่ง คำบัญชาของรัฐบาลิปไตยตามสำนักคิดกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองตามที่หลายคนเข้าใจ แต่มีความหมายแตกต่างกันตามแง่มุมของสำนักคิดต่าง ๆ การศึกษาในแนวทางและลักษณะเช่นนี้ยังทำให้เราเห็นถึงพลวัตต่อการกำหนดความหมายของกฎหมายในแต่ละยุค แต่ละสมัยและแต่ละสำนักอีกด้วย

2. ความหมายของกฎหมาย

เพื่อให้เข้าใจความหมายของกฎหมายจากแนวคิดต่าง ๆ ในทางนิติปรัชญา ในเบื้องต้นจำเป็นต้องศึกษาถึงปรัชญาพื้นฐานในทางกฎหมายเสียก่อน เพราะจะทำให้ผู้ศึกษาได้เข้าใจถึงแนวคิดและทฤษฎีกฎหมายที่มีรากฐานมาจากปรัชญาทางกฎหมายในสำนักคิดต่าง ๆ เพื่ออธิบายว่ากฎหมายคืออะไร มีกำเนิด วิวัฒนาการ และมีลักษณะอย่างไร อีกทั้งยังทำให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่าง “ศาสตร์” (Science) ต่าง ๆ ซึ่งในความเป็นจริงมีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายหรือนิติศาสตร์อย่างแยกไม่ออก เช่น รัฐศาสตร์ ประวัติศาสตร์ และสังคมวิทยา การศึกษาในลักษณะเช่นนี้ จะทำให้ผู้เรียนได้แนวคิด เกิดความเข้าใจและมองเห็นกฎหมายในแง่มุมต่าง ๆ ในขณะเดียวกันก็สามารถให้ความหมายและอธิบายคำว่า “กฎหมาย” ได้ในทุกบริบท

สำนักความคิดทางกฎหมายที่สำคัญ ได้แก่

1. สำนักความคิดทางกฎหมายธรรมชาติ
2. สำนักความคิดทางกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง
3. สำนักความคิดทางกฎหมายฝ่ายสังคมวิทยา
4. สำนักความคิดทางกฎหมายฝ่ายสังคมนิยม
5. สำนักความคิดทางกฎหมายฝ่ายนิยมประวัติศาสตร์

2.1 กฎหมายที่แท้จริง คือ เหตุผลที่ถูกต้องและสอดคล้องกับธรรมชาติตามสำนักความคิดในทางกฎหมายธรรมชาติ (School of Natural Law)

ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติดีมีความเป็นมาตั้งแต่ยุคกรีกโบราณโดยสำนักสโตอิก (Stoic) ต่อมาได้แผ่อิทธิพลเข้าไปในโรม ปรัชญาเมธีคนสำคัญในยุคโรมันของสำนักคิดนี้ คือ ซิเซโร (Cicero)² ซึ่งได้อธิบายถึงแนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายธรรมชาติไว้ในหนังสือชื่อ “สาธารณรัฐ” (Republic)³ ดังมีใจความสำคัญ ดังนี้ “กฎหมายที่แท้จริงคือเหตุผลอันถูกต้อง สอดคล้องกับธรรมชาติ ใช้ได้ทั่วไปอย่างเป็นสากล เป็นอมตะตลอดไป กฎหมายเรียกร้องให้ทำหน้าที่ด้วยบัญชาของกฎหมาย และเหนี่ยวรั้งไม่ให้กระทำผิดด้วยข้อห้ามของกฎหมาย การพยายามที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายนี้ถือว่าเป็นบาป กฎหมายจะไม่แตกต่างกันทั้งในโรมและในเอเธนส์ และไม่แตกต่างกันสำหรับปัจจุบันหรืออนาคต หากแต่จะมีเพียงกฎหมายเดียวที่มีความเป็นนิรันดร์และไม่เปลี่ยนแปลงที่ใช้ได้ถูกต้องสมบูรณ์สำหรับชาติทั้งปวงและทุกเวลา โดยจะมีผู้ปกครองเดียวคือพระเจ้าเป็นเจ้าเหนือเราทั้งมวล เพราะว่าพระองค์ทรงเป็นผู้กำหนดกฎหมายนี้ ทรงเป็นผู้ประกาศใช้ และทรงเป็นตุลาการบังคับใช้กฎหมายนี้ ผู้ใดที่ไม่เคารพเชื่อฟังถือว่าเป็นผู้ปฏิเสธธรรมชาติของความเป็นมนุษย์ของตน และด้วยเหตุผลจากข้อเท็จจริงนี้เอง ผู้นั้นจะได้รับโทษร้ายแรงที่สุด แม้ว่าจะหลบเลี่ยงจากสิ่งที่ดีโดยทั่วไปว่าเป็นการลงโทษ”⁴

2.1.1 กฎหมาย ศีลธรรม กับความเชื่อของนักบุญโทมัส อไควนัส

เมื่อสังคมโลกเข้าสู่ยุคสมัยกลางซึ่งคริสต์ศาสนารุ่งเรือง มีปรัชญาเมธีทางกฎหมายธรรมชาติที่สำคัญอีกผู้หนึ่งคือ นักบุญโทมัส อไควนัส (St. Thomas Aquinas) ผู้นิพนธ์หนังสือเรื่องสังเขปเทววิทยา (Summa Theologiae)⁵ ซึ่งได้อธิบายถึงแนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายธรรมชาติไว้อย่างละเอียดชัดเจน ตั้งแต่ปัญหาว่ากฎหมายธรรมชาติดีคืออะไร กฎหมายของมนุษย์จะขัดหรือแย้งกับกฎหมายธรรมชาติได้หรือไม่ กฎหมายธรรมชาติดีมีผลบังคับในทางศีลธรรมเท่านั้นหรือมีสภาพบังคับอย่าง “กฎหมาย” จริง ๆ นักนิยมกฎหมายธรรมชาติดีทั้งหลายต่างนับถือนักบุญโทมัส อไควนัสว่าเป็นปรมาจารย์ในทางกฎหมายธรรมชาติและหนังสือเรื่องสังเขปเทววิทยาก็เป็นคัมภีร์ที่สำคัญที่สุดเล่มหนึ่งของนักคิดในสำนักกฎหมายธรรมชาติ⁶

² Brian H. Bix, *Jurisprudence: Theory and Context* (London: Sweet & Maxwell, 2012), p.68.

³ Cicero, *Republic* III. xxiii. 33. In *De Re Publica; De Legibus* (C.W. Keyes, trans., Cambridge: Harvard University Press, 1928), p.211.

⁴ “True Law is right reason in agreement with nature; it is of universal application, unchanging and everlasting; it summons to duty by its commands, and averts from wrongdoing by its prohibitions. And it does not lay its commands or prohibitions upon good men in vain, though neither have any effect on the wicked. It is a sin to try to alter this law, nor is it allowable to attempt to repeal any part of it, and it is impossible to abolish it entirely. We cannot be freed from its obligations by senate or people, and we need not look outside ourselves for an expounder or interpreter of it. And there will not be different laws at Rome and at Athens, or different laws now and in the future, but one eternal and unchangeable law will be valid for all nations and all times, and there will be one master and ruler, that is, God, over us all, for he is the author of this law, its promulgator, and its enforcing judge. Whoever is disobedient is fleeing from himself and denying his human nature, and by reason of this very fact he will suffer the worst penalties, even if he escapes what is commonly considered punishment.”

⁵ JG Riddall, *Jurisprudence* (Oxford: Oxford University Press, 2010), p.66.

⁶ วิษณุ เครืองาม, *ความรู้เบื้องต้นทางปรัชญา, เอกสารประกอบการศึกษาสำหรับนิสิตคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย*, 2530, หน้า 60-61.

แม้นักบุญโทมัส อไควนัสจะนำหลักธรรมและความเชื่อทางคริสต์ศาสนามาไว้ในทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ ดังจะเห็นว่า อไควนัสได้ยืนยันในความคิดเห็นของพระสันตะปาปาเกรกอรี ที่ 7 ที่ว่ากฎหมายธรรมชาติคือกฎหมายของพระเจ้า โดยอธิบายว่า บัญญัติสิบประการในคริสต์ศาสนานั้นเป็นแม่บทของกฎหมายทั่วโลกหรือเป็นบทบัญญัติสากล อย่างไรก็ตามการอธิบายลักษณะกฎหมายธรรมชาติของอไควนัสก็มีความแตกต่างจากปรัชญาเมธีร่วมสมัยคนอื่นๆ กล่าวคือ ในขณะที่พระสันตะปาปาเกรกอรี ที่ 7 ถือว่าคริสตจักรสำคัญกว่าอาณาจักรโดยมีคริสตจักรเป็นผู้นำ ส่วนอาณาจักรเป็นผู้ตาม การคิดเช่นนี้เป็นการนำศาสนาไปปะปนกับการเมืองและเป็นการบังคับให้ผู้นำทางการเมืองยอมตนต่อผู้นำทางศาสนา ดังเห็นได้จากคตินิยมที่ว่าผู้ขึ้นครองราชสมบัติเป็นกษัตริย์ในยุโรปต้องมาเข้าเฝ้าคุกเข่าต่อหน้าพระพักตร์พระสันตะปาปาเพื่อให้พระองค์ประทานพรและสวมมงกุฎให้ แต่สำหรับนักบุญอไควนัสกลับอธิบายใหม่ว่าแท้จริงแล้ว ศาสนจักรเป็นคนละส่วนกับอาณาจักร กล่าวอีกนัยหนึ่งคือต้องแยกการเมืองออกจากศาสนานั่นเอง การเมืองซึ่งเป็นเรื่องการปกครองการใช้อำนาจของรัฐต้องกระทำโดยอาศัยกฎเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นในรัฐ ที่เรียกว่า “กฎหมายมนุษย์” (Human Law) ส่วนการดำรงชีวิตในศาสนจักรมิใช่การปกครองโดยรัฐ จำเป็นต้องอาศัยระเบียบปฏิบัติพิเศษที่แตกต่างที่เรียกว่า “กฎศักดิ์สิทธิ์” (Divine Law) อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายทั้งสองจะแตกต่างกัน นักบุญอไควนัสได้ชี้ไว้ว่าทั้งกฎหมายหรือระเบียบของอาณาจักรหรือศาสนจักรต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์เดียวกัน ซึ่งได้แก่ “กฎธรรมชาติ” (Nature Law) และกฎนิรันดร์ (Eternal Law) อันพระเจ้าเป็นเจ้าได้กำหนดขึ้น โดยนักบุญอไควนัสอธิบายต่อไปว่าเมื่อพระเจ้ามีหน้าที่นำมนุษย์ให้พ้นทุกข์ พระเจ้าจึงเป็นผู้นำทางความคิดทั้งในเรื่องกฎหมายและการเมืองโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ เพราะการที่ประชาชนถูกกดขี่ข่มเหงโดยกษัตริย์ที่ไร้คุณธรรมโดยใช้กฎหมายที่เลวร้ายถือว่าเป็นความทุกข์อย่างหนึ่งของมนุษย์ ซึ่งพระเจ้าเป็นเจ้ามีหน้าที่ต้องบำบัดให้ โดยนักบุญอไควนัสได้แบ่งประเภทของกฎต่าง ๆ ออกเป็น 4 ประเภทตามลำดับ ดังนี้

1. กฎนิรันดร์ (Eternal Law) ซึ่งเป็นกฎสูงสุดครอบคลุมจักรวาล ถือได้ว่าเป็นแบบแผนการสร้างโลกของพระเจ้าเพื่อกำหนดกฎเกณฑ์ของธรรมชาติให้เป็นไปเช่นนั้นนิรันดร์ เช่น การโคจรของโลก การโคจรของดวงดาว กฎเกณฑ์นี้ใช้บังคับแก่นมนุษย์และสัตว์ตลอดจนสรรพสิ่งทั่วสากลโลก
2. กฎธรรมชาติ (Natural Law) ซึ่งเป็นกฎสูงสุดรองลงมาและว่าด้วยเหตุผล คุณธรรม ความยุติธรรม ซึ่งเป็นกฎแห่งความประพฤติที่สอดคล้องกับกฎนิรันดร์ของพระเจ้า
3. กฎศักดิ์สิทธิ์ (Divine Law) ซึ่งเป็นกฎสูงสุดรองลงมาและว่าด้วยหลักการประพฤติปฏิบัติทางศาสนาหรือทางธรรมโดยพระเจ้าได้เลือกสรรกฎธรรมชาติที่เหมาะสมมาบัญญัติโดยเฉพาะในบทบัญญัติสิบประการและพระบัญญัติอื่น ๆ
4. กฎหมายของมนุษย์ ซึ่งเป็นกฎลำดับต่ำสุดและกำหนดหลักการประพฤติปฏิบัติของมนุษย์ในทางโลก⁷

ทั้งนี้ จากการแบ่งกฎออกเป็น 4 ประเภทและตามลำดับดังกล่าว นักบุญอไควนัส มิได้บอกว่ามนุษย์ต้องเชื่อคำสั่งของศาสนจักร หากแต่อธิบายว่ามนุษย์ต้องเชื่อฟังกฎหมายของมนุษย์ เพราะการเชื่อฟัง

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 61-62; สมยศ เชื้อไทย, นิติปรัชญาเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 19 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, , 2559), หน้า 101-104. และโปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน Suri Ratnapala, Jurisprudence (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), pp. 137-143.

หรือการเคารพกฎหมายถือเป็นลักษณะประการหนึ่งของกฎธรรมชาติดี แต่กฎหมายของมนุษย์ขัดกับกฎศักดิ์สิทธิ์หรือกฎหมายทางศาสนา มนุษย์ต้องนับถือกฎหมายทางศาสนา ในขณะที่เดียวกันกฎหมายที่ขัดต่อกฎธรรมชาติดีหรือความรู้สึกนึกคิดในเหตุผล คุณธรรมและความยุติธรรมย่อมใช้บังคับไม่ได้เช่นกัน นอกจากนี้ในประการสุดท้ายนักบุญอโควินัสยังเห็นว่ากฎหมายที่ขัดต่อกฎนิรันดร์ อันเป็นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับปรากฏการณ์ทางธรรมชาติย่อมตกเป็นอันไร้ผลด้วย

ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่า นักบุญอโควินัสใช้คำว่ากฎหมายธรรมชาติในความหมายสองประการ คือ ในความหมายอย่างกว้าง หมายถึงทั้งกฎนิรันดร์ กฎธรรมชาติ (เหตุผล คุณธรรม ความยุติธรรม) และกฎศักดิ์สิทธิ์ซึ่งต่างอยู่นอกกฎหมายของมนุษย์ด้วยกันทั้งสิ้น และในความหมายอย่างแคบ ซึ่งหมายถึงเฉพาะเหตุผล คุณธรรม และความยุติธรรม ซึ่งต่างก็อยู่นอกกฎหมายของมนุษย์เช่นเดียวกัน

ทฤษฎีของนักบุญอโควินัสได้รับความสนใจจากนักวิชาการโดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นที่ว่า กฎหมายที่ไม่สอดคล้องหรือขัดกับกฎหมายธรรมชาติดีหรือไม่เป็นกฎหมาย ซึ่งสื่อถึงแนวคิดที่ว่า กฎหมายที่ไม่ยุติธรรมย่อมไม่เป็นกฎหมาย (*lex iniusta non est lex – an unjust law is not law*)⁸ อันที่จริงนักบุญอโควินัสไม่ได้กล่าวถ้อยคำนี้เอง แต่อ้างอิงคำพูดของนักบุญอากุสติน (Augustine) ที่กล่าวว่า “A law that is unjust seems not to be a law”⁹ มาอีกทอดหนึ่ง นอกจากนี้ปรัชญาเมธีอื่น ๆ ซึ่งได้แก่เพลโต (Plato) อริสโตเติล (Aristotle) และซีเซโร (Cicero) ต่างก็เคยแสดงทรรศนะในทำนองนี้ อย่างไรก็ตามจากการศึกษาเราจะพบว่าคำอธิบายของนักบุญอโควินัสได้ช่วยสร้างความเข้าใจเกี่ยวกับแนวความคิดและลักษณะของกฎหมายธรรมชาติให้ถ่องแท้ยิ่งขึ้น อีกทั้งยังเป็นรากฐานของการศึกษาปรัชญาและทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายธรรมชาติที่เป็นปึกแผ่นนับแต่บัดนั้นเป็นต้นมา

2.1.2 การแยกกฎหมายออกจากศีลธรรม : บทบาทของฮิวโก โกรติอุส

เมื่อสังคมโลกเข้าสู่ศตวรรษที่ 17 กฎหมายธรรมชาติได้กลายเป็นรากฐานสำคัญของกฎหมายสาขาต่างๆ ที่พัฒนาขึ้นในยุโรป โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง (Public International Law) โดยมีนักปรัชญาชาวเนเธอร์แลนด์ชื่อ ฮิวโก โกรติอุส (Hugo Grotius) (1583-1645) ผู้มีพินธุวรรณกรรมชิ้นเอกชื่อ กฎหมายว่าด้วยสงครามและสันติภาพ (*De Jure Belli ac Pacis*) โกรติอุสเป็นผู้มีบทบาทสำคัญที่ทำให้กฎหมายธรรมชาติแยกออกมาจากกรอบความคิดเชิงศาสนา และเห็นว่ากฎหมายธรรมชาติเป็นเรื่องของความมีเหตุผล (Reason) ซึ่งผูกพันเราถึงแม้ว่าพระเจ้าไม่มีอยู่จริง¹⁰ ทั้งนี้โกรติอุสได้อธิบายถึงแนวความคิดว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติและกฎหมายลายลักษณ์อักษรของรัฐบาลเพื่อสนับสนุนปรัชญาที่ว่าแม้รัฐบาลจะอยู่ในฐานะรัฐอธิปไตย (Sovereign) แต่รัฐบาลก็ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายธรรมชาติและกฎหมายระหว่างประเทศอยู่นั่นเอง

⁸ ผู้สนใจเกี่ยวกับความหมายทั่วไปและนัยสำคัญของคำกล่าวที่ว่ากฎหมายที่ไม่ยุติธรรมย่อมไม่เป็นกฎหมาย (*lex iniusta non est lex*) ในงานเขียนของนักบุญอโควินัส สามารถดูการอธิบายเกี่ยวกับเรื่องนี้ได้ใน Norman Kretzmann, *Lex Iniusta Non Est Lex: Laws on Trial in Aquinas' Court of Conscience*, 33 *American Journal of Jurisprudence* 99 (1988).

⁹ Aquinas, *Summa Theologiae*, I-II, Question 95, Art.2, Question 96, Art.4, corpus, in *The Treatise on Law*, pp. 288, 327.

¹⁰ Wieacker, *A History of Private Law in Europe* (Oxford: Oxford University Press, 1996), pp.227-238; J.M. Kelly, *A Short History of Western Legal Theory* (Oxford: Clarendon Press, 1992), pp. 224-227, 241-243.

กล่าวได้ว่า แนวคิดปรัชญาดังกล่าวนี้มีอิทธิพลอย่างมากต่อระบบกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบัน และยังเป็นรากฐานและเป็นการปูทางให้เกิดทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิตามธรรมชาติเชิงเสรีนิยม (Liberal Natural Rights Theories) ต่างๆ ให้แก่นักปรัชญาคนอื่น ๆ เช่น จอห์น ล็อก (John Locke) (1632-1704) และฌอง-ฌาคส์ รูสโซ (Jean-Jacque Rousseau) (1712-1778) ในเวลาต่อมา

2.1.3 กฎหมายธรรมชาติกับสิทธิตามธรรมชาติแบบจอห์น ฟินนิส (John Finnis)

สำหรับนักทฤษฎีกฎหมายธรรมชาตร่วมสมัยจะขอกล่าวถึงจอห์น ฟินนิส (John Finnis) ผู้มีหนังสือเรื่องกฎหมายธรรมชาติและสิทธิตามธรรมชาติ (Natural Law and Natural Rights) โดยฟินนิส ได้ให้ความสำคัญกับปัญหาพื้นฐานในทางจริยศาสตร์และศีลธรรมตามแนวทางของอริสโตเติลและนักบุญโทมัส อควไนัส โดยฟินนิสเชื่อว่าชีวิตที่ดีต้องมีสิ่งที่เรียกว่า รูปแบบพื้นฐานความเจริญงอกงามของมนุษย์ 7 ประการ ได้แก่¹¹

1. ชีวิตชีวา (Life)
2. ความรู้ / ความเข้าใจ (Knowledge)
3. การละเล่น (Play)
4. ประสบการณ์ด้านสุนทรีย์ (Aesthetic Experience)
5. การเข้าวงสังคมได้ดี (มิตรภาพ) [Sociability (Friendship)]
6. ความสมเหตุสมผลในทางปฏิบัติ (Practical Reasonableness)
7. ศาสนา (Religion)

จากรูปแบบพื้นฐานความงอกงามของมนุษย์ดังกล่าว กล่าวได้ว่าฟินนิสเชื่อว่า ความดีงามพื้นฐาน (Basic Goods) เหล่านี้เป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการพัฒนาชีวิตมนุษย์ให้เจริญงอกงาม เป็นสิ่งเติมเต็มชีวิตมนุษย์ มีความเป็นสากล ใช้ได้กับสังคมมนุษย์ทุกยุคทุกสมัย นอกจากนี้ฟินนิสยังเสนอเงื่อนไขพื้นฐานของความสมเหตุสมผลในทางปฏิบัติ (The Basic Requirement of Practical Reasonableness) อีกหลายประการ เช่น ต้องส่งเสริมผลประโยชน์ร่วมกันของสังคม ต้องไม่ให้สิทธิพิเศษแก่บุคคลหนึ่งบุคคลใดโดยอำเภอใจ¹²

ดังนั้นจึงเห็นว่าเหตุผลอันสำคัญของทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติดังกล่าวคือ การกำหนดสิ่งดีงามที่แท้จริงสำหรับมนุษย์ ฟินนิสเชื่อว่า เราไม่สามารถเจริญรอยตามความดีงามของมนุษย์ได้จนกว่าเราจะมีประชาคม และผู้นำจะมีอำนาจได้ก็เนื่องจากตนได้ทำหน้าที่เพื่อประโยชน์สูงสุดของประชาคม ดังนั้น ถ้าผู้นำออกกฎหมายซึ่งไม่ยุติธรรมโดยขัดกับผลประโยชน์ร่วมกัน (Common Good) ของประชาคม กฎหมายนั้นก็ไร้ซึ่งอำนาจเชิงศีลธรรม (Moral Authority) ที่ต้องผูกพันหรือปฏิบัติตาม

นอกจากนี้ฟินนิสยังได้เสนอแนวความคิดว่าด้วยความยุติธรรมโดยอาศัยแนวคิดเรื่องผลประโยชน์ร่วมกัน (Common Good) ดังกล่าว โดยฟินนิสได้กล่าวว่า หลักการต่าง ๆ ของความยุติธรรมนั้นอันที่จริงก็คือ เงื่อนไขทั่วไปที่กำหนดให้บุคคลมีหน้าที่ส่งเสริมพุ่มพักผลประโยชน์ร่วมกันในสังคม ซึ่งฟินนิส

¹¹ Brian H. Bix, Jurisprudence: Theory and Context (Sweet & Maxwell, 2015), p. 76.

¹² โปรดดู John M. Finnis, Natural Law and Natural Rights (Oxford: Clarendon Press, 2011), pp. 100-127.

เห็นว่าความตึงตังต่าง ๆ และเงื่อนไขเชิงกระบวนการวิธีเช่นนี้น่าจะช่วยขัดขวางความอยุติธรรมได้ทุกรูปแบบ เพราะความตึงตังต่าง ๆ และเงื่อนไขดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดพันธกรณีอันเด็ดขาดสมบูรณ์ซึ่งสัมพันธ์กับสิทธิตามธรรมชาติที่มีความเด็ดขาดสมบูรณ์เช่นเดียวกัน¹³

2.2 กฎหมาย คือ คำสั่งคำบัญชาของรัฐบาลิปัตย์ (Sovereign) และมีสภาพบังคับตามสำนักความคิดในทางกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง (School of Positive Law)

สำนักความคิดในทางกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองซึ่งในบางครั้งเรียกว่าสำนักคิดทางกฎหมายฝ่ายปฏิฐานนิยม (Positivism) ซึ่งมาจากคำว่า *positum* ในภาษาละตินที่หมายถึงกฎหมายที่บัญญัติหรือตราขึ้นบังคับใช้ในบ้านเมือง โดยสำนักคิดในทางกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองเกิดขึ้นจากวัตถุประสงค์ที่ต้องการให้กฎหมายมีข้อความแน่นอนตายตัว เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎร บุคคลที่กระทำการต่างๆจะรู้ล่วงหน้าถึงผลของการกระทำของตนในทางกฎหมาย¹⁴

เนื่องจากสำนักความคิดทางกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองเป็นเรื่องที่ต่อเนื่องจากสำนักคิดปรัชญากฎหมายธรรมชาติ การทำความเข้าใจข้อความคิดของสำนักคิดฝ่ายบ้านเมืองจึงต้องเชื่อมโยงกับสำนักแรก โดยในทางทฤษฎีมีการพิจารณาสำนักคิดในทางกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง กล่าวคือนักทฤษฎีในสำนักคิดในทางกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองยุคแรกถือว่ากฎหมายของรัฐที่ออกมาใช้บังคับนั้นเป็นกฎหมายที่ถูกต้องสมบูรณ์ใช้ได้จริง (Valid) โดยไม่ต้องพิจารณาว่าขัดกับกฎหมายธรรมชาติหรือไม่และไม่คำนึงว่ากฎหมายของรัฐที่บังคับใช้จะชอบธรรม ยุติธรรม หรือสอดคล้องกับมาตรฐานหรือกฎเกณฑ์ทางศีลธรรมหรือไม่¹⁵

ในสมัยโรมัน จักรพรรดิจัสติเนียนแห่งโรมทรงจัดทำประมวลกฎหมายที่เรียกว่า “*Corpus Juris Civilis*”¹⁶ ขึ้นก็เพื่อให้เป็นกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองที่ยิ่งใหญ่เหนือกฎหมายใด ๆ ในขณะนั้น ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการแข่งขันทางความคิดระหว่างสำนักคิดทางกฎหมายฝ่ายปฏิฐานนิยมและสำนักคิดทางกฎหมายธรรมชาติซึ่งมีวิวัฒนาการตลอดมา

2.2.1 รัฐบาลิปัตย์ (Sovereign) กับความเชื่อของปรัชญาเมธีในสำนักความคิดในทางกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง

ดังได้กล่าวแล้วว่าในสมัยฟื้นฟูศิลปวิทยา สำนักกฎหมายธรรมชาติเจริญรุ่งเรืองมาก ทั้งนี้เนื่องจากอิทธิพลของนักบุญอโควินัสและปรัชญาเมธีคนอื่น ๆ ในสมัยกลาง แต่ในขณะเดียวกันได้มีปรัชญาเมธีคนสำคัญผู้หนึ่ง คือ โทมัส ฮอบส์ (Thomas Hobbes) ผู้เขียนวรรณกรรมเรื่อง *Leviathan* คัดค้านสำนักคิดทางกฎหมายธรรมชาติอย่างรุนแรง โดยฮอบส์ถือว่ากฎหมายสำคัญกว่าคุณธรรมความดีและจริยธรรม ฮอบส์ให้ความสำคัญแก่รัฐบาลิปัตย์ (Sovereign) และสนับสนุนการปกครองแบบอำนาจเด็ดขาด โดยฮอบส์ถือว่า

¹³ Raymond Wacks, *Philosophy of Law, A Very Short Introduction* (New York: Oxford University Press, 2006), pp.15-16.

¹⁴ Mark C. Murphy, *Philosophy of Law, the Fundamentals* (Oxford: Blackwell, 2007), p.17.

¹⁵ John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined, Lecture V* (W.E. Rumble ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1995) (first published in 1832), p.157

¹⁶ David Irving, *An Introduction to the Study of the Civil Law* (New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., 2010), p.56.

รัฐธำธิปัตย์เป็นบุคคลที่สามารถใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการกำราบปราบปรามผู้แข็งข้อหรือทำลายความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองได้¹⁷ โดยไม่ต้องคำนึงว่ารัฐธำธิปัตย์นั้นได้อำนาจมาจากไหนและโดยวิธีใด ความคิดนี้ของฮอบส์คังได้รับอิทธิพลจากวรรณกรรมในต้นสมัยฟื้นฟูศิลปวิทยาเรื่อง “เจ้า” (The Prince) ของ Niccolo Machiavelli ฮอบส์กล่าวว่า ราชธำธิปัตย์ต้องยอมรับอำนาจการปกครองของผู้ที่ได้ชัยชนะ ถ้ารัฐธำธิปัตย์คนก่อนไม่สามารถปกป้องราชธำธิปัตย์ ใครก็ตามที่สามารถโค่นล้มรัฐธำธิปัตย์คนก่อนได้และมีอำนาจขึ้นแทนที่ย่อมเป็นรัฐธำธิปัตย์คนใหม่ที่ราชธำธิปัตย์ต้องยอมรับนับถือ ปรัชญาข้อนี้มีอิทธิพลอย่างมากในทางการเมืองและระบบกฎหมายอาญาที่ว่าด้วยความผิดฐานกบฏในเวลาต่อมา ได้มีผู้วิจารณ์ปรัชญาของฮอบส์ว่าเป็นต้นแบบความคิดของนักกฎหมายสกุลหนึ่งซึ่งรวมตลอดมาถึงประเทศไทยโดยไม่สนใจในด้านจริยธรรมยิ่งไปกว่าพื้นฐานทางอำนาจของผู้ปกครองเท่านั้น¹⁸

หลังจากสมัยฮอบส์ มีผู้นิยมแนวคิดในทางกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งจอห์น ออสติน (John Austin) นักปรัชญากฎหมายชาวอังกฤษ ผู้นิพนธ์วรรณกรรมเรื่อง “ข้อพิจารณาปริณิษิตแห่งวิชานิติปรัชญา” (The Province of Jurisprudence Determined) ซึ่งเป็นการรวมปฐกถาเกี่ยวกับนิติปรัชญาที่ว่าด้วยกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง

2.2.2 ความหมายของกฎหมายในทรรศนะของจอห์น ออสติน

ในทรรศนะของออสตินเห็นว่า สิ่งที่จะเรียกว่าเป็นกฎหมายได้นั้นต้องเป็นคำสั่งคำบัญชาของรัฐบาลธำธิปัตย์และมีสภาพบังคับ (For Austin, Law “properly so called” is the command of a sovereign backed by the threat of a sanction)¹⁹ ออสตินยอมรับว่ากฎหมายย่อมมีวิวัฒนาการมาจากศีลธรรม อย่างไรก็ตามออสตินไม่ยอมรับว่ากฎหมายมีความสัมพันธ์กับศีลธรรมจนแยกจากกันไม่ออก ออสตินวิจารณ์ว่าการยอมรับว่ากฎหมายกับศีลธรรมมีความสัมพันธ์เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันนั้นย่อมนำไปสู่ความเชื่อและการยอมรับในทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ ซึ่งออสตินไม่เชื่อว่ามีอยู่จริง²⁰

2.2.3 พัฒนาการของทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองหรือปฏิฐานนิยม

ทฤษฎีกฎหมายฝ่ายปฏิฐานนิยมได้รับการพัฒนาโดยนักปรัชญาชาวยุโรปในเวลาต่อมา ซึ่งได้แก่ อิมมานูเอล คานท์ (Immanuel Kant) ผู้ตั้งทฤษฎีกฎหมายเด็ดขาด (The Absolute Theory) และ ฮานส์ เคลเซน (Hans Kelsen) ผู้ตั้งทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ (The Pure Law Theory)²¹ นอกจากนี้ยังมีนักกฎหมายแนวปฏิฐานนิยมสมัยใหม่ ซึ่งได้แก่ เอช.แอล.เอ.ฮาร์ท (H.L.A. Hart) ผู้นิพนธ์หนังสือเรื่องแนวคิดของกฎหมาย (The Concept of Law)²² ได้นำทฤษฎีกฎหมายฝ่ายปฏิฐานนิยมไปอธิบายขยายความต่อยอด

¹⁷ Thomas Hobbes, *Leviathan* (Richard Tuck ed., Cambridge: Cambridge University Press, 1996), Ch.20, pp. 144-145.

¹⁸ ส.ศิริรักษ์, นักปรัชญาการเมืองฝรั่ง (กรุงเทพมหานคร: พิศนาคะ, 2520), หน้า 122-123.

¹⁹ John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (London: Weidenfeld and Nicolson, 1954), p.166.

²⁰ Ibid.

²¹ โปรดดูคำอธิบายเกี่ยวกับทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ใน สมยศ เชื้อไทย, *นิติปรัชญาเบื้องต้น*, หน้า 149-151.

²² ผู้สนใจเกี่ยวกับแนวคิดทางกฎหมายเชิงปฏิฐานนิยมของฮาร์ท สามารถดูคำอธิบายได้จาก Raymond Wacks, *Philosophy of Law, A Very Short Introduction*, pp.26-32 และ Brian H. Bix, *Jurisprudence: Theory and Context*, pp.33-45.

ออกไปในมิติต่างๆ ได้อย่างน่าสนใจ

อนึ่ง มักมีความเข้าใจกันว่า นักกฎหมายแนวปฏิฐานนิยมเชื่อว่าแม้กฎหมายนั้นไม่ยุติธรรม เราก็ต้องปฏิบัติตามเพราะเป็นกฎหมาย ซึ่งความจริงมิได้เป็นเช่นนั้นเสมอไป ดังจะเห็นว่าออสติน (Austin) เองก็ยอมรับว่าการที่บุคคลไม่ปฏิบัติตามกฎหมายที่เลวร้ายนั้นถือเป็นความชอบธรรม (Legitimate) หากทำแล้วช่วยให้เกิดการเปลี่ยนแปลงที่ดีขึ้น ในขณะที่ฮาร์ท (Hart) นักกฎหมายฝ่ายปฏิฐานนิยมสมัยใหม่ที่สุดก็ยังกล่าวว่า การที่จะรับรองว่าสิ่งใดเป็นกฎหมายหรือไม่นั้นประเด็นไม่ได้อยู่ที่การเชื่อฟังปฏิบัติตาม แต่ความสำคัญอยู่ที่ว่าคำสั่ง คำบัญชา (Command) นั้นได้ผ่านการพิจารณาในด้านศีลธรรมมาแล้วหรือไม่²³

2.3 กฎหมาย คือ ปทัสถานหรือแบบอย่างของสังคม (Social Norm) ตามสำนักความคิดในทางกฎหมายฝ่ายสังคมวิทยา (School of Sociological Jurisprudence)

2.3.1 กฎหมายกับความคิดทางสังคมวิทยา

ผู้ริเริ่มความคิดทางสังคมวิทยาเป็นคนแรกคือ ออกุสต์ คองต์ (August Conte) ปรัชญาเมธีชาวฝรั่งเศส (ค.ศ.1798-1857) คองต์ได้บัญญัติคำว่า “สังคมวิทยา” (Sociology) ขึ้นเป็นครั้งแรกเมื่อ ค.ศ. 1839 ในความหมายว่าเป็นศาสตร์แห่งสังคมซึ่งศึกษาถึงปัจจัยและกระบวนการต่างๆ ที่ทำให้พฤติกรรมของมนุษย์ในสังคมเปลี่ยนแปลงไป²⁴ ปรัชญาเมธีคนอื่น ๆ ซึ่งมีส่วนทำให้ความรู้ทางสังคมวิทยามีพัฒนาการไปมากมีหลายท่าน เช่น อีมิล เดอร์คไคม์ (Emile Durkheim), แมกซ์ เว็บบอร์ (Max Weber), เฮร์เบิร์ต สเปนเซอร์ (Herbert Spencer) และ Michel Foucault นักสังคมวิทยาเหล่านี้อธิบายว่ากฎหมายคือปทัสถานหรือแบบอย่างของสังคม (Social Norm) และได้เน้นถึงบทบาทของกฎหมายในสังคม²⁵

ปรัชญาเมธีทางกฎหมายที่นำเอาความคิดทางสังคมวิทยามาประยุกต์กับทางกฎหมายอย่างเด่นชัดที่สุด คือ เยียร์ริง (Jhering) และรอสโก เพานด์ (Roscoe Pound) โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพานด์นั้นเห็นว่า กฎหมายเป็นเครื่องมือสำคัญที่สุดในสังคม เพราะเป็นตัวจักรกลที่ทำให้สังคมรุดหน้าไปได้ แนวความคิดที่เน้นหน้าที่ของกฎหมายในสังคมเช่นนี้เรียกกันว่า “Theory of Social Function of Law” หรือที่เพานด์เรียกว่า “Theory of Social Engineering”

2.3.2 รอสโก เพานด์ (Roscoe Pound) กับทฤษฎีวิิศวกรรมสังคม (Theory of Social Engineering)

ในทรรศนะของเพานด์เห็นว่ากฎหมายเป็นวิศวกรรมสังคม โดยเพานด์เห็นว่ามนุษย์ที่อยู่ในสังคมนั้นเป็นผู้มีความรู้ด้านกฎหมายและด้านอื่นๆ และสามารถใช้ความรู้ที่ตนมีมาแก้ไขปัญหาสังคม สังคมที่ดีหรือสังคมที่น่าอยู่ คือสังคมที่มีความกลมกลืน (harmony) แต่สังคมที่เป็นอยู่ เป็นสังคมที่ไม่กลมกลืนเพราะมีความขัดแย้งกันเองระหว่างปัจเจกชนหรือกลุ่มปัจเจกชน ดังนั้นจึงเป็นหน้าที่ (Function) ของกฎหมายที่ต้องมา

²³ Raymond Wacks, *Philosophy of Law, A Very Short Introduction*, p.19.

²⁴ Michael Freeman, “Law and Sociology” in Michael Freeman (Editor), *Law and Sociology, Current Legal Issues 2005* (Oxford: Oxford University Press, 2006), p.1.

²⁵ ดู Raymond Wacks, *Philosophy of Law, A Very Short Introduction*, pp. 76-91.

ปรับผลประโยชน์ที่ขัดกันในสังคมให้เข้าสู่ดุลยภาพให้ได้มากที่สุด ซึ่งจะทำให้ความขัดแย้งต่อสู้กันลดน้อยลงมากที่สุด ทั้งนี้โดยอาศัยกฎหมายเป็นเครื่องมือ กฎหมายที่เป็นเครื่องมือนี้จึงเสมือนเป็นเครื่องจักรที่มาปรับผลประโยชน์ของมนุษย์ให้กลมกลืนที่จะทำให้สังคมน่าอยู่ขึ้น²⁶

แนวความคิดของเพอนด์ที่เห็นว่ากฎหมายในฐานะเป็นเครื่องมือที่ใช้แก้ปัญหาในสังคมได้ปูทางให้แก่สำนักกฎหมายในสำนักคิดทางกฎหมายฝ่ายสัจนิยม (Realist) และได้กลายเป็นแก่นของเรื่องเรื่องหนึ่งในการศึกษากฎหมายของสำนักคิดนี้ในเวลาต่อมา²⁷ โดยเฉพาะอย่างยิ่งความคิดของเพอนด์ที่เน้นให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างกฎหมายในหนังสือหรือตำรา (Law in Books) และกฎหมายในการกระทำหรือกฎหมายในความเป็นจริง (Law in Action)²⁸

2.4 กฎหมาย คือ กฎเกณฑ์ในความเป็นจริง (Real Rules) ตามสำนักความคิดในทางกฎหมายฝ่ายสัจนิยม (School of Realist Jurisprudence)

สำนักความคิดนี้มุ่งให้ความสำคัญแก่ความเป็นจริงมากกว่าสิ่งอื่นใด เช่น มุ่งหาความจริงที่ว่าเหตุใดกฎหมายจึงบัญญัติเช่นนั้น หรือทำไมศาลถึงตัดสินเช่นนั้น อีกทั้งยังได้นำศาสตร์ในแขนงอื่นๆ มาช่วยอธิบายเรื่องต่างๆ ในทางกฎหมาย เช่น นำวิชาสถิติมาใช้คาดคะเนว่าศาลจะตัดสินคดีนั้น ๆ ว่าอย่างไร ดังที่เรียกว่า “Jurimetrics” หรือนำวิชาจิตวิทยามาใช้วิเคราะห์พฤติกรรมของผู้พิพากษาว่าเหตุใดศาลจึงตัดสินคดีเช่นนั้น ดังที่เรียกว่า “Judicial Behavioralism”

นักปรัชญากฎหมายในสำนักคิดทางกฎหมายฝ่ายสัจนิยม แบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม คือกลุ่มอเมริกัน (American Realists) และกลุ่มสแกนดิเนเวียน (Scandinavian Realists)

2.4.1 นักปรัชญากฎหมายในสำนักคิดทางกฎหมายฝ่ายสัจนิยมกลุ่มอเมริกัน (American Realists)

นักสัจนิยมทางกฎหมายฝ่ายอเมริกัน มุ่งอธิบาย “กฎหมายในความเป็นจริง” โดยเน้นให้เห็นถึงความไม่แน่นอนของกฎหมาย และชี้ให้เห็นว่าบุคลิกลักษณะอุปนิสัยใจคอของผู้พิพากษามีความสำคัญต่อกฎหมายอย่างไร โดยเชื่อว่าสัญชาตญาณดั้งเดิมหรือความรู้สึกที่ก่อให้เกิดพฤติกรรมโดยไม่ทันคิด (Instincts) ของผู้พิพากษาในการตัดสินคดีเกี่ยวกับข้อเท็จจริงในคดีนั้นมีความสำคัญยิ่งกว่ากฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย (Legal Rules)²⁹ นักสัจนิยมทางกฎหมายฝ่ายอเมริกันปฏิเสธทฤษฎีของสำนักคิดในทางกฎหมายฝ่ายธรรมชาติและฝ่ายปฏิฐานนิยม อย่างไรก็ตามน่าสังเกตว่าแนวคิดของนักปรัชญากฎหมายในสำนักคิดนี้มีความโน้มเอียง

²⁶ ดู สมยศ เชื้อไทย, *นิติปรัชญา*, หน้า 166.

²⁷ โปรดดูตัวอย่างใน Roscoe Pound, The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence Harvard Law Review 591 (1911); Roscoe Pound, The Call for a Realist Jurisprudence, Harvard Law Review 697 (1931); Karl N. Llewellyn, Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound, Harvard Law Review 1222 (1931).

²⁸ Roscoe Pound, Law in Books and Law in Action, 44 American Law Review 12 (1910).

²⁹ โปรดดู Benjamin Kaplan, Do Intermediate Appellate Courts Have a Lawmaking Function?, 70 Massachusetts Law Review 10 at 10 (1985); Brian Leiter, Legal Realism, in A Comparative to the Philosophy of Law and Legal Theory (Dennis Patterson ed., Oxford: Blackstone, 1986), pp. 261-279 at p.269.

และมีความสัมพันธ์กับแนวคิดของนักปรัชญากฎหมายในสำนักคิดฝ่ายสังคมนิยมที่มุ่งศึกษาปัจจัยทางสังคมวิทยา ดังได้กล่าวแล้วเช่นเดียวกัน

ในขณะที่เพนด นักคิดในสำนักกฎหมายฝ่ายสังคมนิยมได้แสดงให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างกฎหมายในหนังสือหรือตำรา (Law in Books) และกฎหมายในการกระทำหรือกฎหมายในความเป็นจริง (Law in Action) นักสังคมนิยมทางกฎหมายที่มีบทบาทนำผู้หนึ่งในกลุ่มสังคมนิยมอเมริกัน คือ คาร์ล เลเวลลิน (Karl Llewellyn) ก็ได้แยกให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างกฎเกณฑ์ในกระดาษ (Paper Rules) และกฎเกณฑ์ในความเป็นจริง (Real Rules) โดยคาร์ล เลเวลลิน ได้กล่าวว่า เราไม่ควรด่วนทึกทักเอาว่ากฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่เป็นตัวอักษรซึ่งมีการประกาศออกไปนั้นเป็นคำทำนายที่ถูกต้องว่าศาลจะตัดสินคดีอย่างไร หรือว่าเป็นบทสรุปที่เชื่อถือได้ว่าศาลต้องตัดสินคดีให้เป็นไปตามนั้น³⁰

2.4.2 นักปรัชญากฎหมายในสำนักคิดทางกฎหมายฝ่ายสังคมนิยมกลุ่มสแกนดิเนเวียน (Scandinavian Realists)

ส่วนนักสังคมนิยมทางกฎหมายกลุ่มสแกนดิเนเวียนถือกำเนิดขึ้นในเวลาไล่เลี่ยกับกลุ่มอเมริกัน แต่แนวความคิดและทฤษฎีของนักสังคมนิยมทางกฎหมายกลุ่มนี้มีอิทธิพลน้อยมากในเวลาต่อมา แม้ในปัจจุบันวรรณกรรมของนักสังคมนิยมกลุ่มนี้ก็ไม่ได้ได้รับความนิยมที่จะนำมาอ่านกันแม้แต่ในประเทศของพวกเขาเอง ผู้นำทางความคิดของกลุ่มนี้คือนักปรัชญาซึ่งได้แก่ แอกเกอร์สตรอม (Axel Hagerstrom) (1868-1939) และ นักทฤษฎีที่โดดเด่นที่สุดก็คือ รอส (Alf Ross) (1899-1979), คาร์ล โอลิฟโครนา (Karl Olivecrona) (1897-1980) และ Lundstedt (A.V. Lundstedt) (1882-1955)³¹

นักสังคมนิยมทางกฎหมายกลุ่มสแกนดิเนเวียนไม่เชื่อว่ากฎหมายมีอะไรเกี่ยวข้องกับ ความยุติธรรมหรือความดีความชั่ว แอกเกอร์สตรอมได้เน้นย้ำถึงความแปลกประหลาดของการใช้ภาษาในทางกฎหมาย³² วิธีใช้ศัพท์และภาษาทางกฎหมายทำให้เกิดมโนทัศน์ผูกพันคนเราทางด้านจิตวิทยา ส่วนโอลิฟโครนา ไม่เห็นด้วยกับแนวความคิดที่ว่ากฎหมายมีความสมบูรณ์ต่อเมื่อสอดคล้องกับกฎหมายของพระเจ้า แต่เห็นว่ากฎหมายมีความสมบูรณ์อยู่ในตัวเอง โอลิฟโครนาไม่เชื่อว่าประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายเพราะมีโทษทัณฑ์สำหรับ บังคับผู้ฝ่าฝืน ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายเพราะต่างมีสำนึกในจิตใจว่าตนมีความผูกพันต้องปฏิบัติตาม ความผูกพันนี้เป็นผลทางจิตวิทยา เนื่องจากกฎหมายบัญญัติในรูปของคำบงการหรือคำสั่ง และเนื่องจากกฎหมาย บัญญัติขึ้นโดยสถาบัน โดยวิธีการและแบบแผนอันเป็นที่ยอมรับกันในสังคมนั้น ความรู้สึกผูกพันที่เกี่ยวข้องอยู่กับ สถาบันซึ่งเกี่ยวข้องกับกฎหมายนั้นเกิดขึ้นโดยเหตุที่สถาบันนั้นมีความเก่าแก่มาแต่โบราณเป็นที่ยอมรับนับถือของ คนทั่ว ๆ ไป หรืออาจเกิดขึ้นโดยเหตุที่สถาบันนั้นมีประชาชนสนับสนุนอยู่เบื้องหลัง โอลิฟโครนาได้ยกตัวอย่างว่า ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายที่ออกโดยคณะปฏิวัติก็เพราะคณะปฏิวัติเข้าควบคุมสถาบันซึ่งสามารถก่อให้เกิด อำนาจทางจิตวิทยานี้ขึ้นได้ คณะปฏิวัติอาจเข้ายึดสถาบันซึ่งมีอยู่แล้ว หรือก่อตั้งสถาบันขึ้นใหม่และก่อให้เกิด

³⁰ Karl N. Llewellyn, A Realistic Jurisprudence – The Next Step, 30 Columbia Law Review 431 of 438-43, 447-53 (1930).

³¹ Brian H. Bix, Jurisprudence: Theory and Context, p.278.

³² Ibid.

อำนาจทางจิตวิทยาขึ้นเหนือจิตใจประชาชน ในขณะที่เดียวกันคณะปฏิวัติก็ได้ทำการโฆษณาชวนเชื่อเพื่อก่อให้เกิดอำนาจทางจิตวิทยาดังกล่าวด้วย³³

2.5 กฎหมาย คือ กฎเกณฑ์ความประพฤติที่เกิดจากความคิดและความรู้สึกของประชาชนอันถือเป็นจารีตประเพณี (Custom) ของชนชาตินั้นตามสำนักความคิดในทางกฎหมายฝ่ายนิยมประวัติศาสตร์ (School of Historical Jurisprudence)

2.5.1 ทฤษฎีกฎหมายฝ่ายนิยมประวัติศาสตร์กับการจัดทำประมวลกฎหมายของเยอรมัน

สำนักคิดในทางกฎหมายฝ่ายนิยมประวัติศาสตร์มีความเห็นว่ากฎหมายต้องมีวิวัฒนาการอยู่เสมอเพราะกฎหมายเป็นผลของประวัติศาสตร์ Savigny ปรัชญาเมธีคนสำคัญของสำนักคิดนี้กล่าวว่ากฎหมายก็เหมือนภาษาที่แสดงถึงวัฒนธรรม จิตวิญญาณ (Volkgeist) จารีตประเพณีและประวัติศาสตร์ของประชาชน³⁴ Savigny ได้ใช้ทฤษฎีนี้เป็นเหตุผลในการตอบโต้และคัดค้านทฤษฎีของศาสตราจารย์อ็อบต์ (Anton Friedrich Justus Thibaut) ที่สนับสนุนการจัดทำกฎหมายในรูปประมวลในประเทศเยอรมนี ประกอบกับทฤษฎีของ Savigny มีอิทธิพลแพร่หลายอย่างมากในขณะนั้น จึงทำให้งานจัดทำประมวลกฎหมายของเยอรมันต้องล่าช้าไปร่วมศตวรรษ

2.5.2 กฎหมายในทรรศนะของ Savigny

Savigny เห็นว่ากฎหมายเป็นสิ่งสะท้อนให้เห็นถึงระดับการพัฒนาของสังคม การจัดทำกฎหมายในรูปประมวลซึ่งทำให้กฎหมายหยุดนิ่งไม่เปลี่ยนแปลง ไม่มีการพัฒนานั้นถือว่าเป็นเรื่องที่ไม่เหมาะสมเพราะไม่สอดคล้องกับสภาพสังคมที่เป็นอยู่³⁵ โดย Savigny เชื่อว่ามนุษย์ไม่สามารถสร้างกฎหมายได้ แต่มนุษย์ทำให้กฎหมายพัฒนาไปได้โดยอาศัยกาลเวลา ทั้งนี้ Savigny ได้กล่าวว่า “กฎหมายเกิดจากศีลธรรมและความเชื่อมั่นของบรรพชนซึ่งได้พัฒนาเป็นลำดับ กฎหมายมิได้เกิดจากเจตจำนงของผู้บัญญัติกฎหมาย เนื้อหาของกฎหมายอยู่ที่อดีตกาล กฎหมายเกิดขึ้นและพัฒนาไปตามประวัติศาสตร์ของชนชาติ หน้าที่ของนักกฎหมายแต่ละยุคคือการทำให้เนื้อหาของกฎหมายสอดคล้องกับจิตใจของชนชาติ มิใช่บัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่”³⁶

3. บทสรุป ข้อสังเกตและเสนอแนะ

จากการศึกษาแนวความคิดและทฤษฎีของสำนักความคิดในทางกฎหมายฝ่ายต่างๆ ทำให้เราเกิดความคิดความเข้าใจและมีทรรศนะกว้างไกลเกี่ยวกับกฎหมาย นักปรัชญาทางกฎหมายได้ให้แนวคิดและมุมมองกฎหมายในแง่มุมต่าง ๆ กัน โดยสำนักคิดทางกฎหมายธรรมชาติเชื่อว่ากฎหมายเกิดจากธรรมชาติ และให้ความสำคัญในเรื่องเหตุผล คุณธรรม จริยธรรม ความยุติธรรมและความดีงามต่าง ๆ โดยเชื่อว่าสิ่งเหล่านี้มีอยู่เหนือกฎหมายของมนุษย์

³³ วิชาญ เครืองาม, ความรู้เบื้องต้นทางปรัชญา, หน้า 131.

³⁴ โปรดดู Robert E. Rodes, On the Historical School of Jurisprudence, 49 American Journal of Jurisprudence 165 (2004).

³⁵ Ibid.

³⁶ Frederick C. Beiser, The German Historicist Tradition, Published to Oxford Scholarship Online, January 2012, p.238.

ส่วนสำนักคิดในทางกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองหรือปฏิธานนิยมเห็นว่าสิ่งที่จะเป็นกฎหมายได้นั้นต้องมีความแน่นอนและเด็ดขาด (Positive) และเชื่อในความเป็นสูงสุดของรัฐอธิปไตย (Sovereign) ซึ่งหมายถึงผู้มีอำนาจสูงสุดในบ้านเมืองและให้ความสำคัญแก่อำนาจปกครองของรัฐ โดยเห็นว่าอำนาจฝ่ายการเมืองเท่านั้นที่ทำให้เกิดกฎหมายได้ อำนาจฝ่ายการเมืองนี้ก็ได้แก่รัฐอธิปไตย ซึ่งเดิมในระบอบการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ รัฐอธิปไตยก็คือพระมหากษัตริย์ ในระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย รัฐอธิปไตยก็คือประชาชนซึ่งแสดงออกถึงอำนาจของตนโดยผ่านรัฐสภา

เป็นที่น่าสังเกตว่าแนวคิดหรือทฤษฎีตามสำนักคิดฝ่ายปฏิธานนิยมเดิมมีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายของไทย ดังจะเห็นได้จากคำจำกัดความของคำว่า “กฎหมาย” ที่สอนกันมานานในประเทศไทยว่า “กฎหมาย คือ คำสั่ง คำบัญชาของรัฐบาลอธิปไตย ถ้าไม่ปฏิบัติตามย่อมถูกลงโทษ” ซึ่งการถือตามความหมายเช่นนี้ยังไม่อาจครอบคลุมถึงสิ่งที่ถือได้ว่าเป็นกฎหมายในบางระบบกฎหมาย เช่น กฎหมายระหว่างประเทศ เพราะในสังคมระหว่างประเทศซึ่งประกอบด้วยรัฐต่าง ๆ ซึ่งเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศต่างมีอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) และความเสมอภาคเท่าเทียมกัน (Equality) ในขณะเดียวกันไม่มีบุคคลหรือองค์กรใดที่มีอำนาจเหนือรัฐ แนวคิดตามสำนักคิดทางกฎหมายฝ่ายปฏิธานนิยมจึงไม่อาจนำมาใช้อธิบายในระบบกฎหมายระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม มีการยอมรับกันทั่วไปว่า กฎหมายระหว่างประเทศก็เป็นกฎหมายประเภทหนึ่ง

นอกจากนี้ศาลไทยยังรับเอาแนวความคิดและทฤษฎีตามสำนักคิดทางกฎหมายฝ่ายปฏิธานนิยมมาใช้เป็นหลักในการตัดสินคดี ยกตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 1187/2504 พระบรมราชโองการของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 7 ในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ซึ่งทรงให้จัดแบ่งมรดกของเจ้ามรดกให้แก่ทายาทตามส่วนย่อมใช้บังคับได้ตามกฎหมาย

คำพิพากษาฎีกาที่ 1662/2505 คณะปฏิวัติได้ทำการยึดอำนาจปกครองประเทศได้เป็นผลสำเร็จหัวหน้าคณะปฏิวัติย่อมเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบ้านเมือง ข้อความใดที่หัวหน้าคณะปฏิวัติสั่งบังคับประชาชนก็ต้องถือว่าเป็นกฎหมาย แม้พระมหากษัตริย์จะมีได้ทรงตราออกมาด้วยคำแนะนำและยินยอมของสภาผู้แทนราษฎรหรือสภานิติบัญญัติของประเทศก็ตาม ฉะนั้น ประกาศของคณะปฏิวัติซึ่งประกาศคำสั่งของหัวหน้าคณะปฏิวัติบังคับแก่ประชาชนจึงเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในการปกครองในลักษณะเช่นนั้นได้

ในขณะที่สำนักคิดในทางกฎหมายฝ่ายสังคมวิทยาได้นำเอาความคิดในทางสังคมวิทยามาประยุกต์กับทางกฎหมาย โดยเห็นว่ากฎหมายคือปทัสถานหรือแบบอย่างในสังคม (Social Norms) และได้เน้นถึงบทบาทของกฎหมายในสังคม ส่วนสำนักความคิดในทางกฎหมายฝ่ายสังคมนิยม มุ่งอธิบาย “กฎหมายในความเป็นจริง” โดยเน้นให้เห็นถึงความไม่แน่นอนของกฎหมาย อีกทั้งยังแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างกฎเกณฑ์ในกระดาษ (Paper Rules) และกฎเกณฑ์ในความเป็นจริง (Real Rules) สำหรับสำนักคิดในทางกฎหมายฝ่ายนิยมประวัติศาสตร์เชื่อว่ากฎหมายต้องมีวิวัฒนาการอยู่เสมอ เพราะกฎหมายเป็นผลของประวัติศาสตร์ และเห็นว่ากฎหมายก็เหมือนกับภาษาที่แสดงออกถึงวัฒนธรรม จิตวิญญาณ (Volksgeist) ประเพณีและประวัติศาสตร์ของประชาชน อีกทั้งยังคัดค้านการทำกฎหมายในรูปประมวล เพราะเห็นว่าจะทำให้กฎหมายนั้นหยุดนิ่ง

ไม่เปลี่ยนแปลง ไม่มีการพัฒนา ซึ่งเป็นการไม่สอดคล้องกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป

ว่าตามทีจริง แนวคิดเรื่องกฎหมายของสำนักคิดฝ่ายธรรมชาติไม่เคยมีอิทธิพลสูงสุดอย่างเด็ดขาดเหนือสำนักคิดฝ่ายบ้านเมือง อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายธรรมชาติจะไม่มีอยู่จริง หรือมีอยู่แต่ในทางทฤษฎีเท่านั้น ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติก็ใช่ว่าจะไร้ประโยชน์เสียทีเดียว ดังจะเห็นว่าทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติได้รับความนิยมอย่างมากและถูกนำมาใช้เพื่อสนับสนุนการกระทำของผู้อำนาจนับตั้งแต่สมัยฟื้นฟูศิลปวิทยา (Renaissance) เป็นต้นมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการนำทฤษฎีกฎหมายธรรมชาตินี้มาใช้อ้างเป็นเหตุผลในการก่อการปฏิวัติของชาวอเมริกัน เมื่อปี ค.ศ. 1776 และของชาวฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789³⁷

นอกจากนี้ยังมีการนำทฤษฎีกฎหมายธรรมชาตินี้มาอ้างอิงในการประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The Universal Declaration of Human Rights) ซึ่งเป็นคำประกาศรับรองสิทธิของมนุษย์ทั้งปวงในทุกเวลา และทุกสถานที่เช่นเดียวกับสิทธิธรรมชาติ และยังมีกรอ้างอิงถึงทฤษฎีนี้ในสนธิสัญญาต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน เช่น ในกติกาวาดด้วยสิทธิในทางแพ่งและทางการเมือง (Covenant on Civil and Political Rights) กติกาวาดด้วยสิทธิในทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม (Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) พิธีสารเลือกรับต่อท้ายกติกาวาดด้วยสิทธิของพลเมืองและทางการเมือง (Optional Protocol to the Covenant on Civil and Political Rights) รวมถึงการนำเอาแนวคิดของทฤษฎีนี้มาบัญญัติเป็นหลักการเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและสิทธิของพลเมืองในรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ ยกตัวอย่างเช่น ในสหรัฐอเมริกา³⁸

สำหรับทฤษฎีกฎหมายฝ่ายสังคมวิทยาก็มีความน่าสนใจไม่น้อย เนื่องจากกฎหมายกับสังคมมีความสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิด คือที่ใดมีสังคม ที่นั่นมีกฎหมาย (*Ubi Societas Ibi Jus*) หรือกฎหมายเป็นสิ่งที่สะท้อนมาจากสังคม ส่วนกฎหมายจะมีลักษณะอย่างไรนั้นย่อมขึ้นอยู่กับลักษณะหรือโครงสร้างของสังคมนั้น ๆ ดังเช่นกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law) มีลักษณะ แหล่งกำเนิดหรือที่มา (Source) และสภาพบังคับ (Sanction) แตกต่างจากกฎหมายภายในรัฐ (Municipal Law) ทั้งนี้ก็เพราะว่าสังคมนั้นมีลักษณะหรือโครงสร้างที่แตกต่างไปจากสังคมภายในรัฐ นอกจากนี้การยกประเด็นในเรื่อง “Law in Books and Law in Action” โดยนักคิดในสำนักกฎหมายฝ่ายสังคมวิทยา และเรื่อง “Paper Rules and Real Rules” ของนักคิดในสำนักกฎหมายฝ่ายสังคมนิยม ก็ต้องยอมรับว่ามีความเป็นจริงมิใช่น้อย

ส่วนสำนักคิดในทางกฎหมายฝ่ายนิยมประวัติศาสตร์ เชื่อว่ากฎหมายเป็นผลพวงของประวัติศาสตร์ อันแสดงออกซึ่งวัฒนธรรม จิตวิญญาณ (Volkgeist) จารีตประเพณีและประวัติศาสตร์ของชนชาตินั้น ๆ ด้วยเหตุนี้กฎหมายของแต่ละชาติจึงมีความแตกต่างกันไป สำนักคิดนี้จึงเห็นว่าการนำเอากฎหมายของรัฐหนึ่งไปใช้เป็นแบบอย่างของกฎหมายในอีกรัฐหนึ่งนั้นมิใช่เป็นเรื่องที่ชาญฉลาด³⁹

³⁷ Raymon Wacks, *Philosophy of Law*, p.5 และดูเพิ่มเติมใน Maier, *American Scripture: Making the Declaration of Independence* (New York: Knopf, 1997), pp.123-143, 160-170.

³⁸ Mark Tebbit, *Philosophy of Law: An Introduction* (New York: Routledge, 2017), p.13.

³⁹ โปรดดู Robert E. Rodes, Jr., *On the Historical School of Jurisprudence*, 49 *American Journal of Jurisprudence* 165 (2004).

อันที่จริง นักคิดในสำนักคิดฝ่ายนิยมประวัติศาสตร์ไม่ได้คัดค้านต่อต้านความคิดในการจัดทำประมวลกฎหมายหรือการบัญญัติกฎหมายในรูปแบบอื่น ๆ เสียทีเดียว หากแต่เห็นว่ากฎหมายที่บัญญัติขึ้นนั้นต้องมาจากกฎเกณฑ์ความประพฤติที่เกิดจากความคิดและความรู้สึกของประชาชนที่เรียกว่า Volksgeist อันถือเป็นจารีตประเพณี (Custom) ของชนชาตินั้นเท่านั้น

ดังนั้นจะเห็นว่าความคิดเช่นนี้ย่อมเป็นอุปสรรคต่อการนำกฎหมายมาใช้บังคับ เพราะกฎหมายในรูปจารีตประเพณีมิใช่เป็นสิ่งที่เกิดได้ในพริบตา ต้องอาศัยวิวัฒนาการและช่วงเวลา อย่างไรก็ตาม อาจกล่าวได้ว่ากฎหมายในรูปจารีตประเพณียังคงความสำคัญอยู่ในปัจจุบัน ดังจะเห็นว่าในระบบกฎหมายต่าง ๆ ได้ปรากฏให้เห็นถึงจารีตประเพณี (Custom) ในฐานะเป็นแหล่งกำเนิดหรือที่มาของกฎหมาย (Source of Law) ทั้งในระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) ระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) และในระบบกฎหมายระหว่างประเทศ⁴⁰ รวมถึงในระบบกฎหมายของประเทศไทยซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 ก็ได้นำเอาความคิดว่าด้วยจารีตประเพณีมาบัญญัติรับรองไว้ในฐานะเป็นแหล่งกำเนิดหรือที่มาประการหนึ่งของกฎหมายด้วย⁴¹

กล่าวโดยสรุปคือ จากการศึกษาเกี่ยวกับข้อความคิดทางนิติศาสตร์ผ่านมุมมองนิติปรัชญา โดยศึกษาผ่านแนวคิดของนักปรัชญาทางกฎหมายและสำนักคิดกฎหมายฝ่ายต่าง ๆ เราได้พบความหมายของกฎหมายที่มีความหลากหลาย ในขณะเดียวกันเราได้เห็นถึงพลวัตที่ส่งผลต่อความหมายที่แตกต่าง และสภาพการณ์ทางประวัติศาสตร์ที่ส่งผลต่อการกำหนดนิยามความหมายของกฎหมายในแต่ละช่วงแต่ละสมัย ทำให้กฎหมายที่เราเข้าใจ จึงมิได้เป็นเพียงคำสั่ง คำบัญชาของรัฐบาลิบัติตามสำนักคิดฝ่ายบ้านเมืองตามที่หลายคนเข้าใจ ดังนั้นเราควรมีการปรับเปลี่ยนกระบวนทัศน์ (Paradigm Change) เกี่ยวกับความหมายของกฎหมายเสียใหม่ กล่าวคือไม่ควรยึดถือกระแสความคิดแบบดั้งเดิมที่ถือเอาแต่เพียงว่า กฎหมาย คือ คำสั่ง คำบัญชาของรัฐบาลิบัติโดยไมคำนึงถึงว่ารัฐบาลิบัตินั้นจะได้อำนาจมาโดยวิธีใด แต่วิธีคิด การมองปัญหา และการวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับความหมายของกฎหมายควรกระทำในกรอบที่กว้างขวางมากขึ้น คือต้องยอมรับเอาความหมายและข้อความคิดเกี่ยวกับกฎหมายในแง่มุมต่าง ๆ จากสำนักคิดอื่น ๆ เข้ามาเป็นข้อพิจารณาในหัวข้อของความหมายของกฎหมาย อันเป็นการทำให้การพิจารณาเรื่องความหมายของกฎหมายมีขอบเขตที่กว้างขวางยิ่งขึ้น

⁴⁰ มาตรา 38 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ กำหนดว่า “ศาลซึ่งมีหน้าที่รับข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยตัดสินข้อพิพาทให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ ศาลพึงต้องใช้...”

