

CHULALONGKORN LAW JOURNAL

วารสารกฎหมาย

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีที่ 38 ฉบับที่ 2 (กันยายน 2563)

คณะที่ปรึกษา

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

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

บรรณาธิการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศิริกัญญา โฆวิไลกุล

อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รองบรรณาธิการ

อาจารย์ ดร.ปราโมทย์ เสริมศิลปธรรม

อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

กองบรรณาธิการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุรัชดา ธีศรี
ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ

อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
รองอธิการบดีมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ฝ่ายกฎหมายและบริหารศูนย์ลำปาง

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วริยา ล้าเลิศ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์
สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

ดร.เพ็ญวิภา ลอยกุลนันท์

ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นประจำกองผู้ช่วยผู้พิพากษาศาลฎีกา

ผู้จัดการ

อาจารย์ ดร.ภูมิศิริ ดำรงวุฒิ

อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

กองจัดการ

กัณนิกา รสรื่น
วรลักษณ์ ทองใบ

สุพิชา จินฉนวนโส

คณะทำงานนิสิตฝ่ายบริหารจัดการการตีพิมพ์

อดิศรา เนาวนนท์

บุญสิตา สังข์ศิลป์ชัย

กุลพีรา ต๊ะกะกุล

ธัญญิษา หนูห้อง

รินรดา สากิยลักษณ์

ณัฐธิดา ดวงวิโรจน์

แพรวลฎา พจนารถ

ธนนทิกานต์ ราชเดช

ธันยธรณ์ โรจน์มงามงคล

ธนวัฒน์ รุ่งเต่า

Chulalongkorn Law Journal
Volume 38 Issue 2 (September 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

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

Deputy Editor

Dr. Pramote SERMSILATHAM	Lecturer, Faculty of Law Chulalongkorn University
--------------------------	--

Editorial Board

Assistant Professor Dr. Surutchada REEKIE	Lecturer, Faculty of Law Chulalongkorn University
Professor Dr. Pairojana KAMPUSIRI	Vice-President Thammasat University Department of Law and Management Lampang Center
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

Dr. Poomsiri DUMRONGVUTE

Lecturer, Faculty of Law
Chulalongkorn University

Management Team

Gunniga ROSRUNE

Supicha CHINNAVASO
Vorralluk THONGBAI

Publishing Management Student Committee

Adisara NAOWANONDHA

Nuttida DOUNGWIROTE

Boonsita SANGSINCHAI

Praelada POCHJANART

Kunteera TEEKAKUN

Thanantikan RACHADECH

Thunpichaya NUHONG

Tanyatorn ROJMAHAMONGKOL

Rinreda SAKIYALAK

Thanawat RUNGTAO

วัตถุประสงค์

“วารสารกฎหมาย” เป็นวารสารทางวิชาการด้านนิติศาสตร์ จัดพิมพ์โดย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มีเป้าหมายและขอบเขตเพื่อเผยแพร่ความรู้ทางวิชาการด้านนิติศาสตร์หรือความรู้ที่เกี่ยวข้องกับนิติศาสตร์ที่มีเนื้อหาน่าสนใจ ทันสมัย ริเริ่มสร้างสรรค์ และมีข้อเสนอที่เป็นประโยชน์ต่อวงการวิชาการด้านนิติศาสตร์และต่อสังคม

กำหนดการพิมพ์

วารสารกฎหมาย มีกำหนดการตีพิมพ์ปีละ 2 ฉบับ ดังนี้

ฉบับที่ 1 เดือนมีนาคม

ฉบับที่ 2 เดือนกันยายน

ประเภทของผลงานทางวิชาการที่รับตีพิมพ์

วารสารกฎหมาย จะพิจารณารับตีพิมพ์ผลงานที่มีลักษณะดังต่อไปนี้

- 1) **บทความวิชาการ** หมายถึง บทความที่นำเสนอข้อมูลใหม่ ๆ ในสาขานิติศาสตร์ และแสดงการวิเคราะห์ หรือวิจารณ์ข้อมูลนั้นทั้งในเชิงทฤษฎี นิตินโยบาย หรือทางปฏิบัติ และให้ข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์ต่อวงการวิชาการสาขานิติศาสตร์และต่อสังคมในวงกว้าง ทั้งนี้ บทความวิชาการควรประกอบด้วย ความนำ เนื้อเรื่อง ซึ่งแบ่งเป็นประเด็นหลัก ประเด็นรอง ประเด็นย่อย และบทสรุป
- 2) **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)
- 3) **บทวิเคราะห์คำพิพากษา** หมายถึง งานเขียนวิเคราะห์คำพิพากษาของศาล
- 4) **บทแนะนำวิทยานิพนธ์** หมายถึง งานเขียนแนะนำวิทยานิพนธ์ทางนิติศาสตร์
- 5) **บทวิจารณ์หนังสือ** หมายถึง งานเขียนแนะนำหนังสือหรือตำราทางนิติศาสตร์

บทความหรือความคิดเห็นใด ๆ ที่ปรากฏใน “วารสารกฎหมาย” เป็นวรรณกรรมและความรับผิดชอบของผู้เขียน โดยเฉพาะ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย บรรณาธิการ และกองบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย หรือร่วมรับผิดชอบใด 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 จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยฉบับนี้ เป็นปีที่ 38 ฉบับที่ 2 (กันยายน 2563) วารสารฉบับนี้เป็นฉบับที่เกิดขึ้นในช่วงที่เกิดวิกฤตสถานการณ์การแพร่ระบาดของไวรัส COVID-19 ซึ่งส่งผลกระทบอย่างรุนแรงต่อสภาพเศรษฐกิจ สังคม การเมือง รวมไปถึงวิถีชีวิตของคนในสังคมทั้งหมด ดังนั้นปกวารสารฉบับนี้กองบรรณาธิการจึงได้ตั้งใจเลือกภาพที่สะท้อนให้เห็นถึงวิกฤตการณ์ดังกล่าว กองบรรณาธิการหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวิกฤตการณ์ครั้งนี้ที่อาจถือได้ว่าเป็นวิกฤตการณ์ครั้งใหญ่ที่สุดครั้งหนึ่งของมวลมนุษยชาติที่เกิดขึ้นจะจบลงโดยเร็วที่สุด กองบรรณาธิการขอเป็นกำลังใจให้กับทุกท่านที่ได้รับผลกระทบอันใหญ่หลวงนี้

ในส่วนเนื้อหาของวารสารกฎหมายฉบับนี้ยังคงประกอบไปด้วยผลงานจากหลากหลายสาขาวิชา ซึ่งประกอบด้วยทั้งบทความวิจัยและบทความทางวิชาการจำนวน 9 บทความ ได้แก่

บทความแรก เป็นบทความวิจัยเรื่อง “ความรับผิดชอบของศูนย์บริการโลหิตแห่งชาติ สภากาชาดไทย และโรงพยาบาล ตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ในกรณีผู้ป่วยติดเชื้อจากการให้เลือด: กรณีศึกษาของประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศสหราชอาณาจักร” เขียนโดย ศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล ร่วมกับ อาจารย์ฐิตินันท์ เต็งอันทวย ศาสตราจารย์และอาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มีเนื้อหาเกี่ยวกับการศึกษาถึงความรับผิดชอบต่อศูนย์บริการโลหิตแห่งชาติ สภากาชาดไทยและโรงพยาบาลในกรณีผู้ป่วยติดเชื้อจากการให้เลือด โดยได้มีการยกกรณีศึกษาที่เกิดขึ้นทั้งในประเทศสหรัฐอเมริกาและในประเทศสหราชอาณาจักรเพื่อทำการวิเคราะห์ร่วมด้วย

บทความที่สอง เป็นบทความวิจัยเรื่อง “Contempt of Court Offence in Thailand : Question about Guarantee of Rights and Liberties” และได้รับการแปลเป็นภาษาไทยโดยใช้ชื่อว่า “ความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลในประเทศไทย: คำถามเกี่ยวกับการคุ้มครองต่อสิทธิและเสรีภาพ” เขียนโดย รองศาสตราจารย์ ดร.เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล รองศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มีเนื้อหาเกี่ยวกับ การศึกษาถึงความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลของประเทศไทยที่ปรากฏอยู่ในกฎหมาย 3 ฉบับ ได้แก่ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ว่ามีความสอดคล้องกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองหรือไม่ อย่างไร

บทความที่สาม เป็นบทความวิชาการเรื่อง “รัฐที่เป็นต้นเหตุของการแพร่ระบาดใหญ่ของไวรัส COVID-19 มีความรับผิดชอบหรือไม่ตามกฎหมายระหว่างประเทศ” เขียนโดยอาจารย์ปภาวดี ธโนดมเดช อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มีเนื้อหาเกี่ยวกับการศึกษาถึงความเป็นไปได้และอุปสรรคต่อการดำเนินคดีต่อรัฐที่เป็นต้นเหตุของการแพร่ระบาดใหญ่ของไวรัส COVID-19 ตามกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อให้รับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น

บทความที่สี่ เป็นบทความวิชาการเรื่อง “ข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” เขียนโดยคุณกรณัฏฐ์ ประเสริฐศักดิ์ นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มีเนื้อหาเกี่ยวกับการศึกษาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย โดยผู้เขียนศึกษาหลักในรายละเอียดต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ทั้งความหมายและลักษณะของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ แนวคิดเบื้องหลังของเรื่อง ตลอดจนการใช้เหตุผลในทางนิติศาสตร์กับการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

บทความที่ห้า เป็นบทความวิชาการเรื่อง “A striking fair balance of IP protection and renewable energy investment : the case study of patents” และได้รับการแปลเป็นภาษาไทย โดยใช้ชื่อว่า “การสร้างดุลยภาพระหว่างการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาและการลงทุนในกิจการพลังงานทดแทน: กรณีศึกษาด้านสิทธิบัตร” เขียนโดยคุณชัยวัฒน์ ม่วงแก้ว อัยการประจำสำนักงานอัยการสูงสุด มีเนื้อหาเกี่ยวกับการศึกษาถึงผลกระทบของการใช้พลังงานแบบดั้งเดิมที่มีคาร์บอนเป็นส่วนประกอบหลัก และการใช้สิทธิบัตรเพื่อป้องกันผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและกระตุ้นการลงทุนด้านพลังงานโดยศึกษาทั้งในบริบทของกฎหมายสหภาพยุโรปและกฎหมายไทย

บทความที่หก เป็นบทความวิชาการเรื่อง “แอร์บีแอนด์บี: กฎหมายสำหรับการแบ่งปันห้องพักในประเทศไทย” ร่วมเขียนโดยรองศาสตราจารย์มาน กฤตพลวิมาน ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.จิตตสุภางค์ ตันติภรณ์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พงษ์สิทธิ์ อรุณรัตน์กุล และผู้ช่วยศาสตราจารย์ธนชพร กังสังข์ รองศาสตราจารย์ และผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช มีเนื้อหาเกี่ยวกับธุรกิจแอร์บีแอนด์บีซึ่งเป็นธุรกิจที่ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเพื่อกำกับดูแลธุรกิจนี้โดยตรงจึงส่งผลให้เกิดปัญหาและความไม่เหมาะสมต่างๆ ในการกำกับดูแลธุรกิจประเภทนี้

บทความที่เจ็ด เป็นบทความวิชาการเรื่อง “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสิทธิการเลือกเพศของบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวม” เขียนโดยผู้ช่วยศาสตราจารย์ผจญ คงเมือง ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ ร่วมกับ อาจารย์พงศ์ศักดิ์ เจ๊ะพงศ์ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยทักษิณ มีเนื้อหาเกี่ยวกับการชี้ให้เห็นถึงปัญหาความเหลื่อมล้ำในการเลือกเพศของบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวม เนื่องมาจากการขาดกฎหมายที่เป็นรูปธรรมในการกำหนดสิทธิและหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการในการเลือกเพศของบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวม

บทความที่แปด เป็นบทความวิชาการเรื่อง “โครงสร้างการอนุญาตให้บริการด้านการสื่อสารของประเทศไทย กรณีศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศสิงคโปร์” เขียนโดยคุณณัฏฐ์ กิจการกิจกร ผู้ช่วยเลขาธิการสำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) มีเนื้อหาเกี่ยวกับการศึกษาโครงสร้างรูปแบบการอนุญาตและพัฒนากฎหมายด้านเทคโนโลยีเพื่อให้บริการด้านการสื่อสารของประเทศไทย โดยผู้เขียนได้ทำการศึกษาแนวคิด โครงสร้าง และการวางรากฐานด้านกฎหมายการสื่อสารของประเทศไทย เพื่อนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบและค้นหาแนวทางในการพัฒนากฎหมายไทยต่อไป

บทความที่เก่า เป็นบทความวิชาการเรื่อง “สัญญาที่หน่วยงานของรัฐเข้าทำโดยตรงกับผู้สนับสนุนทางการเงินในโครงการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน” เขียนโดยคุณปราษฎา อภิบาลศรี นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยนิวยอร์ก มีเนื้อหาเกี่ยวกับการวิเคราะห์ถึงความไม่แน่นอนของข้อสัญญาว่าด้วยการให้สิทธิแก่สถาบันการเงินในการแก้ไขเยียวยาโครงการเมื่อเกิดเหตุผิดสัญญาร่วมลงทุนของเอกชนคู่สัญญาก่อนที่หน่วยงานของรัฐในฐานะหน่วยงานเจ้าของโครงการจะสามารถใช้สิทธิยกเลิกสัญญาร่วมลงทุนได้ ตลอดจนการวิเคราะห์ถึงกลไกการแก้ไขปัญหาดังกล่าวผ่านสัญญาที่หน่วยงานของรัฐเข้าทำโดยตรงกับผู้สนับสนุนทางการเงินพร้อมทั้งข้อจำกัดในทางปฏิบัติและทางกฎหมายของสัญญาดังกล่าว

นอกจากบทความที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว วารสารฉบับนี้ยังมีวิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5922/2562 เรื่องเกี่ยวกับการสอบปากคำผู้เสียหายที่มีความบกพร่องทางสติปัญญา โดย อาจารย์ณัฐพร รอดเจริญ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย บทแนะนำหนังสือ “Is international Law International?” โดย ดร.อาร์ม ตั้งนิรันดร อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และ บทแนะนำวิทยานิพนธ์เรื่อง “ขอบเขตของความผิดฐานเหยียดหยามศาสนา” โดยกองบรรณาธิการ

กองบรรณาธิการหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวารสารกฎหมายฉบับนี้จะเป็นประโยชน์ต่อผู้อ่านเช่นเดียวกับการได้เป็นส่วนหนึ่งในการพัฒนาองค์ความรู้ในทางกฎหมายต่อไปในอนาคต กองบรรณาธิการขอขอบคุณผู้อ่านทุกท่านที่ติดตามและสนับสนุนวารสารกฎหมายมาโดยตลอด หากผู้อ่านมีข้อเสนอแนะติชมประการใด กองบรรณาธิการยินดีอย่างยิ่งที่จะรับฟังและนำไปพัฒนาปรับปรุงวารสารฉบับต่อไป

บรรณาธิการ

วารสารกฎหมาย

ปีที่ 38 ฉบับที่ 2

(กันยายน 2563)

สารบัญ

• บทความวิจัย

1-20 ความรับผิดชอบของศูนย์บริการโลหิตแห่งชาติ สภากาชาดไทย และโรงพยาบาล
ตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัย
พ.ศ. 2551 ในกรณีที่ถูกฟ้องคดีจากการให้เลือด: กรณีศึกษาของประเทศ
สหรัฐอเมริกาและประเทศสหราชอาณาจักร
ศักดา ธนิตกุล, จิตินันท์ เต็งอ้วน

21-35 ความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลในประเทศไทย: คำถามเกี่ยวกับการคุ้มครองต่อสิทธิ
และเสรีภาพ
เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล

• บทความวิชาการ

37-50 รัฐที่เป็นต้นเหตุของการแพร่ระบาดใหญ่ของไวรัส COVID-19 มีความรับผิดชอบหรือไม่
ตามกฎหมายระหว่างประเทศ
ปภาวดี ธโนดมเดช

51-71 ข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง
กรณีกมล ประเสริฐศักดิ์

73-88 การสร้างดุลยภาพระหว่างการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาและการลงทุน
ในกิจการพลังงานทดแทน: กรณีศึกษาด้านสิทธิบัตร
ชัยวัฒน์ ม่วงแก้ว

89-112 แอร์บีแอนด์บี: กฎหมายสำหรับการแบ่งปันห้องพักในประเทศไทย
วิมาน กฤตพลวิมาน, จิตตสุภางค์ ดันติภิรมย์, พงษ์สิทธิ์ อรุณรัตน์กุล, ธนัชพร กังสังข์

113-132 ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสิทธิการเลือกเพศของบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวม
ผจญ คงเมือง, พงศ์ศักดิ์ เจ๊ะพงศ์

บทความและความคิดเห็นใดๆ ใน “วารสารกฎหมาย” ฉบับนี้ เป็นวรรณกรรมของผู้เขียนโดยเฉพาะ
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

วารสารกฎหมาย

ปีที่ 38 ฉบับที่ 2

(กันยายน 2563)

สารบัญ

- | | |
|---------|---|
| 133-159 | โครงการอนุญาตให้บริการด้านการสื่อสารของประเทศไทย กรณีศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศสิงคโปร์
มนิรัตน์ กำจรกิจการ |
| 161-175 | สัญญาที่หน่วยงานของรัฐเข้าทำโดยตรงกับผู้สนับสนุนทางการเงินในโครงการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน
ปราชนา อภิบาลศรี |
| 177-180 | บทแนะนำหนังสือ Is international Law International?
อาร์ม ตั้งนิรันดร |
| 181-209 | บทวิเคราะห์คำพิพากษา
คำพิพากษาฎีกาที่ 5922/2562 (การสอบปากคำผู้เสียหายที่มีความบกพร่องทางสติปัญญา)
ณัฐพร รอดเจริญ |
| 211-212 | บทแนะนำวิทยานิพนธ์ เรื่อง “ขอบเขตของความผิดฐานเหยียดหยามศาสนา”
กองบรรณาธิการ |
-

CHULALONGKORN LAW JOURNAL

Vol.38 No.2

(September 2020)

Contents

- 1-20 **Liability of the National Blood Service Center of the Thai Red Cross Society and hospitals under product liability law: lessons from the experience of the United States and the United Kingdom**
Sakda THANITCUL and Thitinant TENGAUMNUAY
- 21-35 **Contempt of Court Offence in Thailand: Question about Guarantee of Rights and Liberties**
Aua-aree ENGCHANIL
- 37-50 **Is the country of origin of COVID-19 pandemic held responsible under international law?**
Papawadee TANODOMDEJ
- 51-71 **Basic concept of analogy**
Kornkamon PRASERTSAK
- 73-88 **A striking fair balance of IP protection and renewable energy investment: the case study of patents**
Chaiwat MUANGKEAW
- 89-112 **Airbnb: Room sharing laws in Thailand**
Viman KRITPOLVIMAN, Chittasuphang TONTIPIROMYA, Pongsit AROONRATANAKUL and Thanadchapon KUNGSUNG
- 113-132 **Legal Issues on the Sex Selection Right of Intersex People**
Pajon KONGMUANG and Phongsak JEHPHONG
- 133-159 **A comparative case study: communication license structure of Thailand and Singapore**
Maneerat KAMJORNKITJAKRAN
-

*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.2

(September 2020)

Contents

- 161-175 **Lenders' Direct Agreement in Public-Private Partnership Projects**
Prachaya APIBANSRI
- 177-180 **Book Review Is international Law International?**
Arm TUNGNIRUN
- 181-209 **Case Comment**
Natthaporn RODCHAROEN
- 211-212 **Recommended Thesis : The Extent of Religious Insult Offense**
Editorial BOARD
-

ความรับผิดของศูนย์บริการโลหิตแห่งชาติ สภากาชาดไทย
และโรงพยาบาล ตามพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหาย
ที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ในกรณีที่ผู้ป่วยติดเชื้อ
จากการให้เลือด: กรณีศึกษาของประเทศสหรัฐอเมริกา
และประเทศสหราชอาณาจักร*

Liability of the National Blood Service Center of the Thai
Red Cross Society and hospitals under product liability law:
lessons from the experience of the United States
and the United Kingdom

ศักดา ธนิตกุล
Sakda Thanitcul
ฐิตินันท์ เต็งอ้วนวย
Thitinant Tengamnuay

อาจารย์ประจำ
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330
Full-time Professors
Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330
Corresponding author E-mail: tsakda@hotmail.com
(Received: May 4, 2020; Revised: August 5, 2020; Accepted: August 7, 2020)

บทคัดย่อ

ในประเทศไทย เชื่อว่าทุกปีจะมีผู้ป่วยที่ติดเชื้อเอชไอวีหรือเอดส์ และเกิดอาการอันไม่พึงประสงค์ (adverse reactions) ขึ้นภายหลังจากที่ได้รับการถ่ายเลือด เป็นได้ว่าศาลไทยจะตีความคำว่า “สินค้า” ให้หมายความรวมถึง เลือดและอนุพันธ์ของเลือด ซึ่งจัดจำหน่ายในราคาที่ไม่แสวงหากำไร โดยศูนย์บริการโลหิตแห่งชาติ สภากาชาดไทย ให้แก่โรงพยาบาลรัฐและเอกชน ดังนั้น สภากาชาดไทย ซึ่งมีฐานะเป็นนิติบุคคลภายใต้กฎหมาย

*ในการจัดทำบทความนี้ ผู้เขียนได้รับทุนสนับสนุนจากโครงการบูรณาการงานวิจัยสู่สาธารณะ ประภทพูนเมธีวิจัย จุฬาฯ กองทุนรัชดาภิเษก สมโภช จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และผู้เขียนขอขอบคุณนายวาทรี Matthew Lim Braslow เหล่าทหารแพทย์แห่งกองทัพเรือสหรัฐอเมริกา สำหรับข้อมูลทางวิทยาศาสตร์และการแพทย์อันทรงคุณค่า อย่างไรก็ตาม ความคิดเห็นที่นำเสนอในบทความนี้เป็นของผู้เขียนและไม่ใช่วาทกรรมการทหารเรือ สำนักแพทยศาสตร์และศัลยกรรม กระทรวงกลาโหมของสหรัฐอเมริกาหรือแผนกหรือหน่วยงานอื่นใดของรัฐบาลสหรัฐอเมริกา

แห่งราชอาณาจักรไทย อาจจำต้องมีความรับผิดโดยเคร่งครัดในฐานะผู้ประกอบการ ดังเช่นกรณีตามคำพิพากษาของศาลสหราชอาณาจักรในคดี *A and others v National Blood Authority and another* อย่างไรก็ดี คำพิพากษาในลักษณะดังกล่าวอาจส่งผลเป็นการทำลายระบบการจัดบริการเลือดและอนุพันธ์ของเลือดโดยศูนย์บริการโลหิตแห่งชาติ สภากาชาดไทย แต่เพียงผู้เดียว ซึ่งเป็นระบบที่ดีอยู่แล้วในปัจจุบัน ผู้เขียนจึงเสนอแนะว่า การดำเนินการเกี่ยวกับการสาธารณสุขของประเทศไทยควรได้รับการยกเว้นดังเช่นในประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ มีให้นำพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 มาบังคับใช้กับเลือดและอนุพันธ์ของเลือดที่จัดบริการโดยศูนย์บริการโลหิตแห่งชาติ

คำสำคัญ: ศูนย์บริการโลหิตแห่งชาติ, เลือดและอนุพันธ์ของเลือด, ข้อบกพร่องที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้, ความรับผิดโดยเคร่งครัด, ค่าสินไหมทดแทน

Abstract

In Thailand, it is believed that every year there are cases concerning patients contract HIV/AIDs, and experience adverse reactions after having blood transfusions. It is likely that Thai judges will interpret the word “product” to include blood and blood derivatives sold at non-profit pricing by the National Blood Service Center of the Thai Red Cross Society to state and private hospitals. Therefore, the Thai Red Cross Society, a juristic person under Thai law, could be held strictly liable as a manufacture of blood and blood derivatives in the same manner as decided by the U.K. court in *A and others v National Blood Authority and another*. In this event, the court’s decision may seriously disrupt the current well-functioning scheme concerning blood and blood derivatives provided almost exclusively by the National Blood Service Center of the Thai Red Cross Society. We suggest that the public health in Thailand would be well served for Thai courts to follow the experience of the United States by exempting only blood and blood derivatives provided by the National Blood Service Center from application of the Liability for Damage Arising from Unsafe Product Act B.E.2551.

Keywords: The National Blood Service Center, blood and blood derivative, unavoidable defect, strict liability, compensation

บทนำ

ธนาคารเลือดแห่งแรกภายใต้บังคับกระทรวงสาธารณสุขได้ถูกก่อตั้งขึ้นในปี พ.ศ. 2490 และเมื่อสมาคมกาชาดระหว่างประเทศ (International Red Cross Society) ได้มีมติในปี พ.ศ. 2492 ที่จะส่งเสริมให้สมาคมกาชาดของแต่ละประเทศสมาชิกจัดตั้งศูนย์บริการโลหิตหรือธนาคารเลือดแห่งชาติ ประเทศไทยจึงได้ก่อตั้งศูนย์บริการโลหิตแห่งชาติ สภากาชาดไทย ขึ้นในปี พ.ศ. 2510¹ ความสำเร็จที่ยิ่งใหญ่ประการหนึ่งของศูนย์บริการโลหิตแห่งชาตินี้ ได้แก่ การรณรงค์ให้ประชาชนชาวไทยส่วนใหญ่ ซึ่งเป็นชาวพุทธ ประกอบการกุศลโดยการช่วยชีวิตผู้อื่นผ่านการบริจาคเลือดให้แก่ศูนย์บริการโลหิตแห่งชาติ² ในปัจจุบัน ศูนย์บริการโลหิตแห่งชาติสามารถจัดหาเลือดและอนุพันธ์ของเลือดกว่าร้อยละ 90 หรือประมาณ 2 ถึง 3 ล้านยูนิตต่อปี ให้แก่โรงพยาบาลทั้งรัฐและเอกชนทั่วประเทศ³ ส่วนเลือดและอนุพันธ์ของเลือดจำนวนที่เหลือจะถูกผลิตโดยโรงพยาบาลรัฐส่วนใหญ่ที่มีโรงเรียนการแพทย์และได้รับบริจาคเลือดเพื่อนำมาใช้ในการศึกษาในโรงเรียนการแพทย์ของตน ทั้งนี้ แทบไม่พบการจำหน่ายเลือดให้แก่โรงพยาบาลเอกชน เนื่องจากโรงพยาบาลเอกชนสามารถซื้อเลือดและอนุพันธ์ของเลือดได้จากศูนย์บริการโลหิตแห่งชาติได้ในราคาที่ต่ำมาก (ต่ำกว่า 20 ดอลลาร์สหรัฐต่อยูนิตสำหรับเลือดและราคายิ่งต่ำกว่านั้นสำหรับอนุพันธ์ของเลือด) เนื่องจากประเทศไทยมีปริมาณเลือดและอนุพันธ์ของเลือดที่ได้รับบริจาคจากประชาชนให้แก่ศูนย์บริการโลหิตแห่งชาติอย่างเพียงพอ ประเทศไทยจึงไม่จำเป็นต้องนำเข้าเลือดและอนุพันธ์จากเลือดแต่อย่างใด⁴

แม้ว่าศูนย์บริการโลหิตแห่งชาติ สภากาชาดไทย จะเป็นสถาบันที่มีการคัดเลือกและตรวจเลือดผู้บริจาคตามมาตรฐานระดับประเทศและระดับสากล มีมาตรการคัดกรองผู้บริจาคโลหิตด้วยแบบสอบถามและซักประวัติ พฤติกรรมความเสี่ยง มีการตรวจทางห้องปฏิบัติการด้วยวิธีที่ล้ำหน้า ด้วยน้ำยาที่มีความไวสูงสุด ผ่านการตรวจคัดกรองการติดเชื้อต่าง ๆ รวมถึงการตรวจคัดกรองเชื้อเอชไอวี แต่อย่างไรก็ตาม การตรวจคัดกรองการติดเชื้อในเลือดยังมีข้อจำกัดกรณีผู้บริจาคเพิ่งได้รับเชื้อเข้ามาใหม่ ซึ่งในเลือดจะมีปริมาณเชื้อไม่มากพอที่จะตรวจพบได้ด้วยวิธีใด ๆ เช่น กรณีของชายวัย 24 ปี ซึ่งเป็นผู้ป่วยมะเร็งเม็ดเลือดขาวและได้เข้ารับการรักษาในโรงพยาบาลเอกชนที่มีชื่อเสียงในปี พ.ศ. 2547 และได้รับการให้เลือดที่โรงพยาบาลซื้อมาจากศูนย์บริการโลหิตแห่งชาติ สภากาชาดไทย เพื่อรักษามะเร็งเม็ดเลือดขาวเรื่อยมาจนกระทั่งวันที่ 8 พฤษภาคม พ.ศ. 2562 ได้มีรายงานว่ามีผู้ป่วยคนดังกล่าวติดเชื้อเอชไอวีจากการให้เลือด⁵ ซึ่งโรงพยาบาลก็ได้ให้การช่วยเหลือค่าดูแลรักษาเรื่องเอชไอวีและอาการข้างเคียงอื่น ๆ ตามหลักมนุษยธรรมตลอดมาหลังจากผู้ป่วยตรวจพบเชื้อเอชไอวี ประเด็นคำถามของบทความนี้คือผู้ป่วยรายนี้สามารถฟ้องโรงพยาบาลเอกชนที่รักษา และศูนย์บริการโลหิตแห่งชาติ สภากาชาดไทย

¹ วราวัลย์ หวังสะดวก, “กฎหมายความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัย: ศึกษาสินค้าเลือด,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557), หน้า 6.

² ศันสนีย์ จันทนียิง, **เลือดและธนาคารเลือดในประเทศไทย**, (2556), หน้า 7.

³ สร้อยสวางค์ พิฤศด, พ.ญ., ผู้อำนวยศูนย์บริการโลหิตแห่งชาติ สภากาชาดไทย ได้ให้สัมภาษณ์ไว้ว่า วราวัลย์ หวังสะดวก, **กฎหมายความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัย : ศึกษาสินค้าเลือด**, หน้า 178.

⁴ พิลล เชียวศิลป์, “Hemovigilance: Thailand: Annual Report 2001-2004 and 2005-2008,” **วารสารโลหิตวิทยาและเวชศาสตร์บริการโลหิต** 19, 3 (กรกฎาคม-กันยายน 2552): หน้า 204.

⁵ มติชนออนไลน์, **รพ.บำรุงราษฎร์ แจงคนป่วยติดเชื้อเอชไอวี เหตุใช้เลือดจากสภากาชาดไทย ลั่นจะรักษาอย่างดีที่สุด**, เข้าถึงเมื่อวันที่ 2 สิงหาคม 2563, เข้าถึงได้จาก https://www.matichon.co.th/news-monitor/news_1488337

ให้ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ได้หรือไม่

การศึกษาประสบการณ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับกรณีผู้ป่วยที่เข้ารับการรักษาในโรงพยาบาลเนื่องจากโรคอื่น ๆ แต่แพทย์จำเป็นต้องให้เลือดแก่คนป่วย ทำให้คนป่วยได้รับเชื้อโรคอื่น เช่น โรคตับอักเสบเชื้อเอชไอวี คนป่วยจะฟ้องโรงพยาบาลและแพทย์ผู้ทำการรักษาให้ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน ในประเทศสหราชอาณาจักร ผู้ป่วยที่เข้ารับการรักษาด้วยโรคอื่นแต่แพทย์จำเป็นต้องให้เลือด ทำให้ผู้ป่วยจำนวนมากติดเชื้อตับอักเสบซีจากการให้เลือด ซึ่งโรงพยาบาลซื้อมาจากศูนย์บริการโลหิตแห่งชาติของประเทศไทยให้ศูนย์บริการโลหิตแห่งชาติต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย ประสบการณ์ของสองประเทศนี้จึงเป็นประโยชน์ต่อการวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายว่า โรงพยาบาลเอกชนและศูนย์บริการโลหิตแห่งชาติ สภากาชาดไทย ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้กับผู้ป่วยรายนี้หรือไม่และอย่างไร

1. ประเทศสหรัฐอเมริกากับกรณีผู้ป่วยติดเชื้อจากการให้เลือด

ในเบื้องต้น ความเสียหายที่เกิดจากเลือดและผลิตภัณฑ์เกี่ยวกับเลือดควรตกอยู่ภายใต้หลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัด⁶ ตามที่ระบุไว้ใน Restatement of Torts §402 (A) ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบโดยเฉพาะของผู้ขายสินค้าสำหรับความเสียหายทางกายอันเกิดแก่ผู้ใช้หรือผู้บริโภค ดังต่อไปนี้⁷

(1) บุคคลผู้ขายสินค้าที่อยู่ในสภาพบกพร่องอันอาจก่อให้เกิดอันตรายโดยไม่สมควรแก่ผู้ใช้หรือผู้บริโภค หรือทรัพย์สินของบุคคลดังกล่าว ต้องรับผิดชอบความเสียหายทางกาย อันเกิดขึ้นแก่ผู้ใช้หรือผู้บริโภคในขั้นสุดท้ายหรือทรัพย์สินของบุคคลดังกล่าว หาก

(ก) ผู้ขายประกอบธุรกิจค้าขายสินค้านี้ดังกล่าว และ

(ข) สินค้าคาดว่าจะถึงและได้ถึงมือผู้บริโภคในสภาพที่ไม่ได้มีการเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมอย่างมีนัยสำคัญ

(2) บทบัญญัติใน (1) ให้นำมาใช้บังคับ แม้ว่า

(ก) ผู้ขายได้ใช้ความระมัดระวังเท่าที่เป็นไปได้ทั้งหมดในการเตรียมและจำหน่ายสินค้าของตน

(ข) ผู้ใช้หรือผู้บริโภคไม่ได้ซื้อสินค้าหรือไม่ได้เข้าทำสัญญาประการใดกับผู้ขาย⁸

⁶ หลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัด (Strict Liability) หมายถึง ความรับผิดชอบของผู้ขายสินค้าที่มีความชำรุดบกพร่อง (Defective Product) และก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ใช้หรือผู้บริโภค ว่าจะต้องรับผิดชอบแม้ว่าผู้ขายสินค้านั้นจะไม่ได้ประมาทเลินเล่อเลยก็ตาม (No-Fault Liability)

⁷ กฎหมายในกลุ่ม Restatements of the Law series ซึ่งตีพิมพ์โดย The American Law Institute in American jurisprudence ถือได้ว่าเป็นหลักกฎหมายโดยสรุปของทั้ง 50 มลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้พิพากษาท่านหนึ่งเคยกล่าวว่า Restatement เปรียบเสมือนสร้อยของพระเจ้าที่เปล่งมาจากภูเขาไซนายเพื่อประกาศบทบัญญัติกฎหมาย

⁸ บทบัญญัตินี้มีผลเป็นการกลับหลักกฎหมายจารีตประเพณี (old common law principles) ที่กำหนดให้คู่กรณีต้องรับผิดชอบตามสัญญา (ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา) จึงจะสามารถกล่าวอ้างว่ามีการละเมิดหลักประกัน (breach of warranty) ได้ โดยบทบัญญัติภาษาอังกฤษของ §402 (A) ได้กล่าวไว้ดังนี้

Special Liability of Seller of Product for Physical Harm to User or Consumer

(1). One who sells any product in a defective condition unreasonably dangerous to the user or consumer or to his property is subject to liability for physical harm thereby caused to the ultimate user or consumer, or to his property, if

(a). the seller is engaged in the business of selling such a product, and

(b). it is expected to and does reach the user of consumer without substantial change in the condition it is sold.

อย่างไรก็ตาม ปัญหาประการแรกที่ต้องพิจารณาคือ เลือดและอนุพันธ์ของเลือดถือเป็น “สินค้า (product)” ตาม Restatement of Torts, 3rd, §19, (a) หรือไม่ โดยบทบัญญัติดังกล่าวได้นิยามคำว่า “สินค้า” ไว้ว่าหมายถึงทรัพย์สินส่วนบุคคลที่จับต้องได้ ซึ่งได้ถูกจัดจำหน่ายในทางการค้าเพื่อการใช้หรือการบริโภค (“A product is tangible personal property distributed commercially for use or consumption.”)⁹ หากพิจารณาจากถ้อยคำข้างต้นแล้วจะเห็นได้ว่า เลือดและอนุพันธ์ของเลือดอาจจัดว่าเป็น “สินค้า” ตามคำนิยามดังกล่าวได้ แต่ด้วยผลของอนุมาตรา (c) ซึ่งยอมรับว่าเลือดและผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับเลือดมีสถานะเป็น “สินค้า” ได้ก็จริง แต่อนุมาตราดังกล่าวได้กำหนดเป็นข้อยกเว้นไว้ว่า เลือดมนุษย์ และเนื้อเยื่อมนุษย์ แม้จะถูกจำหน่ายทางการค้าก็ไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติใน Restatement นี้ ผลของบทบัญญัตินี้ดังกล่าวทำให้ผู้เกี่ยวข้องในกระบวนการถ่ายเลือดและอนุพันธ์ของเลือดไม่ตกอยู่ภายใต้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด¹⁰

ทั้งนี้ บทบัญญัติของ Restatement ดังกล่าว ไม่ได้เกิดขึ้นโดยไม่มีที่มาที่ไป ในปี พ.ศ. 2497 คดีที่เป็นจุดเริ่มต้นให้พิจารณาประเด็นความรับผิดสำหรับการถ่ายเลือดและอนุพันธ์ของเลือด ได้แก่ คดี *Perlmutter v Beth David Hospital* ซึ่งเป็นคดีสำคัญที่ทำให้เกิดบทบัญญัติยกเว้นความรับผิดข้างต้น (หรือที่เรียกว่า “blood shield” statutes) ข้อเท็จจริงในคดีนี้คือ โจทก์ได้เข้ารับการรักษาตัวที่โรงพยาบาลและได้รับการถ่ายเลือด โดยมีราคาเป็นจำนวนเงินกว่า 60 ดอลลาร์สหรัฐต่อถุง ซึ่งเป็นราคาที่สูงกว่าค่าบริการของโรงพยาบาลอื่น เลือดดังกล่าวถูกพบว่ามีการปนเปื้อนและทำให้โจทก์เกิดอาการดีซ่าน (Homologues serum jaundice) หรือตับอักเสบ (Homologues serum hepatitis) โจทก์อ้างว่า โรงพยาบาลได้กระทำผิดต่อหน้าที่เนื่องจากเลือดที่จำหน่ายให้แก่ตนนั้นไม่มีคุณสมบัติเหมาะสมตามวัตถุประสงค์ของการถ่ายเลือดและไม่สามารถนำมาจำหน่ายได้ อย่างไรก็ตาม ศาลในคดีดังกล่าวกลับไม่ได้ให้ความสำคัญกับข้อเท็จจริงที่พิสูจน์ได้ชัดเจนว่าเลือดที่โรงพยาบาลนำมาจำหน่ายให้แก่โจทก์ถูกปนเปื้อน

ประเด็นสำคัญที่ศาลพิจารณาอยู่ที่ว่าการถ่ายเลือดโดยคิดราคาค่าตอบแทนเช่นนี้ ถือว่าเป็นการ “ขาย” หรือไม่ ซึ่งศาลในคดี *Perlmutter* ได้ตัดสินว่าโรงพยาบาลมีฐานะเป็นผู้ให้บริการ เนื่องจากโรงพยาบาลจัดตั้งขึ้นเพื่อดูแลและรักษาผู้ป่วย โดยมีแพทย์และพยาบาลเป็นผู้ดำเนินการดูแลรักษา นอกจากนี้โรงพยาบาลยังจัดหาเครื่องมือเครื่องใช้และอุปกรณ์ที่ผู้ป่วยไม่สามารถจัดหาได้เอง สัญญาระหว่างโจทก์และโรงพยาบาลจึงมีลักษณะเป็นสัญญาเพื่อการบริการอย่างชัดเจนและเป็นสัญญาที่ไม่สามารถแบ่งแยกได้ หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการซื้อและการขายไม่สามารถนำมาพิจารณาแยกส่วน เพื่อใช้บังคับเฉพาะกับการจัดหาอุปกรณ์ในการรักษา เช่น ยา เวชภัณฑ์ หรือเลือดที่จัดหาให้โดยโรงพยาบาลได้ เนื่องจากการจัดหาดังกล่าวถือเป็นส่วนหนึ่งของการให้บริการ

(2). The rule stated in Subsection (1) applies although

(a). the seller has exercised all possible care in the preparation and sale of his product,

(b). the user or consumer has not bought the product from or entered into any contractual relation with the

seller.

⁹ Restatement of the Law, Third, Torts: Products Liability (1998).

¹⁰ อย่างไรก็ตาม จะเห็นได้ว่าบทบัญญัตินี้มีได้ยกเว้นความรับผิดในกรณีที่มีการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ ประเด็นสำคัญอยู่ตรงที่ว่า ภายใต้ Restatement นี้ โจทก์มีการพิสูจน์ที่จะต้องนำเสนอให้เห็นว่าความประมาทเลินเล่ออันเป็นความผิดนั้นเป็นการกระทำของจำเลย เนื่องจากไม่ใช่กรณีที่จำเลยมีความรับผิดโดยเคร่งครัด ซึ่งกฎหมายจะสันนิษฐานว่าจำเลยมีความผิด เว้นแต่จะพิสูจน์หักล้างได้ตามกฎหมาย

ทางการแพทย์ ดังนั้น การให้บริการถ่ายเลือดจึงไม่ถือเป็นการ “ขาย” แต่อย่างใด¹¹

ศาลได้ให้เหตุผลในคดีดังกล่าวไว้ดังต่อไปนี้¹²

“เป้าหมายหลักที่เห็นได้ชัดว่าจำต้องกระทำให้บรรลุผลสำเร็จในกรณีนี้ ได้แก่ การดูแลรักษาผู้ป่วย การที่โรงพยาบาลจัดหาเลือดให้ผู้ป่วยถือเป็นส่วนหนึ่งของการกิจสำคัญในการบรรลุวัตถุประสงค์ของการเตรียมพร้อมซึ่งบุคลากรทางการแพทย์และเครื่องมืออำนวยความสะดวกเฉพาะทางสำหรับดูแลฟื้นฟูสุขภาพของโรคที่การให้บริการของโรงพยาบาลดังกล่าวมิใช่แต่เพียงเป็นการตกลงซื้อขายเลือด ไอโอดีน หรือผ้าพันแผลให้แก่โจทก์เท่านั้น ... เห็นได้ชัดเจนว่าการบริการเลือดให้แก่ผู้ป่วยเป็นแต่เพียงส่วนหนึ่งที่เชื่อมโยงเข้ากับการให้บริการรักษาพยาบาลของโรงพยาบาล ... ข้อเท็จจริงที่ว่า การให้บริการรักษาพยาบาลกระทำโดยแพทย์ ในขณะที่การจัดหาเลือดกระทำโดยโรงพยาบาลนั้น ไม่ได้มีสาระสำคัญทางกฎหมายแต่อย่างใด เนื่องจากการพิจารณาธุรกรรมจำต้องพิจารณาโดยภาพรวม เพื่อจำแนกประเภทและลักษณะของธุรกรรมนั้น

การรักษาจำเป็นต้องมีการชั่งน้ำหนักความเสี่ยงและอันตรายที่อาจเกิดแก่ผู้ป่วยเสมอ เช่นนี้แล้ว หากมีความเสียหายใดเกิดขึ้นจากการรักษา トラบใดที่ความเสียหายนั้นไม่ได้เกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อองค์กรหรือหน่วยงานที่พยายามให้การรักษาหรือช่วยเหลือผู้ป่วยนั้น ไม่ควรต้องมีความรับผิดชอบในความเสียหายดังกล่าว”¹³

อย่างไรก็ตาม ในปี พ.ศ. 2513 ศาลแห่งมลรัฐอิลลินอยส์ได้มีคำพิพากษาในคดี *Cunningham v MacNeil Memorial Hospital* ซึ่งศาลปฏิเสธการให้เหตุผลของศาลในคดี *Perlmutter*¹⁴ ในคดีนี้ ศาลพิจารณาเห็นว่าเลือดที่ปนเปื้อนเชื้อไวรัสตับอักเสบบีถือเป็นสินค้า และปฏิเสธข้อกล่าวอ้างของจำเลยที่ว่าเลือดไม่ใช่ “สินค้า” ตาม Restatement โดยศาลได้อ้าง S402 (A) ของ Restatement (second) ตามข้อ (e) ซึ่งกล่าวไว้ว่า “โดยทั่วไปแล้ว หลักเกณฑ์ที่ระบุไว้ในบทบัญญัตินี้จะใช้บังคับแก่วัตถุใด ๆ ที่ได้ผ่านกระบวนการบางประการก่อนนำออกขาย เนื่องจากในปัจจุบัน สินค้าที่ส่งถึงมือผู้บริโภคแทบไม่มีชิ้นใดที่ไม่เคยผ่านกระบวนการเช่นนั้นมาก่อน อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์นี้อาจมีข้อยกเว้นได้...” (“Normally the rule stated in this Section will

¹¹ ศาลในคดี *Perlmutter* court ไม่ได้อาศัย Restatement ในการตัดสิน แต่ใช้หลักกฎหมายจารีตประเพณี (common law) โปรดดู *Babcock v Nudleman* 367 Ill. 626, 630 ซึ่งได้ตัดสินไว้ว่าผู้ประกอบการอาชีพตรวจวัดสายตา (optometrist) ไม่อาจถือได้ว่าประกอบธุรกิจขายแว่นสายตา เนื่องจากการขายสินค้าดังกล่าวเป็นแต่เพียงส่วนหนึ่งของการให้บริการเท่านั้น

¹² *Perlmutter v Beth David Hospital*, (1954) 300 N.Y. 100.

¹³ คำพิพากษาดังฉบับในภาษาอังกฤษได้กล่าวไว้ดังนี้ “[T]here is no doubt that the main object sought to be accomplished in this case was the care and treatment of the patient. The supplying of blood by the hospital was entirely subordinate to its paramount function of furnishing trained personnel and specialized facilities in an endeavor to restore plaintiff's health. It was not for blood—or iodine or bandages—for which plaintiff bargained ... The conclusion is evident that the furnishing of blood was only an incidental and very secondary adjunct to the services performed by the hospital ... the fact that the treatment might have come from a physician, while the blood came from the hospital, is of no consequence; it is the transaction, regarded in its entirety, which must determine its nature and character.

The art of healing frequently calls for a balancing of risks and dangers to a patient. Consequently, if injury results from the course followed, where no negligence or fault is present, liability should not be imposed upon the institution or agency actually seeking to save or otherwise assist the patient. (citations omitted).”

¹⁴ 47 Ill 2d 443, 266 N.E. 2d 897 (1970).

be applied to articles which already have undergone some processing before sale, since there is today little in the way of consumer products which will reach the consumer without such processing. The rule is not, however, so limited...” ในการนี้ ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า “ถึงแม้ว่าเลือดจะเป็นเนื้อเยื่อมนุษย์ที่มีชีวิตและไม่ใช่วัตถุที่ผลิตขึ้นมาเพื่อการค้าก็ตาม แต่ในบริบทนี้ เลือดถือได้ว่าเป็น ‘สินค้า’ เช่นเดียวกันกับวัตถุอื่นที่มีได้มีการแปรสภาพจากสภาพธรรมชาติดั้งเดิมของวัตถุนั้น แต่ได้ถูกจำหน่ายให้แก่มนุษย์เพื่อการบริโภค” (“While whole blood may well be viable, human tissue, and thus not a manufactured article of commerce, we believe that it must in this instance be considered a ‘product’ in much the same way as other articles wholly unchanged from their natural state which are distributed for human consumption.”)¹⁵ สิ่งที่ศาลในคดี *Cunningham* ไม่ได้กล่าวถึงคือ §402 (A) ข้อ (k)¹⁶ ซึ่งกล่าวเกี่ยวกับสินค้าบางประเภทที่มีความจำเป็นต่อชีวิตมนุษย์ ที่ไม่ว่าผู้ผลิตจะใช้ความระมัดระวังเพียงใดก็ไม่สามารถทำให้ปลอดภัยได้ กรณีเช่นนี้ผลประโยชน์ที่จะเกิดแก่สังคมจากการผลิตสินค้าประเภทนี้ออกจำหน่ายย่อมมีน้ำหนักมากกว่าความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากสินค้านั้น จึงไม่ควรนำเอาหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้

ประเด็นปัญหาสำคัญในคดี *Cunningham* คือ ในปัจจุบัน ยังไม่มีเครื่องมือทดสอบทางวิทยาศาสตร์ใดที่จะสามารถยืนยันได้แน่นอนว่าเลือดไม่มีการปนเปื้อน¹⁷ ศาลจึงควรพิจารณาเนื้อหาของข้อ (k) ที่กล่าวถึง “สินค้าที่ไม่ปลอดภัยอย่างไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ (Unavoidably unsafe products)” ว่าในปัจจุบันยังคงมีสินค้าบางประเภทที่วิทยาการในปัจจุบันยังไม่สามารถทำให้สินค้านั้นมีความปลอดภัยสำหรับการใช้งานตามวัตถุประสงค์และการใช้งานตามปกติวิสัยได้ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจนที่สุดคือกลุ่มสินค้าจำพวกยา อย่างไรก็ตาม ศาลกลับปฏิเสธข้อต่อสู้ดังกล่าว โดยศาลมีความเห็นว่า ไม่ว่าวิทยาการทางการแพทย์จะเป็นอย่างไร ในกรณีนี้ศาลก็ไม่เห็นด้วยกับข้อสรุปของฝ่ายจำเลย เนื่องจาก Restatement §402 (A)(2)(a) ระบุว่า หลักเกณฑ์ที่กำหนด

¹⁵ อ้างถึง *Community Blood Bank, Inc. v. Russell* (Fla.), 196 S. 2d 115, 11819- (Roberts, J., specially concurring); cf. *United States v. Steinschreiber* (S.D.N.Y.) 218 F. Supp. 426; *United States v. Calise* (S.D.N.Y.) 217 F. Supp. 705, 708.

¹⁶ บทบัญญัติเดิมในต้นฉบับภาษาอังกฤษ มีเนื้อหาดังนี้ “Unavoidably unsafe products. There are some products which, in the present state of human knowledge, are quite incapable of being made safe for their intended and ordinary use. These are especially common in the field of drugs. An outstanding example is the vaccine for the Pasteur treatment of rabies, which not uncommonly leads to very serious and damaging consequences when it is injected. Since the disease itself invariably leads to a dreadful death, both the marketing and use of the vaccine are fully justified, notwithstanding the unavoidable high degree of risk which they involve. Such a product, properly prepared, and accompanied by proper directions and warning, is not defective, nor is it unreasonably dangerous. The same is true of many other drugs, vaccines, and the like, many of which for this very reason cannot legally be sold except to physicians, or under the prescription of a physician. It is also true in particular of many new or experimental drugs as to which, because of lack of time and opportunity for sufficient medical experience, there can be no assurance of safety, or perhaps even of purity of ingredients, but such experience as there is justifies the marketing and use of the drug notwithstanding a medically recognizable risk. The seller of such products, again with the qualification that they are properly prepared and marketed, and proper warning is given, where the situation calls for it, is not to be held to strict liability for unfortunate consequences attending their use, merely because he has undertaken to supply the public with an apparently useful and desirable product, attended with a known but apparently reasonable risk.”

¹⁷ คำพิพากษาในคดี *Cunningham* ได้ถูกกลับหลักโดยบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกมาในภายหลัง กล่าวคือ 745 Illinois Compiled Statutes, 40, Blood and Organ Transaction Liability Act, 40/0.01.

ไว้ในอนุมาตรา (1) ให้นำมาใช้บังคับ แม้ว่าผู้ขายจะได้ใช้ความระมัดระวังทั้งหมดเท่าที่จะสามารถกระทำได้ ในการเตรียมและขายสินค้าแล้วก็ตาม ดังนั้น การอนุญาตให้จำเลยสามารถกล่าวอ้างว่า ไม่มีทางใด ไม่ว่า ทางทฤษฎีหรือทางปฏิบัติ ที่จำเลยจะสามารถทราบถึงการปนเปื้อนของสินค้า เพื่อมาใช้เป็นข้อต่อสู้ต่อความรับผิด โดยเคร่งครัด ย่อมจะเป็นการลดระดับการบังคับใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดลง จนอาจกลับสู่การใช้หลัก ความรับผิดโดยประมาทเลินเล่อได้¹⁸

ภายหลังจากคดี Perlmutter และคดี Cunningham มลรัฐต่าง ๆ ได้เร่งออกกฎหมายของมลรัฐเพื่อยกเว้น ความรับผิดเกี่ยวกับเลือด หรือที่เรียกว่า “blood shield statutes”¹⁹ ซึ่งเมื่อพิจารณากฎหมายต่าง ๆ ที่ออกมา เพื่อยกเว้นความรับผิดเช่นนี้แล้ว พบว่าเนื้อหาใจความสำคัญของบทบัญญัติเหล่านั้นล้วนคล้ายคลึงกัน แต่อาจ มีการใช้ภาษาที่แตกต่างกันออกไปบ้าง ในปี พ.ศ. 2498 มลรัฐแคลิฟอร์เนียได้ยื่นขอผ่านร่างกฎหมายเพื่อยกเว้น ความรับผิดเกี่ยวกับเลือด หรือ blood shield statutes ขึ้นเป็นครั้งแรกในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยมี เนื้อความว่า

“การจัดซื้อ การนำผ่านกระบวนการ การกระจายสินค้า หรือการใช้ซึ่งเลือด พลาสมา และอนุพันธ์ ของเลือด โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อฉีดเข้าหรือถ่ายเข้าสู่ร่างกายมนุษย์ ไม่ว่าจะเป็นการฉีดเข้าหรือถ่ายเข้าในรูปแบบใด ให้จัดว่าการให้บริการในลักษณะดังกล่าว ไม่ว่าโดยบุคคลใด หรือบริษัทใด และไม่ว่าจะเป็นการให้บริการโดยมี วัตถุประสงค์ประการใดก็ตาม จะไม่ถูกตีความว่าเป็นการขายซึ่งเลือด พลาสมา ผลิตภัณฑ์ของเลือด หรืออนุพันธ์ ของเลือด ไม่ว่าจะเพื่อวัตถุประสงค์ใดก็ตาม”²⁰

มลรัฐนิวยอร์ก ได้มีกฎหมายที่มีเนื้อความดังต่อไปนี้

“การเก็บรวบรวม การนำผ่านกระบวนการ การเก็บรักษา การกระจายสินค้า หรือ การใช้ซึ่งเลือด ส่วนประกอบของเลือด หรืออนุพันธ์ของเลือด โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการวินิจฉัยโรค การป้องกันโรค หรือการ รักษาโรค จัดเป็นการให้บริการสาธารณสุข และจะไม่ถูกตีความว่าเป็นการขาย เลือด ส่วนประกอบของเลือด หรืออนุพันธ์ของเลือด ไม่ว่าจะเพื่อวัตถุประสงค์ใดก็ตาม”²¹

มลรัฐอินเดียนา ก็มีกฎหมายลักษณะใกล้เคียงกัน โดยเนื้อความดังต่อไปนี้

“(1) การจัดซื้อ การนำผ่านกระบวนการการกระจายสินค้าหรือการใช้ซึ่งเลือดพลาสมา ผลิตภัณฑ์ของเลือด อนุพันธ์ของเลือด หรือเนื้อเยื่อมนุษย์อื่น ๆ เช่น กระดูกตา กระดูก หรืออวัยวะ ไม่ว่าจะด้วยธนาคาร สถานที่ จัดเก็บสินค้า หรือโรงพยาบาล ... จัดเป็นการให้บริการ ไม่ใช่เป็นการขายสินค้า ทั้งนี้ การให้บริการดังกล่าว ไม่ก่อให้เกิดคำรับรองโดยปริยาย (implied warranty) ว่าการให้บริการนั้นสามารถซื้อขายได้หรือเหมาะสมกับ

¹⁸ 47 Ill 2d 443, at 453.

¹⁹ ในประเทศสหรัฐอเมริกา คำพิพากษาเกี่ยวกับกฎหมายของมลรัฐ (state law) ในมลรัฐหนึ่ง ไม่มีผลผูกพันศาลในมลรัฐอื่น ไม่ว่าจะมีเหตุผลหนักแน่นน่าเชื่อถือเพียงใดก็ตาม มีเพียงคำพิพากษาของศาลฎีกา (US Supreme Court) เท่านั้น ที่จะมีผลบังคับใช้กับทั้ง 50 มลรัฐ และเฉพาะแต่ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายของรัฐบาลกลาง (federal law) เท่านั้น

²⁰ California, Health and Safety Code 1606 (1955).

²¹ New York Public Health Law 5580.4.

วัตถุประสงค์ใดเป็นการเฉพาะ อีกทั้งการให้บริการดังกล่าวยังไม่ก่อให้เกิดความรับผิดโดยเคร่งครัดตามหลักกฎหมายละเมิดแต่อย่างใด”²²

มลรัฐฮาวาย มีกฎหมายซึ่งยกเว้นความรับผิดให้แก่ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการถ่ายเลือด ดังนี้

“ข้อยกเว้นความรับผิดโดยเคร่งครัด ห้ามมิให้แพทย์ ศัลยแพทย์ โรงพยาบาล ธนาคารเลือด ธนาคารเนื้อเยื่อ หรือบุคคลหรือหน่วยงานอื่นใดที่บริจาค ได้รับ จัดเตรียม ปลุกถ่าย ฉีด ถ่าย หรือถ่ายโอนด้วยวิธีอื่นใด หรือช่วยเหลือหรือมีส่วนร่วมในการได้รับ จัดเตรียม ปลุกถ่าย ฉีด ถ่าย หรือถ่ายโอนด้วยวิธีอื่นใด ซึ่งเนื้อเยื่อ อวัยวะ เลือด หรือส่วนประกอบของเลือดจากบุคคลหนึ่งหรือหลายคน ไม่ว่ามีชีวิตหรือไม่ ไปยังอีกบุคคลหนึ่ง ต้องรับผิดสำหรับผลอันเกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าว อย่างไรก็ตามข้อยกเว้นดังกล่าวไม่ใช้บังคับแก่กรณีที่บุคคลหรือหน่วยงานนั้นยังคงต้องรับผิด หากกระทำโดยประมาทเลินเล่อหรือจงใจให้เกิดความเสียหาย”²³

นอกจากนี้ มลรัฐวอชิงตัน มีกฎหมายที่กำหนดว่า

“การจัดซื้อ การนำผ่านกระบวนการ การเก็บรักษา การกระจายสินค้า การบริหารจัดการสินค้า หรือการใช้ ซึ่งเลือด พลาสมา ผลิตภัณฑ์ของเลือด และอนุพันธ์ของเลือด โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อฉีดเข้าหรือถ่ายเข้า ซึ่งสิ่งเดียวกันเหล่านั้น หรือบางส่วน หรือเนื้อเยื่อ อวัยวะ หรือกระดูก โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการปลูกถ่ายทั้งหมด หรือบางส่วน เข้าสู่ร่างกายของมนุษย์ ให้จัดว่าเป็นการให้บริการ ไม่ว่าโดยบุคคลใด หรือบริษัทใด และทั้งนี้ การให้บริการดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดคำรับรองโดยปริยาย (implied warranty) ภายใต้ Uniform Commercial Code, Title 62A RCW และไม่ก่อให้เกิดความรับผิดทางแพ่งประการใดสำหรับผลของการให้บริการดังกล่าว เว้นแต่ในกรณีที่กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ อย่างไรก็ตาม บทบัญญัตินี้จะใช้บังคับเฉพาะกับความรับผิดในข้อกล่าวหาเกี่ยวกับการติดเชื้อดื้อยาเสพติด มาลาเรีย และโรคภูมิคุ้มกันบกพร่อง เท่านั้น และไม่ใช้บังคับกับธุรกรรมใด ๆ ที่ผู้ให้ (donor) ได้รับค่าสินไหมทดแทน นอกจากนี้ บทบัญญัตินี้จะใช้บังคับเฉพาะกรณีที่บุคคลหรือบริษัทที่ให้บริการดังกล่าว มีการเก็บบันทึกประวัติความเหมาะสมของผู้ให้และข้อมูลระบุตัวตนของผู้ให้ ทั้งนี้ บทบัญญัตินี้จะไม่ถูกนำมาพิจารณาประกอบการตัดสินใจของศาลหรือไม่ถูกนำมาปรับใช้กับการถ่ายเลือดที่เกิดขึ้นก่อนวันที่ 10 มิถุนายน พ.ศ. 2514 ในกรณีดังกล่าว ศาลจะพิจารณาดีเสมือนหนึ่งว่าบทบัญญัตินี้ยังไม่ถูกประกาศใช้”²⁴

ในคดี *Rogers v Miles Laboratories, Inc.* ศาลได้วางหลักการอันเป็นรากฐานของการบัญญัติกฎหมายยกเว้นความรับผิดเกี่ยวกับเลือดไว้โดยย่อว่า กฎหมายยกเว้นความรับผิดเกี่ยวกับเลือดของมลรัฐวอชิงตัน มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมการจัดเตรียมเลือดและผลิตภัณฑ์ของเลือดไว้ให้พร้อมใช้²⁵ ในการนี้ ผู้พิพากษาเทรย์นอร์ (Justice Traynor) ได้พิจารณาไว้ว่า

²² Ind. Code 16-41-12-11.

²³ Hawaii Revised Statutes (HRS) § 327-51 (1985).

²⁴ RCW 70.54.120 (1987).

²⁵ *Rogers v. Miles Laboratories*, 116 Wn.2d 195, 805 P.2d 1346 (1991), at 195.

“การนิยามคำว่า ‘ข้อบกพร่อง’ ว่าหมายถึงการผันแปรไปจากสภาพปกติทั่วไปนั้น ไม่สามารถนำมาใช้ได้ ในทุกกรณีเสมอไป เนื่องจากการนิยามคำเช่นนี้อาจทำให้ความหมายของคำว่าข้อบกพร่องมีความหมายกว้าง จนครอบคลุมหลายกรณีมากเกินไป ดังนั้น เพื่อป้องกันโอกาสที่จะเกิดปัญหาเช่นว่านี้ Restatement of Torts จึงมีให้นำเอาหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้บังคับกับสินค้าที่ไม่ปลอดภัยโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ (unavoidable unsafe products) โดยตัวอย่างที่ถูกกล่าวถึงมาอย่างสม่ำเสมอ คือ เลือด ... นอกจากนี้ บทบัญญัติให้ความคุ้มครอง สำหรับความรับผิดโดยเคร่งครัดไม่ได้ให้ความคุ้มครองกันอยู่เพียงแค่นาการเลือดเท่านั้น แต่ยังขยายไปถึงผู้ผลิตยา ทั้งหลายที่มีคุณสมบัติเป็นรูปแบบเดียวกัน ถ้าหากประโยชน์ของยานั้นมีมากกว่าอันตรายที่ทราบว่าจะเกิดขึ้น จากการใช้นั้น”²⁶

ศาลในคดี Rogers ได้ชี้แจงเหตุผลเบื้องหลังนโยบายสาธารณะไว้สามประการ สำหรับการนำบทบัญญัติ ข้อ (k) มาปรับใช้กับกรณีของเลือด เหตุผลประการแรก คือ ความจำเป็นที่รัฐจะต้องมั่นใจได้ว่า มีปริมาณ เลือดสำรองสำหรับให้บริการรักษาแก่ประชาชนอย่างเพียงพอ นั้น มีความสำคัญเป็นอย่างมากในระดับที่ไม่สามารถ เทียบได้กับสินค้าอื่นทั่วไป เหตุผลประการที่สอง ได้แก่ เนื่องจากในปัจจุบัน ยังคงไม่มีเทคโนโลยีใดที่จะสามารถ แสดงผลยืนยันได้เป็นที่แน่ชัดว่าเลือดที่ได้รับมานั้นไม่มีการปนเปื้อน เช่นนี้แล้ว การกำหนดให้มีความรับผิด โดยเคร่งครัดย่อมไม่สามารถสร้างแรงจูงใจในการที่จะป้องกันการติดเชื้อโดยไม่ตั้งใจใด ในเมื่อยังไม่เห็นทางใดที่จะ ชีววัดได้ว่าเลือดของผู้ให้เลือดปนเปื้อนเชื้อโรคใดหรือไม่ และเหตุผลประการที่สาม คือ แม้ว่าผู้ผลิตจะอยู่ในฐานะ ที่ดีที่สุดที่จะแบกรับภาระค่าใช้จ่ายสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้า ซึ่งในกรณีนี้ได้แก่ ค่าใช้จ่ายที่จะเกิดขึ้น เพื่อป้องกันการติดเชื้อจากการถ่ายเลือด แต่วิธีการกำหนดความรับผิดซึ่งสร้างภาระให้ผู้ผลิตในกรณีเช่นนี้ ไม่ได้ก่อให้เกิดประโยชน์แก่สังคมแต่อย่างใด เนื่องจากจะกลายเป็นว่าผู้ผลิตจะผลักภาระค่าใช้จ่ายที่อาจเกิดขึ้น จากความรับผิดโดยเคร่งครัดของตนให้แก่ผู้ป่วย โดยนำเอาค่าใช้จ่ายที่อาจจะเกิดขึ้นดังกล่าวมารวมคิดในค่าใช้จ่าย ที่เรียกเก็บจากผู้ป่วย ส่งผลให้ท้ายที่สุดแล้ว ผู้ป่วยที่รับการถ่ายเลือดต้องมาแบกรับภาระค่าใช้จ่ายทั้งหมดที่อาจ จะเกิดขึ้นจากการถ่ายเลือด²⁷

หลักคำพิพากษาจากคดีข้างต้นได้ถูกยืนยันรับรองอีกครั้งหนึ่งโดยศาลในคดี *Day v Morehouse General Hospital* โดยศาลในคดีนี้ได้ขยายขอบเขตการใช้บังคับกฎหมายยกเว้นความรับผิดเกี่ยวกับเลือดของ มลรัฐหลุยส์เซียน่า ข้อเท็จจริงในคดีปรากฏว่าทนายของโจทก์ได้สังเกตความตายเนื่องจากติดเชื้อไวรัสตับอักเสบบี จากการถ่ายเลือด ในปี พ.ศ. 2510 คำฟ้องเดิมของโจทก์เป็นการฟ้องให้โรงพยาบาลและแพทย์รับผิดชอบต่อการเสียชีวิต โดยมีขอบ คำฟ้องดังกล่าวได้ถูกศาลสั่งยกฟ้องไปในกระบวนการพิจารณาคดีอย่างรวบรัด (summary judgment) โดยศาลตัดสินว่าเลือดไม่ใช่สินค้าและเลือดเป็นสิ่งที่ไม่ปลอดภัยโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ (unavoidable unsafe products) นอกจากนี้ ยังไม่มีการทดสอบใดที่จะตรวจพบเชื้อไวรัสตับอักเสบบีได้ในขณะนั้น²⁸ ทั้งนี้ คู่ความ ทั้งสองฝ่ายต่างยอมรับในข้อเท็จจริงที่ว่ามลรัฐหลุยส์เซียน่าเพ่งตรากฎหมายยกเว้นความรับผิดเกี่ยวกับเลือด ออกบังคับใช้ภายหลังจากการที่มีการถ่ายเลือดในปี พ.ศ. 2510 โจทก์อุทธรณ์การตัดสินของศาลชั้นต้นโดยกล่าวว่า

²⁶ Traynor, The Ways and Meanings of Defective Products and Strict Liability, 32 Tenn. L. Rev. 363, 367-68 (1965).

²⁷ Rogers at 204. Citing *Howell v. Spokane and Inland Empire Blood Bank*, 114 Wn2d 42, 52, 785 P.2d 815 (1990) at 5354-.

²⁸ *Day v. Morehouse General Hosp.*, 2004-0504 (LA. 4/8/04), 865 So. 2d 924.

มีการนำเอาข้อ (k) ถูกมาปรับใช้อย่างไม่เหมาะสม และยังต่อสู้อีกด้วยว่ากฎหมายยกเว้นความรับผิดเกี่ยวกับเลือดของมลรัฐหลุยส์เซียน่าไม่อาจมีผลย้อนหลังได้ แม้ว่าการร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวจะมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองโรงพยาบาลและแพทย์ก็ตาม²⁹ ศาลอุทธรณ์พิพากษายืนว่าศาลชั้นต้นได้นำเอาข้อ (k) ของ Restatement มาปรับใช้อย่างถูกต้องแล้ว และที่สำคัญกว่านั้น คำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ยังชี้ชัดลงด้วยว่า กฎหมายยกเว้นความรับผิดเกี่ยวกับเลือดสามารถใช้บังคับย้อนหลังได้³⁰

ทั้งนี้ กฎหมายยกเว้นความรับผิดเกี่ยวกับเลือดนั้น ไม่ได้มีขึ้นเพื่อปรับใช้เฉพาะกับกรณีปัญหาทางการแพทย์ที่รับรู้กันโดยทั่วไปเกี่ยวกับเรื่องการติดเชื้อเอชไอวี ตับอักเสบ และซิฟิลิส เท่านั้น เนื่องจากขอบเขตของกฎหมายยกเว้นความรับผิดเกี่ยวกับเลือดนี้ ได้ยกเว้นมิให้นำเอาหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับกรณีการถ่ายเลือด จึงย่อมจะมีขอบเขตครอบคลุมไปถึงอาการอันไม่พึงประสงค์ประการอื่นที่เป็นผลเกี่ยวเนื่องมาจากการถ่ายเลือดด้วยเช่นกัน ถึงแม้จะเป็นที่ชัดเจนว่ากฎหมายยกเว้นความรับผิดเกี่ยวกับเลือดจะถูกนำมาปรับใช้กับกรณีการติดเชื้อเอชไอวี ตับอักเสบ และซิฟิลิสจากการถ่ายเลือด เป็นหลักก็ตาม อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี ผู้เขียนขอกล่าวถึงกรณีอาการอันไม่พึงประสงค์ประการอื่นที่ร้ายแรงไว้โดยสังเขป ณ ที่นี้ด้วยเช่นกัน³¹

1. อาการเม็ดเลือดแดงแตกเฉียบพลัน (Acute Hemolytic Reaction) ผู้ป่วยจะมีอาการหนาวสั่นหรือมีไข้ อาจมีอาการปวดหลัง เนื่องจากกรู๊ปเลือดของเม็ดเลือดแดงของผู้ให้เลือดและผู้รับเลือดไม่รับกัน ในกรณีเช่นนี้ ความรับผิดอาจตกอยู่กับโรงพยาบาลในกรณีที่มีการอ่านผลเลือดของผู้รับเลือดหรือผู้ให้เลือดผิดหรือเป็นความผิดพลาดของผู้ให้บริการเลือด การรักษาสำหรับกรณีเช่นนี้ ได้แก่ การให้ยาลดความดันและให้เลือด (blood pressure and volume support) และการให้ยาขับปัสสาวะในกรณีที่จำเป็น ในประเทศสหรัฐอเมริกา อัตราการเกิดเหตุการณ์เช่นนี้ อยู่ที่ 1 : 76,000 โดยในอัตรานี้มีสัดส่วนของกรณีที่ร้ายแรงถึงชีวิตอยู่ที่ 1 : 1,800,000

2. ภาวะแทรกซ้อนหลังได้รับเลือด (Febrile Nonhemolytic Reaction) ผู้ป่วยจะมีอาการหนาวสั่นหรือมีไข้ โดยมีสาเหตุจากไซโตไคน์ (cytokines) ของผู้รับเลือด³² ภาวะเช่นนี้สามารถป้องกันได้โดยการนำเอาเซลล์เม็ดเลือดขาวที่ไม่บริสุทธิ์ออกจากส่วนต่าง ๆ ของเลือด (leukoreduction) หรือการให้ยาลดไข้ (antipyretics) ก่อนมีการถ่ายเลือด แต่วิธีการดังกล่าวค่อนข้างมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้ เมื่อเกิดอาการภาวะแทรกซ้อนดังกล่าวขึ้นแล้ว การรักษาสามารถให้ยาลดไข้หรือยาเมเพอริดีน (meperidine) สำหรับอาการหนาวสั่น อย่างไรก็ตาม ภาวะแทรกซ้อนหลังได้รับเลือดนี้มีอัตราการเกิดขึ้นต่ำกว่าร้อยละ 1

3. การปนเปื้อนเชื้อแบคทีเรีย (bacterial contamination) ผู้ป่วยจะมีอาการไข้ขึ้นสูงอย่างรวดเร็วและมีอาการช็อก สาเหตุเกิดมาจากเชื้อแบคทีเรียที่ปะปนมาจากเลือดของผู้ให้เลือดหรือจากสถานที่เก็บเลือด วิธีการป้องกันได้แก่การดูแลความสะอาดและใส่ใจในกระบวนการเก็บเลือด ส่วนการรักษาอาการดังกล่าว ได้แก่ การให้ยาปฏิชีวนะและยาลดความดัน ทั้งนี้ อัตราการเกิดการปนเปื้อนเชื้อแบคทีเรียเช่นนี้อยู่ที่ 1 : 3,000

²⁹ ทั้งนี้ รายละเอียดที่แน่นอนเกี่ยวกับคดีนี้ถูกนำเสนอขึ้นสู่การพิจารณาของศาลในปี พ.ศ. 2547 ได้อย่างไร ทั้งที่การกระทำผิดและการพิจารณาเบื้องต้นได้เกิดขึ้นในปี พ.ศ. 2510 ไม่ได้ถูกอธิบายไว้ในคำพิพากษา แต่โดยทั่วไปแล้ว การอุทธรณ์คำพิพากษาจะกระทำได้ภายในขอบระยะเวลาที่จำกัด

³⁰ กรณีนี้ ผู้เขียนเห็นว่ามิใช่เป็นเรื่องตุลาการภิวัตน์ (judicial activism) แต่เป็นกรณีที่ศาลเลือกปรับใช้กฎหมายโดยอ้างอิงบทบัญญัติของกฎหมายที่สมควรแก่กรณี

³¹ ข้อมูลโดยสรุปนี้เป็นส่วนหนึ่งของ BBGuy.org Reaction Summary (2012) โดย Joe Chaffin, MD.

³² ไซโตไคน์ (Cytokines) เป็นสารโปรตีนที่ทำหน้าที่เป็นตัวสื่อสารระหว่างเซลล์ และควบคุมปฏิกิริยาตอบสนองต่อสิ่งกระตุ้นอันก่อให้เกิดการอักเสบขึ้น

4. อาการบาดเจ็บทางปอดอย่างเฉียบพลัน อันเนื่องมาจากการถ่ายเลือด (Transfusion Related Acute Lung Injury) ผู้ป่วยจะมีอาการบาดเจ็บทางปอดอย่างเฉียบพลันภายใน 6 ชั่วโมงนับจากการถ่ายเลือด โดยมีผลเอ็กซเรย์ปอด bilateral CXR³³ infiltrates และเกิดภาวะขาดออกซิเจน (hypoxia) สาเหตุเกิดมาจากการถ่ายแอนติบอดี anti-HLA และ/หรือ anti-HNA เข้าสู่ร่างกาย³⁴ โดยหลักแล้วเลือดจากผู้ให้เลือดจะต้องถูกทดสอบค่าแอนติบอดี HLA และ HNA ก่อน ซึ่งหากพบแอนติบอดีดังกล่าว จะต้องไม่นำเลือดนั้นมาใช้ ทั้งนี้ อัตราการเกิดเหตุการณ์เช่นนี้อยู่ที่ตั้งแต่ 1 : 1,300 ถึง 1 : 190,000 โดยร้อยละ 20 ของสัดส่วนดังกล่าวเป็นกรณีที่มีความร้ายแรง

5. ปฏิกิริยาแพ้อย่างร้ายแรง (severe allergic reaction) ผู้ป่วยมักจะมีอาการความดันต่ำ³⁵ เนื่องมาจากความบกพร่อง IgA deficiency with anti-IgA antibodies หรือความบกพร่อง haptoglobin deficiency หรือแม้แต่เนื่องมาจากการแพ้ยาง (latex allergy) การรักษาอาการเช่นว่านี้ทำได้โดยการให้ยาอีพิเนฟริน (epinephrine) หรืออาจป้องกันได้ด้วยการใช้เม็ดเลือดแดงหรือเกล็ดเลือดที่ล้างแล้ว หรือใช้เลือดจากผู้ให้เลือดที่มีความบกพร่อง IgA deficiency โดยอัตราการเกิดเหตุการณ์เช่นนี้อยู่ที่ตั้งแต่ 1 : 20,000 ถึง 1 : 50,000

ข้อมูลที่กล่าวมาข้างต้นมิใช่ผลอันไม่พึงประสงค์จากการถ่ายเลือดที่พบได้ยากหรือพบได้จำกัดแต่อย่างใด เมื่อพิจารณาข้อมูลดังกล่าวแล้ว มีข้อสังเกตที่น่าสนใจหลายประการดังต่อไปนี้ ประการแรก หากอ้างอิงจากอัตราการเกิดเหตุการณ์เพียงอย่างเดียว คงไม่สามารถกล่าวได้ว่าอาการอันไม่พึงประสงค์เหล่านี้เกิดขึ้นบ่อยนัก โดยอาการที่พบได้บ่อยที่สุดคือ ภาวะแทรกซ้อนหลังได้รับเลือด (Febrile Nonhemolytic Reaction) ซึ่งพบได้น้อยกว่าหนึ่งในร้อยของการถ่ายเลือด ทั้งยังสามารถรักษาได้โดยง่ายด้วยวิธีการให้ยาลดไข้ และไม่ได้เป็นอาการที่ร้ายแรงถึงชีวิต หากพิจารณาจากปัจจัยความเสี่ยงโดยทั่วไปแล้ว จะเห็นได้ว่าความเสี่ยงของอาการอันไม่พึงประสงค์จากการถ่ายเลือดนั้นมีอัตราที่ต่ำมาก นอกจากนี้ โดยลักษณะของวิธีการรักษาแล้ว ก็มีใช้เป็นการรักษาที่มีความเสี่ยงสูงแต่อย่างใด (non-heroic) กรณีที่อันตรายที่สุด ได้แก่ อาการบาดเจ็บทางปอดอย่างเฉียบพลัน อันเกี่ยวเนื่องมาจากการถ่ายเลือด (Transfusion Related Acute Lung Injury) ซึ่งจำเป็นต้องได้รับการรักษาดูแลอย่างมาก แต่ก็มีอัตราการเกิดเหตุการณ์เช่นนี้เพียงตั้งแต่ 1 : 1,300 ถึง 1 : 190,000 โดยร้อยละ 20 ของสัดส่วนดังกล่าวเป็นกรณีที่มีความร้ายแรงถึงชีวิต³⁶

อนึ่ง ก่อนจะมีการวิเคราะห์แง่มุมทางกฎหมาย ควรต้องมีการพิจารณาให้แน่ชัดถึงปัญหาที่เกิดขึ้นเสียก่อน โดยทั่วไปแล้ว ไม่ว่าจะเป็นนักกฎหมายจากระบบคอมมอนลอว์ หรือระบบซีวิลลอว์ ต่างก็มักจะมีความเห็นในเบื้องต้นว่าการเกิดอาการอันไม่พึงประสงค์ที่เกี่ยวข้องกับเลือดนั้นเป็นเรื่องละเมิด และจำต้องตกอยู่ภายใต้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด โดยถือว่าเลือด (รวมถึงเม็ดเลือดแดงและพลาสมา) จัดเป็น “สินค้า” ตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม เลือดมีความแตกต่างจากสินค้าชนิดอื่น เช่น อุปกรณ์เครื่องมือ หรือรถยนต์ ที่ถูกผลิตขึ้น ไม่ว่าจะเป็น

³³ กล่าวโดยง่ายคือเกิดการสังสมของของเหลวในปอด

³⁴ HLA และ HNA เป็นโปรตีนที่พบในเม็ดเลือดแดงและเม็ดเลือดขาว ทำหน้าที่ควบคุมปฏิกิริยาตอบสนองของระบบภูมิคุ้มกัน หาก HLA ของผู้ให้แตกต่างจาก HLA ของผู้รับ เลือดดังกล่าวของผู้ให้จะไม่สามารถเข้ากับผู้รับได้

³⁵ แอนติบอดี anti-transglutaminase จะตอบสนองต่อโปรตีนบางตัวโดยเฉพาะ และก่อให้เกิดอาการแพ้ขึ้น

³⁶ อัตราระหว่าง 1,300 ถึง 190,000 เป็นช่วงตัวเลขที่กว้าง แม้ว่าจะมีสัดส่วนอัตราการเสียชีวิตสูงถึงร้อยละ 20 แต่ก็ยังคงทำให้การวิเคราะห์ความเสี่ยงเพื่อชั่งน้ำหนักกับประโยชน์ที่จะได้รับจากการถ่ายเลือดนั้นทำได้ยาก

โดยบริษัทแบล็คแอนด์เด็คเคอร์ (Black and Decker) หรือ บริษัทโตโยต้า (Toyota) เนื่องจากเลือดไม่มี “ผู้ผลิตสินค้า” (manufacturer) ที่แท้จริงเมื่อเทียบกับสินค้าอื่น เพราะเลือดผลิตขึ้นจากมนุษย์ และการไม่มีผู้ผลิตสินค้าเช่นนี้มิใช่แต่เพียงการกล่าวในเชิงนามธรรมเท่านั้น เห็นได้จากตัวอย่างเช่น บริษัทโตโยต้าซึ่งเป็นผู้ผลิตรถยนต์ ย่อมมีความสามารถในการตรวจสอบคุณภาพของชิ้นส่วนอะไหล่รถยนต์และกระบวนการผลิตให้อยู่ในระดับที่ได้มาตรฐาน³⁷ แต่การรับประกันคุณภาพโดยผู้ผลิตสินค้า (“manufacturer quality assurance”) เช่นนี้ ไม่อาจกระทำได้กับกรณีของเลือด ดังนั้น จึงไม่อาจมีฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากเลือดดังเช่นสินค้าชนิดอื่นได้

เลือดเป็นสินค้าที่สามารถเทียบเคียงกับสินค้าจำพวกอาหารได้ในระดับหนึ่ง กล่าวคือ ถึงแม้เกษตรกรจะเป็นผู้ปลูก ดูแล และเก็บเกี่ยวสินค้าการเกษตร แต่เกษตรกรก็ไม่สามารถควบคุม “กระบวนการผลิต” ได้อย่างแท้จริง เนื่องจากเป็นเรื่องทางธรรมชาติที่อยู่นอกเหนือการควบคุม (เว้นเสียแต่ว่าเกษตรกรจะได้มีส่วนเกี่ยวข้องในการตัดแปลงพันธุกรรม)³⁸ ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่า เกษตรกร ในฐานะผู้ผลิตสินค้าไม่เคยต้องรับผิดชอบอันตรายหรือความเสียหาย เช่น อาการแพ้อาหาร อันเกิดจากการบริโภคสินค้านั้นเข้าไป ตัวอย่างเช่น หากโจทก์ซึ่งแพ้ถั่วลิสง ได้บริโภคถั่วลิสงเข้าไปและเกิดอาการแพ้ขึ้น ปฏิบัติการแพ้งกล่าวเป็นเงื่อนไขทางกายภาพที่เกิดขึ้นจากร่างกายของโจทก์ที่ตอบสนองต่อการบริโภคสินค้านั้นเอง ไม่อาจถือว่าถั่วลิสง ซึ่งเป็นสินค้า เป็นเหตุที่ใกล้ชิดต่อผลสำหรับความเสียหายทางกายที่เกิดขึ้นแก่โจทก์ได้ เกษตรกรไม่ได้มีหน้าที่ประการใดที่จะต้องแจ้งเตือนแก่ผู้ซื้อว่า “ถั่วลิสงเหล่านี้คือถั่วลิสง”³⁹ อย่างไรก็ตาม ผลลัพธ์จะต่างออกไปในกรณีของการเตรียมหรือผลิตสินค้าที่มีถั่วลิสงเป็นส่วนผสม เช่น หากสินค้าคือเนยถั่ว หรือสินค้าชนิดอื่นที่มีส่วนผสมของถั่วลิสงหรือผลิตจากถั่วลิสงอย่างเห็นได้ชัด ย่อมเป็นที่สันนิษฐานได้ว่าคำเตือนว่าผลิตภัณฑ์ดังกล่าวเป็นถั่ว ไม่มีความจำเป็นแต่อย่างใด⁴⁰ แต่ในกรณีที่ว่าผู้ขายไม่สามารถทราบได้ว่าสินค้านั้นมีส่วนผสมของถั่วลิสง กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดให้ผู้ผลิตสินค้าต้องมีคำเตือนที่เหมาะสมเพียงพอว่าสินค้านั้นมีส่วนผสมของถั่วลิสง เหตุผลก็คือผู้ผลิตสินค้าในกรณีเช่นนี้มีฐานะเป็นผู้เชี่ยวชาญและมีความรู้เกี่ยวกับอุตสาหกรรมถั่วลิสง ซึ่งย่อมรวมถึงการต้องทราบข้อเท็จจริงที่ว่า หากผู้บริโภคที่แพ้ถั่วลิสงบริโภคถั่วลิสงเข้าไป ย่อมเกิดอาการแพ้อย่างรุนแรงจนอาจถึงแก่ชีวิตได้

กรณีของถั่วลิสงสามารถนำมาเทียบเคียงกับกรณีของเลือดได้ในระดับหนึ่ง กล่าวคือ หน่วยงานหรือองค์กรที่เก็บและจำหน่ายเลือดอยู่ในสถานะที่ค่อนข้างคล้ายคลึงกับผู้ผลิตสินค้าที่มีส่วนผสมของถั่วลิสง⁴¹ เนื่องจากหน่วยงานดังกล่าวมีส่วนเกี่ยวข้องในการเก็บเลือดจากผู้ให้เลือด วิเคราะห์ผลเลือด ทดสอบผลเลือด เก็บรักษาเลือด

³⁷ ทั้งนี้ บริษัทโตโยต้าอาจไม่ได้เป็นผู้ผลิตหลักหรือส่วนประกอบอื่น ๆ ทั้งหมด ในกรณีเช่นนี้ ผู้ขายหลักและส่วนประกอบอื่น ๆ เหล่านี้ก็ยังเป็นฝ่ายที่มีความสามารถในการยืนยันและรับประกันคุณภาพของสินค้าของตนได้

³⁸ แนวคิดของความรับผิดชอบตามกฎหมายสำหรับผลิตภัณฑ์อาหารที่เกิดจากการตัดแปลงพันธุกรรมเป็นประเด็นที่น่าสนใจ แต่ประเด็นดังกล่าวอยู่นอกเหนือขอบเขตเนื้อหาของบทความชิ้นนี้

³⁹ โดยปกติแล้ว กฎหมายไม่ได้กำหนดให้ต้องมีการแจ้งคำเตือนสำหรับสิ่งที่เห็นได้ชัดแจ้งเป็นที่ประจักษ์ในตัวเอง

⁴⁰ อย่างไรก็ตาม นี่เป็นแต่เพียงหลักกฎหมายในทางทฤษฎี ผู้ผลิตสินค้าส่วนใหญ่ในประเทศสหรัฐอเมริกาจะติดคำเตือนลงบนกระปุกเนยถั่วไว้ก่อน แม้ว่าจะดูไม่จำเป็นที่ต้องบอกกล่าวถึงสิ่งที่เห็นได้ชัดเจนอยู่แล้วก็ตาม แต่ผู้ผลิตส่วนใหญ่ก็เลือกที่จะทำเช่นนั้นเพื่อป้องกันปัญหาความในอนาคตก

⁴¹ “ธนาคารเลือด” หรือหน่วยงานหรือองค์กรที่เก็บและจำหน่ายเลือด ในที่นี้ หมายถึงหน่วยงานหรือองค์กรที่เก็บรวบรวม จำแนก ทดสอบ เก็บรักษา และขนส่งเลือดและผลิตภัณฑ์จากเลือดให้แก่โรงพยาบาลและคลินิกต่าง ๆ โดยไม่ได้รวมถึงโรงพยาบาล คลินิก หรือแพทย์แต่อย่างใด

และนำเสนอเลือดให้แก่โรงพยาบาลและคลินิกต่าง ๆ เพื่อนำไปใช้ต่อไป หน่วยงานเก็บและจำหน่ายเลือดเหล่านี้ย่อมทราบหรือควรจะทราบเกี่ยวกับสินค้าของตน เฉกเช่นเดียวกันกับที่ผู้ผลิตสินค้าที่มีส่วนผสมของถั่วลิสงจะทราบได้เกี่ยวกับสินค้าของตน หรือหากได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควร (due diligence) แล้ว ย่อมควรที่จะทราบได้ถึงส่วนผสมของสินค้านั้น อย่างไรก็ตาม ข้อแตกต่างที่เห็นได้ชัดเจน คือ ลักษณะภายนอกหรือคุณสมบัติทางเคมีของถั่วลิสง ตลอดจนความเป็นไปได้ที่จะเกิดการแพ้ถั่วลิสงเป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไป ในขณะที่กรณีของการถ่ายเลือดและผลิตภัณฑ์จากเลือดมักเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับปฏิกิริยาหรือการตอบสนองทางสรีรวิทยาที่ค่อนข้างจะมีความซับซ้อนกว่ามาก และยังคงอยู่ในขั้นตอนของการศึกษาวิจัยที่ยังคงไม่สามารถให้คำตอบที่ชัดเจนแน่นอนได้⁴²

สรุป ในคดีแรก ๆ ที่ผู้ป่วยที่ติดเชื้อจากการถ่ายเลือดฟ้องโรงพยาบาลและแพทย์ให้รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาตัดสินว่าโรงพยาบาลและแพทย์ไม่ได้ขาย “สินค้า” ซึ่งได้แก่ เลือดที่ปนเปื้อนเชื้อโรคให้กับผู้ป่วย แต่โรงพยาบาลและแพทย์ขาย “บริการทางการแพทย์” ให้กับผู้ป่วย คดีต่อมาศาลตัดสินว่าเลือดเป็น “สินค้า” ที่โรงพยาบาลขายให้กับผู้ป่วย ทำให้มลรัฐต่าง ๆ ได้ออกกฎหมาย blood shield statutes กำหนดให้การเก็บรวบรวม การผ่านกระบวนการ การใช้เลือดและอนุพันธ์ของเลือดเพื่อการป้องกันโรคหรือรักษาโรคจัดเป็น “การให้บริการสาธารณสุข” เมื่อเป็นการให้บริการจึงไม่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าชำรุดบกพร่อง (Product Liability Law ซึ่งได้แก่ กฎหมายของมลรัฐต่าง ๆ ที่มีเนื้อหาเหมือน Restatement of Torts § 402 (A) นั่นเอง) ดังนั้น โรงพยาบาลและแพทย์จึงไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่คนป่วยที่ติดเชื้อจากการถ่ายเลือด นอกจากนั้นแล้ว โรงพยาบาลและแพทย์ยังได้รับความคุ้มครองอีกชั้นหนึ่งจาก Comment K ซึ่งศาลถือว่าเลือดและอนุพันธ์ของเลือดเป็นสินค้าที่มีประโยชน์มากต่อสังคม แม้ว่าความเสียหายบางที่จะทำให้คนป่วยติดเชื้อจากการถ่ายเลือด แต่ความเสียหายดังกล่าวไม่สามารถกำจัดให้สูญหายไปโดยสิ้นเชิง (Unavoidable Defective Product) ดังนั้น โรงพยาบาลและแพทย์จึงไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ป่วย เว้นแต่จะมีการประมาทเลินเล่อในกระบวนการเตรียมเลือดและอนุพันธ์จากเลือด การเก็บรักษาหรือวิธีการให้เลือดเท่านั้น ในปัจจุบันยังมีความเห็นว่า อาการไม่พึงประสงค์จากการให้เลือดทั้ง 5 อาการที่กล่าวมาควรได้รับการยกเว้นจากความรับผิดโดยเคร่งครัดด้วย เช่นเดียวกับเลือดและอนุพันธ์ของเลือด

2. ประเทศสหราชอาณาจักรกับกรณีผู้ป่วยติดเชื้อจากการให้เลือด

ในระหว่างปี พ.ศ. 2513-2523 มีผู้ป่วยจำนวน 14,000 รายที่ติดเชื้อไวรัสตับอักเสบบี และจำนวนประมาณ 12,000 รายที่ติดเชื้อเอชไอวีจากการถ่ายเลือด นำไปสู่การต่อสู้ทางกฎหมายระหว่างผู้ป่วยที่ติดเชื้อดังกล่าวและรัฐบาลสหราชอาณาจักร จนข้อพิพาททางกฎหมายได้ยุติลงโดยรัฐบาลตกลงชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ป่วยเหล่านั้น⁴³

⁴² ในกรณีที่สามารถพิจารณาตีความจาก Restatement of Torts 3rd, section 402 ข้อ k ได้ว่า หลักความรับผิดชอบทางละเมิดโดยเคร่งครัดจะไม่นำมาใช้ในกรณีสินค้าทางการแพทย์นั้นมีประโยชน์ทางสังคมเป็นอย่างมาก แต่ความรู้ความเข้าใจทางวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับสินค้านั้นยังคงมีอย่างจำกัด จึงทำให้สินค้าดังกล่าวไม่อาจที่จะปลอดภัยโดยสมบูรณ์ได้

⁴³ Williamson, S., Compensation for Infected Blood Products: A and Others v National Blood Authority and Another[Online], 25 July 2011. available at http://eprints.gal.ac.uk/view/journal_volume/Electric_Journal_Of_Comparative_Law.html

อย่างไรก็ตาม ผู้ป่วยจำนวน 144 ราย ซึ่งติดเชื้อไวรัสตับอักเสบบีในระหว่างวันที่ 1 มีนาคม พ.ศ. 2531 (วันแรกที่กฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบสำหรับสินค้าไม่ปลอดภัยแห่งชาติมีผลบังคับใช้) ถึงวันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2534 (วันที่จำเลยตกลงที่จะไม่คัดค้านคำเรียกร้องของโจทก์) ได้ฟ้องคดีเพื่อเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากศูนย์บริการโลหิตแห่งชาติของสหราชอาณาจักร หรือ National Blood Authority of the United Kingdom

ศาลในคดี *A and other v National Blood Authority and another* เห็นด้วยกับข้อกล่าวอ้างของผู้ป่วย โดยให้เหตุผลว่า พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค ค.ศ. 1987 (The Consumer Protection Act 1987) ได้กำหนดให้ผู้ผลิตสินค้าต้องรับผิดชอบสำหรับสินค้าที่ชำรุดบกพร่องของสินค้า เมื่อความชำรุดบกพร่องนั้นเกิดขึ้น แม้ว่าองค์ความรู้ในปัจจุบันจะยังไม่สามารถระบุชัดเจนได้ว่าส่วนใดของสินค้าที่มีความชำรุดบกพร่องก็ตาม พระราชบัญญัติฉบับนี้ถูกตีความให้มีเนื้อหาสอดคล้องกับ Directive ของสหภาพยุโรป กล่าวคือ หากระดับความปลอดภัยของสินค้าต่ำกว่าระดับความปลอดภัยที่ผู้บริโภคสามารถคาดหมายได้ตามสมควรแล้ว สินค้านั้นจัดเป็นสินค้าที่ชำรุดบกพร่อง และผู้จำหน่ายสินค้า (supplier) ดังกล่าว จำต้องรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องนั้น แม้ว่าผู้จำหน่ายจะไม่สามารถกระทำการใดเพื่อป้องกันความชำรุดบกพร่องนั้นได้ก็ตาม เนื่องจากความคาดหมายโดยชอบของผู้บริโภค (consumer's legitimate expectation) ย่อมรวมถึงเรื่องความปลอดภัยของสินค้า Directive จึงมีบทบัญญัติกำหนดความรับผิดชอบขึ้นเพื่อตัดภาระการพิสูจน์ของผู้ร้องในการที่จะต้องพิสูจน์ความผิด (fault) ของผู้จำหน่ายสินค้า⁴⁴

เหตุผลหลักสองประการที่ศาลมีคำตัดสินเช่นนี้ได้แก่

ประการแรก ผู้ป่วยจำนวน 26,000 รายที่ติดเชื้อไวรัสตับอักเสบบีและเชื้อเอชไอวีผ่านทาง การถ่ายเลือด ในระหว่างปี พ.ศ. 2513-2523 ไม่สามารถได้รับการชดเชยเยียวยาภายใต้หลักกฎหมายว่าด้วยการผิดสัญญาได้ เนื่องจากศูนย์บริการโลหิตแห่งชาติ หรือ National Blood Authority ไม่ได้มีฐานะเป็นผู้ขาย นอกจากนี้ โจทก์ยังไม่สามารถอาศัยหลักกฎหมายว่าด้วยละเมิดเพื่อได้รับการชดเชยเยียวยาได้เช่นกัน เนื่องจากแทบจะเป็นไปไม่ได้เลยที่ผู้เสียหายจะพิสูจน์ต่อศาลว่าศูนย์บริการโลหิตแห่งชาติประมาทเลินเล่อในกระบวนการคัดกรองและเตรียมเลือดและอนุพันธ์ของเลือด ดังนั้น พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (Consumer Protection Act 1987) จึงนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดเข้ามาปรับใช้เพื่อให้เกิดความมั่นใจได้ว่า หากผู้ป่วยติดเชื้อใด ๆ จากการถ่ายเลือดในอนาคต ผู้ป่วยนั้นจะได้รับชดเชยค่าสินไหมทดแทน

ประการที่สอง ศาลให้น้ำหนักแก่การนำเอาหลักเรื่องความคาดหมายของผู้บริโภค (consumer expectation) มาปรับใช้ในคดี แม้ว่าผู้บริโภคอาจจะตระหนักถึงความเสี่ยงในการติดเชื้อในระหว่างถ่ายเลือดก็ตาม ผู้บริโภค (หรือผู้ป่วยในกรณีนี้) ก็ยังคงมีความคาดหมายโดยชอบว่าเลือดที่ตนได้รับการถ่ายเลือดนั้นจะปลอดภัย โดยศาลได้เน้นย้ำว่าประเด็นเรื่องความปลอดภัยเป็นประเด็นที่มีความสำคัญที่สุด

สรุป ศาลของสหราชอาณาจักรตีความบทบัญญัติของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค ค.ศ. 1987 (The Consumer Protection Act 1987) ซึ่งมีเนื้อหาสอดคล้องกับกฎหมายความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิด

⁴⁴ *A and others v National Blood Authority and Another*: QBD 26 MAR 2001

จากสินค้าชำรุดบกพร่องของสหภาพยุโรป (EU Directive on Product Liability, 1985) ว่า ศูนย์บริการโลหิตแห่งชาติต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่โจทก์ ซึ่งได้แก่ผู้ป่วยจำนวน 144 ราย ที่ติดเชื้อไวรัสตับอักเสบบีจากการได้รับเลือดและอนุพันธ์ของเลือดที่ศูนย์บริการโลหิตแห่งชาติเป็นผู้รวบรวม คัดกรอง และจัดเตรียมให้เป็นผลิตภัณฑ์เลือดและผลิตภัณฑ์อนุพันธ์ของเลือด เนื่องจากเลือดและอนุพันธ์ของเลือดของศูนย์บริการโลหิตแห่งชาติดังกล่าวมีความปลอดภัยต่ำกว่าเกณฑ์ความคาดหวังของผู้ป่วยที่ติดเชื้อ (Consumer Expectation Test) ซึ่งกฎหมายและคำพิพากษาของศาลสหราชอาณาจักรแตกต่างอย่างสิ้นเชิงกับกฎหมายและคำพิพากษาของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา ทั้งที่ข้อเท็จจริงเหมือนกัน คือ คนป่วยติดเชื้อจากการให้เลือดของโรงพยาบาลและแพทย์

3. วิเคราะห์พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 กับกรณีคนป่วยติดเชื้อจากการให้เลือด

ประเด็นกฎหมายคือ หากผู้ป่วยชายรายที่ติดเชื้อเอชไอวีจากการให้เลือดฟองโรงพยาบาลเอกชนและแพทย์ที่รักษา และศูนย์บริการโลหิตแห่งชาติ สภากาชาดไทย ให้ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 โรงพยาบาลเอกชนและแพทย์ที่รักษา และศูนย์บริการโลหิตแห่งชาติ สภากาชาดไทย ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ป่วยชายรายนี้หรือไม่ ? อย่างไร ?

กรณีของโรงพยาบาลเอกชนและแพทย์ที่รักษา ผู้เขียนเห็นว่าไม่ต้องรับผิดชอบตามบทบัญญัติของมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ที่บัญญัติว่า “(3) ผู้ขายสินค้าที่ไม่สามารถระบุตัวผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิต หรือผู้นำเข้าได้” เมื่อโรงพยาบาลเอกชนและแพทย์ผู้ทำการรักษาสามารถระบุได้ว่าผู้ผลิตผลิตภัณฑ์เลือดและอนุพันธ์ของเลือดคือศูนย์บริการโลหิตแห่งชาติ สภากาชาดไทย โรงพยาบาลเอกชนและแพทย์ผู้ทำการรักษาก็หลุดพ้นจากความรับผิดชอบเลย ตามแนวคำพิพากษาของศาลแพ่ง (แผนกคดีผู้บริโภค) ที่ 19780/2558

กรณีของศูนย์บริการโลหิตแห่งชาติ สภากาชาดไทย ผู้เขียนเห็นว่าไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนต่อผู้ป่วยรายนี้เช่นกัน เนื่องจากศูนย์บริการโลหิตแห่งชาติ เป็นสำนักงานภายในสภากาชาดไทยซึ่งเป็นนิติบุคคล คำว่า “ผู้ประกอบการ” ตามมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 หมายถึง ผู้ประกอบการที่ประกอบการทางการพาณิชย์เพื่อแสวงหากำไร แต่สภากาชาดไทยเป็นนิติบุคคลซึ่งดำเนินการอันเป็นสาธารณกุศลเพื่อมนุษยธรรมตามหลักกาชาดสากล จึงไม่เป็น “ผู้ประกอบการ” ตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551

เพื่อแสดงให้เห็นชัดเจนว่าสภากาชาดไทยไม่ได้เป็น “ผู้ประกอบการ” แต่เป็นนิติบุคคลที่มีวัตถุประสงค์และภารกิจหลักประการเดียว คือ “ดำเนินการอันเป็นสาธารณกุศลเพื่อมนุษยธรรม” ดังที่ปรากฏในประวัติความเป็นมาของสภากาชาดไทย ดังนี้

สภาาชาตไทยเป็นองค์กรการกุศลเพื่อมนุษยธรรม ถือกำเนิดขึ้นเมื่อปี พ.ศ. 2463 เนื่องจากเกิดกรณีพิพาทระหว่างประเทศไทยกับฝรั่งเศสเกี่ยวกับเขตแดนริมฝั่งซ้ายแม่น้ำโขงและมีการสู้รบเกิดขึ้น เป็นผลให้มีทหารเสียชีวิตและบาดเจ็บ ได้รับความทุกข์ทรมานจำนวนมาก แต่ยังไม่มียุทธการกุศลใดเข้าไปช่วยเหลือบรรเทาทุกข์ให้เป็นกิจจะลักษณะ พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาจุฬาลงกรณ์ พระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวจึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ พระราชทานพระบรมราชานุญาตให้จัดตั้ง “สภาอุณาโลมแดง” ขึ้นเมื่อวันที่ 26 เมษายน พ.ศ. 2436 มีสมเด็จพระนางเจ้าสว่างวัฒนา พระบรมราชเทวีทรงเป็นสภานายิกา ท่านผู้หญิงเปลี่ยน ภาสกรวงศ์ เป็นเลขานุการ และพระเจ้าอนังนางเธอ พระองค์เจ้าพวงสร้อยสอางค์ เป็นเหรียญสภาอุณาโลมแดง⁴⁵

พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวเมื่อทรงดำรงตำแหน่งพระยุพราช เสด็จกลับจากการศึกษาในประเทศอังกฤษผ่านมาทางประเทศญี่ปุ่น ได้เสด็จทอดพระเนตรโรงพยาบาลของกาชาตญี่ปุ่น ทำให้ทรงพระดำริว่า ถ้าได้จัดโรงพยาบาลของกาชาตขึ้นในเมืองไทย ก็จะเป็นประโยชน์แก่บ้านเมือง ฉะนั้น เมื่อสมเด็จพระราชบิดาเสด็จสู่สวรรคาลัย พระองค์จึงได้ร่วมกับพระราชภราดาภคินี ทรงบริจาคทรัพย์ร่วมกับทุนของสภาอุณาโลมแดง ที่มีอยู่ สร้างโรงพยาบาลขึ้นในที่ดินส่วนพระองค์ แล้วโปรดเกล้าฯ ขนานนามตามพระปรมาภิไธย พระบาทสมเด็จพระรามาธิบดีศรีสินทรมหาวชิราลงกรณ์ พระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวว่า “โรงพยาบาลจุฬาลงกรณ์” เพื่อเป็นอนุสรณ์ ในพระราชบิดา ให้โรงพยาบาลนี้เป็นของสภาาชาตสยาม เมื่อ พ.ศ. 2457 ชื่อสภาอุณาโลมแดง และสภาาชาตนี้เรียกปะปนกันตลอดมา แต่เมื่อ พ.ศ. 2453 ชื่อสภาอุณาโลมแดงก็สูญไป คงใช้กันแต่ สภาาชาตสยาม หรือสภาาชาตไทยตามชื่อประเทศ ซึ่งเปลี่ยนจากสยามเป็นไทย มาจนบัดนี้⁴⁶

ในปีพ.ศ.2461 มีการออกพระราชบัญญัติว่าด้วยสภาาชาตสยาม มีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยรักษาพยาบาลผู้ป่วยไข้และบาดเจ็บในสงครามและยามสงบ กับทั้งทำการบรรเทาทุกข์ในเหตุการณ์สาธารณภัยพิบัติ โดยไม่เลือกเชื้อชาติ สัญชาติ ลัทธิ ศาสนา หรือความเห็นในทางการเมืองของผู้ประสบภัย ยึดหลักมนุษยธรรมเป็นที่ตั้ง และต่อมาในปี พ.ศ. 2463 ได้ออกพระราชบัญญัติว่าด้วยสภาาชาตสยามแก้ไขเพิ่มเติมจัดระเบียบสภาาชาตสยามเป็นสมาคมอิสระ ยังผลให้คณะกรรมการกาชาตระหว่างประเทศรับรองสภาาชาตสยาม เมื่อวันที่ 27 พฤษภาคม พ.ศ. 2463 และสันนิบาตสภาาชาตมิตรับสภาาชาตสยามเป็นสมาชิกเมื่อปี พ.ศ. 2464 ต่อมาสภาาชาตสยามเปลี่ยนชื่อเป็นสภาาชาตไทย เมื่อปี พ.ศ. 2482⁴⁷

นอกจากพระราชบัญญัติสภาาชาตไทย 2 ฉบับดังกล่าวแล้ว ได้มีพระราชบัญญัติสภาาชาตไทย ฉบับที่ 3 วันที่ 1 สิงหาคม พ.ศ. 2499 เกี่ยวกับเรื่องเครื่องหมายกาชาต เพื่ออนุวัติตามบทแห่งอนุสัญญา เจนีวา ปีพ.ศ. 2492 พระราชบัญญัติฉบับที่ 4 วันที่ 13 มีนาคม พ.ศ. 2550 ว่าด้วยเหรียญกาชาต และพระราชบัญญัติฉบับที่ 5 วันที่ 12 สิงหาคม พ.ศ. 2550 เพิ่มข้อความในพระราชบัญญัติ ปีพ.ศ. 2461 ว่า “ให้สภาาชาตไทยมีฐานะเป็นนิติบุคคล ดำเนินการอันเป็นสาธารณกุศลเพื่อมนุษยธรรม ตามหลักกาชาตสากล และพึงได้รับการสนับสนุนการดำเนินงานจากรัฐ”⁴⁸

⁴⁵ สภาาชาตไทย, ประวัติ[ออนไลน์], 2 สิงหาคม 2563. แหล่งที่มา <https://www.redcross.or.th/aboutus/history/>

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน

⁴⁷ เรื่องเดียวกัน

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน

ทั้งนี้ การกิจหลักด้านมนุษยธรรมของสภากาชาดไทยมี 4 การกิจหลัก ได้แก่ (1) การบริการทางการแพทย์ และสุขภาพอนามัย (2) การบรรเทาทุกข์ผู้ประสบภัย (3) การบริการโลหิต และ (4) การส่งเสริมคุณภาพชีวิต⁴⁹

ในการกิจการบริการโลหิตนั้น ศูนย์บริการโลหิตแห่งชาติซึ่งเป็นหนึ่งใน 14 หน่วยงานภายในของ สภากาชาดไทย⁵⁰ เป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบและมีหน้าที่ในการจัดหาโลหิตให้มีปริมาณเพียงพอ ปลอดภัย และมีคุณภาพสูงสุดจากผู้บริจาคโลหิตด้วยความสมัครใจ ไม่หวังสิ่งตอบแทน เพื่อนำไปใช้รักษาผู้ป่วยทั่วประเทศ ทั้งในรูปโลหิต ส่วนประกอบโลหิต และผลิตภัณฑ์โลหิต ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาได้มีการดำเนินการโดยยึดมั่น ในนโยบายคุณภาพ คือบริการประทับใจ โลหิตและผลิตภัณฑ์มีคุณภาพได้มาตรฐาน ปลอดภัยทั้งผู้ให้และผู้รับ⁵¹

ด้วยเหตุผลดังกล่าว ราคาผลิตภัณฑ์เลือดและอนุพันธ์ของเลือดที่ศูนย์บริการโลหิตแห่งชาติขายให้ โรงพยาบาลเอกชนจึงมีราคาต่ำมาก เพราะเป็นเพียงต้นทุนของกระบวนการเตรียมเลือดที่ได้รับบริจาคให้เป็น ผลิตภัณฑ์ที่ได้คุณภาพและมาตรฐานความปลอดภัยสูงสุดเท่านั้น ไม่ได้แสวงหากำไรใด ๆ ในเชิงธุรกิจเหมือน ผู้ประกอบการในความหมายของมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้า ที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551

4. ข้อเสนอแนะ

ในระยะสั้น ผู้เขียนเห็นว่าบทความนี้เป็นเอกสารที่เรียกกันในงานนิติศาสตร์ว่าเป็น *Micus Curie* (Friend of the Court) ที่ผู้เขียนเสนอความเห็นทางวิชาการต่อศาลว่า หากมีคดีความ ศาลควรจะตีความคำว่า “ผู้ประกอบการ” ไม่ให้หมายความรวมถึง “สภากาชาดไทย” เพราะสภากาชาดไทยเป็นนิติบุคคลที่มีภารกิจหลัก ประการเดียว คือ การกิจด้านมนุษยธรรมเท่านั้น ตามที่เห็นรายละเอียดมาแล้วข้างต้น

ในระยะยาว ผู้เขียนเสนอให้สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค เป็นเจ้าภาพในการดำเนินการ ให้ออกกฎกระทรวงตามมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 โดยนายกรัฐมนตรีตามมาตรา 16⁵² โดยกฎกระทรวงดังกล่าวจะมีเนื้อหาเกี่ยวเนื่องเลือดและอนุพันธ์ ของเลือดที่จัดจำหน่ายโดยศูนย์บริการโลหิตแห่งชาติ สภากาชาดไทย ว่าไม่เป็น “สินค้า” ที่ผู้ประกอบการ ตามมาตรา 4 ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนตามหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดของพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551

กล่าวโดยสรุป ผู้เขียนเห็นว่าประโยชน์ที่ได้รับจากศูนย์บริการโลหิตแห่งชาติทำให้สังคมไทยได้รับประโยชน์ อย่างยิ่งจากการให้เลือด ซึ่งเป็นประเด็นที่มีความสำคัญต่อสังคมอย่างมาก และควรได้รับการส่งเสริมให้มากที่สุด อย่างไม่จำกัด แม้ว่าศูนย์บริการโลหิตแห่งชาติจะมีความเชี่ยวชาญในกระบวนการคัดกรองและเตรียมเลือด และอนุพันธ์จากเลือด วิทยาการด้านการดูแลรักษาสุขภาพในปัจจุบันก็ยังคงไม่สามารถชี้ชัดได้ว่าเลือดและอนุพันธ์

⁴⁹ สภากาชาดไทย, วิสัยทัศน์ พันธกิจ ยุทธศาสตร์[ออนไลน์], 2 สิงหาคม 2563. แหล่งที่มา <https://www.redcross.or.th/aboutus/vision/>

⁵⁰ สภากาชาดไทย, หน่วยงานภายใน[ออนไลน์], 2 สิงหาคม 2563. แหล่งที่มา <https://www.redcross.or.th/aboutus/department/>

⁵¹ สภากาชาดไทย, การบริการโลหิต[ออนไลน์], 2 สิงหาคม 2563. แหล่งที่มา <https://www.redcross.or.th/mission/blood/>

⁵² พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 มาตรา 16 บัญญัติว่า “ให้นายกรัฐมนตรีรักษาการ ตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวงเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้”

จากเลือดมีความปลอดภัยอย่างแน่นอน ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า เฉพาะแต่เพียงเลือดและอนุพันธ์ของเลือด ที่จัดจำหน่ายโดยศูนย์บริการโลหิตแห่งชาติ สภากาชาดไทย เท่านั้น ที่ควรได้รับการยกเว้นจากหลักความรับผิด โดยเคร่งครัดจากกฎกระทรวง ภายใต้มาตรา 4 ตามพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551⁵³

⁵³ บัญญัติมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 บัญญัติว่า

“มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

“สินค้า” หมายความว่า สิ่งหรือทรัพย์ทุกชนิดที่ผลิตหรือนำเข้าเพื่อขาย รวมทั้งผลิตภัณฑ์เกษตรกรรม และให้หมายความรวมถึงกระแสไฟฟ้า

ยกเว้นสินค้าตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

“ผู้ประกอบการ” หมายความว่า

(1) ผู้ผลิต หรือผู้ว่าจ้างให้ผลิต

(2) ผู้นำเข้า

(3) ผู้ขายสินค้าที่ไม่สามารถระบุตัวผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิต หรือผู้นำเข้าได้

(4) ผู้ซึ่งใช้ชื่อ ชื่อทางการค้า เครื่องหมายการค้า เครื่องหมาย ข้อความหรือแสดงด้วยวิธีใดๆ อันมีลักษณะที่จะทำให้เกิดความเข้าใจได้ว่าเป็นผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิตหรือผู้นำเข้า

Contempt of Court Offence in Thailand: Question about Guarantee of Rights and Liberties*

ความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลในประเทศไทย: คำถามเกี่ยวกับการคุ้มครองต่อสิทธิและเสรีภาพ

Aua-aree Engchanil

เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล

อาจารย์ประจำ

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

Full-time Lecturer

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

Corresponding author E-mail: aengchanil@gmail.com

(Received: December 27, 2019; Revised: July 14, 2020; Accepted: August 14, 2020)

Abstract

The contempt of court has the objective to facilitate a judicial procedure with the greatest efficiency and swiftness as well as to maintain the order within and around the Court's jurisdiction. In Thailand, there are three different laws applied to contempt of court offences: the Civil Procedure Code, the Administrative Court and Administrative Procedure Act B.E. 2542 (1999), and the Organic Act on Procedures of the Constitutional Court B.E. 2561 (2018). These laws provide different definitions of contempt and their penalties. However, since Thailand is a member of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), the consistency of the provisions on the contempt of court and the position of the International Covenant on Civil and Political Rights should be considered in order to be aware of the recent situations in Thailand and follow the international standards.

