

CHULALONGKORN LAW JOURNAL

วารสารกฎหมาย

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีที่ 39 ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2564)

คณะที่ปรึกษา

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

บรรณาธิการ

อาจารย์ ดร.ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
----------------------------------	---

รองบรรณาธิการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สิริกัญญา โฆวิไลกุล	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
อาจารย์ ดร.ภาวิวัฒน์ สัตยานุรักษ์	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
อาจารย์ ดร.วราพล มาลสุขุม	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

กองบรรณาธิการ

ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุรัชดา ตรี	คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วริยา ล้ำเลิศ	คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
ดร.เพ็ญวิภา ลอยกุลนันท์	ศาลยุติธรรม
นางสันทนี ดิษยบุตร	สำนักงานอัยการสูงสุด
ดร.สุพรรณวษา โชติกาญจน ถัง	กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ
ดร.อภิชน จันทร์เสน	สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

กองจัดการ

สุพิชา จินฉวาโส
วรลักษณ์ ทองใบ
กรณัฐ อัครธนบุลย์
ณัฐธิดา ดวงวิโรจน์

Chulalongkorn Law Journal

Volume 39 Issue 1 (March 2021)

Advisory Board

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

Editor-in-Chief

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

Deputy Editor

Assistant Professor Dr.Sirikanya KOVILAIKOOL	Lecturer, Faculty of Law Chulalongkorn University
Dr.Pawat SATAYANURUG	Lecturer, Faculty of Law Chulalongkorn University
Dr.Voraphol MALSUKHUM	Lecturer, Faculty of Law Chulalongkorn University

Editorial Board

Professor Dr.Pairojana KAMPUSIRI	Faculty of Law Thammasat University
Assistant Professor Dr.Surutchada REEKIE	Faculty of Law Chulalongkorn University
Assistant Professor Dr.Wariya LAMLERT	Graduate School of Law National Institute of Development Administration
Dr.Penvipa LOYKULNANTA	Court of Justice
Mrs.Santanee Disayabutr	Office of the Attorney General
Dr.Suphanvasa Chotikajan TANG	Department of Treaties and Legal Affairs Ministry of Foreign Affairs
Dr.Apichon CHANTARASEN	Office of the Council of State

Management Team

Supicha CHINNAVASO
Vorralluk THONGBAI
Koranutth Akrathanaboon
Nuttida DOUNGWIROTE

วัตถุประสงค์

“วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย” เป็นวารสารทางวิชาการด้านนิติศาสตร์ จัดพิมพ์โดย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มีเป้าหมายและขอบเขตเพื่อเผยแพร่ความรู้ทางวิชาการด้านนิติศาสตร์หรือความรู้ที่เกี่ยวข้องกับนิติศาสตร์ที่มีเนื้อหาน่าสนใจ ทันสมัย ริเริ่มสร้างสรรค์ และมีข้อเสนอที่เป็นประโยชน์ต่อวงการวิชาการด้านนิติศาสตร์และต่อสังคม

กำหนดการพิมพ์

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มีกำหนดการตีพิมพ์ปีละ 3 ฉบับ ราย 4 เดือน ดังนี้

- ฉบับที่ 1 เดือนมีนาคม
- ฉบับที่ 2 เดือนกรกฎาคม
- ฉบับที่ 3 เดือนพฤศจิกายน

ประเภทของผลงานทางวิชาการที่รับตีพิมพ์

วารสารกฎหมาย จะพิจารณารับตีพิมพ์ผลงานที่มีลักษณะดังต่อไปนี้

- บทความวิชาการ หมายถึง บทความที่นำเสนอข้อมูลใหม่ ๆ ในสาขานิติศาสตร์ และแสดงการวิเคราะห์หรือวิจารณ์ข้อมูลนั้นทั้งในเชิงทฤษฎี นิตินโยบาย หรือทางปฏิบัติ และให้ข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์ต่อวงการวิชาการสาขาวิชานิติศาสตร์และต่อสังคมในวงกว้าง ทั้งนี้ บทความวิชาการควรประกอบด้วย ความนำ เนื้อเรื่อง ซึ่งแบ่งเป็นประเด็นหลัก ประเด็นรอง ประเด็นย่อย และบทสรุป
- บทความวิจัย หมายถึง บทความที่มีฐานมาจากการวิจัยสาขานิติศาสตร์ และแสดงข้อค้นพบจากงานวิจัยนั้นอย่างเป็นระบบ ทั้งนี้ บทความวิจัยควรประกอบด้วย ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา วัตถุประสงค์ สมมติฐานของงานวิจัย (ถ้ามี) ขอบเขตที่ครอบคลุมในการวิจัย ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ เอกสารและงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง วิธีดำเนินการวิจัย (เช่น ข้อมูลประชากร กลุ่มตัวอย่าง การสุ่มตัวอย่าง เครื่องมือการวิจัย การเก็บรวบรวมข้อมูล และการวิเคราะห์ข้อมูล เป็นต้น) ผลการวิจัย (สรุปผลการวิจัย อภิปรายผลและข้อเสนอแนะ)

บทความหรือความคิดเห็นใด ๆ ที่ปรากฏใน “วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย” เป็นวรรณกรรมและความรับผิดชอบของผู้เขียนโดยเฉพาะ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย บรรณาธิการ และกองบรรณาธิการ ไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วยหรือร่วมรับผิดชอบใด ๆ

ภาษาที่รับตีพิมพ์

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย รับตีพิมพ์ผลงานที่เขียนเป็นภาษาไทย และ/หรือ ภาษาอังกฤษ

ลักษณะการประเมินบทความ

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

การเผยแพร่วารสาร

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ทำการเผยแพร่บทความทั้งในรูปแบบตัวเล่มและรูปแบบออนไลน์

แหล่งสนับสนุนการจัดทำวารสาร

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 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 every four months as follows:

- Issue 1 March
- Issue 2 July
- Issue 3 November

Categories of Accepted Manuscripts

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

- 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.
- 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.

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 both printed and online versions.

Source of Support

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

บทบรรณาธิการ

สวัสดีผู้อ่านทุกท่าน วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ฉบับนี้เป็นฉบับประจำปี 39 ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2564) ซึ่งฉบับนี้ถือเป็นฉบับแรกภายหลังจากที่กองบรรณาธิการวารสารได้มีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการจัดทำวารสารในหลายประเด็น ดังนั้น กองบรรณาธิการขออวยพรให้พี่น้องวารสารไปยั้งทุกท่านให้ทราบถึงการเปลี่ยนแปลงในประเด็นสำคัญ ๆ ดังต่อไปนี้ **เรื่องที่หนึ่ง**วารสารมีการเปลี่ยนแปลงกำหนดการตีพิมพ์เผยแพร่ให้เป็นปีละ 3 ฉบับ ได้แก่ ฉบับที่ 1 ในเดือนมีนาคม ฉบับที่ 2 ในเดือนกรกฎาคม และฉบับที่ 3 ในเดือนพฤศจิกายน **เรื่องที่สอง**วารสารจะเริ่มดำเนินการเผยแพร่บทความทั้งในรูปแบบตัวเล่มและรูปแบบออนไลน์ทั้งบทความ และ**เรื่องที่สาม**วารสารมีการเปลี่ยนแปลงหมายเลขมาตรฐานสากลประจำวารสารให้เป็นอย่างนี้ ISSN (Print) “2773-8604” และ ISSN (Online) “2773-8736” กองบรรณาธิการหวังเป็นอย่างยิ่งว่าการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการจัดทำวารสารในรูปแบบใหม่นี้จะมีส่วนช่วยให้บทความที่น่าสนใจทั้งหลายได้รับการตีพิมพ์เผยแพร่ในวงกว้างมากขึ้น

ในส่วนเนื้อหาของวารสารกฎหมายฉบับนี้ยังคงประกอบไปด้วยผลงานที่น่าสนใจและมีความหลากหลายทั้งบทความในรูปแบบบทความวิชาการและบทความวิจัย ดังนี้

บทความแรก เป็นบทความวิชาการเรื่อง **“กระบวนการภายในของฝ่ายบริหารในการเข้าร่วมเป็นภาคีและการอนุวัติการพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาระหว่างประเทศ”** เขียนโดย ศาสตราจารย์ ดร.ชุมพร ปัจจุสนนธ์ ร่วมกับ อาจารย์ ดร.วรพล มาลสุ่ม ศาสตราจารย์และอาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความที่สอง เป็นบทความวิชาการเรื่อง **“การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบในประเทศไทย”** เขียนโดย อาจารย์ ดร.พัชร นิยมศิลป์ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความที่สาม เป็นบทความวิชาการเรื่อง **“ประสิทธิภาพของการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า”** เขียนโดย คุณพิรพงศ์ จงไพศาลสกุล นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความที่สี่ เป็นบทความวิชาการเรื่อง **“สถานะทางกฎหมายของสัตว์เลี้ยงในกรณีการหย่าร้างภายใต้กฎหมายครอบครัว”** เขียนโดยอาจารย์พงศ์ศักดิ์ เจ๊ะพงศ์ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์