ข.จารีตประเพณีระหว่างประเทศ ในฐานะที่เป็นหลักฐานของการปฏิบัติโดยทั่วไปซึ่งได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมาย...”

⁴¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 บัญญัติว่า

“กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆแห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ

เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

เครื่องมือทางกฎหมายสำหรับการแทรกแซงระบบการเงินดิจิทัล¹

Legal Tools for Digital Financial System Intervention

วิมพัทธ์ ราชประดิษฐ์ และคณะ
Wimpat Rajpradit et al.

อาจารย์ประจำ
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330
Full-time Lecturer
Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phyathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330
Corresponding author Email: wimpat.r@chula.ac.th
(Received: December 30, 2019; Revised: February 13, 2020; Accepted: March 4, 2020)

บทคัดย่อ

ระบบการเงินดิจิทัลส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศอย่างกว้างขวาง รัฐจึงมีความจำเป็นต้องแทรกแซงระบบการเงินดิจิทัลโดยคำนึงถึงแง่มุมต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องโดยเฉพาะหลักกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจและหลักกฎหมายภาษีอากร เพื่อให้ระบบการเงินรูปแบบใหม่นี้ก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อเศรษฐกิจของประเทศและส่งผลกระทบต่อสังคมส่วนรวมน้อยที่สุด ในปัจจุบัน ประเทศไทยประกาศใช้กฎหมายเกี่ยวกับเงินดิจิทัลเป็นการเฉพาะแล้ว ซึ่งแสดงให้เห็นว่าประเทศไทยเริ่มต้นให้การรับรองและสนับสนุนระบบการเงินดิจิทัลภายใต้ข้อจำกัดบางประการ อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยยังคงขาดกฎหมายลำดับรอง แนวปฏิบัติ และกรณีศึกษาที่เป็นรูปธรรม จึงมีความจำเป็นต้องพัฒนาระบบการเงินดิจิทัลภายใต้ระบบกฎหมายที่เหมาะสม จากการศึกษาวิจัยพบว่า ประเทศไทยเป็นประเทศที่ให้การรับรองเงินดิจิทัลและมีแนวปฏิบัติที่เป็นระบบแล้ว จึงควรนำมาปรับใช้กับประเทศไทย โดยต้องมีการปรับปรุงให้สอดคล้องกับบริบทต่าง ๆ ของประเทศไทยด้วย

คำสำคัญ: ระบบการเงินดิจิทัล, การแทรกแซงระบบเศรษฐกิจ, กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ, กฎหมายภาษีเงินดิจิทัล

¹ บทความนี้สรุปจากโครงการวิจัยเรื่อง “การศึกษาวิจัยเพื่อประมวลฐานข้อมูลกฎหมายและนโยบายรัฐบาลด้านการทำธุรกรรมในระบบการเงินดิจิทัล (Cryptocurrency) ของประเทศสมาชิกอาเซียน+6” ซึ่งคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย จัดทำโดยได้รับทุนวิจัยจากกองการต่างประเทศ สำนักงานปลัด กระทรวงยุติธรรม เมื่อเดือนตุลาคม 2561

Abstract

Digital financial system is a broad-based issue affecting the national economy. To provide maximum benefits to the national economy with minimum disadvantages, the state is obliged to intervene in the digital money system by taking into account various aspects, especially the principles of public economic law and tax law. At present, Thailand enacts the digital financial law to particularly support digital financial systems under certain limitations. However, since Thailand still does not have sufficient regulations, guidelines and cases, it is necessary to develop digital financial system under proper laws. From the research, Japan is the country that ensures the use of digital money and settles regulations for digital money systematically. Therefore, the research proposes that Thailand should adapt Japan's regulations, subject to Thailand's context.

Keywords: Digital Financial System, Economic Intervention, Public Economic Law, Tax Law for Digital Money

1. ความนำ

การศึกษาเกี่ยวกับการแทรกแซงระบบการเงินดิจิทัล จำเป็นต้องพิจารณาแนวคิดทางกฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ศึกษากรอบกฎหมายไทยเพื่อแสดงให้เห็นถึงสถานะของเงินดิจิทัลและแนวทางการแทรกแซงระบบการเงินดิจิทัล พร้อมกับศึกษาตัวอย่างของต่างประเทศ ทั้งนี้ เพื่อนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบการแทรกแซงระบบการเงินดิจิทัลของแต่ละประเทศ และหาข้อเสนอแนะที่เหมาะสมกับประเทศไทย บทความนี้จะประกอบไปด้วยแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจและกฎหมายภาษีอากร เป็นแนวคิดที่มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการแทรกแซงระบบการเงินดิจิทัล การแทรกแซงระบบการเงินดิจิทัลภายใต้ระบบกฎหมายไทย การเปรียบเทียบการแทรกแซงระบบการเงินดิจิทัลในต่างประเทศ และแนวทางการแทรกแซงระบบการเงินดิจิทัลที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย

ในเบื้องต้นด้วยบทความวิจัยฉบับนี้ เป็นการสรุปย่อประเด็นสำคัญของโครงการวิจัยเรื่อง “การศึกษาวิจัยเพื่อประมวลฐานข้อมูลกฎหมายและนโยบายรัฐบาลด้านการทำธุรกรรมในระบบการเงินดิจิทัล (Cryptocurrency) ของประเทศสมาชิกอาเซียน+6”² การนำสาระสำคัญ 4 ประการอันเป็นส่วนประกอบเชิงรูปแบบที่ยอมรับทั่วไปในงานวิจัยแขนงต่างๆ ได้แก่ การกล่าวถึงที่มาและความสำคัญของปัญหา (1.1) วัตถุประสงค์งานวิจัย (1.2) ขอบเขตงานวิจัย (1.3) และสมมติฐานงานวิจัย (1.4) มากล่าวไว้เป็นปฐม ถือเป็นพื้นฐานสำคัญเพื่อการทำความเข้าใจในสาระแต่ละส่วนต่อไปของงานให้กระจ่างชัด

1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา

ปัจจุบัน ความก้าวหน้าทางด้านเทคโนโลยีเกิดขึ้นอย่างก้าวกระโดด อินเทอร์เน็ตเป็นสื่อกลางสำคัญที่ทำให้ทุกคนสามารถเข้าถึงความเจริญดังกล่าวได้โดยง่าย ด้วยการเชื่อมต่อผ่านอุปกรณ์สื่อสารอย่างสมาร์ตโฟน แท็บเล็ต หรือแม้แต่คอมพิวเตอร์พกพา ซึ่งการเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ตนี้ มิได้เป็นไปเพื่อการค้นหาข้อมูลหรือสนทนากันเพียงอย่างเดียว หากแต่เป็นไปเพื่อการต่อยอดสร้างนวัตกรรมใหม่ ๆ ในภาคธุรกิจและอุตสาหกรรมอีกส่วนหนึ่งด้วย และหนึ่งในเทคโนโลยีที่ได้รับความนิยมอย่างมากในปัจจุบันนั้น ก็คือ “บล็อกเชน” (Blockchain) ซึ่งเป็นนวัตกรรมเทคโนโลยีที่ถูกคิดค้นขึ้นในลักษณะระบบโครงสร้างการเก็บบัญชีธุรกรรมออนไลน์ ตลอดจนข้อมูล และสถิติที่เกี่ยวกับการทำธุรกรรมทางการเงินให้ได้รับความปลอดภัยสูงสุด ดังนั้นแล้ว ระบบโครงสร้างดังกล่าว จึงเปรียบเสมือนเครื่องมือสร้างความน่าเชื่อถือให้กับเทคโนโลยีบล็อกเชน ซึ่งถูกนำมาใช้ในการก่อให้เกิดนวัตกรรมทางการเงิน ที่เรียกว่า “ระบบการเงินดิจิทัล” หรือ Cryptocurrency อันเป็นการบูรณาการศาสตร์หลายแขนง เช่น เทคโนโลยีสารสนเทศระดับสูง การบริหารจัดการฐานข้อมูล เศรษฐศาสตร์การเงิน รวมไปถึงกฎหมายเกี่ยวกับการทำนิติกรรมและสัญญาต่างๆ ในตลาดการเงินเข้าด้วยกัน ในปัจจุบันนี้ ระบบการเงินดิจิทัลเป็นกระแสที่แพร่หลายไปทั่วโลก ส่งผลให้รัฐบาลของประเทศต่าง ๆ ตระหนักถึงความสำคัญในการควบคุมและป้องกันปัญหาที่จะเกิดจากการทำธุรกรรมในระบบการเงินดิจิทัล จึงมีการออกกฎหมายหรือนโยบายซึ่งเป็นมาตรการกำกับดูแลและควบคุมเรื่องดังกล่าว ในส่วนของประเทศไทยนั้น ได้มีการประกาศใช้พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 และพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 19)

² โปรดดูเชิงอรรถที่ 1

พ.ศ. 2561 เพื่อใช้เป็นเครื่องมือทางกฎหมายในการกำกับดูแลและควบคุมการทำธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับ Cryptocurrency หรือการสร้างเงินสกุลดิจิทัล ตลอดจนกำกับดูแลการระดมทุนผ่านเงินดิจิทัลที่เรียกว่าไอซีโอ (Initial Coin Offering : ICO)

ดังนั้น สำหรับประเทศไทย กฎเกณฑ์และนโยบายเกี่ยวกับการบริหารจัดการระบบการเงินดิจิทัล จึงเป็นเรื่องที่ค่อนข้างใหม่และรอการพัฒนาให้มีประสิทธิภาพสูงสุด การเฝ้ารอและติดตามผลการบังคับใช้กฎหมาย ทั้งสองฉบับดังกล่าวข้างต้น อาจเป็นวิธีการที่ดีที่สุดสำหรับความคาดหวังดังกล่าว แต่นั่นย่อมหมายถึงช่วงระยะเวลา ที่ต้องใช้ในการเก็บรวบรวมสถิติข้อมูลต่าง ๆ ซึ่งอาจทำให้การพัฒนากฎหมายและนโยบายเกี่ยวกับการบริหารจัดการระบบการเงินดิจิทัลของไทยล่าช้าและไม่ทันต่อเหตุการณ์ที่มีพลวัต การศึกษานโยบายและกฎหมายต่างๆ ทั้งที่เป็นของประเทศสมาชิกอาเซียน และที่เป็นของประเทศนอกประชาคมอาเซียน หากแต่มีความสัมพันธ์ ทางเศรษฐกิจในลักษณะของประเทศคู่ค้ากับประเทศที่เป็นสมาชิกของอาเซียนและประเทศไทยในระดับดี ซึ่งโดยหลักการนั้นย่อมหมายถึง 6 ประเทศ ดังต่อไปนี้ ได้แก่ ประเทศจีน ประเทศเกาหลีใต้ ประเทศญี่ปุ่น ประเทศอินเดีย ประเทศนิวซีแลนด์ และประเทศออสเตรเลีย อาจเป็นวิธีการหนึ่งที่ทำให้เห็นถึงกลไกที่ดี ในการบริหารจัดการระบบการเงินดิจิทัลที่ประเทศไทยสามารถถอดแบบและ/หรือเรียนรู้ เพื่อนำมาปรับใช้เป็น แนวทางในการพัฒนาและปรับปรุงกฎหมายและนโยบายเกี่ยวกับการบริหารจัดการระบบการเงินดิจิทัลของไทย ให้มีความทันสมัย ไปพร้อมกับการเห็นแจ้งในขั้นตอนกระบวนการยุติธรรมทั้งทางแพ่งและอาญาอันเป็นผลจาก การไม่ปฏิบัติตามกฎหมายเกี่ยวกับการเงินดิจิทัลทั้งสองฉบับ อันนำมาซึ่งความเป็นไปได้ในการพัฒนากฎหมาย และแนวปฏิบัติของประเทศไทยโดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมในลักษณะที่ตอบโจทย์ กับสภาพปัญหาปัจจุบันอย่างไม่ล่าช้ามากที่สุด อีกทั้งยังอาจเป็นวิถีทางที่ทำให้เกิดการบูรณาการของ บทกฎหมายไทยกับบทกฎหมายของประเทศสมาชิกอาเซียน และประเทศคู่ค้าสำคัญทั้ง 6 ประเทศ ให้เกิด การตระหนักขอปรบมกันที่จะมีมาตรการรองรับและป้องกันการเกิดอาชญากรรมเนื่องจากการพัฒนาเทคโนโลยี ส่วนนี้ในอนาคตได้อีกส่วนหนึ่งด้วย

1.2 วัตถุประสงค์การวิจัย

ด้วยที่มาและความสำคัญของปัญหาข้างต้น จึงกำหนดวัตถุประสงค์ของการวิจัยไว้ 2 ประการ อันได้แก่

- (1) เพื่อศึกษาโครงสร้างกฎหมายและนโยบายรัฐบาลของประเทศสมาชิกอาเซียน (รวมประเทศไทย) +6 ที่เกี่ยวกับการบริหารจัดการระบบการเงินดิจิทัล
- (2) เพื่อวิเคราะห์โครงสร้างกฎหมายและนโยบายของรัฐบาลแต่ละประเทศว่า ให้การสนับสนุน หรือควบคุมระบบการเงินดิจิทัลมากน้อยเพียงใด และมีหน่วยงานหรือองค์กรภายในประเทศใดบ้างที่มีหน้าที่ เกี่ยวข้อง

1.3 ขอบเขตของงานวิจัย

การดำเนินการวิจัยฉบับนี้ วางอยู่บนเงื่อนไข 2 ประการ อันได้แก่ เงื่อนไขด้านเนื้อหาประการหนึ่ง และเงื่อนไขด้านพื้นที่ของประเทศที่จะนำมาเป็นกรณีศึกษาอีกประการหนึ่ง ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

(1) ในส่วนขอบเขตด้านเนื้อหา นั้น งานวิจัยฉบับนี้เป็นงานวิจัยเอกสาร (Documentary Research) ที่มุ่งรวบรวมบทบัญญัติกฎหมายหรือมุมมองนโยบายรัฐบาล (สำหรับประเทศที่ไม่มีกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ใช้บังคับ) ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับระบบการเงินดิจิทัลของประเทศสมาชิกอาเซียน (รวมถึงประเทศไทย) และประเทศคู่ค้าสำคัญดังกล่าวมาแล้วข้างต้นอีก 6 ประเทศ (+6) เพื่อรวบรวมไว้เป็นฐานข้อมูลทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลของประเทศสมาชิกอาเซียนและประเทศคู่ค้าสำคัญทั้ง 6 ประเทศ โดยการนำเสนอแนะจะใช้วิธีการบรรยายเนื้อหาและวิเคราะห์เปรียบเทียบในลักษณะพอสังเขปให้เห็นภาพรวม บริบท และปริณทณโดยรอบอันจะทำให้เห็นข้อเหมือนและข้อแตกต่างของการให้ความสำคัญกับระบบการเงินดิจิทัล (สนับสนุนและ/หรือควบคุม) ตลอดจนหน่วยงานหรือองค์กรภายในประเทศ (ประเทศสมาชิกอาเซียน (รวมประเทศไทย) +6) ที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับงานดังกล่าว โดยงานวิจัยนี้ มิได้มีความมุ่งหมายที่จะวิเคราะห์บทกฎหมายในเชิงลึก เพื่อให้เห็นถึงข้อดีข้อเสียในแต่ละประเด็นหรือวิธีการที่กฎหมายหรือนโยบายของรัฐบาลในแต่ละประเทศนำมาใช้ เพื่อเป็นแนวทางในการบริหารจัดการระบบการเงินดิจิทัลแต่อย่างใด นอกจากนี้แล้ว ระบบเศรษฐกิจสังคมและการเมืองของแต่ละประเทศที่ใช้เป็นกรณีศึกษามีความเป็นเอกลักษณ์เฉพาะทำให้เกิดข้อจำกัดในการเข้าถึงข้อมูล ซึ่งอาจเกิดจากภาษา ความน่าเชื่อถือของข้อมูลที่เผยแพร่ เป็นต้น ดังนี้แล้ว ปริมาณเนื้อหาของแต่ละส่วนที่นำเสนออาจมีความมากน้อยเชิงปริมาณแตกต่างกัน

(2) ในส่วนขอบเขตด้านพื้นที่ของประเทศที่นำมาใช้เป็นกรณีศึกษานั้น ได้แก่ ประเทศสมาชิกอาเซียน (รวมประเทศไทย) จำนวน 10 ประเทศ และประเทศคู่ค้าสำคัญของไทยและอาเซียนจำนวน 6 ประเทศ อันได้แก่ ประเทศจีน ประเทศเกาหลีใต้ ประเทศญี่ปุ่น ประเทศอินเดีย ประเทศนิวซีแลนด์ และประเทศออสเตรเลีย ดังนั้น งานศึกษาของคณะผู้วิจัยจึงอยู่บนฐานข้อมูลเกี่ยวกับกฎเกณฑ์และนโยบายในเรื่องการเงินดิจิทัลของ 16 ประเทศดังกล่าวมานั้นนั่นเอง

1.4 สมมติฐาน

ประเทศไทยให้การสนับสนุนระบบการเงินดิจิทัลภายใต้ข้อจำกัดบางประการ ด้วยมุ่งหวังให้ระบบการเงินรูปแบบใหม่นี้ ก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อเศรษฐกิจของประเทศและส่งผลกระทบต่อสังคมส่วนรวมน้อยที่สุด จึงจำเป็นต้องหาเครื่องมือทางกฎหมายหรือแนวทางการแทรกแซงระบบการเงินดิจิทัลที่เหมาะสมโดยการเปรียบเทียบกับบทกฎหมายที่ใช้บังคับในประเทศอื่น ซึ่งมีพื้นที่ข้างเคียง (ประเทศกลุ่มประชาคมอาเซียน) และประเทศที่เป็นคู่ค้าสำคัญกับไทย (6 ประเทศ)

2. แนวคิดว่าด้วยการแทรกแซงระบบการเงินดิจิทัล

ภายใต้แนวคิดเกี่ยวกับหลักมหาชนทางเศรษฐกิจ รัฐมีกอดำรงเครื่องมือทางกฎหมายเพื่อแทรกแซงระบบการเงินดิจิทัลโดยการควบคุมกำกับบุคคลหรือองค์กรต่าง ๆ ที่อยู่ในระบบการเงินดิจิทัล (2.1) ซึ่งการจัดเก็บภาษีจากการมีเงินได้หรือการให้บริการภายใต้ระบบการเงินดิจิทัลเป็นหนึ่งในหลายวิธีที่ประเทศต่าง ๆ ให้ความสนใจและนำมาใช้ปฏิบัติให้เกิดผลจริงในเรื่องนี้ (2.2)

2.1 หลักการแทรกแซงของรัฐตามหลักกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ

เศรษฐกิจไทยเป็นระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมที่ธุรกิจภาคเอกชนเป็นผู้มีบทบาทสำคัญ³ มีกลไกการแข่งขันในตลาดเป็นเครื่องมือ ภายใต้ทฤษฎีการบริหารงานของรัฐ (Public Administration Theory) รัฐเข้ามาแทรกแซงโดยผ่านกระบวนการและวิธีการต่าง ๆ ตัวอย่างเช่น การจัดเก็บภาษี การจัดสรรงบประมาณ เพื่อการบริหารการพัฒนาโครงการต่าง ๆ การวางนโยบาย การออกกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย การขึ้นและการควบคุม และการกำกับดูแลธุรกิจเอกชนให้ดำเนินไปในทางที่รัฐคาดหวังว่า จะเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศอย่างเป็นองค์รวม⁴

ทฤษฎีการบริหารงานของรัฐมีมุมมองว่า การที่รัฐเข้าไปแทรกแซงการดำเนินการของภาคเอกชนก็เพราะว่ารัฐต้องเข้าไปกำกับดูแล เพื่อแก้ไขปัญหาทางสังคมให้สอดคล้องกับนโยบายของรัฐ โดยการกำกับดูแลนี้จะเป็นการผ่อนปรนและยืดหยุ่นวิธีการที่รัฐเข้าไปแทรกแซงเอกชนอย่างที่เคยเป็นมาก่อนหน้านี้ ในลักษณะของการควบคุมสั่งการที่ทำให้เอกชนรู้สึกโดนกำหนดกรอบ และจำกัดอิสระของตนในการดำเนินธุรกิจมากเกินไป ในทางกลับกัน การกำกับดูแลจะทำให้เอกชนรู้สึกมีเสรีภาพในการดำเนินกิจการรัฐเข้ามาแทรกแซงเพียงเท่าที่จำเป็นอย่างมีขอบเขตเพียงเพื่อให้การบริหารงานของรัฐตามพันธกิจมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลมากขึ้น อันทำให้เกิดความสมดุลระหว่างการบริหารงานภาครัฐและการดำเนินธุรกิจของปัจเจก โดยรัฐบาลในหลายๆ ประเทศได้มีความพยายามที่จะปรับปรุงความมีประสิทธิภาพ ประสิทธิภาพ และความโปร่งใสของกฎเกณฑ์กำกับดูแลต่างๆ ในฐานะที่เกณฑ์เหล่านี้ เป็นเครื่องมือหลักของรัฐบาลในการบริหารประเทศและสิ่งหนึ่งที่ถูกนำมาใช้เพื่อธำรงไว้และก่อให้เกิดผลประโยชน์สูงสุดต่อสาธารณชนในประเทศก็คือ กฎเกณฑ์และนโยบายที่รัฐเป็นผู้ที่มีหน้าที่วางนโยบาย (Policy-Making) หรือออกกฎหมาย (Rule-Making) เพื่อดำเนินการตามกฎหมาย (Implementing) และบังคับใช้กฎหมาย (Enforcing) ที่คำนึงถึงปฏิสัมพันธ์ระหว่างกฎหมาย สังคม เศรษฐกิจ เทคโนโลยีและการเมืองที่เกิดจากตัวแปรต่างๆ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ในการออกกฎหมาย การบริหารกฎหมาย และการบังคับใช้กฎหมายนั้น รัฐควรต้องมีความเข้าใจลักษณะของกลุ่มที่เป็นเป้าหมายในการกำกับดูแล เนื้อหา และความจำเป็นของการกำกับดูแล ตลอดจนผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการควบคุมกำกับต่าง ๆ อย่างไรก็ดีตามการเลือกเครื่องมือที่จะนำมาใช้ในการบริหารจัดการดังกล่าวมานี้ จะต้องมีความเหมาะสมและสอดคล้องกับอัตลักษณ์ของแต่ละประเทศ เพื่อให้การควบคุมกำกับดูแลเกิดประสิทธิภาพและมีประสิทธิผลตามเป้าหมายที่กำหนดไว้อย่างแท้จริง ซึ่งจากเหตุผลที่กล่าวมานำมาสู่แนวความคิดเกี่ยวกับการปฏิรูปกฎหมายในการควบคุมกำกับดูแลให้มีความเหมาะสม เช่น การที่รัฐบาลมีนโยบายให้เครื่องใช้โทรศัพท์เป็นเครื่องใช้ประจำบ้าน จึงจำเป็นต้องเข้าไปแทรกแซงการกำหนดทิศทางและลักษณะการให้บริการโทรคมนาคม โดยการให้บริการราคาพิเศษแก่กลุ่มคนที่อยู่ห่างไกล การอุดหนุนข้ามภาค หรือการปรับเปลี่ยนรูปแบบเงื่อนไขการกำกับดูแลที่ผิดพลาดซ้ำสมัย หรือเข้มงวดเกินไป อันเป็นวิธีการปฏิรูปการประกอบการอุตสาหกรรมในปัจจุบัน⁵

³ วิทยากร เชียงกุล, เศรษฐกิจไทย ปัญหาและทางแก้, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สยาม, 2548), หน้า 7476- อ้างถึงใน สุภาวณีย์ อมรจิตสุวรรณ, หลักกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), หน้า 38.

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 38.

⁵ เฉลิมชัย กักเกียรติกุล, สำนักงาน กสทช., “ทฤษฎีว่าด้วยการแทรกแซงของรัฐในกิจกรรมทางเศรษฐกิจ,” [ออนไลน์], เข้าถึงได้จาก <http://chalerchai-nbtc.blogspot.com/201306//public-interest-theory-common-well.html>, 2559 (15 กรกฎาคม 2556)

ทั้งนี้ การแทรกแซงระบบเงินดิจิทัลนั้น ต้องให้ความสำคัญในสองประการหลัก ได้แก่ประการแรก องค์การหรือหน่วยงานผู้มีอำนาจในการควบคุมดูแลระบบการเงินดิจิทัล เป็นเรื่องที่ต้องให้ความสำคัญตั้งแต่แรก เนื่องจากองค์การผู้มีอำนาจดังกล่าวพึงมีศักยภาพเพียงพอที่จะทำหน้าที่ดังกล่าว ประการที่สอง วิธีการหรือกลไก ในการแทรกแซงระบบเงินดิจิทัล ต้องพิจารณาคำนิยามถึงประโยชน์สาธารณะและเกิดโทษต่อระบบเศรษฐกิจ น้อยที่สุด วิธีการหรือกลไกดังกล่าว อาจอยู่ในรูปของการให้ออกอนุญาตประกอบการ การกำหนดบทลงโทษต่างๆ ตลอดจนการจัดเก็บภาษีจากการทำธุรกรรมในระบบเงินดิจิทัลซึ่งจะกล่าวต่อไปในหัวข้อ (2.2)

2.2 หลักการการแทรกแซงของรัฐโดยการจัดเก็บภาษี

การตรากฎหมายภาษีอากรซึ่งถูกจัดเป็นกฎหมายมหาชน เนื่องจากการใช้อำนาจรัฐโดยการ จำกัดสิทธิในทรัพย์สินของประชาชน เพื่อนำมาเป็นรายได้ของรัฐและใช้จ่ายต่างๆ เพื่อจัดบริการสาธารณะ รวมทั้งการบริหารราชการแผ่นดิน นอกจากนี้แล้ว ภาษีอากรยังอาจถูกนำมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์อื่นตามแต่บริบท ความต้องการอันเป็นการเฉพาะในแต่ละช่วงเวลาของรัฐอีกด้วย เช่น การส่งเสริมการลงทุนโดยการลดหรือยกเว้น ภาษีนำเข้าเครื่องจักรอุปกรณ์ที่นำมาใช้ในการประกอบอุตสาหกรรมเป้าหมายของรัฐ อย่างไรก็ตาม ในภาพรวม การใช้อำนาจรัฐเพื่อจัดเก็บภาษีอากร ก็ยังคงส่งผลกระทบโดยตรงต่อต้นทุนทางธุรกิจ ผู้ประกอบธุรกิจจึงต้อง คำนึงถึงกฎหมายภาษีอากรในแง่ของการวางแผนทางภาษีอากร เพื่อลดต้นทุนในการประกอบธุรกิจด้วย รัฐบาลผู้มีอำนาจกำหนดมาตรการทางภาษีอากร จึงไม่อาจกำหนดและบังคับใช้มาตรการทางภาษีอากรได้ตาม อำเภอใจ แต่การใช้มาตรการทางภาษีอากรพึงใช้อย่างเสมอภาค เป็นธรรม และเป็นกลาง การใช้มาตรการ ทางภาษีอากรจึงเป็นประเด็นที่ต้องพิจารณาทั้งในแง่ของประโยชน์และโทษที่จะเกิดกับทั้งภาครัฐและภาคเอกชน เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพอย่างสูงสุด

สำหรับการนำมาตราการในการจัดเก็บภาษีมาใช้ในการบริหารจัดการระบบการเงินดิจิทัลนั้น จำเป็น ต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของการดำเนินการ (2.2.1) การดำเนินการที่ต้องสอดคล้องกับหลักการภาษีที่ดี ไม่ว่าจะเป็นหลักว่าด้วยความเสมอภาคและเป็นธรรม (2.2.2) และหลักความเป็นกลางในการจัดเก็บภาษี (2.2.3) นอกจากนี้แล้ว มาตรการดังกล่าวควรสอดคล้องกับแนวนโยบายอันเป็นการเฉพาะของแต่ละรัฐ (2.2.4)

2.2.1 การจัดเก็บภาษีในระบบการเงินดิจิทัลเพื่อตอบสนองวัตถุประสงค์

การจัดเก็บภาษีอากรเป็นการใช้อำนาจรัฐจำกัดสิทธิของประชาชน เพื่อที่จะได้มาซึ่งรายได้ ของรัฐและรองรับรายจ่ายสาธารณะของรัฐ⁶ ภาษีอากรจึงมีขึ้นมาเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่รัฐ แต่ภาษีอากรยัง ตอบสนองวัตถุประสงค์อื่นด้วย อาทิ วัตถุประสงค์ด้านเศรษฐกิจ⁷ วัตถุประสงค์ด้านสังคม⁸ ด้วยวัตถุประสงค์ต่าง ๆ

⁶ เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล, หลักกฎหมายการคลัง (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), หน้า 79.

⁷ ตัวอย่างเช่น การส่งเสริมเศรษฐกิจในกรณีของการให้สิทธิประโยชน์ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 การรักษาสถิติสภาพทาง เศรษฐกิจดังปรากฏตามนโยบายการลดหย่อนภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาสำหรับการซื้อกองทุนรวมระยะยาวและกองทุนรวมเพื่อการเลี้ยงชีพ เป็นต้น

⁸ ตัวอย่างเช่น การควบคุมการบริโภคสินค้าที่ทำลายสุขภาพโดยการจัดเก็บภาษีสรรพสามิต การส่งเสริมการจ้างงานผู้พิการโดยการให้ สิทธิประโยชน์ทางภาษีแก่ นายจ้างดังปรากฏตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550 การส่งเสริมการจ้างงานผู้สูงอายุโดยการให้ สิทธิประโยชน์ทางภาษีแก่ นายจ้างดังปรากฏตามพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากร ว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ 639) พ.ศ. 2560 เป็นต้น

ของการจัดเก็บภาษี ซึ่งในการจัดเก็บภาษีในระบบการเงินดิจิทัล รัฐจำเป็นต้องพิจารณาว่าการจัดเก็บภาษีดังกล่าวเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ใด ทั้งนี้ เพื่อให้การกำหนดรายละเอียดต่าง ๆ ของกฎหมายดังกล่าวเป็นไปในทิศทางที่ตอบสนองวัตถุประสงค์ของการจัดเก็บภาษี

2.2.2 การจัดเก็บภาษีในระบบการเงินดิจิทัลอย่างเสมอภาคและเป็นธรรม

การใช้มาตรการทางภาษีอากรเป็นการใช้อำนาจรัฐซึ่งกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินของประชาชนโดยตรง องค์กรผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการใช้มาตรการดังกล่าวตั้งแต่การกำหนดมาตรการตลอดจนการบังคับใช้มาตรการดังกล่าว ย่อมต้องอยู่ภายใต้หลักความเสมอภาคทางภาษีอากร เนื่องจากตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บุคคลย่อมเสมอภาคกันในทางกฎหมาย อีกทั้งการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมโดยอาศัยความแตกต่างในแง่มุมต่าง ๆ ของบุคคล ย่อมไม่อาจกระทำได้⁹ แม้รัฐธรรมนูญจะมีได้กำหนดหลักความเสมอภาคทางภาษีอากรไว้เป็นเฉพาะ แต่หลักความเสมอภาคทางภาษีอากรมีความสอดคล้องกับหลักความเสมอภาคโดยพิจารณาเฉพาะเจาะจงแต่กฎหมายภาษีอากรเท่านั้น หลักความเสมอภาคทางภาษีอากรจึงเป็นหลักการที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเช่นกัน¹⁰ นอกจากหลักความเสมอภาคทางภาษีอากรจะปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแล้ว หลักความเสมอภาคทางภาษีอากรยังสอดคล้องกับหลักความเป็นธรรม ซึ่งเป็นหนึ่งในหลักการที่สำคัญของหลักบริหารภาษีอากรที่ดีของอดัม สมิธ หลักความเป็นธรรมดังกล่าวต้องพิจารณาความสามารถในการเสียภาษีของบุคคล กล่าวคือ หากประชาชนได้รับผลประโยชน์หรือมีความสามารถในการเสียภาษีที่เท่ากัน รัฐพึงจัดเก็บภาษีจากบุคคลเหล่านั้นในจำนวนที่เท่ากัน แต่หากประชาชนได้รับผลประโยชน์หรือมีความสามารถในการเสียภาษีที่แตกต่างกัน รัฐพึงจัดเก็บภาษีจากบุคคลเหล่านั้นแตกต่างกัน¹¹ ดังนั้น การกำหนดมาตรการจัดเก็บภาษีในระบบการเงินดิจิทัลจำเป็นต้องพิจารณาว่าการจัดเก็บผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในระบบการเงินดิจิทัลมีความเสมอภาคหรือมีความเป็นธรรมมากน้อยเพียงใด โดยต้องเทียบเคียงกับความสามารถของผู้เสียภาษีในกรณีอื่น หากเทียบเคียงกับกรณีที่มีข้อเท็จจริงที่เหมือนกันแล้ว กรณีต่าง ๆ เหล่านั้นต่างถูกจัดเก็บภาษี ก็ย่อมเป็นความชอบธรรมในการจัดเก็บภาษีจากผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในระบบการเงินดิจิทัล แต่หากกรณีที่มีข้อเท็จจริงเหมือนกันมิได้ถูกจัดเก็บภาษี ก็ไม่พึงมีการจัดเก็บภาษีจากผู้ที่เกี่ยวข้องซึ่งอยู่ในสถานะแห่งข้อเท็จจริงเดียวกันนั้นในระบบการเงินดิจิทัลด้วย

2.2.3 การจัดเก็บภาษีในระบบการเงินดิจิทัลภายใต้หลักความเป็นกลางทางภาษีอากร

การจัดเก็บภาษีจากรูขรกรรมใด ย่อมเป็นการเพิ่มต้นทุนให้กับผู้ที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมนั้น การจัดเก็บภาษีจึงส่งผลเป็นการลดการทำธุรกรรมนั้นลง และจะไปเพิ่มการทำธุรกรรมที่ใกล้เคียงซึ่งไม่ต้องเสียภาษีหรือเสียภาษีในอัตราที่น้อยกว่า ดังนั้น รัฐจำเป็นต้องพิจารณาว่าจะออกแบบการจัดเก็บภาษีในระบบการเงินดิจิทัลอย่างไร เพื่อส่งเสริมหลักความเป็นกลางในการจัดเก็บภาษี และต้องมิให้มีการจัดเก็บภาษีเป็นมูลเหตุให้ผู้ประกอบการเลือกใช้ระบบการเงินดิจิทัล

⁹ มาตรา 27 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

¹⁰ มาตรา 4 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

¹¹ ศุภลักษณ์ พินิจภูวดล, กฎหมายภาษีอากร, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : บริษัท ที.เค.เอส. สยามเพรส แมเนจเม้นท์ จำกัด, 2556), หน้า 55.

2.2.4 การจัดเก็บภาษีในระบบการเงินดิจิทัลตามแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หมวด 6 ว่าด้วยแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ มาตรา 75 ได้กำหนดให้รัฐพึงจัดระบบเศรษฐกิจให้ประชาชนมีโอกาสได้รับประโยชน์จากความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจไปพร้อมกันอย่างทั่วถึง เป็นธรรม และยั่งยืน สามารถพึ่งพาตนเองได้ตามหลักปรัชญาของเศรษฐกิจพอเพียง ขจัดการผูกขาดทางเศรษฐกิจที่ไม่เป็นธรรม และพัฒนาความสามารถในการแข่งขันทางเศรษฐกิจของประชาชนและประเทศ อันเป็นผลให้เกิดการปรับเปลี่ยนระบบเศรษฐกิจของประเทศไทยจากเดิมที่รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 กำหนดไว้ว่า ประเทศไทยจะดำเนินเศรษฐกิจ “แบบเสรีและเป็นธรรมโดยอาศัยกลไกตลาด” กลายเป็นการดำเนิน “ระบบเศรษฐกิจที่ประชาชนมีโอกาสได้รับประโยชน์จากความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจไปพร้อมกันอย่างทั่วถึง เป็นธรรม และยั่งยืน” ดังนั้น รัฐจึงอาจเข้ามาแทรกแซงระบบการเงินดิจิทัลด้วยมาตรการทางภาษีอากรได้มากขึ้น เพื่อให้ระบบเศรษฐกิจในภาพรวมเกิดความเป็นธรรมที่คำนึงถึงประโยชน์ของประชาชนเป็นที่ตั้ง

3. การแทรกแซงระบบการเงินดิจิทัลภายใต้ระบบกฎหมายไทย

ปัจจุบัน ประเทศไทยได้กำหนดเครื่องมือทางกฎหมายเพื่อแทรกแซงระบบการเงินดิจิทัลโดยการประกาศใช้พระราชกำหนดที่เกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรมในระบบการเงินดิจิทัลทั้งหมด 2 ฉบับ อันได้แก่ พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 (3.2) และพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2561 (3.3) ซึ่งการปรับใช้เครื่องมือทางกฎหมายทั้งสอง จะต้องอยู่บนกรอบของรัฐธรรมนูญ (3.1)

3.1 กรอบของรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการแทรกแซงระบบการเงินดิจิทัลโดยรัฐ

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 เป็นบทบัญญัติที่ตราขึ้นเพื่อบริหารจัดการระบบการเงินดิจิทัลเป็นการเฉพาะ ซึ่งความตอนต้นของพระราชกำหนดได้มีการระบุถึงเหตุผลและความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเพื่อการประกาศใช้กฎหมายฉบับนี้ไว้ โดยมีการอ้างถึงมาตรา 26 ประกอบกับมาตรา 33 มาตรา 37 และมาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่บัญญัติให้การกระทำอันเป็นการจำกัดสิทธิดังกล่าว สามารถทำได้ก็ต่อเมื่อเป็นไปเพื่อให้ “*การกำกับและการควบคุมการดำเนินกิจกรรมและการประกอบธุรกิจเกี่ยวกับสินทรัพย์ดิจิทัลเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และทำให้การดำเนินกิจกรรมและการประกอบธุรกิจดังกล่าวมีความโปร่งใส อันจะเป็นประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศและการคุ้มครองผู้ลงทุนและประชาชนที่เกี่ยวข้อง*”

เหตุผลและความจำเป็นดังกล่าวข้างต้นนี้ สอดคล้องกับบทบัญญัติในมาตรา 75 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งบัญญัติว่า

“รัฐพึงจัดระบบเศรษฐกิจให้ประชาชนมีโอกาสได้รับประโยชน์จากความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจไปพร้อมกันอย่างทั่วถึง เป็นธรรม และยั่งยืน สามารถพึ่งพาตนเองได้ตามหลักปรัชญาของเศรษฐกิจพอเพียง ขจัดการผูกขาดทางเศรษฐกิจที่ไม่เป็นธรรม และพัฒนาความสามารถในการแข่งขันทางเศรษฐกิจของประชาชนและประเทศ...”

บทบัญญัติข้างต้นเป็นส่วนหนึ่งของ**แนวนโยบายแห่งรัฐ**ตามหมวด 6 อันหมายถึง กรอบหรือแนวทางที่เป็นนโยบายหลักของประเทศ ที่ได้รับการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเพื่อให้เกิดความมั่นคงแห่งความเป็นรัฐ และตอบสนองต่อความต้องการของประชาชน โดยรัฐบาล รัฐสภา หรือองค์กรของรัฐมีหน้าที่ต้องดำเนินการกำหนดนโยบายบริหารราชการแผ่นดิน และ **“ตรากฎหมาย”** ให้เป็นไปตามหลักการที่กำหนดไว้เป็นแนวนโยบายของรัฐ ซึ่งจะไม่ผันแปรตามการเปลี่ยนแปลงทางการเมือง¹²

เมื่อพิจารณาแล้วจึงพบว่า กรอบของรัฐธรรมนูญที่มีผลต่อการแทรกแซงระบบการเงินดิจิทัล คือ บทบัญญัติมาตรา 75 ประกอบมาตรา 258 ฉ. ด้านเศรษฐกิจ แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เนื่องจากเป็นบทบัญญัติพื้นฐานที่ให้อำนาจอรัฐในการกำหนดแนวนโยบายด้านเศรษฐกิจ จะเห็นว่าวัตถุประสงค์หลักข้อหนึ่งของการที่ต้องมีการแทรกแซงระบบเศรษฐกิจตามนัยของมาตรานี้ ก็เพื่อ **“สร้างความ เป็นธรรม”** ให้ประชาชนได้รับประโยชน์จากความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจไปพร้อมกัน ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึง **“หลักความชอบธรรมของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ”** อันเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับ **“หลักความชอบ ด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง”** ที่ว่า องค์กรและเจ้าหน้าที่รัฐไม่อาจใช้อำนาจของตนได้ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจ และแม้หากมีกฎหมายให้อำนาจ ก็ไม่อาจใช้อำนาจนอกกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้ได้ โดยการนี้ ต้องมีกระบวนการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง พลเมืองมีกระบวนการทางกฎหมายที่จะบังคับให้ฝ่ายปกครองเคารพต่อกฎหมาย ซึ่งก็คือ มีศาลที่เป็นอิสระจากฝ่ายปกครองที่จะเข้ามาตรวจสอบการฝ่าฝืนกฎหมายของฝ่ายปกครองได้ หลักดังกล่าวยังสะท้อนความเป็น **“รัฐแบบนิติรัฐ”** ที่ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับพลเมืองจะอยู่ภายใต้ระบบกฎหมาย ซึ่งแตกต่างจาก **“รัฐตำรวจ”** ที่รัฐหลุดพ้นจากภาระที่ต้องเคารพต่อกฎหมาย เหตุเพราะรัฐในระบบนี้ได้ให้อำนาจอย่างมากกับฝ่ายปกครองในการดำเนินการต่าง ๆ โดยฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจของตนในการดำเนินการทุกอย่างได้ หากเห็นว่า **“จำเป็น”** ซึ่งการดำเนินการในรัฐตำรวจโดยฝ่ายปกครองนี้เอง มักจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามมาอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ ดังนั้น แม้รัฐตำรวจจะมีระบบกฎหมาย แต่กฎหมายดังกล่าว รัฐก็อาจเปลี่ยนแปลงได้เสมอหากต้องการ¹³

3.2 การกำกับและการควบคุมการทำธุรกรรมในระบบเงินดิจิทัล

พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 ได้กำหนดหลักเกณฑ์พื้นฐานต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการแทรกแซงระบบเงินดิจิทัลโดยการกำกับและการควบคุมการดำเนินกิจกรรมและการประกอบธุรกิจเกี่ยวกับสินทรัพย์ดิจิทัล อาทิ การกำหนดนิยามคำที่เกี่ยวข้อง การกำหนดเงื่อนไขการเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชน ทั้งนี้ การแทรกแซงดังกล่าวอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ก.ล.ต.) การศึกษาพระราชกำหนดฉบับนี้ มีประเด็นอันเป็นสาระสำคัญอยู่ 4 ข้อด้วยกัน กล่าวคือ การให้นิยามความหมายกับถ้อยคำต่างๆ ที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับการเงินดิจิทัล (3.2.1) เงื่อนไขการทำธุรกรรมทางการเงินดิจิทัลต่อประชาชน (3.2.2) การขออนุญาตเพื่อประกอบกิจการการเงินดิจิทัล (3.2.3)

¹² รัชพล ยิ่งกล้า, “แนวนโยบายแห่งรัฐตามร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช (ฉบับผ่านประชามติเมื่อวันที่ 7 สิงหาคม 2559),” [ออนไลน์], (มีนาคม 2560). แหล่งที่มา: <https://library2.parliament.go.th/ebook/content-issue/2560/hi2560-013.pdf> (เข้าถึงเมื่อ 9 กันยายน 2562).

¹³ สุภาวณีย์ อมรจิตสุวรรณ, หลักกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), หน้า 217-218.

และข้อห้ามไม่พึงกระทำเกี่ยวกับธุรกิจการเงินดิจิทัล (3.2.4) อย่างไรก็ตาม การศึกษากฎหมายฉบับนี้ จำต้องทำความเข้าใจบทบัญญัติลำดับรองที่ตราขึ้นเพื่อความสมบูรณ์ในการปรับใช้กฎหมายแม่บทด้วยเป็นสำคัญ (3.2.5)

3.2.1 คำนิยามที่สำคัญเกี่ยวกับการเงินดิจิทัลในพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561

ด้วยมุ่งให้เกิดความชัดเจนในการกำกับและควบคุมการทำธุรกรรมระบบการเงินดิจิทัลที่มีนวัตกรรมและเทคโนโลยีสมัยใหม่เข้ามาเกี่ยวข้องเป็นอย่างมาก จึงจำเป็นต้องมีการบัญญัติคำนิยามต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องไว้ให้ชัดเจน ซึ่งส่วนใหญ่เป็นถ้อยคำที่มีการทับศัพท์มาจากภาษาอังกฤษ ไม่ว่าจะเป็นคริปโทเคอร์เรนซี (1) โทเคนดิจิทัล (2) อันเป็นถ้อยคำที่เมื่อนำมารวมเข้ากันแล้ว ถูกละเลยว่าเป็นสินทรัพย์ดิจิทัลภายใต้พระราชกำหนดนี้¹⁴

(1) “เงินดิจิทัล หรือ คริปโทเคอร์เรนซี หมายความว่า หน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งถูกสร้างขึ้นบนระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ โดยมีความประสงค์ที่จะใช้เป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยนเพื่อให้ได้มาซึ่งสินค้า บริการ หรือสิทธิอื่นใด หรือแลกเปลี่ยนระหว่างสินทรัพย์ดิจิทัล และให้หมายความรวมถึงหน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์อื่นใด ตามที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด”

(2) “โทเคนดิจิทัล หมายความว่า หน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งถูกสร้างขึ้นบนระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อ (1) กำหนดสิทธิของบุคคลในการเข้าร่วมลงทุนในโครงการหรือกิจการใด ๆ หรือ (2) กำหนดสิทธิในการได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการหรือสิทธิอื่นใดที่เฉพาะเจาะจง ทั้งนี้ ตามที่กำหนดในข้อตกลงระหว่างผู้ออกและผู้ถือ และให้หมายความรวมถึงหน่วยแสดงสิทธิอื่นตามที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด ทั้งนี้ หากหลักทรัพย์ใดเป็นหลักทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ไม่ให้ถือว่าเป็นคริปโทเคอร์เรนซีหรือโทเคนดิจิทัล”

นอกจากนี้ พระราชกำหนดฉบับนี้ยังได้กำหนดนิยามของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับระบบการเงินดิจิทัลไว้ โดยผู้ประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลและผู้ให้บริการระบบเสนอขายโทเคนดิจิทัล ถือเป็นสถาบันการเงินตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน ดังนั้น จึงมีความรับผิดชอบภายใต้กฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินด้วย ในกรณีที่รับคริปโทเคอร์เรนซีเป็นการตอบแทนหรือในการทำธุรกรรมให้รับได้เฉพาะคริปโทเคอร์เรนซีที่ได้มาจากการซื้อขาย แลกเปลี่ยน หรือที่ได้ฝากไว้กับผู้ประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลที่ได้รับอนุญาตเท่านั้น

3.2.2 เงื่อนไขการเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชน

พระราชกำหนดได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเสนอขายต่อประชาชนไว้ โดยมีผลกับทั้งโทเคนดิจิทัลที่ออกใหม่และโทเคนดิจิทัลที่ได้ออกไว้แล้ว โดยมีหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้¹⁵

- (1) ผู้ที่ประสงค์จะเสนอขายโทเคนดิจิทัลต้องเป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด
- (2) ต้องได้รับอนุญาตจากสำนักงาน ก.ล.ต.

¹⁴ มาตรา 3 แห่งพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561

¹⁵ มาตรา 17 แห่งพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561

- (3) ต้องยื่นแบบแสดงรายการข้อมูลการเสนอขายโทเคนดิจิทัล
- (4) ร่างหนังสือชี้ชวนต่อสำนักงาน ก.ล.ต. โดยมีรายละเอียดตามที่คณะกรรมการ ก.ล.ต.

ประกาศกำหนด

- (5) ให้เสนอขายได้เฉพาะต่อผู้ลงทุนตามประเภทและภายใต้เงื่อนไขที่คณะกรรมการ ก.ล.ต.

ประกาศกำหนด

(6) ให้ผู้เสนอขายโทเคนดิจิทัลจัดทำรายงานเกี่ยวกับผลการดำเนินงานและฐานะการเงิน รวมถึงข้อมูลที่มีผลต่อสิทธิประโยชน์ของผู้ถือโทเคนดิจิทัล หรือต่อการตัดสินใจลงทุน หรือต่อการเปลี่ยนแปลง ในราคาหรือมูลค่าของโทเคนดิจิทัลและส่งต่อสำนักงาน ก.ล.ต.

3.2.3 การขออนุญาตประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล

พระราชกำหนดฉบับนี้ ได้กำหนดมาตรการในการกำกับการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล ซึ่งจะต้องได้รับอนุญาต เช่น ศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล นายหน้าซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล ผู้ค้าสินทรัพย์ดิจิทัล ทั้งนี้ ต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการ ก.ล.ต. โดยจะต้องเป็นไปตามข้อพิจารณาของคณะกรรมการ ก.ล.ต. ในการกำหนดหลักเกณฑ์สำหรับการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลดังต่อไปนี้

(1) การมีแหล่งเงินทุนที่เพียงพอสำหรับการรองรับการประกอบธุรกิจและความเสี่ยงในด้านต่าง ๆ

(2) ความปลอดภัยของทรัพย์สินของลูกค้า

(3) การรักษาความปลอดภัยจากการโจรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อป้องกันระบบคอมพิวเตอร์ และข้อมูลคอมพิวเตอร์ รวมถึงการบริหารจัดการความเสี่ยงที่เกิดจากการโจรกรรมหรือเหตุอื่น ๆ

(4) การมีระบบบัญชีที่เหมาะสมกับกิจการและจัดให้มีการสอบบัญชีโดยผู้สอบบัญชีที่สำนักงาน ก.ล.ต. ให้ความเห็นชอบ

(5) การมีมาตรการการรู้จักลูกค้า การตรวจสอบเพื่อทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับลูกค้า และมาตรการต่อต้านการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้ายหรือการฟอกเงิน

อย่างไรก็ตาม ผู้ประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลอาจถูกเพิกถอนการอนุญาตประกอบธุรกิจได้ หากไม่ประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาตภายในเวลาที่กำหนด หรือหยุดประกอบธุรกิจเกินกว่าเวลาที่กำหนด หรือผู้ประกอบธุรกิจมีฐานะทางการเงิน หรือการดำเนินงานที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชน หรือฝ่าฝืน หรือละเลยไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และไม่ดำเนินการแก้ไขตามที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. มีคำสั่งให้ดำเนินการภายในระยะเวลาที่ได้กำหนดไว้

3.2.4 ข้อห้ามกระทำการในระบบการเงินดิจิทัล

ในแง่ของการควบคุมการทำธุรกรรมในระบบเงินดิจิทัล พระราชกำหนดฉบับนี้ได้กำหนดข้อห้ามต่าง ๆ ไว้ เพื่อให้การทำธุรกรรมในระบบเงินดิจิทัลเป็นไปด้วยความเหมาะสมและให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของพระราชกำหนด โดยมีการกำหนดข้อห้ามไว้ดังต่อไปนี้¹⁶

¹⁶ มาตรา 40-50 แห่งพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561

- (1) ห้ามการทำธุรกรรมสำหรับการทำธุรกรรม การดำเนินกิจการ หรือการดำเนินการใดเกี่ยวกับสินทรัพย์ดิจิทัล อาจส่งผลกระทบต่อเสถียรภาพของระบบการเงินหรือระบบเศรษฐกิจของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ
- (2) ห้ามให้ข้อความเท็จหรือข้อความที่ทำให้เกิดความสำคัญผิดในสาระสำคัญเกี่ยวกับฐานะทางการเงิน ผลการดำเนินงาน ลักษณะหรือสาระสำคัญของโทเคนดิจิทัล หรือราคาซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัลซึ่งจะทำให้ผลกระทบต่อราคาสินทรัพย์ดิจิทัลหรือต่อการตัดสินใจลงทุนในสินทรัพย์ดิจิทัล
- (3) ห้ามเอาข้อความซึ่งเป็นเท็จมาวิเคราะห์หรือคาดการณ์ และได้เปิดเผยหรือให้ความเห็นเกี่ยวกับการวิเคราะห์หรือคาดการณ์นั้นต่อประชาชน ซึ่งจะทำให้มีผลกระทบต่อราคาสินทรัพย์ดิจิทัลหรือต่อการตัดสินใจลงทุนในสินทรัพย์ดิจิทัล
- (4) ห้ามไม่ให้บุคคลที่รู้หรือครอบครองข้อมูลภายในเกี่ยวกับผู้เสนอขายโทเคนดิจิทัล หรือลักษณะหรือสาระสำคัญของโทเคนดิจิทัลซื้อหรือขายโทเคนดิจิทัล หรือเปิดเผยข้อมูลภายในแก่บุคคลอื่นไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม
- (5) ห้ามไม่ให้นายหน้ารวมทั้งพนักงานหรือลูกจ้างซึ่งรู้ข้อมูลเกี่ยวกับการสั่งซื้อหรือขายสินทรัพย์ดิจิทัลหรือสัญญาซื้อขายล่วงหน้า ส่ง แก่ไข หรือยกเลิกคำสั่งซื้อหรือขายสินทรัพย์ดิจิทัลโดยใช้โอกาสดำเนินการก่อนที่จะดำเนินการตามคำสั่งของลูกค้าแล้วเสร็จ หรือเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับคำสั่งของลูกค้าให้แก่บุคคลอื่น
- (6) ห้ามไม่ให้ซื้อหรือขายสินทรัพย์ดิจิทัลซึ่งทำให้บุคคลทั่วไปเข้าใจผิดเกี่ยวกับราคาหรือปริมาณการซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล หรือในลักษณะต่อเนื่องกันโดยมุ่งหมายให้ราคาหรือปริมาณการซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัลนั้นผิดไปจากสภาพปกติของตลาด

3.2.5 หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายลำดับรอง

นอกจากหลักเกณฑ์พื้นฐานตามพระราชกำหนดแล้ว รายละเอียดต่าง ๆ ยังปรากฏตามกฎหมายลำดับรองโดยเฉพาะในประเด็นเกี่ยวกับการเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชน¹⁷ การขอใบอนุญาต

¹⁷ ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ที่บังคับใช้แล้วประกอบไปด้วยประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กจ. 10/2561 เรื่อง การไม่นำบทบัญญัติว่าด้วยการเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชนมาใช้บังคับกับการเสนอขายโทเคนดิจิทัล บางลักษณะ ลงวันที่ 7 มิถุนายน 2561 (มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 16 มิถุนายน 2561) ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กจ. 12/2561 เรื่อง การกำหนดประเภทโทเคนดิจิทัลเพิ่มเติม ลงวันที่ 7 มิถุนายน 2561 (มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 16 มิถุนายน 2561) ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กจ. 15/2561 เรื่อง การเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชน ลงวันที่ 3 กรกฎาคม 2561 (มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 16 กรกฎาคม 2561) และประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กจ. 16/2561 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไขและวิธีการให้ความเห็นชอบผู้ให้บริการระบบเสนอขายโทเคนดิจิทัล ลงวันที่ 3 กรกฎาคม 2561 (มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 16 กรกฎาคม 2561)

ในขณะที่ประกาศสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ที่มีผลบังคับใช้แล้วคือประกาศสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ สข. 32/2561 เรื่อง การให้ความเห็นชอบผู้สอบบัญชีของผู้ออกโทเคนดิจิทัล ลงวันที่ 3 กรกฎาคม 2561 (มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 16 กรกฎาคม 2561)

การให้บริการเป็นตัวกลาง¹⁸ และการประกอบธุรกิจการให้บริการเป็นตัวกลาง¹⁹

3.3 การจัดเก็บภาษีในระบบการเงินดิจิทัล

ในแง่ของการจัดเก็บภาษีในระบบการเงินดิจิทัลซึ่งเป็นเครื่องมือทางกฎหมายที่สำคัญเช่นกัน ประเทศไทยได้ประกาศใช้พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2561 เพื่อจัดเก็บภาษีเงินได้จากคริปโทเคอร์เรนซีหรือโทเคนดิจิทัลสำหรับบุคคลธรรมดาเท่านั้น โดยมีการกำหนดประเภทเงินได้พึงประเมิน (3.3.1) และการหักภาษี ณ ที่จ่ายของบุคคลธรรมดา (3.3.2) ที่ได้ดำเนินธุรกรรมในระบบการเงินดิจิทัล

3.3.1 การกำหนดประเภทเงินได้พึงประเมิน

พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2561 ได้กำหนดประเภทเงินได้พึงประเมินขึ้นมาเพื่อจัดเก็บภาษีเงินได้ในระบบการเงินดิจิทัล โดยการเพิ่มเติมมาตรา 40 (4) (ข) (ณ) ของประมวลรัษฎากรซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

¹⁸ ประกาศกระทรวงการคลังที่ใช้บังคับแล้วประกอบไปด้วยประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง การอนุญาตการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 และประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง การกำหนดเงื่อนไขให้ผู้ประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลต้องขอรับความเห็นชอบบุคคลที่เป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่

ในขณะที่ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ที่ใช้บังคับแล้วประกอบไปด้วยประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กธ. 11/2561 เรื่อง การกำหนดลักษณะการให้บริการที่ไม่ถือเป็นการประกอบธุรกิจศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล นายหน้าซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล หรือผู้ค้าสินทรัพย์ดิจิทัล ลงวันที่ 7 มิถุนายน 2561 (มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 16 มิถุนายน 2561) ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กธ. 20/2561 เรื่อง การกำหนดทุนจดทะเบียนชำระแล้วของผู้ขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล ลงวันที่ 24 กรกฎาคม 2561 ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กธ. 21/2561 เรื่อง การกำหนดแบบใบอนุญาตประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลตามประกาศกระทรวงการคลังว่าด้วยการอนุญาตการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล ลงวันที่ 24 กรกฎาคม 2561 ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กธ. 22/2561 เรื่อง การกำหนดแบบคำขอและวิธีการขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลตามประกาศกระทรวงการคลังว่าด้วยการอนุญาตการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 ลงวันที่ 24 กรกฎาคม 2561 และประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กธ. 23/2561 เรื่อง การกำหนดแบบคำขอและวิธีการขอรับความเห็นชอบบุคคลที่เป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ตามประกาศกระทรวงการคลังว่าด้วยการกำหนดเงื่อนไขให้ผู้ประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลต้องขอรับความเห็นชอบบุคคลที่เป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ ลงวันที่ 24 กรกฎาคม 2561

¹⁹ ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ที่ใช้บังคับแล้วประกอบไปด้วยประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กธ. 17/2561 เรื่อง การกำหนดค่าธรรมเนียมการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลตามที่ได้รับใบอนุญาต ลงวันที่ 7 มิถุนายน 2561 (มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 16 มิถุนายน 2561) ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กธ. 18/2561 เรื่อง การกำหนดลักษณะต้องห้ามของกรรมการและผู้บริหารของผู้ประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล ลงวันที่ 3 กรกฎาคม 2561 (มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 16 กรกฎาคม 2561) และประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กธ. 19/2561 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล ลงวันที่ 3 กรกฎาคม 2561 (มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 16 กรกฎาคม 2561)

ในขณะที่ประกาศสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ประกอบไปด้วยประกาศสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ที่ สธ. 34/2561 เรื่อง การจัดทำรายงานการคำนวณเงินกองทุน ลงวันที่ 11 กรกฎาคม 2561 (มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 20 กรกฎาคม 2561) ประกาศสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ที่ สธ.35/2561 เรื่อง การให้ความเห็นชอบเป็นกรรมการหรือผู้บริหารของผู้ประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล ลงวันที่ 11 กรกฎาคม 2561 (มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 20 กรกฎาคม 2561) ประกาศสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ที่ สธ. 36/2561 เรื่อง การจัดการและจัดเก็บข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล ลงวันที่ 11 กรกฎาคม 2561 (มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 20 กรกฎาคม 2561) ประกาศสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ที่ สธ. 37/2561 เรื่อง การให้ความเห็นชอบผู้สอบบัญชีของผู้ประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล ลงวันที่ 11 กรกฎาคม 2561 (มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 20 กรกฎาคม 2561) ประกาศสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ที่ สธ. 39/2561 เรื่อง กำหนดปัจจัยในการพิจารณาความร้ายแรงของพฤติกรรมอันเป็นลักษณะต้องห้ามสำหรับบุคคลที่เป็นหรือจะเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของผู้ประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล ลงวันที่ 24 กรกฎาคม 2561 และประกาศแนวปฏิบัติที่ นป. 3/2561 เรื่อง การให้บริการลูกค้าในการลงทุนในสินทรัพย์ดิจิทัลในประเทศ ลงวันที่ 11 กรกฎาคม 2561 (มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 20 กรกฎาคม 2561)

“(ซ) เงินส่วนแบ่งของกำไร หรือผลประโยชน์อื่นใดในลักษณะเดียวกันที่ได้จากการถือ หรือ ครอบครองโทเคนดิจิทัล

(ณ) ผลประโยชน์ที่ได้รับจากการโอนคริปโทเคอร์เรนซีหรือโทเคนดิจิทัล ทั้งนี้ เฉพาะซึ่ง ตีราคา เป็นเงินได้เกินกว่าที่ลงทุน”

บทบัญญัติข้างต้นแสดงให้เห็นว่า เงินได้พึงประเมินที่เกี่ยวข้องกับเงินดิจิทัลอาจถูกจัดเก็บ ใน 2 ลักษณะ ในกรณีแรก เงินส่วนแบ่งของกำไรหรือผลประโยชน์จากการถือหรือครอบครองเงินดิจิทัล และในกรณีที่สอง เงินในลักษณะของผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นเหนือทุนที่ได้ลงไว้ สำหรับกรณีที่มีการโอนเงินนั้น ออกไป

3.3.2 การหักภาษี ณ ที่จ่าย

นอกจากพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2561 ได้กำหนด ประเภทของเงินได้พึงประเมินขึ้นใหม่แล้ว ยังมีการกำหนดมาตรการในการจัดเก็บภาษีในระบบการเงินดิจิทัลด้วยการเพิ่มเติมมาตรา 50 (2) (ฉ) ของประมวลรัษฎากรซึ่งกำหนดให้ผู้จ่ายมีหน้าที่หักภาษี ณ ที่จ่ายในอัตราร้อยละ 15 ของเงินได้ ดังนี้

“(ฉ) ในกรณีเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 (4) (ซ) และ (ณ) ให้คำนวณหักในอัตราร้อยละ 15.0 ของเงินได้”

จากการพิจารณาระบบกฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการแทรกแซงระบบเงินดิจิทัลแล้วจะพบว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้กำหนดกรอบแนวคิดเกี่ยวกับการแทรกแซงระบบเงินดิจิทัลไว้ ส่วนการกำหนดหน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบและกลไกเกี่ยวกับการควบคุมดูแลระบบเงินดิจิทัลนั้น ได้มีการประกาศใช้พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงการอนุญาตการประกอบธุรกิจการเงินดิจิทัลภายใต้ข้อจำกัด นอกจากนี้ ยังมีการประกาศใช้พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2561 ซึ่งยิ่งตอกย้ำให้เห็นว่า ประเทศไทยยอมรับระบบเงินดิจิทัลภายใต้การกำกับดูแล

4. การเปรียบเทียบการแทรกแซงระบบเงินดิจิทัลในต่างประเทศ

จากการศึกษาวิจัย ผู้วิจัยพบว่ากฎเกณฑ์และแนวปฏิบัติต่างๆ เพื่อบริหารจัดการธุรกรรมการเงินดิจิทัลในแต่ละประเทศ มีความแตกต่างกันตามแต่บริบททางเศรษฐกิจและสังคมของประเทศว่า จะยอมรับในคุณค่าของเงินสกุลดิจิทัลได้มากน้อยเพียงใด แต่ประเด็นที่มีร่วมกันของทุกประเทศข้อหนึ่งก็คือ ไม่มีประเทศใดในกลุ่มประเทศกรณีศึกษาปฏิเสธถึงการไม่มีตัวตนอย่างเป็นทางการของเงินดิจิทัล ในทางกลับกันทุกประเทศยอมรับว่ามีเงินสกุลใหม่นี้อยู่จริง แต่จะยอมรับว่ามีมูลค่าและสามารถใช้เป็นสื่อกลางแทนการชำระหนี้ได้หรือไม่ นั่นก็ขึ้นอยู่กับนโยบายของรัฐบาลและตลาดเงินสินค้าและบริการภายในจะเล็งเห็นประโยชน์หรือโทษของเงินดิจิทัลมากกว่ากัน การศึกษาวิจัยนี้ ได้จัดกลุ่มประเทศทั้ง 15 ประเทศ เป็น 3 กลุ่มด้วยกัน โดยกลุ่มแรกเป็นกลุ่มประเทศที่ “เงินดิจิทัล” ถือเป็นของใหม่ ทั้งนี้ สภาพทางสังคมและเศรษฐกิจของประเทศนั้น ตลอดจนปัญหา