Keywords: Contempt of court, fair trial, Constitutional court

* This article is part of the research "Guarantee of Rights and Liberties in Contempt of Court Offence", the group of research including Assoc. Prof. Dr.Aua-aree Engchanil, Dr.Natchapol Jittirat and Wimpat Rajpradit with financial supported by the National Human Rights Commission of Thailand, 2017

บทคัดย่อ

ความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลมีวัตถุประสงค์เพื่ออำนวยความสะดวกให้ศาลในการพิจารณาคดีทั้งเรื่องประสิทธิภาพ ความรวดเร็ว ตลอดจนการรักษาความสงบเรียบร้อย ประเทศไทยมีความผิดฐานดังกล่าวในกฎหมาย 3 ฉบับ ได้แก่ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งกฎหมายทั้ง 3 ฉบับนี้ ได้กำหนดวิธีการและบทลงโทษที่แตกต่างกันออกไป อย่างไรก็ตาม เนื่องจากประเทศไทยเป็นสมาชิกของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง จึงควรพิจารณาถึงความสอดคล้องของบทบัญญัติและแนวทางปฏิบัติเรื่องความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลของกฎหมายไทยและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองเพื่อให้ทราบถึงสถานการณ์ที่เกิดขึ้นและเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามมาตรฐานของแนวปฏิบัติสากล

คำสำคัญ: ความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล, การพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม, ศาลรัฐธรรมนูญ

1. Introduction

Contempt of court offence exists in both Civil and Common Law traditions. Its objective is to facilitate a judicial procedure with the greatest efficiency and swiftness as well as to maintain the order within and around the court's jurisdiction. However, Section 31-33 of the Civil Procedure Code of Thailand allows a judge to punish an accused without a formal investigation or proper legal procedure. This informality is justified by an opinion of the Council of State that contempt of court is not a criminal offence; hence, no procedural safeguard is required. This interpretation of the law leads to the question of whether the offence as written in the Civil Procedure Code combined with the opinion of the Council of State is contrary to the international human rights standard: Moreover, the Administrative Court and Administrative Procedure Act B.E. 2542 (1999) and the Organic Act on Procedures of the Constitutional Court B.E. 2561 (2018) also provide different definitions of contempt and their penalties from the Civil Procedure Code. Eventually, under this distinctness, should the section related to Thailand's contempt of court be revised? Should the right to a fair trial of a person accused of contempt of court be protected? If it is meant to be so, how could it be? This article is based on the research "Guarantee of Rights and Liberties in Contempt of Court Offences", which the study scope is to compare the provisions of Thai laws and the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), not to analyse the detail of Thai decision regarding the contempt of court.

We begin the study with Thai law in terms of the contempt of court offence (2), the contempt of court offence in Thailand and the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) (3) and finally the recommendation (4)

2. Thai law in terms of the contempt of court offence

We discuss, on the first point, the contempt of court offence in Thai laws (2.1) and on the second point, the interpretation of the Council of State (2.2)

2.1 The contempt of court offence in Thai Laws

There are three provisions in Thai law concerning the contempt of court: the Civil Procedure Code 1934, the Administrative Court and Administrative Procedure Act B.E. 2544 (1999) (the Administrative Court Act), and the Organic Act on Procedures of the Constitutional Court B.E. 2561 (2018)¹. However, the procedure and terms of punishment of

¹ The Organic Act on Procedures of the Constitutional Court B.E. 2561 (2018) goes in to effect on March 3, 2018. It is the first time that the contempt of court offence provision remarkably presents in this law.

these three laws are different. In terms of penalty, a judge under the Civil Procedure Code could instantly punish² the accused including imprisonment and a fine. A judge under the Administrative Court Act shall appoint a new panel to hear the case³ Lastly, the Organic Act on Procedures of the Constitutional Court B.E. 2561 (2018) requires the penalty order to be issued with the votes of at least two-thirds of the total existing judges.⁴ In terms of punishment, a person who commits the crime in the Civil Procedure Code could face up to 500 baht fine⁵ or 6 months imprisonment while the Administrative Court Act and the Organic Act on Procedures of the Constitutional Court have the same penalty, which means the fine is not more than 50,000 baht or 1 month imprisonment.

This kind of different procedure and degree of penalties could be explained by the different periods of their promulgation. The Civil Procedure Code was adopted in 1934. The Administrative Court Act was applied in 1999, and the Organic Act on Procedures of the Constitutional Court was recently promulgated in 2018. However, as the Civil Procedure Code was applied since 1934, the appropriation of the contempt of court offence under this law has been repeatedly questioned, especially the nature of its matter.

² Article 33 of the Civil Procedure Code

³ Article 64 of the Administrative Court and Administrative Procedure Act B.E. 2542 (1999)

Apart from those provide in this Act, the provisions governing the circumstances deemed to constitute contempt of court under the Civil Procedure Code shall apply *mutatis mutandis*, and when contempt of court is committed, the Administrative Court shall have the power to inflict punishment as follows:

- (1) Warning with or without written reproach;
- (2) Expelling from the Court's precinct;
- (3) Inflicting imprisonment for a term not exceeding one month or a fine not exceeding fifty thousand Baht or both.

The order inflicting punishment for contempt of court shall be issued with circumspection and insofar as it is necessary in the circumstances of the case and if it is the infliction of punishment under (3), the punishment shall be considered and inflicted by a chamber other than that responsible for the trial and adjudication of the case.

⁴ Article 39 of the Organic Act on Procedures of the Constitutional Court B.E. 2561 (2018)

Any person who violates the Rule of the court or an order of the Court under section 38 shall be said to commit a contempt of court and the Court shall have the power to take action as follows:

- (1) Giving a warning, with or without written condemnation;
- (2) Expelling from the Court's precincts;
- (3) Inflicting imprisonment for a term not exceeding one month or a fine not exceeding fifty thousand Bath or both.

In issuing an order under paragraph one, the Court shall consider the matter to the extent necessary for circumstances of the case.

An order for inflicting the penalty under (3) must be issued with votes of not less than two-third of the total existing judges.

The Criminal Procedure Code shall apply *mutatis mutandis* to the execution of the order of the Court under (3).

⁵ 1 Dollar UDS = 30.32 Thai Baht (December 5, 2019)

2.2 The interpretation of the Council of State

As the provision of the contempt of court offence is stipulated in the Civil Procedure Code since 1934, the Council of the State was once asked to clarify the nature of its punishment. The Memorandum number 444/2528 (1985) of the Council of State ruled that contempt of court offence was “not a criminal offence” because this provision is imposed under the Civil Procedure Code, not under the Criminal Procedure Code. Consequently, the imprisonment and fine of the contempt of court offence under the Thai Civil Procedure Code are not criminal punishment. This interpretation leads to several problems in terms of human rights, especially those which are related to the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)⁶.

In terms of the nature of punishment according to the European Court of Human Rights, no matter what name is given to this kind of particular offence, especially if there is imprisonment involved, the guarantee of rights in criminal justice must be invoked. This interpretation of the European Court of Human Rights is to prevent the State from circumventing the obligation to guarantee rights of an accused, or a suspect by placing that offence elsewhere apart from the Penal Code⁷.

As for Thailand, the reason why the provisions of the contempt of court offence were put in the Civil Procedure Code instead of the Penal Code was that the lawmaker intended to empower the judge with the ability to immediately punish the person who interferes during the court’s proceeding⁸. As both of Civil Procedure Code and Criminal Procedure Code had been enacted since 1934, with the perspective of the State at almost 100 years ago, they had prioritized the protection of the public order over the individual’s right. This attitude is consequently reflected by the provision of the contempt of court offence prescribed under the Civil Procedure Code which has the objective to evade the right to a fair trial under the criminal justice system. Nonetheless, the legal concepts have been changing nowadays, especially considering the fact that Thailand is a member of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and must abide by this Covenant’s right to a fair trial.

⁶ Thailand signed and ratified to the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) since 29 October 1996.

⁷ The rationale behind this approach is that it prevents States Parties from misusing domestic legal nomenclature for the purpose of avoiding the guarantees provided in the Article 6 of the ECHR, in **Legal Digest of International fair trial Rights**, (OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR), 2012), p.24-25 (Online), Available from <https://www.equalityhumanrights.com/en/about-us/who-we-are>

⁸ Aua-aree Engchanil, Natchapol Jittirat and Wimpat Rajpradit, “Guarantee of Rights and Liberties in Contempt of Court Offence”, (National Human Rights Commission of Thailand, Research, Bangkok, 2017), p. 192

3. The contempt of court offence in Thailand and the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)

In this section, we divide into two parts. The first one is Thailand as a part of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) (3.1) and the second one is the accordance of the contempt of court in Thailand and the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) (3.2)

3.1 Thailand as a part of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)

Thailand is a member of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) since 1996. This Covenant commits its parties to respect the civil and political rights of individuals, including the fundamental rights and freedoms such as freedom of religion, freedom of speech, freedom of assembly, electoral rights, and rights to justice process and a fair trial. The adherence to the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) imposes obligations on States to be bound to this agreement. The ICCPR requires States parties to submit a report on their obligations and also hold a meeting to enforce the International Covenant on Civil and Political Rights. To assure these rights mandated by the ICCPR, the UN Human Rights Committee has adopted the Treaty Body, responsible for reviewing the implementation of the ICCPR of the Parties. It is noted that one of the questions asked by the UN Human Rights Committee on ICCPR to Thailand was; did the Thai State enact international rules on civil rights and political rights in the internal legal system? Did the court apply the provisions of this international law in interpreting domestic law as well as measures to promote awareness of ICCPR among judges, prosecutors, and lawyers or not?⁹

In general, Thailand has developed strategies and legislations to improve human rights protections. For example, Thailand applied unprecedented resources to combat human trafficking including the protection of defenders in its draft of the Fourth National Plan of Action on Human Rights.¹⁰ However, considering the contempt of court offence under the Civil Procedure Code and the Organic Act on Procedures of the Constitutional Court in Thailand B.E.2561 (2018), these provisions are questionable on the conformity to the Article 14 and

⁹ The UN Human Rights Committee's meeting for reviewing Thailand's human rights record 13 -14 March 2017, Geneva, Switzerland, (Online) Available from https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=1116&Lang=en

¹⁰ National Human Rights plan, http://www.rlpd.go.th/rlpdnew/images/rlpd_16/plan/plan4edit.pdf, p.67

Article 15 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), especially the principle of the right to a fair trial.

3.2 The contempt of court offence in Thailand and the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)

Article 14 and 15 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) provide the fair trial right. The fair trial right is one of the fundamental rights under the criminal justice system such as equality before the court or the presumption of innocence. However, since the contempt of court offence is not considered a criminal offence in Thai justice system¹¹, the problems consequently arise as follow; the legality of contempt of court offence (3.2.1) *Non bis in Idem* (3.2.2) the right to a fair trial (3.2.3) and the right to remedy from wrongful judgment (3.2.4)

3.2.1 The legality of contempt of court offence

The principle of legality guarantees that no defendant may be punished arbitrarily by the State. A person cannot be convicted of a crime by an excessively unclear law nor by law passed retroactively criminalizing an action that was not a crime at the time it occurred. It requires judges to always lean in favour of the defendant when they interpret statutes and forbids the pronouncement of guilt without a clear and reasonable justification of the sentence. We start this point with the principle of the legality under the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) (1) and then the legality of Contempt of Court Offence under Thai law (2)

(1) The legality under the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)

The legality under the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) is determined in Article 15:

Article 15 of the International Covenant on Civil and Political Rights:

“1. No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence, under national or international law, at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the

¹¹ By the interpretation of the Council of State in the Memorandum number 444/2528 (1985): “...the contempt of court offence was not a criminal offence because this provision is imposed under the Civil Procedure Code not under the Criminal Procedure Code...”.

one that was applicable at the time when the criminal offence was committed. If, subsequent to the commission of the offence, provision is made by law for the imposition of the lighter penalty, the offender shall benefit thereby..."

Article 15 of the ICCPR confirms the principle of legality that the person has the right not to be held guilty for an act or omission not constituting a criminal offence.

(2) The legality of Contempt of Court Offence in Thailand

Normally, the wording of law must be exact and clear, especially the one constituting a criminal offence. The contempt of court is an offence carrying with its imprisonment and fine. But the Thai court's practice in defining an act of contempt lacks the clarity and the certainty since the Civil Procedure Code allows a court to "set a regulation"¹² on the act of contempt of court. This kind of mandate is noticeably vague and ambiguous. Moreover, this internal regulation or guideline of the court is not officially publicised. Consequently, it is deemed to be inaccessible even by the website of the Court of Justice. Furthermore, the Court of Justice in each province is able to set its own internal regulation of the contempt of court. This practice makes it confusing and inconvenient for people to conduct themselves while presenting at the court. This formality does not conform to the principle of Article 15 of ICCPR which has the objective to protect individuals from the State's punishment by the unclear or non-publicly announced text of penal law.

3.2.2 *Non bis in idem*

Non bis in idem, translated literally from Latin as "not twice in the same thing", is a legal doctrine to the effect that no legal action can be instituted twice for the same cause of action. It is a legal concept originated in the Roman civil law, but it is essentially the equivalence of the double jeopardy doctrine found in common law jurisdictions. The International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) also guarantees the right for a person to be free from double jeopardy or *Non bis in idem* (1) and *Non bis in idem* in Thailand (2).

(1) The principle of *Non bis in idem* in ICCPR

The principle of *Non bis in idem* appears in Article 14 paragraph 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), stating that "*No one shall be liable to be tried or punished again for an offence for which he has already been finally*

¹² Article 30-31 of the Civil Procedure Code

convicted or acquitted in accordance with the law and penal procedure of each country.” This provision prohibits bringing a person once convicted or acquitted of a certain offence, either before the same court or before another tribunal, for the same offence. Thus, for instance, someone who is acquitted by a civilian court cannot be tried again for the same offence by military or special tribunal. Article 14 paragraph 7 does not prohibit retrial of a person convicted in absentia who requests it but applies to the second conviction¹³. The principle of *non bis in idem* is not an issue if a higher court quashes a conviction and orders a retrial¹⁴. Furthermore, it does not prohibit the resumption of a criminal trial justified by exceptional circumstances, such as the discovery of new evidence which was not available or known at the time of the acquittal. It also does not prohibit the resumption of a criminal trial with respect to the national jurisdictions of two or more States, although States should make efforts to prevent retrial for the same criminal offence through international conventions¹⁵.

(2) *Non bis in idem* in Contempt of court offence in Thailand

Non bis in idem or double jeopardy principle forbids punishing a person twice for a single act of crime. Thai criminal law accepts this principle in general, but this acceptance does not cover the contempt of court offence. Due to the Memorandum number 444/2528 (1985) of the Council of State, the contempt of court offence is not a criminal matter. Thus, if a person has committed a single act which can be considered contempt of court and crime, Thai courts are known to treat one single act as two separate offences, hence, two jeopardies.

For example, if the accused intends to send a false document to the court, this act can be considered committing a contempt of court offence and a criminal offence at the same time¹⁶. This person must be consequently getting the punishment twice. According to the Thai judges, the contempt of court is a tool used by the court to maintain the order during the court proceeding. It is not a criminal conviction. It turns out that the right of a person to be protected during trial, such as the right to have a lawyer, is generally not indispensable for the contempt of court case. This opinion of the Council of State is inconsistent with the universal approach to human rights such as ICCPR.

¹³ See United Nations Working Group on Arbitrary Detention, Opinion No. 36/1999 (Turkey), E/CN.4/2001/14/Add. 1, para. 9 and Opinion No. 24/2003 (Israel), E/CN.4/2005/6/Add. 1, para. 30.

¹⁴ Communication No. 277/1988, *Terán Jijón v. Ecuador*, para. 5.4.

¹⁵ See, e.g. Rome Statute of the International Criminal Court, article 20, para. 3.

¹⁶ Thai Supreme court decision n. 2302/2523

3.2.3 Right to a Fair Trial

The fair trial standard in the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) is found principally within Article 14 of the ICCPR. It is a complex and interlinked nature, aimed at ensuring the proper administration of justice. The overarching right to a fair and public hearing by a competent, independent, and impartial tribunal established by law is encompassed within paragraph (1) of the article and is expressly applicable to criminal and non-criminal (civil) proceedings. Paragraph (2)-(7) of the Article 14 of the ICCPR expressly apply to a criminal proceeding, although there are in many cases parallel guarantees for civil proceeding, e.g., the right to legal assistance. It is to say that, there are some rights within the latter provisions that apply only to criminal proceedings, such as the right of the accused to be presumed innocent, and there is a clear division in the structure of the Article 14 and 15 of the ICCPR in their treatment of civil and criminal proceeding¹⁷.

(1) Right to a Hearing by a competent, Independent and Impartial Tribunal and the contempt of court offence in Thailand

Article 14 (1) of the ICCPR

“(1)...In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law...”

Article 14 (1) of the ICCPR guarantees that every person shall be treated in a process of a fair trial before an “independent and impartial tribunal established by law”.

The impartiality under article 14 (1) of the ICCPR means a judge must not sit in a case under prejudice or concerning his personal injury. The trial must be conducted by a court of competent jurisdiction, independent and impartial. The principle in this matter is absolute and cannot be excluded at all¹⁸. The words “court must be neutral” consists of two main points:¹⁹

First, judges must not judge cases under prejudice from personal injury, with presumption of the case, or under no circumstances favour one party over the other party.

¹⁷ Legal Digest of International fair trial Rights, (OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR), 2012), p.19-20. (Online) Available from www.osce.org/odihr/94214?download=true

¹⁸ Communication No.263/1987, *Gonzalez del Rio v. Peru*, para. 5.2.

¹⁹ UN Human Rights Committee (HRC), General comment no. 32, Article 14, Right to equality before courts and tribunals and to fair trial, 23 August 2007, CCPR/C/GC/32, para. 21

Second, the court must appear to the public to be impartial²⁰.

Considered by such neutral court, the European Union Human Rights Commission has consistently held that if a judge judges with a breach of the power of a Court of Justice, the same shall be the case for the court that has violated the jurisdiction. It is also inconsistent with the principle of a fair trial under Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and Article 6 (1) of the European Convention on Human Rights²¹.

As for the contempt of court in Thailand, the provisions under the Civil Procedure Code do not require the change of judge who was faced with the act of contempt to the new panel. The same judge can consequently hear and deliberate the case in which he is considered a party. This might be doubtful to the public of the neutrality and impartiality of judges in such cases. While the contempt of court offence under the Organic Act on Procedures of the Constitutional Court B.E. 2561 imposes the court to apply the Criminal Procedure Code to the execution of the order of the Court under the inflicting imprisonment or a fine. However, considering the fact that there is only one chamber under the Constitutional Court, the judgement will be consequently deliberated by the same judge who faces the contempt of court. Even though its provision imposes that the judge must be issued with votes of not less than two-thirds of the total existing judges, this process is far from clarifying the conformity of impartiality.

Nevertheless, these practices of both courts above are different from the Thai administrative court due to the provision of the Administrative Court and Administrative Procedure Act B.E. 2542 (1999) which states that “*the punishment shall be considered and inflicted by a chamber other than that responsible for the trial and adjudication of the case*”.²²

(2) Rights to a fair hearing and the contempt of court offence in Thailand

The rights of the accused in the case are listed in Article 14 paragraph 3 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) on Criminal Matters. The principle that all persons allegedly commit the offence shall have the right to a minimum guarantee of equality:

²⁰ Communication No. 387/1989, *Karttunen v. Finland*, para. 7.2

²¹ *Kyprianou v Cyprus* (2005) ECHR 873, paras 130, 135, in **Legal Digest of International Fair Trial Rights**, (2012), p.73, (Online) Available from www.osce.org/odihr/94214?download=true

²² Article 64 of the Administrative Court and Administrative Procedure Act B.E. 2542 (1999)

(1) the right to be promptly informed and in detail in a language which he understands of the nature and cause of the charge against him²³

(2) the right to have adequate time and facilities for the preparation of his defence and to communicate with counsel of his own choosing²⁴

(3) the right to be tried in his presence, and to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing; to be informed, if he does not have legal assistance, of this right²⁵

In Thailand, the accused in the contempt of court do not have the same basic rights as the accused in other ordinary criminal cases, such as the right to have legal counsel. Considering the approach taken by the accused in case of the contempt of court, it seems to be different and incompatible with the fundamental rights of the accused. This ambiguity is based on the understanding that the offence is not a criminal offence, namely that the person alleged in the offence is not subject to the right to be informed, including the right to have a lawyer or legal advisor during any litigation with the court in question. Even the offences that violate the jurisdiction of the courts could be punishable by fines and imprisonment. For this result, the status of the accused shall be inconsistent with Article 14 paragraph 3 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR).

(3) The Right to compensation for wrongful conviction

The right to compensation is prescribed in ICCPR (A) but this right is not explicit in Thai law for the accused of the contempt of court (B).

A. The Right to compensation for wrongful conviction under the ICCPR

Under Article 14 (6) of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) related to the Right to compensation for wrongful conviction mentions that:

“When a person has by a final decision been convicted of a criminal offence and when subsequently his conviction has been reversed or he has been pardoned on the ground that a new or newly discovered fact shows conclusively that there has been a miscarriage of justice, the person who has suffered punishment as a result of such conviction shall be compensated according to law, unless it is proved that the non-disclosure of the unknown fact in time is wholly or partly attributable to him”.

²³ Article 14, paragraph 3 (a) of the International Covenant on Civil and Political Rights

²⁴ Article 14, paragraph 3 (b) of the International Covenant on Civil and Political Rights

²⁵ Article 14 (3) (d) of the International Covenant on Civil and Political Rights

The compensation according to the law shall be paid to a person who has been convicted of a criminal offence by a final decision and has suffered punishment as a consequence of such conviction, if their conviction has been reversed on the ground that a new or newly discovered fact shows conclusively that there has been a miscarriage of justice. The right to compensation for wrongful conviction is based on the following four conditions²⁶:

- Firstly, a person has by a final decision been convicted of a criminal offence.
- Secondly, his conviction has subsequently been reversed on the ground that a new or newly discovered fact shows conclusively that there has been a miscarriage of justice.
- Thirdly, the person who was convicted is not responsible for the non-disclosure of the unknown fact at the time of the conviction.
- Fourthly, penalties have been actually implemented.

B. The Right to compensation for wrongful conviction under the contempt of court offence in Thailand

In Thailand, there are two acts concerning the victims' remedies. The first one is the Victim Compensation Act B.E. 2544 (2001) which has the objective to protect the victims and the defendants under criminal law. It will give the right to the person for remedy under the Compensation Scheme. In cases which the accused was guilty, the offender shall be imprisoned. If later the Court of Appeal or the Supreme Court has dismissed because such person did not commit a violation of the jurisdiction, as a result, it should be considered as the mistake of punishment and this person must be released with the compensation. However, the Victim Compensation Act covers the remedy only to victims in criminal cases. On the contrary, the conviction of contempt of court charge is not eligible for the compensation under this Victim Compensation Act even if an appellate court acquits this person. The accused of the contempt of court case is still under the misconception that the offence is not a criminal offence. This context would inevitably lead to the alleged offender being found guilty without any compensation.

²⁶ *Uebergang v Australia*, HRC Communication 963/2001, UN Doc CCPR/C/71/D/963/2001 (2001), para 4.2; and *W.J.H. v the Netherlands*, HRC Communication 408/1990, UN Doc CCPR/C/45/D/408/1990 (1992) para 6.3

The second one is the Justice Fund Act B.E. 2558 (2015) which was set up to remedy the victim in case of human rights violation. The scope of this law covers the victim under criminal cases, civil cases, and juvenile and family cases. It provides more help to the victims than the Victims Compensation Act, which limits only for the victim in the criminal case. Consequently, the accused in the contempt of court who was sentenced to prison, until later the higher court quashes the judgement, should be compensated by means of the Justice Fund Act 2015. However, this kind of remedy practice has never been done or interpreted in case of contempt of court.

At the present, the accused in the contempt of court offence whom later the higher court quashes the judgment that he is not guilty has never received any compensation under any Thai law. This truly raises the question concerning the inconsistency to the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) related to the Right to compensation for wrongful conviction.

4. The recommendation to revise the provision of the contempt of court offence

4.1 The court's guideline to hear a case of contempt of court shall be more exact and publicly available so the public can be familiar and gain knowledge with the law in advance. Initially, the new guideline should be available on the court's website. In the future, contempt of court shall have to be legislated into a statute from the Legislative branch.

4.2 The contempt of court, especially under the Civil Procedure Code, should finally be considered a criminal offence. To avoid a double jeopardy problem, a single act that constitutes both a criminal offence and contempt of court should be tried for a criminal offence charge only.

4.3 An accused must be guaranteed all fundamental rights to a fair trial similar to defendants in other criminal cases. An accused must not be tried by the same panel which is considered a party. Also, a defendant must be entitled to legal counselling adequately.

4.4 While contempt of court is not considered as a criminal offence, if an accused is later acquitted by an appellate court, he shall be entitled to remedy according to the Justice Fund Act B.E. 2548 (2005). As a matter of principle, any wrongful imprisonment shall be considered as a violation of human rights, which is covered by the Justice Fund Act.

4.5 The penalties of the contempt of court under the Constitutional Court should remain to only warning or expelling the defendant from the court. However, if the judges would like to charge the accused person, they should instead apply the insult of the court offence under section 198 of the Penal Code²⁷.

²⁷ Section 198 of the Penal Code “Whoever, insulting the Court or the judge in the trial or adjudication of the case, or obstructing the trial or adjudication of the Court, shall be punished with imprisonment of one to seven years or fined of two thousand to fourteen thousand Baht, or both”

รัฐที่เป็นต้นเหตุของการแพร่ระบาดใหญ่ของไวรัส COVID-19
มีความรับผิดชอบหรือไม่ตามกฎหมายระหว่างประเทศ
Is the country of origin of COVID-19 pandemic held
responsible under international law?

ปภาวดี ธโนดมเดช
Papawadee Tanodomdej

อาจารย์ประจำ
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330
Full-time Lecturer
Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330
Corresponding author E-mail: papawadee@law.chula.ac.th
(Received: July 9, 2020; Revised: August 26, 2020; Accepted: September 1, 2020)

บทคัดย่อ

การแพร่ระบาดใหญ่ของไวรัส COVID-19 ที่ส่งผลกระทบต่อรัฐและปัจเจกชนทั้งในทางสังคมและเศรษฐกิจ ทำให้เกิดการเรียกร้องให้รัฐที่เป็นต้นเหตุของการแพร่ระบาดใหญ่รับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น การจะพิจารณาว่ารัฐมีความรับผิดชอบหรือไม่ตามกฎหมายระหว่างประเทศจำเป็นต้องพิจารณาเกณฑ์ปฐมภูมิ ซึ่งปรากฏอยู่ใน IHRs 2005 และธรรมนูญองค์การอนามัยโลก ที่กำหนดหน้าที่แก่รัฐสมาชิกในการแจ้งข้อมูล การระบาดของโรคต่อองค์การอนามัยโลกภายในกำหนดระยะเวลา การละเว้นไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าว ถือเป็น การกระทำผิดระหว่างประเทศซึ่งก่อให้เกิดความรับผิดชอบแก่รัฐ แต่การเรียกค่าเสียหายจากการกระทำดังกล่าว ความเป็นไปได้ยากเนื่องจากความท้าทายในการพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการฝ่าฝืนพันธกรณีกับความเสียหายที่เกิดขึ้น ส่วนการดำเนินคดีกับรัฐต่างประเทศภายใต้ศาลภายในโดยปัจเจกชนนั้น ความเป็นไปได้ในการชนะคดีค่อนข้างยากเพราะรัฐต่างประเทศมีความคุ้มกันจากการดำเนินคดีและบังคับคดี แม้จะปรากฏว่าในสหรัฐอเมริกา จะมีกฎหมายภายในที่ยกเว้นความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศ แต่แนวปฏิบัติของศาลภายในของสหรัฐอเมริกา ให้ความจุติเกาะเกี่ยวทางดินแดนอย่างแคบ และยังมีแนวโน้มที่ชัดเจนว่าศาลจะปรับใช้จุดเกาะเกี่ยวทางดินแดน เพื่อประโยชน์ของปัจเจกชนผู้เสียหาย หรือรัฐซึ่งเป็นจำเลย

คำสำคัญ: ความรับผิดชอบของรัฐ, การแพร่ระบาดใหญ่ไวรัส COVID-19, การฟ้องรัฐต่างประเทศต่อศาลภายใน, ความคุ้มกันของรัฐ

Abstract

COVID-19 pandemic causes a significant number of deaths globally and the economic impact to many states. The question is raised whether the country of origin of COVID-19 who failed to prevent the spread of the pandemic is held responsible under both domestic and international law. Under the latter, all WHO parties are required to inform WHO the accurate detail of public health information within 24 hours of its assessment. The failure to comply with this obligation constitutes an internationally wrongful act under rules of state responsibility. However, the commission of internationally wrongful act does not always give rise for the affected state to be indemnified by financial means. The amount of the damages is calculated based on the causation between the internationally wrongful act and its effects. If the causal chain is not fully established, the International Court of Justice may deny declaring the damages. It, rather, renders the declaratory remedy to the affected state. The provocation of responsibility of state under domestic court is shielded by the state immunity. Although the US law provides certain exceptions allowing individuals to sue foreign states under the state and federal courts, the possibility to win the case significantly relies upon the judges' discretion on whether the territorial nexus can be established in the case.

Keywords: state responsibility, COVID-19 pandemic, domestic court's proceedings against foreign state, state immunity

ความนำ

ไวรัส COVID-19 ที่มีการตรวจพบการระบาดครั้งแรกในมณฑลฮู่อัน สาธารณรัฐประชาชนจีน เมื่อเดือน ธันวาคม พ.ศ. 2562¹ ได้แพร่ระบาดไปในหลายประเทศ ทำให้มีประชาชนเสียชีวิตทั่วโลกเป็นจำนวน 508,637 คน² จำนวนผู้ติดเชื้อทั่วโลกสูงถึง 10,435,421 คน ซึ่งผู้ติดเชื้อส่วนใหญ่ไม่ได้พบในสาธารณรัฐประชาชนจีน แต่พบในสหรัฐอเมริกาและประเทศในแถบทวีปยุโรป³ นอกจากผลกระทบด้านสาธารณสุขที่เกิดขึ้นทั่วโลกแล้ว การแพร่ระบาดของไวรัส COVID-19 ยังส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจของโลก กล่าวคือ หลายประเทศจำเป็นต้องกำหนดมาตรการ “ปิดเมือง” (lockdown) เพื่อสกัดกั้นการแพร่ระบาดของไวรัสไปยังกลุ่มคนจำนวนมาก ทำให้อุตสาหกรรมหลายกลุ่มที่ไม่ใช่กลุ่มสินค้าบริโภคได้รับผลกระทบ โดยเฉพาะอุตสาหกรรมท่องเที่ยวและสันตนาการ⁴ ปัจเจกชนที่ได้รับผลกระทบจึงพยายามดำเนินคดีกับสาธารณรัฐประชาชนจีนในศาลภายในของมลรัฐ 6 มลรัฐในสหรัฐอเมริกา (มิสซูรี แคลิฟอร์เนีย ฟลอริดา เนวาดา เพนซิลเวเนีย และเท็กซัส) เพื่อเรียกร้องค่าเสียหายจากรัฐบาลจีน หรือจากหน่วยงานภายในของสาธารณรัฐประชาชนจีน ในฐานะที่เป็นต้นเหตุของการแพร่ระบาดของไวรัส COVID-19 ซึ่งสร้างความเสียหายทางเศรษฐกิจต่อปัจเจกชนกลุ่มดังกล่าว⁵ นักกฎหมายระหว่างประเทศได้ถกเถียงกันถึงความเป็นไปได้ที่รัฐที่ได้รับผลกระทบจากไวรัส COVID-19 จะดำเนินคดีต่อสาธารณรัฐประชาชนจีนในศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ทั้งนี้ ปัจจุบันยังไม่มีการตรวจสอบข้อเท็จจริงถึงต้นตอที่แท้จริงของการแพร่ระบาดของไวรัส COVID-19 แต่คำถามสำคัญ คือ มีกฎหมายใดในกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ที่จะใช้บังคับกับรัฐที่เป็นต้นเหตุของการแพร่ระบาดของไวรัส COVID-19

บทความนี้จึงมุ่งเน้นการวิเคราะห์กฎหมายในกฎหมายระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นเครื่องมือกำกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ และระหว่างรัฐกับเอกชนในกรณีที่รัฐเป็นต้นเหตุของการแพร่ระบาดของไวรัส COVID-19 โดยจะศึกษากฎหมายในกฎหมายระหว่างประเทศเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ (state responsibility) เพื่อแสดงให้เห็นถึงเงื่อนไขของการเกิดความรับผิดในกรณีที่รัฐปล่อยให้เกิดการแพร่ระบาดของไวรัส COVID-19 (หัวข้อที่ 2) และวิเคราะห์การที่ปัจเจกชน (individual) หรือรัฐฟ้องร้องอื่นต่อศาลภายในสามารถกระทำหรือไม่ภายใต้กฎหมายของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งจะเกี่ยวข้องกับความคุ้มกันของรัฐ (sovereign immunity from jurisdiction) (หัวข้อที่ 3) และในที่สุดท้ายจะเป็นบทสรุป (หัวข้อที่ 4)

¹ Derrick Bryson Taylor, “How the Coronavirus Pandemic Unfolded: A Timeline,” *The New York Times*, 9 June 2020. <https://www.nytimes.com/article/coronavirus-timeline.html>. Retrieved on 30 June 2020.

² ข้อมูลเมื่อวันที่ 30 มิถุนายน 2563 จาก Worldometers.info <https://www.worldometers.info/coronavirus/coronavirus-death-toll/>

³ ข้อมูลเมื่อวันที่ 30 มิถุนายน 2563 จาก Worldometers.info https://www.worldometers.info/coronavirus/?utm_campaign=homeAdvegas17#countries

⁴ OECD, Evaluating the Initial Impact of COVID-19 Containment Measures on Economic Activity [Online], <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/evaluating-the-initial-impact-of-covid-19-containment-measures-on-economic-activity-b1f6b68b>. Retrieved on 30 June 2020.

⁵ John B. Bellinger, “Suing China Over the Coronavirus won’t Help. Here’s What Can Work,” *The Washington Post*, 23 April 2020. <https://www.washingtonpost.com/opinions/2020/04/23/suing-china-over-coronavirus-wont-help-heres-what-can-work/>. Retrieved on 30 June 2020

2. ความรับผิดชอบของรัฐ (State responsibility)

ในกรณีที่รัฐฝ่าฝืนกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือละเว้นกระทำการตามพันธกรณีที่มีอยู่ในสนธิสัญญาถือว่ารัฐดังกล่าวได้กระทำความผิดในทางระหว่างประเทศ (internationally wrongful act) ซึ่งก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐ (state responsibility)⁶ ดังนั้นกฎเกณฑ์เรื่องความรับผิดชอบของรัฐจึงเป็นกฎเกณฑ์ทุติยภูมิ (secondary rules of international law) ที่จะถูกปรับใช้ในกรณีที่รัฐได้ฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศปฐมภูมิ (primary rule of international law) ในขั้นแรกจึงต้องพิสูจน์ก่อนว่ารัฐได้กระทำการฝ่าฝืนพันธกรณีที่มีตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ ซึ่งพันธกรณีดังกล่าวอาจจะปรากฏอยู่ในรูปของสนธิสัญญาที่รัฐเป็นภาคี กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (customary international law) หรือหลักกฎหมายทั่วไป (general principles of law)⁷

ดังนั้น จึงต้องพิจารณาว่ามีกฎเกณฑ์ใดในกฎหมายระหว่างประเทศที่ผูกพันรัฐให้ป้องกันการแพร่ระบาดใหญ่ (pandemic) ของไวรัสหรือไม่ ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ

2.1 การฝ่าฝืน International Health Regulations 2005 (Violation of IHRs 2005)

ข้อ 7 ของ International Health Regulations 2005 กำหนดให้รัฐสมาชิกองค์การอนามัยโลก (The World Health Organizations: WHO) รายงานข้อมูลสาธารณสุขต่อองค์การอนามัยโลกเมื่อพบหลักฐานว่าสถานการณ์สาธารณสุขมีความไม่ปกติ (an unexpected or unusual public health event) ภายในดินแดนของรัฐ ซึ่งอาจจะก่อให้เกิดภาวะฉุกเฉินด้านสาธารณสุขระหว่างประเทศ (public health emergency of international concern: PHEIC)⁸ รายละเอียดและระยะเวลาในการรายงานดังกล่าวให้เป็นไปตามข้อ 6 ของ IHRs 2005 ที่ระบุว่า รัฐสมาชิกจะต้องรายงานข้อมูลสาธารณสุขดังต่อไปนี้ นิยามของโรค (case definition) ผลของห้องปฏิบัติการ (laboratory result) ที่มาของโรค (source) ประเภทของความเสียหาย จำนวนผู้ป่วยและผู้เสียชีวิต สภาพที่มีผลต่อการแพร่กระจายของโรค มาตรการทางการแพทย์ที่ใช้ในการยับยั้งโรค ตลอดจนอุปสรรคและความช่วยเหลือที่ต้องการในการจัดการแพร่ระบาดของโรคจะอยู่ในระดับภาวะฉุกเฉินด้านสาธารณสุขระหว่างประเทศ ภายใน 24 ชั่วโมง นับแต่มีการประเมินข้อมูลสาธารณสุข

การที่รัฐสมาชิก WHO ฝ่าฝืนข้อ 6 และ 7 ของ IHRs จะถือว่ารัฐดังกล่าวกระทำความผิดในทางระหว่างประเทศหรือไม่ มีประเด็นที่ต้องพิจารณา 2 ประการ

⁶ See James Crawford, "Internationally Wrongful Acts," *Max Planck Encyclopaedias of International Law II*, (Oxford: Oxford University Press, 1995), 1398-1403.

⁷ การปรากฏของกฎเกณฑ์ในกฎหมายระหว่างประเทศ 3 รูปแบบที่กล่าวถึงเป็นไปตามทฤษฎีที่มีของกฎหมายระหว่างประเทศ (the sources doctrine) ที่ถือข้อ 38 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (the statute of the International Court of Justice) เป็นที่มีของกฎหมายระหว่างประเทศทั้งระบบ อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีที่มีของกฎหมายระหว่างประเทศนั้น อาจไม่จำกัดเฉพาะที่ปรากฏในข้อที่ 38 เท่านั้น แต่ยังอาจอยู่ในรูปของแนวปฏิบัติ (Guidelines) หรือ หลักจรรยาบรรณ (Code of conduct) ที่ทำขึ้นระหว่างรัฐกับรัฐ หรือรัฐกับเอกชน

⁸ Article 7 of IHRs 2005 states that "[i]f a State Party has evidence of an unexpected or unusual public health event within its territory, irrespective of origin or sources, which may constitute a public health emergency of international concern, it shall provide to WHO all relevant public health information. In such a case, the provisions of Article 6 shall apply in full".

ประการแรก สถานะของ IHRs 2005 ในระบบกฎหมายระหว่างประเทศ

IHRs 2005 ไม่ได้มีสถานะเป็นสนธิสัญญา (treaty) ตามนิยามของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา (Vienna Convention on the Law of Treaties 1969) เนื่องจาก IHRs 2005 ถูกบัญญัติขึ้นโดยสมัชชาสุขภาพ (Health Assembly) ตามข้อ 21 ของธรรมนูญองค์การอนามัยโลก (WHO Constitution) ซึ่งให้อำนาจหน้าที่แก่สมัชชาสุขภาพในการบัญญัติกฎเกณฑ์หรือมาตรการในเรื่องดังต่อไปนี้

- (1) ข้อกำหนดและกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพอนามัยและการกักกันเพื่อควบคุมโรค (quarantine) เพื่อป้องกันการแพร่ระบาดของโรคในทางระหว่างประเทศ
- (2) ชื่อของโรค สาเหตุของการเสียชีวิต และทางปฏิบัติด้านสาธารณสุข
- (3) มาตรฐานที่เกี่ยวข้องกับการวินิจฉัยโรคเพื่อใช้ในทางระหว่างประเทศ
- (4) มาตรฐานความปลอดภัย ความสะอาดของผลิตภัณฑ์ทางชีววิทยาและผลิตภัณฑ์ทางการแพทย์
- (5) กำหนดผลและการโฆษณาผลิตภัณฑ์ทางชีววิทยาและผลิตภัณฑ์ทางการแพทย์

แม้ว่าบทบัญญัติใน IHRs 2005 จะไม่ได้มีสถานะเป็นสนธิสัญญาที่มีผลผูกพันรัฐสมาชิก WHO โดยตรง แต่ด้วยเหตุที่ IHRs 2005 ถูกบัญญัติขึ้นภายใต้ขอบเขตของธรรมนูญองค์การอนามัยโลกที่มีสถานะเป็นสนธิสัญญา สมัชชาสุขภาพจึงมีอำนาจในการบัญญัติ IHRs 2005 และด้วยเหตุที่เนื้อหาของ IHRs 2005 นั้น อยู่ภายในขอบเขตของข้อ 21 ธรรมนูญองค์การอนามัยโลก IHRs 2005 จึงมีความชอบธรรมในทางกฎหมาย และมีผลผูกพันรัฐสมาชิก WHO ในลักษณะเดียวกันกับมติคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติที่บัญญัติขึ้นภายใต้ขอบเขตของข้อ 42 แห่งกฎบัตรองค์การสหประชาชาติ (UN Charter) กล่าวคือ แม้ว่ามติคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติจะไม่ได้มีสถานะเป็นที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศ (source of international law) ตามข้อ 38 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ แต่กฎบัตรองค์การสหประชาชาติข้อ 42 ได้ให้อำนาจคณะมนตรีฯ ในการบัญญัติมติที่กำหนดมาตรการที่จำเป็นให้รัฐสมาชิกปฏิบัติตามเพื่อที่จะรักษาความมั่นคงและความสงบระหว่างประเทศ มติที่บัญญัติขึ้นภายใต้ขอบเขตดังกล่าวจึงมีความชอบธรรมทางกฎหมายและมีผลผูกพันรัฐสมาชิกองค์การสหประชาชาติ แม้ว่ามติดังกล่าวจะไม่ได้มีสถานะเป็นสนธิสัญญา⁹

ประการที่สอง ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นถือเป็นการฝ่าฝืนข้อ 6 และ 7 ของ IHRs หรือไม่

พันธกรณีสำคัญของรัฐสมาชิก WHO ตามข้อ 6 และ 7 ของ IHRs คือการรายงานข้อมูลสาธารณสุขอาทิ ที่มาของโรค (source) ภายใน 24 ชั่วโมง นับแต่มีการประเมินข้อมูลสาธารณสุขแล้วพบว่าจะมีโอกาสที่สถานการณ์ของโรคจะยกระดับเป็นภาวะฉุกเฉินด้านสาธารณสุขระหว่างประเทศ (PHEIC) ทั้งนี้ธรรมนูญองค์การอนามัยโลกได้ให้นิยาม “ภาวะฉุกเฉินด้านสาธารณสุขระหว่างประเทศ (PHEIC)” ให้หมายถึง เหตุการณ์ด้านสาธารณสุขที่ก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อประเทศอื่น ๆ จากการแพร่ระบาดระหว่างประเทศและต้องอาศัยความร่วมมือจากนานาประเทศในการรับมือเหตุการณ์นั้น

⁹ See Niels Blokker, “Is the Authorization Authorized? Powers and Practice of the UN Security Council to Authorize the Use of Force by ‘Coalitions of the Able and Willing’,” *European Journal of International Law* 11 (2000): 541-568.

จากข้อเท็จจริงที่มีการนำเสนอผ่านสื่อต่างประเทศ พบว่า รัฐบาลจีนใช้เวลาเกินกว่า 48 ชั่วโมงในการเปิดเผยข้อมูลรหัสพันธุกรรมของไวรัส COVID-19 ต่อ WHO ซึ่งการแจ้งดังกล่าวนี้เกิดขึ้นภายหลังจากที่ห้องปฏิบัติการได้เปิดเผยรหัสพันธุกรรมของไวรัส COVID-19 บนเว็บไซต์ของนักไวรัสวิทยา (virologist) เมื่อวันที่ 11 มกราคม พ.ศ. 2563 ภายหลังจากมีการตรวจพบผู้ป่วยและเสียชีวิตเป็นจำนวนมากจากอาการปอดบวมโดยไม่ทราบสาเหตุ (pneumonia of unknown cause) ในช่วงเดือนธันวาคม พ.ศ. 2562¹⁰ นอกจากนี้ สำนักข่าว CNN ยังรายงานว่ารัฐบาลจีนพยายามที่จะจำกัดการเผยแพร่ข้อมูลการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับต้นตอของไวรัส COVID-19 โดยนักวิจัยในสาธารณรัฐประชาชนจีนที่ต้องการจะเผยแพร่ข้อมูลดังกล่าวจะต้องผ่านการตรวจสอบและได้รับอนุญาตจากรัฐบาลก่อนการตีพิมพ์ข้อมูล¹¹

การที่รัฐบาลจีนในฐานะสมาชิกองค์การอนามัยโลกแจ้งข้อมูลสาธารณสุขล่าช้าเกินกว่า 24 ชั่วโมงนับแต่มีการตรวจพบผู้ป่วยและผู้เสียชีวิตจากอาการปอดบวมโดยไม่ทราบสาเหตุจำนวนมากและได้ศึกษารหัสพันธุกรรมของไวรัส เป็นการฝ่าฝืนข้อ 6 และ 7 ของ IHRs 2005¹² อันเป็นการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศ (Internationally Wrongful Act) โดยไม่ต้องพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวของรัฐบาลจีนสร้างความเสียหายต่อรัฐอื่นหรือปัจเจกชนหรือไม่ เพราะไม่ปรากฏว่าบทบัญญัติของ IHRs 2005 และธรรมนูญองค์การอนามัยโลก บัญญัติให้การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าวจะต้องสร้างความเสียหายต่อรัฐหรือปัจเจกชนอื่นจึงจะถือเป็นการละเมิดพันธกรณีตาม IHRs 2005 หรือธรรมนูญองค์การอนามัยโลก แต่กรณีที่รัฐบาลจีนขัดขวางการเผยแพร่ข้อมูลที่มาของการแพร่ระบาดของไวรัส COVID-19 โดยนักวิจัยนั้นไม่ถือเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติของ IHRs 2005 โดยเฉพาะข้อ 6 และ 7 โดยตรง หากแต่การกระทำดังกล่าวย่อมเป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์ของธรรมนูญองค์การอนามัยโลกที่ต้องการให้ทุกคนมีสุขภาพที่ดีเท่าที่จะเป็นไปได้¹³ ซึ่งการเปิดเผยข้อมูลวิจัยที่มาของโรคย่อมเป็นประโยชน์โดยตรงต่อแนวทางการรักษาและยับยั้งการระบาดของโรค ที่รัฐสมาชิกองค์การอนามัยโลกมีพันธกรณีในการไม่กระทำการใดอันเป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาตามข้อ 18 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา¹⁴

¹⁰ The Associated Press, "China Delayed Releasing Coronavirus Infor, Frustrating WHO," *AP News*, 3 June 2020. <https://apnews.com/3c061794970661042b18d5aeaad9fae>. Retrieved on 2 July 2020. But See "China Rejects Report that It Delayed COVID-19 Information Sharing with WHO." *Reuters*, 3 June 2020. <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-china-who/china-rejects-report-that-it-delayed-covid-19-information-sharing-with-who-idUSKBN23A0YM>. Retrieved on 2 July 2020.

¹¹ Nectar Gan et al, "Beijing Tightens Grip Over Coronavirus Research, Amid US-China Row on Virus Origin." *CNN*, 16 April 2020. <https://edition.cnn.com/2020/12/04/asia/china-coronavirus-research-restrictions-intl-hnk/index.html>. Retrieved on 2 July 2020

¹² See e.g. Armin Von Bogdandy & Pedro A. Villarreal, "International Law on Pandemic Response: A First Stocktaking in Light of the Coronavirus Crisis," *MPIL Research Paper Series*, (2020-07): 6-7.

¹³ Article 1 of WHO Constitution states that "[t]he objective of the World Health Organization (hereinafter called the Organization) shall be the attainment by all peoples of the highest possible level of health."

¹⁴ Article 18 of Vienna Convention of the Law of Treaties states that "[a] State is obliged to refrain from acts which would defeat the object and purpose of a treaty when:

(a) it has signed the treaty or has exchanged instruments constituting the treaty subject to ratification, acceptance or approval, until it shall have made its intention clear not to become a party to the treaty; or

(b) it has expressed its consent to be bound by the treaty, pending the entry into force of the treaty and provided that such entry into force is not unduly delayed."

2.2 หลักการใช้ความระมัดระวัง (Due diligence)

นอกเหนือจากพันธกรณีที่รัฐสมาชิก WHO มีตาม IHRs 2005 และธรรมนูญองค์การอนามัยโลกแล้ว รัฐสมาชิกองค์การอนามัยโลก ยังมีพันธกรณีตามหลักการใช้ความระมัดระวัง (Due diligence) ซึ่งเป็นหนึ่งในหลักกฎหมายทั่วไป (General Principles of Law) ที่ Max Huber อนุญาโตตุลาการในคดี *Island of Palmas (The Netherlands v. The United States)* วางหลักไว้ว่า “อำนาจอธิปไตยในทางดินแดนเกี่ยวข้องกับสิทธิ แต่เพียงผู้เดียวของรัฐที่จะกระทำการใดก็ได้ในดินแดนของตน แต่สิทธิดังกล่าวนี้มาพร้อมกับหน้าที่ของรัฐที่จะต้องป้องกันมิให้การกระทำในดินแดนของตนส่งผลกระทบต่อสิทธิของรัฐอื่น โดยเฉพาะบูรณภาพ (integrity) และความล่วงละเมิดมิได้ (inviolability) ของรัฐที่มีทั้งในยามปกติและยามสงคราม”¹⁵

ด้วยเหตุที่หลักการใช้ความระมัดระวัง (Due diligence) เป็นหลักกฎหมายทั่วไปจึงมีผลผูกพันรัฐทุกรัฐเป็นการทั่วไป (erga omnes) ไม่ว่ารัฐนั้นจะเป็นสมาชิกองค์การอนามัยโลกหรือไม่¹⁶ Antonio Coco และ Talita de Souza Dias¹⁷ เห็นว่า หากรัฐปล่อยให้เกิดการระบาดของไวรัส COVID-19 และพิสูจน์ได้ว่ารัฐไม่ได้ใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอในการป้องกันการแพร่ระบาดของไวรัส ถือได้ว่ารัฐไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีที่มิตามหลักการใช้ความระมัดระวัง เพราะหลักการใช้ความระมัดระวังนั้นครอบคลุมถึงกิจกรรมทุกอย่างในดินแดนของรัฐ ไม่ว่ากิจกรรมนั้นจะเกิดขึ้นจากรัฐหรือเกิดขึ้นจากปัจเจกชนที่อยู่ในดินแดนของรัฐ หรือเป็นกิจกรรมที่ขอบด้วยกฎหมายหรือไม่ขอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น หากรัฐไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการควบคุมภัยธรรมชาติที่เกิดขึ้นในดินแดนของตนไม่ให้เกิดผลกระทบต่อรัฐอื่น โดยที่รัฐดังกล่าวสามารถใช้ความระมัดระวังได้ จะถือว่ารัฐดังกล่าวกระทำความผิดในทางระหว่างประเทศ (commit an internationally wrongful act)

ผู้เขียนเห็นว่าความเห็นของ Antonio Coco และ Talita de Souza Dias ในการปรับใช้หลักความระมัดระวังกับกรณีการแพร่ระบาดใหญ่ของไวรัส COVID-19 ที่อาจจะมิต้นต่อมาจากสาธารณสุขประชาชนจีน นั้นคลาดเคลื่อนไปหลักการใช้ความระมัดระวังที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้วางหลักไว้ กล่าวคือ หลักการใช้ความระมัดระวังนั้นไม่ได้เป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปภายใต้ระบบกฎหมายระหว่างประเทศ (no broad rule of due diligence) แต่เป็นกฎเกณฑ์ที่ยุติธรรมในลักษณะเดียวกันกับกฎเกณฑ์ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ ที่จะต้องมีการพิจารณาพันธกรณีปฐมภูมิที่อาจจะปรากฏตามสนธิสัญญา กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือหลักกฎหมายทั่วไป ดังนั้นการปรับใช้หลักการใช้ความระมัดระวังจึงต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเฉพาะกรณี (case-by-case analysis) กล่าวคือ ระดับความระมัดระวัง (level of care) จะเป็นไปตามพันธกรณีที่รัฐมีภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ¹⁸ หากพันธกรณีดังกล่าวกำหนดให้รัฐใช้ความระมัดระวังระดับใด และรัฐได้ใช้ความระมัดระวัง

¹⁵ *The Island of Palmas (United States of America v. The Netherlands)*, 4 April 1928, Reports of International Arbitral Awards, United Nations, Vol. II, p 839.

¹⁶ Timo Kolvurova, Due Diligence [Online], *Max Planck Encyclopedias of International Law*. February 2010. <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1034>. Retrieved on 3 July 2020

¹⁷ Antonio Coco & Talita de Souza Dias, Part I : Due Diligence and COVID-19: States' Duties to Prevent and Halt the Coronavirus Outbreak [Online], *EJIL:Talk!*. 24 March 2020. <https://www.ejiltalk.org/part-i-due-diligence-and-covid-19-states-duties-to-prevent-and-halt-the-coronavirus-outbreak/> Retrieved on 3 July 2020.

¹⁸ James Crawford. *State Responsibility: The General Part* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), 219-232.

ระดับดังกล่าว แม้จะไม่สามารถป้องกันผลเสียที่เกิดขึ้นกับรัฐอื่น ก็ไม่ถือว่ารัฐได้กระทำการผิดในทางระหว่างประเทศ

ในคดี *Corfu Channel (The United Kingdom v. Albania)* เรือรบของอังกฤษได้รับความเสียหายจากกับระเบิดที่อยู่บริเวณทะเลอาณาเขตของแอลเบเนีย อังกฤษจึงฟ้องแอลเบเนียต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศว่าละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศตามหลักการใช้ความระมัดระวัง ในการตัดสินใจ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศระบุอย่างชัดเจนว่าพันธกรณีในการใช้ความระมัดระวังนั้นอยู่บนพื้นฐานของหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยมนุษยธรรม (elementary of humanity) และเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารทางทะเล (freedom of maritime communication)¹⁹ และในคดี *Pulp Mills (Argentina v. Uruguay)* ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ค้นหาคำอธิบายในการปฏิบัติตามหลักการใช้ความระมัดระวังของอุรุกวัยจากสนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างอุรุกวัยกับอาร์เจนตินาที่ระบุว่า หน้าที่รัฐสมาชิกในการป้องกันผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมที่อาจเกิดขึ้นมีอะไรบ้าง เพื่อที่จะพิจารณาว่าอุรุกวัยไม่ได้ปฏิบัติตามหลักการใช้ความระมัดระวังหรือไม่²⁰ จะเห็นได้ว่าหลักการใช้ความระมัดระวังไม่ใช่กฎเกณฑ์ในกฎหมายระหว่างประเทศที่สามารถบังคับใช้ได้ด้วยตัวเอง (not a free-standing rule) ดังนั้น การที่จะพิจารณาว่าจีนไม่ปฏิบัติตามหลักการใช้ความระมัดระวัง จะต้องค้นหามีกฎเกณฑ์ใดในกฎหมายระหว่างประเทศที่ผูกพันจีนให้ต้องป้องกันการแพร่ระบาดใหญ่ของโรคหรือไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติในธรรมนูญองค์การอนามัยโลกและ IHRs 2005 ไม่พบว่ามีข้อกำหนดอย่างชัดเจนให้รัฐสมาชิกองค์การอนามัยโลกมีหน้าที่ในการป้องกันการแพร่ระบาดใหญ่ เพียงแต่กำหนดหน้าที่ในการให้ความร่วมมือและเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับโรคกับองค์การอนามัยโลกเท่านั้น ความเห็นของ Antonio Coco และ Talita de Souza Dias ที่ปรับใช้หลักการใช้ความระมัดระวังเพียงอย่างเดียวกับจีนอาจจะเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง

2.3 การดำเนินคดีกับรัฐต้นตอของการแพร่ระบาดใหญ่ไวรัส COVID-19 และการเรียกร้องค่าเสียหายภายใต้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

แม้ว่ารัฐที่เป็นต้นตอของการแพร่ระบาดใหญ่ไวรัส COVID-19 ที่เป็นสมาชิกองค์การอนามัยโลก อาจมีความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศ หากพิสูจน์ได้ว่ารัฐดังกล่าวละเลยการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับไวรัส แก่องค์การอนามัยโลกภายในระยะเวลาที่กำหนดตามข้อ 6 ของ IHRs 2005 แต่การจะดำเนินคดีกับรัฐดังกล่าวต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ดังเช่นข้อพิพาทกรณีอื่น มีข้อพิจารณาขั้นแรกคือ กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐภายใต้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศต้องอาศัยความยินยอม (consent) ของรัฐคู่กรณีตามข้อ 36 วรรคแรก ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (Statute of the International Court of Justice) การยินยอมดังกล่าวอาจเกิดขึ้นโดยรัฐคู่กรณีตกลงที่จะนำคดีขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก่อนกระบวนการพิจารณา เช่น มีระบุในสนธิสัญญาที่กระหว่างกันว่าหากมีข้อพิพาทในการตีความสนธิสัญญา ให้นำข้อพิพาทดังกล่าวขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ หรือการตกลงโดยปริยาย คือ รัฐคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องเพื่อต่อสู้คดีโดยไม่คัดค้านเขตอำนาจศาลโลก

¹⁹ *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*, Judgement, 9 April 1949, ICJ Reports 1949, p. 22.

²⁰ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgement, 20 April 2010, ICJ Reports 2010, para 101.

ข้อ 75 ของธรรมนูญองค์การอนามัยโลก กำหนดว่า หากมีกรณีประเด็นคำถามหรือกรณีพิพาทเรื่องการตีความหรือการปรับใช้ข้อบทตามธรรมนูญนี้ซึ่งไม่สามารถยุติได้โดยการเจรจาหรือโดยมติสมัชชาสุขภาพต้องนำประเด็นคำถามหรือข้อพิพาทดังกล่าวขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ เว้นเสียแต่ว่าคู่กรณีจะสามารถตกลงกันในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอื่น ข้อ 75 นี้ถือเป็นการที่รัฐสมาชิกขององค์การอนามัยโลกยอมรับเขตอำนาจของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับข้อบทของธรรมนูญองค์การอนามัยโลกโดยผลของการที่รัฐผูกพันตนเองต่อธรรมนูญองค์การอนามัยโลกในฐานะที่เป็นสนธิสัญญา ดังนั้นข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องด้วยการไม่ปฏิบัติตาม ข้อ 6 และ 7 ของ IHRs ซึ่งอยู่ภายใต้ข้อ 21 ของธรรมนูญองค์การอนามัยโลก จึงอาจถูกนำขึ้นสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ หาก (1) รัฐพิพาทไม่สามารถยุติข้อพิพาทโดยการเจรจา หรือ (2) หากสมัชชาสุขภาพไม่สามารถดำเนินการระงับข้อพิพาทในการตีความได้ หรือ (3) หากคู่กรณีไม่สามารถยุติข้อพิพาทโดยวิธีการอื่น

อย่างไรก็ดี โอกาสที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะตัดสินให้รัฐที่เป็นต้นตอของการแพร่ระบาดใหญ่ไวรัส COVID-19 ชำระค่าเสียหายเป็นตัวแทนแก่รัฐที่ได้รับผลกระทบจากการแพร่ระบาดใหญ่นั้นมีน้อยมาก เนื่องจากตามแนวทางที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเคยตัดสินไว้ในคดี *Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* ว่า รัฐที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำผิดระหว่างประเทศโดยรัฐอื่นจะมีสิทธิได้รับการเยียวยาผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายระหว่างประเทศ ให้สามารถคืนกลับสู่สภาพเดิม ตามที่ศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศ (Permanent Court of International Justice) เคยกล่าวไว้ในคดี *Factory at Chorzów*²¹ และรัฐที่เป็นผู้เสียหายจากการกระทำผิดระหว่างประเทศมีสิทธิได้รับค่าเสียหายเป็นตัวแทน²² แต่การจะกำหนดค่าเสียหายเป็นตัวแทนนั้น ศาลฯ จะต้องพิจารณาถึงความเชื่อมโยงระหว่างการกระทำผิดระหว่างประเทศกับผลที่เกิดขึ้น ซึ่งในข้อพิพาทนี้ คือ การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ว่ามีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับการกระทำของเซอร์เบียและมอนเตเนโกรหรือไม่ ศาลฯ ได้พิจารณาแล้วว่าแม้ว่าเซอร์เบียและมอนเตเนโกรจะไม่ใช้ความระมัดระวังตามพันธกรณีที่มีตามอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide) แต่ศาลฯ ได้พิเคราะห์แล้วว่า หากเซอร์เบียและมอนเตเนโกรได้ใช้ความระมัดระวังดังกล่าว การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ก็อาจจะยังเกิดขึ้นอยู่ ดังนั้น จึงไม่เป็นการสมควรที่ศาลฯ จะกำหนดค่าเสียหายเป็นตัวแทนให้แก่บอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา เนื่องจากไม่ปรากฏว่ามีความสัมพันธ์อย่างชัดเจนระหว่างเหตุ (การไม่ป้องกันและลงโทษอาชญากรรมฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์) และผล (การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์) ศาลฯ จึงเห็นควรใช้วิธีการเยียวยาโดยการประกาศว่าเซอร์เบียและมอนเตเนโกรไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีที่มีอยู่ในอนุสัญญาฯ เพื่อป้องกันการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์²³

ในการคำนวณค่าเสียหายเป็นตัวแทน ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศให้ความสำคัญกับการปรับใช้หลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำ (causation) โดยปรับใช้หลักดังกล่าวอย่างแคบ

²¹ *the Factory at Chorzów (Germany v. Poland)*, Judgement, 13 September 1928, PCIJ Series A No.17, p 47.

²² *Gabčíkovo – Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, Judgement, 25 September 1997, ICJ Reports 1997, para 152.

²³ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgement, 26 February 2007, ICJ Reports 2007, para 462-463.

(*conditio sine quo non*) กล่าวคือ หากการป้องกันและลงโทษทางอาญาฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ไม่สามารถป้องกันการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ได้หนึ่งร้อยเปอร์เซ็นต์ จะไม่ถือว่ามีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล²⁴ ดังนั้นหากรัฐที่ได้รับความเสียหายการแพร่ระบาดใหญ่ของไวรัส COVID-19 ต้องการเรียกร้องค่าเสียหายเป็นตัวแทนจากรัฐที่เป็นต้นเหตุของการระบาดใหญ่ จะต้องพิสูจน์ว่า หากรัฐต้นเหตุได้ใช้ความระมัดระวังในการเผยแพร่ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับไวรัส COVID-19 ต่อองค์การอนามัยโลกภายในเวลาที่กำหนด รัฐผู้เสียหายจะไม่มีผู้ติดเชื้อหรือผู้เสียชีวิตจากไวรัส และไม่ได้รับผลกระทบทางเศรษฐกิจจากเหตุดังกล่าว ซึ่งเป็นเรื่องที่ท้าทายมากสำหรับรัฐที่ได้รับความเสียหายว่าจะสามารถพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผลของการกระทำอย่างแคบได้ เพราะการแพร่ระบาดใหญ่นั้น มีเหตุปัจจัยอื่นที่เกี่ยวข้อง อาทิ เสรีภาพในการเดินทางของปัจเจกชน หรือหน้าที่ขององค์การอนามัยโลกในการแนะนำแนวทางการป้องกันการระบาดใหญ่ หรือหากศาลฯ ปรับใช้หลักความใกล้ชิดกับผล (proximate cause) การไม่ป้องกันการแพร่ระบาดใหญ่ของไวรัส COVID-19 อาจจะไม่เป็นเหตุที่ใกล้ชิดกับผลของการกระทำ เพราะเป็นการยากที่รัฐคู่กรณีจะพิสูจน์การคาดเห็นได้ (foreseeability) และหลักเหตุผลตามกฎของธรรมชาติ (natural sequence)²⁵ ของรัฐที่เป็นต้นเหตุแห่งการแพร่ระบาดใหญ่ เนื่องจากไวรัส COVID-19 เป็นไวรัสสายพันธุ์ใหม่ ซึ่งยังไม่มีผลทางวิทยาศาสตร์และข้อมูลทางสถิติที่แน่ชัดที่ยืนยันรูปแบบการติดเชื้อและระดับความรุนแรงของเชื้อไวรัสก่อนที่จะมีการแพร่ระบาดใหญ่

3. การฟ้องรัฐต้นเหตุการแพร่ระบาดใหญ่ของไวรัส COVID-19 ต่อศาลภายในของรัฐ

ปัจเจกชนในสหรัฐอเมริกาได้รวมตัวกันดำเนินคดีแบบกลุ่ม (class action) กับรัฐบาลจีนหรือพรรคคอมมิวนิสต์จีนต่อศาลภายในมลรัฐของสหรัฐอเมริกาหลายคดี²⁶ โดยมูลเหตุแห่งการฟ้องคดีมีความเกี่ยวข้องกับ ความเสียหายที่ปัจเจกชนได้รับจากการแพร่ระบาดใหญ่ของไวรัส COVID-19 จึงขอยกตัวอย่าง 1 คดีที่อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาล คือ *Alters v. People's Republic of China*²⁷ ที่เกิดขึ้น ณ ศาลมลรัฐฟลอริดา ระหว่างปัจเจกชนนำโดย Logan Alters ในฐานะโจทก์ กับ รัฐบาลจีน และหน่วยงานภายในรัฐบาลจีน อาทิ คณะกรรมการสุขภาพ และกระทรวงการจัดภาวะฉุกเฉิน รวมถึงพรรคคอมมิวนิสต์จีน ในฐานะจำเลย โจทก์ได้กล่าวหาว่าจำเลยกระทำการโดยประมาทในการไม่ป้องกันการแพร่ระบาดใหญ่ของไวรัส COVID-19 อันทำให้ไวรัสแพร่ระบาดมายัง

²⁴ See H.L.A. Hart & Tony Honore, *Causation in the Law* 2nd edition (Oxford: Clarendon Press, 1985), 109-129. อย่างไรก็ตาม หลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลการกระทำไม่ได้จำกัดเพียงการปรับใช้อย่างแคบ (*conditio sine qua non*) แต่ยังมีการหาเหตุที่ใกล้ชิดกับผล (proximate cause) ด้วย ซึ่งบางกรณี เหตุแทรกแซงอาจไม่ได้ตัดความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลการกระทำ และในบางกรณีศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ปรับใช้หลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำโดยพิจารณาถึงความใกล้ชิดระหว่างการกระทำและผลของการกระทำ ตัวอย่างเช่น ในคดี *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* ศาลฯ วิเคราะห์ว่าการสนับสนุนทางการเงินของรัฐบาลสหรัฐฯ แก่กลุ่ม Contras นั้นยังไม่เป็นเหตุที่ชัดเจนว่า การสนับสนุนดังกล่าวจะเป็นเหตุให้กลุ่ม Contras ใช้กำลัง (use force) เพื่อต่อสู้กับรัฐบาลนิการากัว แต่การสนับสนุนโดยการมอบอาวุธหรือช่วยเหลือด้านการขนส่ง (weapons and logistic supports) เป็นการกระทำที่ใกล้ชิดเพียงพอที่จะทำให้ Contras สามารถใช้กำลังกับรัฐบาลนิการากัวได้ (โปรดดูในคำตัดสิน ย่อหน้าที่ 228)

²⁵ See Jankiewicz, Castellanos León, *Causation and International State Responsibility* [Online], 15 January 2012 <http://www.sharesproject.nl/wp-content/uploads/201201/Castellanos-Causation-and-International-State-Responsibility1.pdf>. Retrieved on 30 June 2020

²⁶ Asher Stockler, "At Least Four Class-Action Suits Filed Against China, Seeking Trillions Over Coronavirus Outbreak in U.S.," *Newsweek*, 16 April 2020. <https://www.newsweek.com/china-class-action-lawsuits-covid-191498400-> Retrieved on 5 July 2020

²⁷ *Alters v. People's Republic of China*, No. 1:20-cv-21108 (S.D. Fla. Mar. 12, 2020)

สหรัฐอเมริกาและส่งผลกระทบต่อโจทก์ทั้งหลายได้รับความเสียหายทางจิตใจ ก่อให้เกิดความเครียด (emotional distress) ความเสียหายทางเศรษฐกิจ (economic loss) และทรัพย์สิน (property damage) ถือเป็นที่ยำเลยกระทำละเมิด (tort) ต่อโจทก์ และโดยผลเสียหายที่เกิดขึ้นต่อโจทก์และประเทศสหรัฐอเมริกาในวงกว้าง การกระทำของจำเลยจึงถือเป็นการก่อการร้าย (act of terrorism) โดยในคำฟ้องระบุข้อยกเว้นความคุ้มกันของรัฐที่ปรากฏในรัฐบัญญัติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศ (Foreign Sovereign Immunities Act 1976-FSIA)

จากกรณีข้างต้นก่อให้เกิดคำถามว่า ปัจเจกชนสามารถดำเนินคดีกับรัฐต่างประเทศต่อศาลภายในของรัฐได้หรือไม่ โดยหลักการแล้ว ในสังคมระหว่างประเทศ รัฐทุกรัฐมีอำนาจอธิปไตยเท่าเทียมกัน รัฐใดรัฐหนึ่งจึงไม่สามารถอ้างตุลาณา (jurisdiction)²⁸ เหนือรัฐอื่นได้โดยปราศจากความยินยอมได้²⁹ รัฐจึงอุปโลกความคุ้มกันจากศาลภายในของรัฐอื่นซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่ได้รับการรับรองเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ³⁰ อย่างไรก็ตาม รัฐอาจไม่สามารถอ้างความคุ้มกัน (state immunity) ได้ หากไม่ใช่กรณีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำของรัฐ (*acta jure imperii*) เช่น กิจกรรมทางการค้า (commercial acts) หรือทางส่วนตัว (private acts)

การแยกการกระทำของรัฐ (*acta jure imperii*) ออกจากการกระทำทางการค้าหรือทางส่วนตัว (*acta jure gestionis*) จะพิจารณาจากกฎหมายภายในของศาลที่จะพิจารณาคดี (forum state) สำหรับสหรัฐอเมริกา มีกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับการยกเว้นความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศอยู่สองกรณี

กรณีแรก รัฐบัญญัติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศ (Foreign Sovereign Immunities Act 1976) ระบุว่ารัฐต่างประเทศและหน่วยงานของรัฐต่างประเทศมีความคุ้มกันจากการถูกดำเนินคดี (immunity from adjudication) และการบังคับคดี (immunity from execution) โดยศาลภายในของสหรัฐอเมริกา ทั้งระดับสหพันธรัฐและมลรัฐ เว้นแต่เป็นกรณีที่รัฐต่างประเทศกระทำในทางการค้า หรือการทำละเมิด³¹

ส่วนกรณีที่สอง หากเป็นกรณีการกล่าวหาว่ารัฐต่างประเทศว่ากระทำการก่อการร้าย หรือสนับสนุนการก่อการร้าย (state-sponsored terrorism) จะต้องมีการประกาศอย่างเป็นทางการจากรัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกาเสียก่อนว่า รัฐต่างประเทศดังกล่าวเป็นผู้สนับสนุนการก่อการร้าย ภายใต้มาตรา 6 (เจ) รัฐบัญญัติการจัดการส่งออก (Export Administration Act) มาตรา 40 รัฐบัญญัติการควบคุมการส่งออกอาวุธ (Arms Export Control Act) มาตรา 620 (เอ) รัฐบัญญัติความช่วยเหลือต่างประเทศ (Foreign Assistance Act) จึงจะเป็นเหตุยกเว้นความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศ³² ซึ่ง ณ ปัจจุบันยังไม่มีประกาศจากรัฐบาลกลางสหรัฐฯ ในเรื่องดังกล่าว

²⁸ นักวิชาการและนักกฎหมายระหว่างประเทศแปลคำว่า “jurisdiction” ในภาษาไทยที่แตกต่างกัน อาทิ ศ.ดร. จุมพต สายสุนทร ใช้คำว่า “เขตอำนาจ” ซึ่งอาจจะก่อให้เกิดความสับสนกับคำว่า “เขตอำนาจศาล” ในระบบกฎหมายภายใน ส่วน รศ.นพนิติ สุริยะ ใช้คำว่า “ตุลาณา” ซึ่งหมายถึงอำนาจที่ใช้โดยรัฐเหนือตัวบุคคล ทรัพย์สิน หรือเหตุการณ์ โปรดดู นพนิติ สุริยะ. *Lecture Notes กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2*. พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), น. 38

²⁹ See Sompong Sucharitkul, “Immunities of Foreign States Before National Authorities,” *Recueil des Cours* 149 (1976): 87.

³⁰ Xiaodong Yang. *State Immunity in International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), pp 34-37.

³¹ David P. Stewart, The Foreign Sovereign Immunities Act: A Guide for Judges [Online], *Federal Judicial Center*, 2013. <https://www.fjc.gov/sites/default/files/2014/FSIAGuide2013.pdf> Retrieved on 5 July 2020.

³² Stephen L. Carter, “No. China Can’t be Sued Over Coronavirus,” *Bloomberg Opinion*, 25 March 2020. <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2020-03-25/can-china-be-sued-over-the-coronavirus>. Retrieved on 5 July 2020

ดังนั้นในคดี *Alters v. People's Republic of China* ที่โจทก์ฟ้องว่าการกระทำของจำเลยเป็นการก่อการร้าย จึงไม่เป็นเหตุในการยกเว้นความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศตามที่โจทก์กล่าวอ้าง

ส่วนกรณีที่โจทก์รวมกลุ่มกันฟ้องรัฐบาลจีนและหน่วยงานภายในบนพื้นฐานของละเมิด (non-commercial tort) FSIA กำหนดขอบเขตของเหตุแห่งการยกเว้นความคุ้มกันของรัฐในเรื่องละเมิดไว้อย่างกว้าง กล่าวคือ FSIA กำหนดว่า รัฐต่างประเทศจะไม่สามารถอุปโภคความคุ้มกันจากศาลภายในของสหรัฐฯ ได้ หากคดีพิพาทด้วยเรื่อง การเรียกร้องค่าเสียหายต่อรัฐต่างประเทศที่ก่อให้เกิดการบาดเจ็บ ความตาย หรือความเสียหายหรือความสูญเสีย ต่อทรัพย์สินที่เกิดขึ้นต่อผู้เสียหายในสหรัฐอเมริกา³³ คำฟ้องของโจทก์จึงอยู่ในขอบเขตของการเรียกร้อง ค่าเสียหายทางละเมิดต่อรัฐต่างประเทศตาม FSIA ประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาต่อมา คือ การกระทำละเมิด จะต้องมียุทธศาสตร์เกี่ยวกับทางดินแดน (territorial nexus) กับสหรัฐอเมริกา แนวคำพิพากษาของศาลในหลายมตรัฐ ของสหรัฐอเมริกา ระบุอย่างชัดเจนว่า การกระทำละเมิดและผลของการกระทำจะต้องเกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกา จึงจะทำให้โจทก์มีสิทธิฟ้องรัฐต่างประเทศเป็นจำเลย³⁴ อันเป็นการตีความอย่างแคบ ซึ่งต่างจากคดีพิพาททางละเมิด ระหว่างเอกชนกับเอกชนที่มียุทธศาสตร์เกี่ยวกับระหว่างประเทศ ที่ศาลมตรัฐในสหรัฐฯ ตีความอย่างกว้าง โดยพิจารณา ยุทธศาสตร์เกี่ยวกับสถานที่ที่ละเมิดเกิดขึ้น (lex loci delicti) ซึ่งตามแนวคำพิพากษา ไม่มีการกำหนดไว้ตายตัว ว่าสถานที่ใดเป็นถิ่นที่ละเมิดเกิดขึ้น³⁵ เพราะกฎเกณฑ์หนึ่งอาจเหมาะสมและเป็นธรรมสำหรับสถานการณ์หนึ่ง แต่กฎเกณฑ์เดียวกันนี้อาจไม่เหมาะสมสำหรับสถานการณ์อื่น ศาลในแต่ละมตรัฐจึงมีวิธีการพิจารณาที่แตกต่างกัน ในการค้นหาสถานที่ที่ละเมิดเกิดขึ้น อาทิ สถานที่ที่มีการกระทำอันเป็นองค์ประกอบของละเมิด³⁶ หรือสถานที่ ที่ความเสียหายได้เกิดขึ้น³⁷ หากศาลภายในของมตรัฐให้ความสำคัญกับโจทก์ (plaintiff) ซึ่งเป็นผู้เสียหายก็จะถือว่า ความเสียหายได้เกิดขึ้นกับปัจเจกชนในมตรัฐดังกล่าว แม้ว่าองค์ประกอบของการกระทำละเมิดจะไม่ได้เกิดขึ้น ทั้งหมดในสหรัฐอเมริกา แต่หากศาลภายในของมตรัฐให้ความสำคัญกับจำเลย (defendant) สถานที่ที่ละเมิดเกิด จะต้องเป็นถิ่นที่มีองค์ประกอบของการกระทำละเมิดเกิดขึ้นทั้งหมด³⁸ ดังนั้นการที่ศาลมตรัฐจะรับพิจารณาคดีนี้ จึงขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้พิพากษาว่าจะพิจารณากฎเกณฑ์ใดเป็นถิ่นที่ละเมิดได้เกิดขึ้น

ด้วยเหตุที่ศาลภายในของสหรัฐฯ มีแนวคำพิพากษาในการตีความข้อยกเว้นความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศ โดยมูลเหตุแห่งละเมิดค่อนข้างแคบ ประกอบกับข้อเท็จจริงที่ว่า การป้องกันการแพร่ระบาดใหญ่ของไวรัส COVID-19 เป็นการกระทำที่เกิดขึ้นนอกสหรัฐอเมริกา จึงมีความเป็นไปได้ไม่น้อยที่ศาลมตรัฐพลอริดาจะตัดสินว่า

³³ Section 1605 (a) (5) states that “[a] foreign state shall not be immune from the jurisdiction of court of the United States or of the States in any case [...] in which money damage are sought against a foreign state for personal injury or death, or damage to or loss of property, occurring in the United States and caused by the tortious act of omission of that foreign state or of any official or employee of that foreign state while acting within the scope of his office or employment.”

³⁴ *Asociacion de Reclamantes v. United Mexican States*, No. 735 F.2d 1517, 1524 (D.C. Cir. 1984); *Accord Frolova v. Union of Soviet Socialist Republics*, 761 F.2d 370, 379 (7th Cir. 1985). See also Judi L. Abbott. “The Noncommercial Torts Exceptions to the Foreign Sovereign Immunities Act” *Fordham International Law Journal* 9 (1985): 147.

³⁵ Symeon C. Symeonides, “Choice of Law in Cross-Border Torts: Why Plaintiffs Win and Should,” *Hastings Law Journal* 61 (2009): 344.

³⁶ *Brooks v. Gen. Cas. Co.*, No. 06-C-0996 (E.D. Wis. 2007); *Johnson v. Ford Motor Co., Inc.*, No. 01-C-8882 (N.D. Ill. 2003).

³⁷ *United States v. Nippon Paper Industries Co., Ltd.*, No. 62 F. Supp. 2d 173 (D. Mass. 1999).

³⁸ *Id.*

ศาลมีเขตอำนาจในการตัดสินคดีดังกล่าว โอกาสที่ผู้เสียหายซึ่งเป็นปัจเจกชนจะสามารถฟ้องรัฐต่างประเทศที่เป็นต้นเหตุแห่งการแพร่ระบาดใหญ่ของไวรัส COVID-19 ต่อศาลภายในของสหรัฐอเมริกาจึงมีความเป็นไปได้น้อย

ทั้งนี้ ความคุ้มกันของรัฐ (state immunity) เกี่ยวข้องอย่างมากกับหลักต่างตอบแทนระหว่างรัฐ (reciprocity) หากรัฐอนุญาตให้ปัจเจกชนฟ้องรัฐต่างประเทศต่อศาลภายในของรัฐ มีความเป็นไปได้ที่รัฐต่างประเทศที่ถูกฟ้องยอมใช้วิธีการเดียวกันกับรัฐที่ยกเว้นความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศ การเมืองระหว่างประเทศ (international politics) จึงมีความเกี่ยวข้องกับการตัดสินใจของรัฐในการยกเว้นหลักความคุ้มกันของรัฐเพื่อเปิดทางให้ปัจเจกชนได้ดำเนินคดีและเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำผิดระหว่างประเทศ โดยรัฐต่างประเทศ ในหลายกรณี รัฐที่จะยกเว้นความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศจึงต้องรับความเสี่ยงที่จะถูกยกเว้นความคุ้มกันในลักษณะเดียวกัน

4. บทสรุป

การแพร่ระบาดใหญ่ของไวรัส COVID-19 ทำให้เกิดความสูญเสียอย่างมหาศาล มีผู้เสียชีวิตทั่วโลกจำนวนมาก ผู้ติดเชื้อบางรายที่รอดชีวิตอาจมีปัญหาลุกลามในระยะยาว ธุรกิจหลายประเภทประสบปัญหาขาดทุนเนื่องจากมาตรการป้องกันการแพร่ระบาดของไวรัส ผลกระทบทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นจากการแพร่ระบาดใหญ่ของไวรัสอาจส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจทั่วโลกในระยะยาว อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นยังไม่เป็นที่ยุติว่ารัฐใดคือต้นเหตุของการแพร่ระบาดใหญ่ และการแพร่ระบาดดังกล่าวเกิดขึ้นจากการละเว้นการใช้ความระมัดระวังในการป้องกันการแพร่ระบาดใหญ่ระหว่างประเทศหรือไม่ แต่ทั้งนี้ เห็นได้อย่างชัดเจนว่า รัฐบาลจีนไม่ได้ปฏิบัติตามพันธกรณีที่มีตาม IHRs 2005 และธรรมนูญองค์การอนามัยโลกในฐานะที่เป็นสมาชิกองค์การอนามัยโลก ซึ่งก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐ (state responsibility) แก่รัฐบาลจีน

การละเมิดพันธกรณีใน IHRs 2005 และธรรมนูญองค์การอนามัยโลก ก่อให้เกิดความเสียหายจากรัฐที่ละเมิดพันธกรณีดังกล่าวเป็นคนละประเด็นกัน เพราะการพิสูจน์ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้อื่นหรือปัจเจกชนจะต้องพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลการกระทำ (causation) ซึ่งความเสียหายที่เกิดขึ้นมีเหตุภายนอกแทรกแซง (intervention) เช่น การแพร่เชื้อโดยกลุ่มผู้ติดเชื้อที่ไม่แสดงอาการ (asymptomatic groups) ทำให้การพิจารณาความเชื่อมโยงระหว่างการละเมิดพันธกรณีกับความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นทำได้ยากยิ่ง ดังนั้นมีความเป็นไปได้ว่า เมื่อมีการฟ้องคดีดังกล่าวในศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ศาลฯ อาจเยียวยารัฐผู้เสียหายโดยใช้การประกาศว่ารัฐผู้ถูกร้องละเมิดพันธกรณีที่มีในกฎหมายระหว่างประเทศ (declaratory remedy) แม้ว่ารัฐผู้เสียหายจะไม่ได้รับค่าเสียหายเป็นตัวเงิน แต่การประกาศดังกล่าวจะเป็นการยืนยันพันธกรณีที่รัฐสมาชิกองค์การอนามัยโลกต้องปฏิบัติตามเพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้น

ส่วนการที่ปัจเจกชนดำเนินคดีกับรัฐต่างประเทศภายใต้กฎหมายภายในนั้นมีโอกาสในการชนะคดีค่อนข้างยาก เนื่องจากความคุ้มกันของรัฐ (state immunity) เป็นกฎเกณฑ์ในกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญในสังคมนานาชาติและอยู่บนพื้นฐานของหลักต่างตอบแทน (reciprocity) แม้ว่ากฎหมายของสหรัฐอเมริกาจะมีหลักยกเว้นความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศภายใต้การกระทำส่วนตัวของรัฐ (*acta jure gestionis*) แต่ตาม

แนวคำพิพากษา ศาลมลรัฐตีความเหตุแห่งการยกเว้นความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศอย่างแคบ และการกระทำถูกกล่าวอ้างว่าเป็นการทำละเมิด (การป้องกันการแพร่ระบาดใหญ่ของไวรัส) เกิดขึ้นนอกสหรัฐอเมริกา จึงมีความเป็นไปได้น้อยที่ศาลมลรัฐจะตัดสินว่าศาลมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดี

การระงับข้อพิพาทภายใต้ระบบกฎหมายระหว่างประเทศระหว่างรัฐกับรัฐ จึงเป็นหนทางที่ดีที่สุดในการสร้างบรรทัดฐานทางปฏิบัติของรัฐในการเคารพกฎเกณฑ์ด้านสุขอนามัยระหว่างประเทศเพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นกับชีวิต ทรัพย์สิน และสุขภาพของปัจเจกชนในอนาคต

ข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง*

Basic concept of analogy

กรณ์กมล ประเสริฐศักดิ์

Kornkamon Prasertsak

นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

J.S.D. Candidate

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

Corresponding author E-mail: kornkamon.pra@gmail.com

(Received: June 23, 2020; Revised: August 16, 2020; Accepted: August 21, 2020)

บทคัดย่อ

การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นนิติวิธีอย่างหนึ่งตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ซึ่งตามมาตรา 4 วรรคสองดังกล่าว เป็นบทบัญญัติถึงนิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ทั้งนี้ เนื่องจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีอยู่ไม่เพียงพอหรือไม่สามารถนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้ อันทำให้เกิดเป็นช่องว่างแห่งกฎหมาย การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายจึงต้องเกิดขึ้นเพื่อให้ทุกคดีได้รับการพิจารณาบนฐานของกฎหมาย ซึ่งเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งถูกนำมาปรับใช้แก้คดีด้วยเหตุผลแห่งความเป็นธรรม โดยหากข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันหรือคล้ายคลึงกัน แต่ไม่ได้รับการพิจารณาบนฐานของกฎหมายเดียวกัน ความยุติธรรมก็ย่อมไม่เกิดขึ้น ในการศึกษาเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงศึกษาหลักในรายละเอียดต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ทั้งความหมายและลักษณะของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ แนวคิดเบื้องหลังของเรื่อง ตลอดจนการใช้เหตุผลในทางนิติศาสตร์กับการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง เพื่อเป็นองค์ความรู้นำไปพิจารณาการปรับใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งต่อไป

คำสำคัญ: การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง, นิติวิธี, ช่องว่างแห่งกฎหมาย

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์เรื่อง “ปัญหาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” หลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Abstract

Analogy is one of juristic methods under Section 4, paragraph two of the Thailand Civil and Commercial Code. According to Section 4, paragraph two, it is a provision of juristic methods to fill the gap in the law. In consequence of the provisions of the existing written law are insufficient or cannot be applied to the fact, causing legal gaps. Therefore, filling the gaps occur for every case to be considered by the law. In which case, analogy is applied to the case for justice. If the same or similar cases are not considered based on the same law, justice will not happen. For these reason, the author has studied in details such as the meaning and characteristics of analogy, historical background, concepts of analogy, and the legal reasoning and reasoning by analogy in order to be a knowledge to consider and apply the law by analogy.

Keywords: Analogy, Juristic Method, Gap in the Law

1. คำนำ

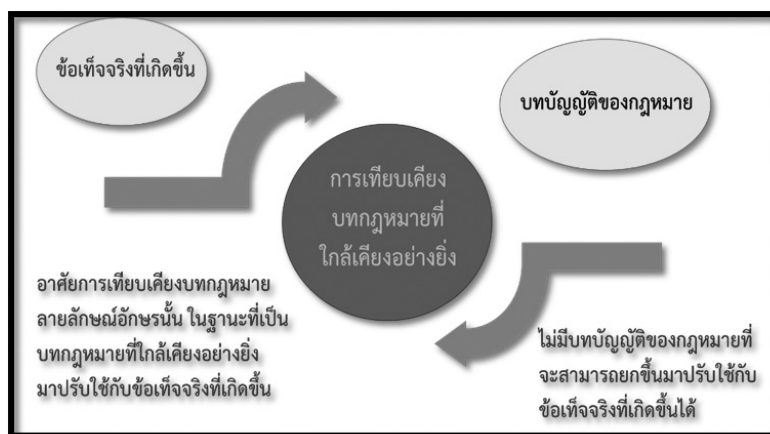
ในการศึกษาข้อความคิดว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ลำดับแรกต้องเข้าใจถึง ความหมายของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งให้ชัดเจนเสียก่อน ซึ่งเมื่อกล่าวโดยทั่วไป การเทียบเคียง จะต้องมีการเปรียบเทียบสิ่งใดสิ่งหนึ่งกับอีกสิ่งหนึ่ง ซึ่งการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจะเป็น การเทียบเคียงจากสิ่งใด หลังจากนั้น จึงมาพิจารณาลักษณะของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ในรายละเอียด ซึ่งกรณีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจะมีลักษณะอย่างไร และการเทียบเคียง บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจะเป็นอย่างเดียวกันหรือแตกต่างกันกับการตีความกฎหมายอย่างกว้างหรือการ ตีความโดยขยายความ

ต่อมา ศึกษาความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ซึ่งจะเป็น การศึกษาจากแนวคิดที่มาและ พัฒนาการตามมุมมองในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ที่ได้รับเริ่มมายาวนาน การศึกษา ถึงแนวคิดและความเป็นมาทางประวัติศาสตร์จึงเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ อันแสดงถึงรากฐานที่มาของการใช้ การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง จากนั้นจึงกล่าวถึงแนวคิดเบื้องหลังของเรื่องและหลักการของ การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ซึ่งเป็นหลักการที่ประกอบไปด้วยเหตุผลและความเป็นธรรม ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้เรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นเรื่องที่มีความละเอียดอ่อน และต้อง อาศัยการศึกษาหลักการให้เหตุผลที่แยบยลเข้ามาช่วยในการพิเคราะห์พิจารณา

ทั้งนี้ เรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นวิธีการที่ถูกนำมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่ง กฎหมายตามนิติวิธีในมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย อันเป็นศิลปะทางนิติวิธี ในระบบกฎหมาย โดยจะมีความเกี่ยวข้องกับสิ่งต่างๆ อย่างเป็นระบบ ทำให้ในการศึกษาข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วย การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งต้องมีการศึกษาถึงหลักการและเหตุผลที่ก่อร่างสร้างตัวบ่มเพาะ ให้เกิดเป็นการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งขึ้นมาดังเช่นในปัจจุบัน ซึ่งคาดหวังว่า การศึกษานี้ จะช่วยก่อให้เกิดพื้นฐานทางความคิดที่เอื้ออำนวยต่อการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ในบริบทอื่นๆ ต่อไป

2. ข้อความทั่วไปว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

ในการพิจารณาการใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียง อย่างยิ่งจะถูกนำมาปรับใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายในกรณีที่บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่สามารถยกขึ้นมา ปรับใช้แก่คดีได้ โดยอาจจะเป็นกรณีที่ไม่มีบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติถึงเรื่องนั้นๆ ไว้โดยตรงเลย หรือบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีอยู่กินความครอบคลุมไปไม่ถึงกรณีที่เกิดขึ้นจึงเกิดเป็นช่องว่างแห่งกฎหมาย เช่นนี้ ผู้ใช้กฎหมายจึงต้องแสวงหาวิธีการมาอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียง อย่างยิ่งจึงเป็นนิติวิธีอย่างหนึ่งที่ถูกนำมาใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย



แผนภาพแสดงการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย

จากแผนภาพดังกล่าว อธิบายกรณีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้ว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดี ผู้ใช้กฎหมายก็ต้องมาพิจารณาถึงบทบัญญัติของกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะสามารถยกขึ้นมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้ การอาศัยวิธีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงถูกนำมาใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามนิติวิธี

2.1 ความหมายของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

ในการพิจารณาความหมายของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง เมื่อกล่าวถึง “การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” หรือ “Analogy” ตามความหมายธรรมดาสามัญจะพบว่า คำว่า “Analogy” ในภาษาอังกฤษ แปลว่า ความคล้ายคลึงกัน ความเหมือนกัน มีลักษณะอย่างเดียวกัน¹ ส่วนคำในภาษาไทย คำว่า “ใกล้เคียง” หมายความว่า ไม่ไกลกัน ไม่แตกต่างกันมากนัก พอ ๆ กัน² ซึ่งแปลความได้ว่า มีลักษณะที่คล้ายคลึงกัน คล้ายกัน ดังนั้น คำว่า “ใกล้เคียงกันอย่างยิ่ง” จึงมีความหมายว่า คล้ายคลึงกันอย่างมาก คล้ายกันมากๆ แทบไม่แตกต่างกันเลย นอกจากนี้ การที่จะพิจารณาความใกล้เคียงกันก็จะต้องมีการนำมาเทียบเคียงกัน ซึ่งคำว่า “เทียบเคียง” แปลว่า การเปรียบเทียบ โดยการเทียบ คือ การเอามาให้ใกล้ชิด หรือติดกัน³ ส่วนการเปรียบเทียบเป็นการเอาสิ่งหนึ่งมาเทียบกับอีกสิ่งหนึ่งเพื่อให้เห็นว่าใกล้กัน เสมอกัน หรือติดกัน⁴ การเปรียบเทียบจึงเป็นการพิจารณาเทียบเคียงให้เห็นลักษณะที่เหมือนกันและต่างกัน⁵ ในกรณีนี้ การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามความหมายธรรมดาสามัญจึงเป็นที่เข้าใจได้ว่า ต้องมีการเทียบเคียงหรือเปรียบเทียบสิ่งใดสิ่งหนึ่งกับอีกสิ่งหนึ่งที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันอย่างมากหรือแทบไม่แตกต่างกันเลย

¹ Longdo Dict, “Analogy” [Online], accessed August 27, 2018, available from <https://dict.longdo.com/search/analogy>

² ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 เฉลิมพระเกียรติพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว เนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ 5 ธันวาคม 2554, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: ศิริวัฒนาอินเตอร์พริ้นท์, 2556), หน้า 160-161.

³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 585-586.

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 756.

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 756.

เมื่อมาพิจารณาความหมายทางนิติศาสตร์ “การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” หรือ “Analogy” ในทางตำราถือว่าเป็นการให้เหตุผลโดยอ้างถึงความคล้ายคลึงกันย่อมมีความหมายอย่างเดียวกัน เช่นเดียวกับคำว่า “Argumentum a simile” ซึ่งในเบื้องต้นจะเป็นการนำข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีมาเทียบเคียงกับข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบที่บัญญัติไว้ในบทบัญญัติกฎหมาย โดยพิจารณาว่า ข้อเท็จจริงนั้นมีความคล้ายคลึงกันกับข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบของบทบัญญัติกฎหมายหรือไม่ ถ้าข้อเท็จจริงนั้นมีความคล้ายคลึงกัน บทบัญญัติกฎหมายนั้นก็สามารถนำมาอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้⁶



แผนภาพแสดงการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

จากแผนภาพอธิบายการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้ว่า การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นการนำข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีมาเทียบเคียงกับข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบที่บัญญัติไว้ในบทบัญญัติของกฎหมาย

แต่อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าสังเกตว่า เมื่อพิจารณาลงลึกไปในบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่จะนำมาปรับใช้เทียบเคียง บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นๆ ย่อมแฝงไปด้วยเหตุผลเบื้องหลัง เช่นนี้ ในการพิจารณาเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งผู้วิจัยจึงเห็นว่าควรต้องพิจารณาถึงเหตุผลของบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ใกล้เคียงกันนั้นด้วย ทั้งนี้ ด้วยเหตุที่ว่า การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย โดยเทียบเคียงแก่กรณีที่อยู่ภายใต้กรอบของเหตุผล (ratio legis) เดียวกัน ดังนั้น เมื่อพิจารณาอย่างลึกซึ้ง การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงเป็นการนำเหตุผลที่อยู่เบื้องหลังบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้เทียบเคียง โดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นเครื่องมือโยงไปหาหลักเหตุผลที่อยู่เบื้องหลังตัวบทกฎหมายนั้น ซึ่งศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย และศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ ได้อธิบายปรับถ้อยคำให้ไว้อย่างชัดเจนว่า กฎหมายที่นำมาปรับใช้ในกรณีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งไม่ใช่กฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่คือเหตุผลของบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ใกล้เคียงกันนั้น⁷

⁶ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 26 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า 192.

⁷ กิตติศักดิ์ ปรกติ, “หลักทั่วไปในการใช้และตีความกฎหมาย,” ใน การใช้การตีความกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: กองทุนศาสตราจารย์จัดดี ดิงค์พิทย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 65-66.



แผนภาพแสดงการเทียบเคียงเหตุผลที่อยู่เบื้องหลังของบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

จากแผนภาพอธิบายการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่เป็นการเทียบเคียงจากเหตุผลที่อยู่เบื้องหลังของบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ใกล้เคียงกัน

อนึ่ง แม้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจะเป็นการเทียบเคียงจากเหตุผล แต่เมื่อจำเป็นต้องปรับบทกฎหมายแก่กรณีโดยการนำข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีมาเทียบเคียงกับข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบที่บัญญัติไว้ในบทกฎหมาย ซึ่งจะมุ่งหมายให้โยงไปถึงหลักเหตุผลเบื้องหลังของบทกฎหมายนั้นก็ตาม แต่เมื่อเทียบเคียงแล้วก็หลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะมีการกล่าวอ้างถึงบทบัญญัติมาตราของกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น ซึ่งนำมาอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

2.2 ลักษณะของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

พิจารณาต่อมาถึงลักษณะของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจะเป็นการเทียบเคียงบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร แล้วได้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่ไม่เป็นบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรนำมาปรับใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น หรือการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจะเป็นการเทียบเคียงบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร และนำผลของบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นมาใช้กับคดีที่ใกล้เคียงกันเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย

ทั้งนี้ อาจพิจารณาได้ว่า เมื่อการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันเนื่องจากไม่มีบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้โดยตรงจึงเกิดเป็นช่องว่างแห่งกฎหมายขึ้น ซึ่งถ้ามีการนำบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาใช้ได้โดยตรงก็จะเป็นการใช้บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรตามมาตรา 4 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อยู่แล้ว กล่าวคือ ตามมาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ” และในวรรคสอง “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป” ดังนั้น การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงไม่ใช่การใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่เป็นวิธีอย่างหนึ่งในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษร

จากนั้น เมื่อการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง เป็นการเทียบเคียงเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ซึ่งเทียบเคียงเหตุผลที่อยู่เบื้องหลังบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร ผลลัพธ์จึงไม่ได้เป็นการนำบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่ไม่เป็นบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาปรับใช้ เพราะหากเทียบเคียงแล้วได้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรจะเท่ากับเป็นการรับรองการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นบ่อเกิดของกฎหมายลำดับรองที่จะนำไปปรับใช้กับกรณีต่าง ๆ ทุกกรณี ซึ่งในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นการปรับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีกับเหตุผลของบทบัญญัติกฎหมายที่ใกล้เคียงกันเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย โดยมีลักษณะเป็นขั้นตอนในการอุดช่องว่างกฎหมาย ดังนั้น จึงควรเป็นการนำผลของบทบัญญัติกฎหมายที่ใกล้เคียงกันมาใช้ในคดีจะต้องเหมาะสมกว่า เช่นนี้ ในท้ายที่สุดแล้ว ลักษณะของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ผู้วิจัยจึงเห็นว่า การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นการนำผลของบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นมาใช้กับคดีที่มีข้อเท็จจริงใกล้เคียงกับข้อเท็จจริงที่บทกฎหมายกำหนดผลแห่งกฎหมายขึ้นไว้ เพราะด้วยเหตุเป็นที่คาดหวังว่า ถ้าผู้ร่างกฎหมายได้ทราบถึงข้อเท็จจริงดังที่ปรากฏอยู่ในคดีเฉพาะหน้านี้ ก็คงบัญญัติกฎหมายไว้ให้ข้อเท็จจริงในคดีนั้นได้รับผลอย่างเดียวกัน⁸ อันทำให้ผลลัพธ์ของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมีผลทางกฎหมายอย่างเดียวกันกับบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างนั้น

2.3 การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งกับการตีความกฎหมายอย่างกว้างหรือการตีความโดยขยายความ

กรณีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจะเป็นอย่างเดียวกันหรือแตกต่างกันกับการตีความกฎหมายอย่างกว้างหรือการตีความโดยขยายความ ซึ่งในประเด็นดังกล่าวแวดวงวิชาการต่างประเทศมีความเห็นของนักกฎหมายออกเป็น 2 แนวทาง⁹ แนวทางหนึ่งเห็นว่า การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นเรื่องเดียวกันกับการตีความอย่างกว้าง เพราะการตีความอย่างกว้างก็คือการตีความโดยใช้วิธีการ Analogy เช่นนี้ จึงไม่ได้แยกความแตกต่างระหว่างการเทียบเคียงกับการตีความอย่างกว้างออกจากกัน หรือกรณีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเมื่อพิจารณาในบริบทของการตีความจะปรากฏอีกว่า การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นการตีความโดยขยายความหมายของบทบัญญัติกฎหมายเพื่อให้ครอบคลุมถึงกรณีใหม่ที่เกิดขึ้น การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งกับการตีความกฎหมายอย่างกว้างหรือการตีความโดยขยายความจึงมีลักษณะเดียวกัน

⁸ หยุต แสงอุทัย, *ช่องว่างแห่งกฎหมาย*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), หน้า 37.

⁹ Giovanni Demele, “Analogia Legis and Analogia Iuris: An Overview from a Rhetorical Perspective,” in *Systematic Approaches to Argument by Analogy* (Switzerland: Springer International Publishing, 2014), pp. 244-246.

สำหรับอีกแนวทางหนึ่งซึ่งเห็นว่า การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นคุณละเรื่องกันกับการตีความกฎหมายอย่างกว้าง เพราะการตีความอย่างกว้างเป็นการอ้างอิงขั้นตอนการตีความที่ขยายความหมายมากกว่าความหมายตามปกติของบทบัญญัติกฎหมายที่จะนำมาตีความ ในขณะที่การเทียบเคียงเป็นการนำบทบัญญัติกฎหมายที่มีความคล้ายคลึงกันเป็นอย่างมากมาเทียบเคียง ซึ่งแม้ว่าจะมีส่วนเกี่ยวข้องเป็นการขยายบริบทออกจากความหมายสามัญอย่างมีนัยสำคัญ โดยมีได้อยู่ในขอบเขตของบทบัญญัติกฎหมายนั้นเลย แต่ก็เพื่อรักษาความรู้สึกนึกคิดที่คล้ายคลึงกันและการใช้เหตุผลเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม เป็นต้น¹⁰

ในเรื่องดังกล่าวนี้ ตามนิติวิธีในระบบกฎหมายไทยเห็นว่าการเทียบเคียงบทกฎหมายมิใช่กรณีการใช้กฎหมายโดยตรง แต่เป็นการอาศัยกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาเทียบเคียง จึงไม่ถือว่าเป็นการตีความกฎหมาย แม้จริงอยู่ว่าการเทียบเคียงอาจต้องตีความบทบัญญัติที่นำมาเทียบเคียงเพื่อให้รู้ว่าบทบัญญัตินั้นมีความหมายอย่างไร มีขอบเขตการบังคับใช้แค่ไหน เพียงใด ซึ่งเมื่อรับรู้ความหมายหรือขอบเขตของกฎหมายแล้ว หากกรณีข้อเท็จจริงที่นำมาพิจารณาอยู่ในขอบเขตของตัวบทกฎหมาย เช่นนี้ก็จะสามารถนำตัวบทกฎหมายมาใช้ได้เลย เรียกว่า การใช้กฎหมายโดยตรง แต่อย่างไรก็ตาม หากกรณีข้อเท็จจริงอยู่นอกขอบเขตของตัวบทกฎหมาย ซึ่งไม่สามารถนำตัวบทกฎหมายมาใช้บังคับได้โดยตรง และข้อเท็จจริงนั้นมีความคล้ายคลึงกันอย่างยิ่งกับตัวบทกฎหมาย กรณีเช่นนี้หากสามารถขยายความเหตุผลของกฎหมายออกไปถึงกรณีที่อยู่นอกขอบเขตของตัวบทกฎหมายด้วย จึงเรียกว่า การเทียบเคียงกฎหมาย¹¹ เพราะเป็นการขยายความนอกตัวบทบัญญัติของกฎหมาย แต่ใช้เหตุผลเดียวกันกับตัวบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรนั้น จึงมิใช่การตีความหรือการตีความอย่างกว้าง ซึ่งการตีความหรือการตีความอย่างกว้างต้องเป็นกรณีที่ตีความกฎหมายภายในตัวบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น

ดังนั้น การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง จึงไม่เป็นการใช้บทกฎหมายตามตัวอักษร แต่เป็นการใช้เหตุผลของบทกฎหมายซึ่งอยู่เบื้องหลังบทกฎหมายนั้นมาปรับใช้ เพราะบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นแม้จะได้รับการตีความโดยขยายความให้กว้างเพียงใด บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรดังกล่าวก็สามารถกินความไปถึงกรณีที่มีกฎหมายจะทำให้เกิดการปรับใช้ได้ เช่นนี้ จึงต้องอาศัยวิธีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

¹⁰ Imre Zajtay, "Reasoning by Analogy as a Method of Law Interpretation," *Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 13, 3 (1980).

¹¹ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 171-172.