บทความที่ห้า เป็นบทความวิชาการเรื่อง **“Chinese law on juvenile delinquency and its efficiency”** และได้รับการแปลเป็นภาษาไทยโดยใช้ชื่อว่า **“ประสิทธิภาพของกฎหมายจีนเกี่ยวกับการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชน”** เขียนโดย รศ.ดร.Alexandre Chitov (อเล็กซานเดอร์ ชีตอฟ) รองศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

บทความที่หก เป็นบทความวิจัยเรื่อง **“ข้อเสนอทางกฎหมายและนโยบายเพื่อจำกัดการค้างานช้างในประเทศไทย”** เขียนโดย ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ บุญเรือง ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

บทความที่เจ็ด เป็นบทความวิจัยเรื่อง “นิติปรัชญาว่าด้วยการวิเคราะห์กฎหมายในเชิงเศรษฐศาสตร์” เขียนโดย รองศาสตราจารย์ ดร.ปวีศร เลิศธรรมเทวี รองศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

บทความที่แปด เป็นบทความวิจัยเรื่อง “การประเมินประสิทธิภาพของการแจ้งเบาะแส” เขียนโดย ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศุภศิษฏ์ ทวีแจ่มทรัพย์ อาจารย์ ดร.ณัชพล จิตดิรัตน์ อาจารย์ ดร.ปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ และ อาจารย์วิมพัทธ์ ราชประดิษฐ์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์และอาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

นอกจากบทความที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว วารสารฉบับนี้ยังมีบทความพิเศษเป็นบทแนะนำหนังสือที่ชื่อว่า “DOING JUSTICE: A Prosecutor’s Thoughts on Crime, Punishment and the Rule of Law” เขียนโดย คุณพรชัย บุญบรรณรัตน์กุล

กองบรรณาธิการหวังว่าผู้อ่านทุกท่านจะได้รับประโยชน์จากผลงานที่ได้ตีพิมพ์เผยแพร่ในวารสารฉบับนี้ กองบรรณาธิการขอขอบคุณผู้อ่านทุกท่านที่ติดตามและสนับสนุนวารสารกฎหมายมาโดยตลอด หากผู้อ่านมีข้อเสนอแนะติชมประการใด กองบรรณาธิการยินดีอย่างยิ่งที่จะรับฟังและนำไปพัฒนาปรับปรุงวารสารฉบับต่อไป พบกันใหม่ฉบับหน้า

บรรณาธิการ

อ.ดร.ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม

วารสารกฎหมาย

ปีที่ 39 ฉบับที่ 1

(มีนาคม 2564)

สารบัญ

-
- บทความวิชาการ
- 1-34 กระบวนการภายในของฝ่ายบริหารในการเข้าร่วมเป็นภาคีและการอนุวัติการพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญาระหว่างประเทศ
ชุมพร ปัจจุสานนท์, วรพล มาลสุชุม
- 35-58 การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบในประเทศไทย
พัชร นิยมศิลป์
- 59-80 ประสิทธิภาพของการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า
พิรพงศ์ จงไพศาลสกุล
- 81-93 สถานะทางกฎหมายของสัตว์เลี้ยงในกรณีการหย่าร้างภายใต้กฎหมายครอบครัว
พงศ์ศักดิ์ เจ๊ะพงศ์
- 95-115 ประสิทธิภาพของกฎหมายเงินเกี่ยวกับการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชน
อเล็กซานเดอร์ ชือตอฟ
- บทความวิจัย
- 117-143 ข้อเสนอทางกฎหมายและนโยบายเพื่อจำกัดการค้ามนุษย์ในประเทศไทย
สุรศักดิ์ บุญเรือง
- 145-157 นิติปรัชญาว่าด้วยการวิเคราะห์กฎหมายในเชิงเศรษฐศาสตร์: บทวิเคราะห์เบื้องต้น
ปวีตร เลิศธรรมเทวี
- 159-199 การประเมินประสิทธิภาพของการแจ้งเบาะแส
ศุภศิษฐ์ ทวีแจ่มทรัพย์, ณิชพล จิตดิรัตน์, ปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ, วิมพัทธ์ ราชประดิษฐ์
- บทความหนังสือ
- 201-216 DOING JUSTICE: A Prosecutor's Thoughts on Crime, Punishment and the Rule of Law
พรชัย บุญบรรณานุกรม
-

บทความและความคิดเห็นใดๆ ใน “วารสารกฎหมาย” ฉบับนี้ เป็นวรรณกรรมของผู้เขียนโดยเฉพาะ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

CHULALONGKORN LAW JOURNAL

Vol.39 No.1

(March 2021)

Contents

- *Academic articles*
 - 1-34 **Internal Processes of the Executive in Becoming a Party to and Implementing Obligations under an International Convention**
Chumphorn Pachusanond, Voraphol Malsukhum
 - 35-58 **Restrictions on Freedom of Peaceful Assembly in Thailand**
Pat Niyomsilp
 - 59-80 **The efficiencies arising from mergers under the competition law**
Peerapong Jongpaisalsakul
 - 81-93 **Legal Status of Companion Pets in Divorce Under Family Law**
Phongsak Jehphong
 - 95-115 **Chinese law on juvenile delinquency and its efficiency**
Alexandre Chitov
 - *Research articles*
 - 117-143 **Law and Policy Recommendations for Tightening Elephant Ivory Trade Laws in Thailand**
Surasak Boonrueang
 - 145-157 **Economic Analysis of Law as Legal Philosophy: An Introduction**
Pawarit Lertdhamtewe
 - 159-199 **Assessment of Whistleblowing's Efficiency**
Suphasit Taweejamsup, Natchapol Jittirat, Piti Elamchamroonlarp
Wimpat Rajpradit
 - *Book review*
 - 201-216 **DOING JUSTICE: A Prosecutor's Thoughts on Crime, Punishment and the Rule of Law**
Pornchai Boonbarwornrattanukul
-

*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.

กระบวนการภายในของฝ่ายบริหารในการเข้าร่วมเป็นภาคีและการอนุวัติ
การพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาระหว่างประเทศ*
Internal Processes of the Executive in Becoming a Party to
and Implementing Obligations under an International Convention

ชุมพร ปัจจุสานนท์
Chumphorn Pachusanond
วรพล มาลสุขุม
Voraphol Malsukhum

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: v.malsukhum@gmail.com
(Received: January 8, 2021; Revised: February 24, 2021; Accepted: March 10, 2021)

บทคัดย่อ

รัฐต่าง ๆ ล้วนแล้วแต่มีการกำหนดกระบวนการภายในระบบกฎหมายของตน เพื่อใช้พิจารณาการเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาระหว่างประเทศหนึ่ง ๆ กระบวนการเหล่านี้อาจมีความแตกต่างกันในรัฐต่าง ๆ แต่มักมีรายละเอียดที่ซับซ้อนและมีขั้นตอนที่ต้องดำเนินการจำนวนมาก ทั้งกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ ภายใต้รัฐธรรมนูญ กฎหมายระดับพระราชบัญญัติ และกฎหมายลำดับรองต่าง ๆ ตั้งแต่การเริ่มเจรจา การลงนาม การให้สัตยาบันอนุสัญญาระหว่างประเทศ รวมถึงไปจนถึงการเสนอร่างกฎหมายต่อคณะรัฐมนตรี เพื่ออนุวัติการพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาระหว่างประเทศนั้น ๆ บทความนี้ทำการศึกษารายละเอียดกระบวนการภายในระบบกฎหมายไทยในการเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาระหว่างประเทศ และการอนุวัติการพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาระหว่างประเทศ โดยไล่เรียงเนื้อหาจากการอภิปรายทฤษฎีและหลักการทั่วไปที่เกี่ยวข้อง ฐานทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องของกระบวนการของฝ่ายบริหาร และกระบวนการของฝ่ายบริหารที่เกี่ยวข้องกับฝ่ายนิติบัญญัติ ตามลำดับ

คำสำคัญ: กระบวนการภายในของฝ่ายบริหาร, การเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาระหว่างประเทศ, การอนุวัติการพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาระหว่างประเทศ, อำนาจอธิปไตยของรัฐ, ระบบทวินิยม, กระบวนการของฝ่ายบริหารที่เกี่ยวข้องกับฝ่ายนิติบัญญัติ

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของ “โครงการศึกษาการเข้าร่วมอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการควบคุมและจัดการน้ำอับเฉา และตะกอนจากเรือ ค.ศ. 2004” เสนอต่อ กรมเจ้าท่า กระทรวงคมนาคม ในโอกาสนี้ ผู้เขียนขอขอบพระคุณ กรมเจ้าท่า กระทรวงคมนาคม ที่สนับสนุนการทำวิจัย และอนุญาตให้เผยแพร่เนื้อหาบางส่วนโครงการในบทความนี้ ผู้วิจัย ผู้ช่วยวิจัย และผู้ที่เกี่ยวข้องกับงานวิจัยทุกท่าน ตลอดจนบุคลากรในภาควิชาการและภาคปฏิบัติที่กรุณาอบความเห็นอันเป็นประโยชน์ต่อเนื้อหาในบทความนี้ ได้แก่ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เกียรติพร อำไพ นายจุฑา เสาวภา นางสาวอิศรพัชญ์ พนมวัน ณ อยุธยา และนายสิริวิทย์ ประดิษฐ์กุล

Abstract

Every state has its own internal processes applied when considering whether to become a party to or obligated to an international convention or not. These processes could be diverse in different states; however, they are usually complex and contain numerous steps relating to the executive and legislative, as required by various laws and subordinate legislations. For example, they tend to involve negotiating, signing, ratifying an international convention, as well as enacting a statute in order to implement obligation under a convention. This article investigates these internal processes in Thai law, ranging from discussion of relevant legal theories and principles to the legal basis and processes of the executive and ones relating to the legislative respectively.