การเข้าถึงเทคโนโลยีและอินเทอร์เน็ตอาจเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้ประเทศในกลุ่มนี้เห็นข้อเสียของเงินดิจิทัลมากกว่าข้อดี อันทำให้รัฐบาลของประเทศตนออกคำสั่งห้ามใช้และไม่รับรองเงินสกุลใหม่นี้ อย่างไรก็ตาม สภาพการณ์ที่ปรากฏของบางประเทศกลับแสดงให้เห็นว่า ประเทศนั้นๆ อาจกำลังพิจารณาอย่างถี่ถ้วนเพื่อเปิดรับเงินสกุลใหม่นี้ ซึ่งเป็นเรื่องที่ต้องติดตามต่อไปในอนาคต ในส่วนของกลุ่มที่สองนั้นเป็นกลุ่มประเทศที่เรียนรู้และศึกษาหลักของเงินดิจิทัลมาบ้างแล้ว จึงมีการออกกฎหมายหรือประกาศนโยบายเกี่ยวกับเงินดิจิทัลนี้ หากแต่เป็นกฎหมายและ/หรือนโยบายที่ยังไม่ชัดเจนเท่าที่ควรนัก และมีทั้งกฎหมายและ/หรือนโยบายที่ตอบรับและปฏิเสธเงินดิจิทัล และกลุ่มประเทศสุดท้ายเป็นกลุ่มประเทศที่มีเสถียรภาพทางการเงินค่อนข้างสูง และเปิดรับกับเงินดิจิทัลอย่างมีระบบโดยการวางกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ทั้งในรูปของกฎหมายและนโยบายเพื่อใช้ควบคุมกำกับเงินดิจิทัลที่ปรากฏในประเทศตน เพื่อให้เห็นภาพที่ชัดเจน คณะผู้วิจัยจึงขอเสนอตารางสรุปข้อเท็จจริง สถานะทางกฎหมาย หน่วยงาน และวิธีการที่เกี่ยวข้องกับเงินดิจิทัลของแต่ละประเทศตามตารางข้างล่างนี้

กลุ่มแรกประกอบไปด้วย 4 ประเทศ อันได้แก่ ประเทศกัมพูชา ประเทศบรูไน ประเทศลาว และประเทศเวียดนาม ประเทศที่ถูกจัดให้อยู่ในกลุ่มนี้ ส่วนใหญ่มีนโยบายในเชิงลบกับการเงินดิจิทัล กล่าวคือ ไม่ยอมรับเงินสกุลใหม่นี้ กระนั้นบางประเทศ อันได้แก่ ประเทศลาว กลับมีท่าทีที่ยังไม่ชัดเจนเท่าใดนักเกี่ยวกับการยอมรับหรือปฏิเสธเงินดิจิทัล ประเทศกลุ่มนี้จะสร้างกฎหมายหรือประกาศนโยบายของรัฐอย่างชัดเจนเกี่ยวกับการไม่ยอมรับกับสกุลเงินดังกล่าว โดยมักจะกำหนดให้หน่วยงานที่มีหน้าที่ควบคุมกำกับการเงินแห่งชาติ อันได้แก่ ธนาคารแห่งชาติ คณะกรรมการเกี่ยวกับการเงิน ฯลฯ เป็นผู้ที่มีหน้าที่ดูแลในงานส่วนนี้ ซึ่งย่อมเห็นได้ว่า กระบวนการยุติธรรมที่อาจเข้ามาเกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาการเงินดิจิทัลของประเทศกลุ่มนี้ ก็คือ กรณีที่มีผู้ฝ่าฝืนใช้หรือทำด้วยประการใดๆ อันเป็นการยอมรับในมูลค่าของเงินดิจิทัล ซึ่งเป็นการขัดต่อกฎหมายและ/หรือนโยบายของประเทศนั่นเอง เมื่อประเทศในกลุ่มนี้มีได้ให้การยอมรับเงินดิจิทัล จึงไม่ปรากฏกฎหมายเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีจากเงินดิจิทัล

กลุ่มที่ 2 ประกอบไปด้วย 4 ประเทศ อันได้แก่ ประเทศฟิลิปปินส์ ประเทศเมียนมา ประเทศอินเดีย และประเทศอินโดนีเซีย ประเทศกลุ่มนี้ส่วนใหญ่ยอมรับการเงินดิจิทัลอย่างมีข้อจำกัด กล่าวคือ ระบบเงินดิจิทัลต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของหน่วยงานที่มีหน้าที่เกี่ยวกับการเงินชาติ เช่น ธนาคารแห่งชาติ ธนาคารกลาง คณะกรรมการที่ทำหน้าที่กำกับตลาดหลักทรัพย์ ฯลฯ อย่างไรก็ตาม อินเดียเป็นประเทศเดียวที่โดยทางการแล้วยังไม่ยอมรับเงินสกุลนี้ ในส่วนของกระบวนการยุติธรรมที่อาจเข้ามาเกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาเงินดิจิทัลที่เกิดขึ้นในอาณาเขตของประเทศกลุ่มนี้ ก็คือ การฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามกฎหมายที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับเงินดิจิทัลด้วยประการต่างๆ อันเป็นเหตุให้ผู้ฝ่าฝืนต้องได้รับโทษทางแพ่งและ/หรือทางอาญา ขึ้นอยู่กับกฎหมายและนโยบายรัฐของประเทศนั้น ๆ ในแง่ของการจัดเก็บภาษี แม้ประเทศในกลุ่มนี้จะมีการยอมรับการมีอยู่ของเงินดิจิทัล แต่การจัดเก็บภาษีสามารถใช้กฎหมายภาษีเงินได้จัดเก็บโดยไม่จำเป็นต้องมีการตรากฎหมายเฉพาะ เพื่อการจัดเก็บภาษีเงินดิจิทัล

กลุ่ม 1 กลุ่มประเทศที่ยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับเงินดิจิทัล²⁰

ประเทศ	สถานการณ์และสภาพปัญหา	สถานะทางกฎหมาย	หน่วยงาน	กลไก	การจัดเก็บภาษี
ประเทศ กัมพูชา	แจ้งเตือนประชาชนถึงความเสี่ยงของการทำธุรกรรมด้วยเงินดิจิทัล	ไม่ยอมรับเงินดิจิทัล	1. ธนาคารแห่งประเทศไทย 2. คณะกรรมการหลักทรัพย์ของกัมพูชา	นโยบายของรัฐบาล	ไม่ปรากฏข้อมูล
ประเทศ บรูไน	1. แจ้งเตือนประชาชนถึงความเสี่ยงของการทำธุรกรรมด้วยเงินดิจิทัล 2. ประกาศใช้กฎหมายเพื่อปกป้องเงินดิจิทัล	ไม่ยอมรับเงินดิจิทัล	1. ผู้อำนวยการทางการเงินแห่งบรูไน 2. คณะกรรมการการเงินตราแห่งบรูไน	1. กฎหมายว่าด้วยการแลกเปลี่ยนและสงเงิน 2. กฎหมายว่าด้วยเงินตรา 3. ประกาศของผู้มีอำนาจทางการเงินแห่งบรูไน	ไม่ปรากฏข้อมูล
ประเทศ ลาว	1. ตั้งตลาดหลักทรัพย์ลาว 2. อนุมัติให้ การแลกเปลี่ยนเงินแห่งเวียงจันทน์ (Vientiane Exchange Money) เป็นผู้ให้บริการแลกเปลี่ยนเงินตรา	มีแนวโน้มส่งเสริมให้เกิดการยอมรับ	1. ธนาคารแห่งสปป.ลาว 2. คณะกรรมการคุ้มครองหลักทรัพย์ 3. การแลกเปลี่ยนเงินแห่งเวียงจันทน์	นโยบายของรัฐบาล	ไม่ปรากฏข้อมูล
ประเทศ เวียดนาม	1. ธนาคารแห่งชาติออกคำสั่งว่าเงินดิจิทัลไม่ใช่วิธีการชำระเงินตามกฎหมาย 2. นายกรัฐมนตรีมีคำสั่งเพื่อส่งเสริมกิจกรรมเกี่ยวกับเงินดิจิทัล	ไม่ยอมรับเงินดิจิทัล	1. ธนาคารแห่งประเทศไทย 2. กระทรวงต่างๆ	รัฐกฤษฎีกากำหนดห้ามเงินดิจิทัล	ไม่ปรากฏข้อมูล

²⁰ ตารางสรุปนี้ อาศัยฐานข้อมูลที่ปรากฏ ณ เดือนตุลาคม พ.ศ. 2561

กลุ่ม 2 กลุ่มประเทศที่เริ่มมีการกำหนดกฎหมายเพื่อบริหารจัดการการเงินดิจิทัล²¹

ประเทศ	สถานการณ์และสภาพปัญหา	สถานะทางกฎหมาย	หน่วยงาน	กลไก	การจัดเก็บภาษี
ประเทศฟิลิปปินส์	1. อนุญาตให้บริษัทที่ประกอบกิจการเงินดิจิทัลเป็นบริษัทประกอบประเภทธุรกิจพิเศษ 2. กำลังร่างกฎหมายเฉพาะ	ยอมรับเงินดิจิทัลโดยมีการควบคุม	1. ธนาคารกลาง 2. คณะกรรมการหลักทรัพย์ 3. คณะกรรมการป้องกัน การฟอกเงิน	ระเบียบฉบับที่ 994 ว่าด้วย แนวทางในการทำธุรกรรม ในระบบเงินดิจิทัล	1. ไม่มีกฎหมาย ภาษีเงินดิจิทัล 2. จัดเก็บภาษี เงินได้
ประเทศเมียนมา	รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ประกาศเตือนประชาชนถึงความเสี่ยง	ยอมรับเงินดิจิทัล โดยมีการควบคุม	ธนาคารกลาง	1. รัฐบัญญัติเกี่ยวกับ การจัดตั้งธนาคารกลาง แห่งสหภาพเมียนมา 2. รัฐบัญญัติว่าด้วยสถาบัน การเงิน ค.ศ.2016	ไม่ปรากฏข้อมูล
ประเทศอินเดีย	ธนาคารกลางอินเดียประกาศไม่รับรอง มูลค่าของเงินดิจิทัล	ไม่ยอมรับเงินดิจิทัล	1. ธนาคารกลาง 2. คณะกรรมการหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์	นโยบายรัฐบาลและ หน่วยงานภาครัฐที่เกี่ยวข้อง	1. ไม่มีกฎหมาย ภาษีเงินดิจิทัล 2. จัดเก็บภาษี เงินได้
ประเทศอินโดนีเซีย	เงินดิจิทัลได้รับความนิยมภายใน ประเทศ	ยอมรับเงินดิจิทัล โดยมีการควบคุม	1. ธนาคารกลาง 2. ศูนย์วิเคราะห์และรายงาน ธุรกรรมทางการเงิน 3. คณะกรรมการกำกับตลาด อนุพันธ์ของกระทรวง การค้า	1. กฎหมายเกี่ยวกับ เงินดิจิทัล 2. กฎหมายเกี่ยวกับ การฟอกเงิน 3. กฎหมายเกี่ยวกับ ตลาดหลักทรัพย์	1. ไม่มีกฎหมาย ภาษีเงินดิจิทัล 2. จัดเก็บภาษี เงินได้

²¹ ตารางสรุปนี้ อาศัยฐานข้อมูลที่ปรากฏ ณ เดือนตุลาคม พ.ศ. 2561

กลุ่มที่ 3 กลุ่มประเทศที่มีการกำหนดกฎหมายอย่างชัดเจน²²

ประเทศ	สถานการณ์และสภาพปัญหา	สถานะทางกฎหมาย	หน่วยงาน	กลไก	การจัดเก็บภาษี
ประเทศเกาหลีใต้	เปิดรับเงินดิจิทัลโดยให้ทุกภาคส่วนเข้ามาเกี่ยวข้อง และใช้เป็นส่วนที่ส่วนราชการของรัฐบาลที่ต้องการสอดส่องดูแลเป็นพิเศษ	ยอมรับเงินดิจิทัลโดยมีการควบคุม	1. ธนาคารกลาง 2. สถาบันว่าด้วยการควบคุมและบริการทางการเงิน 3. คณะกรรมการกำกับการให้บริการทางการเงิน 4. กระทรวงการคลัง 5. ศาลยุติธรรม	รัฐบัญญัติว่าด้วยการทำธุรกรรมการเงินอิเล็กทรอนิกส์	1. ไม่มีกฎหมายเงินดิจิทัล 2. ยังเป็นปัญหาว่าอยู่ในบังคับต้องเสียภาษีหรือไม่
ประเทศญี่ปุ่น	เป็นประเทศผู้นำในการพัฒนาระบบเงินดิจิทัล	ยอมรับเงินดิจิทัลโดยมีการควบคุม	Financial Service Agency	1. Payment Service Act 2. Act on Prevention of Transfer of Criminal Proceeds	1. ไม่มีกฎหมายเงินดิจิทัลแต่มีแนวการตอบข้อหารือของกรมสรรพากร 2. ไม่จัดเก็บภาษีการค้า 3. จัดเก็บภาษีเงินได้

²² ตารางสรุปนี้ อาศัยฐานข้อมูลที่ปรากฏ ณ เดือนตุลาคม พ.ศ. 2561

กลุ่มที่ 3 กลุ่มประเทศที่มีการกำหนดกฎเกณฑ์อย่างชัดเจน (ต่อ)

ประเทศ	สถานการณ์และสภาพปัญหา	สถานะทางกฎหมาย	หน่วยงาน	กลไก	การจัดเก็บภาษี
ประเทศ นิวซีแลนด์	รัฐให้การสนับสนุน	ยอมรับเงินดิจิทัล โดยมีการควบคุม	Financial Market Authority	1. Financial Markets Conduct Act 2008 2. Financial Service Providers (Registration and Dispute Resolution) 2008 3. ระเบียบเกี่ยวกับ การพอกเงิน 4. Financial Advisers Act 2008	1. ไม่มีกฎหมาย ภาษีเงินดิจิทัล 2. จัดเก็บภาษี เงินได้
ประเทศ มาเลเซีย	รัฐให้การสนับสนุนและถือเป็น นวัตกรรมใหม่	ยอมรับเงินดิจิทัล โดยมีการควบคุม	ธนาคารกลาง	นโยบาย AML/CFT-Digital Currencies	1. ไม่มีกฎหมาย ภาษีเงินดิจิทัล 2. จัดเก็บภาษี เงินได้

กลุ่มที่ 3 กลุ่มประเทศที่มีการกำหนดกฎเกณฑ์อย่างชัดเจน (ต่อ)

ประเทศ	สถานการณ์และสภาพปัญหา	สถานะทางกฎหมาย	หน่วยงาน	กลไก	การจัดเก็บภาษี
ประเทศ สิงคโปร์	รัฐให้การสนับสนุน	ยอมรับเงินดิจิทัล โดยมีการควบคุม	องค์การเงินตรา	1. แนวปฏิบัติเรื่องการ เสนอขายและการออก โทเคนดิจิทัล 2. มาตรการป้องกันปราบปรามการฟอกเงินและ การต่อต้านการสนับสนุน การก่อการร้าย	1. ไม่มีกฎหมาย ภาษีเงินดิจิทัล 2. จัดเก็บภาษี การขายสินค้า และบริการของ ประเทศสิงคโปร์ (Goods and Services Tax) 3. จัดเก็บภาษี เงินได้
ประเทศ ออสเตรเลีย	ไม่ได้ปฏิเสธแต่มีการกำหนดกฎหมาย ควบคุมและกำหนดแนวทางการเฝ้าระวัง ภาษี	ยอมรับเงินดิจิทัล โดยมีการควบคุม	1. สำนักงานการรายงาน และวิเคราะห์การ แลกเปลี่ยน 2. สำนักงานภาษีอากร	1. พระราชบัญญัติแข่งขัน ทางการค้าและการ บริโภค 2. พระราชบัญญัติป้องกัน การฟอกเงินและ ความผิดทางการเงิน 3. ระเบียบเกี่ยวกับภาษี อากรเกี่ยวกับการทำ ธุรกรรมในระบบเงิน ดิจิทัล	มีกฎหมายลำดับ รองเพื่อจัดเก็บภาษี เงินดิจิทัล

กลุ่มที่ 3 ประกอบไปด้วย 6 ประเทศ อันได้แก่ ประเทศเกาหลีใต้ ประเทศญี่ปุ่น ประเทศนิวซีแลนด์ ประเทศมาเลเซีย ประเทศสิงคโปร์ และประเทศออสเตรเลีย ประเทศกลุ่มนี้นอกจากรัฐบาลของประเทศตนจะยอมรับในสกุลเงินดิจิทัลนี้แล้ว ยังให้การส่งเสริมเงินสกุลใหม่นี้อีกส่วนหนึ่งด้วย กระนั้นประเทศออสเตรเลียเป็นเพียงประเทศเดียวที่รัฐบาลมิได้ตอบรับเงินดิจิทัลอย่างสมบูรณ์แบบ เพียงแต่ปรากฏว่ามีกฎหมายที่เนื้อหาครอบคลุมกระบวนการต่างๆ เกี่ยวกับเงินดิจิทัลไว้ อีกทั้งยังมีการวางกรอบแนวทางในการจัดเก็บภาษีอันเกิดจากเงินได้ที่มาจากเงินดิจิทัลอีกต่างหากด้วย ซึ่งย่อมหมายความว่า การยอมรับในสกุลเงินดิจิทัลของออสเตรเลียในทางอ้อมนั่นเอง อย่างไรก็ตาม กลไกทางกฎหมายและนโยบายของออสเตรเลียยังขาดเครื่องมือส่งเสริมการใช้ และการยอมรับในเงินสกุลใหม่นี้ดังเช่นที่ปรากฏในประเทศอื่น กระนั้นสิ่งที่ทุกประเทศในกลุ่มนี้มีเหมือนกันก็คือ การยอมรับเพียงอย่างเดียวก็ดี หรือการยอมรับและกำหนดมาตรฐานส่งเสริมก็ดี ล้วนแล้วแต่ต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของหน่วยงานแห่งชาติที่มีหน้าที่เกี่ยวกับการเงิน เช่น สำนักงานภาษีอากร กรมสรรพากร ธนาคารแห่งชาติ ฯลฯ โดยหน่วยงานเหล่านี้ก็จะมีกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา หรือนโยบายของรัฐบาลผู้มีอำนาจบริหารราชการแผ่นดินเป็นกรอบแนวทางในการปฏิบัติงาน สำหรับความเกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมนั้น ย่อมอาจเกิดขึ้นเมื่อปรากฏว่ามีการใช้หรือบริหารจัดการเงินดิจิทัลผิดจากกฎเกณฑ์หรือข้อกำหนดที่ประเทศนั้นๆ ได้กำหนดไว้เพื่อดำเนินการเงินดิจิทัล ในแง่ของการจัดเก็บภาษี ประเทศในกลุ่มนี้มีการจัดเก็บภาษีเงินดิจิทัลในฐานะเป็นหนึ่งในภาษีเงินได้ โดยมีได้กำหนดกฎหมายเฉพาะเพื่อจัดเก็บภาษีเงินดิจิทัล

5. แนวทางการแทรกแซงระบบการเงินดิจิทัลที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย

เมื่อพิจารณาการแทรกแซงระบบการเงินดิจิทัลของประเทศไทยแล้วจะพบว่า ประเทศไทยได้มีการประกาศใช้พระราชกำหนดที่เกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรมในระบบเงินดิจิทัลทั้งหมด 2 ฉบับ อันได้แก่ พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 และพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2561 นอกจากพระราชกำหนดทั้งสองฉบับแล้ว ยังได้มีการประกาศใช้กฎหมายลำดับรองอีกหลายฉบับ อาทิ การเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชน การขอใบอนุญาตการให้บริการเป็นตัวกลาง และการประกอบธุรกิจการให้บริการเป็นตัวกลาง ผู้วิจัยพบปัญหาของการแทรกแซงระบบการเงินดิจิทัลของไทยในแง่ที่ว่ากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเงินดิจิทัลในประเทศไทยเพิ่งประกาศและมีผลบังคับในระยะเวลาไม่นาน อีกทั้งหน่วยงานที่เกี่ยวข้องยังไม่อาจออกกฎหมายลำดับรองที่เกี่ยวข้องได้ครบในทุกมิติ โดยเฉพาะประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการจัดเก็บภาษีจากการทำธุรกรรมในระบบเงินดิจิทัล การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวจึงยังไม่เห็นผลอย่างเป็นรูปธรรมและยังไม่มีกรณีหรือคดีที่เกิดขึ้นจริง อย่างไรก็ตาม หน่วยงานที่เกี่ยวข้องกำลังทำการศึกษาวิจัยและจะประกาศใช้กฎหมายลำดับรองที่จำเป็นในเวลาอันใกล้ เพื่อให้ระบบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเงินดิจิทัลสามารถใช้บังคับได้อย่างเป็นรูปธรรม

ดังนั้น เมื่อเปรียบเทียบระบบกฎหมายของประเทศไทยกับประเทศต่าง ๆ ที่ทำการศึกษแล้วจะพบว่า ถึงแม้ประเทศไทยจะมีกฎหมายเกี่ยวกับเงินดิจิทัลเป็นการเฉพาะแล้ว แต่ยังขาดกฎหมายลำดับรอง แนวปฏิบัติ และกรณีศึกษาที่เป็นรูปธรรมอยู่ ประเทศไทยจึงอยู่ช่วงเริ่มต้นของการศึกษาเพื่อการพัฒนาต่อไป แต่เมื่อประเทศไทยประกาศได้เริ่มใช้บังคับกฎหมายเกี่ยวกับเงินดิจิทัลบ้างแล้ว จึงแสดงให้เห็นถึงการยอมรับในระบบ

เงินดิจิทัล เพียงแต่ยังต้องการระบบที่ครบวงจร ด้วยเหตุนี้ หากต้องจัดกลุ่มประเทศไทยเกี่ยวกับบทบาทนิติ และนโยบายเรื่องเงินดิจิทัลนี้ ย่อมกล่าวได้ว่าประเทศไทยเริ่มมีกลไกต่างๆ เพื่อบริหารจัดการเงินดิจิทัลเอกชน ประเทศต่าง ๆ ในกลุ่มประเทศที่ 2 หากแต่ยังไม่มีการนำไปใช้ให้เกิดประสิทธิผลตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย หรือนโยบายนั้น ๆ ได้อย่างเต็มที่นั่นเอง นอกจากนี้แล้ว หากแยกข้อมูลทั้งที่เป็นข้อเท็จจริง บทกฎหมาย และ นโยบายเกี่ยวกับเงินดิจิทัลของประเทศไทยออกเป็นกลุ่ม ๆ ดังปรากฏในตารางข้างต้น ก็จะได้ความดังนี้

ประเทศไทย : กลุ่ม 2 กลุ่มประเทศที่เริ่มมีการกำหนดกฎเกณฑ์เพื่อบริหารจัดการเงินดิจิทัล²³

สถานการณ์ และสภาพปัญหา	สถานะทาง กฎหมาย	หน่วยงาน	กลไก	การจัดเก็บภาษี
ถือเป็นประเด็นเร่งด่วน เพราะส่งผลต่อ เศรษฐกิจของประเทศ อย่างมีนัยสำคัญดังนี้ การทำธุรกรรม เกี่ยวกับเงินดิจิทัล สามารถยอมรับได้ ภายใต้การกำกับดูแล ดังนี้แล้วจึงมีการ จัดเก็บภาษีจากเงินได้ รูปแบบต่างๆ ที่เกิด จากเงินดิจิทัล	ยอมรับ เงินดิจิทัล โดยมีการ ควบคุม	1. คณะกรรมการกำกับ หลักทรัพย์และ ตลาดหลักทรัพย์ 2. กระทรวงการคลัง 3. กรมสรรพากร	1. พระราชกำหนด การประกอบธุรกิจ สินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 2. พระราชกำหนดแก้ไข เพิ่มเติมประมวล รัษฎากร (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2561 3. ประกาศคณะกรรมการ กำกับหลักทรัพย์และ ตลาดหลักทรัพย์ 4. ประกาศกระทรวง การคลัง	กำหนดให้เป็น เงินได้ประเภทหนึ่ง ตามประมวล รัษฎากร

จากการศึกษาตัวอย่างจากต่างประเทศ พบได้ว่า หลักการ โครงสร้างหน่วยงานที่รับผิดชอบ ตลอดจน เครื่องมือและกลไกเพื่อการบริหารจัดการเงินดิจิทัลของประเทศไทย ค่อนข้างมีความครบถ้วนสอดคล้องกับ แนวทางที่ประเทศกลุ่มที่ 3 มีและถือปฏิบัติ กระนั้นปัญหาที่เกิดขึ้นและสามารถใช้เป็นฐานเพื่อการพัฒนาปรับปรุง กลไกและเครื่องมือที่จะใช้บริหารจัดการเงินดิจิทัลก็คือ วิธีและมาตรการในการนำเครื่องมือที่มีอยู่ไปใช้ให้เกิด ผลสัมฤทธิ์ได้จริง ซึ่งถือเป็นส่วนรายละเอียดปลีกย่อยที่หน่วยงานซึ่งมีหน้าที่รับผิดชอบดูแลจำเป็นต้องแสวงหา และนำมาปรับใช้กับบริบทของไทย อย่างไรก็ตาม สังเกตได้ว่าประเทศที่มีระบบกฎหมายเกี่ยวกับเงินดิจิทัลที่มี ประสิทธิภาพ คือ ประเทศญี่ปุ่น ประเทศญี่ปุ่นเป็นประเทศที่ยอมรับเครื่องมือของเงินดิจิทัลมาเป็นเวลานาน เนื่องจากเงินดิจิทัลได้รับความนิยมอย่างแพร่หลาย ประเทศญี่ปุ่นจึงผ่านปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้นจากเงินดิจิทัล จนได้มีการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องมาเป็นระยะ ๆ ในปัจจุบัน ประเทศญี่ปุ่นได้มีการประกาศใช้กฎหมายที่

²³ ตารางสรุปนี้ อาศัยฐานข้อมูลที่ปรากฏ ณ เดือนตุลาคม พ.ศ. 2561

เกี่ยวข้องกับเงินดิจิทัลทั้งหมด 2 ฉบับ อันได้แก่ กฎหมายการให้บริการการชำระเงิน (Payment Services Act) และกฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันการโอนเงินเพื่อก่ออาชญากรรม (Act on prevention of Transfer of Criminal Proceeds) กฎหมายทั้งสองฉบับได้กำหนดหน้าที่ของผู้ประกอบการธุรกิจเงินดิจิทัลไว้ รวมถึงกำหนดโทษต่าง ๆ ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าว อีกทั้งประเทศญี่ปุ่นยังมีการประกาศใช้กฎหมายลำดับรองและแนวปฏิบัติต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องอย่างเป็นระบบ ในการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับดิจิทัล รวมทั้งประเทศญี่ปุ่นก็ได้มีการจัดตั้งหน่วยงานที่มีหน้าที่บริหารจัดการเงินดิจิทัลเป็นการเฉพาะ ด้วยเหตุนี้ การพัฒนาระบบกฎหมายของประเทศไทยจึงมีความจำเป็นต้องพิจารณาตัวอย่างจากประเทศที่มีระบบที่ชัดเจนและเหมาะสม ประเทศญี่ปุ่นจึงอาจถือเป็นตัวอย่างที่ค่อนข้างเหมาะสมแก่การศึกษาสำหรับประเทศไทย แต่อาจจำเป็นต้องมีการปรับเปลี่ยนบริบทบางประการให้เหมาะสมกับสภาพและปัจจัยต่าง ๆ ของประเทศไทยต่อไป

ในแง่ของการจัดเก็บภาษีจากธุรกรรมในระบบเงินดิจิทัลนั้น ประเทศไทยได้มีการกำหนดให้ผู้มีเงินได้จากระบบเงินดิจิทัลที่มีลักษณะเป็นเงินส่วนแบ่งของกำไร หรือผลประโยชน์อื่นใดในลักษณะเดียวกันที่ได้จากการถือหรือครอบครองโทเคนดิจิทัล และผลประโยชน์ที่ได้รับจากการโอนคริปโทเคอร์เรนซีหรือโทเคนดิจิทัล ทั้งนี้ เฉพาะซึ่งตีราคาเป็นเงินได้เกินกว่าที่ลงทุน โดยกำหนดเป็นเงินได้อีกประเภทหนึ่งแยกออกมาจากเงินได้ประเภทอื่น การกำหนดลักษณะนี้นับเป็นเรื่องที่เหมาะสมและสอดคล้องกับหลักความเสมอภาคทางภาษีแล้ว เนื่องจากธุรกรรมต่าง ๆ ในระบบเงินดิจิทัลมีความแตกต่างจากเงินได้ประเภทอื่น ๆ จึงต้องมีการกำหนดรายละเอียดที่แตกต่างจากเงินได้ประเภทอื่น หากมิได้มีการกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ อาจส่งผลให้เงินได้จากระบบเงินดิจิทัลถูกจัดเป็นเงินได้ตามมาตรา 40 (8) ในฐานะเป็นเงินได้อื่น ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาในการกำหนดวิธีการจัดเก็บภาษีได้ ทั้งอาจกระทบต่อหลักความเป็นกลางทางภาษี เนื่องด้วยการเลือกลงทุนในระบบเงินดิจิทัลด้วยผลประโยชน์ทางภาษีที่สูงกว่า อย่างไรก็ตาม การจัดเก็บภาษีจากธุรกรรมในระบบเงินดิจิทัลจำเป็นต้องมีกฎหมายลำดับรองกำหนดรายละเอียดที่เกี่ยวข้อง โดยที่ต้องคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของเงินดิจิทัลและวัตถุประสงค์ของการแทรกแซงระบบเงินดิจิทัลโดยการจัดเก็บภาษีประกอบกัน

การลดความรุนแรงในการบังคับคดียาเสพติด

The Harm Reduction of the Narcotic Drug Offenses

จิรวุฒิ ลิปิพันธุ์
Jirawut Lipipun

อาจารย์ประจำ
คณะนิติศาสตร์ปริติ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
110/1-4 ถนนประชาชื่น แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร 10210
Full-time Lecturer
Faculty of Law, Pridi Banomyong, Dhurakij Pundit University,
110/1-4 Prachachuen Road, Toongsonghong, Laksi, Bangkok 10210
Corresponding author Email: jirawut.lin@dpu.ac.th
(Received: August 14, 2019; Revised: February 9, 2020; Accepted: March 4, 2020)

บทคัดย่อ

การกำหนดให้ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด โดยเฉพาะการผลิต การนำเข้า และการครอบครองเพื่อจำหน่าย ยาเสพติด ตามแนวทางของอาชญากรรมที่ต้องปราบปรามอย่างอดทนไม่ได้ (Zero Tolerant) ถือได้ว่าเป็น การส่งเสริมให้มีการปฏิบัติที่ไม่มีมนุษยธรรมแก่ผู้ต้องขังคดียาเสพติด รวมทั้งมีการตีความการกระทำความผิด และอัตราส่วนโทษในลักษณะที่รวดเร็ว รวดรัด ปราศจากการแสวงหาความจริงแห่งคดี และส่งผลต่อการแสวงหา ผลประโยชน์อันมิชอบของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องในการจับกุมผู้กระทำความผิด ทำให้เกิดปัญหาผู้ต้องขังคดียาเสพติด ล้นเรือนจำ และการปฏิบัติที่ไม่เป็นไปตามมาตรฐานที่กำหนดไว้ในข้อกำหนดต่างๆ ของสหประชาชาติว่าด้วย การปฏิบัติเหมาะสมกับผู้ต้องขัง จึงควรมานโยบายการลดความรุนแรงในการบังคับคดียาเสพติด (Harm Reduction) มาใช้ ซึ่งเกิดจากแนวคิดนโยบายทางอาญาสำคัญ 3 ประการ ได้แก่ การทำให้ไม่มีความผิดทางอาญา (Decriminalization) การเปิดเสรียาเสพติด (Drug Liberalization) และการทำให้ยาเสพติดถูกต้องตามกฎหมาย (Drug Legalization) มาใช้ โดยรัฐบาลไทยควรมีการบัญญัติมาตรการทางกฎหมาย เพื่อจำแนกแยกแยะผู้ที่ เกี่ยวข้องกับยาเสพติด ระหว่าง ผู้เสพ ผู้ติดยา ผู้ครอบครองเพื่อเสพ ผู้รับขนยาเสพติด ผู้จำหน่ายรายย่อย และผู้จำหน่ายรายใหญ่ ออกจากกัน เพื่อการดำเนินคดีที่เหมาะสมกับระดับความผิด ตามหลัก Individualization of Punishment ให้นำหลักการทำให้ไม่มีความผิดทางอาญามาใช้ โดยให้อำนาจศาลใช้ดุลพินิจในการพิจารณา มาตรการที่เหมาะสมกับแต่ละราย

คำสำคัญ: การลดความรุนแรง, การทำให้ไม่มีความผิดทางอาญา, การเปิดเสรียาเสพติด

Abstract

Determination of drug offenses, especially the production, importation and possession of drugs in accordance with the guidelines of the crime that must not be tolerated may result in violent punishment and encourage the practice of non-humanitarian acts for drug offenders, such as unreasonably rapid determination of offense and the overcrowding of prisons, which potentially breaches the UN minimum standard treatment for prisoners. Therefore, this research proposes the application of the Harm Reduction Policy, which is consisted of three important concepts: decriminalization, drug liberalization, and drug legalization. This research proposes that the Thai government employs clear legal measures to classify those related to drugs between drug addicts, occupiers for drugs, groups of affected people, contractor, retailer, major supplier or criminal organizations and apply appropriate level of offenses under the doctrine of Individualization of Punishment. The court should be able to exercise discretion in determining the appropriate measures for each individual based on his or her respective data.

Keywords: harm reduction, decriminalization, drug liberalization

1. ที่มาและการศึกษาวิจัย

ประเทศไทยมีกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติดหลายฉบับ ซึ่งใช้บังคับมาเป็นเวลานานโดยมีมาตรการสำคัญที่นำมาใช้ในการควบคุมยาเสพติดคือ การกำหนดให้การฝ่าฝืนมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติดเป็นความผิดทางอาญา (Criminal Offenses) และมีบทลงโทษทางอาญาที่รุนแรง เช่น ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ และริบทรัพย์สิน อันเป็นผลมาจากการที่องค์การสหประชาชาติได้จัดทำอนุสัญญาเพื่อการควบคุมยาเสพติดและวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท เช่น อนุสัญญาเดี่ยวว่าด้วยยาเสพติดให้โทษ ค.ศ. 1961 อนุสัญญาว่าด้วยวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท ค.ศ. 1971 และอนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบค้ายาเสพติดและวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท ค.ศ. 1988 นั้น ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าวแล้ว แต่ก็ได้ทำให้แนวคิดนโยบายและกฎหมายในการควบคุมยาเสพติดของไทยเปลี่ยนไป เนื่องจากนโยบายยังคงยึดอยู่กับมาตรการด้านการปราบปรามเป็นสำคัญประกอบกับหลักการในอนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบค้ายาเสพติดและวัตถุออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท ค.ศ. 1988 กำหนดไว้ว่า “การลักลอบค้ายาเสพติดเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ จึงมุ่งเน้นให้ภาคีให้ความสำคัญในระดับสูงสุดในการปราบปราม” ซึ่งเป็นอิทธิพลมาจากแนวคิดที่เน้นหนักที่จะไม่ยอมให้มียาเสพติดต่อไป (Zero Tolerance) ประเทศภาคีส่วนใหญ่จึงกำหนดนโยบายและมาตรการทางกฎหมายในด้านการปราบปรามยาเสพติดอย่างเข้มข้น มีการจับกุมดำเนินคดี จนถึงขั้นการประกาศสงครามยาเสพติด (War on Drugs) และมีการลงโทษที่รุนแรง (Punitive Approach) เพื่อเอาชนะยาเสพติดส่งผลให้ผู้เกี่ยวข้องกับยาเสพติดถูกจับกุมดำเนินคดีและถูกลงโทษเป็นจำนวนมาก

ตลอดระยะเวลาไม่น้อยกว่า 25 ปีที่ประเทศไทยและประเทศภาคีอนุสัญญาสหประชาชาติได้รับอิทธิพลจากแนวคิดและหลักการกำหนดให้ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดเป็นความผิดทางอาญา (Criminalization) โดยการนำมากำหนดเป็นนโยบายและกฎหมายภายในประเทศ ให้สอดคล้องกับอนุสัญญาดังกล่าว มิได้ทำให้ปัญหาเสพติดลดระดับความรุนแรงลงแต่อย่างใด การแพร่ระบาดของยาเสพติดและการลักลอบค้ายาเสพติดยังคงมีแนวโน้มที่เพิ่มขึ้น อีกทั้งผลจากหลักการที่กำหนดให้การกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดเป็นความผิดทางอาญา (Criminal Offenses) และจะต้องถูกลงโทษทางอาญา (Criminal Punishment) โดยไม่ได้ตระหนักและให้ความสำคัญอย่างแท้จริงกับหลักการด้านสิทธิมนุษยชน (Principle on Human Rights) อันเป็นหลักการขั้นพื้นฐานสำหรับมนุษย์ทุกคนรวมถึงผู้กระทำความผิดควรจะได้รับปฏิบัติที่เหมาะสมและแตกต่างกันเป็นรายบุคคล (Individualization of Punishment)

ประเทศไทยได้แสดงเจตนารมณ์ในการปฏิบัติตามพันธกรณีในอนุสัญญา หรือกติการะหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน เช่นเดียวกับประเทศอื่น ๆ แล้วหลายฉบับ เช่น อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women-CEDAW) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights-ICCPR) โดยการเข้าเป็นภาคีมาแล้วไม่น้อยกว่า 29 ปี และ 19 ปี ตามลำดับ แต่ก็หาได้มีการนำมาสู่การตรากฎหมายภายใน เพื่อให้มีผลคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างเหมาะสมครบทุกมาตรการไม่ ทำให้มีการจับกุมดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำความผิดอย่างมากเกินความจำเป็นทางอาญา (Over Criminalization) ส่งผลให้มีผู้ต้องขังคดียาเสพติดถูกควบคุมตัวอยู่ในพื้นที่จำกัดจนมีสภาพ

ล้นเรือนจำ (Overcrowding in Prison) ในประเทศต่างๆ ไม่ต่ำกว่า 77 ประเทศ¹

ตัวอย่างเช่นการปฏิบัติให้เป็นไปตาม ข้อกำหนดสหประชาชาติว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังหญิง และมาตรการที่มีใช้การคุมขังสำหรับผู้กระทำความผิดหญิง หรือข้อกำหนดกรุงเทพฯ The United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-Custodial Measures for Women Offenders (Bangkok Rules) แม้ข้อกำหนดดังกล่าวจะไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายโดยตรงสำหรับประเทศไทย แต่ข้อกำหนดดังกล่าวก็มีลักษณะเป็นมาตรฐานสากลที่มุ่งเน้นให้ประเทศภาคีสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ ได้ตระหนักถึงการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดหญิง ซึ่งมีลักษณะของการกระทำเหตุผลประกอบกับมีเพศสภาพที่แตกต่างไปจากชายให้ได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมในกระบวนการยุติธรรมนั้นขึ้นเริ่มต้นไม่เน้นการลงโทษที่รุนแรงและสามารถกลับมาเป็นส่วนหนึ่งของสังคมได้อย่างเป็นปกติสุขเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป อันเป็นการสร้างความตระหนักความเข้าใจ และเคารพต่อสิทธิมนุษยชนในกระบวนการทศนิยม (New Paradigm) ในระดับสากลที่นานาชาติอารยประเทศในสังคมโลกพึงนำมาสู่ปฏิบัติ

มิใช่เพียงข้อกำหนดกรุงเทพฯว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังหญิงและมาตรการที่มีใช้การคุมขังสำหรับผู้กระทำความผิดหญิงเท่านั้น ยังมีข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติที่เหมาะสมต่อผู้ต้องขังในบริบทอื่นเพิ่มเติมอีก ได้แก่ ข้อตกลงแมนเดลาว่าด้วยมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง (United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (the Mandela Rules)) เพื่อกำหนดแนวทางให้แต่ละประเทศได้อนุวัติการกฎหมายภายในปฏิรูปการปฏิบัติงานของราชทัณฑ์เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องโทษในเรือนจำ ในประเด็นต่าง ๆ ได้แก่ การป้องกันมิให้เกิดการกระทำทารุณ การกระทำและการลงโทษใด ๆ อันลดความเป็นมนุษย์แก่นักโทษ นอกจากนี้ ยังกำหนดแนวทางพัฒนาเรื่องสุขอนามัยในเรือนจำ การสอบสวนการเสียชีวิตของนักโทษในเรือนจำ หลักปฏิบัติเรื่องการชั่งตวง และการอบรมเจ้าหน้าที่เรือนจำเพื่อการปฏิบัติงานดังกล่าว ซึ่งการที่ประเทศไทยจะได้นำแนวทางของข้อกำหนดแมนเดลามานำใช้ จะพัฒนามาตรการบังคับกับผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดได้อย่างมีประสิทธิภาพและมีมนุษยธรรมมากยิ่งขึ้น²

สำหรับในปัจจุบันประเทศไทยมีบทบัญญัติของกฎหมายที่สามารถนำมาใช้เป็นทางเลือกและอาจส่งผลให้ผู้กระทำความผิดคดีอาชญากรรมไม่ต้องถูกคุมขังหรือถูกลงโทษจำคุก ได้แก่มาตรการอื่น ๆ ที่มีอยู่แล้ว เช่น วิธีการเพื่อความปลอดภัย และวิธีการรอกการลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา การให้ขังผู้ต้องหาหรือจำเลยไว้ในสถานที่อื่นนอกเหนือจากเรือนจำ ในระหว่างการสอบสวนหรือการพิจารณาในชั้นศาล และการให้จำคุกผู้ซึ่งต้องจำคุกตามคำพิพากษาถึงที่สุดไว้ในสถานที่อื่นนอกเหนือจากเรือนจำหรือการจำคุกโดยวิธีการอื่น ๆ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เพียงแต่หากได้มีการนำมาตราทางกฎหมายที่มีอยู่ดังกล่าวมาทบทวนหรือปรับปรุงแก้ไขให้เหมาะสมลดข้อจำกัดที่มีอยู่บางประการให้มีความยืดหยุ่นมากขึ้น ก็สามารถนำไปสู่

¹ กอบกุล จันทโร และคณะ, รายงานการศึกษาและข้อเสนอทางกฎหมายสำหรับผู้กระทำความผิดคดีอาชญากรรม เพื่อเป็นข้อเสนอในการประชุมสหประชาชาติสมัยพิเศษ UNGASS (กรุงเทพฯ:สำนักงานกิจการในพระดำริพระเจ้าหลานเธอ พระองค์เจ้าพัชรกิติยาภา, 2559), 2-3.

² นัทธิ จิตสว่าง, แนวทางการขับเคลื่อนข้อกำหนดกรุงเทพ (Bangkok Rules) ไปสู่การปฏิบัติในงานราชทัณฑ์ของไทย (กรุงเทพฯ: กรมราชทัณฑ์, ม.ป.พ.)

การใช้มาตรการทางเลือกแทนการคุมขังในเรือนจำได้จริงภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายที่มีอยู่³

อย่างไรก็ตามปัจจัยที่สำคัญที่สุดในประเด็นนี้ คือ บุคลากรในกระบวนการยุติธรรมทุกขั้นตอนจะต้องให้ความสำคัญต่อการรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับประวัติ ความเป็นมา ความประพฤติ สถิติปัญญา สุขภาพ นิสัย อาชีพ สภาพแวดล้อม ข้อเท็จจริงต่างๆ เกี่ยวกับผู้ต้องหา หรือจำเลยโดยละเอียดตั้งแต่ขั้นสอบสวน เพื่อเสนอให้พนักงานอัยการและศาลได้ใช้เป็นข้อมูลประกอบการใช้มาตรการทางเลือกแทนการคุมขังในเรือนจำและเพื่อประโยชน์ในการพิจารณาวินิจฉัยของศาลในการใช้มาตรการทางเลือก แทนการคุมขังสำหรับผู้หญิงที่กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด เพื่อสนับสนุนการดำเนินงานตามข้อกำหนดกรุงเทพฯ ให้มีประสิทธิภาพ⁴

นอกเหนือจากมาตรการทางกฎหมายที่กล่าวมาแล้วหากจะมีการทบทวนเพื่อพัฒนามาตรการทางกฎหมายให้สามารถนำเอามาตรการใหม่ๆ ที่เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดที่กระทำความผิดเล็กน้อย เช่น ความผิดฐานเสพยาเสพติด หรือครอบครองยาเสพติดในปริมาณเล็กน้อยเพื่อใช้เสพสำหรับตนเอง หรือผู้ติดยาเสพติดรุนแรงที่ได้ส่งผลกระทบบหรือเป็นอันตรายต่อบุคคลอื่นมากกำหนดให้เป็นการทำให้ไม่เป็นความผิดอาญา (Decriminalization) และการลดความรุนแรงในคดียาเสพติด (Harm Reduction) รวมถึงการให้เบี่ยงเบนคดีออกจากกระบวนการยุติธรรมทางเลือก (Diversion) หรือการพิจารณานำเหตุบรรเทาโทษจากการที่ไม่เคยมีประวัติอาชญากรรม ลักษณะของการกระทำความผิดควบคู่กับความรับผิดชอบต่อครอบครัว และภูมิหลังทั่วไป มาบังคับใช้โดยมิให้ต้องถูกคุมขัง แต่ใช้มาตรการกำหนดเงื่อนไขที่เหมาะสมให้ปฏิบัติภายใต้การกำกับ ติดตาม ดูแล ของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในระดับพื้นที่ก็จะเส้นทางเลือกที่ทำให้ผู้หญิงที่กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด บางลักษณะไม่ต้องถูกคุมขังจำนวนมาก ดังเช่นที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งจะเป็มาตรการที่สามารถสนับสนุนการดำเนินงานมาตรการที่ไม่ใช่การคุมขัง (Non-Custodial Measures) ตามข้อกำหนดกรุงเทพฯ และข้อกำหนดแมนเดลาที่กำลังจะเกิดขึ้นได้อย่างเป็นรูปธรรมอีกทางหนึ่งด้วย

ในผลงานชิ้นนี้ผู้เขียนตั้งข้อสมมติฐานของการวิจัยว่า การกำหนดให้ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด โดยเฉพาะ การผลิต การนำเข้า และการครอบครองเพื่อจำหน่ายยาเสพติด ตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ.2522 ที่มีโทษขั้นสูงสุดคือประหารชีวิต อันเป็นไปตามแนวทางของอาชญากรรมที่ต้องปราบปรามอย่างอดทนไม่ได้ (Zero Tolerant) เป็นการบังคับคดีและบังคับโทษที่มีความรุนแรงและส่งเสริมให้มีการปฏิบัติที่ไม่มีมนุษยธรรม แก่ผู้ต้องขังคดียาเสพติด รวมทั้งเปิดโอกาสให้มีการตีความการกระทำความผิดและอัตราส่วนโทษในลักษณะที่รวดเร็ว รวดเร็ว ปราศจากการแสวงหาความจริงแห่งคดี ก่อให้เกิดการแสวงหาผลประโยชน์อันมิชอบของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องในการจับกุมผู้กระทำความผิด ทำให้เกิดปัญหาผู้ต้องขังคดียาเสพติดล้นเรือนจำ และพบว่าเขาเหล่านั้นมักถูกปฏิบัติอย่างไม่มีมนุษยธรรมและไม่เป็นไปตามมาตรฐานที่กำหนดไว้ในข้อกำหนดต่างๆ ของสหประชาชาติ ว่าด้วยการปฏิบัติเหมาะสมกับผู้ต้องขัง และจากบทเรียนของหลายประเทศพบว่า การกำหนดโทษขั้นสูงสุดดังกล่าว ไม่ก่อให้เกิดผลสำเร็จในการปราบปรามยาเสพติด กลับทำให้ผู้ต้องขังคดียาเสพติดล้นเรือนจำเช่นเดียวกัน ประกอบกับปัญหาเสพติดก็ไม่ได้หมดไป ดังนั้น เพื่อลดปัญหาผู้ต้องขังคดียาเสพติดล้นเรือนจำ และปัญหา

³ เรื่องเดียวกัน.

⁴ ธาณี วรรักษ์, วิกฤตราชทัณฑ์วิกฤตกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (กรุงเทพฯ:วิญญูชน, 2554).

การปฏิบัติที่ไม่มีมนุษยธรรมต่างๆ แก่ผู้ต้องขัง จึงควรมานโยบายการลดความรุนแรงในการบังคับคดียาเสพติด (Harm Reduction) มาใช้ โดยการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติดของประเทศไทย และบางส่วนของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและกฎหมายของทางราชทัณฑ์ ซึ่งนโยบายดังกล่าวเป็นมาตรการที่สามารถทำให้ผู้กระทำความผิดที่มีระดับของการกระทำความผิดน้อย สามารถเข้าสู่การใช้มาตรการทางเลือกที่รุนแรงน้อยกว่า และส่งผลต่อการปรับปรุงพฤติกรรมและการกลับเข้าสู่สังคมได้ดีกว่า รวมทั้งลดปริมาณคนเข้าสู่เรือนจำได้เป็นอย่างดีอีกด้วย

วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัยในครั้งนี้ ได้แก่

(1) เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับคดียาเสพติดในประเทศต่าง ๆ ได้แก่ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศเนเธอร์แลนด์ ประเทศสวีเดน สหราชอาณาจักร ประเทศนิวซีแลนด์ ประเทศโปรตุเกส และประเทศแคนาดา เปรียบเทียบกับมาตรการของกฎหมายของไทย

(2) เพื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบการบังคับใช้กฎหมายยาเสพติด ของประเทศไทยและต่างประเทศ ว่ามีประสิทธิภาพ และเป็นไปตามมาตรฐานการปฏิบัติที่เหมาะสมต่อผู้ต้องขังฉบับต่าง ๆ ของสหประชาชาติ และบรรลุวัตถุประสงค์ของการลดความรุนแรงในการบังคับคดียาเสพติดหรือไม่เพียงใด

(3) เพื่อนำผลการศึกษาไปเป็นข้อเสนอแนะ ในการแก้ไขปรับปรุงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติดของประเทศไทย เพื่อให้เป็นไปตามมาตรฐานระหว่างประเทศ และนำเสนอกระบวนการยุติธรรมทางเลือกเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์การลดความรุนแรงในการบังคับคดียาเสพติดของประเทศต่อไป

2. ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการลดความรุนแรงในคดียาเสพติด

เมื่อพิจารณาถึงองค์ประกอบทางทฤษฎีอาญาที่เกี่ยวข้องกับการลดความรุนแรงในคดียาเสพติด (Harm Reduction) พบว่าประกอบไปด้วยแนวคิดทฤษฎีทางอาญาที่เกี่ยวข้องอีกหลายเรื่อง ได้แก่

(1) การลดความรุนแรงหรือลดอันตรายจากยาเสพติด (Harm Reduction on Narcotic Drugs) มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อลดความเป็นอาชญากรรมของการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดที่เล็กน้อย เพื่อลดการใช้มาตรการบังคับโทษ รวมถึงหันไปใช้มาตรการทางเลือกแทนการจำคุก เพื่อเป็นการช่วยเหลือผู้ป่วยในคดียาเสพติดให้ไม่ต้องจองจำ เข้าถึงมาตรการบำบัดรักษา และมีโอกาสกลับมาใช้ชีวิตในสังคมได้อีกครั้ง⁵

(2) การทำให้ไม่เป็นความผิดอาญา (Decriminalization) หมายถึง การที่จะไม่ดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดในระดับเล็กน้อย เช่น ครอบครองเพื่อเสพ หรือผู้กระทำความผิดที่เป็นผู้ป่วยที่ต้องบำบัดทางการแพทย์โดยใช้ยาเสพติด เสพยาเสพติดเพื่อความบันเทิงในบางประเทศในยุโรป การครอบครองยาเสพติดบางประเภทที่ไม่มีความร้ายแรงหรือสามารถใช้ในทางการแพทย์ได้ในปริมาณไม่เกินที่กฎหมายกำหนด รวมถึงการนำยาเสพติดไปใช้ประโยชน์ค้นคว้าวิจัยทางการแพทย์ การกระทำเหล่านี้ไม่ถือว่าเป็นการกระทำ

⁵ Tiago S Cabral, *The 15th anniversary of the Portuguese drug policy: Its history, its success and its future* (USA : SAGE, January 1, 2017) . Retrieved from <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/2050324516683640>

ความผิดอาญาหรือความผิดทางปกครองเกี่ยวกับยาเสพติด^{6,7}

(3) **การเปิดเสรียาเสพติด (Drug Liberalization)** หมายถึง การกำจัดหรือลดการบังคับตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติดให้โทษ โดยการบัญญัติกฎหมายทำให้การใช้และครอบครองยาเสพติดถูกต้องตามกฎหมาย (Re-legalization) และไม่ถือว่าการกระทำเหล่านั้นเป็นอาชญากรรม^{8,9}

(4) **การทำให้ยาเสพติดถูกต้องตามกฎหมาย (Drug Legalization)** หมายถึง การต้องไม่มีมาตรการห้ามการแจกจ่าย การขายและการใช้ยาเสพติดให้โทษทั้งหมดที่ระบุในกฎหมายปัจจุบัน ลบการควบคุมของรัฐบาลทุกรูปแบบ และหันมาใช้มาตรการทางกฎหมายต่าง ๆ ที่ทำให้ยาเสพติดถูกต้องตามกฎหมายภายใต้ระบบการควบคุมของรัฐบาล ซึ่งมาตรการดังกล่าวมักจะเป็นมาตรการของฝ่ายปกครองมากกว่ามาตรการทางอาญา เช่น ใหยาเสพติดเป็นสินค้าควบคุมฉลาก การกำหนดอายุของผู้ใช้ยา การขอใบอนุญาตในการจำหน่ายยาเสพติด หรือการอนุญาตให้เสพยาภายใต้การควบคุมดูแลของแพทย์หรือเภสัชกร เป็นต้น^{10,11}

(5) **การลดความรุนแรงให้น้อยที่สุด (Harm Minimization)** หมายถึง แนวนโยบายการลดความรุนแรงในการดำเนินคดียาเสพติดให้น้อยที่สุด เป็นการผันคดียาเสพติดระดับเล็กน้อยออกจากความผิดจากเสพติดระดับสูง โดยใช้มาตรการทางสาธารณสุขเป็นหลัก เพื่อรองรับการบำบัดรักษาผู้ป่วยหรือต้องพึ่งพายาเสพติด อย่างไรก็ตาม แนวคิดดังกล่าวยังถือว่าการครอบครองยาเสพติดทุกประเภทก็ยังคงเป็นความผิดที่ต้องดำเนินคดีอยู่ แต่ได้นำเสนอมาตรการคู่ขนานเพื่อรองรับการบำบัดรักษาผู้กระทำความผิดที่เป็นผู้ป่วยเป็นหลัก¹²

3. ประเภทต่างๆ ของมาตรการลดความรุนแรงในคดียาเสพติด

ส่วนประเภทต่าง ๆ ของมาตรการลดความรุนแรงในคดียาเสพติดที่มีใช้ทั่วโลก โดยสรุปสามารถจำแนกได้โดยสรุปดังต่อไปนี้

1. การจำแนกประเภทของยาเสพติด ให้แยกออกจากกันระหว่างยาเสพติดระดับสูงหรือยาเสพติดหนัก (Hard Drugs) ยาเสพติดระดับเล็กหรือยาเสพติดเบา (Soft Drugs) ทั้งนี้เนื่องจากการศึกษาปรากฏว่ากฎหมายของประเทศในภูมิภาคยุโรป ได้แก่ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศเนเธอร์แลนด์ และประเทศสวิตเซอร์แลนด์

⁶ Portugal Country Drug Report 2018, (EU : EMCDDA, 2018) Retrieved from http://www.emcdda.europa.eu/countries/drug-reports/2018/portugal/drug-laws-and-drug-law-offences_en.

⁷ Chantal Collin, *Switzerland's Drugs Policy* (Canada : Parliament of Canada, 2015) Retrieved from <http://www.parl.gc.ca/Content/SEN/Committee/371/ille/library/collin1-e.htm>.

⁸ The Netherlands Drug Control Data and Policies: Drugs War Facts. Get The Facts. (Drug War Facts.org, 2015) Retrieved from <http://www.drugwarfacts.org/cms/The+Netherlands+sthash.nnTgae4S.dpbs>.

⁹ Portugal Country Drug Report 2018, (LISBON : EMCDDA, 2018) Retrieved from http://www.emcdda.europa.eu/countries/drug-reports/2018/portugal/drug-laws-and-drug-law-offences_en.

¹⁰ Greenwald, Glenn, "Drug Decriminalization in Portugal: Lessons for Creating Fair and Successful Drug Policies" (pdf). (Cato Institute, 2015)

¹¹ Portugal Country Drug Report 2018, (LISBON : EMCDDA, 2018) Retrieved from http://www.emcdda.europa.eu/countries/drug-reports/2018/portugal/drug-laws-and-drug-law-offences_en.

¹² Harm Reduction & Illicit Substance Use Implications for Nursing, (Canada : Canadian Nurses Association, 2017). Retrieved from www.cna-aiic.ca.

ได้มีนโยบายในการใช้มาตรการทางกฎหมายสำหรับผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดระดับเล็ก (Soft Drugs Offender) เพื่อลดอัตราส่วนโทษ Harm Reduction และหันไปใช้มาตรการบังคับโทษทางเลือกนอกจากจำคุก เช่น ฟันฟุบำบัดรักษา คุมประพฤติ ฝึกอบรม พักการลงโทษ หรือโทษอื่น ๆ ทำนองเดียวกัน เพื่อลดจำนวนผู้ต้องขังในเรือนจำ ให้เหลือเฉพาะผู้กระทำความผิดโทษหนัก (Hard Drugs Offender) เท่านั้น¹³

2. การแจกเข็มฉีดยาในแผนปฏิบัติการ (Needle Supply Program (NSPs)) เมื่อพิจารณาจากรายงานของ Harm Reduction International ฉบับนี้ ทุกประเทศมีนโยบายในการแจกเข็มฉีดยาแก่ผู้ป่วยหรือผู้ที่ต้องพึ่งพายาเสพติด หลายประเทศในสหภาพยุโรปกำหนดให้การแจกเข็มฉีดยาเป็นนโยบายมาตรฐานที่สามารถกระทำตามกฎหมายได้ในที่สาธารณะ กล่าวคือ สามารถจำหน่ายหรือแจกได้ตามสถานพยาบาล ร้านขายยา ห้างบริโภคยาเสพติด และแม้แต่การจ่ายเข็มผ่านตู้หยอดเหรียญสาธารณะ แต่บางประเทศกำหนดในจ่ายเข็มฉีดยาเฉพาะในสถานพยาบาล สำหรับผู้ป่วยหรือต้องพึ่งพายาเสพติดที่ผ่านกระบวนการผันคือออกจากกระบวนการยุติธรรม (Diversion) หรือผู้ต้องถูกคำสั่งศาลให้ได้รับการบังคับบำบัดรักษาในสถานพยาบาลเท่านั้น¹⁴ ประเทศเหล่านี้ได้แก่ สหรัฐอเมริกา และ ไทย

3. การบำบัดรักษาด้วยฝิ่น (Opioid Substitution Treatment (OST)) ในสหภาพยุโรป ได้รับการบัญญัติให้เป็นมาตรการทางเลือกแทนการจำคุก ที่ศาลในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปสามารถพิจารณาให้ผู้ที่ป่วยหรือต้องพึ่งพายาเสพติด ให้ได้รับการบำบัดรักษาแทนที่ในสถานพยาบาล โดยไม่ต้องโทษจำคุกหรือปรับ สำหรับประเทศไทย ปรากฏในรายงานฉบับดังกล่าวว่า มีการบำบัดรักษาด้วยฝิ่น นั้นหมายถึง เมื่อผู้กระทำความผิดยาเสพติดได้รับคำสั่งศาลให้ได้รับการบังคับบำบัด ตามแนวทางของพระราชบัญญัติฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติดแล้ว เขาเหล่านั้นก็จะได้รับการบำบัดโดยการให้ฝิ่นหรือสารเสพติดเทียบเท่าในสถานพยาบาลที่เข้ารับการบังคับบำบัด¹⁵

4. การจัดตั้งห้องบริโภคนยาเสพติด (Drug Consumption Room (DCRs)) อย่างน้อย 1 ห้อง ประเทศในสหภาพยุโรปที่ทำการศึกษามากที่สุดประเทศแคนาดา มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายว่าให้มีห้องบริโภคนยาเสพติด ภายใต้การควบคุมดูแลของหน่วยงานสาธารณสุขของรัฐ หรือภาคเอกชนที่ได้รับการมอบหมาย โดยผู้ที่มาใช้บริการห้องเสพยาเสพติด จะต้องเป็นผู้ป่วยหรือผู้ต้องพึ่งพายาเสพติด ที่ได้ทำการขึ้นทะเบียนกับหน่วยงานของรัฐ หรือบางประเทศอาจขยายความไปถึงประชาชนทั่วไปที่ต้องการเสพยาเสพติดที่เป็นอันตรายน้อย เช่น กัญชา ให้สามารถเข้าถึงห้องบริโภคนยาเสพติดได้¹⁶ อย่างไรก็ตาม ประเทศสหรัฐอเมริกา โปรตุเกส นิวซีแลนด์ และไทย จากรายงานไม่พบว่ามีการจัดตั้งห้องบริโภคนยาเสพติดตามกฎหมาย

¹³ กอบกุล จันทวร และคณะ, รายงานการศึกษาและข้อเสนอทางกฎหมายสำหรับผู้กระทำความผิดคดียาเสพติด เพื่อเป็นข้อเสนอในการประชุมสหประชาชาติสมัยพิเศษ UNGASS, 2-3. และ “Word Drug report, 2006, Chapter 2.3”. (UN : UNODC, 2006). Retrieved 2011-04-20 from Unodc.org

¹⁴ EMCDDA. Sweden Drug Report 2018. (Lisbon: European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, 2018) Retrieved from http://www.emcdda.europa.eu/publications/country-drug-reports/2018/sweden_en

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

5. การแจกยาสุดคม Naloxone เพื่อการบำบัด จากรายงานฉบับนี้มีเพียงบางประเทศเท่านั้นที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าให้สามารถใช้สารสุดคม Naloxone ในกระบวนการบำบัดรักษาได้ เช่น ประเทศเดนมาร์ก สหรัฐอเมริกา และแคนาดา และบางกรณียังมีการแจกสารดังกล่าวให้ไปสุดคมที่บ้านเพื่อบำบัดความเจ็บปวดอีกด้วย ส่วนประเทศอื่นมิได้บัญญัติรับรองการรักษาแบบดังกล่าว อาจเป็นเพราะไม่มีการปลูกหรือผลิตสาร Naloxone ในภูมิภาคหรือประเทศดังกล่าวก็ได้¹⁷

6. การบำบัดรักษาด้วยฝิ่นในเรือนจำ นโยบายดังกล่าวเกิดขึ้นในประเทศที่มีการประกาศให้มีการบำบัดรักษาตามกฎหมายด้วยฝิ่นได้ และใช้การแจกเข็มฉีดยาตามกฎหมาย (NSPs) ได้อยู่แล้ว กล่าวคือ มีเรือนจำของประเทศเหล่านั้นประสบปัญหาผู้ต้องขังพ่ายยาเสพติดในเรือนจำจำนวนมาก จึงได้จัดให้มีนโยบายแจกเข็มฉีดยาในเรือนจำ เพื่อลดปัญหาเสพติดในเรือนจำได้ทางหนึ่ง¹⁸ ซึ่งทุกประเทศที่ทำการศึกษายกเว้นประเทศไทย ได้จัดให้มีการแจกเข็มฉีดยาในเรือนจำ ทั้งนี้ การไม่มีการแจกเข็มฉีดยาดังกล่าวอาจเป็นเพราะปัญหาเรื่องสารเสพติดในบรรดาผู้ต้องขังที่แจกนั้นจัดอยู่ในบัญชียาเสพติดให้โทษระดับต้น ๆ เช่น ฝิ่น โคเคน หรือแม้แต่มกัญชาในประเทศไทยก็ยังอยู่ในบัญชียาเสพติดให้โทษประเภทที่ 5 และความกังวลในปัญหากระบวนการค้ายาเสพติดในเรือนจำที่อาจเพิ่มขึ้นเพื่อนำมาตรการดังกล่าวไปใช้ ดังนั้นเพื่อไม่ให้เกิดประเด็นข้อโต้แย้งทางกฎหมายจึงไม่แจกเข็มฉีดยาในเรือนจำในที่สุด

7. ห้องบริโภคนยาเสพติดในเรือนจำ จากศึกษามีเพียงไม่กี่ประเทศเท่านั้นที่จัดให้มีห้องบริโภคนยาเสพติด (DCRs) ในเรือนจำ ได้แก่ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สวิตเซอร์แลนด์ และแคนาดา ทั้งนี้อาจเป็นเพราะอุปสรรคในเรื่องประเภทของยาเสพติดหรือสารเสพติดที่ใช้บำบัดในห้องบริโภคนยาเสพติดว่าจะเสี่ยงต่อการเข้าไปส่งเสริมการบริโภคนยาเสพติดของนักโทษในเรือนจำให้มากขึ้นหรือไม่¹⁹

4. มาตรการทางกฎหมายเพื่อลดความรุนแรงในคดียาเสพติดของแต่ละประเทศ

ผลการศึกษาเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายเพื่อลดความรุนแรงในการบังคับใช้ยาเสพติดในประเทศต่าง ๆ ปรากฏดังต่อไปนี้

(1) สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

นโยบายเกี่ยวกับยาเสพติดของเยอรมนีว่าถูกแบ่งออกเป็นสี่แนวทาง ได้แก่ การป้องกัน การบำบัดรักษา การช่วยเหลือผู้ติดยาเสพติด และการดำเนินคดี²⁰

¹⁷ Drug Decriminalization in Portugal, Learning from a Health and Human-Centered Approach. Drug Policy Alliance, NY USA.<pdf>. www.drugpolicy.org page 5.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ EMCDDA, New Psychoactive Substances in Prison (Lisbon:European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, 2018)

²⁰ Torsten Verrel., Kriminologisches Seminar, Rechts und Staatswissenschaftliche. (Allemande : Fakultät, Universität Bonn, 2015)

ความสำคัญของการป้องกัน ได้แก่ การใช้มาตรการใด ๆ ก็แล้วแต่ เพื่อไม่ให้บุคคลเข้าไปสู่ขั้นตอนของการดำเนินคดี กล่าวคือ บุคคลนั้นเป็นผู้ที่ต้องพึ่งพายาเสพติดอย่างหนัก (Drugs Dependencies) และไม่สามารถแก้ไขปัญหาได้ จึงต้องเข้าสู่กระบวนการดำเนินคดีในที่สุด อนึ่ง เป็นหน้าที่ของครอบครัวที่ต้องมีส่วนร่วมในการป้องกันไม่ให้บุคคลเข้าไปเกี่ยวข้องกับยาเสพติด และภาคสังคมต้องเข้าไปเกี่ยวข้องกับการให้ความรู้กับประชาชน โดยเฉพาะที่เป็นเด็กและเยาวชน ไม่ให้ไปเกี่ยวข้องกับยาเสพติด และอธิบายให้รู้ถึงพิษภัยเกี่ยวกับยาเสพติด รวมถึงอธิบายถึงสารเสพติดตัวไหนที่เสพติดได้หรือเสพติดไม่ได้ตามกฎหมาย เพื่อวัตถุประสงค์ในการลดความประสงค์และต้องการยาเสพติด²¹

การป้องกัน และการฟื้นฟูบำบัด ถือว่าเป็นกระบวนการลดทอนอาชญากรรม (Crime Reduction) ในเยอรมนี มาตรการที่เป็นไปในแนวทางดังกล่าวได้แก่ การที่รัฐให้ยาเสพติดแก่บุคคลเพื่อรักษา หรือ Drugs Substitute Treatment เช่น Methadone Program โครงการก่อตั้ง “ห้องเสพยา” หรือ Injection Room หรือการอนุญาตให้เสพยา Heroin ภายใต้การควบคุมของเจ้าหน้าที่รัฐ²²

ส่วนแนวทางที่ 3 รัฐบาลจัดให้มีระบบการให้บริการช่วยเหลือแก่ผู้ป่วยที่ติดยาเสพติดในประเทศเยอรมนี ส่วนใหญ่เป็นโครงสร้างการทำงานของรัฐที่มีการกระจายความรับผิดชอบหน่วยงานหรือสถาบันต่างๆ โดยโปรแกรมที่เสนอความช่วยเหลือและให้คำปรึกษาแก่ผู้ป่วยที่ติดยาเสพติด การให้บริการให้คำแนะนำเยาวชนในโรงเรียน ชุมชน และสถานประกอบการสาธารณะที่มีการจ้างงาน โดยทำงานควบคู่ไปกับระบบการดูแลสุขภาพของหน่วยงานสาธารณสุขของรัฐ²³

หน่วยงานระดับเทศบาลหรือระดับภูมิภาคที่ให้ความช่วยเหลือผู้ติดยาเสพติด เกี่ยวข้องกับวิชาชีพที่หลากหลาย ไม่เพียงแต่สิ่งอำนวยความสะดวกผู้ป่วยจำนวนมากในสถานพยาบาลและองค์กรด้านการดูแลสุขภาพอื่น ๆ แต่ยังมียุทธศาสตร์ที่ให้ความช่วยเหลือในด้านอื่น ๆ ซึ่งทำงานทับซ้อนกับงานที่องค์กรดังกล่าวรับผิดชอบ ซึ่งรวมถึงโรงเรียน บริษัท สโมสรกีฬา สถาบันเทรนนิ่งสันทนาการ และงานสังคมสงเคราะห์ ที่ให้คำปรึกษาผู้ปกครองนายจ้าง รวมถึงการจัดโครงการฝึกอบรมอาชีพ²⁴

ส่วนแนวทางที่ 4 การดำเนินคดีอาญากับผู้เสพยาเสพติด กฎหมายยาเสพติดของเยอรมนี หรือ “Betäubungsmittelgesetz”, BtMG เป็นมาตรการทางกฎหมายที่มีบทลงโทษสำหรับผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดประเภทที่ผิดกฎหมายทุกประเภท ยกเว้นแต่การเสพยา วัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับดังกล่าวได้แก่ การขจัดการเคลื่อนย้ายและจำหน่ายยาเสพติดทุกรูปแบบอย่างสมบูรณ์ โดยการดำเนินคดีกับผู้นำเข้าและจำหน่าย และการดำเนินคดีกับผู้ครอบครองยาเสพติดโดยคำนึงถึงปริมาณยาในครอบครอง อย่างไรก็ดี

²¹ Germany Drug Report 2018, (Lisbon : EMCDDA, 2018) Retrieved from http://www.emcdda.europa.eu/countries/drug-reports/2018/germany/drug-laws-and-drug-law-offences_en

²² กอบกุล จันทโร และคณะ, รายงานการศึกษาและข้อเสนอทางกฎหมายสำหรับผู้กระทำความผิดติดยาเสพติด เพื่อเป็นข้อเสนอในการประชุมสหประชาชาติสมัยพิเศษ UNGASS (กรุงเทพฯ: สำนักกิจการในพระตำหนักพระเจ้านานเธอ พระองค์เจ้าพัชรกิติยาภา, 2559), 77.