แผนภาพแสดงความหมายของการใช้และการตีความบทบัญญัติของกฎหมาย และการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

จากแผนภาพดังกล่าวแสดงความหมายว่า ภายในบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษร ผู้ใช้กฎหมายสามารถใช้กฎหมายหรือตีความบทบัญญัติของกฎหมายนั้นได้ แต่กรณีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นการเทียบเคียงที่อยู่นอกเหนือตัวบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายนั้นมีความหมายกว้างไปไม่ถึงจึงใช้วิธีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย

3. ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

หากพิจารณาความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง แนวคิดในเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นเรื่องที่มีมาแต่อดีตโบราณ ซึ่งแนวคิดดังกล่าวได้รับการพัฒนาต่อยอดสืบทอดกันมา โดยหลักการและแนวคิดเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นเรื่องที่มีความสอดคล้องกันกับหลักของความยุติธรรม ดังนั้น ในการศึกษาความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงศึกษาจากอดีตโดยแบ่งยุคสมัยออกเป็น 2 ยุค คือ สมัยกรีกและสมัยโรมัน

3.1 สมัยกรีก

ในยุคสมัยกรีก นักปรัชญาชาวกรีกโบราณมีการกล่าวถึงเกี่ยวกับธรรมชาติของความยุติธรรมและธรรมชาติของกฎหมายไว้ ดังเช่น ไพธากอรัส (Pythagoras) มองความยุติธรรมในฐานะนักคณิตศาสตร์ โดยมีทัศนะว่ารัฐที่ยุติธรรมต้องเป็นรัฐที่ทุกคน ทุกส่วนเท่ากัน ส่วนโสกราตีส (Socrates) เสนอแนวคิดเพื่อยืนยันว่ามนุษย์สามารถรับรู้และทำได้โดยการใช้เหตุผล การที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายเพราะกฎหมายนั้นเป็นธรรม เป็นสิ่งที่สอดคล้องกับธรรมชาติของมนุษย์ มิใช่ปฏิบัติตามกฎหมายเพราะสิ่งนั้นเป็นคำสั่งของผู้มีอำนาจ กฎหมายกับความยุติธรรมจึงเป็นสิ่งเดียวกัน ดังนั้น พลเมืองที่เกิดมาในบ้านเมืองใดก็ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย คือ ขนบธรรมเนียมของบ้านเมืองนั้นโดยไม่มีเงื่อนไข จะอ้างว่ากฎหมายไม่เป็นธรรมและไม่ปฏิบัติตามกฎหมายไม่ได้¹²

¹² ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 106-109.

อริสโตเติล (Aristotle) ก็ให้ความสำคัญกับเรื่องความยุติธรรมโดยแบ่งความยุติธรรมออกเป็นความยุติธรรมโดยทั่วไปและความยุติธรรมเฉพาะเรื่อง¹³ ซึ่งความยุติธรรมโดยทั่วไป แบ่งเป็นความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) คือ ความยุติธรรมที่เป็นสากลไม่ขึ้นอยู่กับความรู้หรือการยอมรับของมนุษย์ เป็นสิ่งที่ดำรงอยู่ด้วยตัวเอง กับความยุติธรรมที่มนุษย์สมมติขึ้น (Conventional Justice) คือ ความยุติธรรมที่เป็นมาตรการที่มนุษย์ตกลงกำหนดขึ้น เพื่อชั่งตวงวัดในเรื่องที่ไม่มีถูกไม่มีผิดในตัวเอง

ส่วนความยุติธรรมเฉพาะเรื่อง แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ ความยุติธรรมแบบแลกเปลี่ยนตอบแทน (Commutative Justice) ซึ่งเกิดกับบุคคลในระดับเท่าเทียมกัน ต่างฝ่ายต่างต้องแลกเปลี่ยนทดแทนกันอย่างเสมอภาคเท่าเทียม และความยุติธรรมแบบแบ่งปันส่วน (Distributive Justice) ซึ่งเป็นความยุติธรรมที่รัฐมีให้แก่พลเมืองของรัฐ โดยรัฐจะแบ่งสิ่งต่าง ๆ แก่บุคคลแต่ละคนอย่างมีสัดส่วน ดังนั้น ปัญหาจึงมีต่อมาว่าการแบ่งปันส่วนอย่างไรจึงจะเรียกว่ายุติธรรม ในข้อนี้ อริสโตเติลไม่ได้ตอบไว้ เพียงแต่ได้วางหลักกว้าง ๆ ไว้ว่า “สิ่งที่เหมือนกันก็ควรได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกัน และสิ่งที่ต่างก็ควรได้รับการปฏิบัติที่ต่างกันด้วย”¹⁴

ทั้งนี้ หลักการแนวคิดของอริสโตเติลถือเป็นหลักสำคัญในการให้เหตุผลสำหรับการ Analogy หรือการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในปัจจุบัน ซึ่งอริสโตเติลเป็นผู้นำเสนอและอธิบายเปรียบเทียบในเรื่อง “Justice and Equality” ไว้ โดยได้อธิบายชี้ให้เห็นว่า “สิ่งที่เหมือนกันหรือคล้ายคลึงกัน หากได้รับการปฏิบัติเหมือนกัน ความยุติธรรมก็จะปรากฏขึ้น แต่หากสิ่งที่แตกต่างกันได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน ความยุติธรรมก็ย่อมจะเกิดขึ้น” หรือ “Injustice arises when equals are treated unequally, and also when unequals are treated equally.” ทั้งนี้ เนื่องจากอริสโตเติลเห็นว่า ความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกัน คือ ความยุติธรรม โดยหากสิ่งที่เหมือนกันหรือคล้ายคลึงกันไม่ได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน ความยุติธรรมก็ย่อมเกิดขึ้น เพราะจะเป็นการถูกเลือกปฏิบัติ (Discrimination) หรือการได้รับการปฏิบัติแบบสองมาตรฐาน (Double Standard)¹⁵

นอกจากนี้ อริสโตเติลยังได้กล่าวถึง หลักตรรกศาสตร์ (Logic) ว่าเป็นส่วนหนึ่งของปรัชญา ซึ่งตรรกศาสตร์เป็นวิชาที่ศึกษากฎเกณฑ์ของการใช้เหตุผล ซึ่งเหตุผล คือสิ่งที่สนับสนุนความคิด ข้ออ้างใดที่มีเหตุผลสนับสนุนถูกต้องตามกฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้ ข้ออ้างนั้นจะมีความสมเหตุสมผล โดยวิธีการแสวงหาเหตุผล อาจทำได้ เช่น วิธีแรก การนิรนัย (Deduction) คือ การนำสิ่งที่ผู้คนยอมรับว่าเป็นความจริงสากลมาสนับสนุนข้ออ้างใหม่เกี่ยวกับความจริงเฉพาะเรื่องที่ยังไม่แน่ใจ และวิธีที่สอง การอุปนัย (Induction) คือ การนำประสบการณ์เกี่ยวกับความจริงเฉพาะเรื่องหลายกรณีมาสนับสนุนข้ออ้างเกี่ยวกับความจริงสากลนั้น

อีกทั้ง อริสโตเติลยังให้ความสนใจเกี่ยวกับการให้เหตุผลโดยการ Analogy ซึ่งคำว่า “Analogy” ในกรีกมาจาก “หลักเหตุผล” แต่เดิมหมายถึง การเหมือนกันอย่างสมเหตุสมผล อริสโตเติลได้ชี้ให้เห็นว่าเหตุผลประเภทนี้สามารถนำมาใช้เพื่อระบุลักษณะพื้นฐานร่วมกัน การเปรียบเทียบ อุปลักษณ์ หรือ อุปมาอุปไมย

¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 119.

¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 343-345.

¹⁵ ประสิทธิ์ โสวิไลกุล, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป (คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4-14), พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2554), หน้า 63-64.

เป็นเครื่องมือที่ใช้ในการศึกษาสิ่งต่างๆ หากการเปรียบเทียบเป็นหลักการพื้นฐานของแบบจำลอง แบบจำลองทุกชนิดจะมีจุดประสงค์เพื่อเปรียบเทียบกับสิ่งที่จำลองมา¹⁶ ซึ่งการ Analogy ในกรีก แรกเริ่มถูกอธิบายด้วยแนวคิดเกี่ยวกับสัดส่วนทางคณิตศาสตร์หรือเป็นการเข้าใจเกี่ยวกับอัตราส่วนทางคณิตศาสตร์ และถูกนำมาใช้ให้สอดคล้องกันกับวัตถุประสงค์ในเชิงปรัชญากรีกคลาสสิก โดยมีนัยสำคัญสำหรับการอนุมานจากรูปแบบที่เป็นที่รู้จัก ซึ่งจะเป็นการเน้นย้ำถึงเอกลักษณ์การแสดงออกของภาษา และพัฒนาจากภาษาขึ้นมาเรื่อย ๆ¹⁷

แนวความคิดของอริสโตเติล จึงมีอิทธิพลอย่างสูงต่อพัฒนาการการปรับใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียงหรือการ Analogy ตั้งแต่ยุคสมัยกรีกเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน อีกทั้ง อริสโตเติลยังยึดถือในหลักการของเหตุผล ซึ่งส่งผลให้กฎหมายสามารถถูกปรุงแต่งด้วยเหตุผลและความเป็นธรรมได้ อันสอดคล้องกับแนวคิดตามกฎหมายธรรมชาติ เช่นนี้ การเปิดช่องให้นำการใช้เหตุผลเข้ามาปรุงแต่งกฎหมายจึงทำให้กฎหมายมีความยืดหยุ่นเป็นธรรมแก่กรณีเฉพาะเรื่อง และการที่ยึดถือว่ากฎหมายย่อมมีเหตุผลในตัวหรือกฎหมายยอมให้มีการปรุงแต่งได้ด้วยเหตุผลเหล่านี้จึงเป็นปัจจัยสำคัญของการเกิดขึ้นของวิชานิติศาสตร์ในสมัยต่อมา¹⁸

3.2 สมัยโรมัน

ในยุคสมัยโรมันมีการรับเอาแนวความคิดต่าง ๆ จากกรีก ประกอบกับมีพัฒนาการทางความคิดที่ก้าวหน้าขึ้น ทำให้การศึกษากฎหมายในยุคโรมันมีกระบวนการที่ศึกษากฎหมายอย่างเป็นระบบ วิชานิติศาสตร์ที่เกิดขึ้นครั้งแรกในสมัยโรมันจึงอาศัยหลักการพื้นฐาน 2 ประการ คือ ประการแรก การยึดถือกฎหมายเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาวินิจฉัย และประการที่สอง การยอมรับว่าการใช้กฎหมายต้องใช้ให้สอดคล้องกับความเป็นธรรมในแต่ละเรื่อง¹⁹ ซึ่งความคิดพื้นฐานในเรื่องดังกล่าวนี้ได้รับอิทธิพลมาจากปรัชญากรีกเป็นอย่างมาก

สำหรับการศึกษาวิวัฒนาการความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ในสมัยโรมัน แม้ในยุคแรกเริ่มโบราณจะเห็นว่า กฎหมาย คือ ความรู้สึกผิดชอบชั่วดีที่มีอยู่ในจิตใจของมนุษย์ แต่ต่อมาเมื่อคนในสังคมได้ถือปฏิบัติกันอย่างสม่ำเสมอและเชื่อว่าเป็นกฎหมาย ความรู้สึกผิดชอบชั่วดีจึงกลายมาเป็นกฎหมายประเพณี ซึ่งในภายหลังก็มีการบันทึกกฎหมายประเพณีเป็นลายลักษณ์อักษรในยุคสาธารณรัฐบนแผ่นทองแดงรวม 12 แผ่น เรียกว่ากฎหมายสิบสองโต๊ะ พร้อมทั้งนำมาแสดงในที่สาธารณะเพื่อให้ประชาชนได้รับรู้ เช่นนี้ กฎหมายจึงเป็นสิ่งที่เปิดเผยและสามารถนำมาศึกษาพิเคราะห์พิจารณาได้ด้วยเหตุผล

ทั้งนี้ แม้การใช้การตีความกฎหมายแรกเริ่มจะยึดถือความศักดิ์สิทธิ์ของตัวอักษรอย่างเคร่งครัด แต่ต่อมาเมื่อมีกรณีที่ไม่ต้องตรงตามตัวอักษรก็เริ่มมีการตีความเพื่อหาความหมายที่แท้จริงของบทกฎหมายนั้นขึ้น จึงเป็นต้นกำเนิดของหลักการตีความ โดยเริ่มจากการตีความตามตัวบทมาสู่การตีความโดยใช้หลักตรรกวิทยาของภาษา ซึ่งจะใช้อรรถาธิบายที่เรียบเรียงไว้เป็นเครื่องมือช่วยหาความหมายที่แท้จริงของตัวบทกฎหมายนั้น การเรียนรู้

¹⁶ Fabrizio Macagno, "Analogy and Redefinition," in *Systematic Approaches to Argument by Analogy* (Switzerland: Springer International Publishing, 2014), p. 73.

¹⁷ Hans W. Baade, "The Casus Omissus: A Pre-History of Statutory Analogy," *Syracuse Journal of International Law and Commerce* 20(1994).

¹⁸ ปรีดี เกษมทรัพย์, *นิติปรัชญา*, หน้า 117-120.

¹⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 120.

กฎหมายโดยใช้ภาษาเป็นสื่อในการอ้างอิง การตั้งข้อโต้แย้งและอธิบายกฎหมายด้วยเหตุผลตามหลักภาษา จึงทำให้กฎหมายโรมันมีการตีความตามตัวอักษร (Litera) และตีความตามเหตุผล (Ratio) ไปพร้อมกัน โดยทั้งสองสิ่งมิได้แยกออกจากกัน ซึ่งต่อมาในยุคหลัง วิชานิติศาสตร์มีบทบาทมากขึ้นโดยเห็นว่า วิชานิติศาสตร์เป็นวิชาที่ศึกษาทั้งตัวอักษรและภาษา ตลอดจนปรัชญาว่าด้วยเหตุผล²⁰

นอกจากนั้น เมื่อกฎหมายสิบสองโต๊ะไม่เพียงพอที่จะปรับใช้ได้โดยตรง จึงเกิดหลักการเทียบเคียงกฎหมายขึ้นมา เป็นการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง หรือการ Analogy ซึ่งได้ชัดเจนขึ้นในยุคนี้ด้วยเช่นกัน ทั้งนี้ เนื่องจากมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นมาว่า การที่นกกระจอกเทศซึ่งเป็นสัตว์ 2 เท้าไปก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น เจ้าของนกกระจอกเทศต้องรับผิดชอบหรือไม่ ซึ่งแต่เดิมกฎหมายสิบสองโต๊ะบัญญัติไว้เพียงความรับผิดชอบของเจ้าของสัตว์ 4 เท้า ไม่มีการกล่าวถึงสัตว์ 2 เท้าได้เลย แต่ในภายหลังจากที่ทหารโรมันไปรบกับแอฟริกา ทหารโรมันได้นำนกกระจอกเทศกลับมาด้วย ซึ่งนกกระจอกเทศไม่ใช่ขนาดเล็ก แต่เป็นนกที่มีขนาดใหญ่และไปก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น เช่นนี้ จึงทำให้ต้องมาตระหนักถึงการแก้ไขปัญหาดังกล่าวที่เกิดขึ้น²¹

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาถึงหลักกฎหมายในกฎหมายสิบสองโต๊ะจะพบว่า ในโต๊ะที่ 8 ข้อ 6 มีการกล่าวถึงบทบัญญัติเรื่องความรับผิดชอบของเจ้าของสัตว์ 4 เท้าไว้ว่า “Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur, actio ex lege XII tab. descendit ; quae lex voluit aut dari id quod nocuit – aut aestimationem noxae offerri” ²² หรือ “If a quadruped shall be alleged to have caused injury, a law of the Twelve Tables required either that which did the harm to be given up or compensation for the injury to be proffered.”²³ เช่นนี้ จึงเกิดปัญหาทางกฎหมายในกรณีของสัตว์ 2 เท้าที่ไปก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น เจ้าของสัตว์ 2 เท้าจะต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหายหรือไม่ ซึ่งการบัญญัติกฎหมายไม่ได้กล่าวรวมถึงกรณีของสัตว์ 2 เท้าไว้ จึงทำให้ต้องมาถกคิดในพฤติการณ์ที่ตัวบทกฎหมายไปไม่ถึง ผู้ใช้กฎหมายจะสามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวอย่างไร ซึ่งการจะตีความขยายความตัวบทกฎหมายก็ไม่สามารถกระทำได้ เพราะในการตีความไม่มีทางที่จะตีความขยายความให้สัตว์ 4 เท้าครอบคลุมไปถึงนกกระจอกเทศซึ่งเป็นสัตว์ 2 เท้าได้ จึงกลายเป็นเรื่องของช่องว่างแห่งกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม ในกรณีนี้เมื่อพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของบทบัญญัติกฎหมาย บทบัญญัติกฎหมายมีมาเพื่อต้องการให้เจ้าของที่เลี้ยงสัตว์มีความระมัดระวังไม่ให้สัตว์ของตนไปก่อความเดือดร้อนเสียหายแก่ผู้อื่น ซึ่งสาระสำคัญของบทบัญญัติกฎหมายมิได้อยู่ที่จำนวนเท้าของสัตว์ แต่สาระสำคัญอยู่ที่ความเสียหายที่เกิดขึ้นเพราะสัตว์ ซึ่งกฎหมายต้องการให้เจ้าของสัตว์นั้นต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น ดังนั้น แม้กรณีความเสียหาย

²⁰ กิตติศักดิ์ ปรกติ, *ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์*, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), หน้า 22-24.

²¹ Erhard Oeser, *Evolution and Constitution: The Evolutionary Selfconstruction of Law* (Dordrecht: Springer Science & Business Media, 2003). pp. 71-72.

²² Salvatore Riccobono, “Fontes Iuris Romani Antejustiniani” [Online], accessed August 15, 2020, available from https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Leges/twelve_Riccobono.html#t8

²³ E. B. Conant, “The Laws of the Twelve Tables,” *Washington University Law Review* 13, 4 (1928).

ที่เกิดขึ้นจากสัตร์ 2 เท่าจะไม่มีความขัดแย้งของกฎหมายบัญญัติไว้ แต่หากสัตร์ 2 เท่าไปก่อความเดือดร้อนแก่บุคคลอื่นให้ได้รับความเสียหายเหมือนกัน ก็ย่อมต้องเป็นความผิดเหมือนกับที่เจ้าของสัตร์ 4 เท่าควรจะต้องรับผิดชอบ จึงนำเอาบทบัญญัติกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบของเจ้าของสัตร์ 4 เท่ามาใช้โดยเทียบเคียงพฤติการณ์หรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นกับกรณีสัตร์ 2 เท่าที่ก่อให้เกิดความเสียหาย แล้วปรับบทกฎหมายให้เข้ากับเหตุการณ์นั้น ซึ่งเป็นวิธีการ Analogy โดยใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายดังกล่าวกับข้อเท็จจริงในส่วนที่ไม่เป็นสาระสำคัญ การ Analogy จึงเข้ามามีส่วนช่วยในการแก้ไขปัญหากรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่สามารถครอบคลุมไปถึงพฤติการณ์ใดพฤติการณ์หนึ่งดังกรณีนี้

ด้วยเหตุนี้ เมื่อกฎหมายไม่ครอบคลุมแก่กรณีที่เกิดขึ้น เกิดเป็นช่องว่างแห่งกฎหมาย ทำให้นักกฎหมายโรมันจำต้องริเริ่มแสวงหาวิธีการเพื่อบรรเทาช่องว่างแห่งกฎหมายนั้น เรื่องช่องว่างแห่งกฎหมายจึงเป็นเรื่องที่ได้รับการรู้จักและตระหนักถึงมาตั้งแต่ในสมัยนี้ ซึ่งจุดเด่นในการแสวงหาแนวคิดมาอุดช่องว่างแห่งกฎหมายก็เนื่องมาจากเหตุผล การปรับใช้กฎหมายก็ต้องปรับใช้อย่างมีเหตุผล มิใช่ยึดถือตัวอักษรอย่างเคร่งครัด วิธีคิดจึงวางรากฐานอยู่บนหลักของเหตุผลและหลักความเป็นธรรม แต่อย่างไรก็ตาม ในยุคนี้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่อบรรเทาช่องว่างแห่งกฎหมายยังไม่ใช่วิธีที่จำเป็นและมีความสำคัญมากนัก การ Analogy ถูกนำมาใช้เป็นการเทียบเคียงด้วยเหตุผลที่สามารถช่วยแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้น แต่ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยทั่วไป นักปราชญ์โรมันเห็นว่า ในกรณีที่ไม่มีกฎหมาย ผู้พิพากษาจะต้องตัดสินใจตามเหตุผลแห่งธรรมชาติ (naturalis ratio) กล่าวคือ ต้องตัดสินใจตามหลักเกณฑ์ที่ดีและยุติธรรม (ex bono et aequo)

การใช้เหตุผลในทางกฎหมายปรับกับสถานการณ์ข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น จึงทำให้กฎหมายมีความเจริญงอกงามเป็นอย่างมาก ดังนั้น เมื่อกฎหมายตกทอดมาถึงปัจจุบัน กฎหมายจึงเป็นระบบแห่งเหตุผล สิ่งใดที่อธิบายด้วยเหตุผลไม่ได้ก็จะเป็นกฎหมายไม่ได้ กฎหมายนั้นต้องอธิบายได้ด้วยเหตุผลเพราะกฎหมายอยู่บนฐานของเหตุผล (ratio legis) นั่นเอง การใช้เหตุผลจึงเป็นสิ่งสำคัญที่เป็นเครื่องค้ำจุนกฎหมายมายาวนาน ซึ่งการใช้เหตุผลดังกล่าวนี้สามารถทำให้เกิดการใช้กฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นได้

ในยุคของจักรพรรดิจัสติเนียนที่เรียกได้ว่าเป็นยุครุ่งเรืองของกฎหมาย นักกฎหมายโรมันที่ศึกษากฎหมายของพระเจ้าจัสติเนียนก็ศึกษากฎหมายอย่างเชื่อมั่นและศรัทธาว่า กฎหมายโรมันเป็นกฎหมายที่ถูกต้องและมีเหตุผล เป็นคัมภีร์แห่งสติปัญญา (Ratio Scripta) เช่นนี้ จึงทำให้นักกฎหมายในรุ่นต่อๆ มา สืบทอดทัศนคติว่า ตัวอักษรกับเหตุผลเป็นสิ่งที่มีได้แยกออกจากกัน อันเป็นที่มาของการใช้นิติวิธีที่สำคัญของนักกฎหมายในระบบซีวิลลอว์ โดยทั้งนี้ ทำให้วิชานิติศาสตร์ได้พัฒนามาเป็นหลักการตีความอย่างกว้าง (extensive interpretation) หลักการตีความอย่างแคบ (restrictive interpretation) หลักการตีความให้ความเห็นแตกต่าง (distinctive interpretation) และหลักการปรับใช้กฎหมายด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงกัน (analogy) ซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นหลักนิติวิธีหรือวิธีการทางกฎหมายในระบบซีวิลลอว์ที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเชื่อที่ว่า ตัวบทกฎหมายเป็นที่มาแห่งเหตุผลและความยุติธรรม²⁴

²⁴ กิตติศักดิ์ ปรกติ, ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์, หน้า 25-26.

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า วิวัฒนาการความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมีมายาวนานตั้งแต่ในยุคคลาสสิกกรีกโรมัน ตลอดจนได้พัฒนามาเรื่อยๆ พร้อมกับพัฒนาการทางกฎหมาย ซึ่งปรัชญาแนวความคิดดั้งเดิมที่มีมาแต่อดีตมิได้เลือนหายไปไหน กลับมาปรากฏชัดแจ้ง และช่วยส่งเสริมหลักการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งให้ชัดเจนยิ่งขึ้น การศึกษาความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงดำรงอยู่เป็นรากฐานที่มาของแนวความคิดในการใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง โดยจะได้ศึกษาลงลึกถึงแนวคิดเบื้องหลังของเรื่องและหลักการของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งให้สมบูรณ์ครบถ้วนในลำดับถัดไป

4. แนวคิดเบื้องหลังของเรื่องและหลักการของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

เมื่อพิจารณาถึงความสำคัญของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งแล้วพบว่า การเทียบเคียงหรือการ Analogy มิได้เกิดขึ้นเพียงเพราะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือกฎหมายใด ๆ บัญญัติเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่อเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายไว้ แต่มาจากเบื้องหลังความคิดที่มีหลักเหตุผลของเรื่อง (Nature of things) และหลักความเป็นธรรมประกอบด้วย อันเนื่องมาจากการใช้กฎหมายต้องเป็นสิ่งที่อยู่ภายใต้กรอบของเหตุผล ซึ่งบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็มีกำลังภายในที่ประกอบไปด้วยเหตุผล ทำให้เหตุผลเป็นสิ่งที่สำคัญในการพิจารณาการปรับใช้การเทียบเคียง

สำหรับแนวคิดเรื่องเหตุผลของเรื่อง (Nature of things) อ้างอิงมาจากแนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติหรือสำนักธรรมนิยม (Natural Law School) ที่เชื่อว่า กฎหมายมีความถูกต้องอยู่ในตัวเองตามเหตุผลของเรื่อง หรือ Nature of things กฎหมายจึงไม่ใช่เป็นสิ่งที่มนุษย์กำหนดขึ้นได้เองตามอำเภอใจ แต่เป็นสิ่งที่มีความสัมพันธ์จึงทำให้มนุษย์รับรู้ได้ว่าสิ่งใดถูกหรือสิ่งใดผิด²⁵ เช่นนี้ ตามแนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ กฎหมายจึงเป็นเหตุผลที่ถูกต้องและสอดคล้องกับธรรมชาติ

นอกจากนี้ กฎหมายธรรมชาตินี้ยังมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไป เป็นสากล และไม่เปลี่ยนแปลง ซึ่งเหตุผลหรือกฎเกณฑ์นั้นๆ เป็นสิ่งที่มิได้อยู่ในทุกสิ่งทุกอย่าง ไม่ได้อยู่นอกเหนือหรือแยกออกจากสิ่งต่างๆ และมีคุณค่าเหนือกว่ากฎเกณฑ์ที่มนุษย์บัญญัติขึ้น ซึ่งกฎหมายธรรมชาตินี้มีอยู่ภายในจิตใจของมนุษย์ เป็นสิ่งที่มนุษย์สามารถรู้ได้เอง จึงเป็นการยืนยันว่ามนุษย์มีความสามารถที่จะค้นพบว่าอะไรถูกหรืออะไรผิดได้โดยใช้เหตุผลที่มีอยู่ในการพิจารณาตามความเป็นจริงของเรื่องดังกล่าว แนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติในอดีตจึงได้เน้นถึงเหตุผลที่มีอยู่ตามธรรมชาติเป็นสำคัญ

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า แนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาตินี้มีอิทธิพลอย่างสูงในการพิจารณาเหตุผลของการปรับใช้กฎหมาย ซึ่งแนวความคิดดังกล่าวได้ถ่ายทอดกันมาหลายยุคหลายสมัย รวมถึง ความคิดของกฎหมายธรรมชาติสมัยใหม่ก็ได้มีพัฒนาการทางความคิดที่ยึดถือเหตุผลโดยปรับใช้เหตุผลให้สอดคล้องกับสิ่งต่าง ๆ มากยิ่งขึ้น ซึ่งกฎหมายธรรมชาติสมัยใหม่นี้อาจจะมิได้เน้นเหตุผลธรรมชาติภายในจิตใจของมนุษย์ตามแนวคิดที่เป็นอุดมคติดั้งเดิมมากนัก แต่ความคิดของกฎหมายธรรมชาติสมัยใหม่ก็ยังยืนยันถึงการให้เหตุผลเป็นสำคัญ

²⁵ ปัทมา สุนทักปัง, “กฎหมายกับการพัฒนาประเทศ,” วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์ 5, 3 (2554).

มองเตสกีเอร์ (Montesquieu) ได้กล่าวถึง เหตุผลของเรื่อง หรือ Nature of things ไว้ว่า “กฎหมายทั้งหลายนั้นในสำคัญและเป็นทั่วไปที่สุดแล้วก็คือ ความสัมพันธ์ที่ต้องเป็นไปเช่นนั้นอันเกิดมาแต่เหตุผลของเรื่อง” หรือ “Laws, in their most general signification, are the necessary relations arising from the nature of things” ²⁶ ซึ่งมองเตสกีเอร์ได้เน้นถึงเหตุผลของเรื่อง แต่ก็ได้ปฏิเสธเหตุผลภายในของมนุษย์ โดยเหตุผลของเรื่องกับเหตุผลภายในของมนุษย์ต้องมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกันอย่างใกล้ชิด

การพิจารณากฎหมายว่าเป็นความสัมพันธ์ที่ต้องเป็นเช่นนั้นอันเกิดมาจากเหตุผลของเรื่องจึงทำให้กฎหมาย คือ เหตุผล ซึ่งการพิจารณาถึงเหตุผลของเรื่องเป็นการวิเคราะห์ถึงเหตุผลที่ดำรงอยู่ในความสัมพันธ์ระหว่างข้อเท็จจริงต่าง ๆ ในโลกนอกเหนือจากตัวมนุษย์ เช่นนี้ การที่จะเรียนรู้กฎหมาย เข้าใจจิตวิญญาณของกฎหมาย เข้าใจความเปลี่ยนแปลงของกฎหมายได้ จะต้องพิจารณาจากเหตุผลของเรื่องที่เป็นเครื่องกำหนดกฎหมาย อาทิเช่น สภาพภูมิประเทศ ภูมิอากาศ ศาสนา จารีตประเพณี ประวัติศาสตร์ของชนชาติ และหลักการพื้นฐานของการปกครอง เป็นต้น ²⁷

ความคิดที่พิจารณาว่ากฎหมายอาจแตกต่างกันได้ตามปัจจัยต่าง ๆ ตามเหตุผลของเรื่อง เป็นการกรุยทางทางความคิดให้แก่สำนักประวัติศาสตร์กฎหมาย (Historical School) ในเวลาต่อมา²⁸ ซึ่งสำนักประวัติศาสตร์กฎหมายได้เน้นถึงความสัมพันธ์ระหว่างปัจจัยทางประวัติศาสตร์ จิตวิญญาณประชาชาติ ซึ่งการศึกษากฎหมายของสำนักกฎหมายประวัติศาสตร์เป็นการศึกษาจากปัจจัยภายนอกของกฎหมาย โดยกฎหมายนั้นได้วิวัฒนาการปรุงแต่งจากข้อเท็จจริงต่างๆ ในทางประวัติศาสตร์ ซึ่งความสัมพันธ์ในด้านต่างๆ ของสังคมย่อมแตกต่างกันไปตามสภาพของสังคมนั้น ๆ²⁹

ในเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง นอกจากจะมาจากแนวความคิดที่พิจารณาถึงหลักเหตุผลของเรื่องดังที่กล่าวมาแล้ว เรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งยังให้ความสำคัญกับหลักความเป็นธรรมประกอบด้วยซึ่งเหตุผลของเรื่องกับหลักความยุติธรรมมีความสอดคล้องกัน โดยกฎหมายเป็นสิ่งที่มีความสัมพันธ์ตามหลักเหตุผลของเรื่องทำให้มนุษย์รับรู้ได้ว่าสิ่งใดถูกหรือสิ่งใดผิด และกฎหมายที่นั้นต้องสอดคล้องกับความเป็นธรรม โดยกฎหมายต้องเป็นเครื่องอำนวยความยุติธรรมให้เกิดขึ้น

ทั้งนี้ หลักความยุติธรรมที่ว่า “สิ่งที่เหมือนกันควรได้รับการปฏิบัติอย่างเดียวกันหรือเท่าเทียมกัน” จึงถือเป็นหลักการพื้นฐานเบื้องหลังของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ซึ่งหลักความยุติธรรมดังกล่าวเป็นความรู้สึคนึกคิดและเป็นการต้องการที่มีอยู่ในจิตใจของมนุษย์ทุกคน เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ โดยไม่มีผู้ใดอยากเป็นผู้ถูกเลือกปฏิบัติอย่างแตกต่างและด้อยต่ำกว่าผู้อื่น มนุษย์จึงมีหลักการเทียบเคียง หรือ Analogy อยู่ภายในจิตใจ จึงเป็นที่มาของสุภาษิตกฎหมายที่ว่า “เรื่องที่มีเหตุผลเดียวกันต้องใช้บทบัญญัติเดียวกันบังคับ” “UBI EADEM RATIO, IBI EADEM LEX; ET DE SIMILIBUS IDEM EST JUTCIUM” หรือ “Where the same reason exists, there the same law prevails; and of thing similar, the judgment is similar”

²⁶ Charles Louis de Secondat and Baron de Montesquieu, *The Spirit of Laws*, 4 ed. (London: T. Evans, 1777), p.1.

²⁷ ปรีดี เกษมทรัพย์, *นิติปรัชญา*, หน้า 214.

²⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 215.

²⁹ สมยศ เชื้อไทย, *นิติปรัชญา*, พิมพ์ครั้งที่ 16 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), หน้า 118-119.

ตามหลักเหตุผลของเรื่องและความเป็นธรรมที่ส่งเสริมให้มีการปรับใช้การเทียบเคียงขึ้นในกฎหมาย³⁰

ดังนั้น ด้วยเหตุผลที่ว่า สิ่งที่ใกล้เคียงหรือคล้ายคลึงกันผู้คนจะมีความเข้าใจและรู้สึกกว่าสิ่งที่ใกล้เคียงนั้น ควรจะได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน หรือ สิ่งที่เหมือนกันก็ย่อมต้องมีผลอย่างเดียวกัน จึงทำให้เรื่องการเทียบเคียง บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งซึ่งเป็นเรื่องที่มีเหตุผลเดียวกันจึงต้องปรับใช้บทบัญญัติอย่างเดียวกัน อันทำให้ บทบัญญัติกฎหมายที่สามารถใช้สำหรับข้อเท็จจริงที่ใกล้เคียงกันหรือคล้ายคลึงกันอย่างยิ่งนำมาปรับใช้โดยการ เทียบเคียงกันได้ โดยผู้กฎหมายจะสามารถนำเอาบทกฎหมายที่บัญญัติไว้นั้นมาปรับกับคดีที่มีข้อเท็จจริง ใกล้เคียงกันหรือคล้ายคลึงกันเพื่อให้ความยุติธรรมเกิดขึ้น มิฉะนั้นแล้ว หากสิ่งที่เหมือนกันได้รับการปฏิบัติที่ แตกต่างกัน หรือ สิ่งที่แตกต่างกันกลับได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน ความยุติธรรมก็จะเกิดขึ้นมาแทนที่

อีกทั้ง นอกจากกฎหมายแล้ว วิธีการในการวินิจฉัยปัญหาที่เป็นหลักประกันอย่างหนึ่งของความยุติธรรม เช่นนี้ วิธีที่ใช้จึงต้องเป็นสิ่งที่ทำให้เกิดหลักประกันความมั่นใจแก่คู่กรณีและบุคคลโดยทั่วไปว่า ข้อเท็จจริง อย่างเดียวกันย่อมต้องได้รับการปฏิบัติเหมือนกัน อันจะทำให้หลักประกันความยุติธรรมดังกล่าวเป็นเสาหลัก ในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมที่เหมือนกันของประชาชนโดยทั่วไป ดังนั้น การนำผลของบทบัญญัติของ กฎหมายลายลักษณ์อักษรมาใช้กับคดีที่มีข้อเท็จจริงใกล้เคียงกันกับข้อเท็จจริงที่บทกฎหมายกำหนดผลแห่ง กฎหมายขึ้นไว้ จึงทำให้ประชาชนสามารถได้รับความยุติธรรมที่เหมือนกันได้

ในเหตุผลของการนำผลของบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาใช้กับคดีที่มีข้อเท็จจริงใกล้เคียงกัน ยังเนื่องมาจากความคาดหวังที่ว่า ถ้าผู้ร่างกฎหมายได้ทราบถึงข้อเท็จจริงดังที่ปรากฏอยู่ในคดีเฉพาะหน้านี้ ก็คง บัญญัติกฎหมายไว้ให้ข้อเท็จจริงในคดีนั้นได้รับผลอย่างเดียวกัน³¹ แต่เพราะผู้ร่างกฎหมายไม่ทราบถึงข้อเท็จจริง ดังกล่าวหรือมีอาจคำนึงถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวได้ในขณะที่บัญญัติกฎหมาย ผู้ร่างกฎหมายจึงไม่สามารถบัญญัติ กฎหมายให้ครอบคลุมถึงข้อเท็จจริงในคดีดังที่ปรากฏอยู่เฉพาะหน้านี้ได้ ซึ่งจะมีใช้กรณีที่ผู้ร่างกฎหมายประสงค์ ที่จะบัญญัติกฎหมายไว้เป็นการทั่วไปอย่างกว้าง หากแต่เป็นกรณีที่เกิดช่องว่างแห่งกฎหมายในลักษณะที่เป็น ช่องว่างของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคสอง ที่แม้จะมี การตีความบทบัญญัตินี้ดังกล่าวก็ไม่สามารถขยายความไปถึงข้อเท็จจริงในคดีที่เกิดขึ้นได้ เช่นนี้ หากข้อเท็จจริงนั้น มีลักษณะคล้ายคลึงกันหรือต้องตรงกันในสาระสำคัญกับข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบของบทบัญญัติกฎหมาย ก็เป็นการสมควรที่จะนำเรื่องการเทียบเคียงมาปรับใช้โดยให้ถือว่ามีผลทางกฎหมายอย่างเดียวกันกับบทบัญญัติ ของกฎหมายนั้นในฐานะที่เป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่อเป็นการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย

จากที่กล่าวมาข้างต้น เรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงเป็นเรื่องที่มีหลักการและ แนวคิดเบื้องหลังที่ประกอบไปด้วยเหตุผลและมุ่งหมายให้เกิดความเป็นธรรมขึ้นในการปรับใช้กฎหมายในสังคม การศึกษาแนวคิดและหลักการดังกล่าวจึงทำให้ตระหนักถึงความสำคัญในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายด้วยวิธีการ เทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมากยิ่งขึ้น และจำต้องมีการศึกษาเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมาย ที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในรายละเอียดต่อไป

³⁰ ปรีดี เกษมทรัพย์, *กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 5 (ห้างหุ้นส่วนจำกัดภาพพิมพ์: คณะกรรมการบริหารทางวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, มิถุนายน 2526), หน้า 75.

³¹ หยุต แสงอุทัย, *ช่องว่างแห่งกฎหมาย*, หน้า 37.

5. การใช้เหตุผลในทางนิติศาสตร์กับการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

การนำหลักตรรกศาสตร์มาใช้ในทางนิติศาสตร์ โดยการให้เหตุผลในทางตรรกศาสตร์มีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับการให้เหตุผลในทางนิติศาสตร์ แต่อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริงแล้วการนำการให้เหตุผลในทางตรรกศาสตร์มาใช้ในทางนิติศาสตร์นั้นไม่สามารถกระทำได้ในทุกเรื่อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีการให้เหตุผลทางทฤษฎีว่าด้วยวิธีการในวิชานิติศาสตร์ เพราะนอกจากการใช้เหตุผลทางนิติศาสตร์จะใช้เหตุผลทางตรรกะ (Logic) แล้ว นักนิติศาสตร์ยังต้องรู้จักการใช้เหตุผลของเรื่อง (Nature of Things) ด้วย³² ซึ่งเหตุผลของเรื่องนั้นอาจมีความแตกต่างกันตามประวัติศาสตร์ สังคม วัฒนธรรมที่หลากหลายดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

นอกจากนั้น วิธีการใช้เหตุผลในทางนิติศาสตร์ที่มีการคิดวิเคราะห์แยกแยะองค์ประกอบทางกฎหมาย แล้ววิเคราะห์หาแนวคิด หรือ Concept ของคำศัพท์ในกฎหมาย ซึ่งเอาเฉพาะข้อความคิดที่แยกชัดเจนเป็นนามธรรมบริสุทธิ์แน่นอนไม่แปรเปลี่ยนนั้น จึงเป็นการประกาศเขตแดนของเหตุผลทางนิติศาสตร์ที่แยกตัวออกมาจากเหตุผลทางตรรกะทั่ว ๆ ไป การใช้เหตุผลแบบตรรกศาสตร์จึงไม่อาจนำไปใช้กับการให้เหตุผลทางนิติศาสตร์ได้ทั้งหมด เนื่องด้วยข้อจำกัดทางภาษาศาสตร์นั่นเอง³³

แต่กระนั้นก็ตาม หลักเกณฑ์ทางตรรกศาสตร์ก็มีความสำคัญต่อการศึกษาวิชานิติศาสตร์ โดยถือว่าหลักเกณฑ์ทางตรรกศาสตร์เป็นรากฐานของการให้เหตุผลทางนิติศาสตร์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง หรือ Analogy ที่มีเบื้องหลังมาจากหลักการเทียบเคียงที่ว่า “สิ่งที่เหมือนกันควร จะได้รับการปฏิบัติอย่างเดียวกันหรือเท่าเทียมกัน” ทั้งนี้ วิธีการให้เหตุผลทางนิติศาสตร์ที่เป็นที่นิยมมี 3 รูปแบบ ได้แก่ การให้เหตุผลโดยวิธีอุปนัย (Induction) การให้เหตุผลโดยวิธีนรนัย (Deduction) และการให้เหตุผลโดยการเทียบเคียง (Analogy)

สำหรับการให้เหตุผลโดยวิธีอุปนัย (Induction) คือ การคิดหาเหตุผลจากข้อเท็จจริงปลีกย่อยไปหาหลักใหญ่หรือหลักทั่วไป หรือเรียกว่า กระบวนการใช้เหตุผลแบบมุ่งเข้าไปหาหลัก กล่าวคือ เป็นการรวบรวมวิเคราะห์ และพิสูจน์ข้อมูล ซึ่งได้ความจริงที่เหมือน ๆ กันจากสิ่งย่อย ๆ หลาย ๆ สิ่งในประเภทเดียวกัน ชนิดเดียวกัน มีคุณสมบัติและหน้าที่อย่างเดียวกัน ซึ่งภายใต้กฎและเงื่อนไขเดียวกันนี้ จึงได้ข้อสรุปซึ่งประมวลเป็นหลักความจริงสากลของสิ่งย่อย ๆ หลายสิ่งเหล่านั้น³⁴ ดังนั้น ข้อยุติที่เป็นความจริงสากลที่ได้จึงมีขอบเขตกว้างกว่าข้อเสนอที่เป็นความจริงย่อย ๆ เฉพาะอย่าง เช่น ตามมาตรา 1299 มาตรา 1300 มาตรา 1329 มาตรา 1331 มาตรา 1332 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อพิจารณาประกอบกันจะเห็นได้ว่ากฎหมายมุ่งคุ้มครองผู้สุจริต เป็นต้น แต่อย่างไรก็ดี วิธีการให้เหตุผลโดยอุปนัยไม่ได้ให้ความแน่นอนเหมือนวิธีการนรนัย ผลลัพธ์ของการใช้เหตุผลโดยอุปนัยจะให้ความน่าจะเป็นไปได้เท่านั้น³⁵

³² ภูมิทร์ บุตรอินทร์, การใช้เหตุผลทางนิติศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562), หน้า 104.

³³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 104-105.

³⁴ ภูมิทร์ บุตรอินทร์, การใช้เหตุผลทางนิติศาสตร์, หน้า 144.

³⁵ วิชา มาหาคูณ, การใช้เหตุผลในทางกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557), หน้า 68.

ต่อมา การให้เหตุผลโดยวิธีนัย (Deduction) เป็นกระบวนการใช้เหตุผลแบบอ้างอิงหลัก ซึ่งเป็นวิธีการที่ใช้หลักที่มีอยู่ก่อนแล้ว เช่น ตัวบทกฎหมาย หรือ หลักกฎหมายทั่วไป แล้วจึงปรับจากหลักดังกล่าวไปสู่คดีแต่ละเรื่องเป็นราย ๆ ไป ทำให้มีลักษณะเป็นการให้เหตุผลจากสิ่งที่ใหญ่กว่าไปสู่สิ่งที่เล็กกว่า โดยนิยมใช้การให้เหตุผลแบบนัยในระบบประมวลกฎหมายที่มีตัวบทกฎหมายเป็นบทอ้างหรือข้อเสนอลหลัก³⁶ ซึ่งผลลัพธ์ของการใช้เหตุผลโดยวิธีนัยจะทำให้ข้อยุติเฉพาะกรณีที่ได้มีขอบเขตแคบกว่าข้อเสนอที่เป็นความจริงหลัก หรืออยู่ภายใต้ความจริงหลักนั่นเอง

ส่วนการให้เหตุผลโดยการเทียบเคียง (Analogy) เป็นการอ้างอิงถึงความเหมือน (Symmetry) หรือความคล้ายคลึงกัน ซึ่งข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันควรที่จะได้รับการปรับใช้หลักเกณฑ์เดียวกัน และนำไปสู่ผลลัพธ์เดียวกัน³⁷ โดยอริสโตเติลได้อธิบายถึงการเทียบเคียงในลักษณะนี้ไว้ว่า “ไม่ได้ให้เหตุผลโดยอิงจากส่วนน้อยเฉพาะส่วนไปหาส่วนใหญ่ หรืออิงจากส่วนใหญ่ไปหาส่วนน้อยเฉพาะส่วน แต่เป็นการให้เหตุผลจากบางส่วนไปหาบางส่วน หากปรากฏว่าส่วนทั้งสองอยู่ใต้เงื่อนไขหลักเกณฑ์เดียวกัน และประจักษ์ชัดในส่วนใดแม้เพียงส่วนเดียว” ซึ่งอริสโตเติล เรียกว่า “การให้เหตุผลโดยนำมาจากตัวอย่าง” หรือ “reasoning by example” ส่วนนักกฎหมายท่านอื่นในเวลาต่อมา เช่น เลเวลลิน (Karl Llewellyn) เรียกว่า “moving classification”³⁸

ทั้งนี้ การให้เหตุผลโดยการเทียบเคียง (Analogy) เป็นวิธีการที่นิยมมากในศาลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ โดยศาลในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จะวินิจฉัยคดีโดยพิจารณาคดีที่มีข้อเท็จจริงตรงกันมาเทียบเคียงปรับใช้ตามความเหมาะสม เช่นนี้ เมื่อมีคดีเกิดขึ้น ศาลในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จะตรวจสอบคำพิพากษาในคดีก่อน ๆ หากพบว่าคดีใดมีข้อเท็จจริงตรงกันทุกประการกับคดีในปัจจุบัน หรือคล้ายคลึงกันกับในคดีปัจจุบัน ศาลก็จะนำผลของคำพิพากษาในคดีก่อนมาใช้กับคดีปัจจุบันตามหลักการเทียบเคียง ซึ่งในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์คำพิพากษาถือว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย โดยระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ให้ความสำคัญกับบรรทัดฐานคำพิพากษาในคดีก่อนเป็นอย่างสูง

อย่างไรก็ตาม การให้เหตุผลโดยการเทียบเคียง (Analogy) ก็ได้ถูกนำมาใช้ในระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์เช่นกันตามที่ได้อ้างมาแล้ว ซึ่งเป็นกรณีของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่จะยกขึ้นมาปรับแก้กรณีที่เกิดขึ้นได้โดยตรง การเทียบเคียงจึงถูกนำมาใช้เพื่อให้มีการปรับใช้บทบัญญัติของกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งกับกรณีที่เกิดขึ้น ตามหลักการแนวความคิดที่ว่า ข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันก็ควรที่จะได้รับการปรับใช้หลักเกณฑ์เดียวกัน จึงส่งผลให้ได้รับผลลัพธ์เดียวกันเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม เช่นนี้ เรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงถูกนำมาใช้เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ซึ่งจะกล่าวถึงการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามนิติวิธีในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยต่อไป

³⁶ วิชาญ เครืองาม, “การนำวิธีการให้เหตุผลทางตรรกศาสตร์มาใช้ในทางนิติศาสตร์,” *วารสารพี* 1, 1 (2549).

³⁷ ภูมินทร์ บุตรอินทร์, *การใช้เหตุผลทางนิติศาสตร์*, หน้า 157.

³⁸ วิชาญ เครืองาม, “การนำวิธีการให้เหตุผลทางตรรกศาสตร์มาใช้ในทางนิติศาสตร์,” *วารสารพี*.

6. การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

สำหรับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายไทย ตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย อันเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับนิติวิธีในกฎหมาย ซึ่งถือเป็นหัวใจสำคัญของระบบกฎหมายไทย โดยมาตรา 4 ดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่บัญญัติถึงนิติวิธีทั่วไปสำหรับการใช้และการตีความกฎหมาย การบัญญัติถึงนิติวิธีจึงเปรียบเสมือนการวางรากฐานที่เป็นหลักการทั่วไป ไม่จำกัดเฉพาะในกฎหมายใดกฎหมายหนึ่งเท่านั้น การศึกษามาตรา 4 จึงเป็นการศึกษาในบริบทของระบบประมวลกฎหมายทั้งระบบ

ในเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ซึ่งเป็นนิติวิธีตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การที่กฎหมายเปิดโอกาสให้มีการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย จึงเป็นที่ชัดเจนว่า มาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งไว้ เช่นนี้ นิติวิธีในระบบกฎหมายไทยจึงอนุญาตให้ศาลมีอำนาจอ้างการเทียบเคียงบทกฎหมายเพื่อนำมาปรับใช้แก่กรณีที่เกิดขึ้นได้ ซึ่งการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นการเทียบเคียงตัวบทกฎหมาย ไม่ใช่การนำบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เป็นตัวบทกฎหมายมาใช้โดยตรง แต่อาศัยการเทียบเคียงเหตุผลและความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมายนั้น

อย่างไรก็ตาม นิติวิธีตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จำต้องพิจารณาถึงจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นก่อน หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่ามีการจารีตประเพณีเช่นนั้นมาปรับใช้กับกรณีที่เกิดขึ้นได้ ศาลก็จำต้องพิจารณาคดีโดยอาศัยจารีตประเพณี โดยไม่จำเป็นต้องอ้างถึงบทบัญญัติของกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งอันเป็นวิธีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายที่อยู่ในลำดับถัดไป แต่กระนั้น หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า กรณีดังกล่าวเกิดเป็นช่องว่างแห่งกฎหมายโดยไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาปรับใช้กับกรณีที่เกิดขึ้นได้ อีกทั้งไม่มีจารีตประเพณีที่สอดคล้องกับเรื่องดังกล่าวที่อาจนำมาอุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้ ศาลจึงใช้นิติวิธีโดยอาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายนั้น

ตัวอย่าง คำพิพากษาศาลฎีกาที่แสดงการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายทรัพย์สิน การณการปลูกโรงเรือนลูก้าเข้าไปในที่ดินของบุคคลอื่นโดยสุจริต

บทบัญญัติกฎหมาย: มาตรา 1312 วรรคหนึ่งแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “บุคคลใดสร้างโรงเรือนลูก้าเข้าไปในที่ดินของผู้อื่นโดยสุจริตไซ้ ท่านว่าบุคคลนั้นเป็นเจ้าของโรงเรือนที่สร้างขึ้น แต่ต้องเสียเงินให้แก่เจ้าของที่ดินเป็นค่าใช้ที่ดินนั้น และจดทะเบียนสิทธิเป็นภาระจำยอม ต่อภายหลังถ้าโรงเรือนนั้นสลายไปทั้งหมด เจ้าของที่ดินจะเรียกให้เพิกถอนการจดทะเบียนเสียก็ได้”

ข้อเท็จจริง: คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6593/2550 จำเลยปลูกสร้างบ้านในที่ดินของ ล. เจ้าของที่ดินโดยสุจริต บ้านดังกล่าวเป็นกรรมสิทธิ์ของจำเลย หลังจาก ล. ถึงแก่ความตายมีการแบ่งแยกที่ดินดังกล่าวปรากฏว่าบ้านของจำเลยอยู่ในที่ดินที่ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของจำเลย แต่โครงหลังคาบ้านซึ่งติดอยู่กับบ้านเป็นส่วนหนึ่งของบ้านล้าเข้าไปในที่ดินส่วนที่ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของโจทก์

ช่องว่างแห่งกฎหมาย: กรณีไม่เข้าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1312 เพราะการรุกล้ำเกิดขึ้นภายหลังแบ่งแยกที่ดิน มิใช่การสร้างโรงเรือนลุกล้ำเข้าไปในที่ดินของผู้อื่น

การเทียบเคียง: ศาลวินิจฉัยว่าเป็นกรณีที่เทียบเคียงได้กับการปลูกโรงเรือนรุกล้ำที่ดินของผู้อื่นโดยสุจริต ตามบทกฎหมายดังกล่าวถือว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1312 วรรคแรก เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง เมื่อกรณีนี้ไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับแก้คดีและไม่ปรากฏว่ามีจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น จึงต้องอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคสอง เมื่อใช้มาตรา 1312 วรรคแรก ประกอบมาตรา 4 วรรคสอง มาปรับแก้คดีแล้ว ที่ดินของโจทก์ส่วนที่โครงหลังคาบ้านของจำเลยรุกล้ำเข้าไปจึงเป็นภาระจำยอมที่ต้องไปจดทะเบียนสิทธิดังกล่าวตามบทบังคับของมาตรา 1312 วรรคแรก

ข้อสังเกตของผู้เขียน: ในกรณีนี้ จำเลยปลูกสร้างบ้านในที่ดินของ ล. เจ้าของที่ดินโดยสุจริต บ้านดังกล่าวเป็นกรรมสิทธิ์ของจำเลย แต่หลังจาก ล. ถึงแก่ความตายมีการแบ่งแยกที่ดินทำให้โครงหลังคาบ้านล้ำเข้าไปในที่ดินส่วนที่ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของโจทก์ อันจะเห็นว่า การรุกล้ำเกิดขึ้นภายหลังที่มีการแบ่งแยกที่ดิน มิใช่การก่อสร้างโรงเรือนลุกล้ำตามมาตรา 1312 วรรคแรกโดยตรง แต่เนื่องจากไม่มีบทกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับเรื่องนี้ได้ จึงต้องนำเอามาตรา 1312 วรรคแรก มาใช้ในฐานบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามมาตรา 4 วรรคท้าย ทั้งนี้ เหตุผลตามมาตรา 1312 วรรคแรก กฎหมายได้คำนึงถึงประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ เพื่อไม่ให้เกิดความสูญเสียทางเศรษฐกิจ จึงให้บุคคลที่สร้างโรงเรือนลุกล้ำเข้าไปในที่ดินของผู้อื่นโดยสุจริตเป็นเจ้าของโรงเรือนที่สร้างขึ้น แต่ในขณะเดียวกัน กฎหมายก็คำนึงถึงความเป็นธรรมที่เจ้าของที่ดินควรได้รับด้วย จึงกำหนดให้ผู้สร้างโรงเรือนลุกล้ำต้องเสียเงินให้แก่เจ้าของที่ดินเป็นค่าใช้ที่ดินนั้นและจดทะเบียนสิทธิเป็นภาระจำยอม เช่นนี้เมื่อการลุกล้ำเกิดขึ้นภายหลังที่มีการแบ่งแยกที่ดิน จึงเป็นการลุกล้ำโดยสุจริต กรณีนี้จึงต้องอาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายมาตรา 1312 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งโดยยึดถือเจตนารมณ์เบื้องหลังเพื่อเอื้อต่อบุคคลผู้สุจริตและมุ่งประโยชน์มิให้เกิดความสูญเสียทางเศรษฐกิจเฉกเช่นเดียวกัน ซึ่งท้ายที่สุด ศาลก็ได้ปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย แล้วนำผลของบทบัญญัติกฎหมายที่ใกล้เคียงกันนี้มาตัดสินแก้คดีที่เกิดขึ้น โดยให้จำเลยเป็นเจ้าของโครงหลังคาบ้านที่ลุกล้ำ แต่ต้องเสียเงินให้แก่โจทก์เป็นค่าใช้ที่ดินนั้น และโจทก์ก็ต้องไปจดทะเบียนสิทธิเป็นภาระจำยอมแก่จำเลย

ดังจะเห็นได้ว่า ในเรื่องการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง นอกจากจะต้องศึกษาถึงหลักการของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งแล้ว ควรจะต้องศึกษาในเนื้อหาและรายละเอียดของบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่นำมาปรับใช้ในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งด้วย ซึ่งจะช่วยให้ผู้ปรับใช้กฎหมายทราบถึงเหตุผลเบื้องหลังและเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นๆ เพื่อนำมาพิจารณาประกอบกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่เป็นการเทียบเคียงออกจากตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรปกติ โดยจำต้องพิจารณาเจตนารมณ์ของกฎหมายว่าสามารถเปิดกว้างให้การเทียบเคียงไปถึงได้หรือไม่ อันจะอาศัยเจตนารมณ์ของกฎหมายแต่ละเรื่องเป็นสำคัญ การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงเป็นศาสตร์แห่งนิติวิธีที่ควรได้รับการศึกษาอย่างละเอียด

7. สรุป

จากการศึกษาข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง เรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง หรือการ Analogy เป็นการให้เหตุผลโดยอ้างความคล้ายคลึงกัน อันอาศัยหลักการทางกฎหมายประกอบกับการให้เหตุผลเข้ามามีส่วนในการพิจารณา โดยในการเทียบเคียงบทบัญญัติกฎหมายใดบทบัญญัติกฎหมายหนึ่งก็ต้องคำนึงถึงเหตุผลเบื้องหลังในการเทียบเคียงเพื่อให้เกิดความเหมาะสมด้วย เช่นนี้ จึงทำให้ต้องมาตระหนักถึงเจตนารมณ์ของบทบัญญัติกฎหมาย ตลอดจนหลักการและแนวคิดเบื้องหลังของเรื่องว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ประกอบกับการศึกษาวิวัฒนาการความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตั้งแต่อดีตที่ถ่ายทอดมาจนถึงปัจจุบัน เพื่อสามารถเข้าใจและปรับใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้อย่างถูกต้องเหมาะสมต่อไป ซึ่งการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นนิติวิธีที่มีความสำคัญในระบบกฎหมายและมีบทบาทอย่างมากในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายเพื่ออำนวยความสะดวกให้เกิดขึ้นในสังคม ทำให้ผู้อยู่ภายใต้กฎหมายเชื่อมั่นได้ว่า เมื่อเกิดข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันหรือคล้ายคลึงกันจะได้รับการปฏิบัติภายใต้กฎหมายที่เหมือนกันเพื่อความเป็นธรรม

A striking fair balance of IP protection and renewable
energy investment: the case study of patents
การสร้างดุลยภาพระหว่างการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาและการลงทุน
ในกิจการพลังงานทดแทน: กรณีศึกษาด้านสิทธิบัตร

Chaiwat Muangkeaw

ชัยวัฒน์ ม่วงแก้ว

อัยการประจำสำนักงานอัยการสูงสุด

สำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายการอนุญาตตุลาการ 2 สำนักงานยุติการดำเนินคดีแพ่งและอนุญาตตุลาการ สำนักงานอัยการสูงสุด
อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ชั้น 5 ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติฯ ถนนแจ้งวัฒนะ เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร 10210

Deputy Provincial Chief Public Prosecutor

The Executive Director's Office of Arbitration 2, Department of Civil Dispute Settlement and Arbitration,
Office of the Attorney General Rajaburi Direkridhi Building (5th fl), Government Complex,
Chaeng Watthana Road, Lak Si, Bangkok 10210, Thailand

Corresponding author E-mail: c.muangkeaw@gmail.com

(Received: April 17, 2020; Revised: August 17, 2020; Accepted: September 3, 2020)

Abstract

This paper scrutinises the impact of conventional energy consumption and the use of patents to protect environmental degradation and stimulate energy investment in the context of European and Thai laws. The study revealed a linkage between patent right protection and the environment. Patents could be utilised to support international mechanisms, for instance, UNFCCC, Kyoto Protocol and Paris agreement. From the research, the patent rights protection is crucial to attracting investor to develop eco-friendly innovation. The ongoing stream of innovations is anticipated by energy investors to reduce costs and improve the performance of energy production by using the patent pool and eco-patent common. Although Thailand is trying to incentivise investment to follow international standards, patent protection in Thailand still has some drawbacks, which need to be reconsidered.

Keywords: Trade secret, Patents, Intellectual Property, Climate change mitigation, Renewable energy, Environmental law, Innovation, Electricity market, Investment, Public interest

บทคัดย่อ

บทความนี้ศึกษาถึงผลกระทบของการใช้พลังงานแบบดั้งเดิมที่มีคาร์บอนเป็นส่วนประกอบหลักและการใช้สิทธิบัตรเพื่อป้องกันผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและกระตุ้นการลงทุนด้านพลังงานโดยศึกษาทั้งในบริบทของกฎหมายสหภาพยุโรปและกฎหมายไทย จากการศึกษาพบว่ามีแนวโน้มเชื่อมโยงระหว่างการคุ้มครองสิทธิในสิทธิบัตรและผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม นอกจากนี้จากการศึกษายังพบว่าสามารถใช้สิทธิบัตรเพื่อสนับสนุนกลไกระหว่างประเทศเช่น UNFCCC พิธีสารเกียวโต และข้อตกลงปารีส โดยการให้ความคุ้มครองสิทธิในสิทธิบัตรยังเป็นปัจจัยที่มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการดึงดูดนักลงทุนให้พัฒนานวัตกรรมที่เป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อม นักลงทุนด้านกิจการพลังงานมีแนวโน้มที่เห็นว่ากระแสการพัฒนาของนวัตกรรมอย่างต่อเนื่องจะลดต้นทุนและปรับปรุงประสิทธิภาพการผลิตพลังงานโดยใช้สิทธิบัตรและการแบ่งปันข้อมูลในสิทธิบัตรเชิงนิเวศร่วมกัน อันจะเห็นได้จากระบบ Patent Pool ('PP') and Eco Patent Common ('EPC') อย่างไรก็ดี แม้ว่าประเทศไทยจะพยายามจูงใจนักลงทุนให้มีการลงทุนด้านพลังงานตามมาตรฐานสากล แต่การคุ้มครองสิทธิบัตรในประเทศไทยยังมีข้อบกพร่องบางประการซึ่งต้องได้รับการพิจารณาเพื่อปรับปรุงให้สอดคล้องกับการส่งเสริมนวัตกรรมด้านสิ่งแวดล้อม

คำสำคัญ: ความล้มเหลวทางการค้า, สิทธิบัตร, การบรรเทาสภาพภูมิอากาศที่เปลี่ยนแปลง, ทรัพย์สินทางปัญญา, พลังงานหมุนเวียน, กฎหมายสิ่งแวดล้อม, นวัตกรรม, การลงทุน

1. Introduction

Environmental degradation and energy security have received attention within the past decades. The choice between environmental sustainability and energy sector development remains a global dilemma. Although useful, the volatility of petroleum oil and gas production prices coupled with their environmental effects, mainly caused by anthropogenic energy consumption, has shifted the trend of both national and international perspectives to Renewable Energy Sources ('RES')¹. A wide range of international legal mechanisms are designed to incentivise both developed and developing countries to reduce the emission rate of Greenhouse Gases ('GHG')². The cost and availability of technologies that can lower emissions and performance, which can mitigate climate change, are required³. Among other things, to respond with climate change effectively, innovations in technology may significantly reduce the cost of environmental achievement targets.⁴ Patents, as symbols of modern innovation, could be interpreted as additional mechanisms of the environmental laws, alleviating the issues of global warming⁵ through technology transfer ('TT'). Availability of information could facilitate renewable investment. Also, the adequate balancing of patent protection and public interest needs to be considered. Not only protecting the right of patents owner, Patent Pool ('PP') and Eco Patent Common ('EPC') could also be utilised as a means of promoting efficiency and innovation by reducing the cost of technology⁶. Besides, the protection of the mentioned IP rights is required to incentivise investors to develop green innovations to tackle emerging climate change phenomena.⁷

Responding to the question described above, the paper will address (1.) The summary of pros and cons of Fossil Fuels ('FF') and RES in energy generation, (2.) International mechanisms relating to climate change alleviation and (3.) Patents: as a regime to facilitate technological investment. Lastly, (4.) Thailand regime will be discussed.

¹ Samantha Ölz et al., **Contribution of Renewables to Energy Security** (International Energy Agency, 2007), p. 8.

² Niels Anger, **Emission Trading beyond Europe: Linking Schemes in a Post-Kyoto World** (Centre for European Economic Research Germany, 2006), pp. 1-2.

³ Stéphanie Chuffart, **Technology Transfer and Dissemination under the UNFCCC: Achievements and New Perspectives** (Columbia Law School, 2013), p. 3.

⁴ Ibid.

⁵ Derclaye, E., "Should Patent Law Help Cool the Planet? An Inquiry from the Point of View of Environmental Law," (2009) 5-6 IELR 186, 229.

⁶ Anna Kingsbury et al, "Patent Collaboration: Licensing, Patent Pools, Patent Commons, Open Source and Communities of Innovation," **New Zealand Intellectual Property Journal** (2013): 3.

⁷ Singh Ghaleigh, N.S. "The puzzling persistence of the intellectual property/ climate change relationship," in **Environmental Technologies, Intellectual Property and Climate Change: Accessing, Obtaining and Protecting**, ed. Brown, AEL (Edward Elgar, 2013), p. 77.

2. The Summary of Pros and Cons of FF and RES in Energy Generation

With current technology travelling speeds, refinery and extraction procedures have scaled up. Such a situation leads to the availability of FF becoming even more significant with a lesser cost, which benefits both energy consumer and producer. However, mismanagement of anthropogenic FF consumption contributes not only massive CO₂ emission, which impacts the climate system, but also affects economic growth in the long run.

2.1 Consumer aspect

FF as conventional energy resources still count the economic advantages which other technological innovations are not able to defeat⁸ due to limited acceptance of eco-friendly technologies, for example, hydro and geothermal electricity⁹. Under current market conditions, the electricity generated from conventional energy sources is far cheaper than from RES¹⁰.

Regarding its drawbacks, FF usage is responsible for approximately 85% of GHG emissions produced each year¹¹. Consequently, the current trend has focused on raising the price of energy from conventional resources and simultaneously decreasing the rate of energy from RES because of economies of scale and continuous improvements in productivity¹². It is an economic challenge, however, in the implementation and development of eco-friendly technologies on a large scale since such innovation requires a high volume of investment in energy infrastructure in the future¹³.

2.2 Producer aspect

In terms of energy production, the expectations of every country, especially developing nations, in the case of natural resource discovery are an overall development and poverty alleviation¹⁴. Income generated from developing oil and gas fields seems to be

⁸ Derclaye, E., "Should Patent Law Help Cool the Planet?," : 229.

⁹ Hugh Saddler, "National energy security in a world where use of fossil fuels is constrained" (2011) in **CCEP working paper 9.10** (2011), p. 2.

¹⁰ Volker Oschmann, "Renewable Energy Sources in European Law: An Overview", **JEEPL** 6 (2006): 478479-.

¹¹ R.E.H. Sims et al, **Energy Supply (The Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change** [online], 2007. Available at: <https://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar4/wg3/ar4-wg3-chapter4.pdf>, p. 265.

¹² Ibid.

¹³ Ibid.

¹⁴ Ilias Bantekas, **Natural Resource Revenue Sharing Schemes (Trust Funds) in International Law** (NILR, 2005), pp. 31-32.

the first significant benefit¹⁵ to economic evolution and the prosperity of the country¹⁶. In comparison, the challenges could be readily seen from countries in the initial steps of hydrocarbon development, which face the issues relating to the limited capacity of state administrators, lack of experience in the petroleum sector and the uncertainty of the resource base¹⁷.

Despite being a blessing, such countries are often incapable of utilising the oil wealth endowment in reaching sustainable development¹⁸. Typically, they struggle with conflict¹⁹ and lower GDP growth per capita compared to resource-developed nations²⁰. Such a paradoxical occurrence is referred to as a “resource curse”, which does not occur with other types of natural resources, for example, freshwater, forest, or fertile cropland²¹.

It could be said that, apart from the resource curse phenomenon, the main disadvantage of FF consumption is environmental degradation. Renewable energy might diminish the drawbacks of conventional energy resources. Accelerating the development and deployment of renewable energy technologies requires a high volume of investment in innovation. International mechanisms are required as a mutual collaboration to establish a level of playing field for green innovation. This approach could reduce the cost of energy from RES, which allows renewable energy to become more compatible with mitigating the drawbacks of FF.

3. International Mechanisms Relating to Climate Change Alleviation

The spectre of climate change unfolding nowadays is a cumulative impact of anthropogenic interference in the climate system. Undeniably, the economic advantages of FF lead to a large scale of FF consumption which contributes to environmental issues. From

¹⁵ Michael L. Ross, *The Oil Curse: How Petroleum Wealth Shapes the Development of Nations* (Princeton University Press, 2012), p. 33.

¹⁶ Robin Boadway and Michael Keen, “Theoretical Perspectives on Resource Tax Design” in *The Taxation of Petroleum and Minerals: Principles, Problems and Practice*, eds. Phillip Daniel, Michael Keen and Charles McPherson (Routledge, 2010), p. 13.

¹⁷ Dr Valérie Marcel et al., *A Local Content Decision Tree for Emerging Producers* (The Royal Institute of International Affairs, 2016), p. 2.

¹⁸ Macartan Humphreys et al., “What is the Problem with Natural Wealth?” in *Escaping The Resource Curse*, eds. Macartan Humphreys, Jeffery D. Sachs, and Joseph E. Stiglitz (Columbia University Press, 2007), p. 1.

¹⁹ Thomas I. Palley, “Lifting the Natural Resource Curse,” *Foreign Service Journal* 80 (2003): 54.

²⁰ Jim Shultz, *Follow the Money: A Guide to Monitoring Budgets and Oil and Gas Revenues* (Open Society Institute, 2005), p. 32.

²¹ Michael L. Ross, *The Oil Curse: How Petroleum Wealth Shapes the Development of Nations*, : 28.

shifting weather patterns which reduce the production of food to rising ocean levels which heighten the risk of catastrophic flooding, the impacts of mentioned climate change are transboundary in scope which require international corroborations. Responding to the impacts as mentioned earlier, the United Nations ('UN') issued international environmental treaties aiming to stabilise and decrease GHG emission at a level that could prevent dangerous anthropogenic interference with the environment.

3.1 United Nations Framework Convention on Climate Change ('UNFCCC')

The initial step of the international legal regime on climate change is the UNFCCC, which was established in 1992²². The primary objective of the UNFCCC is to stabilise GHG concentration in the atmosphere, which could prevent harm from human interference²³, yet the distinct approaches to facilitate, promote, and finance this have not been designed²⁴. The terms of TT could be reflected from articles 4.5 and 12, which would begin to stimulate TT on climate change. It could refer to article 4.5, which states that the benefit of TT is enabling developing countries to achieve the provisions of UNFCCC²⁵. The action would be beneficial to the global environment as a whole by allowing developing countries ('non-Annex I countries') to promote the international target of global warming alleviation and a national goal of environmental adaptation²⁶.

To respond with the issue above, the convention acknowledged the vast difference of economic development between developing and developed countries. Consequently, countries came to a treaty that developed countries should bear greater responsibility than developing countries.²⁷ Such a principle so-called Common but Differentiated Responsibilities ('CBDR')²⁸ is based on the polluter pay principle; the more industrialised a country is, the more likely that it has contributed to environmental degradation.²⁹

²² Sanford E. Gaines, "International law and institution for climate change," in **Research Handbook on Intellectual Property and Climate Change**, ed. Joshua Sarnoff (Edward Elgar Publishing, 2016), p. 38.

²³ UNFCCC, Article 2.

²⁴ Sanford E. Gaines, "International law and institution for climate change," : 39.

²⁵ The International Council on Human Rights Policy, "Beyond technology transfer: protecting human right in a climate-constrained world," in **Research Handbook on Intellectual Property and Climate Change**, ed. Joshua Sarnoff (Edward Elgar Publishing, 2016), p. 136.

²⁶ Ibid.

²⁷ Department of Economic and Social Affairs, Promoting Development, **Saving the Planet, United Nations Publication, E/200950/Rev.1 ST/ESA/319** [online], Available at: https://www.un.org/en/developmentdesa/policy/wess/wess_archive/2009wess.pdf.

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid., p. 9.

Simultaneously, dealing with socio-economic development and the eradication of poverty is their overriding priority³⁰. It is undeniable that TT is needed since the general function of global trade regimes may not be appropriate for the requirements of technology for a climate change approach³¹. Bodansky, nevertheless, noted that under the umbrella of the UNFCCC, the industrialised countries might argue that developing nations should be obliged to create the proper environment for investment in innovation³²; for instance, to create a legal mechanism for protecting IP rights³³.

It could be claimed that the high upfront cost of climate innovation requires a large scale of investment. To encourage investment in such an environmental action, it is essential not only to measure the climate contribution of the investment but also to show the investor that it makes economic sense.

3.2 The Kyoto Protocol ('KP')

The primary objective of the KP regards the UNFCCC target via the methodical reduction of GHG emissions from the Annexe I countries³⁴. The KP advises that parties should take all feasible approaches to facilitate, finance, and promote the transfer of environmentally sound technology³⁵. To achieve this objective, the KP provides flexible regimes, which allow accounting transfers of GHG emissions or reducing emissions amongst countries³⁶. Through the flexibility mechanism, the Annexe I countries are obliged to reduce their emissions rate or in part by either approving emission reductions or projecting emission avoidance in other nations³⁷. The KP mechanism could be described as a Clean Development Mechanism ('CDM') and a Joint Implementation ('JI')³⁸.

The objective of a CDM is to facilitate the developing countries to meet sustainable development targets and to assist Annexe I parties to complete their emission target under the KP by transferring lower-emitting innovation to developing countries³⁹. The CDM is designed

³⁰ UNFCCC, Article 4.7.

³¹ The International Council on Human Rights Policy, "Beyond technology transfer," : 136.

³² Matthew Rimmer, **Intellectual Property and Climate Change** (Edward Elgar Publishing, 2011), p. 42.

³³ Ibid.

³⁴ Sanford E. Gaines, "International law and institution for climate change," : 42.

³⁵ KP, Article 3 (14) and 10 (C).

³⁶ Sanford E. Gaines, "International law and institution for climate change," : 42.

³⁷ Ibid.

³⁸ KP, Article 3, 6 and 12.

³⁹ Sanford E. Gaines, "International law and institution for climate change," : 43.

to incentivise the private sector to contribute towards reducing emissions via investment in developing nations⁴⁰. Albeit the KP has not provided a CDM that could activate TT, an open opportunity for TT to be successful through emission-reducing projects and to achieve the host country's development target was implemented⁴¹. Similar to a CDM, a JI grants the possibility of eco-friendly innovation diffusion to the economies in transition nations, for instance, Eastern European countries⁴².

The scope for TT in the KP is essential; however, criticism has reflected that the CDM and JI could not achieve the TT target⁴³. The Intergovernmental Panel on Climate Change ('IPCC') noted that adequate incentives and confidence to sell technology are required for TT to occur⁴⁴. In the scenarios of the CDM and JI, the transaction of carbon value is the condition and cost, which often does not substantially impact the economy of the project⁴⁵. Not only must CDM and JI projects compete with conventional energy sources technologies that achieve continuous cost reduction and carry less risk, they must also have adequate time to improve projects that would generate sufficient amount of Certified Emission Reductions ('CER') within the KP's commitment timeframe to make the project commercially viable⁴⁶. Hence, to increase widespread technology deployment, the CDM and JI must be supplemented with other policies and mechanisms to point out market failures and obstacles in a host nation, which could reduce the price of core innovation⁴⁷.

3.3 The Paris Convention/Agreement ('PC')

In December 2015, the members of the UNFCCC committed to the PC as a new international legally binding mechanism, which seeks corporation to mitigate climate change⁴⁸. The PC set the target to tackle the global warming issue by 2°Celsius, well below the average pre-industrial level⁴⁹. The TT framework was established to facilitate developing countries to

⁴⁰ Matthew Rimmer, *Intellectual Property and Climate Change*, : 42.

⁴¹ Rob Youngman et al., "Evaluating Technology Transfer in the Clean Development Mechanism and Joint Implementation," in *Climate Policy* 7 (2007), pp. 488-489.

⁴² Ibid.

⁴³ Ibid., p. 496.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Ibid., p. 497.

⁴⁸ Sanford E. Gaines, "International law and institution for climate change," : 46.

⁴⁹ PC, Article 2.1 (a).

complete their PC objectives⁵⁰. In article 10.4, the PC provides a framework to mandate guidelines relating to technology mechanisms deemed to strengthen the involvement of TT. In this regard, the opening statement of the Breakthrough Energy Coalition's principal noted that the new model to solve climate change issues should be a public-private partnership among research institutions, investors, and governments⁵¹. Since the cost of green technology will be driven down from the alternative energy process, the advancement of technology could start to support its development⁵². In turn, the scheme supplies the investor with investment opportunities and safeguards as a means for successful TT objectives⁵³. Nevertheless, an explicit resolution of the vital issues on IP for TT did not take into account the PC, which may become an obstacle for the TT of the host countries towards the implementation of the PC⁵⁴.

In sum, the above-mentioned international mechanisms seek mutual collaboration because the climate change issue is transboundary. Innovation in green technology is a crucial enhancer and accelerator of the efforts to complete the aforesaid global objectives and implement national climate actions. With the high upfront cost of technological innovation, states require mechanisms which provide socially and environmentally sound, better-performing and cost-effective climate technologies on a larger scale.

4. Patents: as a regime to facilitate technological investment

To achieve the international environmental agreement, patents could be applied to support technological investment. Time-limited protection of the patents is unlikely to hinder the TT and investment⁵⁵. In this regards, the TRIPs agreement provides various terms of flexibility under the international system of IP rights by allowing each nation to conserve its national policy targets⁵⁶. The flexibility which the TRIPs provide includes the non-voluntary

⁵⁰ PC, Article 10.

⁵¹ Sanford E. Gaines, "International law and institution for climate change," : 48.

⁵² European Commission, **Communication from the commission to the European parliament and the council** [online], Available at: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/EN/1-2016-110-EN-F1-1.PDF>, pp. 5-6.

⁵³ Ibid., 6.

⁵⁴ ForumCC Tanzania, **The Paris Agreement, ANALYTICAL PAPER Forum CC Tanzania** [online], 2015. Available at: <http://www.rosalux.co.tz/wp-content/uploads/2016/01/Analytical-Paper-on-Paris-Agreement-Reviewed.pdf>, p. 9.

⁵⁵ Unlike trade secret that keep the valuable information secrecy without timeframe see Martin Ewan, "Law and technology in the oilfield," in **Oil and Gas Law: Current Practice and Emerging Trends**, eds. Greg Gordon, John Paterson and Emre Üşenmez (2nd, Dundee University, Dundee 2011), p. 510.

⁵⁶ Bassem Awad, University of Western Ontario, **Patent Pledges in Green Technology** [online], 30 May 2015. Available at: <http://www.pijip.org/wp-content/uploads/2015/03/Bassem-Awad-PP-in-Green-Tech.-Patent-Pledges-2015.pdf>

license to utilise a patented process or product without the consent of the patent owner by claiming a public interest rationale⁵⁷. Hence, the compulsory license on green innovations may not be preferable to the government due to the lack of domestic capacity, and the policy may affect international direct investment⁵⁸. Since 2010, the competition in green energy innovation has increased internationally, and the more multidisciplinary knowledge becomes, the more different, riskier, and higher its cost will be⁵⁹. The improvement of an advanced green energy innovation strategy requires modern paradigms⁶⁰, which could facilitate knowledge circulation amongst independent parties⁶¹.

Regarding the competitiveness of eco-friendly technologies at the international level, the International Energy Agency (IEA) stated that the most hopeful eco-friendly technologies usually are at a higher cost compared to the necessary conventional energy resources⁶². Responding to climate change phenomena primarily depends on performance, technology availability, and cost, which would decrease GHG emissions⁶³. TT is needed in this sense; otherwise, developing nations that lack capacity would struggle with high emission rate systems for many decades⁶⁴.

4.1 Patent pools ('PP')

PP is related to advanced technologies in which complementary patents are required to find intelligent technical solutions⁶⁵. The advantage of the PP is to ensure access to environmental technologies that are guaranteed and avoid the inevitable issues when coping with various patent dealers⁶⁶. Within the scope of this mechanism, IP holders could retain the rights that are substantial to their competitiveness; moreover, the agreement of licenses is crafted to allow the necessary flexibility⁶⁷. The proficient PP creates collaboration,

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Organization for Economic Co-operation and Development, **The OECD Innovation Strategy: Getting a headstart on tomorrow** [online], 2010. Available at: <http://www.oecd.org/greengrowth/48012345.pdf>, pp. 10-11.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid.

⁶² International Energy Agency, **Energy Perspectives 2010 – Scenarios & Strategies to 2050** (IEA, 2010), p. 50.

⁶³ The International Renewable Energy Agency, "Renewable Energy Innovation Policy: Success Criteria and Strategies" (IRENA, 2013), p. 28

⁶⁴ Stéphanie Chuffart, **Technology Transfer and Dissemination under the UNFCCC**, : 9.

⁶⁵ WIPO, "Patent Pools and Antitrust: A Comparative Analysis" (World Intellectual Property Organization, 2014), p. 3.

⁶⁶ United States Patent and Trademark Office Jeanne Clark et al., **Patent Pools: A Solution to the Problem of Access in Biotechnology Patents?** [online], 2000. Available at: <https://www.uspto.gov/web/offices/pac/dapp/opla/patentpool.pdf>, p. 8.

⁶⁷ Stéphanie Chuffart, **Technology Transfer and Dissemination under the UNFCCC**, : 34.

which could lead to rapid development in the field of innovative technology⁶⁸. It could be reasonable to assume that the scheme would incentivise the distribution of more valuable patents and disregard compromising competitiveness⁶⁹. PP, nevertheless, could not ensure preferable license prices, which might not be a solution for developing countries without a subsidy from other organisations⁷⁰ that participate in the PP⁷¹.

From the previous paragraph, the PP seems unlikely to adequately describe the problem on patent law and green innovation due to neither reducing the cost of the license nor massively raising the usage of eco-technology, apart from the participants in the PP.

4.2 Eco-patent commons ('EPC')

Unlike PP, EPC could stimulate co-operation beyond industry boundaries⁷². The unique characteristic of EPC is that the patent pledged is freely accessible and is available to everyone⁷³. No royalty is required from the participants when using the patent pledged in producing benefits to the environment⁷⁴. Helmer and Hall reflected that such donated patents could be used as informal mechanisms to push eco-innovation towards the interest of promising firms⁷⁵. Notwithstanding the ICT's market, the technology industry in the field of climate change is relatively new⁷⁶, and businesses are finding the right patterns with other partners to share their crucial eco-patents⁷⁷. It is undeniable that EPC could decrease the cost of mitigating climate change by innovation advancement.

Nevertheless, the arguments of the EPC regarding incentive, value, and quantity may arise⁷⁸. Since EPC has an open-source characteristic, the private sector may have insufficient incentive to provide valuable IP information free of charge. Also, advanced eco-technologies are unlikely to be provided via the EPC approach⁷⁹; hence, the explicit drawback of the

⁶⁸ Andrew Boynton, "Eco-Patent Commons: A Donation Approach Encouraging Innovation within the Patent System," *Wm. & Mary Envtl. L. & Pol'y Rev* 35, (2011): 659, 678.

⁶⁹ Stéphanie Chuffart, *Technology Transfer and Dissemination under the UNFCCC*, : 34.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 33.

⁷¹ Andrew Boynton, "Eco-Patent Commons," *Wm. & Mary Envtl. L. & Pol'y Rev*, 35: 678.

⁷² *Ibid.*, p. 684.

⁷³ Bronwyn H. Hall et al., "Innovation and Diffusion of Clean/Green Technology: Can Patent Commons Help?," *Journal of Environmental Economics and Management* 66 (2013): 33, 35.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*, p. 37.

⁷⁶ Bassem Awad, *Patent Pledges in Green Technology*, : 13.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ Stéphanie Chuffart, *Technology Transfer and Dissemination under the UNFCCC*, : 35.

⁷⁹ *Ibid.*

EPC paradigm could be referred that it lacks progress and valuable information, which may ineffectively lead improving environmental innovation.

By all count, patents could be utilised to facilitate environmental innovation through PP and EPC. However, a complete set of valuable information in climate action might hardly be found in patents mentioned above; it is better than nothing. Investors can both gather information from PP and EPC instead of purchasing ordinarily paid ticket patents to continue technologies improvement and reduce the cost of technologies. With the time-limited protection, the approach incentivises patents owners to develop their information continuously. To provide suitable investment atmosphere, patents owner and investor need an adequate level of protection which diminish the infringement of the mentioned IP right. Thus, the compulsory license on eco-friendly innovations may not be preferable because such a policy might impede international direct investment.

5. Thailand regime

As Non-Annex I countries of KP, the nation does not have legally binding quantitative emission reduction. However, according to Paris Agreement, the mandatory eco-friendly policy reflected in the national level not only as 10-years initiative (2012- 2021) for the Alternative Energy and Development Plan (AEDP) to establish and diversify the eco-friendly energy resources⁸⁰ but also in the Constitution of Thailand 2017 (2560 B.E) Section 72 (5)⁸¹. With the rapidly increased consumption of renewable energy sources and the development of energy efficiency, imports of conventional energy sources would be expected to decrease⁸². As a result, the expenditure of fossil fuels importation would decline while energy security would be enhanced.

The advancement of energy innovation becomes crucial in Thailand. Since, in 2018, the cabinet issued a policy to Energy Regulatory Commission and other energy agencies regarding energy security and capacity of energy investor⁸³. Practically, the ongoing stream of innovations is anticipated by energy investor to reduce costs and improve the performance

⁸⁰ Paris agreement, Article 9, 10, 11

⁸¹ **Section 72.** The State should take actions relating to land, water resources and energy as follows:

(5) to promote energy conservation and cost-effective use of energy, as well as to develop and support the production and use of alternative energy to enhance sustainable energy security

⁸² IRENA, "Renewable Energy Outlook: Thailand", (International Renewable Energy Agency, 2017), p. 19.

⁸³ **Cabinet resolution of 5 June 2018** [online], Available at: http://www.odd.go.th/Web_Cabinet/PDF/2561/Jun/05062018.pdf,

of energy production⁸⁴. Innovation developers and patents owner could gain a profit by selling such technology in this sense. The example could be seen in the scenario of a long-term power purchase agreement (PPA) with the Electricity Generating Authority of Thailand (EGAT). Under the Power Producer scheme, diversity of fuel type is considered as non-price factors for PPA proposal⁸⁵. As a result; each energy investor tends to use different technologies to make the project more attractive and reliable, which go in line with the scheme.

Regarding encouraging growth in Thailand green technology investment, Thailand Board of Investment ('BOI') currently provides a wide range of incentives for investors. The incentives apply to certain investments that align with the national development objectives, for instance, renewable energy innovation⁸⁶. Non-tax incentives include the permission to remit/take money aboard, the ability to obtain a visa for alien staff, and permission to own land⁸⁷. Tax incentives include import duty exemption and exemption of cooperating income tax for a specified period⁸⁸.

In addition to the mentioned incentives, Greenhouse Gas Management Organisation ('TGO'- public organisation) was established in 2007 as the centre for international collaboration organisation, private sector, and the Thai government⁸⁹. The organisation aims to control GHG emission through CDM and increase the competitiveness and capabilities of relevant sectors to perform such environmental project⁹⁰. In 2009, TGO issued Letters of Approval for 18 CDM projects which reduced emission to 6.32 million tonnes of CO2 equivalent⁹¹. Hence, organisation practice aligns both the international environmental treaties and Thailand sustainable development plan which contribute to the appropriate atmosphere for climate change investment.

⁸⁴ Robert H. Williams, "Advanced Energy Supply Technologies," in **World Energy Assessment: Energy and the Challenge of Sustainability** (New York: UNDP, 2015), p. 284.

⁸⁵ IPP Power Purchase Agreements Department (EGAT Thailand) [online], Available at: http://www.ppa.egat.co.th/ippx/index.php?option=com_content&view=article&id=26&Itemid=148

⁸⁶ Thailand Board of Investment, "CLIMATE CHANGE AND THAILAND'S MOVE TOWARDS A GREEN INDUSTRY," **Thailand Investment Review** 28 (2018): 6.

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ กาญจนา แสงลิ้มสุวรรณ, "ความรู้เรื่องตลาดการค้าคาร์บอนเครดิต," **Panyapiwat Journal** 3 (2011): 123, 132.

⁸⁹ The organisation is supervised by Ministry of Natural Resource and Environment, **Greenhouse Gas Management Organisation** [online], Available at: <http://www.tgo.or.th/2015/english/content.php?s27=1>

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ กาญจนา แสงลิ้มสุวรรณ, "ความรู้เรื่องตลาดการค้าคาร์บอนเครดิต," **Panyapiwat Journal**, 3: 130.

Though EPC and PP are not clearly stipulated in Thai Patents Act, to promote Thailand's global economic competitiveness and long-term energy security, the nation is required to commit itself to develop its alternative energy capabilities as reflected in the Constitution of Thailand 2017 (B.E. 2560) Section 69⁹². In this regard, laws play an essential role to give the protection of innovation and promote the advancement of eco-friendly technology. Section 36 of Patent Act 1979 (B.E. 2522)⁹³ gives protection to patent owners to solely exercise and exploit their right, but few exceptions remain. The state shall exploit any of the rights conferred by a patent regardless of owner permission by any means to protect the public interest⁹⁴.

The core concern is that the uncertainty would occur from an interpretation of public interest (Concepto Juridico Indeterminado)⁹⁵. In this sense, the Supreme Administrative Court of Thailand ruled that public interest shall prevail if the state causes a proportionate burden to the individual⁹⁶.

The interpretation of the court could be elaborated in the following example scenario. Mr.A has innovated battery technology which could store unlimited electricity; of course, the technology is patentable. Thai government issued the renewable energy policy to facilitate community power plant which allows the local community to sell surplus energy to EGAT as the final aims to stimulate local economic growth. This action needs Mr.A technology which required a large sum of capital, especially a remote area in which transmission system is unstable. Thai government may reduce a large amount of capital by applying for a compulsory license or exploit any of the rights conferred by a patent regardless of owner permission by any means to protect the public interest⁹⁷.

⁹² **Section 69.** The State should provide and promote research and development of various branches of science, technology, and disciplines of arts to create knowledge, development, and innovation to strengthen the society and to enhance the competence of people in the Nation.

⁹³ **Section 36.** Only the owner of the patent shall have the following rights:

(1) in the case where the patent has been granted in respect of a product, the right to produce, use, sell, have in the possession for sale, offer for sale or import the patented product into the Kingdom.

(2) in the case where the patent has been granted in respect of a process, the right to use the patented process, produce, use, sell, have in the possession for sale, offer for sale or import the product produced by means of the patented process into the Kingdom...

⁹⁴ Section 51 of Patent Act 1979 (B.E. 2522)

⁹⁵ อนันต์ คงศรีพันธ์, *แนวคิดในการพิจารณาตีปกรองเพื่อประโยชน์สาธารณะ* [online], 2017. แหล่งที่มา: http://www.admncourt.go.th/admncourt/upload/webcms/Academic/Academic_270217_144631.pdf, p.6.

⁹⁶ Judgements of Supreme administrative court of Thailand, อ 752554/, อ 2392556/, อ 2852556/, อ 6192557/.

⁹⁷ Patent Act 1979 (B.E. 2522), Section 51.

The interpretation of the court, on the one hand, contributes to the definite chance of local innovation improvement. Because of providing a high standard of patents, protection normally opens the national market for different industries. Through such protection, the international enterprise might use their superior research and development information to conquer the market⁹⁸. The prominent position of foreign enterprises might impede the initial development and growth of new local industries⁹⁹. On the other hand, foreign investor might refrain from investing due to the lack of adequate patents protection. The government mentioned-above policies show that Thailand as a developing country requires innovation, TT and eco-friendly technology investment to align with the international trend¹⁰⁰ and the national Constitution¹⁰¹. The main reason is that environmental actions are hard to occur solely through the local market because the massive upfront cost of innovation requires a large scale of investment¹⁰².

It could be reasonable to claim that the interpretation the court gives, primarily aiming to protect the public interest¹⁰³ over patents protection, is unlikely to stimulate innovation, TT and incentivise international investors. Also, such action might affect innovation and cause advance technologies to remain hidden.

6. Conclusion

The choice between environmental sustainability and energy sector development remains a global dilemma. FF consumption is beneficial to many kinds of human activities, but their negative impact can be seen through social, economic, and also environmental means. With the transboundary issue of climate change, international mechanisms are required as a collaboration to establish a level of playing field for green innovation under the CDBR principle. This approach could reduce the cost of energy from RES, which allows renewable energy to become more compatible with the current market situation.

⁹⁸ Helen Gubby, "Is The Patent System a Barrier to Inclusive Prosperity? : The Biomedical Perspective", *Global Policy* 11 (2020): 46-48.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Paris agreement, Article 9, 10, 11.

¹⁰¹ The Constitution of Thailand 2017 (2560 B.E), Section 72 (5).

¹⁰² R.E.H. Sims et al, *Energy Supply*, : 265.

¹⁰³ อนันต์ คงศรีพันธุ์, *แนวคิดในการพิจารณาตีปกรองเพื่อประโยชน์สาธารณะ*, : 14-15

Under current market conditions, advance innovations which are better than the older ones may come at a high cost to implement¹⁰⁴. Investment in conventional energy technology tends to generate more benefit to ancillary industries of investors than innovation technology¹⁰⁵. To incentivise investor, it is critical not only to measure the climate contribution of the investment but also to show the investor that it makes economic sense. Otherwise, the investor might spend a significant amount of investment in the conventional technology, and, as a consequence, would be reluctant to switch to innovation unless a substantial return from the original business is received¹⁰⁶.

Besides, patents could be applied to facilitate environmental innovation through PP and EPC. The mentioned patents might lower the cost to some degree for the technological investor. To provide suitable investment atmosphere, patents owner and investor need an adequate level of protection for their valuable IP rights. The compulsory license on eco-friendly innovations may not be preferable because the policy might impede international investment.

Thailand, as a developing country, aligns with the international standard. The country provided a wide range of investment measures to facilitate technological innovation. The ongoing stream of innovations is anticipated by energy investor to reduce costs and improve the performance of energy production. Innovation developers and patents owner could gain a profit by selling such technology in this sense. Admittedly, environmental actions are hard to occur solely through the local market because the massive upfront cost of innovation requires a large scale of investments. As such, in energy investment, the core idea for patent protection in Thailand needs to be reconsidered. The concern could be seen through the interpretation of the court.

¹⁰⁴ Sharon K. and Levine, David S. "Trade Secrets and Climate Change: Uncovering Secret Solutions to the Problem of Greenhouse Gas Emissions" (Edward Elgar Forthcoming, 2014), p. 2.

¹⁰⁵ Ibid., p. 3.

¹⁰⁶ Ibid., p. 2.

แอร์บีแอนด์บี: กฎหมายสำหรับการแบ่งปันห้องพักในประเทศไทย

Airbnb: Room sharing laws in Thailand

วิมาน กฤตพลวิมาน

Viman Kritpolviman

จิตตศุภางค์ ตันติภิรมย์

Chittasuphang Tontipiromya

พงษ์สิทธิ์ อรุณรัตน์กุล

Pongsit Aroonratanakul

ธนะชพร กังสังข์

Thanadchapon Kungsung

อาจารย์ประจำ

สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมราชา ถนนแจ้งวัฒนะ ตำบลบางพูด อำเภอปากเกร็ด นนทบุรี 11120

Full-time Lecturers

School of Law, Sukhothai Thammathirat Open University, Chaengwattana Road, Bangpood, Pakkret,

Nonthaburi, 11120

Corresponding authors E-mail: pongsit.aro@gmail.com

(Received: May 22, 2020; Revised: August 14, 2020; Accepted: August 17, 2020)

บทคัดย่อ

แอร์บีแอนด์บี ธุรกิจในยุคดิจิทัลที่ให้บริการแบบเศรษฐกิจแบ่งปัน โดยใช้แพลตฟอร์มเพื่อการจองที่พักในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก เป็นธุรกิจที่เริ่มต้นเพียง 10 ปีเศษ แต่สร้างความพอใจและทางเลือกให้แก่ผู้เข้าพักและตอบสนองต่อเจ้าของห้องพักที่นำห้องว่างมาให้เช่าเพื่อสร้างรายได้ ตลอดจนเจ้าของธุรกิจแอร์บีแอนด์บีที่ประสบผลสำเร็จในโลกธุรกิจออนไลน์ที่ทำลายล้างธุรกิจในรูปแบบเดิม ก่อให้เกิดประเด็นปัญหาขึ้นหลายประการ จึงเป็นส่วนหนึ่งของที่มาว่าธุรกิจแอร์บีแอนด์บีเป็นธุรกิจที่ถูกละเลยกฎหมาย หลายประเทศมีกฎหมายที่ใช้ในการควบคุมธุรกิจแอร์บีแอนด์บีหรืออยู่ระหว่างการยกร่างกฎหมาย แต่หลายประเทศยังไม่มีกฎหมายหรือการยกร่างกฎหมายดังกล่าว ประเทศไทยเป็นอีกประเทศหนึ่งที่ยังไม่มีกฎหมายเพื่อกำกับดูแลธุรกิจนี้โดยตรง ดังนั้นในบทความนี้จะกล่าวถึงสภาพปัญหาและกฎหมายไทยที่ใช้บังคับแอร์บีแอนด์บี ตลอดจนกฎหมายต่างประเทศที่ใช้กำกับดูแลธุรกิจนี้

จากการศึกษาผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยควรมีกฎหมายที่นำมาใช้กับธุรกิจแอร์บีแอนด์บีโดยตรงองค์กรที่รับผิดชอบอาจประกอบไปด้วยกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ กระทรวงท่องเที่ยวและกีฬาและกระทรวงมหาดไทยโดยกรมส่งเสริมการปกครองส่วนท้องถิ่น และควรกำหนดคำนิยามของ “ห้องพัก”

ที่อยู่ในบังคับของกฎหมาย กำหนดมาตรการเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม การอนุรักษ์โบราณสถาน โบราณวัตถุ มาตรการด้านความปลอดภัย มีข้อกำหนดเกี่ยวกับการเข้าพักและวันพักขั้นต่ำ กรณีห้องชุดในอาคารชุดต้องคำนึงถึงมิติและนโยบายของแต่ละอาคารชุด และควรจัดเก็บภาษีเพื่อบำรุงท้องถิ่นหรือรัฐ

คำสำคัญ: แอร์บีแอนด์บี, กฎหมาย, ห้องพัก, ธุรกิจ

Abstract

Airbnb is a digital business and a sharing economy with a booking platform that allows people to stay in millions of accommodations around the world. This 10-year old fledgling business not only added stay options to satisfied guests, but also lets room owners rent out their space to generate income. Many Airbnb listers became successful listing their places on the platform compared to more traditional ways of renting out their properties. Many issues followed, one of which is a claim that Airbnb is illegal in many countries. A large number of countries issued laws or are in the process of enacting laws to supervise Airbnb business. Meanwhile, many countries still do not have ideas to enact laws to supervise this business. Thailand is one of the countries with no such laws. Therefore, this article will address issues and Thai laws applicable to Airbnb as well as foreign laws supervising Airbnb.

After the study, the authors suggest that Thailand should have a law that directly applies to Airbnb. Related agencies such as the Ministry of Social Development and Human Security, the Ministry of Tourism and Sports and the Ministry of Interior by the Department of Local Administration should be responsible for supervising the business. The law should include definitions of accommodations which are subject to the law. In addition, the law should stipulate measures on environmental problems, conservation of ancient sites and ancient objects, safety measures, and a limitation of stays. In case of condominiums, resolutions and policies of each place should be respected. Local and government taxes should be paid accordingly.