Keywords: Internal Processes of the Executive, Becoming a Party to an International Convention, Implementing Obligation under an International Convention, Sovereignty of State, Dualism, Processes of the Executive Relating to the Legislative

บทนำ

จากสภาวะการณ์แห่งความเป็นโลกาภิวัตน์ในปัจจุบัน รัฐหนึ่ง ๆ ไม่อาจอยู่อย่างโดดเดี่ยวลำพังได้ในสังคมระหว่างประเทศ (international community) แต่จำต้องร่วมมือกับรัฐอื่น ๆ เพื่อดำเนินกิจกรรมระหว่างประเทศต่าง ๆ ทั้งในด้านความมั่นคง การค้าการลงทุน ตลอดจนการรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ฯลฯ ซึ่งการร่วมมือระหว่างประเทศเหล่านี้ อาจเกิดขึ้นได้ในหลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการเข้าลงนามหรือให้สัตยาบันเป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศ (international convention) หรือการทำข้อตกลงระหว่างประเทศ (international agreement) กับรัฐอธิปไตยอื่น ๆ ตลอดจนการยินยอมผูกพันตนในฐานะรัฐสมาชิกองค์การระหว่างประเทศ (international organization) หนึ่ง ๆ โดยที่รัฐต่าง ๆ ได้เล็งเห็นแล้วว่าการทำความร่วมมือเหล่านี้จะเป็นประโยชน์ต่อรัฐของตน แม้ว่าส่วนหนึ่งของความตกลงจะก่อให้เกิดหน้าที่หรือพันธกรณีระหว่างประเทศ (international obligation) บางประการ ซึ่งผูกพันให้รัฐต้องดำเนินการก็ตาม

อย่างไรก็ดี ด้วยเหตุที่สังคมระหว่างประเทศเป็นการอยู่ร่วมกันของรัฐอธิปไตย (sovereign state) ที่มีสถานะเท่าเทียมและไม่ขึ้นตรงต่อกัน การที่รัฐอธิปไตยหนึ่ง ๆ จะเข้าผูกพันตนตามพันธกรณีในทางกฎหมายระหว่างประเทศใด ๆ ย่อมเป็นการตัดสินใจและยินยอมของรัฐอธิปไตยนั้น ๆ โดยที่จะไม่เมืองครเห็นรัฐ (super state) หรือรัฐอธิปไตยอื่นใดมาบังคับได้¹ ในกรณีนี้ รัฐอธิปไตยต่าง ๆ จึงมักจะกำหนดกระบวนการภายในระบบกฎหมายของตน เพื่อใช้เป็นหลักเกณฑ์และขั้นตอนในการพิจารณาว่าจะเข้าผูกพันตนตามพันธกรณีในทางกฎหมายระหว่างประเทศหนึ่ง ๆ หรือไม่ ซึ่งหลักเกณฑ์และขั้นตอนเหล่านี้ อาจมีความเฉพาะเจาะจงและแตกต่างกันในแต่ละรัฐอธิปไตยได้ โดยสามารถพิจารณาได้จากรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือมิได้เป็นลายลักษณ์อักษร² ตลอดจนกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ (legislation) กฎหมายลำดับรอง (subordinate legislation) และแนวปฏิบัติของฝ่ายบริหาร (guideline) ของรัฐอธิปไตยนั้น ๆ³

¹ โปรดดูรายละเอียดเกี่ยวกับลักษณะของสังคมกฎหมายระหว่างประเทศเพิ่มเติมใน James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8th edition (Oxford: Oxford University Press, 2012), pp.12–19.; Malcolm N Shaw, *International Law*, 5th edition (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), pp.1–13.; ประสิทธิ์ เอกบุตร, *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา*, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551), หน้า 30-32.; จาตุรงค์ ถิระวัฒน์, *กฎหมายระหว่างประเทศ*, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), หน้า 29-36.; จุมพต สายสุนทร *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1*, พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), หน้า 33-36.; จันตรี สิ้นศุกฤกษ์, *กฎหมายระหว่างประเทศ*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2561), หน้า 16-20.; ดวงเด่น นาคสีหราช, *หลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า 29–35.

² อาทิ รัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรของประเทศอังกฤษ ซึ่งหลักเกณฑ์ในทางรัฐธรรมนูญเหล่านี้ อาจปรากฏอยู่ในรูปแบบของธรรมเนียมปฏิบัติทางการเมือง (political convention) หรือพระราชบัญญัติที่มีสถานะเป็นรัฐธรรมนูญ เพราะมีเนื้อหาเป็นการวางโครงสร้างอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐ หรือวางหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน (โปรดดูลักษณะความเป็นรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรของระบบกฎหมายอังกฤษเพิ่มเติมใน วรพล มาลสุขุม, “กฎหมายปกครองอังกฤษ : รูปแบบที่แตกต่างในการศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและเศรษฐกิจ,” ใน *กฎหมายกับเศรษฐกิจรวมบทความทางวิชาการเพื่อเป็นเกียรติแด่ ศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล*, 2561)

³ หลักเกณฑ์ต่าง ๆ เหล่านี้เป็นไปตามบ่อเกิดกฎหมายของระบบกฎหมายต่าง ๆ (โปรดดู เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561)

ทั้งนี้ โดยทั่วไปแล้ว หลักเกณฑ์การดำเนินการในรัฐอธิปไตยต่าง ๆ มักจะเป็นกระบวนการที่เริ่มต้นโดยองค์กรฝ่ายบริหาร (executive) เพราะเป็นองค์กรผู้จะบังคับใช้กฎหมายอันเป็นผลมาจากการเข้าร่วมเป็นภาคีในอนุสัญญาระหว่างประเทศ หรือการเข้าร่วมทำความตกลงระหว่างประเทศที่รัฐอธิปไตยเข้าผูกพันโดยตรง โดยที่หน่วยงานฝ่ายบริหารที่มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับเนื้อหาของอนุสัญญาระหว่างประเทศ จะเป็นผู้มีบทบาทหลักในการประสานร่วมกับกระทรวงการต่างประเทศในกระบวนการย่อยต่าง ๆ ทั้งการเริ่มเจรจา การลงนาม การให้สัตยาบันอนุสัญญาระหว่างประเทศ ตลอดจนการเสนอร่างกฎหมายต่อคณะรัฐมนตรีและรัฐสภาเพื่ออนุมัติการพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาเหล่านั้น ๆ ต่อไป

นอกจากการดำเนินกระบวนการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับฝ่ายบริหารแล้ว ขั้นตอนในการเข้าร่วมเป็นภาคีในอนุสัญญาระหว่างประเทศหนึ่ง ๆ นั้น รัฐอธิปไตยต่าง ๆ ก็จะกำหนดกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับฝ่ายนิติบัญญัติด้วย เนื่องจากการจะทำให้ข้อผูกพันในทางระหว่างประเทศต่าง ๆ เกิดผลบังคับใช้ขึ้นในรัฐนั้น อาจส่งผลการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนในรัฐได้ ข้อผูกพันเหล่านั้นควรถูกพิจารณาให้ความเห็นชอบโดยประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย หรือผู้แทนปวงชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากความผูกพันในทางกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ๆ มีผลเป็นการจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ การนั้นย่อมต้องผ่านกระบวนการพิจารณาของฝ่ายนิติบัญญัติ และพึงถูกควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรฝ่ายตุลาการได้

กระบวนการภายในระบบกฎหมายไทยในการเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาระหว่างประเทศก็อยู่ภายใต้หลักทั่วไปดังที่กล่าวไปข้างต้นนี้ แต่มีรายละเอียดของหลักเกณฑ์และขั้นตอนต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับองค์กรฝ่ายบริหารภายใต้ฐานทางรัฐธรรมนูญ กฎหมายระดับพระราชบัญญัติ และกฎหมายลำดับรอง ตลอดจนแนวปฏิบัติของฝ่ายบริหารต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องค่อนข้างมากและซับซ้อน ด้วยเหตุที่ผู้เขียนมีโอกาสศึกษาและจัดระบบเนื้อหาเหล่านี้อย่างละเอียด ในโครงการวิจัยเรื่อง “การเข้าร่วมอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการควบคุมและจัดการน้ำอับเฉา และตะกอนจากเรือ ค.ศ. 2004” เสนอต่อ กรมเจ้าท่า กระทรวงคมนาคม ในปีพุทธศักราช 2563 และเห็นว่าเนื้อหาเหล่านี้มีความสำคัญอย่างยิ่ง เพราะเป็นกระบวนการที่จะต้องดำเนินการในการเข้าร่วมเป็นภาคีและการอนุมัติการพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาแต่ละฉบับใด ๆ จึงได้นำเนื้อหาในส่วนนี้มาตีพิมพ์เผยแพร่เป็นบทความนี้