²³ National Strategy on Drug and Addiction Policy. (Berlin : Federal Ministry of Health, 2012, February) Retrieved January 10, 2020 from https://www.drogenbeauftragte.de/fileadmin/dateien-dba/Drogenbeauftragte/2_Themen/1_Drogenpolitik/Nationale_Strategie_Druckfassung_EN.pdf

²⁴ Ibid.

กฎหมายของเยอรมนีไม่ได้อนุญาตให้บุคคลปลูกและใช้ยาเสพติดบางประเภท อย่างเช่น กัญชา (Cannabis) และมาตรการบังคับทางอาญา จะไม่นำมาใช้ในการครอบครอง และส่งมอบยาเสพติด ในปริมาณที่พึงสันนิษฐานว่าจะใช้เพื่อการเสพ และในบางกรณีอาจมีการลดทอนอัตราส่วนการลงโทษหรือหยุดการบังคับโทษได้ เมื่อบุคคลได้ผ่านการบำบัดรักษาแล้ว เช่นนี้เป็นการใช้มาตรการบำบัดรักษา แทนการดำเนินคดี²⁵

(2) สาธารณรัฐฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสมีการกำหนดยุทธศาสตร์และงบประมาณในการควบคุมยาเสพติดแห่งชาติของฝรั่งเศส ได้แก่ MILDECA (La mission interministérielle de lutte contre la drogue et les conduits addictives) หรือคณะกรรมการรัฐมนตรีเพื่อต่อต้านยาเสพติดและพฤติกรรมการเสพติด²⁶ โดยประกาศ Décret n° 2014-322 du 11 mars 2014²⁷ MILDECA มีภารกิจที่จะดำเนินนโยบายต่อสู้กับยาเสพติด และพฤติกรรมเสพติด อยู่ภายใต้อำนาจของนายกรัฐมนตรีประสานการทำงานระหว่างงานภาครัฐในการต่อสู้กับการใช้งานที่เป็นอันตราย สารออกฤทธิ์ทางจิตและพฤติกรรมเสพติด โดยจะเน้นในด้านการลดอุปทานมากกว่าการลดความต้องการ²⁸ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านการสังเกตข้อมูลและการป้องกันดูแลและลดความเสี่ยงต่อสุขภาพและความเสียหายทางสังคม การต่อสู้กับการค้ามนุษย์ การวิจัยและฝึกอบรม โดยดำเนินการร่วมกับสำนักเลขาธิการทั่วไปฝ่ายกิจการยุโรป และกระทรวงการต่างประเทศ มีเพื่อยกระดับฝรั่งเศสในการต่อสู้กับยาเสพติด และพฤติกรรมเสพติด ในสหภาพยุโรปและระดับนานาชาติ²⁹

ในส่วนของบริษัทนิติแห่งกฎหมายที่กำหนดมาตรการในการดำเนินคดี พนักงานอัยการต้องตรวจสอบให้แน่ใจว่าการที่ผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำความผิดตามที่ผู้ถูกกล่าวหาจริง และได้รับการสืบสวนของตำรวจอย่างถูกต้อง โดยในรัฐบัญญัติว่าด้วยสุขภาพของฝรั่งเศสมาตรา L.3421-1 กำหนดว่า การใช้สารหรือพิษอย่างใดอย่างหนึ่งที่เกิดกฎหมายซึ่งจัดเป็นยาเสพติด จะมีโทษจำคุกหนึ่งปีและปรับ 3,750 ยูโร นอกจากนั้นผู้กระทำความผิดจะต้องเข้ารับการฝึกอบรมเพื่อสร้างความตระหนักเกี่ยวกับอันตรายของการใช้ยาเสพติด ตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 131-35-1³⁰

แต่ในกรณีที่การกระทำความผิดที่น้อยกว่าระดับข้างต้น ให้ดำเนินการตามมาตรา 495-1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศฝรั่งเศส กล่าวคือ พนักงานอัยการอาจไม่เห็นแก่ศาลอาญาที่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 315-5 ที่บัญญัติว่าเมื่อความผิดถูกลงโทษจำคุก ศาลอาจ

²⁵ กอบกุล จันทวโร และคณะ, รายงานการศึกษาและข้อเสนอทางกฎหมายสำหรับผู้กระทำผิดคดียาเสพติด เพื่อเป็นข้อเสนอในการประชุมสหประชาชาติสมัยพิเศษ UNGASS, 77.

²⁶ Entretien avec la nouvelle présidente de la Mildt–Changement de cap sur la lutte contre la drogue et la toxicomanie [archive] repris du Quotidien du Médecin sur le site Salle de consommation. 24 septembre 2012. Et Nomination de la présidente de la Mildt : une politique équilibrée des addictions [archive] sur le site de la Fédération Addiction.

²⁷ Décret n° 2014-322 du 11 mars 2014 relatif à la mission interministérielle de lutte contre les drogues et les conduites addictives.

²⁸ Décret n° 2014-322 du 11 mars 2014 Article 1.

²⁹ Décret n° 2014-322 du 11 mars 2014 Article 3.

³⁰ Code de la sante publique Article L3421-1 Modifié par Loi n°2007-297 du 5 mars 2007–art. 48 JORF 7 mars 2007.

กำหนดโทษวันปรับ โดยให้จ่ายเงินจำนวนซึ่งเป็นผลมาจากการกำหนดโดยผู้พิพากษาพิจารณาจากรายได้ต่อวันของจำเลย แต่ต้องไม่เกิน 1,000 ยูโร โดยจำนวนวันที่ปรับนั้นจะมากน้อยเพียงใดพิจารณาจากสถานการณ์และระดับความรุนแรงของความผิดนั้น แต่ต้องไม่เกินสามร้อยหกสิบวัน³¹

ส่วนมาตรการการป้องกันและการบำบัดรักษาในฝรั่งเศส ได้แก่ การแจกเข็มฉีดยาที่ไม่จำกัด ได้รับการอนุมัติในร้านขายยา สถานประกอบการด้านการรักษาพยาบาล และสถานประกอบการที่ขายอุปกรณ์ทางการแพทย์ ศัลยกรรมและทันตกรรม เป็นไปตามข้อกำหนดกระทรวงสาธารณสุขของฝรั่งเศสที่ระบุไว้ใน มาตรา D 3121-27 แห่งประมวลกฎหมายสาธารณสุขฝรั่งเศส การให้เข็มฉีดยาและเข็มแก่ผู้เยาว์ได้รับอนุญาตตามใบสั่งแพทย์เท่านั้น³²

(3) ประเทศเนเธอร์แลนด์

นโยบายยาเสพติดของประเทศเนเธอร์แลนด์มีวัตถุประสงค์หลัก 4 ประการคือ เพื่อการรักษาและฟื้นฟูผู้เสพยาเสพติด เพื่อลดอันตรายต่อผู้ใช้ เพื่อลดความรำคาญของประชาชนโดยผู้ใช้ยาเสพติด และเพื่อต่อสู้กับการผลิตและการค้ายาเสพติดเพื่อการสันติภาพ³³

มาตรการลดความรุนแรงของการดำเนินคดียาเสพติดในประเทศเนเธอร์แลนด์ ใช้หลักการ **การไม่บังคับใช้กฎหมายยาเสพติด (Non-enforcement)** โดยมีตัวชี้วัดในการเลือกใช้มาตรการคือ ความรุนแรงของสารเสพติดที่ครอบครอง³⁴ กล่าวคือ กฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติดของประเทศเนเธอร์แลนด์ ได้แก่ รัฐบัญญัติปี ค.ศ.1919 Opium Act of 1919 และได้มีการแก้ไขรัฐบัญญัติดังกล่าวในปี ค.ศ.1976 โดยมีใจความสำคัญในการแก้ไขคือ จำแนกยาเสพติดให้โทษ (Hard Drugs) ออกจากยาเสพติดเพื่อเสพหรือรักษา (Soft Drugs) และกำหนดระดับความเสี่ยงของการใช้ยาแต่ละประเภท โดยในรัฐบัญญัติว่าด้วยปี ค.ศ. 1976 จำแนกยาเสพติดประเภทใดก่อให้เกิดความเสี่ยงที่สังคมรับไม่ได้ จะเรียกว่า Hard Drugs ส่วนยาเสพติดที่สามารถใช้ในการบำบัดและการทดลองได้ เช่น กัญชา เรียกว่า Soft Drugs³⁵

นโยบายของรัฐนิยมนายยาเสพติดชนิดอ่อน ในขณะที่ให้ระงับการขาย การไหลเวียน และการใช้ยาเสพติดชนิดหนัก แยกออกจากกันอย่างชัดเจน มีประสิทธิภาพ และสถานประกอบการที่ได้รับอนุญาตให้ขายยาประเภทอ่อนภายใต้การควบคุมจากรัฐ เรียกว่า ร้านกาแฟ³⁶ กฎหมายที่บัญญัติขึ้นในเดือนมกราคม

³¹ Ibid, 20.

³² Ibid, 81.

³³ EMCDDA. National report 2007: Netherlands. (EU : EMCDDA, 2018).. Retrieved from <http://www.emcdda.europa.eu/htkl.cfm/index61221.html>.

³⁴ Alcohol, tobacco among riskiest drugs. (2007, March-24) (USA: MSNBC). Retrieved 2018, April-20 from <http://www.nbcnews.com/id/17760130/ns/health-addictions/t/alcohol-tobacco-make-top-list-risky-drugs/#.XhwQRsgZPZ>

³⁵ The Netherlands Drug Control Data and Policies : Drugs War Facts. (Get The Facts Drug War Facts.org, 2015). Retrieved from <http://www.drugwarfacts.org/cms/The+Netherlands#sthash.nnTgae4S.dpbs>.

³⁶ Toleration policy regarding soft drugs and coffee shops. (2018) (NL : Ministry of Security and Justice) . Retrieved 2018, January 15 from <http://www.nbcnews.com/id/17760130/ns/health-addictions/t/alcohol-tobacco-make-top-list-risky-drugs/#.XhwQRsgZPZ>.

ค.ศ.2013 บังคับควบคุมร้านค้ากาแฟที่ค้ายาเสพติดประเภทอ่อน³⁷ การครอบครองยาชนิดอ่อนสำหรับการใช้ส่วนตัว ในปริมาณที่ต่ำกว่าเกณฑ์บางอย่าง เช่น ครอบครองกัญชาจำนวน 5 ต้นกัญชา เป็นที่ยอมรับได้ แต่ปริมาณที่มากขึ้นหรือการครอบครองยาเสพติดชนิดแข็งอาจนำไปสู่การดำเนินคดียาเสพติดฐานครอบครองเพื่อจำหน่าย³⁸ และรัฐบาลได้อนุมัติให้ออกกฎหมายเพื่อให้รับรองการปลูกพืชเสพติด ปลายปี ค.ศ.2017 รัฐบาลประกาศว่าจะพยายามที่จะทดลองใช้ระบบใหม่ในบางเมืองที่ร้านค้ากาแฟจะถูกกฎหมายได้รับพืชเสพติดจากผู้ปลูกที่ได้รับใบอนุญาตจากรัฐ³⁹

(4) ประเทศสวิตเซอร์แลนด์

ในปี ค.ศ.1990 สวิตเซอร์แลนด์นำมาตรการใหม่มาใช้เพื่อลดปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการใช้ยาเสพติด และนำกลยุทธ์ยาเสพติดแห่งชาติใหม่ ได้แก่ การลดอันตราย Harm Reduction ซึ่งนำไปสู่การสร้างแนวทางในการบูรณาการการทำงานในการแก้ไขปัญหาเสพติดร่วมกันระหว่างรัฐและเอกชน และเมื่อวันที่ 20 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1991 รัฐบาลกลางสวิสได้ประกาศใช้มาตรการ “ProMeDro” เพื่อดำเนินการตามนโยบายลดความรุนแรงของอาชญากรรมยาเสพติด โดยโครงการดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อ (1) เพื่อลดจำนวนผู้ใช้ยาเสพติด และเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดยาเสพติดเพิ่มขึ้น (2) ผลักดันให้ผู้ใช้ยาเสพติดเอาชนะตนเอง จากการผ่านการบำบัดและการกลับคืนสู่สังคม และ (3) ปรับปรุงสภาพความเป็นอยู่และสุขภาพของผู้ใช้ยาเสพติด เพื่อลดอันตรายและเพื่อรักษาบูรณาการทางสังคม⁴⁰

รัฐบัญญัติการควบคุมการค้ายาเสพติด ค.ศ.1996 โดยกำหนดให้มีมาตรการควบคุมวัตถุดิบที่เป็นสารตั้งต้นในการผลิตยาเสพติด ตั้งแต่นั้นสารตั้งต้นในการผลิตและการเตรียมการที่มีได้รับผลกระทบได้แก่ มอร์ฟีน โคเคน และ กัญชา (รัฐบัญญัติยาเสพติด มาตรา 1)⁴¹ และได้มีการอนุมัติให้กำหนดให้ผู้บริโภคใช้กัญชาจำนวนน้อยแทนการเปิดคดีอาญาอย่างเป็นทางการ ดังนั้นสวิตเซอร์แลนด์จึงเข้าร่วมกับประเทศที่กำลังเติบโตขึ้นโดยใช้รูปแบบการทำให้ไม่เป็นความผิดอาญา (Decriminalization)⁴²

³⁷ “Amsterdam ditches controversial ‘weed pass’ law”. (New York: Daily News) , Retrieved November 21, 2012 from <https://www.nydailynews.com/life-style/health/amsterdam-ditches-controversial-weed-pass-law-article-1.1205634>.

³⁸ Drugsbezit en drugshandel (in Dutch, “Possession and trade of drugs” (in Dutch), (2018). (NL : *Wet & Recht*) Retrieved 2018, January 15 from <https://www.nydailynews.com/life-style/health/amsterdam-ditches-controversial-weed-pass-law-article-1.1205634>.

³⁹ Nieuw kabinet staat proef met legale wietteelt toe (in Dutch) “New cabinet allows experiment with legal weed cultivation”. (2017, October 7) (NL : RTL News) Retrieved from <https://www.rtlnieuws.nl/nederland/politiek/artikel/3689326/nieuw-kabinet-staat-proef-met-legale-wietteelt-toe>.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid.

⁴² Rehm J and co..Feasibility, safety, and efficacy of injectable heroin prescription for refractory opioid addicts: a follow-up study. (London: Lancet, 2001, October) Retrieved 2018, January 30 from [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(01\)06529-1/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(01)06529-1/fulltext).

(5) ประเทศสหรัฐอเมริกา

รัฐบัญญัติสารควบคุมแม่แบบ ค.ศ.2016 (TITLE 18 Criminal Code ARTICLE 18) หรือ Uniform Controlled Substances Act of 2013 ของมลรัฐโคโลราโด ได้บัญญัติกฎหมายต่าง ๆ ที่เป็นการลดความรุนแรงในการดำเนินคดียาเสพติดสำหรับผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับพืชกัญชา หรือความผิดเล็กน้อยในคดียาเสพติด (Misdemeanors)

Criminal Code มาตรา 18-18-404 กำหนดการใช้สารควบคุมที่ผิดกฎหมาย (1) (a) ยกเว้นตามที่ระบุไว้เป็นอย่างอื่นสำหรับความผิดที่เกี่ยวข้องกับกัญชาและสารสกัดจากกัญชา ในมาตรา 18-18-406 และ 18-18-406.5 บุคคลใด ๆ ที่ใช้สารควบคุมโดยมีใบอนุญาตจากหน่วยงานรัฐหรือภายใต้การอนุญาตจากหน่วยงานรัฐ จะถือว่าเป็นการใช้สารเสพติดเพื่อประโยชน์ในการรักษาทางการแพทย์ และถือว่าเป็นการกระทำความผิดอาญาละเอียดระดับ 2 และ มาตรา 18-18-406 (III) (E) ความผิดเกี่ยวกับพืชกัญชาและสารสกัดจากกัญชา บัญญัติไว้ว่า ยาเสพติดระดับ 1 ละหุโทษถ้าความผิดเกี่ยวข้องกับพืชกัญชาไม่เกินหกเดือน ถือว่าเป็นความผิดละหุโทษระดับ 1

ส่วนบทบัญญัติเกี่ยวกับการลดความรุนแรงในคดียาเสพติดภายในมลรัฐ มลรัฐโคโลราโดได้วางแนวทางทำให้อาชญากรรมการครอบครองยาเสพติดที่ผิดทางอาญาทั้งหมดในรัฐลดลงเป็นความผิดละหุโทษ สถานิติบัญญัติมลรัฐโคโลราโดผ่านร่างกฎหมายที่สนับสนุนการนำผู้กระทำความผิดรายย่อยหรือคดียาเสพติดไปสู่กระบวนการสาธารณสุขแทนการดำเนินคดีอาญา ผู้ที่ถูกตัดสินว่าครอบครองยาเสพติด เช่น เฮโรอีนและ ecstasy สำหรับการใช้งานส่วนตัวจะต้องถูกจำคุกสูงสุดหกเดือนและต้องถูกคุมขังอีกสองปี แทนที่จะเป็นโทษสูงสุด 18 เดือน และกำหนดว่าการครอบครองยาเสพติดชนิดอื่น ๆ เพื่อใช้งานส่วนตัว ก็จะได้รับลดโทษและถือว่าเป็นความผิดเล็กน้อย⁴³

อย่างไรก็ดี กฎหมายดังกล่าวจะไม่กระทบกระเทือนหรือเปลี่ยนแปลงการดำเนินคดีกับความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดระดับสูง เช่น การครอบครองยาเสพติดเพื่อจำหน่าย นอกจากนั้น กฎหมายฉบับดังกล่าวอาจมีผลย้อนหลังในทางที่ให้คุณ ในการลดโทษให้แก่ผู้ครอบครองยาเสพติดเพื่อใช้งานส่วนตัวที่ถูกตัดสินก่อนหน้านี้ เปลี่ยนจากความผิดระดับสูงให้เป็นความผิดเล็กน้อย และมีการลดประวัติการตัดสินลงโทษความผิดระดับสูงที่ได้รับมาแล้วนั้นด้วย⁴⁴

(6) ประเทศนิวซีแลนด์

กฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติดในประเทศนิวซีแลนด์ เป็นตัวอย่างหนึ่งของมาตรการทางกฎหมายที่ขึ้นอยู่กับหลักฐานการปฏิบัติงานและการวิจัย ทั้งจากนิวซีแลนด์และทั่วโลกเกี่ยวกับวิธีที่ดีที่สุดในการลดอันตรายที่เกิดจากทั้งยาเสพติด⁴⁵ นโยบายทางกฎหมายยาเสพติดที่ได้รับการเสนอ ได้แก่ (1) ลดบทลงโทษทางอาญา

⁴³ 18-18-403.5 C.R.S.—Unlawful Possession of a Controlled Substance in Colorado, Level 1 Drug Felonies in Colorado (C.R.S. 18)

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Drugs Law Reform. (NZ : Drug Foundation, 2019) Retrieved January 2019 from <https://www.drugfoundation.org.nz/policy-and-advocacy/drug-law-reform/>.

สำหรับการครอบครองการใช้งาน และการจัดหาของยาเสพติดเพื่อประโยชน์ทางสังคมทั้งหมด (2) การพัฒนาตลาดกัญชากายใต้การควบคุมอย่างเคร่งครัด และ (3) เพิ่มทรัพยากรในการป้องกัน การศึกษา และการบำบัดรักษา⁴⁶

Misuse of Drugs Act 1975 มาตรา 7 กำหนดให้เจ้าหน้าที่ตำรวจไม่สามารถดำเนินการปรับได้ ถ้าเป็นการครอบครองของยาเสพติดระดับ C เช่น กัญชา ถ้าไม่ได้กระทำผิดอื่น ๆ ในเวลาเดียวกัน แต่ถ้ากระทำความผิดอย่างอื่นด้วย เช่น ชัดขวางการจับกุมหรือลักทรัพย์ จะมีการบังคับการปรับตามกฎหมายด้วย เมื่อไม่มีการกระทำผิดอื่น ๆ ตำรวจมีแนวโน้มที่จะใช้มาตรการกับผู้ครอบครองของยาเสพติดระดับ C ด้วยคำเตือนเปรียบเทียบปรับ อาจมีสิทธิได้รับการ “เบี่ยงเบน” หรือ “การผันคดี” (Diversion) โดยผู้กระทำความผิดอาจได้รับการพิจารณาปล่อยตัวโดยไม่มีการลงโทษ ผู้กระทำความผิดต้องถูกตัดสินว่ายาเสพติดในครอบครองในปริมาณที่สามารถใช้ประโยชน์ได้เท่านั้น ดังนั้นจึงไม่สามารถถูกตัดสินว่ามีการครอบครองได้⁴⁷ ถ้าเป็นการกระทำครั้งแรก ผู้กระทำความผิดอาจมีสิทธิได้รับคำสั่ง “การเบี่ยงเบน” กล่าวคือ ตำรวจยินยอมที่จะยกเลิกข้อกล่าวหาเมื่อยอมรับสารภาพและปฏิบัติตามเงื่อนไขบางประการ ซึ่งอาจรวมถึงการเข้าโปรแกรมเกี่ยวกับการบำบัดรักษา ยาเสพติด และเครื่องตีแอลกอฮอล์ หรือการทำงานบริการสังคมบางส่วน⁴⁸ โดยถือว่าการกระทำความผิดเล็กน้อย⁴⁹

(7) ประเทศโปรตุเกส

นโยบายด้านยาเสพติดของโปรตุเกสมีขึ้นในปี ค.ศ.2001 และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่เดือนกรกฎาคม ค.ศ.2001 กฎหมายฉบับใหม่ยังคงรักษาสถานะผิดกฎหมายในการใช้หรือครอบครองยาเสพติดเพื่อการใช้ส่วนบุคคลโดยไม่ได้รับอนุญาต การกระทำผิดกฎหมายก็เปลี่ยนไปจากความผิดทางอาญาการลงโทษที่เป็นไปได้กับเรือนจำคุกผู้บริหารถ้าจำนวนไม่เกินสิบวัน⁵⁰

João Goulão ผู้อำนวยการโครงการออกแบบมาตรการเพื่อแทรกแซงพฤติกรรมและแก้ปัญหาการติดยาเสพติดของโปรตุเกส ได้ทำงานร่วมกับผู้เชี่ยวชาญจากกระทรวงสาธารณสุข ผู้นำองค์กรพัฒนาเอกชน ผู้ใช้ยาและผู้ที่ถูกจองจำเพราะใช้ยา กลุ่มเยี่ยมชมศูนย์บำบัดยาที่ใหญ่ที่สุดในลิสบอน และไปเยี่ยมรถตู้จ่ายยาเมทาโดนซึ่งตั้งอยู่ทั่วเมือง เพื่อแสวงหามาตรการลดอันตราย และลดทอนความเป็นอาชญากรรมทางยาในโปรตุเกส โดยชูประเด็นการเรียนรู้จากวิธีการที่คำนึงถึงสุขภาพและมนุษย์เป็นหลัก⁵¹

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ CASE: [1990] 2 NZLR 275 (CA)–(1993) 10 CRNZ 61 (CA)–[1986] 1 NZLR 488 (CA)

⁴⁸ CASE: [1976] 2 NZLR 476 (CA)

⁴⁹ New Zealand Police, Police Adult Diversion Scheme Policy 13 (NZ: New Zealand Police, 2016), Retrieved January 26, 2018 from <http://www.police.govt.nz/sites/default/files/publications/adult-diversion-scheme-policy.pdf>, archived at <https://perma.cc/X7F6-P6BW>.

⁵⁰ EMCDDA: Drug policy profiles, Portugal. (Lisbon: EMCDDA. 2011-August 7) Retrieved July 27, 2014 from. http://www.emcdda.europa.eu/publications/drug-policy-profiles/portugal_en.

⁵¹ Ibid, 2-3.

กฎหมายยาเสพติดหลักในโปรตุเกสคือกฎหมายกฤษฎีกา 15/93 ของวันที่ 22 มกราคม ค.ศ.1993 ซึ่งกำหนดขอบเขตของกฎหมายที่ใช้บังคับกับการค้ามนุษย์และการบริโภคยาเสพติดและสารออกฤทธิ์ทางจิต⁵² นอกจากนี้ ยังมีกฤษฎีกาฉบับที่ 30/2000 บัญญัติเรื่องการลดการบริโภคยาเสพติดและการลดทอนความเป็นอาชญากรรมสำหรับการได้มาและการครอบครองยาเสพติดส่วนบุคคล⁵³ จุดมุ่งหมายของกฎหมายฉบับดังกล่าวเพื่อลดทอนความเป็นอาชญากรรมของการบริโภคการได้มาและการครอบครองเพื่อการใช้งานส่วนตัว อย่างไรก็ตาม ภายใต้อาณัติของกฎหมายฉบับดังกล่าวก็ไม่ได้รับรองว่ายาเสพติดหรือสารออกฤทธิ์ต่าง ๆ ทั้งหลายเหล่านี้ถูกต้องตามกฎหมายแต่อย่างใด ผู้ครอบครองยังคงถูกลงโทษด้วยค่าปรับทางปกครอง (coimas) จากการดำเนินคดีละเมิดทางปกครอง⁵⁴ และในปี ค.ศ.2014 ผลการดำเนินการตามแนวทางการดำเนินนโยบายยาเสพติดในโปรตุเกสซึ่งกำหนดให้การครอบครองยาเสพติดเพื่อการเสพหรือเพื่อบำบัดทางการแพทย์ส่วนบุคคลไม่ถือว่าเป็นการกระทำความผิดทางอาญา⁵⁵

ผู้ขายยาเสพติดและสารออกฤทธิ์ต่อจิตจะถูกนำเสนอต่อคณะกรรมการการศึดยาเสพติด (comissão para a dissuasão da toxicodependência) เพื่อพิจารณาว่าผู้นั้นเป็นผู้มีปัญหาติดยาเสพติดหรือไม่ คณะกรรมการจะมีความเห็นให้ดำเนินคดีตามกฎหมาย ต่อเมื่อผู้ขายมีพฤติกรรมที่ถือเป็นละเมิดต่อกฎหมายของฝ่ายบริหาร ไม่มีปัญหาเรื่องการติดยาเสพติดหรือไม่ใช่ผู้ป่วยที่แท้จริง หรือพิจารณาแล้วไม่เชื่อว่าไม่มีประวัติการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดก่อนหน้านี้ หรือมีพฤติกรรมไม่ยอมรับการวินิจฉัยเพื่อการบังคับบำบัดในทางกลับกัน คณะกรรมการการศึดยาเสพติดอาจมีคำสั่งยุติคดีและการส่งไปบังคับบำบัด หากบุคคลนั้นติดและมีประวัติการใช้งานยาเสพติดมาก่อน แต่ยอมรับคำแนะนำเพื่อขอการรักษา โดยอาจถูกยุติการดำเนินคดีเป็นเวลาไม่เกินสองปีหลังจากการตัดสินโดยคณะกรรมการ หลังจากนั้นจะมีการยุติการดำเนินคดีถาวร ถ้าหากบุคคลนั้นไม่ทำความผิดซ้ำ และไม่มีปัญหาการติดยาเสพติดอีก หรือหากผู้ใช้ที่ติดยาเสพติดได้ดำเนินการบำบัดรักษาสำเร็จแล้ว⁵⁶

(8) ประเทศแคนาดา

นโยบายด้านกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารจัดการการศึดยาเสพติดของประเทศแคนาดา ปรากฏใน “กลยุทธ์ยาเสพติดระดับประเทศของแคนาดา” ในปี ค.ศ.1997 ได้มีการกำหนดกลยุทธ์ในการบังคับใช้เกี่ยวกับยาเสพติดของแคนาดา โดยมีรูปแบบเป็นเสาหลักสี่เสาหลัก ได้แก่ การป้องกัน การบำบัดรักษา การใช้มาตรการลดความรุนแรง และมาตรการปราบปรามเป็นลำดับสุดท้าย⁵⁷

⁵² Portugal Country Drug Report 2018, (Lisbon : EMDCCA, 2018).Retrieved January 26, 2018 from http://www.emcdda.europa.eu/countries/drug-reports/2018/portugal/drug-laws-and-drug-law-offences_en.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Tiago S Cabral. The 15th anniversary of the Portuguese drug policy: Its history, its success and its future. (USA : SAGE, 2017) Retrieved January 1, 2017 from <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/2050324516683640>.

⁵⁵ The Success of Portugal's Decriminalization Policy – In Seven Charts (2018). Transform Drugs Policy Foundation. Retrieved 2018, December 1, 2018 from <https://transformdrugs.org/the-success-of-portugals-decriminalisation-policy-in-seven-charts/>.

⁵⁶ Dias, 2012: 43-48; Garcia, 2012: 33-36; Monteiro, 2015: 31–35; Roxin, 1997: 81-95.

⁵⁷ Harm Reduction: A British Columbia Community Guide. (Canada : British Columbia Community, 2017), 6.

ประเทศแคนาดากำหนดกลยุทธ์ในการลดอันตรายโดยมีหลักฐานในการดำเนินการ ได้แก่ การช่วยให้ผู้ขายให้ได้รับการดูแลอย่างเพียงพอ และเข้าถึงบริการสาธารณสุขโดยไม่เลือกปฏิบัติ และการไม่ใช้วิธีการบังคับบำบัด⁵⁸ มุ่งเน้นว่าการเข้าบำบัดยาเสพติดต้องเป็นไปโดยความสมัครใจ เข้ารับการบริการรักษาเมื่อพวกเขาพร้อม อันเป็นนโยบายที่ให้โอกาสในผู้กระทำความผิดในการปรับปรุงพฤติกรรมและสร้างความพร้อมเพื่อกลับสู่สังคม ไม่ใช่ตอกย้ำว่าเป็นผู้กระทำความผิด⁵⁹

แนวทางการลดอันตรายจากการบังคับใช้กฎหมายอีกทางหนึ่งได้แก่ การใช้ดุลพินิจของตำรวจที่ผ่านการฝึกอบรมการลดอันตราย ร่วมกับหน่วยงานด้านสุขภาพ⁶⁰ ผู้ใช้ยาเกินขนาดของตำรวจ กรณีที่เป็นยาเสพติดชนิดไม่ร้ายแรง ตำรวจอาจพิจารณาส่งผู้เสพไปโรงพยาบาลแทนการดำเนินคดี เช่นนี้ ส่งผลให้มีผู้เสียชีวิตน้อยลง⁶¹ โดยอ้างอิงถึงบริการด้านสุขภาพและสังคมที่เหมาะสมเป็นทางเลือกในการจับกุมและริบอุปกรณ์ผิดแทน⁶²

(9) ประเทศไทย

สำหรับประเทศไทย ถือว่าเป็นประเทศที่ได้นำหลักการของสหประชาชาติว่าด้วยการลดความรุนแรงในคดียาเสพติด (Harm Reduction) มาใช้ในลักษณะของการกำหนดนโยบายและหลักการ แต่ทว่าหลักการดังกล่าวยังไม่ได้มีการบังคับใช้ในทางปฏิบัติ เนื่องจากยังไม่ได้มีการประกาศใช้ร่างประมวลกฎหมายยาเสพติด พ.ศ. ... ซึ่งได้แก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติดที่มีอยู่เดิม ให้จำแนกประเภทของผู้กระทำความผิดระหว่างผู้เสพ ผู้ป่วย กับผู้จำหน่ายอย่างจริงจัง ให้ความสำคัญมากขึ้นในกระบวนการบำบัดรักษา รวมทั้งการเปิดช่องทางให้สามารถทำการค้นคว้าวิจัยสารเสพติดที่อาจนำไปใช้เป็นประโยชน์ทางการแพทย์ได้ เช่น กัญชา กัญชง เป็นต้น แต่ยังคงมีปัญหาเรื่องขอบเขตของวัตถุที่สามารถดำเนินการวิจัยได้ ว่าเป็นพืชเสพติด สารตั้งต้นหรือสารสกัดจากสิ่งเสพติดนั้น ๆ และการขอรับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจากผลงานวิจัยเหล่านั้น

ในเรื่องการปฏิบัติการให้เป็นไปตามหลักการทำให้ไม่มีความผิดทางอาญา (Decriminalization) ประเทศไทยได้ดำเนินการต่าง ๆ ไปแล้วดังต่อไปนี้

1. จำแนกความผิดผู้ผลิต นำเข้า ครอบครองเพื่อจำหน่าย ออกจากผู้เสพ ได้กระทำไปแล้วโดยการแก้ไข พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ (ฉบับที่ 7) พ.ศ.2562 มาตรา 9 ซึ่งแก้ไขมาตรา 26 ของพระราชบัญญัติฉบับเดิม
2. จำแนกการครอบครองยาเสพติดให้โทษขั้นสูง ออกจากยาเสพติดขั้นต่ำ ยาที่ใช้ประโยชน์ทางการแพทย์ และพืชเสพติด ได้กระทำไปแล้วโดยการแก้ไข พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ (ฉบับที่ 7) พ.ศ.2562 มาตรา 17 ซึ่งแก้ไขมาตรา 75, 76 และ 76/1 ของพระราชบัญญัติฉบับเดิม

⁵⁸ Ibid, 7.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Maher, L. and Dixon, D, Policing and Public Health: Law Enforcement and Harm Minimization in a Street Level Drug Market. *British Journal of Criminology* 39(4), (1999). 488 – 512.

⁶¹ Spooner, C. et al. The Role of Police in Illicit Drug Harm Minimization: An Overview. Presentation for the 2nd Australian Conference on Drug Strategy. (Australia: Perth), 2002.

⁶² Maher, L. and Dixon, D. (1999). Ibid, 488 – 512.

3. กำหนดปริมาณการครอบครองสารเสพติดแต่ละชนิดขั้นต่ำที่ไม่เป็นความผิด ได้กระทำไปแล้ว โดยการแก้ไข พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ (ฉบับที่ 7) พ.ศ.2562 มาตรา 17 ซึ่งแก้ไขมาตรา 75, 76 และ 76/1 ของพระราชบัญญัติฉบับเดิม

4. ออกกฎหมายรับรองการนำยาเสพติดไปพัฒนาเพื่อการแพทย์ ได้กระทำไปแล้วโดยการแก้ไข พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ (ฉบับที่ 7) พ.ศ.2562 มาตรา 9 มาตรา 12 และมาตรา 13 ที่กำหนดให้ ยาเสพติดให้โทษประเภทที่ 2 บางประเภทใช้ได้ภายใต้การควบคุมของแพทย์ ได้แก่ โคเคน โคดีอิน ไดฟีนอกซิเลต เฟนทานิล ผื่นที่ใช้ทางการแพทย์ เมทาโดน มอร์ฟิน และเพติดิน ส่วนยาเสพติดประเภท 3 ยาน้ำแก้ไอที่มี โคดีอิน หรือผื่นเป็นส่วนผสม ยาแก้ปวดหัวผสมโคดีอิน ยาแก้ท้องเสียที่มีไดฟีนอกซิเลต และยาเสพติดประเภท 5 ได้แก่ กัญชา และกระท่อม

อนึ่งการแก้ไขพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ (ฉบับที่ 7) พ.ศ.2562 เป็นการแก้ไขปัญหาการกำหนด สารเสพติดที่สามารถนำไปใช้ประโยชน์ทางการแพทย์ไปบ้างแล้ว แต่ยังคงมีการแก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ในเรื่องอื่นอีก ได้แก่ พระราชบัญญัติวัตถุออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท และกฎหมายเกี่ยวกับสาธารณสุขอีกหลายฉบับ

ส่วนมาตรการทางกฎหมายต่างๆ ที่สนับสนุนการลดความรุนแรงในคดียาเสพติดอื่น ๆ ซึ่งได้แก่ ให้ผู้เสพ หรือผู้ป่วยที่ต้องพึ่งพายาเสพติดเข้ารับการบำบัดทางการแพทย์ทางเลือกแทนการจำคุก ให้ผู้ป่วยที่ต้องพึ่งพายาได้รับการบำบัดรักษาด้วยวิธีต่าง ๆ ได้แก่ NSPs OSTs DCPs มีห้องบริโภคนาฬิกาเสพติด และจุดจ่ายยาเสพติดเพื่อการบำบัด ให้สาธารณะเข้าถึงได้ การออกใบอนุญาตให้ปลูกพืชเสพติดเพื่อบริโภคส่วนตัวหรือเพื่อผลิตยารักษาโรค คงเป็น แนวทางที่ประเทศไทยสามารถกระทำต่อไปในอนาคต ภายใต้กรอบของการดำเนินการต่อไปตามแนวทางของ ประกาศ คสช. ฉบับที่ 108/2557 ที่กำหนดให้กระทรวงสาธารณสุข โดยองค์การเภสัชกรรม หรือร่วมกับ สำนักงาน ป.ป.ส. เพื่อศึกษาความเป็นไปได้ในการแก้ไขบัญชียาเสพติดให้โทษ รวมถึงกำหนดกฎเกณฑ์ในการออก ใบอนุญาต เพื่อการควบคุมปริมาณการนำสารเสพติดไปใช้ในการวิจัยทางการแพทย์

5. อภิปรายผล

จากการศึกษาทั้งหมดข้างต้น สามารถอภิปรายผลถึงประสิทธิภาพในการนำนโยบายลดความรุนแรง ในการบังคับคดียาเสพติดมาใช้ในแต่ละประเทศที่ทำการศึกษารวมทั้งประเทศไทย เป็นประเด็นทางกฎหมาย ที่สำคัญต่าง ๆ ดังนี้

5.1 ประสิทธิภาพของการประกาศใช้นโยบายและแนวการปฏิบัติของรัฐ เพื่อตอบสนองวัตถุประสงค์ของการลดความรุนแรงในคดียาเสพติด

ผลการวิเคราะห์ประสิทธิภาพของการประกาศใช้นโยบายและแนวปฏิบัติของรัฐเพื่อตอบสนอง การลดความรุนแรงในคดียาเสพติด พบว่า แนวความผิดเรื่องการลดความรุนแรงในการดำเนินคดียาเสพติด เป็นนโยบายที่มีมานานแล้ว และสหประชาชาติได้เน้นย้ำการใช้นโยบายดังกล่าวผ่านการประชุมของ คณะกรรมการยาเสพติดและอาชญากรรม (UNDCP) เมื่อไม่กี่ปีที่ผ่านมา เพื่อบรรณงค์ให้รัฐบาลแต่ละประเทศ ให้ความสำคัญกับผลเสียที่ได้จากการใช้นโยบายทำสงครามกับยาเสพติดต่อสังคม และการแก้ไขปัญหามันต้องซัง

คดียาเสพติดล้านเรือนจำ เมื่อพิจารณาถึงมาตรการทางกฎหมายของแต่ละประเทศ สามารถจำแนกได้ดังต่อไปนี้

(1) ประเทศที่มีประสิทธิภาพในการประกาศใช้นโยบายมาตรการลดความรุนแรงในคดียาเสพติด (High Efficiency Harm Reduction Countries) ได้แก่ ประเทศที่มีการนำหลักการไม่ทำให้เป็นความผิดทางอาญา (Decriminalization) มาทำให้ปรากฏในบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เพื่อให้สนองต่อการกำหนดให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละราย (Individualization of Punishment) โดยการนำสารเสพติดที่อาจนำไปใช้ประโยชน์ในการบำบัดรักษาทางการแพทย์ได้ ออกจากบัญชียาเสพติดให้โทษระดับสูง ซึ่งเป็นกระบวนการทำให้การใช้ยาเสพติดถูกต้องตามกฎหมาย (Drug Legalization) จำแนกกระบวนการดำเนินคดีกับความผิดยาเสพติดที่อยู่ในบัญชีชั้นสูง ออกจากยาเสพติดบัญชีชั้นต่ำ รวมถึงการดำเนินการจำแนกผู้กระทำความผิดรุนแรงออกจากผู้กระทำความผิดเล็กน้อยหรือผู้ป่วย (Classification of Offenders) และจัดให้มีโครงการนำร่องต่าง ๆ เพื่อเป็นมาตรการทางเลือกในการผันคดีออกจากกระบวนการยุติธรรม (Diversion) กำหนดมาตรการรองรับการอบรมเรื่องยาเสพติด การบำบัดรักษา รวมถึงความร่วมมือระหว่างหน่วยงานของรัฐกับหน่วยงานภาคประชาชนในการประสานการบำบัดฟื้นฟูผู้กระทำความผิดที่เป็นผู้ป่วยอย่างมีบูรณาการ จนนำไปสู่การเป็นอิสระจากปัญหาเสพติด (Drug Liberalization) ในที่สุด ประเทศในกลุ่มนี้ได้แก่ ประเทศโปรตุเกส ประเทศแคนาดา ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ประเทศเนเธอร์แลนด์ และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

(2) ประเทศที่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดมาตรการลดความรุนแรงแต่ยังไม่แสดงประสิทธิภาพของการใช้มาตรการ (Unevaluated Harm Reduction Applied Countries) ได้แก่ ประเทศที่ปรากฏการกำหนดนโยบายลดความรุนแรงในการบังคับคดียาเสพติด ผ่านแผนยุทธศาสตร์ด้านยาเสพติดของประเทศ และมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องอย่างชัดเจน แต่จากการศึกษาไม่พบข้อมูลที่สามารถประเมินได้อย่างชัดเจนว่าการนำมาตรการลดความรุนแรงในการดำเนินคดียาเสพติดประสบความสำเร็จในระดับสูงเช่นเดียวกับประเทศในกลุ่มแรก ประเทศในกลุ่มนี้ได้แก่ สาธารณรัฐฝรั่งเศส และประเทศนิวซีแลนด์

(3) ประเทศที่กำลังพัฒนานำมาตรการลดความรุนแรงในคดียาเสพติดมาใช้ (Concerned Application of Harm Reduction Policy) ประเทศในกลุ่มนี้ไม่ได้ระบุแนวนโยบายทางกฎหมายและบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่รองรับมาตรการลดความรุนแรงในการดำเนินคดียาเสพติดไว้อย่างชัดเจน ประเทศในกลุ่มนี้ได้แก่ สหรัฐอเมริกา และประเทศไทย ซึ่งมีนโยบายประกาศสงครามกับยาเสพติด เน้นการปราบปรามคดียาเสพติดเป็นหลัก อันเนื่องจากยาเสพติดสร้างปัญหารุนแรงแก่สังคมสหรัฐฯ และจำนวนผู้ต้องขังคดียาเสพติดมีอยู่เป็นจำนวนมาก ดังนั้น ประเทศในกลุ่มนี้สามารถทำได้มากที่สุดคือ การกำหนดแผนปฏิบัติการและมาตรการที่เหมาะสม เพื่อให้การบังคับคดียาเสพติดที่สามารถลดความรุนแรงในการบังคับคดีได้มีความรุนแรงน้อยที่สุด (Harm Minimization) ดังตัวอย่างที่ปรากฏในมลรัฐโคโลราโด สหรัฐอเมริกา ที่ได้ปลดกัญชารักษาออกจากบัญชียาเสพติดระดับสูง และประชาชนสามารถปลูกเพื่อตนเองได้ โดยต้องขอใบอนุญาตในการปลูกและครอบครองจากรัฐบาล และเปิดทางให้สหรัฐฯ ได้พัฒนาพืชกัญชาไปสู่การพัฒนาการรักษาโรคเป็นประโยชน์แก่วงการสาธารณสุขและของประเทศไทย ที่ได้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ เพื่อกำหนดปริมาณการครอบครองยาเสพติดแต่ละประเภทที่เป็นความผิดใหม่ และกำหนดให้รับรองการนำยาเสพติดไปพัฒนาเพื่อการแพทย์ภายใต้การควบคุมของหน่วยงานรัฐได้

5.2 แนวทางการคัดกรองคดียาเสพติดที่สามารถลดความรุนแรงได้

การคัดกรองคดียาเสพติดที่สามารถลดความรุนแรงได้ ได้แก่ การจัดลำดับของความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดที่เหมาะสม เพื่อให้ตอบสนองนโยบายลดความรุนแรงในคดียาเสพติด โดยควรแบ่งเป็น 3 กลุ่มระดับความผิดดังต่อไปนี้

กลุ่มแรก ความผิดรุนแรง หรือความผิดที่มีความเป็นอาชญากรรมสูง ส่งผลเสียหายต่อสังคมและความสงบเรียบร้อยสูง ซึ่งประกอบไปด้วย ความผิดฐานครอบครองเพื่อจำหน่าย ครอบครองยาเสพติดปริมาณมาก ความผิดฐานผลิตและนำเข้า ความผิดในระดับนี้ผู้กระทำความผิดไม่ควรได้รับการลดความรุนแรงของการดำเนินคดี และควรต้องดำเนินคดีอย่างเต็มที่โดยไม่ละเว้น แต่การจะจำแนกผู้กระทำความผิดให้อยู่ในระดับความผิดรุนแรงนั้น จะต้องผ่านมาตรการคัดกรองและกระบวนการดำเนินคดีที่ถูกต้องตามหลักนิติธรรมอย่างเคร่งครัด

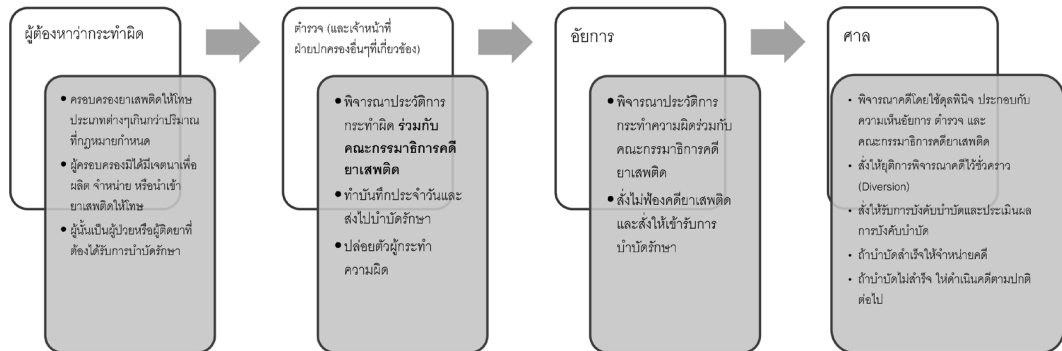
กลุ่มที่สองได้แก่ ความผิดเล็กน้อย หรือเป็นความผิดที่มีความเป็นอาชญากรรมน้อย ซึ่งประกอบไปด้วย การครอบครองยาเสพติดปริมาณน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนด การครอบครองเพื่อเสพ การปลูกพืชเสพติดเพื่อเสพเองโดยไม่มีใบอนุญาต การใช้ยาเสพติดเพื่อความบันเทิง หรือการเสพยาสุราเมา การกระทำเหล่านี้ล้วนเป็นความผิดทางกฎหมาย แต่ไม่ได้เป็นความผิดที่รุนแรงดังเช่นความผิดในกลุ่มแรก การกำหนดโทษสำหรับความผิดกลุ่มนี้ควรกำหนดให้มีความรุนแรงน้อยลงมาจากกลุ่มแรก โดยพิจารณาจากปริมาณการครอบครอง ซึ่งจะไม่เท่ากันตามความรุนแรงของสารเสพติดแต่ละประเภท วัตถุประสงค์การใช้ยา หรือการฝ่าฝืนมาตรการทางปกครองอื่น ๆ ผู้กระทำความผิดในกลุ่มนี้ควรแยกออกจากผู้กระทำความผิดในกลุ่มแรก และไม่ควรต้องรับโทษอย่างเต็มที่เท่ากับกลุ่มแรก แต่ยังคงต้องรับโทษอยู่เพื่อให้ผู้กระทำรู้สำนึกว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด

ส่วนความผิดกลุ่มที่สาม ได้แก่ ความผิดที่ไม่ควรถือว่าเป็นการกระทำความผิดอาญา ตามหลักการลดความรุนแรงของคดียาเสพติด อันได้แก่ การครอบครองยาเสพติดในปริมาณต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนด หรือผู้เสพยาเสพติดที่ถือว่าเป็นผู้ป่วย หรือผู้ต้องพึ่งพายาเสพติด การใช้สารเสพติดเพื่อบำบัดรักษาทางการแพทย์ การวิจัยสารเสพติดเพื่อประโยชน์ทางการแพทย์ รวมถึงการปลูก ครอบครอง หรือจำหน่ายสารเสพติดหรือยาเสพติดโดยมีใบอนุญาตจากหน่วยงานของรัฐ การกระทำเหล่านี้ไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อบุคคลหรือสังคม หรือเป็นอาชญากรรมทางเศรษฐกิจแต่อย่างใด สิ่งที่เราควรกระทำคือ จำแนกผู้กระทำความผิดในส่วนนี้ออกมาจากผู้กระทำความผิดกลุ่มอื่นอย่างเด็ดขาด และควรนำมาตรการอื่นแทนการลงโทษจำคุกมาใช้ เช่น บังคับบำบัด ให้เข้ารับการรักษาในโรงพยาบาล ให้เข้าโครงการผันคดีอาญา (Diversion) และถ้าเป็นการปลูก จำหน่าย หรือครอบครองยาเสพติดโดยมีใบอนุญาตจากรัฐ มิให้ถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมายแต่อย่างใด

5.3 ระยะเวลาที่เหมาะสมในการนำมาตรการทางเลือกเพื่อลดความรุนแรงในคดียาเสพติดมาใช้

มาตรการทางเลือกแทนการดำเนินคดียาเสพติดรูปแบบต่าง ๆ สามารถกระทำได้ตั้งแต่ชั้นเจ้าพนักงานตำรวจ อัยการ ศาล โดยมีเป้าหมายคือ การใช้มาตรการบังคับคดียาเสพติดให้ได้สัดส่วนกับการกระทำ ความผิด การลงโทษให้ได้สัดส่วน และการให้โอกาสผู้ที่ไม่ใช่ผู้กระทำความผิดยาเสพติดระดับสูง สามารถได้รับการพิจารณาใช้มาตรการชะลอการฟ้อง การสั่งให้ไปรับการบำบัดรักษา หรือมาตรการทางเลือกอื่นใดเพื่อทดแทนการลงโทษจำคุก ระยะเวลาที่ควรใช้มาตรการลดความรุนแรงในคดียาเสพติดเป็นไปตามแผนภาพดังต่อไปนี้

แผนภาพแสดงเส้นทางการดำเนินคดีและระยะเวลาที่เหมาะสมในการนำมาตราการลดความรุนแรงในคดียาเสพติดมาใช้ ตั้งแต่ขั้นตำรวจจนถึงชั้นศาล



จากแผนภาพข้างต้น แสดงให้เห็นถึงเส้นทางการดำเนินคดียาเสพติดระหว่างกระบวนการขึ้นตำรวจ จนถึงชั้นศาล จะเห็นได้ว่าโอกาสที่จะใช้มาตรการเพื่อลดความรุนแรงในคดียาเสพติดมีตั้งแต่ขั้นตำรวจ กล่าวคือ ตำรวจควรต้องใช้ดุลพินิจในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดแต่ละรายโดยพิจารณาจากพฤติการณ์แห่งคดี ประกอบกับข้อมูลประวัติอาชญากรรมหรือประวัติการกระทำความผิดใดของผู้นั้น เมื่อเห็นว่าบุคคลใดควรลด ความรุนแรงในการดำเนินคดีให้ส่งความเห็นให้กับพนักงานอัยการ พิจารณาร่วมกับคณะกรรมการคดียาเสพติด (Drug Offence Committee) ซึ่งจัดตั้งขึ้นตามแนวทางของประเทศที่ประสบความสำเร็จในการลดความรุนแรง ในคดียาเสพติด ได้แก่ โปรตุเกส เดนมาร์ก เนเธอร์แลนด์ สวิตเซอร์แลนด์ และแคนาดา เป็นต้น

เมื่อคณะกรรมการคดียาเสพติดมีความเห็นร่วมกับกับตำรวจและอัยการว่า บุคคลนั้นเป็นผู้ป่วย หรือกระทำความผิดเล็กน้อยควรได้รับการลดอัตราส่วนโทษ หรือส่งไปบำบัด หรือให้ปล่อยตัวไปเนื่องจาก เห็นว่าการกระทำนั้นไม่เป็นความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด ก็ให้ทำบันทึกความเห็นให้กับการพิจารณา ส่งให้ปล่อยตัวผู้นั้น ชะลอการฟ้องส่งไปควบคุมตัวเพื่อการบำบัด หรือลงโทษน้อยลง แล้วแต่กรณี อย่างไรก็ตาม ถ้าคณะกรรมการคดียาเสพติดเห็นว่าบุคคลนั้นไม่เป็นผู้ป่วย หรือเป็นผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้โทษ ระดับสูง ผลิต จำหน่าย นำเข้า หรือครอบครองจำนวนมาก หรือเป็นการกระทำความผิดซ้ำหรือฝ่าฝืนมาตรการ บำบัดรักษาและคุมประพฤติ ก็ให้คณะกรรมการคดียาเสพติดมีมติร่วมกันกับตำรวจและอัยการขอให้ศาลสั่ง ดำเนินคดีอย่างเต็มที่กับผู้นั้นต่อไป

อย่างไรก็ดี ประเทศโปรตุเกส และแคนาดาให้อำนาจตำรวจ ร่วมกับคณะกรรมการคดียาเสพติด ในการวินิจฉัยปล่อยตัวผู้กระทำความผิดที่เป็นผู้ป่วยหรือกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดระดับเล็กน้อย และให้ต้องโทษปรับทางปกครองแทน เห็นว่าแนวทางดังกล่าวไม่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย กล่าวคือ เราไม่ควร ให้อำนาจวินิจฉัยความผิดทางกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติดให้ตำรวจกับคณะกรรมการคดียาเสพติดโดยลำพัง โดยไม่มีการพิจารณาร่วมของพนักงานอัยการและศาลยุติธรรม เพราะอาจเป็นช่องทางในการใช้อำนาจโดยมิชอบ เพื่อเรียกรับประโยชน์จากผู้กระทำความผิดในคดีได้ และควรต้องดำเนินการพิจารณาเรื่องนี้ร่วมกันระหว่าง ตำรวจ พนักงานอัยการ ศาล ร่วมกับคณะกรรมการคดียาเสพติด จะทำให้สำนวนคดีได้รับการตรวจสอบ

ความถูกต้อง และมีความแม่นยำในการใช้ข้อมูลดังกล่าวมาประกอบการใช้ดุลพินิจในการลดความรุนแรงในการดำเนินคดียาเสพติดกับผู้กระทำความผิดแต่ละรายอย่างเหมาะสม

6. สรุปและเสนอแนะ

จากผลการศึกษาเรื่องการลดความรุนแรงในการบังคับคดียาเสพติดทั้งหมดนี้ ผู้เขียนมีข้อสรุปและเสนอแนะ เพื่อเป็นประโยชน์พัฒนานโยบายลดความรุนแรงในคดียาเสพติดให้ประสบความสำเร็จในประเทศไทยดังต่อไปนี้

(1) การดำเนินคดีเกี่ยวกับยาเสพติดจะต้องพิจารณาถึงหลักการดำเนินคดีอาญาที่เป็นธรรม (Fair Trial) หลักการสิทธิมนุษยชน หลักการคุ้มครองสังคม หลักป้องกันปัญหายาเสพติด โดยคำนึงถึงการมีส่วนร่วมของครอบครัว ชุมชน และภาคประชาสังคม โดยการสร้างความเข้มแข็งให้สังคม โดยต้องได้รับการสนับสนุนจากครอบครัว ชุมชน สถานศึกษา สถานที่ทำงาน ในการป้องกันปัญหาเสพติด รวมถึงรัฐบาลต้องสนับสนุนให้มีการจัดตั้งกลไกประชาสังคมขึ้นมาเพื่อรองรับการทำงานด้านการป้องกันและแก้ไขปัญหายาเสพติดอย่างมีบูรณาการเพื่อนำไปสู่ความเป็นอิสระจากปัญหายาเสพติด (Drug Liberalization)

(2) ควรต้องมีการบัญญัติมาตรการทางกฎหมายที่ชัดเจน เพื่อจำแนกแยกแยะผู้ที่เกี่ยวข้องกับยาเสพติดระหว่าง ผู้เสพ ผู้ติดยา ผู้ครอบครองเพื่อเสพ กลุ่มของผู้ที่ได้รับผลกระทบ ผู้รับจ้างขนยาเสพติด ผู้จำหน่ายรายย่อย ผู้จำหน่ายรายใหญ่ หรือองค์กรอาชญากรรม ออกจากกัน เพื่อการดำเนินคดีที่เป็นธรรมเหมาะสมกับระดับความผิดที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำ ตามหลัก Individualization of Punishment

(3) การพิจารณาหลักการทำให้ไม่เป็นความผิดทางอาญาและการไม่กำหนดโทษทางอาญา (Decriminalization and Penalization) ต้องประกอบไปด้วยการได้สัดส่วนระหว่างความผิดและโทษ หลักการ “ผู้ติด คือ ผู้ป่วย” การนำมาตรการอื่นเพื่อทดแทนการลงโทษอาญามาใช้กับกรณีผู้เสพและผู้ติดยาเสพติด และศาลควรใช้ดุลพินิจในการพิจารณามาตรการที่เหมาะสมกับแต่ละราย โดยอาศัยข้อมูลจากการพิจารณาประวัติการกระทำความผิด พฤติการณ์แห่งการกระทำความผิด และความเห็นร่วมกันระหว่างตำรวจ พนักงานอัยการ และคณะกรรมการคดียาเสพติด (ถ้ามี)

(4) ควรต้องมีการทบทวนบัญญัติยาเสพติดตามกฎหมายบัญญัติอย่างต่อเนื่อง เพื่อมิให้เกิดอุปสรรคต่อการลดความรุนแรงต่อการดำเนินคดียาเสพติดที่อาจนำไปใช้ประโยชน์ทางการแพทย์ได้ เช่น ควรมีการกำหนดการควบคุมสารที่อยู่ในพืชเสพติดมากกว่าการควบคุมทุกส่วนของพืช เพราะสิ่งนี้จะมีผลกระทบต่อโอกาสที่จะนำยาเสพติดไปค้นคว้าวิจัยเพื่อประโยชน์ทางการแพทย์และการบำบัดรักษาโดยตรง รวมถึงในรายงานการศึกษาต้องมีหลักเกณฑ์หรือแนวทางทางการแพทย์ ข้อมูลวิทยาศาสตร์ และแนวทางตามข้อกำหนดของสหประชาชาติมาเป็นฐานในการพิจารณา

(5) ควรยกเลิกกระบวนการบังคับบำบัด ที่ต้องควบคุมตัวผู้กระทำความผิดไว้ในอำนาจรัฐเป็นระยะเวลานานสำหรับผู้กระทำความผิดที่ศาลตีความแล้วว่าเป็นผู้ป่วย และใช้มาตรการทางเลือกอื่นแทนการบังคับบำบัดให้มากขึ้น ได้แก่ การขึ้นทะเบียนผู้ป่วยติดยา ให้ไปใช้มาตรการคุมประพฤติ และเข้าบำบัดรักษาในสถานพยาบาลที่กำหนด หรือใช้บริการห้องเสพยา หรือตั้งจำหน่ายยาที่รัฐจัดให้ ฯลฯ และหลังจากบำบัดรักษาเป็นผลสำเร็จ จะต้องไม่มี

การบันทึกประวัติอาชญากร และต้องไม่ดำเนินคดีกับผู้ใช้นั้นเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดประเภทอื่น ๆ

(6) เสนอให้ประเทศไทยมีการดำเนินการจัดตั้งคณะกรรมการคดียาเสพติด (Drugs Committee) ในประเทศไทย โดยการรวมคณะกรรมการคดียาเสพติด ซึ่งเป็นคณะกรรมการร่วมระหว่างสำนักงาน ป.ป.ส. และกระทรวงสาธารณสุข และคณะกรรมการฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด ภายใต้พระราชบัญญัติฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด พ.ศ.2545 เข้าด้วยกัน เพื่อประสานการทำงานกับเจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรม เพื่อจำแนกผู้กระทำความผิด จำแนกประเภทของยาเสพติดให้โทษและวัตถุออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท และเพื่อวินิจฉัยมาตรการทางอาญาหรือทางปกครองที่เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละประเภท เพื่อดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการลดความรุนแรงในการดำเนินคดียาเสพติด

แนวทางพัฒนากฎหมายเพื่อคุ้มครองและช่วยเหลือเหยื่ออาชญากรรม หรือผู้เสียหายในคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์และเทคโนโลยี Legal Development Guidelines for the Protection and Assistance for Victims or Injured Person in Cases Involving Computer and Technology-related Crimes

สุพัตรา แผนวิชิต¹
Supatra Phanwichit

ผู้ช่วยศาสตราจารย์

สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ตำบลบางพูด อำเภอปากเกร็ด จังหวัดนนทบุรี 11120

Assistant Professor

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

Corresponding author Email: thailawresearch@gmail.com

(Received: October 19, 2019; Revised: February 20, 2020; Accepted: March 4, 2020)

บทคัดย่อ

ปัจจุบันการกระทำความผิดและภัยคุกคามทางเทคโนโลยีมีแนวโน้มสูงขึ้น ส่งผลกระทบอย่างมากต่อเหยื่ออาชญากรรมหรือผู้เสียหาย ประกอบกับกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองและช่วยเหลือเหยื่ออาชญากรรมหรือผู้เสียหายที่มีอยู่ในปัจจุบันเป็นมาตรการในคดีอาญาทั่วไปหรือคดีอาญาบางประเภท ไม่ได้มุ่งคุ้มครองและช่วยเหลือเหยื่อหรือผู้เสียหายในคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์และเทคโนโลยีเป็นการเฉพาะและยังมีข้อจำกัดในการให้ความคุ้มครองและช่วยเหลือตามหลักสากลว่าด้วยความยุติธรรมขั้นพื้นฐานสำหรับผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมในคดีอาญาและการใช้อำนาจโดยมิชอบ จึงจำเป็นต้องวิเคราะห์ปัญหาและข้อจำกัดของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคุ้มครองและช่วยเหลือเหยื่อหรือผู้เสียหาย ทั้งด้านการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมและการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม การได้รับการชดเชยความเสียหายโดยผู้กระทำความผิด การได้รับการชดเชยความเสียหายโดยรัฐ และการให้ความช่วยเหลือแก่ผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรม เพื่อเสนอแนะแนวทางแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ เพื่อให้เหยื่อและผู้เสียหายจากการกระทำความผิดในคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์และเทคโนโลยีได้รับหลักประกันในการเยียวยา ช่วยเหลือ และการปฏิบัติที่ดีที่เหมาะสมจากเจ้าหน้าที่รัฐ

คำสำคัญ: การคุ้มครองสิทธิ, เหยื่อ, ผู้เสียหาย, อาชญากรรมคอมพิวเตอร์และเทคโนโลยี

¹ บทความนี้เป็นบทความวิจัยของโครงการวิจัยเรื่อง แนวทางพัฒนากฎหมายเพื่อคุ้มครองและช่วยเหลือเหยื่ออาชญากรรมหรือผู้เสียหายในคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์และเทคโนโลยี จัดทำโดยมหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ได้รับทุนวิจัยจากสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมวิทยาศาสตร์ วิจัย และนวัตกรรม (สกสว.) ซึ่งผู้เขียนเป็นนักวิจัยหลักและผู้รับผิดชอบบทความ โดยงานวิจัยนี้มี ศ.ดร.รัชชัย สุวรรณพานิช เป็นหัวหน้าโครงการ และนักวิจัยประกอบด้วย ผศ.พงศ์จิรา เชิดชู ผศ.ดร.วรรณวิภา เมืองถ้ำ ศ.สำเรียง เมฆเกรียงไกร รศ.ลาวัลย์ หอนพรัตน์ ดร.ณัฐพงศ์ สุวรรณพานิชย์ อ.ดร.ยุดาภา กาศยปนันท์ และ อ.ภรมาภา อุดมวัฒน์

Abstract

Nowadays, the offence and the threat of technology have a tendency to increase which greatly affects the victims of related crimes. The current legislation concerning the protection and assistance for victims of crime only contains general criminal measures, which do not put special emphasis on the protection and assistance for victims of crime relating to computer and technology. Because of the legal constraints in providing the protection and assistance under the Declaration of Basic Principle of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, it is crucial to analyze the problem and seek to alleviate the legal constraints on the protection and assistance for victims of crime. Both the principles of access to Justice and fair treatment will be considered, such as restitution, compensation and assistance for victims of crime. The research recommends the amendment of the existing legislation on offenses relating to computer and technology in order to provide guarantee for victims of such offenses to receive legal remedy, assistance and fair treatment from the state officials.