Keywords: Airbnb, Law, Room, Business

บทนำ

ชาวราชวงศ์แห่งชัยปุระ (Maharaja) นำห้องในพระราชวังชัยปุระ (City Palace of Jaipur) เข้าสู่ระบบแพลตฟอร์มสำหรับการจองที่พักของ Airbnb ในอัตราค่าที่พักต่อคืน 8,000 เหรียญสหรัฐอเมริกา¹ สร้างความน่าสนใจต่อชาวโลก เพราะเป็นครั้งแรกที่ทางราชวงศ์ได้เปิดโอกาสให้ประชาชนทั่วไปได้มีโอกาสเข้าพัก ณ พระราชวังโบราณอายุมากกว่า 300 ปี ที่มีความงดงามปานเทพนิยายอินเดียโบราณ ซึ่งแต่เดิมอยู่ที่ทางราชวงศ์อนุญาตให้พักก็มีแต่แขกบ้านแขกเมืองที่เป็นคนดังระดับโลกเท่านั้น ตลอดจนชาวโรงแรมฮิลตันที่มีเครือข่ายโรงแรมระดับโลก นำโดย Hilton, Conrad และ Double Tree ได้สร้างแบรนด์โรงแรมอันใหม่ชื่อว่า Tru by Hilton ที่เอาใจคนรุ่น Millennial² คนรุ่นใหม่ หรือวัยรุ่นที่หากได้เดินทางหรือท่องเที่ยวโดยมิได้ต้องการโรงแรมในรูปแบบเดิมที่มีโต๊ะทำงาน ตู้ขนาดใหญ่ หรืออ่างอาบน้ำ เป็นต้น โดยกลุ่มแขกดังกล่าวต้องการนวัตกรรมใหม่ๆ ที่นำมาใช้กับโรงแรม และมีราคาห้องพักที่ไม่แพงหรือราคาที่สมเหตุสมผล โดยสามารถจองโรงแรมผ่าน Airbnb ได้อีกด้วย

ตัวอย่างข้างต้นเป็นเพียงกระแสความรุ่มแรงของธุรกิจ Airbnb ที่เพิ่งเกิดขึ้นไม่นานนี้เอง เริ่มจาก ค.ศ. 2007 Brian Chesky และ Joe Gebbia สองหนุ่มนักศึกษาที่อยากหารายได้จากการให้เช่าห้องของตนที่ซานฟรานซิสโกระหว่างปิดภาคเรียน ซึ่งในช่วงนั้นบังเอิญมีงานประชุมขนาดใหญ่เกี่ยวกับการออกแบบมีน็อกออกแบบเดินทางมาร่วมงานเป็นจำนวนมาก ทำให้โรงแรมและที่พักไม่เพียงพอต่อความต้องการในช่วงการประชุมนั้น ทั้งคู่จึงเกิดความคิดในการนำห้องพักในอพาร์ทเมนต์ที่ตนอาศัยอยู่ออกให้เช่าเป็นรายวัน และได้เขียน Blog ลงในเว็บไซต์ airbedandbreakfast.com ประกาศให้เช่าที่พักพร้อมอาหารเช้า และประสบความสำเร็จในเบื้องต้นที่มีผู้เข้าพัก 3 คน รวมรายได้รายละเอียด 80 เหรียญสหรัฐอเมริกา รวมเป็นเงิน 240 เหรียญสหรัฐอเมริกา เมื่อเกิดความสำเร็จในเบื้องต้น ทำให้ทั้งคู่ทำการตลาดกันในระดับภูมิภาคและแม้ว่าอาจมีสะดุดบ้างเนื่องจากเงินลงทุน และข้อจำกัดอื่นๆ การเปลี่ยนชื่อเว็บไซต์จาก airbedandbreakfast.com ซึ่งยาวเกินไปมาเป็น Airbnb.com พร้อมปรับรูปแบบธุรกิจในเชิงรุก โดยเฉพาะค่าตอบแทนที่จ่ายให้ Airbnb 15% (คิดเป็นผู้เข้าพัก 12% และเจ้าของห้อง 3%) ที่ทาง Airbnb เป็นผู้บริหารเงินเองทั้งหมด โดยผู้เข้าพักไม่ต้องจ่ายค่าที่พักโดยตรงต่อเจ้าของห้อง³ ในยุคดิจิทัลที่สร้างโอกาสให้ธุรกิจที่เกิดจากมันสมองอันชาญฉลาดของมนุษย์ ทำให้ใน ค.ศ. 2010 Airbnb มีห้องพักเปิดให้บริการกว่า 2,000,000 ห้อง ใน 190 ประเทศ เทียบกับบริษัท Marriot ซึ่งถือได้ว่าเป็นเครือข่ายโรงแรมที่ใหญ่ที่สุดในโลก มีจำนวนห้องพัก 1,500,000 ห้อง⁴ และในปัจจุบัน ค.ศ. 2020 Airbnb มีจำนวนห้องพักให้บริการกว่า 6,000,000 ห้อง กว่า 81,000 เมืองทั่วโลก โดยในแต่ละคืนจะมีผู้เข้าพัก Airbnb

¹ Margaret Abrams, *Maharaja put City Palace of Jaipur up for rent on Airbnb for 8,000 a night* [Online], Accessed: 8 January 2020. Available from: <http://www.standard.co.uk/insider/voyaisociety/maharaja.puts-city-palace-of-jaipur-up-for-rent-on-airbnb-for-800a-night-a4287471.html/>

² One mile at a time. *Tru by Hilton : A New Desk-Less "Millennial" Hotel Brand* [Online], Accessed: 10 January 2020. Available from: <http://www.onemileatatime.com/what-is-tru-by-hilton/>

³ Komkid. *Start it up มาทำความรู้จัก Airbnb สตาร์ทอัพการแบ่งปันที่พักชื่อดัง* [Online], Accessed: 11 January 2020. Available from: <http://www.startitup.in.th/introducing-Airbnb-startup/>

⁴ Brand inside. *ธุรกิจคิดใหม่. SCB EIC กับคำถามที่หลายคนอยากรู้ Airbnb สั่นสะเทือนวงการโรงแรมจริงหรือไม่* [Online], Accessed: 11 January 2020. Available from: <http://www.brandinside.asia-airbnb-impact-to-hotel/>, SCB EIC

กว่า 2,000,000 คน⁵ ซึ่งถือได้ว่า Airbnb เป็นการให้บริการในลักษณะโรงแรมที่มีจำนวนห้องพักที่มากที่สุดในโลก ในขณะนี้ ทั้งเศรษฐกิจโรงแรมที่แม้จะมีเครือข่ายทั่วทุกมุมโลกอย่างสิ้นเชิง ทั้ง ๆ ที่เจ้าของเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชัน Airbnb มิได้มีโรงแรมเป็นของตนเองแม้แต่แห่งเดียว ซึ่งกรณีเช่นนี้นับได้ว่าเป็นธุรกิจโรงแรมที่เป็นระเบิดในยุค ดิจิทัล (Digital Disruption) อย่างแท้จริง โดยที่รูปแบบการให้บริการและการใช้ Airbnb จะมีลักษณะคล้ายๆ กับ Grab หรือ Uber ซึ่งเป็นการให้บริการแบบเศรษฐกิจแบ่งปัน (Sharing Economy) โดยสามารถเจาะลึกถึง ความต้องการของเจ้าของทรัพยากรประเภทที่อยู่อาศัย ยานพาหนะฯ โดยยินยอมให้มีผู้อื่นใช้ทรัพยากรร่วมกันได้ โดยมีค่าตอบแทน ตลอดจนความต้องการของผู้บริโภคที่เท่าทันต่อเทคโนโลยีในโลกดิจิทัลที่มีความสะดวกสบาย ในการใช้บริการ อีกทั้งยังเป็นทางเลือกในการบริโภค นอกเหนือจากการให้บริการในรูปแบบเดิม

แพลตฟอร์มการจองที่พัก Airbnb ที่ให้บริการแบบ home or room sharing หรืออาจเรียกว่า “Co-hosting” เป็นธุรกิจในยุคดิจิทัลที่เริ่มติดตลาดในกลุ่มผู้แสวงหาทางเลือกในการจองที่พักในทุกรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นบ้าน ทาวน์โฮม ห้องพักในคอนโดมิเนียม แพลต อพาร์ทเมนต์ ฯลฯ โดยกระจายไปยังผู้ใช้เครือข่าย อินเทอร์เน็ตจากทั่วโลกที่พักในประเทศหรือเมืองต่าง ๆ โดยเริ่มจากสหรัฐอเมริกาไปยังประเทศหรือเมืองต่าง ๆ ทั่วทุกมุมโลก ซึ่งคนไทยจำนวนไม่น้อยก็เคยใช้บริการ Airbnb ในการเข้าพักอาศัยในต่างประเทศเพื่อการทำงาน หรือท่องเที่ยวในประเทศนั้น ๆ สำหรับประเทศไทยแล้ว Airbnb ได้เริ่มเข้ามาให้บริการที่พักในประเทศไทย อย่างต่อเนื่องและมีการขยายตัวขึ้นเรื่อย ๆ เป็นเวลาหลายปี ซึ่งก็ยังไม่มียอดข้อมูลที่ชัดเจนว่าเริ่มให้บริการแบบ Cohosting Airbnb มานานเท่าใด แต่ไม่น่าจะเกิน 10 ปี เพราะเป็นธุรกิจที่เริ่มต้นมาเพียง 13 ปี ในสหรัฐอเมริกา แต่เป็นธุรกิจที่มีอัตราการเติบโตที่รวดเร็วมาก ในระดับแถวหน้าของธุรกิจในยุคดิจิทัล ที่ถือได้ว่าทุกฝ่ายไม่ว่า เจ้าของห้อง แยก และผู้ให้บริการ ต่างก็ win win win ในธุรกิจ ผลตอบแทนและความพึงพอใจของผู้บริโภค แต่เชื่อว่าทุกสิ่งทุกอย่างจะลงตัวราบเรียบลงตัวเสมอไปในยุคธุรกิจออนไลน์ Airbnb เป็นธุรกิจที่มีปัญหาด้าน กฎหมายในหลายๆ ประเทศ แม้แต่ประเทศต้นกำเนิด และประเทศต่าง ๆ ที่มีผู้นำห้องเข้าสู่ระบบ Airbnb รวมทั้งประเทศไทยที่มีการหยิบยกว่ารูปแบบการให้บริการแบบ Co-hosting ของ Airbnb ที่เป็นการกระทำ ที่ผิดกฎหมายหลายฉบับ และเมื่อไม่นานมานี้ก็มีการบังคับใช้กฎหมายกับการนำห้องเข้าสู่ระบบ Airbnb แล้วถูกดำเนินคดีตามกฎหมาย ซึ่งในเบื้องต้นศาลมีคำพิพากษาว่าเจ้าของห้องพักที่นำห้องของตนออกให้เช่า โดยลักษณะ Co-hosting ในระบบ Airbnb มีความผิดตามพระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547 ซึ่งมีโทษตาม กฎหมาย ทั้งจำคุกและปรับต่อผู้กระทำความผิด สร้างความตื่นตระหนกให้แก่เจ้าของห้องพักทั้งที่อยู่ในระบบ Airbnb และกำลังจะนำห้องพักตนเข้าสู่ระบบ Airbnb เป็นอย่างยิ่ง

ดังนั้น ในบทความนี้จะเป็นการนำเสนอความเห็นเกี่ยวกับทิศทางของกฎหมายที่ประเทศไทยสมควรใช้ ในการกำกับดูแลธุรกิจ Airbnb โดยจะนำเสนอเนื้อหาเกี่ยวกับธุรกิจ Airbnb เพื่อเกริ่นนำให้เห็นภาพรวมของ ธุรกิจ Airbnb กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจ Airbnb ที่มีอยู่ในปัจจุบัน ทั้งกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ และการวิเคราะห์ที่เปรียบเทียบกฎหมายในเบื้องต้น เพื่อหาทางออกให้แก่ธุรกิจ Airbnb ในประเทศไทย ว่าสมควร

⁵ Harriet Sherwood. The Guardian, **How Airbnb took over the world** [Online], Accessed: 12 January 2020. Available from: <http://www.theguardian.com/technology/2019/may/05/Airbnb-homelessness-renting-housing-accommodation-social-policy-cities-travel-leisure>

มีรูปแบบของกฎหมายเพื่อควบคุมหรือกำกับดูแลในลักษณะใดให้ธุรกิจ Airbnb สามารถเดินหน้าต่อไปได้ และสมประโยชน์แก่ผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย

ธุรกิจ Airbnb

ธุรกิจ Airbnb ถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งในธุรกิจที่เป็นระเบิดในยุคดิจิทัลหรือทำให้ธุรกิจประเภทเดียวกันเกิดความปั่นป่วนดังที่กล่าวมาข้างต้น และเป็นธุรกิจที่ส่งผลกระทบอย่างรุนแรงต่อธุรกิจโรงแรมในลักษณะที่เป็น disruptive business คล้ายๆ กับ Grab หรือ Uber ที่เข้ามากระทบต่อผู้ขับรถแท็กซี่ในระบบเดิม ธุรกิจ Airbnb นี้ไม่ว่าผู้ใดก็ตามที่มีห้องว่างให้เช่าเป็นรายวัน ไม่ว่าจะเป็นห้องพักในคอนโดมิเนียม แพลต ทาวน์เฮ้าส์ บ้านเดี่ยว หรือบ้านที่ไม่ว่าจะขนาด และวัสดุที่ใช้ก่อสร้าง ไม่ว่าจะเป็นเตนท์ เรือ บ้านไม้ บ้านในฟาร์ม ปราสาท เกาะส่วนตัว แม้แต่พระราชวัง (ชัยปุระ ประเทศอินเดีย) ต่างก็นำห้องว่างมาเข้าสู่ระบบธุรกิจ Airbnb เพราะเป็นการทำธุรกิจที่ง่าย ไม่ต้องหาลูกค้าเอง ที่สำคัญมีคนกลางบริหารจัดการให้ทุกอย่าง รวมถึงระบบการโอนเงิน ซึ่งมีความสะดวก เหมาะกับผู้เริ่มต้นทำธุรกิจ start-up ซึ่งทาง Airbnb จะเก็บค่าธรรมเนียมในการบริหารจัดการเพียง 3% จากเจ้าของห้องพักเท่านั้น ในมุมมองของผู้เข้าพักในระบบ Airbnb ไม่ว่าจะเป็นนักท่องเที่ยว นักท่องเที่ยวที่ต้องการค้นหาแหล่งที่พักอาศัย มีสนิม ตรงตามความต้องการและงบประมาณของตน ซึ่งธุรกิจลักษณะที่เป็น Home Sharing ก็ยังคงมีแนวโน้มที่จะเติบโตต่อไป (แม้ว่าในสถานการณ์การระบาดของโรคโควิด 19 ในขณะนี้ จะส่งผลกระทบต่อธุรกิจ Airbnb ค่อนข้างมากก็ตาม) จากพฤติกรรมของผู้บริโภคในยุคดิจิทัลที่ชื่นชอบในความสะดวกสบายเป็นปัจจัยสนับสนุนการใช้ชีวิต ตลอดจนแลกเปลี่ยนประสบการณ์กับเจ้าของบ้านในท้องถิ่นต่าง ๆ การเปิดมุมมองการท่องเที่ยว การสร้างรายได้ให้กับเจ้าของห้องพักโดยไม่ต้องเป็นเจ้าของโรงแรม ทั้งนี้ การเติบโตของ Airbnb เป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นว่าอุตสาหกรรมโรงแรมก็พร้อมจะรับ Airbnb เข้าเป็นพันธมิตรด้วย⁶ โดยมีการวิเคราะห์ถึงความสำเร็จของธุรกิจ Airbnb ที่ “ไม่มีห้องพักของตนเองสักห้อง” ว่าเป็นการเปลี่ยนสิ่งที่คนอื่นมีอยู่แล้วให้ทำเงินได้ และเป็นการตอบโจทย์ในความต้องการที่แท้จริงของผู้เข้าพัก ตลอดจนการสร้างรายได้จากการเข้าพักให้แก่เจ้าของห้องโดยไม่ต้องมีรายการอื่น ๆ เหมือนโรงแรม⁷

การดำเนินธุรกิจในรูปแบบ Airbnb แม้ว่าจะประสบผลสำเร็จในรูปแบบ 3 wins คือ win win win ในระหว่างผู้เกี่ยวข้องทั้งเจ้าของห้องพัก ผู้เข้าพัก และเจ้าของธุรกิจ Airbnb ก็ตาม แต่สำหรับผู้ประกอบธุรกิจในรูปแบบให้บริการที่พักอาศัยชั่วคราว ไม่ว่าจะเป็นโรงแรม ตัวแทนรับจองโรงแรม (เช่น agoda ฯลฯ) โฮสเทล รีสอร์ท ผู้ให้เช่าที่พักอิสระฯ ต่างก็ประสบกับภาวะที่ถูกแย่งตลาดอย่างดุเดือดและรุนแรงเพราะการเติบโตและความนิยมของธุรกิจ Airbnb ที่กำลังทำลายล้างธุรกิจที่ให้บริการในรูปแบบเก่าที่ไม่ตอบโจทย์ผู้เข้าพักอาศัยในปัจจุบัน ถึงขนาดมีการรวมกลุ่มกันเพื่อให้รัฐบาลมีมาตรการต่อการดำเนินการ Airbnb ให้เป็นรูปธรรม ในอีกมุมมองหนึ่งของผู้อยู่อาศัยในบริเวณใกล้เคียง หรือพักอาศัยติดกันกับห้องที่เข้าสู่ธุรกิจ Airbnb ก็อาจมีผลกระทบ

⁶ Forbes Thailand. เปิด 12 อันดับสุดยอด “แพลตฟอร์มจองโรงแรมในประเทศ ประจำปี 2519” [Online], Accessed: 10 August 2020. Available from: <http://forbesthailand.com/news/travel/12-แพลตฟอร์มการจองโรงแรม>

⁷ Amarin Academy. Airbnb ธุรกิจห้องพักที่ไม่มีห้องพักของตัวเองสักห้อง [Online], Accessed: 9 August 2020. Available from: <http://amarinacademy.com/2433/design-idea/air-bnb-success/>

ในการที่จะต้องพบกับเพื่อนบ้าน หรือเพื่อนข้างห้องที่ผลัดเปลี่ยนหมุนเวียนเข้ามาพักอาศัยแทบจะไม่ซ้ำหน้ากัน ซึ่งต่างชาติ ต่างภาษา ต่างวัฒนธรรมฯ โดยความปลอดภัยต่อเพื่อนบ้านข้างห้องของธุรกิจ Airbnb ก็ถูกหยิบยกขึ้นมาเป็นประเด็นเช่นกันว่ารัฐสมควรมีมาตรการประการใดให้การทำธุรกิจ Airbnb สามารถควบคุม ดูแลและตรวจสอบได้ ที่สำคัญการดำเนินธุรกิจ Airbnb เป็นสิ่งที่ถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ หากไม่ถูกต้องตามกฎหมาย สมควรมีการบังคับใช้อย่างไร หรือสมควรมีกฎหมายในรูปแบบใดที่จะใช้กำกับดูแลธุรกิจ Airbnb ให้เป็นที่ยอมรับของสังคมในภาพรวม

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจ Airbnb

ธุรกิจ Airbnb เป็นอีกธุรกิจหนึ่งในยุคเศรษฐกิจดิจิทัลที่ถูกหยิบยกขึ้นมาเปรียบเทียบกับกรณี Grab หรือ Uber ถึงสถานะทางกฎหมายของธุรกิจดังกล่าวว่าในแต่ละประเทศจะแก้ไขปัญหาประการใดให้เป็นที่ยอมรับของผู้มีส่วนเกี่ยวข้องทั้งหมดไม่ว่าจะเป็นผู้ให้บริการ ผู้รับบริการ ผู้ทำธุรกิจให้บริการห้องพักระยะสั้นหรือรายวัน สังคมและรัฐ สำหรับกรณีของ Airbnb แล้ว ในหลาย ๆ ประเทศเริ่มมีกฎหมายใช้บังคับกับธุรกิจ Airbnb โดยตรง หรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่อให้รองรับกับธุรกิจ Airbnb ซึ่งต่างก็มีหลักเกณฑ์ที่ใช้กับธุรกิจแตกต่างกันไปตามสถานะสังคมของแต่ละประเทศ และก็ยังมีส่วนใหญ่ที่ยังอยู่ในระหว่างการพิจารณาความเหมาะสมของรูปแบบกฎหมายและรายละเอียดของบทบัญญัติที่ใช้ในการควบคุมดูแลธุรกิจ Airbnb ว่าสมควรมีลักษณะของกฎหมายประการใด ซึ่งประเทศไทยก็เป็นส่วนหนึ่งของประเทศที่ยังไม่มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจ Airbnb โดยตรง และในมุมมองของผู้เขียนก็เห็นว่า ในการมีกฎหมายเพื่อรองรับธุรกิจ Airbnb อาจจะต้องพิจารณาอย่างรอบคอบอย่างยิ่ง เพราะ Airbnb เป็นธุรกิจในยุคดิจิทัลที่ประเทศไทยไม่อาจปฏิเสธได้ เป็นธุรกิจที่มีลักษณะข้ามพรมแดนที่ทุกคนในโลกใบนี้อาจจองและเข้าพักในประเทศไทยที่อุดมไปด้วยวัฒนธรรมประเพณี เอกลักษณ์แห่งความเป็นไทย ฯลฯ ซึ่งประเทศไทยจะมีรูปแบบของกฎหมายประการใดให้เป็นการคุ้มครอง รักษาธุรกิจโรงแรม รีสอร์ท หรือที่พักอาศัยรายวัน ที่อยู่มาก่อนแล้ว การคุ้มครองดูแลความปลอดภัยของผู้เข้าพัก ทั้งโครงสร้างของห้องพัก ระบบรักษาความปลอดภัยจากอาชญากรรม อัคคีภัย รวมทั้งการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ระบบการกำจัดขยะ การจัดเก็บภาษีโดยภาครัฐหรือท้องถิ่น เป็นต้น และที่สำคัญผู้เข้าพักจากต่างประเทศที่จำเป็นต้องรู้กฎหมายของประเทศที่เข้าพักในการจองผ่านแอปพลิเคชัน Airbnb ดังนั้น การที่ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่ใช้กับธุรกิจ Airbnb โดยตรง ซึ่งอาจเป็นผลดีเพื่อการมีเวลาศึกษาถึงกฎหมายของต่างประเทศที่เริ่มทยอยมีผลใช้บังคับในหลาย ๆ ประเทศ ในการเปรียบเทียบเพื่อหาแนวทางในการร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจ Airbnb ให้เหมาะสมกับสภาพสังคมในภาพรวมของประเทศไทย

ในบทความนี้จะแยกกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจ Airbnb ออกเป็น 2 ส่วน คือส่วนที่ 1 กฎหมายไทย ซึ่งในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายที่ใช้กับธุรกิจ Airbnb โดยตรง แต่เป็นกฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับธุรกิจ Airbnb ในลักษณะห้ามหรืออาจเรียกว่าธุรกิจ Airbnb ที่ศาลชั้นต้นเคยมีคำพิพากษาคัดสนว่าเป็นธุรกิจที่ผิดกฎหมาย และส่วนที่ 2 กฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจ Airbnb โดยตรง

กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจ Air BNB

ธุรกิจ Airbnb ที่เข้ามาสู่ประเทศไทยเมื่อประมาณร่วม 10 ปีที่ผ่านมา ซึ่งในระยะแรกๆ เริ่มเข้ามาในประเทศไทย ผู้เขียนเชื่อว่ายังไม่ได้มีการหยิบยกว่าเป็นธุรกิจที่ผิดกฎหมายหรือไม่ประการใด ผู้ที่รู้จัก Airbnb ต่างก็เห็นว่าเป็นธุรกิจทางเลือกของการพักอาศัยในระยะสั้น เช่น นักท่องเที่ยว นักเดินทาง นักธุรกิจ มีทางเลือกในการเข้าพักอาศัยด้วย นอกจากโรงแรมหรือรีสอร์ทในรูปแบบเดิม ๆ เจ้าของห้องพักที่มีห้องว่างให้เช่าเป็นรายวัน หรือนักลงทุนที่ซื้อห้องชุดมาให้เช่าที่อาจต้องการผลตอบแทนเพียง 6-8% ต่อปี เพื่อให้ทันต่ออัตราเงินเฟ้อภายในประเทศ แต่ต่อมาก็มีข้อพิจารณาว่าการนำห้องเข้าสู่ธุรกิจ Airbnb ของเจ้าของห้องนั้นเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายหรือไม่ ซึ่งเมื่อต้นปี 2561 ความชัดเจนว่าธุรกิจ Airbnb เป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายก็ปรากฏขึ้น เมื่อมีการแจ้งไปยังหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องว่าเจ้าของร่วมในอาคารชุดแห่งหนึ่งที่อำเภอหัวหิน จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ ได้นำห้องไปเข้าสู่ระบบธุรกิจ Airbnb ทำให้มีการตรวจสอบและนำคดีขึ้นสู่ศาล ซึ่งศาลจังหวัดหัวหินได้มีคำพิพากษา 2 คดีว่าเจ้าของห้องชุดดังกล่าวมีความผิดตามพระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547 โดยคดีแรก ศาลมีคำพิพากษาปรับ 5,000 บาท และปรับรายวัน วันละ 500 บาท รวม 20 วัน รวมเป็นเงิน 10,000 บาท⁸ และอีกคดีจำเลยให้การรับสารภาพ ศาลลดโทษให้กึ่งหนึ่ง มีโทษปรับ 5,000 บาท และปรับรายวัน วันละ 100 บาท เป็นเวลา 81 วัน เป็นเงิน 8,100 บาท⁹ แม้ว่าจะเป็นคำพิพากษาดัดสินของศาลจังหวัดหัวหิน ซึ่งเป็นศาลชั้นต้น แต่ผู้เขียนเชื่อเป็นอย่างยิ่งว่าพอที่จะเป็นบรรทัดฐานในระดับหนึ่งว่า การปล่อยห้องให้เช่าในธุรกิจ Airbnb เป็นสิ่งที่น่าจะผิดกฎหมาย¹⁰ ซึ่งจากคำพิพากษาของศาลจังหวัดหัวหินดังกล่าวนี้มีการหยิบยกแต่เพียงการกระทำผิดตามกฎหมายว่าด้วยโรงแรมเท่านั้น แต่ในความเป็นจริงแล้ว ยังมีกฎหมายอื่น ๆ ที่ถูกนำมาใช้พิจารณาหากมีการนำห้องพักเข้าสู่ธุรกิจ Airbnb ซึ่งสามารถแยกการพิจารณาได้ดังนี้

1. พระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547

พระราชบัญญัติโรงแรมฯ เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเจ้าของห้องที่นำห้องพักของตนเข้าสู่ระบบธุรกิจ Airbnb โดยที่เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ “เนื่องจากพระราชบัญญัติโรงแรม พุทธศักราช 2478 ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานานและมีบทบัญญัติที่ไม่เหมาะสมกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน ซึ่งสภาพเศรษฐกิจและการประกอบธุรกิจโรงแรมได้พัฒนาและขยายตัวมากขึ้น ดังนั้น เพื่อส่งเสริมและยกมาตรฐานการประกอบธุรกิจโรงแรมและกำหนดหลักเกณฑ์ในการประกอบธุรกิจให้เหมาะสมกับสภาพของการประกอบธุรกิจโรงแรมแต่ละประเภท จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”¹¹

ในการนำห้องพักเข้าสู่ธุรกิจ Airbnb มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยโรงแรม ดังนี้

- ความหมายของโรงแรม “โรงแรม หมายถึง สถานที่พักที่จัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ในทางธุรกิจ เพื่อให้บริการที่พักรักษาสำหรับคนเดินทาง หรือบุคคลอื่นใด โดยมีค่าตอบแทน”¹²

⁸ คดีหมายเลขดำที่ 50/2561 คดีแดงที่ 59/2561 ลงวันที่ 5 มกราคม 2561.

⁹ คดีหมายเลขดำที่ 107/2561 คดีหมายเลขแดงที่ 106/2561 ลงวันที่ 16 มกราคม 2561.

¹⁰ ทั้งนี้ ยังมีคดีในลักษณะเดียวกันอยู่ในระหว่างดำเนินคดีอยู่ด้วย.

¹¹ เหตุผลท้ายพระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547.

¹² พระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547, มาตรา 4.

จากความหมายของโรงแรมข้างต้น คำว่า “โรงแรม” หรือ “hotel”¹³ มีความหมายว่า “ที่พักคนเดินทางซึ่งต้องเสียค่าที่พักแรมด้วย สถานที่ทุกชนิดที่จัดตั้งขึ้นเพื่อรับสินจ้างสำหรับคนเดินทางหรือบุคคลที่ประสงค์จะหาที่อยู่หรือที่พักชั่วคราว”¹⁴ เมื่อพิจารณาความหมายของโรงแรมกับการบริการนำห้องพักไม่ว่าจะเป็นบ้าน อาคารชุด ฯลฯ เข้าสู่ระบบธุรกิจ Airbnb เพื่อให้บริการที่พัก หากเป็นกรณีการให้เช่าที่พักตั้งแต่รายเดือนขึ้นไป ไม่ถือว่าเป็นโรงแรม เพราะมีลักษณะเป็นการเข้าพักที่ถาวรมิใช่การเข้าพักชั่วคราว แต่หากให้บริการที่พักเป็นรายวัน หรือรายสัปดาห์ ซึ่งมีระยะเวลาการเข้าพักในระยะสั้น ๆ เช่นนี้ถือได้ว่าเป็นโรงแรม เพราะเป็นการให้บริการที่พักชั่วคราวสำหรับคนเดินทาง และจะต้องได้รับค่าตอบแทนจากผู้เข้าพัก แต่หากให้เช่าพักโดยไม่คิดค่าตอบแทน เช่น ให้ญาติสนิทมิตรสหายเข้าพักฟรี เช่นนี้ยังไม่ถือเป็นโรงแรม

อย่างไรก็ตาม ภายใต้พระราชบัญญัติโรงแรมฯ ได้มีข้อยกเว้นให้กับส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน หน่วยงานอื่นของรัฐ ที่มีสถานที่พักชั่วคราวเพื่อการกุศล การศึกษา ที่มิใช่การหาผลกำไร หรือรายได้มาแบ่งปันกัน หอพักดังกล่าวนี้ก็มีให้ถือได้ว่าเป็นโรงแรม¹⁵

ที่สำคัญที่ผ่านมาในสถานที่ท่องเที่ยวในภูมิภาคต่าง ๆ ที่ผู้นำเข้าห้องพักให้นักท่องเที่ยวได้พักอาศัยชั่วคราว ไม่ว่าจะเป็นโฮมสเตย์ หรือผู้ประกอบการห้องพักชั่วคราวรายย่อย โดยกรณีโฮมสเตย์บางรายอาจเริ่มต้นจากการไม่คิดค่าตอบแทนจากนักท่องเที่ยว เพื่อให้นักท่องเที่ยวได้สัมผัสกับการอยู่ร่วมภายใต้ชายคาเดียวกัน เรียนรู้ วัฒนธรรมพื้นบ้าน ฯลฯ แต่ต่อมาก็จะมีการคิดค่าตอบแทน เพราะการให้บริการโฮมสเตย์มีค่าใช้จ่ายเช่นกัน ในการให้บริการห้องพักชั่วคราวเช่นนี้ถือได้ว่าเป็นการประกอบกิจการโรงแรม และก่อให้เกิดปัญหาการบังคับใช้ของพระราชบัญญัติโรงแรมฯ กระทรวงมหาดไทยจึงได้มีกฎกระทรวงกำหนดประเภทและหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจโรงแรม พ.ศ. 2551 เพื่อเป็นข้อยกเว้นในกรณีสถานที่พักที่ไม่ถือว่าเป็นโรงแรม กล่าวคือ “สถานที่พักที่มีจำนวนห้องพักในอาคารเดียวกันหรือหลายอาคารรวมกันไม่เกินสี่ห้องและมีจำนวนผู้พักรวมกันทั้งหมดไม่เกินยี่สิบคน ซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อให้บริการที่พักชั่วคราวสำหรับคนเดินทางหรือบุคคลอื่นใดโดยมีค่าตอบแทน อันมีลักษณะเป็นการประกอบกิจการเพื่อหารายได้เสริมและได้แจ้งให้นายทะเบียนทราบตามแบบที่รัฐมนตรีกำหนด ไม่เป็นโรงแรมตาม (3) ของบทนิยามคำว่า “โรงแรม” ในมาตรา 4”¹⁶

นอกจากนี้ มีข้อเสนอของคณะกรรมการส่งเสริมและกำกับธุรกิจโรงแรมที่มีการหยิบยกเกี่ยวกับธุรกิจโฮมสเตย์ของชาวบ้านในแต่ละท้องถิ่นสามารถมีรายได้เสริมจากการให้เช่าห้องพักชั่วคราว กรมการท่องเที่ยวจึงได้มีประกาศกำหนดมาตรฐานบริการท่องเที่ยว มาตรฐานโฮมสเตย์ไทย พ.ศ. 2554 โดย

“โฮมสเตย์ไทย หมายถึง การท่องเที่ยวรูปแบบหนึ่ง ที่นักท่องเที่ยวจะต้องพักร่วมกับเจ้าของบ้าน ชายคาเดียวกัน โดยมีห้องพักหรือพื้นที่ใช้สอยภายในบ้านเหลือ สามารถนำมาดัดแปลงให้นักท่องเที่ยว พักได้ชั่วคราว ซึ่งมีจำนวนไม่เกิน 4 ห้อง มีผู้พักรวมกันไม่เกิน 20 คน โดยมีค่าตอบแทน และจัดบริการสิ่งอำนวยความสะดวกตามสมควร อันมีลักษณะเป็นการประกอบกิจการเพื่อหารายได้เสริม ซึ่งเป็นไปตามบทนิยามคำว่า

¹³ มีที่มาจากภาษาฝรั่งเศส ซึ่งมีความหมายถึง “คฤหาสน์”.

¹⁴ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554.

¹⁵ เรื่องเดียวกัน.

¹⁶ กฎกระทรวง กำหนดประเภทและหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจโรงแรม พ.ศ. 2551, ข้อ 1.

“โรงแรม” แห่งพระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547 และได้ขึ้นทะเบียนกับ กรมการท่องเที่ยวฯ ตามหลักเกณฑ์ที่กรมการท่องเที่ยวกำหนด”¹⁷

นอกจากนี้ โสมสเดย์ไทยจะต้องปฏิบัติตามมาตรฐานโสมสเดย์ไทยภายใต้ประกาศกรมการท่องเที่ยวฯ ซึ่ง

“มาตรฐานโสมสเดย์ไทย หมายถึง โสมสเดย์ที่จัดบริการอยู่ในระดับมาตรฐาน 10 ด้าน ประกอบด้วย ด้านที่พัก อาหาร ความปลอดภัย อธิปไตยไม่ตรีของเจ้าบ้านและสมาชิก รายการนำเที่ยว ทรัพยากรธรรมชาติ และสิ่งแวดล้อม วัฒนธรรม การสร้างคุณค่าและมูลค่าของผลิตภัณฑ์ชุมชน การบริหารของกลุ่มโสมสเดย์ และการประชาสัมพันธ์ ตามประกาศฉบับนี้”¹⁸

- **ข้อกำหนดเกี่ยวกับโรงแรม** ในการดำเนินการเกี่ยวกับโรงแรม พระราชบัญญัติโรงแรมฯ กำหนดให้ “คณะกรรมการส่งเสริมและกำกับธุรกิจโรงแรม” ทำหน้าที่ส่งเสริมและกำกับธุรกิจโรงแรม การกำหนดประเภทและหลักเกณฑ์มาตรฐานเกี่ยวกับสถานที่ตั้ง ขนาด ลักษณะสิ่งอำนวยความสะดวก มาตรฐานการประกอบธุรกิจโรงแรม เพื่อส่งเสริมธุรกิจโรงแรมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม มีการกำหนดคุณสมบัติของผู้ยื่นขอใบอนุญาตการออกใบอนุญาต กำหนดหน้าที่ผู้ประกอบกิจการโรงแรมและผู้จัดการโรงแรม การจัดทำบันทึกรายการต่าง ๆ เกี่ยวกับผู้พักและจำนวนผู้พัก

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547 ยังมีกฎกระทรวงกำหนดประเภทและหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจโรงแรม พ.ศ. 2551 โดยโรงแรมทุกประเภทต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขเกี่ยวกับสถานที่ตั้งของโรงแรม¹⁹ ที่ต้องอยู่ในทำเลที่เหมาะสม เส้นทางเข้าออกไม่ก่อให้เกิดปัญหาการจราจร ฯลฯ การบริการและสิ่งอำนวยความสะดวกสำหรับผู้พัก²⁰ โดยต้องจัดให้มีสถานที่ลงทะเบียนผู้พัก การปฐมพยาบาลเบื้องต้น ระบบรักษาความปลอดภัยอย่างทั่วถึงตลอด 24 ชั่วโมง จัดให้มีห้องน้ำและห้องส้วมในส่วนที่ให้บริการสาธารณะ โดยจัดแยกส่วนชายและหญิง อาคารที่ใช้เป็นโรงแรมอยู่มีหลักฐานแสดงว่าได้รับอนุญาตให้ใช้อาคารเป็นโรงแรมตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร การมีใบรับรองการตรวจสอบสภาพอาคารที่มีความมั่นคง แข็งแรง และปลอดภัย โดยผู้ซึ่งได้รับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพวิศวกรรมควบคุม หรือผู้ซึ่งได้รับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพสถาปัตยกรรมควบคุม ฯลฯ อีกทั้งหลักเกณฑ์และเงื่อนไขสำหรับโรงแรมแต่ละประเภท²¹ ซึ่งเป็นการกำหนดพื้นที่ใช้สอย การมีหรือห้ามมีสถานบริการ เป็นต้น

จะเห็นได้ว่าการนำห้องพักเข้าสู่ธุรกิจ Airbnb นั้น อุปสรรคและปัญหาส่วนใหญ่จะติดอยู่ที่พระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547 หากห้องพักนั้นมีการให้เช่ารายวันถือว่าเป็นโรงแรม ซึ่งจำเป็นต้องขออนุญาตจากนายทะเบียนท้องถิ่น และจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขภายใต้พระราชบัญญัติโรงแรมฯ ตลอดจนกฎกระทรวงที่ออกตามพระราชบัญญัติโรงแรมฯ มิฉะนั้นจะถือว่าเป็นการกระทำความผิดตามกฎหมายฉบับนี้ อย่างไรก็ตาม ยังมีบางแนวคิดที่เห็นว่าผู้นำห้องพักเข้าสู่ระบบธุรกิจ Airbnb จะได้รับยกเว้นตามกฎหมายกระทรวง

¹⁷ ประกาศกรมการท่องเที่ยว เรื่อง กำหนดมาตรฐานบริการท่องเที่ยวมาตรฐานโสมสเดย์ไทย พ.ศ. 2554, ข้อ 4.

¹⁸ เรื่องเดียวกัน.

¹⁹ กฎกระทรวงกำหนดประเภทและหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจโรงแรม พ.ศ. 2551, ข้อ 3.

²⁰ เรื่องเดียวกัน, ข้อ 4.

²¹ เรื่องเดียวกัน, ข้อ 20.

กำหนดประเภทและหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจโรงแรม พ.ศ. 2551 ที่มีการกำหนดสถานที่พักที่มีจำนวนห้องพักในอาคารเดียวกันหรือหลายอาคารรวมกันไม่เกิน 4 ห้อง มีจำนวนผู้พักรวมทั้งหมดไม่เกิน 20 คน การประกอบกิจการนั้นมีข้อสำคัญหลัก ก็คือสิ่งที่อาจได้รับพิจารณาจากเว้นภายใต้กฎกระทรวงดังกล่าว แต่ผู้ประสงค์จะได้รับข้อยกเว้นจะต้องแจ้งให้นายทะเบียนทราบตาม “แบบหนังสือแจ้งสถานที่พักไม่เป็นโรงแรมตามกฎหมายกระทรวงกำหนดประเภทและหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจโรงแรม พ.ศ. 2551” ซึ่งผู้แจ้งจะต้องแจ้งรายละเอียดต่อนายทะเบียนเกี่ยวกับ ชื่อ สกุล อายุ อาชีพ สถานที่พัก ราคาห้องพัก ระบุลักษณะที่พัก ฯลฯ และสำหรับผู้เป็นเจ้าของห้องพักที่นำเข้าสู่ระบบ Airbnb ประสงค์จะจัดที่พักในรูปแบบโฮมสเตย์ ก็จะต้องปฏิบัติตามประกาศกรมการท่องเที่ยว เรื่อง กำหนดมาตรฐานบริการท่องเที่ยวมาตรฐานโฮมสเตย์ไทย พ.ศ. 2554 ซึ่งในความเห็นส่วนตัวของผู้เขียน เห็นว่าเป็นสิ่งที่ค่อนข้างยากในการที่เจ้าของห้องพักหรือบ้านพักที่จะเข้าสู่ระบบ Airbnb จะปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ในการประกอบกิจการโฮมสเตย์ไทย เพราะนอกจากจะนำห้องพักที่บ้านที่ไม่เกิน 4 ห้อง และพักได้ไม่เกิน 20 คน เป็นรายได้เสริมนอกเหนือจากอาชีพหลักตามกฎหมายกระทรวงกำหนดประเภทและหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจโรงแรม พ.ศ. 2551 แล้ว ผู้เข้าพักจะต้องพักได้ขยายคาเดียวกับเจ้าของบ้าน เพื่อให้มีโอกาสแลกเปลี่ยนเรียนรู้วัฒนธรรมประเพณีและวิถีชีวิตระหว่างกัน นอกจากนี้จะต้องให้คณะกรรมการโฮมสเตย์ไทยรับรองมาตรฐาน ตรวจสอบ ติดตามการดำเนินงาน ซึ่งมาตรฐานของโฮมสเตย์ไทยประกอบไปด้วย 10 ด้าน คือ ที่พัก อาหาร ความปลอดภัย ทัศนียภาพของเจ้าของบ้านและสมาชิกในบ้าน รายการนำเที่ยว ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม วัฒนธรรม การสร้างคุณค่ามูลค่าของผลิตภัณฑ์ชุมชน ฯลฯ และจะต้องมีการประเมินทุก 3 ปี หากผลประเมินต่ำกว่ามาตรฐานดังกล่าว โฮมสเตย์นั้นก็จะถูกถอดถอน²²

อย่างไรก็ตาม บ้านหรือห้องพักที่เข้าสู่ระบบ Airbnb แต่มีการให้เช่าเป็นรายเดือน ไม่ถือเป็นโรงแรม จึงไม่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547 แต่ประการใด

2. พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522

แม้ว่าการนำห้องพักเข้าสู่ระบบธุรกิจ Airbnb จะมีได้จำกัดรูปแบบไม่ว่าจะเป็นบ้าน คอนโดมิเนียม อพาร์ทเมนต์ ฯลฯ แต่ห้องพักที่เป็นที่นิยมนำมาเข้าสู่ระบบ Airbnb และถูกหยิบยกขึ้นมาเกี่ยวกับประเด็นทางกฎหมายก็คือ “คอนโดมิเนียม” หรือ “ห้องชุด” ที่อยู่ภายใต้บังคับตามพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 โดยมีเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัตินี้ คือ “โดยที่ในปัจจุบัน ปัญหาในด้านที่อยู่อาศัยภายในเมืองได้เพิ่มทวีมากขึ้น และระบบกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่อาจสนองความต้องการของประชาชน ซึ่งต้องอยู่อาศัยในอาคารเดียวกันโดยร่วมกันมีกรรมสิทธิ์ห้องชุดในอาคารนั้นแยกจากกันเป็นสัดส่วนได้ สมควรวางระบบกรรมสิทธิ์ห้องชุดขึ้น เพื่อให้ผู้ที่อยู่ในอาคารเดียวกันสามารถถือกรรมสิทธิ์ห้องชุดในอาคารส่วนที่เป็นของตนแยกจากกันเป็นสัดส่วนและสามารถจัดระบบค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาอาคารร่วมกันได้ นอกจากนั้น สมควรวางมาตรการควบคุมการจัดตั้งอาคารชุดให้เหมาะสมเพื่อเป็นหลักประกันให้แก่ผู้ที่มาซื้อห้องชุดเพื่ออยู่อาศัย จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้ขึ้น”²³ พระราชบัญญัติอาคารชุดฯ มีการแก้ไข

²² ประกาศกรมการท่องเที่ยว เรื่อง กำหนดมาตรฐานบริการท่องเที่ยวมาตรฐานโฮมสเตย์ไทย พ.ศ. 2554, ข้อ 4.

²³ เหตุผลท้ายพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522.

เพิ่มเติมอีก 2 ฉบับ คือ พระราชบัญญัติอาคารชุด (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2534 เพื่อเปิดโอกาสให้คนต่างด้าวหรือนิติบุคคลที่มีสิทธิในที่ดินเหมือนคนต่างด้าวบางประเภทอาจได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในห้องชุดได้ โดยกฎหมายจำกัดการถือครองไม่เกินร้อยละ 49 ของเนื้อที่ห้องชุดทั้งหมดในอาคารชุดแต่ละแห่ง เพื่อส่งเสริมการลงทุนในประเทศ และพระราชบัญญัติอาคารชุด (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2542 ซึ่งเกี่ยวกับการควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินที่เปลี่ยนแปลงข้อจำกัดเกี่ยวกับการนำเงินตราต่างประเทศเข้ามาในราชอาณาจักรของคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลที่กฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าว เพื่ออำนวยความสะดวกในการซื้อห้องชุดดังกล่าว

ข้อพิจารณาทางกฎหมายในการนำห้องชุดเข้าสู่ระบบ Airbnb ภายใต้พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 ในเบื้องต้นไม่มีบทบัญญัติใดในพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 ที่กล่าวถึงการที่เจ้าของร่วมในห้องชุดจะนำห้องออกให้เช่า ไม่ว่าจะเป็นรายวันหรือรายเดือน ทำให้ในเบื้องต้นแล้วกฎหมายหลัก กล่าวคือ พระราชบัญญัติอาคารชุดฯ มิได้มีบทบัญญัติห้ามในการนำห้องชุดออกให้เช่า ไม่ว่าจะเป็นรายวันหรือรายเดือน แต่ประการใด

รูปแบบของห้องชุดมีความแตกต่างและหลากหลาย ไม่ว่าจะเป็นห้องชุดเพื่ออยู่อาศัย ห้องชุดเพื่อการพาณิชย์ คอนโดเทล ห้องชุดกึ่งรีสอร์ท ฯลฯ แต่สำหรับห้องชุดหรือคอนโดเนียมในประเทศไทย ส่วนใหญ่หรือเกือบทั้งหมดจะเป็นห้องชุดเพื่ออยู่อาศัย และส่วนใหญ่หรือเกือบทั้งหมดเช่นกันที่ถือครองแบบกรรมสิทธิ์ (Free Hold)²⁴ ในลักษณะเป็นเจ้าของร่วมในกรรมสิทธิ์ลอยฟ้า สำหรับห้องชุดที่สร้างขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ในการให้เจ้าของร่วมลงทุน โดยได้รับผลตอบแทนเป็นรายวัน หรือรายเดือนก็ยังไม่พบปัญหาในเรื่องการบริหารจัดการห้องชุด ในรูปแบบ “นิติบุคคลอาคารชุด” ที่สามารถมีข้อบังคับที่เอื้อต่อการลงทุนได้ ในการนี้นักพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ที่สร้างอาคารชุดออกขาย ก็อาจสร้างจุดขายในการเน้นการลงทุนในห้องชุด เพื่อดึงดูดผู้ซื้อที่ประสงค์จะได้ผลตอบแทนที่ดีกว่าการฝากเงินในธนาคารพอสมควร

อย่างไรก็ตาม ห้องชุดส่วนใหญ่เช่นกันในประเทศไทย มักเป็นห้องชุดพักอาศัยของผู้ซื้อที่มีทั้งพักอาศัยเป็นหลักหรือบางช่วงเวลา และมีผู้ซื้อจำนวนไม่น้อยที่เป็นนักลงทุนตั้งแต่รายย่อยจนถึงรายใหญ่ทั้งคนไทยและคนต่างด้าวที่ใช้วิธีการซื้อห้องชุดเพื่อการให้เช่า ไม่ว่าจะเป็นรายเดือนหรือแม้แต่รายวัน ปัญหาเกี่ยวกับการนำห้องชุดออกให้เช่าถือเป็นปัญหาใหญ่ในการบริหารจัดการของนิติบุคคลอาคารชุด หากเจ้าของร่วมในห้องชุดส่วนใหญ่อยู่อาศัยในอาคารชุดนั้นก็มักจะไม่พอใจในการที่เจ้าของห้องชุดอื่น ๆ ที่นำห้องไปให้เช่ารายวัน (รายเดือน) ไม่ว่าจะเป็นปัญหามากนัก เพราะผู้เช่ามักจะเช่าหลายเดือน หรือบางรายอาจเช่ากันระยะยาวหลายปีก็มี) โดยผู้เช่าอาจติดต่อผ่านทางเจ้าของห้องชุดเอง หรือผ่านแอปพลิเคชัน เว็บไซต์ที่ให้เช่าห้อง รวมถึงระบบ Airbnb ผู้เช่ารายวันดังกล่าวมีทั้งคนไทยและต่างด้าวหมุนเวียนผลัดเปลี่ยนกันมาเข้าพักในห้องชุดระยะสั้นๆ ตั้งแต่ 1 วันขึ้นไป มีทั้งมาแบบเป็นครอบครัว มาสังสรรค์กันในห้องเล็ก ๆ เปิดเพลงเสียงดัง ใช้ทรัพย์สินส่วนกลางของอาคารชุด ไม่ว่าจะเป็นสระว่ายน้ำ ฟิตเนส ล็อบบี้ ฯลฯ กันอย่างเต็มที่ เสมือนกับการทานบุฟเฟต์ที่หลายคนมีแนวคิดว่าย่างยั้งที่ต้องให้คุ้ม (แต่ก็ยังมีผู้เข้าพักจำนวนมิใช่น้อยที่ประพฤติตนเป็นผู้พักที่ดี มีมารยาท) ทำให้นิติบุคคล

²⁴ แตกต่างจากอาคารชุดที่เป็นเพียงสิทธิการเช่าระยะยาว (Lease Hold) ซึ่งมีน้อยในประเทศไทย และมีความนิยมน้อยกว่า แต่มีข้อดีหรือราคาถูกกว่า และมักอยู่ในทำเลดี.

อาคารชุด ภายใต้การกำหนด “ข้อบังคับ” ที่ไม่อนุญาตให้เจ้าของห้องชุด นำห้องชุดมาให้เช่าในระยะสั้นหรือรายวัน ไม่ว่าจะเพราะนโยบายของนิติบุคคลอาคารชุด หรือการร้องเรียนของเจ้าของร่วมรายอื่นที่เดือดร้อนจากการหมุนเวียนเข้ามาพักอาศัยของเพื่อนร่วมห้องที่ไม่ซ้ำหน้า หรือที่เรียกว่า “ร่อยพ่อ พันแม่” ที่น่าตระหนกคือในบรรดาผู้เข้าพักดังกล่าวจะมีคนร้าย มิจฉาชีพ ผู้ก่อการร้าย อาชญากรข้ามชาติ ฯ แผงตัวเข้ามาเป็นผู้พักอาศัยหรือไม่ เพราะไม่มีผู้ใดในอาคารรู้จักผู้พักอาศัยแต่ประการใด

ดังนั้น อาจกล่าวโดยสรุปว่า แม้พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 จะมีได้มีบทบัญญัติในการห้ามการนำห้องชุดออกให้เช่า ไม่ว่าจะเป็นระยะสั้นหรือระยะยาว แต่ภายใต้ “ข้อบังคับ” ของนิติบุคคลอาคารชุดจำนวนไม่น้อยจะมีการกำหนดห้ามมิให้เจ้าของร่วมในห้องชุดนำห้องออกให้เช่าในระยะสั้น ซึ่งจะมีการกำหนดมาตรการแตกต่างกันไปทั้งหนักและเบา แนวคิดในการกำหนดให้มีข้อบังคับห้ามนี้ ผู้เขียนเชื่อว่าจะขยายออกไปเรื่อย ๆ เพื่อป้องกันมิให้เจ้าของห้องชุดนำห้องของตนออกให้เช่าเป็นรายวัน เพราะมีลักษณะและความเป็นไปได้ อย่างสูงที่จะเป็นการรบกวน สร้างความเดือดร้อน ความหวาดกลัวฯ ให้แก่เจ้าของร่วมรายอื่น ๆ โดยที่ไม่ว่าเจ้าของห้องชุดที่อยู่อาศัยเองหรือเจ้าของห้องชุดที่ได้อยู่อาศัยเอง แต่นำห้องให้เช่าในระยะสั้นต่างก็จ่าย “ค่าส่วนกลาง” ในอัตราเดียวกัน ทำให้เจ้าของห้องชุดที่นำห้องออกให้เช่าระยะสั้น ถูกมองว่าเอาเปรียบส่วนกลาง เพราะผู้ใช้ทรัพย์สินส่วนกลางของห้องชุดที่ให้เช่าในระยะสั้นมีจำนวนผู้ใช้เป็นจำนวนมาก และที่สำคัญคือ “จิตสำนึกในการใช้ทรัพย์สินส่วนกลาง” ของผู้เข้าพักที่มีลักษณะร่อยพ่อพันแม่ ตามที่กล่าวมา

ทั้งนี้ การนำห้องชุดเพื่อให้เช่าภายใต้ความเห็นส่วนใหญ่หรือทั้งหมดของเจ้าของห้องชุดที่มีแนวคิดเหมือนกันในการนำห้องให้เช่าในระยะสั้นก็จะมีปัญหา เพราะเจ้าของห้องชุดทุกห้องหรือเกือบทุกห้องนำห้องชุดของตนออกให้เช่าเป็นรายวัน ก็ไม่จำเป็นต้องมีข้อบังคับในลักษณะห้าม แต่ข้อบังคับของนิติบุคคลอาคารชุดในกรณีเช่นนี้ อาจมีลักษณะเป็นการกำชับให้เจ้าของห้องชุดกำหนดกติกาในการอยู่ร่วมกันอย่างเหมาะสม ทั้งในห้องชุดที่เป็นทรัพย์สินส่วนตัว และมีพื้นที่ที่เป็นทรัพย์สินส่วนกลางของอาคารชุดนั้น ๆ

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าการที่นิติบุคคลได้มีข้อบังคับในการห้ามการที่เจ้าของร่วมนำห้องพักออกให้เช่าในระยะสั้น หรือแม้ว่านิติบุคคลอาคารชุดจะมีนโยบายให้เจ้าของร่วมนำห้องพักออกให้เช่าในระยะสั้น ภายในระบบ Airbnb ได้ แต่ก็จะต้องพิจารณาถึงลักษณะและข้อห้ามตามพระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547 ที่กล่าวมาในหัวข้อ 1 ดังกล่าวข้างต้นด้วย

3. กฎหมายไทยอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง

นอกเหนือจากพระราชบัญญัติโรงแรมฯ และพระราชบัญญัติอาคารชุดฯ ตามที่กล่าวมาข้างต้นแล้วยังมีกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับกรณีนำนห้องพักเข้าสู่ระบบธุรกิจ Airbnb ในประเด็นย่อย ๆ ดังนี้

3.1 พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 กฎหมายควบคุมอาคารจะเกี่ยวข้องและเชื่อมโยงกับพระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547 ซึ่งในกำหนดของการก่อสร้างโรงแรมต้องอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติควบคุมอาคารฯ และที่สำคัญกฎกระทรวง กำหนดประเภทและหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจโรงแรม พ.ศ. 2551 ทั้งหลักเกณฑ์และเงื่อนไขสำหรับโรงแรมทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นสถานที่ที่ตั้งของโรงแรม การบริการและสิ่งอำนวยความสะดวกสำหรับผู้พัก ฯลฯ ที่สำคัญ คือ อาคารสำหรับใช้เป็นโรงแรมที่ตั้งอยู่ในท้องที่ที่มีกฎหมายว่าด้วย

การควบคุมอาคารใช้บังคับ ต้องมีหลักฐานแสดงว่าได้รับอนุญาตให้ใช้อาคารเป็นโรงแรม หรือมีใบรับรองการตรวจสภาพอาคารตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร²⁵ และแม้ว่าอาคารสำหรับใช้เป็นโรงแรมที่ตั้งอยู่ในท้องที่ที่ไม่มีกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารใช้บังคับก็ต้องมีใบรับรองการตรวจสภาพอาคารว่ามีความมั่นคงแข็งแรงและปลอดภัยโดยผู้ซึ่งได้รับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพวิศวกรรมควบคุม หรือผู้ซึ่งได้รับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพสถาปัตยกรรมควบคุมตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น และผ่านการตรวจพิจารณาจากนายทะเบียนว่าเป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไข²⁶ เกี่ยวกับการรักษาความสะอาด การจัดแสงสว่างอย่างเพียงพอ มีระบบระบายน้ำ ระบบบำบัดน้ำเสีย และระบบระบายอากาศที่ถูกต้องลักษณะ²⁷ มีการติดตั้งเครื่องดับเพลิง²⁸ ติดตั้งระบบสัญญาณเตือนเพลิงไหม้²⁹ มีช่องทางเดินภายในอาคารกว้างไม่น้อยกว่า 1.50 เมตร³⁰ มีทางหนีไฟหรือบันไดหนีไฟ³¹ เป็นต้น

ดังนั้น การนำห้องพักเข้าสู่ระบบ Airbnb จึงต้องพิจารณากฎหมายควบคุมอาคารประกอบกับกฎหมายว่าด้วยโรงแรมด้วย ซึ่งกรณีโรงแรมเล็ก ๆ หรือผู้ลงทุนห้องพักรายย่อยอาจจะปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ข้างต้นยาก ที่สำคัญคือประเด็นการใช้อาคารผิดประเภท หากห้องพักที่สร้างขึ้นมิได้มีแบบแปลนที่ขออนุญาตในลักษณะของโรงแรม

นอกเหนือจากกฎกระทรวง ตามพระราชบัญญัติโรงแรมฯ แล้ว ยังมีกฎกระทรวงตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร³² ที่ถือว่าโรงแรมเป็นอาคารสาธารณะต้องมีพื้นที่ภายในอาคารแต่ละหน่วยที่ใช้เพื่อการอยู่อาศัยไม่น้อยกว่า 20 ตารางเมตร ห้องนอนในอาคารให้มีความกว้างด้านแคบที่สุดไม่น้อยกว่า 2.50 เมตร และมีพื้นที่ไม่น้อยกว่า 8 ตารางเมตร ฯลฯ มีบันไดของอาคาร บันไดหนีไฟที่ว่างภายนอกอาคารที่จอดรถ ฯ อีกด้วย

3.2 พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ในกรณีเจ้าของห้องพักที่นำห้องพักเข้าสู่ระบบ Airbnb ที่คนต่างชาติเข้าพักในราชอาณาจักร ถือว่าเจ้าของหรือผู้ครอบครองเคหสถาน หรือผู้จัดการโรงแรมซึ่งรับคนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวเข้าพักอาศัย มีหน้าที่ตามกฎหมายคนเข้าเมืองที่จะต้องแจ้งต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ณ ที่ทำการตรวจคนเข้าเมืองซึ่งตั้งอยู่ในท้องที่ที่บ้าน เคหสถาน หรือโรงแรมนั้นตั้งอยู่³³ ภายใน 24 ชั่วโมง นับแต่เวลาที่คนต่างด้าวเข้าพักอาศัย³⁴ มิฉะนั้นจะต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 2,000 บาท และถ้าผู้ผู้นั้นเป็นผู้จัดการโรงแรม ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่ 2,000-10,000 บาท³⁵

²⁵ กฎกระทรวงกำหนดประเภทและหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจโรงแรม พ.ศ. 2551, ข้อ 9.

²⁶ เรื่องเดียวกัน, ข้อ 10.

²⁷ เรื่องเดียวกัน, ข้อ 11.

²⁸ เรื่องเดียวกัน, ข้อ 12.

²⁹ เรื่องเดียวกัน, ข้อ 13.

³⁰ เรื่องเดียวกัน, ข้อ 14.

³¹ เรื่องเดียวกัน, ข้อ 15.

³² กฎกระทรวง ฉบับที่ 55 (พ.ศ. 2543) ออกตามความตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522.

³³ ตามแบบ ตม.30 ซึ่งสามารถรายงานหรือแจ้งได้ทั้งระบบออนไลน์และนำเอกสารมาแจ้งด้วยตนเองที่สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองในพื้นที่ที่ห้องพักนั้นตั้งอยู่

³⁴ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522, มาตรา 38 วรรคหนึ่ง.

³⁵ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 77.

อย่างไรก็ตาม เคยมีการหยิบยกว่าเจ้าของห้องพัก Airbnb อาจมีความผิดฐานนำหรือพาคนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรหรือกระทำได้ด้วยประการใด ๆ อันเป็นการอุปการะหรือช่วยเหลือ หรือให้ความสะดวกแก่คนต่างด้าวให้เข้ามาในราชอาณาจักร โดยฝ่าฝืนกฎหมายคนเข้าเมืองตามมาตรา 63 วรรคหนึ่ง พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ทั้งนี้ โดยความเห็นส่วนตัวของผู้เขียน เห็นว่ากรณีแขกหรือลูกค้าชาวต่างชาติที่จองห้องพักผ่านแพลตฟอร์ม Airbnb เพื่อการเข้ามาพักอาศัยในห้องพักที่ประเทศไทย ไม่น่าจะถือได้ว่าเป็นการนำหรือพาคนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักร หรือกระทำได้ด้วยประการใด ๆ อันเป็นการอุปการะหรือช่วยเหลือ หรือให้ความสะดวกแก่คนต่างด้าวให้เข้ามาในราชอาณาจักร แต่ประการใด เพราะเป็นกรณีที่คนต่างด้าวสมัครใจติดต่อเพื่อหาห้องพักที่คนต่างด้าวดังกล่าวพอใจโดยตัวของคนต่างด้าวเอง ไม่ว่าจะเป็นเรื่องราคาที่ถูกกว่าโรงแรมหรือสถานที่ที่คนต่างด้าวพึงพอใจ จึงตกลงใจทำธุรกรรมโดยการตัดสินใจด้วยตนเอง นอกจากนี้ แต่เดิมสภาพการบังคับใช้ตามกฎหมายคนเข้าเมืองตามที่กล่าวมาข้างต้นก็ค่อนข้างมีน้อย ผู้เขียนเชื่อว่าแม้กรณีผู้ประกอบการโรงแรม ผู้จัดการโรงแรมจำนวนไม่น้อยก็น่าจะมีการแจ้งการเข้าพักของคนต่างด้าวต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ และแทบจะเป็นไปได้อย่างยากในกรณีเจ้าของห้องพักในระบบ Airbnb จะมีการแจ้งแก่พนักงานเจ้าหน้าที่หากผู้จองและเข้าพักในห้องพักของตนเป็นคนต่างด้าว แต่หลังจากที่มีข่าวคอนโดมิเนียมแห่งหนึ่งที่มีชาวต่างชาติพักอาศัยและร้องเรียนว่าเดือดร้อนรำคาญจากเสียงระฆังที่พระติดต่อนึก ทำให้มีการหยิบยกประเด็นการแจ้งการพักอาศัยของคนต่างด้าวตามมาตรา 38 พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522³⁶ มาอ้างถึง จากนั้นการบังคับใช้กฎหมายคนเข้าเมืองเกี่ยวกับการแจ้งดังกล่าวจึงมีมากขึ้น

กฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจ Airbnb

การมีกฎหมายที่ปรับใช้กับธุรกิจสมัยใหม่ที่ใช้สื่อออนไลน์และมีลักษณะเป็นพลวัตร และข้ามพรมแดน เป็นสิ่งที่ค่อนข้างยากในการสร้างความสมดุลกับทุกฝ่าย ธุรกิจ Airbnb ก็เป็นธุรกิจอีกประเภทหนึ่งที่ถูกหยิบยกขึ้นมาถึงการมีกฎหมายที่เหมาะสมใช้ในการปกป้องธุรกิจการให้เช่าที่พักระยะสั้น เช่น โรงแรมหรือรีสอร์ท เป็นต้น ซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมโดยกฎหมายเฉพาะ การจัดเก็บภาษีโดยรัฐหรือท้องถิ่น การลดความแออัดในชุมชนที่ที่พักนั้นตั้งอยู่ ผลกระทบสิ่งแวดล้อม ปัญหาขยะ การคุ้มครองผู้เช่าในฐานะผู้บริโภค ปัญหาอาชญากรรม ฯลฯ ซึ่งหลายๆ ประเทศยังคงสับสนว่าที่ ไม่นับนโยบายที่ชัดเจนในรูปของกฎหมายที่ใช้ในการควบคุม โดยอาจยังรอดูรูปแบบและลักษณะของกฎหมายที่ใช้ควบคุม Airbnb ของประเทศต่าง ๆ เพื่อเป็นตัวอย่างและเปรียบเทียบรูปแบบกฎหมายที่ใช้ในการรองรับธุรกิจ Airbnb

ประเทศไทยก็เป็นอีกประเทศหนึ่งที่อยู่ในระหว่างการกำหนดลักษณะและรูปแบบของกฎหมายเพื่อรองรับธุรกิจ Airbnb ดังนั้น ในบทความนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงกฎหมายต่างประเทศที่ใช้ในการกำกับควบคุมธุรกิจ Airbnb ซึ่งกำลังทยอยมีหลักเกณฑ์ในการควบคุมธุรกิจรูปแบบนี้ โดยประเทศที่เพิ่งมีกฎหมายใช้ในการควบคุมธุรกิจ Airbnb และเป็นที่กำลังหาข้อกฎหมายของบรรดาผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับธุรกิจ Airbnb ทั่วโลกคือประเทศญี่ปุ่นซึ่งผู้เขียนจะกล่าวในรายละเอียดต่อไป ตลอดจนกฎหมายของประเทศอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจ Airbnb ดังต่อไปนี้

³⁶ Matennews, Matem 2 คอนโดฯ รำคาญเสียงระฆังวัด มีต่างชาติเช่า 30 ห้อง ตำรวจบุกตรวจแล้ว [Online], Accessed 10 August 2020.

Available from <http://www.matemnews.com/News/32932>

1. กฎหมายประเทศญี่ปุ่นที่ใช้ควบคุมธุรกิจ Airbnb

ใน ค.ศ. 2018 ประเทศญี่ปุ่นมีกฎหมาย The Minpaku home sharing law ที่ใช้บังคับในวันที่ 13 มิถุนายน 2018 เพื่อการกำกับดูแลเกี่ยวกับการให้เช่าที่พักที่อาจจะขาดแคลน เพราะญี่ปุ่นจะเป็นเจ้าภาพในการชิงถ้วยการแข่งขัน Rugby ใน ค.ศ. 2019 และการเป็นเจ้าภาพจัดแข่งขันกีฬาโอลิมปิกที่กรุงโตเกียว ใน ค.ศ. 2020³⁷ ในกรณีนี้ “minpaku”³⁸ หรือกฎหมายที่พักชั่วคราวของเอกชน (private temporary lodging law) ถือได้ว่าเป็นกรอบทางกฎหมายเพื่อการเช่าที่พักอาศัยระยะสั้นแห่งแรกของเอเชีย³⁹

The Minpaku Home -Sharing Law หรือกฎหมาย minpaku เป็นการจัดระเบียบการให้เช่าที่พักระยะสั้นให้ถูกต้องตามกฎหมายภายใต้การกำกับดูแลโดยองค์กรส่วนท้องถิ่น ซึ่งกฎหมาย minpaku ให้อำนาจองค์กรส่วนท้องถิ่นสามารถมีระเบียบข้อบังคับของตนเอง ภายใต้ความแตกต่างและความหลากหลายของพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ และสภาพของการเช่าพักอาศัยของในแต่ละท้องถิ่นได้ด้วย ซึ่งในแต่ละท้องถิ่นกำลังอยู่ในระหว่างการมีกฎระเบียบข้อบังคับของตนเอง อย่างไรก็ตาม อาจสรุปหลักการสำคัญของกฎหมาย minpaku ได้ดังนี้⁴⁰

- 1) เจ้าของห้องพัก สามารถนำห้องพักของตนให้เช่าได้ไม่เกิน 180 วันต่อปี
- 2) เจ้าของห้องพัก จะต้องลงทะเบียนกับองค์กรส่วนท้องถิ่นเพื่อให้ท้องถิ่นทำการตรวจสอบมาตรฐานของห้องพัก นอกจากนี้ เจ้าของห้องพักจะต้องส่งรายงานเกี่ยวกับการเข้าพักของลูกค้านักท่องเที่ยวองค์กรส่วนท้องถิ่นด้วย
- 3) ลูกค้าผู้เข้าพัก จะต้องเข้าพักครั้งละอย่างน้อย 7 วัน

ข้อบังคับขององค์กรส่วนท้องถิ่นก็มีความแตกต่างและหลากหลาย ขึ้นอยู่กับการบริหารจัดการของแต่ละท้องถิ่น เช่น เมืองคามางิชิ ที่อยู่ทางตอนเหนือของประเทศญี่ปุ่น ก็มีการอนุญาตให้เจ้าของห้องพักนำห้องพักไปแบ่งให้เช่าโดยไม่ต้องลงทะเบียนกับท้องถิ่น⁴¹ ซึ่งถือว่าค่อนข้างผ่อนปรนและยืดหยุ่นกับระบบธุรกิจ Airbnb หากเปรียบเทียบกับเมืองเกียวโตที่มีข้อบังคับที่เข้มงวดมากที่สุดในการออกระเบียบข้อบังคับตามกฎหมาย minpaku ดังนี้⁴²

- 1) พื้นที่ในเขตหรือใกล้เขตโบราณสถาน เจ้าของห้องพักสามารถนำห้องพักให้เช่าได้ในระหว่างวันที่ 15 มกราคม ถึง 15 มีนาคม เท่านั้น (ยกเว้นกรณีโฮมสเตย์)
- 2) เจ้าของห้องพักต้องอาศัยอยู่ในระยะห่างที่ไม่เกิน 800 เมตร (ระยะเดินไม่เกิน 10 นาที) เพื่อสามารถแก้ไขปัญหาต่าง ๆ ได้เกี่ยวกับห้องพักและลูกค้าผู้เข้าพัก

³⁷ ญี่ปุ่นประกาศเลื่อนการแข่งขันกีฬาโอลิมปิก ค.ศ. 2020 เนื่องจากสถานการณ์การระบาดของเชื้อโควิด-19.

³⁸ มีความหมายถึงโฮมสเตย์.

³⁹ Junko Fujita, In Japan, new rules may leave home-sharing industry out in the cold [Online], Accessed: 20 January 2020. Available from: <http://www.recters.com/article/us-japan.airbnb/in-japan-new-rule>

⁴⁰ ชญาณี ศรีกระจำจ, กฎหมายและสถานะของธุรกิจ Airbnb ในประเทศญี่ปุ่นและไทย [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 25 มกราคม 2563. แหล่งที่มา <http://www.bangkokbiznews.com/>

⁴¹ Brand buffet, เปิดเส้นทาง Airbnb กลับเข้าสู่ญี่ปุ่นอย่างไรให้ปังกว่าเดิม [Online], Accessed: 28 January 2020. Available from <http://www.brandbuffet.in.th/2019/04/Airbnb-reco-ver-host-lists-in-japan/>

⁴² Facebook, World walker [Online], Accessed: 15 March 2018

3) กรณีการนำห้องพักที่เป็นคอนโดมิเนียม หรือ อพาร์ทเมนต์ที่ขอลงทะเบียนเพื่อให้เป็น Airbnb ต้องนำใบรับรองจากกรรมการบริหารคอนโดมิเนียม หรือ อพาร์ทเมนต์ดังกล่าวมาแสดงว่าอนุญาตให้ใช้เป็นห้องพัก Airbnb ได้

4) ผู้ที่จะมาลงทะเบียนกับเมืองเกียวโตจะต้องไม่เคยนำห้องไปให้เช่าในระบบ Airbnb ในช่วง 3 เดือนก่อนที่จะมาลงทะเบียน

5) ลูกค้าย้ายเข้าพักสมควรมาพบกับเจ้าของห้องพักเพื่อยืนยันตัวตน

สำหรับกรุงโตเกียว มีการกำหนดเขตเพื่อการควบคุมห้องพักในระบบธุรกิจ Airbnb ดังนี้⁴³

1) เขตสีแดง เป็นเขตสีเขียว ซึ่งเป็นเขตสถานการศึกษาที่สามารถเข้าพักได้เพียงช่วงวันศุกร์ถึงเย็นวันจันทร์เท่านั้น เขตชินจูกุ ในเขตที่อยู่อาศัยทั่วไป ที่สามารถเข้าพักได้เฉพาะวันเสาร์และวันอาทิตย์เท่านั้น

2) เขตสีเหลือง ในเขตนาగాโนะ ซึ่งเป็นเขตที่อยู่อาศัยทั่วไป ห้ามเข้าพักตั้งแต่เช้าวันอาทิตย์ถึงบ่ายวันศุกร์

3) เขตสีน้ำเงิน ในเขตสุมิยะ เขตคิตะ เขตมาซิดะ หากห้องพักมีขนาดเกินกว่า 50 ตารางเมตร ต้องมีการติดตั้งป้ายหนีไฟ ไฟสำรอง สปริงเกอร์ เป็นต้น

ภายหลังจากการใช้บังคับของกฎหมาย minpaku ตลอดจนกฎเกณฑ์ข้อบังคับของท้องถิ่นต่าง ๆ ที่ออกมาใช้บังคับกับการนำห้องพักเข้าสู่ระบบ Airbnb มีความเห็นที่หลากหลาย ซึ่งโดยผลการใช้บังคับของกฎหมายส่งผลให้รายชื่อของที่พัก Airbnb ที่ประเทศญี่ปุ่นก่อนการประกาศใช้กฎหมาย จำนวน 62,000 แห่ง เหลืออยู่เพียงหมื่นกว่าแห่งเท่านั้น⁴⁴ อีกทั้งมีการคาดการณ์ว่าจำนวนห้องพักในระบบ Airbnb จะลดลงเกือบ 80% เนื่องจากเจ้าของที่พักทำการจดทะเบียนตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไม่ทัน และมีบางส่วนที่ขาดคุณสมบัติตามข้อบังคับที่กฎหมายกำหนดด้วย ซึ่งทาง Airbnb ก็ได้จัดการเยียวยาโดยจัดสรรเงินทุนกว่า 10 ล้านเหรียญสหรัฐ ชดเชยให้แก่ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการประกาศใช้กฎหมายดังกล่าว⁴⁵

2. กฎหมายประเทศอื่นที่ใช้ควบคุมธุรกิจ Airbnb

เพื่อเป็นการเปรียบเทียบกฎหมายที่ใช้ควบคุมธุรกิจ Airbnb นอกเหนือจากประเทศญี่ปุ่นแล้ว ผู้เขียนจะได้นำเสนอกฎหมายของประเทศอื่น ๆ ที่มีการใช้บังคับกับธุรกิจ Airbnb เพื่อการเปรียบเทียบและนำมาสู่การวิเคราะห์และข้อเสนอแนะของผู้เขียน แต่ด้วยข้อจำกัดของการนำเสนอบทความในจำนวนหน้ากระดาษ ผู้เขียนต้องหยิบยกเฉพาะหลักเกณฑ์ที่สำคัญโดยสังเขปของกฎหมายต่างประเทศนั้น ๆ ให้เห็นภาพกว้างของการมีกฎหมายที่ใช้ควบคุมธุรกิจ Air BNB

⁴³ Katto Panarat, *อ่านก่อนคลิกจอง เปิดกฎหมายปล่อยเช่าห้องพักระยะสั้นในญี่ปุ่นฉบับใหม่ที่นักท่องเที่ยวต้องรู้* [Online], Accessed 2 February 2020. Available from <http://www.thestandar.ac.co/law-minpaku-dormitory-japan>

⁴⁴ S Nussey, *Airbnb touts Japan recovery, bolstered by hotel listings* [Online], Accessed 3 February 2020. Available from <http://www.reuter.com/article/us-japan-Airbnb/in-japan-new-rules>

⁴⁵ Junko Fujita, *In Japan, new rules may leave home-sharing industry out in the cold* [Online], Accessed: 20 January 2020. Available from <http://www.recters.com/article/us-japan.airbnb/in-japan-new-rule>

2.1 ประเทศสิงคโปร์ สำหรับกฎหมายที่ใช้ควบคุมธุรกิจ Airbnb ประเทศสิงคโปร์มี กฎหมายการเช่าอสังหาริมทรัพย์ระยะสั้น (Singapore's Housing Law) ใช้บังคับเมื่อเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 2019 ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ไม่สามารถให้เจ้าของห้องพักปล่อยให้เช่าเป็นรายวัน หรือแม้กระทั่งรายเดือนก็จะต้องให้เช่าขั้นต่ำ 3 เดือน ในกรณีห้องพักส่วนตัว หรือขั้นต่ำ 6 เดือน ในกรณีให้เช่าเพื่อการท่องเที่ยว⁴⁶ โดยห้องพักจำนวนไม่น้อยที่ประเทศสิงคโปร์มีลักษณะเป็นแฟลตของการเคหะสิงคโปร์ หรือ HDB (Housing Development Bord) ซึ่งหากมีการนำออกให้เช่าจะต้องได้รับอนุญาตจากองค์การพัฒนาเมือง (The Urban Redevelopment Authority หรือ URA) ซึ่งเมื่อไม่นานก็มีกรใช้บังคับกฎหมายโดยชาวสิงคโปร์ 2 ราย ถูกดำเนินคดีในการนำห้องพักจำนวน 4 ห้องผ่าน Airbnb ออกให้เช่าไม่ถึงระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนด⁴⁷ ซึ่งกฎหมายฉบับนี้มีโทษปรับสูงถึง 60,000 ดอลลาร์สิงคโปร์

2.2 เขตปกครองพิเศษฮ่องกง สำหรับกฎหมายที่ใช้ควบคุมธุรกิจ Airbnb เขตปกครองพิเศษฮ่องกงกำหนดให้ผู้นำห้องพักออกให้เช่าเพื่อเข้าสู่ระบบ Airbnb ในเขตปกครองพิเศษฮ่องกงนั้น หากมีการให้เช่าน้อยกว่า 28 วัน จะต้องได้รับอนุญาตภายใต้กฎหมายที่พักอาศัยประเภทโรงแรมและเกสต์เฮาส์ (Hotel and Guesthouse Accommodation Bill) ผู้ฝ่าฝืนมีโทษปรับ 200,000 ดอลลาร์ฮ่องกง และโทษจำคุก 2 ปี⁴⁸ และในปัจจุบันฮ่องกงอยู่ในระหว่างการร่างกฎหมายโรงแรมและเกสต์เฮาส์ (ฉบับปรับปรุง) โดยหน่วยงานของรัฐที่กำลังดูแลโรงแรมและเกสต์เฮาส์มีอำนาจขออนุญาตเพื่อบุกเข้ายังห้องพักที่สงสัยว่าให้บริการ Airbnb โดยไม่ได้รับอนุญาตได้ ตลอดจนเพิ่มอัตราโทษปรับจาก 2 แสน เป็น 5 แสนดอลลาร์ฮ่องกง และเพิ่มโทษจำคุกจาก 2 ปี เพิ่มขึ้นเป็น 3 ปีสำหรับผู้ฝ่าฝืน⁴⁹

2.3 ประเทศฝรั่งเศส สำหรับกฎหมายที่ใช้ควบคุมธุรกิจ Airbnb ตลาดใหญ่ของ Airbnb อันดับ 2 รองจากสหรัฐอเมริกา ซึ่งประเทศฝรั่งเศสมีกฎหมายกำหนดให้เจ้าของห้องพักสามารถนำห้องพักของตนให้เช่าภายใต้ระบบ Airbnb ได้ไม่เกิน 120 วันต่อปี แต่ละห้องต้องแสดงหมายเลขการลงทะเบียนเข้าพักให้พนักงานเจ้าหน้าที่ทราบ และสามารถทำการตรวจสอบได้ว่าเจ้าของห้องพักมีได้นำห้องไปให้เช่าเกินกำหนดวันที่กฎหมายกำหนด หากผู้ใดฝ่าฝืนมีโทษปรับ 12,000 ยูโร ต่อการโพสต์ให้เช่าที่เกินกำหนด อย่างไรก็ตาม ขณะนี้ทาง **กรุงปารีส**อยู่ในระหว่างการฟ้องคดีต่อ Airbnb ในข้อหาที่ Airbnb ทำการเผยแพร่โฆษณาที่ให้เช่าที่พักระยะสั้นที่ไม่เป็นไปตามกฎหมาย ตลอดจนการให้เช่าโดยไม่แสดงหมายเลขทะเบียนที่ได้รับอนุญาต⁵⁰

⁴⁶ Baiross, M. *Is Airbnb Legal in Singapore?* I.R.B. Law LLP., [Online], Accessed 10 March 2020. Available from <http://www.irblaw.com.sg/learning-centre/Airbnb-legal-singapore/> [10]<http://www.irblaw.com.sg/learning-centre/Airbnb-legal-singapore/>

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Breezybnn, *Is Airbnb Legal in Hong Kong?* [Online], Accessed 11 March 2020. Available from <http://irblaw.breezybnn.com/is-Airbnb-legal-in-hong-kong/>

⁴⁹ กัญญาพัชร ชัยเดช, *บทเรียนจากฮ่องกง 6 : อวสานเศรษฐกิจแบ่งปัน. Is Airbna Legal in Hong Kong?* [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 12 มีนาคม 2563. แหล่งที่มา <http://irblaw.thaibizchina.com/hk-lesson-6-sharing-economy/>

⁵⁰ ประชาชาติ ธุรกิจออนไลน์, *ปารีส เตรียมฟ้อง Airbnb จ่อปรับ 18 ล้านดอลลาร์ ฐานเผยแพร่โฆษณาปล่อยเช่าระยะสั้นผิดกฎหมาย*. ออนไลน์, เข้าถึงเมื่อ 12 มีนาคม 2563. แหล่งที่มา <http://prachachat.net/world-news/news-188964>

2.4 ประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐส่วนใหญ่ยังไม่มีกฎหมายกำกับดูแลธุรกิจในระบบ Airbnb แต่มีบางมลรัฐมีการออกกฎหมายเพื่อการควบคุมธุรกิจ Airbnb ดังนี้⁵¹

- **นิวยอร์ก** (ถือได้ว่าเป็นตลาดใหญ่ที่สุดของธุรกิจ Airbnb และมีห้องพักให้เช่ากว่า 50,000 ห้อง ในรายชื่อของ Airbnb) มีกฎหมายที่ห้ามมิให้เจ้าของห้องพักนำห้องพักออกให้เช่าน้อยกว่า 30 วัน เว้นแต่ผู้นั้นเช่าอาคารที่ได้อาศัยในห้องพักที่บ้านหลังเดียวกัน นอกจากนี้ ผู้ให้เช่าจะไม่ได้รับอนุญาตนำบ้านออกให้เช่ามากกว่า 1 หลัง

- **ซานฟรานซิสโก** มีกฎหมายกำกับดูแลธุรกิจ Airbnb คล้ายกับมหานครนิวยอร์ก เป็นกฎหมายว่าด้วยการให้เช่าบ้านระยะสั้น โดยการเช่าจะถูกจำกัดเพียงไม่เกิน 90 วันต่อปี ผู้ฝ่าฝืนครั้งแรกจะถูกปรับรายวัน 484 ดอลลาร์สหรัฐฯ และหากเคยทำผิดมาแล้วจะถูกปรับรายวัน 968 ดอลลาร์สหรัฐฯ เจ้าของห้องพักจะต้องทำประกันภัยในวินาศภัยขั้นต่ำ 500,000 ดอลลาร์สหรัฐฯ และจะต้องจ่ายภาษีโรงแรม 14% อีกด้วย

- **ซานตามอนิกา** (แคลิฟอร์เนีย) มีกฎหมายที่เข้มงวดโดยอนุญาตให้เฉพาะผู้มีที่อยู่อาศัยหลักเท่านั้นที่นำห้องพักเข้าสู่ระบบ Airbnb และห้ามการเช่าที่มีระยะเวลาสั้นกว่า 30 วัน และเจ้าของห้องจะต้องอยู่ขณะที่แขกเข้าพัก (present during the stay) ผู้ที่มีเจ้าของบ้านหากนำห้องพักเข้าสู่ระบบ Airbnb เป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย

- **ลาสเวกัส** มีกฎหมายที่อนุญาตธุรกิจ Airbnb เฉพาะผู้มีที่อยู่อาศัยหลักเท่านั้น และเจ้าของห้องจะต้องอยู่ขณะที่แขกเข้าพักด้วย ส่วนการให้เช่าจะต้องมีระยะเวลาไม่น้อยกว่า 31 วัน และจะต้องจ่ายค่าใบอนุญาตจำนวน 500 ดอลลาร์ต่อเดือน เป็นค่าภาษีโรงแรม

- **ลอสแอนเจลิส** มีกฎหมายเริ่มบังคับใช้ ค.ศ. 2019 ที่อนุญาตให้เจ้าของห้องพักในระบบ Airbnb ให้เช่าได้เฉพาะผู้มีถิ่นที่อยู่อาศัยหลักเท่านั้น ซึ่งผู้มีถิ่นที่อยู่อาศัยหลักนี้หมายถึงจะต้องพักอาศัยมากกว่า 6 เดือนในแต่ละปี นอกจากนี้ยังจำกัดให้มีการให้เช่าเกิน 120 วันต่อปี หากฝ่าฝืนมีโทษปรับรายวัน 1,000 ดอลลาร์สหรัฐอเมริกา

2.5 ประเทศออสเตรีย สำหรับกฎหมายที่ใช้ควบคุมธุรกิจ Airbnb รัฐสภาออสเตรียได้ผ่านกฎหมายสิ่งปลูกสร้าง (The Vienna Building Code) เมื่อวันที่ 22 ธันวาคม 2518 ซึ่งรวมไปถึงการให้เช่าระยะสั้นและรวมถึงธุรกิจ Airbnb ด้วย เพียงแต่บทบัญญัติของกฎหมายฉบับนี้มิได้ระบุชัดเจนว่าการให้เช่าระยะสั้นมีระยะเวลาเท่าใด แต่น่าจะมีระยะเวลา 30 วัน หรือน้อยกว่า 30 วัน ในการนี้เจ้าของห้องที่ประสงค์จะเข้าสู่ระบบ Airbnb จะต้องขึ้นทะเบียน และพนักงานเจ้าหน้าที่จะอนุญาตให้เฉพาะผู้ที่เสียภาษีให้แก่รัฐเท่านั้น⁵²

ยังมีอีกหลายประเทศที่มีกฎหมายออกมาใช้บังคับกับธุรกิจ Airbnb ซึ่งเป็นธุรกิจในยุคดิจิทัลที่มีลักษณะเป็นพลวัตร กฎหมายต่างประเทศดังกล่าวก็เพิ่งจะมีผลใช้บังคับมาไม่นานมาก และกำลังทยอยออกกฎหมายมาใช้กำกับดูแล โดยในแต่ละประเทศมีแนวคิดที่แตกต่างกัน ทั้งการตอบรับกับธุรกิจในโลกดิจิทัลว่าเป็นสิ่งที่ไม่สามารถ

⁵¹ Mashvisor. 5 cities where Airbnb is illegal [Online], Accessed: 13 March 2020. Available from <http://www.mashvisor.com/blog/5-cities-where-Airbnb-is-illegal-2019>

⁵² Martin Foerster, Vienna Building Code : new provision renders short-term letting illegal [Online], Accessed 18 March 2020. Available from <http://www.internationallawoffice.com/Graf.Pitkowit-Rechtsanwalt-GmbH>

ทดทานได้ ทั้งที่มีแนวคิดในการปกป้องอุตสาหกรรม โรงแรม รีสอร์ท ซึ่งเป็นธุรกิจหลักที่รัฐจะต้องให้การคุ้มครองและไม่ประสงค์จะให้ธุรกิจหลักดังกล่าวต้องได้รับผลกระทบในด้านรายได้ แนวคิดในการจัดเก็บภาษี การปกป้องสิ่งแวดล้อมในชุมชน ปัญหาอาชญากรรม ความปลอดภัย ความเป็นส่วนตัวของคนในชุมชนหรือผู้อยู่อาศัย ในอาคารเดียวกับแขกผู้มาพักในระบบ Airbnb หลายประเทศมีกฎหมายค่อนข้างเข้มงวดในการกำหนดโทษปรับแก่ผู้ฝ่าฝืนค่อนข้างสูง รวมถึงมีโทษจำคุก การกำหนดระยะเวลาในการนำห้องพักออกให้เช่าต่อปีก็มีความแตกต่างกัน เช่นเดียวกันกับระยะเวลาการให้เช่าขั้นต่ำก็มีความหลากหลาย และในหลายประเทศที่มีการกำหนดระยะเวลาเช่าขั้นต่ำตั้งแต่ 30 วันขึ้นไป ก็อาจเป็นสิ่งที่พื้นวิสัยสำหรับนักท่องเที่ยว หรือผู้มาทำงาน ประชุม ในระยะเวลาที่ไม่เกิน 1 เดือน ซึ่งก็จะต้องกลับไปสู่ระบบการพักโรงแรมเช่นเดิม การกำหนดช่วงเทศกาล หรือเมืองที่เป็นเขตอนุรักษ์ก็เป็นประเด็นการกำหนดไว้ในกฎหมาย หรือแม้แต่กรณีการที่กฎหมายบางประเทศกำหนดให้เจ้าของห้องพักจะอยู่ด้วยในขณะที่แขกเข้าพัก การแจ้งการลงทะเบียน การทำประกันภัย ฯลฯ ทั้งหมดทั้งปวงข้างต้นคือความหลากหลายของแนวคิดที่นำมาใส่ในหลักเกณฑ์ใช้บังคับควบคุมธุรกิจ Airbnb

อย่างไรก็ตาม ยังมีประเทศอีกเป็นจำนวนมากและเป็นประเทศส่วนใหญ่ที่ยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับ Airbnb โดยตรง (เช่น ประเทศไทย) ประเทศดังกล่าวอาจจะยังอยู่ในระหว่างการยกร่าง การศึกษากฎหมายต่างประเทศเพื่อทำการเปรียบเทียบและนำมาขยายเป็นกฎหมายที่มีความเหมาะสมกับสภาพสังคมของประเทศตน ซึ่งอาจจะมีข้อดีในด้านที่สามารถศึกษาเปรียบเทียบบทเรียน ข้อดี ข้อเสีย จากต่างประเทศที่มีกฎหมายบังคับใช้ก่อนได้ แต่ข้อเสียคือ การไม่มีกฎหมายที่ใช้บังคับโดยตรงนั้น ก็จะต้องนำกฎหมายที่เกี่ยวข้องที่มีอยู่มาใช้อย่างบังคับตามสภาพที่เป็นไปได้ ซึ่งอาจจะเกิดผลเสียต่อธุรกิจโรงแรม รีสอร์ท ที่เป็นธุรกิจหลัก และหากมีการบังคับใช้กฎหมายที่มีอยู่ที่เข้มงวดจนเกินไปก็ไม่อาจตอบสนองต่อธุรกิจ Airbnb ซึ่งเป็นธุรกิจในยุคดิจิทัลที่ประชาคมโลกไม่อาจปฏิเสธหรือทดทานได้ ดังนั้น ในประเด็นต่อไปผู้เขียนจะกล่าวถึงรูปแบบของกฎหมายที่ใช้กับธุรกิจ Airbnb ในประเทศไทย

ข้อพิจารณาและข้อเสนอแนะ : กฎหมาย Airbnb ในประเทศไทย

ผู้เขียนมีความเห็นเบื้องต้นว่าประเทศไทยสมควรมีกฎหมาย Airbnb เป็นกฎหมายเฉพาะ (sui generis) โดยไม่จำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอื่น ๆ ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับธุรกิจ Airbnb และเพื่อจะได้ไม่ต้องนำกฎหมายที่มีส่วนเกี่ยวข้องต่าง ๆ มาใช้กับธุรกิจ Airbnb เพราะมีลักษณะแตกต่างกันในรูปแบบ โครงสร้าง และรายละเอียดต่าง ๆ กฎหมาย Airbnb ของประเทศไทยสมควรเป็นกฎหมายเกี่ยวกับ Airbnb โดยตรง และไม่เกี่ยวกับการให้เช่าระยะสั้นอื่น ๆ หรือธุรกิจอื่น ๆ ที่ใช้สื่อดิจิทัล โดยมีประเด็นพิจารณาและข้อเสนอแนะดังนี้

1. องค์กรรับผิดชอบ

กฎหมายที่ใช้ควบคุมหรือกำกับดูแล Airbnb สมควรกำหนดให้กระทรวงที่มีหน้าที่เกี่ยวข้อง เช่น ในกรณีการท่องเที่ยวก็จะเป็นกระทรวงท่องเที่ยวและกีฬา หรือกรณีภาพรวมของสังคมก็จะเป็นกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ แต่สมควรที่จะอยู่ในการกำกับดูแลของกระทรวงมหาดไทย ซึ่งกำกับดูแลพระราชบัญญัติโรงแรมฯ อยู่แล้ว เพราะทราบถึงสภาพปัญหาและการบังคับใช้กฎหมายในกรณีที่มีความคล้ายคลึงกัน

นอกจากนี้ กระทรวงมหาดไทยยังมีกรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่นที่เข้ามากำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่านอกจากที่ประเทศไทยสมควรมีกฎหมายเฉพาะในรูปแบบพระราชบัญญัติที่กำหนดหลักเกณฑ์กว้างๆ เกี่ยวกับการกำกับดูแล แต่รายละเอียดปลีกย่อยของในแต่ละเขตพื้นที่ให้เป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการออกข้อบัญญัติหรือข้อบังคับต่อไป

ในหลายประเทศโดยเฉพาะประเทศญี่ปุ่น การกำกับดูแลเป็นอำนาจหน้าที่ของท้องถิ่นในเมืองต่างๆ ซึ่งมีความแตกต่างในภูมิประเทศ ความเป็นเมืองหรือชนบท บางแห่งเป็นภูเขา ทะเล แหล่งโบราณสถาน เขตอนุรักษ์ป่า และมีสัตว์ป่า ฯ เช่นเดียวกับประเทศไทยที่มีความแตกต่างและหลากหลายในแต่ละพื้นที่ ซึ่งข้อบัญญัติหรือข้อบังคับขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ไม่ว่าจะเป็น อบต. เทศบาล อบจ. เมืองพัทยา หรือกรุงเทพมหานคร ก็สมควรมีความแตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับศักยภาพในการกำกับดูแล Airbnb ของท้องถิ่นนั้น ๆ ระยะเวลาในการเข้าพักในห้องพักต่อกี่สัปดาห์ก็สมควรมีความแตกต่างกัน บางพื้นที่อาจกำหนดจำนวนวันไว้มาก (แต่จะต้องไม่มากกว่าบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติที่เป็นกฎหมายหลัก) หรือบางพื้นที่ที่เป็นเขตโบราณสถาน เขตอนุรักษ์ เขตที่พักอาศัย เขตติดต่อกับป่าสงวน ฯลฯ ก็อาจวางข้อจำกัดในระยะเวลาการเข้าพัก เป็นต้น ซึ่งการเริ่มต้นของธุรกิจ Airbnb ก็จะต้องมาแจ้งหรือยื่นจดทะเบียนต่อองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นตามข้อกำหนดในรายละเอียดความแตกต่างกันของแต่ละท้องถิ่น

ข้อดีของธุรกิจ Airbnb อีกประการหนึ่ง คือ ในบางช่วงเวลาที่มียานเทศกาลหรืองานสำคัญๆ ประจำปี เช่น งานวิ่งมาราธอน งานอีเวนท์ งานประชุมสัมมนาขนาดใหญ่ ฯลฯ ทำให้บางพื้นที่เกิดภาวะนักท่องเที่ยวเฟ้อ (Overtourism) โรงแรมและรีสอร์ทเต็มไม่สามารถรองรับนักท่องเที่ยวหรือผู้เดินทางได้ ระบบ Airbnb ก็สามารถรองรับกับกรณีดังกล่าวได้ โดยเฉพาะในการส่งเสริมการท่องเที่ยว “เมืองรอง” ซึ่งตามปกติจะมีที่พักในระบบโรงแรมน้อยกว่าเมืองหลักค่อนข้างมาก ท้องถิ่นนั้น ๆ ก็สามารถมีข้อบังคับที่เอื้อกับธุรกิจ Airbnb โดยไม่กระทบธุรกิจโรงแรมหรือรีสอร์ทได้

สิ่งสำคัญอีกประการหนึ่งของการกำกับดูแล Airbnb ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น คือ การจัดเก็บภาษีจากธุรกิจ Airbnb เพื่อเป็นภาษีบำรุงท้องถิ่น ไม่ว่าจะเป็นเรื่องสิ่งแวดล้อม มลพิษ การจัดการขยะมูลฝอย ฯลฯ ซึ่งในการนี้อาจเป็นการจัดเก็บจากเจ้าของห้องพักในระบบ Airbnb หรืออาจจัดเก็บจากผู้เข้าพักเหมือนในบางประเทศก็ได้

2. คำนิยาม

ในส่วนของคำนิยามเป็นการกำหนดว่าที่พัก ห้องพักในลักษณะใดบ้างที่อยู่ใบบังคับของกฎหมายและที่ไม่อยู่ใบบังคับของกฎหมาย โดยคำว่า Airbnb จะต้องมีการบัญญัติความหมายที่ขยายไปถึงการจัดสรรห้องพักในลักษณะเดียวกัน แต่ก็มีการใช้คำที่แตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นเจ้าของเดียวกันหรือต่างเจ้าของ โดยการจัดสรรที่พักที่มีลักษณะเหมือนหรือคล้ายกับ Airbnb ในปัจจุบันก็มี Home Away Tujia, Sejourning, Paris Attitude ส่วนของคนไทยก็มี Favstay เป็นต้น

ในส่วนของห้องพักที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายอาจมีการกำหนดไว้กว้างๆ อาทิ บ้าน อะพาร์ตเมนต์ แพลต คอนโดมิเนียม หรือห้องพักในลักษณะเดียวกันที่มีความปลอดภัย มีสาธารณูปโภครองรับพร้อม และอาจ

มีการกำหนดให้ชัดเจนว่าผู้จะนำห้องพักเข้าสู่ธุรกิจ Airbnb จะต้องเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในห้องพักหรือที่พักนั้นๆ กรณีเป็นผู้เช่าก็สมควรมีสัญญาเช่าที่เกินกว่า 1 ปีขึ้นไป นอกจากนี้อาจมีกำหนด กำหนดจำนวนห้องที่สามารถนำเข้าสู่ระบบ Airbnb ได้ไม่เกิน 3 ห้องต่อราย โดยอาจมีการแจ้งหรือส่งข้อมูลรายละเอียดของที่พักหรือห้องพักให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นพิจารณา สำหรับคอนโดมิเนียมหรือห้องชุด อาจมีหนังสือรับรองจากนิติบุคคลอาคารชุดที่ให้ความยินยอมให้เจ้าของร่วมในอาคารชุดนั้น ๆ นำห้องเข้าสู่ระบบ Airbnb ทั้งนี้จะต้องเป็นไปตามข้อบังคับหรือข้อจำกัดของนิติบุคคลอาคารชุด ว่ามีแนวนโยบายเกี่ยวกับการที่เจ้าของร่วมนำห้องชุดไปเข้าสู่ระบบ Airbnb อย่างไร

อย่างไรก็ตาม อาจมีการกำหนดว่ากรณีใดบ้างที่ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมาย อาทิ การเช่าที่พักอาศัยเป็นรายเดือน หรือรายปีตามปกติที่มีการเช่ากันอยู่แล้ว หรือกรณีคอนโดเทล หรือการจัดสรรที่พักอื่นสำหรับนักท่องเที่ยวที่มีได้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย

สิ่งสำคัญคือ กฎหมายจะแก้ไขปัญหาการเสี่ยงเข้าสู่ระบบ Airbnb ที่จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย แต่ใช้ช่องทางของกฎหมายหรือสัญญาเพื่อมิให้เป็น Airbnb ทั้งที่โดยลักษณะแล้วเป็น Airbnb และให้เช่าที่พักระยะสั้นๆ เช่น มีการเช่าเพียง 1-10 วัน แต่ให้ลูกค้าหรือผู้เช่าเซ็นสัญญาเช่า 2 เดือน โดยไม่ต้องวางเงินมัดจำหรือวางเงินมัดจำเพียงแค่ 1-10 วัน และเมื่อลูกค้าพักอาศัย 1-10 วัน ก็จะคืนหรือคิดค่าเช่าโดยเทียบเป็นบัญชีใดรายการ

3. มาตรการทั่วไป

มาตรการทั่วไปเป็นสิ่งที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือเจ้าพนักงานท้องถิ่นจำเป็นต้องคำนึงถึงและหารือร่วมกับชุมชนเกี่ยวกับปัญหาสิ่งแวดล้อม ความแออัดของนักท่องเที่ยว ปริมาณขยะมูลฝอย การอนุรักษ์โบราณสถาน โบราณวัตถุ ทรัพยากรธรรมชาติ ฯลฯ

สิ่งที่จำเป็นในการกำหนดไว้ในกฎหมาย คือ มาตรการด้านความปลอดภัย ทั้งตัวอาคารหรือห้องพักในธุรกิจ Airbnb ว่าจำเป็นต้องมีการควบคุมถึงขนาดตามกฎหมายว่าด้วยอาคารที่จะต้องมีขนาดห้องพัก ทางเดิน ทางหนีไฟ ฯลฯ หรือไม่ หากควบคุมเข้มงวดตามกฎหมายควบคุมอาคาร ก็อาจเป็นการปิดกั้น ความยากลำบากในการเข้าสู่ธุรกิจ Airbnb ถูกกฎหมาย แต่หากผ่อนปรนมากเกินไปก็อาจมีปัญหาด้านความปลอดภัยในส่วนอาคารได้

ประการต่อมาคือมาตรการรักษาความปลอดภัยของผู้ที่เข้าพักใน Airbnb นั้นจำเป็นที่จะต้องมีการลงทะเบียนผู้เข้าพักและแจ้งไปยังพนักงานเจ้าหน้าที่เหมือนกับกฎหมายโรงแรมหรือไม่ หรือเพียงแค่เป็นการยืนยันตัวตนของผู้เข้าพัก หรืออาจใช้วิธีสแกนลายนิ้วมือหรือหน้าตาแทน เป็นประเด็นที่จะต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมและความสะดวกของทั้งฝ่ายเจ้าของห้องพัก และผู้เข้าพัก หากมีการควบคุมและกำกับดูแลมากเกินไปก็จะส่งผลต่อปัญหาในขั้นตอนและรายละเอียดไม่สะดวกต่อฝ่ายธุรกิจ Airbnb และผู้เข้าพัก แต่หากมิได้มีการควบคุมในส่วนนี้หรือควบคุมไม่ถึงขนาดก็อาจเสี่ยงต่อความปลอดภัยในตัวตนของผู้เข้าพักว่าจะเป็นคนร้ายอาชญากรหรืออาชญากรข้ามชาติหรือไม่ เป็นต้น

4. ข้อกำหนดการเข้าพัก

ในส่วนนี้ถือได้ว่าเป็นสาระสำคัญที่สุดของการควบคุมธุรกิจ Airbnb ในกฎหมายหลักคือพระราชบัญญัติ อาจกำหนดกรอบกว้างๆ ไว้ว่า การนำห้องพักเข้าสู่ระบบ Airbnb นี้ สามารถให้เช่าได้ไม่เกินกี่วัน ซึ่งจากกฎหมาย ต่างประเทศตามที่ได้กล่าวมาแล้ว ในแต่ละประเทศก็มีการกำหนดจำนวนวันสูงสุดที่ให้เช่าได้ต่อบ้างแตกต่างกันไป แต่ส่วนใหญ่จะกำหนดไว้เกิน 100 วันต่อปี ในเบื้องต้นผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายไทยอาจกำหนดไว้ประมาณไม่เกิน 150 วันต่อปี ซึ่งไม่มากเกินไปที่จะกระทบอุตสาหกรรมโรงแรมหรือรีสอร์ท และไม่น้อยเกินไปสำหรับการทำธุรกิจ หรือนักลงทุนใน Airbnb ทั้งที่กฎหมายหลักที่เป็นพระราชบัญญัติอาจเปิดช่องให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มีข้อบัญญัติในการกำหนดจำนวนวันได้ตามความเหมาะสมของท้องถิ่นตน

ต่อมาคือเป็นประเด็นสำคัญสำหรับกฎหมายควบคุม Airbnb คือการเข้าพักใน Airbnb จะต้อง เข้าพักขั้นต่ำมีกำหนดกี่วัน ซึ่งในกฎหมายต่างประเทศก็มีความหลากหลายในการกำหนดวันเข้าพักขั้นต่ำ แต่ไม่มี ประเทศใดที่กำหนดวันเข้าพักขั้นต่ำเพียง 1-2 วัน ซึ่งอาจกระทบอุตสาหกรรมโรงแรม ส่วนใหญ่จะมีการกำหนดไว้ หลายวัน หรือเกิน 10 วันขึ้นไป ซึ่งประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่าหากกำหนดวันเข้าพักขั้นต่ำไว้มากเกินไป ลูกค้าที่ประสงค์ จะใช้บริการ Airbnb ส่วนใหญ่ก็จะไม่สามารถใช้บริการ Airbnb ได้ เพราะมักจะเข้าพักเพียงไม่กี่วัน บางราย อาจเข้าพักเพียง 1-2 วัน เท่านั้น ดังนั้น ในความเห็นของผู้เขียนเพื่อเป็นการประนีประนอมก็อาจมีการกำหนด วันเข้าพักขั้นต่ำไว้ประมาณ 3-5 วัน

5. กรณีห้องชุดในอาคารชุด

อาคารชุดหรือคอนโดมิเนียม ถือเป็นกรณีที่มีผู้นำเข้าสู่ระบบ Airbnb จำนวนมาก หรืออาจจะมากที่สุด ในบรรดาห้องพักของระบบ Airbnb ก็ว่าได้ ด้วยความที่คอนโดมิเนียมส่วนใหญ่ที่ทำเลที่ตั้งในเขตเมือง ทำให้ ผู้เข้าพักสะดวกสบายในการเดินทาง และเข้าถึงสาธารณูปโภค สิ่งอำนวยความสะดวกรอบตัว ผู้ให้เช่าเช่นกัน ที่จำนวนไม่น้อยเป็นนักลงทุนที่ซื้อห้องชุดมาให้เช่าเป็นรายวันที่ได้ผลตอบแทนที่คุ้มค่าการลงทุน แต่ในมุมมอง ของเจ้าของห้องชุดในอาคารเดียวกัน หรือห้องชุดที่อยู่ติดหรือใกล้ๆ กับห้องชุดที่มีการนำออกให้เช่าระยะสั้นเช่นนี้ ก็จะได้รับผลกระทบด้านเสียง ความเป็นส่วนตัวในการใช้ทรัพย์สินกลาง การไม่มีมารยาทของแขกผู้เข้าพัก ที่ผลัดเปลี่ยนหมุนเวียนมาตลอด ไม่จำกัดเพศ วัย สัญชาติ ฯลฯ มีการร้องเรียนไปยังนิติบุคคลอาคารชุด และถึง ขนาดการดำเนินคดีต่อผู้เป็นเจ้าของร่วมที่นำห้องเข้าสู่ระบบ Airbnb ตามที่เป็นข่าวและได้กล่าวถึงในบทความนี้

ผู้เขียนเห็นว่ากรณีการนำห้องชุดในอาคารชุดเข้าสู่ระบบ Airbnb เป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ แต่จะต้อง ขึ้นอยู่กับมติและนโยบายของนิติบุคคลอาคารชุดนั้น ๆ ว่ามีมุมมองต่อการที่เจ้าของร่วมในอาคารชุด สามารถ นำห้องไปให้เช่าในระยะสั้นได้หรือไม่ หากมติส่วนใหญ่ของเจ้าของร่วมเห็นว่าไม่สามารถนำห้องชุดไปให้เช่า ระยะสั้นได้ ก็สมควรมีมติและมีข้อกำหนดที่ห้ามโดยเด็ดขาด เพราะจะเป็นการกระทบต่อเจ้าของส่วนใหญ่ ซึ่งได้ ลงมติห้ามมิให้เจ้าของร่วมนำห้องชุดออกให้เช่าระยะสั้น

อย่างไรก็ตาม หากสมาชิกส่วนใหญ่ที่เป็นเจ้าของร่วมในอาคารชุดนั้นเห็นว่าอาจมีการกำหนดโซน หรือพื้นที่ให้บริการ Airbnb หรือมิให้กระทบต่อสมาชิกที่เป็นเจ้าของร่วมที่พักอาศัยประจำในอาคารชุดนั้น ก็สามารถกำหนดมติในข้อบังคับให้เพื่อเป็นการประนีประนอมกันระหว่างเจ้าของร่วมในอาคารชุดนั้น หรืออาจ

มีการกำหนดข้อจำกัดเกี่ยวกับการจ่ายค่าส่วนกลางของเจ้าของร่วมไว้ให้แตกต่างกัน โดยแบ่งเป็นอัตราสำหรับเจ้าของร่วมที่พักอาศัยเอง ก็จะเป็นอัตราปกติ แต่หากเจ้าของร่วมที่นำห้องของตนให้เช่าระยะสั้นในระบบ Airbnb ก็จะต้องจ่ายค่าส่วนกลางที่แพงกว่าอัตราปกติพอสมควร เพราะค่าส่วนกลางที่เป็นอัตราของนิติบุคคลอาคารชุดที่กำหนดไว้ มักจะเป็นอัตราสำหรับเจ้าของร่วมที่พักอาศัยเพียง 1-3 คน ในแต่ละเดือนหรือแต่ละปี แต่กรณีห้องชุดที่นำออกให้เช่าระยะสั้น ในปีหนึ่งๆ อาจมีผู้เข้าพักหมุนเวียนกันมาอาศัยในห้องนั้นๆ เกินกว่า 100 คน ดังนั้น อัตราจัดเก็บค่าส่วนกลางเพื่อการบำรุงรักษาดูแลและการบริหารจัดการนิติบุคคลอาคารชุดก็สมควรอย่างยิ่งที่จะแตกต่างกัน

บทสรุป

ความเห็นและข้อเสนอแนะของผู้เขียนเป็นเพียงแนวคิดกว้างๆ ที่มีมุมมองต่อการที่ประเทศไทยจะมีกฎหมายเพื่อการกำกับดูแลธุรกิจ Airbnb ที่ไม่ว่าประเทศใด ๆ ในโลก ก็ไม่อาจปฏิเสธธุรกิจในยุคดิจิทัลที่เป็นระบบเศรษฐกิจแบ่งปันโดยอาศัยการออนไลน์ได้ ส่วนรายละเอียดปลีกย่อยสมควรมีการหยิบยกด้วยหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง รวมถึงการรับฟังความเห็นของกลุ่มบุคคลหรือองค์กรที่เกี่ยวข้อง เช่น สมาคมโรงแรมไทย สมาคมไทยธุรกิจการท่องเที่ยว สมาคมไทยท่องเที่ยวเชิงอนุรักษ์และผจญภัย สมาคมธุรกิจท่องเที่ยวภายในประเทศ นักพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ นักลงทุน องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น นักสิ่งแวดล้อม นักวิชาการในส่วนที่เกี่ยวข้อง ฯลฯ เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ที่เป็นไปได้และได้รับการยอมรับของผู้มีส่วนเกี่ยวข้องทั้งหลาย ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับการมีกฎหมายกำกับดูแล Airbnb แต่จะต้องปกป้องอุตสาหกรรมโรงแรมและรีสอร์ท ที่ไม่เป็นการแย่งลูกค้าหรือถึงขนาดทำลายอุตสาหกรรมที่พักหลักที่ประกอบการภายใต้กฎหมาย การเสียภาษี ฯลฯ แต่ในขณะเดียวกันกฎหมาย Airbnb ก็สมควรที่จะคำนึงถึงธุรกิจในยุคดิจิทัลที่มีอยู่เป็นจำนวนมาก เช่น ธุรกิจ Airbnb ที่ไม่สามารถปิดกั้นโดยการใช้กฎหมายที่มีอยู่ว่าไม่สามารถดำเนินการได้ และท้ายที่สุดในระหว่างช่วงการใช้บังคับของกฎหมายทางเจ้าของ Airbnb ที่เป็นเจ้าของระบบก็สมควรชดเชยหรือชดใช้ลูกค้าที่ได้ทำการจองผ่านแอปพลิเคชันหรือในระบบ Airbnb และถูกยกเลิกเนื่องจากขัดต่อกฎหมายด้วย

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสิทธิการเลือกเพศของบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวม

Legal Issues on the Sex Selection Right of Intersex People

ผจญ คงเมือง
Pajon Kongmuang

อาจารย์ประจำ
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ 15 ถนนกาญจนวนิชย์ ตำบลคองหงส์
อำเภอหาดใหญ่ จังหวัดสงขลา 90110
Full-time Lecturer
Faculty of Law, Prince of Songkla University, 15 Khohong, Hatyai District, Songkhla, 90110
Corresponding author E-mail: pajon.k@psu.ac.th

พงศ์ศักดิ์ เจ๊ะพงศ์
Phongsak Jehphong

อาจารย์ประจำ
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยทักษิณ 140 หมู่ที่ 4 ตำบลเขารูปช้าง อำเภอเมือง จังหวัดสงขลา 90000
Full-time Lecturer
Faculty of Law, Thaksin University, 140 Khao Rup Chang, Mueang Songkhla District, Songkhla, 90000
Corresponding author E-mail: phongsak.j@tsu.ac.th
(Received: June 10, 2020; Revised: August 28, 2020; Accepted: September 21, 2020)

บทคัดย่อ

แนวความคิดเกี่ยวกับเพศที่แบ่งเพศออกเป็น 2 เพศ คือ เพศชายและเพศหญิงนั้น ได้ส่งผลกระทบต่อบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวม เนื่องจากการผ่าตัดเพื่อเลือกเพศให้แก่เด็กผู้มีภาวะเพศกำกวมโดยไม่ได้รับความยินยอมนั้นทำให้เกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชน ส่งผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานและการดำรงชีวิตของบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวม ด้วยเหตุนี้ หลายประเทศจึงเรียกร้องให้ยุติการผ่าตัดเลือกเพศโดยไม่ได้รับความยินยอมจากบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวม เป็นที่น่าสังเกตว่าประเทศไทยยังไม่มีมาตรการทางกฎหมายโดยเฉพาะในการคุ้มครองบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวม ดังนั้น เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของกลุ่มคนเหล่านี้และเพื่อให้เป็นการสอดคล้องกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิก กระบวนการในการผ่าตัดเลือกเพศของบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมนั้นจะต้องได้รับความยินยอมโดยชัดแจ้งจากบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวม และต้องผ่านกระบวนการตรวจสอบอัตลักษณ์ทางเพศโดยแพทย์เฉพาะทาง การกำหนดกระบวนการเช่นนี้ก็เพื่อที่จะให้แน่ใจว่าการเลือกเพศของบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมถูกต้องตรงตามเพศวิถีและอัตลักษณ์ทางเพศ

คำสำคัญ: ภาวะเพศกำกวม, สิทธิในการเลือกเพศ, สิทธิมนุษยชน, บุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวม

Abstract

The concept of sex is divided into two categories, namely male and female which directly affect the “intersex people”. This is because a surgical procedure without the consent of intersex children is the human rights violation which impacts on the fundamental rights and their life. For this reason, many countries have called for terminating such surgery without the intersex people’ consent. It is noticed that Thailand has no special legal measures to protect the intersex people. Therefore, in order to protect the human rights of these people and to comply with the Universal Declaration of Human Rights which Thailand is a party, the sex assignment surgery of the intersex requires the informed consent by such people and an approval process by specialists. This is to ensure that gender assignment of intersex people aligns with sexual orientation and gender identity.

Keywords: Intersex, Right to Choose Sex, Human rights, Intersex people

บทนำ

สิทธิในทางเพศเป็นสิทธิมนุษยชนในรูปแบบหนึ่งที่ได้รับการยอมรับในระดับสากล¹ สิทธิทางเพศจึงจัดเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่มนุษย์ทุกคนควรได้รับอย่างเท่าเทียมกัน² ในปัจจุบันมีการเรียกร้องสิทธิในทางเพศที่มีความหลากหลาย ไม่ว่าจะเป็นสิทธิสตรี สิทธิของ LGBT (Lesbian Gay Bisexual Transgender) เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันไม่ว่าจะมีอัตลักษณ์ทางเพศเป็นแบบใดก็ตาม หลายประเทศได้มีการพัฒนากฎหมายเพื่อรองรับความหลากหลายทางเพศ³ เช่น สิทธิในการจดทะเบียนสมรส การรับรองบุตร สิทธิในทรัพย์สิน เป็นต้น อย่างไรก็ตามมีกลุ่มบุคคลที่ไม่ถูกกล่าวถึงมากนักในการเรียกร้องสิทธิทางเพศเมื่อเปรียบกับการเรียกร้องความเท่าเทียมกันทางเพศของสตรีหรือกลุ่ม LGBT กลุ่มบุคคลนั้น คือ “กลุ่มบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวม” หรือ “Intersex People”⁴

มนุษย์ไม่ได้มีแค่ 2 เพศ คือ เพศชายและเพศหญิงเท่านั้น โดยปกติแล้วผู้หญิงจะมีโครโมโซม XX ส่วนผู้ชายจะมีโครโมโซม XY แต่ในบางกรณีจะพบความพิศษกกว่านั้น เช่น XXY, XYY, XXXY ที่เราเรียกว่า Intersex หรือบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวม⁵

บุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวม หมายถึง กลุ่มบุคคลที่มีโครโมโซมเพศหรืออวัยวะเพศและหรือลักษณะทางเพศที่เมื่อเติบโตขึ้นแล้วไม่สามารถบ่งชี้ได้ชัดเจนว่าเป็นเพศชายหรือเพศหญิง บุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมอาจมีลักษณะทางชีวภาพที่บ่งชี้ได้ทั้งเพศชายและเพศหญิง อาจมีทั้งอวัยวะเพศชายและเพศหญิงในคน ๆ เดียวกันหรือเกิดมามีอวัยวะเพศชายแต่เมื่อโตขึ้นกลับมีหน่ออกเหมือนผู้หญิงที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ⁶ โดยทั่วไปบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมสามารถแบ่งออกได้ 2 กลุ่ม กลุ่มแรกคือ กลุ่มภาวะเพศกำกวมประเภทแท้ เด็กหรือบุคคลคนนั้นจะมีออร์โมนทั้ง 2 ประเภท หรือมีต่อมออร์โมนทั้ง 2 เพศ ลักษณะทางชีวภาพจะมีทั้งรังไข่ และลูกอัณฑะในคน ๆ เดียวกัน ส่วนบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมอีกประเภทหนึ่งเรียกว่าประเภทเทียม บุคคลเหล่านั้นจะมีออร์โมนหรือต่อมออร์โมนประเภทใดประเภทหนึ่ง เช่น ประเภทหญิงก็ประเภทหญิง ประเภทชายก็ประเภทชายอย่างเดียว แต่ลักษณะของอวัยวะเพศที่ปรากฏนั้นไม่สามารถบอกได้ว่าเป็นเพศใด⁷ จะเห็นได้ว่าบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมหรือ Intersex People จะไม่สามารถระบุเพศได้แน่ชัดทันทีเมื่อแรกเกิด จะแตกต่างจากบุคคลทั่วไปที่เมื่อเกิดมาแล้วสามารถระบุเพศได้ทันทีจากลักษณะของอวัยวะเพศว่าเป็นเพศชายหรือเพศหญิง⁸

¹ Stacy Larson, “Intersexuality and Gender Verification Tests: The Need to Assure Human Rights and Privacy,” *Pace International Law Review* 23 (2011): 215.

² Rhoda Lois Blumberg, “Gender equality is a human right. Empowerment, women and human rights, past, present and future,” *INSTRAW News: Women and Development* 28 (1 January 1998): 7-20.

³ Sara R. Benson, “Hacking the gender binary myth: recognizing fundamental rights for the intersexed,” *Cardozo JL & Gender* 12 (2005): 31.

⁴ Tiffany Jones, Bonnie Hart, Morgan Carpenter, Gavi Ansara, William Leonard, and Jayne Lucke, *Intersex: Stories and statistics from Australia* (Open Book Publishers 2016).

⁵ Society of Young Social Innovators

⁶ Sharon E. Preves, *Intersex and identity: The contested self* (Rutgers University Press 2003).

⁷ วศิน มีวัดถา. (2553). อวัยวะเพศกำกวมในเด็กทารกแรกเกิด. (ออนไลน์) <https://www.si.mahidol.ac.th/healthdetail.asp?aid=70&fbclid=IwAR22nCzAn8ekfdH56WcN1xkHsqwkt4ok25YrJgLaZ2m4KLzXXFwvFhLtso>

⁸ Morgan Carpenter, “The Human Rights of Intersex People: Addressing Harmful Practices and Rhetoric of Change,” *Reproductive Health Matters* 24(47) (2016): 74-84.