โดยเนื้อหาสาระจะเริ่มจากการอภิปรายทฤษฎีและหลักการทั่วไปเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยของรัฐ (Sovereignty of State) ตลอดจนหลักการทั่วไปในการแปลงพันธกรณีทางกฎหมายระหว่างประเทศมาเป็นกฎหมายภายใน ที่เรียกว่า “การอนุมัติการพันธกรณีทางกฎหมายระหว่างประเทศ” ซึ่งมีการดำเนินการได้ใน 2 ลักษณะใหญ่ ๆ ได้แก่ ระบบเอกนิยม (monism) และระบบทวินิยม (dualism) ในเนื้อหาส่วนที่ 1 ของบทความนี้ จากนั้นจึงจะได้อธิบายโครงสร้างการดำเนินการเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาระหว่างประเทศและการอนุมัติการพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาแต่ละฉบับในระบบกฎหมายไทย ว่ามีองค์กรใดบ้างที่มีส่วนเกี่ยวข้องในภาพรวม แล้วจึงลงรายละเอียดถึงฐานทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาแต่ละฉบับ และการอนุมัติการพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาแต่ละฉบับ อันเป็นการกำหนดหน้าที่และกระบวนการให้องค์กรของรัฐเหล่านั้นต้องดำเนินการ ทั้งฐานทางรัฐธรรมนูญ กฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ตลอดจนกฎหมายลำดับรอง และแนวทางปฏิบัติต่าง ๆ ของฝ่ายบริหาร เป็นส่วนที่ 2

หลังจากนั้น เนื้อหาสำคัญของบทความนี้ได้แก่ กระบวนการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับฝ่ายบริหารในการเข้าร่วมเป็นภาคีและการอนุวัติการพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาระหว่างประเทศ อันได้แก่ กระบวนการในชั้นการทำความตกลงระหว่างประเทศ กระบวนการในชั้นการออกกฎหมายเพื่ออนุวัติการพันธกรณีระหว่างประเทศ และกระบวนการหลังนำเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี รวมถึงกระบวนการของฝ่ายบริหารที่เกี่ยวข้องกับฝ่ายนิติบัญญัติในการเข้าร่วมเป็นภาคีและการอนุวัติการพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาระหว่างประเทศ⁴ จะได้ถูกแจกแจงอย่างละเอียดในส่วนที่ 3 และ 4 ตามลำดับ

ในท้ายที่สุด ส่วนที่ 5 ของบทความจะเป็นการสรุปแผนภาพขั้นตอนทางปฏิบัติทั้งหมดในการดำเนินการเพื่อเข้าร่วมเป็นภาคีและอนุวัติการพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาระหว่างประเทศ ทั้งนี้ ในการศึกษาเนื้อหาของบทความนี้จะมีกรายการเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการควบคุมและจัดการน้ำอับเฉาและตะกอนจากเรือ ค.ศ. 2004 เป็นตัวอย่างในบางส่วนด้วย เพื่อให้เห็นภาพที่ชัดเจนของการปรับใช้กระบวนการที่ซับซ้อนจากตัวบทกฎหมายและระเบียบต่าง ๆ สำหรับการดำเนินการจริงในทางปฏิบัติ

1. ทฤษฎีและหลักการทั่วไปเกี่ยวกับการเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาระหว่างประเทศและการอนุวัติการพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาระหว่างประเทศ

ดังที่ได้เกริ่นนำไว้แล้ว การทำความเข้าใจทฤษฎีและหลักการที่สำคัญเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายใน ได้แก่ ทฤษฎีอำนาจอธิปไตย และระบบการอนุวัติการพันธกรณีในทางกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายภายใน มีความสำคัญต่อการศึกษาหลักเกณฑ์และกระบวนการที่เกี่ยวข้องในการเข้าร่วมเป็นภาคีและการอนุวัติการพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาระหว่างประเทศ ทั้งนี้ สามารถพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

1.1 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับทฤษฎีอำนาจอธิปไตยของรัฐ

ภายใต้ระบบกฎหมายระหว่างประเทศ ผู้ทรงสิทธิและหน้าที่และเป็นตัวการหลักในการดำเนินกิจกรรมในทางกฎหมายระหว่างประเทศต่าง ๆ ได้แก่ รัฐ (state) ทั้งนี้ องค์ประกอบของความเป็นรัฐ (statehood) ถูกกำหนดขึ้นด้วยองค์ประกอบ 4 ประการ ได้แก่ ดินแดน (territory) ประชากร (population) รัฐบาล (Government) และความสามารถในการมีปฏิสัมพันธ์กับรัฐอื่น ๆ (capacity to enter into relations with other states)⁵ ประการนี้เป็นหลักทั่วไปที่ถูกละเลยและใช้อธิบายทั้งในทางวิชาการ และยังปรากฏในอนุสัญญา

⁴ บทความนี้มุ่งเน้นการพิจารณากระบวนการของฝ่ายบริหารเป็นหลัก แต่เมื่อกระบวนการของฝ่ายบริหารบางส่วนโดยเฉพาะอย่างยิ่งในการเสนอขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีและรัฐสภา และการเสนอร่างกฎหมายเพื่ออนุวัติการพันธกรณีทางกฎหมายระหว่างประเทศต่อรัฐสภา มีความเกี่ยวข้องกับฝ่ายนิติบัญญัติ ขอบเขตการศึกษาของบทความจึงรวมถึง “กระบวนการของฝ่ายบริหารที่เกี่ยวข้องกับฝ่ายนิติบัญญัติ” ด้วย อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนขอตั้งข้อสงวนไว้ว่ากระบวนการฝ่ายนิติบัญญัติอื่นเป็นการใช้อำนาจทางนิติบัญญัติโดยแท้ อาทิ การพิจารณาร่างกฎหมายในรัฐสภาวาระต่าง ๆ เช่นเดียวกับกระบวนการฝ่ายตุลาการในการตีความการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร อยู่นอกขอบเขตการศึกษาของบทความนี้

⁵ James R. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, p.447.; Matthew Craven, “Statehood, Self-Determination, and Recognition,” in *International Law*, Malcolm D Evans (Oxford: Oxford University Press, 2010), pp.203–251.; จุมพต สายสุนทร, *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1*, หน้า 182 – 209.; จันตรี ลินศุภฤกษ์, *กฎหมายระหว่างประเทศ*, หน้า 66–79.

ระหว่างประเทศบางอนุสัญญา อาทิ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของรัฐ ค.ศ. 1933 (Convention on the Rights and Duties of States 1933) ด้วย จึงถือเป็นบ่อเกิดทางกฎหมายระหว่างประเทศประเภทหนึ่ง⁶

ด้วยเหตุที่เงื่อนไขขอความเป็นรัฐเป็นสิ่งที่ถูกกำหนดขึ้นด้วยข้อกำหนดทางกฎหมายบางประการ ได้แก่ องค์ประกอบทั้ง 4 ประการที่ได้อธิบายไปข้างต้น รัฐจึงมีสถานะภาพเป็น “ผู้ทรงสิทธิดั้งเดิม” กล่าวคือ ความเป็นรัฐมิได้ถูกก่อกำเนิดโดยอาศัยผู้ทรงสิทธิอื่น ๆ⁷ ดังนั้น รัฐย่อมมีอำนาจและสิทธิในการดำเนินการกิจกรรมในทางกฎหมายระหว่างประเทศต่าง ๆ ได้อย่างสมบูรณ์ด้วยตนเอง ซึ่งอำนาจสูงสุดและเป็นของรัฐอย่างแท้จริงนี้เอง เรียกว่า อำนาจอธิปไตย (sovereignty) โดยสาระสำคัญของความเป็นผู้ทรงอำนาจอธิปไตยนั้น รัฐจำเป็นต้องไม่อยู่ภายใต้บังคับของอำนาจอื่นใด มีเอกราชในการดำเนินการต่าง ๆ ทั้งภายในและภายนอก รัฐ เรียกว่า สิทธิในเอกราชอธิปไตยภายใน และ สิทธิในเอกราชอธิปไตยภายนอก⁸

สิทธิในเอกราชอธิปไตยภายใน ได้แก่ การมีสิทธิในการเลือกระบอบและโครงสร้างการเมืองการปกครองภายในรัฐของตน สามารถกำหนดหลักเกณฑ์ ขั้นตอนและวิธีการได้มาซึ่งองค์กรนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ กระบวนการตรากฎหมาย การให้และจำกัดอำนาจบังคับใช้กฎหมายของฝ่ายบริหาร และการควบคุม ตรวจสอบและตีความข้อพิพาทอันเกิดจากการใช้บังคับใช้กฎหมายโดยองค์กรฝ่ายตุลาการ⁹