Keywords: Protection of Rights, Victims, Injured Person, Computer and Technology Crimes

1. ความนำ

นโยบายรัฐบาลมุ่งให้ประเทศไทยมีความมั่นคง มั่งคั่งและยั่งยืน เป็นประเทศที่พัฒนาแล้วตามหลักปรัชญาเศรษฐกิจพอเพียง พร้อมทั้งการขับเคลื่อนเศรษฐกิจด้วยนวัตกรรม “Value-Based Economy” ของประเทศตามโมเดลประเทศไทย 4.0 ควบคู่กันไปด้วย เพื่อให้ประเทศก้าวทันกับดักความไม่สมดุล ความเหลื่อมล้ำ และประเทศรายได้ปานกลาง และมีแนวทางในการพัฒนาเทคโนโลยีเข้ามารองรับการบริหารทั้งด้านเศรษฐกิจ สังคมและการบริหารประเทศ แต่อย่างไรก็ตาม สิ่งที่เกิดขึ้นตามความก้าวหน้าของเทคโนโลยีคืออาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์และภัยคุกคามทางเทคโนโลยี ทำให้ประชาชนตกเป็นเหยื่อและได้รับผลกระทบจากการกระทำ ความผิดเป็นจำนวนมาก สร้างความเสียหายทั้งต่อผู้ใช้งานส่วนบุคคลและเครือข่ายในวงกว้าง สาเหตุมาจากเทคโนโลยีสารสนเทศได้เข้ามามีบทบาทสำคัญและได้รับความนิยมอย่างแพร่หลาย ประชาชนมีการใช้การสื่อสาร ครอบคลุมเกือบทุกด้านของชีวิต ทั้งด้านการติดต่อสื่อสาร การแสวงหาสารและความบันเทิง การดำเนินธุรกิจ หรือธุรกรรมทางการเงิน ตลอดจนถึงการใช้อย่างอื่น ๆ ส่งผลให้เกิดความเสี่ยงด้านอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์มากยิ่งขึ้น อาชญากรได้นำเทคโนโลยีมาใช้เป็นช่องทางและเครื่องมือในการก่ออาชญากรรมอย่างต่อเนื่องในรูปแบบที่หลากหลาย รูปแบบการกระทำความผิดที่สำคัญ อาทิ การหลอกลวงเอาข้อมูลส่วนตัว โดยการสร้างหน้าเว็บไซต์ปลอมให้ผู้ที่ใช้งานลงชื่อใช้ระบบ การหลอกลวงทางบัตรเครดิต การหลอกลวงทางด้านการกระทำความผิดต่อตัวข้อมูลและต่อระบบคอมพิวเตอร์ การหลอกลวงหรือฉ้อโกงทางเฟซบุ๊ก ทางไลน์ การหลอกลวงโดยการแฉก E-mail การหลอกลวงหรือหลอกลวงผ่านการใช้งานบัญชีอีเมล การแอบอ้างเป็นบุคคลต่าง ๆ หลอกว่าจะโอนเงินหรือส่งของให้เหยื่อ การกระทำความผิดต่อตัวข้อมูลและต่อระบบคอมพิวเตอร์ (แฮกเกอร์) การเผยแพร่ข้อมูลที่ขัดต่อความมั่นคงหรือหมิ่นสถาบัน และการหมิ่นประมาทด้วยภาพตัดต่อ เป็นต้น

รูปแบบการกระทำความผิดและสถานการณ์ด้านอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์และภัยคุกคามทางเทคโนโลยีที่เกิดขึ้นในปัจจุบันนั้น จากข้อมูลสถิติภัยคุกคามทางเทคโนโลยีของศูนย์ประสานการรักษาความมั่นคงปลอดภัยระบบคอมพิวเตอร์ประเทศไทย (ไทยCERT) พบว่าในปี 2561² ภัยคุกคามที่พบมากที่สุด 3 ลำดับแรก ได้แก่ 1) ภัยคุกคามประเภทความพยายามบุกรุกเข้าระบบ (Intrusion Attempts) คือความพยายามในการบุกรุกเพื่อให้เข้าถึงระบบโดยไม่ได้รับอนุญาต 2) ภัยคุกคามประเภทฉ้อโกงหรือหลอกลวงเพื่อผลประโยชน์ (Fraud) คือการฉ้อฉล ฉ้อโกง หรือการหลอกลวงเพื่อผลประโยชน์ ส่วนใหญ่เป็นการสร้างหน้าเว็บไซต์ปลอมเพื่อหลอกขโมยข้อมูล (Phishing) เช่น ข้อมูลทางการเงิน รหัสผ่าน เพื่อแสวงหาผลประโยชน์ให้กับตนเอง และ 3) ภัยคุกคามประเภทการบุกรุกหรือเจาะระบบ (Intrusions) คือการที่ผู้ไม่ได้รับอนุญาตสามารถเข้าถึงข้อมูลสำคัญ หรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อมูลได้สำเร็จและสามารถควบคุมเครื่องหรือระบบได้ตามลำดับ และจากข้อมูลสถิติการดำเนินคดีตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ของกองบังคับการ สนับสนุนทางเทคโนโลยี สำนักงานตำรวจแห่งชาติ ใน พ.ศ. 2561 ถึงเมษายน พ.ศ. 2562 พบว่า มีการดำเนินคดีฐานนำภาพตัดต่อของผู้อื่นเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ตามมาตรา 16 มากที่สุดจำนวน 1,548 คดี รองลงมาคือ

² ศูนย์ประสานการรักษาความมั่นคงปลอดภัย ระบบคอมพิวเตอร์ประเทศไทย (ไทยCERT), “ThaiCERT Annual Report 2018,” หน้า 29. [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 28 กุมภาพันธ์ 2562. แหล่งที่มา: https://www.thaicert.or.th/downloads/files/ThaiCERT_Annual_Report_th_2017_2018_th.pdf

ความผิดฐานนำเข้าข้อมูลคอมพิวเตอร์ปลอมหรืออันเป็นเท็จมาตรา 14 เช่น การหลอกลวงขายสินค้า หลอกโอนเงินผ่านอีเมล การหลอกให้โอนเงิน Romance Scam การปลอมเป็นบุคคลอื่นเพื่อหลอกให้โอนเงิน จำนวน 1,354 คดี มีประชาชนผู้เสียหายกว่า 3,720 คน รวมมูลค่าความเสียหายเป็นจำนวนเงิน 772,411,695 บาท

จากสถิติดังกล่าวจะเห็นว่า ปัญหาอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์และภัยคุกคามทางเทคโนโลยีได้เพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วและมีแนวโน้มเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ สาเหตุมาจากการที่ประชาชนเข้าถึงเทคโนโลยีได้ง่ายขึ้นและสภาพแวดล้อมที่เอื้ออำนวยต่อการเข้าถึงเทคโนโลยี คอมพิวเตอร์และเทคโนโลยีจึงถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือพื้นฐานในการกระทำความผิดหลายฐานความผิด สามารถกระทำความผิดได้จากทุกที่ทุกเวลา ทำให้ยากต่อการควบคุมเป็นความผิดที่ก่อให้เกิดความตื่นตระหนกและสร้างความเสียหายต่อประชาชนที่ตกเป็นเหยื่อทั้งความเสียหายต่อทรัพย์สินและจิตใจ อีกทั้งอาจสร้างความเสียหายต่อการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือโครงสร้างพื้นฐานอันเป็นประโยชน์สาธารณะของประเทศอีกด้วย

สำหรับประเทศไทย กลไกและมาตรการเยียวยาเหยื่อหรือผู้เสียหายในคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์และเทคโนโลยีถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายเช่นเดียวกับคดีอาญาทั่วไป โดยบทบัญญัติหลักเรื่องสิทธิของผู้เสียหายในคดีอาญาได้ถูกกำหนดไว้อย่างชัดเจนเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ปรากฏตามมาตรา 245 และมาตรา 246 ซึ่งภายหลังได้มีการตราพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2544 เพื่อรองรับหลักการดังกล่าวและกำหนดทางปฏิบัติอย่างเป็นรูปธรรม และในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน ได้บัญญัติรับรองสิทธิของเหยื่อหรือผู้เสียหายไว้ในมาตรา 25 วรรคท้ายที่บัญญัติว่า บุคคลซึ่งได้รับความเสียหายจากการถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพหรือจากการกระทำความผิดอาญาของบุคคลอื่น ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาหรือช่วยเหลือจากรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติ นอกจากนี้ สิทธิของเหยื่อหรือผู้เสียหายยังปรากฏในกฎหมายอื่น ๆ ที่สำคัญคือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ กฎหมายว่าด้วยค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา กฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการ กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองพยานในคดีอาญา กฎหมายว่าด้วยกองทุนยุติธรรม กฎหมายว่าด้วยการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค

เมื่อพิจารณาถึงประเด็นการแก้ไขปัญหาภัยคุกคามในคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์และเทคโนโลยีแล้ว จึงมีความเห็นว่า นอกจากมิติของตัวบทกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย และการป้องกันอาชญากรรมแล้ว ภาครัฐจำเป็นต้องให้ความสำคัญและตระหนักถึงสิทธิของเหยื่อหรือผู้เสียหายที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำความผิดด้วย จึงนำมาสู่แนวคิดการคุ้มครองสิทธิของเหยื่อหรือผู้เสียหายที่ได้รับผลกระทบเป็นการเฉพาะ โดยกำหนดมาตรการที่เหมาะสมเป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและสอดคล้องหลักสากลตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (Universal Declaration of Human Rights) อันเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของมนุษย์ทุกคน โดยไม่มีการแบ่งแยกหรือเลือกปฏิบัติทางใดทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นด้านเชื้อชาติ สีผิว เพศ อายุ สถานะ ทางสังคม ศาสนาและวัฒนธรรม และหลักสากลในการรับรองหรือคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของเหยื่อหรือผู้เสียหาย ตลอดจนปฏิญญาว่าด้วยหลักความยุติธรรมขั้นพื้นฐานสำหรับ

ผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมในคดีอาญาและการใช้อำนาจโดยมิชอบ (Declaration of Basic Principle of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power 1985) ซึ่งกำหนดมาตรฐานการคุ้มครองผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมไว้ 4 ประการ กล่าวคือ การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมและการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม (Access to Justice and Fair Treatment) การได้รับการชดเชยความเสียหายโดยผู้กระทำผิด (Restitution) การได้รับการชดเชยความเสียหายโดยรัฐ (Compensation) และการให้ความช่วยเหลือแก่ผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรม (Assistance) นอกจากนี้ จำเป็นต้องมีมาตรการคุ้มครองสิทธิและช่วยเหลือเหยื่อหรือผู้เสียหายที่เหมาะสมกับคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์และเทคโนโลยี โดยต้องคำนึงถึงประเภทความผิด ลักษณะของความเสียหาย และผลกระทบที่ได้รับเป็นสำคัญ

2. รูปแบบการกระทำความผิด องค์ประกอบความผิด ลักษณะของความเสียหายและเหยื่อผู้ได้รับผลกระทบจากการกระทำความผิดจากอาชญากรรมคอมพิวเตอร์และเทคโนโลยี

ความหมายของคำว่า “เหยื่อ” หรือ “ผู้เสียหาย” นั้นมีการให้ความหมายในทำนองเดียวกัน กล่าวคือ เหยื่อวิทยาแปลมาจากคำว่า Victimology ซึ่งเป็นการประสมกันของศัพท์ 2 คำ คือ Victim กับ Logy หมายถึง ศาสตร์ที่ศึกษาเกี่ยวกับเหยื่อ แต่เดิมคำว่า เหยื่อ มีรากศัพท์มาจากภาษาละติน ว่า Victima แปลว่า สัตว์ป่าสำหรับบูชาในพิธีกรรมทางศาสนา³ หรือใน Black Law Dictionary ได้อธิบายความหมายของ “เหยื่ออาชญากรรม” (Victim) หมายถึง ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิดอาญาหรือละเมิด (The person who is the object of crime or tort) หรือในประเทศไทยได้มีการให้ความหมายเกี่ยวกับคำว่า “เหยื่ออาชญากรรม” โดยนักวิชาการหลายท่าน อาทิ

ประชัย เปี่ยมสมบูรณ์และคณะ ได้ให้ความหมาย “เหยื่อ” หรือ “เหยื่ออาชญากรรม” หมายถึง ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการก่ออาชญากรรมของผู้กระทำผิด ซึ่งมีได้หมายความเฉพาะถึง ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำนั้น แต่ยักรวมถึงผู้เกี่ยวข้องที่ได้รับผลกระทบจากการเสียหายด้วย⁴

สุดสงวน สุธีสร ได้ให้ความหมายของ “เหยื่อ” หมายถึง บุคคลที่ได้รับความเสียหาย ความสูญเสีย ความลำบากเดือดร้อนจากการกระทำต่าง ๆ ซึ่งอาจจะเกิดจากคนหรือธรรมชาติได้ เช่น เหยื่อจากอุบัติเหตุ เหยื่อจากอุบัติเหตุทางธรรมชาติ เหยื่อจากโรคภัยไข้เจ็บ เหยื่อจากภัยสงคราม เหยื่อจากการเมืองการปกครอง เป็นต้น⁵

จุฑารัตน์ เอื้ออำนวย ได้ให้นิยามความหมายคำว่า “เหยื่ออาชญากรรม” หมายถึง บุคคลหรือคณะบุคคลที่ได้รับอันตรายแก่ร่างกายและจิตใจ หรือได้รับความเสียหายต่อทรัพย์สินหรือได้รับผลกระทบใด ๆ จากการประกอบอาชญากรรม หรือเสื่อมเสียสิทธิจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำอันเป็นความผิดกฎหมายอาญา ตัวอย่างเช่น ถูกทำร้ายร่างกาย ถูกฆ่า ถูกข่มขืน ถูกลักทรัพย์ ถูกชิงทรัพย์ หรือปล้นทรัพย์ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม

³ Karmen Andrew, *Crime Victims: An Introduction to Victimology* (London: Tomson Learning, 2001).

⁴ ประชัย เปี่ยมสมบูรณ์ และคณะ, *อาชญากรรมพื้นฐานกับกระบวนการยุติธรรม : ปัญหาอุปสรรคและแนวทางการควบคุม*, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: พระนครการพิมพ์, 2531), 125.

⁵ สุดสงวน สุธีสร, *เหยื่ออาชญากรรม* (กรุงเทพฯ: สื่อเสริมกรุงเทพ, 2546).

คำว่า “เหยื่ออาชญากรรม” เป็นคำศัพท์ทางอาชญาวิทยาที่ใช้กันอย่างแพร่หลาย แต่คำดังกล่าวไม่ปรากฏอยู่ในกฎหมาย ภาษากฎหมายเรียกเหยื่ออาชญากรรมว่า “ผู้เสียหาย” หรือ “พยาน” แล้วแต่กรณี ซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2(4) ให้นิยามศัพท์คำว่า “ผู้เสียหาย” ไว้ว่า หมายถึง บุคคลผู้ได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่ง รวมทั้งบุคคลอื่นที่มีอำนาจจัดการแทนได้ ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 4, 5 และ 6⁶

สรารุช เบญจกุล ได้อธิบายคำว่า “เหยื่อ” (Victim) เป็นคำที่มีความหมายค่อนข้างกว้าง แต่หากพิจารณาในแง่ของกฎหมายโดยเฉพาะก็จะมีคามหมายถึง “เหยื่ออาชญากรรม” (Victim of Crime) ที่เป็นผู้ประสบผลร้ายหรือความเสียหาย ทั้งด้านชีวิต ร่างกาย จิตใจ และทรัพย์สิน อันเนื่องมาจากการละเมิดกฎหมาย ไม่ว่าเหยื่ออาชญากรรมนั้นจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล ซึ่งมีความหมายคล้ายคำนิยามที่ให้ไว้โดยองค์การสหประชาชาติที่กล่าวว่าหมายถึง บุคคลไม่ว่าจะโดยเฉพาะตนเอง หรือบุคคลเป็นกลุ่มผู้ได้รับทุกข์ทรมานจากการทำร้ายไม่ว่าจะถูกกระทำต่อร่างกายหรือจิตใจ ได้รับทุกข์ทรมานทางจิตใจ สูญเสียทางเศรษฐกิจ หรือก่อให้เกิดการเสียสิทธิประการใดประการหนึ่ง ไม่ว่าจะโดยการกระทำการหรือละเว้นกระทำการ อันเกิดจากฝ่าฝืนกฎหมายอาญาที่บังคับใช้อยู่ในรัฐสมาชิก รวมถึงกฎหมายที่ห้ามการใช้อำนาจในทางที่มิชอบ และคำว่า “เหยื่อ” นี้ให้รวมถึงสมาชิกครอบครัว หรือผู้ที่ต้องพึ่งพาผู้เสียหายโดยตรง และผู้ที่ต้องทุกข์ทรมานจากการเข้าช่วยเหลือผู้เสียหายที่อยู่ในภาวะคับขัน หรือเข้าป้องกันผู้อื่นไม่ให้ตกเป็นผู้เสียหาย⁷

จากที่กล่าวมาจะเห็นว่า ประเทศไทยไม่มีนิยามที่ชัดเจนของคำว่าเหยื่ออาชญากรรม แต่ตามกฎหมายเหยื่ออาชญากรรมที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายจะถูกบัญญัติในคำว่า “ผู้เสียหาย” ซึ่งได้มีการบัญญัตินิยามความหมายของผู้เสียหายไว้ในกฎหมาย 2 ฉบับด้วยกันคือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้ให้นิยามคำว่า “ผู้เสียหาย” ในมาตรา 2 (4) ว่าหมายถึง บุคคลที่ได้รับความเสียหาย เนื่องจากการกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่ง รวมทั้งบุคคลอื่นที่มีอำนาจจัดการแทนได้ ดังที่ปรากฏในมาตรา 4, 5 และ 6 และพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2544 ได้ให้นิยามคำว่า “ผู้เสียหาย” ให้หมายถึง บุคคลซึ่งได้รับความเสียหายถึงแก่ชีวิตหรือร่างกาย หรือจิตใจเนื่องจากการกระทำความผิดอาญาของผู้อื่น โดยตนมิได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดนั้น เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำดังกล่าวจะเห็นว่าความแตกต่างของคำว่าเหยื่ออาชญากรรมกับผู้เสียหาย หากใช้เกณฑ์การมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดเหยื่ออาชญากรรมจะมีความหมายถึง ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการก่ออาชญากรรม แม้ว่าตัวผู้ที่ได้รับความเสียหายจะมีส่วนในการกระทำความผิดก็ตาม และยักรวมถึงสมาชิกครอบครัวหรือบุคคลที่ต้องพึ่งพาผู้ที่ได้รับความเสียหาย และผู้ที่ต้องทุกข์ทรมานจากการเข้าช่วยเหลือผู้ที่ได้รับความเสียหาย หรือเข้าป้องกันผู้อื่นไม่ให้ต้องตกอยู่ในอันตราย ส่วนผู้เสียหายหมายถึง ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการก่ออาชญากรรม แต่ผู้ที่ได้รับความเสียหายนั้นต้องไม่มีส่วนในการกระทำความผิด ดังนั้น คำว่าเหยื่ออาชญากรรมจึงมีความหมายกว้างกว่าคำว่าผู้เสียหาย แต่หากใช้เกณฑ์อำนาจในการดำเนินคดีแทน เหยื่ออาชญากรรมนั้นไม่มีกฎหมายให้อำนาจผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับผู้เสียหายดำเนินการฟ้องคดีแทนได้ แม้เหยื่อจะบาดเจ็บจนไม่สามารถฟ้องร้องได้เองก็ตาม ส่วนผู้เสียหายกฎหมาย

⁶ จุฬารัตน์ เอื้ออำนวย, *สังคมวิทยาอาชญาวิทยา*, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2551), 160-161.

⁷ สรารุช เบญจกุล, “บทบาทศาลในการคุ้มครองเหยื่ออาชญากรรม” [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 7 พฤศจิกายน พ.ศ. 2561. แหล่งที่มา: <https://mgronline.com/daily/detail/9510000032257>.

วิธีพิจารณาความอาญาได้กำหนดหลักเกณฑ์ให้ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับผู้เสียหายสามารถดำเนินการฟ้องคดีแทนได้
ในกรณีที่ผู้เสียหายเสียชีวิตหรือไม่สามารถจัดการดำเนินคดีอาญาได้

สำหรับเหยื่อและผู้เสียหายจากการกระทำความผิดพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับ
คอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 แยกออกเป็น 2 ลักษณะคือ

1) ความผิดที่กระทบต่อระบบหรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ (Computer as a target) ซึ่งเป็นผลกระทบ
ที่เกิดกับทรัพย์สินเป็นหลัก ได้แก่ ความผิดฐานเข้าถึงโดยมิชอบซึ่งระบบคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกัน
ตามมาตรา 5 ความผิดฐานเปิดเผยมาตรการป้องกันการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยมิชอบตามมาตรา 6
ความผิดฐานเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามมาตรา 7 ความผิดฐานดักจับข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยมิชอบ
ตามมาตรา 8 ความผิดฐานทำให้เสียหาย เปลี่ยนแปลงข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบตามมาตรา 9 ความผิด
ฐานกระทำให้การทำงานของระบบคอมพิวเตอร์ไม่สามารถทำงานตามปกติได้ตามมาตรา 10 ความผิด
ฐานส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์รบกวนการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ตามมาตรา 11 ความผิดฐานจำหน่ายชุดคำสั่งที่จัดทำขึ้น
เพื่อนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดตามมาตรา 13

2) ความผิดที่ใช้ระบบหรือข้อมูลหรืออุปกรณ์คอมพิวเตอร์เป็นช่องทางหรือเป็นเครื่องมือ (Computer
as a tool) ได้แก่ ความผิดฐานใช้ระบบคอมพิวเตอร์ทำความผิดอื่นตามมาตรา 14 และความผิดฐานนำเข้าสู่
ระบบคอมพิวเตอร์ที่ปรากฏเป็นภาพของผู้อื่นและภาพนั้นเป็นภาพที่เกิดจากการสร้างขึ้น ตัดต่อ เติม หรือดัดแปลง
ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือวิธีการอื่นใด โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นถูกเกลียดชัง
หรือได้รับความอับอายตามมาตรา 16 และเหยื่ออาชญากรรมและผู้เสียหายจากการกระทำความผิดจะได้รับ
ผลกระทบจากการกระทำความผิด ทั้งผลกระทบต่อสิทธิความเป็นส่วนตัว ผลกระทบสิทธิต่อเกียรติยศ ชื่อเสียง
ผลกระทบต่อความสัมพันธ์กับคนในครอบครัวหรือคนใกล้ชิด และผลกระทบต่อหน้าที่การงาน ผลกระทบดังกล่าว
มีข้อสังเกตว่า ส่วนมากเป็นผลกระทบที่ไม่สามารถคำนวณเป็นเงินได้ แตกต่างจากอาชญากรรมประเภทอื่นที่มี
ผลกระทบต่อชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินที่สามารถคำนวณเป็นเงินได้

3. การคุ้มครองและช่วยเหลือเหยื่ออาชญากรรมหรือผู้เสียหายในคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ และเทคโนโลยีตามกฎหมายระหว่างประเทศ

การคุ้มครองและช่วยเหลือเหยื่ออาชญากรรมหรือผู้เสียหายในคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์และ
เทคโนโลยีตามกฎหมายระหว่างประเทศ พบว่ามีกฎหมายที่เกี่ยวข้องและวางมาตรการสากลไว้หลายฉบับ ได้แก่

- ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (Universal Declaration of Human Rights)
ที่กำหนดเป็นหลักขั้นพื้นฐานว่า บุคคลใดจะถูกกระทำการทรมานหรือการปฏิบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย
ไร้มนุษยธรรม หรืออย่างย่ำแย่หรือไม่ได้ หรือบุคคลใดจะถูกจับกุม กักขัง หรือเนรเทศตามอำเภอใจไม่ได้ หรือทุกคน
ย่อมมีสิทธิในความเสมอภาคอย่างเต็มที่ในการได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมและเปิดเผยจากศาลที่อิสระ
และไม่ลำเอียงในการพิจารณากำหนดสิทธิและหน้าที่ของตนและข้อกล่าวหาอาญาใดต่อตน และทุกคนที่ถูก
กล่าวหาว่ากระทำความผิดทางอาญา มีสิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่ามีความผิด
ตามกฎหมายในการพิจารณาคดีที่เปิดเผย ซึ่งตนได้รับหลักประกันที่จำเป็นทั้งปวงสำหรับการต่อสู้คดี รวมถึง

บุคคลใดจะถูกตัดสินว่ามีความผิดทางอาญาได้อันเนื่องจากการกระทำหรือละเว้นใด อันมิได้ถือว่าเป็นความผิดทางอาญาตามกฎหมายอาญาภายในของประเทศนั้นหรือกฎหมายระหว่างประเทศในขณะที่ได้กระทำความผิดนั้นไม่ได้ อีกทั้งจะกำหนดโทษให้หนักกว่ากฎหมายที่บังคับใช้ในขณะที่ได้กระทำความผิดทางอาญานั้นก็ไม่ได้เช่นกัน⁸

- อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 (European Convention on Human Rights and Fundamental Freedom 1950) ได้บัญญัติขึ้นเพื่อกำหนดความสัมพันธ์ภายในระหว่างรัฐกับรัฐภายในภูมิภาคยุโรป โดยบทบัญญัติตามอนุสัญญานี้เป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในภูมิภาคยุโรปไว้อย่างมีประสิทธิภาพ⁹ โดยกำหนดหลักการให้ความคุ้มครองด้านสิทธิมนุษยชนแก่ผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมที่ได้รับความเสียหายจากการถูกละเมิดจากรัฐหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองโดยมีการจัดตั้งศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปขึ้นเพื่อเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการให้ความคุ้มครองผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรม โดยผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมสามารถใช้สิทธิยื่นข้อร้องเรียนหรือคำร้องทุกข์ต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้โดยตรง

- ปฏิญญาว่าด้วยหลักความยุติธรรมขั้นพื้นฐานสำหรับผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมในคดีอาญาและการใช้อำนาจโดยมิชอบ (Declaration of Basic Principle of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power 1985) ซึ่งมีหลักการสำคัญที่ให้ผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเหมาะสมกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์¹⁰ โดยบัญญัติให้ผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเหมาะสมกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยได้กำหนดมาตรฐานการคุ้มครองผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมไว้ 4 ประการ กล่าวคือ การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมและการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม (Access to Justice and Fair Treatment) การได้รับการชดเชยความเสียหายโดยผู้กระทำผิด (Restitution) การได้รับการชดเชยความเสียหายโดยรัฐ (Compensation) และการให้ความช่วยเหลือแก่ผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรม (Assistance)

- อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยองค์การอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร (The United Nations Convention against Organized Crime 2000) อนุสัญญานี้เป็นกรอบความร่วมมือทางกฎหมายซึ่งกำหนดให้รัฐภาคีสามารถให้ความร่วมมือในแบบพหุภาคี โดยกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำเพื่อให้รัฐภาคีสามารถนำไปปฏิบัติเพื่อส่งเสริมความร่วมมือระหว่างประเทศทั้งด้านนโยบาย ตัวบทกฎหมาย แนวทางในการบริหาร และการบังคับใช้กฎหมายในการที่จะป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กรได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น¹¹ และได้กำหนดให้รัฐภาคีต้องออกมาตรการที่เหมาะสมแก่รัฐของตนเพื่อช่วยเหลือและคุ้มครองผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการถูกคุกคามหรือข่มขู่ว่าจะแก้แค้น รวมถึงต้องกำหนดกระบวนการที่เหมาะสมเพื่อให้ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิดประเภทที่ระบุไว้ในอนุสัญญานี้ อีกทั้ง

⁸ กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, *ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน* (กรุงเทพมหานคร: กระทรวงการต่างประเทศ, 2551), 20.

⁹ เนตรนภา พุทธสุวรรณ, “การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปตามอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), 26.

¹⁰ ชาญเชาวน์ ไชยานุกิจ, “เหยื่ออาชญากรรม, การประณอมข้อพิพาท และกระบวนการยุติธรรม,” *วารสารอัยการนิเทศ*, 58,4 (2539): 90-91.

¹¹ รุ่งกานต์ วัชรปริดา, “อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร,” (สารนิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), 15.

ผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมมีสิทธิที่จะได้รับการชดเชยค่าสินไหมทดแทนและการชดเชยเยียวยา อีกทั้งรัฐต้องดำเนินการให้ความเห็นและความรู้สึกของผู้เสียหายได้รับการนำเสนอและพิจารณาในขั้นตอนที่เหมาะสมของการดำเนินคดีอาญาที่มีต่อผู้กระทำความผิด

- ข้อกำหนดสภาของสหภาพยุโรปเกี่ยวกับการปราบปรามการฉ้อโกงจากการถูกหลอกลวงและการปลอมแปลงวิธีการจ่ายเงินโดยไม่ใช้เงินสด กำหนดให้รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องออกกฎหมายภายในเพื่อเป็นเครื่องมือให้กับเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายและเจ้าหน้าที่ตุลาการเพื่อลงโทษแก่การกระทำผิดทางอาญาที่มีผลกระทบต่อข้อมูลส่วนบุคคลของเหยื่ออันอาจได้รับผลกระทบจากการถูกหลอกลวงและการปลอมแปลงวิธีการจ่ายเงินโดยไม่ใช้เงินสด ทั้งนี้ รวมถึงการออกกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวของเหยื่อและกฎหมายที่เกี่ยวกับการปกป้องสิทธิเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคล¹² และตามบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการคุ้มครองและช่วยเหลือเหยื่อซึ่งกำหนดให้รัฐภาคีต้องให้ความช่วยเหลือแก่เหยื่อผู้ถูกฉ้อโกงจากการถูกหลอกลวงและการปลอมแปลงวิธีการจ่ายเงินโดยไม่ใช้เงินสด การกระทำผิดโดยการนำข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้ในทางมิชอบ รวมถึงรัฐต้องให้ข้อมูลที่เป็ข้อมูลเฉพาะแก่เหยื่อ ให้คำแนะนำการป้องกันตนเองของเหยื่อจากการกระทำที่มีขอบ เช่น การทำลายชื่อเสียง เป็นต้น และรัฐภาคีต้องให้ความช่วยเหลือแก่เหยื่อโดยไม่ชักช้าเมื่อเหยื่อได้ติดต่อเพื่อขอความช่วยเหลือต่อเจ้าหน้าที่รัฐ รวมถึงต้องให้ข้อมูลเกี่ยวกับกระบวนการในการร้องเรียน อีกทั้งเหยื่อสามารถร้องเรียนได้ ในกรณีหากเจ้าหน้าที่รัฐไม่เคารพต่อสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดีอาญาของเหยื่อ อีกทั้งเจ้าหน้าที่ต้องแจ้งข้อมูลรายละเอียดที่เหยื่อสามารถใช้ในการติดต่อเกี่ยวกับคดี รัฐภาคีจะต้องมีการดำเนินการอันเหมาะสมผ่านทางอินเทอร์เน็ต เพื่อให้ข้อมูล การณรงค์ งานวิจัย โปรแกรมการศึกษาโดยร่วมมือกับผู้มีส่วนได้ส่วนเสียอันมีวัตถุประสงค์เพื่อลดการถูกฉ้อโกงทางอินเทอร์เน็ตทุกรูปแบบ อีกทั้งเพื่อเป็นการให้เหยื่อได้ตระหนักรู้ถึงภัยและเป็นการลดความเสี่ยงในการตกเป็นเหยื่อจากถูกฉ้อโกงทางอินเทอร์เน็ต

- ข้อกำหนดสภาของสหภาพยุโรปที่ 2011/92/EU ลงวันที่ 13 ธันวาคม ค.ศ. 2011 เกี่ยวกับการปราบปรามการถูกล่วงละเมิดทางเพศในเด็ก การแสวงหาประโยชน์จากเพศจากเด็ก และภาพอนาจารเด็ก ใช้แทนคำตัดสินของสภายุโรปที่ 2004/68/JHA มีแนวทางอันสอดคล้องเป็นแนวเดียวกับ กฎบัตรเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานของสหภาพยุโรป (the Charter of Fundamental Rights of the European Union) ทุกประการ โดยได้วางหลักการต่าง ๆ ไว้ ได้แก่ หลักเกี่ยวกับการปกป้องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การห้ามการทรมาน การปฏิบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรี สิทธิของเด็กที่จะมีเสรีภาพและความปลอดภัย สิทธิที่จะมีอิสระในการแสดงออก สิทธิที่จะได้รับการปกป้องในข้อมูลส่วนตัว สิทธิที่จะได้รับค่าชดเชยที่เหมาะสม และการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมด้วยความเป็นธรรม หลักความชอบด้วยกฎหมายและหลักความได้สัดส่วนของความผิดทางอาญาและมาตรการการลงโทษ¹³

¹² European Commission, "Directive of The European Parliament and of The Council on Combating Fraud and Counterfeiting of Non-cash Means of Payment and Replacing Council Framework Decision 2001/413/JHA," [Online] Accessed December 9, 2018. Available from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2017:0489:FIN>

¹³ European Commission, "Directive 2011/92/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on combating the sexual abuse and sexual exploitation of children and child pornography, and replacing Council Framework Decision 2004/68/JHA, Official Journal of the European Union L335/1," [Online] Accessed December 9, 2018. Available from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32011L0093>

โดยในการวิเคราะห์ในงานวิจัยนี้ ผู้วิจัยได้วิเคราะห์มาตรการของประเทศไทยโดยยึดแนวทางให้ความสำคัญคุ้มครองเหยื่ออาชญากรรมและผู้เสียหายตามหลักของปฏิญญาว่าด้วยหลักความยุติธรรมขั้นพื้นฐานสำหรับผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมในคดีอาญาและการใช้อำนาจโดยมิชอบ (Declaration of Basic Principle of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power 1985) ในหลักการทั้ง 4 ประการ เพราะหลักการดังกล่าวถือเป็นกรอบมาตรฐานสากลที่ประเทศไทยได้นำมาใช้เป็นแนวทางการตรากฎหมายเพื่อให้การคุ้มครองสิทธิและช่วยเหลือเยียวยาเหยื่ออาชญากรรมหรือผู้เสียหายในคดีอาญาหลายฉบับ อาทิ พระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2544 พระราชบัญญัติคุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ. 2546 พระราชบัญญัติกองทุนยุติธรรม พ.ศ. 2558

4. ปัญหาและข้อจำกัดในการคุ้มครองและช่วยเหลือเหยื่ออาชญากรรมหรือผู้เสียหายในคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์และเทคโนโลยี

จากการศึกษาพบว่า ประเทศไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องในการดำเนินการเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมจำนวนหลายฉบับและมีหน่วยงานที่เกี่ยวข้องหลายหน่วยงาน ทั้งนี้ เป็นไปตามกรอบอำนาจหน้าที่ของแต่ละหน่วยงาน และกฎหมายที่มีอยู่มีทั้งกฎหมายที่เป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมในคดีอาญาทั่วไปและการคุ้มครองเฉพาะประเภทคดี

สำหรับคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์และเทคโนโลยีนั้น พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มีบทบัญญัติในการคุ้มครองและช่วยเหลือเหยื่ออาชญากรรมหรือผู้เสียหายไว้ในมาตรา 16/1 สำคัญคือ ในคดีที่ศาลพิพากษาว่าเป็นความผิดตามมาตรา 14 ฐานนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ประเภทต่าง ๆ หรือเป็นความผิดตามมาตรา 16 ฐานนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ปรากฏเป็นภาพของผู้อื่น ให้ศาลอาจสั่งให้ทำลายข้อมูลตามมาตราดังกล่าว หรือให้โฆษณาหรือเผยแพร่คำพิพากษาทั้งหมดหรือแต่บางส่วนในสื่ออิเล็กทรอนิกส์ วิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ หนังสือพิมพ์ หรือสื่ออื่นใด ตามที่ศาลเห็นสมควร โดยให้จำเลยเป็นผู้ชำระค่าโฆษณา หรือเผยแพร่ หรือให้ดำเนินการอื่นตามที่ศาลเห็นสมควรเพื่อบรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดนั้น ซึ่งการคุ้มครองในส่วนนี้มีข้อจำกัดว่าจะต้องเป็นกรณีที่ศาลมีคำพิพากษานั้น ส่วนกฎหมายที่เป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมในคดีอาญาทั่วไปนั้น มีข้อจำกัดในการคุ้มครองและช่วยเหลือเหยื่ออาชญากรรมหรือผู้เสียหายในคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์และเทคโนโลยีหลายประการโดยพิจารณาจากมาตรฐานการคุ้มครองผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมตามปฏิญญาว่าด้วยหลักความยุติธรรมขั้นพื้นฐานสำหรับผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมในคดีอาญาและการใช้อำนาจโดยมิชอบ (Declaration of Basic Principle of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power 1985) ทั้งปัญหาและข้อจำกัดด้านการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมและการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมตามพระราชบัญญัติกองทุนยุติธรรม พ.ศ. 2558 ด้านการได้รับการชดเชยความเสียหายโดยผู้กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ด้านการได้รับการชดเชยความเสียหายโดยรัฐตามพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2544 และด้านการให้ความช่วยเหลือแก่ผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมตามพระราชบัญญัติคุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ. 2546 ดังนี้

ด้านการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมและการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม

จากการศึกษาพบว่า พระราชบัญญัติกองทุนยุติธรรม พ.ศ. 2558 มีข้อจำกัดในการนำมาใช้กับคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์และเทคโนโลยี เนื่องจากผู้มีสิทธิขอรับความช่วยเหลือในกรณีละเมิดสิทธิมนุษยชนตามกฎหมายนี้ จะต้องเป็นกรณีเป็นผู้เสียหายจากการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย เป็นจำเลยที่ถูกคุมขังตามคำพิพากษาเกินกำหนด เป็นจำเลยที่มีสิทธิได้รับค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายตามกฎหมายว่าด้วยค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทน และค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญาและถูกคุมขังในระหว่างสอบสวน หรือเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนในกรณีอื่นใดตามที่คณะกรรมการเห็นสมควร ผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมในคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์และเทคโนโลยีที่ไม่เข้ากรณีตามที่กำหนดไว้ ก็ไม่อาจขอรับความช่วยเหลือและเยียวยาจากรัฐได้นอกจากนั้น ลักษณะการช่วยเหลือผู้เสียหายในกรณีละเมิดสิทธิมนุษยชนจะต้องเป็นกรณีที่เป็นการเสียหายที่เป็นผลโดยตรงจากการถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนเท่านั้น และเป็นการช่วยเหลือในความเสียหายที่สามารถคำนวณเป็นเงินได้เท่านั้น นอกจากนี้ ยังมีประเด็นเรื่องการแจ้งให้ผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมทราบถึงสิทธิของตนในการได้รับการช่วยเหลือจากรัฐ และการมีส่วนร่วมของผู้เสียหายในกระบวนการคุ้มครองสิทธิ

ด้านการได้รับการชดเชยความเสียหายโดยผู้กระทำผิด

จากการศึกษาพบว่า มีข้อจำกัดเกี่ยวกับสิทธิในการฟ้องคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญาเพื่อคุ้มครองผู้เสียหายในคดีอาญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาตามมาตรา 43 และมาตรา 44/1 โดยมาตรา 43 จำกัดเฉพาะบางประเภทความผิด และไม่รวมถึงความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ส่วนมาตรา 44/1 ยังมีความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับการเรียกค่าเสียหายทางจิตใจซึ่งมีความเสียหายสำคัญในคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์และเทคโนโลยี ด้วยเหตุที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานไว้ว่า ความเศร้าโศกเสียใจเป็นเพียงอารมณ์ที่เกิดขึ้น ไม่มีบทกฎหมายใดที่บัญญัติให้สิทธิโจทก์เรียกค่าเสียหายในเรื่องนี้ได้ หรือค่าเสียหายทางจิตใจที่โจทก์เกิดความตกใจหรือกระหวั่นไหวหรือจิตใจไม่สงบ ไม่มีบทกฎหมายให้เรียกร้องได้ ผู้เสียหายสามารถเรียกค่าเสียหายได้เฉพาะความเสียหายต่อจิตใจอันเป็นผลเนื่องมาจากความเสียหายต่อร่างกาย สุขภาพ หรืออนามัยของผู้เสียหาย เช่น ได้รับความเจ็บปวด ทุกข์ทรมาน หรือเสียโฉม ส่งผลให้การกำหนดค่าสินไหมทดแทนไม่ครอบคลุมความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงและไม่สามารถเยียวยาเหยื่ออาชญากรรมหรือผู้เสียหายได้ตรงตามความเสียหายที่แท้จริง

ด้านการได้รับการชดเชยความเสียหายโดยรัฐ

จากการศึกษาพบว่า พระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทน และค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2544 มีข้อจำกัดในการคุ้มครองสิทธิของเหยื่ออาชญากรรมและผู้เสียหายในคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์และเทคโนโลยีคือ ผู้เสียหายตามกฎหมายฉบับนี้ หมายถึง บุคคลซึ่งได้รับความเสียหายถึงแก่ชีวิตหรือร่างกายหรือจิตใจเนื่องจากการกระทำความผิดอาญาของผู้อื่น โดยตนมิได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดนั้น หมายความว่าผู้เสียหายดังกล่าวต้องเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัยที่ไม่เกี่ยวข้องหรือมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดด้วย ไม่รวมถึงเหยื่ออาชญากรรมที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำความผิด นอกจากนั้น ยังจำกัดประเภทความผิดที่จะได้รับการช่วยเหลือและเยียวยาจากรัฐ เฉพาะคดีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2

ในบางลักษณะเท่านั้น ไม่รวมถึงความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และจำกัดการชดเชยความเสียหายในเฉพาะความเสียหายที่คำนวณเป็นเงินได้เท่านั้น ไม่รวมถึงความเสียหายต่อจิตใจและชื่อเสียง ส่วนการช่วยเหลือเยียวยาโดยการจ่ายค่าตอบแทนและค่าใช้จ่ายแก่พยานสามี ภริยา ผู้บุพการี ผู้สืบสันดานของพยานหรือบุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับพยานในคดีอาญานั้น ปรากฏตามพระราชบัญญัติคุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ. 2546 มีข้อจำกัดคือ กฎหมายให้สิทธิเฉพาะตัวพยานสามี ภริยา ผู้บุพการี ผู้สืบสันดานของพยานหรือบุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับพยานในคดีอาญาเท่านั้น ไม่รวมถึงเหยื่อหรือผู้เสียหาย หรือครอบครัวของเหยื่อหรือผู้เสียหายที่ไม่ใช่พยานในคดีอาญา

ด้านการให้ความช่วยเหลือแก่ผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรม

จากการศึกษาพบว่า การให้ความช่วยเหลือแก่ผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมในด้านอื่นๆ ในคดีอาญาทั่วไปปรากฏตามพระราชบัญญัติคุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ. 2546 มีข้อจำกัดคือ ในกรณีการคุ้มครองพยานโดยมาตรการพิเศษจะจำกัดเฉพาะจำเลยในคดีอาญาพิเศษบางประเภทเท่านั้น ไม่รวมถึงความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

ตารางสรุปผลวิเคราะห์ปัญหา ข้อจำกัดและแนวทางคุ้มครองและช่วยเหลือเหยื่ออาชญากรรม หรือผู้เสียหายจากการกระทำความผิดอาชญากรรมคอมพิวเตอร์และเทคโนโลยี

สิทธิของเหยื่ออาชญากรรม หรือผู้เสียหายตามมาตรฐานสากล	ปัญหาและข้อจำกัดการคุ้มครอง และช่วยเหลือเหยื่ออาชญากรรม หรือผู้เสียหายจากการกระทำความผิดอาชญากรรมคอมพิวเตอร์และเทคโนโลยี ตามกฎหมาย	ร่างแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่เกี่ยวข้อง
การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม และการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม (Access to Justice and Fair Treatment)	พระราชบัญญัติกองทุนยุติธรรม พ.ศ. 2558 ประกอบกับระเบียบคณะกรรมการกองทุนยุติธรรม ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการช่วยเหลือผู้ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือผู้ได้รับผลกระทบจากการถูกละเมิดสิทธิมนุษยชน พ.ศ. 2559 ข้อ 9 จำกัดผู้มีสิทธิขอรับความช่วยเหลือในกรณีละเมิดสิทธิมนุษยชนเฉพาะกรณีเป็นผู้เสียหายจากการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย เป็นจำเลยที่ถูกคุมขังตามคำพิพากษาเกินกำหนด หรือเป็นจำเลยที่มีสิทธิได้รับค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายตามกฎหมายว่าด้วยค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทน และค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญาและถูกคุมขัง	แก้ไขเพิ่มเติมระเบียบคณะกรรมการกองทุนยุติธรรม ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการช่วยเหลือผู้ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือผู้ได้รับผลกระทบจากการถูกละเมิดสิทธิมนุษยชน พ.ศ. 2559 ข้อ 9 เพิ่มเติมกรณีการละเมิดสิทธิมนุษยชนให้ครอบคลุมถึงการละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนของผู้เสียหายในคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์และเทคโนโลยี

แนวทางพัฒนากฎหมายเพื่อคุ้มครองและช่วยเหลือเหยื่ออาชญากรรม
หรือผู้เสียหายในคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์และเทคโนโลยี

สิทธิของเหยื่ออาชญากรรม หรือผู้เสียหายตามมาตรฐาน สากล	ปัญหาและข้อจำกัดการคุ้มครอง และช่วยเหลือเหยื่ออาชญากรรม หรือผู้เสียหายจากการกระทำความผิด อาชญากรรมคอมพิวเตอร์และเทคโนโลยี ตามกฎหมาย	ร่างแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่เกี่ยวข้อง
การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม และการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม (Access to Justice and Fair Treatment)	ในระหว่างสอบสวนเท่านั้น นอกจากนั้น ลักษณะของการให้ความช่วยเหลือจะต้องเป็น กรณีที่เป็นความเสียหายที่เป็นผลโดยตรง จากการถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนเท่านั้น โดยมีข้อสังเกตว่าเป็นการช่วยเหลือในความ เสียหายที่สามารถคำนวณเป็นเงินได้เท่านั้น ปัจจุบันประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ อาญามาตรา 146 วรรคสอง ในกรณีที่ พนักงานอัยการมีคำสั่งไม่ฟ้องคดีเด็ดขาด กฎหมายให้สิทธิแก่ผู้เสียหาย ผู้ต้องหา หรือผู้มีส่วนได้เสียมีสิทธิร้องขอต่อ พนักงานอัยการเพื่อขอทราบสรุปพยาน หลักฐานพร้อมความเห็นของพนักงาน สอบสวนและพนักงานอัยการในการสั่งคดี ภายในกำหนดอายุความฟ้องร้องได้ แต่มี ข้อจำกัดว่าเฉพาะกรณีที่พนักงานอัยการ มีคำสั่งไม่ฟ้องคดีเด็ดขาดเท่านั้น ไม่มีหลักการดังกล่าวปรากฏในกระบวนการ คุ้มครองสิทธิของเหยื่ออาชญากรรม หรือผู้เสียหายในคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ และเทคโนโลยีแต่อย่างใด	แก้ไขเพิ่มเติมโดยร่างพระราชบัญญัติว่าด้วย การกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... เพิ่มเติมรายละเอียด การแจ้งสิทธิในการให้ความคุ้มครองและ ช่วยเหลือแก่เหยื่ออาชญากรรมหรือผู้เสียหาย แก้ไขเพิ่มเติมโดยร่างพระราชบัญญัติว่าด้วย การกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... ให้ผู้เสียหายมีส่วนร่วม ในการกำหนดค่าเสียหายร่วมกับพนักงาน สอบสวนและพนักงานอัยการ เพื่อให้ทราบถึง รายละเอียดของความเสียหาย ความรุนแรง และผลกระทบที่เกิดกับผู้เสียหาย
การได้รับการชดเชยความเสียหาย โดยผู้กระทำความผิด (Restitution)	ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ในหมวด 2 ว่าด้วยการฟ้องคดีแพ่งที่ เกี่ยวเนื่องกับคดีอาญา มาตรา 43 กรณี การเรียกร้องทรัพย์สินหรือราคาที่เขาสูญเสีย ไปเนื่องจากการกระทำความผิดคือนั้น มีข้อจำกัด เฉพาะคดีลักทรัพย์ ชิงทรัพย์ ปล้นทรัพย์ โจรสลัด กรรโชก ฉ้อโกงยกยอก หรือรับของโจรเท่านั้น ไม่รวมถึงคดีตาม	แก้ไขเพิ่มเติมโดยร่างพระราชบัญญัติว่าด้วย การกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... เพิ่มเติมหมวด 3 ว่าด้วย การช่วยเหลือและคุ้มครองผู้เสียหาย เพื่อกำหนดมาตรการในการช่วยเหลือและ คุ้มครองแก่ผู้เสียหายจากการกระทำความผิด ในคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์และ เทคโนโลยีเป็นการเฉพาะและกำหนดหน้าที่

สิทธิของเหยื่ออาชญากรรม หรือผู้เสียหายตามมาตรฐาน สากล	ปัญหาและข้อจำกัดการคุ้มครอง และช่วยเหลือเหยื่ออาชญากรรม หรือผู้เสียหายจากการกระทำความผิด อาชญากรรมคอมพิวเตอร์และเทคโนโลยี ตามกฎหมาย	ร่างแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่เกี่ยวข้อง
	พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ส่วนมาตรา 44/1 ในกรณีสิทธิในการเรียกชดเชยค่าสินไหมทดแทนในคดีอาญาทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นชีวิต ร่างกาย จิตใจ หรือได้รับความเสื่อมเสียต่อเสรีภาพในร่างกาย ชื่อเสียงหรือได้รับความเสียหายในทางทรัพย์สินนั้น ไม่มีความชัดเจนเรื่องการเรียกร้องค่าเสียหายทางจิตใจ ทำให้แนวทางการวินิจฉัยของศาลไทยวินิจฉัยประเด็นการให้ค่าเสียหายทางจิตใจเป็นรายกรณีไป และไม่มีความชัดเจนว่าสามารถกำหนดได้หรือไม่ อย่างไร	ของเจ้าหน้าที่และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมาย ทั้งนี้ การกำหนดมาตรการคุ้มครองตามหลักการได้รับการชดเชยความเสียหายโดยผู้กระทำความผิด ได้แก่ การกำหนดกระบวนการและหน้าที่ของพนักงานอัยการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนแทนผู้เสียหายและหน้าที่ในการกำหนดค่าทดแทน รวมทั้งให้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายต่อจิตใจอันเป็นผลเนื่องมาจากความเสียหาย และกำหนดความหมายของคำว่าค่าเสียหายต่อจิตใจ
การได้รับการชดเชยความเสียหายโดยรัฐ (Compensation)	พระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทน และค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2544 ประกอบกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และอัตราในการจ่ายค่าตอบแทนผู้เสียหาย และค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2546 มีข้อจำกัดคือ คุ้มครองสิทธิเฉพาะผู้เสียหายโดยนิตินัยที่ไม่เกี่ยวข้องหรือมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดด้วย จึงไม่รวมถึงเหยื่ออาชญากรรมที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำความผิด และจำกัดเฉพาะความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 บางลักษณะความผิดเท่านั้น ไม่รวมถึงความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และมีข้อจำกัดเรื่องการชดเชยความเสียหายในเฉพาะความเสียหายที่คำนวณเป็นเงินได้เท่านั้น ไม่รวมถึงความเสียหายต่อจิตใจและชื่อเสียง	แก้ไขเพิ่มเติมโดยร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... ให้พนักงานอัยการเรียกค่าสินไหมทดแทนแทนผู้เสียหาย ซึ่งนอกจากค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ให้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายต่อจิตใจอันเป็นผลเนื่องมาจากความเสียหายต่อสิทธิส่วนบุคคล ทรัพย์สิน ชื่อเสียง หรือเสรีภาพของผู้เสียหายได้ด้วย

แนวทางพัฒนากฎหมายเพื่อคุ้มครองและช่วยเหลือเหยื่ออาชญากรรม
หรือผู้เสียหายในคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์และเทคโนโลยี

สิทธิของเหยื่ออาชญากรรม หรือผู้เสียหายตามมาตรฐาน สากล	ปัญหาและข้อจำกัดการคุ้มครอง และช่วยเหลือเหยื่ออาชญากรรม หรือผู้เสียหายจากการกระทำความผิด อาชญากรรมคอมพิวเตอร์และเทคโนโลยี ตามกฎหมาย	ร่างแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่เกี่ยวข้อง
	ส่วนพระราชบัญญัติคุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ. 2546 ประกอบกับระเบียบกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยค่าตอบแทนและค่าใช้จ่ายแก่พยาน สามี ภริยา ผู้บุพการี ผู้สืบสันดานของพยานหรือบุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับพยานในคดีอาญา พ.ศ. 2547 จำกัดให้สิทธิเฉพาะตัวพยาน สามี ภริยา ผู้บุพการี ผู้สืบสันดานของพยานหรือบุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับพยานในคดีอาญา เท่านั้น ไม่รวมถึงเหยื่อหรือผู้เสียหาย หรือครอบครัวของเหยื่อหรือผู้เสียหายที่ไม่ใช่พยานในคดีอาญา	
การให้ความช่วยเหลือแก่ ผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรม (Assistance)	พระราชบัญญัติคุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ. 2546 มีข้อจำกัด 2 ประการคือ จำกัดการให้ความคุ้มครองเฉพาะพยานในคดีอาญาที่ร้องขอเท่านั้น และการสั่งใช้มาตรการพิเศษเพื่อคุ้มครองพยานจำกัดเฉพาะบางประเภทคดี ไม่รวมถึงคดีตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 เว้นแต่จะเป็นความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะเป็นการกระทำขององค์กรอาชญากรรม	แก้ไขเพิ่มเติมโดยร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... เพื่อคุ้มครองเหยื่อหรือผู้เสียหายให้ได้รับความปลอดภัยในทันทีและในกรณีผู้เสียหายที่เป็นพยานในคดีอาญาให้กำหนดหน้าที่ในการประสานงานเพื่อขอรับการคุ้มครองพยานตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องต่อไป

5. การจัดทำร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... และร่างแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

สำหรับแนวทางแก้ไขกฎหมายเพื่อกำหนดมาตรการคุ้มครองและช่วยเหลือเหยื่ออาชญากรรมหรือผู้เสียหายในคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์และเทคโนโลยี ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนวทางแก้ไขกฎหมายตามหลักการของปฏิญญาว่าด้วยหลักความยุติธรรมขั้นพื้นฐานสำหรับผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมในคดีอาญาและการใช้อำนาจโดยมิชอบ (Declaration of Basic Principle of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power) ซึ่งเป็นมาตรฐานสากล เพื่อให้เหยื่อและผู้เสียหายจากการกระทำความผิดได้รับหลักประกันในการเยียวยาช่วยเหลือ การปฏิบัติที่ดีที่เหมาะสมจากเจ้าหน้าที่รัฐและเกิดความเป็นธรรม ส่งผลให้ประเทศไทยมีมาตรการและกลไกกฎหมายที่สอดคล้องกับหลักสากล เพื่อสร้างหลักประกันที่ดีในการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ และได้รับการยอมรับจากนานาประเทศ โดยผลการวิจัยนำไปสู่การจัดทำร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... และร่างแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

1) ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ...

(ร่าง)

พระราชบัญญัติ

ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ ...)

พ.ศ.

พระบาทสมเด็จพระปรเมนทรรามาธิบดีศรีสินทรมหาวชิราลงกรณ

พระวชิรเกล้าเจ้าอยู่หัว

ให้ไว้ ณ วันที่ ... พ.ศ. ...