Intersex หรือ บุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมเป็นกรณีที่ร่างกายจะเป็นทั้งชายและหญิงตามธรรมชาติ มีโครโมโซมเพศทั้ง X และ Y เกินจากปกติ ทำให้ร่างกายมีทั้งอวัยวะเพศชายและอวัยวะเพศหญิง และมีฮอร์โมนเพศทั้งเพศชายและเพศหญิง และปริมาณฮอร์โมนในร่างกายค่อย ๆ เปลี่ยนไปเมื่อโตขึ้น บุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมต้องประสบความท้าทายในการใช้ชีวิตว่าเป็นเพศใด⁹

สำหรับบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมนั้นจะมีทั้งอวัยวะเพศชายและอวัยวะเพศหญิงอยู่ด้วยกัน ในทารกแรกเกิดอาจมีอวัยวะเพศรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งชัดเจนกว่าจนไม่สามารถเห็นอวัยวะเพศอีกรูปแบบได้ เมื่อเด็กที่มีภาวะเพศกำกวมโตขึ้นร่างกายจะมีการเปลี่ยนแปลงปริมาณฮอร์โมนเพศจนทำให้อวัยวะเพศใดอวัยวะเพศหนึ่งหดเล็กลงและอีกอวัยวะเพศจะปรากฏเด่นชัดขึ้น¹⁰

ในบางประเทศบุคคลที่เกิดมามีภาวะเพศกำกวมอาจต้องพบกับปัญหาที่จะเกิดขึ้นตามมา เช่น บางประเทศในแอฟริกามีการฆ่าทารกหรือทอดทิ้งทารกที่มีภาวะเพศกำกวม เนื่องจากมีความเชื่อว่าเป็นตราบาป การฆ่าหรือการละทิ้งทารกที่มีภาวะเพศกำกวมจะพบมากในประเทศด้อยพัฒนา¹¹ ส่วนในประเทศกำลังพัฒนาหรือประเทศด้อยพัฒนาบางประเทศหรือแม้กระทั่งประเทศพัฒนาแล้วบางประเทศ ยังไม่มีระบบกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองหรือรับรู้ถึงสิทธิของทารกที่มีภาวะเพศกำกวม ส่งผลให้การเลือกเพศให้ทารกที่มีภาวะเพศกำกวมนั้นใช้วิธีให้สิทธิแก่บิดามารดาในการเลือกเพศใดเพศหนึ่งให้กับทารกและแพทย์จะทำการผ่าตัดเพศของทารกให้ตรงตามเพศที่พ่อแม่ต้องการ ประเทศไทยได้ใช้วิธีการนี้ในการเลือกเพศให้แก่ทารกที่มีภาวะเพศกำกวม กล่าวได้ว่าวิธีการลักษณะเช่นนี้ส่งผลกระทบต่อเด็กทารกเมื่อเติบโตขึ้นหากเพศที่พ่อแม่เลือกให้ไม่ตรงกับสิ่งที่บ่งชี้ทางเพศที่แท้จริงของเด็กทารกที่มีภาวะเพศกำกวมเหล่านั้น¹² แตกต่างกับในบางประเทศที่ระบบกฎหมายมีการพัฒนาและรับรู้ถึงสิทธิของกลุ่มบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวม โดยมีการบัญญัติกฎหมายที่ชัดเจนในการคุ้มครองสิทธิของกลุ่มบุคคลเหล่านี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดให้การเลือกเพศโดยไม่ได้รับความยินยอมโดยชัดแจ้งและไม่มีขั้นตอนการตรวจสอบทางการแพทย์จะไม่สามารถทำได้ เพราะถือว่าการเลือกเพศของบุคคลเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่กฎหมายควรต้องให้ความคุ้มครองแก่บุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวม¹³

สำหรับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมของประเทศไทยนั้นยังไม่มีมีความชัดเจนมากนัก ในปัจจุบันพบว่าหากพิสูจน์ได้ว่าบุคคลใดมีภาวะเพศกำกวมสามารถที่จะยื่นคำร้องขอเปลี่ยนคำนำหน้าชื่อให้สอดคล้องกับเพศสภาพของตนเองได้¹⁴ และสามารถใช้สิทธิประกันสุขภาพถ้วนหน้าเพื่อผ่าตัดแปลงเพศ

⁹ Society of Young Social Innovators

¹⁰ เรื่องเดียวกัน

¹¹ Civil Society Coalition on Human Rights and Constitutional Law; Human Rights Awareness and Promotion Forum; Rainbow Health Foundation; Sexual Minorities Uganda; Support Initiative for Persons with Congenital Disorders (2014). "Uganda Report of Violations based on Sex Determination, Gender Identity, and Sexual Orientation" https://web.archive.org/web/20150504121506/http://www.hrapf.org/sites/default/files/publications/uganda_violations_report_october_2014_.pdf

¹² Alice D. Dreger, "Intersex and Human Rights: The Long View" in *Ethics and intersex* (Springer, Dordrecht 2006), p.73-86.

¹³ Garland, F. and Travis, M., "Legislating Intersex Equality: Building the Resilience of Intersex People Through Law" *Legal Studies* 38(4) (March 2018): 587-606.

¹⁴ ศูนย์ข้อมูลกฎหมายและคดีเสรีภาพ (2555). กรมการปกครองชี้ อวัยวะเพศกำกวมเปลี่ยนคำนำหน้าชื่อได้ สตรีข้ามเพศเปลี่ยนไม่ได้. (ออนไลน์) <https://ilaw.or.th/node/1709>

ให้ตรงกับเพศสภาพที่มีการรับรองโดยถูกต้องทางการแพทย์¹⁵ อย่างไรก็ตาม การกำหนดให้สิทธิในการเปลี่ยนคำนำหน้านาม รวมถึงการให้สิทธิในการผ่าตัดแปลงเพศโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายดังกล่าว ยังเป็นการแก้ไขปัญหที่ปลายเหตุและเป็นการแก้ไขปัญหที่ล่าช้าเกินไปเพราะในกรณีเด็กที่เกิดมามีภาวะเพศกำกวมในประเทศไทยจะมีการผ่าตัดระบุเพศตั้งแต่อายุยังน้อยให้ตรงกับเพศที่พ่อแม่ผู้ปกครองต้องการโดยไม่มีการตรวจสอบทางการแพทย์และปราศจากความยินยอมจากบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวม

อนึ่ง บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อชี้ให้เห็นถึงปัญหาความเหลื่อมล้ำในการเลือกเพศของบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวม ทั้งนี้เกิดจากการขาดกฎหมายที่เป็นรูปธรรมในการกำหนดสิทธิและหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการในการเลือกเพศของบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวม รวมถึงการกำหนดหน้าที่ที่ชัดเจนแก่บุคลากรด้านสาธารณสุขและด้านอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการใช้สิทธิของบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมที่ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่จะต้องมีการแก้ไขปรับปรุงให้สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนสากล จึงเป็นที่มาของบทความฉบับนี้ที่มุ่งศึกษาและเสนอแนะแนวทางในการออกกฎหมายและแนวทางปฏิบัติ ตลอดจนขั้นตอนต่าง ๆ ในการให้สิทธิแก่กลุ่มบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมในการเลือกเพศ เพื่อลดความเหลื่อมล้ำและการเลือกปฏิบัติอันสืบเนื่องมาจากปัญหาที่เกี่ยวข้องกับเพศ โดยศึกษาแนวทางจากกฎหมายต่างประเทศที่มีการพัฒนาระบบกฎหมายเพื่อคุ้มครองกลุ่มบุคคลที่มีภาวะเพศกำกวม ได้แก่ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศเยอรมนี และประเทศแคนาดาเพื่อนำมาใช้เป็นแนวทางในการนำเสนอปรับปรุงแก้ไขกฎหมายในประเทศไทยต่อไป

1. การถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนของบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมและการคุ้มครองภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

จากการศึกษาพบว่า มีประชากรทั่วโลกประมาณร้อยละ 1.7 เป็นบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมหรือคิดเป็นประมาณ 130 ล้านคนทั่วโลก¹⁶ ส่วนในประเทศไทยไม่มีการศึกษาบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมอย่างชัดเจน แต่รายงานทางการแพทย์พบมีบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมจากรายงานทางการแพทย์ในทารกเกิดใหม่ประมาณ 1 คน ต่อทารกเกิดใหม่ 1,000-2,000 คน หรือคิดเป็นประมาณเกือบ 100,000 คนในประเทศไทยที่พบลักษณะภาวะเพศกำกวม¹⁷ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับจำนวนบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมในประเทศไทยต่อจำนวนประชากรทั้งประเทศ กลุ่มบุคคลที่มีภาวะเพศกำกวมจะมีจำนวนไม่มากนัก อาจส่งผลให้กระบวนการในการตรากฎหมายเพื่อรับรองคุ้มครองสิทธิทางเพศ โดยเฉพาะสิทธิในการเลือกเพศของบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมอาจมีความเหลื่อมล้ำ

¹⁵ ประชาไทย.(2561). กรรมการสิทธิฯ หยุดตามปมบุคคลภาวะเพศกำกวม หลัง สปสช.ยันใช้สิทธิประกันสุขภาพได้. (ออนไลน์) <https://prachatai.com/journal/2018/07/77814>, <http://www.nhrc.or.th/>

¹⁶ Jones, T., Hart, B., Carpenter, M., Ansara, G., Leonard, W. and Lucke, J., 2016. *Intersex: Stories and statistics from Australia*. Open Book Publishers.https://www.bbc.com/thai/international-46911025?fbclid=IwAR1XVqYMDoGSVWeoAkdx9e0k_9AQ5z2a09FcTrbArHuTXGRfAHZMH3DNgP0

¹⁷ ธนิ์ นิธิ สหกิจรุ่งเรือง. (2561). ทำความรู้จักภาวะเพศกำกวม. (ออนไลน์) <https://www.chula.ac.th/clipping/11422/>

อาจกล่าวได้ว่าปัจจุบันแนวความคิดเกี่ยวกับเพศมีการพัฒนาและเปลี่ยนแปลงรูปแบบอย่างต่อเนื่องตามพลวัตของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป¹⁸ ส่งผลให้แนวทางการปฏิบัติรวมไปถึงการให้ความคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศในอดีตเคยถูกละเมิดสิทธิในการพัฒนา ทำให้รูปแบบในการคุ้มครองและกำหนดให้สิทธิบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในปัจจุบันมีการพัฒนาอย่างกว้างขวาง¹⁹ เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศไทยจะเห็นได้ว่าการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมีการพัฒนามากขึ้นอย่างไรก็ตามรูปแบบกฎหมายของประเทศไทยที่มีการพัฒนาเพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศยังมีบทบัญญัติของกฎหมายอีกจำนวนมากที่จะต้องได้รับการแก้ไขเพื่อป้องกันปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชน²⁰ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้สิทธิและการรับรู้สิทธิของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศบางจำพวกแทบจะไม่มีกล่าวถึงหรือรับรู้ในระบบกฎหมายของประเทศไทยเลย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกลุ่มบุคคลที่มีภาวะเพศกำกวม (Intersex People)²¹

ในปัจจุบันการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นหนึ่งในภารกิจที่องค์กรสหประชาชาติได้ให้ความสำคัญโดยการกำหนดแนวทางในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเพื่อป้องกันการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนและเป็นการเลือกปฏิบัติ ส่งผลโดยตรงต่อกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ²² แนวความคิดดังกล่าวครอบคลุมไปทั้งสิทธิในทางการเมือง สิทธิในทางเศรษฐกิจ สิทธิในทางสังคม สิทธิในทางวัฒนธรรม หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่งคือเป็นการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศให้มีสิทธิเท่าเทียมกับสิทธิของชายและหญิงที่มีอยู่แล้วในอดีต รวมไปถึงการมุ่งคุ้มครองสิทธิตามรูปแบบของความหลากหลายทางเพศที่มีองค์ประกอบในทางธรรมชาติที่แตกต่างกันขึ้นอยู่กับอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ แนวคิดในการคุ้มครองบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศมีการนำมาบัญญัติกำหนดแนวทางไว้อย่างชัดเจนในความตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับ หนึ่งในความตกลงระหว่างประเทศที่ให้ความสำคัญกับความหลากหลายทางเพศ คือ The Principle on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity : Yogyakarta Principles²³ เป็นแนวทางที่กำหนดให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศที่แตกต่างจะต้องมีสิทธิขั้นพื้นฐานเท่าเทียมกัน หลักการดังกล่าวผูกพันรัฐภาคีรวมถึงประเทศไทยด้วยให้มีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตาม²⁴

¹⁸ Kathleen Gerson, "The Unfinished Revolution: How a New Generation Is Reshaping Family, Work, and Gender in America," **New York: Oxford University Press** 24.95 (2010): 297.

¹⁹ Marta Maestrovic Deyrup, "Is the Revolution Over? Gender, Economic, and Professional Parity in Academic Library Leadership Positions," **College & Research Libraries** 65(3) (2004): 242-250.

²⁰ Peter A. Jackson, Pre-Gay, Post-Queer. Thai Perspectives on Proliferating Gender/Sex Diversity," **Journal of Homosexuality** 40(3-4) (2001): 1-25.

²¹ กฤตยา อาชวนิจกุล, "เพศวิถีที่กำลังเปลี่ยนแปลงไปในสังคมไทย (Sexuality Transition in Thai Society)," ประชากรและสังคม, บรรณาธิการ โดย กฤตยา อาชวนิจกุล และกาญจนา ตั้งชลทิพย์ (2554): 48.

²² Jutta M. Joachim, **Agenda Setting, the UN, and NGOs. Gender Violence and Reproductive Rights** (Georgetown University Press, July 2007), p.124.

²³ **Yogyakarta Principles: Principles on The Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity** (International Commission of Jurists, 2007).

²⁴ Michael O'Flaherty and John Fisher, "Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles" **Human Rights Law Review** 8(2) (2008): 207-248.

ปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่เกิดขึ้นกับกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไม่ว่าจะมีลักษณะทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศในรูปแบบใดก็ตามที่เกิดขึ้นในหลายประเทศทั่วโลก โดยเฉพาะอย่างยิ่งกลุ่มประเทศด้อยพัฒนาและกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา และหากเป็นกลุ่มประเทศที่ไม่ได้ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตย จะมีแนวโน้มการละเมิดสิทธิมนุษยชนกับกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศและบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศที่รุนแรงมากกว่ากลุ่มประเทศที่ใช้ระบบการปกครองในระบอบประชาธิปไตย²⁵ ในหลายประเทศมีการใช้ความรุนแรงและสร้างความเกลียดชังให้เกิดขึ้นกับกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศและบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ²⁶ นำไปสู่การก่อความผิดในทางอาญาขึ้นเนื่องจากแรงจูงใจด้านความเกลียดชัง (Hate Crime) เช่น การทำร้ายร่างกาย กักขังหน่วงเหนี่ยว การฆาตกรรม ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน การข่มขืนกระทำชำเรา รวมไปถึงการกระทำที่เป็น การดูถูกเหยียดหยามเพื่อทำให้กลุ่มที่มีความหลากหลายทางเพศและบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศรู้สึกได้ว่าตนได้ถูกลดคุณค่าความเป็นมนุษย์โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้คำพูดที่สร้างความเกลียดชัง (Hate Speech)²⁷ สิ่งเหล่านี้ นำไปสู่ความพยายามที่จะใช้ความรุนแรงและการละเมิดสิทธิมนุษยชนกับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศและบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ²⁸ เพื่อทำให้กลุ่มคนเหล่านี้ให้มีเพศวิถีเป็นเพศชายหรือเพศหญิงตามลักษณะทางธรรมชาติ ความรุนแรงดังกล่าวเกิดขึ้นตั้งแต่หน่วยย่อยที่สุดของสังคมคือครอบครัว หรืออาจเป็นความรุนแรงที่เกิดขึ้นจากคนในสังคม มีการใช้ความรุนแรงต่อกลุ่มคนหญิงรักหญิงหรือกลุ่มคนหญิงรักสองเพศในรูปของการข่มขืนเพื่อให้กลุ่มบุคคลเหล่านี้กลับมามีวิถีทางเพศหญิงตามปกติ (Corrective Rape of Lesbians) ในขณะที่กลุ่มชายรักชายหรือชายรักสองเพศอาจถูกบังคับให้พิสูจน์ถึงการเป็นบุคคลรักเพศเดียวกัน (Non-consensual Anal Examinations) ส่วนบุคคลข้ามเพศจะต้องถูกบังคับให้สู่กระบวนการรักษาทางการแพทย์โดยกระบวนการผ่าตัดแปลงเพศ (Gender Reassignment Surgery) หรือทำหมัน (Sterilization) เพื่อแลกเปลี่ยนกับการได้สิทธิตามกฎหมายหรือกลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศต้องถูกบังคับให้ผ่าตัดเลือกเพศโดยไม่ได้รับความยินยอมจากบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ²⁹ หรือเป็นการผ่าตัดเลือกเพศโดยไม่มีเหตุผลความจำเป็น (Unnecessary Medical or Surgical Treatment) ปัญหาดังกล่าวมักเกิดขึ้นจากผู้ปกครองที่ใช้สิทธิในการเลือกเพศให้กับบุตรของตนเอง ในขณะที่บุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศยังมีสถานะเป็นผู้เยาว์อยู่ ส่งผลกระทบต่อสถานะทางเพศที่แท้จริงของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ²⁸ การกระทำเช่นนี้เป็นการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน และเป็นการละเมิดต่อความตกลงระหว่างประเทศที่แต่ละประเทศที่จะต้องไม่มีการกระทำการใดที่เป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างบุคคลโดยอาศัยลักษณะทางเพศ อย่างไรก็ตาม ปัญหาการเลือกปฏิบัติทางเพศยังคงเกิดขึ้นในหลากหลายประเทศ รวมถึงประเทศไทยที่ยังมีการกระทำหลายกรณีที่มีลักษณะเข้าข่ายการเลือกปฏิบัติทางเพศต่อกลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศและกลุ่มคนผู้มีความหลากหลายทางเพศอื่น ๆ²⁹ นอกจากนี้ ยังมีการเลือกปฏิบัติทางอ้อมต่อกลุ่ม

²⁵ Celestine I. Nyamu, "How Should Human Rights and Development Respond to Cultural Legitimation of Gender Hierarchy in Developing Countries?," *Harv. Int'l. LJ* 41 (2000): 381.

²⁶ Michael O'Flaherty and John Fisher, "Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles" *Human Rights Law Review* 8(2) (2008): 207-248.

²⁷ Doug Meyer, "Evaluating the Severity of Hate-Motivated Violence: Intersectional Differences Among LGBT Hate Crime Victims," *Sociology* 44(5) (2010): 980-995.

²⁸ Alice Domurat Dreger, "Intersex and Human Rights: The Long View," *Springer* (2006): 73-76.

²⁹ Timo T. Ojanen, James Burford, Adisorn Juntrasook, Athita Kongsup, Titikarn Assatarakul, and Nada Chaiyakit, "Intersections of LGBTI Exclusion and Discrimination in Thailand: the Role of Socio-Economic Status," *Sexuality Research and Social Policy* 16(4) (2019): 529-542.

บุคคลเหล่านี้อยู่ในรูปของการปฏิเสธสิทธิขั้นพื้นฐานของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศและบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวม การเลือกปฏิบัติดังกล่าวนำไปสู่ปัญหาและอุปสรรคทางด้านการศึกษา การรักษาพยาบาล การประกอบอาชีพ และการใช้ชีวิตเช่นปลุชนธรรมดาทั่วไป³⁰ การกระทำเหล่านี้เป็นการลดคุณค่าความเป็นมนุษย์ที่มองคุณค่าของการเป็นมนุษย์ของแต่ละคนที่ต่างกัน ไม่สอดคล้องกับหลักการตามกฎหมายระหว่างประเทศที่มุ่งคุ้มครองบุคคลทุกคนอย่างเท่าเทียมกันโดยไม่มีเงื่อนไขหรือเหตุปัจจัยที่ไม่เหมาะสม

ปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่เกิดขึ้นกับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศและบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมจึงเป็นประเด็นสำคัญที่องค์การสหประชาชาติได้ให้ความสำคัญ³¹ โดยมีการวางแผนทางคุ้มครองและให้การรับรองสิทธิกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในฐานะเป็นวิถีทางเพศของคนส่วนน้อย (Sexual Minorities) กลไกส่วนใหญ่ที่ใช้ในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของกลุ่มที่มีความหลากหลายทางเพศจะอยู่ภายใต้กลไกการบังคับใช้สนธิสัญญาต่าง ๆ (Treaty-based Mechanisms) รวมไปถึงการใช้กฎบัตรสหประชาชาติ (Charter-based Mechanisms) โดยนำหลักการสากลของสิทธิมนุษยชน (Principle of Universality) และหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ (Principle of Non-discrimination) ผ่านการเลือกปฏิบัติโดยอาศัยเหตุแห่งวิถีทางเพศ (Sexual Orientation) และอัตลักษณ์ทางเพศ (Gender Identity) มาเป็นเครื่องมือในการกำหนดสิทธิและให้ความคุ้มครองกับกลุ่มที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยจะให้ความคุ้มครองทั้งในส่วนกลุ่มที่เป็นกลุ่มชายรักชาย (Gay) หญิงรักหญิง (Lesbian) บุคคลรักสองเพศ (Bisexual) บุคคลข้ามเพศ (Transgender)³² สำหรับกลุ่มบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมนั้นเมื่อพิจารณากฎหมายระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศหรือกฎหมายระหว่างประเทศอื่น ๆ ก็ได้มีการให้ความคุ้มครองกลุ่มบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายระหว่างประเทศบางฉบับด้วย³³

2. กฎหมายต่างประเทศที่คุ้มครองสิทธิของบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวม

2.1 กฎหมายประเทศออสเตรเลีย

ประเทศออสเตรเลียเป็นประเทศหนึ่งที่มีความสำคัญกับความเสมอภาคกันทางเพศและให้การยอมรับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศรวมถึงการบัญญัติให้สิทธิกับผู้มีภาวะเพศกำกวม และมีกฎหมายที่น่าสนใจที่ให้ความคุ้มครองสิทธิของบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมที่น่าสนใจหลายประการ กฎหมายที่คุ้มครองสิทธิของบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมมีทั้งในส่วนของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ตลอดจนกฎหมายว่าด้วยการเลือกปฏิบัติทางเพศปี ค.ศ.1984 (The Sex Discrimination Act 1984) เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการ

³⁰ Ibid

³¹ Joke Swiebel, "Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Human Rights: The Search for an International Strategy," *Contemporary Politics* 15(1), (2009): 19-35.

³² อารยา สุขสม, "รัฐธรรมนูญไทยกับความหลากหลายทางเพศ," *วารสารนิติสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่* 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2561): 87-120.

³³ UN Human Rights Council, Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity, 17 November 2011, available at: <https://www.refworld.org/docid/4ef09222.html>.

กระทำใดที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนและเป็นการเลือกปฏิบัติโดยอาศัยเหตุของความแตกต่างทางด้านเพศสภาพและอัตลักษณ์ทางเพศ³⁴

จากข้อมูลการศึกษาวิจัยพบว่าประเทศออสเตรเลียมีประชากรประมาณร้อยละ 19 ที่เกิดมามีลักษณะทางเพศที่ผิดปกติ ร้อยละ 52 เป็นผู้หญิงและร้อยละ 23 เป็นผู้ชาย และอีกประมาณร้อยละ 6 ไม่สามารถระบุเพศได้³⁵ ในช่วงปี พ.ศ. 2546 รัฐบาลออสเตรเลียได้ออกเอกสารหนังสือเดินทางให้กับ Alex Mac Farlane ระบุเครื่องหมายทางเพศ “X” ที่จะออกให้แก่เฉพาะผู้ที่สามารถพิสูจน์หลักฐานได้ว่าบุคคลนั้นไม่สามารถระบุเพศได้ในปี พ.ศ. 2554 สำนักงานหนังสือเดินทางของประเทศออสเตรเลีย (The Australian Passport Office) เพิ่มการระบุเพศจากเพศชายและเพศหญิงเพิ่มเติมมาเป็น “X” หรือ “ไม่สามารถระบุเพศได้” ให้กับประชาชนทุกคน แนวทางดังกล่าวทำให้ประชาชนในประเทศออสเตรเลียสามารถระบุเพศเป็นเพศชาย เพศหญิง หรือ “X” หมายถึงบุคคลที่ไม่สามารถระบุเพศของตัวเองได้ลงในเอกสารทางราชการ³⁶ อย่างไรก็ตาม การระบุว่าไม่สามารถระบุเพศดังกล่าวได้จะต้องมีหลักฐานทางการแพทย์มาเป็นเครื่องพิสูจน์ในการกำหนดสถานะทางเพศด้วย

ในอดีตกฎหมายของประเทศออสเตรเลียจำแนกเพศออกเป็น 2 ประเภท คือ เพศชายและเพศหญิงเหมือนเช่นกฎหมายของประเทศอื่นทั่วโลกโดยขึ้นอยู่กับเพศสภาพที่ปรากฏภายนอกของชายหรือหญิงนั้นเท่านั้น ในช่วงปี พ.ศ. 2555 ศาลครอบครัว (Family Court of Australia) ในประเทศออสเตรเลียได้มีคำพิพากษาเพิกถอนการแต่งงานของบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมด้วยกันเนื่องจากองค์คณะพิจารณาว่าบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมไม่มีสิทธิตามกฎหมายในการแต่งงานกับเพศเดียวกัน กรณีดังกล่าวทำให้ประเทศออสเตรเลียเป็นประเทศแรกที่นำคดีเกี่ยวกับการผ่าตัดเลือกเพศให้กับเด็กที่มีภาวะเพศกำกวมเข้าทำการไต่สวนในรัฐสภา³⁷

นอกจากนี้ ยังมีคดีตัวอย่างที่นำไปสู่การพัฒนาระบบกฎหมายเพื่อป้องกันการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่กระทำต่อบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวม เป็นกรณีที่มีการผ่าตัดเลือกเพศของบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวม โดยไม่ได้รับความยินยอมที่มีการกระทำในเด็กเล็ก โดยกรณีดังกล่าวถูกนำเข้ามาเป็นประเด็นการไต่สวนในรัฐสภาและเป็นที่สนใจของสาธารณชนจนนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายอาญาระดับที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่เกิดขึ้นกับบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวม³⁸

แต่เดิมทารกที่มีภาวะเพศกำกวมของประเทศออสเตรเลียมักจะมีการดำเนินการทางการแพทย์เป็นการผ่าตัดเลือกเพศเพื่อให้สอดคล้องกับเพศใดเพศหนึ่ง คือ เพศชายหรือหญิงเท่านั้นโดยขาดความยินยอมจากทารกผู้มีภาวะเพศกำกวม แม้จะได้รับความยินยอมจากบิดามารดาก็ยังถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นการกระทำที่เป็นการละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนอย่างชัดแจ้ง การตัดสินใจเลือกเพศให้กับบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมนั้นได้มี

³⁴ Fae Garland and Mitchell Travis, “Legislating Intersex Equality: Building the Resilience of Intersex People Through Law,” *Legal Studies* 38(4) (2018): 587-606.

³⁵ Morgan Carpenter, “The “Normalization” of Intersex Bodies and “Othering” of Intersex Identities in Australia,” *Journal of Bioethical Inquiry* 15 (2018): 487-495

³⁶ Ibid

³⁷ Mike O'Connor, “The Treatment of Intersex and the Problem of Delay: The Australian Senate Inquiry into Intersex Surgery and Conflicting Human Rights for Children,” *Journal of Law and Medicine* 23(3) (2016): 531-543.

³⁸ Ibid.

การตีพิมพ์เป็นบทความในปี พ.ศ.2553 โดย Gillam, Hewitt และ Warne หลักการในการเลือกเพศให้กับทารกที่มีภาวะเพศกำกวมของบทความดังกล่าวมีการคัดค้านว่าเป็นแนวทางที่นำไปสู่ปัญหาด้านสุขภาพจิต ความบกพร่องทางกายและโอกาสในการแต่งงานในอนาคต เพราะทารกผู้มีภาวะเพศกำกวมไม่ได้มีส่วนในการตัดสินใจเลือกเพศให้กับตนเองหรือมีข้อมูลทางการแพทย์ที่พอเพียงในการตัดสินใจเลือกเพศ

เมื่อเกิดปัญหาละเมิดสิทธิมนุษยชนขึ้นกับทารกที่มีภาวะเพศกำกวมดังกล่าว รัฐบาลประเทศออสเตรเลียจึงออกกฎหมายเพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าขั้นตอนการดำเนินการทางการแพทย์และการรักษาพยาบาลของเด็กที่มีภาวะเพศกำกวมในปัจจุบันได้อยู่ภายใต้กรอบสิทธิมนุษยชน และแนวคิดที่สำคัญที่รัฐบาลออสเตรเลียพยายามนำมาใช้เพื่อคุ้มครองเด็กทารกที่มีภาวะเพศกำกวมคือการชะลอการผ่าตัดรักษาไว้จนกระทั่งบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมสามารถให้ความยินยอมอย่างเต็มที่และรับการผ่าตัดที่กระทำต่อเด็กทารกที่มีภาวะเพศกำกวมในออสเตรเลีย และหากปรากฏข้อเท็จจริงว่าบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมนั้นไม่สามารถให้ความยินยอมได้ จะต้องมีการขอความยินยอมจากศาลที่มีอำนาจตามกฎหมายในการพิจารณาให้ความยินยอมในการผ่าตัดจึงจะทำให้แพทย์ผู้ผ่าตัดมีอำนาจในการผ่าตัดโดยที่ไม่มีความรับผิดชอบในทางอาญา³⁹

ผลของการผลักดันทั้งส่วนขององค์กรภายในประเทศออสเตรเลียและองค์การระหว่างประเทศนำไปสู่การให้การรักษาและจ่ายค่าชดเชยแก่บุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมที่ได้รับผลกระทบจากการผ่าตัดเลือกเพศเกิดขึ้นก่อนการใช้บังคับกฎหมายเพื่อคุ้มครองบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวม รวมไปถึงการกำหนดให้การผ่าตัดเลือกเพศแก่บุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมโดยไม่ได้รับความยินยอมจากบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวม จะมีโทษทางอาญา

ในช่วงต้นปี พ.ศ. 2560 ได้มีการเรียกร้องให้มีการปฏิรูปกฎหมายการผ่าตัดเลือกเพศให้แก่บุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวม โดยให้ถือว่าการผ่าตัดเลือกเพศที่กระทำต่อเด็กที่มีภาวะเพศกำกวมโดยไม่ได้รับความยินยอมจากเด็กคนนั้นเป็นการกระทำที่มีความรับผิดชอบทางอาญา และให้ยุติกระบวนการจำแนกเพศสำหรับบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมโดยไม่ได้รับความยินยอมตามกฎหมายจากบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวม⁴⁰

นอกจากนี้ ประเทศออสเตรเลียยังขยายกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจากเดิมใช้คำว่า “LGBT” เป็น “LGBTI” แสดงให้เห็นถึงความพยายามในการขยายสิทธิในทางกฎหมายในกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศให้ครอบคลุมไปถึงบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมด้วย แต่อีกนัยหนึ่งการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวก็สะท้อนให้เห็นว่ากลุ่มบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมเป็นหนึ่งในกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศกฎหมายให้ความสำคัญในช่วงก่อนหน้านี้ไม่มากนักทำให้เป็นกลุ่มบุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนมาอย่างต่อเนื่อง⁴¹

ยังมีประเด็นที่น่าสนใจในทางกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสของกลุ่มบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมในประเทศออสเตรเลียนั้นก็คือได้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติการสมรส (Marriage Act 1961) โดยอนุญาตให้บุคคล 2 คนสามารถแต่งงานกันได้โดยไม่มีเงื่อนไขเกี่ยวกับเพศมาเป็นเงื่อนไขในการสมรส ส่งผลให้บุคคลผู้มีภาวะ

³⁹ Morgan Carpenter, “What Do Intersex People Need From Doctors?,” *Women's Health* 20(4) (2018).

⁴⁰ Jeff Hearn, Kopano Ratele, and Tamara Shefer, “Gendered Globalization and Violence,” *Social Work in a Globalised World* (2017): 42-58.

⁴¹ Morgan Carpenter, “The Human Rights of Intersex People: Addressing Harmful Practices and Rhetoric of Change,” *Reproductive Health Matters* 24(47) (2016): 74-84.

เพศก้ำกวมในประเทศออสเตรเลียสามารถจดทะเบียนสมรสกันได้โดยชอบด้วยกฎหมาย เป็นกฎหมายที่บัญญัติออกมาเป็นหลักการของคำพิพากษาศาลเดิมเคยตัดสินให้การสมรสของบุคคลผู้มีภาวะเพศก้ำกวมเป็นโมฆะ⁴²

ในช่วงปลายปี พ.ศ. 2555 รัฐบาลประเทศออสเตรเลียได้เสนอร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนที่มีวัตถุประสงค์สำคัญในการต่อต้านการเลือกปฏิบัติ ในกฎหมายฉบับดังกล่าวได้ถูกเสนอให้ใช้บังคับเพื่อคุ้มครองบุคคลผู้มีภาวะเพศก้ำกวม และนำไปสู่การออกเป็นกฎหมายใช้บังคับในปี พ.ศ. 2556 มีชื่อว่าพระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติทางเพศ พ.ศ.2556 (The Sex Discrimination Amendment (Sexual Orientation, Gender Identity and Intersex Status) Act 2013) ถือเป็นกฎหมายฉบับแรกของประเทศออสเตรเลียให้ความคุ้มครองแก่บุคคลผู้มีภาวะเพศก้ำกวมโดยตรง นำไปสู่ความระมัดระวังในการจำแนกเพศที่ไม่จำกัดเฉพาะเพศชายหรือเพศหญิงภายใต้ระบบสองเพศ แต่ให้ขยายความครอบคลุมถึงบุคคลที่ยังไม่สามารถระบุเพศได้แน่นอน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการระบุกำหนดเพศให้กับเด็กทารกที่เกิดมามีภาวะเพศก้ำกวม นำไปสู่การระบุเพศที่สามให้กับเด็กทารกคือ “ไม่สามารถระบุเพศได้แน่นอน” และยิ่งไปกว่าการกำหนดเพศใหม่คือ การกำหนดสิทธิหน้าที่ที่จะเกิดขึ้นกับกลุ่มบุคคลที่ไม่สามารถระบุเพศได้แน่นอน รวมถึงขั้นตอนการปฏิบัติในทางการแพทย์เพื่อนำไปสู่กระบวนการเลือกเพศที่ถูกต้องแท้จริงและไม่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน⁴³

2.2 กฎหมายประเทศเยอรมัน

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (Federal Republic of Germany) เกิดจากการรวมตัวกันของเยอรมันตะวันตกและเยอรมันตะวันออก เมื่อวันที่ 3 ตุลาคม ค.ศ. 1990 ประเทศเยอรมันเป็นประเทศที่ให้การยอมรับความหลากหลายทางเพศมาอย่างยาวนาน⁴⁴ โดยมีการออกกฎหมาย Das Transsexuellengesetz (TSG 1980) มีผลบังคับใช้ตั้งแต่ปี ค.ศ.1980 ความพิเศษของกฎหมายฉบับนี้ คือ กฎหมายอนุญาตให้ผู้ผ่าตัดแปลงเพศสามารถเปลี่ยนเพศจากเพศเดิมไปอีกเพศหนึ่งได้ ทั้งนี้ โดยการยื่นคำร้องต่อศาลในมลรัฐที่บุคคลผู้นั้นคำร้องอาศัยอยู่ (The Regional Court หรือ Landgericht) หลังจากนั้นจะมีการตรวจสอบโดยผู้เชี่ยวชาญทางด้านเพศว่าบุคคลดังกล่าวครอบครองประกอบและมีความจำเป็นที่จะต้องได้รับการรักษาและเปลี่ยนเพศหรือไม่ โดยคำนึงจากบริบทหลายประการ เช่น สภาพร่างกาย สุขภาพจิต สภาพทางจิต พื้นฐานทางครอบครัว วิชาชีพ การศึกษา หากผู้นั้นคำร้องเข้าองค์ประกอบที่สามารถเปลี่ยนแปลงเพศของตนเองได้ทำการตรวจสอบจะทำความเข้าใจไปยังศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้ผ่าตัดแปลงเพศได้โดยรัฐเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายทั้งหมด หากเป็นการผ่าตัดแปลงเพศในต่างประเทศก็สามารถนำค่าใช้จ่ายในการผ่าตัดมาเบิกคืนจากรัฐได้ด้วย⁴⁵

⁴² Saan Ecker, Ellen D.B. Riggie, Sharon S. Rostovsky, and Joanne M. Byrnes, “Impact of the Australian Marriage Equality Postal Survey and Debate on Psychological Distress Among Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender, Intersex and Queer/Questioning People and Allies,” *Australian Journal of Psychology* 71(3) (2019): 285-295.

⁴³ Dylan Amy Davis, “The Normativity of Recognition: Non-Binary Gender Markers in Australian Law and Policy,” in *Gender Panic, Gender Policy* (Emerald Publishing Limited, 2017), p.227-250.

⁴⁴ Lynn Abrams, Elizabeth Harvey, “Introduction: Gender and Gender Relations in German History,” in *Gender Relations German History* (Routledge, 2017), p.1-38.

⁴⁵ Meoded Danon, “Comparing Contemporary Medical Treatment Practices Aimed at Intersex/DSD Bodies in Israel and Germany,” *Sociology of Health & Illness* 41(1)(2019): 143-164.

การให้สิทธิในการผ่าตัดแปลงเพศของประเทศเยอรมันค่อนข้างให้สิทธิอย่างเสรี รวมถึงการสนับสนุนในเรื่องของค่าใช้จ่ายในการผ่าตัดแปลงเพศให้แก่บุคคลที่ผ่านการตรวจสอบจากผู้เชี่ยวชาญว่าสมควรได้สิทธิในการผ่าตัดแปลงเพศ เป็นเครื่องสะท้อนว่าสิทธิในทางเพศเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ทุกคนในการที่จะมีสิทธิดำรงอยู่เหมือนเช่นมนุษย์ปกติทั่วไป หากเพศสภาพมีปัญหาบุคคลเหล่านั้นควรมีสิทธิในการรักษาและได้รับการสาธารณสุขจากรัฐ การยอมรับสิทธิดังกล่าวของบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศมีมานานตั้งแต่ประมาณ 40 ปีมาแล้ว เป็นตัวบ่งชี้ได้ชัดว่าแนวทางในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนทางเพศที่เหมาะสมถูกนำมาใช้ และได้ผลดีในประเทศเยอรมัน ดังนั้น บุคคลผู้มิภาวะเพศกำกวมย่อมเป็นบุคคลที่ควรได้รับสิทธิในการผ่าตัดแปลงเพศให้สอดคล้องกับสถานะทางเพศที่แท้จริงของบุคคลนั้น และควรได้รับสิทธิใหม่ตามเพศที่ตนเลือก นอกจากนี้ การผ่าตัดแปลงเพศยังส่งผลถึงกระบวนการยุติธรรมในทางอาญาในการดำเนินการทางอาญาภายใต้เพศใหม่ทั้งสิ้นไม่ว่าจะเป็นการตรวจค้น การจับกุม การจำคุกที่จะต้องอยู่ภายใต้สิทธิของเพศใหม่ไม่ใช่เพศเดิมก่อนผ่าตัดแปลงเพศ⁴⁶

เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับบุคคลผู้มิภาวะเพศกำกวมหรือบุคคลที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศตามกฎหมายเยอรมันจะพบว่ากฎหมายอาญาของประเทศเยอรมัน (Strafgesetzbuch-StGB) มีการระบุฐานความผิดที่เกี่ยวกับการป้องกันการละเมิดสิทธิของผู้ที่มีการผ่าตัดแปลงเพศไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมัน เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมัน จะให้ความคุ้มครองแก่ผู้เสียหายที่ถูกข่มขืนในรูปแบบเท่าเทียมกันโดยไม่คำนึงถึงเหตุปัจจัยเรื่องเพศโดยบัญญัติเอาผิดกับการที่บุคคลใดข่มขืนผู้อื่นโดยไม่จำกัดเฉพาะชายข่มขืนหญิงหรือหญิงข่มขืนชาย ดังนั้น ปัญหาเรื่องการเอาผิดกับผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในประเทศเยอรมันจึงสามารถเอาผิดกับบุคคลใดก็ได้ที่ข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้ที่ถูกข่มขืนจะมีสถานะทางเพศเป็นบุคคลประเภทใดหรือมีการผ่าตัดแปลงเพศมาแล้วหรือไม่⁴⁷

นอกจากนี้ ในรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน Grundgesetz-GG ปี ค.ศ.1949 มาตรา 3(2) ก็บัญญัติรับรองสิทธิเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันทางเพศของชายและหญิงไว้โดยชัดแจ้งบัญญัติให้ชายหญิงควรมีสิทธิเท่าเทียมกัน (Men and women shall have equal rights) แม้เดิมรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันจะกำหนดไว้ไม่ชัดเจนเกี่ยวกับการคุ้มครองบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศหรือบุคคลผู้มิภาวะเพศกำกวมหรือบุคคลที่มีการผ่าตัดแปลงเพศ แต่ได้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันในปี ค.ศ.2003 โดยขยายความคุ้มครองในความเท่าเทียมกันทางเพศ โดยให้ครอบคลุมไปถึงกลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศและบุคคลผู้มิภาวะเพศกำกวมไม่ว่าจะผ่าตัดแปลงเพศแล้วหรือไม่ก็ตาม ทำให้การคุ้มครองกลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศและบุคคลผู้มิภาวะเพศกำกวมในประเทศเยอรมันมีการระบุไว้โดยชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน⁴⁸

⁴⁶ Mitchell Travis, "Accommodating Intersexuality in European Union Anti-Discrimination Law," *European Law Journal* 21(2) (2015): 180-199.

⁴⁷ Michael Bohlander, *Principles of German criminal law*. (Hart Publishing, 2009), p.93.

⁴⁸ *Roetzheim v. Germany* (31177/96), from <http://caselaw.echr.globe24h.com/0/0/germany/1997/10/23/roetzheim-v-germany-3966-31177-96.shtml>.

2.3 กฎหมายประเทศแคนาดา

ประเทศแคนาดาเป็นอีกประเทศหนึ่งที่มีความสำคัญและยอมรับความหลากหลายทางเพศและรวมไปถึงบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวม⁴⁹ เนื่องจากในปัจจุบันการจะบ่งชี้ว่าบุคคลมีแค่เฉพาะเพศชายและเพศหญิงเท่านั้นเป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้องทั้งในหลักทางการแพทย์และหลักสิทธิมนุษยชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับกลุ่มบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมเข้าชายที่สามารถเปลี่ยนแปลงเพศสภาพของตัวเองได้อยู่ (Gender Fluid) ประกอบกับแนวคิดแบ่งคนออกเป็น 2 ประเภทเป็นแนวความคิดที่ถูกให้คุณค่าน้อยลง นำไปสู่แนวความคิดใหม่เรื่องความเป็นกลางทางเพศสภาพ หรือ Gender-Neutral ที่ไม่ควรเจาะจงแบ่งประเภทเพศของมนุษย์ว่าเป็นเพศใดเพศหนึ่งโดยเฉพาะเพื่อลดปัญหาและความไม่เท่าเทียมกันระหว่างเพศที่เกิดขึ้นมาอย่างยาวนานในทุกสังคม⁵⁰

ประเทศแคนาดาเป็นประเทศหนึ่งที่ไม่เพียงแต่ยอมรับความหลากหลายทางเพศสภาพโดยยินยอมให้พลเมืองของตนสามารถระบุว่าเป็น “คนไม่มีเพศ” (Gender-Free) ในหนังสือเดินทางได้แล้วมีลักษณะทำนองเดียวกับกฎหมายของรัฐแคลิฟอร์เนียและรัฐโอเรกอนในสหรัฐอเมริกาที่ให้อำนาจพ่อแม่ระบุว่าคุณลูกของตนไม่มีเพศในสูติบัตรได้ สะท้อนให้เห็นทิศทางในการนำแนวคิดการไม่ระบุเพื่อลดความเหลื่อมล้ำทางเพศที่เพิ่มมากขึ้นในปัจจุบันด้วย⁵¹

ในภาคเอกชนเองก็สอดคล้องกับแนวความคิดความเท่าเทียมกันทางเพศของมนุษย์ เช่น สายการบิน Air Canada เป็นสายการบินที่มีชื่อเสียงระดับต้น ๆ ของประเทศแคนาดาได้ยกเลิกการประกาศเรียกชื่อผู้โดยสารจากท่านสุภาพบุรุษและสุภาพสตรี “Ladies and Gentlemen” มาใช้คำที่มีลักษณะเป็นคำกลางๆ คือ คำว่า “ทุก ๆ ท่าน” (Everybody) เพื่อใช้ในการเรียกผู้โดยสารที่ใช้บริการของสายการบินแคนาดาเพื่อคำนึงถึงหลักสิทธิมนุษยชนต่อผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศและมีภาวะเพศกำกวม โดยสายการบินดังกล่าวให้ความสำคัญกับการเรียกสรรพนามผู้โดยสารเนื่องจากเล็งเห็นว่าความหลากหลายทางเพศเป็นเรื่องที่สำคัญที่จะต้องให้ความสำคัญกับการศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ นอกจากนี้ สมาคมการบินของประเทศสหรัฐอเมริกาหรือ Airlines for America ได้มีการออกระเบียบให้แต่ละสายการบินเพิ่มช่องตัวเลือกในการกรอกข้อมูลของผู้โดยสารโดยเพิ่มช่องไม่ระบุเพศ (“unspecified” and “undisclosed”) เพิ่มเติมไปจากช่องเพศชายและเพศหญิงด้วย⁵²

มีข้อสังเกตว่าประเทศแคนาดาเป็นประเทศแรก ๆ ของโลกที่ให้ความสำคัญกับความหลากหลายทางเพศและการยอมรับเพศสภาพที่แตกต่างกันของแต่ละบุคคล ประเทศแคนาดากำหนดให้สิทธิยอมรับกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศและบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมไว้หลากหลายรูปแบบ เช่น การตรากฎหมายให้มีการแต่งงานระหว่างกลุ่มคนเพศเดียวกันตั้งแต่ปี พ.ศ.2546 นับจนถึงปัจจุบันเป็นระยะเวลาเกือบ 20 ปี ประเทศ

⁴⁹ Bernard M Dickens, “Management of Intersex Newborns: Legal and Ethical Developments,” *International Journal of Gynecology & Obstetrics* 143(2) (2018): 255-259.

⁵⁰ Marc Epprecht and Stephen Brown, *Queer Canada? The Harper Government and International Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender, and Intersex Rights* (Montreal; Kingston: McGill-Queen's University Press, 2017), p. 69-83.

⁵¹ Ibid

⁵² Heesup Han, Changsup, Won Seok Lee and Wansoo Kim, “Product Performance and Its Role in Airline Image Generation and Customer Retention Processes: Gender Difference,” *Journal of Travel & Tourism Marketing* 36(4) (2019): 536-548.

แคนาดาจึงเป็นประเทศที่ 4 ของโลกและเป็นประเทศแรกในทวีปอเมริกาที่อนุญาตให้การสมรสของเพศเดียวกันสามารถกระทำได้ตามกฎหมายผ่านกฎหมายที่เรียกว่าพระราชบัญญัติการสมรสของพลเมือง (Civil Marriage Act) และกำหนดให้สิทธิประโยชน์อันเกิดขึ้นมาจากการสมรสของคู่สมรสเพศเดียวกันมีผลมาตั้งแต่ ค.ศ.1999 นอกจากนั้นแล้วกฎหมายฉบับใหม่ของประเทศแคนาดายังให้สิทธิในการแยกเด็กที่บิดามารดาไม่ยอมรับในอัตลักษณ์ทางเพศหรือการแสดงออกทางเพศของเด็กออกจากกรอบการปกครองดูแลของบิดามารดาได้ ทั้งนี้ เพื่อป้องกันสวัสดิภาพและความปลอดภัยของเด็ก⁵³

เมื่อมองไปในทางประวัติศาสตร์จะพบว่าประเทศแคนาดาได้พัฒนาระบบการยอมรับความหลากหลายทางเพศรวมถึงบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศมาตั้งแต่ 4 ทศวรรษที่ผ่านมา รวมถึงการเข้าร่วมการลงนามในอนุสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนทางด้านการคุ้มครองความหลากหลายทางเพศแทบทุกฉบับที่จัดทำขึ้นโดยองค์การสหประชาชาติ เช่น การรับรองการใช้ชีวิตครอบครัวร่วมกันของกลุ่มคนรักเพศเดียวกันตั้งแต่ช่วงปี พ.ศ.2544 ในรัฐควิเบก รัฐโนวาสโกเชีย รัฐแอลเบอร์ตาและรัฐแมนิโทบา เป็นต้น⁵⁴

ในบางรัฐของประเทศแคนาดามีการบัญญัติกฎหมายต่อต้านการกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติและการกระทำจากกริยาทำทางหรือการกระทำอันใดต่อบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศและบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศก้ำกวมและยังมีการห้ามใช้กระบวนการในการบำบัดสนิมทางเพศอีกด้วย จะถือว่าการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนั้น การแสดงออกอัตลักษณ์ทางเพศสามารถทำได้โดยไม่ต้องมีการบังคับผ่าตัดแปลงเพศเหมือนอย่างเช่นในบางประเทศที่เป็นการคุ้มครองการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่อาจเกิดขึ้นกับกลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศและบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศก้ำกวม⁵⁵

สิ่งที่เป็นจุดเด่นสำคัญของกฎหมายประเทศแคนาดาที่สะท้อนให้เห็นถึงความพยายามในการสร้างความเสมอภาคโดยไม่อาศัยลักษณะทางเพศสภาพมาเป็นเครื่องมือในการกำหนดสิทธิหน้าที่ของพลเมืองตามแนวทางของกฎหมายระหว่างประเทศ คือ การที่พลเมืองของประเทศแคนาดาจะไม่ถูกบังคับให้ต้องระบุว่าเป็นเพศชายหรือเพศหญิง แต่สามารถเลือกใช้การไม่ระบุเพศลงในหนังสือเดินทางได้ สะท้อนให้เห็นถึงการไม่ใช้เงื่อนไขในทางเพศมาเป็นตัวกำหนดแบ่งแยกคุณค่าของบุคคลแต่ละคนและเป็นการเคารพในศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ รวมถึงการขยายสิทธิเสรีภาพของบุคคลแต่ละคนให้มีความเท่าเทียมกันโดยไม่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขทางเพศสภาพและเป็นการสะท้อนถึงเพศสภาพและอัตลักษณ์ที่แท้จริงของบุคคลเพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกัน นอกจากนี้ ยังมีจุดสำคัญที่เป็นการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับเพศสภาพและอัตลักษณ์ทางเพศของประเทศแคนาดาคือการกำหนดให้มีการระบุการห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคลโดยการเพิ่มและขยายขอบเขตของการเลือกปฏิบัติโดยอาศัยอัตลักษณ์ทางเพศและการแสดงออกทางเพศไม่สามารถกระทำได้ โดยมีการระบุลงไปในกฎหมายด้วยสิทธิมนุษยชนของประเทศแคนาดา (Canadian Human Rights Act) อย่างชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรเพิ่มเติมจากที่ระบุไว้เดิม

⁵³ Catherine Crawford, "Handle with Care: Assessing Canadian Medical Policy for Children with Intersex Variations," (Master of Public Policy in the School of Public Policy, Faculty of Arts and Social Sciences, Simon Fraser University, 2019).

⁵⁴ Ahmad Karimi, Sandra M. Bucerius, and Sara Thompson, "Gender Identity and Integration: Second-Generation Somali Immigrants Navigating Gender in Canada," *Ethnic and Racial Studies* 42(9) (2019): 1534-1553.

⁵⁵ Miriam Smith, "Homophobia and Homonationalism: LGBTQ Law Reform in Canada," *Social & Legal Studies* 29(1) (2020): 65-84.

เป็นผลให้การคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศและบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมในประเทศแคนาดามีความชัดเจนเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศอื่นทั่วโลก⁵⁶

3. การคุ้มครองบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมในประเทศไทย

สำหรับแนวทางในการคุ้มครองบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศของประเทศไทยนั้น จะพบว่าแนวคิดในการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนยังอยู่บนพื้นฐานแนวคิดของระบบที่มีแนวคิดหลักเรื่องสังคมภายใต้ระบบสองเพศ (Binary Sexes)⁵⁷ แม้จะให้การยอมรับกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมากขึ้นดังจะเห็นได้จากความพยายามในการตรากฎหมายหลายฉบับเพื่อคุ้มครองบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ⁵⁸ แต่กฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศรวมถึงกลุ่มบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมยังอยู่ในขั้นของการพัฒนากฎหมาย และในบางกรณีมีแนวโน้มของการพัฒนาที่ยังไม่ได้ให้สิทธิแก่กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศและบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมให้มีสิทธิเท่าเทียมกับเพศชายและเพศหญิงมากนัก สาเหตุส่วนหนึ่งมาจากการให้ความสำคัญกับกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทยยังมีไม่มากเท่าที่ควร โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมแทบจะไม่ปรากฏบัญญัติของกฎหมายที่มุ่งให้สิทธิกับกลุ่มบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมที่มีความชัดเจน ส่งผลทำให้การคุ้มครองสิทธิของกลุ่มบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมทางเพศของประเทศไทยมีอยู่อย่างจำกัด และการศึกษาผู้มีภาวะเพศกำกวมจะมุ่งเน้นการศึกษาให้มีความสำคัญในบริบททางการแพทย์และกำหนดให้สิทธิบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมในบริบทของเพศชายหรือหญิงโดยไม่คำนึงถึงสภาวะทางเพศที่แท้จริง ส่งผลโดยตรงต่อการใช้ชีวิตของบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวม⁵⁹

วิวัฒนาการของการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเพื่อส่งเสริมสิทธิของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศและบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมจะเห็นได้จากกฎหมายหลายฉบับที่ผ่านกระบวนการเสนอร่างกฎหมายและอยู่ในระหว่างการพิจารณาของรัฐสภา โดยเฉพาะอย่างยิ่งร่างกฎหมายว่าด้วยการจดทะเบียนคู่ชีวิต⁶⁰ แต่อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาโดยภาพรวมแล้วการพัฒนาการคุ้มครองสิทธิของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศและบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมยังมุ่งเน้นไปคุ้มครองเฉพาะกลุ่มชายรักชายหรือหญิงรักหญิงเท่านั้น ยังไม่ได้ขยายความคุ้มครองไปยังกลุ่มบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมทำให้กลุ่มบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมกลายเป็นกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ยังไม่ได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายไทย และมีกฎหมายอีกหลายฉบับที่อยู่ในขั้นตอนการพิจารณาและบางฉบับถูกปรับแก้ในสาระสำคัญจนไม่สามารถส่งเสริมความเท่าเทียมระหว่างเพศได้เท่าที่ควรจะเป็น ทั้งนี้ สาเหตุหลักส่วนหนึ่งเกิดจากการขาดองค์ความรู้และมุมมองที่ถูกต้องเกี่ยวกับบุคคลที่มีความหลากหลาย

⁵⁶ Morgan Carpenter, "The Human Rights of Intersex People: Addressing Harmful Practices and Rhetoric of Change," *Reproductive Health Matters* 24(47), (2016): 74-84.

⁵⁷ อารยา สุขสม. 2561. รัฐธรรมนูญไทยกับความหลากหลายทางเพศ. *วารสารนิติสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่* (2): 87-120.

⁵⁸ กัญจิรา วิจิตรวีรราชรักษ์, พระมหาอรุณปัญญาโรจน์, และสุพัตรา สันติรุ่งโรจน์ "ขบวนการเคลื่อนไหวทางสังคม ของกลุ่มที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย," *Journal of MCU Nakhondhat* 6(8) (2019): 3758-3772.

⁵⁹ Timo T. Ojanen, Ruttanakorn Ratanashevorn and Sumonthip Boonkerd, "Gaps in Responses to LGBT Issues in Thailand: Mental Health Research, Services, and Policies," *Psychology of Sexualities Review* 7(1) (2016): 41-59.

⁶⁰ บารมี พานิช, "รูปแบบและขั้นตอนการขับเคลื่อนร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิตในประเทศไทย," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาการบริหารพัฒนาสังคม คณะศิลปศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2559).

ในทางเพศของผู้ร่างกฎหมายและกรรมการพิจารณากฎหมาย รวมไปถึงปัญหาทางด้านการเมืองทำให้กฎหมายคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประเทศไทยหลายฉบับที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนยังอยู่ในขั้นตอนของการพิจารณาและมีความล่าช้าในการออกกฎหมายเป็นจำนวนมาก⁶¹

อย่างไรก็ตาม มีคำพิพากษาศาลปกครองที่รับรู้สิทธิของกลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศและบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมมากขึ้น โดยปรากฏอยู่ในคำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1540/2554 โดยศาลปกครองได้มีคำพิพากษาให้การระบุข้อความตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ.2497 โดยระบุข้อความสำหรับกลุ่มบุคคลเพศที่สามเป็นส่วนหนึ่งของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่เข้าตรวจเลือกทหารกองเกิน โดยระบุว่าเป็นโรคจิตวิถิตการไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญเนื่องจากการกระทำที่เป็นการละเมิดศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์⁶²

นอกจากนี้ ยังมีกฎหมายฉบับหนึ่งเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นมาเพื่อคุ้มครองบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ คือ พระราชบัญญัติความเท่าเทียมกันระหว่างเพศ พ.ศ.2558 กฎหมายฉบับนี้มีการประกาศใช้เพื่อป้องกันปัญหาการเลือกปฏิบัติทางเพศมาใช้เป็นเครื่องมือในการป้องกันปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนทางเพศและผลใช้บังคับตั้งแต่ช่วงปลายปี พ.ศ.2558 กฎหมายฉบับนี้ถูกบัญญัติขึ้นให้สอดคล้องกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีสมาชิกในส่วนที่เกี่ยวข้องการเลือกปฏิบัติโดยอาศัยเหตุทางเพศ แต่ทั้งนี้ยังมีข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับกฎหมายฉบับนี้ภายหลังประกาศใช้บังคับว่ากฎหมายฉบับนี้ไม่ได้มีการนำมาใช้คุ้มครองบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศอย่างทั่วถึงและยังไปกีดกันกฎหมายฉบับนี้แทบจะไม่กล่าวถึงบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศเป็นหนึ่งในกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศให้ได้รับความคุ้มครองที่ถูกต้องและชอบด้วยกฎหมาย ทำให้บุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศยังเป็นหนึ่งในกลุ่มบุคคลที่ถูกเลือกปฏิบัติสูงในประเทศไทย ส่งผลกระทบโดยตรงต่อสิทธิและหน้าที่ขั้นพื้นฐานของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ รวมถึงการทำงาน การศึกษาและการได้รับสิทธิที่เหมาะสมตามเพศสภาพที่ควรจะเป็น และข้อสังเกตอีกประการหนึ่งคือ แม้กฎหมายฉบับนี้จะมุ่งประสงค์คุ้มครองบุคคลที่แสดงออกแตกต่างจากเพศสภาพโดยกำเนิด แต่กระบวนการในการได้รับการคุ้มครองยังมีกระบวนการค่อนข้างยุ่งยากและมุ่งเน้นให้ผู้ได้รับความเสียหายยื่นคำร้องขอต่อคณะกรรมการวินิจฉัยการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศเพื่อให้หน่วยงานเอกชนหรือหน่วยงานรัฐที่กระทำการอันใดเป็นการเข้าข่ายการเลือกปฏิบัติโดยไม่ชอบด้วยเหตุทางเพศระงับการกระทำการดังกล่าว หรืออาจจะกล่าวอีกนัยหนึ่งคือเป็นกระบวนการที่ตัวผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจะต้องเรียกร้องสิทธิด้วยตัวเอง ไม่ใช่เป็นกระบวนการที่กฎหมายใช้มาตรการป้องกันไม่ให้เกิดการเลือกปฏิบัติโดยอาศัยเหตุทางเพศในเชิงรุกเพื่อที่จะช่วยคุ้มครองสิทธิของกลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศและบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศได้อย่างมีประสิทธิภาพมากกว่า

⁶¹ เกิดเกียรติภณซ์ แสงเมธีจิรนนเดชา และรัตพงษ์ สอนสุภาพ, “ความเสมอภาคของกลุ่มหลากหลาย ทางเพศต่อการสมรสและรับรองบุตร : โอกาสและความท้าทายของสังคมไทย,” *Journal of Graduate Studies Valaya Alongkorn Rajabhat University* 14(1) (2020): 61-70.

⁶² คำพิพากษาศาลปกครองกลางคดีหมายเลขแดงที่ 1540/2554, https://www.senate.go.th/assets/portals/93/ filesups/272/files/S9%E0%B9%88ub_Jun/7con/ad39.pdf

หลักการที่สำคัญที่ถูกนำมาปรับใช้มากที่สุดในการคุ้มครองบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศและบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวม คือ หลักการห้ามเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งเพศที่มีอยู่ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ⁶³ รวมไปถึงพระราชบัญญัติความเท่าเทียมกันระหว่างเพศ พ.ศ.2558⁶⁴ หลักการในทางกฎหมายดังกล่าวมีข้อสังเกตประการหนึ่ง คือ การคุ้มครองบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศขึ้นอยู่กับความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับวิถีทางเพศองค์ความรู้เกี่ยวกับเรื่องเพศ และดุลพินิจในการปรับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่โดยตรงเป็นสำคัญ ทำให้การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่เป็นสาระสำคัญหลักในการกำหนดสิทธิหน้าที่ของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ที่ก็อาจนำไปสู่การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐอาจนำไปสู่การใช้ดุลพินิจอย่างไม่เป็นธรรมได้⁶⁵ และจะทำให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศและบุคคลผู้มีเพศกำกวมอาจจะไม่ได้รับความคุ้มครองอย่างทั่วถึงและเป็นธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งทัศนคติของเจ้าหน้าที่รัฐและการเข้าใจวิถีทางเพศของกลุ่มบุคคลดังกล่าวยังไม่มี ความเข้าใจ กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศและบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมตีเท่าที่ควร ทำให้ปรากฏข้อเท็จจริงบ่อยครั้งว่าการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐ รวมถึงการกระทำของบุคคลทั่วไปได้ละเมิดสิทธิมนุษยชนของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศและบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวม ดังนั้น แนวทางในการคุ้มครองสิทธิของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศและบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมจึงต้องกระทำควบคู่กันระหว่างการออกกฎหมาย และการปรับความเข้าใจเกี่ยวกับวิถีทางเพศที่มีความหลากหลายมากขึ้นเพื่อนำไปสู่การยอมรับสิทธิของกลุ่มบุคคลดังกล่าวให้สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนสากลในฐานะที่ประเทศไทยเป็นประเทศหนึ่งที่เป็นภาคีสมาชิกของกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนสากลและเป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ

สำหรับกฎหมายของประเทศไทยที่ได้ให้ความคุ้มครองกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนั้นมีมาตั้งแต่ปี พ.ศ.2451 ภายใต้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 กำหนดให้การกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์มีความผิดมีโทษจำคุกตั้งแต่ 3 เดือนขึ้นไปจนถึง 3 ปีและให้ปรับตั้งแต่ 50 บาทขึ้นไปจนถึง 500 บาท เป็นการให้ความคุ้มครองกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในเรื่องของการถูกล่วงละเมิดทางเพศ แม้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวได้ยกเลิกและใช้บังคับกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญาระบียบใหม่แล้ว แต่ความผิดเกี่ยวกับการกระทำชำเราบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศก็ยังคงมีความรับผิดชอบทางอาญาอยู่เช่นเดิม ดังนั้น การมุ่งคุ้มครองบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในด้านการกระทำชำเราทางเพศของประเทศไทยอาจถือได้ว่าเป็นส่วนที่กฎหมายไทยให้ความสำคัญในการคุ้มครองโดยไม่คำนึงถึงเพศว่าบุคคลที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศจะเป็นเพศใดก็ตาม

นอกจากนี้ กรมสุขภาพจิต กระทรวงสาธารณสุขได้ออกหนังสือเพื่อรับรองว่าบุคคลรักเพศเดียวกันไม่ใช่อาการผิดปกติทางจิตหรือการป่วยเป็นโรค ทั้งนี้ โดยอ้างอิงข้อมูลจากองค์การอนามัยโลกและตามบัญชีจำแนกโรคระหว่างประเทศไม่มีการระบุว่าความสัมพันธ์ระหว่างคนเพศเดียวกันเป็นความผิดปกติทางจิต รายละเอียดปรากฏในหนังสือที่ สธ 0605/375 และเมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญามีการแก้ไขในปี พ.ศ.2550 ได้มีการระบุถ้อยคำให้มีความชัดเจนมากขึ้นเกี่ยวกับการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา

⁶³ มาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

⁶⁴ มาตรา 3 ของพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558

⁶⁵ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. 2558. พ.ร.บ.ความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘ กับสิทธิของบุคคลหลากหลายทางเพศ. (ออนไลน์).

<http://www.nhrc.or.th/News/Information-News/>

มาตรา 276 โดยขยายลักษณะของการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราให้เป็นการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น เป็นการขยายขอบเขตของการกระทำความผิดที่กระทำต่อกลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศและบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมให้ชัดเจนมากยิ่งขึ้นและนำไปสู่การนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้ เป็นการประกันสิทธิมนุษยชนในการคุ้มครองกลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ และบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมที่ชัดเจนมากขึ้น ต่างจากประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 เดิมที่บัญญัติเอาผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเฉพาะชายที่กระทำต่อหญิงเท่านั้น แสดงให้เห็นถึงขอบเขตการใช้บังคับที่ค่อนข้างแคบและไม่สอดคล้องกับสภาพสังคมหรือสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมปัจจุบัน⁶⁶ จนนำไปสู่การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ในปี พ.ศ.2550 และใช้บังคับจนถึงปัจจุบัน

การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวไปแล้วนั้นสอดคล้องกับคำพิพากษาของศาลปกครองกลางที่ได้พิพากษาให้กระทรวงกลาโหมเพิกถอนคำว่า “เป็นโรคจิตถาวร” มีการระบุลงในใบตรวจเลือดทหารกองเกิน (สด. 43) ใบสำคัญสำหรับคนจำพวกที่ 4 (สด.5) และใบสำคัญให้รับราชการทหาร (สด.9) สำหรับผู้ที่ยังไม่ผ่าตัดแปลงเพศแต่มีการเสริมหน้าอกมาคัดเลือกทหาร เนื่องจากการกระทำดังกล่าวมีลักษณะไม่สอดคล้องกับกฎหมายและระบบสาธารณสุขสากล ทำให้คำพิพากษาดังกล่าวเป็นแนวบรรทัดฐานที่นำไปใช้ในการแก้ไขพระราชบัญญัติราชการทหาร พ.ศ.2497 แก้ไขถ้อยคำที่จะระบุลงในเอกสารใหม่เป็น “สภาวะทางเพศไม่ตรงกับเพศกำเนิด” เพื่อเป็นเหตุผลในการประกอบการคัดเลือกทหารว่าบุคคลนั้นไม่สามารถที่จะเข้ารับราชการทหารได้ตามที่กฎหมายกำหนด

โดยภาพรวมจะเห็นว่าหากพิจารณาในแง่ของกฎหมายแล้ว แม้จะมีกฎหมายที่ออกมาใช้คุ้มครองกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศและบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมก็ตาม แต่กฎหมายเหล่านั้นดูเหมือนว่ายังไม่ได้มีการรับรองหรือคุ้มครองสิทธิของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศหรือบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมมากเท่าที่ควรจะเป็น ส่งผลให้สิทธิของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศและบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมยังมีความไม่เท่าเทียมกับเพศชายหรือเพศหญิง⁶⁷

ในส่วนของสิทธิของการสมรสในกลุ่มบุคคลเพศเดียวกันในประเทศไทยนั้นยังไม่มีกฎหมายรับรองให้สามารถกระทำได้เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1448 และมาตรา 1458 กำหนดให้ชายและหญิงเท่านั้นที่จะทำการจดทะเบียนสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายกันได้ อย่างไรก็ตาม ได้มีการผลักดันพระราชบัญญัติคู่ชีวิตขึ้นมาเพื่อให้สิทธิในการที่บุคคลเพศเดียวกันจะทำการจดทะเบียนสมรสกันได้โดยชอบด้วยกฎหมาย แต่กฎหมายฉบับดังกล่าวอยู่ระหว่างการปรับปรุงแก้ไขเพื่อใช้บังคับต่อไปในอนาคต นอกจากนี้ ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตดังกล่าวมีการกำหนดให้สิทธิคู่ชีวิตแม้ไม่ใช่คู่สมรสตามกฎหมายได้มีสิทธิและหน้าที่ที่คล้ายคลึงกับคู่สมรส แต่สิทธิของคู่ชีวิตยังด้อยกว่าคู่สมรสในเพศชายและหญิงที่มีการจดทะเบียนสมรสกันอยู่นั่นเอง

⁶⁶ วีรธรณ์ ดำรงกุลนันท์, “ขอบเขตของการกระทำชำเรา การกระทำอนาจาร และการคุกคามทางเพศ,” *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* 48 (1) (2562): 107-137.

⁶⁷ กาวิน มาลัยวงศ์. 2020. การเปลี่ยนแปลงโครงสร้างอำนาจที่ไม่เท่าเทียมทางสังคมช่วยแก้ปัญหาความเหลื่อมล้ำทางเพศได้รวดเร็วที่สุด. (ออนไลน์). <https://adaymagazine.com/thai-gender-situation/>.

4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของกลุ่มบุคคลผู้มีความกำกวมทางเพศจะพบว่ากลุ่มบุคคลดังกล่าวได้รับการคุ้มครองค่อนข้างน้อยทั้งในส่วนของสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายและสังคมในปัจจุบัน แม้กระทั่งในประเทศที่พัฒนาแล้วก็ยังมีมาตรการกีดกันเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของกลุ่มบุคคลผู้มีความกำกวมทางเพศอย่างต่อเนื่อง จนเป็นที่มาของการพยายามผลักดันให้ประเทศต่าง ๆ ให้ความสำคัญในการกำหนดสิทธิขั้นพื้นฐานให้กับกลุ่มบุคคลที่มีความกำกวมทางเพศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาหลักของกลุ่มบุคคลผู้มีความกำกวมทางเพศ คือ การไม่มีโอกาสในการเลือกเพศด้วยตนเองเนื่องจากถูกผ่าตัดเลือกเพศตั้งแต่ยังเป็นทารก แม้จะเป็นการผ่าตัดโดยวิธีการทางการแพทย์และบิดามารดาเป็นผู้ให้ความยินยอมในการกำหนดเลือกเพศก่อนผ่าตัดก็ตาม แต่กระบวนการผ่าตัดและความยินยอมดังกล่าวไม่ได้เกิดขึ้นจากผู้มีความกำกวมทางเพศ จึงทำให้เกิดปัญหาขึ้นจากการกำหนดเลือกเพศที่ไม่ตรงกับเพศสภาพที่แท้จริงของผู้มีความกำกวมทางเพศ ซึ่งส่งผลต่อวิถีชีวิต สิทธิขั้นพื้นฐาน การทำงาน การใช้ชีวิตไปตลอดชีวิต ดังนั้น การกำหนดแนวทางที่ถูกต้องเพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลผู้มีความกำกวมทางเพศ จึงเป็นเรื่องที่ทุกประเทศจะต้องให้ความสำคัญโดยหาแนวทางที่เหมาะสมเพื่อป้องกันปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่จะเกิดแก่บุคคลผู้มีความกำกวมทางเพศ

อนึ่ง เนื่องจากบุคคลผู้มีความกำกวมทางเพศจะต้องเผชิญกับความท้าทายหลายอย่างที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายและทางการแพทย์ ประเทศไทยจึงควรปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองบุคคลผู้มีความกำกวมทางเพศ เช่น ในเรื่องของการกำหนดเพศควรมีแนวทางการพิจารณาเรื่องความถูกต้องเหมาะสมหากเป็นกรณีที่บิดามารดาเป็นผู้แจ้งหรือจดทะเบียนแจ้งเพศของบุตรแทนที่จะเป็นตัวเอง โดยจะต้องกระทำในเวลาที่เหมาะสม รวมถึงการให้การรักษาที่เหมาะสม⁶⁸ และการทำการเลือกเพศของผู้ที่มีความกำกวมทางเพศจะต้องทำโดยกระบวนการตรวจสอบที่มีประสิทธิภาพทั้งกระบวนการทางการแพทย์ การให้ความยินยอมของผู้มีความกำกวมทางเพศ การกำหนดสิทธิขั้นพื้นฐาน ค่าใช้จ่ายในการรักษา คำนานาชื่อ และสิทธิขั้นพื้นฐานอื่น ๆ ทั้งนี้จะต้องอาศัยผู้เชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายและทางการแพทย์ที่ควรรับทราบถึงสิทธิพื้นฐานของบุคคลที่มีความกำกวมทางเพศเพื่อที่จะสามารถทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลผู้มีความกำกวมทางเพศได้รับการคุ้มครองอย่างเต็มที่

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาถึงค่านิยมและมุมมองทางเพศในสังคมปัจจุบันที่เปลี่ยนแปลงไป ผู้เขียนเสนอแนะว่าควรต้องมีการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดที่เป็นจารีตประเพณีแต่เดิมที่คิดกันว่าบุคคลมีเพียงสองเพศ มาเป็นการปลูกฝังแนวคิดใหม่ที่ว่าสังคมปัจจุบันมีความหลากหลายทางเพศ ไม่ได้แบ่งออกเป็นหญิงหรือชายเพียง 2 เพศ เท่านั้น และต้องยอมรับพัฒนาการของความหลากหลายทางเพศของมนุษย์ที่มีอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งเรื่องนี้จะต้องพิจารณาควบคู่กับเรื่องของสิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของบุคคลที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ศาลในฐานะที่เป็นผู้ตัดสินคดีและเป็นผู้ที่จะสามารถประกาศหรือรับรองถึงความหลากหลายทางเพศของบุคคลผู้มีความกำกวมทางเพศได้ จึงควรให้การรับรองเพศสถานะทางกฎหมายแก่บุคคลกลุ่มนี้เพื่อป้องกันการเกิดการกีดกันทางสังคมและการเลือกปฏิบัติตามหลักสิทธิมนุษยชน ดังนั้น บุคคลผู้มีความกำกวมทางเพศจึงควรมีเสรีภาพในการตัดสินใจ

⁶⁸ Benjamin Moron-Puech, "Le droit des personnes intersexuées," *Openedition Journals* 9(2017): 215-237.

กำหนดเพศและสร้างรายละเอียดของตัวตนของตน⁶⁹ ไม่ว่าบุคคลผู้มีภาวะเพศกำกวมจะตัดสินใจเลือกเพศให้ตัวเองเป็นเพศไหนก็ตาม บุคคลนั้นก็มีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญและจะต้องได้รับความเคารพต่อการตัดสินใจในการเลือกเพศของตน⁷⁰ และการระบุเพศบุคคลอาจหรือควรระบุเป็นทางเลือกที่หลากหลายกว่าที่เป็นอยู่ เช่น “อื่น ๆ” “เป็นกลาง” “ไม่เฉพาะเจาะจง” “X” “เพศที่ไม่ระบุรายละเอียด” หรือแม้กระทั่ง “การไม่ถูกกล่าวถึง” ทั้งนี้ เพื่อเป็นการป้องกันความเสี่ยงในการที่บุคคลที่จะถูกตีตราว่าเป็นเพศใด และเพื่อเป็นการรับรองทางเพศสภาพทางกฎหมายโดยคำนึงถึงสิทธิในร่างกายและสิทธิมนุษยชนของบุคคลกลุ่มนี้

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ UNDP & APTN. (2560). การรับรองเพศสถานะตามกฎหมายในประเทศไทย: การทบทวนกฎหมายและนโยบาย. (ออนไลน์) file:///C:/Users/ADMIN/Downloads/UNDP_TH-Legal-Gender-Recognition-in-Thailand%20(Thai).pdf

โครงสร้างการอนุญาตให้บริการด้านการสื่อสารของประเทศไทย กรณีศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศสิงคโปร์

A comparative case study: communication license structure of Thailand and Singapore

มนีรัตน์ กำจรกิจการ
Maneerat Kamjornkitjakran

ผู้ช่วยเลขาธิการ กสทช.
สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ
87 ถนนพหลโยธิน แขวงพญาไท เขตพญาไท กรุงเทพฯ 10400
Assistant Secretary General
87 Soi Phaholyothin 8 (Sailom) Phaholyothin Road, Samaennai, Phayathai, Bangkok 10400
Corresponding author E-mail: gerraffe2001@gmail.com
(Received: December 28, 2019; Revised: February 18, 2020; Accepted: May 19, 2020)

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาและทำความเข้าใจโครงสร้างรูปแบบการอนุญาตและพัฒนาการด้านเทคโนโลยีเพื่อให้บริการด้านการสื่อสารของประเทศไทย ซึ่งจะสะท้อนให้เห็นถึงสภาพปัญหาในอุตสาหกรรมด้านการสื่อสารอันเกิดจากกฎหมายที่กำหนดโครงสร้างและรูปแบบการอนุญาตที่ไม่เท่าทันต่อการพัฒนาของเทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว ซึ่งหากมองไปโดยรอบประเทศไทย จะเห็นได้ว่าประเทศสิงคโปร์เป็นประเทศที่มีศักยภาพด้านการพัฒนาเทคโนโลยีสูงและรวดเร็ว แต่ก็มีได้ละเลยการวางระบบโครงสร้างพื้นฐานและกลไกทางกฎหมายให้เป็นไปอย่างเท่าทันกัน ผู้เขียนจึงได้ศึกษาและวิเคราะห์แนวคิด โครงสร้าง และการวางรากฐานด้านกฎหมายการสื่อสารของประเทศสิงคโปร์ เพื่อค้นหาแนวทางการกำหนดนโยบาย โครงสร้างองค์กรกำกับดูแล โครงสร้างและกลไกทางกฎหมายด้านการอนุญาตและการกำกับดูแลการให้บริการสื่อสารของประเทศไทยให้สามารถรองรับต่อการพัฒนาด้านเทคโนโลยีและสามารถส่งเสริมสนับสนุนให้อุตสาหกรรมด้านการสื่อสารของประเทศไทยมีความเข้มแข็งในระดับสากล

คำสำคัญ: โครงสร้างใบอนุญาต, โครงสร้างองค์กรกำกับดูแลสื่อ, บริการโทรทัศน์, บริการข้อมูล

Abstract

This article is intended to study and understand the structure, form, permission and technology development for communication services in Thailand. It will reflect the problems in the communication industry caused by laws and regulations that define the structure and the licensing model which are not justified in the development of technology that has changed rapidly. If we compared with countries in the ASEAN region, Singapore is a country with high technology development, but did not neglect to lay down the infrastructure and legal mechanisms in the country. The author therefore studied and analyzed the concept, structure and foundation of Singapore's communication law in order to find guidelines for determining the structure and format of communication licensing in Thailand that will encourage and support the development of technology in communications industry to satisfy international standards.

Keywords: License model, Media Organization structure, Television service, Information service

บทนำ

กว่า 2 ทศวรรษที่ผ่านมาเทคโนโลยีด้านการสื่อสารมีการพัฒนาไปอย่างก้าวกระโดด หากจะย้อนกลับไปนึกถึงภาพเมื่อตอนผู้เขียนเริ่มเข้าศึกษาในระดับปริญญาตรี การได้รับชมรายการโทรทัศน์ที่ชื่นชอบยังคงต้องคอยติดตามโปรแกรมตามเวลาที่สถานีโทรทัศน์เป็นผู้กำหนดตารางเวลา การฟังเพลงยังคงต้องฟังผ่านเครื่องรับวิทยุ หรือการใช้ดรัมเทป แผ่นซีดี การติดต่อสื่อสารถึงกันระหว่างบุคคลก็ยังคงต้องต่อแถวเพื่อใช้โทรศัพท์สาธารณะอยู่เป็นประจำ หรือโดยการส่งข้อความสั้นถึงกันผ่านทางเพจเจอร์ และต่อมาไม่นานก็มีการใช้โทรศัพท์มือถือขนาดเท่ากับท่อนแขนของเราแบบสามารถพกพาไปในที่ต่าง ๆ ได้ โดยจะเห็นได้ว่าเทคโนโลยีมีการพัฒนาอย่างรวดเร็ว แต่ก็ยังคงจำแนกการใช้งานระหว่างการใช้ชมภาพและเสียง คือ การรับชมโทรทัศน์และวิทยุกระจายเสียงกับการติดต่อสื่อสารระหว่างบุคคล คือ โทรศัพท์ ไว้อย่างชัดเจน

จวบจนถึงทศวรรษที่ผ่านมา ภาพของการจำแนกการใช้งานเพื่อการติดต่อสื่อสารระหว่างบุคคลกับการรับชมภาพและเสียงแทบจะไม่สามารถแยกออกจากกันได้ ซึ่งจะเห็นได้จากการใช้โทรศัพท์เพียงเครื่องเดียวก็สามารถติดต่อสื่อสารถึงกันได้ ไม่เฉพาะเพียงทางเสียงเท่านั้น แต่สามารถทำให้เห็นภาพพร้อมเสียง ไปคราวเดียวกัน นั่นเป็นผลมาจากการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีอย่างรวดเร็วไม่ว่าจะเป็น การเปลี่ยนแปลงเทคโนโลยีด้านโทรคมนาคมจากยุค 1G พัฒนาเป็น 2G 3G 4G และ 5G ในเพียงแค่ ช่วงระยะเวลาไม่ถึง 2 ทศวรรษ นอกจากนี้เทคโนโลยีด้านโทรทัศน์ได้มีการเปลี่ยนแปลงและปรับเปลี่ยนจากระบบแอนะล็อกไปสู่ระบบดิจิทัลซึ่งทำให้ระบบการส่งภาพและเสียงที่แต่เดิมมีปัญหาความไม่ชัดเจนของภาพมีความคมชัดมากขึ้น

การเปลี่ยนแปลงและพัฒนาเทคโนโลยีกิจการโทรคมนาคมและกิจการโทรทัศน์อย่างรวดเร็ว ในช่วงทศวรรษที่ผ่านมา ประกอบกับความต้องการและพฤติกรรมของคนที่ต้องการความสะดวกและรวดเร็วในการติดต่อสื่อสาร ทั้งในมิติของความรวดเร็วในการติดต่อสื่อสารถึงกันโดยทางเสียง และการรับข้อมูลข่าวสารภาพและเสียงด้วยความสะดวก โดยพกพาเครื่องมือที่ใช้สำหรับการติดต่อสื่อสารเพียงเครื่องเดียว จึงทำให้ปรากฏการณ์หลอมรวมเทคโนโลยี (Technology Convergence) ซึ่งหลายประเทศทั่วโลกได้มีการปรับเปลี่ยนกลไก โครงสร้าง และกฎหมายภายในประเทศเพื่อรองรับการเปลี่ยนแปลงดังกล่าว

ประเทศสิงคโปร์ถือเป็นประเทศที่มีการปรับเปลี่ยนอย่างรวดเร็ว โดยจะเห็นได้จากการจัดทำแผนแม่บทด้านเทคโนโลยีสารสนเทศ 2025 (Infocomm Media 2025 Masterplan) เมื่อเดือนสิงหาคม ค.ศ. 2015¹ พร้อมไปกับการปรับโครงสร้างการกำกับดูแลด้านการสื่อสารภายในประเทศด้วยการยกเลิกคณะกรรมการอิสระด้านสื่อสารสนเทศ คือ The Infocomm Development Authority of Singapore (IDA) และคณะกรรมการอิสระด้านสื่อ คือ The Media Development Authority (MDA) ไปเป็นคณะกรรมการอิสระด้านพัฒนาการสื่อและสารสนเทศ คือ The Infocommunications Media Development Authority (IMDA) และองค์กรเทคโนโลยีของรัฐบาล คือ The Government Technology Organization (GTO) เพื่อร่วมกันขับเคลื่อนการดำเนินงานให้เป็นไปตามแผนแม่บทด้านเทคโนโลยีสารสนเทศ 2025 (Infocomm Media 2025 Masterplan)

¹ The Ministry of Communication and Information. **Infocomm Media 2025** [Online]. 2015. Available at: https://issuu.com/singaporemci/docs/infocomm_media_2025_full_report [2020, January 1]

นอกจากนี้ยังได้ดำเนินการปรับปรุงกฎหมายด้านการสื่อสารที่เกี่ยวข้องคือ Telecommunication Act และ Broadcasting Act ในส่วนที่จะสนับสนุนหรือผลักดันให้สามารถดำเนินการตามแผนแม่บทด้านเทคโนโลยีสารสนเทศ 2025 (Infocomm Media 2025 Masterplan)

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาวิวัฒนาการทางเทคโนโลยีของกิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ซึ่งมุ่งเน้นศึกษาให้เห็นถึงการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีของทั้งสองกิจการมาอย่างเป็นลำดับจนถึงปัจจุบันที่มีการพัฒนาจนไปสู่การหลอมรวมทางเทคโนโลยีของทั้งกิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม จนไม่สามารถแยกกันได้อย่างชัดเจนดังเช่นอดีตที่ผ่านมา และมุ่งศึกษาและวิเคราะห์โครงสร้างทางกฎหมายด้านการจัดตั้งองค์กรกำกับดูแล การกำหนดนโยบายด้านการพัฒนาอุตสาหกรรมสื่อสาร การกำหนดโครงสร้างการอนุญาต และหลักการกำกับดูแลกิจการสื่อสารของประเทศสิงคโปร์ เพื่อนำมาศึกษาและเปรียบเทียบกับกฎหมายไทย เพื่อหาข้อสรุปและข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการกำหนดนโยบายทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการพัฒนาอุตสาหกรรมสื่อสารของประเทศ การปรับปรุงโครงสร้างองค์กรกำกับดูแลการสื่อสารและแนวทางการกำหนดโครงสร้างการอนุญาตที่เหมาะสม และนำไปสู่การกำกับดูแล การให้บริการด้านสื่อสารของประเทศที่เหมาะสม โดยการวิจัยศึกษาในบทความฉบับนี้ ถือเป็นส่วนหนึ่งของการวิจัยนิติศาสตร์ดุษฎีบัณฑิตของผู้เขียนในหัวข้อเกี่ยวกับความเป็นไปได้ทางกฎหมายในการกำกับดูแลการให้บริการโทรทัศน์ในรูปแบบ OVER THE TOP

1. วิวัฒนาการเทคโนโลยีโทรทัศน์และโทรคมนาคม

1.1 วิวัฒนาการเทคโนโลยีและการประกอบกิจการโทรทัศน์ในประเทศไทย

การรับข้อมูลข่าวสารในยุคเริ่มแรกเกิดจากการรับสารผ่านทางสื่อเสียงเพียงอย่างเดียว และได้มีการพัฒนาการรับข้อมูลข่าวสารเป็นภาพและเสียง ซึ่งคือจุดกำเนิดของโทรทัศน์ในระบบภาคพื้นดิน โดยผู้เขียนจะแยกวิวัฒนาการของโทรทัศน์ภาคพื้นดินออกเป็น 3 ยุค ดังนี้

1.1.1 ยุคโทรทัศน์ระบบแอนะล็อก (Analog)

ในช่วงเริ่มแรกของกิจการโทรทัศน์ การแพร่ภาพกระจายเสียงใช้เทคโนโลยีระบบแอนะล็อก (Analog) แบบขาว-ดำ (Black and White) และต่อมาได้มีการพัฒนาเทคโนโลยีไปอีกขั้นหนึ่งด้วยการส่งเป็นภาพสี โดยโทรทัศน์สีแบบแอนะล็อกทั่วโลกจะแพร่ภาพในย่านความถี่ VHF (Very High Frequency) และ UHF (Ultra High Frequency) ตามข้อกำหนดของสหภาพโทรคมนาคม (International Telecommunication Union : ITU) โดยในยุคนี้คุณภาพความคมชัดของสัญญาณภาพและเสียงค่อนข้างต่ำ กล่าวคือจะมีการผิดเพี้ยนของภาพและเสียง เช่น จอภาพปรากฏภาพแบบหิมะตก หรือมีเส้นคาคกลางจอภาพ หรือเสียงไม่ชัดเจน เป็นต้น²

ในประเทศไทยได้มีการจัดตั้งโทรทัศน์ภาคพื้นดินแห่งแรก คือ สถานีไทยทีวี ช่อง 4 บางขุนพรหม ขึ้นมาครั้งแรกในปี พ.ศ. 2495 โดยติดตั้งเครื่องส่งโทรทัศน์ ยี่ห้อ RCA จากประเทศสหรัฐอเมริกา มีกำลังส่ง

² ไพโรจน์ ปิ่นแก้ว และคณะ, จดหมายเหตุ 60 ปี โทรทัศน์ไทย วิวัฒนาการเทคโนโลยีโทรทัศน์ไทย (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), 99-110.

10 กิโลวัตต์ โดยใช้ระบบโทรทัศน์มาตรฐาน NTSC ย่อมาจาก Nation Television System Committee³ และพัฒนามาเป็นการส่งสัญญาณภาพสีด้วยระบบโทรทัศน์มาตรฐาน PAL ย่อมาจาก Phase Alternative Line⁴ ซึ่งเป็นการส่งสัญญาณภาพและเสียงในระบบแอนะล็อก ภายหลังจากนั้นอีกกว่า 30 ปี ประเทศไทยจึงมีการกำหนดแผนความถี่วิทยุโทรทัศน์อย่างเป็นทางการด้วยการกำหนดแผนความถี่วิทยุโทรทัศน์ย่านความถี่สูงมาก (VHF) ระบบแอนะล็อก พ.ศ. 2528 ซึ่งมีความสามารถในการนำเอาช่องความถี่จำนวน 11 ช่องมาให้ประชาชนสามารถรับสัญญาณที่มีคุณภาพได้ดี แต่ยังคงมีข้อจำกัดในการส่งออกอากาศที่กำลังสูงเนื่องจากเกิดปัญหาการรบกวนคลื่นความถี่ในช่องความถี่เดียวกัน จึงทำให้มีคลื่นความถี่ที่จะนำใช้งานอย่างจำกัด ต่อมาความต้องการในการรับชมโทรทัศน์ของประชาชนมีจำนวนมากขึ้นทำให้ช่องความถี่ที่มีอยู่ไม่เพียงพอ จึงมีการนำเอาย่านความถี่สูงยิ่ง (UHF) มาใช้โดยกำหนดแผนความถี่วิทยุโทรทัศน์ย่านความถี่สูงยิ่ง (UHF) ระบบแอนะล็อก พ.ศ. 2530 ซึ่งทำให้เกิดช่องความถี่ที่สามารถนำมาใช้งานในกิจการโทรทัศน์ได้อีกจำนวน 35 ช่องความถี่ โดยการใช้งานคลื่นความถี่เพื่อการให้บริการโทรทัศน์ในขณะนั้นมีเพียงหน่วยงานภาครัฐเท่านั้นที่มีสิทธิในการใช้งานและให้สัมปทานเอกชนเพียงบางรายเข้ามาดำเนินการแทนหน่วยงานของรัฐ ซึ่งในส่วนนี้จะกล่าวถึงรายละเอียดในลำดับต่อไป

นอกจากการเกิดโทรทัศน์ภาคพื้นดินในระบบแอนะล็อกตามที่ได้กล่าวมาแล้ว ยังมีการเกิดโทรทัศน์ผ่านดาวเทียม และโทรทัศน์ทางสายเคเบิลระบบแอนะล็อกขึ้นในห้วงเวลาไล่เลี่ยกัน ทั้งนี้ การนำเอาระบบส่งสัญญาณโทรทัศน์ผ่านดาวเทียมมาใช้เพื่อใช้ในการเชื่อมโยงสัญญาณโทรทัศน์ภาคพื้นดินไปยังสถานีเครือข่ายโทรทัศน์ภาคพื้นดินทั่วประเทศด้วยการใช้ความถี่ย่าน C-Band ส่งสัญญาณโทรทัศน์แบบแอนะล็อกผ่านดาวเทียมปาลาปา⁵ ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2522 ถึงปี พ.ศ. 2538 ได้ออนย้ายมาใช้ดาวเทียมไทยคม 2 ของประเทศไทย ดาวเทียมปาลาปา และดาวเทียมไทยคม 2 เป็นดาวเทียมสื่อสารเฉพาะถิ่น (Domestic Satellite) ซึ่งมีสัญญาณครอบคลุมเฉพาะกลุ่มประเทศอาเซียน จึงทำให้มีความแรงและรับสัญญาณได้ดี มีขนาดเล็ก การติดตั้งง่ายและต้นทุนต่ำกว่าดาวเทียมระหว่างประเทศ จึงมีการนำเอาระบบดาวเทียมไปใช้ในการเชื่อมโยงสัญญาณโทรทัศน์ การทำถ่ายทอดสัญญาณโทรทัศน์เคลื่อนที่ผ่านดาวเทียม และก่อให้เกิดธุรกิจใหม่ คือ การกระจายรายการโทรทัศน์จากศูนย์ผลิตรายการ เช่น HBO, ESPN, CNN ผ่านดาวเทียมไปยังผู้ให้บริการเคเบิลทีวีทั่วประเทศซึ่งมีการใช้งานและขยายตัวอย่างกว้างขวางมาจนกระทั่งปีพ.ศ. 2550 ให้บริการโทรทัศน์ผ่านดาวเทียมระบบแอนะล็อกในประเทศไทยจึงได้ยุติลง⁶ ด้วยการถูกแทนที่ด้วยระบบดิจิทัล

ยุคโทรทัศน์แอนะล็อกของไทยเกิดขึ้นมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2498 โดยเริ่มจากโทรทัศน์ในระบบภาคพื้นดินซึ่งรัฐบาลมอบหมายให้กรมโฆษณา⁷ จัดตั้งบริษัท ไทยโทรทัศน์ จำกัด⁸ เพื่อดำเนินการจัดตั้งสถานีโทรทัศน์

³ ระบบ NTSC ย่อมาจาก Nation Television System Committee โดยมีการส่ง 525 เส้น 30 ภาพ ต่อวินาที หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าระบบเอชทีซี (FCC) มีการใช้ในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศที่เคยอยู่ภายใต้อาณานิคมของสหรัฐอเมริกาเป็นส่วนใหญ่

⁴ ระบบ PAL ย่อมาจาก Phase Alternative Line หรือเรียกว่าระบบ CCIR ซึ่งเป็นระบบที่พัฒนามาจากระบบโทรทัศน์ NTSC โดยมีการส่ง 625 เส้น 25 ภาพ ต่อวินาที

⁵ ดาวเทียมปาลาปา คือ ดาวเทียมสัญญาณอินโดนีเซีย ซึ่งประเทศอินโดนีเซียได้ส่งขึ้นสู่อวกาศเพื่อใช้งานระบบสื่อสาร โดยเฉพาะการถ่ายทอดสัญญาณโทรทัศน์ผ่านดาวเทียม ในปี พ.ศ. 2520

⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 45-54.

⁷ กรมโฆษณา ปรับเปลี่ยนมาจากกองโฆษณาการ หลังจากการปฏิวัติสยามในปี พ.ศ. 2475 ซึ่งปัจจุบันคือ กรมประชาสัมพันธ์

⁸ บริษัท ไทยโทรทัศน์ จำกัด จัดตั้งขึ้นในยุคของจอมพล ป. พิบูลย์สงคราม เมื่อวันที่ 10 พฤศจิกายน พ.ศ. 2495 และปัจจุบันคือ บริษัท อสมท จำกัด (มหาชน)

ช่อง 4 บางขุนพรหม และต่อมาจอมพล สฤษดิ์ ธนะรัชต์ ได้จัดตั้งสถานีวิทยุโทรทัศน์กองทัพบก เพื่อประโยชน์ทางการทหารในปี พ.ศ. 2500 และต่อมาเมื่อบริบททางสังคมเปลี่ยนไป ประกอบกับมีการพัฒนาเทคโนโลยีด้านโทรทัศน์จากขาว-ดำ เป็นระบบสีทำให้การปรับเปลี่ยนไปให้เอกชนเข้าร่วมดำเนินการด้วยระบบสัญญาสัมปทาน ซึ่งในขณะนั้นมีการให้สัมปทานกับเอกชนเพื่อดำเนินกิจการโทรทัศน์ จำนวน 2 ราย คือ บริษัท กรุงเทพโทรทัศน์ และวิทยุ จำกัด เป็นคู่สัญญาสัมปทานกับกองทัพบก และบริษัท บางกอกเอ็นเตอร์เทนเมนต์ จำกัด เป็นคู่สัญญาสัมปทานกับบริษัท อสมท จำกัด (มหาชน) และต่อมาได้มีการจัดตั้งสถานีโทรทัศน์ภาคพื้นดินของกรมประชาสัมพันธ์ และไทยทีวี ปัจจุบันคือสถานีโทรทัศน์ไทยพีบีเอส (TPBS) มาตามลำดับ นอกจากโทรทัศน์ระบบภาคพื้นดิน ยังเกิดโทรทัศน์ผ่านดาวเทียม และโทรทัศน์ผ่านทางสายเคเบิล เกิดขึ้นมาในห้วงเวลาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2532 เป็นต้นมา

1.1.2 ยุคโทรทัศน์ระบบดิจิทัล (Digital)

ปี ค.ศ. 1982 สหภาพโทรคมนาคมระหว่างประเทศ (ITU : International Telecommunication Union) กำหนดมาตรฐานสัญญาณโทรทัศน์ดิจิทัล คือ ITU-R BT.601 เพื่อใช้เป็นมาตรฐานการแปลงสัญญาณแอนะล็อกเป็นดิจิทัล โดยสัญญาณโทรทัศน์ดิจิทัลในขณะนั้นยังไม่มีรูปแบบของการบีบอัดข้อมูลจึงใช้เฉพาะในท้องส่งเพื่อทำการผลิตรายการแต่มีได้นำมาใช้สำหรับการแพร่ภาพออกอากาศถึงผู้รับชม ต่อมามีการพัฒนาระบบการส่งสัญญาณโทรทัศน์ดิจิทัลเป็นมาตรฐาน JPEG (Joint Photographic Experts Groups) เพื่อบีบอัดสัญญาณภาพนิ่งโดยใช้เทคนิค DCT (Discrete Cosine Transform) ซึ่งเทคนิค DCT ยังเป็นพื้นฐานสำหรับมาตรฐาน MPEG-2⁹ ที่ใช้สำหรับการส่งสัญญาณโทรทัศน์ดิจิทัลทั่วโลก ทั้งในระดับของความคมชัดปกติ SDTV : Standard Definition Television และปัจจุบันได้พัฒนาจนถึง MPEG-4 MPEG-7 MPEG-21 ซึ่งเป็นการพัฒนามาตรฐานความคมชัดของภาพเคลื่อนไหว

การส่งสัญญาณโทรทัศน์ในระบบดิจิทัลส่วนใหญ่ทั่วโลกมีการใช้งานระบบมาตรฐานส่งโทรทัศน์ดิจิทัล 5 มาตรฐาน คือ (1) มาตรฐาน ATSC (American Advance Television System)¹⁰ (2) มาตรฐาน DVB-T (Digital Video Broadcasting–Terrestrial)¹¹ (3) มาตรฐาน ISDB-T (Integrated Service Digital Broadcasting–Terrestrial)¹² (4) มาตรฐาน DTMB (Digital Terrestrial Multimedia Broadcast)¹³ (5) มาตรฐาน DVB – T2¹⁴

⁹ MPEG-2 เป็นการกำหนดมาตรฐานการบีบอัดสัญญาณภาพและเสียงแบบดิจิทัล โดยมีการตีพิมพ์เอกสารมาตรฐานระหว่างประเทศใน ค.ศ. 1995 ภายใต้ชื่อ ISO/IEC 13818 ซึ่งเป็นมาตรฐานที่ใช้สำหรับโทรทัศน์ดิจิทัลภาคพื้นดิน (Terrestrial) โทรทัศน์ผ่านทางสายเคเบิล (Cable) และผ่านดาวเทียม (Satellite)

¹⁰ มาตรฐาน ATSC ได้รับการพัฒนาขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยคณะกรรมการ ATSC (Advance Television System Committee)

¹¹ มาตรฐาน DVB-T ถูกพัฒนาขึ้นในทวีปยุโรป ในปี ค.ศ.1998 (พ.ศ. 2541) เพื่อทดแทนโทรทัศน์สีแอนะล็อกระบบ PAL&SECAM โดยองค์การ Digital Video Broadcasting Project (DVB)

¹² มาตรฐาน ISDB-T ได้รับการพัฒนาในประเทศญี่ปุ่น เมื่อปี ค.ศ.1999 เพื่อทดแทนระบบโทรทัศน์สีแอนะล็อกระบบ NTSC โดยกลุ่มผู้พัฒนา ได้แก่ ARIB (Association of Radio Industries and Business) และองค์การ Digital Broadcasting Expert Group (DIBEG) เป็นหน่วยงานส่งเสริมและสนับสนุนระบบ

¹³ มาตรฐาน DTMB ได้รับการพัฒนาโดยประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน เมื่อ ค.ศ. 2001 (พ.ศ. 2544) เพื่อพัฒนาให้เป็นโทรทัศน์ดิจิทัลของประเทศจีน

¹⁴ มาตรฐาน DVB-T2 พัฒนาปรับปรุงมาจากมาตรฐาน DVB-T ตั้งแต่ปี ค.ศ. 2006 (พ.ศ. 2549) ซึ่งเป็นมาตรฐานการส่งโทรทัศน์ภาคพื้นดินระบบดิจิทัลที่ก้าวหน้า ทันสมัย และมีประสิทธิภาพการใช้งานสูงสุด การใช้งานมีเทคนิคการเข้ารหัสสัญญาณที่มีประสิทธิภาพสูงในการส่งโทรทัศน์ในคลื่นความถี่ที่ส่งสัญญาณภาพและเสียงและการบริการส่งข้อมูลที่ใช้สำหรับเครื่องรับโทรทัศน์แบบเคลื่อนที่ (Portable) และเครื่องรับโทรทัศน์แบบมือถือ (mobile)

ประเทศไทยเริ่มเข้าสู่ยุคโทรทัศน์ภาคพื้นดินระบบดิจิทัลในปี พ.ศ. 2555 ซึ่งดำเนินการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติองค์การจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 มาตรา 85 ที่กำหนดให้คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม (กสทช.) จัดให้มีแผนแม่บทการบริหารคลื่นความถี่ตามมาตรา 48 ภายในระยะเวลา 1 ปีนับแต่เมื่อมีการแต่งตั้ง กสทช. โดยแผนดังกล่าวต้องกำหนดเวลาการปรับเปลี่ยนไปสู่ระบบการรับส่งสัญญาณวิทยุโทรทัศน์ในระบบดิจิทัล ซึ่งในปี พ.ศ. 2555 กสทช. ประกาศใช้แผนแม่บทบริหารคลื่นความถี่ กิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์¹⁵ โดยยุทธศาสตร์ที่ 5 กำหนดว่า “จัดทำแผนการเปลี่ยนไปสู่ระบบการรับส่งสัญญาณวิทยุโทรทัศน์ในระบบดิจิทัล โดยจะต้องมีการกำหนดรายละเอียดของแนวทางการเรียกคืนคลื่นความถี่ การจัดสรรคลื่นความถี่ การเริ่มต้นการรับส่งสัญญาณวิทยุโทรทัศน์ในระบบดิจิทัลภายใน 4 ปี นับแต่วันที่แผนแม่บทการบริหารคลื่นความถี่ใช้บังคับ และกำหนดช่วงเวลาการสิ้นสุดการรับส่งสัญญาณวิทยุโทรทัศน์ในระบบแอนะล็อกตามระยะเวลาที่เหมาะสม”

คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) ได้จัดทำแผนการเปลี่ยนระบบการรับส่งสัญญาณวิทยุโทรทัศน์เป็นระบบดิจิทัล¹⁶ และจัดการประมูลคลื่นความถี่เพื่อให้บริการโทรทัศน์ในระบบดิจิทัลประเภทกิจการบริการทางธุรกิจระดับชาติ จำนวนทั้งสิ้น 24 ช่องรายการ แบ่งออกเป็น 4 หมวดหมู่ (1) หมวดหมู่ความคมชัดสูง จำนวน 7 ช่องรายการ (2) หมวดหมู่ความคมชัดปกติ จำนวน 7 ช่องรายการ (3) หมวดหมู่ข่าวสารและสาระ จำนวน 7 ช่องรายการ (4) หมวดหมู่เด็ก เยาวชน และครอบครัว จำนวน 3 ช่องรายการ

1.1.3 ยุคโทรทัศน์ในระบบ IP (Internet Protocol)

ในปัจจุบันเกิดการพัฒนาเทคโนโลยี โดยการปรับเปลี่ยนการแพร่ภาพกระจายเสียงด้วยการใช้งานคลื่นความถี่เพื่อทำการรับส่งสัญญาณโดยตรงเป็นหลัก ไปเป็นการใช้งานโครงข่ายในด้านโทรคมนาคมเป็นฐานในการรับส่งสัญญาณภาพและเสียง ซึ่งเป็นการใช้ Internet Protocol (IP) ซึ่งเริ่มแรกการเกิดขึ้นของ Internet เกิดจากการคิดค้นเพื่อทำการเชื่อมโยงเครื่องคอมพิวเตอร์ในเครือข่ายเดียวกันให้สามารถติดต่อถึงกันได้ด้วยการกำหนดภาษาเฉพาะขึ้นมาเพื่อใช้ร่วมกันคือ Protocol

สหภาพโทรคมนาคมระหว่างประเทศหรือ ITU (The International Telecommunication Union) ได้กำหนดนิยาม IPTV (Internet Protocol Television) หมายถึง บริการมัลติมีเดีย เช่น การดูโทรทัศน์ วิดีโอ การให้บริการเกี่ยวกับ เสียง ข้อความ ภาพกราฟิก ข้อมูล ที่ส่งผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ตโพรโทคอล (Internet Protocol) มีระบบการจัดการเพื่อควบคุมคุณภาพการให้บริการและคุณภาพโดยรวมของระบบจากมุมมองของผู้ใช้ มีระบบป้องกันความปลอดภัยของข้อมูล มีการให้บริการที่มีการโต้ตอบกัน และเป็นระบบที่เชื่อถือได้¹⁷

¹⁵ ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง แผนแม่บทบริหารคลื่นความถี่ (พ.ศ. 2555) แผนแม่บทบริหารกิจการกระจายเสียง และกิจการโทรทัศน์ ฉบับที่ 1 (พ.ศ. 2555-2559) แผนแม่บทกิจการโทรคมนาคม ฉบับที่ 1 (พ.ศ. 2555-2559)

¹⁶ ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง แผนการเปลี่ยนระบบการรับส่งสัญญาณวิทยุโทรทัศน์เป็นระบบดิจิทัล (ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 21 ธันวาคม พ.ศ. 2555)

¹⁷ International Telecommunication Union, “SERIES Y : GLOBAL INFORMATION INFRASTRUCTURE, INTERNET PROTOCOL ASPECTS AND NEXT – GENERATION NETWORKS,” (Geneva: International Telecommunication Union, 2010)

1.2 วิวัฒนาการโทรคมนาคม

จุดเริ่มต้นของการติดต่อสื่อสารระหว่างบุคคลโดยระยะทาง (Communication at a distance) หรือ Telecommunication เป็นการส่งแพร่กระจายหรือการรับสัญญาณ สัญญาณ ข้อความ ภาพและเสียงใด ๆ หรือหมายถึงกระบวนการที่คิดค้นขึ้นเพื่อการใช้งานคุณสมบัติปกติของสายส่งคลื่นวิทยุ การมองเห็นหรือระบบแม่เหล็กไฟฟ้า ซึ่งการติดต่อสื่อสารเริ่มต้นจากการติดต่อผ่านทางเสียง (Voice) ระหว่างกันของบุคคล¹⁸ ซึ่งเทคโนโลยีการติดต่อสื่อสารโดยระยะทางมีการพัฒนามาตามลำดับตั้งแต่โทรศัพท์ประจำที่ โทรศัพท์เคลื่อนที่

การใช้งานโทรศัพท์เคลื่อนที่ในยุคแรกเริ่มต้นขึ้นในช่วงปี ค.ศ. 1950 ถึงประมาณ ค.ศ. 1980 โดยเริ่มต้นจากระบบ 1G. หรือ The first generation of wireless mobile telecommunications. ซึ่งโทรศัพท์เคลื่อนที่ยุค 1G เป็นโทรศัพท์ระบบแอนะล็อก มีตัวเครื่องขนาดใหญ่ มีราคาแพง และสามารถใช้งานได้เพียงการสื่อสารด้วยเสียง ผ่านการโทรเข้าและโทรออกเท่านั้น

ปี ค.ศ. 1982 องค์การบริหารงานไปรษณีย์และโทรคมนาคมของสหภาพยุโรป หรือ The European Conference of Postal and Telecommunications Administrations (CEPT) ได้กำหนดมาตรฐานระบบโทรศัพท์เคลื่อนที่ยุคที่ 2 หรือ 2G โดยมีเทคโนโลยีหลัก คือ Global System for Mobile communications (GSM) ซึ่งได้มีการใช้งานอย่างแพร่หลายทั่วโลกในปี ค.ศ. 1991 ลักษณะเด่นของโทรศัพท์เคลื่อนที่ในยุคนี้ คือการส่งสัญญาณด้วยระบบดิจิทัล ซึ่งมีความทนทานต่อสัญญาณรบกวนมากกว่าระบบแอนะล็อก ทำให้เสียงที่รับมีความคมชัดมากขึ้น นอกจากนี้ โทรศัพท์เคลื่อนที่ในยุค 2G ยังสามารถส่งข้อความหรือ SMS และสามารถใช้งานอินเทอร์เน็ตในเบื้องต้นได้ด้วย

ยุคที่ 3 ของการใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่ หรือยุค 3G เป็นยุคเริ่มต้นของการสื่อสารไร้สายความเร็วสูง (Mobile broadband) โดยตั้งแต่ช่วงปี ค.ศ. 2000 โทรศัพท์มือถือถูกใช้งานในรูปแบบที่แตกต่างออกไปจากเดิม โทรศัพท์เคลื่อนที่ในยุคนี้ ไม่ได้มีไว้ใช้เพียงแค่โทรเข้าและโทรออกอีกต่อไป แต่มีการรองรับการใช้งานอินเทอร์เน็ต หรือ Data Service ไม่ว่าจะเป็นการโทรศัพท์ผ่านอินเทอร์เน็ต (Voice over IP) การพูดคุยผ่านวิดีโอ การเล่นเกมและดูโทรทัศน์ออนไลน์ โดยมาตรฐานที่กำหนดการใช้งานของโทรศัพท์เคลื่อนที่ในยุคที่ 3 นี้ คือมาตรฐาน IMT-2000 และยุค 3G ยังเป็นยุคที่เริ่มมีการใช้งานโทรศัพท์มือถือที่มีความซับซ้อนและความสามารถใช้งานมากขึ้น ที่เราเรียกกันว่าสมาร์ทโฟน นั่นเอง

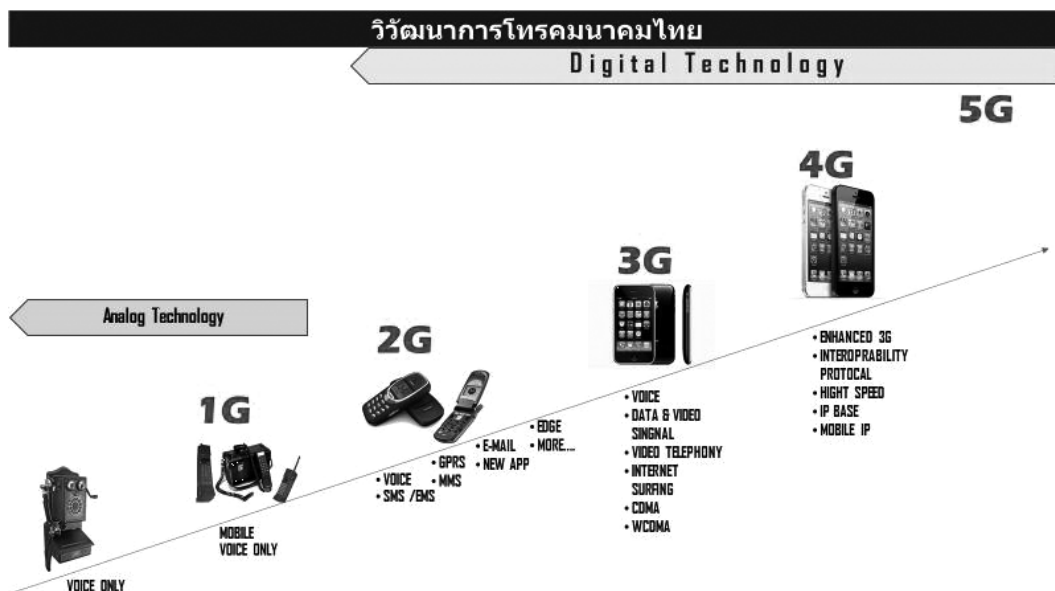
ต่อมา เทคโนโลยี 3G ได้ถูกพัฒนาขึ้นเรื่อย ๆ จนเกิดระบบ Long Term Evolution หรือ LTE ซึ่งระบบ LTE นี้ ได้รับการยอมรับให้เป็นจุดเริ่มต้นของโทรศัพท์เคลื่อนที่ยุค 4G โดยมาตรฐานที่สำคัญของระบบ 4G คือมาตรฐาน IMT-Advanced ของ International Telecommunication Union Radiocommunication Sector (ITU-R) และมาตรฐาน LTE Release 10 ของ 3GPP ซึ่งมาตรฐานดังกล่าวทั้งสองมาตรฐานได้มีการกำหนดระบบที่มีอัตราการส่งข้อมูลที่สูงขึ้น มีประสิทธิภาพการใช้งานคลื่นความถี่เพิ่มขึ้นและความหน่วง

¹⁸ International Telecommunication Union, The Constitution of the International Telecommunication Union, (Geneva: 1992),” (CS 1012) (and RR S1.3): Rec. ITU-R V.662-2 p. 7. Any transmission, emission or reception of signs, signals, writings, images and sounds or intelligence of any nature by wire, radio, optical or other electromagnetic systems.