ส่วนสิทธิในเอกราชอธิปไตยภายนอก หมายถึง สิทธิที่รัฐจะต้องมีสถานะซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานแห่งความเท่าเทียมกันต่อรัฐอธิปไตยและองค์การระหว่างประเทศอื่น ๆ ซึ่งความเสมอภาคนี้สามารถถูกแสดงออกผ่านการมีปฏิสัมพันธ์กับรัฐหรือองค์การในทางกฎหมายระหว่างประเทศอื่น ๆ อาทิ การเข้าผูกพันในข้อตกลงระหว่างประเทศที่รัฐอธิปไตยหนึ่งทำขึ้นกับรัฐอธิปไตยอื่นต้องอยู่บนพื้นฐานของความยินยอม รัฐอธิปไตยย่อมไม่อาจถูกบังคับจากรัฐอธิปไตยอื่น ๆ ให้ต้องเข้าผูกพันตนในพันธกรณีระหว่างประเทศได้¹⁰ นอกจากนี้ สิทธิดังกล่าวของรัฐอธิปไตยยังแปรสภาพไปเป็นหน้าที่ของรัฐอธิปไตยที่จะต้องงดเว้นการเข้าแทรกแซงในกิจการของรัฐอื่น ๆ และสิทธิในการเรียกร้องให้รัฐผู้ละเมิดอำนาจอธิปไตยของรัฐตนต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจที่ไม่ถูกต้องอีกด้วย¹¹

⁶ ด้วยเหตุที่ถูกใช้โดยทั่วไปอย่าง “กว้างขวาง สม่าเสมอ และเป็นรูปแบบเดียวกัน” จึงอาจถือได้ว่าองค์ประกอบ 4 ประการนี้มีสถานะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย (โปรดดู จุมพต สายสุนทร, *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1*, หน้า 183.)

⁷ เรื่องเดียวกัน

⁸ จันตรี สิ้นศุภฤกษ์, *กฎหมายระหว่างประเทศ*, หน้า 80-82.

⁹ เรื่องเดียวกัน

¹⁰ สถานะเช่นนี้อาจเกิดจากวิวัฒนาการในทางความคิดของกฎหมายระหว่างประเทศบางประการ อาทิ ความสัมพันธ์ทางการทูตระหว่างรัฐที่แปรเปลี่ยนจากการทำสงครามล่าอาณานิคมไปเป็นการคำนึงถึงประโยชน์ร่วมกันสังคมนานาชาติ (โปรดดูเพิ่มเติมใน James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, pp.3-6.; Malcolm N Shaw, *International Law*, pp.13-41. และหัวข้อ ลักษณะและวิวัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศในระบอบระหว่างประเทศ ใน จันตรี สิ้นศุภฤกษ์, *กฎหมายระหว่างประเทศ*, หน้า 1-16.)

¹¹ จันตรี สิ้นศุภฤกษ์, *กฎหมายระหว่างประเทศ*, หน้า 82-84.

ดังนั้น ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ รัฐอธิปไตยหนึ่ง ๆ จึงมีอำนาจโดยเด็ดขาดในการตัดสินใจว่าจะเข้าทำความตกลงระหว่างประเทศ เข้าร่วมเป็นภาคีสัญญาระหว่างประเทศ หรือเข้าร่วมเป็นสมาชิกองค์การระหว่างประเทศใด ๆ หรือไม่ การดำเนินกิจกรรมในทางกฎหมายระหว่างประเทศเหล่านี้ล้วนขึ้นอยู่กับความยินยอมและเท่าเทียมของรัฐในฐานะที่เป็นเจตนาของผู้ทรงสิทธิ ซึ่งรัฐอื่น ๆ ไม่อาจบังคับขู่เข็ญหลอกลวง ให้ดำเนินการได้¹² นอกจากนี้ รัฐอธิปไตยหนึ่ง ๆ ยังสามารถกำหนดหลักเกณฑ์ ขั้นตอน และกระบวนการภายในระบบกฎหมายของตนในการพิจารณาว่ารัฐจะผูกพันตนในพันธกรณีระหว่างประเทศใดหรือไม่ ได้อย่างอิสระ

1.2 ระบบเอกนิยมและระบบทวินิยมในความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน

จากเนื้อหาข้างต้น รัฐต่าง ๆ ย่อมมีอำนาจอธิปไตยในการดำเนินการทางระหว่างประเทศ และมีอำนาจอธิปไตยที่จะกำหนดขั้นตอนภายในรัฐในการดำเนินการดังกล่าว ซึ่งโดยหลักแล้ว กระบวนการภายนอก (กระบวนการทางกฎหมายระหว่างประเทศ) และกระบวนการภายในรัฐ (กระบวนการในระบบกฎหมายของรัฐ) จะมีความสัมพันธ์เกี่ยวโยงกันในหลากหลายรูปแบบ แต่ที่เป็นที่ใช้อย่างแพร่หลายในระบบกฎหมายต่าง ๆ ได้แก่ ระบบเอกนิยม (monism) และระบบทวินิยม (dualism) ซึ่งมีเนื้อหาโดยสังเขปดังต่อไปนี้

ระบบเอกนิยม เป็นระบบความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในที่เชื่อในทฤษฎีแนวคิดแบบภาวะนิยม (objectivism) ซึ่งถือว่าระบบกฎหมายทั้งภายในและภายนอกนั้นเป็นระบบกฎหมายหนึ่งเดียว ดังนั้น พันธกรณีในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่รัฐโดยผู้มีอำนาจของรัฐได้แสดงเจตนาเข้าผูกพันย่อมมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในรัฐนั้น ๆ ได้อย่างสมบูรณ์¹³

ส่วนระบบทวินิยม กลับมองสวนทางกับระบบเอกนิยมอย่างสิ้นเชิง กล่าวคือ นักกฎหมายที่สนับสนุนระบบทวินิยมเชื่อถือแนวคิดแบบอัตนิยม (subjectivism) ซึ่งถือว่าเจตนาของรัฐเป็นสิ่งที่มีความสำคัญสูงสุด ดังนั้น ระบบกฎหมายระหว่างประเทศกับระบบกฎหมายภายในจึงเป็นกฎหมายคนละระบบ และต้องแยกออกจากกัน เพราะกฎหมายระหว่างประเทศนั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเท่าเทียมกันระหว่างรัฐอธิปไตยต่าง ๆ แต่กฎหมายภายในนั้นมีการกำหนดลำดับศักดิ์ของบ่อเกิดของกฎหมายประเภทต่าง ๆ อย่างชัดเจน อาทิ รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐ เป็นต้น¹⁴

¹² จาตุรนต์ ธีระวัฒน์, *กฎหมายระหว่างประเทศ*, หน้า 36-38.

¹³ เป็นไปตามรากฐานแนวคิดของ Kelsen โปรดดูเพิ่มเติมใน จันตรี สิ้นศุภฤกษ์, *กฎหมายระหว่างประเทศ*, หน้า 53-54.

¹⁴ เป็นไปตามรากฐานแนวคิดของ Triepel โปรดดูเพิ่มเติมใน จันตรี สิ้นศุภฤกษ์, *กฎหมายระหว่างประเทศ*, หน้า 55-56.

แม้รัฐอธิปไตยต่าง ๆ ในสังคมนานาชาติจะสามารถกำหนดรายละเอียดหลักเกณฑ์ในการดำเนินการเข้าผูกพันในพันธกรณีระหว่างประเทศแตกต่างกันออกไปตามแต่ที่รัฐนั้น ๆ จะพิจารณาแล้วว่าเป็นหลักเกณฑ์และขั้นตอนที่สมควร แต่ข้อแตกต่างในการดำเนินการที่สำคัญประการหนึ่งระหว่างประเทศที่ยึดถือระบบเอกราชและประเทศที่ยึดถือระบบทวินิยม คือ ประเทศที่ยึดถือระบบเอกราชจะไม่จำเป็นต้องแปลงสภาพกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายภายในอีก เพราะทั้งสองประการเป็นระบบกฎหมายภายในอยู่แล้ว ในขณะที่ประเทศที่ยึดถือระบบทวินิยมจำเป็นต้องแปลงรูป (transformation) พันธกรณีระหว่างประเทศเป็นกฎหมายภายใน ซึ่งอาจใช้การประกาศรับพันธกรณีในทางกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ๆ โดยตรง หรือการกำหนดให้องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติในรัฐต้องนำเนื้อหาในพันธกรณีระหว่างประเทศมาตราเป็นกฎหมายภายในเพื่อรองรับพันธกรณีในกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ๆ และดำเนินการประกาศใช้ต่อไป ซึ่งเรียกว่าการอนุวัติการพันธกรณีในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ก็ได้¹⁵

2. โครงสร้างและฐานทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาระหว่างประเทศและการอนุวัติการพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาระหว่างประเทศในระบบกฎหมายไทย