เป็นปีที่ ... ในรัชกาลปัจจุบัน

พระบาทสมเด็จพระปรเมนทรรามาธิบดีศรีสินทรมหาวชิราลงกรณ พระวชิรเกล้าเจ้าอยู่หัว มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้ประกาศว่า

โดยที่เป็นการสมควรแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์

พระราชบัญญัตินี้มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลซึ่งมาตรา 26 ประกอบกับมาตรา ... ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชบัญญัติขึ้นไว้โดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา ดังต่อไปนี้

มาตรา 1 พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า “พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ”

มาตรา 2 พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อยยี่สิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

มาตรา 3 ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นหมวด 3 มาตรา 31/1 มาตรา 31/2 มาตรา 31/3 มาตรา 31/4 มาตรา 31/5 และมาตรา 31/6 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

หมวด 3

การช่วยเหลือและคุ้มครองผู้เสียหาย

มาตรา 31/1 ให้กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคมพิจารณาให้ความช่วยเหลือและคุ้มครองแก่ผู้เสียหายจากการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ โดยจัดเจ้าหน้าที่ให้คำปรึกษา การให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย ประสานความร่วมมือไปยังหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องเพื่อดำเนินการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย และอรรถคดี การให้ความช่วยเหลือในการสืบทรัพย์เพื่อบังคับคดีตามคำพิพากษา หรือการดำเนินคดีเพื่อเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนให้ผู้เสียหายตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนด

มาตรา 31/2 ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ พนักงานสอบสวน หรือพนักงานอัยการแจ้งให้ผู้เสียหายทราบในโอกาสแรกถึงสิทธิของผู้เสียหายที่จะได้รับการคุ้มครองและช่วยเหลือตามกฎหมาย ดังนี้

- (1) สิทธิในการเรียกค่าสินไหมทดแทนอันเนื่องมาจากการกระทำความผิด
- (2) สิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมาย
- (3) สิทธิที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายจากรัฐ
- (4) สิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองความปลอดภัย

มาตรา 31/3 ในกรณีที่ผู้เสียหายมีสิทธิและประสงค์ที่จะเรียกค่าสินไหมทดแทนอันเนื่องมาจากการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ ให้พนักงานอัยการเรียกค่าสินไหมทดแทนแทนผู้เสียหาย

ทั้งนี้ ไม่กระทบถึงสิทธิของผู้เสียหายในอันที่จะฟ้องจำเลยเป็นคดีแพ่งเพื่อเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนในส่วนที่ยังขาดอยู่

มาตรา 31/4 นอกจากค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ศาลมีอำนาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายต่อจิตใจอันเป็นผลเนื่องมาจากความเสียหายต่อสิทธิส่วนบุคคล ทรัพย์สิน ชื่อเสียง หรือเสรีภาพของผู้เสียหาย

ความเสียหายต่อจิตใจ หมายความว่า ความเจ็บปวด ความทุกข์ทรมาน ความหวาดกลัว ความวิตกกังวล ความเศร้าโศกเสียใจ ความอับอาย หรือความเสียหายต่อจิตใจอย่างอื่นที่มีลักษณะทำนองเดียวกัน

มาตรา 31/5 เพื่อประโยชน์ในการช่วยเหลือและคุ้มครองผู้เสียหาย ให้กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคมช่วยเหลือดำเนินการเพื่อกำหนดค่าสินไหมทดแทน โดยพิจารณาร่วมกับผู้เสียหายหรือผู้ที่ได้รับมอบหมาย

จากผู้เสียหาย พนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ แล้วรายงานให้กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม หรือผู้แทนที่ได้รับมอบหมายทราบเพื่อแจ้งให้พนักงานอัยการดำเนินการต่อไป

การกำหนดค่าสินไหมทดแทนตามวรรคหนึ่ง ให้พิจารณารวมถึงเหตุที่ได้รับความเสียหายต่อสิทธิส่วนบุคคล ทรัพย์สิน ชื่อเสียง เสรีภาพ หรือจิตใจ โดยให้คำนึงถึงความเสียหายและผลกระทบจากการกระทำความผิด เป็นสำคัญ

มาตรา 31/6 ในกรณีที่พนักงานเจ้าหน้าที่พิจารณาเห็นว่า ผู้เสียหายอาจไม่ได้รับความปลอดภัย ให้พนักงาน เจ้าหน้าที่จัดให้มีการคุ้มครองความปลอดภัยให้แก่ผู้เสียหาย ไม่ว่าก่อน ขณะหรือหลังการดำเนินคดี ทั้งนี้ โดยให้คำนึงถึงความปลอดภัย สิทธิความเป็นส่วนตัวของผู้เสียหายและบุคคลในครอบครัวของผู้เสียหายด้วย ทั้งนี้ ตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนด

ในกรณีผู้เสียหายซึ่งเป็นพยานอาจไม่ได้รับความปลอดภัยให้พนักงานเจ้าหน้าที่เป็นผู้ประสานไปยัง เจ้าหน้าที่ตำรวจหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองพยานเพื่อดำเนินการคุ้มครองพยาน ตามมาตราทั่วไป หรือมาตรการพิเศษโดยเร็ว

2) แนวทางการตรากฎหมายลำดับรอง

ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ตามที่ได้ เสนอแนะข้างต้น หากมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายแล้ว รัฐมนตรีว่าการกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม ในฐานะผู้รักษาการตามกฎหมาย จะต้องดำเนินการหรือปฏิบัติการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติฯ โดยการตรา กฎหมายลำดับรองจำนวน 2 ฉบับ ดังต่อไปนี้

(1) ระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาให้ความช่วยเหลือและคุ้มครองผู้เสียหายจาก การกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. ... อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 31/1 แห่งร่างพระราชบัญญัติ ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ ...) พ.ศ. โดยกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ วิธีการให้ความช่วยเหลือแก่ผู้เสียหาย รวมถึงรายละเอียดและขั้นตอนการประสานความร่วมมือไปยังหน่วยงาน ที่เกี่ยวข้อง

(2) ระเบียบว่าด้วยการคุ้มครองความปลอดภัยแก่ผู้เสียหายจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับ คอมพิวเตอร์ พ.ศ. ... อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 31/6 แห่งร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิด เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดให้มีการคุ้มครองความปลอดภัย ให้แก่ผู้เสียหาย ไม่ว่าก่อน ขณะ หรือหลังการดำเนินคดีและการพิจารณาให้ความคุ้มครอง

3) แนวทางการแก้ไขเพิ่มเติมระเบียบคณะกรรมการกองทุนยุติธรรมว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการช่วยเหลือผู้ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือผู้ได้รับผลกระทบจากการถูกละเมิดสิทธิมนุษยชน พ.ศ. 2559

ควรแก้ไขเพิ่มเติมระเบียบคณะกรรมการกองทุนยุติธรรม ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข ในการช่วยเหลือผู้ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือผู้ได้รับผลกระทบจากการถูกละเมิดสิทธิมนุษยชน พ.ศ. 2559

แนวทางพัฒนากฎหมายเพื่อคุ้มครองและช่วยเหลือเหยื่ออาชญากรรม
หรือผู้เสียหายในคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์และเทคโนโลยี

ที่ออกตามพระราชบัญญัติกองทุนยุติธรรม พ.ศ. 2558 โดยเพิ่มเติมความในข้อ 9 (4) เพื่อให้ครอบคลุมไปถึงการละเมิดสิทธิมนุษยชนในกรณีทำให้เกิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย จิตใจ หรือเสรีภาพ ในราชอาณาจักรไม่ว่าจะเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลใด ดังนี้

ข้อ 9 ผู้ขอรับความช่วยเหลือจากการกระทำในกรณีดังต่อไปนี้ เป็นผู้ที่มีสิทธิขอรับความช่วยเหลือ

- (1) เป็นผู้เสียหายจากการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย
- (2) เป็นจำเลยที่ถูกคุมขังตามคำพิพากษาเกินกำหนด
- (3) เป็นจำเลยที่มีสิทธิได้รับค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายตามกฎหมายว่าด้วยค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทน และค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา และถูกคุมขังในระหว่างสอบสวน
- (4) เป็นผู้เสียหายจากการทำให้เกิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย จิตใจ หรือเสรีภาพ ในราชอาณาจักรไม่ว่าจะเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลใด
- (5) การละเมิดสิทธิมนุษยชนในกรณีอื่นใดตามที่คณะกรรมการเห็นสมควร

กรอบกฎหมายว่าด้วยการซื้อขายใบอนุญาตปล่อยก๊าซเรือนกระจก:

บทเรียนจากประสบการณ์ของประเทศนิวซีแลนด์*

Legal Framework for Emissions Trading Scheme:

Possible Lessons from New Zealand's Experience

พีรพล เจตโรจนานนท์

Peerapon Jaderojananont

อาจารย์ประจำ

คณะบริหารการพัฒนาสิ่งแวดล้อม สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ ถนนเสรีไทย เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร 10240

Full-time Lecturer

Graduate School of Environmental Development Administration, National Institute of Development

Administration, Serithai Road Bangkok Bangkok 10240

Corresponding author Email: peerapon.j@nida.ac.th

(Received: November 4, 2019; Revised: February 13, 2020; Accepted: March 4, 2020)

บทคัดย่อ

การเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ เป็นหนึ่งในปัญหาสิ่งแวดล้อมยุคปัจจุบันที่นานาชาติประชาคมทั่วโลกตระหนักและสร้างความร่วมมือกันในการแก้ไขปัญหา เนื่องจากปัญหาดังกล่าวไม่ได้ส่งผลกระทบต่อประเทศใดประเทศหนึ่งเท่านั้น หากแต่ยังส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมโดยรวมของโลกด้วย ความร่วมมือดังกล่าวถูกสะท้อนออกมาในรูปอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ พิธีสาร ตลอดจนข้อตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องในระยะเวลาหลายทศวรรษที่ผ่านมา โดยหนึ่งในหลายเครื่องมือที่ถูกนำมาใช้สำหรับลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกอันเป็นสาเหตุสำคัญของปัญหา คือ การสร้างมาตรการซื้อขายใบอนุญาตการปล่อยก๊าซเรือนกระจกขึ้น ซึ่งจากการศึกษา พบว่า นิวซีแลนด์เป็นประเทศที่มีแนวนโยบาย แผน เครื่องมือด้านกฎหมาย และมาตรการที่ชัดเจนในการต่อสู้กับปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ อีกทั้งยังปฏิบัติตามข้อตกลงระหว่างประเทศเหล่านั้น นอกจากนี้ กฎหมายว่าด้วยการซื้อขายใบอนุญาตการปล่อยก๊าซเรือนกระจกของนิวซีแลนด์ยังมีเอกลักษณ์เฉพาะตัวและโดดเด่นเป็นที่น่าสนใจยิ่ง หากจะนำมาศึกษาค้นคว้าเพื่อใช้เป็นแนวทางในการสร้างกรอบกฎหมายสำหรับการสร้างระบบซื้อขายใบอนุญาตการปล่อยก๊าซเรือนกระจกของประเทศไทยในอนาคต

คำสำคัญ: การเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ, การซื้อขายใบอนุญาตการปล่อยก๊าซเรือนกระจก, บทเรียนจากประสบการณ์ของนิวซีแลนด์

* บทความวิจัยนี้เป็นส่วนหนึ่งของ “โครงการศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการซื้อขายใบอนุญาตปล่อยก๊าซเรือนกระจกของต่างประเทศ” สนองต่อองค์การบริหารจัดการก๊าซเรือนกระจก (องค์การมหาชน) ในโอกาสที่ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ อาจารย์ชาคริต สิทธิเวช คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ซึ่งเป็นหัวหน้าโครงการวิจัย และเป็นผู้ที่มีโอกาสให้แก่วิธีเขียนได้เข้ามาทำงานวิจัยในส่วนนี้ อีกทั้งยังเป็นครูผู้ถ่ายทอดความรู้แก่ผู้เขียนในเรื่องกฎหมายว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ

Abstract

Climate change is one of the most complex and vital environmental problems. Many countries have recognized and fostered international cooperation in efforts to address it. Climate change does not adversely affects a single country; its negative impacts are across the globe. For many decades, such international cooperation has been significantly established and reflected in the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), including its relevant protocols and agreements. One of the key mechanisms applied to mitigate greenhouse gas emissions as a main cause of climate change is an Emissions Trading Scheme (ETS). This research clearly finds that the ETS is widely applied in New Zealand when the country launched its national policy and plan. New Zealand also enacted legislations with other concrete measures in order to fight against the effects of climate change and fulfil its obligations under the UNFCCC and the other agreements. Owing to its unique and outstanding features, the New Zealand's ETS provides an important example to further study the designing and developing of Thailand's legal framework relating to the ETS in the future.

Keywords: Climate Change, Emissions Trading Scheme, Possible Lessons from New Zealand

1. บทนำ

การเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (Climate Change) เป็นปัญหาสิ่งแวดล้อมที่ถูกกล่าวถึงกันมากที่สุดในปัจจุบัน มีสาเหตุสำคัญมาจากการปล่อยก๊าซเรือนกระจก¹ขึ้นสู่ชั้นบรรยากาศ ทำให้อุณหภูมิเฉลี่ยของโลกสูงขึ้น น้ำแข็งบริเวณขั้วโลกละลาย ส่งผลให้ระดับน้ำทะเลสูงขึ้นอย่างรวดเร็ว ระบบนิเวศตามธรรมชาติถูกรบกวนจากความผิดปกติของสภาพภูมิอากาศ และส่งผลกระทบต่อความเป็นอยู่ของมนุษย์ ในรอบหลายทศวรรษที่ผ่านมา มีความพยายามของประชาคมโลกในการต่อสู้กับปัญหาดังกล่าวด้วยการสร้างข้อตกลงระหว่างประเทศขึ้น คือ อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (United Nations Framework Convention on Climate Change-UNFCCC) โดยมีวัตถุประสงค์ในการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกให้อยู่ในระดับที่ไม่เป็นอันตราย อนึ่ง ข้อตกลงฉบับนี้จำแนกประเทศสมาชิกออกเป็น 3 กลุ่ม แต่ละกลุ่มมีพันธกรณีที่แตกต่างกันออกไป ได้แก่ กลุ่ม Annex I หมายถึง ประเทศอุตสาหกรรมที่เป็นสมาชิกของ OECD² ผนวกกับประเทศที่เศรษฐกิจอยู่ในช่วงเปลี่ยนผ่าน เช่น ประเทศรัสเซีย รัสเซียบอลติก และรัฐอื่นในยุโรปตะวันออกและกลาง เป็นต้น กลุ่มต่อมาคือ ประเทศในกลุ่ม Annex II หมายถึง ประเทศที่เป็นสมาชิกของ OECD เช่นเดียวกับประเทศในกลุ่มแรก แต่ไม่ใช่ประเทศที่เศรษฐกิจอยู่ในช่วงเปลี่ยนผ่าน ซึ่งประเทศในกลุ่มนี้จะถูกเรียกร้องให้จัดหาความช่วยเหลือด้านการเงินแก่ประเทศที่กำลังพัฒนา เพื่อให้ประเทศที่กำลังพัฒนาเหล่านั้นมีความสามารถเพียงพอในการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจก อีกทั้งสามารถปรับตัวให้ทันต่อการเปลี่ยนแปลงของสภาพภูมิอากาศ ส่วนกลุ่มสุดท้ายคือ กลุ่มประเทศ Non-Annex I หมายถึง ประเทศที่กำลังพัฒนาที่ถูกระบุภายใต้อนุสัญญานี้ และได้รับผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงของสภาพภูมิอากาศ³

ต่อมา ปี 1997 พิธีสารเกียวโต (Kyoto Protocol) ได้ถูกสร้างขึ้นเพื่อช่วยส่งเสริมการปฏิบัติตามพันธกรณีของ UNFCCC อีกทั้งพิธีสารดังกล่าวยังได้กำหนดเครื่องมือในการช่วยเหลือประเทศสมาชิกให้บรรลุผลในการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกด้วย การกำหนดมาตรการซื้อขายใบอนุญาตการปล่อยก๊าซเรือนกระจกได้กลายเป็นอีกหนึ่งในหลายเครื่องมือที่ถูกนำมาใช้สร้างแรงจูงใจให้แต่ละประเทศลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกในประเทศตนเอง จากการศึกษาพบว่า นิวซีแลนด์เป็นประเทศที่อยู่ในกลุ่ม Annex I เป็นภาคีสมาชิกทั้ง UNFCCC และพิธีสารเกียวโต จึงก่อให้เกิดพันธกรณีในการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกอย่างชัดเจน ส่งผลให้นิวซีแลนด์มีความจำเป็นต้องจัดทำแผนนโยบาย แผน เครื่องมือด้านกฎหมาย และมาตรการอื่นใดที่จำเป็น เพื่อไม่ให้ฝ่าฝืนหรือหลีกเลี่ยงการไม่บรรลุผลในการปฏิบัติตามข้อตกลงระหว่างประเทศเหล่านั้น อีกทั้งการปล่อยก๊าซเรือนกระจกของนิวซีแลนด์ก็มีลักษณะเฉพาะตัว กล่าวคือ เกือบครึ่งหนึ่งของก๊าซเรือนกระจกที่นิวซีแลนด์ปล่อยออกมานั้นมาจากกิจกรรมการเกษตรในอัตราที่สูงมากเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศอื่น ซึ่งอาจเป็นเพราะนิวซีแลนด์ทำ

¹ ก๊าซเรือนกระจก (Greenhouse Gas) ประกอบไปด้วย คาร์บอนไดออกไซด์ (CO₂), มีเทน (CH₄), ไนตรัสออกไซด์ (N₂O), ซีเอฟซี (CFCs), ไฮโดรฟลูโอโรคาร์บอน (HFCs), เพอร์ฟลูโอโรคาร์บอน (PFCs) และซัลเฟอร์เฮกซะฟลูออไรด์ (SF₆) โดยก๊าซเรือนกระจกเหล่านี้จะดูดซับรังสีความร้อนจากพื้นผิวโลกเอาไว้ ทำให้ไม่สามารถแผ่อกสู่ภายนอกได้ จึงส่งผลทำให้อุณหภูมิของโลกสูงขึ้น

² OECD ย่อมาจาก Organization for Economic Co-operation and Development ซึ่งเป็นองค์การระหว่างประเทศที่จัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ ซึ่งประกอบไปด้วยสมาชิกกลุ่มประเทศที่พัฒนาแล้ว

³ The UNFCCC Secretariat, United Nations Framework Convention on Climate Change: Parties and Observers[Online], accessed October 20, 2019, available from http://unfccc.int/parties_and_observers/items/2704.php

อุตสาหกรรมป่าไม้เป็นจำนวนมาก อุตสาหกรรมป่าไม้ไม่สามารถนำมาใช้เป็นแหล่งกักเก็บก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ (carbon sinks) ซึ่งเป็นก๊าซเรือนกระจกที่สำคัญชนิดหนึ่งได้ แม้ว่าอุตสาหกรรมป่าไม้จะเป็นอุตสาหกรรมที่มีส่วนปล่อยก๊าซเรือนกระจกออกสู่บรรยากาศเช่นเดียวกับอุตสาหกรรมอื่น แต่การปล่อยก๊าซเรือนกระจกจากอุตสาหกรรมป่าไม้ของนิวซีแลนด์มีลักษณะเป็นวงจรหมุนเวียน เพราะป่าไม้สามารถดูดซับก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ไปใช้ประโยชน์ ด้วยเหตุนี้ นิวซีแลนด์จึงนับว่าเป็นประเทศในกลุ่ม Annex I ที่มีลักษณะโดดเด่นและมีเอกลักษณ์เฉพาะตัว นำมาซึ่งความน่าสนใจเป็นอย่างยิ่งว่า ในแง่ของกลไกและมาตรการกฎหมายนั้น นิวซีแลนด์ได้บัญญัติและออกแบบกฎหมายว่าด้วยการซื้อขายใบอนุญาตการปล่อยก๊าซเรือนกระจกเอาไว้อย่างไร เพื่อศึกษาเป็นแนวทางแก่ประเทศไทย หากในอนาคตประเทศไทยจะกำหนดให้มีกรอบกฎหมายว่าด้วยการซื้อขายใบอนุญาตการปล่อยก๊าซเรือนกระจกขึ้น

บทความวิจัยนี้ มีวัตถุประสงค์สำคัญ คือ เพื่อเป็นการรวบรวม ศึกษา วิเคราะห์ข้อมูลและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายใบอนุญาตปล่อยก๊าซเรือนกระจกของนิวซีแลนด์ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประเด็นเรื่องการกำหนดขั้นตอนการสร้างระบบอนุญาตปล่อยก๊าซเรือนกระจก และการจัดโครงสร้างขององค์กรที่เกี่ยวข้องเพื่อให้ได้ข้อมูลมาเป็นแนวทางสำหรับการจัดทำข้อเสนอแนะทางวิชาการ นำไปสู่การพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการซื้อขายใบอนุญาตปล่อยก๊าซเรือนกระจกของประเทศไทยต่อไปในอนาคต โดยแนวทางของนิวซีแลนด์อาจเป็นประโยชน์โดยตรงกับองค์การบริหารจัดการก๊าซเรือนกระจก (องค์การมหาชน) ซึ่งเป็นหน่วยงานหลักที่มีภารกิจในการปฏิบัติตามพันธกรณีลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกในประเทศ และเป็นตัวแทนประเทศไทยในการเจรจาผลประโยชน์ในเวทีโลกภายใต้ข้อตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งผลจากการศึกษาวิจัยอาจนำไปใช้ส่งเสริมสนับสนุน หรือเป็นแนวทางผลักดันการดำเนินงานด้านนโยบายและกฎหมายได้ และเพื่อให้ได้มาซึ่งผลการศึกษา ผู้วิจัยจะใช้วิธีการวิจัยเอกสารเป็นหลัก กล่าวคือ ผู้วิจัยจะเริ่มต้นด้วยการรวบรวมและวิเคราะห์ข้อมูลกฎหมายของนิวซีแลนด์ที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายใบอนุญาตปล่อยก๊าซเรือนกระจก และการจัดโครงสร้างองค์กรที่เกี่ยวข้อง

2. ผลการศึกษาวิจัย

ในส่วนนี้ ผู้วิจัยจะสรุปผลการศึกษาวิจัยโดยลำดับการนำเสนอจากข้อมูลพื้นฐานเกี่ยวกับระบบกฎหมายของนิวซีแลนด์ไปจนถึงกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายใบอนุญาตการปล่อยก๊าซเรือนกระจก ว่ามีการจัดทำระบบอย่างไรและองค์กรใดเป็นผู้รับผิดชอบดำเนินการดูแลระบบ

2.1 ระบบกฎหมายของนิวซีแลนด์

โครงสร้างอำนาจสูงสุดในการบริหารของนิวซีแลนด์มีความคล้ายคลึงกับประเทศไทยเป็นอย่างยิ่ง กล่าวคือ นิวซีแลนด์แบ่งอำนาจอธิปไตยออกเป็นสามฝ่าย ได้แก่ ฝ่ายนิติบัญญัติ ประกอบด้วยรัฐสภา ซึ่งรัฐสภานิวซีแลนด์ยังจำแนกออกเป็น (1) ประมุขของนิวซีแลนด์ (the Head of State of New Zealand) ซึ่งคือประมุขแห่งสหราชอาณาจักร แต่นิวซีแลนด์มีการแต่งตั้ง Governor-General เพื่อเป็นตัวแทนและใช้อำนาจในนามของประมุขแห่งสหราชอาณาจักร ตามจารีตประเพณี โดย Governor-General มีอำนาจเชิญผู้นำของพรรคการเมืองมาประชุมเพื่อจัดตั้งรัฐบาลได้ อีกทั้งยังมีอำนาจออกข้อบังคับเพื่อใช้เป็นกฎหมายได้ โดยมีเงื่อนไข

ที่ต้องอยู่ภายใต้และสอดคล้องกับกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา และ (2) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (House of Representatives) ซึ่งสภาผู้แทนราษฎรนี้เป็นเพียงสภาเดียวของนิวซีแลนด์ มีสมาชิกที่ได้รับการเลือกตั้งเข้ามาดำรงตำแหน่ง ทั้งนี้ สภาผู้แทนราษฎรมีอำนาจในการพิจารณาและตรากฎหมายที่เรียกว่า Act of Parliament ฝ่ายต่อมา คือ ฝ่ายบริหาร ประกอบด้วยคณะรัฐมนตรี ซึ่งมีหน้าที่กำหนดนโยบายและออกคำสั่งเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมาย และฝ่ายตุลาการประกอบไปด้วยผู้พิพากษาที่มีความเป็นอิสระจากการแทรกแซงทางการเมือง โดยมีหน้าที่ระงับข้อพิพาทและนำกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภามาใช้กับข้อเท็จจริงแห่งคดี⁴ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากนิวซีแลนด์เคยตกเป็นอาณานิคมของสหราชอาณาจักร ระบบกฎหมายของนิวซีแลนด์จึงได้รับอิทธิพลโดยตรงจากระบบกฎหมายอังกฤษ ดังนั้น บ่อเกิดแห่งกฎหมายนิวซีแลนด์จึงมีได้สองทาง คือ คอมมอนลอว์ (Common Law) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ถูกสร้างขึ้นจากคำตัดสินของศาล และกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statute Law) ที่ถูกตราขึ้นโดยรัฐสภา ดังที่เรียกกันว่า Act of Parliament⁵ ส่วนกฎหมายที่เกี่ยวกับการซื้อขายใบอนุญาตปล่อยก๊าซเรือนกระจกของนิวซีแลนด์จะมีลักษณะเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่รัฐสภานิวซีแลนด์ตราขึ้นทั้งสิ้น

2.2 กฎหมายเกี่ยวกับการซื้อขายใบอนุญาตปล่อยก๊าซเรือนกระจกของนิวซีแลนด์

เพื่อบรรลุเป้าหมายในการลดปริมาณก๊าซเรือนกระจกให้อยู่ในระดับที่กำหนด พิธีสารเกียวโต ได้สร้างกลไกบางประการเพื่อช่วยเหลือประเทศสมาชิกให้สามารถจำกัดหรือลดปริมาณก๊าซเรือนกระจกมิให้ขึ้นสู่ชั้นบรรยากาศอย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้ ประเทศสมาชิกต้องผูกพันและปฏิบัติตามกลไกเหล่านั้นในฐานะที่เป็นพันธกรณีระหว่างประเทศ และจัดให้มีมาตรการขึ้นภายในประเทศของแต่ละประเทศ⁶ ซึ่งกลไกสำคัญของพิธีสารเกียวโต ได้แก่ กลไกการพัฒนาที่สะอาด การซื้อขายใบอนุญาตปล่อยก๊าซเรือนกระจก และการดำเนินงานร่วมมือกัน ซึ่งรัฐบาลนิวซีแลนด์ได้นำการซื้อขายใบอนุญาตปล่อยก๊าซเรือนกระจกมาใช้เป็นเครื่องมือขั้นต้นในการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจก ซึ่งนับว่าเป็นวิธีที่มีค่าใช้จ่ายน้อยที่สุด โดยนิวซีแลนด์ให้ชื่อระบบซื้อขายใบอนุญาตปล่อยก๊าซเรือนกระจกของตนว่า New Zealand Emissions Trading Scheme (NZ ETS) ทั้งนี้ รัฐบาลนิวซีแลนด์ออกแบบ NZ ETS ให้ประกอบด้วยกลไกกำหนดราคาของการปล่อยก๊าซเรือนกระจกขึ้นและสร้างแรงจูงใจด้านการเงินให้เกิดขึ้นแก่ผู้ที่เข้าร่วมในระบบ โดยเฉพาะนักธุรกิจและผู้บริโภค⁷ ดังนั้น ในส่วนนี้ ผู้วิจัยจะขออภิปรายความเป็นมาและลักษณะของระบบ NZ ETS ตลอดจนสาระสำคัญของกฎหมายนิวซีแลนด์ที่เกี่ยวข้อง

⁴ Ministry of Justice, The New Zealand Legal System: A Guide to the Constitution, Government and Legislature of New Zealand [Online], (n.d.), accessed October 20, 2019, available from <http://www.justice.govt.nz/publications/global-publications/t/the-new-zealand-legal-system>

⁵ Ibid.

⁶ The UNFCCC Secretariat, The Mechanisms under the Kyoto Protocol: Emissions Trading, the Clean Development Mechanism and Joint Implementation [Online], accessed October 20, 2019, available from http://unfccc.int/kyoto_protocol/mechanisms/items/1673.php

⁷ Climate Change Information New Zealand, Why We Have the NZ ETS [Online], (n.d.) accessed October 20, 2019, available from <http://www.climatechange.govt.nz/emissions-trading-scheme/about/why.html>

2.2.1 ความเป็นมาและลักษณะของระบบ NZ ETS

รัฐบาลนิวซีแลนด์ได้สร้างระบบ NZ ETS เพื่อใช้เป็นเครื่องมือหนึ่งในการบรรลุพันธกรณีของ UNFCCC และพิธีสารเกียวโต ด้วยการกำหนดราคาของก๊าซเรือนกระจกขึ้น เพื่อเป็นแรงจูงใจให้มีความพยายามในการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกมากขึ้น และเพื่อส่งเสริมให้มีการปลูกต้นไม้ซึ่งจะช่วยเป็นแหล่งกักเก็บก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์มากขึ้น เมื่อเริ่มสร้างระบบขึ้นในปี 2008 ระบบ NZ ETS ครอบคลุมเฉพาะกิจกรรมที่ปล่อยก๊าซเรือนกระจกเป็นปริมาณมากเท่านั้น เช่น กิจกรรมเกี่ยวกับการทำป่าไม้ กิจกรรมเกี่ยวกับพลังงาน กระบวนการผลิตในอุตสาหกรรม และกิจกรรมที่มีการใช้เชื้อเพลิงเหลว ซึ่งกิจกรรมเหล่านี้เป็นกิจกรรมที่ปล่อยก๊าซเรือนกระจกรวมกันถึงร้อยละ 50 ของการปล่อยก๊าซเรือนกระจกทั้งหมดของนิวซีแลนด์ ต่อมาในปี 2010 รัฐบาลนิวซีแลนด์ได้ปรับปรุงระบบ NZ ETS ให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น โดยการเพิ่มเติมกิจกรรมที่ต้องเข้าร่วมในระบบอีก เช่น กิจกรรมที่ใช้ก๊าซสังเคราะห์และกิจกรรมภาคเกษตรกรรม⁸

เพื่อให้ระบบ NZ ETS ดำเนินไปได้ รัฐบาลนิวซีแลนด์ได้สร้างหน่วยการปล่อยก๊าซเรือนกระจก (emissions unit) ขึ้น เพื่อใช้เป็นหน่วยอ้างอิงในการซื้อขายใบอนุญาตปล่อยก๊าซเรือนกระจกในระบบ NZ ETS โดยใช้ชื่อว่า New Zealand Units (NZUs) ให้คู่ค้าสามารถนำ NZUs มาใช้เป็นหน่วย (unit) เพื่อใช้เป็นคาร์บอนเครดิต (carbon credit) ได้ หนึ่งหน่วย NZUs ใช้แทนปริมาณหนึ่งเมตริกตันของก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ หรือเทียบเท่าก๊าซเรือนกระจกอื่นที่ถูกปล่อยสู่ชั้นบรรยากาศ โดยจะครอบคลุมก๊าซเรือนกระจกทั้งหกประเภทที่ระบุไว้ในพิธีสารเกียวโต ได้แก่ CO₂, CH₄, N₂O, HFCs, PFCs และ SF₆⁹ ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่ารัฐบาลสร้าง NZUs ขึ้น จากแนวคิดของ Kyoto Units ตามพิธีสารเกียวโต

แนวคิด Kyoto Units แบ่งออกเป็นหลายประเภท ได้แก่ AAUs ซึ่งเป็นหน่วยของปริมาณก๊าซเรือนกระจกที่ประเทศสมาชิกแต่ละประเทศได้รับจัดสรรตามพิธีสารเกียวโตและประเทศสมาชิกรุ่นแรก ๆ ได้ลงทะเบียนไว้ ซึ่ง AAUs เป็นหน่วยหนึ่งในสามหน่วยที่พิธีสารเกียวโตได้บัญญัติไว้เป็นเกณฑ์ที่ประเทศในกลุ่ม Annex I ต้องทำให้ได้ตามเป้าหมายในการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจก สำหรับอีกสองหน่วยนั้น ได้แก่ ERUs ซึ่งเป็นหน่วยที่มาจากโครงการการดำเนินงานร่วมมือกัน โดยประเทศอุตสาหกรรมจะได้รับ ERUs เป็นเครดิตเพื่อนำมาใช้ลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกจากการลงทุนในโครงการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกในประเทศอื่นที่ตนมีพันธกรณีร่วมอยู่ด้วยได้ และ CERs ซึ่งเป็นหน่วยที่เกิดจากโครงการที่เป็นกลไกการพัฒนาที่สะอาด โดยอนุญาตให้ประเทศสมาชิกที่เป็นประเทศในกลุ่ม Annex I สร้างโครงการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกในประเทศ Non-Annex และสร้างหน่วยเครดิตที่เรียกว่า CERs มาใช้ซื้อขายกันตามปริมาณการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกที่เกิดจากการดำเนินโครงการเหล่านั้น¹⁰

⁸ Climate Change Information New Zealand, International examples of emissions trading ([Online], (n.d.), accessed October 24, 2019, available from <http://www.climatechange.govt.nz/emissions-trading-scheme/about/international-examples.html>

⁹ Climate Change Information New Zealand, New Zealand Units (NZUs) [Online], (n.d.), accessed October 24, 2019, available from <http://www.climatechange.govt.nz/emissions-trading-scheme/about/questions-and-answers.html#units>

¹⁰ CDM Watch, คู่มือเกี่ยวกับกลไกการพัฒนาที่สะอาด (CDM) สำหรับพลเมือง นักกิจกรรม และองค์กรพัฒนาเอกชน (International Climate Protection Initiative: กระบวนการสิ่งแวดล้อม ประเทศเยอรมัน, ม.ป.), หน้า 20-22.

เนื่องจากนิวซีแลนด์ได้รับการจัดสรรปริมาณ Kyoto Units ในรูปของ AAUs และยังได้รับปริมาณ Kyoto Units เพิ่มเติมสำหรับกิจกรรมเกี่ยวกับการทำป่าไม้โดยเฉพาะ รัฐบาลนิวซีแลนด์จึงได้จัดสรร Kyoto Units ที่ได้รับมาดังกล่าว ให้แก่ผู้ที่เข้าร่วมในโครงการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจก ดังนั้น เพื่อการนำ Kyoto Units ที่ได้รับนั้น มาจัดสรรภายในประเทศ รัฐบาลนิวซีแลนด์จึงได้รับรอง NZUs และได้นำ NZUs ไปจัดสรรในตลาดคาร์บอนภายในประเทศ ทั้งการจัดสรรให้โดยไม่คิดมูลค่าและการจัดสรรด้วยการขายให้แก่ผู้ที่เข้าร่วมในระบบ NZ ETS ที่มีคุณสมบัติเหมาะสม ทั้งที่เป็นองค์กรและปัจเจกบุคคลที่อยู่ในสาขาเฉพาะทางที่ระบบ NZ ETS กำหนดไว้ การดำเนินการเช่นนี้ ทำให้ NZUs เป็นหน่วยการปล่อยก๊าซเรือนกระจกที่สามารถใช้ซื้อขายภายในนิวซีแลนด์ได้¹¹

2.2.2 โครงสร้างและสาระสำคัญของ NZ ETS

ระบบ NZ ETS ถูกสร้างขึ้นด้วยวัตถุประสงค์เบื้องต้น เพื่อให้นิวซีแลนด์สามารถบรรลุพันธกรณีของ UNFCCC และพิธีสารเกียวโต ด้วยการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกเฉลี่ยต่อปีให้อยู่ในระดับของปริมาณก๊าซเรือนกระจกในปี 1990 ทั้งนี้ นิวซีแลนด์ได้วางแผนในการดำเนินการดังกล่าวด้วยการลดปริมาณการปล่อยก๊าซเรือนกระจก การเพิ่มปริมาณแหล่งกักเก็บคาร์บอนและการเข้าร่วมค้าขายใบอนุญาตปล่อยก๊าซเรือนกระจกในตลาดคาร์บอนระหว่างประเทศ สำหรับการซื้อขาย Kyoto Units รัฐบาลนิวซีแลนด์ได้กำหนดให้มีการดำเนินการ เพื่อช่วยให้ระบบ NZ ETS สามารถดำเนินการได้ เช่น การรายงานการปล่อยก๊าซเรือนกระจก การแจกจ่าย NZUs และการซื้อขายใบอนุญาตการปล่อยก๊าซเรือนกระจก

เมื่อปี 2002 รัฐสภานิวซีแลนด์ได้ตรา Climate Change Response Act 2002 ซึ่งเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรขึ้น เพื่อรับรองการดำเนินการของระบบ NZ ETS และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 กันยายน 2008 เป็นต้นมา ทั้งนี้ กระทรวงสิ่งแวดล้อมของนิวซีแลนด์เป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการดูแลการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว ต่อมารัฐสภานิวซีแลนด์ได้แก้ไขเพิ่มเติม Climate Change Response Act 2002 อีกหลายครั้ง กล่าวคือ Climate Change Response Amendment Act 2006, Climate Change Response (Emissions Trading) Amendment Act 2008, Climate Change Response (Emissions Trading Forestry Sector) Amendment Act 2009, Climate Change Response (Moderated Emissions Trading) Amendment Act 2009 และ Climate Change Response (Emissions Trading and Other Matters) Amendment Act 2012

ทั้งนี้ ในการแก้ไขแต่ละครั้งนั้น นอกจากเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติบางบทบัญญัติของ Climate Change Response Act 2002 ให้เหมาะสมยิ่งขึ้นแล้ว ยังเป็นการเพิ่มเติมหมวด (Part) ใหม่ขึ้นเพื่อเพิ่มเติมกิจกรรมที่ต้องดำเนินการเพิ่มเติม เช่น Climate Change Response Act 2002 ไม่มีหมวด 4 ซึ่งเป็นหมวดว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของผู้เข้าร่วมในระบบ NZ ETS คงมีแต่เพียงบทบัญญัติว่าด้วยประเด็นทางเทคนิค เช่น การลงทะเบียนในระบบและการจัดตั้ง Inventory Agency เท่านั้น แต่การตรา Climate Change Response (Emissions Trading) Amendment Act 2008 ได้เพิ่มเติมหมวด 4 ขึ้นมาใหม่ใน Climate Change

¹¹ Climate Change Information New Zealand, New Zealand Units (NZUs).

Response Act 2002 นอกจากนั้น Governor-General ยังได้ออกกฎหมายลำดับรอง (Regulation) เพื่อกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการดำเนินการตามระบบ NZ ETS ให้เป็นไปตามที่ Climate Change Response Act 2002 บัญญัติไว้

2.2.3 องค์การที่เกี่ยวข้องกับระบบ NZ ETS และระบบการลงทะเบียน

ระบบ NZ ETS เกิดจากการที่ Fifth Labour Government of New Zealand ได้รับการเลือกตั้งและจัดตั้งรัฐบาลขึ้นระหว่างปี 1999 และปี 2008 รัฐบาลชุดดังกล่าวจึงได้เสนอให้รัฐสภานิวซีแลนด์ตรา Climate Change Response Act 2002 ขึ้นในปี 2002 เพื่อเป็นเครื่องมือเตรียมความพร้อมของนิวซีแลนด์ในการบรรลุเป้าหมายตาม UNFCCC และพิธีสารเกียวโต แต่เดิม Climate Change Response Act 2002 เพียงบัญญัติกำหนดให้มีระบบลงทะเบียนขึ้นเพื่อรองรับการซื้อขายการปล่อยก๊าซเรือนกระจกเอาไว้ ด้วยการบัญญัติกำหนดเฉพาะหลักเกณฑ์ในการเปิดบัญชีนิติ และการเคลื่อนย้ายยูนิตเท่านั้น มิได้บัญญัติกำหนดสิทธิหรือหน้าที่ของผู้มีส่วนได้เสียในระบบดังกล่าวเอาไว้เลย¹² การที่รัฐบาลนิวซีแลนด์สร้างระบบการลงทะเบียนและระบบการเก็บข้อมูลการปล่อยก๊าซเรือนกระจกเอาไว้ตั้งแต่ปี 2002 เป็นการเตรียมความพร้อมเอาไว้ล่วงหน้าก่อนที่จะมีการเปิดใช้ระบบจริงในปี 2008 อันเป็นปีที่ Climate Change Response Act 2002 มีผลใช้บังคับ ซึ่งนับว่าเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการทดสอบและการแก้ไขปรับปรุงข้อบกพร่องของระบบก่อนการเปิดใช้งานจริง ต่อมาในปี 2008 นิวซีแลนด์จึงได้ออก Climate Change (Unit Register) Regulations 2008 ขึ้น เพื่อกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการลงทะเบียนในระบบ NZ ETS ให้มีความสมบูรณ์ชัดเจนยิ่งขึ้น

จากการศึกษา พบว่า Section 6 บัญญัติให้ กระทรวงการคลัง (Ministry of Finance) ของนิวซีแลนด์เป็นหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ในการลงทะเบียนผู้ที่เกี่ยวข้องกับระบบ NZ ETS รวมทั้งรับผิดชอบดูแลการซื้อขายยูนิต ทั้งที่เป็น Kyoto Units และ NZUs ของผู้ที่เข้าร่วมในระบบ ทั้งนี้ Climate Change Response Act 2002 กำหนดให้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังเป็นผู้กำกับดูแลนายทะเบียนในการเคลื่อนย้ายยูนิตไปยังบัญชี ที่เรียกว่า Holding Account ซึ่งเป็นบัญชีที่ได้รับการลงทะเบียนและเปิดขึ้นเพื่อรองรับการเก็บยูนิตโดยเฉพาะ โดยจะไม่ถูกถอนคืนหรือยกเลิกหากเจ้าของบัญชีไม่ยินยอม นอกจากนั้น กฎหมายยังบัญญัติให้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังเป็นผู้มีอำนาจซื้อขายยูนิตแทนแผ่นดิน (the Crown) ผ่านการทำสัญญาหรือข้อตกลงกับบุคคลใด รวมไปถึงการจัดตั้งหน่วยงานขึ้นมาเพื่อรับผิดชอบแทนได้ แต่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่กระทรวงการคลังกำหนด¹³ อย่างไรก็ตาม กฎหมายกำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังมีอำนาจขาย NZUs ด้วยการเปิดให้มีการประมูล ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้กำหนดวันที่จะประมูลขาย NZUs การจัดให้มีการทดลองประมูล (Pilot Auction) เพื่อทดลองการประมูลล่วงหน้าก่อนวันประมูลจริง นอกจากนั้น กฎหมายยังบัญญัติกำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่สามารถเข้าร่วมประมูล NZUs ได้ด้วย¹⁴ นอกจากนี้ เพื่อให้การดำเนินงานระบบลงทะเบียนเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและโปร่งใส Section 9A บัญญัติให้มีบุคคล ที่เรียกว่า Chief Executive

¹² Ministry for the Environment, Climate Change Response Act 2002: What the Act Does (2018) [Online], accessed on October 25, 2019, available from <http://www.mfe.govt.nz/laws/climate.html>

¹³ Climate Change Response Act 2002 (NZ), S 6.

¹⁴ Ibid., Ss 6A, 30G (1)(p).

เป็นผู้ที่มีหน้าที่ให้คำปรึกษาแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังเกี่ยวกับระบบ NZ ETS รวมทั้งทำหน้าที่เป็น Inventory Agency และเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการตามกฎหมายฉบับนี้ ในระบบ อินเทอร์เน็ตด้วย¹⁵

ระบบการลงทะเบียนที่จัดตั้งขึ้นตาม Climate Change Response Act 2002 สามารถทำให้ การแจกจ่าย การกักเก็บ การเคลื่อนย้าย การยกเลิก หรือการสละ Kyoto Units มีความแม่นยำ ถูกต้อง โปร่งใส และมีประสิทธิภาพ นอกจากนี้แล้วการสร้างระบบการลงทะเบียนนี้ ไม่เพียงเป็นผลดีต่อระบบ NZ ETS เท่านั้น แต่ยังส่งผลดีกับการเคลื่อนย้าย Kyoto Units ในระดับระหว่างประเทศอีกด้วย อีกทั้ง ระบบการลงทะเบียนนี้ ยังเป็นผลดีกับการดำเนินการกับ NZUs ไม่แตกต่างจากกรณีของ Kyoto Units เลย กล่าวคือ ทำให้การแจกจ่าย การกักเก็บ การเคลื่อนย้าย หรือการยกเลิก NZUs มีความแม่นยำ ถูกต้อง โปร่งใส และมีประสิทธิภาพ¹⁶

นายทะเบียน (Registrar) นับว่าเป็นบุคคลที่มีความสำคัญยิ่ง เพราะเป็นผู้มีหน้าที่รับลงทะเบียน ซื้อขายยูนิต ทั้งนี้ Section 11 บัญญัติให้ Environmental Protection Authority (EPA) ซึ่งเป็นหน่วยงาน ของรัฐด้านสิ่งแวดล้อมของนิวซีแลนด์แต่งตั้งเจ้าหน้าที่คนหนึ่งเป็นนายทะเบียน¹⁷ Section 13 กำหนดให้ นายทะเบียนเป็นผู้รับผิดชอบดูแลระบบการลงทะเบียน รวมทั้งมีอำนาจปฏิเสธการเข้าถึงระบบการลงทะเบียน หรือให้ระงับระบบการลงทะเบียนชั่วคราวทั้งระบบหรือบางส่วน เพื่อการบำรุงรักษาระบบ เพื่อตอบสนองความยาก ของระบบ หรือเพื่อระบบความปลอดภัยได้¹⁸ Section 17A ยังบัญญัติให้ นายทะเบียนยังมีหน้าที่กำหนดลักษณะ เฉพาะให้กับบัญชีที่ถูกสร้างขึ้นแต่ละบัญชีด้วยการกำหนดหมายเลข (serial number) นอกจากนั้น นายทะเบียน ยังสามารถทำหนังสือแต่งตั้งให้เจ้าหน้าที่ของ EPA หรือเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐอื่นผู้หนึ่งผู้ใด ปฏิบัติหน้าที่ ทั้งหมดหรือบางส่วนแทนนายทะเบียนภายใต้กฎหมายฉบับนี้ ทั้งนี้ เจ้าหน้าที่ผู้ที่ได้รับมอบอำนาจนั้น จะต้อง ปฏิบัติหน้าที่ตามที่ได้รับมอบหมายเสมือนเป็นนายทะเบียน¹⁹

ใน Section 18 ได้บัญญัติให้การลงทะเบียนยูนิตต้องอยู่ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์เท่านั้น และต้องสามารถเข้าถึงได้จากระบบอินเทอร์เน็ต²⁰ Section 18A และ 18B บัญญัติให้ บุคคลมีสิทธิยื่นสมัคร ลงทะเบียนกับนายทะเบียนเพื่อเปิดบัญชีให้แก่ตนได้หนึ่งบัญชีหรือมากกว่านั้น ทั้งนี้ ตามรูปแบบที่ระบบกำหนด และจะต้องชำระค่าธรรมเนียมด้วย หลังจากที่นายทะเบียนได้รับและตรวจสอบการยื่นขอลงทะเบียนแล้ว นายทะเบียนจะเปิดบัญชียูนิตให้ในชื่อบุคคลดังกล่าว พร้อมทั้งแจ้งเลขบัญชีกลับไปโดยเร็วที่สุดเท่าที่เป็นไปได้ โดยที่นายทะเบียนมีอำนาจปฏิเสธการเปิดบัญชีได้ หากพบว่า บุคคลผู้ร้องขอไม่ชำระค่าธรรมเนียมหรือกระทำ ผิดขั้นตอน ในทางกลับกัน ผู้ถือบัญชีมีสิทธิขอปิดบัญชีใดก็ได้เช่นกัน²¹

¹⁵ Ibid., S 9A.

¹⁶ Ibid., S 10(2).

¹⁷ Ibid., S 11.

¹⁸ Ibid., S 13.

¹⁹ Ibid., S 17A.

²⁰ Ibid., S 18.

²¹ Ibid., Ss 18A, 18B.

ในกรณีที่มิยูนิตเหลืออยู่ในขณะที่บัญชีดังกล่าวได้ถูกขอให้ปิด Section 18B บัญญัติให้ ยูนิตที่เหลืออยู่ในบัญชียุติ ถูกยึดเป็นกรรมสิทธิ์ของแผ่นดิน ทั้งนี้ เป็นหน้าที่ของนายทะเบียนที่จะต้องโอนยูนิต เช่นว่านั้น ไปยังบัญชีของแผ่นดิน (the Crown Holding Account) ซึ่งมีกระทรวงการคลังนิวซีแลนด์เป็นผู้ดูแล²² อนึ่ง บัญชียูนิตที่ลงทะเบียนในบัญชียังสามารถทดรองหักชดเชยได้ เมื่อผู้ถือบัญชีที่เป็นบุคคลธรรมดาเสียชีวิตลง ทั้งนี้ Section 18D บัญญัติให้ บุคคลผู้มีชื่ออยู่ในบัญชีในฐานะตัวแทนเจ้าของบัญชีเป็นผู้ดูแลบัญชีจนกว่าทายาท จะเข้ามาแสดงเจตนารับช่วงต่อด้วยการทำเป็นหนังสือแจ้งต่อนายทะเบียน ซึ่งเมื่อได้รับแจ้งแล้ว นายทะเบียน ต้องลงทะเบียนชื่อของทายาทในฐานะผู้เป็นเจ้าของบัญชีดังกล่าวสืบแทนเจ้าของบัญชีที่ตายไป²³

เจ้าของบัญชีที่ได้ลงทะเบียนในระบบและมีบัญชีเป็นของตนเองอย่างถูกต้องแล้ว ย่อมมีสิทธิ จำหน่าย จ่าย หรือโอนยูนิตที่ตนเองมีอยู่ได้ ทั้งนี้ ตามรูปแบบและขั้นตอน รวมทั้งชำระค่าธรรมเนียมตามที่ กำหนดไว้ใน regulation ที่ออกตาม Climate Change Response Act 2002 ซึ่งในปัจจุบันได้แก่ Climate Change (Unit Register) Regulations 2008 ทั้งนี้ Section 7 ของ regulation ฉบับนี้ กำหนดให้เจ้าของ บัญชีที่ประสงค์จะจำหน่ายจ่ายโอนยูนิตในบัญชีของตนต้องร้องขอต่อนายทะเบียนผ่านระบบอินเตอร์เน็ต โดยต้อง แจ้งข้อมูลและรายละเอียด เช่น เลขที่บัญชีของผู้รับโอน ประเทศปลายทางถ้าบัญชีผู้รับโอนอยู่ในต่างประเทศ รายละเอียดเกี่ยวกับปริมาณและประเภทของยูนิตที่จะโอน รวมทั้งคำยืนยันการโอนด้วย²⁴

2.2.4 การสร้างบัญชี Inventory

แต่เดิม Climate Change Response Act 2002 มิได้บัญญัติกำหนดเกี่ยวกับ Inventory Agency และวิธีการจัดเก็บ Inventory เอาไว้ จนเมื่อรัฐสภาได้ตรา Climate Change Response (Emissions Trading) Amendment Act 2008 ขึ้นในปี 2008 เพื่อเสริมการบังคับใช้ Climate Change Response Act 2002 จึงได้เพิ่มเติมบัญญัติไว้ว่าด้วย Inventory Agency ขึ้น โดย Climate Change Response (Emissions Trading) Amendment Act 2008 บัญญัติกำหนดให้ Chief Executive เป็นผู้มีหน้าที่ให้คำปรึกษาแก่รัฐมนตรี ว่าการกระทรวงการคลังเกี่ยวกับระบบ NZ ETS และทำหน้าที่เป็น Inventory Agency ในตัวด้วย

Section 32 (1) กำหนดภารกิจเบื้องต้นของ Inventory Agency คือ การประเมินปริมาณ การปล่อยก๊าซเรือนกระจกที่เกิดจากกิจกรรมของมนุษย์จากแหล่งต่างๆ ในนิวซีแลนด์ รวมทั้งการดูแลกลับ ก๊าซเรือนกระจกจากแหล่งดูดซับก๊าซ นอกจากนี้ Inventory Agency ยังมีหน้าที่ต้องจัดเตรียมรายงานต่างๆ เพื่อให้เป็นไปตามพันธกรณีของ UNFCCC และพิธีสารเกียวโต²⁵ ได้แก่ รายงานการปล่อยก๊าซเรือนกระจกประจำปี ของนิวซีแลนด์ (New Zealand National Inventory) รายงาน New Zealand's national communication และรายงานการคำนวณและวิธีการคำนวณปริมาณ Initial Assigned Amount ในช่วงปี 2008-2012 เพื่อเสนอ ต่อที่ประชุมประเทศสมาชิก UNFCCC และพิธีสารเกียวโต ตามลำดับ

²² Ibid., S 18B (3).

²³ Ibid., S 18D.

²⁴ Climate Change (Unit Register) Regulations 2008 (NZ), S 7.

²⁵ Climate Change Response Act 2002 (NZ), S 32 (1).

เพื่อให้การจัดทำรายงานต่างๆ ดังกล่าวข้างต้น เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ Section 32(2) บัญญัติให้ Inventory Agency ต้องดำเนินการรวบรวมข้อมูลและจัดเก็บข้อมูลดังกล่าวอย่างเป็นระบบ ด้วยการ

- (1) ระบุประเภทแหล่งที่มาของการปล่อยก๊าซเรือนกระจก
- (2) จัดเก็บข้อมูลต่าง ๆ ที่ได้มาจากกิจกรรมต่างๆ ทั้งที่มีผู้ให้ความร่วมมือ ข้อมูลจากหน่วยงานของรัฐ รวมทั้งข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับข้อบังคับต่างๆ ที่ออกมาตามกฎหมายฉบับนี้
- (3) ประเมินการปล่อยก๊าซเรือนกระจกและการดูดกลับก๊าซเรือนกระจกโดยแหล่งดูดซับโดยจำแนกพิจารณาตามประเภทแหล่งกำเนิดก๊าซเรือนกระจกด้วย
- (4) ประเมินความเสี่ยงและความไม่แน่นอนต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นในระบบ NZ ETS
- (5) กำหนดวิธีการรับรองความถูกต้องของข้อมูล
- (6) เก็บรักษาข้อมูลและเอกสารต่าง ๆ เพื่อเป็นหลักฐานว่าได้มีการดำเนินการจริง²⁶

นอกจากมีหน้าที่จัดเก็บสถิติ จัดบันทึกการเปลี่ยนแปลงของข้อมูลในแต่ละปี รวมทั้งวิธีการคำนวณและปัจจัยที่อาจส่งผลต่อการเปลี่ยนแปลงปริมาณการปล่อยก๊าซเรือนกระจก Section 35 บัญญัติให้ Inventory Agency ต้องตีพิมพ์รายงาน กล่าวคือ รายงานการปล่อยก๊าซเรือนกระจกประจำปี และรายงาน New Zealand's national communication ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์และเผยแพร่ผ่านระบบอินเทอร์เน็ต²⁷ เห็นได้ว่า Inventory Agency เป็นหน่วยงานที่ต้องการผู้ที่มีความเชี่ยวชาญสูงในการปฏิบัติการกิจ เนื่องจาก การเก็บข้อมูลต่างๆ ดังกล่าว ต้องใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญเป็นอย่างมาก นอกจากนั้น ผู้วิจัยยังเห็นด้วยว่า การประเมินหรือการจัดทำรายงานให้ได้ดี ต้องอาศัยการเก็บข้อมูลที่มีประสิทธิภาพ ใน Section 35 จึงบัญญัติให้ มีผู้ตรวจสอบข้อมูล (inspectors) เพื่อให้มีการเข้าถึงข้อมูลการปล่อยก๊าซเรือนกระจกและการประสานงานกับ Inventory Agency เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

2.2.5 ผู้ตรวจสอบข้อมูลแหล่งปล่อยก๊าซเรือนกระจก

Section 36 (1) บัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังมอบหมายให้บุคคลซึ่งมีคุณสมบัติเหมาะสมคนใดคนหนึ่ง ดังต่อไปนี้ เป็นผู้ตรวจสอบ (inspectors)

- (1) เจ้าหน้าที่ของ Inventory Agency หรือ
- (2) เจ้าหน้าที่ของกระทรวงอุตสาหกรรมพื้นฐาน (Ministry for Primary Industries) หรือเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐอื่น หรือ
- (3) เจ้าหน้าที่ของ New Zealand Forest Research Institute Limited และ Landcare Research New Zealand Limited หรือ New Zealand Pastoral Agriculture Research Institute Limited หรือ Crown Research Institute
- (4) เจ้าหน้าที่ของ EPA²⁸

²⁶ Ibid., S 32(2).

²⁷ Ibid., S 35.

²⁸ Ibid., S 36(1).

ในการปฏิบัติหน้าที่ Section 36 (4) บัญญัติให้ผู้ตรวจสอบต้องแสดงหลักฐานว่าตนได้รับการแต่งตั้งให้ปฏิบัติหน้าที่ ทั้งนี้ผู้ตรวจสอบอาจแต่งตั้งบุคคลเป็นผู้ช่วยเหลือก็ได้²⁹ Section 37 และ 39 บัญญัติให้อำนาจผู้ตรวจสอบเข้าไปในที่ดินหรืออาคารใด เพื่อการเก็บรวบรวมข้อมูลสำหรับการประเมินการปล่อยหรือการเคลื่อนย้ายก๊าซเรือนกระจก หรือเพื่อทดสอบ วัดค่า หรือเก็บตัวอย่างน้ำ อากาศ ดินหรือสารอินทรีย์ ในเวลาที่เหมาะสม เช่น ในระหว่างเวลาทำงาน ซึ่งผู้ตรวจสอบอาจเข้าไปกระทำการดังกล่าวมาข้างต้นหลายครั้ง ต่อเนื่องก็ได้ หากมีความจำเป็นเพื่อให้การเก็บข้อมูลมีความแม่นยำหรือปราศจากข้อสงสัย แต่ผู้ตรวจสอบต้องได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังเสียก่อน ซึ่งผู้ตรวจสอบต้องแจ้งเป็นหนังสือไปยังเจ้าของที่ดินหรือเจ้าของอาคารที่จะถูกตรวจสอบเป็นการล่วงหน้า ทั้งนี้ หนังสือแจ้งต้องมีรายละเอียด วันที่จะเข้าไปตรวจสอบ วัตถุประสงค์ที่ชัดเจนในการเข้าไปตรวจสอบ รวมทั้งแนบหลักฐานยืนยันการได้รับมอบอำนาจจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังดังกล่าวไว้ข้างต้น³⁰

2.2.6 การทำงานของระบบ NZ ETS และกิจกรรมที่ต้องรายงานการปล่อยก๊าซเรือนกระจก

แม้ว่า Climate Change Response Act 2002 จะถูกตราขึ้นตั้งแต่ปี 2002 ก็ตาม แต่ในเบื้องต้น ก็เพียงเพื่อจัดตั้งระบบการซื้อขายใบอนุญาตปล่อยก๊าซเรือนกระจกของนิวซีแลนด์ขึ้น และเพื่อเตรียมการสำหรับการบังคับใช้กฎหมายในปี 2008 เท่านั้น ยังไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยระบบ NZ ETS ที่พอจะเป็นประโยชน์แก่การดำเนินงานของ NZ ETS เลยแม้แต่น้อย มีเพียงบทบัญญัติกำหนดหน่วยงานที่รับผิดชอบการเตรียมความพร้อมในการสร้างระบบลงทะเบียนเท่านั้น

จนเมื่อมีการตรา Climate Change Response (Emissions Trading) Amendment Act 2008 ขึ้นในปี 2008 จึงมีบทบัญญัติเพื่อเพิ่มเติมระบบ NZ ETS ขึ้นใน Climate Change Response Act 2002 โดยมีข้อสังเกตว่าการปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวมาข้างต้นเพื่อเพิ่มเติมระบบ NZ ETS ขึ้นมาในปี 2008 สอดคล้องพอดีกับพันธกรณีของนิวซีแลนด์ตาม UNFCCC และพิธีสารเกียวโต ที่กำหนดให้ประเทศในกลุ่ม Annex I ลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกให้เป็นไปในระดับที่ตกลงระหว่างปี 2008–2012 นอกจากนั้น การสร้างระบบลงทะเบียนและเก็บข้อมูลล่วงหน้ามาตั้งแต่กฎหมายฉบับนี้เริ่มบังคับใช้เมื่อปี 2002 นับว่าเป็นความชาญฉลาดประการหนึ่ง ส่งผลให้นิวซีแลนด์สามารถเก็บข้อมูลการปล่อยก๊าซเรือนกระจกต่อเนื่องจนถึงวันที่เริ่มดำเนินการระบบ NZ ETS และมีการใช้บังคับ Climate Change Response Act 2002 ในปี 2008 โดยในหมวด 4 ซึ่งเพิ่มเติมขึ้นโดยการปรับปรุง Climate Change Response Act 2002 ในปี 2008 ได้วางโครงสร้างของระบบ NZ ETS เอาไว้ด้วยการกำหนดขั้นตอนต่างๆ เริ่มต้นด้วยการกำหนดบุคคลที่สามารถเข้าร่วมเป็น participant ของระบบ การจัดสรรและแจกจ่าย NZUs

ระบบ NZ ETS ได้รับการออกแบบขึ้นเพื่อลดต้นทุนการปล่อยก๊าซเรือนกระจกของผู้ปล่อยด้วยการจูงใจให้ผู้ปล่อยก๊าซเรือนกระจกในกลุ่มกิจกรรมต่าง ๆ บริหารจัดการการปล่อยก๊าซเรือนกระจกของตนด้วยการลงทุนในเทคโนโลยีที่สะอาด มีการผลิตหรือใช้พลังงานหมุนเวียนหรือดำเนินกิจกรรมที่มีส่วนในการดูดซับ

²⁹ Ibid., S 36(4).

³⁰ Ibid., Ss 37, 39.

กรอบกฎหมายว่าด้วยการซื้อขายใบอนุญาตปล่อยก๊าซเรือนกระจก:
บทเรียนจากประสบการณ์ของประเทศนิวซีแลนด์

ก๊าซเรือนกระจก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การปลูกต้นไม้ ทั้งนี้ โดยแรงจูงใจต่าง ๆ ดังกล่าวมีเป้าหมายสูงสุดเพื่อให้เกิดการลดปริมาณการปล่อยก๊าซเรือนกระจกสุทธิของประเทศ และเพื่อให้ระบบ NZ ETS ดำเนินงานอย่างมีประสิทธิภาพ Climate Change Response (Emissions Trading) Amendment Act 2008 ได้แก้ไขเพิ่มเติม Climate Change Response Act 2002 ด้วยการบัญญัติกำหนดกลุ่มกิจกรรมที่เข้าร่วมในระบบ ซึ่งมีทั้งสิ้นเจ็ดกลุ่มกิจกรรม นอกจากนั้น กฎหมายยังกำหนดเงื่อนไขเวลาของแต่ละกลุ่มกิจกรรมในการเข้าร่วมระบบด้วย กิจกรรมทั้งเจ็ดกลุ่มที่ถูกกำหนดให้รายงานการปล่อยก๊าซเรือนกระจก ได้แก่ กลุ่มกิจกรรมเกี่ยวกับป่าไม้ เปิดให้เข้าร่วมในระบบตั้งแต่ ปี 2008 กลุ่มกิจกรรมเกี่ยวกับเชื้อเพลิงเหลว กลุ่มกิจกรรมเกี่ยวกับการผลิตไฟฟ้า กลุ่มกิจกรรมเกี่ยวกับกระบวนการผลิตในโรงงานอุตสาหกรรม เปิดให้เข้าร่วมในระบบตั้งแต่ ปี 2010 กลุ่มกิจกรรมเกี่ยวกับก๊าซสังเคราะห์ กลุ่มกิจกรรมเกี่ยวกับขยะสิ่งปฏิกูลและกลุ่มกิจกรรมเกี่ยวกับการเกษตร เปิดให้เข้าร่วมในระบบตั้งแต่ ปี 2012

อนึ่ง เงื่อนไขในการกำหนดให้กลุ่มกิจกรรมดังกล่าว รายงานการปล่อยก๊าซเรือนกระจกของระบบ NZ ETS มีความแตกต่างกัน กล่าวคือ บางกลุ่มกิจกรรมแบ่งเป็นช่วงเวลาในช่วงแรกสำหรับการรายงานด้วยความสมัครใจ (Voluntary Reporting) แล้วตามด้วยช่วงเวลาบังคับให้มีรายงาน (Mandatory Reporting) และช่วงเวลาที่ต้องเข้าร่วมในระบบอย่างสมบูรณ์ (Full Obligations) ซึ่งการกำหนดหัวเวลายานการปล่อยก๊าซเรือนกระจกในลักษณะเช่นนี้มีข้อดี กล่าวคือ ทำให้แต่ละกลุ่มกิจกรรมมีเวลาเตรียมความพร้อมและปรับปรุงศักยภาพตนเองก่อนเข้าสู่ระบบ NZ ETS ตามสมควรอย่างเหมาะสม นอกจากนั้น กฎหมายยังมีการกำหนดผู้ที่ต้องรับผิดชอบ (Point of Obligation) การรายงานการปล่อยก๊าซเรือนกระจกของแต่ละกลุ่มกิจกรรมไว้อย่างชัดเจนด้วย ดังปรากฏรายละเอียดในตารางข้างล่างนี้

Sector	Point of Obligation
Forestry	Landowners and forestry rights holders
Fossil fuels and transport	Fuel suppliers
Stationary energy	Coal, gas, and geothermal suppliers
Industrial	Manufacturers
Agriculture	Nitrogen fertilizer suppliers and meat and dairy processors
Waste	Landfill operators

ตารางที่ 1 แสดงผู้รับผิดชอบรายงานการปล่อยก๊าซเรือนกระจกของแต่ละกลุ่มกิจกรรม
ที่มา International Emissions Trading Association

จากตารางข้างต้น จะเห็นได้ว่าการกำหนดตัวผู้รับผิดชอบการรายงานการปล่อยก๊าซเรือนกระจกสำหรับแต่ละกลุ่มกิจกรรมไว้อย่างชัดเจน กล่าวคือ ในกิจกรรมเกี่ยวกับป่าไม้ ผู้ที่รับผิดชอบการรายงานการปล่อยก๊าซเรือนกระจก ได้แก่ เจ้าของที่ดินและผู้ถือสิทธิในพื้นที่ป่า กิจกรรมเกี่ยวกับเชื้อเพลิงและการคมนาคมขนส่ง ได้แก่ ผู้จัดหาเชื้อเพลิง กิจกรรมเกี่ยวกับพลังงาน ได้แก่ ผู้จัดหาถ่านหิน ก๊าซ หรือพลังงานความร้อนใต้พิภพ กิจกรรมเกี่ยวกับอุตสาหกรรม ได้แก่ เจ้าของโรงงาน กิจกรรมเกี่ยวกับเกษตรกรรม ได้แก่ ผู้จัดหาปุ๋ยไนโตรเจนหรือผู้แปรรูปเนื้อสัตว์หรือผลิตภัณฑ์ที่ทำจากนม แล้วแต่กรณี และท้ายที่สุด กิจกรรมเกี่ยวกับ

ขายสิ่งปฏิภูม ได้แก่ ผู้ประกอบกิจการฝังกลบหรือกำจัดขยะ³¹

ในการกำหนดผู้เข้าร่วมระบบ NZ ETS ออกเป็นกลุ่มกิจกรรมเช่นว่านั้น Climate Change Response Act 2002 ได้บัญญัติถึงลักษณะเฉพาะด้านการควบคุมการซื้อขายสิทธิการปล่อยก๊าซเรือนกระจกสำหรับแต่ละกลุ่มกิจกรรมเอาไว้ด้วย กล่าวคือ แต่เดิมระบบ NZ ETS แยกผู้เข้าร่วมระบบเป็นกลุ่มกิจกรรมต่างๆ แต่การกำหนดหน้าที่ของผู้เข้าร่วมระบบในแต่ละกิจกรรมยังไม่ชัดเจน จนกระทั่งในปี 2009 จึงได้มีการปรับปรุง Climate Change Response Act 2002 ด้วยการตรา Climate Change Response (Moderated Emissions Trading) Amendment Act 2009 ขึ้น โดย Section 70 บัญญัติให้ รัฐบาลต้องมีแผนการจัดสรรยูนิตให้แก่ผู้ที่ต้องรายงานการปล่อยก๊าซเรือนกระจกในกลุ่มกิจกรรมที่เกี่ยวกับป่าไม้อย่างชัดเจน³² เพราะกิจกรรมเกี่ยวกับป่าไม้เป็นกิจกรรมที่มีความเปราะบางต่อการปล่อยก๊าซเรือนกระจก นอกจากนั้น ป่าไม้ยังเป็นแหล่งกักเก็บคาร์บอนที่มีประสิทธิภาพด้วย หากไม่ให้การสนับสนุนด้วยการแจกจ่ายใบอนุญาตในการปล่อยก๊าซเรือนกระจกโดยไม่คิดมูลค่า (free allowance) แก่กลุ่มกิจกรรมนี้ คงยากที่รัฐบาลจะสร้างแรงจูงใจให้เกิดแก่ผู้เข้าร่วมระบบในกลุ่มกิจกรรมนี้ได้³³

การทำป่าไม้ เป็นกลุ่มกิจกรรมแรกที่เข้าร่วมระบบ NZ ETS ด้วยการสร้างแรงจูงใจให้ลดการตัดไม้และเปลี่ยนพื้นที่ต่างๆ ให้เป็นป่า ซึ่งสามารถช่วยเป็นแหล่งดูดซับก๊าซเรือนกระจกได้เป็นอย่างดี ซึ่งกฎหมายได้บัญญัติกำหนดให้มีการก่อตั้งเขตพื้นที่ป่า โดยป่าในความหมายของกฎหมายดังกล่าว จะต้องมีต้นไม้ที่เจริญเติบโตเต็มที่และสูงเกินกว่า 5 เมตรเป็นอย่างน้อย ส่วนพื้นที่ป่าให้หมายถึงพื้นที่อย่างน้อย 1 เฮกเตอร์ และประกอบด้วยต้นไม้ดังที่กล่าวมานั้นอยู่ในพื้นที่ โดยให้ครอบคลุมอย่างน้อยร้อยละ 30 ต่อ 1 เฮกเตอร์ และในพื้นที่ 1 เฮกเตอร์ ส่วนยอดของต้นไม้ต้องมีความกว้างเฉลี่ยอย่างน้อย 30 เมตร นอกจากนี้กฎหมายยังแบ่งป่าออกเป็นประเภท ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับว่าเขตพื้นที่ป่านั้นได้ถูกก่อตั้งขึ้นหลังวันที่ 31 ธันวาคม 1989 (posts-1989 forests) หรือก่อนวันที่ 1 มกราคม 1990 (pre-1990 forests) หรือไม่ สาเหตุที่มีการจำแนกช่วงเวลาดังกล่าว เนื่องจากข้อกำหนดในพิธีสารเกียวโตได้กำหนดให้ในวันที่ 1 มกราคม 1990 นำมาใช้เป็นฐานในการวัดปริมาณการปล่อยก๊าซเรือนกระจก ตลอดจนนำมาใช้เป็นเป้าหมายในการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกของประเทศในกลุ่ม Annex I³⁴ ทั้งนี้ พื้นที่ป่าไม้ที่มีอยู่แล้วก่อนวันที่ 1 มกราคม 1990 ก็จะไม่ถูกรวมอยู่ในระบบ NZ ETS

กลุ่มกิจกรรมด้านพลังงานเป็นกลุ่มกิจกรรมที่หมายรวมถึงการใช้เชื้อเพลิงในการผลิตกระแสไฟฟ้า การทำความร้อนในอุตสาหกรรม ที่พักอาศัยหรือแหล่งพาณิชย์กรรม การกลั่นปิโตรเลียมทั้งภาครัฐ

³¹ International Emissions Trading Association, New Zealand The World's Carbon Market: A Case Study Guide to Emissions Trading [Online], (n.d.), accessed October 30, 2019, available from <http://www.ieta.org/assets/EDFCaseStudyMarch2014/new%20zealand%20case%20study%20march%202014.pdf>

³² Climate Change Response (Moderated Emissions Trading) Amendment Act 2009 (NZ), S 70.