(Latency) ของระบบลดลง เทคนิคหลักในการเพิ่มประสิทธิภาพของโทรศัพท์มือถือในยุคนี้ คือ การใช้เทคนิค Carrier Aggregation หรือการรวมช่องความถี่จำนวนมากเพื่อให้ได้ความจุที่มากขึ้นและสามารถส่งข้อมูลได้เร็วขึ้น และการใช้เทคนิค Multiple Input Multiple Output (MIMO) หรือการใช้สายอากาศจำนวนมากสำหรับการส่งและรับสัญญาณเพื่อให้ได้อัตราการส่งข้อมูลที่สูงขึ้น

3GPP ได้ออกมาตรฐาน LTE เพิ่มเติม คือ Release 11 12 และ 13 โดยมีการเพิ่มเทคนิคใหม่ ๆ เข้ามา เพื่อเพิ่มอายุการใช้งานของแบตเตอรี่และการลดต้นทุนการผลิต ซึ่งการพัฒนาเหล่านี้ส่งผลให้ระบบโครงข่ายสามารถรองรับการใช้งานอุปกรณ์จำนวนมากขึ้นได้อีกด้วย

IMT for 2020 and beyond IMT 2020 and beyond เป็นข้อเสนอแนะสำหรับเทคโนโลยี 5G ที่ ITU-R ได้เริ่มจัดทำขึ้นตั้งแต่ปี ค.ศ. 2012 ซึ่งมีใจความหลักเพื่อกำหนดประเภทการใช้งานของเทคโนโลยี 5G ในเบื้องต้น ความสามารถที่ระบบ 5G พึ่งมี รวมไปถึงกำหนดเวลาของการพัฒนามาตรฐานต่าง ๆ สำหรับเทคโนโลยี 5G



จากการศึกษาวิวัฒนาการของเทคโนโลยีโทรศัพท์และโทรคมนาคม จะเห็นได้ว่าการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีของทั้งสองกิจการในยุคเริ่มต้นทิศทางการพัฒนาเทคโนโลยีจะมุ่งเน้นพัฒนาคุณภาพของแต่ละกิจการแยกจากกัน จนกระทั่งพฤติกรรมและความต้องการของมนุษย์ที่มีอยู่อย่างไม่หยุดยั้ง ก่อให้เกิดการบรรจบกันของเทคโนโลยีกิจการโทรศัพท์และโทรคมนาคม ด้วยปรากฏการณ์หลอมรวมเทคโนโลยี (Technology Convergence) เพื่อรองรับต่อความต้องการของมนุษย์ที่ต้องการใช้เทคโนโลยีการสื่อสารที่ง่าย รวดเร็ว และเบ็ดเสร็จ ด้วยการมีมือถือเพียงเครื่องเดียวก็สามารถจัดการเรื่องต่าง ๆ ได้อย่างรวดเร็วและง่ายดายในเวลาเดียวกัน

โดยจะเห็นได้จากการรับชมโทรทัศน์แบบผ่านหน้าจอโทรทัศน์โดยตรง (Linear Television) ซึ่งเป็นการส่งสัญญาณโทรทัศน์ผ่านคลื่นความถี่ในระบบภาคพื้นดิน ทางสายเคเบิล หรือดาวเทียม ซึ่งเป็นการส่งสัญญาณภาพและเสียงจากจุดหนึ่งไปยังสาธารณะโดยผู้รับสัญญาณภาพและเสียงไม่สามารถโต้ตอบกลับมาได้ เรียกว่าเป็นการสื่อสารแบบทางเดียว อันเป็นลักษณะเฉพาะของเทคโนโลยีโทรทัศน์ และเมื่อมีการหลอมรวมทางเทคโนโลยี (Technology Convergence) จึงทำให้เกิดการรับชมโทรทัศน์แบบผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Online Television) ซึ่งเป็นการส่งสัญญาณภาพและเสียงจากจุดหนึ่งไปยังสาธารณะ โดยผู้รับสัญญาณดังกล่าวสามารถโต้ตอบกลับมายังจุดที่ส่งสัญญาณได้ อันเป็นลักษณะเฉพาะของเทคโนโลยีโทรคมนาคมเกิดขึ้นมา เช่น IPTV (Internet Protocol Television)¹⁹ หรือ OTT (Over the Top)²⁰

2. ความทั่วไปและบทวิเคราะห์เกี่ยวกับกฎหมายการอนุญาตและการกำกับดูแลบริการข้อมูล บริการสื่อสาร และบริการสื่อของประเทศไทย และประเทศสิงคโปร์

2.1 กฎหมายการอนุญาตและการกำกับดูแลบริการข้อมูล บริการสื่อสาร และบริการสื่อของประเทศไทย

ประเทศไทยเริ่มปฏิรูปสื่อในช่วงระยะเวลา 20 กว่าปีที่ผ่านมา โดยปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 40²¹ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 47²² ที่กำหนดว่าคลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งวิทยุกระจายเสียง โทรทัศน์ และโทรคมนาคมเป็นทรัพยากรของชาติ โดยให้องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระทำหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่ และกำกับดูแลการประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ซึ่งจะต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของประชาชนในด้านการศึกษา

¹⁹ IPTV (Internet Protocol Television) เป็นการส่งสัญญาณภาพและเสียง Streaming คุณภาพสูง รวมถึงวิดีโอตามความต้องการ (Video on Demand : VoD) ผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Internet Protocol Network) ซึ่งสามารถให้บริการอินเทอร์เน็ต บริการโทรศัพท์ บริการโทรทัศน์ ไปได้พร้อม ๆ กัน ซึ่งระบบ IP จะเป็นการให้บริการในลักษณะปิดที่ทำการส่งสัญญาณตรงไปยังผู้ใช้บริการในรูปแบบของ Multicast ดังนั้น จึงมีรูปแบบการให้บริการแบบ Pay TV โดยผู้ใช้บริการสามารถสนทนาโต้ตอบกับผู้ใช้บริการได้โดยผ่านสื่อตัวเดียวกัน (Interactive) เช่น การสนทนา (Chat room) เป็นต้น

²⁰ OTT (Over the Top) เป็นบริการสื่อสารและแพร่ภาพและเสียงผ่านทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ตที่ไม่ใช่เครือข่ายกระจายเสียงและโทรทัศน์ ซึ่งเป็นไปตามนิยามที่คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ ได้ให้นิยามไว้ โดยผู้ให้บริการจะอาศัยเข้าใช้โครงข่ายด้านโทรคมนาคม เช่น เครือข่ายอินเทอร์เน็ตแบบประจำที่และเคลื่อนที่ เครือข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ เพื่อเป็นช่องทางในการส่งสัญญาณภาพและเสียงไปยังผู้ใช้บริการ

²¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 40 “คลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งวิทยุกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์และวิทยุโทรคมนาคมเป็นทรัพยากรสื่อสารของชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะ ให้มีองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระทำหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่ตามวรรคหนึ่ง และกำกับดูแลการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ การดำเนินการตามวรรคสอง ต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของประชาชนในระดับชาติ และระดับท้องถิ่น ทั้งในด้านการศึกษาด้านวัฒนธรรมความมั่นคงของรัฐและประโยชน์สาธารณะอื่น รวมทั้งการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม”

²² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 47 “คลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และโทรคมนาคมเป็นทรัพยากรสื่อสารของชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะ

ให้มีองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระองค์กรหนึ่งทำหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่ตามวรรคหนึ่ง และกำกับดูแลการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

การดำเนินการตามวรรคสองต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของประชาชนในระดับชาติและระดับท้องถิ่น ทั้งในด้านการศึกษาด้านวัฒนธรรม ความมั่นคงของรัฐ ประโยชน์สาธารณะอื่น และการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม รวมทั้งต้องจัดให้ภาคประชาชนมีส่วนร่วมในการดำเนินการสื่อสารมวลชนสาธารณะ

การกำกับการประกอบกิจการตามวรรคสองต้องมีมาตรการเพื่อป้องกันมิให้มีการครอบงำ การครองสิทธิข้ามสื่อ หรือการครอบงำ ระหว่างสื่อมวลชนด้วยกันเองหรือโดยบุคคลอื่นใด ซึ่งจะมีผลเป็นการขัดขวางเสรีภาพในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารหรือปิดกั้นการได้รับข้อมูลข่าวสารที่หลากหลายของประชาชน”

วัฒนธรรม ความมั่นคงของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ และการแข่งขันอย่างเป็นธรรม รวมทั้งต้องให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการดำเนินการสื่อมวลชนสาธารณะ ป้องกันมิให้มีการขัดขวางเสรีภาพในการรับรู้ข้อมูลข่าวสาร หรือการปิดกั้นการรับรู้ข้อมูลข่าวสารที่หลากหลายของประชาชน

ก่อนที่จะมีการปฏิรูปสื่อ ประเทศไทยมีกลไกและกฎหมายด้านการสื่อสารโดยเริ่มตั้งแต่ กฎหมายเกี่ยวกับโทรเลข เมื่อจุลศักราช 1246 ต่อมามีการตราพระราชบัญญัติโทรเลขและโทรศัพท์ พ.ศ. 2477 ที่กำหนดให้สิทธิเด็ดขาดในการตั้งและทำการโทรเลขและโทรศัพท์ภายในราชอาณาจักรเป็นของรัฐบาลโดยให้กรมไปรษณีย์โทรเลขมีสิทธิและหน้าที่แต่ผู้เดียวในการตั้งและทำการโทรเลขและโทรศัพท์ ทั้งนี้ อธิบดีกรมไปรษณีย์โทรเลขอาจออกใบอนุญาตเฉพาะให้แก่บุคคลใดตั้งทำการโทรเลขหรือโทรศัพท์ เพื่อใช้เองได้ตามเงื่อนไขที่กำหนด²³ ส่วนด้านกิจการโทรทัศน์มีการกำหนดพระราชบัญญัติวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ พ.ศ. 2498 กำหนดให้การดำเนินบริการส่งวิทยุโทรทัศน์จะต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานผู้ออกใบอนุญาต เว้นแต่ กรมประชาสัมพันธ์ กรมไปรษณีย์โทรเลข กระทรวงกลาโหม และกระทรวง ทบวง กรมอื่นใด และนิติบุคคลตามที่กำหนดในกฎกระทรวง²⁴ เป็นยุคที่รัฐมีสิทธิเด็ดขาด ในการให้บริการด้านการสื่อสาร ต่อมาเมื่อสังคมเปลี่ยนแปลงไป การใช้งานด้านการสื่อสารมีความแพร่หลายมากขึ้น ทำให้รัฐปรับเปลี่ยนให้เอกชนเข้าร่วมดำเนินงานมากขึ้นไม่ว่าจะในรูปของการให้สัญญาสัมปทาน หรือการให้เข้าร่วมดำเนินงานกับรัฐ จนกระทั่งมีพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 จึงเกิดการแยกระหว่างผู้ให้บริการด้านการสื่อสารกับผู้กำกับการดูแลออกอากาศ ด้วยการจัดให้มีองค์กรกำกับดูแลด้านกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมขึ้นมา

กฎหมายว่าด้วยองค์กรกำกับดูแล ด้านกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ได้มีการปรับปรุงโครงสร้างองค์กรกำกับดูแลกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ในส่วนที่เกี่ยวกับการจัดตั้งองค์กรหลายครั้ง กล่าวคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 40 และมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่กิจการวิทยุกระจายเสียง กิจการวิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 กำหนดให้มีองค์กรกำกับดูแลด้านสื่อสารออกเป็น 2 องค์กร คือ คณะกรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แห่งชาติ (กสช.)²⁵ โดยให้มีอำนาจหน้าที่ในการออกใบอนุญาต และกำกับการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์²⁶ และให้มีสำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แห่งชาติมีฐานะเป็นหน่วยงานรัฐที่เป็นนิติบุคคล ทำหน้าที่เป็นหน่วยงานธุรการของ กสช. และคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.)²⁷ โดยให้มีอำนาจหน้าที่ในการออกใบอนุญาต และกำกับการประกอบกิจการโทรคมนาคม²⁸ และให้มีสำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติมีฐานะ

²³ พระราชบัญญัติโทรเลขและโทรศัพท์ พ.ศ. 2477 มาตรา 5 มาตรา 6 และมาตรา 7

²⁴ พระราชบัญญัติวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ พ.ศ. 2498 มาตรา 4 และมาตรา 5

²⁵ พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่กิจการวิทยุกระจายเสียง กิจการวิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 มาตรา 6

²⁶ พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่กิจการวิทยุกระจายเสียง กิจการวิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 มาตรา 23

²⁷ พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่กิจการวิทยุกระจายเสียง กิจการวิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 มาตรา 46

²⁸ พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่กิจการวิทยุกระจายเสียง กิจการวิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 มาตรา 51

เป็นหน่วยงานรัฐที่เป็นนิติบุคคล ทำหน้าที่เป็นหน่วยงานธุรการของ กทช.²⁹ และต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 47³⁰ กำหนดให้รวมองค์กำกับดูแลทั้งสองเข้าด้วยกันให้เป็นคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) แต่ยังคงให้มีคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง และกิจการโทรทัศน์ (กสท.)³¹ และคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคม (กทค.)³² ซึ่งเป็นคณะกรรมการเฉพาะเป็นหน่วยงานย่อยที่มีอำนาจหน้าที่แยกต่างหากจากกัน³³ และให้มีสำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (สำนักงาน กสทช.) มีฐานะเป็นหน่วยงานรัฐที่เป็นนิติบุคคล ทำหน้าที่เป็นหน่วยงานธุรการของ กสทช. กสท. และ กทค.³⁴ และในปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560³⁵ และพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่กิจการวิทยุกระจายเสียง กิจการวิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553³⁶ กำหนดให้คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) เป็นองค์กรกำกับดูแลด้านกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมมีเพียงเป็นองค์กรเดียว จึงส่งผลทำให้คณะกรรมการเฉพาะด้านทั้งสองคณะถูกยกเลิกไป

นอกจากการกำหนดโครงสร้างองค์กรกำกับดูแลดังกล่าวมาข้างต้น ยังมีการกำหนดบทบัญญัติด้านการประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ซึ่งในบทความนี้จะศึกษาในส่วน of ประเภทการอนุญาตและเงื่อนไขการกำกับดูแลของแต่ละกิจการ ดังนี้

(1) กิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ การให้บริการในกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ มีการแบ่งลักษณะและประเภทการให้บริการ³⁷ ดังนี้

(1.1) การให้บริการโทรทัศน์ (Service Provider) คือ การให้บริการการส่งข่าวสาร สาธารณะหรือรายการไปยังเครื่องรับที่สามารถรับชมหรือรับฟังการให้บริการนั้น ๆ ได้ ไม่ว่าจะส่งผ่านระบบคลื่นความถี่ ระบบสาย ระบบแสง ระบบแม่เหล็กไฟฟ้า หรือระบบอื่น ระบบใดระบบหนึ่ง หรือหลายระบบรวมกัน หรือการให้บริการอื่นทำนองเดียวกันที่คณะกรรมการกำหนดให้เป็นกิจการ กระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์ โดยการให้บริการโทรทัศน์กำหนดให้มี 2 รูปแบบ คือ (1) การให้บริการโทรทัศน์ที่ต้องขอรับการจัดสรรคลื่นความถี่ แบ่งออกได้

²⁹ พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่กิจการวิทยุกระจายเสียง กิจการวิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 มาตรา 57

³⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 47 “กำหนดให้คลื่นความถี่ในการส่งสัญญาณวิทยุกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์ และวิทยุโทรคมนาคมเป็นทรัพยากรสื่อสารของชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะให้มีองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระทำหน้าที่กำกับดูแลการประกอบกิจการ โดยการจัดตั้งองค์กรกำกับดูแลต้องมีการกำหนดคณะกรรมการเฉพาะด้านกระจายเสียง โทรทัศน์”

³¹ พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่กิจการวิทยุกระจายเสียง กิจการวิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 มาตรา 35 มาตรา 37

³² พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่กิจการวิทยุกระจายเสียง กิจการวิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 มาตรา 38 มาตรา 40

³³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 305 (1)

³⁴ พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่กิจการวิทยุกระจายเสียง กิจการวิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 มาตรา 56

³⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 60 วรรคสาม และมาตรา 274

³⁶ พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่กิจการวิทยุกระจายเสียง กิจการวิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 มาตรา 3

³⁷ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551, มาตรา 27(3)

3 ประเภท (ก) กิจการบริการสาธารณะ³⁸ (ข) กิจการบริการชุมชน³⁹ (ค) กิจการบริการทางธุรกิจ⁴⁰ (2) การให้บริการโทรทัศน์ที่ไม่ใช้คลื่นความถี่ซึ่งไม่ต้องขอรับการจัดสรรคลื่นความถี่

(1.2) การให้บริการโครงข่าย (Network Provider) คือ การให้บริการระบบการเชื่อมโยงของกลุ่มเครื่องส่งหรือถ่ายทอดสัญญาณเสียงหรือภาพที่ใช้ในการส่งข่าวสารสาธารณะหรือรายการจากสถานีไปยังเครื่องรับ ไม่ว่าจะโดยสื่อตัวนำที่เป็นสาย คลื่นความถี่ แสง คลื่นแม่เหล็กไฟฟ้าหรือสื่อตัวนำอื่นใด

(1.3) การให้บริการสิ่งอำนวยความสะดวก (Facility Provider) คือ การให้บริการ โครงสร้างพื้นฐาน หรือสิ่งอำนวยความสะดวกเพื่อการให้บริการกิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์ ไม่ว่าจะ เป็น ที่ดิน อาคาร สิ่งปลูกสร้าง เสา ระบบสาย สายอากาศ ท่อ หรือสิ่งอื่นใดตามที่คณะกรรมการกำหนด

(1.4) การให้บริการแบบประยุกต์ (Application) คือ การให้บริการเสียง การให้บริการข้อมูล การให้บริการสื่อประสม หรือการให้บริการอื่นทำนองเดียวกัน โดยผ่านโครงข่ายกระจายเสียง หรือโทรทัศน์ ที่เป็นการให้บริการโดยตรงต่อผู้รับบริการ ไม่ว่าจะ บริการ ค่าธรรมเนียม หรือค่าใช้จ่ายอื่นใดหรือไม่ก็ตาม

(2) กิจการโทรคมนาคม การให้บริการโทรคมนาคมในประเทศไทยต้องได้รับอนุญาตจาก กสทช. ตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 กสทช. การให้บริการโทรคมนาคม แบ่งออกเป็น 3 แบบ

(2.1) แบบที่หนึ่ง สำหรับผู้ประกอบการกิจการโทรคมนาคมที่ไม่มีโครงข่ายโทรคมนาคมเป็นของตนเอง เป็นกิจการที่มีวัตถุประสงค์ให้บริการได้โดยเสรี ได้แก่ บริการอินเทอร์เน็ตแบบที่หนึ่ง (Internet Access Service) บริการออดิโอเท็กซ์ (Audiotext Service) บริการขายต่อบริการ (Resale of Public Switched Telecommunication Services) บริการมูลค่าเพิ่มการบันทึกและส่ง (Store-and-Retrieve Value-Added Services) บริการโทรศัพท์แบบจ่ายเงินล่วงหน้า (Public Chain Payphone Service) และบริการการ์ดโทรศัพท์ระหว่างประเทศ (International Calling Card Service) เป็นต้น⁴¹

(2.2) แบบที่สอง สำหรับผู้ประกอบการกิจการโทรคมนาคมที่มีหรือไม่มีโครงข่ายของตนเอง ซึ่งมีวัตถุประสงค์การให้บริการเฉพาะกลุ่มบุคคล ไม่มีผลกระทบโดยนัยสำคัญต่อการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม

³⁸ การให้บริการโทรทัศน์กิจการบริการสาธารณะ เป็นบริการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้บริการสาธารณะ แบ่งออกเป็นสามประเภท คือ (1) บริการสาธารณะประเภทที่หนึ่งสำหรับการให้บริการเพื่อเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการส่งเสริมความรู้ การศึกษา ศาสนา ศิลปะและวัฒนธรรม วิทยาศาสตร์ เทคโนโลยีและสิ่งแวดล้อม การเกษตร และการส่งเสริมอาชีพอื่น ๆ สุขภาพ อนามัย กีฬา หรือการส่งเสริมคุณภาพชีวิตของประชาชน (2) บริการสาธารณะประเภทที่สองสำหรับการให้บริการเพื่อเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยสาธารณะ (3) บริการสาธารณะประเภทที่สามสำหรับการให้บริการเพื่อเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการส่งเสริมความเข้าใจอันดีระหว่างรัฐบาลกับประชาชนและรัฐสภากับประชาชน การกระจายข้อมูลข่าวสารเพื่อการส่งเสริมสนับสนุนในการเผยแพร่และให้การศึกษาแก่ประชาชนเกี่ยวกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข บริการข้อมูลข่าวสารอันเป็นประโยชน์สาธารณะแก่คนพิการ คนด้อยโอกาส หรือกลุ่มความสนใจที่มีกิจกรรมเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือบริการข้อมูลข่าวสารอันเป็นประโยชน์สาธารณะอื่น

³⁹ การให้บริการโทรทัศน์กิจการบริการชุมชน มีวัตถุประสงค์เพื่อให้บริการสาธารณะแต่ต้องเป็นประโยชน์ตามความต้องการของชุมชนหรือท้องถิ่นสำหรับที่รับบริการ

⁴⁰ การให้บริการโทรทัศน์กิจการบริการทางธุรกิจ เป็นบริการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไรในทางธุรกิจ แบ่งออกเป็นสามประเภท คือ (1) บริการทางธุรกิจระดับชาติสำหรับการให้บริการที่มีพื้นที่ให้บริการครอบคลุมทุกภาคของประเทศ (2) บริการทางธุรกิจระดับภูมิภาคสำหรับการให้บริการที่มีพื้นที่ให้บริการในกลุ่มจังหวัด (3) บริการทางธุรกิจระดับท้องถิ่นสำหรับการให้บริการที่มีพื้นที่การให้บริการในจังหวัด

⁴¹ ประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง ลักษณะและประเภทของกิจการโทรคมนาคมที่ต้องได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคม ข้อ 3

หรือไม่มีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะและผู้บริโภค เพื่อให้บริการเช่าใช้หรือให้บริการโครงข่าย ได้แก่ โครงข่ายโทรคมนาคมทางสาย (Wireline Network) โครงข่ายโทรคมนาคมไร้สาย (Wireless Network) บริการโทรศัพท์ประจำที่ (Public Switched Telephone Service) บริการรวมแบบดิจิทัล (Integrated Services Digital Network Service) บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ (Public Cellular Mobile Telephone Service) บริการข้อมูลเคลื่อนที่ (Public Mobile Data Service) บริการพหุสื่อความเร็วสูง (Public Broadband Multimedia Service) บริการเชื่อมโยงภาคพื้นโลก (Terrestrial Link Service) บริการรับ-ส่งสัญญาณผ่านดาวเทียม (Satellite Uplink/Downlink Service) เป็นต้น⁴²

(2.3) แบบที่สาม สำหรับผู้ประกอบการโทรคมนาคมที่มีโครงข่ายเป็นของตนเอง เพื่อให้เช่าใช้บริการหรือเพื่อให้บริการโครงข่ายแก่บุคคลจำนวนมากโดยมีนัยสำคัญต่อการแข่งขันเสรีอย่างเป็นธรรมหรือมีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งมีรายบริการเช่นเดียวกับการให้บริการโทรคมนาคมแบบที่สอง⁴³ การให้บริการโทรคมนาคมแบบที่สาม กสทช. ได้กำหนดลักษณะและประเภทของกิจการแบ่งออกเป็น

(2.3.1) การให้บริการโครงข่ายโทรคมนาคม หรือสิ่งอำนวยความสะดวกด้านโทรคมนาคม (Network or Facility Based)

(2.3.2) การให้บริการโทรคมนาคม (Service Based) ซึ่งเป็นการกำหนดประเภทกิจการโทรคมนาคมตามสารสนเทศ (Information Based) ที่ให้บริการแก่ผู้ใช้บริการโทรคมนาคมปลายทาง (End User) ในรูปแบบการให้บริการเสียง (Voice) การให้บริการข้อมูล (Data) และการให้บริการพหุสื่อหรือสื่อผสม (Multimedia)

2.2 กฎหมายการอนุญาตและการกำกับดูแลบริการข้อมูล บริการสื่อสาร และบริการสื่อของประเทศสิงคโปร์

ประเทศสิงคโปร์มีระบบราชการที่คณะรัฐมนตรีทำหน้าที่กำกับดูแลการทำงานของหน่วยงานราชการ โดยแบ่งหน่วยงานออกเป็น 3 ประเภท คือ (1) หน่วยงานกลาง (Central Organization of State) (2) กระทรวงต่าง ๆ (3) องค์การบริหารอิสระ (Statutory Agencies or Statutory Boards)

กิจการด้านการสื่อสารสารสนเทศและด้านสื่อ ประเทศสิงคโปร์จัดตั้งคณะกรรมการอิสระ (Statutory Broad) ให้ทำหน้าที่กำกับดูแลการสื่อสารสารสนเทศและสื่อ แบ่งออกเป็นคณะกรรมการอิสระด้านสื่อสารสนเทศ คือ The Infocomm Development Authority of Singapore (IDA) และคณะกรรมการอิสระด้านสื่อ คือ The Media Development Authority (MDA) และในปัจจุบันมีการปรับโครงสร้างหน่วยงานที่ทำหน้าที่กำกับดูแลสื่อและสารสนเทศ โดยการยุบ The Infocomm Development Authority of Singapore (IDA) และ The Media Development Authority (MDA) และจัดตั้งคณะกรรมการอิสระด้านพัฒนาการสื่อสารและสารสนเทศ คือ The Infocommunications Media Development Authority (IMDA) และองค์กรเทคโนโลยีของรัฐบาล คือ The Government Technology Organisation (GTO) แทน

⁴² ประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง ลักษณะและประเภทของกิจการโทรคมนาคมที่ต้องได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคม ข้อ 2

⁴³ ประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง ลักษณะและประเภทของกิจการโทรคมนาคมที่ต้องได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคม ข้อ 1

คณะกรรมการอิสระด้านพัฒนาการสื่อและสารสนเทศ คือ The Infocommunications Media Development Authority (IMDA) เกิดขึ้นจากปรับโครงสร้างด้วยการแปรรูปองค์การ (Corporatization) ซึ่งเป็นแนวคิดการปฏิรูประบบราชการแผ่นดินของประเทศสิงคโปร์ที่ต้องการให้ราชการ หน่วยงานรัฐมีความยืดหยุ่นในการบริหารงาน มีโครงสร้างทางการเงินที่เหมาะสม มีอิสระในการจัดโครงสร้างองค์การ และอิสระจากการควบคุมของระบบราชการ ซึ่งจะทำให้ IMDA มีความสามารถที่จะเลือกลงทุนขยายกิจการ แข่งขันและสร้างนวัตกรรม ปรับปรุงการให้บริการ และเลือกลงทุนได้ ทั้งนี้ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐบาลสิงคโปร์ที่ต้องการให้เกิดการบริหารจัดการและกำกับดูแลด้านการให้บริการสื่อสารและภูมิทัศน์สื่อที่มีการหลอมรวมและเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งรูปแบบการใช้อำนาจและความสัมพันธ์ของการใช้อำนาจตามกฎหมายระหว่างรัฐมนตรีการสื่อสารและสารสนเทศ (The Ministry of Communications and Information (MCI)) กับ IMDA มีการกำหนดไว้ใน Info-communication Media Development Authority Act 2016 ซึ่งมีหลักการใช้เชื่อมโยงการอำนาจของ IMDA โดยการได้รับมอบอำนาจในด้านการกำกับดูแลการสื่อสารสารสนเทศของประเทศจากรัฐมนตรี โดยรัฐมนตรีมีอำนาจในการเรียกดูข้อมูลต่าง ๆ ในการปฏิบัติงานของ IMDA ได้⁴⁴ ซึ่งเป็นรูปแบบความสัมพันธ์การใช้อำนาจระหว่างคณะกรรมการอิสระเฉพาะด้านกับกระทรวงที่มีอำนาจตามกฎหมายของประเทศสิงคโปร์

การศึกษากฎหมายของสิงคโปร์ในบทความนี้มุ่งเน้นศึกษาและวิเคราะห์ในส่วนที่เกี่ยวกับการอนุญาตและการกำกับการให้บริการข้อมูลและบริการสื่อสาร รวมถึงบริการสื่อ เพื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายของไทยในส่วนของการอนุญาตและการกำกับดูแลด้านการให้บริการด้านสื่อสาร สารสนเทศ และสื่อ และนำไปสู่แนวทางการกำหนดรูปแบบการอนุญาตและการกำกับดูแลด้านการให้บริการสื่อสาร สารสนเทศ และสื่อที่รองรับต่อการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วของเทคโนโลยี

พระราชบัญญัติจัดตั้งองค์กรกำกับสื่อและการสื่อสาร พ.ศ. 2559 (Info-communication Media Development Authority Act 2016) โดยในบทความนี้จะใช้คำว่า “Infocomm Act” ได้ปรับปรุงและแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลและการอนุญาต ดังนี้

(1) การปรับโครงสร้างองค์การของรัฐ เพื่อทำหน้าที่ในการกำกับดูแลสื่อ ข้อมูล การสื่อสาร โดยรัฐบาลสิงคโปร์ได้ตราพระราชบัญญัติการจัดตั้งองค์กรกำกับสื่อและการสื่อสาร (The Info-communications Media Development Authority (IMDA)) และยกเลิกพระราชบัญญัติการพัฒนาการสื่อสารและข้อมูล

⁴⁴ The Info-communications Media Development Authority Act 2016 (No.22 of 2016), The Info-communications Media Development Authority Act 2016 (No.22 of 2016), section 8.

(1) The Minister may give to the Authority any direction under section 5 of the Public Sector (Governance) Act 2018.

(2) To avoid doubt, the Minister is entitled (a) to information in the possession of the Authority; and (b) where the information is in or on a document, to have, and make and retain copies of, that document.

(3) For the purposes of this section, the Minister may request the Authority — (a) to furnish information to the Minister; or (b) to give the Minister access to information.

(4) The Authority must comply with a request under subsection (3).

(5) In this section, “information” means information specified, or of a description specified, by the Minister that relates to the Authority’s functions, and includes a document.

(The Info-communications Development Authority of Singapore Act) และพระราชบัญญัติองค์การพัฒนาสื่อ (The Media Development Authority of Singapore Act)⁴⁵ รวมถึงการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลสื่อและการสื่อสารทั้งหมดของประเทศ⁴⁶ กล่าวคือ กฎหมายว่าด้วยการแพร่ภาพกระจายเสียง กฎหมายว่าด้วยภาพยนตร์ กฎหมายว่าด้วยหนังสือพิมพ์และการพิมพ์ กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล กฎหมายว่าด้วยการพนันทางไกล กฎหมายว่าด้วยการโทรคมนาคม และกฎหมายอื่น ๆ ที่มีผลเกี่ยวข้องกับการปรับโครงสร้างองค์การของรัฐที่กฎหมายกำหนดให้กำกับดูแลสื่อและการสื่อสาร ซึ่งการแก้ไขบทบัญญัติต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง เพื่อกำหนดให้ IMDA มีอำนาจและหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องด้วย จึงทำให้การกำกับดูแลสื่อและการสื่อสารมีความเป็นเอกภาพ สามารถบริหารจัดการการแข่งขันและการคุ้มครองผู้บริโภคในอุตสาหกรรมสื่อได้อย่างเหมาะสม จะเห็นได้ว่าการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายของสิงคโปร์เริ่มต้นจากการกำหนดนโยบายในรูปของแผนแม่บทด้านสื่อของประเทศ⁴⁷ ด้วยการวางหลักการสร้างโครงสร้างพื้นฐานที่สามารถเชื่อมต่อเครือข่ายหลายเครือข่ายเข้าด้วยกันอย่างมีประสิทธิภาพทำให้การสื่อสารของประเทศเกิดการเชื่อมต่อกันได้ทุกที่ ทุกเวลา และทุกอุปกรณ์ ให้ไปพร้อมกับการสร้างความเข้มแข็งให้กับภาคธุรกิจ ในกิจการสื่อและการสื่อสารและการพัฒนาบุคลากรในภาคธุรกิจ ซึ่งจะช่วยให้ประชากรและภาคธุรกิจอื่น ๆ ได้ใช้บริการสื่อและการสื่อสารที่มีศักยภาพ รวมไปถึงการสร้างระบบค้นคว้าวิจัยและพัฒนาเพื่อสนับสนุนอุตสาหกรรมสื่อและการสื่อสารเป็นไปอย่างมีระบบด้วย จนนำไปสู่การปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายด้านการกำกับดูแลสื่อและการสื่อสาร และการแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งระบบ ทำให้บทบัญญัติกฎหมายสามารถนำมาถือปฏิบัติได้อย่างเป็นรูปธรรม และสนับสนุนการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน

(2) การกำหนดนโยบายด้านการกำกับดูแล บทบัญญัติของ Infocomm Act ให้อำนาจ IMDA กำหนดทิศทางและนโยบายการบริการข้อมูล การบริการด้านการสื่อสาร และการบริการสื่อของประเทศ ไว้ในมาตรา 5 (2) (b) และ (c)⁴⁸ ซึ่งกำหนดให้การใช้อำนาจของ IMDA จะต้องคำนึงถึงความต้องการของประเทศทางด้านสังคม อุตสาหกรรม และการค้า สำหรับการบริการข้อมูล การบริการสื่อสาร การบริการสื่อ และการหลอมรวมของบริการสื่อสารและข้อมูล รวมถึงความต้องการในการรองรับการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีทั้งภายในและภายนอกประเทศ บทบัญญัติในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการกำหนดบทบัญญัติกฎหมายที่มีความยืดหยุ่น เนื่องจากการกำหนดขอบเขตอำนาจของ IMDA ให้สามารถกำหนดกรอบนโยบายและแนวทางการกำกับดูแลกิจการสื่อและกิจการสื่อสารข้อมูลของประเทศได้อย่างคล่องตัวและสามารถรองรับต่อการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีได้อย่างเท่าทัน ตลอดจนสามารถนำเอาเทคโนโลยีมาเป็นเครื่องมือหรือกลไกสำคัญต่อการพัฒนาระบบเศรษฐกิจและสังคมของประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้ เนื่องจากที่ผ่านมาการอนุญาตและการกำกับดูแลการให้บริการสื่อและการสื่อสารข้อมูลจะกำหนดจากมาตรฐานทางเทคโนโลยีเป็นหลัก ดังนั้น เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงเทคโนโลยีจึงจำเป็นต้องมีการปรับเปลี่ยนบทบัญญัติกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีเสมอ จนทำให้เกิดอุปสรรคต่อการพัฒนาอุตสาหกรรมและประเทศ

⁴⁵ The Info-communications Media Development Authority Act 2016 (No.22 of 2016)

⁴⁶ The Info-communications Media Development Authority Act 2016 (No.22 of 2016), Part 11.

⁴⁷ Ministry of Communications and Information, Infocomm Media 2025, August 2015.

⁴⁸ The Info-communications Media Development Authority Act 2016 (No.22 of 2016), section 5 (2) (a) (b).

(3) อำนาจหน้าที่การอนุญาตและการกำกับดูแลการให้บริการข้อมูล การให้บริการสื่อสาร และการให้บริการสื่อ Infocomm Act มาตรา 5⁴⁹ กำหนดให้ IMDA ส่งเสริมประสิทธิภาพการแข่งขันทั้งภายในและระหว่างประเทศรวมถึงการพัฒนาบริการข้อมูลและการสื่อสาร บริการสื่อ ระบบข้อมูลและการสื่อสารและเทคโนโลยีและการสื่อสารข้อมูล การสื่อสารและอุตสาหกรรมสื่อ ส่งเสริมตลาดบริการสื่อหรือระบบโทรคมนาคมที่มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม กำกับดูแลทบทวนข้อปฏิบัติเกี่ยวกับการใช้ระบบการโทรคมนาคม อุปกรณ์ระบบปฏิบัติการที่ใช้สำหรับการเชื่อมต่อกับระบบอื่น ๆ และการให้บริการโทรคมนาคม เพื่อให้ประชาชนสามารถเข้าถึงบริการโทรคมนาคมได้อย่างมีประสิทธิภาพ และกำกับดูแลทบทวนข้อปฏิบัติเกี่ยวกับบริการสื่อ อุปกรณ์ และสิ่งอำนวยความสะดวกในการเชื่อมต่อบริการสื่อเพื่อให้เกิดบริการสื่อที่หลากหลาย มีมาตรฐานคุณภาพของเนื้อหาโดยไม่ขัดต่อผลประโยชน์สาธารณะ ความสงบเรียบร้อยหรือความสามัคคีของชาติ รวมตลอดจนการดำเนินการเพื่อให้การกำกับดูแลตามบทบัญญัติกฎหมายให้เกิดประสิทธิภาพ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดขอบเขตอำนาจหน้าที่ของ IMDA ในกรอบของหลักการไว้

นอกจาก Infocomm Act จะปรับโครงสร้างตามที่กล่าวมาข้างต้นแล้วยังมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติที่ครอบคลุมถึงลักษณะและรูปแบบการให้บริการข้อมูล บริการการสื่อสาร และบริการสื่อที่มีการหลอมรวมกันอันเกิดมาจากเทคโนโลยี ด้วยการกำหนดนิยามคำว่า “อุตสาหกรรมข้อมูลการสื่อสารและสื่อ”⁵⁰ หมายถึง

⁴⁹ Section 5

(1) The Authority has the following functions:

(a) to promote the efficiency, competitiveness (including internationally) and development of the information, communications and media industry in Singapore;

(b) to promote and maintain fair and efficient market conduct and effective competition between persons engaged in commercial activities in connection with media services or telecommunication systems and services in Singapore or, in the absence of a competitive market, to prevent the misuse of monopoly or market power;

(c) to regulate the provision and use of telecommunication systems, and equipment and software in connection with such systems, and telecommunication services, in Singapore, including by

(i) ensuring that telecommunication services are reasonably accessible to all persons in Singapore, and are supplied as efficiently and economically as practicable and at performance standards that reasonably meet the social, industrial and commercial needs of Singapore; and

(ii) determining or approving prices, tariffs and charges for the provision of telecommunication systems and services;

(d) to regulate the provision and use of media services, and equipment and facilities used in connection with media services, in Singapore, including by

(i) facilitating the provision of an adequate range of media services that serves the interests of the general public;

(ii) ensuring that media services are provided at a high standard in all respects, particularly in respect of the quality, balance and range of subject matter of their content; and

(iii) ensuring that the content of media services is not against public interest, public order or national harmony, and does not offend against good taste or decency;

⁵⁰ Section 2. In this Act, unless the context otherwise requires

“information, communications and media industry” means an industry comprising persons who carry on any business or engage in any commercial activity in connection with one or more, or any part, or any combination, of the following:

(a) an information and communications service;

(b) a media service;

(c) an information and communications system;

(d) an information and communications technology;

อุตสาหกรรมที่ประกอบไปด้วยบุคคลที่ประกอบธุรกิจหรือมีส่วนร่วมในกิจกรรมเชิงพาณิชย์ใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับบริการข้อมูลและการสื่อสาร บริการสื่อ ระบบข้อมูลและการสื่อสาร เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร อย่างหนึ่งอย่างใดหรือมากกว่าหนึ่งอย่าง หรือมีส่วนหนึ่งส่วนใดหรือการรวมกันของบริการ หรือกิจกรรมที่ดังกล่าวมา ซึ่งแสดงให้เห็นถึงขอบเขตอำนาจหน้าที่ของ IMDA ที่มีความครอบคลุมอุตสาหกรรมข้อมูล การสื่อสาร และสื่อ ทั้งระบบที่ดำเนินการรวบรวม จัดเก็บ ใช้งาน หรือส่งในรูปแบบต่าง ๆ เช่น ข้อมูลสารสนเทศ ภาพยนตร์ หนังสือพิมพ์ การแพร่ภาพและเสียง หรือการสื่อสารข้อมูลใด ๆ ต่อสาธารณะ ด้วยเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับการใช้คอมพิวเตอร์หรือระบบโทรคมนาคม

นอกจากนี้ ได้มีการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตและการกำกับดูแล การบริการข้อมูล บริการสื่อสาร และบริการสื่อ คือ พระราชบัญญัติการแพร่ภาพกระจายเสียง⁵¹ พระราชบัญญัติการโทรคมนาคม⁵² พระราชบัญญัติภาพยนตร์⁵³ พระราชบัญญัติข้อมูลส่วนบุคคล⁵⁴ ด้วยการกำหนดให้ผู้มีอำนาจตามบทบัญญัตินี้ทั้งหมดเป็น IMDA ในส่วนของการอนุญาตให้บริการสิ่งใดก็ได้กำหนดบทบัญญัติกฎหมายจำแนกออกตามประเภทของเทคโนโลยี กล่าวคือ การให้บริการแพร่ภาพกระจายเสียง การให้บริการโทรคมนาคม การให้บริการสิ่งพิมพ์ การให้บริการภาพยนตร์ ซึ่งในบทความนี้จะศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบเฉพาะลักษณะการให้บริการโทรคมนาคมและบริการแพร่ภาพกระจายเสียง

การแบ่งประเภทการอนุญาตของกิจการแพร่ภาพกระจายเสียงและกิจการโทรคมนาคมของประเทศสิงคโปร์ภายใต้พระราชบัญญัติการแพร่ภาพกระจายเสียง พระราชบัญญัติการโทรคมนาคม มีสาระสำคัญ ดังนี้

(1) การให้บริการแพร่ภาพออกอากาศ พระราชบัญญัติการแพร่ภาพกระจายเสียง มาตรา 2 (1)⁵⁵ มาตรา 5⁵⁶ มาตรา 8⁵⁷ กำหนดให้การให้บริการแพร่ภาพกระจายเสียงในสิงคโปร์จะต้องได้รับอนุญาตจากผู้มีอำนาจ

⁵¹ The Broadcasting Act. (CHAPTER 28)

⁵² The Telecommunications Act. (CHAPTER 323)

⁵³ The Films Act. (CHAPTER 107)

⁵⁴ Personal Data Protection Act 2012 (No. 26 of 2012)

⁵⁵ The Broadcasting Act. (CHAPTER 28) section 2 (1) In this Act, unless the context otherwise requires

“broadcasting licence” means a licence granted under section 8 or 9 for the provision of a licensable broadcasting service, and

“broadcasting licensee” shall be construed accordingly; licensable broadcasting service” means any broadcasting service specified in the Second Schedule.

⁵⁶ The Broadcasting Act. (CHAPTER 28) section 5

(1) The Authority may grant the following licences:

(a) broadcasting licences; and

(b) broadcasting apparatus licences.

(2) The Authority shall grant licences under subsection (1) in such categories as the Authority may determine are appropriate for the regulation of the broadcasting industry.

⁵⁷ The Broadcasting Act. (CHAPTER 28) section 8

(1) No person shall provide any licensable broadcasting service in or from Singapore without a broadcasting licence granted by the Authority under this section or granted under section 9.

(2) Every broadcasting licence, other than a class licence, granted by the Authority shall be in such form and for such period and may contain such terms and conditions as the Authority may determine

โดยบริการแพร่ภาพกระจายเสียงที่สามารถอนุญาตได้ให้เป็นไปตามตารางแนบท้ายที่ 2 ของพระราชบัญญัติฉบับนี้ และมาตรา 6⁵⁸ กำหนดให้ผู้มีอำนาจตามกฎหมายสามารถออกหลักปฏิบัติภายใต้พระราชบัญญัตินี้ เพื่อประโยชน์ในการกำกับดูแล ซึ่งในปัจจุบันปรากฏการกำหนดประเภท การอนุญาตการแพร่ภาพกระจายเสียงได้ ดังนี้

(1.1) บริการโทรทัศน์ภาคพื้นดินระดับชาติ (Free-to-Air Nationwide Television Service Licence)⁵⁹ เป็นบริการโทรทัศน์ภาคพื้นดินที่ไม่คิดค่าบริการ

(1.2) บริการโทรทัศน์แบบบอกรับสมาชิกระดับชาติ (Nationwide Subscription Television Service Licence)⁶⁰ เป็นบริการโทรทัศน์ในระบบบอกรับสมาชิกที่ผู้ชมทั่วประเทศสิงคโปร์รับชม โดยข้อกำหนดเกี่ยวกับการออกอากาศรายการ⁶¹ การโฆษณา⁶² จะมีการกำกับดูแลตามกฎหมายที่ IMDA กำหนด

(1.3) บริการโทรทัศน์แบบบอกรับสมาชิกระดับสากล (Subscription International Television Service Licence)⁶³ เป็นการให้บริการของผู้ให้บริการโทรทัศน์ภายในประเทศที่ประสงค์จะแพร่ภาพและเสียงภายในประเทศออกไปยังประเทศอื่น ๆ ในระดับภูมิภาค ด้วยการส่งสัญญาณเชื่อมโยงผ่านโครงข่ายดาวเทียม แต่การให้บริการโทรทัศน์ผ่านโครงข่ายดาวเทียมภายในประเทศไม่มีการอนุญาต แต่จะมีใบอนุญาตบริการอุปกรณ์รับสัญญาณโทรทัศน์ระบบผ่านดาวเทียม

(1.4) บริการโทรทัศน์แบบเฉพาะกลุ่ม (Niche Television Service Licence)⁶⁴ เป็นบริการโทรทัศน์เฉพาะกลุ่ม โดยเนื้อหารายการและข้อมูลที่จะมีการเผยแพร่ออกอากาศจะนำเอาระเบียบข้อบังคับเนื้อหาสำหรับการให้บริการโทรทัศน์รูปแบบ OTT ในลักษณะ VOD (Video on Demand) มาปรับใช้

⁵⁸ section 6 (1) The Authority may issue and from time to time review

(a) Codes of Practice relating to standards of programmes and advertisements broadcast by licensees; and

(b) Codes of Practice relating to broadcast standards required to be maintained by licensees.

(2) If any provision in any Code of Practice is inconsistent with any regulations, it shall, to the extent of the inconsistency, either have effect subject to such regulations or, where appropriate, having regard to such regulations, shall not have effect.

(3) The Authority may in any licence exempt any licensee from any provision in a Code of Practice generally or for such time as the Authority may specify.

⁵⁹ INFOCOMM MEDIA DEVELOPMENT AUTHORITY. **Free-to-Air Nationwide Television Service Licence**[Online]. 2019. Available at: <https://www.imda.gov.sg/regulations-and-licensing-listing/free-to-air-nationwide-television-service-licence>[2020, January 1]

⁶⁰ INFOCOMM MEDIA DEVELOPMENT AUTHORITY. **Nationwide Subscription Television Service Licence**[Online]. 2019. Available at: <https://www.imda.gov.sg/regulations-and-licensing-listing/Nationwide-Subscription-TV-Service-Licence> [2020, January 1]

⁶¹ INFOCOMM MEDIA DEVELOPMENT AUTHORITY. **CONTENT CODE FOR NATIONWIDE MANAGED TRANSMISSION LINEAR TELEVISION SERVICES**[Online]. 2018. Available at: <https://www.imda.gov.sg/-/media/imda/files/regulation-licensing-and-consultations/codes-of-practice-and-guidelines/acts-codes/managed-linear-tv-services-content-code-1mar2018.pdf?la=en> [2020, January 1]

⁶² INFOCOMM MEDIA DEVELOPMENT AUTHORITY. **TELEVISION AND RADIO ADVERTISING AND SPONSORSHIP CODE**[Online]. 2020. Available at: <https://www.imda.gov.sg/-/media/imda/Files/Regulations-and-Licensing/Regulations/Codes-of-Practice/Codes-of-Practice-Media/TV-and-Radio-Advertising-and-Sponsorship-Code.pdf> [2020, October 15]

⁶³ INFOCOMM MEDIA DEVELOPMENT AUTHORITY. **Subscription International Television Service Licence**[Online]. 2019. Available at: <https://www.imda.gov.sg/regulations-and-licensing-listing/subscription-international-television-service-licence> [2020, January 10]

⁶⁴ - INFOCOMM MEDIA DEVELOPMENT AUTHORITY. **Niche Television Service Licence**[Online]. 2019. Available at: <https://www.imda.gov.sg/regulations-and-licensing-listing/Niche-Television-Service-Licence> [2020, January 10]

(1.5) บริการของอุปกรณ์รับสัญญาณโทรทัศน์ระบบผ่านโครงข่ายดาวเทียม (Television Receive-Only : TVRO System)⁶⁵ เป็นการอนุญาตบริการติดตั้งหรือให้บริการ อุปกรณ์รับสัญญาณ รับสัญญาณโทรทัศน์ผ่านโครงข่ายดาวเทียม (TVRO) มี 3 ประเภท คือ รับชมอย่างเดียว (View Only) รับชมและบันทึกได้ (View and Record) และรับชม บันทึก และเผยแพร่ได้ (View, Record and Distribute)

(1.6) บริการเนื้อหาบนโครงข่ายอินเทอร์เน็ต (Class License Registration for Internet Content Provider)⁶⁶ ตามพระราชบัญญัติแพร่ภาพกระจายเสียง มาตรา 9⁶⁷ กำหนดเกี่ยวกับผู้ให้บริการเนื้อหาบนโครงข่ายอินเทอร์เน็ตซึ่งมีลักษณะของการเป็น Internet Service Provider และ Internet Content Provider โดยเป็นใบอนุญาตแบบ Class Licence แบบอัตโนมัติ เว้นแต่ผู้ให้บริการที่เป็นพรรคการเมือง องค์กร หรือผู้ให้บริการที่มีเนื้อหาสนับสนุนเผยแพร่เกี่ยวกับการเมือง ศาสนา ผู้ให้บริการหนังสือพิมพ์ จะต้องยื่นขอรับใบอนุญาตจาก IMDA

(2) การอนุญาตโทรคมนาคมในบทความนี้จะกล่าวถึงการอนุญาตโทรคมนาคมที่มีความเกี่ยวข้องกับกิจการโทรทัศน์ที่สำคัญ ซึ่งมีทั้งหมด 4 ประเภท ดังนี้

(2.1) บริการสิ่งอำนวยความสะดวก (Facility-Based Operations Licence)⁶⁸ เป็นการให้บริการเกี่ยวกับสิ่งอำนวยความสะดวกในรูปแบบโครงข่ายโทรคมนาคมเพื่อให้บริการด้านโทรคมนาคมและการแพร่ภาพกระจายเสียง ขอบเขตการให้บริการรวมถึงโครงข่ายโทรคมนาคมภาคพื้นดินเพื่อการแพร่ภาพกระจายเสียง และบริการการนำส่งสัญญาณโทรทัศน์ผ่านดาวเทียม หรือ Downlink เพื่อการแพร่ภาพกระจายเสียง

(2.2) บริการโทรคมนาคม (Service-Based Operations Licence)⁶⁹ เป็นการให้เข้าหรือให้บริการโทรคมนาคม เช่น บริการ Audiotext บริการเสียงและข้อมูลจากอินเทอร์เน็ต บริการบัตรโทรศัพท์ระหว่างประเทศ บริการโครงข่ายโทรคมนาคม เป็นต้น

(2.3) บริการส่งและรับสัญญาณโทรทัศน์ผ่านดาวเทียม (Satellite Uplink หรือ Downlink Licence for Broadcasting Purposes)⁷⁰ เป็นบริการที่ทำการรับส่งสัญญาณโทรทัศน์จากภายในประเทศไปยังประเทศอื่น ๆ ในระดับภูมิภาค

⁶⁵ INFOCOMM MEDIA DEVELOPMENT AUTHORITY. **Television Receive-Only Satellite System Licence** [Online]. 2019. Available at: <https://www.imda.gov.sg/regulations-and-licensing-listing/television-receive-only-satellite-system-licence> [2020, January 25]

⁶⁶ INFOCOMM MEDIA DEVELOPMENT AUTHORITY. **Internet Access Service Providers**[Online]. 2020. Available at: <https://www.imda.gov.sg/regulations-and-licensing-listing/Internet-Access-Service-Providers> [2020, May 8]

⁶⁷ The Broadcasting Act. (CHAPTER 28) section 9 (1) The Authority may, by notification published in the Gazette, determine a class licence, being a broadcasting licence, for the provision of such subscription broadcasting services and other licensable broadcasting services as the Authority may specify.

⁶⁸ INFOCOMM MEDIA DEVELOPMENT AUTHORITY. **Facilities-Based Operations (FBO) Licence**[Online]. 2020. Available at: <https://www.imda.gov.sg/regulations-and-licensing-listing/facilities-based-operations—fbo—licence> [2020, May 8]

⁶⁹ INFOCOMM MEDIA DEVELOPMENT AUTHORITY. **Services-Based Operations (SBO) Licence**[Online]. 2020. Available at: <https://www.imda.gov.sg/regulations-and-licensing-listing/services-based-operations—sbo—licence> [2020, May 8]

⁷⁰ INFOCOMM MEDIA DEVELOPMENT AUTHORITY. **GUIDELINES TO APPLICATION OF SATELLITEUPLINK/ DOWNLINK LICENCE FOR BROADCASTING PURPOSES**[Online]. 2019. Available at: <https://www.imda.gov.sg/-/media/Imda/Files/Regulations-and-Licensing/Licensing/Broadcast/Satellite-Uplink-Downlink/ GuidelinesApplicationSatelliteUplinkDownlink.pdf> [2020, January 1]

(2.4) บริการอินเทอร์เน็ต (Class Licence Registration for Internet Access Service Providers and Resellers)⁷¹ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตให้กับผู้บริการเนื้อหาผ่านทางอินเทอร์เน็ตจะได้รับใบอนุญาตโดยอัตโนมัติ และต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์การกำกับดูแลเช่นเดียวกับผู้ให้บริการเนื้อหาผ่านทางอินเทอร์เน็ต

เมื่อพิจารณาจากการกำหนดประเภทการอนุญาตของการให้บริการแพร่ภาพกระจายเสียง บริการโทรคมนาคมข้างต้นจะเห็นได้ว่า IMDA มีการกำหนดประเภทการอนุญาตที่มีการคำนึงถึง การเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีอย่างรวดเร็วที่ทำให้สามารถนำเอาภาพและเสียงไปแพร่ภาพกระจายเสียง ผ่านทางโครงข่ายโทรคมนาคมอันเป็นลักษณะของการหลอมรวมเทคโนโลยี

3. บทวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายด้านการสื่อสารของประเทศสิงคโปร์กับประเทศไทย

จากการศึกษากฎหมายด้านการสื่อสารของประเทศสิงคโปร์และประเทศไทยข้างต้น แสดงให้เห็นถึงความเหมือนและต่างในมิติด้านนโยบาย มิติด้านองค์กรกำกับดูแล ที่ส่งผลต่อมิติการพัฒนากฎหมาย ด้านการอนุญาต ประกอบกิจการและการกำกับดูแลกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมของทั้ง 2 ประเทศ

ด้านนโยบายการพัฒนาอุตสาหกรรมสื่อสารของทั้ง 2 ประเทศ ถือว่าโครงสร้างพื้นฐานของประเทศมีความสำคัญและมีวัตถุประสงค์จะพัฒนาให้เกิดโครงสร้างพื้นฐานด้านการสื่อสารให้เป็นสื่อกลางในการเชื่อมโยงข้อมูลถึงกันระหว่างบุคคลทั่วโลก จึงต่างกำหนดให้การพัฒนาอุตสาหกรรมสื่อสารเป็นยุทธศาสตร์สำคัญของประเทศ ดังที่ประเทศไทยได้กำหนดยุทธศาสตร์ชาติ 20 ปี ในด้านการสร้างความสามารถในการแข่งขันในภาคธุรกิจ ด้วยการกำหนดให้มีแผนการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานดิจิทัลประสิทธิภาพสูง และแผนพัฒนาขีดความสามารถรองรับการไปสู่รัฐบาลดิจิทัล ไว้ในยุทธศาสตร์ในแผนปฏิรูปประเทศ 11 ด้าน แผนพัฒนาดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม และแผนพัฒนารัฐบาลดิจิทัล โดยการกำหนดแผนระดับชาติดังกล่าวมานั้นเป็นการกำหนดให้ทุกภาคส่วนของประเทศนำเอาเทคโนโลยีมาเป็นโครงสร้างพื้นฐานเพื่อพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม ในกรณีของประเทศสิงคโปร์ได้ประกาศแผน Infocomm Media 2025 เพื่อพัฒนาระบบสื่อสารของประเทศ สนับสนุนประชาชนและธุรกิจให้นำเทคโนโลยีสารสนเทศไปใช้พัฒนาเศรษฐกิจและสังคมพร้อมทั้งเตรียมความพร้อมในด้านเทคโนโลยี ด้านโครงสร้างพื้นฐานที่มีความเร็วครอบคลุม และด้านบุคลากรที่มีความพร้อมและคุณภาพ และได้ประกาศใช้ Infocomm Act เพื่อเป็นเครื่องมือทางกฎหมายในการนำเอานโยบายที่กำหนดไว้ใน Infocomm Media 2025 มาสู่การปฏิบัติอย่างเป็นรูปธรรม ด้วยการปรับโครงสร้างองค์กรกำกับดูแลโดยการยุบหรือยกเลิก MDA และ IDA และตั้ง IMDA เพื่อรองรับการบริหารจัดการและกำกับดูแลเกี่ยวกับการให้บริการสื่อสารและภูมิทัศน์สื่อที่มีการหลอมรวมและเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว พร้อมกำหนดอำนาจและหน้าที่ให้ครอบคลุมทั้งอุตสาหกรรมข้อมูล การสื่อสาร และสื่อ อันถือเป็นกลไกทางกฎหมายที่สำคัญในการขับเคลื่อนนโยบายไปสู่การปฏิบัติอย่างมีประสิทธิภาพและเป็นรูปธรรม ส่วนประเทศไทยมีการจัดตั้งคณะกรรมการดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติขึ้นอีกองค์กรหนึ่ง มีหน้าที่กำหนดนโยบายและแผนระดับชาติว่าด้วยดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจ

⁷¹ INFOCOMM MEDIA DEVELOPMENT AUTHORITY. Internet Access Service Providers[Online]. 2020. Available at: <https://www.imda.gov.sg/regulations-and-licensing-listing/Internet-Access-Service-Providers> [2020, May 8]

และสังคม โดย กสทช. ต้องดำเนินการตามเป้าหมายและแนวทางการดำเนินการที่กำหนดไว้ในนโยบายและแผนระดับชาติ พร้อมทั้งทำหน้าที่อนุญาตและกำกับดูแลกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ซึ่งแตกต่างกับประเทศสิงคโปร์ที่กำหนดให้ IMDA เป็นองค์กรเดียวที่ทำหน้าที่ในการกำหนดนโยบายรวมถึงการอนุญาตและการกำกับดูแลกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ทั้งนี้ เพื่อให้การกำหนดทิศทางของนโยบายให้สามารถนำไปสู่การปฏิบัติอย่างเป็นรูปธรรมและเป็นไปในทิศทางเดียวกัน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดทิศทางพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านการสื่อสารของประเทศควรต้องยึดบนหลักความคุ้มค่าและก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสาธารณะสูงสุด

การที่หน่วยงานหรือองค์กรเดียวทำหน้าที่ในการกำหนดนโยบาย การอนุญาต และการกำกับดูแล จะส่งผลให้เกิดประสิทธิภาพอย่างเป็นรูปธรรม ซึ่งเป็นไปตามหลักการขององค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ (Independent Regulatory Agency) ซึ่งตั้งขึ้นมาเพื่อสร้างดุลยภาพระหว่างการบริหารที่มีประสิทธิภาพกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน⁷² และทฤษฎีองค์การตามสถานการณ์ (Contingency Theory) “ที่ว่าองค์การที่เหมาะสมที่สุดควรจะเป็นองค์การที่มีโครงสร้างและระบบที่สอดคล้องกับสภาพแวดล้อม และสภาพความเป็นจริงขององค์การ ตั้งอยู่บนพื้นฐานการศึกษาสภาพแวดล้อมที่แตกต่างกันของมนุษย์ (Humanistic Environment) ทฤษฎีองค์การตามสถานการณ์และกรณีนี้มีอิสระมาก โดยมีธรรมชาติ (Natural) เป็นตัวแปรและเป็นปัจจัยสำคัญในการกำหนดรูปแบบ กฎเกณฑ์และระเบียบแบบแผนมีลักษณะเป็นเหตุเป็นผลและสอดคล้องกับสภาพความเป็นจริง สภาพแวดล้อม เป้าหมายขององค์การโดยส่วนรวมและเป้าหมายของสมาชิกทุกคนในองค์การ โดยมีข้อสมมติฐานว่า องค์การที่เหมาะสมที่สุดคือ องค์การที่มีโครงสร้างและรูปแบบที่สอดคล้องกับสภาพแวดล้อมของสังคมนั้น ๆ ซึ่งรวมถึงสภาพภูมิศาสตร์ วัฒนธรรม ค่านิยม ความเชื่อ การสนับสนุน และความต้องการของสมาชิกในองค์การนั้น”⁷³ ดังนั้น การที่กำหนดให้มีโครงสร้างองค์กรกำกับดูแลที่เป็นอิสระ และมีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดแนวนโยบาย และการบังคับใช้กฎหมายทั้งการอนุญาตและการกำกับดูแลไว้ร่วมกันจะทำให้้องค์กรดังกล่าวสามารถประมวลนำเอาสภาพแวดล้อมในอุตสาหกรรมมากำหนดนโยบายและกฎหมายที่ตอบโจทย์ความคุ้มค่าและประสิทธิภาพสูงสุดมากกว่าการสร้างองค์กรที่หลากหลายมาดำเนินงานในลักษณะเดียวกัน จะทำให้เกิดภาระต้นทุนการบริหารจัดการ และส่งผลกระทบต่อประชาชนซึ่งถือเป็นห่วงโซ่ปลายน้ำของทั้งระบบ

จากการศึกษาแนวนโยบายการพัฒนาอุตสาหกรรมและโครงสร้างองค์กรกำกับดูแล ประเด็นสำคัญด้านกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมของทั้งประเทศสิงคโปร์ และประเทศไทยข้างต้นแสดงให้เห็นถึงการกำหนดแนวนโยบายและโครงสร้างองค์กรด้านการสื่อสาร สารสนเทศและสื่อของประเทศสิงคโปร์ ซึ่งได้ดำเนินการโดยคำนึงถึงสภาพแวดล้อมด้านเทคโนโลยี ด้านเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม โดยเห็นได้จากการออกกฎหมายในการกำหนดประเภทการอนุญาตที่คำนึงถึงการพัฒนาเทคโนโลยีที่มีการหลอมรวม (Convergence) ด้วยการนำเอาเทคโนโลยีด้านการสื่อสารทางเดียว (Telecommunication) มารองรับการแพร่

⁷² นกมล เสงเจริญ. องค์กรอิสระ : ความสำคัญต่อการปฏิรูปการเมืองและการปฏิรูประบบราชการ[ออนไลน์]. 2549. แหล่งที่มา: <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=895> [1 ม.ค. 2563]

⁷³ ทฤษฎีองค์การตามสถานการณ์และกรณี (Contingency Theory) เริ่มมีบทบาทประมาณปลายปี ค.ศ.1960 บุคคลที่กำหนดชื่อทฤษฎีองค์การตามสถานการณ์และกรณีคือ Fiedler

กระจายข้อมูล (Broadcast) ไปสู่สาธารณะเข้าด้วยกัน เพื่อเป็นเครื่องมือในการกำกับดูแลการให้บริการด้านการสื่อสาร สารสนเทศ และสื่อของประเทศให้รองรับต่อแนวโน้มด้านพฤติกรรม เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมของประเทศที่เปลี่ยนไปอย่างเท่าทัน ส่วนกรณีของประเทศไทยยังคงมีการแยกการกำหนดนโยบายด้านการพัฒนาอุตสาหกรรมและโครงสร้างองค์กรด้านการสื่อสาร สารสนเทศ และสื่อ ออกจากกัน โดยสะท้อนให้เห็นได้จากกรณีที่มีการเผยแพร่ต่อสาธารณะผ่านทางระบบอินเทอร์เน็ต หรือการแพร่ภาพและเสียงผ่านทางสังคมออนไลน์ ซึ่งถือเป็นหลอมรวมเทคโนโลยีด้านการสื่อสารทางเดียว (Telecommunication) มาใช้ในการแพร่กระจายข้อมูล (Broadcast) ไปสู่สาธารณะ โดยเมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 และพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 ได้กำหนดกระบวนการเข้าสู่ระบบการกำกับดูแลภายใต้กฎหมายไว้แยกจากกัน จึงทำให้เกิดช่องว่างทางกฎหมาย การใช้อำนาจ และการกำหนดหน้าที่ในการกำกับดูแลกิจการด้านการสื่อสาร สารสนเทศ และสื่อของประเทศไทย อันส่งผลกระทบต่ออุตสาหกรรมด้านการสื่อสาร สารสนเทศ และสื่อ ต่อความสงบเรียบร้อยในสังคม ความมั่นคงของประเทศ อย่างมีนัยสำคัญ ดังนั้น ผู้เขียนจึงทำการศึกษาเปรียบเทียบรูปแบบการอนุญาตและการกำกับดูแลกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ด้วยการนำเอาพระราชบัญญัติองค์การจัดสรรคลื่นความถี่ และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 และ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2553 และพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 รวมถึงกฎหมายลำดับรองซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการสื่อสารของประเทศไทยที่มีเนื้อหาในประเด็นการกำหนดนโยบายการอนุญาตและการกำกับดูแลการสื่อสารของประเทศไทยมาวิเคราะห์ในเชิงเปรียบเทียบกับ The Info-communications Media Development Authority Act 2016, The Broadcasting Act (Chapter 28) The Telecommunication Act (Chapter 323) ดังนี้

(1) การอนุญาตให้บริการข้อมูล บริการการสื่อสาร และบริการสื่อ

ภาพรวมของอุตสาหกรรมของบริการข้อมูล บริการการสื่อสาร และบริการสื่อของสิงคโปร์ มีความครอบคลุมถึงบริการแพร่ภาพกระจายเสียง บริการโทรคมนาคม บริการภาพยนตร์ บริการสื่อสิ่งพิมพ์ โดยใน Infocomm Act กำหนดนิยามศัพท์คำว่า “ข้อมูลการสื่อสารและอุตสาหกรรมสื่อ” หมายถึงอุตสาหกรรมที่ประกอบไปด้วยบุคคลที่ประกอบธุรกิจหรือมีส่วนร่วมในกิจกรรมเชิงพาณิชย์ใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับหนึ่งหรือมากกว่าหรือส่วนหนึ่งส่วนใดหรือการรวมกันของบริการข้อมูลและการสื่อสาร⁷⁴ บริการสื่อ⁷⁵ ระบบข้อมูลและการสื่อสาร⁷⁶ และเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร⁷⁷

จากการศึกษาพบว่า โครงสร้างทางกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาตเพื่อให้บริการข้อมูล บริการสื่อสาร และบริการสื่อของสิงคโปร์เดิมมีการกำหนดบทบัญญัติกฎหมายในแต่ละประเภทกิจการด้านโทรคมนาคม

⁷⁴ บริการข้อมูลและการสื่อสาร ซึ่งหมายถึงบริการใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร

⁷⁵ บริการสื่อ ซึ่งหมายถึงการให้บริการภาพยนตร์ หนังสือพิมพ์ บริการออกอากาศ สิ่งพิมพ์ หรือสื่อกลางอื่น ๆ ของการสื่อสารข้อมูลความบันเทิงหรือเรื่องอื่น ๆ ให้กับประชาชน (หรือส่วนหนึ่งของสาธารณะ) ตามที่รัฐมนตรีกำหนดและประกาศในราชกิจจานุเบกษา

⁷⁶ ระบบข้อมูลและการสื่อสาร ซึ่งหมายถึง ระบบใด ๆ ที่ใช้หรือตั้งใจจะใช้สำหรับเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร

⁷⁷ เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร ซึ่งหมายถึง เทคโนโลยีใด ๆ ที่ใช้ในการรวบรวมจัดเก็บใช้งานหรือส่งข้อมูลและรวมถึงเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับการใช้คอมพิวเตอร์หรือระบบโทรคมนาคม

สื่อภาพยนตร์ สื่อสิ่งพิมพ์ ไว้แยกต่างหากจากกันเป็นการเฉพาะ เช่น Broadcasting Act, Telecommunication Act, Film Act, Press and Print Act แต่เมื่อมีนโยบายการพัฒนาอุตสาหกรรมการสื่อสารของประเทศให้ทันต่อการพัฒนาเทคโนโลยีด้านการสื่อสารของโลก สิงคโปร์ได้ปรับปรุงโครงสร้างองค์กรกำกับดูแลด้านสื่อและปรับปรุงบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับการอนุญาตการให้บริการด้านสื่อด้วยการจัดตั้ง IMDA ให้ทำหน้าที่และมีอำนาจในการกำหนดหลักปฏิบัติด้านการอนุญาตแต่ละกิจการ ซึ่งในปัจจุบันมีพระราชบัญญัติแพร่ภาพกระจายเสียงที่เป็นการให้บริการเนื้อหาบนโครงข่ายอินเทอร์เน็ต (Class Licence Registration for Internet Content Provider) ซึ่งเป็นการกำหนดให้ผู้ให้บริการเนื้อหาบนโครงข่ายอินเทอร์เน็ตอันมีลักษณะของการเป็น Internet Service Provider และ Internet Content Provider ให้ได้รับใบอนุญาตประเภท Class Licence และในส่วนของบริการโทรคมนาคมที่เป็นโครงสร้างพื้นฐานรองรับการให้บริการแพร่ภาพกระจายเสียง IMDA กำหนดประเภทการอนุญาตให้บริการอินเทอร์เน็ต (Class Licence Registration for Internet Access Service Providers and Resellers) ซึ่งเป็นการให้บริการอินเทอร์เน็ตแก่ผู้บริการเนื้อหาผ่านทางอินเทอร์เน็ต โดยกำหนดให้การได้รับใบอนุญาตเป็นแบบอัตโนมัติ และให้อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์การกำกับดูแลเช่นเดียวกับผู้ให้บริการเนื้อหาผ่านทางอินเทอร์เน็ตที่ถือเป็นผู้รับใบอนุญาตตามพระราชบัญญัติแพร่ภาพกระจายเสียง ทั้งนี้ IMDA ได้กำหนดหลักปฏิบัติสำหรับ Content Code For Over-The-Top, Video-On-Demand and Niche Services ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการกำกับดูแลสำหรับการอนุญาต Class Licence สำหรับการแพร่ภาพและเสียงผ่านทางอินเทอร์เน็ตเป็นการเฉพาะจึงสะท้อนให้เห็นได้ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของสิงคโปร์ได้ดำเนินการอย่างเป็นองค์รวมและนำไปสู่เป้าหมายหลักของประเทศที่วางเป้าหมายในการพัฒนาอุตสาหกรรมบริการข้อมูล บริการสื่อสาร และบริการสื่อของสิงคโปร์ อันจะนำไปสู่การพัฒนาประเทศให้เป็น Smart City

ในส่วนของประเทศไทยการให้บริการเกี่ยวกับการสื่อสารมีกลไกโครงสร้างทางกฎหมายที่กำหนดหน่วยงานผู้มีอำนาจในการกำกับดูแลรวมถึงกฎเกณฑ์แยกต่างหากจากกัน กล่าวคือ ด้านโทรคมนาคมที่กำหนดประเภทการอนุญาตไว้สำหรับผู้ทำหน้าที่การให้บริการด้านโครงสร้างพื้นฐานด้านการเชื่อมโยงสัญญาณเพื่อการสื่อสารต่าง ๆ หรือเปรียบเทียบได้กับการให้บริการเส้นทางการสื่อสาร ด้านการแพร่ภาพกระจายเสียงที่กำหนดประเภทการอนุญาตไว้สำหรับผู้ทำหน้าที่นำเอาข้อมูล ข่าวสาร รายการเผยแพร่ไปสู่สาธารณะผ่านทางระบบการเชื่อมโยงสื่อสารต่าง ๆ ซึ่งเมื่อเกิดปรากฏการณ์การหลอมรวมทางเทคโนโลยีขึ้นมา เช่น การนำเอาเนื้อหารายการไปเผยแพร่ผ่านทางอินเทอร์เน็ตในลักษณะเดียวกับการให้บริการโทรทัศน์ จึงเกิดประเด็นการบังคับใช้กฎหมายว่าจะถือว่าผู้ให้บริการในลักษณะดังกล่าวเป็นการให้บริการในลักษณะการให้บริการโทรทัศน์หรือการให้บริการโทรคมนาคม เนื่องจากการดำเนินการในลักษณะดังกล่าวไม่เข้าตามคำนิยามศัพท์การให้บริการโทรทัศน์ที่หมายถึงการส่งข่าวสารสาธารณะหรือรายการไปยังเครื่องรับที่สามารถรับชมการให้บริการนั้น ๆ ได้ ส่วนโทรคมนาคม หมายความว่า การส่ง การแพร่ หรือการรับเครื่องหมายสัญญาณ ตัวหนังสือ ตัวเลข ภาพเสียง รหัส หรือการอื่นใดซึ่งสามารถให้เข้าใจความหมายได้⁷⁸ ดังนั้น จึงสะท้อนให้เห็นสภาพปัญหาอันเกิดจากช่องว่างทางกฎหมาย ทำให้การกระทำหรือกิจกรรมในลักษณะเดียวกันนี้สามารถดำเนินการได้อย่างแพร่หลาย

⁷⁸ พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 มาตรา 3

ในประเทศไทยโดยไม่ต้องเข้าสู่ระบบการกำกับดูแลภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย และส่งผลกระทบต่อการแข่งขันอุตสาหกรรมโทรทัศน์ และโทรคมนาคม เนื่องจากการกระทำหรือกิจกรรมดังกล่าวไม่อยู่ภายใต้ข้อจำกัดของการเป็นผู้รับใบอนุญาตที่ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด ดังนั้น ประเด็นการแยกประเภทกิจการด้านการอนุญาตตามระบบกฎหมายไทยจึงเป็นจุดที่ควรได้รับการปรับปรุงแก้ไขให้มีความเหมาะสมกับสภาพอุตสาหกรรมด้านการสื่อสาร สารสนเทศ และสื่อของประเทศ โดยควรต้องตระหนักถึงบริบททางด้านเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม การพัฒนาทางด้านเทคโนโลยี และโดยเฉพาะอย่างยิ่งแนวโน้มพฤติกรรมของคนในสังคมด้วย เป็นสำคัญ

(2) การกำกับดูแลการให้บริการข้อมูล บริการการสื่อสาร และบริการสื่อ

ตามที่ Infocomm Act กำหนดให้ IMDA เป็นองค์กรเดียวที่มีอำนาจหน้าที่กำหนดนโยบาย การอนุญาตและรวมไปถึงการกำกับดูแลอุตสาหกรรมสื่อสารของประเทศ โดยแม้ว่าจะมีการกำหนด บทบัญญัติกฎหมายในแต่ละกิจการแยกจากกันไว้ แต่ได้มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายให้ IMDA มีอำนาจในการกำหนดหลักปฏิบัติเพื่อประโยชน์ในการกำกับดูแลในด้านการส่งเสริมการแข่งขันอย่างเป็นธรรม การคุ้มครองผู้ใช้บริการ มาตรฐานคุณภาพของเนื้อหารายการที่ต้องไม่ขัดต่อผลประโยชน์สาธารณะ ความสงบเรียบร้อย หรือความสามัคคี ของชาติ เช่น การกำหนดหลักปฏิบัติเกี่ยวกับผังรายการและการโฆษณารายการโทรทัศน์และวิทยุกระจายเสียง ที่ให้บริการในรูปแบบ Over-the-Top (OTT), Video-on-Demand (VOD) และ Niche Services โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติการแพร่ภาพกระจายเสียง (Broadcasting Act (Cap. 28)) เพื่อกำกับดูแลมิให้เนื้อหา รายการและการโฆษณาของบริการดังกล่าวขัดต่อผลประโยชน์สาธารณะ หรือความสงบเรียบร้อย หรือความสามัคคี ของชาติโดยมีการกำหนดบทลงโทษทางการเงิน หรือโทษทางจรรยาบรรณวิชาชีพ⁷⁹

ในส่วนของประเทศไทย โครงสร้างกฎหมายด้านการกำกับดูแลการให้บริการด้านการสื่อสารมีการแยก บทบัญญัติกฎหมายและหน่วยงานกำกับดูแลออกจากกัน กล่าวคือ การกำกับดูแลการให้บริการโทรคมนาคม และบริการกระจายเสียงโทรทัศน์ คือ กสทช. ส่วนการให้บริการข้อมูลสารสนเทศ คือ คณะกรรมการ DE ดังนั้น กรณีที่มีการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารในลักษณะของโทรทัศน์หรือวิทยุกระจายเสียง ผ่านทางอินเทอร์เน็ต จึงมีปัญหาสภาพบังคับทางกฎหมาย เนื่องจากการกระทำดังกล่าวมีลักษณะหรือขอบเขตการนำไปให้บริการในรูปแบบที่สามารถรับชมรายการแบบย้อนหลังได้ จึงทำให้ไม่เข้าข่ายเป็นการประกอบกิจการตามพระราชบัญญัติ การประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ และพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นการแก้ไขปัญหาที่ปลายเหตุ เนื่องจากพระราชบัญญัติการกระทำความผิดทางคอมพิวเตอร์ มุ่งหมายบังคับต่อผู้นำเข้าข้อมูลอันเป็นการกระทำความผิดตามกฎหมายเข้าสู่คอมพิวเตอร์⁸⁰ ส่วนผู้ให้บริการ ในการนำเข้าข้อมูลสู่คอมพิวเตอร์กำหนดไว้เป็นเพียงผู้สนับสนุนการกระทำความผิดในกรณีที่มีเจตนาจงใจ หรือยินยอมให้นำเข้าข้อมูลซึ่งก็ไม่สามารถนำไปสู่การบังคับใช้กฎหมายเพื่อการแก้ไขสภาพปัญหาการเผยแพร่

⁷⁹ INFOCOMM MEDIA DEVELOPMENT AUTHORITY. Content Code for Over – The -Top, Video – On -Demand and Niche Services[Online]. 2019. Available at: <https://www.imda.gov.sg/-/media/Imda/Files/Regulations-and-Licensing/Regulations/Codes-of-Practice/Codes-of-Practice-Media/OTT-VOD-Niche-Services-Content-Code-updated-29-April-2019.pdf?la=en> [2020, May 14]

⁸⁰ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 มาตรา 8 แก้ไขมาตรา 14

ข้อมูล ข่าวสาร ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างแท้จริง ซึ่งแตกต่างจากลิงค์โปรที่มีกำหนดให้ผู้ที่จะกระทำความผิด
ในลักษณะเดียวกันนี้เป็นผู้รับอนุญาตและอยู่ภายใต้การกำกับดูแลด้านเนื้อหารายการตั้งแต่ต้นน้ำ

4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ในอดีตการติดต่อสื่อสารระหว่างบุคคลที่อยู่ห่างกันด้วยระยะทางจะต้องใช้ระยะเวลาเป็นอันมาก แต่เมื่อ
เกิดการนำเอาเทคโนโลยีมาใช้เป็นเครื่องมือจึงทำให้การติดต่อสื่อสารน้อยระยะเวลาลงมาก และในปัจจุบัน
การติดต่อสื่อสารระหว่างบุคคลสามารถติดต่อกันได้เพียงชั่วพริบตา เสมือนบุคคลทั้งสองคนอยู่หน้ากัน
ซึ่งลิงค์โปรเป็นประเทศหนึ่งที่มีการวางแผนการพัฒนาประเทศด้วยการนำเอาจุดแข็งด้านเทคโนโลยีมาเป็น
เครื่องมือการขับเคลื่อน และลดอุปสรรคการพัฒนาด้วยการปรับปรุงกลไกด้านองค์กรกำกับดูแล โครงสร้าง
กฎหมายที่เกี่ยวกับการบริหารข้อมูล บริการสื่อสาร บริการสื่อ ด้วยการประกาศใช้ The Info-communications
Media Development Authority Act 2016 เพื่อปรับโครงสร้างองค์กรกำกับดูแลให้เป็นหนึ่งเดียว และปรับปรุง
เพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายที่ครอบคลุมในทุกกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการสื่อสารโดยคำนึงถึงความสอดคล้อง
หรือการทันต่อพัฒนาการของเทคโนโลยี

ประเทศไทยในปัจจุบัน กฎหมายที่มีผลบังคับใช้สำหรับการประกอบกิจการโทรทัศน์ และกิจการ
โทรคมนาคมยังคงมีสภาพปัญหาในการนำมาบังคับใช้ และการกำกับดูแลกับการให้บริการ บนเทคโนโลยีที่มี
การหลอมรวมเข้าด้วยกัน ดังเช่นกรณีการออกคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 4/2462 เรื่อง
มาตรการแก้ไขปัญหาการประกอบกิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม อันมีสาเหตุมาจากผู้ให้บริการโทรทัศน์
ในระบบดิจิทัลประสบภาวะการขาดทุน โดยมีปัจจัยที่เกิดจากการเข้าแทนที่ทางเทคโนโลยีอย่างรวดเร็ว (Disrup-
tive Technology) หรือกรณีปัญหาข้อพิพาทในการนำสัญญาณรายการฟุตบอลโลกรอบสุดท้ายมาเผยแพร่ผ่าน
โครงข่ายอินเทอร์เน็ตแบบไร้สายที่ยังไม่สามารถหาข้อยุติว่าเป็นการให้บริการในรูปแบบ IPTV ที่อยู่ภายใต้
การกำกับดูแลของ กสทช. ในฐานะผู้รับใบอนุญาตให้บริการโครงข่ายโทรทัศน์หรือเป็นบริการ OTT ที่ยังไม่มี
กฎเกณฑ์ในการออกใบอนุญาตหรือการกำกับดูแล จึงกล่าวได้ว่าผลกระทบหลักอันเข้ามาของเทคโนโลยีอย่างต่อเนื่อง
จนถึงเป็นส่วนหนึ่งในการดำรงชีวิตของคนภายในประเทศ แต่กฎเกณฑ์ที่ใช้สำหรับการรักษาความสงบเรียบร้อย
หรือการอยู่ร่วมกันในสังคมที่มีบริบทเปลี่ยนแปลงไปอย่างก้าวกระโดดจึงส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจดังที่ได้
เกิดขึ้นมาจากการปิดตัวของผู้ให้บริการโทรทัศน์ถึงจำนวน 7 ช่องรายการ⁸¹ ซึ่งคิดเป็นร้อยละ 25 ของจำนวน
ช่องรายการโทรทัศน์ภาคพื้นดินในระบบดิจิทัลที่มีอยู่ในตลาด และยังมีผลกระทบต่อประชาชนในการรับชมเนื้อหา
รายการที่มีความเหมาะสมหรือผลกระทบต่อความปลอดภัยต่อข้อมูลส่วนบุคคล

ผู้เขียนมีความเห็นว่าควรนำเอาแนวทางการปรับโครงสร้างการกำกับดูแลการให้บริการข้อมูล การให้
บริการสื่อสาร การให้บริการสื่อ ของลิงค์โปรมาเป็นต้นแบบประยุกต์ใช้สำหรับการปรับปรุงโครงสร้างกฎหมาย
ด้านการกำกับดูแลอุตสาหกรรมสื่อของประเทศไทย โดยมีประเด็นที่ควรต้องปรับปรุง ดังนี้

⁸¹ ช่องรายการที่ทยอยเลิกการให้บริการตามคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 4/2462 เรื่อง มาตรการแก้ไขปัญหาการประกอบกิจการ
โทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม คือ ช่อง 3 Family, ช่อง 3 SD, ช่อง MCOT Kids, ช่อง Spring News, ช่อง Bright TV, ช่อง Voice TV, ช่อง Spring 26

4.1 การสร้างความชัดเจนในการกำหนดขอบเขตอุตสาหกรรมการสื่อสารให้ครอบคลุมกิจกรรมหรือลักษณะการดำเนินการเกี่ยวกับด้านการให้บริการข้อมูลสารสนเทศ การให้บริการโทรคมนาคม การให้บริการแพร่ภาพกระจายเสียง การให้บริการสื่อสารสนเทศ โดยการใช้เทคโนโลยีอย่างเป็นกลาง (Neutrality of Technology)

4.2 การกำหนดโครงสร้างองค์กรกำกับดูแลอุตสาหกรรมสื่อสารที่มีความเป็นเอกภาพในการกำหนดนโยบาย และการกำกับดูแล

4.3 การปรับปรุงโครงสร้างกฎหมายด้านการอนุญาตและการกำกับดูแลให้รองรับต่อการพัฒนาเทคโนโลยีและสามารถครอบคลุมหรือปรับใช้ได้กับลักษณะการให้บริการข้อมูล บริการสื่อสาร และบริการสื่อในลักษณะของเทคโนโลยีที่เป็นกลาง (Neutrality of Technology) ด้วยการกำหนดให้มีรูปแบบการให้บริการแบบ Class License ซึ่งสามารถรองรับการให้บริการที่มีการหลอมรวมกันทางเทคโนโลยีโดยสามารถกำหนดเงื่อนไขการให้บริการที่มีความเหมาะสมกับบริบทของประเทศไทยได้เป็นการเฉพาะ

กล่าวโดยสรุป ในการบัญญัติกฎหมาย หน่วยงานผู้ทำหน้าที่บัญญัติกฎหมายควรต้องคำนึงถึงการสร้างความสมดุลระหว่างบริบทของสังคมไทยที่มีการดำรงชีวิต พฤติกรรม ความเป็นอยู่ วัฒนธรรม และการพัฒนาเทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วของโลก ให้เกิดผลต่อการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ และไม่กระทบต่อความเป็นอยู่ของประชาชน

สัญญาที่หน่วยงานของรัฐเข้าทำโดยตรงกับผู้สนับสนุนทางการเงิน
ในโครงการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน
Lenders' Direct Agreement in Public-Private Partnership
Projects

ปราชญา อภิบาลศรี
Prachaya Apibansri

นิติศาสตรมหาบัณฑิต
มหาวิทยาลัยนิวยอร์ก, 40 วอชิงตันสแควร์ เซาท์, นิวยอร์กซิตี 10012 ประเทศสหรัฐอเมริกา
Master of Laws
New York University, 40 Washington Sq. South, New York, NY 10012.
Corresponding author E-mail: jjackprachaya@hotmail.com
(Received: May 23, 2020; Revised: July 21, 2020; Accepted: July 28, 2020)

บทคัดย่อ

การที่จะดำเนินโครงการร่วมลงทุนให้ประสบความสำเร็จต้องอาศัยความร่วมมือจากผู้มีส่วนได้เสียหลายฝ่ายไม่ว่าจะเป็นรัฐบาล หน่วยงานเจ้าของโครงการ สถาบันการเงิน นักลงทุน ผู้เข้าร่วมโครงการรายอื่น และประชาชน สำหรับโครงการร่วมลงทุนขนาดใหญ่มักจะอาศัยแหล่งเงินทุนจำนวนมาก ทั้งในรูปของส่วนของผู้ถือหุ้นและหนี้สิน ในฝั่งของหนี้สิน โดยปกติแล้วนักลงทุนจะดำเนินการจัดหาแหล่งเงินทุนในลักษณะของการจัดหาสินเชื่อโครงการ (Project Finance) หนึ่งในปัจจัยสำคัญที่จะต้องพิจารณาในการจัดหาสินเชื่อโครงการคือ การจัดวางโครงสร้างของโครงการร่วมลงทุนและสัญญาร่วมลงทุนจะต้องอยู่ในระดับที่สถาบันการเงินสามารถยอมรับได้ เนื่องจากการจัดโครงสร้างดังกล่าวส่งผลกระทบต่อความสามารถในการจัดหาแหล่งเงินทุนของเอกชนคู่สัญญา (Bankability) ในบทความนี้จะมุ่งวิเคราะห์ถึงความไม่แน่นอนของข้อสัญญาว่าด้วยการให้สิทธิแก่สถาบันการเงินในการแก้ไขเยียวยาโครงการเมื่อเกิดเหตุผิดสัญญาร่วมลงทุนของเอกชนคู่สัญญาก่อนที่หน่วยงานของรัฐในฐานะหน่วยงานเจ้าของโครงการจะสามารถใช้สิทธิยกเลิกสัญญาร่วมลงทุนได้ จากนั้นจะวิเคราะห์ถึงกลไกการแก้ไขปัญหาดังกล่าวผ่านสัญญาที่หน่วยงานของรัฐเข้าทำโดยตรงกับผู้สนับสนุนทางการเงิน พร้อมทั้งข้อจำกัดในทางปฏิบัติและทางกฎหมายของสัญญาฉบับดังกล่าว

คำสำคัญ: โครงการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน, สัญญาร่วมลงทุน, สัญญาที่หน่วยงานของรัฐเข้าทำโดยตรงกับผู้สนับสนุนทางการเงิน หรือสัญญาที่เข้าทำโดยตรงกับผู้สนับสนุนทางการเงิน และสิทธิในการเข้าดำเนินโครงการแทนที่เอกชนคู่สัญญา

Abstract

In order to drive public-private partnership projects to success, there has to be coordination from several stakeholders, including the government, public authority (a public-sector counterparty), financial institutions, investors, other participants and the public. These kinds of projects are counting on a great amount of capital funding from equity and debt. In light of debt, the developers will typically use project finance as a financing mechanism. One of the indispensable factors is the structure of projects and public-private partnership contracts. These structures must be acceptable from the lender's perspective since it can have a direct impact (either positive or negative) on the ability of the developers to access any source of capital (also known as bankability). This paper primarily focuses on uncertainty of the right to cure the private party's default by the lenders before the public authority exercising the right to termination. The paper then analyses how lenders' direct agreement in which the public authority is required to sign with the lenders resolves the problem. This paper enumerates some constraints of the lender's direct agreement in terms of legal and practical aspects. Finally, the conclusion is provided.

Keywords: Public-Private Partnership Project, Public-Private Partnership Agreement, Lenders' Direct Agreement and Step-in Right

1. ข้อความเบื้องต้น

ในปัจจุบันการพัฒนาโครงการโครงสร้างพื้นฐานเป็นหนึ่งในยุทธศาสตร์ที่สำคัญที่จะช่วยในการขับเคลื่อนกิจกรรมทางเศรษฐกิจของประเทศ เพิ่มโอกาสและศักยภาพในการแข่งขันของประเทศ ดึงดูดการลงทุนจากต่างประเทศ รวมถึงพัฒนาคุณภาพชีวิตและสภาพความเป็นอยู่ของประชาชนในประเทศไทย โครงการพัฒนาระเบียงเศรษฐกิจพิเศษภาคตะวันออก เป็นหนึ่งในนโยบายของรัฐบาลที่มุ่งเน้นการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านการขนส่งทางอากาศ ทางบก ทางราง และทางน้ำแบบไร้รอยต่อ (seamless operation)¹ ไม่ว่าจะเป็นโครงการรถไฟความเร็วสูงเชื่อม 3 สนามบิน ได้แก่ สุวรรณภูมิดอนเมือง และอู่ตะเภา โครงการพัฒนาศูนย์อู่ตะเภา และเมืองการบินภาคตะวันออก โครงการพัฒนาท่าเรือแหลมฉบัง ระยะที่ 3 และโครงสร้างพื้นฐานด้านดิจิทัลผ่านโครงการเขตส่งเสริมอุตสาหกรรมและนวัตกรรมดิจิทัล (Digital Park Thailand) โดยโครงการเหล่านี้อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก พ.ศ. 2561 รวมถึงประกาศคณะกรรมการนโยบายการพัฒนาระเบียงเศรษฐกิจพิเศษภาคตะวันออก เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข และกระบวนการในการร่วมลงทุนกับเอกชนหรือให้เอกชนเป็นผู้ร่วมลงทุน พ.ศ. 2560 (EEC Track) และประกาศสำนักงานเพื่อการพัฒนาระเบียงเศรษฐกิจพิเศษภาคตะวันออกที่เกี่ยวข้องกับการร่วมลงทุน นอกจากนี้ ยังมีโครงการโครงสร้างพื้นฐานอีกจำนวนมากที่จะดำเนินการในอนาคตตามแผนการจัดทำโครงการร่วมลงทุน พ.ศ. 2563-2570 ซึ่งจัดทำขึ้นภายใต้พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ครอบคลุมตั้งแต่กิจการถนน ทางหลวง รถไฟ รถไฟฟ้า ท่าเรือ ท่าอากาศยาน การจัดการน้ำ โรงพยาบาล โรงเรียน ตลอดจนกิจการที่อยู่อาศัยหรือสิ่งอำนวยความสะดวกสำหรับผู้มีรายได้น้อยหรือมีรายได้น้อยปานกลาง ผู้สูงวัย และผู้พิการ (โครงสร้างพื้นฐานด้านสังคม) ทั้งนี้ ภาครัฐจะดำเนินโครงการดังกล่าวในลักษณะของการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน (Public-Private Partnership) โดยมุ่งเน้นหลักการความเป็นหุ้นส่วนระหว่างรัฐและเอกชน ซึ่งช่วยลดภาระทางการคลังของภาครัฐ อีกทั้งยังเป็นการนำความรู้ ความสามารถ ความเชี่ยวชาญ และนวัตกรรมของภาคเอกชนมาใช้ให้เกิดประโยชน์สูงสุด

อย่างไรก็ตาม ในการดำเนินโครงการโครงสร้างพื้นฐานมีปัจจัยจำนวนมากที่จะต้องพิจารณาและศึกษาอย่างละเอียดถี่ถ้วน เนื่องจากโครงการร่วมลงทุนเป็นโครงการที่ต้องอาศัยเงินลงทุนจำนวนมากและเป็นโครงการระยะยาว จึงอาจประสบความเสี่ยงในระหว่างช่วงระยะเวลาของโครงการ ไม่ว่าจะเป็นความเสี่ยงด้านการส่งมอบพื้นที่ที่ใช้สำหรับโครงการ ความเสี่ยงทางด้านเทคโนโลยี ความเสี่ยงจากการเปลี่ยนแปลงกฎหมาย ความเสี่ยงด้านการเมือง ความเสี่ยงทางด้านปริมาณผู้ใช้บริการ ความเสี่ยงด้านเศรษฐกิจ ความเสี่ยงด้านสิ่งแวดล้อม หรือความเสี่ยงที่เกิดขึ้นจากเหตุสุดวิสัย เช่น โรคระบาดหรือภัยพิบัติทางธรรมชาติ เป็นต้น ดังนั้นหน่วยงานของรัฐและเอกชนคู่สัญญาจึงต้องจัดหาแนวทางบรรเทาผลกระทบจากความเสี่ยงดังกล่าวผ่านการจัดสรรความเสี่ยง (risk allocation) ระหว่างคู่สัญญาแต่ละฝ่ายอย่างเหมาะสม โดยมีหลักการทั่วไปว่า ฝ่ายที่มีศักยภาพที่จะควบคุมการเกิดความเสี่ยงดังกล่าว หรือสามารถที่จะจัดการความเสี่ยงหากความเสี่ยงดังกล่าวเกิดขึ้นได้ดีที่สุด หรือสามารถรับความเสี่ยงดังกล่าวได้ในราคาที่ต่ำที่สุดควรจะเป็นฝ่ายที่รับความเสี่ยงไว้ เพื่อลดปัญหาและอุปสรรคที่อาจ

¹ สำนักงานคณะกรรมการนโยบายเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก, ภาพรวมโครงสร้างพื้นฐาน [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://www.eeco.or.th/โครงสร้างพื้นฐาน/ภาพรวมโครงสร้างพื้นฐาน>

ส่งผลกระทบต่อความสำเร็จของโครงการ (deal breakers) ให้ได้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ อันจะทำให้การดำเนินโครงการเป็นไปอย่างราบรื่น ทั้งนี้ การจัดสรรความเสี่ยงดังกล่าวไม่ได้ทำให้ความเสี่ยงที่มีอยู่ในโครงการร่วมลงทุนหมดไปแต่อย่างใด ความเสี่ยงดังกล่าวยังคงมีอยู่ เพียงแต่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีหน้าที่ในการรับมือเมื่อความเสี่ยงดังกล่าวเกิดขึ้นภายใต้วิธีการที่วางแผนไว้

สำหรับการดำเนินโครงการโครงสร้างพื้นฐานซึ่งมักจะเป็นโครงการที่มีมูลค่าการลงทุนในระดับสูง นักลงทุนจะจัดหาแหล่งเงินทุนโดยการจัดหาสินเชื่อเพื่อดำเนินโครงการในระยะยาว หรือที่นิยมเรียกกันว่า Project Finance หลักการของการจัดหาสินเชื่อโครงการประเภทนี้ นักลงทุนจะจัดตั้งนิติบุคคลเฉพาะกิจ² (special purpose vehicle) ซึ่งเปรียบเสมือนกล่องเปล่าขึ้นมาเพื่อดำเนินโครงการร่วมลงทุนเป็นการเฉพาะ นิติบุคคลเฉพาะกิจนี้จะเข้าดำเนินโครงการและเข้าเป็นคู่สัญญากับผู้มีส่วนได้เสียในโครงการแต่ละฝ่ายไม่ว่าจะเป็นหน่วยงานของรัฐในฐานะหน่วยงานเจ้าของโครงการ สถาบันการเงิน ผู้รับเหมาก่อสร้าง และผู้ให้บริการ โดยผลของการเป็นนิติบุคคลเฉพาะกิจนั้นสะท้อนไปยังหลักของความเป็นนิติบุคคลที่แยกออกจากรายการอื่น ดังนั้น สถาบันการเงินผู้ให้การสนับสนุนทางการเงินแก่การดำเนินโครงการจึงไม่สามารถใช้สิทธิในการบังคับชำระหนี้หรือสิทธิไถ่เบี่ย (non-recourse basis) จากตัวนักลงทุนซึ่งมักจะเป็นบริษัทขนาดใหญ่ที่มีความแข็งแกร่งทางการเงินหรือมีสิทธิไถ่เบี่ยอยู่อย่างจำกัด เช่น ในกรณีที่นักลงทุนตกลงเข้าค้ำประกันการชำระหนี้ของนิติบุคคลเฉพาะกิจ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับการตกลงกันระหว่างนักลงทุนและสถาบันการเงิน

นอกจากนี้ สถาบันการเงินจะให้สินเชื่อโดยพิจารณาจากความเป็นไปได้ของตัวโครงการร่วมลงทุนเป็นหลัก กล่าวคือ หากโครงการมีความเป็นไปได้ในระดับที่เหมาะสม ไม่ว่าจะเป็นความเป็นไปได้ทางการเงิน ความเป็นไปได้ทางด้านพาณิชย์ ความเป็นไปได้ทางเทคนิค ความเป็นไปได้ทางด้านกฎหมาย และความเป็นไปได้ทางด้านสิ่งแวดล้อม ซึ่งความเป็นไปได้ดังกล่าวจะสะท้อนออกมาในรูปของความเสี่ยงที่ปรากฏอยู่ในโครงการ ประกอบกับการมีแนวทางการบริหารจัดการความเสี่ยงที่เหมาะสม สถาบันการเงินมีแนวโน้มที่จะให้สินเชื่อโครงการภายใต้เงื่อนไขซึ่งเป็นที่ยอมรับของนักลงทุน ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า หนึ่งในปัจจัยที่สำคัญของการดำเนินโครงการร่วมลงทุนขึ้นอยู่กับระดับความน่าลงทุนของโครงการจากมุมมองของสถาบันการเงิน โดยเฉพาะอย่างยิ่งความสามารถในการทำกำไรของโครงการร่วมลงทุน หรือที่เรียกว่า “Bankability” แต่ข้อจำกัดทางกฎหมายรวมถึงโครงสร้างของสัญญาร่วมลงทุนบางประการอาจส่งผลกระทบต่อความสามารถในการจัดหาแหล่งเงินทุนของนิติบุคคลเฉพาะกิจ เนื่องจากสถาบันการเงินเห็นว่า ข้อจำกัดดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อความสำเร็จของโครงการในอนาคตและอาจทำให้สถาบันการเงินไม่ได้รับชำระหนี้เงินกู้ครบเต็มตามจำนวน

ภายใต้หัวข้อที่ 2 ของบทความนี้จะวิเคราะห์ถึงปัญหาของข้อจำกัดทางกฎหมายและโครงสร้างของสัญญาร่วมลงทุนที่อาจส่งผลกระทบต่อความมั่นใจของสถาบันการเงินเมื่อนิติบุคคลเฉพาะกิจผิดสัญญาร่วมลงทุน จากนั้นในหัวข้อที่ 3 จะศึกษาถึงลักษณะของสัญญาสามฝ่ายระหว่างหน่วยงานของรัฐ ผู้สนับสนุนทางการเงินและนิติบุคคลเฉพาะกิจ (Lenders’ Direct Agreement) เพื่อศึกษาว่าสัญญาดังกล่าวบรรเทาความกังวลของสถาบันการเงินได้อย่างไร และในหัวข้อที่ 4 ของบทความนี้จะชี้ให้เห็นถึงข้อจำกัดบางประการของสัญญาฉบับดังกล่าว ตามด้วยบทสรุป

² ในบทความนี้จะใช้คำแทนกันระหว่าง “นิติบุคคลเฉพาะกิจ” และ “เอกชนคู่สัญญา”

2. ข้อจำกัดในทางกฎหมายและโครงสร้างของสัญญาร่วมลงทุนที่อาจส่งผลกระทบต่อการให้สินเชื่อของสถาบันการเงิน

รูปแบบการจัดหาแหล่งเงินทุนของภาคเอกชนในการจัดทำโครงการร่วมลงทุนขนาดใหญ่สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทหลัก ได้แก่ (1) การจัดหาสินเชื่อโดยพิจารณาจากการเงินของบริษัท (Corporate Finance) และ (2) การจัดหาสินเชื่อโครงการ (Project Finance)

สำหรับการจัดหาสินเชื่อในรูปแบบของ Corporate Finance เป็นกรณีที่บริษัทจัดหาแหล่งเงินทุนผ่านสถาบันการเงิน โดยสถาบันการเงินจะพิจารณาจากความแข็งแกร่งของงบการเงิน กระแสรายได้ในอดีตและผลกำไรของบริษัทเป็นสำคัญ ดังนั้นในกรณีที่เกิดเหตุผิดสัญญา สถาบันการเงินจึงสามารถที่จะนำทรัพย์สินของบริษัทมาเข้ากระบวนการชำระหนี้เงินกู้ได้ แต่ด้วยความที่โครงการร่วมลงทุนโครงสร้างพื้นฐานมักจะเป็นโครงการขนาดใหญ่ ซึ่งต้องอาศัยแหล่งเงินทุนจำนวนมาก ประกอบกับโดยลักษณะของโครงการมักจะเผชิญกับความเสี่ยงหลากหลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นความเสี่ยงทางการเงิน ด้านพาณิชย์ ด้านเทคนิค ด้านกฎหมาย ด้านสิ่งแวดล้อม ด้านการเมือง ด้านเศรษฐกิจและด้านอื่น ๆ อีกมากมาย ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อสถานะการเงินของบริษัทเดิมที่มีอยู่ ดังนั้น นักลงทุนจึงหลีกเลี่ยงที่จะจัดหาสินเชื่อในรูปแบบ Corporate Finance และพิจารณาการจัดหาสินเชื่อโครงการแทน โดยการจัดตั้งนิติบุคคลเฉพาะกิจขึ้นมาเพื่อจัดทำโครงการโครงสร้างพื้นฐานโดยเฉพาะและเข้าเป็นคู่สัญญากับผู้มีส่วนเกี่ยวข้องต่าง ๆ เนื่องจากความเสี่ยงของตัวโครงการจะถูกจำกัดอยู่ที่ตัวนิติบุคคลเฉพาะกิจ ทำให้บริษัทแม่ไม่ต้องเผชิญกับความเสี่ยงที่ไม่จำกัดจากการจัดทำโครงการขนาดใหญ่

เมื่อนิติบุคคลเฉพาะกิจซึ่งเป็นคู่สัญญากับสถาบันการเงินเปรียบเสมือนเพียงกล่องเปล่าที่ไม่ได้มีความแข็งแกร่งในทางการเงินแต่อย่างใด หลักประกันของนิติบุคคลเฉพาะกิจถือเป็นหนึ่งในหัวใจหลักที่สถาบันการเงินให้ความสำคัญเป็นอย่างมากในการให้สินเชื่อโครงการ ดังนั้นสถาบันการเงินจึงเรียกร้องให้นำทรัพย์สินทั้งหมดที่มีหรือจะมีของนิติบุคคลเฉพาะกิจมาเป็นหลักประกันหนี้เงินกู้ ไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินโครงสร้างพื้นฐาน กระแสเงินสดที่ได้จากโครงการ บัญชีเงินฝาก หุ่นของนิติบุคคลเฉพาะกิจ เงินที่ได้รับจากค่าธรรมเนียมประกันภัยและทรัพย์สินอีกหลากหลายชนิด รวมไปถึงสัญญาทั้งหมดที่นิติบุคคลเฉพาะกิจมีอยู่

นอกเหนือไปจากประเภทของทรัพย์สินที่สถาบันการเงินจะเอาไปเป็นหลักประกันแล้ว ข้อพิจารณาอีกประการหนึ่งที่สำคัญ คือ การพิจารณาว่าการบังคับหลักประกันดังกล่าวมีข้อจำกัดในทางกฎหมายหรือไม่ ข้อจำกัดประการหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการนำทรัพย์สินโครงสร้างพื้นฐานไปเป็นหลักประกันหนี้เงินกู้ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 56 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า

“โครงสร้างหรือโครงข่ายขั้นพื้นฐานของกิจการสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานของรัฐอันจำเป็นต่อการดำรงชีวิตของประชาชนหรือเพื่อความมั่นคงของรัฐ รัฐจะกระทำด้วยประการใดให้ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเอกชนหรือทำให้รัฐเป็นเจ้าของน้อยกว่าร้อยละห้าสิบเอ็ดมิได้”

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1) ได้ให้ความเห็นเรื่องเสร็จที่ 334/2561 ไว้ว่า การพิจารณาลักษณะของกิจการสาธารณูปโภคต้องคำนึงถึงลักษณะของกิจการดังกล่าวว่า เป็นไปเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนเป็นการทั่วไปหรือไม่ และคำว่า “สาธารณูปโภค” หมายถึง บริการสาธารณะที่อำนวยความสะดวกแก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต เช่น การไฟฟ้า การประปา การเดินรถประจำทาง โทรศัพท์ ดังนั้นเมื่อทรัพย์สินของรัฐเป็นโครงสร้างหรือโครงข่ายขั้นพื้นฐานของกิจการสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานของรัฐอันจำเป็นต่อการดำเนินชีวิตของประชาชน จึงไม่อาจทำให้ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเอกชนได้ อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1) ได้ให้ความเห็นต่อไปว่า “บทบัญญัติมาตรา 56 วรรคสอง ดังกล่าวใช้เฉพาะกับทรัพย์สินที่เป็นของรัฐ โดยไม่กระทบถึงทรัพย์สินอย่างเดียวกันกับที่เป็นของเอกชน การที่เอกชนได้รับสัมปทานและสร้างโครงข่ายหรือจัดให้มีสายไฟเบอร์เป็นของตนเองย่อมทำได้ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง”³ การตีความดังกล่าวหมายความว่า ในกรณีที่นิติบุคคลเฉพาะกิจได้รับสิทธิในการร่วมลงทุนในโครงการโครงสร้างพื้นฐานเพื่อการก่อสร้างและดำเนินงาน ภาคเอกชนสามารถถือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโครงการพื้นฐานซึ่งใช้ในการให้บริการสาธารณะได้ตลอดเวลาที่ดำเนินการให้บริการสาธารณะ

อนึ่ง บทความนี้ตั้งข้อสังเกตว่า เจตนารมณ์ของมาตรา 56 วรรคสองแห่งรัฐธรรมนูญราชอาณาจักรไทยนั้น น่าจะเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการดำรงไว้ซึ่งหลักความต่อเนื่องในการให้บริการสาธารณะ เพราะโครงการโครงสร้างพื้นฐานมีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการให้บริการสาธารณะแก่ประชาชน หากเกิดกรณีที่ทรัพย์สินโครงสร้างพื้นฐานถูกบังคับชำระหนี้โดยการขายทอดตลาดไปยังบุคคลภายนอก บุคคลภายนอกย่อมไม่อาจที่จะให้บริการสาธารณะหรือดำเนินโครงการต่อไปได้ เนื่องจากไม่ใช่คู่สัญญาภายใต้สัญญาร่วมลงทุน อันจะมีสิทธิที่จะดำเนินโครงการดังกล่าวด้วยเหตุนี้เองถึงแม้ว่าภาคเอกชนจะได้รับสิทธิในการร่วมลงทุนในโครงการเพื่อดำเนินการออกแบบและก่อสร้างโครงสร้างพื้นฐาน ทรัพย์สินโครงสร้างพื้นฐานดังกล่าวควรที่จะอยู่ภายใต้หลักการที่รัฐจะต้องดำเนินการเพื่อดำรงไว้ซึ่งกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินโครงสร้างพื้นฐาน ดังนั้น รูปแบบและแนวทางในการดำเนินโครงการร่วมลงทุนที่สอดคล้องกับการตีความเช่นนี้ควรจะเป็นไปในรูปแบบ Build-Transfer-Operate (BTO) ซึ่งภาคเอกชนจะดำเนินการออกแบบและก่อสร้างโครงสร้างพื้นฐาน ภายหลังจากที่การก่อสร้างแล้วเสร็จเรียบร้อย เอกชนคู่สัญญาจะดำเนินการโอนกรรมสิทธิ์ในโครงสร้างพื้นฐานให้กับภาครัฐ และหลังจากนั้นเอกชนจึงจะดำเนินการให้บริการโครงการได้

อย่างไรก็ตาม ทรัพย์สินที่สำคัญที่สุดในโครงการร่วมลงทุนโครงสร้างพื้นฐานมิใช่ทรัพย์สินโครงสร้างพื้นฐาน แต่เป็นสัญญาร่วมลงทุน ถึงขนาดมีคำกล่าวที่ว่า “In project finance, contract is king.”⁴ เนื่องจากสัญญาร่วมลงทุนให้สิทธิทั้งหมดแก่นิติบุคคลเฉพาะกิจในการออกแบบ ก่อสร้าง ดำเนินงานและบำรุงรักษาโครงการร่วมลงทุน และสัญญาร่วมลงทุนยังส่งผลกระทบต่อรายได้ของโครงการอย่างมีนัยสำคัญ ในแง่ของการเป็นแหล่งรายได้หลักในโครงการ เช่น สัญญาร่วมลงทุนโครงการทางด่วนจะให้สิทธิแก่เอกชนผู้ร่วมลงทุนแต่เพียงผู้เดียว

³ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสร็จที่ 334/2561 เรื่อง เสนอโครงการและสายไฟเบอร์ของ บริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) เป็นสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานอันจำเป็นต่อการดำรงชีวิตของประชาชนตามมาตรา 56 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือไม่,” กุมภาพันธ์ 2561

⁴ Phillip R Wood, *The Law and Practice of International Finance Series: Project Finance, Securitizations, Subordinated Debt* (London: Sweet & Maxwell, 2007), p.12.