2.1 โครงสร้างอำนาจหน้าที่ขององค์กรภายในระบบกฎหมายไทย

ดังหลักทั่วไปซึ่งได้อธิบายไปข้างต้นแล้ว ประเทศไทยในฐานะผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศย่อมมีสิทธิในการเข้าผูกพันตนและเป็นภาคีในอนุสัญญาระหว่างประเทศกับรัฐอื่น ๆ เช่นกัน ทั้งนี้ แม้มิได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจน แต่ทำนองของประเทศไทยในทางปฏิบัติที่มีต่อการนำกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้ในระบบกฎหมายภายในมีลักษณะเป็นไปตามสำนักทวินิยม กล่าวคือ การนำข้อบังคับหรือข้อตกลงตามกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้ภายในประเทศต้องผ่านการอนุวัติการเสียก่อน¹⁶ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การรับกฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาเป็นกฎหมายภายในเป็นกระบวนการที่ต้องดำเนินตามขั้นตอนและแบบแผนที่กำหนดไว้ในระบบกฎหมายนั่นเอง

อนึ่ง กระบวนการภายในระบบกฎหมายไทยดังกล่าวสะท้อนให้เห็นถึงความสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องกันระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ หน่วยงานภายในฝ่ายบริหารที่มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับเนื้อหาของอนุสัญญาระหว่างประเทศหรือข้อตกลงระหว่างประเทศ และประสงค์จะให้มีการเข้าร่วมเป็นภาคีสนธิสัญญาระหว่างประเทศและการตรากฎหมายอนุวัติการพันธกรณี ต้องเสนอเรื่องเพื่อขอความเห็นชอบในการดำเนินการความสัมพันธ์ระหว่างประเทศดังกล่าวกับคณะรัฐมนตรี ซึ่งเป็นผู้ดำเนินการหลักในการใช้อำนาจบริหารตัดสินใจดำเนินปฏิสัมพันธ์กับกิจการต่างประเทศต่าง ๆ โดยมีหน่วยงานอื่น ๆ ของฝ่ายบริหาร ได้แก่ กระทรวงการต่างประเทศ สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี และสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ทำหน้าที่ประสานงานและให้คำปรึกษาในการดำเนินการ

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 55.

¹⁶ สังเกตได้จากเนื้อความเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ (โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 2.2.1 ด้านล่าง)

นอกจากนี้ หน่วยงานภายในฝ่ายบริหารที่มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับเนื้อหาของอนุสัญญาระหว่างประเทศ หรือข้อตกลงระหว่างประเทศ และประสงค์จะให้มีการเข้าร่วมเป็นภาคีสันติสัญญาระหว่างประเทศและการตรา กฎหมายอนุวัติการพันธกรณี ยังจะต้องดำเนินเรื่องต่อรัฐสภาเพื่อขออนุมัติในการที่ฝ่ายบริหารจะลงนามหรือ ให้สัตยาบันพันธกรณีในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ตลอดจนเสนอร่างกฎหมายเพื่ออนุวัติการพันธกรณีนั้น ๆ เป็นกฎหมายภายใน โดยผ่านขั้นตอนต่าง ๆ เกี่ยวกับการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย อาทิ การจัดให้มีการ รับฟังความคิดเห็นต่อประชาชน การตรวจสอบความจำเป็นของกฎหมายโดยสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีและ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาด้วย ซึ่งขั้นตอนเหล่านี้ล้วนเป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนในฐานะเจ้าของ อำนาจอธิปไตยสามารถเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการเข้าร่วมเป็นภาคีสันติสัญญาระหว่างประเทศและการตรา กฎหมายอนุวัติการพันธกรณีระหว่างประเทศ ทั้งนี้ กระบวนการทั้งหมดจะได้ถูกแจกแจงโดยละเอียดในส่วนที่ 3 และ 4 ต่อไป

2.2 ฐานทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเข้าร่วมเป็นภาคีสันติสัญญาระหว่างประเทศและการอนุวัติ การพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาระหว่างประเทศ

ก่อนที่จะพิจารณาถึงรายละเอียดของกระบวนการต่าง ๆ ที่ฝ่ายบริหารต้องดำเนินการ พึงศึกษา เสียก่อนว่ากระบวนการเหล่านี้มีฐานที่มาทางกฎหมายอย่างไรบ้าง ทั้งฐานทางรัฐธรรมนูญ ฐานกฎหมายระดับ พระราชบัญญัติ ฐานกฎหมายลำดับรอง ตลอดจนระเบียบภายในของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ เพื่อให้เกิด ความเข้าใจอย่างสมบูรณ์ถึงที่มาของอำนาจและหน้าที่ที่หน่วยงานของรัฐต่าง ๆ จะต้องยึดถือในการดำเนินการ เพื่อเข้าร่วมเป็นภาคีสันติสัญญาระหว่างประเทศและการอนุวัติการพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาระหว่างประเทศ

2.2.1 ฐานทางรัฐธรรมนูญ

ฐานทางกฎหมายลำดับแรกที่กำหนดขั้นตอนการดำเนินการเข้าร่วมเป็นภาคีสันติสัญญา ระหว่างประเทศและการอนุวัติการพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาระหว่างประเทศ ได้แก่ ฐานทางรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้วางหลักเกณฑ์ในการเข้าทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ของคณะรัฐมนตรี ภายใต้มาตรา 178 หมวด 8 ว่าด้วยเรื่องคณะรัฐมนตรีว่า การเข้าทำหนังสือสัญญาระหว่าง ประเทศที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขต อำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไป ตามหนังสือสัญญา และหนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้าหรือ การลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง เช่น หนังสือสัญญาเกี่ยวกับการค้าเสรี เขตศุลกากรร่วมหรือการให้ใช้ ทรัพยากรธรรมชาติ หรือทำให้ประเทศต้องสูญเสียสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติทั้งหมดหรือบางส่วน หรือหนังสือ สัญญาอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ รัฐมีหน้าที่ต้องขอความเห็นชอบต่อรัฐสภา¹⁷ และยังกำหนดให้ต้องรับฟังความ คิดเห็นของประชาชน หรือให้การเยียวยาหากการดำเนินการดังกล่าวสร้างผลกระทบต่อประชาชน¹⁸ นอกจากนี้ ยังกำหนดให้องค์กรตุลาการเข้ามามีส่วนร่วมในการตรวจสอบและวินิจฉัยอีกด้วย¹⁹

¹⁷ มาตรา 178 วรรคสองและสาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

¹⁸ มาตรา 178 วรรคสี่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

¹⁹ มาตรา 178 วรรคห้า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

นอกจากมาตรา 178 ข้างต้นแล้ว รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันยังกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวข้อง การตรากฎหมายภายใต้บทบัญญัติมาตรา 77 ว่าด้วยเรื่องแนวนโยบายแห่งรัฐว่า การตรากฎหมายต่าง ๆ ของไทยนั้น รัฐต้องจัดให้มีการตรากฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น สอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบัน และไม่เป็นการ สร้างภาระให้แก่ประชาชนจนเกินควร การตรากฎหมายใด ๆ ของรัฐนั้น สมควรที่จะต้องให้ประชาชนและ ผู้เกี่ยวข้องเข้ามามีส่วนร่วมผ่านการรับฟังความคิดเห็น นอกจากนี้ รัฐมีหน้าที่ต้องวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจ จะเกิดขึ้นจากกฎหมายต่าง ๆ อย่างรอบคอบ และพึงประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายตามสมควรอีกด้วย²⁰

2.2.2 ฐานตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ

จากฐานทางรัฐธรรมนูญที่ปรากฏข้างต้น ได้นำมาสู่การตรากฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ว่าด้วยการตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมาย ได้แก่ พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมาย และการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 ซึ่งเป็นการนำความตามมาตรา 77 รัฐธรรมนูญแห่งราช อาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาขยายความและกำหนดวิธีการที่รัฐต้องพึงดำเนินการอย่างละเอียด เมื่อประสงค์จะให้มีการตรากฎหมาย โดยเนื้อหาสำคัญของการดำเนินการประกอบไปด้วย

ประการแรก หน่วยงานของรัฐสามารถเสนอร่างกฎหมายหรือจัดทำกฎหมายเพียงเท่าที่ จำเป็น และพึงยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ หรือเป็น อุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้า เพื่อไม่ให้เป็นภาระของประชาชน²¹

ประการที่สอง หน่วยงานของรัฐต้องจัดให้มีการแสดงความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องที่ประสงค์ จะตรากฎหมาย และจำเป็นต้องนำข้อหลักการและประเด็นสำคัญในร่างกฎหมายเสนอแก่ประชาชน²² พร้อมทั้ง นำความเห็นของประชาชนมาประกอบการวิเคราะห์ถึงผลกระทบที่ประชาชนจะได้รับ²³ และ

ประการที่สาม หน่วยงานของรัฐต้องจัดทำวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการตรา กฎหมายนั้น ๆ อย่างเป็นระบบและรอบด้าน²⁴

อนึ่ง ขั้นตอนที่ฝ่ายบริหารจะต้องดำเนินการเป็นไปตามรายละเอียดที่จะได้ถูกแจกแจงใน ส่วนที่ 3 ของบทความต่อไป