³³ New Zealand Government, Balanced new law important step on climate change [Online], (n.d.), accessed October 30, 2019, available from <http://beehive.govt.nz/release/balanced-new-law-important-step-climate-change>

³⁴ The Controller and Auditor-General, The Emissions Trading Scheme-Summary Information for Public Entities and Auditors (NZ: Office of the Auditor-General, 2011), pp. 15-16.

และเอกชน แต่ไม่รวมถึงการคมนาคมขนส่งและการปล่อยก๊าซเรือนกระจกที่มาจากกระบวนการผลิตในอุตสาหกรรม เนื่องจากกฎหมายได้มีบทบัญญัติกำหนดไว้เป็นการเฉพาะแล้ว ซึ่งผู้ที่เข้าร่วมในระบบ NZ ETS ของกลุ่มกิจกรรมนี้ได้แก่ ผู้นำเข้าถ่านหิน ถ่านหินแร่หรือก๊าซธรรมชาติ ผู้ผลิตกระแสไฟฟ้าพลังงานได้พื้นพิภพ ผู้ผลิตกระแสไฟฟ้าจากขยะ น้ำมัน ยางรถ โรงงานทำความร้อน หรือผู้กลั่นปิโตรเลียม³⁵ โดยระบบ NZ ETS ไม่บังคับไปถึงผู้บริโภคพลังงาน การปล่อยก๊าซเรือนกระจกของกลุ่มกิจกรรมนี้คำนวณจากกิจกรรมแต่ละกิจกรรม ด้วยการนำปัจจัยที่เรียกว่า default emission factors (DEFs) มาคำนวณ เช่น คำนวณจากประเภทของถ่านหิน เป็นต้น ซึ่งการเก็บข้อมูลหรือการคำนวณกิจกรรมต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการใช้พลังงานนี้ ถูกกำหนดโดย Climate Change (Stationary Energy and Industrial Processes) Regulations 2009³⁶ ซึ่งกำหนดให้ผู้เข้าร่วมระบบในกลุ่มกิจกรรมนี้ มีหน้าที่ต้องลงทะเบียนในระบบเปิดบัญชีเงินจึงจะสามารถโอนย้ายยูนิตได้ และต้องรายงานการปล่อยก๊าซเรือนกระจกตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2010 เป็นต้นมา นอกจากนี้ กลุ่มกิจกรรมนี้จะไม่ได้รับแจกใบอนุญาตการปล่อยก๊าซเรือนกระจก³⁷

การปล่อยก๊าซเรือนกระจกของกลุ่มกิจกรรมเกี่ยวกับกระบวนการผลิตอุตสาหกรรมมักมาจากวัตถุดิบที่ถูกเปลี่ยนรูปเป็นสสารเมื่อเข้าสู่กระบวนการผลิตหรือปฏิกิริยาทางเคมี ระบบ NZ ETS ไม่รวมหน่วยงานของรัฐเข้าไว้ในกลุ่มกิจกรรมนี้ และครอบคลุมเฉพาะการปล่อยก๊าซเรือนกระจกอันเกิดจากการผลิตโลหะ อลูมิเนียม ซีเมนต์ การเผาไม้แคลเซียมออกไซด์ แก้ว ทอง และเช่นเดียวกับกลุ่มกิจกรรมพลังงาน การเก็บข้อมูลการปล่อยหรือการคำนวณกิจกรรมต่าง ๆ เป็นไปตามที่กำหนดใน Climate Change (Stationary Energy and Industrial Processes) Regulations 2009 อนึ่ง กลุ่มกิจกรรมเกี่ยวกับกระบวนการผลิตอุตสาหกรรมเป็นกลุ่มกิจกรรมที่ได้รับแจกใบอนุญาตการปล่อยก๊าซเรือนกระจกด้วย³⁸

กลุ่มกิจกรรมเกี่ยวกับเชื้อเพลิงเหลว ซึ่งครอบคลุมถึงการคมนาคมขนส่ง การใช้น้ำมัน การเดินอากาศและการใช้ก๊าซ แต่ไม่รวมการใช้เชื้อเพลิงชีวภาพ ทั้งนี้ ผู้จัดหาเชื้อเพลิง เช่น BP หรือ Mobil ซึ่งนำเชื้อเพลิงจากการกลั่นมาจำหน่ายต่อหรือส่งออก ต้องเป็นผู้ที่ลงทะเบียนในระบบ NZ ETS แต่ไม่รวมผู้ขายยานพาหนะและหน่วยงานของรัฐ การปล่อยก๊าซเรือนกระจกสำหรับแต่ละกิจกรรมสามารถคำนวณได้ด้วยการใช้ default emission factors (DEFs) และผู้เข้าร่วมในระบบต้องรายงานการปล่อยก๊าซและเปิดบัญชีเงินจึงจะสามารถโอนย้ายยูนิต กลุ่มกิจกรรมนี้ เป็นกลุ่มที่ไม่ได้รับแจกใบอนุญาตการปล่อยก๊าซเรือนกระจก³⁹

กลุ่มกิจกรรมเกี่ยวกับการกำจัดสิ่งปฏิกูล เข้าร่วมในระบบ NZ ETS ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2013 สำหรับผู้ดำเนินการกำจัดขยะต้องลงทะเบียนเข้าร่วมในระบบภายในปี 2012 ทั้งนี้ เป็นไปตาม Climate Change (Waste) Regulations 2010 ที่กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับระบบ NZ ETS ว่าใช้กับการกำจัดขยะอย่างไร เนื่องจากก๊าซเรือนกระจกส่วนใหญ่ที่เกิดจากการกำจัดขยะ คือ ก๊าซมีเทน ดังนั้น ปริมาณการปล่อย

³⁵ Climate Change Response Act 2002 (NZ), S 3.

³⁶ Ibid., S 163.

³⁷ The Controller and Auditor-General, The Emissions Trading Scheme-Summary Information for Public Entities and Auditors, p. 22.

³⁸ Ibid., pp. 22-23.

³⁹ Ibid., pp. 23-24.

จะถูกคำนวณจากปัจจัยและปริมาณการกำจัดขยะที่แหล่งกำจัดและช่วงเวลาในการกำจัดขยะ ส่วนการรายงานการปล่อยนั้น กฎหมายได้กำหนดห้วงเวลาให้ผู้ดำเนินการกำจัดขยะได้มีโอกาสรายงานโดยสมัครใจ ซึ่งในปี 2011 กลุ่มกิจกรรมนี้ ไม่ได้รับแจกใบอนุญาตการปล่อยก๊าซเรือนกระจก⁴⁰

สำหรับกลุ่มกิจกรรมเกี่ยวกับการใช้ก๊าซสังเคราะห์ กฎหมายกำหนดให้ผู้นำเข้าก๊าซสังเคราะห์ต้องเข้าร่วมระบบ NZ ETS ก๊าซสังเคราะห์ที่กฎหมายกำหนด ได้แก่ hydrofluorocarbons และ perfluorocarbons ซึ่งถูกใช้ในตู้เย็น เครื่องปรับอากาศ และ sulphur hexafluoride ซึ่งถูกใช้ในฉนวนกันความร้อนของเครื่องกำเนิดไฟฟ้าที่มีโวลต์สูง กฎหมายได้กำหนดห้วงเวลาให้ผู้นำเข้าก๊าซดังกล่าวมีโอกาสรายงานการปล่อยโดยสมัครใจในปี 2011 ก่อนที่จะต้องถูกบังคับรายงานตั้งแต่ปี 2012 อย่างไรก็ตาม กฎหมายกำหนดให้เฉพาะผู้นำเข้าเท่านั้นที่ต้องเข้าสู่ระบบ NZ ETS สำหรับผู้ส่งออกก๊าซสังเคราะห์ กฎหมายกำหนดให้เป็นไปด้วยความสมัครใจและมีสิทธิได้รับคัดเลือกให้ได้รับ NZUs สำหรับการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกในนิวซีแลนด์⁴¹

กลุ่มกิจกรรมเกี่ยวกับการเกษตร เป็นกลุ่มกิจกรรมสุดท้ายที่เข้าร่วมระบบ NZ ETS กล่าวคือตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2015 โดยปริมาณก๊าซเรือนกระจกสองในสามที่ถูกปล่อยออกมาจากภาคเกษตรกรรมเป็นก๊าซมีเทนจากกิจกรรมปศุสัตว์และการเกษตร ทั้งนี้ กฎหมายกำหนดให้เฉพาะผู้ผลิตเนื้อสัตว์ ผู้ส่งออกวัวควาย แกะหรือหมู ผู้ผลิตนมหรือไข่ไก่ ผู้ผลิตหรือนำเข้าปุ๋ยไนโตรเจน เท่านั้น ที่ต้องเข้าร่วมระบบ ทั้งนี้ ผู้ที่เข้าร่วมระบบดังกล่าวได้เริ่มรายงานการปล่อยก๊าซเรือนกระจกด้วยความสมัครใจได้ ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2011 และถูกบังคับให้ต้องรายงานตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2012 เป็นต้นมา นอกจากนี้ กลุ่มกิจกรรมการเกษตรกรรมเป็นกลุ่มกิจกรรมที่ได้รับแจกใบอนุญาตการปล่อยก๊าซเรือนกระจกอีกด้วย⁴²

2.2.7 การจัดสรรใบอนุญาตปล่อยก๊าซเรือนกระจก (Allowances)

เมื่อผู้ที่มีหน้าที่นั้นได้รายงานการปล่อยก๊าซเรือนกระจกตามระบบ NZ ETS แล้ว การจัดสรรใบอนุญาตการปล่อยก๊าซเรือนกระจกจะเริ่มต้นขึ้นในปีถัดไป อย่างไรก็ตาม การจะจัดสรรให้ผู้เข้าร่วมระบบในปริมาณเท่าใดนั้น จะคำนวณจากฐานของปริมาณการปล่อยก๊าซเรือนกระจก และข้อมูลปริมาณการปล่อยในปีก่อนหน้าเป็นหลัก ซึ่งตลอดปี 2012 ใบอนุญาตได้ถูกแจกจ่ายโดยไม่คิดมูลค่า (Free Allocation) แต่ก็ได้มีการปรับปรุงอำนาจให้รัฐบาลสามารถเพิ่มอุปทานของ NZUs ได้ ทำให้ใบอนุญาตจัดสรรให้เครดิต (Allowances) เพิ่มขึ้นในประเทศด้วยวิธีการประมูล (Auction) แต่ในปัจจุบันนี้ การประมูลได้ถูกยกเลิกไป เพราะตลาดคาร์บอนได้เกิดขึ้นในนิวซีแลนด์แล้ว⁴³ การจะจัดสรรใบอนุญาตการปล่อยก๊าซเรือนกระจกให้แก่ผู้เข้าร่วมระบบ NZ ETS ในปีแรกนั้น Section 64 แห่ง Climate Change Response Act 2002 บัญญัติให้สามารถดำเนินการได้สองวิธีหลัก ซึ่งวิธีที่หนึ่ง ได้แก่ การจัดสรรใบอนุญาตการปล่อยโดยไม่คิดมูลค่า⁴⁴ หรือวิธีที่สอง ใน Section 68

⁴⁰ Ibid., p. 25.

⁴¹ Ibid., p. 26.

⁴² Ibid., p. 28.

⁴³ International Emissions Trading Association, New Zealand The World's Carbon Market: A Case Study Guide to Emissions Trading.

⁴⁴ Climate Change Response Act 2002 (NZ), S 64.

ซึ่งได้แก่ การจัดสรรใบอนุญาตด้วยการประมูล ซึ่งผู้เข้าร่วมระบบเพียงสี่กลุ่มกิจกรรมเท่านั้นที่ได้รับการจัดสรรใบอนุญาตโดยไม่คิดมูลค่า⁴⁵

มีประเด็นที่น่าสนใจ คือ สาเหตุที่รัฐบาลนิวซีแลนด์กำหนดให้มีการแจกจ่ายใบอนุญาตโดยไม่คิดมูลค่าสำหรับบางกลุ่มกิจกรรม กล่าวคือ Section 72 และ Section 80 ถึง 86F บัญญัติให้ กลุ่มกิจกรรมเกี่ยวกับป่าไม้ กลุ่มกิจกรรมเกี่ยวกับการเกษตร กลุ่มกิจกรรมอุตสาหกรรม และกลุ่มกิจกรรมประมง⁴⁶ กลุ่มกิจกรรมเหล่านี้ ได้รับแจกใบอนุญาตโดยไม่คิดมูลค่าด้วยสาเหตุสำคัญสองประการที่ส่งผลกระทบโดยเฉพาะแก่กลุ่มกิจกรรมเหล่านี้ กล่าวคือ ประการแรก เพื่อชดเชยผลกระทบที่เกิดจากระบบ NZ ETS ที่เกิดขึ้นกับมูลค่าทรัพย์สินในกิจกรรมเกี่ยวกับการประมงและกิจกรรมเกี่ยวกับการทำป่าไม้ และประการที่สอง เพื่อป้องกันความล้มเหลวในการแข่งขันภายในระบบ NZ ETS กลุ่มกิจกรรมเกี่ยวกับการเกษตรและกลุ่มกิจกรรมเกี่ยวกับอุตสาหกรรมมีความเสี่ยงอยู่มาก นอกจากนั้น ยังเป็นการป้องกันปัญหาการรั่วไหลของคาร์บอน (carbon leakage) ในกลุ่มกิจกรรมเกี่ยวกับอุตสาหกรรมและกลุ่มกิจกรรมเกี่ยวกับเกษตรกรรมอีกด้วย ทั้งนี้ มูลค่าของทรัพย์สินในกลุ่มกิจกรรมทั้งสองกลุ่มดังกล่าว สามารถพิจารณาได้จากตารางข้างล่างนี้

Sector	Reason for Free Allocation	Free Allocation Provision
Forestry	Asset Value Compensation	Explained earlier when describing the forestry sector.
Fishing	Asset Value Compensation	The total amount of emissions units to be allocated to fishing quota owners is 700,000 NZUs. Each eligible person receives allowances based on a formula. ³²
Industrial	EITE/Carbon Leakage	90% free allocation for highly emissions intensive activities (>1,600 tCO ₂ e per NZD\$1 million) and 60% free allocation for moderately emissions intensive activities (>800 tCO ₂ e per NZD\$1 million). Free allocations were initially to decline by 1.3%/yr starting in 2013 but this phase out was deferred in the 2012 amendment. ^{33 , 34}
Agriculture	EITE/Carbon Leakage	All agricultural activities facing ETS obligations are eligible for free allocation. When (and if) the agricultural sector enters the ETS, land owners are set to receive allowances covering 90% of an emissions baseline which will be established by regulation. Free allocations were initially to decline by 1.3%/yr starting in the year after entry but this phase out was deferred in the 2012 amendment.. ³⁵

ตารางที่ 2 แสดงเหตุผลในการแจกใบอนุญาตโดยไม่คิดมูลค่าสำหรับบางกลุ่มกิจกรรม
ที่มา International Emissions Trading Association

⁴⁵ Ibid., Ss 68-77.

⁴⁶ Ibid., Ss 72, 80-86F.

จากตารางจะเห็นได้ว่า รัฐบาลนิวซีแลนด์กำหนดให้เพียงสี่กลุ่มกิจกรรมเท่านั้นที่ได้รับ การจัดสรรใบอนุญาตโดยไม่คิดมูลค่า เหตุผลในการจัดสรรให้แต่ละกิจกรรม ได้แก่ เพื่อการชดเชยมูลค่าของทรัพย์สิน และเพื่อการป้องกันการรั่วไหลของคาร์บอน การจัดสรรใบอนุญาตโดยไม่คิดมูลค่าของแต่ละกิจกรรมดังกล่าว มีความแตกต่างกัน เช่น กลุ่มกิจกรรมเกี่ยวกับการประมง รัฐบาลจะจัดสรร NZUs เป็นจำนวน 700,000 NZUs ให้ผู้ประกอบการกิจการประมง ซึ่งเป็นการจัดสรรจำนวนยูนิตให้ผู้ประกอบการโดยตรง สำหรับกลุ่มกิจกรรมเกี่ยวกับ อุตสาหกรรมและกลุ่มกิจกรรมเกี่ยวกับการเกษตร การจัดสรรใบอนุญาตอยู่ในรูปร้อยละของปริมาณการปล่อย ก๊าซเรือนกระจก กลุ่มกิจกรรมเกี่ยวกับการจัดหาพลังงาน เชื้อเพลิงเหลวและก๊าซสังเคราะห์ รวมทั้งกลุ่มกิจกรรม เกี่ยวกับขยะสิ่งปฏิกูล ไม่ได้รับการจัดสรรใบอนุญาตโดยไม่คิดมูลค่าเลย เนื่องจากรัฐบาลนิวซีแลนด์คาดหวังได้ว่า ผู้ประกอบการในกลุ่มกิจกรรมดังกล่าวสามารถรักษาดำเนินต่อไปได้⁴⁷ อีกทั้งยังได้รับสิทธิในการซื้อ NZUs จากรัฐบาลนิวซีแลนด์ในราคาที่แน่นอน กล่าวคือ 25 ดอลลาร์นิวซีแลนด์ต่อยูนิต⁴⁸ ด้วยเหตุนี้ เมื่อมีการกำหนด ราคาของเครดิตและการจัดสรรปริมาณยูนิตให้แก่กลุ่มกิจกรรมต่าง ๆ แล้ว ตลาดคาร์บอนของนิวซีแลนด์จึงสามารถ เกิดขึ้นจริงและดำเนินต่อไปด้วยตัวมันเองได้ ให้ผู้เข้าร่วมระบบสามารถใช้ซื้อขายกันต่อไป

3. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาวิจัยกฎหมายเกี่ยวกับการซื้อขายใบอนุญาตการปล่อยก๊าซเรือนกระจกของนิวซีแลนด์ พบว่า กฎหมายดังกล่าวได้สร้างระบบ NZ ETS ขึ้นมา ซึ่งนับว่าเป็นระบบที่มีรายละเอียดปลีกย่อยสูงมาก กล่าวคือ ระบบดังกล่าวได้กำหนดรายละเอียดตั้งแต่การลงทะเบียน การจัดทำบัญชีการปล่อยก๊าซเรือนกระจก การตรวจสอบข้อมูลจนถึงขั้นตอนการดำเนินระบบ ซึ่งจำเป็นต้องอาศัยความร่วมมือ การประสานงานร่วมกัน ของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องหลายหน่วยงาน ในลักษณะการบูรณาการกัน เพื่อให้ตัวระบบ NZ ETS ดังกล่าว ให้ดำเนินต่อไปได้ เมื่อกลับมาพิจารณาบริบทของประเทศไทยแล้วพบว่า มีเพียงแค่องค์การบริหารจัดการก๊าซ เรือนกระจก (องค์การมหาชน) เท่านั้น ที่มีลักษณะเป็นทั้งผู้เชี่ยวชาญด้านเทคนิคและเป็นผู้สร้างควบคุม บริหาร จัดการกลไกของระบบที่จะเกิดขึ้น

แม้ว่าในปัจจุบัน องค์การบริหารจัดการก๊าซเรือนกระจกจะได้เริ่มทดลองสร้างระบบการซื้อขายใบอนุญาต ปล่อยก๊าซเรือนกระจกในประเทศไทยแล้ว ภายใต้โครงการที่ชื่อว่า “ระบบการซื้อขายใบอนุญาตปล่อยก๊าซ เรือนกระจกภาคสมัครใจของประเทศไทย” หรือ “Thailand V-ETS” ซึ่งเป็นโครงการนำร่องเพื่อทดสอบ การสร้างระบบซื้อขายใบอนุญาตปล่อยก๊าซเรือนกระจก โดยกำหนดให้มีกลุ่มกิจกรรมที่ปล่อยก๊าซเรือนกระจก ต่างๆ เช่น กลุ่มอุตสาหกรรมเป้าหมาย กลุ่มกิจการพลังงาน เข้าร่วมในระบบ แม้ว่าโครงการดังกล่าวจะยังเป็น ภาคสมัครใจอยู่⁴⁹ แต่ย่อมมีประโยชน์ในแง่การเตรียมความพร้อมและสร้างความคุ้นเคยกับระบบซื้อขายใบอนุญาต

⁴⁷ International Emissions Trading Association, New Zealand The World's Carbon Market: A Case Study Guide to Emissions Trading.

⁴⁸ Ministry for the Environment, Emissions Trading Scheme Review 2011: Issues Statement and Call for Written Submission (Emissions Trading Scheme Review Panel, Wellington: Ministry for the Environment, 2011), p. 12.

⁴⁹ Thailand Greenhouse Gas Management Organization (Public Organization), Carbon Credit & Carbon Market [Online], (n.d.), accessed October 30, 2019, available from <http://www.tgo.or.th/2015/english/content.php?s1=35&s2=80>

กรอบกฎหมายว่าด้วยการซื้อขายใบอนุญาตปล่อยก๊าซเรือนกระจก:
บทเรียนจากประสบการณ์ของประเทศนิวซีแลนด์

ปล่อยก๊าซเรือนกระจกให้กับสังคมไทย อย่างไรก็ตาม ในอนาคตหากมีการตราเป็นกฎหมายขึ้นมาบังคับใช้แล้ว การขยายตัวของระบบและผู้เข้าร่วมโครงการ รวมถึงตลาดคาร์บอนในประเทศก็จะมีขนาดใหญ่ขึ้นมาก จึงอาจมีข้อกังวลในแง่ของระบบการบริหารจัดการ อัตราค่าจ้างคนและผู้เชี่ยวชาญ ดังนั้น แบบอย่างของนิวซีแลนด์ ในการสร้างการบูรณาการระหว่างหน่วยงานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ก็อาจนำมาใช้เป็นแนวทางในการบริหารจัดการได้ โดยให้มีหน่วยงานอื่นเข้ามาเป็นผู้ดำเนินระบบร่วมกับองค์การบริหารจัดการก๊าซเรือนกระจกได้

ประเด็นต่อมาที่น่าสนใจสำหรับประเทศไทย คือ การทำอย่างไรให้ระบบซื้อขายใบอนุญาตปล่อยก๊าซเรือนกระจกดำเนินไปได้ด้วยตัวของมันเอง เปรียบเทียบเช่นเดียวกับการสร้างตลาดขึ้นมาแห่งหนึ่ง ถ้าหากในตลาด มีสินค้าที่น่าสนใจ มีราคาที่เหมาะสม และมีความเสี่ยงต่ำ ตลาดแห่งนั้นย่อมเป็นที่นิยมให้ผู้คนเดินเข้ามาจับจ่ายใช้สอย ตลาดคาร์บอนก็เช่นเดียวกัน เมื่อมีการสร้างตลาดคาร์บอนขึ้นมาในประเทศแล้ว การกำหนด กิจกรรมที่เข้าร่วมในการซื้อขายใบอนุญาตปล่อยก๊าซเรือนกระจก รวมถึงแรงจูงใจในการเข้ามาซื้อขายกันในระบบ ย่อมสมควรพิจารณาอย่างรอบคอบ ซึ่งนิวซีแลนด์ได้มีการปล่อยให้ระบบดำเนินไปอย่างเสรีและเท่าเทียม จะสังเกตได้จากการกำหนดเงื่อนไขให้กลุ่มกิจกรรมแต่ละประเภทเข้าร่วมระบบไม่พร้อมกัน และมีการแจก ใบอนุญาตการปล่อยก๊าซเรือนกระจก เช่น กลุ่มกิจกรรมการเกษตร หรือกลุ่มกิจกรรมเกี่ยวกับกระบวนการผลิต อุตสาหกรรม เป็นต้น ซึ่งมีพื้นฐานมาจากศักยภาพในการปรับตัวของแต่ละกลุ่มกิจกรรมไม่เท่ากัน เพื่อเปิดโอกาส ให้กลุ่มกิจกรรมเหล่านี้มีความพร้อมมากที่สุด และเกิดแรงจูงใจให้เข้าร่วมในการซื้อขายในระบบนั่นเอง ดังนั้น แบบอย่างของนิวซีแลนด์จึงอาจนำมาปรับใช้ได้

ปัญหาบางประการเกี่ยวกับการอุทธรณ์โต้แย้งคำวินิจฉัยไม่รับจดทะเบียน
เครื่องหมายการค้าของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า
Issues concerning a Lawsuit against the Trademark Board's
Decision Refusing Trademark Registration

เฉลิมรัช จันทรานี
Chalermrat Chandranee

ทนายความ

บริษัท สำนักกฎหมาย ดำเนิน สมเกียรติ และบุญมา จำกัด 719 ถนนสีพระยา เขตบางรัก กรุงเทพฯ 10500

Lawyer

Domnern Somgiat & Boonma Law Office Limited 719 Si Phraya Road Bangrak Bangkok 10500

Corresponding author Email: chalermrat@dsb.co.th

(Received: December 14, 2019; Revised: January 30, 2020; Accepted: March 4, 2020)

บทคัดย่อ

การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเป็นกลไกสำคัญในการให้ความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเต็มรูปแบบแก่เครื่องหมายการค้า ซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งในการประกอบธุรกิจ ในกรณีที่นายทะเบียนมีคำสั่งปฏิเสธไม่รับจดทะเบียน พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ก็บัญญัติให้สิทธิผู้จดทะเบียนไว้อย่างชัดแจ้งว่าสามารถอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งดังกล่าวต่อคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าได้ แต่ให้คำวินิจฉัยของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้านั้นเป็นที่สุด กรณีจึงมีปัญหว่าหากผู้จดทะเบียนยังคงไม่พอใจในผลของคำวินิจฉัยของคณะกรรมการ ผู้จดทะเบียนจะยังสามารถอุทธรณ์โต้แย้งคำวินิจฉัยดังกล่าวโดยการฟ้องคดีต่อศาลได้หรือไม่ และศาลใดจะเป็นศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าว เมื่อปัญหาเช่นว่านี้ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลฎีกาและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล จึงนำมาสู่ข้อยุติในทางปฏิบัติว่า ที่กฎหมายบัญญัติให้คำวินิจฉัยของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าเป็นที่สุดนั้น หมายถึงเฉพาะคำวินิจฉัยที่ขอด้วยกฎหมายเท่านั้น ผู้จดทะเบียนย่อมมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนคำวินิจฉัยที่ไม่ขอด้วยกฎหมายได้ โดยศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดีลักษณะดังกล่าว แต่แนวการตีความเช่นว่านี้ อาจไม่สอดคล้องกับตัวบทกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันเท่าใดนัก ทั้งยังอาจก่อให้เกิดปัญหาตามมาอีกหลายประการ

คำสำคัญ: เครื่องหมายการค้า คณะกรรมการเครื่องหมายการค้า คำสั่งทางปกครอง

Abstract

Trademark registration is an essential method to provide full protection to a trademark. When the Registrar refuses the registration, it is clearly stated in the Trademark Act B.E. 2534 that the applicant is entitled to appeal against such order with the Trademark Board. Since the decision of the Board is final, it is thus unclear whether the applicant is entitled to file a lawsuit against such decision. If the applicant is so entitled, which court shall have jurisdiction over such case. The Supreme Court and the Committee on Jurisdiction of Courts have consistently held that in case the decision of the Board is deemed unlawful, the applicant is entitled to file a lawsuit for the revocation of such decision, and the Intellectual Property and International Trade Court, not the Administrative Court, shall have jurisdiction over such case. This practice seems to be contrary to the provisions of the existing laws and may cause potentially undesirable consequences.

Keywords: Trademark, Trademark Board, Administrative Order

1. บทนำ

เครื่องหมายการค้าเป็นเครื่องมือสำคัญประการหนึ่งในการประกอบธุรกิจซึ่งช่วยให้สาธารณชนสามารถจดจำภาพลักษณ์ของธุรกิจ ตลอดจนสินค้าและบริการภายใต้ธุรกิจดังกล่าวได้ โดยเพื่อให้เครื่องหมายการค้าดังกล่าวได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเต็มรูปแบบ เจ้าของเครื่องหมายการค้าจำเป็นต้องยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าดังกล่าวต่อกรมทรัพย์สินทางปัญญา เมื่อนายทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้รับคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าดังกล่าว หากนายทะเบียนเห็นว่าเครื่องหมายนั้นเป็นเครื่องหมายที่มีลักษณะอันพึงรับจดทะเบียนได้ตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534¹ โดยทั่วไปแล้วนายทะเบียนก็พึงต้องรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าแล้ว แต่หากเป็นกรณีที่นายทะเบียนเห็นว่าเครื่องหมายการค้าดังกล่าวทั้งเครื่องหมายหรือส่วนหนึ่งส่วนใดอันเป็นสาระสำคัญของเครื่องหมายการค้าไม่มีลักษณะอันพึงรับจดทะเบียนได้ตามมาตรา 6 ดังกล่าว นายทะเบียนก็ต้องมีคำสั่งไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารายนั้น และมีหนังสือแจ้งคำสั่งพร้อมด้วยเหตุผลให้ผู้ขอจดทะเบียนทราบ

อย่างไรก็ดี จากหลักการที่ว่าคำสั่งที่ปฏิเสธไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า นั้น พึงต้องเปิดให้มีการอุทธรณ์ได้โดยทางใดทางหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็นการอุทธรณ์ต่อนายทะเบียนผู้ออกคำสั่งนั้นเอง ต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ทางปกครอง หรือต่อศาล ขึ้นอยู่กับระบบกฎหมายของแต่ละประเทศ² เมื่อผู้ขอจดทะเบียนได้รับทราบคำสั่งไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าดังกล่าวแล้ว หากผู้ขอจดทะเบียนดังกล่าวไม่เห็นด้วยกับคำสั่งเช่นนั้น ก็สามารถอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าได้ภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งคำสั่งของนายทะเบียน ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 18 วรรคหนึ่ง³ เพื่อให้คณะกรรมการได้ดำเนินการพิจารณาวินิจฉัยทบทวนคำสั่งของนายทะเบียนต่อไป

อนึ่ง ในการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ดังกล่าวข้างต้น คณะกรรมการเครื่องหมายการค้ามีอำนาจพิจารณาทบทวนคำสั่งของนายทะเบียนได้ทั้งในแง่ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย อีกทั้งยังอาจพิจารณาวินิจฉัยโดยอาศัยเหตุอื่นนอกจากที่ปรากฏในคำสั่งของนายทะเบียนก็ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 19480/2556) เพียงแต่ต้องมีหนังสือแจ้งให้ผู้อุทธรณ์ทำคำชี้แจงพร้อมทั้งแสดงหลักฐานในประเด็นที่คณะกรรมการจะพิจารณาวินิจฉัยดังกล่าวภายในหกสิบวันนับแต่ที่ได้รับหนังสือแจ้ง (ข้อ 12 ของระเบียบคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าว่าด้วยวิธีพิจารณาอุทธรณ์และคำร้องขอให้เพิกถอนการจดทะเบียน พ.ศ. 2561) อำนาจดังกล่าว มีลักษณะทำนองเดียวกันกับอำนาจของเจ้าหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539⁴

¹ มาตรา 6 “เครื่องหมายการค้าอันพึงรับจดทะเบียนได้ ต้องประกอบด้วยลักษณะดังต่อไปนี้

(1) เป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะ

(2) เป็นเครื่องหมายการค้าที่ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามพระราชบัญญัตินี้ และ

(3) ไม่เป็นเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่บุคคลอื่นได้จดทะเบียนไว้แล้ว”

² World Intellectual Property Organization, WIPO Intellectual Property Handbook, (Geneva: WIPO Publication, 2008), p. 81.

³ มาตรา 18 “ผู้ขอจดทะเบียนมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งของนายทะเบียนตามมาตรา 15 มาตรา 16 และมาตรา 17 ต่อคณะกรรมการภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งคำสั่งของนายทะเบียน คำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการให้เป็นที่สุด...”

⁴ มาตรา 46 “ในการพิจารณาอุทธรณ์ ให้เจ้าหน้าที่พิจารณาทบทวนคำสั่งทางปกครองได้ไม่ว่าจะเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย หรือความเหมาะสมของการทำคำสั่งทางปกครอง และอาจมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิมหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้นไปในทางใด ทั้งนี้ ไม่ถือว่าเป็นการเพิ่มภาระหรือลดภาระหรือใช้ดุลพินิจแทนในเรื่องความเหมาะสมของการทำคำสั่งทางปกครองหรือมีข้อกำหนดเป็นเงื่อนไขอย่างไรก็ได้”

ซึ่งตั้งอยู่บนฐานของแนวคิดในทางกฎหมายปกครองที่ว่า ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ต้องพิจารณาวินิจฉัยโดยคำนึงถึงความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเป็นสำคัญ แม้จะต้องเปลี่ยนแปลงคำสั่งไปในทางที่เป็นผลร้ายยิ่งกว่า (*reformatio in peius*) ก็สามารถกระทำได้⁵ ประกอบกับเหตุที่เรื่องดังกล่าวยังคงอยู่ในชั้นการพิจารณาของฝ่ายปกครองด้วยกัน อันถือว่ยังเป็นองค์กษณพเดียวกัน ฝ่ายปกครองนั้นจึงควรมีอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงผลผลิตจากการใช้อำนาจของตนได้อย่างกว้างขวางโดยปราศจากข้อจำกัด แตกต่างจากหลักการที่ใช้กันอยู่ในกระบวนการพิจารณาของศาลซึ่งเป็นองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง และมีอำนาจในการตรวจสอบผลผลิตจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่ค่อนข้างจำกัดมากกว่า ดังที่จะได้อธิบายโดยละเอียดต่อไป

ปัญหามีอยู่ว่า เมื่อคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าได้มีคำวินิจฉัยอุทธรณ์อย่างหนึ่งอย่างใดออกมาแล้ว หากผู้จดทะเบียนยังคงไม่พอใจหรือไม่เห็นด้วยกับผลของคำวินิจฉัย ซึ่งโดยทั่วไปมักเป็นการยื่นตามคำสั่งของนายทะเบียนในการปฏิเสธไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ผู้จดทะเบียนรายดังกล่าวยังสามารถอุทธรณ์โต้แย้งคำวินิจฉัยเช่นนั้น โดยการฟ้องคดีต่อศาลได้หรือไม่ เนื่องจากตอนท้ายของมาตรา 18 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า บัญญัติว่า “คำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการให้เป็นที่สุด” แตกต่างจากบทบัญญัติในมาตราอื่น ๆ ของพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน ซึ่งบัญญัติให้ผู้จดทะเบียนมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งหรือคำวินิจฉัยของคณะกรรมการได้ โดยการฟ้องคดีต่อศาลภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งคำสั่งหรือคำวินิจฉัยของคณะกรรมการ ดังที่ปรากฏในมาตรา 38 วรรคสอง มาตรา 65 วรรคสอง และมาตรา 75 วรรคสอง อีกทั้งในทางปฏิบัติ เมื่อมีการฟ้องคดีเช่นนั้นต่อศาล กรมทรัพย์สินทางปัญญาและคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าในฐานะจำเลย ก็มักจะยกประเด็นว่าโจทก์ไม่มีอำนาจฟ้องขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อตัดฟ้องโจทก์ ผู้จดทะเบียนอยู่เสมออีกด้วย

บทความนี้ จะได้ทำการสำรวจตรวจสอบและวิเคราะห์วิจารณ์แนวคำพิพากษาของศาลฎีกาตลอดจนแนวคำวินิจฉัยขององค์กรอื่นที่เกี่ยวข้อง ที่ได้เคยมีคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยในประเด็นที่เกี่ยวกับความสามารถในการขึ้นสู่การพิจารณาของศาล (Admissibility of the Case) ของคดีลักษณะดังกล่าว ไปจนถึงว่าหากคดีเช่นนั้นสามารถขึ้นสู่การพิจารณาของศาลได้ คดีดังกล่าวจะตกอยู่ในเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลใดหรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ศาลใดจะเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอุทธรณ์โต้แย้งคำวินิจฉัยของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าดังกล่าวข้างต้น

⁵ ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ, “การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง,” <<http://web.krisdika.go.th/data/activity/act291.pdf>> (พฤศจิกายน 2560), หน้า 25-26.

2. คำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าในฐานะคำสั่งทางปกครอง

2.1 สถานะความเป็นคำสั่งทางปกครองของคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า

จากบทนิยามของ “คำสั่งทางปกครอง” ซึ่งปรากฏอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง⁶ เราอาจสรุปได้ว่า “คำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า” นี้ มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่ง เนื่องจากเหตุผลทั้ง 5 ประการดังต่อไปนี้⁷

ประการแรก คณะกรรมการเครื่องหมายการค้าซึ่งเป็นผู้ออกคำวินิจฉัยอุทธรณ์ดังกล่าว มีลักษณะเป็น “เจ้าหน้าที่” ตามบทนิยามซึ่งปรากฏอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง⁸ เนื่องจากเป็นคณะบุคคลซึ่งได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐ ในการวินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งหรือคำวินิจฉัยของนายทะเบียนตามที่ได้กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า

ประการที่สอง คำวินิจฉัยอุทธรณ์ดังกล่าวเป็นมาตรการอันเกิดจากการใช้อำนาจโดยฝ่ายเดียวของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าในการวินิจฉัยอุทธรณ์ โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากผู้ขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียก่อน

ประการที่สาม คำวินิจฉัยอุทธรณ์ดังกล่าวมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล เนื่องจากมีลักษณะเป็น “การวินิจฉัยอุทธรณ์” ตามบทนิยามของ “คำสั่งทางปกครอง” ซึ่งปรากฏอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ดังกล่าวนั่นเอง

ประการที่สี่ คำวินิจฉัยอุทธรณ์ดังกล่าวเป็นการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ที่มีลักษณะเป็นรูปธรรม ให้มีผลกับคำขอจดทะเบียนของผู้ขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าโดยเฉพาะ และ

ประการที่ห้า คำวินิจฉัยอุทธรณ์ดังกล่าวเป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลโดยตรงออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง กล่าวคือ มีผลต่อผู้ขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าซึ่งเป็นบุคคลภายนอกองค์กรของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าและกรมทรัพย์สินทางปัญญา

เมื่อปรากฏว่า คำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้ามีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่ง ดังเหตุผลที่ได้อธิบายไว้ข้างต้น คำวินิจฉัยดังกล่าวจึงย่อมต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของหลักการทั่วไปทางกฎหมายปกครองประการหนึ่ง กล่าวคือ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองด้วย

⁶ มาตรา 5 “ในพระราชบัญญัตินี้
“คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง”

⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติราษฎร์, 2554), หน้า 126–138.

⁸ มาตรา 5 “ในพระราชบัญญัตินี้

“เจ้าหน้าที่” หมายความว่า บุคคล คณะบุคคล หรือนิติบุคคล ซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจหรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม”

2.2 ความผูกพันต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเป็นองค์ประกอบสำคัญประการหนึ่งของหลักนิติรัฐ ที่เรียกร้องให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎเกณฑ์ทั้งที่ฝ่ายนิติบัญญัติและตนเองเป็นผู้ตราขึ้น⁹ เมื่อการออกคำสั่งทางปกครองเป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางปกครอง การออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมืองในเวลาที่ยกคำสั่งนั้น ย่อมส่งผลให้คำสั่งดังกล่าวกลายเป็นโมฆะหรือเป็นคำสั่งที่อาจถูกเพิกถอนได้ในภายหลัง ไม่ว่าโดยองค์กรฝ่ายปกครองนั่นเอง หรือโดยองค์กรตุลาการซึ่งเป็นองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง หรือก่อให้เกิดผลโดยประการอื่น ตามแต่ที่กฎหมายที่เกี่ยวข้องจะได้กำหนดไว้

ในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวข้างต้น ศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์¹⁰ เห็นว่า เราอาจแยกการพิจารณาออกเป็นสองประการ กล่าวคือ การพิจารณาในแง่แบบพิธีประการหนึ่ง และการพิจารณาในแง่เนื้อหา อีกประการหนึ่ง โดยในแง่แบบพิธี ความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองขึ้นอยู่กับอำนาจหน้าที่ขององค์กรฝ่ายปกครองและองค์กรผู้ออกคำสั่งทางปกครอง กระบวนการและขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครอง ระยะเวลาในการออกคำสั่งทางปกครอง แบบของคำสั่งทางปกครอง การให้เหตุผลประกอบการออกคำสั่งทางปกครอง ตลอดจนการจดแจ้งสิทธิอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครอง ส่วนในแง่เนื้อหานั้น ความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองย่อมขึ้นอยู่กับความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่เป็นฐานแห่งอำนาจ ความมีอำนาจในการใช้คำสั่งทางปกครองเป็นเครื่องมือดำเนินการ ความถูกต้องของการใช้ดุลพินิจ ความสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ ความชัดเจนแน่นอนของเนื้อหาความเป็นไปได้ทั้งในทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในการปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง ตลอดจนความสอดคล้องของเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองกับกฎหมายในลำดับชั้นที่สูงกว่า

ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้น ในการพิจารณาว่าคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าเป็นคำวินิจฉัยที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ จึงไม่อาจพิจารณาได้เพียงจากความสอดคล้องของคำวินิจฉัยดังกล่าวกับบทบัญญัติในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า เท่านั้น แต่จำเป็นต้องพิจารณาโดยตลอดทั้งในแง่แบบพิธีและในแง่เนื้อหาโดยประการอื่นดังที่ได้อธิบายไว้ข้างต้นด้วย ผู้ที่มาทำหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำวินิจฉัยดังกล่าว จึงไม่เพียงแต่ควรจะมีความรู้ความเชี่ยวชาญในด้านกฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายการค้าเท่านั้น แต่ควรมีความรู้ความเชี่ยวชาญในด้านกฎหมายปกครองอยู่ด้วยในขณะเดียวกัน

3. ความสามารถของคดีในการขึ้นสู่การพิจารณาของศาล (Admissibility of the Case)

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองดังกล่าวข้างต้น เป็นหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองที่จะมีผลบังคับใช้ได้จริง ก็ต่อเมื่อมีศาลในฐานะองค์กรที่มีความเป็นอิสระมีวิธีพิจารณาที่สมเหตุสมผล และมีอำนาจในการออกคำสั่งที่เป็นที่สุดและสามารถบังคับตามได้ มาคอยตรวจสอบควบคุมการใช้อำนาจของ

⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป, หน้า 47.

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 161-163.

ฝ่ายปกครองให้เป็นไปตามกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายปกครองนั่นเองได้ตราขึ้น¹¹ อันเป็นไปตามหลักการประกันการคุ้มครองสิทธิในทางศาล ซึ่งเป็นหลักการที่ได้รับการรับรองไว้ในข้อ 8 ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights – UDHR)¹² และเป็นองค์ประกอบที่สำคัญอีกประการหนึ่งของหลักนิติรัฐ ที่ส่งผลให้พลเมืองของรัฐมีฐานะเป็นประธานแห่งสิทธิได้อย่างแท้จริง โดยสามารถใช้เครื่องมือทางกฎหมายในการต่อสู้กับอำนาจรัฐได้อย่างเท่าเทียมกันต่อหน้าศาล¹³ ดังนั้น โดยหลักการแล้ว หากคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าเป็นคำวินิจฉัยที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้จดทะเบียนหรือผู้อุทธรณ์ซึ่งเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายโดยตรงจากคำวินิจฉัยดังกล่าว ก็ควรจะต้องมีสิทธินำคดีไปฟ้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจ เพื่อขอให้ศาลตรวจสอบทบทวนการใช้อำนาจในการทำคำวินิจฉัยดังกล่าวในอีกชั้นหนึ่งได้

จากหลักการข้างต้น เราอาจกล่าวได้ว่าบทบัญญัติซึ่งบัญญัติให้คำสั่งหรือคำวินิจฉัยของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า ตลอดจนองค์กรเจ้าหน้าที่อื่น ๆ ในฝ่ายปกครอง “เป็นที่สุด” นั้น เป็นบทบัญญัติที่อาจไม่สอดคล้องกับหลักการคุ้มครองสิทธิของประชาชนในรัฐซึ่งยึดถือหลักนิติรัฐเท่าใดนัก ยกตัวอย่างเช่น หากนาย ก. เป็นผู้ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการผลิตและจำหน่ายสินค้าเสื้อผ้าแฟชั่นยี่ห้อหนึ่ง ซึ่งมีชื่อเสียงโด่งดังมากในต่างประเทศ และนาย ก. ต้องการที่จะนำสินค้านี้เข้ามาจำหน่ายในประเทศไทย นาย ก. จึงนำเครื่องหมายการค้าซึ่งใช้สำหรับสินค้านี้เข้ามาของตน ไปยื่นขอจดทะเบียนต่อนายทะเบียนเครื่องหมายการค้า กรมทรัพย์สินทางปัญญา เนื่องจากนาย ก. เห็นว่าเครื่องหมายดังกล่าวมีลักษณะอันพึงรับจดทะเบียนได้ กล่าวคือ มีลักษณะบ่งเฉพาะ ไม่เป็นเครื่องหมายที่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมาย และไม่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นที่ได้จดทะเบียนไว้แล้ว อีกทั้งนาย ก. ยังได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าดังกล่าวของตนไว้แล้วในหลายประเทศทั่วโลก แต่ปรากฏว่านายทะเบียนและคณะกรรมการเครื่องหมายการค้ากลับมีคำสั่งและคำวินิจฉัย ไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าดังกล่าว โดยอาศัยดุลพินิจที่ตนมีในการวินิจฉัยบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าฯ ให้เป็นไปในทางที่ก่อให้เกิดผลร้ายต่อผู้จดทะเบียน หากนาย ก. ไม่เห็นด้วยกับคำสั่งหรือคำวินิจฉัยดังกล่าว เนื่องด้วยเห็นว่าเป็นการใช้ดุลพินิจในการตีความตัวบทกฎหมายที่ผิดพลาดคลาดเคลื่อน แต่นาย ก. ไม่สามารถนำเรื่องเช่นนั้นไปว่ากล่าวเป็นคดีต่อศาลได้ ก็จะส่งผลให้นาย ก. ไม่ได้รับความยุติธรรม โดยต้องใช้เครื่องหมายการค้าดังกล่าวของตนต่อไปในประเทศไทยอย่างเครื่องหมายการค้าที่มีได้จดทะเบียน อันจะก่อให้เกิดสิทธิที่ด้อยกว่าเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้วเป็นอย่างมาก ทั้งๆ ที่เครื่องหมายการค้าดังกล่าวมีลักษณะอันพึงรับจดทะเบียนได้ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายสารบัญญัติ ด้วยเหตุนี้ การตีความบทบัญญัติซึ่งกำหนดให้คำสั่งหรือคำวินิจฉัยในลักษณะดังกล่าว “เป็นที่สุด” ก็ควรจะต้องตีความให้สอดคล้องกับหลักนิติรัฐด้วย กล่าวคือ ควรต้องตีความว่าการที่กฎหมายบัญญัติให้ “เป็นที่สุด” ดังกล่าวนั้น ย่อมหมายถึง “เป็นที่สุด” เฉพาะในฝ่ายปกครองเท่านั้น และไม่ตัดอำนาจของศาลในการที่จะรับคดีเช่นนั้นไว้พิจารณาพิพากษา

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 73-75.

¹² Article 8 “Everyone has the right to an effective remedy by the competent national tribunals for acts violating the fundamental rights granted him by the constitution or by law”

¹³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), หน้า 165-178.

อย่างไรก็ดี ปรากฏว่าก่อนปี พ.ศ. 2534 ซึ่งกฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายการค้าของประเทศไทยที่ใช้บังคับอยู่ในสมัยนั้น ได้แก่ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2474 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม) ได้วางหลักการไว้ทำนองเดียวกันกับที่ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าฉบับปัจจุบันว่า เมื่อนายทะเบียนมีคำสั่งไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารายใดแล้ว ผู้จดทะเบียนมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งเช่นนั้นของนายทะเบียนต่อคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าได้ ภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ทราบคำสั่งของนายทะเบียน และเมื่อคณะกรรมการได้มีคำวินิจฉัยหรือคำสั่งอย่างใด คำวินิจฉัยหรือคำสั่งนั้นเป็นที่สุด ปรากฏว่าศาลฎีกาในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 470/2509 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 875/2509 ได้มีคำพิพากษาเป็นแนวบรรทัดฐานไว้ว่า เมื่อกฎหมายได้กำหนดวิธีการอุทธรณ์คัดค้านคำวินิจฉัย หรือคำสั่งของนายทะเบียนเครื่องหมายการค้าไว้โดยเฉพาะแล้ว โจทก์จะเลือกดำเนินการคัดค้านโดยวิธีอื่น เช่น โดยการฟ้องคดีต่อศาลหาได้ไม่¹⁴ ซึ่งแม้ศาลฎีกาในคดีดังกล่าวจะไม่ได้กล่าวโดยตรง แต่ก็มีนัยว่า ถึงแม้โจทก์ผู้จดทะเบียนจะได้อุทธรณ์คัดค้านต่อคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าแล้ว หากโจทก์ยังคงไม่พอใจในผลของคำวินิจฉัยของคณะกรรมการ โจทก์ก็ไม่มีสิทธินำคดีมาฟ้องต่อศาล เพราะกฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายการค้าได้บัญญัติให้สิทธิโจทก์เอาไว้เช่นนั้น อันเป็นการไม่สอดคล้องกับหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองและหลักการประกันการคุ้มครองสิทธิในทางศาล อันเป็นส่วนหนึ่งที่สำคัญของหลักนิติรัฐดังกล่าวข้างต้น และส่งผลให้สิทธิของผู้จดทะเบียนตามที่ได้รับการรับรองไว้ในกฎหมายสารบัญญัติ กล่าวคือ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าถูกระทบกระเือน

อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากที่ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 โดยเฉพาะอย่างยิ่งภายหลังจากที่ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อันเป็นการนำหลักการและแนวคิดทางกฎหมายปกครองเข้ามามีผลบังคับใช้ในประเทศไทยอย่างจริงจังเป็นครั้งแรก ศาลฎีกาในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3549/2541 ก็ได้พิพากษากลับแนวบรรทัดฐานเดิม ซึ่งได้วินิจฉัยตามบทบัญญัติในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2474 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม) ที่มีเนื้อความทำนองเดียวกับบทบัญญัติในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าฉบับปัจจุบันเสียใหม่ว่า คำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าที่จะเป็นที่สุด ตามบทบัญญัติมาตรา 18 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 นั้น จะต้องเป็นคำวินิจฉัยที่ถูกต้องตามกฎหมายหรือชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น หากคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า เป็นคำวินิจฉัยที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้อุทธรณ์ย่อมมีสิทธินำคดีมาฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้เพิกถอนคำวินิจฉัยนั้นได้ และปรากฏว่าศาลฎีกาในคดีต่อ ๆ มา ก็ได้ถือเอาคำพิพากษาดังกล่าวเป็นบรรทัดฐาน โดยได้รับเอาคดีอุทธรณ์โต้แย้งคำวินิจฉัยในลักษณะดังกล่าวของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าเข้าไว้ในพิจารณาของตนเรื่อยมา ปรากฏตามคำพิพากษาศาลฎีกาจำนวนมาก เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3543/2545 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1793/2549 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4205/2549 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7715/2549 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7024/2549 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 773-776/2550 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4676/2558 เป็นต้น

¹⁴ รัชชัย ศุภผลศิริ, คำอธิบายกฎหมายเครื่องหมายการค้า, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536), หน้า 63.

ปัญหาบางประการเกี่ยวกับการอุทธรณ์โต้แย้งคำวินิจฉัยไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า
ของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า

นอกจากในประเด็นความถูกต้องตามกฎหมายหรือความชอบด้วยกฎหมายของคำวินิจฉัยอุทธรณ์ดังกล่าวข้างต้นแล้ว ศาลฎีกาในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1793/2549 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4205/2549 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7715/2549 ยังได้อธิบายเพิ่มเติมไว้ด้วยว่า ที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นที่สุดนั้น หมายถึงเพียงว่าเป็นที่สุดในชั้นของฝ่ายบริหารเท่านั้น ผู้อุทธรณ์จะอุทธรณ์ต่อเจ้าพนักงานอื่นของฝ่ายบริหารต่อไปอีกไม่ได้ แต่มีได้ตัดสินสิทธิบุคคลดังกล่าวในการที่จะนำคดีมาฟ้องต่อศาล อันเป็นแนวทางการตีความที่สอดคล้องกับหลักการย่อยต่างๆ ของหลักนิติรัฐ และสอดคล้องกับหลักการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองก่อนฟ้องคดีต่อศาลในกรณีอื่น ๆ ซึ่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับบัญญัติให้คำสั่งทางปกครองเช่นนั้น “เป็นที่สุด” เช่นเดียวกัน แต่ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องก็ยังสามารถอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อศาลปกครองต่อไปได้ อาทิ กรณีคำสั่งของนายอำเภอตามพระราชบัญญัติสภาพัฒนาการและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 ที่สั่งให้นายกองคการบริหารส่วนตำบลพ้นจากตำแหน่ง (มาตรา 64 วรรคสอง) หรือที่วินิจฉัยให้สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลพ้นจากสมาชิกภาพ (มาตรา 47 ตรี วรรคสอง)¹⁵

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น เราจึงอาจสรุปได้ในเบื้องต้นว่า ในปัจจุบัน คดีอุทธรณ์โต้แย้งคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าซึ่งปฏิเสธไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า เป็นคดีที่สามารถนำขึ้นสู่กระบวนการพิจารณาของศาล (admissible) เพื่อให้ศาลได้มีโอกาสพิจารณาตรวจสอบทบทวนคำวินิจฉัยดังกล่าวในอีกชั้นหนึ่งได้ แต่มีข้อควรสังเกตว่า ศาลในฐานะองค์กรตุลาการซึ่งเป็นองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง จะสามารถเข้าตรวจสอบคำวินิจฉัยดังกล่าวได้อย่างจำกัด เฉพาะในประเด็นที่เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของคำวินิจฉัยดังกล่าวเท่านั้น แตกต่างจากอำนาจของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าในการตรวจสอบทบทวนคำสั่งของนายทะเบียน ซึ่งมีอยู่อย่างไม่จำกัดตามที่ได้กล่าวมาแล้วในตอนต้น ทั้งนี้ โดยหากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าคำวินิจฉัยดังกล่าวเป็นคำวินิจฉัยที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลก็จะมีคำพิพากษาเพิกถอนคำวินิจฉัยอุทธรณ์ดังกล่าวของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า และพิพากษาให้นายทะเบียนเครื่องหมายการค้าดำเนินการเกี่ยวกับการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารายดังกล่าวต่อไป ตามกระบวนการและขั้นตอนปกติ โดยไม่สามารถพิพากษาแก้ไขรายละเอียดของคำวินิจฉัยดังกล่าว หรือพิพากษาให้รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าตามคำวินิจฉัยดังกล่าวด้วยตนเองได้ ปรากฏตามตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาจำนวนมากที่ได้ยกมาข้างต้น ส่วนประเด็นว่าศาลใดเป็นหรือควรจะเป็นศาลที่มีอำนาจเหนือคดีในลักษณะดังกล่าวนี้ จะได้กล่าวถึงโดยละเอียดในหัวข้อต่อไป

4. ศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดี

ก่อนวันที่ 1 ธันวาคม พ.ศ. 2540 และวันที่ 9 มีนาคม พ.ศ. 2544 อันเป็นวันเปิดทำการของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง¹⁶ และศาลปกครองกลาง¹⁷ ตามลำดับ ศาลยุติธรรมทั่วไปในฐานะศาลที่มีเขตอำนาจเป็นการทั่วไป (general jurisdiction) ย่อมเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีอุทธรณ์โต้แย้งคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น ตามหลักการที่ได้รับ

¹⁵ ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ, “การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง,” หน้า 6-7.

¹⁶ “พระราชกฤษฎีกากำหนดวันเปิดทำการศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง พ.ศ. 2540” (11 พฤศจิกายน 2540), ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 114 ตอนที่ 67 ก, หน้า 40.

¹⁷ “ประกาศประธานศาลปกครองสูงสุด เรื่อง สถานที่ตั้งและวันเปิดทำการของศาลปกครองกลาง” (28 กุมภาพันธ์ 2544), ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 118 ตอนที่ 13 ก, หน้า 4.

การบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเรื่อยมาจนถึงฉบับปัจจุบันว่า “ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง เว้นแต่คดีที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลอื่น” ดังนั้นในการพิจารณาว่าศาลจะรับคดีดังกล่าวไว้พิจารณาพิพากษาได้หรือไม่ เพียงแค่การพิจารณาในเบื้องต้นว่าโจทก์มีอำนาจฟ้อง (*locus standi*) หรือไม่ก็ย่อมเพียงพอแล้ว โดยไม่ต้องพิจารณาถึงเขตอำนาจของศาลในทางเนื้อหาแห่งคดีแต่อย่างใด ดังที่ศาลฎีกาในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3549/2541 พิพากษาว่า เมื่อโจทก์ได้โต้แย้งว่าคำสั่งของนายทะเบียนเครื่องหมายการค้าและคำวินิจฉัยของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าว่าไม่ถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย การที่นายทะเบียนและคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าสั่งและวินิจฉัยไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าของโจทก์ ย่อมเป็นการโต้แย้งสิทธิของโจทก์ โจทก์ย่อมมีอำนาจฟ้องคดีต่อศาลได้ ทั้งนี้ ตามมาตรา 55 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า แม้พระธรรมนูญศาลยุติธรรมจะกำหนดให้ศาลชั้นต้นทั่วไปในระบบศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษา “คดีแพ่ง” และ “คดีอาญา” ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 17 มาตรา 18 มาตรา 19 และมาตรา 25 ก็ได้หมายความว่า คดีซึ่งมีลักษณะเป็น “คดีปกครอง” จะมีได้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลดังกล่าว โดยในทางข้อเท็จจริงก็ปรากฏว่าศาลยุติธรรมเองก็ได้วางตนเป็นศาลที่มีอำนาจในการควบคุมฝ่ายปกครองเรื่อยมา¹⁸ จนถึงวันที่ได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นดังกล่าวข้างต้น ทั้งนี้ เนื่องจากก่อนที่จะแนวความคิดเกี่ยวกับคดีปกครองจะแพร่หลายเข้ามาในประเทศไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ผ่านการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ขึ้นใช้บังคับนั้น คดีซึ่งมีลักษณะเป็น “คดีปกครอง” ดังเช่นในปัจจุบัน ก็อาจถือเป็น “คดีแพ่ง” ประเภทหนึ่ง ซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลส่วนแพ่งด้วย

อย่างไรก็ดี เมื่อได้มีการจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญา และศาลปกครองขึ้น การพิจารณาว่าคดีหนึ่งๆ อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลใดซึ่งมีความคาบเกี่ยวกัน ก็จำเป็นต้องพิจารณาจากบทบัญญัติที่กำหนดอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลทั้งสองข้างต้นในฐานะที่เป็นศาลที่มีเขตอำนาจเฉพาะ (*specific jurisdiction*) เสียก่อน หากว่าคดีไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลเช่นว่านั้น ศาลยุติธรรมทั่วไปย่อมมีเขตอำนาจเหนือคดีดังกล่าว¹⁹ อันเป็นหลักการพิจารณาที่ปรากฏร่องรอยการใช้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7696/2548 ซึ่งศาลพิพากษาว่า เมื่อการดำเนินงานของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามบทยกเว้น ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ คดีดังกล่าวย่อมอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม

ในกรณีของศาลทรัพย์สินทางปัญญา แม้จะเป็นศาลที่ถูกจัดตั้งขึ้นในระบบศาลยุติธรรม แต่ก็มีฐานะเป็นศาลชำนาญพิเศษซึ่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 ได้กำหนดให้ ศาลดังกล่าวมีเขตอำนาจจำกัดเฉพาะคดี ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 7 โดยมีอำนาจพิจารณา “คดีอาญา” และ “คดีแพ่ง” เกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า ตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 7 (1)-(4) อันเป็นการบัญญัติกฎหมาย โดยใช้ถ้อยคำในลักษณะเดียวกับที่ปรากฏ

¹⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), หน้า 253.

¹⁹ ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายระบบศาลและพระธรรมนูญศาลยุติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), หน้า 27-28.

ปัญหาบางประการเกี่ยวกับการอุทธรณ์โต้แย้งคำวินิจฉัยไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า
ของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า

ในพระธรรมนูญศาลยุติธรรม ดังนั้น ในการตีความบทบัญญัติดังกล่าวในช่วงเวลาก่อนที่จะได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงต้องตีความ “คดีแพ่ง” ให้หมายความรวมถึงคดีที่มีการฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งหรือคำวินิจฉัยของนายทะเบียนเครื่องหมายการค้าหรือคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า อันมีลักษณะเป็นคดีปกครองด้วย เพื่อมิให้คดีในลักษณะดังกล่าวหลุดพ้นไปจากอำนาจตรวจสอบของศาล

อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากที่ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อันเป็นเวลาที่ข้อความคิดเกี่ยวกับ “คดีปกครอง” ในระบบกฎหมายไทยถูกแยกขาดออกมาจาก “คดีแพ่ง” เป็นครั้งแรก การตีความบทบัญญัติว่าด้วยเขตอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญา ในลักษณะเดิมน่าจะมิใช่การตีความที่ถูกต้องและสอดคล้องกับระบบกฎหมายทั้งระบบอีกต่อไป เพราะหากพิจารณาในเชิงเนื้อหา คดีที่มีการฟ้องขอให้เพิกถอนคำวินิจฉัยไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าดังกล่าวข้างต้น ย่อมมีลักษณะเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยการออกคำสั่งโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ อันต้องตกอยู่ภายใต้อำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง²⁰ มิใช่ศาลทรัพย์สินทางปัญญา อีกต่อไป

ต่อประเด็นข้างต้น ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ เห็นว่า คำสั่งหรือคำวินิจฉัยดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวกับกฎหมายเฉพาะ ซึ่งต้องการความรู้ความเชี่ยวชาญในกฎหมายเฉพาะของผู้พิพากษา ประกอบกับอาจมีข้อพิพาทอื่น ๆ เกี่ยวด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครองดังกล่าวขึ้นมาสู่การพิจารณาของศาลด้วย จึงไม่ควรให้คดีในลักษณะเช่นว่าอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง แต่ก็ปรากฏว่าพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ ได้บัญญัติให้ ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ มีอำนาจพิจารณาพิพากษาเฉพาะคดีแพ่งและคดีอาญาเท่านั้น ไม่รวมไปถึงคดีปกครองด้วย ซึ่งอาจเกิดจากแนวความคิดเดิมที่ถือว่าคดีปกครองเป็นคดีแพ่งประเภทหนึ่ง จึงควรมีการแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ เพื่อให้เกิดความชัดเจนต่อไป²¹

นอกจากนี้ หากพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายจัดตั้งศาลชำนาญพิเศษอื่น ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ซึ่งได้ถูกประกาศใช้ภายหลังจากที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ได้มีผลใช้บังคับมาระยะหนึ่งแล้ว ก็จะได้เห็นว่า

²⁰ มาตรา 9 “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากการกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ...”

²¹ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง, หน้าที่ 257-259.

ในกรณีที่กฎหมายต้องการให้ศาลมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีซึ่งมีลักษณะเป็น “คดีปกครอง” ด้วย กฎหมายก็จะไม่ใช่ถ้อยคำที่มีลักษณะเป็นการจำกัดประเภทของคดีไว้ว่าต้องเป็น “คดีแพ่ง” อย่างในกรณีของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ เช่น กรณีตามมาตรา 10 (3) ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวฯ ซึ่งบัญญัติให้ศาลเยาวชนและครอบครัวฯ มีอำนาจพิจารณาพิพากษาใน “คดีครอบครัว” ศาลเยาวชนและครอบครัวฯ จึงมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478 ซึ่งมีลักษณะเป็นคดีปกครองได้ ในทำนองเดียวกันกับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 ซึ่งมีบทบัญญัติมาตรา 8 (4) กำหนดไว้อย่างชัดเจน ให้ศาลแรงงานมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอุทธรณ์คำวินิจฉัยของเจ้าพนักงานตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน ของคณะกรรมการแรงงานสัมพันธ์ หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงานตามกฎหมายว่าด้วยแรงงานสัมพันธ์ ของคณะกรรมการแรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงานตามกฎหมายว่าด้วยแรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ ของคณะกรรมการอุทธรณ์ตามกฎหมายว่าด้วยการประกันสังคม และของคณะกรรมการกองทุนเงินทดแทนตามกฎหมายว่าด้วยเงินทดแทน

5. คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 9/2546

แม้บทบัญญัติมาตรา 7 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ จะได้ใช้ถ้อยคำที่จำกัดอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ ไว้เฉพาะในคดีแพ่งและคดีอาญาดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น แต่ในทางปฏิบัติศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ ตามที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3543/2545 ตลอดจนในคดีอื่น ๆ อีกเป็นจำนวนมากภายหลังจากนั้น ก็ได้รับคดีที่มีการฟ้องขอให้เพิกถอนคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าไว้ในกรณีพิจารณาอยู่เรื่อยมา ซึ่งแม้อาจมองได้ว่าเป็นการเหมาะสมแล้วที่จะให้คดีเช่นนั้นอยู่ในเขตอำนาจของศาลชั้นอุทธรณ์ซึ่งมีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน แต่ก็ต้องนับว่าเป็นการไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ยังมีผลบังคับใช้อยู่ โดยทั่วไป ศาลจึงมักมิได้วินิจฉัยถึงเขตอำนาจในทางเนื้อหาแห่งคดีของตนว่า มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีในลักษณะดังกล่าวหรือไม่ แต่จะพิจารณาเพียงว่าโจทก์มีอำนาจฟ้องตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55 ประกอบกับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ มาตรา 26²² หรือไม่เท่านั้น ซึ่งต้องถือว่าเป็นแนวการวินิจฉัยที่ไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลชั้นอุทธรณ์ อันเป็นศาลที่มีเขตอำนาจจำกัดเฉพาะเรื่อง โดยถึงแม้จะมีได้มีความสับสนโดยกปัญหาดังกล่าวขึ้นอ้างต่อศาล แต่ปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลก็เป็นปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7953/2554) ซึ่งศาลสามารถหยิบยกขึ้นวินิจฉัยเองได้ โดยหากศาลเห็นว่า คดีตามคำฟ้องที่โจทก์ยื่นมานั้นไม่อยู่ในเขตอำนาจของตน โดยหลักแล้ว ศาลก็ต้องมีคำสั่งไม่รับฟ้อง²³

²² มาตรา 26 “กระบวนการพิจารณาในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้และข้อกำหนดตามมาตรา 30 ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติและข้อกำหนดดังกล่าว ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งหรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาหรือพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแขวงและวิธีพิจารณาความอาญาในศาลแขวงมาใช้บังคับโดยอนุโลม”

²³ จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2556), หน้า 22-24.