ในการจัดเก็บรายได้จากทางด่วน⁵ หรือสัญญาร่วมลงทุนในโครงการระบบขนส่งมวลชนที่ให้เอกชนมีสิทธิจัดเก็บค่าโดยสาร⁶ เนื่องจากความเป็นกล่องเปล้าของนิติบุคคลเฉพาะกิจนั้น หากไม่มีสัญญาดังกล่าวแล้ว เอกชนคู่สัญญาย่อมไม่อาจดำเนินโครงการได้ ถึงแม้ตนจะมีสิทธิเหนือทรัพย์สินในโครงการ และย่อมไม่มีแหล่งรายได้หลักที่จะนำมาชำระเงินต้นและดอกเบี้ยแก่สถาบันการเงินอย่างแน่นอน ดังนั้น สถาบันการเงินจึงมีแรงจูงใจในการที่จะดำเนินการทบทวนเพื่อให้เห็นใจว่าสัญญาร่วมลงทุนดังกล่าวมีความมั่นคง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่นิติบุคคลเฉพาะกิจผิดสัญญาร่วมลงทุนอันจะส่งผลให้หน่วยงานของรัฐมีสิทธิยกเลิกสัญญาร่วมลงทุน

ภาครัฐตระหนักถึงความสำคัญของสัญญาร่วมลงทุนในฐานะทรัพย์สินหลักของโครงการร่วมลงทุน จึงได้เปิดช่องให้มีกลไกในการใช้สิทธิแก้ไขเยียวยาเหตุผิดสัญญาในโครงการร่วมลงทุน (cure right) โดยข้อสัญญาดังกล่าวมีสาระสำคัญ คือ ในกรณีที่นิติบุคคลเฉพาะกิจก่อให้เกิดเหตุผิดสัญญาในโครงการร่วมลงทุน หน่วยงานของรัฐจะไม่สามารถใช้สิทธิเลิกสัญญาร่วมลงทุนได้ทันที แต่จะต้องเปิดโอกาสให้สถาบันการเงินสามารถใช้สิทธิในการที่จะเข้ามาดูแลและแก้ไขเยียวยาเหตุผิดสัญญาดังกล่าวได้ ผลของข้อสัญญานี้จึงเป็นการสร้างความมั่นใจว่า ในกรณีที่เกิดการผิดสัญญาซึ่งอาจนำไปสู่การเลิกสัญญาร่วมลงทุน สถาบันการเงินจะได้รับทราบและหามาตรการที่เหมาะสมเพื่อเข้ามาแก้ไขและจัดการปัญหาได้อย่างทัน่วงที สำหรับตัวอย่างของข้อสัญญาว่าด้วยการใช้สิทธิแก้ไขเยียวยาเหตุผิดสัญญาที่สามารถเห็นได้ในสัญญาร่วมลงทุน ได้แก่ สัญญาร่วมลงทุนโครงการรถไฟฟ้าสายสีชมพู ช่วงแคราย-มีนบุรีระหว่างการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชน แห่งประเทศไทย (รฟม.) และบริษัทนอร์ทเทิร์น บางกอก โมโนเรล จำกัด ข้อ 26.3 (ก)(1) ซึ่งระบุว่า

“ในกรณีที่ผู้รับสัมปทานผิดสัญญาอันเป็นเหตุให้ รฟม. สามารถใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้ รฟม. จะแจ้งเป็นหนังสือเมื่อเกิดเหตุแห่งการผิดสัญญาดังกล่าวให้ผู้ให้ทราบ เพื่อให้ผู้ให้สามารถเข้ามาเยียวยาเหตุแห่งการเลิกสัญญาดังกล่าวได้ ภายในระยะเวลาเยียวยาเหตุแห่งการเลิกสัญญาที่กำหนดไว้ในสัญญานี้ ทั้งนี้ เป็นสิทธิของผู้ให้ว่าจะเข้ามาเยียวยาเหตุดังกล่าวหรือไม่ หากเหตุดังกล่าวได้รับการเยียวยา รฟม. จะไม่ใช่สิทธิบอกเลิกสัญญา”

อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตว่า ข้อสัญญาเรื่องนี้มิได้กำหนดไว้ชัดเจนว่าสถาบันการเงินสามารถเข้าดำเนินโครงการแทนที่เอกชนคู่สัญญาได้ถึงขนาดที่จะเรียกข้อสัญญาดังกล่าวได้ว่าเป็นสิทธิในการเข้าดำเนินโครงการแทนที่เอกชนคู่สัญญา (step-in right) ดังนั้น คงจะต้องเป็นเรื่องที่สถาบันการเงินจะต้องตกลงกับหน่วยงานของรัฐและนิติบุคคลเฉพาะกิจให้ชัดเจนก่อนที่จะใช้สิทธิแก้ไขเยียวยาเหตุผิดสัญญาในโครงการร่วมลงทุนว่าสถาบันการเงินจะเข้าดำเนินโครงการแทนที่เอกชนคู่สัญญาในช่วงระยะเวลาแก้ไขเยียวยา และเอกชนคู่สัญญาไม่มีหน้าที่ต้องดำเนินการใด ๆ ในช่วงระยะเวลาดังกล่าว แต่เอกชนคู่สัญญาจะยังคงเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐอยู่

⁵ สัญญาโครงการทางด่วนสายบางปะอิน-ปากเกร็ด ระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทย กับ บริษัท ทางด่วนกรุงเทพเหนือ จำกัด ข้อ 11 คำผ่านทาง

⁶ สัญญาร่วมลงทุนการออกแบบและก่อสร้างงานโยธา การจัดการระบบรถไฟฟ้า การให้บริการเดินรถไฟฟ้า และซ่อมบำรุงรักษา โครงการรถไฟฟ้าสายสีชมพู ช่วงแคราย-มีนบุรี ข้อ 3.2(จ) แหล่งรายได้และการจัดเก็บรายได้

โดยลักษณะของสัญญาร่วมลงทุนจัดเป็นสัญญาทางปกครองตามนิยามที่ปรากฏในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542⁷ เนื่องจากเป็นกรณีที่หน่วยงานของรัฐซึ่งมีอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบในการจัดทำบริการสาธารณะให้สิทธิเด็ดขาดแก่ฝ่ายเอกชนเข้ามาเป็นผู้รับผิดชอบในการจัดทำบริการสาธารณะ⁸ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าหลักการของสัญญาทางปกครองจะได้ถูกพัฒนาขึ้นเป็นระยะเวลานานแล้ว แต่กลับไม่ปรากฏ “ระบบกฎหมายที่ว่าด้วยสัญญาทางปกครอง”⁹ ที่เป็นเอกเทศ ซึ่งตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาศาลปกครองได้นำหลักกฎหมายแพ่งมาปรับใช้บังคับในสัญญาทางปกครองตราบเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับหลักการในทางกฎหมายปกครอง¹⁰

เมื่อพิจารณาถึงลักษณะของข้อสัญญาว่าด้วยการใช้สิทธิแก้ไขเยียวยาโครงการดังกล่าวอาจเทียบเคียงได้กับสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกตามมาตรา 374 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งทำสัญญาตกลงว่าจะชำระหนี้แก่บุคคลภายนอกไซ้ ท่านว่าบุคคลภายนอกมีสิทธิจะเรียกชำระหนี้จากลูกหนี้โดยตรงได้” เนื่องจากสัญญาร่วมลงทุนระบุให้สิทธิแก่สถาบันการเงินซึ่งไม่ได้มีนิติสัมพันธ์โดยตรง (direct privity) กับหน่วยงานของรัฐในการที่จะใช้สิทธิแก้ไขเยียวยาเหตุผิดสัญญาในโครงการร่วมลงทุนอันเป็นการที่หน่วยงานของรัฐจะต้องชำระหนี้โดยการให้สิทธิแก่สถาบันการเงินอันเป็นประโยชน์อย่างหนึ่ง ข้อสัญญาดังกล่าวจึงน่าจะเข้าข่ายเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก

แม้ว่าจะมีข้อสัญญาดังกล่าวภายใต้สัญญาร่วมลงทุน แต่ก็อาจมีข้อกังวลประการต่อมา เนื่องจากตามมาตรา 374 วรรคสอง วางหลักว่า สิทธิของบุคคลภายนอกย่อมเกิดขึ้นนับตั้งแต่เวลาที่บุคคลภายนอกแสดงเจตนาแก่ลูกหนี้ว่าจะถือเอาประโยชน์จากสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก ประกอบกับมาตรา 375 วางหลักว่า เมื่อสิทธิของบุคคลภายนอกได้เกิดขึ้นแล้ว คู่สัญญาไม่อาจที่จะเปลี่ยนแปลงหรือระงับสิทธินั้นในภายหลัง กรณีเช่นนี้จึงอาจก่อให้เกิดความไม่แน่นอนในสิทธิดังกล่าวตามที่ระบุไว้ในสัญญาร่วมลงทุน เนื่องจากตราบใดที่สถาบันการเงินยังไม่ได้แจ้งความประสงค์ที่จะถือเอาประโยชน์ สิทธิแก้ไขเยียวยาโครงการของสถาบันการเงินก็ยังไม่เกิดขึ้น ดังที่ระบุไว้ในมาตรา 374 วรรคสอง โดยนัยนี้หน่วยงานของรัฐจึงยังคงสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงสิทธิดังกล่าวได้ทุกเมื่อ ก่อนที่สถาบันการเงินจะได้แสดงความประสงค์ที่จะถือเอาประโยชน์ในการใช้สิทธิข้างต้น นอกจากนี้ ไม่ปรากฏแนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดอันจะใช้เทียบเคียงสำหรับนักกฎหมายและสถาบันการเงินเกี่ยวกับผลในทางกฎหมายของการใช้สิทธิดังกล่าว ในท้ายที่สุดจึงอาจก่อให้เกิดความไม่แน่นอนว่า ในกรณีที่โครงการประสบปัญหา สถาบันการเงินจะสามารถใช้สิทธิแก้ไขเยียวยาโครงการหรือเสนอนิติบุคคลเข้าแทนที่ของสถาบันการเงินได้ภายใต้หลักการใด และภายใต้ขอบเขตเพียงใด

⁷ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 บัญญัติว่า “ในพระราชบัญญัตินี้ “สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานสัญญาที่จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ”

⁸ สุรพล นิติไกรพจน์, *สัญญาทางปกครอง*, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 27.

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 169.

¹⁰ โภคิน พลกุล, *สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย* [ออนไลน์], 2548. แหล่งที่มา <http://publiclaw.net/publaw/view.aspx?id=692&Page=4>

อีกทั้งข้อสัญญาที่ปรากฏอยู่ในสัญญาร่วมลงทุนยังขาดรายละเอียดที่ชัดเจน เช่น ขอบเขตความรับผิดชอบของสถาบันการเงินในกรณีที่สถาบันการเงินตัดสินใจเข้าดำเนินการแทนที่นิติบุคคลเฉพาะกิจ อันจะเป็นการสร้าง ความชัดเจนให้กับสถาบันการเงินเพื่อทราบขอบเขตความรับผิดชอบของตนเองจะเป็นอย่างไรหากมีการใช้สิทธิเข้าแก้ไข เยียวยาโครงการหรือดำเนินโครงการแทนที่เอกชนคู่สัญญา

นอกจากข้อสัญญาดังกล่าวข้างต้นแล้ว หน่วยงานของรัฐยังเปิดโอกาสให้สถาบันการเงินมีสิทธิที่จะเสนอ นิติบุคคลเข้ามาแทนที่เอกชนคู่สัญญาได้ในกรณีที่เกิดเหตุผิดสัญญาร่วมลงทุน (substitution) กล่าวคือ ในกรณีที่ เหตุผิดสัญญา สถาบันการเงินมีสิทธิที่จะเสนอรายชื่อนิติบุคคลรายใหม่เพื่อเข้ามาดำเนินโครงการร่วมลงทุนแทนที่ เอกชนคู่สัญญา หากสถาบันการเงินเห็นว่าเหตุการณ์ดังกล่าวมีความร้ายแรงถึงขนาดที่เอกชนคู่สัญญาไม่อาจที่จะ ดำเนินโครงการต่อไปได้ ตัวอย่างของข้อสัญญาประเภทนี้ปรากฏในสัญญาร่วมลงทุนโครงการรถไฟฟ้าสายสีชมพู ช่วงแคราย-มีนบุรีข้อ 26.3(ก)(2) ซึ่งระบุว่า

“หาก รฟม. และผู้รับสัมปทานตกลงให้ผู้ที่มีสิทธิเสนอนิติบุคคลอื่น (“นิติบุคคล ที่เข้าแทนที่”) เข้ามาแทนที่ผู้รับสัมปทานได้ รฟม. จะมีหนังสือแจ้งให้ผู้ให้กู้ทราบ ผู้ให้กู้ชอบที่จะเสนอนิติบุคคลอื่นเข้ามาแทนที่ผู้รับสัมปทานได้ภายในระยะเวลาเก้าสิบ (90) วัน นับตั้งแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้ง ภายใต้เงื่อนไขที่ว่านิติบุคคลที่เข้าแทนที่นั้น จะต้องแสดงหลักฐานต่อ รฟม. จนเป็นที่พอใจว่านิติบุคคลที่เข้าแทนที่ดังกล่าวจะมี สถานะทางการเงินและมีความสามารถทางเทคนิคเป็นที่น่าเชื่อถือเพียงพอที่จะเข้า ปฏิบัติงานและรับภาระหน้าที่ของผู้รับสัมปทานตามสัญญานี้ได้”¹¹

หากพิจารณาข้อสัญญาว่าด้วยการใช้สิทธิเสนอนิติบุคคลเข้าแทนที่ข้างต้นจะเห็นได้ว่า ในการใช้สิทธิเสนอ นิติบุคคลเข้าแทนที่นั้นเป็นเรื่องที่ รฟม. และเอกชนคู่สัญญาซึ่งเป็นผู้รับสัมปทานจะมาตกลงกันก่อนว่าจะให้ สถาบันการเงินผู้ให้กู้มีสิทธิเสนอนิติบุคคลเข้าแทนที่หรือไม่ เช่นนี้แล้วหากเอกชนคู่สัญญาหรือหน่วยงานของรัฐ ไม่ประสงค์ที่จะให้สถาบันการเงินใช้สิทธิเสนอนิติบุคคลเข้าแทนที่ สถาบันการเงินย่อมไม่อาจที่จะใช้สิทธิดังกล่าวได้

ความเสี่ยงดังกล่าวทั้งหมดข้างต้นอาจส่งผลกระทบต่อความสามารถในการจัดหาแหล่งเงินทุนของ นิติบุคคลเฉพาะกิจ เนื่องจากสถาบันการเงินยังมีความเชื่อมั่นไม่เต็มที่ถึงการบังคับใช้ข้อสัญญาดังกล่าว ซึ่งอาจ ส่งผลให้สถาบันการเงินเรียกร้องให้นักลงทุนหรือบริษัทแม่วางหลักทรัพย์เพิ่มเติมในรูปแบบของ การค้ำประกัน หนี้เงินกู้ของสถาบันการเงิน กรณีเช่นนี้ย่อมขัดต่อหลักการเริ่มต้นในการให้สินเชื่อโครงการที่บริษัทแม่จัดตั้ง นิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อจำกัดความรับผิดชอบไว้ที่เฉพาะนิติบุคคลเฉพาะกิจ ประกอบกับหลักการที่สถาบัน การเงินจะพิจารณาให้ความสำคัญต่อความสามารถในการทำรายได้ของโครงการร่วมลงทุน

¹¹ สัญญาร่วมลงทุนการออกแบบและก่อสร้างงานโยธา การจัดการระบบรถไฟฟ้า การให้บริการเดินรถไฟฟ้า และซ่อมบำรุงรักษา โครงการรถไฟฟ้า สายสีชมพู ช่วงแคราย-มีนบุรี[ออนไลน์], 2560. แหล่งที่มา <http://www.oic.go.th/FILEWEB/CABINFOCENTER6/DRAWER004/GENERAL/DATA0000/00000612.PDF>

3. สัญญาที่หน่วยงานของรัฐเข้าทำโดยตรงกับผู้สนับสนุนทางการเงิน

การสร้างเชื่อมั่นให้กับสถาบันการเงินสามารถทำได้ด้วยการจัดทำสัญญาที่หน่วยงานของรัฐเข้าทำโดยตรงกับผู้สนับสนุนทางการเงิน (Lenders' Direct Agreement หรือ Tripartite Deeds) โดยสัญญาดังกล่าวนี้นี้มีคู่สัญญาด้วยกันทั้งสิ้นสามฝ่ายได้แก่ (1) หน่วยงานของรัฐ (2) นิติบุคคลเฉพาะกิจซึ่งเป็นเอกชนคู่สัญญา และ (3) สถาบันการเงิน

วัตถุประสงค์ของสัญญาดังกล่าวมีขึ้นเพื่อก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์โดยตรงระหว่างหน่วยงานของรัฐและสถาบันการเงิน จากเดิมที่สถาบันการเงินไม่ได้มีความสัมพันธ์โดยตรงในสัญญาร่วมลงทุนกับหน่วยงานของรัฐ ในการนี้สัญญาดังกล่าวจะทำให้สถาบันการเงินเกิดความมั่นใจว่า หน่วยงานของรัฐจะไม่ยกเลิกสัญญาร่วมลงทุน ซึ่งเป็นทรัพย์สินที่สำคัญประการหนึ่งของนิติบุคคลเฉพาะกิจโดยที่สถาบันการเงินไม่มีโอกาสได้รับรู้หรือแก้ไขปัญหาก่อนที่เกิดขึ้นก่อน ในอีกแง่หนึ่งสัญญาดังกล่าวทำหน้าที่เสมือนเป็นหลักประกันอย่างหนึ่งของสถาบันการเงิน กล่าวคือ ในกรณีที่นิติบุคคลเฉพาะกิจประสบปัญหาในการดำเนินโครงการ สถาบันการเงินมีสิทธิที่จะเข้ามาตรวจตรา ดูแลความเป็นไปของโครงการ หรือสรรหาเอกชนรายใหม่เพื่อเข้ามาดำเนินงานแทนที่นิติบุคคลเฉพาะกิจได้ เพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าการดำเนินโครงการจะยังคงดำเนินต่อไปได้

สำหรับเหตุผลที่สถาบันการเงินต้องการให้โครงการดำเนินงานต่อไปได้ เนื่องจากหากโครงการดังกล่าวหยุดการดำเนินงาน หมายความว่าโครงการไม่สามารถสร้างกระแสเงินสดในช่วงระยะเวลานั้นได้ และท้ายที่สุดสถาบันการเงินจะกลายเป็นผู้ที่ต้องรับผลกระทบในทางลบจากการที่ไม่มีกระแสเงินสดเข้ามาชำระหนี้เงินกู้ของนิติบุคคลเฉพาะกิจ นอกจากนี้หากพิจารณาจากมุมมองของหน่วยงานของรัฐจะเห็นได้ว่า ผลประโยชน์ของทั้งสถาบันการเงินและหน่วยงานของรัฐมีความสอดคล้องกันอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ หน่วยงานของรัฐมีความคาดหวังว่าการดำเนินโครงการจะเป็นไปอย่างราบรื่นไม่ส่งผลกระทบในทางลบต่อสาธารณชน หากโครงการดังกล่าวเกิดปัญหาและไม่สามารถดำเนินงานได้ เหตุการณ์ดังกล่าวจะนำไปสู่ผลเสียต่อภาพลักษณ์ขององค์กรและบุคลากรในแง่การให้บริการสาธารณะไม่เป็นไปตามที่ประชาชนคาดหวัง หรืออาจถูกฟ้องร้องให้รับผิดชอบหากเกิดปัญหาดังนั้น หน่วยงานของรัฐจึงคาดหวังว่าสถาบันการเงินจะดำเนินการเพื่อรักษาไว้ซึ่งคุณภาพและความต่อเนื่องในการให้บริการสาธารณะอันเป็นข้อพิจารณาพื้นฐานอย่างหนึ่งของหลักการดำเนินการให้บริการสาธารณะ

ในส่วนของข้อสัญญาภายใต้สัญญาที่หน่วยงานของรัฐเข้าทำโดยตรงกับสถาบันการเงินประกอบไปด้วยหลักการเบื้องต้นดังต่อไปนี้

- ในกรณีที่เกิดเหตุผิดสัญญาภายใต้สัญญาร่วมลงทุน หน่วยงานของรัฐตกลงที่จะแจ้งให้สถาบันการเงินทราบถึงเหตุผิดสัญญาดังกล่าว และตกลงที่จะไม่ยกเลิกสัญญาร่วมลงทุนหากสถาบันการเงินประสงค์ที่จะใช้สิทธิในการแก้ไขเหตุผิดสัญญา ในอีกแง่หนึ่ง หน่วยงานของรัฐจะใช้สิทธิในการยกเลิกสัญญาร่วมลงทุนเป็นการเยียวยาอย่างสุดท้าย (last resort) ภายใต้การเยียวยาทั้งหมดที่มีอยู่
- หน่วยงานของรัฐให้ความยินยอมแก่สถาบันการเงินในการเข้าใช้สิทธิแก้ไขเยียวยาเหตุผิดสัญญาร่วมลงทุน (the right to cure any default) ภายในช่วงระยะเวลาหนึ่ง โดยที่สถาบันการเงินไม่ต้อง

รับภาระใด ๆ ของนิติบุคคลเฉพาะกิจภายใต้สัญญาร่วมลงทุน¹² ทั้งนี้ ระยะเวลาแก้ไขเยียวยาเหตุผิดสัญญาดังกล่าวขึ้นอยู่กับลักษณะของเหตุผิดสัญญาในแต่ละกรณี เช่น หากเป็นการผิดสัญญาที่เกี่ยวข้องกับตัวเงิน การแก้ไขเหตุดังกล่าวอาจมีระยะเวลาที่ค่อนข้างสั้น ในขณะที่หากเป็นการผิดสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของโครงการ ระยะเวลาในการแก้ไขอาจยาวนานกว่ากรณีที่เกี่ยวข้องกับตัวเงิน¹³ นอกจากนี้สถาบันการเงินมักจะต้องการสิทธิในการแก้ไขเยียวยานี้ก่อนที่จะตัดสินใจว่าจะเข้าใช้สิทธิดำเนินโครงการแทนที่นิติบุคคลเฉพาะกิจในลำดับต่อไปหรือไม่ เช่น ในกรณีที่นิติบุคคลเฉพาะกิจยังคงดำเนินการได้อย่างปกติแต่เหตุผิดสัญญาร่วมลงทุนเกิดจากการที่นิติบุคคลเฉพาะกิจไม่ได้ชำระหนี้เงินบางประการแก่หน่วยงานของรัฐ เช่นนี้แล้วสถาบันการเงินย่อมเลือกที่จะใช้สิทธิแก้ไขเยียวยาโครงการในลำดับแรกด้วยวิธีการชำระหนี้ดังกล่าวแก่หน่วยงานของรัฐ¹⁴

- หน่วยงานของรัฐให้ความยินยอมแก่สถาบันการเงินในการเข้าใช้สิทธิดำเนินโครงการแทนนิติบุคคลเฉพาะกิจ (step-in right) โดยปกติแล้วสถาบันการเงินจะไม่ดำเนินการดังกล่าวด้วยตนเอง เนื่องจากสถาบันการเงินไม่มีความเชี่ยวชาญหรือประสบการณ์ที่จะเข้ามาดำเนินโครงการโครงสร้างพื้นฐาน ดังนั้น สถาบันการเงินจึงมีแนวโน้มที่จะแต่งตั้งตัวแทนหรือบุคคลภายนอกเพื่อเข้ามาจัดการแก้ไขปัญหาในช่วงระยะเวลาหนึ่ง¹⁵ โดยบุคคลที่สถาบันการเงินแต่งตั้งขึ้นมาจะจัดทำแผนแก้ไขเยียวยาเหตุผิดสัญญาร่วมลงทุนและควบคุมให้นิติบุคคลเฉพาะกิจปฏิบัติตามแผนการดังกล่าวที่กำหนดไว้ นอกจากนี้ สถาบันการเงินสามารถเลือกที่จะระงับการใช้สิทธิดำเนินโครงการแทนที่นิติบุคคลเฉพาะกิจ (step-out right) ได้ ทั้งนี้ ในช่วงระหว่างที่สถาบันการเงินใช้สิทธิดำเนินโครงการแทนที่ นิติบุคคลเฉพาะกิจยังคงเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐอยู่และต้องรับผิดชอบในหนี้สินอื่นใดที่เกิดขึ้นระหว่างช่วงระยะเวลาดังกล่าวและภายหลังจากที่สถาบันการเงินระงับการใช้สิทธิดำเนินโครงการแทนที่นิติบุคคลเฉพาะกิจ
- หน่วยงานของรัฐให้ความยินยอมแก่สถาบันการเงินในการใช้สิทธิเสนอชื่อเอกชนรายใหม่เพื่อเข้าดำเนินโครงการแทนที่นิติบุคคลเฉพาะกิจรายเดิมซึ่งเป็นคู่สัญญา (substitution) ทั้งนี้ เอกชนรายใหม่จะต้องมีคุณสมบัติในด้านเทคนิคและการเงินตามที่หน่วยงานของรัฐกำหนด พร้อมทั้งมีคุณสมบัติตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง และเอกชนรายใหม่จะต้องเข้ารับสิทธิและหน้าที่ของนิติบุคคลเฉพาะกิจภายใต้สัญญาร่วมลงทุน เมื่อหน่วยงานของรัฐให้ความเห็นชอบคุณสมบัติของเอกชนรายใหม่และการโอนสัญญาร่วมลงทุนแล้ว นิติบุคคลเฉพาะกิจรายเดิมจะต้องหยุดการปฏิบัติหน้าที่ทุกประการภายใต้สัญญาร่วมลงทุน ยกเว้นหน้าที่ในการโอนสิทธิตามสัญญาร่วมลงทุนให้แก่เอกชนรายใหม่ จากนั้น หน่วยงานของรัฐและเอกชนรายใหม่ที่เข้าแทนที่จะต้องเข้าทำสัญญารับโอนสิทธิและหน้าที่ภายใต้สัญญาร่วมลงทุนหรือเข้าทำสัญญาฉบับใหม่ซึ่งมีข้อกำหนดและเงื่อนไขที่เหมือนกับสัญญาร่วมลงทุนเดิมหรือมีข้อแตกต่างที่ไม่ใช่สาระสำคัญ¹⁶

¹² Project Finance and Development Committee of ABA Section of Business Law, **Model Consent to Assignment for Project Finance Transactions (with Commentary)** [Online], 2012. Available at https://www.americanbar.org/digital-asset-abstract.html/content/dam/aba/publications/business_lawyer/2012/67_4/report-finance-transactions-201208.pdf

¹³ E.R. Yescombe, **Public-Private Partnerships Principles of Policy and Finance** (London: Elsevier, 2007), pp.277-78.

¹⁴ Public-Private-Partnership Legal Resource Center, **Key Issues in Developing Project Financed Transactions** [Online], 2016. Available at <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/financing/Issues-in-project-financed-transactions#direct>

¹⁵ Ibid.

¹⁶ E.R. Yescombe, **Public-Private Partnerships Principles of Policy and Finance**, pp. 277-78.

- หน่วยงานของรัฐให้ความยินยอมแก่สถาบันการเงินในการที่สถาบันการเงินจะใช้สิทธิบังคับเอาหลักประกันของนิติบุคคลเฉพาะกิจภายใต้สัญญาหลักประกัน (security agreement) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของเอกสารสัญญาให้สินเชื่อโครงการ

เมื่อพิจารณาลักษณะของสัญญาที่เข้าทำโดยตรงระหว่างหน่วยงานของรัฐและสถาบันการเงินจะเห็นได้ว่าสัญญาดังกล่าวทำหน้าที่เป็นหลักประกันทั้งในเชิงบรรเทา (reactive function) และในเชิงป้องกัน (proactive function) กล่าวคือ ในแง่ของการบรรเทานั้น สัญญาดังกล่าวนี้นี้จะช่วยบรรเทาความเสี่ยงจากการที่หน่วยงานของรัฐยกเลิกสัญญาร่วมลงทุนโดยที่สถาบันการเงินไม่ได้รับทราบถึงปัญหาที่เกิดขึ้น อีกทั้งไม่มีโอกาสที่จะเข้าไปแก้ไขปัญหาดังกล่าวในเบื้องต้น และในแง่ของการป้องกัน สัญญาดังกล่าวนี้นี้เปิดโอกาสให้สถาบันการเงินได้รับทราบเหตุการณ์ที่ผิดปกติซึ่งเกิดขึ้นในโครงการ อันจะช่วยให้สถาบันการเงินสามารถวางแผนจัดการแก้ไขปัญหาได้ทันทั่วทั้งที่ อย่างไรก็ตาม สัญญาดังกล่าวนี้นี้เป็นเพียงแค่นิติสัมพันธ์พื้นฐานของสัญญา ไม่ได้ก่อให้เกิดสิทธิในทางหลักประกันตามกฎหมายเช่นเดียวกับจำนองตามกฎหมายแพ่งหรือหลักประกันทางธุรกิจตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ดังนั้น ข้อควรพิจารณาประการหนึ่งคือสถาบันการเงินภายใต้สัญญาดังกล่าวนี้นี้ไม่ถือเป็นเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลายแต่อย่างใด

สำหรับสัญญาดังกล่าวนี้นี้สามารถพบได้ในเอกสารแนบท้ายสัญญาร่วมลงทุนซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาร่วมลงทุนในโครงการลงทุนโครงสร้างพื้นฐานในเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก เช่น โครงการรถไฟความเร็วสูงเชื่อม 3 สนามบิน ระหว่างการรถไฟแห่งประเทศไทย กับ บริษัทรถไฟความเร็วสูงสายตะวันออกเชื่อมสามสนามบิน จำกัด¹⁷ โครงการพัฒนาท่าเรืออุตสาหกรรมมาบตาพุด ระยะที่ 3 (ช่วงที่ 1) ระหว่างการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย กับ บริษัททีพี เอ็มพีที แอลเอ็นจี เทอร์มินอล จำกัด¹⁸ และโครงการอื่นที่กำลังอยู่ในขั้นตอนการคัดเลือกเอกชนในโครงการโครงสร้างพื้นฐานในเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออกเช่นเดียวกัน

4. ข้อจำกัดบางประการของสัญญาที่เข้าทำโดยตรงระหว่างหน่วยงานของรัฐและสถาบันการเงิน

ถึงแม้ว่าสัญญาที่เข้าทำโดยตรงระหว่างหน่วยงานของรัฐและสถาบันการเงินจะช่วยเพิ่มความมั่นใจของสถาบันการเงินซึ่งส่งผลโดยตรงต่อความเป็นไปได้ในการจัดหาแหล่งเงินทุนของนิติบุคคลเฉพาะกิจ แต่สัญญาดังกล่าวอาจประสบข้อจำกัดทางกฎหมายและข้อจำกัดในทางปฏิบัติบางประการซึ่งอาจทำให้กลไกในสัญญาดังกล่าวนี้นี้ไม่บรรลุผลประโยชน์สูงสุดตามที่คู่สัญญาทุกฝ่ายคาดหวังไว้ สำหรับข้อจำกัดดังกล่าวมีดังต่อไปนี้

ประเด็นที่หนึ่ง ในกรณีที่สถาบันการเงินประสงค์จะดำเนินการสรรหาเอกชนรายใหม่เพื่อเข้ามามีส่วนร่วมในโครงการแทนที่นิติบุคคลเฉพาะกิจรายเดิม (substitution) ด้วยวิธีการการขายโครงการ ณ สภาพที่เป็นอยู่ให้เอกชนนักลงทุนรายใหม่ นั้นอาจเป็นไปได้ยากในทางปฏิบัติ เนื่องจากตลาดสำหรับการซื้อขายโครงการขนาดใหญ่อาจมีสภาพคล่องที่น้อยมาก นอกจากนี้ในมุมมองของนักลงทุน การที่สถาบันการเงินนำโครงการออกขายอาจเป็น

¹⁷ บากัน บุญเลิศ, สัญญา 'ไฮสปีด 3 สนามบิน' ประวัติศาสตร์การประมูล (3) [ออนไลน์], แหล่งที่มา http://www.otp.go.th/uploads/tiny_uploads/Newspaper/2562/AUGUST/25620808/38.pdf

¹⁸ การนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย, การเปิดเผยข้อมูลสาระสำคัญของสัญญาร่วมลงทุนและวิธีการคัดเลือกเอกชน [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://www.eeco.or.th/sites/default/files/การเปิดเผยสาระสำคัญของสัญญา.pdf>

สัญญาณที่แสดงให้เห็นว่ากำลังมีปัญหาบางอย่างเกิดขึ้นกับโครงการ การที่จะต้องเข้าไปแบกรับความเสี่ยงในโครงการที่ประสบปัญหาอยู่อาจไม่ดึงดูดนักลงทุนเท่าที่ควร ด้วยเหตุนี้สถาบันการเงินจึงอาจประสบปัญหาในการแสวงหานักลงทุนรายใหม่ที่จะเข้ามาแทนที่นิติบุคคลเฉพาะกิจรายเดิม

ประเด็นที่สอง เอกชนรายใหม่ที่จะเข้ามาดำเนินโครงการแทนที่นิติบุคคลเฉพาะกิจรายเดิม (substitution) อาจประสบปัญหาเกี่ยวกับใบอนุญาตหรือการได้รับอนุญาตให้ดำเนินโครงการจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง รวมถึงปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการรับโอนใบอนุญาต เนื่องจากประการแรก ใบอนุญาตหรือสิทธิในการดำเนินกิจการบางประเภทเป็นสิทธิเฉพาะตัว เช่น ในกรณีที่กรุงเทพมหานครมอบให้เอกชนกระทำการกิจการซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของกรุงเทพมหานครซึ่งรวมถึงกิจการขนส่ง¹⁹ และเอกชนเป็นผู้เรียกเก็บค่าธรรมเนียมแทนกรุงเทพมหานคร²⁰ สิทธิในการกระทำการกิจการดังกล่าวถือเป็นสิทธิเฉพาะตัวที่จะโอนไปไม่ได้²¹ ดังนั้น ในกรณีที่กรุงเทพมหานครร่วมลงทุนกับเอกชนในกิจการซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของกรุงเทพมหานคร เอกชนผู้เข้าร่วมลงทุนจะไม่สามารถโอนสิทธิในการดำเนินกิจการดังกล่าวไปยังบุคคลภายนอกได้ และประการที่สอง ในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการออกใบอนุญาตอาจไม่ได้รับหลักการเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการโอนใบอนุญาต เช่น ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคตามที่ระบุไว้ในข้อ 3 เช่น การรถไฟและการรถราง เป็นต้น โดยที่ภายใต้ข้อ 4 ของประกาศฉบับนี้ระบุไว้ว่า ห้ามมิให้บุคคลใดประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค เว้นแต่จะได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรี เอกชนที่ประสงค์จะประกอบกิจการดังกล่าวจึงต้องดำเนินการขออนุญาตจากรัฐมนตรีผู้รับผิดชอบ โดยที่ประกาศฉบับนี้ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการโอนใบอนุญาตหรือสัมปทาน จึงอาจเกิดคำถามว่าใบอนุญาตหรือสัมปทานของนิติบุคคลเฉพาะกิจในโครงการร่วมลงทุนจะสามารถโอนให้กับเอกชนรายใหม่ที่จะเข้ามาแทนที่ในโครงการได้หรือไม่ กรณีเช่นนี้จึงถือเป็นความเสี่ยงอย่างหนึ่งของทั้งสถาบันการเงินและเอกชนรายใหม่ที่จะเข้ามาดำเนินโครงการ เนื่องจากในบางครั้งการขออนุญาตฉบับใหม่อาจใช้ระยะเวลานาน และอาจส่งผลกระทบต่อค่าบริการสาธารณะของโครงการในท้ายที่สุด

ประเด็นที่สาม สิทธิในการเข้าดำเนินโครงการโดยเอกชนรายใหม่แทนที่นิติบุคคลเฉพาะกิจรายเดิม (substitution) อาจไม่สอดคล้องกับกฎหมายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน โดยปกติแล้วในการจัดทำและดำเนินโครงการร่วมลงทุนจะต้องมีการคัดเลือกเอกชนเข้าร่วมลงทุนโดยใช้วิธีการประมูล²² ซึ่งจะต้องมีการจัดทำร่างประกาศเชิญชวน ร่างเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน และร่างสัญญาร่วมลงทุน และให้เอกชนที่ประสงค์จะเข้าร่วมลงทุนยื่นข้อเสนอต่อคณะกรรมการคัดเลือก อันเป็นการสะท้อนถึงหลักความเสมอภาคในการเข้าสู่

¹⁹ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 มาตรา 89 บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายอื่น ให้กรุงเทพมหานครมีอำนาจหน้าที่ดำเนินการในเขตกรุงเทพมหานครในเรื่องดังต่อไปนี้ (8) การขนส่ง”

²⁰ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 มาตรา 96 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ในกรณีจำเป็น กรุงเทพมหานครอาจมอบให้เอกชนกระทำการ กิจการซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของกรุงเทพมหานครและเรียกเก็บค่าธรรมเนียม ค่าบริการ หรือค่าตอบแทนที่เกี่ยวข้องแทนกรุงเทพมหานครได้ แต่ต้องได้รับความเห็นชอบจากสภากรุงเทพมหานคร และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเสียก่อน”

²¹ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 มาตรา 96 วรรคท้าย บัญญัติว่า “สิทธิในการกระทำการตามวรรคหนึ่งเป็นสิทธิเฉพาะตัวจะโอนไปไม่ได้”

²² พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 มาตรา 32 บัญญัติว่า “ในการคัดเลือกเอกชนจะต้องใช้วิธีประมูล เว้นแต่เป็นกรณีที่คณะรัฐมนตรีได้อนุมัติให้ใช้วิธีการคัดเลือกเอกชนโดยไม่ใช้วิธีประมูลตามมาตรา 25 และมาตรา 34 เท่านั้น”

บริการสาธารณะ หน่วยงานของรัฐไม่สามารถที่จะเลือกเอกชนคู่สัญญารายใหม่เพื่อที่จะเข้ามาดำเนินโครงการตามอำเภอใจได้²³ ประกอบกับหลักการแข่งขันอย่างเป็นธรรมระหว่างผู้ยื่นข้อเสนอและสะท้อนถึงหลักความโปร่งใสในกระบวนการคัดเลือกเอกชนที่จะเข้ามาเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐ²⁴ ในขณะที่การเปิดช่องให้สถาบันการเงินสามารถเสนอซื้อเอกชนรายใหม่ให้หน่วยงานของรัฐให้ความเห็นชอบ เพื่อเข้ามาดำเนินโครงการแทนที่นิติบุคคลเฉพาะกิจรายเดิมอาจถือได้ว่าเป็นการขัดต่อกระบวนการคัดเลือกเอกชนที่ต้องจัดให้มีการประมูล เว้นแต่จะได้รับการอนุมัติให้ใช้วิธีการคัดเลือกเอกชนโดยไม่ใช้วิธีการประมูล ดังนั้น กลไกการให้เอกชนรายใหม่เข้ามาดำเนินโครงการแทนที่นิติบุคคลเฉพาะกิจรายเดิมจึงอาจมีความเสี่ยงที่จะขัดต่อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน

ประเด็นที่สี่ สิทธิในการที่สถาบันการเงินจะเข้าใช้สิทธิดำเนินโครงการแทนนิติบุคคลเฉพาะกิจ (step-in right) อาจทับซ้อนกับสิทธิของหน่วยงานของรัฐในการใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะ (authority's step-in right) ในสัญญาร่วมลงทุนมักจะสงวนสิทธิไว้ให้หน่วยงานของรัฐสามารถเข้าดำเนินโครงการแทนที่นิติบุคคลเฉพาะกิจได้ในชั่วระยะเวลาหนึ่งในกรณีที่เกิดเหตุการณ์ฉุกเฉินที่อาจส่งผลกระทบต่อการใช้บริการสาธารณะของโครงการหรือเป็นไปเพื่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ในขณะเดียวกันเหตุการณ์ดังกล่าวอาจเป็นเหตุผิดสัญญา ร่วมลงทุนที่เกิดขึ้นโดยการกระทำของนิติบุคคลเฉพาะกิจซึ่งสถาบันการเงินมีสิทธิที่จะเข้าดำเนินโครงการแทนนิติบุคคลเฉพาะกิจ ดังนั้น การใช้สิทธิดังกล่าวของทั้งหน่วยงานของรัฐและสถาบันการเงินจึงมีจุดที่ทับซ้อนกันอยู่ ตัวอย่างข้อสัญญา ได้แก่ สัญญาร่วมลงทุน โครงการรถไฟฟ้ามหานคร สายสีชมพู ช่วงแคราย-มีนบุรีข้อ 28(ก) ซึ่งระบุว่า ในกรณีที่ “เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศ หรือบริการสาธารณะ หรือสุขภาพอนามัยของสาธารณชน หรือทรัพย์สินของรัฐ หรือสิ่งแวดล้อม หรือความสงบเรียบร้อยของประชาชน” รพม. มีสิทธิเข้าดำเนินการเกี่ยวกับการให้บริการเดินรถไฟฟ้า และข้อ 26.3(ก)(1) และ (2) ที่กำหนดเกี่ยวกับการใช้สิทธิแก้ไขเยียวยาโครงการและสิทธิในการเสนอนิติบุคคลอื่นเข้าแทนที่นิติบุคคลเฉพาะกิจรายเดิม ดังรายละเอียดตามที่ปรากฏในบทที่ 2 ของบทความฉบับนี้ ดังนั้น การออกแบบสัญญาที่เข้าทำโดยตรงกับผู้สนับสนุนทางการเงิน จึงควรระบุให้ชัดเจนว่าในกรณีเช่นนี้ใครจะเป็นผู้มีสิทธิเข้าดำเนินโครงการแทนเป็นลำดับแรก เพื่อป้องกันข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้น หน่วยงานของรัฐควรจะเป็นผู้มีสิทธิดังกล่าวเป็นอันดับแรก เนื่องจากหน้าที่หลักของหน่วยงานของรัฐคือจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนโดยทั่วไป มิใช่การดำเนินการเพื่อประโยชน์ของคู่สัญญา ดังนั้น ในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของส่วนรวมจากเหตุการณ์ที่เกี่ยวข้องกับความปลอดภัย หรือความสงบเรียบร้อยของประชาชน หน่วยงานของรัฐจึงสามารถที่จะเข้าแทรกแซงการดำเนินโครงการได้นอกจากนี้หลักการดังกล่าวยังสอดคล้องกับหลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้ของบริการสาธารณะ กล่าวคือ หากประโยชน์สาธารณะที่จะต้องจัดให้มีการให้บริการสาธารณะตามสัญญาร่วมลงทุนดังกล่าวเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมมาก หน่วยงานของรัฐชอบที่จะดำเนินการตามที่จำเป็นได้²⁵

²³ สุรพล นิติไกรพจน์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 70-71.

²⁴ พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 มาตรา 6 (5) “การดำเนินการภายใต้พระราชบัญญัตินี้ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะของการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ดังต่อไปนี้ (5) ความโปร่งใสและตรวจสอบได้ในการจัดทำและดำเนินโครงการร่วมลงทุน รวมถึงกระบวนการตัดสินใจที่เกี่ยวข้อง”

²⁵ สุรพล นิติไกรพจน์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 82-83.

นอกจากปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในช่วงต้นแล้ว สัญญาที่เข้าทำโดยตรงระหว่างหน่วยงานของรัฐและผู้สนับสนุนทางการเงินยังอาจพบเจอความท้าทายจากอีกหลากหลายด้าน ทั้งในด้านการขาดความรู้ความเข้าใจของหน่วยงานเจ้าของโครงการผู้ซึ่งเป็นคู่สัญญา การตีความจากศาลปกครองที่อาจขาดความเชี่ยวชาญในการพิจารณาสัญญาทางการเงิน และการออกแบบข้อสัญญาเพื่อสะท้อนหลักความเป็นหุ้นส่วนไม่เพียงแต่เฉพาะระหว่างรัฐและนิติบุคคลเฉพาะกิจคู่สัญญา แต่รวมถึงหลักความเป็นหุ้นส่วนระหว่างรัฐและสถาบันการเงินภายใต้สัญญาฉบับนี้

5. บทสรุป

สัญญาที่เข้าทำโดยตรงระหว่างหน่วยงานของรัฐและสถาบันการเงินซึ่งเป็นผู้ให้การสนับสนุนทางการเงินแทบจะเรียกได้ว่าเป็นหนึ่งในนวัตกรรมที่ปรากฏในโครงการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน โดยจัดทำขึ้นเพื่อบรรเทาความกังวลจากความไม่แน่นอนในกรณีที่สัญญาร่วมลงทุนระบุให้สิทธิแก่สถาบันการเงินในการที่จะเข้ามาแก้ไขเยียวยาโครงการหากเกิดเหตุผิดสัญญาร่วมลงทุน เนื่องจากสถาบันการเงินไม่ได้มีนิติสัมพันธ์โดยตรงกับหน่วยงานของรัฐ ดังนั้น จึงมีแนวคิดในการจัดทำสัญญาสามฝ่ายขึ้นระหว่างหน่วยงานของรัฐ นิติบุคคลเฉพาะกิจซึ่งเป็นเอกชนคู่สัญญา และสถาบันการเงิน เพื่อให้เกิดนิติสัมพันธ์โดยตรงขึ้นและวางกลไกให้สถาบันการเงินสามารถใช้สิทธิเพื่อแก้ไขเยียวยาโครงการ สิทธิในการเข้าดำเนินโครงการแทนนิติบุคคลเฉพาะกิจและสิทธิในการเสนอซื้อเอกชนรายใหม่เพื่อเข้ามาแทนที่นิติบุคคลเฉพาะกิจรายเดิม เนื่องจากทรัพย์สินที่สำคัญที่สุดในการดำเนินโครงการโครงสร้างพื้นฐาน คือ สัญญาร่วมลงทุนซึ่งเป็นแหล่งรายได้ของโครงการ ฉะนั้นหากหน่วยงานของรัฐยกเลิกสัญญาร่วมลงทุนดังกล่าวโดยที่สถาบันการเงินไม่อาจเข้ามาดำเนินการใดได้ ย่อมทำให้แหล่งรายได้หลักที่จะนำมาใช้คืนหนี้เงินกู้หมดไป และหากสถาบันการเงินมีหลักประกันไม่เพียงพอย่อมก่อให้เกิดปัญหาในท้ายที่สุด นอกจากนี้การมีสัญญาดังกล่าวยังก่อให้เกิดประโยชน์ในฝั่งของหน่วยงานของรัฐด้วย เพราะเมื่อเกิดเหตุการณ์ที่ผิดปกติที่อาจกระทบต่อการให้บริการของโครงการ สถาบันการเงินมีแรงจูงใจที่จะเข้ามาดูแล ตรวจสอบและเยียวยาเหตุการณ์ดังกล่าว ในท้ายที่สุดแล้วย่อมทำให้บริการสาธารณะของหน่วยงานรัฐเป็นไปอย่างราบรื่น อย่างไรก็ตามในความเป็นจริงนั้นการบังคับใช้สัญญาที่เข้าทำโดยตรงระหว่างหน่วยงานของรัฐและสถาบันการเงินอาจมีข้อจำกัดทั้งในทางปฏิบัติและในทางกฎหมายที่อาจทำให้การเข้าใช้สิทธิต่าง ๆ ของสถาบันการเงินอาจไม่ประสบผลสำเร็จหรือเกิดประสิทธิภาพสูงสุดตามที่คาดหวังไว้ แต่อย่างน้อยสัญญาฉบับนี้ย่อมทำให้สถาบันการเงินได้รับทราบถึงข้อมูลและเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในโครงการ ซึ่งจะช่วยให้สถาบันการเงินใช้มาตรการในการกีดกัน รวมถึงบังคับให้นิติบุคคลเฉพาะกิจปฏิบัติหน้าที่อย่างเหมาะสมและแก้ไขเหตุการณ์ดังกล่าวตามที่ระบุไว้ในสัญญาร่วมลงทุน

บทแนะนำหนังสือ

Is international Law International?

Anthea Roberts, *Is International Law International?*,

Oxford: Oxford University Press, 2017

อาร์ม ตั้งนิรันดร

Arm Tungnirun

อาจารย์ประจำ

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

Full-time Lecturer

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

Corresponding author E-mail: armtung@gmail.com

ในคาบแรกของการเรียนกฎหมายระหว่างประเทศ อาจารย์ผู้สอนมักจะอภิปรายถึงคำถามสำคัญ นั่นก็คือ กฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายหรือไม่ (Is international law law?) และเพราะเหตุใดจึงเป็นกฎหมาย แต่ในหนังสือที่ชวนให้เราสำรวจกฎหมายระหว่างประเทศในโลกปัจจุบันจากมุมมองใหม่เล่มนี้ Anthea Roberts ได้ตั้งคำถามชวนคิดอีกคำถามที่สำคัญ นั่นก็คือ กฎหมายระหว่างประเทศมีความเป็นสากลหรือไม่ (Is international law international?) หากคำตอบคือ ไม่ ก็ควรตั้งถามต่อว่า เพราะเหตุใดกฎหมายระหว่างประเทศหรือความเข้าใจเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศในแต่ละพื้นที่ในโลกจึงแตกต่างกัน

คำตอบของคำถามนี้จำเป็นต้องใช้การศึกษาแบบสหวิทยาการ ซึ่งต้องอาศัยทั้งความเข้าใจประวัติศาสตร์ ภูมิรัฐศาสตร์ เศรษฐกิจการเมืองระหว่างประเทศ ความสัมพันธ์และการแข่งขันในวงวิชาการ ตลอดจนการสร้างถดถู้อ และแข่งขันเพื่อยึดครองพื้นที่องค์ความรู้กฎหมายระหว่างประเทศ Anthea Roberts ผู้เขียนหนังสือเล่มนี้นับเป็นผู้ริเริ่มแนวทางการศึกษากฎหมายระหว่างประเทศรูปแบบใหม่ ซึ่งอาจเรียกว่าเป็น กฎหมายระหว่างประเทศเปรียบเทียบ (Comparative International Law)

หนังสือ *Is International Law International?* พาผู้อ่านสำรวจว่าประเทศมหาอำนาจ เช่น สหรัฐฯ จีน รัสเซีย อังกฤษ ออสเตรเลีย อินเดีย มีความเข้าใจเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศตรงกันหรือไม่ มีการตีความกฎหมายระหว่างประเทศในแต่ละเรื่องและประเด็นแตกต่างกันอย่างไร จะเห็นได้ว่าผู้เขียนเลือกศึกษาทั้งประเทศมหาอำนาจเก่า และประเทศมหาอำนาจที่กำลังผงาดขึ้นใหม่ไม่ว่าจะเป็นจีนหรืออินเดีย เพื่อสะท้อนให้เห็นความพยายามของประเทศมหาอำนาจใหม่ในการแข่งขันในเวทีการสร้างองค์ความรู้กฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งผู้เขียนมองว่ามีนัยสำคัญต่อการเปลี่ยนแปลงของภูมิทัศน์ของกฎหมายระหว่างประเทศต่อไปในอนาคต

หนังสือตั้งคำถามกับความเชื่อที่ว่า กฎหมายระหว่างประเทศมีความเป็นสากล ในบทที่ 1 และ 2 ของหนังสือ ผู้เขียนได้อธิบายแนวคิดเบื้องหลังการศึกษาและหยิบยืมความคิดจากสังคมวิทยากฎหมายเกี่ยวกับโครงสร้างอำนาจและการสร้างองค์ความรู้มาใช้เป็นฐานในการวิเคราะห์ ต่อมาในบทที่ 3 จนถึงบทที่ 6 เป็นการศึกษาเกี่ยวกับนักวิชาการและวงวิชาการกฎหมายระหว่างประเทศภายในประเทศต่างๆ ว่ามีลักษณะแตกต่างกันอย่างไร หนังสือตำรากฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้ในโรงเรียนกฎหมายและคณะนิติศาสตร์ในประเทศต่างๆ มีจุดเน้นแตกต่างกันอย่างไร เลือกสอนคดีหรือแนวคิดใด หรือเลือกที่จะงดเว้นการสอนคดีหรือแนวคิดใด ทั้งหมดนี้สะท้อนความแตกต่างจากตะวันตก หรือสะท้อนการครอบงำทางวิชาการของตะวันตกอย่างไร สุดท้ายจึงนำไปสู่บทวิเคราะห์ว่า ความแตกต่างในองค์ความรู้กฎหมายระหว่างประเทศในประเทศมหาอำนาจต่างๆ สะท้อนภาพการแข่งขันทางภูมิรัฐศาสตร์ในโลกร่วมสมัยอย่างไร ดังที่หลายฝ่ายได้เคยตั้งข้อสังเกตว่าปัจจุบันเป็นยุคขาลงของสหรัฐอเมริกาและมหาอำนาจตะวันตก และยุคขาขึ้นของมหาอำนาจใหม่ที่ต้องการมีบทบาทสูงขึ้นในเวทีการเมืองและกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น จีน อินเดีย รัสเซีย

ปกติแล้ว นักวิชาการด้านกฎหมายระหว่างประเทศจะศึกษาตัวบทในสนธิสัญญาหรือคำวินิจฉัยของศาลระหว่างประเทศ แต่ผู้เขียนหนังสือเล่มนี้กลับเลือกศึกษาตัวบทกฎหมายระหว่างประเทศในประเทศต่างๆ ในฐานะผู้เล่น ผู้แข่งขัน และผู้สร้างกฎหมายระหว่างประเทศที่แท้จริง อาจกล่าวได้ว่าผู้เขียนไม่ได้เพียงบุกเบิกแนวทางการศึกษากฎหมายระหว่างประเทศเปรียบเทียบ (Comparative International Law) แต่เพียงเท่านั้น แต่ผู้เขียนยังริเริ่มการศึกษาสังคมวิทยากฎหมายระหว่างประเทศ (Sociology of International Law) อีกด้วย แนวทางการศึกษาที่สำคัญที่ผู้เขียนใช้จึงเป็นการศึกษานิติศาสตร์เชิงประจักษ์ (Empirical Legal Studies) ซึ่งอาศัยการเก็บและรวบรวมข้อมูลจากโลกแห่งความเป็นจริง อันได้แก่ ประวัติและภูมิหลังของนักวิชาการกฎหมายระหว่างประเทศชั้นนำในประเทศมหาอำนาจ ตลอดจนตำราและหนังสือเรียนกฎหมายระหว่างประเทศในประเทศต่างๆ จากนั้นจึงนำข้อมูลเหล่านั้นมาวิเคราะห์อย่างเป็นระบบ หนังสือเล่มนี้จึงไม่ใช่หนังสือที่เขียนในแนววิพากษ์หรือแนวอภิปรายทฤษฎี แต่เป็นหนังสือที่นำเสนอภาพโลกแห่งความเป็นจริงของการแข่งขัน อิทธิพล การครอบงำ ความแตกต่างระหว่างนักกฎหมายระหว่างประเทศจากสำนักคิดและจากประเทศมหาอำนาจต่างๆ และผลต่อพัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศและระเบียบโลกในยุคโลกปั่นป่วนเช่นในปัจจุบัน

หนังสือฉายภาพกฎหมายระหว่างประเทศที่แตกต่างกันในประเทศต่างๆ จากมุมมองของผู้สังเกตการณ์ และจากมุมมองของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องคนหนึ่ง เพราะตัวผู้เขียน Anthea Roberts เอง ซึ่งปัจจุบันเป็นศาสตราจารย์ประจำมหาวิทยาลัยแห่งชาติดูเอสเตรเลีย ก็เป็นนักวิชาการด้านกฎหมายระหว่างประเทศที่มีชื่อเสียงและมีประสบการณ์การศึกษาและวิจัยในมหาวิทยาลัยชั้นนำของโลก ผู้เขียนได้กล่าวในหลากหลายโอกาสเกี่ยวกับจุดเริ่มต้นของหนังสือว่ามาจากการตั้งคำถามจากประสบการณ์ของตนในวงวิชาการกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น จากความประหลาดใจของผู้เขียนเกี่ยวกับความแตกต่างในเนื้อหาการสอนกฎหมายระหว่างประเทศในสหรัฐากับประเทศเดิมของผู้เขียนคือออสเตรเลีย และจากการมีโอกาสพูดคุยกับเพื่อนนักวิชาการกฎหมายระหว่างประเทศจากพื้นที่ต่างๆ ซึ่งมีมุมมองที่แตกต่างหลากหลายมากกว่าจะมีความเป็นแบบฉบับเดียวกัน

ผู้เขียนพยายามนำเอาข้อสังเกตในภาพจุลภาคเหล่านี้มาใช้เป็นเครื่องสะท้อนภาพมหภาคที่สำคัญเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศในโลกแห่งความเป็นจริง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในโลกที่หลายคนมองว่ากำลังมาถึง

จุดเขย่าหรือเปลี่ยนแปลงกฎหมายระหว่างประเทศและระเบียบโลกอีกครั้งจากการผงาดขึ้นของมหาอำนาจใหม่
ข้อที่น่าชื่นชมคือ ผู้เขียนวางตัวเป็นนักสังเกตที่เป็นกลาง ในการฉายภาพการแข่งขันระหว่างแนวคิดต่างๆ ผู้เขียน
ได้พยายามนำเสนอแนวคิดทั้งสองด้านเสมอ และหลีกเลี่ยงที่จะชี้ว่าแนวคิดใดเป็นแนวคิดที่ถูกต้องหรือสอดคล้อง
กับหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ถูกต้อง อาจกล่าวได้ว่า ผู้เขียนไม่เชื่อว่ามีความหมายระหว่างประเทศที่มีคำตอบ
ที่ถูกต้องเสมอไป และผู้เขียนไม่เชื่อว่ามีความหมายระหว่างประเทศที่มีระบบหรือมีตรรกะสอดคล้องเป็นอันหนึ่ง
อันเดียวกัน ในมุมหนึ่ง หนังสือเล่มนี้จึงเป็นงานที่มีทัศนคติเชิงวิพากษ์อยู่ในตัว นั่นก็คือวิพากษ์มายาคติความเป็น
สากลและความเป็นระบบของกฎหมายระหว่างประเทศ

ไม่ว่าจะรู้ตัวหรือไม่ ในการตีความกฎหมายระหว่างประเทศ นักวิชาการกฎหมายระหว่างประเทศ
ในประเทศต่างๆ ล้วนได้รับอิทธิพลจากภูมิหลังของตน (เช่น การศึกษา ประสบการณ์ทำงานที่เกี่ยวข้องกับองค์กร
ระหว่างประเทศหรือองค์กรภายในประเทศที่เกี่ยวข้องกับการต่างประเทศ) รวมทั้งมุมมองจากจุดยืนด้านการเมือง
ระหว่างประเทศของประเทศของตน ความคิดที่ว่านักวิชาการกฎหมายระหว่างประเทศมีความเป็นกลาง
และมีความเป็นสากลจึงเป็นเพียงมายาคติ หนังสือเล่มนี้สะท้อนอย่างชัดเจนว่า ปัจจัยเรื่องการเมืองระหว่างประเทศ
ร่วมสมัยมีความสำคัญต่อการทำความเข้าใจความแตกต่างของแนวคิดกฎหมายระหว่างประเทศในแต่ละพื้นที่
เช่น ในกรณีการแทรกแซงของทหารรัสเซียในยูเครน และการผนวกกรรมไครเมียในปี ค.ศ. 2014 ประธานาธิบดี
ปูตินของรัสเซียได้พยายามที่จะแสดงถึงความชอบในทางกฎหมายของการกระทำของเขา โดยอ้างถึงหลักการ
ในทางกฎหมายระหว่างประเทศและเลือกตีความไปในแนวทางที่เป็นประโยชน์กับตน หรือกรณีของประเทศจีน
ได้มีการนำหลักกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้เพื่อยุติข้อโต้แย้งในข้อพิพาทเรื่องอาณาเขตในทะเลจีนใต้ ไปจนถึง
การที่จีนได้ปฏิเสธเขตอำนาจของศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศ ทั้งหมดนี้มีผลต่อการตีความหลักการ
และแนวคิดในกฎหมายระหว่างประเทศที่แตกต่างจากตะวันตก

หนังสือยังได้ข้อค้นพบที่น่าสนใจหลายประการจากการศึกษาเชิงวิชาการกฎหมายระหว่างประเทศ
ในประเทศต่างๆ ตัวอย่างเช่น ตำราและหนังสือเรียนกฎหมายระหว่างประเทศของสหรัฐอเมริกาประกอบด้วย
คดีภายในประเทศสหรัฐฯ และคำตัดสินของศาลภายในสหรัฐฯ ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ
มากกว่าจะให้นักศึกษาได้เรียนคดีในศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ รวมทั้งข้อค้นพบว่านักวิชาการกฎหมายระหว่าง
ประเทศในสหรัฐฯ มักหมิ่นเวียนไปดำรงตำแหน่งในรัฐบาลสหรัฐฯ เช่น เป็นที่ปรึกษากฎหมายให้กระทรวง
การต่างประเทศสหรัฐฯ แต่มักไม่ได้มีส่วนร่วมในศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งอยู่ใต้อิทธิพลของนักกฎหมาย
ระหว่างประเทศในภาคพื้นยุโรป ขณะที่ในวงวิชาการจีน หนังสือเรียนกฎหมายระหว่างประเทศของจีนเหมือนกับ
เป็นหนังสือแปลตำราคลาสสิกของ Oppenheim และ Brownlie และแทบไม่มีมุมมองจีนที่โดดเด่น ยกเว้น
ในประเด็นไต้หวันและทะเลจีนใต้ ในขณะที่ในวงวิชาการจีน หนังสือเรียนกฎหมายระหว่างประเทศของจีนได้รับความสนใจ
สูงมากในจีนและมีผลผลิตในทางวิชาการออกมาเป็นจำนวนมาก รวมทั้งได้รับการสนับสนุนทุนวิจัยจำนวนมาก
จากรัฐบาลจีน นับตั้งแต่จีนเข้าเป็นสมาชิกองค์การการค้าโลกในปี ค.ศ. 2001

หนังสือที่ฉายภาพความแตกต่างระหว่างนักวิชาการกฎหมายระหว่างประเทศจากประเทศต่างๆ ชวนให้เรา
เห็นความสำคัญของการเชื่อมโยงและสร้างพื้นที่สนทนาระหว่างกัน และเน้นย้ำความสำคัญของการเปิดรับมุมมอง
ที่ไม่เป็นตะวันตกและการเพิ่มความหลากหลายให้กับวงการกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะในวงวิชาการ

หรือวงการศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ การตระหนักถึงความแตกต่างและความหลากหลายระหว่างแนวคิด น่าจะทำให้วงการกฎหมายระหว่างประเทศเปิดรับฟังกันและกันมากขึ้น ในขณะเดียวกัน ความแตกต่างและความหลากหลายในแนวคิดไม่ได้หมายถึงแนวคิดทุกแนวคิดมีความน่าเชื่อถือหรือมีคุณค่าเสมอกัน แนวคิดแต่ละแนวคิด อาจได้รับการยอมรับในวงกว้างแคบแตกต่างกัน หรือได้รับการยอมรับผ่านแนวคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแตกต่างกัน

การศึกษากฎหมายระหว่างประเทศเปรียบเทียบกับน่าจะต้องอาศัยความร่วมมือจากนักวิชาการในแต่ละประเทศเพิ่มเติมมากกว่านี้ อุปสรรคสำคัญอย่างหนึ่งที่ Anthea Roberts ยอมรับคือการเข้าถึงข้อมูลและข้อจำกัดด้านภาษาในการศึกษาวิชาการกฎหมายระหว่างประเทศของจีนและรัสเซีย ซึ่งต้องอาศัยทีมผู้ช่วยวิจัยในการศึกษา ในอนาคต การศึกษาโดยทีมวิจัยที่ประกอบด้วยนักวิชาการในแต่ละประเทศจึงควรได้รับการส่งเสริม นอกจากนั้น ยังมีความจำเป็นต้องเริ่มศึกษาเกี่ยวกับวงวิชาการกฎหมายระหว่างประเทศในประเทศอื่นๆ นอกเหนือจากประเทศมหาอำนาจด้วย ไม่ว่าจะเป็นกลุ่มประเทศลาตินอเมริกาหรือกลุ่มประเทศเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ซึ่งในหนังสือเล่มนี้ยังไม่ได้มีการศึกษาถึง

อีกประเด็นหนึ่งที่นำคิดก็คือ คำถามว่า กฎหมายระหว่างประเทศมีความเป็นสากลหรือไม่ กับคำถามคลาสสิกที่ว่า กฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายหรือไม่ เป็นสองคำถามที่มีความเชื่อมโยงเกี่ยวข้องกัน ในแง่หนึ่ง หากกฎหมายระหว่างประเทศมีความเป็นสากล มีความเป็นระบบและสอดคล้องเป็นตรรกะ ก็น่าจะทำให้กฎหมายระหว่างประเทศมีความชอบธรรมและมีลักษณะเป็นกฎหมายยิ่งขึ้น ส่วนหากความเป็นสากลและความเป็นระบบของกฎหมายระหว่างประเทศเป็นเพียงมายาคติ ก็อาจเป็นภาพสะท้อนความเป็นจริงเกี่ยวกับโลกที่ไร้ระเบียบและระเบียบโลกที่กำลังก่อตัวขึ้นใหม่ ซึ่งอาจไม่ได้ให้น้ำหนักกับกฎหมายระหว่างประเทศมากดังเช่นแต่ก่อน

เช่นเดียวกับหนังสือที่เปลี่ยนมุมมองด้านกฎหมายเล่มอื่นๆ หนังสือเล่มนี้ไม่ได้ตอบทุกคำถามเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศในโลกร่วมสมัย ความสำเร็จของหนังสืออยู่ที่การชักจูงผู้อ่านให้ถามคำถามใหม่ๆ ที่เราไม่เคยถามหรือไม่กล้าถาม หรือคิดว่าไม่ใช่ที่ทางของนักกฎหมายที่จะถาม ด้วยเหตุนี้ หนังสือจึงเปิดพื้นที่ให้เรา มองกฎหมายระหว่างประเทศจากมุมมองใหม่ ภายหลังจากที่หนังสือเล่มนี้ตีพิมพ์ ก็ปรากฏว่าได้รับการยอมรับและยกย่องอย่างกว้างขวาง โดยได้รับรางวัล The American Society of International Law's Book Prize และยังเป็นหนังสือที่ขายดีที่สุดของ Oxford University Press ในช่วงปี ค.ศ. 2017-2018 อาจกล่าวได้ว่า คุญูปการที่สำคัญของหนังสือเล่มนี้คือการผลักดันการศึกษากฎหมายระหว่างประเทศเปรียบเทียบและการศึกษา สังคมวิทยากฎหมายระหว่างประเทศให้เข้าสู่กระแสหลักในวงวิชาการได้สำเร็จ

บทวิเคราะห์คำพิพากษา

ณัฐพร รอดเจริญ

Natthaporn Rodcharoen

อาจารย์ประจำ

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

Full-time Lecturer

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

Corresponding author E-mail: natthaporn@law.chula.ac.th

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5922/2562

(การสอบปากคำผู้เสียหายที่มีความบกพร่องทางสติปัญญา)

1. ความเบื้องต้น

การสอบปากคำผู้เสียหายในคดีอาญาในขั้นตอนสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มีวัตถุประสงค์ในการค้นหาความจริงเกี่ยวกับการกระทำว่าเป็นความผิดตามกฎหมายหรือไม่ เพื่อที่พนักงานสอบสวนจะได้รวบรวมข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานทั้งปวงที่เกี่ยวข้องเป็นสำนวนคดีแล้วทำความเห็นเสนอพนักงานอัยการว่าควรสั่งฟ้องหรือไม่ควรฟ้องอย่างไรต่อไป

ในขั้นตอนการสอบปากคำของเจ้าพนักงานสอบสวน จะเป็นการสอบถามผู้เสียหายหรือพยานเกี่ยวกับข้อเท็จจริงต่าง ๆ เช่น ประวัติส่วนตัวของผู้เสียหาย รายละเอียดสำคัญที่เกี่ยวข้องกับผู้กระทำความผิด ลักษณะและพฤติการณ์ของการกระทำความผิด อย่างไรก็ตาม ปัจจัยส่วนบุคคลของผู้เสียหายหรือพยานบางประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัจจัยในด้านความเปราะบางบุคคลดังกล่าว เช่น อายุ สติปัญญา ความพิการ ก็ย่อมมีผลโดยตรงต่อข้อจำกัดในความสามารถที่จะถ่ายทอดข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดให้แก่พนักงานสอบสวนได้อย่างถูกต้อง ครบถ้วน ซึ่งจะมีผลต่อการดำเนินคดีอาญาต่อไป อีกทั้งผู้เสียหายหรือพยานที่มีความเปราะบางดังกล่าว อาจได้รับความกระทบกระเทือนทางจิตใจโดยตรงจากกระบวนการเสาะหาข้อเท็จจริงของเจ้าพนักงานสอบสวนในขั้นตอนการสอบปากคำดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็น ความหวาดหวั่นทางอารมณ์ของผู้เสียหายหรือพยานที่เป็นเด็กในระหว่างการสอบปากคำซึ่งมีบรรยากาศที่เป็นทางการและจริงจัง ความบอบช้ำทางด้านจิตใจในการตอบคำถามของเจ้าพนักงานสอบสวนที่ผู้เสียหายจะต้องหวนระลึกถึงเหตุการณ์ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดบางประเภทที่มีความรุนแรงซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อจิตใจของผู้เสียหายหรือพยาน เป็นต้น

ทั้งนี้ ได้มีการกระหว่างประเทศที่รับรองและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและการคุ้มครองสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของบุคคลที่มีความเปราะบาง (vulnerable person) ซึ่งประเทศไทยก็ได้ให้สัตยาบันรับรองเข้าเป็นภาคีในกติการะหว่างประเทศดังกล่าว ซึ่งต่อมาฝ่ายนิติบัญญัติได้อนุมัติการกติกาดังกล่าว

ในกฎหมายหลายฉบับของประเทศไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ก็ได้มีการบัญญัติหลักการในการคุ้มครองสิทธิในการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาของบุคคลที่มีความเปราะบางในบางประเภทเพื่อให้ได้รับการปฏิบัติและคุ้มครองสิทธิขึ้นเป็นพิเศษในระหว่างที่อยู่ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งในปัจจุบันก็ได้มีการบัญญัติคุ้มครองสิทธิของเด็กที่มีอายุไม่เกินสิบแปดปี ทั้งในฐานะผู้เสียหาย ผู้ต้องหา จำเลย หรือพยาน ในระหว่างที่อยู่ในขั้นตอนต่าง ๆ ตามกฎหมาย เช่น การบันทึกคำร้องทุกข์ การถามคำผู้เสียหายในชั้นสอบสวน การชี้ตัวผู้ต้องหา การสืบพยานในชั้นศาล เป็นต้น เพื่อให้เด็กซึ่งเป็นผู้มีความเปราะบางได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายในระหว่างที่อยู่ในขั้นตอนการดำเนินการในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยกฎหมายได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่จะต้องปฏิบัติตามวิธีการสอบสวนที่กำหนดไว้โดยเฉพาะให้ครบถ้วนตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด มิฉะนั้นก็จะส่งผลต่อการรับฟังเป็นพยานหลักฐานเพื่อใช้ในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงในการดำเนินคดีอันเป็นสภาพบังคับของกฎหมายต่อไป

เมื่อพิจารณาลักษณะของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งเป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติและเป็นกฎหมายมหาชนที่มีวัตถุประสงค์ในการกำหนดหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีอาญาเพื่อบังคับให้บุคคลที่เกี่ยวข้องในการดำเนินคดีอาญา เช่น ผู้เสียหาย ผู้ต้องหา จำเลย ทนายความ พนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ ผู้พิพากษา เป็นต้น ที่จะต้องปฏิบัติตามในกระบวนการค้นหาความจริงหรือผู้กระทำความผิด การดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด ตลอดจนเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหาย ผู้ต้องหาหรือจำเลยในการดำเนินคดีอาญ่อีกด้วย ทั้งนี้ สภาพบังคับของการไม่ได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนด ย่อมมีผลทางกฎหมายที่ส่งผลการดำเนินคดีอาญาที่แตกต่างกันออกไปตามลักษณะของการฝ่าฝืน ดังนั้น เมื่อได้พิจารณาลักษณะของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาดังที่กล่าวไปข้างต้น จึงส่งผลกระทบต่อลักษณะการตีความกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (interpretation of law) ซึ่งเป็นขั้นตอนการค้นหาความหมายของบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อที่จะบังคับใช้ในกรณีใดกรณีหนึ่งโดยเฉพาะต่อไปได้¹ โดยการตีความกฎหมายวิธีสบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายมหาชนนั้น นอกจากจะต้องตีความตามตัวอักษรอย่างเคร่งครัดเพื่อพิจารณาขอบเขตการบังคับใช้บทบัญญัติ ก็ควรตีความโดยพิจารณาถึงเจตนารมณ์ตามประวัติความเป็นมาของกฎหมายนั้น ๆ ประกอบกับการตีความโดยพิจารณาตามความสัมพันธ์อย่างเป็นระบบของกฎหมายควบคู่ไปด้วยกันด้วย

2. คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5922/2562 ฉบับย่อ

ที่กล่าวมาข้างต้นเป็นหลักการที่สำคัญในกระบวนการสอบปากคำผู้เสียหายหรือพยานในชั้นสอบสวน และการบังคับใช้มาตรการพิเศษของกฎหมายที่กำหนดไว้ในกระบวนการสอบปากคำผู้เสียหายหรือพยานที่มีความเปราะบางในลักษณะในชั้นสอบสวน เพื่อให้ผู้นั้นได้รับการคุ้มครองสิทธิและความช่วยเหลือในระหว่างดำเนินการตามกฎหมาย โดยมีบุคลากรที่มีความเชี่ยวชาญช่วยเหลือผู้นั้นในระหว่างที่มีการดำเนินการตามกฎหมาย เช่น การช่วยเหลือในการเข้าใจคำถาม การดูแลไม่ให้ผู้เสียหายหรือพยานได้รับผลกระทบต่อจิตใจจากการตั้งคำถามของเจ้าพนักงานสอบสวนที่ใช้ค้นหาความจริง หรือจากบรรยากาศในการสอบปากคำ

¹ คณิต ณ นคร, *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), หน้า 56

บทความนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงการตีความประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในส่วนประเด็นที่ว่า ในการสอบปากคำผู้เสียหายในชั้นสอบสวน ในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศซึ่งบรรลุนิติภาวะ หากแต่มีความบกพร่องทางสติปัญญา จะต้องมียุทธวิธีในการสอบสวนที่กำหนดไว้เป็นพิเศษเช่นเดียวกับกรณีของผู้เสียหายซึ่งมีอายุไม่เกินสิบแปดปีในคดีที่เกี่ยวกับเพศและคดีที่มีลักษณะอื่นตามกฎหมายกำหนดนั้นหรือไม่ รวมทั้งประเด็นที่ว่า จำเลยที่ 2 มีความผิดในการเป็นผู้สนับสนุนฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่ ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5922/2562²

โจทก์ฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยทั้งสองตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83, 276 จำเลยที่ 2 ให้การปฏิเสธระหว่างพิจารณา จำเลยที่ 1 หลบหนี ศาลชั้นต้นออกหมายจับและจำนำคดีสำหรับจำเลยที่ 1 ชั่วคราว ศาลชั้นต้นพิพากษาว่า จำเลยที่ 2 มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคหนึ่ง (เดิม) ประกอบมาตรา 86 ลงโทษจำคุก 4 ปี

จำเลยที่ 2 อุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์ภาค 5 พิพากษายืน

จำเลยที่ 2 ฎีกา โดยผู้พิพากษาซึ่งพิจารณาและลงชื่อในคำพิพากษาศาลชั้นต้นอนุญาตให้ฎีกาในปัญหาข้อเท็จจริง

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ข้อเท็จจริงซึ่งจำเลยที่ 2 ไม่ฎีกาโต้แย้งรับฟังเป็นยุติได้ว่า ขณะเกิดเหตุนางสาว ก. ผู้เสียหาย อายุ 20 ปี เป็นผู้บกพร่องทางสติปัญญาโดยมีระดับสติปัญญาเท่ากับ 61 ต่ำกว่าบุคคลปกติซึ่งจะมากกว่า 80 ขึ้นไป ผู้เสียหายศึกษาอยู่ที่โรงเรียน ฉ. จังหวัดลำพูน ซึ่งเป็นโรงเรียนประจำรับนักเรียนที่มีปัญหาครอบครัวไว้ศึกษาเล่าเรียน โดยผู้เสียหายถูกส่งตัวมาจากมูลนิธิสร้างสรรค์เด็ก ในช่วงปิดภาคการศึกษาเจ้าหน้าที่มูลนิธิสร้างสรรค์เด็กจะเป็นผู้มารับผู้เสียหายกลับไปอยู่กับบิดามารดา เมื่อผู้เสียหายจบการศึกษาชั้นมัธยมศึกษาปีที่ 6 ผู้จัดการโรงเรียนเห็นว่าผู้เสียหายยังไม่มีความพร้อมจะไปใช้ชีวิตอยู่ข้างนอก จึงจ้างผู้เสียหายให้ทำงานอยู่ภายในโรงเรียน ผู้เสียหายสามารถออกไปข้างนอกโรงเรียนได้โดยไม่ต้องขออนุญาตก่อน สำหรับจำเลยที่ 2 เป็นคนรักของจำเลยที่ 1 และเป็นศิษย์เก่าของโรงเรียน ฉ. ต่อมาโรงเรียนว่าจ้างให้เป็นครูสอนวิชาพลศึกษาและรู้จักคุ้นเคยกับผู้เสียหาย ในวันเกิดเหตุตามฟ้อง จำเลยที่ 2 และผู้เสียหายชักชวนกันออกไปเที่ยวที่จังหวัดเชียงใหม่ จำเลยที่ 2 พาผู้เสียหายมานอนค้างด้วยกันที่บ้านของจำเลยที่ 1 เมื่อถึงเวลาเช้านอน ผู้เสียหายและจำเลยทั้งสองนอนรวมอยู่ในห้องเดียวกัน ระหว่างที่จำเลยที่ 1 และที่ 2 มีเพศสัมพันธ์ ผู้เสียหายรู้สึกตัวตื่นขึ้น จำเลยที่ 2 ชักชวนและดึงแขนเสื้อผู้เสียหายให้มาร่วมมีเพศสัมพันธ์ด้วยกัน และจำเลยที่ 1 กระทำชำเราผู้เสียหายจนสำเร็จความใคร่ โดยมีจำเลยที่ 2 คอยมองดูอยู่

² ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5922/2562 [ออนไลน์], 28 กรกฎาคม 2563. แหล่งที่มา <https://deka.supremecourt.or.th/search>

คดีมีปัญหาต้องวินิจฉัยตามฎีกาของจำเลยที่ 2 ประการแรกว่า การที่พนักงานสอบสวนสอบปากคำผู้เสียหายซึ่งเป็นผู้มีความบกพร่องทางสติปัญญาโดยไม่มีแพทย์ด้านจิตเวชศาสตร์และนักจิตวิทยาคลินิกและชุมชนเข้าร่วมรับฟังการสอบสวน เป็นการไม่ชอบที่จะนำบันทึกคำให้การของผู้เสียหายมาใช้เริ่มต้นกล่าวหาและรับฟังประกอบการพิจารณาพิพากษาของโจทก์จำเลยที่ 2 นั้น เห็นว่า ในการสอบปากคำผู้เสียหายซึ่งมีความบกพร่องทางสติปัญญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้บัญญัติวิธีการสอบสวนไว้เป็นการเฉพาะเหมือนดังเช่นการสอบปากคำผู้เสียหายที่เป็นเด็กอายุยังไม่เกินสิบแปดปีในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 133 ทวิ ว่าจะต้องมีสหวิชาชีพอยู่ร่วมด้วยในการสอบปากคำเด็กนั้น ด้วยเหตุนี้พนักงานสอบสวนจึงชอบที่จะใช้วิธีการสอบปากคำผู้เสียหายคดีนี้ซึ่งมีความบกพร่องทางสติปัญญาเช่นเดียวกับการสอบปากคำบุคคลปกติ เมื่อไม่ปรากฏว่าการสอบปากคำผู้เสียหายของพนักงานสอบสวน ได้ให้คำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง ทรมาน ใช้กำลังบังคับหรือกระทำโดยมิชอบด้วยประการใด ๆ เพื่อจูงใจให้ผู้เสียหายให้การ ก็ถือเป็นการสอบสวนโดยชอบเพื่อนำไปสู่กระบวนการแจ้งข้อกล่าวหาจำเลยที่ 2 ได้แล้ว ส่วนข้อเท็จจริงตามคำให้การของผู้เสียหายซึ่งไม่มีแพทย์ด้านจิตเวชศาสตร์และนักจิตวิทยาคลินิกและชุมชนเข้าร่วมรับฟังการสอบสวนจะมีความน่าเชื่อถือและรับฟังได้มากน้อยเพียงใด ถือเป็นดุลพินิจของศาลในขั้นตอนการชี้แจงนำนักพยานหลักฐาน และเมื่อโจทก์นำตัวผู้เสียหายมาเบิกความจำเลยมีโอกาสดำเนินการ และศาลล่างทั้งสองก็ใช้คำเบิกความของผู้เสียหายดังกล่าวในการรับฟังลงโทษจำเลยหาได้ใช้คำให้การในชั้นสอบสวนไม่ ฎีกาของจำเลยที่ 2 ในข้อนี้ฟังไม่ขึ้น

ปัญหาต้องวินิจฉัยตามฎีกาของจำเลยที่ 2 ประการต่อไปว่า ผู้เสียหายยินยอมมีเพศสัมพันธ์กับจำเลยที่ 1 หรือไม่ เห็นว่า ผู้เสียหายมาเบิกความเป็นพยานโจทก์ยืนยันว่า เมื่อจำเลยที่ 2 ดึงแขนเสื้อชักชวนผู้เสียหายมาร่วมมีเพศสัมพันธ์ด้วยกัน ผู้เสียหายบอกไม่เอา แต่จำเลยที่ 1 ก็ยังเข้ามากระทำชำเราผู้เสียหาย ระหว่างนั้น ผู้เสียหายร้องบอกตลอดเวลาว่าไม่เอา ไม่เอา จำเลยที่ 2 นำสืบปฏิเสธอ้างว่า จำเลยที่ 1 มิได้ร่วมประเวณีกับผู้เสียหาย แต่เมื่อศาลอุทธรณ์ภาค 5 วินิจฉัยว่า จำเลยที่ 1 กระทำชำเราผู้เสียหาย จำเลยที่ 2 ก็ไม่ฎีกาโต้แย้ง กลับรับมาในฎีกาว่า ผู้เสียหายยินยอมร่วมประเวณีกับจำเลยที่ 1 ส่วนที่จำเลยที่ 2 อ้างว่าผู้เสียหายไม่ขัดขืน เป็นข้อกล่าวอ้างที่เลื่อนลอย ไม่มีน้ำหนักรับฟังเป็นความจริงได้ ที่จำเลยที่ 2 ฎีกาว่า ศาลอุทธรณ์ภาค 5 วินิจฉัยถึงสาเหตุที่ผู้เสียหายไม่เล่าเรื่องที่เกิดขึ้น โดยเก็บเรื่องไว้ถึง 2 เดือน เพราะผู้เสียหายไม่ได้อยู่กับบิดามารดาหรือบุคคลที่สนิทสนมไว้วางใจพอ ขัดแย้งกับคำเบิกความของพยานโจทก์ปากร้อยเอก ป. ซึ่งตรวจผู้เสียหายพบว่า ผู้เสียหายมีอาการหวาดกลัว กลางคืนต้องนอนกอดมารดานั้น เห็นว่า ผู้เสียหายเข้ารับการตรวจจากร้อยเอก ป. เมื่อวันที่ 4 มกราคม 2559 หลังจากที่ผู้เสียหายแจ้งความในวันที่ 7 สิงหาคม 2558 แล้วเกือบ 5 เดือน โดยได้ความจากนางสาว จ. ผู้จัดการโรงเรียน ฉ. พยานโจทก์ว่า พยานเพิ่งมาทราบเรื่องหลังจากที่เกิดเหตุกับผู้เสียหายแล้ว 2 เดือน หลังจากนั้นเจ้าหน้าที่มูลนิธิสร้างสรรค์เด็กได้มารับผู้เสียหายกลับไปดูแลที่กรุงเทพมหานคร แสดงว่าหลังจากที่ผู้เสียหายแจ้งความแล้วจึงกลับบ้านไปอยู่กับบิดามารดาและมีอาการหวาดกลัว เวลากลางคืนต้องนอนกอดมารดาจากนั้นจึงนำเรื่องนี้มาบอกเล่าแก่ร้อยเอก ป. ซึ่งเป็นเหตุการณ์ภายหลังการแจ้งความของผู้เสียหาย ศาลอุทธรณ์ภาค 5 จึงมิได้วินิจฉัยคดีขัดแย้งกับคำเบิกความของร้อยเอก ป. แต่ประการใด และที่จำเลยที่ 2 ฎีกาว่า ผลตรวจร่างกายผู้เสียหายของแพทย์มีความเห็นว่ารอยฉีกขาดเก่าที่อวัยวะเพศผู้เสียหายไม่สามารถยืนยันได้ว่าเป็นรอยฉีกขาดที่เกิดจากมีเพศสัมพันธ์หรือเล่นกีฬา และหากมีเพศสัมพันธ์ ไม่สามารถบอกได้ว่าเกิดจากการยินยอมหรือไม่

เช่นเดียวกับสารประกอบของน้ำอสุจิที่พบในช่องคลอดผู้เสียหาย ไม่อาจยืนยันได้ว่าเป็นของบุคคลใด จึงฟังไม่ได้ว่า จำเลยที่ 1 ช่มชื่นกระทำชำเราผู้เสียหายนั้น เห็นว่า การตรวจร่างกายผู้เสียหายดังกล่าว กระทำเมื่อวันที่ 7 สิงหาคม 2558 หลังจากเกิดเหตุแล้วถึง 2 เดือน พยานหลักฐานทางชีวภาพอันอาจเชื่อมโยงถึงจำเลยที่ 1 ย่อมเสื่อมสลายไปโดยธรรมชาติหรือถูกทำให้มีการเปลี่ยนแปลงไปได้จากหลายสาเหตุ จึงมีข้อข้อยืนยันได้ว่าจำเลยที่ 1 มิได้ล่วงละเมิดผู้เสียหาย และศาลอุทธรณ์ภาค 5 รับฟังคำเบิกความของผู้เสียหายมาลงโทษจำเลยที่ 2 ว่า คำเบิกความนั้นมีเหตุผลหนักแน่นเพียงพอ มิได้ใช้หลักฐานทางนิติวิทยาศาสตร์ดังกล่าว ที่ศาลอุทธรณ์ภาค 5 วินิจฉัยว่า พยานหลักฐานโจทก์รับฟังได้ว่าจำเลยที่ 2 เป็นผู้สนับสนุนจำเลยที่ 1 ช่มชื่นกระทำชำเราผู้เสียหายนั้น ศาลฎีกาเห็นพ้องด้วย ฎีกาของจำเลยที่ 2 ฟังไม่ขึ้น

อนึ่ง ในระหว่างการพิจารณาของศาลฎีกา ได้มีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ.2562 มาตรา 4 ให้ยกเลิกความในมาตรา 276 และให้ใช้ความใหม่แทน แต่กฎหมายที่แก้ไขใหม่ไม่เป็นคุณแก่จำเลย จึงต้องใช้กฎหมายเดิมซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำความผิดบังคับแก่จำเลยที่ 2 ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 3

พิพากษาขึ้น

3. บทวิเคราะห์

3.1 การตีความประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในส่วนประเด็นที่ว่าในการสอบปากคำผู้เสียหายในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศซึ่งบรรลุนิติภาวะหากแต่มีความบกพร่องทางสติปัญญาในชั้นสอบสวน จะต้องมีการสอบสวนที่กำหนดไว้เป็นพิเศษเช่นเดียวกับกรณีของผู้เสียหายซึ่งมีอายุไม่เกินสิบแปดปีในคดีที่เกี่ยวกับเพศและคดีที่มีลักษณะอื่นตามกฎหมายกำหนดนั้นหรือไม่ ?

คดีที่ปรากฏตามคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้มีปัญหาในการตีความประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาการสอบปากคำผู้เสียหายในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศซึ่งบรรลุนิติภาวะ หากแต่มีความบกพร่องทางสติปัญญาในชั้นสอบสวน จะต้องมีการสอบสวนที่กำหนดไว้เป็นพิเศษเช่นเดียวกับกรณีของผู้เสียหายซึ่งมีอายุไม่เกินสิบแปดปีในคดีที่เกี่ยวกับเพศและคดีที่มีลักษณะอื่นตามกฎหมายกำหนด ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 133 ทวิ หรือไม่ กล่าวคือ จะต้องมีการแยกสถานที่สอบปากคำให้เป็นสัดส่วนออกมาจากบริเวณที่มีการสอบปากคำแบบปกติ มีบุคลากรจากสหวิชาชีพ บุคคลที่ผู้เสียหายไว้วางใจ และอัยการเข้าร่วมฟังในขณะสอบปากคำ อีกทั้งถ้ามีคำถามที่อาจกระทบกับจิตใจของผู้เสียหายก็จะต้องให้พนักงานสอบสวนถามผ่านบุคลากรจากสหวิชาชีพ อีกทั้งต้องบันทึกภาพและเสียงการถามปากคำที่สามารถนำออกมาถ่ายทอดได้อย่างต่อเนื่องไว้เป็นพยาน

ประเด็นดังกล่าว ศาลฎีกาได้วินิจฉัยตามประเด็นที่จำเลยที่ 2 ได้ฎีกาว่า “การที่พนักงานสอบสวนสอบปากคำผู้เสียหายซึ่งเป็นผู้มีความบกพร่องทางสติปัญญาโดยไม่มีแพทย์ด้านจิตเวชศาสตร์และนักจิตวิทยาคลินิกและชุมชนเข้าร่วมรับฟังการสอบสวน เป็นการไม่ชอบที่จะนำบันทึกคำให้การของผู้เสียหายมาใช้เริ่มต้นกล่าวหาและรับฟังประกอบการพิจารณาพิพากษาลงโทษจำเลยที่ 2”

ในประเด็นนี้ ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า “ในการสอบปากคำผู้เสียหายซึ่งมีความบกพร่องทางสติปัญญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามิได้บัญญัติวิธีการสอบสวนไว้เป็นการเฉพาะเหมือนดังเช่นการสอบปากคำผู้เสียหายที่เป็นเด็กอายุยังไม่เกินสิบแปดปีในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 133 ทวิ ว่า จะต้องมิสทวิชชีพอยู่ร่วมด้วยในการสอบปากคำเด็กนั้น ด้วยเหตุนี้พนักงานสอบสวนจึงชอบที่จะใช้วิธีการสอบปากคำผู้เสียหายคดีนี้ซึ่งมีความบกพร่องทางสติปัญญาเช่นเดียวกับการสอบปากคำบุคคลปกติ เมื่อไม่ปรากฏว่าการสอบปากคำผู้เสียหายของพนักงานสอบสวน ได้ให้คำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง ทรมาน ใช้กำลังบังคับหรือกระทำโดยมิชอบด้วยประการใด ๆ เพื่อจูงใจให้ผู้เสียหายให้การ ก็ถือเป็นการสอบสวนโดยชอบเพื่อนำไปสู่กระบวนการแจ้งข้อกล่าวหาจำเลยที่ 2 ได้แล้ว”

คำวินิจฉัยของศาลฎีกาในประเด็นดังกล่าว ผู้เขียนขอเสนอประเด็นการวิเคราะห์เป็นประเด็นย่อย ดังนี้

3.1.1 การตีความประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยตีความตามตัวอักษร (literal Rule) ประกอบกับการพิจารณาความสัมพันธ์อย่างเป็นระบบของกฎหมาย (systematical interpretation)

คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ เป็นลักษณะของการตีความประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 133 ทวิ ซึ่งเป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติและมีลักษณะเป็นกฎหมายมหาชนซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการกำหนดหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการสอบปากคำผู้เสียหายหรือพยานที่เป็นเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปีในชั้นสอบสวนในคดีที่มีลักษณะต่าง ๆ ตามที่กำหนด โดยจะต้องใช้วิธีการสอบสวนที่มีลักษณะพิเศษในการสอบปากคำบุคคลดังกล่าว ทั้งนี้กฎหมายบัญญัติให้เจ้าพนักงานสอบสวนมีหน้าที่การจัดหาสถานที่ที่ใช้สอบปากคำผู้เสียหายหรือพยานที่เป็นเด็กให้เป็นสัดส่วนโดยแยกออกมาจากบริเวณที่ใช้ในการสอบปากคำหรือสอบสวนคดีอาญาของบุคคลทั่วไปตามปกติ มีหน้าที่แจ้งให้สทวิชชีพ บุคคลที่เด็กร้องขอ และพนักงานอัยการ เข้าอยู่ร่วมกับผู้เสียหายหรือพยานที่เป็นเด็กด้วยในขณะที่มีการสอบปากคำ ทั้งนี้ในกรณีที่คำถามในการสอบปากคำอาจจะกระทบกระเทือนต่อจิตใจของผู้เสียหายหรือพยานที่เป็นเด็ก พนักงานสอบสวนจะต้องถามคำถามนั้นผ่านนักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์ซึ่งเป็นสทวิชชีพที่มาด้วยโดยต้องระมัดระวังมิให้เด็กได้ยินคำถามนั้นและไม่ให้มีการสอบถามคำถามนั้นซ้ำหลายครั้งโดยไม่มีเหตุอันสมควร อีกทั้งพนักงานสอบสวนจะต้องจัดให้มีการบันทึกภาพและเสียงการถามปากคำดังกล่าวซึ่งสามารถนำออกถ่ายทอดได้อย่างต่อเนื่องไว้เป็นพยาน ถ้าหากไม่ได้ปฏิบัติตามวิธีการสอบสวนที่มีลักษณะพิเศษดังกล่าวตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ จะถือว่ากระบวนการสอบสวนดังกล่าวเป็นการสอบสวนโดยมิชอบ ส่งผลให้การนำบันทึกคำให้การของผู้เสียหายดังกล่าวไปใช้ในการแจ้งข้อหาแก่ผู้ต้องหาที่มีชอบและถือได้ว่าเป็นการสอบปากคำที่ได้มานั้นเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ (rule against illegally obtained evidence) ซึ่งห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานเพื่อรับฟังประกอบพิจารณาโทษจำเลย อันเป็นบทตัดพยาน (exclusionary rules) ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226/1 อีกทั้งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญายังให้น่าับัญญัติมาตรา 133 ทวิ ดังกล่าวไปบังคับใช้โดยอนุโลมกับบทบัญญัติอื่น ๆ ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ดังต่อไปนี้อีกด้วย

1. การรับคำร้องทุกข์ในคดีที่ผู้เสียหายเป็นเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปี ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 124/1³ ทั้งนี้ หากเจ้าพนักงานสอบสวนฝ่าฝืนไม่ได้ปฏิบัติตามวิธีการพิเศษในการถามปากคำผู้เสียหายหรือพยานซึ่งเป็นเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปีตามมาตรา 133 ทวิ ก็มิได้ทำให้การสอบสวนเสียไป หากแต่อาจจะส่งผลให้บันทึกคำร้องทุกข์นั้นเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ ต้องห้ามมิให้ศาลรับฟังเป็นพยานหลักฐานเพื่อรับฟังประกอบการพิจารณาลงโทษจำเลย เป็นบทตัดพยาน (exclusionary rules) เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นที่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226/1⁴

2. การสอบสวนผู้ต้องหาที่เป็นเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134/2⁵ ทั้งนี้ หากเจ้าพนักงานสอบสวนฝ่าฝืนไม่ได้ปฏิบัติตามวิธีการพิเศษในการถามปากคำผู้เสียหายหรือพยานซึ่งเป็นเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปีตามมาตรา 133 ทวิ ก่อนที่ดำเนินการสอบสวนผู้ต้องหา ส่งผลให้ถ้อยคำใด ๆ ที่ผู้ต้องหาให้ไว้ต่อพนักงานสอบสวนก่อนที่จะดำเนินการตามวิธีการพิเศษในการถามปากคำผู้เสียหายหรือพยานซึ่งเป็นเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปีตามมาตรา 133 ทวิ นั้น เป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหานั้นไม่ได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134/4 วรรคท้าย⁶ เท่านั้น แต่ไม่ถึงขนาดที่จะทำให้การสอบสวนเสียไปทั้งหมดและห้ามมิให้พนักงานอัยการยื่นฟ้องคดีนั้นต่อศาล ตามมาตรา 120⁷ แต่อย่างใด

³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 124/1 บัญญัติว่า “ให้นำบทบัญญัติในมาตรา 133 ทวิ วรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสาม มาใช้บังคับโดยอนุโลมแก่การจับตัวผู้ต้องหาในคดีที่ผู้เสียหายเป็นเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปี เว้นแต่มีเหตุจำเป็น ไม่อาจหาหรือรอนักจิตวิทยา หรือนักสังคมสงเคราะห์บุคคลที่เด็กร้องขอและพนักงานอัยการได้ และเด็กไม่ประสงค์จะให้หรือบุคคลดังกล่าวต่อไป ทั้งนี้ ให้ผู้รับคำร้องทุกข์ ตามมาตรา 123 หรือมาตรา 124 แล้วแต่กรณี บันทึกเหตุดังกล่าวไว้ในบันทึกคำร้องทุกข์ด้วย”

⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226/1 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ความปรากฏแก่ศาลว่า พยานหลักฐานใดเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบแต่ได้มาเนื่องจากการกระทำโดยมิชอบ หรือเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบ ห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานนั้น เว้นแต่การรับฟังพยานหลักฐานนั้นจะเป็นประโยชน์ต่อการอำนวยความยุติธรรมมากกว่าผลเสียอันเกิดจากผลกระทบต่อมาตรฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญาหรือสิทธิเสรีภาพพื้นฐานของประชาชน

ในการใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานตามวรรคหนึ่ง ให้ศาลพิจารณาถึงพฤติการณ์ทั้งปวงแห่งคดี โดยต้องคำนึงถึงปัจจัยต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ด้วย

- (1) คุณค่าในเชิงพิสูจน์ ความสำคัญ และความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานนั้น
- (2) พฤติการณ์และความร้ายแรงของความผิดในคดี
- (3) ลักษณะและความเสียหายที่เกิดจากการกระทำโดยมิชอบ
- (4) ผู้ที่กระทำการโดยมิชอบอันเป็นเหตุให้ได้พยานหลักฐานมานั้นได้รับการลงโทษหรือไม่เพียงใด

⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134/2 บัญญัติว่า “ให้นำบทบัญญัติในมาตรา 133 ทวิ มาใช้บังคับโดยอนุโลมแก่การสอบสวนผู้ต้องหาที่เป็นเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปี”

⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134/4 บัญญัติว่า “ในการถามคำให้การผู้ต้องหา ให้พนักงานสอบสวนแจ้งให้ผู้ต้องหาทราบก่อนว่า

- (1) ผู้ต้องหามีสิทธิที่จะให้การหรือไม่ก็ได้ ถ้าผู้ต้องหาให้การ ถ้อยคำที่ผู้ต้องหาให้การนั้นอาจใช้เป็นพยานหลักฐานในการพิจารณาคดีได้
- (2) ผู้ต้องหามีสิทธิให้ทนายความหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจเข้าให้การสอบปากคำตนได้

เมื่อผู้ต้องหาเต็มใจให้การอย่างใดก็ให้จดคำให้การไว้ ถ้าผู้ต้องหาไม่เต็มใจให้การเลยก็ให้บันทึกไว้

ถ้อยคำใด ๆ ที่ผู้ต้องหาให้ไว้ต่อพนักงานสอบสวนก่อนมีการแจ้งสิทธิตามวรรคหนึ่ง หรือก่อนที่จะดำเนินการตามมาตรา 134/1 มาตรา 134/2 และมาตรา 134/3 จะรับฟังเป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหาไม่ได้

⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 120 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้พนักงานอัยการยื่นฟ้องคดีใดต่อศาล โดยมีได้มีการสอบสวนในความผิดนั้นก่อน”

3. การไต่สวนมูลฟ้องในคดีที่พยานเป็นเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี ทั้งในคดีที่ราษฎรเป็นโจทก์ และในคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 171 วรรคสอง⁸ ทั้งนี้ หากในการไต่สวนมูลฟ้องในคดีที่พยานเป็นเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี ไม่ได้ปฏิบัติตามวิธีการพิเศษในการถามปากคำ ผู้เสียหายหรือพยานซึ่งเป็นเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปีตามมาตรา 133 ทวิ ก็อาจจะส่งผลให้พยานหลักฐานที่ได้จากการไต่สวนมูลฟ้องนั้นเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ ต้องห้ามมิให้ศาลรับฟังเป็นพยานหลักฐานเพื่อรับฟัง ประกอบการพิจารณาลงโทษจำเลย เป็นบทตัดพยาน (exclusionary rules) เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นที่อาจจับฟัง เป็นพยานหลักฐานได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226/1

จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่บัญญัติวิธีการสอบปากคำ ผู้เสียหายหรือพยานเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปีในชั้นสอบสวนซึ่งมีรูปแบบพิเศษ ตามมาตรา 133 ทวิ อีกทั้งมี บทบัญญัติให้นำไปบังคับใช้โดยอนุโลมในบทบัญญัติอื่น ๆ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ซึ่งถ้าหากมิได้ดำเนินการ ตามที่กฎหมายกำหนด ก็จะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับผลของการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายเกี่ยวกับการสอบปากคำ ผู้เสียหายหรือพยานเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปี ทั้งในลักษณะของการตัดไม่ให้รับฟังพยานหลักฐานนั้นในการพิสูจน์ ความผิดของผู้ต้องหา หรือ ให้ถือว่าเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ ต้องห้ามมิให้ศาลรับฟังเป็นพยานหลักฐาน เพื่อรับฟังประกอบการพิจารณาลงโทษจำเลย อันเป็นบทตัดพยาน (exclusionary rules) นั้น เป็นกรณี ที่ บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นได้มีการบัญญัติไว้โดยมีความสัมพันธ์อย่างเป็นระบบ ด้วยเหตุนี้ ในการตีความบทบัญญัติ มาตรา 133 ทวิ จึงต้องตีความตามตัวอักษร (literal Rule) ที่ปรากฏในกฎหมายอย่างเคร่งครัด ไม่สามารถ ตีความขยายออกไปกว่าตัวอักษรที่ปรากฏในกฎหมายซึ่งได้ถูกกำหนดขอบเขตการบังคับใช้บทบัญญัติของกฎหมาย นั้น ๆ ไว้โดยชัดแจ้งแล้ว อีกทั้งจะต้องตีความบทบัญญัติกฎหมายโดยพิเคราะห์ถึงความสัมพันธ์อย่างเป็นระบบ (systematical interpretation)⁹ กล่าวคือ จะต้องตีความว่าบทบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 133 ทวิดังกล่าว ให้ใช้วิธีการสอบปากคำโดยวิธีพิเศษเฉพาะบุคคลกลุ่มที่มีความเปราะบาง (vulnerable group) ซึ่งเป็นผู้เสียหายหรือพยานที่เป็น “เด็กอายุไม่เกินสิบแปดปี” ในคดีความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย อันมิใช่ความผิดที่เกิดจากการข่มขืนต่อสู ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ ความผิดฐานกรรโชก ชิงทรัพย์และปล้นทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี ความผิด ตามกฎหมายว่าด้วยมาตรการในการป้องกันและปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก ความผิดตามกฎหมายว่าด้วย สถานบริการ หรือคดีความผิดอื่นที่มีอัตราโทษจำคุก ซึ่งผู้เสียหายหรือพยานที่เป็นเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปีร้องขอ เท่านั้น กรณีจึงไม่อาจตีความบทบัญญัติในลักษณะขยายความบทบัญญัติให้ใช้วิธีการสอบปากคำซึ่งมีรูปแบบ พิเศษดังกล่าวไปบังคับกับผู้เสียหายที่มีความเปราะบางในลักษณะที่มีความบกพร่องทางสติปัญญาได้ เนื่องจาก ในการสอบปากคำผู้เสียหายซึ่งมีความบกพร่องทางสติปัญญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีได้ บัญญัติวิธีการสอบสวนไว้เป็นการเฉพาะเหมือนดังเช่นการสอบปากคำผู้เสียหายที่เป็นเด็กอายุยังไม่เกินสิบแปดปี ในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 133 ทวิ ไว้แต่อย่างใด

⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 171 วรรคสอง บัญญัติว่า “ให้นำบทบัญญัติในมาตรา 133 ทวิ และมาตรา 172 ตรี มาใช้ บังคับโดยอนุโลมแก่การไต่สวนมูลฟ้องในคดีที่พยานเป็นเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปี ทั้งในคดีที่ราษฎรเป็นโจทก์และในคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์”

⁹ คณิศ ณ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, หน้า 57-59

ดังนั้น พนักงานสอบสวนจึงชอบที่จะใช้วิธีการสอบปากคำผู้เสียหายนี้ซึ่งมีความบกพร่องทางสติปัญญาเช่นเดียวกับการสอบปากคำบุคคลปกติ ซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไปเกี่ยวกับวิธีการสอบสวน และเมื่อไม่ปรากฏว่าการสอบปากคำผู้เสียหายของพนักงานสอบสวน ได้ให้คำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง ทรมาน ใช้กำลัง บังคับหรือกระทำโดยมิชอบด้วยประการใด ๆ เพื่อจูงใจให้ผู้เสียหายให้การ อันเป็นมาตรฐานของความคุ้มครองขั้นต่ำเพื่อป้องกันมิให้ผู้เสียหายให้การโดยสำคัญผิดหรือเป็นไปโดยไม่สมัครใจอันเกิดจากการกระทำที่มิชอบของเจ้าพนักงานสอบสวน และเมื่อไม่ปรากฏเหตุดังกล่าวในระหว่างการสอบปากคำ ก็ถือว่าการสอบปากคำผู้มีความบกพร่องทางสติปัญญา เป็นการสอบสวนโดยชอบเพื่อนำไปสู่กระบวนการแจ้งข้อกล่าวหาแก่จำเลยได้

3.1.2 การตีความประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยพิจารณาถึงประวัติความเป็นมา (historical interpretation) และเจตนารมณ์ของกฎหมาย (teleological interpretation)

เมื่อพิจารณาประวัติความเป็นมาในการบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 133 ทวิ ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับรูปแบบการถามปากคำเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปีในฐานะเป็นผู้เสียหายหรือพยานในชั้นสอบสวน พบว่าบทบัญญัตินี้ได้มีการบัญญัติเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2542 โดยมีสาเหตุมาจากการถามปากคำเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปีในฐานะเป็นผู้เสียหายหรือพยานในชั้นสอบสวนนั้น แต่เดิมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กำหนดวิธีปฏิบัติเช่นเดียวกับกรณีของผู้ใหญ่ โดยในชั้นสอบสวน พนักงานสอบสวนก็ยังคงมีความชำนาญในด้านจิตวิทยาเด็กไม่เพียงพอ รวมทั้งได้คำนึงถึงสภาพร่างกายและจิตใจของเด็กที่อ่อนแอเท่าที่ควรและการใช้ภาษากับเด็กยังไม่เหมาะสม จึงเป็นเหตุให้การถามปากคำเด็กส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจของเด็กและส่งผลให้การสอบสวนคลาดเคลื่อน ฉะนั้น จึงสมควรที่จะแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในเรื่องดังกล่าวให้มีการบวนการถามปากคำสำหรับเด็กเป็นพิเศษ เพื่อให้เหมาะสมยิ่งขึ้นและสอดคล้องกับมาตรฐานตามข้อ 12 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989¹⁰ และในบทบัญญัติในมาตรา 4¹¹ และมาตรา 53 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540¹² อีกด้วย จึงจำเป็นต้องตราบทบัญญัตินี้ขึ้น ประกอบกับ บทบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 133 ทวิดังกล่าวก็ได้มีการบัญญัติเพิ่มเติมอีกครั้งโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 26) พ.ศ. 2550 โดยมีสาเหตุเนื่องจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ที่ได้กำหนดวิธีปฏิบัติในการถามปากคำผู้เสียหายหรือพยานที่เป็นเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปี จะต้องมียกจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์ บุคคลที่เด็กร้องขอ และพนักงานอัยการอยู่ร่วมด้วยโดยมุ่งหมายมิให้เด็กได้รับผลกระทบทั้งทางร่างกายและสภาวะจิตใจจากกระบวนการยุติธรรม แต่เนื่องจาก

¹⁰ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 ข้อ 12 บัญญัติว่า

“1. รัฐภาคีจะประกันแก่เด็กที่สามารถมีความคิดเห็นเป็นของตนเองได้แล้วซึ่งสิทธิที่จะแสดงความคิดเห็นเหล่านั้นโดยเสรีในทุก ๆ เรื่องที่มีผลกระทบต่อเด็ก ทั้งนี้ ความคิดเห็นดังกล่าวของเด็กจะได้รับการพิจารณาตามสมควรแก่อายุและวุฒิภาวะของเด็กนั้น

2. เพื่อความมุ่งประสงค์ เด็กจะได้รับโดยเฉพาะอย่างยิ่งโอกาสที่จะมีสิทธิ มีเสียงในกระบวนการพิจารณาทางตุลาการและทางปกครองใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อเด็กไม่ว่าโดยตรงหรือโดยผ่านผู้แทนหรือองค์กรที่เหมาะสมในลักษณะที่สอดคล้องกับระเบียบวิธีปฏิบัติตามกฎหมายภายใน”

¹¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 4 บัญญัติว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง”

¹² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 53 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “เด็ก เยาวชนและบุคคลในครอบครัว มีสิทธิได้รับความคุ้มครองจากรัฐจากการใช้ความรุนแรง และการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม”

การที่มีได้จำกัดประเภทคดีซึ่งมีความจำเป็นต้องใช้วิธีการพิเศษอย่างแท้จริงไว้ จึงทำให้การดำเนินคดีบางประเภทเป็นไปด้วยความล่าช้าโดยไม่จำเป็น ประกอบกับการถามมีความซ้ำซ้อนในแต่ละขั้นตอน ทำให้ผู้เสียหายหรือพยานที่เป็นเด็กได้รับผลกระทบจากกระบวนการยุติธรรมเกินสมควร จึงจำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 133 ทวิ เพื่อให้การใช้บังคับกฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

ในส่วนเจตนารมณ์ของบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าว การดำเนินการถามปากคำผู้เสียหายหรือพยานที่เป็นเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปี มีที่มาจากแนวคิดการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กในการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของตนได้อย่างเสรีโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกระบวนการพิจารณาคดีตามกฎหมายที่ย่อมมีผลกระทบต่อเด็กโดยตรง โดยคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 และบทบัญญัติในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของพลชนชาวไทยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่จะต้องให้ความเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยปราศจากการใช้ความรุนแรงและการกระทำที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้เสียหายหรือพยานที่เป็นเด็กในกระบวนการการสอบสวนซึ่งเป็นขั้นตอนในการค้นหาความจริงในคดีอาญา ส่งผลให้มีการบัญญัติวิธีการสอบปากคำผู้เสียหายหรือพยานที่เป็นเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปีตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 133 ทวิ โดยมีเจตนารมณ์ที่เป็นเหตุผลเบื้องหลังดังต่อไปนี้

1. การจำกัดประเภทของคดีอาญาที่จะต้องมีการสอบปากคำผู้เสียหายหรือพยานที่เป็นเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปีโดยใช้รูปแบบพิเศษ กล่าวคือ ให้ใช้วิธีการพิเศษในการถามปากคำผู้เสียหายหรือพยานที่เป็นเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปี เฉพาะคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกายอันมิใช่ความผิดที่เกิดจากการชุลมุนต่อสู้ ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ ความผิดฐานกรรโชก ชิงทรัพย์และปล้นทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยมาตรการในการป้องกันและปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยสถานบริการหรือคดีความผิดอื่นที่มีอัตราโทษจำคุก ซึ่งผู้เสียหายหรือพยานที่เป็นเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปีร้องขอ

เนื่องจากคดีเหล่านี้มีความร้ายแรงอุกฉกรรจ์และมีโทษสูง มีลักษณะเป็นการล่วงละเมิดทารุณกรรมต่อร่างกายหรือจิตใจของเด็กอย่างรุนแรง เด็กจึงมีความหวาดกลัว อับอาย หรือส่งผลกระทบต่อจิตใจของเด็กอย่างมากในการที่จะให้ปากคำเกี่ยวกับการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นกับตน อีกทั้งผู้กระทำความผิดในความผิดเกี่ยวกับการค้าประเวณี สถานบริการ การค้ามนุษย์ หรือคดียาเสพติดซึ่งมีอัตราโทษจำคุก มักจะกระทำโดยผู้มีอิทธิพล หรือเป็นองค์กรอาชญากรรม จึงอาจจะมีพุดจาหวานล้อม หรือข่มขู่ผู้เสียหายหรือพยานที่เป็นเด็กไม่ให้ให้ปากคำ หรือให้ปากคำที่บิดเบือนแก้พนักงานสอบสวน จึงทำให้เด็กอาจมีความรู้สึกหวาดกลัวไม่กล้าที่จะให้ถ้อยคำใด ๆ ที่อาจให้เป็นผลร้ายในทางคดีแก่ผู้กระทำความผิด¹³ ด้วยเหตุนี้จึงทำให้ต้องมีสหวิชาชีพซึ่งมีความรู้ความเข้าใจในพัฒนาการด้านจิตใจและสติปัญญาตามช่วงอายุของเด็กเข้ามาร่วมด้วยในกระบวนการสอบปากคำนี้เพื่อทำหน้าที่ในการถามปากคำโดยเทคนิควิธีที่เหมาะสมในการตั้งคำถามกับเด็ก และกลั่นกรอง

¹³ ณรงค์ ไชยหาญ, “การคุ้มครองเด็กในการให้ปากคำคดีอาญา,” ใน เอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. (การชี้ตัวผู้ต้องหาของผู้เสียหายหรือพยานที่เป็นเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปี) (คณะรัฐมนตรี เป็นผู้เสนอ) บรรจุระเบียบวาระการประชุมสมานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 42/2550 วันพุธที่ 8 สิงหาคม 2550 อ.พ. 134/2550. สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา. (กรุงเทพฯ: สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, 2550), หน้า 35.