2.2.3 ฐานตามกฎหมายลำดับรอง

ในขั้นตอนย่อยของการดำเนินการเข้าร่วมเป็นภาคีสัญญาระหว่างประเทศและการอนุวัติ การพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญาระหว่างประเทศนั้น มีฐานตามกฎหมายลำดับรอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในระดับ พระราชกฤษฎีกาที่จะต้องพิจารณา ได้แก่ พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 ซึ่งได้กำหนดแนวทางการดำเนินกระบวนการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี เช่น เรื่องที่อยู่ในขอบเขต

²⁰ มาตรา 77 วรรคสองและสาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

²¹ มาตรา 12 พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562

²² มาตรา 13 พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562

²³ มาตรา 16 พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562

²⁴ มาตรา 17 พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562

อำนาจของคณะรัฐมนตรี และต้องเข้าสู่การพิจารณาของคณะรัฐมนตรีทุกครั้ง²⁵ วิธีการและระเบียบการประชุมของคณะรัฐมนตรีในการพิจารณาเรื่องต่าง ๆ²⁶ แนวทางการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี²⁷ ตลอดจนกลไกการดำเนินงานพื้นฐานของหน่วยงานภายใต้สังกัด กล่าวคือ สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี²⁸ ดังนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องศึกษาขอบเขตอำนาจและเรื่องที่จะสามารถนำเสนอต่อคณะรัฐมนตรี กรอบการดำเนินงานหลังจากได้ส่งเรื่องเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีแล้ว ตลอดจนการดำเนินการประสานงานหรือติดต่อกับคณะรัฐมนตรี ภายใต้พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวด้วย

2.2.4 ระเบียบภายในและแนวทางปฏิบัติอื่น ๆ ของฝ่ายบริหาร

นอกจากฐานทางรัฐธรรมนูญ ฐานกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ และฐานกฎหมายลำดับรองข้างต้น การศึกษาแนวทางปฏิบัติต่าง ๆ ที่ฝ่ายบริหารได้สร้างขึ้นก็มีส่วนสำคัญ เพราะแนวทางปฏิบัติเหล่านี้ถือเป็นระเบียบภายในของฝ่ายบริหารที่มีสภาพบังคับผลผูกพันภายในองค์กรฝ่ายบริหาร ซึ่งมีเนื้อหาที่ช่วยสร้างความเข้าใจในกระบวนการเข้าร่วมอนุสัญญาระหว่างประเทศและการตรากฎหมายรองรับในระบบกฎหมายไทยให้มีความชัดเจนมากขึ้น ซึ่งระเบียบและแนวทางปฏิบัติภายในฝ่ายบริหารที่เกี่ยวข้องในการเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาระหว่างประเทศและการอนุวัติการพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาระหว่างประเทศนั้น มี 4 รูปแบบ ได้แก่

รูปแบบที่หนึ่ง ได้แก่ มติคณะรัฐมนตรีต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการทำความตกลงระหว่างประเทศ และการตรากฎหมาย อาทิ

- มติคณะรัฐมนตรี เรื่อง การติดต่อทำความตกลงกับต่างประเทศ การทำอนุสัญญาและสนธิสัญญา ต่าง ๆ (ลงวันที่ 21 กรกฎาคม พ.ศ. 2535)
- มติคณะรัฐมนตรี เรื่อง การทำความตกลงกับต่างประเทศ การทำอนุสัญญา และสนธิสัญญา ต่าง ๆ (ลงวันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2545)
- มติคณะรัฐมนตรี เรื่อง หลักเกณฑ์และแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการออกหนังสือมอบอำนาจเต็ม (Full powers) (ลงวันที่ 2 กรกฎาคม พ.ศ. 2556)
- มติคณะรัฐมนตรี เรื่อง การปรับปรุงถ้อยคำหนังสือสัญญาที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ (ลงวันที่ 30 มิถุนายน พ.ศ. 2558)
- มติคณะรัฐมนตรี เรื่อง แนวทางการจัดทำและการเสนอร่างกฎหมายตามบทบัญญัติมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญราชอาณาจักรไทยและหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความจำเป็นในการตราพระราชบัญญัติ (Checklist) (ลงวันที่ 4 เมษายน พ.ศ. 2560)

²⁵ มาตรา 4 พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548

²⁶ มาตรา 8 พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548

²⁷ มาตรา 10 พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548

²⁸ มาตรา 7 มาตรา 11 มาตรา 13 และมาตรา 14 พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548

- มติคณะรัฐมนตรี เรื่อง การติดต่อทำความตกลงกับต่างประเทศ การทำอนุสัญญา และสนธิสัญญา ต่าง ๆ (ลงวันที่ 22 พฤษภาคม พ.ศ. 2561)

- มติคณะรัฐมนตรี เรื่อง แนวทางปฏิบัติของส่วนราชการตามบทบัญญัติมาตรา 178 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ลงวันที่ 5 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2562)

รูปแบบที่สอง ได้แก่ ระเบียบภายในฝ่ายบริหาร อาทิ ระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 ที่ได้จัดทำขึ้นโดยสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ซึ่งได้วางหลักในเรื่องหลักเกณฑ์และแนวทางการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรีเพิ่มเติมจากพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 โดยปรากฏรายละเอียดที่จำเป็นต่อการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี เช่น การส่งเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี²⁹ การจัดทำเนื้อหาที่ต้องปรากฏในการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อขอความเห็นชอบในเรื่องทั่วไปและการตรากฎหมาย³⁰ เป็นต้น

รูปแบบที่สาม ได้แก่ หนังสือเวียนที่ออกโดยสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี อาทิ หนังสือเวียน เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการส่งเรื่องไปเพื่อเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อสนับสนุนนโยบาย Thailand 4.0 เป็นต้น

รูปแบบที่สี่ ได้แก่ คู่มือ รายงานและคำอธิบายที่ได้จัดทำขึ้นโดยหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ กระทรวงการต่างประเทศ และสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี อาทิ

- คู่มือ หลักการ ขั้นตอนดำเนินการ และแนวทางปฏิบัติในการจัดทำสนธิสัญญา โดยกองสนธิสัญญา กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงต่างประเทศ (กันยายน 2548)

- แนวทางปฏิบัติตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 และระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548

เมื่อหน่วยงานฝ่ายบริหารประสงค์จะดำเนินการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาระหว่างประเทศและดำเนินการตรากฎหมายรองรับบทบัญญัติ หน่วยงานนั้นจะต้องทำการศึกษาขั้นตอนที่กำหนดตามกฎหมายและข้อบังคับต่าง ๆ เหล่านี้ให้ครบถ้วน ในส่วนต่อไปนี้จะกล่าวถึงเนื้อหาขั้นตอนต่าง ๆ ที่หน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการตามกฎหมายและแนวปฏิบัติที่ปรากฏเหล่านี้

3. กระบวนการของฝ่ายบริหารในการเข้าร่วมเป็นภาคีและการอนุวัติการพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาระหว่างประเทศ

หน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหารจะต้องดำเนินการตามกฎหมาย กฎหมายลำดับรองและแนวทางปฏิบัติต่าง ๆ ที่ได้แจกแจงไปแล้วในหัวข้อก่อน ซึ่งสามารถแบ่งขั้นตอนหลัก ๆ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับฝ่ายบริหารได้ 3 ขั้นตอน ได้แก่ ขั้นตอนในการทำความตกลงระหว่างประเทศ ขั้นตอนในการออกกฎหมายอนุวัติการ และขั้นตอนหลังนำเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี ทั้งนี้ หน่วยงานของรัฐที่ประสงค์จะเสนอเรื่องเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาระหว่างประเทศ ต้องดำเนินการดังต่อไปนี้

²⁹ ข้อ 7 และข้อ 8 ระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548

³⁰ ข้อ 13 ข้อ 14 ข้อ 15 และข้อ 16 ระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548

3.1 กระบวนการในขั้นการทำความตกลงระหว่างประเทศ

3.1.1 การเจรจาและหารือในข้อตกลงระหว่างประเทศ

ด้วยการดำเนินเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันรัฐบาลไทย เป็นเรื่องที่อยู่ในขอบเขตอำนาจพิจารณาของคณะรัฐมนตรี ดังนั้น หน่วยงานของรัฐที่ประสงค์จะทำความตกลง หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ส่งผลผูกพันรัฐบาลไทย จึงต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อนดำเนินการเข้าทำความตกลงระหว่างประเทศ³¹ อย่างไรก็ตาม เพื่อให้การเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาเกี่ยวกับการจัดทำความตกลงระหว่างประเทศเป็นไปอย่างถูกต้องและชัดเจน คณะรัฐมนตรีจึงได้มีมติกำหนดให้ หน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการเจรจาหารือกับคู่ภาคีให้ได้ข้อยุติและเห็นชอบร่วมกันก่อนเสนอเรื่องเข้าสู่การพิจารณาของคณะรัฐมนตรี ทั้งนี้ คณะรัฐมนตรีได้มอบหมายให้กระทรวงการต่างประเทศมีหน้าที่เป็นหน่วยงานกลางในการให้คำปรึกษาหรือให้ความเห็นแก่หน่วยงานของรัฐต่อการดำเนินการเจรจาและพิจารณาข้อตกลงหรือ บทบัญญัติระหว่างประเทศ³² ดังนั้น หน่วยงานของรัฐจึงมีหน้าที่ต้องพิจารณาและหารือกับกระทรวงการต่างประเทศในเนื้อหาและวัตถุประสงค์ ตลอดจนปัญหาเกี่ยวกับประเภทของความตกลงระหว่างประเทศให้ได้ ข้อยุติและเป็นที่ยอมรับ