ปัญหาบางประการเกี่ยวกับการอุทธรณ์โต้แย้งคำวินิจฉัยไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า
ของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า

อย่างไรก็ดี ในปี พ.ศ. 2546 ก็ปรากฏว่าคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ได้ออกคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 9/2546 เรื่อง เขตอำนาจศาลเกี่ยวกับการขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ระหว่างศาลปกครองกลางและศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง ตามที่สำนักงานศาลปกครองได้ส่งเรื่องให้คณะกรรมการพิจารณาวินิจฉัย ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล พ.ศ. 2542 มาตรา 10 วรรคหนึ่ง (3) ซึ่งมีข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องโดยสรุป ดังนี้

(1) ผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องนายทะเบียนเครื่องหมายการค้า กรมทรัพย์สินทางปัญญา ต่อศาลปกครองกลาง ขอให้ศาลปกครองกลางมีคำสั่งให้นายทะเบียนเครื่องหมายการค้ามีคำสั่งรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า

(2) นายทะเบียนเครื่องหมายการค้า ผู้ถูกฟ้องคดี ให้การว่า ศาลปกครองกลางไม่มีอำนาจพิจารณาคดีนี้ เนื่องจากอยู่ในเขตอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ ขอให้จำหน่ายคดี

(3) ศาลปกครองกลางเห็นว่า คดีพิพาทเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าเป็นได้ทั้งคดีแพ่งและคดีปกครอง คดีที่จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ คือ คดีพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชน ดังที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ ใช้คำว่า “คดีแพ่งเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า...” กรณีตามคำฟ้องมิใช่กรณีพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชนในเรื่องเครื่องหมายการค้า แต่เป็นกรณีพิพาทระหว่างผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นเอกชน กับผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองในเรื่องการใช้อำนาจจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าฯ จึงเป็นข้อพิพาทเรื่องหน่วยงานทางปกครองกระทำการโดยมิชอบด้วยกฎหมาย อันอยู่ในอำนาจของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

(4) ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ เห็นว่า คดีทรัพย์สินทางปัญญาเป็นคดีที่มีลักษณะพิเศษซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับความรู้ทางวิทยาศาสตร์และศิลปศาสตร์ ทั้งยังมีความเป็นสากลตามที่ปรากฏในความตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีพันธกรณีอยู่ การวินิจฉัยข้อพิพาทในเรื่องดังกล่าวจึงต้องอาศัยผู้เชี่ยวชาญอย่างแท้จริง กล่าวคือ ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ ในฐานะศาลชำนาญพิเศษที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อสนับสนุนมาตรฐานสากลในการสร้างระบบการมีสิทธิและการบังคับตามสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และเนื่องจากสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาบางประเภทต้องได้รับการตรวจสอบและรับรอง โดยการจดทะเบียนจากหน่วยงานของรัฐเสียก่อนจึงจะได้รับความคุ้มครอง แม้ข้อโต้แย้งในเรื่องคำสั่งเกี่ยวกับการจดทะเบียนจะถือว่าเป็นคดีปกครองลักษณะหนึ่ง แต่การพิจารณาในเนื้อหาและรายละเอียดของคำสั่งเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาดังกล่าวจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้น คงเป็นเรื่องที่ต้องใช้ความเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่องในการวินิจฉัยในเนื้อหาสาระตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าฯ โดยเฉพาะในประเด็นว่า เครื่องหมายการค้าตามคำขอจดทะเบียนนั้นเป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะอันพึงรับจดทะเบียนได้หรือไม่ อันจะนำมาสู่การตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายบริหารหรือการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งดังกล่าว ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ จึงมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีได้ตามมาตรา 7 (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ

เมื่อได้รับเรื่องดังกล่าวจากสำนักงานศาลปกครอง คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ซึ่งประกอบด้วย นายอรรถนิติ ดิษฐอำนาจ ประธานศาลฎีกา หม่อมหลวงเฉลิมชัย เกษมสันต์ กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิของศาลยุติธรรม นายอักษราทร จุฬารัตน ประธานศาลปกครองสูงสุด นายโกศล พลกุล กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิของศาลปกครอง พลโท อัญญพร เจริญพานิช หัวหน้าสำนักตุลาการทหาร พลโท อาชวน อินทรเกสร กรรมการ

ผู้ทรงคุณวุฒิของศาลทหาร และนายพรชัย รัชมิแพทย์ กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ จึงได้พิจารณาแล้วเห็นว่า การจดทะเบียนเป็นองค์ประกอบสำคัญประการหนึ่งที่จะทำให้บุคคลมีสิทธิในเครื่องหมายการค้าอย่างสมบูรณ์ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าฯ จึงได้บัญญัติเกี่ยวกับการจดทะเบียนไว้หลายส่วน และโดยที่การพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าต้องการผู้พิพากษาที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเป็นพิเศษเพื่อรักษามาตรฐานตามกฎหมาย จึงได้มีการจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญา ขึ้นในศาลยุติธรรม และกำหนดให้คดีเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าอยู่ในอำนาจของศาลดังกล่าวตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 7 (3) แม้คำสั่งของนายทะเบียนเกี่ยวกับคำขอจดทะเบียนจะเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่ง แต่การออกคำสั่งดังกล่าวก็ย่อมตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักกฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายการค้าเป็นสำคัญ ข้อโต้แย้งใด ๆ เกี่ยวกับคำสั่งดังกล่าวจึงเป็น “คดีแพ่งเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า” และต้องอยู่ในอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญา อันเป็นข้อยกเว้นของหลักการเกี่ยวกับคดีปกครองโดยทั่วไป คดีดังกล่าวจึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 9 วรรคสอง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ เนื่องจากเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญา

6. ปัญหาของการกำหนดให้คดีอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลทรัพย์สินทางปัญญา และการค้าระหว่างประเทศ

เมื่อคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดในลักษณะดังกล่าวข้างต้นออกมา ปัญหาในทางปฏิบัติว่าจะนำคดีดังกล่าวไปฟ้องต่อศาลใดก็ย่อมหมดไป อย่างไรก็ตาม สำหรับผู้เขียน แม้จะค่อนข้างเห็นพ้องด้วยในผลของคำวินิจฉัยที่กำหนดให้คดีดังกล่าวอยู่ในเขตอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญา ด้วยเหตุผลเกี่ยวกับความเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่องตามที่ปรากฏในความเห็นของศาลทรัพย์สินทางปัญญา และในคำวินิจฉัยชี้ขาดฯ ข้างต้น แต่ก็มิใคร่จะเห็นด้วยในเหตุผลของการวินิจฉัยดังกล่าวเท่าใดนัก โดยเฉพาะในส่วนที่กล่าวว่า เมื่อการออกคำสั่งของนายทะเบียนตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักกฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายการค้าเป็นสำคัญ ข้อโต้แย้งใด ๆ เกี่ยวกับคำสั่งดังกล่าวจึงเป็น “คดีแพ่ง” เกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า เนื่องจากวิธีการตีความกฎหมายเช่นนี้เป็นวิธีการตีความที่ไม่สอดคล้องกับกฎหมายอื่นๆ อย่างเป็นภาพรวมทั้งระบบ กล่าวโดยเฉพาะ คือ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ซึ่งได้ประกาศใช้ในปี พ.ศ. 2542 อันเป็นเวลาภายหลังจากที่ได้มีการจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญา ขึ้นแล้วก่อนหน้านี้ และได้กำหนดขอบเขตความหมายของ “คดีปกครอง” ซึ่งจะต้องตกอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองไว้เป็นครั้งแรกดังที่ได้อธิบายไว้แล้วในตอนต้น ประกอบกับปัญหาในเรื่องความเหมาะสมว่าคดีในลักษณะดังกล่าว “ควร” หรือ “ไม่ควร” จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลใดนั้น ก็เป็นปัญหาในเชิงนิตินโยบาย (legal policy) ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของฝ่ายนิติบัญญัติ และไม่ควรจะตกมาเป็นดุลพินิจของศาลซึ่งเป็นฝ่ายตุลาการ หรือของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดฯ ซึ่งมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับฝ่ายตุลาการ ด้วยเหตุผลเกี่ยวกับองค์ประกอบของคณะกรรมการดังกล่าว²⁴ คณะกรรมการ

²⁴ พระราชบัญญัติว่าด้วยการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล พ.ศ. 2542

มาตรา 4 “ให้มีคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลคณะหนึ่ง ประกอบด้วยประธานศาลฎีกาเป็นประธานกรรมการ ประธานศาลปกครองสูงสุด หัวหน้าสำนักตุลาการทหาร และผู้ทรงคุณวุฒิอื่นอีกสี่คนเป็นกรรมการ”

มาตรา 5 “กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิประกอบด้วยบุคคล ดังต่อไปนี้

(1) ผู้มีความรู้และมีประสบการณ์เกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรม ซึ่งได้รับการคัดเลือกจากที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา จำนวนหนึ่งคน

ปัญหาบางประการเกี่ยวกับการอุทธรณ์โต้แย้งคำวินิจฉัยไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า
ของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า

วินิจฉัยชี้ขาดฯ จึงควรมีอำนาจวินิจฉัยเฉพาะตามตัวบทกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นไว้ และยังมีผล
ใช้บังคับอยู่เท่านั้นตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ (separation of powers)

ยิ่งไปกว่านั้น การตีความให้คดีอุทธรณ์โต้แย้งคำวินิจฉัยไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าของ
คณะกรรมการเครื่องหมายการค้าดังกล่าว อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลทรัพย์สินทางปัญญา โดยไม่มีการแก้ไข
เพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ยังอาจก่อให้เกิดปัญหาตามมาอีกหลายประการ เช่น

ประการแรก เมื่อศาลทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของระบบศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีอำนาจ
เหนือคดีในลักษณะดังกล่าว การพิจารณาว่าโจทก์มีอำนาจฟ้องคดีหรือไม่ ก็จะต้องเป็นไปตามมาตรา 55
แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ดังปรากฏตามตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้ยกมาอ้างอิงในข้างต้น
กล่าวคือ โจทก์นั้นจะต้องเป็น “บุคคล” ไม่ว่าบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่ถูกโต้แย้งสิทธิ โดยการที่บุคคลฝ่ายหนึ่ง
อ้างสิทธิเหนือบุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง แต่บุคคลฝ่ายหลังนั้นปฏิเสธสิทธิของบุคคลฝ่ายแรกหรือมิฉะนั้นก็กล่าวอ้าง
สิทธิใหม่ของตนเอง²⁵ ขอบเขตของอำนาจฟ้องของโจทก์ตามบทบัญญัติดังกล่าว จึงค่อนข้างแคบ โดยเฉพาะ
เมื่อเปรียบเทียบกับอำนาจฟ้องคดีปกครองโดยทั่วไป ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้ง
ศาลปกครองฯ ซึ่งผู้มีสิทธิฟ้องคดีตามบทบัญญัติดังกล่าว อาจเป็นบุคคลธรรมดา นิติบุคคล หรือคณะบุคคลซึ่งไม่มี
สภาพบุคคลก็ได้ ทั้งผู้ฟ้องคดีนั้นก็ไม่ต้องถึงกับต้องถูก “โต้แย้งสิทธิ” ตามกฎหมาย เพียงแต่ “ได้รับความเดือดร้อน
หรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้” ก็เพียงพอแล้วที่จะมีสิทธิฟ้องคดีได้²⁶
เมื่อสภาพของคดีอุทธรณ์โต้แย้งคำวินิจฉัยไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า
มีลักษณะเป็นคดีปกครองประเภทหนึ่ง การพิจารณาอำนาจฟ้องคดีลักษณะดังกล่าว โดยอ้างอิงจากบทบัญญัติ
ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งมีขอบเขตที่แคบกว่าบทบัญญัติเรื่องเดียวกันในพระราชบัญญัติ
จัดตั้งศาลปกครองฯ นั้น จึงอาจเป็นเรื่องที่ไม่เหมาะสม และอาจก่อให้เกิดปัญหาว่าผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหาย
จากการใช้อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า ในบางกรณีไม่อาจนำคดีของตนขึ้นสู่การพิจารณา
ของศาลได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่บรรทัดฐานตามคำวินิจฉัยชี้ขาดข้างต้นถูกนำไปปรับใช้กับการใช้อำนาจ
ในกรณีอื่น ๆ ของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า นอกเหนือไปจากการมีคำวินิจฉัยไม่รับจดทะเบียน
เครื่องหมายการค้าด้วย

ประการที่สอง แม้ในทางปฏิบัติ ประเด็นข้อโต้แย้งในคดีอุทธรณ์โต้แย้งคำวินิจฉัยไม่รับจดทะเบียน
เครื่องหมายการค้าที่ขึ้นสู่การพิจารณาของศาล มักจะเป็นประเด็นพิพาทตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า
เป็นหลัก เป็นต้นว่า เครื่องหมายการค้าที่ถูกปฏิเสธไม่รับจดทะเบียนมีลักษณะบ่งเฉพาะหรือไม่ หรือเป็นเครื่องหมาย

(2) ผู้มีความรู้และมีประสบการณ์เกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง ซึ่งได้รับการคัดเลือกจากที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาล
ปกครองสูงสุด จำนวนหนึ่งคน

(3) ผู้มีความรู้และมีประสบการณ์เกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลทหาร ซึ่งได้รับการคัดเลือกจากที่ประชุมใหญ่ตุลาการพระธรรมนูญ
ในศาลทหารสูงสุด จำนวนหนึ่งคน

(4) ผู้มีความรู้และมีประสบการณ์ด้านกฎหมายที่มีใช้เป็นผู้พิพากษาหรือตุลาการประจำศาล ซึ่งได้รับการคัดเลือกจากกรรมการโดยตำแหน่ง
และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิตาม (1) (2) และ (3) จำนวนหนึ่งคน”

²⁵ จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, หน้า 5.

²⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง, หน้า 286-288.

ที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายของบุคคลอื่นที่ได้จดทะเบียนไว้ก่อนหรือไม่ แต่โดยเหตุที่คำวินิจฉัยดังกล่าวก็มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่ง การพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของคำวินิจฉัยดังกล่าวจึงไม่อาจทำได้โดยอาศัยเฉพาะหลักกฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายการค้าแต่เพียงลำพัง แต่จำต้องคำนึงถึงความชอบด้วยกฎหมายทั้งในแง่แบบพิธีและในแง่เนื้อหาโดยประการอื่น ๆ ซึ่งมีลักษณะเป็นประเด็นในทางกฎหมายปกครองประกอบด้วย เช่น การพิจารณาถึงกระบวนการและขั้นตอนในการออกคำวินิจฉัย การจัดแจ้งสิทธิอุทธรณ์ได้แก่คำวินิจฉัย ตลอดจนความสอดคล้องกับหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญของคำวินิจฉัย ดังที่ได้อธิบายมาแล้วในเบื้องต้น หากพิจารณาในแง่นี้ ศาลปกครองก็อาจเป็นศาลที่มีความเหมาะสมมากกว่าในการพิจารณาพิพากษาคดีลักษณะดังกล่าวในบางกรณี อันเนื่องมาจากเหตุผลเกี่ยวกับความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่องของศาลในทำนองเดียวกับที่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ ก็อาจมีความรู้ความเชี่ยวชาญในด้านกฎหมายเครื่องหมายการค้ามากกว่า

ประการที่สาม โดยเหตุที่การใช้อำนาจในการทำคำพิพากษาของศาลปกครองมักส่งผลกระทบโดยตรงต่อฝ่ายปกครองอันเป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายบริหาร เพื่อมิให้เป็นการกระทบกระเทือนถึงสมดุลแห่งอำนาจระหว่างฝ่ายตุลาการและฝ่ายบริหารมากจนเกินไป พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ จึงได้กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจทำคำพิพากษาจำกัดเฉพาะตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1)-(5) บทบัญญัติดังกล่าว จึงมีลักษณะเป็นพื้นฐานที่มาและข้อจำกัดแห่งอำนาจในการทำคำพิพากษาของศาลปกครอง ศาลปกครองจึงสามารถ “สั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งหรือสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วน ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย” ได้ โดยมีบทบัญญัติมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) ที่เป็นฐานอำนาจในการสั่งรื้อรับอยู่โดยชัดแจ้ง ในขณะที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ ตลอดจนข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2540 ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลับไม่ปรากฏบทบัญญัติที่ให้อำนาจศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ ทำคำพิพากษาหรือคำสั่งในลักษณะดังกล่าวไว้โดยตรง กรณีจึงอาจมีปัญหาถึงความชอบในการใช้อำนาจทำคำพิพากษาหรือคำสั่งในลักษณะดังกล่าวของศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ ได้

ประการที่สี่ เนื่องจากคดีอุทธรณ์โต้แย้งคำวินิจฉัยไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า นั้น เป็นคดีที่สามารถนำขึ้นสู่ศาลได้โดยอาศัยแนวการตีความของศาล แต่ไม่ปรากฏบทบัญญัติที่เป็นฐานทางกฎหมาย (legal basis) ที่ชัดเจนเกี่ยวกับการให้นำคดีดังกล่าวขึ้นสู่ศาล กรณีจึงมีปัญหาความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับระยะเวลาที่ผู้จดทะเบียนหรือผู้อุทธรณ์จะต้องนำคดีดังกล่าวไปฟ้องต่อศาล แตกต่างจากกรณีอื่น ๆ ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าฯ ซึ่งต่างก็กำหนดระยะเวลาฟ้องคดีอันมีจำกัดไว้อย่างชัดเจนทั้งสิ้น โดยกำหนดให้ผู้จดทะเบียนต้องฟ้องคดีต่อศาลภายในเก้าสิบวัน นับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งคำสั่งหรือคำวินิจฉัยของคณะกรรมการ ดังที่ปรากฏตามมาตรา 38 วรรคสอง มาตรา 65 วรรคสอง และมาตรา 75 วรรคสอง แต่ศาลฎีกาในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 773-776/2550 กลับวินิจฉัยว่า ในคดีที่มีการฟ้องขอให้เพิกถอนคำวินิจฉัยของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าตามมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าฯ นั้น เมื่อไม่มีบทบัญญัติใดในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าฯ หรือในกฎหมายอื่นบัญญัติให้โจทก์ต้องใช้สิทธิทางศาลหรือฟ้องคดี ภายในเก้าสิบวันนับแต่วันทราบคำวินิจฉัยของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า โจทก์ก็ย่อมมีสิทธิ

ปัญหาบางประการเกี่ยวกับการอุทธรณ์โต้แย้งคำวินิจฉัยไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า
ของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า

ฟ้องคดีได้แม้จะเป็นการยื่นฟ้อง เมื่อพ้นกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันที่โจทก์ทราบคำวินิจฉัยของคณะกรรมการแล้วก็ตาม อันเป็นแนวการตีความที่ก่อให้เกิดความสับสนของสิทธิในการนำคดีขึ้นสู่ศาลโดยอาศัยสิทธิตามกฎหมายฉบับเดียวกัน กล่าวคือ คดีหนึ่งต้องฟ้องภายในกำหนดเวลา 90 วัน แต่อีกคดีหนึ่งกลับไม่มีกำหนดเวลาที่แน่นอนในการฟ้อง ทั้ง ๆ ที่ก็เป็นคดีอุทธรณ์โต้แย้งคำวินิจฉัยของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าในทำนองเดียวกัน

7. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

เนื่องจากคำวินิจฉัยไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่ง ผู้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าซึ่งเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนเสียหาย จึงควรมีสิทธิในการอุทธรณ์โต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของคำวินิจฉัยดังกล่าว โดยการฟ้องคดีต่อศาลได้ตามหลักนิติรัฐ ซึ่งหากพิจารณาจากถ้อยคำในบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องตามตัวอักษร คดีดังกล่าวก็ควรจะต้องตกอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองตามที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ แต่เนื่องด้วยปัญหาในแง่ความรู้ความเชี่ยวชาญของศาลที่พิจารณาคดีในกฎหมายสารบัญญัติที่มักเป็นประเด็นหลักแห่งคดี กล่าวโดยเฉพาะ คือ กฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายการค้า มิใช่กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองหรือกฎหมายปกครองอื่น ๆ ศาลทรัพย์สินทางปัญญา จึงน่าจะเป็นศาลที่มีความเหมาะสมมากกว่าในการรับคดีดังกล่าวไว้พิจารณาพิพากษา ด้วยเหตุนี้ จึงเป็นการสมควรที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าฯ และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ เพื่อให้เกิดความชัดเจนของสิทธิของผู้จดทะเบียน หรือผู้อุทธรณ์ในการนำคดีลักษณะดังกล่าวขึ้นสู่การพิจารณาของศาล เพื่อรับรองเขตอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญา เหนือคดีลักษณะดังกล่าวโดยชัดแจ้ง ตลอดจนเพื่อแก้ไขปัญหบางประการที่มีอยู่ในปัจจุบันให้หมดสิ้นไป โดยอาจใช้แนวทางดังนี้

ประการแรก แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 18 ตลอดจนมาตราอื่น ๆ แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าฯ ที่บัญญัติให้คำสั่งหรือคำวินิจฉัยของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าเป็นที่สุด โดยให้ผู้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้ามีสิทธิอุทธรณ์คำวินิจฉัยของคณะกรรมการโดยการฟ้องคดีต่อศาลได้ เพื่อให้สอดคล้องกับแนวทางการตีความของศาลที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน โดยกำหนดระยะเวลาในการใช้สิทธิฟ้องคดีดังกล่าวไว้ให้ชัดเจนดังเช่นกรณีอื่นๆ ดังกล่าวมาแล้วข้างต้น

ประการที่สอง เพิ่มเติมบทนิยามของคำว่า “ศาล” ไว้ในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าฯ เพื่อให้ “ศาล” ตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว หมายความว่าโดยเฉพาะถึง “ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ” มิใช่ศาลปกครองหรือศาลอื่นใด

ประการที่สาม เพิ่มเติมบทบัญญัติว่าด้วยอำนาจฟ้องคดีของโจทก์ไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ เป็นการเฉพาะ โดยบัญญัติให้มีหลักการในทำนองเดียวกับบทบัญญัติมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ เพื่อที่โจทก์จะได้ไม่ต้องอาศัยมาตรา 55 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นฐานทางกฎหมายในการฟ้องคดีของตนอีกต่อไป

ประการที่สี่ แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญา ตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญา เสียใหม่ ให้ครอบคลุมถึงคดีอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งหรือคำวินิจฉัยของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าอันมีลักษณะเป็นคดีปกครอง โดยอาจอาศัยแนวทางการบัญญัติในลักษณะเดียวกับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวฯ หรือพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานฯ ซึ่งมีบทบัญญัติในเรื่องเดียวกันอยู่ และ

ประการที่ห้า เพิ่มเติมบทบัญญัติที่รองรับอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญา ในการทำคำพิพากษา หรือคำสั่งที่อาจกระทบกระเทือนถึงอำนาจของฝ่ายปกครองไว้อย่างชัดแจ้ง ดังเช่นที่มีอยู่ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญา ในการตรวจสอบควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งหรือคำวินิจฉัยใดๆ ของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าเป็นไปอย่างถูกต้องตามหลักการที่ควรจะเป็นโดยปราศจากข้อกังขาใด ๆ

บทแนะนำหนังสือ

หนังสือที่ศาสตราจารย์พิเศษจุลสิงห์ วสันตสิงห์ เป็นผู้แต่ง

สัญญาของรัฐ

ศิริรัช ศิริชุมแสง

Siratuch Sirichumsang

ในการดำเนินการภารกิจของรัฐ หน่วยงานของรัฐไม่ว่าจะเป็นส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน หรือหน่วยงานของรัฐที่เรียกชื่ออย่างอื่น อาจหรือมีความจำเป็นต้องให้เอกชนเข้ามาร่วมงาน ไม่ว่าจะเป็นในลักษณะที่หน่วยงานของรัฐว่าจ้างให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ ว่าจ้างให้เอกชนจัดสร้างสิ่งสาธารณูปโภค ในที่นี้ขอบเขตอาจจะคำนึงไปถึงการที่รัฐอนุญาตให้เอกชนแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติหรือได้รับสัมปทานด้วย

ในระบบเสรีนิยมเมื่อรัฐต้องการเกี่ยวข้องกับเอกชนในลักษณะเช่นว่าแล้ว ก็ย่อมจะต้องผูกพันกับเอกชนด้วย “สัญญา” ในลักษณะที่ต่างฝ่ายต่างเป็นคู่สัญญา สัญญาเช่นนี้เรียกว่า “สัญญาของรัฐ” หรือ “Government Contracts”

ในความเข้าใจทั่วไป คนนอกวงวิชาการนิติศาสตร์จะเข้าใจว่าพนักงานอัยการมีหน้าที่แต่การเป็นทนายแผ่นดิน ในคดีอาญา แต่ในอันที่จริงแล้ว บทบาทหน้าที่หนึ่งของพนักงานอัยการและองค์กรอัยการ คือการเป็น “มือกฎหมาย” ของรัฐ การที่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐจะเข้าผูกพันสัมพันธ์กับเอกชน โดยมีเรื่องประโยชน์ตอบแทนที่รัฐจะต้องจ่ายให้เอกชน หรือเอกชนจะชำระให้แก่รัฐ พนักงานอัยการ และองค์กรอัยการจึงมีหน้าที่ต้องพิทักษ์ผลประโยชน์ของรัฐ หรือบ้านเมืองไม่ให้เสียหายหรือเสียเปรียบ ผ่านกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับสัญญาของรัฐ “ตั้งแต่การเข้าร่วมคัดเลือก คู่สัญญาฝ่ายเอกชน การเจรจาสัญญา การยกร่างสัญญา การตรวจร่างสัญญา การตอบข้อหารือ การตีความสัญญา การระงับข้อพิพาทในชั้นอนุญาโตตุลาการ การดำเนินคดีว่าต่างแก่ต่างสัญญาของรัฐ ศาลแพ่ง การดำเนินคดีสัญญาทางปกครองในนามหน่วยงานของรัฐ” (จุลสิงห์ วสันตสิงห์, 2556)

ศาสตราจารย์พิเศษจุลสิงห์ วสันตสิงห์ อดีตอัยการสูงสุดผู้ล่วงลับเป็นนักกฎหมายผู้มีชื่อเสียงของวงการกฎหมายไทย รับราชการเป็นพนักงานอัยการตั้งแต่ตำแหน่งเริ่มต้น กระทั่งได้ก้าวขึ้นสู่ตำแหน่งอัยการสูงสุดคนที่ 10 จากการที่ท่านได้ทำงานเกี่ยวกับสัญญาของรัฐเป็นเวลาส่วนใหญ่ของชีวิตพนักงานอัยการ นอกจากการถ่ายทอดความรู้ แนะนำ และฝึกฝนปลูกปั้นพนักงานอัยการให้สำนักงานที่ปรึกษากฎหมาย หรือกองตรวจร่างสัญญาเดิมหลายคนให้มีความสามารถเป็นกำลังของทางราชการแล้ว ศาสตราจารย์พิเศษจุลสิงห์ วสันตสิงห์ ยังได้อุทิศเวลามาให้ความรู้แก่นิสิตคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย สำนักศึกษาเดิมของท่านเป็นการจัดการเรียนการสอนวิชา “สัญญาของรัฐ” ขึ้นเป็นครั้งแรกของประเทศไทย เมื่อพุทธศักราช 2536 ดังที่ท่านได้กล่าวไว้ว่า

“ข้าพเจ้าได้ปฏิบัติหน้าที่รับผิดชอบในการตรวจร่างสัญญาของรัฐและตอบข้อหารือ ประเด็นกฎหมาย และสัญญา ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2520 ในตำแหน่งอัยการประจำกองที่ปรึกษากฎหมาย กรมอัยการ (ในขณะนั้น) ประสบการณ์ ความรู้จากการทำงานได้รับการถ่ายทอดในรูปแบบวิชาการในสัญญาของรัฐเกิดขึ้นตั้งแต่ปี พ.ศ. 2536 ซึ่งข้าพเจ้าได้รับเชิญให้เป็นผู้บรรยายวิชาสัญญาของรัฐ (Government Contracts) ที่คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาเอกสารที่เกี่ยวข้องในการทำงานก็ได้นำมาใช้เป็นเอกสารประกอบการบรรยาย เพื่อสะท้อนให้เห็นวิธีปฏิบัติงานในการทำสัญญาของรัฐอย่างเป็นรูปธรรม เอกสารที่เกี่ยวข้องในชีวิตการรับราชการเป็นพนักงานอัยการจึงได้ถูกรวบรวมขึ้นให้เป็นเอกสารด้านวิชาการเพื่อประโยชน์ในการศึกษาเกี่ยวกับสัญญาของรัฐ”

หนังสือสัญญาของรัฐเล่มนี้ นับได้ว่าเป็นผลงานทางวิชาการชิ้นสำคัญชิ้นหนึ่งของศาสตราจารย์พิเศษ จุลสิงห์ วสันตสิงห์ นอกเหนือจากตำราและหนังสือคำอธิบายเกี่ยวกับวิชากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของท่าน ภายในหนังสือ แบ่งเนื้อหาออกเป็น 4 บท ได้แก่ บทที่ 1 สัญญาของรัฐ (Government Contracts) บทที่ 2 ประเภทสัญญาของรัฐ (Types of Government Contracts) บทที่ 3 โครงสร้างและเงื่อนไขของสัญญา (Structure and Some Conditions of Contract) และบทที่ 4 ปัญหาสำคัญตามกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนร่วมงานในกิจการของรัฐ การแบ่งบทในหนังสือนี้ แสดงให้เห็นว่าผู้เรียบเรียงมีความรู้ความเข้าใจประกอบกับมีความสามารถและประสบการณ์สอนเป็นอย่างดี เพราะลำดับเค้าโครงของหนังสือจะทำให้ผู้อ่านเริ่มเข้าใจหลักการและความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาของรัฐก่อนเป็นอันดับแรก จากนั้นผู้เรียบเรียงจึงอธิบายว่าสัญญาของรัฐมีกี่ประเภทและอะไรบ้าง จากนั้นจึงลงรายละเอียดเกี่ยวกับรูปแบบโครงสร้างและเงื่อนไขของสัญญาของรัฐในตอนท้าย ผู้เรียบเรียงยังได้ยกปัญหาตามกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานในกิจการของรัฐ ซึ่งเป็นทั้งตัวอย่างปัญหาทางกฎหมายที่อาจเกิดขึ้นได้ในงานเกี่ยวกับสัญญาของรัฐ และเป็นทั้งตัวอย่างปัญหาเกี่ยวกับเรื่องสัญญาของรัฐที่ผู้อ่านที่มุ่งจะเข้าใจและสามารถปฏิบัติงานเกี่ยวกับสัญญาของรัฐได้จริง จะละเว้นผ่านเลยไปไม่ได้ เมื่อจบหนังสือที่อ่านเข้าใจง่าย ขนาดกำลังพอเหมาะไม่ยาวจนเกินไป แต่ก็ไม่สั้นจนไม่พอเพียงต่อความเข้าใจเล่มนี้แล้ว ผู้อ่านย่อมเป็นผู้มีภูมิรู้เกี่ยวกับเรื่องตามชื่อหนังสือไม่น้อยทีเดียว

ศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล อดีตคณบดีคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ได้กล่าวสรรเสริญหนังสือนี้ไว้ว่า “มิใช่เป็นเพียงหนังสือที่อธิบายหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาของรัฐได้ครอบคลุมและเป็นระบบ มีมาตรฐานเทียบเท่าตำราชั้นนำของต่างประเทศ แต่ยังเป็นหนังสือที่อธิบายหลักกฎหมายเรื่องสัญญาของรัฐในบริบทของกฎหมายไทย และสังคมไทย อันกลั่นกรองออกมาจากประสบการณ์อันมีค่าของท่านอาจารย์เอง ซึ่งเป็นสิ่งที่หาไม่ได้จากตำราเล่มใด ๆ ในโลก”

ก่อนที่ศาสตราจารย์พิเศษจุลสิงห์ วสันตสิงห์ จะถึงแก่อนิจกรรมไม่นาน ท่านได้มีดำริจะปรับปรุงหนังสือสัญญาของรัฐตามตัวบทกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงไป แต่ยังมีได้ดำเนินการท่านก็จากวงการกฎหมายไป ความในข้อนี้เป็นสิ่งที่คณะอดีตผู้ได้บังคับบัญชาและศิษย์ของท่านจะได้ร่วมกันดำเนินการต่อไปให้สมกับเจตนารมณ์ของท่าน

หนังสือสัญญาของรัฐนี้เชื่อแน่ว่าไม่ว่าจะผ่านไปอีกนานเท่าใดก็จะเป็นแหล่งความรู้อันเป็นประโยชน์ของวงวิชาการกฎหมายไทย เช่นเดียวกับกิตติคุณของศาสตราจารย์พิเศษจุลสิงห์ วสันตสิงห์ ผู้เรียบเรียงที่จะคงอยู่ไปคู่เคียงกัน

บทแนะนำวิทยานิพนธ์
วิทยานิพนธ์ที่ศาสตราจารย์พิเศษจุลสิงห์ วสันตสิงห์
เป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

“เหตุเพิกถอนคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติ
อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 : ศึกษากรณีตามมาตรา 40 (2) (ข)”
ของ จุฬาวรรณ สุทธิรัตน์

ศศิพร สิงโตมาศ
Sasiporn Singtomas

เป็นที่ทราบกันดีในปัจจุบันว่า กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทในทางแพ่ง ที่ได้รับความนิยมเป็นอย่างมาก เนื่องจากเป็นข้อตกลงที่เกิดจากหลักความเป็นอิสระในการแสดงเจตนาของ คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ทั้งในขั้นการตกลงร่วมกันที่จะใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ การเลือก บุคคลที่คู่กรณีแต่ละฝ่ายยอมรับเชื่อถือมาเป็นอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนกระบวนการพิจารณาที่มีความยืดหยุ่น ซึ่งเปิดโอกาสให้คู่กรณีสามารถตกลงประนีประนอมข้อพิพาทกันได้ อย่างไรก็ตาม เมื่อกระบวนการดำเนินมาจนถึงขั้นที่ อนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดแล้ว ความศักดิ์สิทธิ์ของคำชี้ขาดก็ไม่ต่างจากคำพิพากษาของศาลเช่นเดียวกัน คู่กรณี ไม่อาจอ้างหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาตกลงกันเพื่อยกเลิกหรือเพิกถอนการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้ การจะกระทำเช่นนั้นไม่ได้แต่เฉพาะกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น

วิทยานิพนธ์เรื่อง “เหตุเพิกถอนคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 : ศึกษากรณีตามมาตรา 40 (2) (ข)” โดยนางสาวจุฬาวรรณ สุทธิรัตน์ ได้ศึกษาเหตุแห่งการเพิกถอนคำชี้ขาด อนุญาโตตุลาการกรณีปรากฏต่อศาลว่าการยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งเป็นเหตุแห่งการเพิกถอนคำชี้ขาดที่ศาลสามารถยกขึ้นวินิจฉัยเองได้ อย่างไรก็ตาม ปัญหาการตีความว่ากรณีใดบ้างที่ถือว่าการบังคับตามคำชี้ขาดจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี ของประชาชนยังมีความไม่ชัดเจนอยู่มาก ขึ้นอยู่กับ การตีความบนหลักพื้นฐานทางศีลธรรมและนโยบายต่าง ๆ ของแต่ละประเทศ ซึ่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้ทำการศึกษาวิเคราะห์อย่างละเอียดโดยพิจารณาประกอบกับหลักการ ว่าด้วยข้อพิพาทที่สามารถระงับได้โดยอนุญาโตตุลาการ (Arbitrability) ซึ่งเป็นไปตามกฎหมายของแต่ละรัฐ บนพื้นฐานว่าการยอมให้อนุญาโตตุลาการทำการชี้ขาดข้อพิพาทนั้นจะส่งผลต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมหรือไม่ หากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทใดฝ่าฝืนหลักการดังกล่าว คำชี้ขาดนั้นย่อมถูกศาลเพิกถอนผลบังคับ ในที่สุดตามหลักความสงบเรียบร้อยในเรื่อง Arbitrability นั้นเอง พร้อมทั้งได้รวบรวมแนวทางการตีความของ ศาลไทยให้เห็นว่าพฤติการณ์ใดที่ศาลถือว่าเป็นการทำให้การยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดนั้นเป็นการขัดต่อ

หลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งเป็นประโยชน์อย่างยิ่งแก่ผู้ที่สนใจหรือปฏิบัติงาน เกี่ยวข้องกับกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการ

นอกเหนือจากเนื้อหาสาระที่สามารถใช้เป็นคำอธิบายและทำความเข้าใจของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 40 วรรคสาม (2) (ข) ได้เป็นอย่างดีแล้ว สิ่งที่น่าสนใจอย่างยิ่งคือรายชื่อคณะกรรมการ สอบวิทยานิพนธ์ซึ่งแต่ละท่านล้วนเป็นบุคคลที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ อย่างดียิ่ง โดยเฉพาะประธานคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ศาสตราจารย์พิเศษจุลสิงห์ วสันตสิงห์ อดีตอัยการสูงสุด ผู้ล่วงลับ ท่านไม่เพียงแต่เคยทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนที่สำคัญ มาแล้วหลายเรื่อง แต่ยังเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการร่างและตรวจร่างสัญญาภาคีรัฐหลายฉบับ ซึ่งในระยะหลัง คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ถูกร้องขอให้เพิกถอนมักจะเกิดในคดีพิพาทตามสัญญาภาคีรัฐหรือสัญญาสัมปทาน ที่มีมูลค่าสูง หรือที่เป็นการจัดทำบริการสาธารณะ และในปี 2549 หลังจากทีวิทยานิพนธ์เล่มนี้เสร็จลงแล้ว ศาลปกครองสูงสุดในคดีหมายเลขแดงที่ อ.349/2549 (ระหว่าง สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี ผู้ร้อง กับบริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) ผู้คัดค้าน) ได้มีคำวินิจฉัยว่าคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการที่มีผลเป็น การแก้ไขเงื่อนไขในสัญญาให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐอันมีวัตถุประสงค์เป็นการจัดทำ บริการสาธารณะ ซึ่งการแก้ไขสัญญาดังกล่าวต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีตามกฎหมายว่าด้วย การให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐนั้น มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของ การจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นเรื่องที่อยู่ในขอบเขตอำนาจและความรับผิดชอบของรัฐ มิใช่อยู่ในอำนาจของ คณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นเพียงเอกชนที่ได้รับแต่งตั้งจากคู่สัญญาให้มาทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ตามสัญญาเข้าร่วมงานฯ คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในส่วนนี้จึงเป็นกรณีที่ปรากฏต่อศาลว่าการยอมรับ หรือการบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าวจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา 40 วรรคสาม (2) (ข) แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งถือเป็นอีกแนวทางหนึ่ง ที่ศาลได้ตีความเรื่องที่ว่า การบังคับตามคำชี้ขาดจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งหากพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าเป็นการขยายความตามหลักการเรื่อง Arbitrability ตามที่วิทยานิพนธ์เล่มนี้ ได้ศึกษาไว้นั่นเอง

คำแนะนำสำหรับผู้เขียน

การเตรียมต้นฉบับ

ในการเตรียมผลงานเพื่อขอรับการพิจารณาเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย ผู้เขียนจะต้องระบุรายละเอียดและดำเนินการตามรูปแบบ ดังต่อไปนี้

1. ข้อมูลที่ต้องระบุ

- 1) ชื่อผลงาน ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ที่กระชับ ครอบคลุม และสื่อถึงเนื้อหาสาระของผลงาน อย่างชัดเจน โดยให้พิมพ์ไว้ที่ตรงกลางของหน้าแรก
- 2) ชื่อ-สกุลของผู้เขียน ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
- 3) ตำแหน่งทางวิชาการของผู้เขียน (ถ้ามี) ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
- 4) อีเมลล์ของผู้เขียน โดยผู้เขียนอาจเลือกใช้อีเมลล์ส่วนตัวหรืออีเมลล์ของหน่วยงานต้นสังกัดได้
- 5) ชื่อและที่อยู่ของหน่วยงานหรือสถาบันที่ผู้เขียนสังกัด ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
- 6) บทคัดย่อ (Abstract) ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ โดยมีความยาวอย่างละไม่เกิน 300 คำ
- 7) คำสำคัญ (Keywords) ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ อย่างน้อย 3 คำ

2. รูปแบบผลงาน

- 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) พิมพ์เนื้อหาผลงานโดยใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK หรือ TH Sarabun New ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์
- 5) ใช้ระยะห่างระหว่างบรรทัด 1 เท่า (single space)

3. การอ้างอิง

- 1) การอ้างอิงให้ทำเป็นเชิงบรรณ ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK หรือ TH Sarabun New ขนาดตัวอักษร 12.5 พอยต์
- 2) ผู้เขียนต้องใช้รูปแบบการอ้างอิงตามแบบ ชิคาโก (Chicago Style Citation) ซึ่งตรงกับรูปแบบการอ้างอิงแบบเชิงบรรณของการเขียนวิทยานิพนธ์และสารนิพนธ์ของคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เช่น

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

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

3) ผู้เขียนสามารถศึกษาเพิ่มเติมได้ที่

1. (ภาษาไทย)

<https://www.grad.chula.ac.th/download/thesis.pdf?fbclid=IwAR1eEgrFdVr9Icl4SE3P7Nh5wwwHvHijgMKHzqupcULRQC33dewPdVjDpCuU>

2. (ภาษาอังกฤษ)

https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html

4. ผู้เขียนควรตรวจสอบความถูกต้องของการสะกดคำ ไวยากรณ์ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ และความสม่ำเสมอของการใช้คำที่ทับศัพท์มาจากภาษาอังกฤษทั้งผลงาน

5. เนื้อหาของผลงานรวมเชิงอรรถไม่ควรเกิน 30 หน้า ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของกองบรรณาธิการ

การส่งต้นฉบับผลงาน

1. วารสารกฎหมาย เปิดรับผลงานผ่านช่องทางออนไลน์เท่านั้น เพื่อให้เป็นไปตามเกณฑ์มาตรฐานของ ศูนย์ดัชนีอ้างอิงวารสารไทย โดยผู้เขียนสามารถส่งผลงานผ่านเว็บไซต์ของวารสารกฎหมายในระบบ Thai Journals Online (ThaiJO) ได้ที่

<https://www.tci-thaijo.org/index.php/lawchulajournal/about/submissions>

2. กระบวนการส่งผลงานผ่านช่องทางออนไลน์มีดังนี้

1) โปรดเข้าไปยังเว็บไซต์ของวารสาร ที่ <https://www.tci-thaijo.org/index.php/lawchulajournal/index> (สามารถอ่านได้ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ โดยกดปุ่มเปลี่ยนภาษาที่มุมบนขวาของ เว็บไซต์)

2) กรณีที่เป็นสมาชิก ThaiJO อยู่แล้ว สามารถเข้าสู่ระบบ (log in) ได้เลย แต่ถ้ายังไม่ได้เป็นสมาชิก จะต้องสมัครสมาชิกเสียก่อน จึงจะส่งบทความได้

3) ศึกษา “คำแนะนำสำหรับผู้เขียน” อย่างละเอียด เพื่อปรับแต่งและจัดรูปแบบผลงานให้ตรงตามที่ วารสารกำหนด

4) ส่งบทความมายังวารสาร

5) คำอธิบายเพิ่มเติมสามารถศึกษาได้ที่

<https://drive.google.com/file/d/1y217JvKwnwdevJdP2X1fjNT5OPxZ2aaZ/view>

กระบวนการพิจารณาผลงาน

การพิจารณาผลงานเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย จะดำเนินการตามขั้นตอนดังต่อไปนี้

1. เมื่อผู้เขียนส่งผลงานมายังกองบรรณาธิการเพื่อขอรับการพิจารณาผลงานตามช่องทางที่กำหนดแล้ว ผู้เขียนจะได้รับแจ้งว่าผลงานเข้าสู่ระบบแล้ว

2. กองบรรณาธิการจะดำเนินการพิจารณาผลงานของผู้เขียนในขั้นต้น และแจ้งผลการพิจารณาในขั้นต้นให้ผู้เขียนทราบโดยไม่ชักช้า
 - 1) หากกองบรรณาธิการมีความเห็นว่าควรรับผลงานของผู้เขียนไว้พิจารณา ผลงานจะได้รับการพิจารณาในขั้นตอนต่อไป
 - 2) หากกองบรรณาธิการมีความเห็นว่าไม่ควรรับผลงานของผู้เขียนไว้พิจารณา ผลงานจะไม่ได้รับการพิจารณาตีพิมพ์
3. เมื่อกองบรรณาธิการมีความเห็นว่าควรรับผลงานของผู้เขียนไว้พิจารณา กองบรรณาธิการดำเนินการดังต่อไปนี้
 - 1) บทความวิชาการและบทความวิจัยทุกชิ้นจะต้องผ่านการประเมินโดยผู้ทรงคุณวุฒิอย่างน้อย 2 ท่าน ที่กองบรรณาธิการพิจารณาคัดเลือกแล้วเห็นว่าเป็นผู้ทรงคุณวุฒิที่มีความเชี่ยวชาญตรงตามสาขาวิชาของเนื้อหาที่นำเสนอในบทความ และการประเมินดังกล่าวเป็นการประเมินลับทั้งสองทาง (Double-blinded peer review)
 - 2) ผลงานอื่นๆ กองบรรณาธิการจะเป็นผู้ร่วมกันพิจารณา
4. เมื่อผู้ทรงคุณวุฒิหรือกองบรรณาธิการประเมินผลงานของผู้เขียนแล้วเสร็จ ผู้ทรงคุณวุฒิหรือกองบรรณาธิการจะระบุความเห็นเกี่ยวกับคุณภาพของผลงาน อาทิ ข้อผิดพลาดทางวิชาการ การใช้ภาษา ความครอบคลุมของเนื้อหา คุณภาพทางวิชาการ ความชัดเจนในการนำเสนอ ความสำคัญในสาขาวิชา และแจ้งผลการประเมินโดยแบ่งเป็น 3 ระดับดังต่อไปนี้
 - 1) เห็นสมควรให้ตีพิมพ์โดยไม่มีการแก้ไข
 - 2) เห็นสมควรให้แก้ไข และเมื่อแก้ไขแล้ว ให้บรรณาธิการพิจารณาได้ทันทีหรือให้ส่งกลับมาที่ผู้ทรงคุณวุฒิเพื่อพิจารณาอีกครั้ง
 - 3) เห็นสมควรปฏิเสธการพิมพ์
5. กองบรรณาธิการจะแจ้งผลการประเมินโดยผู้ทรงคุณวุฒิหรือกองบรรณาธิการให้ทราบโดยไม่ชักช้าตามแต่กรณีดังนี้
 - 1) กรณีผลงานได้รับการประเมิน “เห็นสมควรให้ตีพิมพ์โดยไม่มีการแก้ไข” ผลงานจะได้รับการพิจารณาในขั้นตอนต่อไป
 - 2) กรณีผลงานได้รับการประเมิน “เห็นสมควรให้แก้ไข และเมื่อแก้ไขแล้ว ให้บรรณาธิการพิจารณาได้ทันทีหรือให้ส่งกลับมาที่ผู้ทรงคุณวุฒิเพื่อพิจารณาอีกครั้ง” เมื่อผู้เขียนได้แก้ไขตามคำแนะนำของผู้ทรงคุณวุฒิ และบรรณาธิการหรือผู้ทรงคุณวุฒิ (แล้วแต่กรณี) เห็นสมควรให้ตีพิมพ์ได้ ผลงานจะได้รับการพิจารณาในขั้นตอนต่อไป
 - 3) กรณีผลงานได้รับการประเมิน “เห็นสมควรปฏิเสธการพิมพ์” ผลงานจะไม่ได้รับการพิจารณาตีพิมพ์
6. หลังจากได้รับผลการประเมินจากผู้ทรงคุณวุฒิหรือบรรณาธิการครั้งที่สอง กองบรรณาธิการพิจารณาตีพิมพ์ผลงานของผู้เขียนอีกครั้ง โดยกองบรรณาธิการสงวนสิทธิในการตรวจ แก้ไข ขอข้อมูลเพิ่มเติมจากผู้เขียน และจัดรูปแบบผลงานก่อนการตีพิมพ์ เพื่อให้เป็นไปตามรูปแบบผลงานและรายละเอียดที่วารสารฯ กำหนด ทั้งนี้ กองบรรณาธิการอาจส่งผลงานคืนไปให้ผู้เขียนเพื่อแก้ไขปรับปรุงเพิ่มเติมได้แล้วแต่กรณี

7. กองบรรณาธิการจะตีพิมพ์ผลงานของผู้เขียนที่ได้รับผลการประเมินให้ตีพิมพ์ และได้จัดรูปแบบผลงานให้เป็นไปตามที่วารสารฯ กำหนดเรียบร้อยแล้วเท่านั้น โดยกองบรรณาธิการสงวนสิทธิ์ในการพิจารณาจัดลำดับผลงานเพื่อตีพิมพ์ในวารสารฯ ในโอกาสอันควรต่อไป

ข้อกำหนดอื่น

ในการส่งผลงานเพื่อขอรับการพิจารณาเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย ผู้เขียนตกลง รับรอง ยอมรับ และรับประกันว่า

1. ผลงานที่ส่งมาเป็นผลงานใหม่ ไม่เคยถูกตีพิมพ์หรือเผยแพร่ที่ใดมาก่อนไม่ว่าในรูปแบบใดก็ตาม หรือไม่อยู่ระหว่างการพิจารณาเพื่อขอรับการตีพิมพ์หรือเผยแพร่ในวารสารอื่นภายใน 90 วันนับจากวันที่กองบรรณาธิการได้รับต้นฉบับ
2. ผลงานที่ส่งมาเป็นผลงานของผู้เขียนแต่เพียงผู้เดียว หรือเป็นผลงานของผู้เขียนและผู้เขียนร่วมตามที่ระบุไว้จริง
3. ผลงานที่ส่งมาไม่ผ่านการคัดลอกโดยปราศจากการอ้างอิงอย่างเหมาะสมหรือละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ใด
4. กองบรรณาธิการสามารถแก้ไขเพิ่มเติม และ/หรือปรับเปลี่ยนรูปแบบของผลงานให้เป็นไปตามที่กองบรรณาธิการกำหนด และนำผลงานที่ตีพิมพ์ในวารสารกฎหมายมาแปลงเป็นไฟล์อิเล็กทรอนิกส์ (PDF) เพื่อเผยแพร่ในเว็บไซต์ของห้องสมุดระบบออนไลน์สำหรับการศึกษาค้นคว้าและอ้างอิงแก่คณาจารย์และนิสิต และเผยแพร่ผลงานต่อไปได้ในอนาคต
5. การพิจารณาผลงานที่จะได้รับการตีพิมพ์เป็นดุลพินิจของกองบรรณาธิการวารสารกฎหมาย และผลการประเมินจากกองบรรณาธิการถือเป็นที่สุด โดยที่กองบรรณาธิการจะไม่รับผิดชอบในเนื้อหาหรือความถูกต้องของผลงาน

Author's Guidelines

Preparing Manuscript

Manuscripts submitted for consideration to be published by Chulalongkorn Law Journal must comply with the following requirements:

1. Required 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 300 words each.
 - 7) Minimum of 3 keywords, both in Thai and in English.
2. Required Format:
 - 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.
 - 5) Use single spacing.
3. Citation Style:
 - 1) Use footnote format for citation, using TH SarabunPSK or TH Sarabun New fonts with font size at 12.5 points.
 - 2) Use Chicago Style Citation, which corresponds with the prescribed citation format style used for writing dissertations or thesis at Faculty of Law, Chulalongkorn University, for instance:

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

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

3) For more information, please visit:

1. (Thai)

<https://www.grad.chula.ac.th/download/thesis.pdf?fbclid=IwAR1eEgrFdVr9Icl4SE3P7Nh5wwHvHijgMKHzqupcULRQC33dewPdVjDpCuU>

2. (English)

https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html

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.

Submitting Manuscript

1. Chulalongkorn Law Journal only accepts manuscripts which are submitted through online channel, in accordance with the requirement prescribed by the Thai Citation Index (TCI). Authors can submit their manuscript through the website of the journal using the Thai Journals Online (ThaiJO) system at:
<https://www.tci-thaijo.org/index.php/lawchulajournal/about/submissions>
2. Online submission process
- 1) Visit the journal website at (readable in both Thai and English, but clicking change-language button at the top right of the website)
 - 2) Registration as members of the ThaiJO System is required before submission.
 - 3) Study the “Author’s Guidelines” carefully and perform preliminary formatting as prescribed by the journal.
 - 4) Submit the manuscript
 - 5) For more information, please visit:
<https://drive.google.com/file/d/1y217JvKwnwdevJdP2X1fjNT5OPxZ2aaZ/view>

Review Process

The Editorial Board of Chulalongkorn Law Journal will utilize the following procedure in receiving and reviewing the submitted manuscripts:

1. After the authors have submitted the manuscripts through the online channel, the authors will be informed of the acknowledgment of submission.

2. 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.
3. If the manuscript passes the initial screening, it will undergo reviewing process.
 - 1) Each academic and research articles shall be peer reviewed using the double-blinded process by at least two qualified individuals, whom the Editorial Board carefully select owing to their expertise corresponded with the substance presented in the articles.
 - 2) Other manuscripts shall be reviewed by the Editorial Board.
4. Having reviewed the manuscripts, the reviewers or the Editorial Board 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 reviewers for further review.
 - 3) Not accepted for publication.
5. 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 reviewers 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 reviewers (as the case may be) have so agreed.
 - 3) If the manuscripts are “not accepted for publication”, they will not be considered for publication.
6. After receiving the follow-up evaluation from the reviewers, 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.

7. 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 reviewers 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.

Other Requirements

When submitting the manuscripts to be considered for publication, the authors agree, accept, and warrant that:

1. The manuscript has not been previously published in any form, nor is it is under review for publication in any other journals within 90 days from the date when the Editorial Board has received this manuscript.
2. The manuscript is written exclusively by the author or along with the co-author(s) as submitted.
3. The manuscript is original, does not contain plagiarism, and does not infringe any copyright.
4. The Editorial Board reserves the right to perform additional revision and/or formatting into the prescribed style, to convert this manuscript into an electronic form (PDF) for publication in the website of Faculty of Law, Chulalongkorn University online library, and to publish this manuscript from the date hereof onwards.
5. Decision whether to publish the manuscript solely belongs to the Editorial Board, and such decision shall be final. The Editorial Board is not responsible for any contents nor accuracy in the manuscript.

จริยธรรมการตีพิมพ์

หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้เขียน

ผู้เขียนจะต้อง

1. รับรองว่าผลงานที่ส่งมาเป็นผลงานใหม่ และมีการอ้างอิงอย่างถูกต้อง
2. รับรองว่าผลงานที่ส่งมาไม่เคยถูกตีพิมพ์หรือเผยแพร่ที่ไหนมาก่อนไม่ว่าในรูปแบบใดก็ตาม หรือไม่อยู่ระหว่างการพิจารณาเพื่อขอรับการตีพิมพ์หรือเผยแพร่ในวารสารอื่นภายใน 90 วันนับจากวันที่กองบรรณาธิการได้รับต้นฉบับ
3. รับรองว่าผลงานที่ส่งมาเป็นผลงานของผู้เขียนแต่เพียงผู้เดียว หรือเป็นผลงานของผู้เขียนและผู้เขียนร่วมตามที่ระบุไว้จริง และการเรียงลำดับผู้เขียนร่วมควรเป็นการตัดสินใจร่วมกันระหว่างผู้เขียนร่วมและสะท้อนสัดส่วนการจัดทำผลงานอย่างแท้จริง
4. นำเสนอแต่ข้อเท็จจริง
5. ส่งผลงานตามรูปแบบที่กำหนด
6. รับรองว่าผลงานที่ส่งมาไม่มีส่วนหนึ่งที่สื่อกำลังเผยแพร่ในทางหมิ่นประมาทหรือละเมิดลิขสิทธิ์หรือทรัพย์สินทางปัญญาอื่นใดของบุคคลที่สาม
7. แสดงแหล่งสนับสนุนการจัดทำผลงานให้แล้วเสร็จ
8. แสดงความเป็นไปได้ในการขัดกันซึ่งผลประโยชน์ (conflicts of interest) (ถ้ามี)
9. แจ้งบรรณาธิการหรือสำนักพิมพ์หากพบข้อผิดพลาดในผลงานที่ได้รับการตีพิมพ์แล้ว

หน้าที่และความรับผิดชอบของบรรณาธิการ

บรรณาธิการจะต้อง

1. รับรองว่าผลงานที่ได้รับการพิจารณาให้ตีพิมพ์นั้นเป็นไปตามวัตถุประสงค์และขอบเขตของวารสารกฎหมาย
2. รับรองว่าผลงานที่ได้รับการพิจารณาให้ตีพิมพ์นั้นมีคุณภาพ และยินดีที่จะตีพิมพ์การแก้ไขหรือคำอธิบายเพิ่มเติมหากจำเป็น
3. รับรองว่าผลงานที่ได้รับการพิจารณาให้ตีพิมพ์นั้นไม่ละเมิดลิขสิทธิ์ และมีมาตรการจัดการการคัดลอก (plagiarism) อย่างเข้มงวด
4. ไม่ตีพิมพ์ผลงานที่เคยได้รับการตีพิมพ์ที่อื่นมาแล้ว
5. ดำเนินการในลักษณะที่เป็นธรรม เป็นกลาง ไม่ชักช้า ไม่เลือกปฏิบัติบนฐานของสถาบันที่สังกัด เพศ เชื้อชาติ รสนิยมทางเพศ ศาสนา ความเห็นทางการเมือง หรือเหตุอื่นใดในลักษณะคล้ายกัน
6. รับรองว่าจะไม่มีการขัดผลประโยชน์ (conflict of interest)
7. จัดให้มีคำแนะนำสำหรับผู้เขียนเกี่ยวกับการส่งผลงาน
8. แจ้งผู้เขียนเกี่ยวกับความคืบหน้าการพิจารณาอย่างต่อเนื่อง

9. รักษาความลับเกี่ยวกับตัวตนของผู้เขียนและผู้ประเมินในระหว่างขั้นตอนการพิจารณาประเมินแบบลับ (double-blinded peer review)
10. จัดให้มีคำแนะนำสำหรับผู้ประเมินเกี่ยวกับการประเมินผลงาน
11. ตัดสินใจตีพิมพ์ผลงานในวารสารกฎหมาย บนฐานของคุณภาพผลงานและความเหมาะสม โดยไม่มีเหตุแทรกแซงจากภายนอก
12. จัดให้มีคำอธิบายกระบวนการพิจารณาผลงาน และสามารถให้เหตุผลได้หากมีการดำเนินงานขั้นตอนใดที่ไม่ตรงตามคำอธิบาย

หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ประเมิน

ผู้ประเมินจะต้อง

1. มุ่งมั่นที่จะพัฒนาคุณภาพของผลงานด้วยความระมัดระวัง อดวิสัย และรวดเร็ว
2. หลีกเลี่ยงการใช้ภาษาที่ไม่เหมาะสม ไม่สุภาพ หรือไม่ให้เกียรติ ในการประเมินผลงาน
3. แสดงความเป็นไปได้ในการขัดกันซึ่งผลประโยชน์ (conflicts of interest) (ถ้ามี) และปฏิเสธไม่ประเมินผลงานนั้นๆ
4. ไม่เผยแพร่ข้อมูลใดๆ ในผลงานที่อยู่ในขั้นตอนการพิจารณาประเมิน
5. แจ้งบรรณาธิการหากสงสัยว่าผลงานที่ตนประเมินนั้นมีการคัดลอก (plagiarism)

Publication Ethics

Responsibilities of Authors

Authors must:

1. Certify that their submitted manuscript is original with proper citation to avoid plagiarism.
2. Certify that their submitted manuscript has not been previously published in any form, nor is it under review for publication in any other journals within 90 days from the date when the Editorial Board has received this manuscript.
3. Certify that their submitted manuscript is written exclusively by the author or along with the co-author(s) as submitted and the listing of authors should be jointly determined and accurately reflect who carried out the research and wrote the article.
4. Present only true fact.
5. Submit the manuscript in accordance with the prescribed format.
6. Ensure that the manuscript does not contain any libelous matter or infringe any copyright or other intellectual property rights or any other rights of any third party.
7. Declare the source of funding or support in the completion of the manuscript.
8. Declare any potential conflicts of interest, if any.
9. Inform the Editor-in-Chief or publisher of any significant error in their published manuscript.

Responsibilities of the Editor-in-Chief

The Editor-in-Chief must:

1. Ensure that the published manuscripts are in line with the aim and scope of Chulalongkorn Law Journal.
2. Ensure the quality of the published manuscripts with willingness to publish corrections and clarifications when required.
3. Ensure that no published manuscripts infringe copyrights and measures against plagiarism be taken seriously.
4. Not publish manuscripts that have already been published elsewhere.

5. Act in a fair, balanced manner when carrying out his/her duties, without discrimination based on institutional affiliation, gender, ethnicity, sexual orientation, religious, political beliefs and other comparable grounds.
6. Ensure no conflicts of interests, if any.
7. Provide guidelines for authors regarding the submission of manuscripts.
8. Keep authors informed of the consideration progress.
9. Maintain confidentiality regarding the identify of both authors and reviewers throughout the entire double-blinded consideration period.
10. Provide reviewers with revision guidelines.
11. Make decisions based on quality and suitability for Chulalongkorn Law Journal without any external interference.
12. Publish the description of peer review process and be able to justify any significant deviation from the described process.

Responsibilities of Reviewers

Reviewers must:

1. Undertake to improve the quality of the manuscript under review with care consideration, objectivity, and in a timely manner.
2. Avoid using improper, inappropriate or disrespectful language for providing review feedback.
3. Declare any potential conflicts of interest, if any, and refuse to review any manuscripts if there are grounds for conflicts of interest.
4. Respect the confidentiality of any information or material contained in the manuscript during the review process.
5. Inform the Editor-in-Chief of any suspected plagiarism.

**ใบสมัคร/ต่ออายุสมาชิกวารสารกฎหมาย
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย**

ชื่อ-สกุล (ส่วนตัว).....
(บริษัท/หน่วยงาน).....
ที่อยู่.....
.....

โทรศัพท์..... โทรสาร

มีความประสงค์จะสมัคร/ต่ออายุสมาชิกวารสารกฎหมายปีที่..... เป็นเวลา

☐ 1 ปี จำนวนชุด

☐ ปี จำนวนชุด

ทั้งนี้ ได้ชำระค่าสมาชิกโดย

☐ เงินสด

☐ ไปรษณีย์ธนาณัติ สั่งจ่าย “**ปณ. จุฬาลงกรณ์ฯ 10332**” ในนาม “**ผู้จัดการวารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย**”

จำนวนเงิน.....บาท (.....)

(กำหนดออกปีละ 2 ฉบับ อัตราค่าสมาชิก 500 บาท รวมค่าจัดส่งทางไปรษณีย์)

☐ โอนเข้าบัญชีธนาคารไทยพาณิชย์ ชื่อบัญชี คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เลขที่ 045-522901-3 (กรุณาส่งสำเนาใบโอนเงินพร้อมกับใบสมัครวารสารฯ เพื่อเป็นหลักฐานทางการเงินที่ โทรสาร 02-218-2080 หรือที่ journal@law.chula.ac.th)

ลงชื่อ.....

(.....)

...../...../.....

จำหน้มาถึง

ผู้จัดการวารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330 หรือที่ journal@law.chula.ac.th เว็บไซต์ของวารสาร ที่ <https://www.tci-thaijo.org/index.php/lawchulajournal/index>



หากท่านมีข้อสงสัยประการใด โปรดติดต่อสอบถามได้ที่
วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
โทร. 02-2182017 ต่อ 302 (คุณกัณนิกา รสรีน)
โทรสาร 02-2182080