ข้อเท็จจริงและแปลความหมายคำตอบของเด็กโดยใช้องค์ความรู้ในด้านจิตวิทยาและพัฒนาการเด็กในการสอบทานคำตอบ อีกทั้งกฎหมายยังกำหนดให้บุคคลที่เด็กไว้วางใจมาอยู่ร่วมกับเด็กด้วยเพื่อให้เด็กมีความรู้สึกอบอุ่น ปลอดภัย ไม่ตื่นตระหนกในการที่จะให้ปากคำท่ามกลางบุคคลอื่นซึ่งเป็นบุคคลแปลกหน้า อีกทั้งบุคคลคุ้นเคยกับเด็กซึ่งจะมีความเข้าใจในสภาพจิตใจและภูมิหลังของเด็ก ก็อาจจะช่วยทำหน้าที่อธิบายคำถามของเจ้าพนักงานสอบสวน และช่วยแปลความหมายการให้ปากคำของเด็กว่ามีความหมายว่าอย่างไร¹⁴ ประกอบกับกฎหมายยังกำหนดให้พนักงานอัยการได้มีโอกาสเข้าร่วมในการสอบปากคำเพื่อรับทราบพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นในการสอบปากคำมาตั้งแต่ต้น เพื่อจะให้พนักงานอัยการซึ่งจะเป็นผู้นำคดีไปศาลจะได้เข้าใจสภาพจิตใจและความสามารถของเด็กในการตอบคำถามในชั้นสอบสวน ซึ่งจะเป็นประโยชน์ในการถามเด็กในชั้นพิจารณาของศาลในชั้นต่อไป¹⁵ โดยขั้นตอนในส่วนนี้เป็นไปเพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิเด็ก ดูแลสภาพจิตใจของเด็ก ควบคุมดูแลการถามปากคำของเจ้าพนักงานสอบสวนและการให้ปากคำของเด็ก เพื่อให้การแสวงหาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีเป็นไปโดยถูกต้องเที่ยงตรงมากที่สุด

2. การแยกสถานที่ในการสอบปากคำออกมาเป็นส่วนสัดส่วนและมีความเหมาะสมสำหรับเด็ก เนื่องจากสภาพของห้องสอบสวนของสถานีตำรวจอาจมีลักษณะที่ไม่เป็นสัดส่วน กับการมีพนักงานสอบสวนอื่นทำงานอยู่ด้วย ซึ่งอาจจะปะปนกับการสอบปากคำของผู้ใหญ่ ประกอบกับห้องสอบสวน มีลักษณะเป็นสถานที่ทำงาน มีบรรยากาศเป็นทางการ จึงอาจส่งผลให้เด็กมีอาการตกประหม่า รู้สึกตื่นตระหนก อึดอัดใจ รู้สึกอับอาย ไม่เป็นส่วนตัวในการที่จะให้ปากคำในข้อเท็จจริงที่ตนเป็นผู้ถูกละเมิดสิทธิในคดีซึ่งมีผลกระทบต่อร่างกายและจิตใจเป็นอย่างมาก และอาจส่งผลต่อความสนใจที่จะให้ปากคำของเด็ก¹⁶ ดังนั้น จึงต้องมีการจัดสถานที่ที่ใช้สอบปากคำเด็กเป็นการเฉพาะ มีบรรยากาศที่เหมาะสม แยกออกมาจากห้องสอบสวนปกติ เพื่อให้เกิดบรรยากาศความเป็นส่วนตัว และเกิดความรู้สึกที่ผ่อนคลาย เพื่อให้เด็กรู้สึกมั่นคงและปลอดภัยที่จะให้ปากคำในคดี¹⁷

3. การกำหนดให้เจ้าพนักงานสอบสวนต้องถามคำถามผ่านบุคลากรซึ่งเป็นสหวิชาชีพ เป็นการเฉพาะตามประเด็นคำถามของพนักงานสอบสวน ในกรณีที่สหวิชาชีพเห็นว่าการถามปากคำเด็กคนใดหรือคำถามใด อาจจะมีผลกระทบกระเทือนต่อจิตใจเด็กอย่างรุนแรง โดยมีให้เด็กได้ยินคำถามของพนักงานสอบสวนและห้ามมิให้ถามเด็กซ้ำซ้อนหลายครั้งโดยไม่มีเหตุอันสมควร อันเนื่องมาจากในกระบวนการค้นหาความจริงในคดีอาญาที่ต้องการมุ่งหาความจริงจากผู้เสียหายและพยานบุคคลที่เกี่ยวข้องอย่างเข้มงวดเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริงในคดีที่ชัดเจน แน่นนอน เพียงพอที่จะพิสูจน์ว่ามีบุคคลใดกระทำความผิดหรือไม่อันจะนำไปสู่การดำเนินคดีต่อไป รวมถึงเพื่อเป็นหลักประกันในการต่อสู้คดีของผู้ถูกกล่าวหาได้อย่างเต็มที่ จึงส่งผลให้ผู้เสียหาย

¹⁴ สำนักงานศาลยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม, “การนำระบบบันทึกคำพยานด้วยภาพและเสียงมาใช้ในการสืบพยานเด็กในคดีอาญา,” ใน เอกสารประกอบการพิจารณาพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ. (การชี้ตัวผู้ต้องหาของผู้เสียหายหรือพยานที่เป็นเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปี) (คณะรัฐมนตรี เป็นผู้เสนอ) บรรจุระเบียบวาระการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 42/2550 วันพุธที่ 8 สิงหาคม 2550 อ.พ. 134/2550. สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา. (กรุงเทพฯ: สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, 2550), หน้า 53.

¹⁵ คณิง ภาไชย, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1(กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), หน้า 369

¹⁶ ณรงค์ ใจหาญ, การคุ้มครองเด็กในการให้ปากคำคดีอาญา, หน้า 35-36

¹⁷ ณรงค์ ใจหาญ, หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1(กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), หน้า 355

หรือพยานในคดีซึ่งเป็นเด็กอาจได้รับผลกระทบต่องิตใจจากการตั้งคำถาม หรือการถามที่อาจจะมีลักษณะซ้ำซ้อนของเจ้าพนักงานสอบสวนในกระบวนการถามปากคำ¹⁸ ด้วยเหตุนี้ กฎหมายจึงกำหนดมาตรการคุ้มครองสิทธิเด็กที่เป็นผู้เสียหายหรือพยานไม่ให้ได้รับผลกระทบจากการถามปากคำ จึงบัญญัติห้ามมิให้เด็กได้อินคำถามนั้นโดยตรงจากเจ้าพนักงานสอบสวน หากแต่กำหนดให้นักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์ซึ่งมีความเชี่ยวชาญด้านจิตวิทยาของเด็กปฏิบัติหน้าที่แทนเจ้าพนักงานสอบสวนในการถามปากคำตามประเด็นที่เจ้าพนักงานสอบสวนตั้งมา โดยมีการปรับเปลี่ยนการใช้ถ้อยคำในประเด็นคำถามให้มีความเหมาะสม และควบคุมไม่ให้มีการถามคำถามเด็กซ้ำซ้อนหลายครั้งโดยไม่มีเหตุอันสมควร เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของเด็กมิให้เกิดผลกระทบต่องิตใจอย่างรุนแรงจากการตั้งคำถามของเจ้าพนักงานสอบสวนในกระบวนการถามปากคำ

4. การกำหนดให้เจ้าพนักงานสอบสวนมีหน้าที่ในการแจ้งสิทธิให้นักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์ บุคคลที่เด็กร้องขอ และพนักงานอัยการทราบ รวมทั้งแจ้งให้ผู้เสียหายหรือพยานที่เป็นเด็กทราบถึงสิทธิในการสอบปากคำเด็กตามที่กฎหมายกำหนดให้ ทั้งนี้เพื่อหลักประกันในการที่เด็กที่เป็นผู้เสียหายหรือพยานซึ่งเป็นบุคคลที่จะได้รับผลกระทบโดยตรงจากการสอบปากคำ รวมถึงบุคคลอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการสอบปากคำเด็ก ได้รับทราบสิทธิ และสามารถใชสิทธิตามที่กฎหมายกำหนดไว้เพื่อคุ้มครองสิทธิของเด็กในกระบวนการยุติธรรมได้อย่างเต็มที่

5. การกำหนดให้มีการเปลี่ยนตัวนักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์ หรือพนักงานอัยการที่เข้าร่วมในการถามปากคำได้ หากเด็กซึ่งเป็นผู้เสียหายหรือพยานได้ตั้งข้อร้องเี่ยวบุคคลนั้น โดยมีเหตุผลเพื่อคุ้มครองสิทธิของเด็กที่จะได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติหน้าที่ของบุคคลดังกล่าว ที่อาจจะมีท่าทีที่ขัดแย้งหรือโดยปริยายที่ทำให้เด็กรู้สึกว่าตนเองถูกข่มขู่หรือบังคับ หรือมีความบกพร่อง ผิดพลาดในการปฏิบัติหน้าที่ หรือมีพฤติกรรมอื่นใด ที่อาจจะทำให้เด็กรู้สึกหวาดหวั่น ไม่ปลอดภัยในระหว่างการสอบปากคำ อันจะส่งผลให้เด็กไม่สามารถที่จะให้ปากคำเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นโดยอิสระได้อย่างถูกต้องตรงตามความเป็นจริงได้

6. การกำหนดให้เจ้าพนักงานสอบสวนมีหน้าที่ต้องบันทึกภาพและเสียง (video recording) การถามปากคำดังกล่าวซึ่งสามารถนำออกถ่ายทอดอย่างต่อเนื่องไว้เป็นพยาน ทั้งนี้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อลดภาระของเด็กที่จะต้องเบิกความซ้ำซ้อนอีก ซึ่งอาจจะทำให้เด็กเกิดความรู้สึกตื่นตระหนก หวาดกลัวในการที่จะต้องเบิกความในประเด็นเดียวกันนั้นต่อหน้าบุคคลอื่นที่แปลกหน้า หรือต่อผู้ต้องหาหรือจำเลยซึ่งอาจจะส่งผลต่อความสมัครใจในการเบิกความของเด็ก¹⁹ อีกทั้งการบันทึกภาพและเสียงการถามปากคำเด็กดังกล่าวก็ยังคงรักษาโอกาสให้ผู้พิพากษาซึ่งไม่ได้มีส่วนร่วมในการสอบปากคำให้สามารถชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานเด็กที่ไม่ได้มาเบิกความต่อหน้าจำเลยและผู้พิพากษาในชั้นพิจารณาคดีในศาลชั้นต้นได้

เมื่อพิจารณาถึงเจตนารมณ์ตามประวัติความเป็นมาของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 133 ทวิ จะเห็นได้โดยชัดแจ้งว่าเป็นบทบัญญัติที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิของเด็กที่เป็นผู้เสียหายหรือพยานในการสอบปากคำซึ่งเป็นกระบวนการค้นหาความจริงในคดีอาญาเป็นสำคัญ โดยกำหนด

¹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 35

¹⁹ สำนักงานศาลยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม, การนำระบบบันทึกคำพยานด้วยภาพและเสียงมาใช้ในการสืบพยานเด็กในคดีอาญา, หน้า 55

มาตรการเฉพาะและการปฏิบัติที่เหมาะสมต่อเด็กเพื่อจะทำให้เด็กสามารถให้ปากคำได้อย่างถูกต้องครบถ้วน และไม่ได้รับผลกระทบต่องิตใจในระหว่างการสอบปากคำ ด้วยเหตุนี้ การที่ศาลฎีกาได้ให้เหตุผลในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5922/2562 ว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 133 ทวิ บังคับใช้กับการสอบปากคำผู้เสียหายที่เป็นเด็กอายุยังไม่เกินสิบแปดปีในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศและคดีอื่น ๆ ตามที่บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดเท่านั้นที่กำหนดให้ต้องมีสหวิชาชีพอยู่ร่วมด้วยในการสอบปากคำ ว่าเป็นการเฉพาะเท่านั้น ทั้งนี้ บทบัญญัติดังกล่าวมิได้บัญญัติให้บังคับใช้กับผู้เสียหายหรือพยานที่มีความบกพร่องทางสติปัญญาพร้อมด้วยแต่ประการใด ด้วยเหตุนี้ พนักงานสอบสวนจึงชอบที่จะใช้วิธีการสอบปากคำผู้เสียหายคดีนี้ซึ่งมีความบกพร่องทางสติปัญญา เช่นเดียวกับการสอบปากคำบุคคลปกติ เมื่อไม่ปรากฏว่าการสอบปากคำผู้เสียหายของพนักงานสอบสวน ได้ให้คำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง ทรมาน ใช้กำลังบังคับหรือกระทำโดยมิชอบด้วยประการใด ๆ เพื่อจงใจให้ผู้เสียหายให้การ ก็ถือเป็นการสอบสวนโดยชอบเพื่อนำไปสู่กระบวนการแจ้งข้อกล่าวหาจำเลยที่ 2 ได้แล้ว

ผู้เขียนจึงเห็นว่า ศาลฎีกาได้วินิจฉัยคดีดังกล่าวโดยตีความประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ให้สอดคล้องกับประวัติความเป็นมา (historical interpretation) และเจตนารมณ์ของกฎหมาย (teleological interpretation) ของบทบัญญัติมาตรา 133 ทวิ ได้อย่างถูกต้องแล้ว ด้วยเหตุนี้ จึงส่งผลให้ต้องใช้บทบัญญัติของกฎหมายทั่วไปในการใช้ดุลพินิจของศาลเพื่อชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานในส่วนข้อเท็จจริงตามคำให้การของผู้เสียหายซึ่งไม่มีแพทย์ด้านจิตเวชศาสตร์และนักจิตวิทยาคลินิกและชุมชนเข้าร่วมฟังการสอบสวนว่าจะมีความน่าเชื่อถือและรับฟังได้มากน้อยเพียงใด ต่อไป

3.2 จำเลยที่ 2 มีความผิดในการเป็นผู้สนับสนุนฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่ ?

ประเด็นดังกล่าว ศาลฎีกาได้วินิจฉัยตามประเด็นที่จำเลยที่ 2 ได้ฎีกาว่า “ผู้เสียหายยินยอมมีเพศสัมพันธ์กับจำเลยที่ 1 หรือไม่”

ในประเด็นนี้ ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า “เห็นว่า ผู้เสียหายมาเบิกความเป็นพยานโจทก์ยืนยันว่าเมื่อจำเลยที่ 2 ดึงแขนเสื้อชักชวนผู้เสียหายมาร่วมมีเพศสัมพันธ์ด้วยกัน ผู้เสียหายบอกไม่เอา แต่จำเลยที่ 1 ก็ยังเข้ามากระทำชำเราผู้เสียหาย ระหว่างนั้น ผู้เสียหายร้องบอกตลอดเวลาว่าไม่เอา ไม่เอา... จำเลยที่ 1 กระทำชำเราผู้เสียหายจนสำเร็จความใคร่ โดยมีจำเลยที่ 2 คอยมองดูอยู่... ศาลอุทธรณ์ภาค 5 รับฟังคำเบิกความของผู้เสียหายมาลงโทษจำเลยที่ 2 ว่า คำเบิกความนั้นมีเหตุผลหนักแน่นเพียงพอ มิได้ใช้หลักฐานทางนิติวิทยาศาสตร์ดังกล่าวที่ศาลอุทธรณ์ภาค 5 วินิจฉัยว่า พยานหลักฐานโจทก์รับฟังได้ว่าจำเลยที่ 2 เป็นผู้สนับสนุนจำเลยที่ 1 ข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายนั้น ศาลฎีกาเห็นพ้องด้วย ฎีกาของจำเลยที่ 2 ฟังไม่ขึ้น”

ผู้เขียนเห็นว่า ในส่วนของการที่จำเลยที่ 2 ดึงแขนเสื้อชักชวนผู้เสียหายมาร่วมมีเพศสัมพันธ์ด้วย โดยที่ผู้เสียหายไม่ยินยอม กรณีถือว่าจำเลยที่ 2 กระทำไปโดยมีเจตนาที่จะช่วยเหลือให้จำเลยที่ 1 ได้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญา 276²⁰ ทั้งนี้ การช่วยเหลือของจำเลยที่ 2

²⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เชิญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

โดยการตั้งแผนผู้เสียหายให้เข้ามาร่วมมีเพศสัมพันธ์ด้วยนั้น เป็นการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวก “ก่อน” ที่จะมีการกระทำความผิดของจำเลยที่ 1 โดยจำเลยที่ 2 มีเจตนาประสงค์ต่อผลในการสนับสนุนให้จำเลยที่ 1 ข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย อีกทั้งการที่จำเลยที่ 2 คอยมองดูจำเลยที่ 1 ข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายตลอดจน จำเลยที่ 1 สำเร็จความใคร่ ก็แสดงให้เห็นว่าเจตนาในการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกในการกระทำความผิดของจำเลยที่ 2 นั้น มีอยู่ตลอดเวลาที่จำเลยที่ 1 กระทำความผิด

อย่างไรก็ตาม ในข้อเท็จจริงตามที่ศาลได้รับฟังเป็นที่ยุติในคดีนี้ ไม่ปรากฏว่ามีจำเลยที่ 2 “มีลักษณะที่มีการกระทำร่วมกันกับจำเลยที่ 1 ในขณะกระทำความผิด” ในลักษณะที่เป็นตัวการร่วม กล่าวคือ ไม่ปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงใดที่จะแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า การที่จำเลยที่ 2 ร่วมอยู่ด้วยในขณะที่จำเลยที่ 1 กำลังกระทำความผิดนั้น จะมีลักษณะที่จำเลยที่ 2 “จะช่วยเหลือจำเลยที่ 1 ได้ทุกเมื่อหากมีเหตุขัดข้องขึ้น” ด้วยเหตุนี้ จึงถือว่าข้อเท็จจริงในคดียังไม่ชัดเจนเพียงพอที่จะถือว่า จำเลยที่ 2 “มีเจตนาร่วมกันและมีการกระทำร่วมกันกับจำเลยที่ 1 ในขณะกระทำความผิด” อันเป็นลักษณะของการกระทำความผิดในฐานะตัวการร่วม ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83²¹ ได้ ดังปรากฏในตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5731/2541 ที่ให้เหตุผลในการวินิจฉัยว่าจำเลยไม่เป็นตัวการ หากแต่เป็นผู้สนับสนุน

“ฎีกาที่ 5731/2541 จำเลยพาผู้เสียหายไปให้พวกของจำเลยข่มขืนกระทำชำเรา แม้จำเลยจะคบคิดกับพวกของจำเลยมาก่อนก็ตาม แต่เป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนพวกของจำเลยจะข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย ในขณะที่พวกของจำเลยข่มขืนกระทำชำเราไม่ปรากฏว่า จำเลยได้กระทำการใดอันมีลักษณะเป็นตัวการร่วมกระทำความผิดด้วย จึงฟังไม่ได้ว่าจำเลยเป็น ตัวการร่วมกระทำความผิด การที่จำเลยพาผู้เสียหายไปให้พวกของจำเลยข่มขืนกระทำชำเราโดยคบคิดกันมาก่อนนั้น เป็นการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกแก่พวกของจำเลยข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย จำเลยจึงเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 86”

อย่างไรก็ตาม ถ้าหากศาลฟังข้อเท็จจริงเป็นที่ยุติและเป็นที่ชัดเจนว่าการกระทำของจำเลยมีลักษณะอยู่ร่วมด้วยในขณะกระทำความผิด และช่วยเหลือผู้กระทำความผิดได้ทุกเมื่อหากมีเหตุขัดข้อง อันเป็นลักษณะของการมีเจตนาร่วมกันและมีการกระทำร่วมกันในขณะกระทำความผิด ก็จะเป็นการกระทำอันมีลักษณะเป็นตัวการ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83 ได้ ดังปรากฏในตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1715/2528 ที่ให้เหตุผลในการวินิจฉัยว่าจำเลยเป็นผู้สนับสนุน หากแต่เป็นตัวการ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ได้กระทำโดยทำให้ผู้ถูกกระทำเข้าใจว่าผู้กระทำมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนสี่หมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรฆาตหรือกระทำความผิดในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามแสนบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรส และคู่สมรสยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันท์สามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อบรรเทาความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันท์สามีภริยาต่อไป และประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้

²¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83 “ในกรณีความผิดใดเกิดขึ้นโดยการกระทำของบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป ผู้ที่ได้ร่วมกระทำความผิดด้วยกันนั้นเป็นตัวการ ต้องระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนี้

“ฎีกาที่ 1715/2528 ก่อนเกิดเหตุจำเลยอยู่ในกลุ่มของพวกที่ร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย และขณะเกิดเหตุจำเลยนั่งอยู่กับพวกที่โต๊ะใกล้ห้องน้ำที่เกิดเหตุถือเสื้อให้เพื่อนที่เข้าไปข่มขืนกระทำชำเรา และเพื่อดูเจ้าหน้าที่ตำรวจแล้วแจ้งเหตุร้ายแก่ผู้กระทำผิดถือได้ว่าจำเลยร่วมกระทำความผิดแล้ว”

อนึ่ง การกระทำความผิดตามที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5922/2562 ดังกล่าว ได้เกิดขึ้นก่อนที่จะมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 ซึ่งมีการบัญญัติเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285/2 ที่ให้เพิ่มระวางโทษให้หนักขึ้นกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 ถึงหนึ่งในสาม ถ้าหากมีการกระทำต่อบุคคลที่มีลักษณะตามที่กฎหมายมาตราดังกล่าวบัญญัติไว้ โดยมาตรา 285/2 ได้บัญญัติว่า

“ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 278 หรือมาตรา 279 เป็นการกระทำแก่บุคคลซึ่งไม่สามารถปกป้องตนเองอันเนื่องมาจากเป็นผู้ทุพพลภาพ ผู้มีจิตบกพร่อง โรคจิต หรือจิตฟั่นเฟือน คนป่วยเจ็บ คนชรา สตรีมีครรภ์ หรือผู้ซึ่งอยู่ในภาวะไม่สามารถรู้ผิดชอบ ผู้กระทำความผิดระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ หนึ่งในสาม”

ทั้งนี้ บุคคลที่มีความบกพร่องทางสติปัญญาในลักษณะปัญญาอ่อน ย่อมถือว่าเป็น “ผู้มีจิตบกพร่อง” ซึ่งเป็นบุคคลที่มีภาวะผิดปกติทางจิตจนไม่สามารถปกป้องตนเองได้²² ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285/2 ที่ถ้าหากเป็นผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 โจทก์ก็ขอที่จะร้องขอให้ศาลลงโทษจำเลยให้หนักขึ้นกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 หนึ่งในสามได้

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นพ้องกับศาลฎีกาที่วินิจฉัยให้จำเลยที่ 2 มีความผิดในการเป็นผู้สนับสนุนฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ประกอบมาตรา 86 และเห็นพ้องด้วยที่ศาลฎีกาใช้มาตรา 276 เดิม ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำความผิดบังคับแก่จำเลยที่ 2 ตามประมวลกฎหมายอาญา แทนที่จะบังคับใช้มาตรา 276 ซึ่งถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ.2562 เนื่องจากมาตรา 276 ที่บัญญัติแก้ไขใหม่ไม่เป็นคุณแก่จำเลย จึงต้องใช้กฎหมายเดิม ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำความผิดบังคับแก่จำเลยที่ 2 ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 3²³

²² คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาคความผิด เล่ม 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), หน้า 602

²³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 3 “ถ้ากฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำความผิดแตกต่างกับกฎหมายที่ใช้ในภายหลังการกระทำความผิด ให้ใช้กฎหมายในส่วนที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิด ไม่ว่าในทางใด เว้นแต่คดีถึงที่สุดแล้ว แต่ในกรณีคดีถึงที่สุดแล้ว ดังต่อไปนี้

(1) ถ้าผู้กระทำความผิดยังไม่ได้รับโทษ หรือกำลังรับโทษอยู่ และโทษที่กำหนดตามคำพิพากษานหนักกว่าโทษที่กำหนดตามกฎหมายที่บัญญัติในภายหลัง เมื่อสำนวนความปรากฏแก่ศาลหรือเมื่อผู้กระทำความผิด ผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้นั้น ผู้อนุบาลของผู้นั้นหรือพนักงานอัยการร้องขอ ให้ศาลกำหนดโทษเสียใหม่ตามกฎหมายที่บัญญัติในภายหลัง ในการที่ศาลจะกำหนดโทษใหม่นี้ ถ้าปรากฏว่า ผู้กระทำความผิดได้รับโทษมาบ้างแล้ว เมื่อได้คำนึงถึงโทษตามกฎหมายที่บัญญัติในภายหลัง หากเห็นเป็นการสมควร ศาลจะกำหนดโทษน้อยกว่าโทษขั้นต่ำตามกฎหมายที่บัญญัติในภายหลังกำหนดไว้ถ้าหากมิได้หรือถ้าเห็นว่าโทษที่ผู้กระทำความผิดได้รับมาแล้วเป็นการเพียงพอ ศาลจะปล่อยผู้กระทำความผิดไปก็ได้

(2) ถ้าศาลพิพากษาให้ประหารชีวิตผู้กระทำความผิด และตามกฎหมายที่บัญญัติในภายหลัง โทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดไม่ถึงประหารชีวิต ให้งดการประหารชีวิตผู้กระทำความผิด และถือว่าโทษประหารชีวิตตามคำพิพากษาได้เปลี่ยนเป็นโทษสูงสุดที่จะลงได้ตามกฎหมายที่บัญญัติในภายหลัง

4. การคุ้มครองสิทธิของผู้พิการในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมและการคุ้มครองสิทธิของผู้พิการที่มีความบกพร่องทางสติปัญญาซึ่งเป็นผู้เสียหายหรือพยานในคดีอาญาในกฎหมายภายในและแนวทางปฏิบัติของประเทศต่าง ๆ และประเทศไทย ข้อเสนอแนะในการพัฒนาบทบัญญัติกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายหรือพยานที่มีความบกพร่องทางสติปัญญาในการสอบปากคำคดีอาญา

ถึงแม้ว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ไม่ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการพิเศษในการสอบปากคำผู้เสียหายซึ่งมีความบกพร่องทางสติปัญญาไว้เป็นการเฉพาะเหมือนดังเช่นการสอบปากคำผู้เสียหายที่เป็นเด็กอายุยังไม่เกินสิบแปดปี ตามมาตรา 133 ทวิ จึงทำให้ต้องใช้วิธีการสอบปากคำผู้เสียหายซึ่งมีความบกพร่องทางสติปัญญาเช่นเดียวกับการสอบปากคำบุคคลปกติ โดยพิจารณาว่าการสอบปากคำผู้เสียหายของพนักงานสอบสวนดังกล่าวนั้นมิได้มีการให้คำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง ทรมาน ใช้กำลังบังคับหรือกระทำโดยมิชอบด้วยประการใด ๆ เพื่อจูงใจให้ผู้เสียหายให้การ อันเป็นมาตรฐานของความคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายขั้นต่ำเพื่อเป็นหลักประกันว่าการให้ปากคำของผู้เสียหายเป็นตามความสมัครใจโดยอิสระ มิได้ถูกข่มขู่หรือทำให้สาคัญผิดแต่ประการใด เช่นนี้ก็ถือว่าการสอบปากคำมีความบกพร่องทางสติปัญญาเป็นการสอบสวนโดยชอบเพื่อนำไปสู่กระบวนการแจ้งข้อกล่าวหาแก่จำเลยได้ อีกทั้งกฎหมายก็ได้กำหนดให้ต้องมีจิตแพทย์ หรือนักจิตวิทยาคลินิกหรือชุมชนเข้าร่วมฟังในขณะสอบปากคำแต่อย่างใด จึงทำให้การสอบสวนชอบด้วยกฎหมาย โดยศาลจะต้องชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานการสอบปากคำดังกล่าว เพื่อพิจารณาว่าพยานหลักฐานใดที่จะมีน้ำหนักและมีคุณค่าในการใช้พิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดี ดังปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5922/2562

อย่างไรก็ตาม แม้ผลวินิจฉัยของคำพิพากษาดังกล่าวจะมีการตีความบทบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 133 ทวิ ที่สอดคล้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมายก็ตาม หากแต่เป็นสิ่งที่สะท้อนว่าในปัจจุบัน ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไม่ได้มีบทบัญญัติในการคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายหรือพยานที่มีความบกพร่องทางสติปัญญาไว้เป็นการเฉพาะแต่ประการใด ทั้ง ๆ ที่ผู้พิการทางสติปัญญาเป็นกลุ่มบุคคลที่มีความเปราะบางอันเนื่องมาจากมีข้อจำกัดทางสภาพร่างกาย จิตใจ และสติปัญญาในทางการรับรู้และการทำความเข้าใจในสิ่งต่าง ๆ จึงเป็นอุปสรรคในการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาในกรณีที่บุคคลดังกล่าวเป็นผู้เสียหายหรือพยานในคดีอาญา ซึ่งจะต้องมีการสื่อสารกับบุคคลที่เกี่ยวข้อง ในส่วนของการฟังคำถามในการสอบปากคำเพื่อที่บุคคลดังกล่าวจะให้ปากคำเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้อย่างถูกต้องตามความเป็นจริงได้ ดังนั้น บทความในส่วนนี้ ผู้เขียนจึงขอเสนอเหตุผลและหลักการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของผู้พิการทางสติปัญญาในการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญา ประกอบกับปัญหาและอุปสรรคผู้พิการทางสติปัญญาที่ควรจะได้รับ การคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายในกระบวนการยุติธรรม ดังนี้

4.1 สิทธิของผู้พิการในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมในกฎหมายระหว่างประเทศ

ในเบื้องต้น สิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมในการที่จะได้รับการคุ้มครองสิทธิ และการช่วยเหลือ ในกระบวนการยุติธรรมย่อมเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ ทั้งนี้สิทธิดังกล่าวได้รับการรับรองในทางกฎหมาย ระหว่างประเทศว่า มนุษย์ทุกคนย่อมได้รับว่าเป็นบุคคลและเท่าเทียมกันตามกฎหมาย อีกทั้งย่อมมีสิทธิที่จะ ได้รับความคุ้มครองและได้รับสิทธิในการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม ตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 6²⁴ ข้อ 7²⁵ ข้อ 8²⁶ และ ข้อ 10²⁷ ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (Universal Declaration of Human Rights- UDHR) ข้อ 14-16²⁸ ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966

²⁴ ข้อ 6 ได้รับความคุ้มครองทางกฎหมาย ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการยอมรับทุกแห่งหน้าเป็นบุคคลตามกฎหมาย

²⁵ ข้อ 7 เท่าเทียมกันตามกฎหมาย ทุกคนเสมอภาคกันตามกฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองของกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันจากการเลือกปฏิบัติใด อันเป็นการล่วงละเมิดปฏิญญานี้ และจากการยุยงให้มีการเลือกปฏิบัติดังกล่าว

²⁶ ข้อ 8 สิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาอันมีประสิทธิผลจากศาลที่มีอำนาจแห่งรัฐต่อการกระทำ อันล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งตนได้รับตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย

²⁷ ข้อ 10 สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรม ทุกคนย่อมมีสิทธิในความเสมอภาคอย่างเต็มที่ในการได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม และเปิดเผยจากศาลที่อิสระและไม่ลำเอียงในการพิจารณากำหนดสิทธิและหน้าที่ของตนและข้อกล่าวหาอาญาใดต่อตน

²⁸ ข้อ 14

1. บุคคลทุกคนย่อมเสมอภาคในการพิจารณาของศาลและตุลาการ ในการพิจารณาคดีอาญาอันบุคคลต้องหาว่ากระทำความผิดหรือการพิจารณา ข้อพิพาททางสิทธิและหน้าที่ของตน ทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับการพิจารณา อย่างเป็นธรรมและเปิดเผยในศาลที่มีอำนาจมีอิสระและเป็นกลาง ซึ่งจัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย หนังสือพิมพ์หรือสาธารณชนอาจถูกห้าม รับฟังการพิจารณาคดีทั้งหมด หรือบางส่วนได้ก็ด้วยเหตุผลทางศีลธรรม ความสงบเรียบร้อยหรือความมั่นคง ของชาติในสังคมประชาธิปไตย หรือด้วยเหตุผลด้านความเป็นอยู่ ส่วนตัวของคู่กรณี หรือในกรณีศาลเห็นเป็นความจำเป็นอย่างจำเป็นว่าเป็นพฤติกรรมการณ์ พิเศษ ซึ่งการเป็นข่าวอาจทำให้กระทบต่อความยุติธรรม แต่คำพิพากษาในคดีอาญา หรือข้อพิพาททางแพ่งย่อมเป็นที่เปิดเผย เว้นแต่จำเป็นเพื่อผลประโยชน์ ของเด็กและเยาวชน หรือเป็นกระบวนการพิจารณาคดีเกี่ยวกับ ข้อพิพาทเรื่องทรัพย์สินของคู่สมรส หรือการเป็นผู้ปกครองเด็ก
2. บุคคลทุกคนผู้ถูกหาว่ากระทำความผิด ย่อมมีสิทธิได้รับการสันนิษฐานเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่ากระทำความผิดตามกฎหมาย
3. ในการพิจารณาคดีอาญาซึ่งบุคคลถูกหาว่ากระทำความผิด บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะได้รับหลักประกันขั้นต่อย่างเสมอภาคเต็มที่ดังต่อไปนี้
 - (ก) สิทธิที่จะได้รับแจ้งสภาพและข้อหาและความผิดที่ถูกกล่าวหาโดยพลันและละเอียดในภาษาซึ่งบุคคลนั้นเข้าใจได้
 - (ข) สิทธิที่จะมีเวลาและได้รับความสะดวกเพียงพอแก่การเตรียมการเพื่อสู้คดีและติดต่อกับทนายความได้ตามความประสงค์ของตน
 - (ค) สิทธิที่ได้รับการพิจารณาโดยปราศจากการชักจูงอย่างไม่เป็นธรรม
 - (ง) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาต่อหน้าและสิทธิที่จะต่อสู้คดีด้วยตนเองหรือผ่านทางผู้ช่วยเหลือทางกฎหมายตามที่เลือกเอง สิทธิที่จะ ได้รับการแจ้งให้ทราบถึงสิทธิในการมีผู้ช่วยเหลือทางกฎหมาย ถ้าไม่มีผู้ช่วยเหลือทางกฎหมายและสิทธิที่จะมีการช่วยเหลือทางกฎหมายซึ่งมีการแต่งตั้งให้ โดยไม่คิดมูลค่า ถ้าบุคคลนั้นไม่อาจรับภาระจัดการได้เอง หากจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม
 - (จ) สิทธิที่จะถามพยานซึ่งเป็นปรปักษ์ต่อตน และขอให้หมายเรียกพยานฝ่ายตนมาซักถามภายใต้เงื่อนไขเดียวกับพยานฝ่ายตรงข้ามของตน
 - (ฉ) สิทธิที่จะขอความช่วยเหลือให้มีสำเนาโดยไม่คิดมูลค่า หากไม่อาจเข้าใจหรือพูดภาษาที่ใช้ในศาลได้
 - (ช) สิทธิที่จะไม่ถูกบังคับให้การประณัตตนเองหรือรับสารภาพผิด
4. ในกรณีผู้กระทำความผิดเป็นเด็กหรือเยาวชน วิธีพิจารณาความเป็นไปให้คำนึงถึงอายุและด้วยความประสงค์จะส่งเสริมการแก้ไขความประพฤติ ของบุคคลนั้น
5. บุคคลทุกคนที่ถูกลงโทษในความผิดอาญา ย่อมมีสิทธิที่จะอุทธรณ์การลงโทษ และคำพิพากษาต่อศาลสูงให้พิจารณาทบทวนอีกครั้งตามกฎหมาย
6. เมื่อบุคคลใดถูกลงโทษตามคำพิพากษาถึงที่สุดในคดีอาญาและภายหลังจากนั้นคำพิพากษาได้ถูกกลับหรือได้รับอภัยโทษ โดยเหตุใดปรากฏ ข้อเท็จจริงที่เพิกถอนพบใหม่ ว่ามีการปฏิบัติขัดต่อความยุติธรรม บุคคลผู้ได้รับโทษอันเป็นผลมาจากการลงโทษดังกล่าวย่อมได้รับการชดเชยตามกฎหมาย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าการไม่เปิดเผยข้อเท็จจริง ในขณะนั้นเป็นผลมาจากบุคคลนั้นทั้งหมดหรือบางส่วน
7. บุคคลย่อมไม่อาจถูกพิจารณา หรือลงโทษซ้ำในการกระทำความผิดเดียวกัน ซึ่งได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษหรือปล่อยตัวแล้วตามกฎหมาย และวิธีพิจารณาความอาญาของแต่ละประเทศ

(International Covenant on Civil and Political Rights – ICCPR) ซึ่งเป็นกฎหมายที่เป็นผลพวงมาจากหลักข้อความคิดที่ว่า “บุคคลย่อมเสมอกันต่อหน้ากฎหมาย” (equality of persons before the law)²⁹

อย่างไรก็ตาม บุคคลบางกลุ่มที่เป็นบุคคลพิการซึ่งมีข้อจำกัดในด้านร่างกาย จิตใจ และสติปัญญา ก็ย่อมมีอุปสรรคในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมในการที่จะได้รับการคุ้มครองตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในความเป็นจริง และถ้าหากพิจารณาความพิการทั้งหมด ผู้พิการทางสติปัญญาก็เป็นกลุ่มบุคคลที่มีความเปราะบาง (vulnerable group) เป็นอย่างมากเนื่องจากมีข้อจำกัดในการรับรู้และทำความเข้าใจสิ่งต่าง ๆ มากกว่าบุคคลทั่วไป ดังนั้น ถ้าหากผู้ที่มีความบกพร่องทางสติปัญญาเหล่านี้ตกอยู่ในฐานะผู้เสียหาย พยาน ผู้ต้องหาหรือจำเลย ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาซึ่งมีดำเนินการตามกฎหมายที่ย่อมมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพโดยตรง จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องได้รับการคุ้มครองสิทธิในการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา³⁰

ทั้งนี้ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ ค.ศ.2006 (Convention on the Rights of Persons with Disabilities, CRPD) ซึ่งประเทศไทยได้ลงนามและให้สัตยาบันเมื่อวันที่ 29 กรกฎาคม พ.ศ. 2551 และมีผลใช้บังคับในประเทศเมื่อวันที่ 28 สิงหาคมปีเดียวกัน โดยอนุสัญญานี้เป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่มุ่งยืนยันสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานของผู้พิการตามที่มีอยู่แล้วในตราสารระหว่างประเทศและอนุสัญญานับต่าง ๆ และกำหนดให้รัฐภาคีของอนุสัญญานี้ต้องยอมรับในศักดิ์ศรีและคุณค่าความเป็นมนุษย์ที่มีมาตั้งแต่กำเนิดถึงแม้ว่าบุคคลนั้นจะมีความบกพร่องทางร่างกายและสติปัญญาก็ตาม โดยรัฐภาคีจะต้องปฏิบัติตามหลักความเสมอภาคและหลักการไม่เลือกปฏิบัติ ทั้งนี้อนุสัญญาดังกล่าวได้บัญญัติยืนยันหลักการคุ้มครองสิทธิของผู้พิการในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม ในข้อ 12 และ ข้อ 13 วรรคหนึ่ง โดยกำหนดให้รัฐซึ่งเป็นภาคีอนุสัญญานี้มีหน้าที่ต้องยอมรับว่าผู้พิการจะได้รับการคุ้มครองเสมอกันในทางกฎหมาย รัฐจะต้องมีมาตรการให้ผู้พิการสามารถเข้าถึงความยุติธรรมและจะต้องรับให้หลักประกันสิทธิเช่นว่านั้นให้เท่าเทียมกับบุคคลอื่นตลอดจนให้ความช่วยเหลือในเรื่องกระบวนการพิจารณาทางกฎหมายแก่ผู้พิการว่า

ข้อ 15

1. บุคคลจะต้องรับผิดชอบทางอาญา เพราะกระทำหรืองดเว้นกระทำการใด ถ้าไม่ถึงกับเป็นความผิดทางอาญาดำเนินการตามกฎหมายภายในหรือกฎหมายระหว่างประเทศ ในขณะที่ กระทำกระนั้น โทษที่จะลงก็ไม่อาจหนักกว่าโทษที่มีอยู่ในขณะทำการอันเป็นความผิด หากภายหลังการกระทำความผิดนั้น ได้มีบทบัญญัติกฎหมายกำหนดโทษน้อยลง ผู้กระทำย่อมได้รับประโยชน์จากการนั้น

2. ความข้อนี้ไม่กระทบต่อการพิจารณาคดีและการลงโทษบุคคล ซึ่งได้กระทำหรืองดเว้นกระทำการอันเป็นความผิดอาญาดำเนินการตามกฎหมายทั่วไป อันรับรองกันในประชาคมนานาชาติในขณะที่มีการกระทำนั้น

ข้อ 16

บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการยอมรับนับถือว่าเป็นบุคคลตามกฎหมายในทุกสถานที่

²⁹ อานนท์ ศรีบุญโรจน์ และหทัยกาญจน์ กำเหนิดเพชร, “สิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของผู้พิการทางสติปัญญา,” *วารสารวิทยาลัยราชสุดา* 10, ฉบับที่ 13 (มกราคม 2557): 109.

³⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 109-110.

“ข้อ 12 การยอมรับอย่างเท่าเทียมกันเบื้องหน้ากฎหมาย

1. รัฐภาคียืนยันว่าคนพิการมีสิทธิที่จะได้รับการยอมรับว่าเป็นบุคคลเบื้องหน้ากฎหมายในทุกแห่งหน
2. ให้รัฐภาคียอมรับว่าคนพิการอุปโภคความสามารถทางกฎหมายในทุกด้านของการดำเนินชีวิตบนพื้นฐานที่เท่าเทียมกับบุคคลอื่น
3. ให้รัฐภาคีดำเนินการที่เหมาะสมในการจัดให้คนพิการเข้าถึงการสนับสนุนที่ตนต้องการในการใช้ความสามารถทางกฎหมาย ...”³¹

“ข้อ 13 การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม

1. ให้รัฐภาคีต้องประกันการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมอย่างมีประสิทธิภาพสำหรับคนพิการบนพื้นฐานที่เท่าเทียมกับบุคคลอื่น ซึ่งรวมถึงการให้ความช่วยเหลือในเรื่องกระบวนการพิจารณาและความช่วยเหลือที่เหมาะสมตามวัยเพื่ออำนวยความสะดวกในการแสดงบทบาทของคนพิการในฐานะผู้มีส่วนร่วมโดยตรงหรือทางอ้อม รวมทั้งในฐานะพยานในกระบวนการพิจารณาทางกฎหมายทั้งปวง รวมทั้งในขั้นตอนการสอบสวนและกระบวนการเบื้องต้นอื่น ๆ
2. เพื่อประกันการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมอย่างมีประสิทธิภาพสำหรับคนพิการ ให้รัฐภาคีส่งเสริมการฝึกอบรมที่เหมาะสมสำหรับผู้ทำงานในด้านกระบวนการยุติธรรม รวมถึงเจ้าหน้าที่ตำรวจและเจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์”³²

ในส่วนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 27³³ ก็ได้บัญญัติหลักการการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของคนพิการเช่นเดียวกับที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ โดยบัญญัติว่า บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน อีกทั้งรับรองให้มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้คนพิการสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่บุคคลพิการนั้น ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมอีกด้วย

³¹ สำนักงานส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการแห่งชาติ กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์, อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) (กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัดโอเดียนสแควร์, 2552), หน้า 49

³² เรื่องเดียวกัน, หน้า 53

³³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 27 บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ หรือผู้ด้อยโอกาส ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์กรของรัฐย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดไว้ในกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรม

4.2 คำนิยามและลักษณะของผู้พิการทางสติปัญญา

การให้บทนิยามหรือลักษณะของผู้พิการทางสติปัญญาย่อมมีความสำคัญในการกำหนดนโยบายเพื่อกำหนดบทบาทหน้าที่ทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิของผู้พิการประเภทนี้ อย่างไรก็ตาม คำว่า “ความพิการทางสติปัญญา” ได้มีหลายหน่วยงานทั่วโลกให้คำนิยามไว้แตกต่างกันออกไป

ทั้งนี้ สมาคมภาวะบกพร่องทางสติปัญญาและพัฒนาการอเมริกัน (The American Association on Intellectual and Developmental Disabilities) ซึ่งเป็นองค์กรที่มีบทบาทในการศึกษาวิจัยและการพัฒนาผู้ที่มีภาวะบกพร่องทางสติปัญญาและพัฒนาการของสหรัฐอเมริกาซึ่งมีชื่อเสียงในระดับนานาชาติได้กำหนดบทนิยามของความพิการทางสติปัญญาว่า “ความพิการทางสติปัญญาเป็นความพิการที่มีข้อจำกัดอันเป็นสาระสำคัญทั้งในการทำงานทางสติปัญญาและการปรับตัวซึ่งครอบคลุมทักษะทางสังคมและทักษะส่วนบุคคลในชีวิตประจำวันมากมาย โดยความพิการนี้ได้แสดงก่อนอายุ 18 ปี”³⁴

อีกทั้งสมาคมจิตแพทย์อเมริกัน (The American Psychiatric Association) ซึ่งเป็นองค์กรที่มีบทบาทในการศึกษาพัฒนาเกณฑ์การวินิจฉัยและการรักษาโรคทางจิตเวชซึ่งได้รับการยอมรับในระดับสากลโดยในคู่มือการวินิจฉัยและสถิติของความผิดปกติทางจิต (the *diagnostic and statistical manual of mental disorders*, DSM-5) ที่สมาคมดังกล่าวจัดทำขึ้น ได้ให้ความหมายของภาวะบกพร่องทางสติปัญญาว่า หมายถึง

“ภาวะบกพร่องทางสติปัญญา หมายถึง ภาวะที่มี (1) ความสามารถทางปัญญาหรือเชาวน์ปัญญาบกพร่อง เช่น มีปัญหาในการใช้เหตุผล การแก้ปัญหา การวางแผน การคิดเชิงนามธรรม การตัดสินใจ การเรียนรู้ทางวิชาการ และการเรียนรู้จากประสบการณ์ ซึ่งยืนยันโดยการประเมินอาการทางคลินิก และการทดสอบเชาวน์ปัญญา

(2) ทักษะการปรับตัวบกพร่อง ไม่สามารถทำได้ตามเกณฑ์อายุ และตามเกณฑ์มาตรฐานของสังคมและวัฒนธรรม ส่งผลให้เกิดปัญหาและมีข้อจำกัดในการดำรงชีวิตประจำวันในด้านใดด้านหนึ่งหรือหลายด้านร่วมกัน เช่น การสื่อสาร การเข้าสังคมและการใช้ชีวิตอิสระ ปัญหาการปรับตัวเกิดขึ้นทั้งที่บ้าน โรงเรียน ที่ทำงาน และชุมชน

(3) ความบกพร่องในข้อ 1 และข้อ 2 เกิดขึ้นในระยะพัฒนาการตั้งแต่ช่วงวัยเด็กหรือวัยรุ่น”³⁵

ในขณะที่พระราชบัญญัติคนพิการทางสติปัญญา (การสงเคราะห์แบบบังคับและการฟื้นฟูสมรรถภาพ) ค.ศ.2003 (Intellectual Disability (Compulsory Care and Rehabilitation) Act 2003) ของประเทศนิวซีแลนด์³⁶ ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ศาลมีแนวทางในการดูแลและฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา ซึ่งเป็นบุคคลที่มีความบกพร่องทางสติปัญญา โดยบทบัญญัติในมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติ

³⁴ Intellectual disability is a disability characterized by significant limitations in both intellectual functioning and in adaptive behavior, which covers many everyday social and practical skills. This disability originates before the age of 18.

³⁵ American Psychiatric Association, *Diagnostic and statistical manual of mental disorders fifth edition DSM-5™* [ออนไลน์], 7 สิงหาคม 2563. แหล่งที่มา <https://cdn.website-editor.net/30f11123991548a0af708722d458e476/files/uploaded/DSM%2520V.pdf>

³⁶ New Zealand legislation, *Intellectual Disability (Compulsory Care and Rehabilitation) Act 2003* [ออนไลน์], 8 สิงหาคม 2563. แหล่งที่มา <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2003/0116/latest/DLM224578.html>

ดังกล่าว ได้ให้ความหมายของความพิการทางสติปัญญา โดยมีการจำแนกบุคคลที่มีความบกพร่องทางสติปัญญา ให้แยกออกจากบุคคลที่มีความผิดปกติในอื่น ๆ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 8 ดังนี้

“มาตรา 7 ความหมายของผู้มีภาวะบกพร่องทางสติปัญญา

- (1) ผู้มีภาวะบกพร่องทางสติปัญญา จะต้องมีความบกพร่องอย่างถาวร ดังนี้
 - (a) ระดับเชาวน์ปัญญาต่ำกว่าเกณฑ์เฉลี่ยอย่างมีนัยยะสำคัญ และ
 - (b) เสียสมดุลในการทำงานและมีปัญหาการปรับตัวซึ่งสามารถวัดได้จากแบบทดสอบโดยทั่วไปที่แพทย์ใช้อย่างน้อย 2 ทักษะตามที่ระบุไว้ในหัวข้อย่อย (4) และ
 - (c) อาการนั้นปรากฏชัดเจนในช่วงพัฒนาการของบุคคล
- (2) สามารถประเมินได้จากแบบทดสอบมาตรฐานทางจิตวิทยาที่แพทย์ใช้โดยทั่วไป
- (3) เพื่อประโยชน์ในการบังคับตาม (1)(A) การประเมินระดับสติปัญญาโดยทั่วไปนั้น จะเป็นสิ่งบ่งชี้ระดับความสามารถทางสติปัญญาที่ต่ำกว่าเกณฑ์เฉลี่ยอย่างมีนัยยะสำคัญ ถ้าหากผลการประเมินเป็นดังนี้
 - (a) มีระดับเชาวน์ปัญญาอยู่ในระดับ 70 หรือต่ำกว่า 70 ลงมา
 - (b) เครื่องมือที่ใช้วัดมีระดับความเชื่อมั่นไม่น้อยกว่าร้อยละ 95
- (4) ทักษะตามที่บัญญัติใน (1)(B) ได้แก่
 - (a) การสื่อความหมาย
 - (b) การดูแลตนเอง
 - (c) การใช้ชีวิตภายในบ้าน
 - (d) การมีปฏิสัมพันธ์กับผู้อื่นในสังคม
 - (e) การรู้จักใช้ประโยชน์จากทรัพยากรในชุมชน
 - (f) การควบคุมตนเอง
 - (g) การมีสุขอนามัยและความปลอดภัย
 - (h) การอ่าน การเขียน และการคิดคำนวณ
 - (i) การใช้เวลาว่างและการทำงาน
- (5) เพื่อประโยชน์ในการบังคับตาม (1)(C) ช่วงพัฒนาการของบุคคลโดยทั่วไปสิ้นสุดลงเมื่อเข้าสู่อายุ 18 ปี
- (6) ส่วนนี้อยู่ภายใต้มาตรา 8

มาตรา 8 บุคคลที่ไม่ถือว่าเป็นภาวะความบกพร่องทางสติปัญญา

- (1) บุคคลที่ไม่ได้มีภาวะบกพร่องทางสติปัญญาเพียงเพราะผู้นั้น
 - (a) มีความผิดปกติทางจิต หรือ
 - (b) มีความผิดปกติทางบุคลิกภาพ หรือ
 - (c) ได้รับบาดเจ็บที่สมอง หรือ
 - (d) ไม่รู้สึกอายหรือสำนึกผิดเกี่ยวกับภยันตรายที่บุคคลนั้นกระทำต่อผู้อื่น

(2) เพื่อหลีกเลี่ยงข้อสงสัย หาก

(a) บุคคลใดไม่มีภาวะบกพร่องทางสติปัญญา บทบัญญัติของพระราชบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับการสงเคราะห์แบบบังคับจะไม่นำไปใช้บังคับกับบุคคลนั้นได้ ไม่ว่าบุคคลนั้นจะมีความพิการอย่างอื่นหรือไม่ก็ตาม

(b) บุคคลใดมีภาวะบกพร่องทางสติปัญญา บทบัญญัติเหล่านั้นไม่ได้ห้ามในการไปบังคับใช้กับบุคคลที่ปกติเพียงเพราะบุคคลนั้นมีลักษณะอย่างน้อย 1 ประการตามที่บัญญัติไว้ใน (1) (a)-(d)”

นอกจากนี้ยังมีตัวอย่างกฎหมายที่ให้นิยามคำว่าผู้มีภาวะบกพร่องทางสติปัญญา เช่น พระราชบัญญัติคนพิการ ค.ศ. 2006 (Disability Act 2006) ของรัฐวิกตอเรีย (Victoria) เครือรัฐออสเตรเลีย ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อให้รัฐจัดทำบริการสาธารณะและสวัสดิการสังคมให้แก่ผู้พิการโดยมาตรา 3 (1) ของพระราชบัญญัติดังกล่าว ได้บัญญัตินิยามคำว่า ความพิการทางสติปัญญา (intellectual disability) ดังนี้

“ความพิการทางสติปัญญา หมายถึง บุคคลที่มีอายุตั้งแต่ 5 ปีขึ้นไป โดยผู้นั้นมีระดับเชาวน์ปัญญาโดยทั่วไปต่ำกว่าเกณฑ์เฉลี่ยและมีพฤติกรรมการปรับตัวบกพร่องอย่างมีนัยยะสำคัญ โดยแต่ละอาการดังกล่าวจะต้องปรากฏขึ้นก่อนอายุ 18 ปี”³⁷

ในประเทศไทย ปัจจุบันได้มีประกาศกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ เรื่อง ประเภทและหลักเกณฑ์ความพิการ ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550 กำหนดให้ความพิการมีทั้งหมด 7 ประเภท³⁸ โดยความพิการทางสติปัญญาเป็นประเภทหนึ่งของความพิการตามประกาศดังกล่าว ทั้งนี้ ในข้อ 8 ตามประกาศดังกล่าวได้ปรากฏหลักเกณฑ์ในการกำหนดความพิการทางสติปัญญา ได้แก่ “การที่บุคคลมีข้อจำกัดในการปฏิบัติกิจกรรมในชีวิตประจำวันหรือการเข้ามีส่วนร่วมในกิจกรรมทางสังคม ซึ่งเป็นผลมาจากการมีพัฒนาการช้ากว่าปกติ หรือมีระดับเชาวน์ปัญญาดำกว่าบุคคลทั่วไป โดยความผิดปกตินั้นแสดงก่อนอายุ 18 ปี”

ทั้งนี้ จากการศึกษาการให้นิยามคำว่า “ผู้มีภาวะบกพร่องทางสติปัญญา” จะเห็นได้ว่าความพิการในลักษณะดังกล่าวไม่ได้ปรากฏให้เห็นเด่นชัดเหมือนความพิการทางร่างกาย หากแต่ความบกพร่องทางสติปัญญานั้นจะต้องมีการตรวจวินิจฉัยจากบุคลากรทางการแพทย์ โดยใช้เครื่องมือและแบบทดสอบทางจิตวิทยาในการประเมินระดับเชาวน์ปัญญา (intelligence Quotient) โดยผู้มีความบกพร่องทางสติปัญญาจะต้องมีระดับเชาวน์ปัญญา

³⁷ Victorian legislation, **Disability Act 2006** [ออนไลน์], 16 สิงหาคม 2563. แหล่งที่มา <https://www.legislation.vic.gov.au/in-force/acts/disability-act-2006/041>

³⁸ ประกาศกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ เรื่อง ประเภทและหลักเกณฑ์ความพิการ ข้อ 3 ให้อำนาจประเภทความพิการ ดังนี้

- (1) ความพิการทางการเห็น
- (2) ความพิการทางการได้ยินหรือสื่อความหมาย
- (3) ความพิการทางการเคลื่อนไหวหรือทางร่างกาย
- (4) ความพิการทางจิตหรือพฤติกรรม
- (5) ความพิการทางสติปัญญา
- (6) ความพิการทางการเรียนรู้
- (7) ความพิการทางออทิซึม

อยู่ในระดับไม่เกิน 70 ประกอบกับมีปัญหาพฤติกรรมการปรับตัวที่บกพร่อง กล่าวคือ มีข้อจำกัดในการปฏิบัติกิจกรรมในชีวิตประจำวันหรือการเข้าไปมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางสังคมตามเกณฑ์อายุและตามเกณฑ์มาตรฐานทางสังคมวัฒนธรรมซึ่งเป็นผลมาจากความบกพร่องทางสติปัญญา ทั้งนี้ ผู้ที่มีภาวะความบกพร่องทางสติปัญญา โดยจะต้องมีปัญหาเกี่ยวกับพฤติกรรมการปรับตัวอย่างน้อย 2 ทักษะ ซึ่งสามารถวัดได้จากแบบทดสอบโดยทั่วไปที่แพทย์ใช้อย่างไรก็ตาม อาการบ่งชี้ที่สำคัญดังกล่าวจะต้องปรากฏก่อนอายุ 18 ปี ดังนั้น ถ้าหากอาการดังกล่าวปรากฏในภายหลังอายุ 18 ปี ก็จะไม่ถือว่าบุคคลนั้นเป็นผู้มีภาวะบกพร่องทางสติปัญญา หากแต่จัดอยู่ในความพิการประเภทอื่น เช่น ความพิการทางการเรียนรู้ (learning disability) ความพิการที่เกิดจากโรคสมองเสื่อม (dementia) ความพิการที่เกิดจากการได้รับการกระทบกระเทือนต่อสมอง (brain injury) เป็นต้น³⁹

4.3 การคุ้มครองสิทธิของผู้มีความบกพร่องทางสติปัญญาซึ่งเป็นผู้เสียหายหรือพยานในชั้นการสอบปากคำในคดีอาญาในต่างประเทศและแนวทางปฏิบัติของประเทศไทย

ในขั้นตอนการสอบปากคำผู้เสียหายหรือพยานในชั้นสอบสวนของเจ้าพนักงานตำรวจนั้น เป็นขั้นตอนที่มีความสำคัญในการแสวงหาข้อเท็จจริงต่าง ๆ เกี่ยวกับคดีเพื่อที่จะทราบข้อเท็จจริงหรือเพื่อพิสูจน์ความผิดและเพื่อจะนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษ โดยการแสวงหาข้อเท็จจริงในขั้นตอนนี้ เจ้าพนักงานสอบสวนจะแสวงหาจากผู้เสียหายหรือพยานซึ่งเป็นพยานบุคคล อย่างไรก็ตาม เมื่อผู้เสียหายหรือพยานดังกล่าวมีภาวะบกพร่องทางสติปัญญา ซึ่งมีความสามารถในการเข้าใจความคิดเชิงนามธรรมและการสื่อความหมายในระดับที่ต่ำกว่าปกติด้วยเหตุนี้ เจ้าพนักงานสอบสวนจึงควรต้องมีการดำเนินการสอบปากคำที่มีลักษณะพิเศษที่แตกต่างจากการสอบปากคำบุคคลโดยทั่วไป เช่น การใช้ภาษาและรูปแบบประโยคที่เหมาะสม การอธิบายถ้อยคำต่าง ๆ ที่ใช้ในการสอบปากคำให้ชัดเจนเพียงพอ การมีจิตแพทย์ นักจิตวิทยาคลินิกและชุมชนหรือนักสังคมสงเคราะห์ที่มีความเชี่ยวชาญด้านความบกพร่องทางสติปัญญา เข้ามาร่วมในการสอบปากคำด้วย เป็นต้น⁴⁰

อย่างไรก็ตาม ในบางครั้ง ความบกพร่องทางสติปัญญาในบางระดับอาจไม่ได้ปรากฏให้เจ้าพนักงานสอบสวนเห็นอย่างเด่นชัดว่าบุคคลนั้นจะเป็นผู้พิการทางสติปัญญาหรือไม่ ซึ่งถ้าหากบุคคลดังกล่าวเป็นผู้ที่มีภาวะบกพร่อง ข้อมูลที่ได้จากการสอบปากคำผู้ที่มีความบกพร่องทางสติปัญญาก็อาจจะต้องได้รับการแปลผลหรือการวินิจฉัยจากบุคคลที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะ เพื่อให้ทราบถึงความหมายที่แท้จริงของการให้ปากคำ ซึ่งจะต้องพิจารณาถึงระดับพื้นฐานการรับรู้ของบุคคลนั้นและพฤติกรรมที่เกิดขึ้นในการสอบปากคำว่าจะมีผลกระทบต่อสภาพจิตใจของผู้พิการทางสติปัญญาจนส่งผลกระทบต่อการสอบปากคำหรือไม่ อีกทั้ง ในบางครั้งผู้มีความบกพร่องทางสติปัญญาก็อาจจะไม่เข้าใจในสิ่งที่เจ้าพนักงานสอบสวนได้สื่อสารออกมาและไม่อาจจะใช้สิทธินั้นได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สิทธิตามกฎหมายของผู้เสียหายหรือพยานตามที่เจ้าพนักงานสอบสวนได้แจ้งให้ทราบ⁴¹

³⁹ Villamanta Disability Rights Legal Service Inc., *People who have an Intellectual Disability Criminal Justice System* [ออนไลน์], 11 สิงหาคม 2563. แหล่งที่มา <http://www.villamanta.org.au/documents/People%20with%20ID%20in%20Criminal%20Justice%20System.pdf>

⁴⁰ อานนท์ ศรีบุญโรจน์ และหทัยกาญจน์ กำเหนิดเพชร, สิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของผู้พิการทางสติปัญญา, 116-117.

⁴¹ Villamanta Disability Rights Legal Service Inc., *People who have an Intellectual Disability Criminal Justice System*, P.19

4.3.1 การคุ้มครองสิทธิของผู้มีความบกพร่องทางสติปัญญาซึ่งเป็นผู้เสียหายหรือพยานในชั้นการสอบปากคำในคดีอาญาในต่างประเทศ

จากที่กล่าวในข้างต้น ในกระบวนการสอบปากคำของเจ้าพนักงานสอบสวนจึงควรมีบุคลากรหรือหน่วยงานที่มีความเชี่ยวชาญเข้ามาช่วยเหลือและตรวจสอบ ดังปรากฏในตัวอย่างแนวทางการดำเนินการของรัฐวิกตอเรีย เครือรัฐออสเตรเลีย โดยเจ้าพนักงานสอบสวนของรัฐดังกล่าวได้จัดทำคู่มือในกรณีที่เจ้าพนักงานสอบสวนจะต้องสอบปากคำบุคคลที่มีความบกพร่องทางสติปัญญา กล่าวคือ เจ้าพนักงานสอบสวนในรัฐวิกตอเรียได้ร่วมมือกับสำนักงานคุ้มครองผลประโยชน์สาธารณะ (the Office of the Public Advocate) คณะกรรมการส่งเสริมการสร้างความเท่าเทียมกันทางโอกาสและสิทธิมนุษยชนแห่งรัฐวิกตอเรีย (the Victorian Equal Opportunity and Human Rights Commission) และกรมบริการของรัฐ (Department of Human Services) โดยจัดทำ “คู่มือการตรวจสอบเบื้องต้น” (checklist) เพื่อระบุภาวะความบกพร่องทางสติปัญญาของผู้เข้ารับการสอบปากคำ โดยในเอกสารดังกล่าวจะมีเนื้อหาเกี่ยวกับ ขั้นตอนการดำเนินการโดยสรุปในการสอบสวน รายละเอียดเบื้องต้นเพื่อใช้ในการคัดกรอง วิธีการสื่อสารกับผู้ที่มีความบกพร่องทางสติปัญญาให้มีประสิทธิภาพ ตลอดจนคำแนะนำเกี่ยวกับการติดต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อช่วยเหลือในการสอบปากคำผู้พิการทางสติปัญญา⁴²

ทั้งนี้ ในเครือรัฐออสเตรเลีย และสหราชอาณาจักร ก็มีการนำกลไกการให้ความช่วยเหลือโดยบุคคลภายนอกที่มีความใกล้ชิดกับผู้ที่มีความบกพร่องหรือ เป็นผู้ที่มีความเชี่ยวชาญด้านความบกพร่องทางสติปัญญา เช่น จิตแพทย์ นักจิตวิทยา ซึ่งมีความเป็นอิสระ ไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับคดีให้ความช่วยเหลือเจ้าพนักงานสอบสวนในการสอบปากคำ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการสื่อสารกับผู้ที่มีความบกพร่องดังกล่าวให้เข้าใจในสิทธิตามกฎหมายตามที่เจ้าพนักงานสอบสวนได้แจ้งให้ทราบ การทำความเข้าใจคำถามของเจ้าพนักงานสอบสวน การแปลความหมาย การสอบทานความถูกต้องของถ้อยคำตามผู้ที่มีความบกพร่องทางสติปัญญาได้ให้ปากคำ ตลอดจนการดูแลและปรับสภาพจิตใจของผู้ที่ถูกสอบปากคำดังกล่าวไม่ให้เกิดความตึงเครียดหรือได้รับความกระทบกระเทือนจิตใจในระหว่างการสอบปากคำ⁴³

4.3.2 การคุ้มครองสิทธิของผู้มีความบกพร่องทางสติปัญญาซึ่งเป็นผู้เสียหายหรือพยานในชั้นการสอบปากคำในคดีอาญาในประเทศไทย

สำหรับประเทศไทย ถึงแม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 68 ได้บัญญัติแนวนโยบายแห่งรัฐในกระบวนการยุติธรรม โดยกำหนดให้รัฐพึงจัดระบบการบริหารงานในกระบวนการยุติธรรมทุกด้านให้มีประสิทธิภาพ เป็นธรรม และไม่เลือกปฏิบัติ และให้ประชาชนเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยสะดวกรวดเร็ว และไม่เสียค่าใช้จ่ายสูงเกินสมควร⁴⁴ อีกทั้งกำหนดแนวนโยบายของรัฐที่พึงต้องให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายที่จำเป็นและเหมาะสมแก่ผู้ยากไร้หรือผู้ด้อยโอกาสในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม รวมตลอดถึงการจัดหาทนายความให้⁴⁵

⁴² เรื่องเดียวกัน, หน้า 20

⁴³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 20

⁴⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 68 วรรคหนึ่ง

⁴⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 68 วรรคสาม

อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริง ผู้ที่มีความบกพร่องทางสติปัญญาย่อมมีความยากลำบากในการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม อันเนื่องมาจากปัจจัยความบกพร่องส่วนตัวที่อาจจะไม่เข้าใจข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ข้อจำกัดเกี่ยวกับความสามารถในการสื่อสารอันเนื่องมาจากปัญหาพัฒนาการทางสติปัญญา เช่น การไม่เข้าใจคำถาม สภาพอารมณ์ที่ตึงเครียดในการสอบปากคำ ซึ่งอาจส่งผลต่อคำตอบที่อาจจะไม่ตรงความเป็นจริง หรือ การถามคำถามหรือการให้ปากคำซ้ำ ๆ หลายครั้ง ก็อาจจะทำให้คำตอบมีความคลาดเคลื่อน ไม่ตรงกันได้ รวมทั้งการขาดความเข้าใจของเจ้าพนักงานสอบสวนในการปฏิบัติต่อผู้ที่มีความบกพร่องทางสติปัญญา⁴⁶ ปัญหาและข้อจำกัดดังกล่าวจึงอาจเป็นอุปสรรคในการที่ผู้ที่มีความบกพร่องทางสติปัญญาจะได้รับการคุ้มครองสิทธิในกระบวนการยุติธรรมในชั้นการสอบปากคำ ตลอดจนกระบวนการทางกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องได้

อีกทั้ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ได้มีบทบัญญัติกำหนดวิธีการสอบสวนในชั้นการสอบปากคำไว้เป็นการเฉพาะสำหรับผู้เสียหายหรือพยานที่เป็นผู้บกพร่องทางสติปัญญาเหมือนดังเช่น การสอบปากคำผู้เสียหายที่เป็นเด็กอายุยังไม่เกินสิบแปดปีในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศและคดีต่าง ๆ ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ตามมาตรา 133 ทวิ จึงทำให้การสอบปากคำบุคคลดังกล่าวในชั้นสอบสวนสามารถดำเนินการได้โดยไม่ต้องมีสหวิชาชีพ บุคคลที่ผู้เสียหายหรือพยานต้องการให้อยู่ด้วย และอัยการเข้าร่วมด้วยในการสอบปากคำแต่อย่างใด อีกทั้งกฎหมายก็ได้กำหนดให้ต้องมีแพทย์ด้านจิตเวชศาสตร์ นักจิตวิทยาคลินิกและชุมชนเข้าร่วมฟังในการสอบปากคำแต่อย่างใด ดังนั้น การให้ปากคำซึ่งเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาในชั้นสอบสวนดังกล่าวก็จะอยู่ภายใต้ขั้นตอนการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานซึ่งเป็นดุลพินิจของศาลเพื่อจะได้พิเคราะห์ว่าพยานหลักฐานดังกล่าวนั้นจะมีความน่าเชื่อถือและรับฟังได้มากน้อยเพียงใด ดังปรากฏตัวอย่างในการวินิจฉัยคดีตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5922/2562 ประกอบกับการที่ไม่มีมาตรการทางกฎหมายเพื่อให้มีบุคลากรช่วยเหลือในการทำงานของเจ้าพนักงานสอบสวนในการสอบปากคำผู้เสียหายหรือพยานที่เป็นผู้ที่มีภาวะบกพร่องทางสติปัญญาที่อาจจะเป็เหตุให้การสอบสวนเป็นไปโดยไม่มีประสิทธิภาพ ไม่อาจสื่อสารกับผู้เสียหายหรือพยานดังกล่าวได้โดยถูกต้อง จึงเป็นอุปสรรคที่เจ้าพนักงานสอบสวนจะสามารถสอบถามโดยละเอียด ตลอดจนเจ้าพนักงานสอบสวนอาจไม่ได้อธิบายถ้อยคำที่ใช้ในการสอบปากคำ จึงอาจส่งผลให้ผู้เสียหายหรือพยานเข้าใจความหมายผิดไปแล้วให้ปากคำแก่เจ้าพนักงานสอบสวนโดยคลาดเคลื่อนไปจากความจริง หรืออาจไม่ได้ให้ปากคำในส่วนนั้นในชั้นสอบสวน อันเนื่องมาจากผู้เสียหายหรือพยานไม่เข้าใจคำถามของเจ้าพนักงานก็ได้ ด้วยเหตุนี้ จึงอาจส่งผลให้บันทึกการสอบปากคำของผู้เสียหายหรือพยานในชั้นสอบสวนนั้น เป็นบันทึกการสอบปากคำที่บกพร่องในท้ายที่สุด ประกอบกับ ถ้าหากผู้เสียหายหรือพยานนั้นเบิกความในชั้นศาลไม่ตรงตามที่เคยให้ไว้ในชั้นสอบปากคำในเวลาต่อมา ด้วยเหตุที่ผู้เสียหายหรือพยานเข้าใจความหมายผิดในชั้นสอบสวน อีกทั้งพนักงานอัยการ หรือทนายโจทก์อาจไม่ได้ถามค้าน หรือถามถึงการเบิกความของผู้เสียหายหรือพยานนั้น ก็ย่อมเป็นเหตุให้คำเบิกความของผู้เสียหายหรือพยานในชั้นสอบสวนไม่น่าเชื่อถือ และเป็นเหตุให้ศาลไม่อาจรับฟังพยานหลักฐานนั้นได้ ซึ่งก็ล้วนเป็นข้อบกพร่องที่อาจเกิดขึ้นสืบเนื่องจากปัญหาการสอบปากคำผู้เสียหายหรือพยานที่มีภาวะบกพร่องทางสติปัญญา โดยที่ไม่มีมาตรการทางกฎหมายบัญญัติให้การคุ้มครองสิทธิของบุคคลดังกล่าวในส่วนนี้มาตั้งแต่แรก

⁴⁶ อานนท์ ศรีบุญโรจน์ และหทัยกาญจน์ กำเหนิดเพชร, สิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของผู้พิการทางสติปัญญา, หน้า 120

ถึงแม้ว่า ในปัจจุบันสำนักงานตำรวจแห่งชาติได้เล็งเห็นความสำคัญของปัญหาดังกล่าวจึงได้มีหนังสือสั่งการตามหนังสือกองคดีอาญา (ตร.) ที่ 0031.23/3778 ลงวันที่ 15 มิถุนายน 2552 เรื่อง คำแนะนำการสอบปากคำบุคคลที่เป็นเด็กหรือเยาวชนหรือผู้มีความบกพร่องทางสติปัญญา โดยหนังสือสั่งการฉบับดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อกำกับให้เจ้าพนักงานสอบสวนจะต้องอธิบายถ้อยคำต่าง ๆ ในคำถามของตนให้ชัดเจนเพียงพอให้ผู้เสียหาย ผู้ต้องหา หรือพยานที่เป็นผู้เยาว์ หรือเป็นผู้ที่มีความบกพร่องทางสติปัญญาจะสามารถเข้าใจคำถามได้ถูกต้อง รวมถึงกำชับให้เจ้าพนักงานสอบสวนพียงนำพยานไปพบกับพนักงานอัยการเพื่อซักซ้อมความเข้าใจในคดีตามที่ได้สอบปากคำในชั้นสอบสวน ก่อนที่จะนำพยานไปสืบพยานในชั้นศาลเพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่รูปคดีและความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับกระบวนการยุติธรรมโดยรวมนั้น

อย่างไรก็ตาม หนังสือสั่งการดังกล่าวก็เป็นเพียงคำแนะนำเบื้องต้นภายในหน่วยงานแก่เจ้าพนักงานสอบสวนในการสอบปากคำและการเตรียมพยานก่อนนำไปเบิกความในศาลเท่านั้น มิได้มีลักษณะเป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิของผู้ที่มีความบกพร่องทางสติปัญญาให้ได้รับความคุ้มครองในชั้นสอบสวน ในส่วนของการได้รับความช่วยเหลือจากบุคลากรที่มีความเชี่ยวชาญด้านความบกพร่องทางสติปัญญาในการช่วยสื่อสารระหว่างผู้เสียหายหรือพยานกับเจ้าพนักงานสอบสวน การสอบทวนความถูกต้องของคำให้การว่าตรงตามที่ผู้เสียหายหรือพยานต้องการที่จะสื่อสารหรือไม่ ตลอดจนการดูแลสภาพจิตใจของผู้ที่มีความบกพร่องทางสติปัญญาในระหว่างการสอบปากคำแต่อย่างใด

ในประการต่อมา เมื่อพิจารณาบทบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 14⁴⁷ ที่กำหนดให้ “พนักงานแพทย์” มีหน้าที่ในการตรวจวินิจฉัยผู้ต้องหาหรือจำเลย ถ้ามีเหตุควรเชื่อว่าบุคคลดังกล่าวเป็น “ผู้วิกลจริต” และไม่สามารถต่อสู้คดีได้ ในระหว่างทำการสอบสวน ได้สวนมูลฟ้องหรือพิจารณาตามคำสั่งของพนักงานสอบสวนหรือศาลแล้วแต่กรณี ซึ่งถ้าหากผลตรวจวินิจฉัยพบว่าบุคคลนั้นเป็นผู้วิกลจริตและไม่สามารถต่อสู้คดีได้ ก็ให้งดการสอบสวน ได้สวนมูลฟ้องหรือพิจารณาไว้จนกว่าผู้นั้นหายวิกลจริตหรือสามารถจะต่อสู้คดีได้ และให้มีอำนาจส่งตัวผู้นั้นไปยังโรงพยาบาลจิตเวชหรือมอบให้แก่ผู้อนุบาล ผู้ว่าราชการจังหวัด หรือผู้อื่นที่เต็มใจรับไปดูแลรักษาก็ได้ตามแต่จะเห็นสมควรจนกว่าผู้นั้นจะมีอาการเป็นปกติ นั้น บทบัญญัติดังกล่าวมีประเด็นปัญหาที่ต้องวินิจฉัยว่าคำว่า “ผู้วิกลจริต” นั้น มีความหมายเพียงใด และครอบคลุมถึงผู้ที่มีภาวะบกพร่องทางสติปัญญาหรือไม่ เนื่องจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ได้ให้นิยามความหมายของคำว่า “ผู้วิกลจริต” เอาไว้ และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 65⁴⁸ ก็ไม่ได้ใช้คำว่า “วิกลจริต” หากแต่ใช้คำว่า “จิตบกพร่อง” “โรคจิต” “จิตฟั่นเฟือน” ซึ่งก็ไม่ได้มีการนิยามความหมายเอาไว้อย่างชัดเจนเช่นกัน

⁴⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 14 “ในระหว่างทำการสอบสวน ได้สวนมูลฟ้องหรือพิจารณา ถ้ามีเหตุควรเชื่อว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้วิกลจริตและไม่สามารถต่อสู้คดีได้ ให้พนักงานสอบสวนหรือศาลแล้วแต่กรณี สั่งให้พนักงานแพทย์ตรวจผู้นั้นเสร็จแล้วให้เรียกพนักงานแพทย์ผู้นั้นมาให้ถ้อยคำหรือให้การว่าตรวจได้ผลประการใด

ในกรณีที่พนักงานสอบสวนหรือศาลเห็นว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้วิกลจริตและไม่สามารถต่อสู้คดีได้ ให้งดการสอบสวน ได้สวนมูลฟ้องหรือพิจารณาไว้จนกว่าผู้นั้นหายวิกลจริตหรือสามารถจะต่อสู้คดีได้ และให้มีอำนาจส่งตัวผู้นั้นไปยังโรงพยาบาลโรคจิตหรือมอบให้แก่ผู้อนุบาล ข้าหลวงประจำจังหวัดหรือผู้อื่นที่เต็มใจรับไปดูแลรักษาได้ตามแต่จะเห็นสมควร

กรณีที่ศาลได้สวนมูลฟ้องหรือพิจารณาดังบัญญัติไว้ในวรรคก่อน ศาลจะสั่งจำหน่ายคดีเสียชั่วคราวก็ได้

⁴⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 65 “ผู้ใดกระทำความผิดในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้เพราะมีจิตบกพร่อง โรคจิตหรือจิตฟั่นเฟือน ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น

แต่ถ้าผู้กระทำความผิดยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้างหรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง ผู้นั้นต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น แต่ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

อย่างไรก็ตามในการตีความคำว่า “ผู้วิกลจริต” ในมาตรา 14 ดังกล่าว พบว่าได้ใช้วิธีการตีความในลักษณะคำสามัญตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน ซึ่งได้ให้ความว่า “ผู้ที่มีความประพฤติดหรือกิริยาผิดประติเพราะสติวิปลาส ในทำนองเป็นคนบ้า” ดังปรากฏในตัวอย่างการตีความคำว่า “ผู้วิกลจริต” ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 14 ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 65/2542

“จำเลยไม่สามารถต่อสู้คดีได้ตาม ป.วิ.อ. มาตรา 14 จะต้องปรากฏว่า เป็นผู้วิกลจริต หรือมีสติวิปลาสในทำนองเป็นคนบ้า

โรคจิตพวกจิตเภทอันเป็นที่รู้กันทั่วไปว่าเป็นแต่เพียงโรคทางจิตชนิดหนึ่งที่ทำให้ความคิดและบุคลิกภาพผิดปกติไปเท่านั้น ซึ่งเป็นคนละอย่างกับคนวิกลจริต หรือโรคทางจิตชนิดที่มีความผิดปกติของความรูสึกหรือพฤติกรรมอย่างแรงถึงขนาดคุมสติไม่อยู่ แต่ปรากฏตามคำฟ้องของโจทก์ว่า จำเลยมีอาชีพค้าขายซึ่งปกติของคนมีอาชีพค้าขายจะต้องเป็นผู้เลืยผลลวด รู้จักการแสวงหากำไรประกอบกับตามคำให้การและรายงานกระบวนพิจารณาของศาลชั้นต้นก็ปรากฏว่าจำเลยสามารถลงลายมือชื่อได้ถูกต้อง และตามคำร้องขอให้ปล่อยชั่วคราว ลงวันที่วันเดียวกันจำเลยสามารถลงลายมือชื่อและนามสกุลได้เรียบร้อยสวยงาม อีกทั้งยังมีลักษณะเหมือนคนปกติคนอกจากนี้ตามสำเนาทะเบียนบ้านท้ายฎีกาก็ปรากฏอีกว่าจำเลยสามารถเป็นเจ้าของบ้านและเปลี่ยนชื่อเป็น ท. โดยเมื่อปี 2533 และ 2538 ก่อนจำเลยถูกฟ้อง จำเลยก็มีบุตรชายได้ตามปกติถึง 2 คน จำเลยจึงมิใช่คนวิกลจริตที่ไม่สามารถต่อสู้คดีได้การดำเนินกระบวนพิจารณาของศาลชั้นต้นจึงชอบแล้ว”

ทั้งนี้ คำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว นอกจากจะสะท้อนลักษณะการตีความคำว่า “ผู้วิกลจริต” ในบทบัญญัติมาตรา 14 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแล้ว ก็ได้แสดงให้เห็นว่าผู้ป่วยในกลุ่มโรคทางจิตเวชซึ่งถ้าหากอาการของโรคนั้นมิได้มีลักษณะมีความผิดปกติทางจิตจนถึงขนาดมีอาการเสียสติ ขาดความรู้สึกก็ไม่ใช่เป็น “ผู้วิกลจริต” ที่ไม่สามารถต่อสู้คดีได้ ตามความหมายในบทบัญญัติดังกล่าวแต่อย่างใด สอดคล้องกับการวินิจฉัยในทางจิตเวชศาสตร์ ที่ไม่ได้มีการใช้คำว่า “วิกลจริต” แต่อย่างใด หากแต่ใช้คำว่า “โรคทางจิตเวช” ซึ่งองค์การอนามัยโลกได้ให้นิยามว่าเป็น “ภาวะที่การทำงานของจิตบกพร่อง ในระดับที่ทำให้เสียความสามารถในการตอบสนองความต้องการที่จำเป็นในการดำรงชีพ สูญเสียความสามารถในการหยั่งรู้ตนเอง หรือไม่มีความรู้สึกนึกคิด พฤติกรรมในกรอบของความเป็นจริง” ทั้งนี้ ในการจำแนกโรคทางจิตเวชในประเทศไทยในปัจจุบัน ได้ใช้ 2 ระบบ กล่าวคือ

(1) ระบบสมาคมจิตแพทย์อเมริกัน โดยใช้คู่มือการวินิจฉัยและสถิติของความผิดปกติทางจิต (the *diagnostic and statistical manual of mental disorders*, DSM-5) ซึ่งได้จำแนกโรคจิตเวชออกเป็น 19 กลุ่ม

ทั้งนี้ ภาวะความบกพร่องทางสติปัญญา (intellectual disability) ได้ถูกจัดอยู่กลุ่มอาการด้านความผิดปกติของพัฒนาการระบบประสาท (neurodevelopmental disorder)

(2) บัญชีแยกโรคระหว่างประเทศ ฉบับที่ 10 (international classification of disease 10, ICD - 10) ได้จำแนกความผิดปกติทางจิตและพฤติกรรม (mental and behavioural disorders เป็นรหัสโรค F00 - F99 และโรคระบบประสาท (diseases of the nervous system) เป็นรหัสโรค G00 - G99

ทั้งนี้ ภาวะความบกพร่องทางสติปัญญา (intellectual disability) ได้ถูกจัดอยู่ในรหัสของ ภาวะปัญญาอ่อน (mental retardation) โดยมีการแบ่งระดับของภาวะดังกล่าวออกเป็น ระดับน้อย (mild mental retardation) ปานกลาง (moderate mental retardation) รุนแรง (severe mental retardation) รุนแรงมาก (profound mental retardation) อื่น ๆ (other mental retardation) และไม่ระบุ (unspecified mental retardation)

จากการศึกษาลักษณะการจำแนกโรคทางจิตเวชทั้ง 2 ระบบ พบว่าผู้ที่มีภาวะความบกพร่องทางสติปัญญาจะมีลักษณะความผิดปกติที่แตกต่างจากผู้ป่วยโรคจิตเวชอื่น ๆ กล่าวคือ ผู้ป่วยโรคจิตเวชจะสามารถรักษาโรคได้ด้วยยาและการบำบัดทางจิต ซึ่งโดยทั่วไปมักจะไม่นพบความบกพร่องทางสติปัญญาร่วมด้วยและผู้ป่วยสามารถดำรงชีวิตอยู่ได้ด้วยตนเอง ในขณะที่ผู้ที่มีภาวะความบกพร่องทางสติปัญญาซึ่งมีปัญาที่เกิดขึ้นจาก พัฒนาการทางสมอง จะไม่สามารถรักษาให้หายได้ และจะต้องอาศัยการฟื้นฟูและกระตุ้นพัฒนาการ ทักษะทางสังคม และการสื่อสารด้วยข้อมูลที่สามารถเข้าใจได้ง่าย เพื่อให้บุคคลดังกล่าวสามารถดำรงชีวิตอยู่ได้ในชีวิตประจำวัน⁴⁹

ด้วยเหตุนี้ การที่ทบบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 14 ได้กำหนดให้ในกรณีเจ้าพนักงานสอบสวนหรือศาลเห็นว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้วิกลจริตและไม่สามารถต่อสู้คดีได้ ให้งดการสอบสวน ไต่สวนมูลฟ้อง หรือพิจารณาคดีไว้จนกว่าผู้นั้นหายวิกลจริตหรือสามารถต่อสู้คดีได้ ทั้งนี้ ในกรณีของผู้พิการทางสติปัญญาซึ่งไม่ใช่ความเจ็บป่วยที่สามารถรักษาให้หายได้ ก็ต้องอาศัยการกระตุ้นพัฒนาการ และทักษะทางสังคมเพื่อให้สามารถดำเนินชีวิตในสังคมได้เท่านั้น ดังนั้น การที่กฎหมายกำหนดให้มีการงดการสอบสวน การไต่สวนมูลฟ้อง หรืองดการพิจารณาไว้จนกว่าจะหายหรือสามารถต่อสู้คดีได้ จึงอาจเป็น มาตรการทางกฎหมายที่ไม่เหมาะสมกับผู้ที่มีความบกพร่องทางสติปัญญา อีกทั้งบัญญัติดังกล่าวมุ่งหมาย เฉพาะกรณีผู้ต้องหาหรือจำเลยเท่านั้น ไม่ได้ครอบคลุมถึงโจทก์ ผู้เสียหายหรือพยานในคดีอาญาแต่อย่างใด ซึ่งโดยลักษณะของผู้ที่ภาวะความพิการทางสติปัญญาก็อาจจะตกเป็นเหยื่อในการกระทำความรุนแรงอยู่บ่อยครั้ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการถูกล่วงละเมิดทางเพศ ซึ่งผู้เสียหายอาจจะไม่เข้าใจในสิ่งที่ตนถูกกระทำนั้นว่าเป็นการกระทำ ที่ขัดต่อกฎหมาย ตลอดจนอาจไม่ทราบถึงวิธีการแก้ไขปัญาและการปกป้องตนเองด้วยเหตุที่ผู้นั้นมีเชาวน์ปัญญา ที่ต่ำ⁵⁰ ดังนั้น จึงเห็นสมควรให้ประเทศไทยมีมาตรการพิเศษในการคุ้มครองสิทธิผู้เสียหายหรือพยานที่มีภาวะ บกพร่องทางสติปัญญาในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมทางอาญาต่อไป

โดยสรุป ผู้เขียนเห็นพ้องด้วยกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5922/2562 ที่ตีความบทบัญญัติประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 133 ทวิ โดยเคร่งครัด โดยไม่นำบทบัญญัติดังกล่าวซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับวิธีการ สอบปากคำผู้เสียหายที่เป็นเด็กอายุยังไม่เกินสิบแปดปีในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศและความผิดอื่น ๆ ที่กฎหมาย กำหนดดังกล่าวไปบังคับกับผู้เสียหายที่มีความเปราะบางในลักษณะที่มีความบกพร่องทางสติปัญญา เนื่องจาก ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีได้บัญญัติวิธีการสอบสวนผู้ที่มีความบกพร่องทางสติปัญญาไว้เป็น

⁴⁹ อานนท์ ศรีบุญโรจน์ และหทัยกาญจน์ กำเหนิดเพชร, สิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของผู้พิการทางสติปัญญา, หน้า 120

⁵⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 120-121

การเฉพาะเหมือนดังเช่นการสอบปากคำโดยใช้วิธีพิเศษกับผู้เสียหายหรือพยานที่เป็นเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปี ตามมาตรา 133 ทวิ ไว้แต่อย่างใด กรณีดังกล่าวจึงเป็นตีความกฎหมายที่ไม่ขยายความออกไปกว่าตัวอักษรที่ปรากฏในกฎหมายซึ่งได้ถูกกำหนดขอบเขตการบังคับใช้บทบัญญัติของกฎหมายนั้น ๆ ไว้โดยชัดแจ้งแล้ว อีกทั้งเป็นการตีความกฎหมายโดยสอดคล้องกับประวัติความเป็นมาและเจตนารมณ์ของกฎหมายได้อย่างถูกต้องแล้ว

อย่างไรก็ตาม คำพิพากษากฎีกาฉบับดังกล่าว ได้สะท้อนปัญหาว่าในปัจจุบัน ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไม่ได้มีมาตรการในการคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายหรือพยานที่มีความบกพร่องทางสติปัญญาไว้เป็นการเฉพาะแต่ประการใด ทั้ง ๆ ที่ผู้พิพากทางสติปัญญาเป็นกลุ่มบุคคลที่มีความเปราะบางอันเนื่องมาจากมีข้อจำกัดทางด้านสติปัญญาในทางการรับรู้และการทำความเข้าใจในสิ่งต่าง ๆ จึงเป็นอุปสรรคในการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการสื่อสารกับบุคคลที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรมเพื่อที่บุคคลดังกล่าวจะให้ปากคำเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้อย่างถูกต้องตามความเป็นจริงได้ ดังนั้น จึงเป็นกรณีที่ประเทศไทยจึงควรต้องมีมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมในการคุ้มครองสิทธิของผู้พิพากทางสติปัญญาในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ทั้งในส่วนการสอบปากคำในชั้นสอบสวน รวมไปถึงขั้นตอนการพิจารณาในชั้นศาล เช่น การจัดทำคู่มือเบื้องต้นให้แก่เจ้าพนักงานสอบสวนในการสอบปากคำผู้ที่มีความบกพร่องทางสติปัญญา ตลอดจนการจัดหาจิตแพทย์ นักจิตวิทยา หรือนักสังคมสงเคราะห์มาช่วยเหลือผู้เสียหายหรือพยาน รวมไปถึงผู้ต้องหาหรือจำเลย ในการสื่อสารระหว่างบุคคลดังกล่าวกับเจ้าพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ ทนายความ หรือผู้พิพากษาในระหว่างการดำเนินคดี อันเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้ที่มีภาวะบกพร่องทางสติปัญญาในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมตามที่ประเทศไทยได้ลงนามและให้สัตยาบันอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ ค.ศ.2006 ซึ่งรัฐจะต้องมีมาตรการให้ผู้พิการสามารถเข้าถึงความยุติธรรมและจะต้องรับให้หลักประกันสิทธิเช่นว่านั้นให้เท่าเทียมกับบุคคลอื่น ตลอดจนให้ความช่วยเหลือในเรื่องกระบวนการพิจารณาทางกฎหมายแก่ผู้พิการ อีกทั้งเป็นการพัฒนาระบบการบริหารงานในกระบวนการยุติธรรมการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายที่จำเป็นและเหมาะสมแก่ผู้พิพากทางสติปัญญาในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม อันเป็นการดำเนินการตามแนวนโยบายแห่งรัฐในกระบวนการยุติธรรมตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอีกด้วย

บทแนะนำวิทยานิพนธ์

“ขอบเขตของความผิดฐานเหยียดหยามศาสนา”

The Extent of Religious Insult Offense

กองบรรณาธิการ
Editorial Board

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330
Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok, 10330
Corresponding author E-mail : journal@law.chula.ac.th

บทแนะนำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ กองบรรณาธิการขอแนะนำวิทยานิพนธ์หนึ่งเล่มจากหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยซึ่งเป็นวิทยานิพนธ์ที่มีคุณภาพสูงที่ได้รับการประเมินในระดับ “ดีมาก” ในปีการศึกษา 2562 หัวข้อ “ขอบเขตของความผิดฐานเหยียดหยามศาสนา” ของนายณรรักษ์ นาควิจิตร

วิทยานิพนธ์เล่มนี้ มุ่งศึกษาถึงขอบเขตของความผิดฐานเหยียดหยามศาสนาในประมวลกฎหมายอาญา โดยมุ่งศึกษาถึงอิทธิพลและแนวคิดในการบัญญัติกฎหมายดังกล่าว นอกจากนั้นยังศึกษาเชิงเปรียบเทียบความผิดฐานดังกล่าวกับบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเหยียดหยามศาสนาในต่างประเทศเพื่อนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบและเสนอแนะแนวทางที่เหมาะสมในการปรับปรุงกฎหมายในความผิดฐานเหยียดหยามศาสนา

เนื้อหาของวิทยานิพนธ์เริ่มต้นจากการศึกษาถึงที่มาและแนวความคิดของความผิดฐานเหยียดหยามศาสนาเช่นเดียวกับวัตถุประสงค์ของการกำหนดความผิดฐานดูหมิ่นเหยียดหยามศาสนา โดยในส่วนของความผิดฐานเหยียดหยามศาสนาในประเทศไทยผู้เขียนได้ทำการศึกษาย้อนไปถึงต้นฉบับที่เป็นต้นร่างกฎหมายในความผิดฐานเหยียดหยามศาสนาเท่าที่ปรากฏอยู่ในเชิงประวัติศาสตร์ ไม่ว่าจะเป็นเอกสารฉบับต้นร่างกฎหมายต่าง ๆ พร้อมกับศึกษาในบริบททางสังคมวิทยาที่สอดคล้องกับความเชื่อต่าง ๆ เพื่ออธิบายให้เห็นถึงอิทธิพลของศาสนาและวัฒนธรรม โดยเฉพาะศาสนาพราหมณ์-ฮินดู และศาสนาพุทธ ว่าส่งผลอย่างไรบ้างต่อการบัญญัติความผิดฐานดังกล่าว โดยเฉพาะในประเด็นที่ว่า เพราะเหตุใดความผิดที่ได้ชื่อว่า “ความผิดฐานเหยียดหยามศาสนา” จึงมีขอบเขตของวัตถุแห่งการกระทำอยู่เพียงแค่ “วัตถุ” หรือ “สถานที่” ในทางศาสนาเท่านั้น ทั้งที่เรื่องของศาสนานั้น เป็นเรื่องที่ไกลเกินกว่าที่จะตีกรอบอยู่แค่วัตถุหรือสถานที่ เท่านั้น

จากนั้นผู้เขียนได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอินเดีย ประเทศเยอรมนี ประเทศอังกฤษ และประเทศอิหร่าน ซึ่งทั้ง 4 ประเทศที่ผู้เขียนได้เลือกมาทำการศึกษาล้วนแล้วแต่เป็นประเทศที่มีความโดดเด่นในเรื่องศาสนาในแง่มุมที่แตกต่างกันออกไป ทั้งนี้ในการศึกษาแต่ละประเทศผู้เขียนได้ทำการศึกษาทั้งระบบกฎหมาย สภาพสังคม และวัฒนธรรมของแต่ละประเทศว่ามีอิทธิพลอย่างไรบ้างต่อความผิดฐานเหยียดหยามศาสนาในแต่ละประเทศนั้น ๆ โดยเฉพาะประเทศอินเดียซึ่งจากการที่ผู้เขียนได้ศึกษาที่มาอย่าง

ละเอียดทำให้เห็นถึงความสัมพันธ์และอิทธิพลที่มีต่อประเทศไทย ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของอารยธรรม ศาสนา หรือ แม้กระทั่งการบัญญัติกฎหมาย โดยเฉพาะความผิดฐานเหยียดหยามศาสนาที่ปรากฏขึ้นครั้งแรกในประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 นั้น ส่วนหนึ่งก็มาจากประเทศอินเดียเองที่เป็นต้นแบบในความผิดฐานดังกล่าวให้แก่ประเทศไทย

ในส่วนของบริษัทวิเคราะห์ผู้เขียนเริ่มต้นจากการวิเคราะห์ในประเด็นที่ว่าความผิดฐานเหยียดหยามศาสนา นั้นยังควรมีอยู่ต่อไปหรือไม่โดยพิจารณาจากทฤษฎีในทางอาญาควบคู่ไปกับบริบทเชิงสังคมพร้อมกัน จากนั้น ผู้เขียนจึงทำการวิเคราะห์องค์ประกอบของความผิดฐานเหยียดหยามศาสนาและความเหมาะสมของอัตราโทษ ที่มีอยู่ในปัจจุบัน

ผลจากการศึกษาเปรียบเทียบและวิเคราะห์ในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ ผู้เขียนสรุปว่าความผิดฐานเหยียดหยาม ศาสนายังควรค่าแก่การบังคับใช้อยู่เพียงแต่การบังคับใช้ดังกล่าวควรที่จะตีกรอบและสร้างขอบเขตให้มีความชัดเจน โดยผู้เขียนเสนอมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในส่วนของความผิดฐานเหยียดหยามศาสนาตามประมวลกฎหมายอาญาโดยแก้ไขเปลี่ยนแปลงในส่วนของพฤติการณ์ประกอบกรกระทำมาเป็นเจตนาพิเศษแทน เพื่อให้เกิดความชัดเจนในตัวบทบัญญัติ อีกทั้งยังเสนอแก้ไขในส่วนของอัตราโทษขั้นต่ำในความผิดฐานดังกล่าว ให้มีความเหมาะสมยิ่งขึ้น

เห็นได้ว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีการตั้งประเด็นปัญหาที่ชัดเจน มีการวางโครงสร้างที่ดี รวมถึงมีการค้นคว้าอย่างละเอียดทั้งในเชิงประวัติศาสตร์ กฎหมายและศาสนาไม่ว่าจะเป็นในส่วนของกฎหมายไทยและกฎหมาย ต่างประเทศที่เลือกมาศึกษาเปรียบเทียบซึ่งจะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อไปในอนาคตสำหรับงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง จะเห็นได้ว่าข้อมูลที่ได้จากการค้นคว้าผู้เขียนได้ทำการวิเคราะห์อย่างมีระบบจนนำไปสู่ข้อเสนอแนะที่ชัดเจน และเป็นรูปธรรม ดังนั้นกองบรรณาธิการจึงขอเลือกแนะนำวิทยานิพนธ์เล่มนี้ให้เป็นหนึ่งในวิทยานิพนธ์ที่ควรค่า แก่การนำมาศึกษาต่อไป

คำแนะนำสำหรับผู้เขียน

การเตรียมต้นฉบับ

ในการเตรียมผลงานเพื่อขอรับการพิจารณาเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย ผู้เขียนจะต้องระบุรายละเอียดและดำเนินการตามรูปแบบ ดังต่อไปนี้

1. ข้อมูลที่ต้องระบุ

- 1) ชื่อผลงาน ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ที่กระชับ ครอบคลุม และสื่อถึงเนื้อหาสาระของผลงาน อย่างชัดเจน โดยให้พิมพ์ไว้ที่ตรงกลางของหน้าแรก
- 2) ชื่อ-สกุลของผู้เขียน ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
- 3) ตำแหน่งทางวิชาการของผู้เขียน (ถ้ามี) ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
- 4) อีเมลของผู้เขียน โดยผู้เขียนอาจเลือกใช้อีเมลส่วนตัวหรืออีเมลของหน่วยงานต้นสังกัดได้
- 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 นิ้ว (2.54 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=IwAR1eEgrFdVr9Icl4SE3P7Nh5wwHvHijgMKHzqupcULRQC33dewPdVjDpCuU>
 2. (ภาษาอังกฤษ)

https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html
4. ผู้เขียนควรตรวจสอบความถูกต้องของการสะกดคำ ไวยากรณ์ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ และความสม่ำเสมอของการใช้คำที่ทับศัพท์มาจากภาษาอังกฤษทั้งผลงาน
5. เนื้อหาของผลงานรวมเชิงบรรณไม่ว่าเกิน 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 เพื่อปรับแต่งและจัดรูปแบบผลงานให้ตรงตามที่วารสารกำหนด
 - 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 โดยกองบรรณาธิการสงวนสิทธิในการพิจารณาจัดลำดับผลงานเพื่อตีพิมพ์ในวารสารฯ ในโอกาสอันควรต่อไป

ข้อกำหนดอื่น

ในการส่งผลงานเพื่อขอรับการพิจารณาเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย ผู้เขียนตกลง รับรอง ยอมรับ และรับประกันว่า

1. ผลงานที่ส่งมาเป็นผลงานใหม่ ไม่เคยถูกตีพิมพ์หรือเผยแพร่ที่ใดมาก่อนไม่ว่าในรูปแบบใดก็ตาม หรือไม่อยู่ระหว่างการพิจารณาเพื่อขอรับการตีพิมพ์หรือเผยแพร่ในวารสารอื่นภายใน 90 วันนับจากวันที่กองบรรณาธิการได้รับต้นฉบับ
2. ผลงานที่ส่งมาเป็นผลงานของผู้เขียนแต่เพียงผู้เดียว หรือเป็นผลงานของผู้เขียนและผู้เขียนร่วมตามที่ระบุไว้จริง
3. ผลงานที่ส่งมามีได้ผ่านการคัดลอกโดยปราศจากการอ้างอิงอย่างเหมาะสมหรือละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ใด
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) Type written 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 inch (2.54 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=IwAR1eEgrFdVr9Icl4SE3P7Nh5wwwHvHijgMKHzqupcULRQC33dewPdVjDpCuU>

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 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 here of on wards.
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. รับรองว่าผลงานที่ส่งมาไม่เคยถูกตีพิมพ์หรือเผยแพร่ที่ใดมาก่อนไม่ว่าในรูปแบบใดก็ตาม หรือไม่อยู่ระหว่างการพิจารณาเพื่อขอรับการตีพิมพ์หรือเผยแพร่ในวารสารอื่นภายใน 90 วันนับจากวันที่กองบรรณาธิการได้รับต้นฉบับ
3. รับรองว่าผลงานที่ส่งมาเป็นผลงานของผู้เขียนแต่เพียงผู้เดียว หรือเป็นผลงานของผู้เขียนและผู้เขียนร่วมตามที่ระบุไว้จริง และการเรียงลำดับผู้เขียนร่วมควรเป็นการตัดสินใจร่วมกันระหว่างผู้เขียนร่วมและสะท้อนสัดส่วนการจัดทำผลงานอย่างแท้จริง
4. นำเสนอแต่ข้อเท็จจริง
5. ส่งผลงานตามรูปแบบที่กำหนด
6. รับรองว่าผลงานที่ส่งมาไม่มีส่วนใดส่วนหนึ่งที่สื่อไปในทางหมิ่นประมาทหรือละเมิดลิขสิทธิ์หรือทรัพย์สินทางปัญญาอื่นใดของบุคคลที่สาม
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.