ตามแนวปฏิบัติของไทยที่ผ่านมา หน่วยงานของรัฐจะประสานงานให้กระทรวงการต่างประเทศดำเนินการเจรจาและติดต่อกับหน่วยงานต่างประเทศ หรือหากปรากฏว่าทางหน่วยงานต่างประเทศ ได้ติดต่อไปยังหน่วยงานของรัฐโดยตรง หน่วยงานของรัฐต้องส่งเรื่องให้กระทรวงการต่างประเทศพิจารณาเพื่อขอความเห็นและคำแนะนำเกี่ยวกับการเจรจาและการพิจารณาข้อตกลงระหว่างประเทศเสมอ³³ ทั้งนี้ กระทรวงการต่างประเทศอาจจัดตั้งคณะกรรมการเพื่อพิจารณาความจำเป็นเหมาะสมของการจัดทำข้อตกลงระหว่างประเทศก็ได้³⁴ และเมื่อการเจรจาทางระหว่างประเทศสิ้นสุดลงเป็นที่เรียบร้อยแล้ว หน่วยงานของรัฐจึงจะเริ่มดำเนินการนำเรื่องเข้าสู่การพิจารณาขอเข้าเป็นภาคีในข้อตกลงระหว่างประเทศจากคณะรัฐมนตรีต่อไป³⁵

3.1.2 การเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรีและรัฐสภาให้แสดงเจตนาผูกพัน

เมื่อการเจรจามีข้อยุติเป็นที่เรียบร้อยแล้ว หน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการส่งเรื่องต่อคณะรัฐมนตรีและรัฐสภาเพื่อเข้าทำความผูกพันตามข้อตกลงระหว่างประเทศ³⁶ อย่างไรก็ตาม หากการดำเนิน

³¹ มาตรา 4 (7) พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548

³² มติคณะรัฐมนตรี เรื่อง การติดต่อทำความตกลงกับต่างประเทศ การทำอนุสัญญา และสนธิสัญญาต่าง ๆ ลงวันที่ 21 กรกฎาคม พ.ศ. 2535

³³ มติคณะรัฐมนตรี เรื่อง การติดต่อทำความตกลงกับต่างประเทศ การทำอนุสัญญา และสนธิสัญญาต่าง ๆ ลงวันที่ 21 กรกฎาคม พ.ศ. 2535 และมติคณะรัฐมนตรี เรื่อง การติดต่อทำความตกลงกับต่างประเทศ การทำอนุสัญญา และสนธิสัญญาต่าง ๆ ลงวันที่ 22 พฤษภาคม พ.ศ. 2561

³⁴ มติคณะรัฐมนตรี เรื่อง การทำหนังสือสัญญาที่หน่วยงานสามารถดำเนินการได้ตามอำนาจหน้าที่โดยไม่ต้องเสนอคณะรัฐมนตรี ลงวันที่ 27 มกราคม พ.ศ. 2558 คณะกรรมการประกอบไปด้วยผู้แทนหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี สำนักคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติและสำนักงบประมาณ ร่วมเป็นกรรมการด้วย

³⁵ ตามนัยของมติคณะรัฐมนตรี เรื่อง การทำหนังสือสัญญาที่หน่วยงานสามารถดำเนินการได้ตามอำนาจหน้าที่โดยไม่ต้องเสนอคณะรัฐมนตรี ลงวันที่ 27 มกราคม พ.ศ. 2558

³⁶ มาตรา 4 (7) พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548

ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือที่เกี่ยวกับองค์กรระหว่างประเทศนั้นไม่มีผลผูกพันรัฐบาลไทย³⁷ และไม่ปรากฏลักษณะตามที่กำหนดไว้ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 178 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560³⁸ หน่วยงานของรัฐสามารถดำเนินการได้โดยไม่จำเป็นต้องเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรีหรือรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบใด ๆ

แต่หากเป็นกรณีที่มีการเข้าเป็นภาคีก่อให้เกิดสิทธิ หน้าที่ และความผูกพันแก่รัฐไทย และต้องมีการออกกฎหมายรองรับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามมาตรา 178 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ดังเช่นการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการควบคุมและจัดการน้ำอับเฉาและตะกอนเรือ ค.ศ. 2004 ซึ่งถูกยกมาเป็นตัวอย่างในบทความนี้³⁹ หน่วยงานเจ้าของเรื่อง ได้แก่ กรมเจ้าท่าจึงมีหน้าที่ต้องนำเสนอเรื่องดังกล่าวต่อคณะรัฐมนตรี เพื่อเสนอขอความเห็นชอบจากรัฐสภาในการแสดงความผูกพัน โดยการเสนอเรื่องเข้าสู่การพิจารณาของคณะรัฐมนตรีนั้น รัฐมนตรีเจ้าสังกัดเป็นผู้มีอำนาจในการลงนามเสนอเรื่อง อาทิ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงที่เกี่ยวข้องกับกิจการนั้น ๆ (ในกรณีของอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการควบคุมและจัดการน้ำอับเฉาและตะกอนเรือ ค.ศ. 2004 ย่อมได้แก่ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม)⁴⁰ และเมื่อได้รับการลงนามจากรัฐมนตรีเจ้าสังกัดแล้ว หน่วยงานของรัฐจึงจะสามารถดำเนินการเสนอเรื่องไปยังสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีต่อไป⁴¹

ในการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรีนั้น หน่วยงานของรัฐต้องจัดทำเอกสารเพื่อประกอบการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี พร้อมทั้งดำเนินการจัดส่งเอกสารอื่น ๆ เช่น เอกสารการประชุม การเจรจา การมอบอำนาจให้แก่ผู้แทนเข้าร่วมการประชุมหรือเจรจา หรือเรื่องใด ๆ ที่ดำเนินเกี่ยวข้องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ มาพร้อมกับหนังสือต้นเรื่องให้ชัดเจนและครบถ้วน⁴² นอกจากนี้ ยังต้องจัดส่งความเห็นของกระทรวงการต่างประเทศที่ได้รับเพื่อประกอบการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีด้วย⁴³

³⁷ มติคณะรัฐมนตรี เรื่อง การทำหนังสือสัญญาที่หน่วยงานสามารถดำเนินการได้ตามอำนาจหน้าที่โดยไม่ต้องเสนอคณะรัฐมนตรี ลงวันที่ 27 มกราคม พ.ศ. 2558 ระบุเงื่อนไข 7 ประการ ประกอบไปด้วย (1) หนังสือสัญญาต้องไม่ขัดความตกลงที่ทำขึ้นระหว่างรัฐหรือระหว่างรัฐกับองค์กรระหว่างประเทศที่มุ่งหมายจะมีผลผูกพันทางกฎหมายระหว่างประเทศ (2) ทำขึ้นตามอำนาจหน้าที่ที่มีอยู่ของส่วนราชการระดับกรม (3) ไม่ได้มีเนื้อหาที่เป็นเรื่องสำคัญหรือเกี่ยวข้องกับนโยบาย เช่น ไม่มีเนื้อหาที่กระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ทางสังคมหรือเศรษฐกิจการค้า หรือไม่กระทบต่อสิทธิทรัพย์สินทางปัญญา สิทธิในพันธุ์พืช พันธุ์สัตว์ หรือสิทธิประโยชน์อื่น ๆ ที่อาจทำให้ไทยสูญเสียผลประโยชน์ (4) ไม่ก่อให้เกิดผลผูกพันกับงบประมาณนอกเหนือจากงบประมาณที่ส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐได้รับจัดสรรโดยความเห็นชอบของรัฐสภาแล้ว (5) สามารถดำเนินการได้ภายใต้กฎหมายหรือกฎระเบียบที่ใช้บังคับอยู่ในขณะทำความตกลงนั้น ๆ (6) รัฐมนตรีเจ้าสังกัดให้ความเห็นชอบในการจัดทำความตกลงฯ แล้ว (7) ส่วนราชการเจ้าของเรื่องได้เสนอร่างความตกลงฯ ให้กระทรวงต่างประเทศพิจารณาด้วยและให้ความเห็นชอบแล้ว

³⁸ โปรดดูเชิงอรรถที่ 17

³⁹ เพราะเป็นหนังสือสัญญาที่มีเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทย มีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา และหนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคง ทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง ตามความนัยมาตรา 178 วรรคสองและสาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

⁴⁰ มาตรา 6 พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 และดูเพิ่มเติมในแนวทางการปฏิบัติตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 และระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 หน้า 31 และหน้า 32

⁴¹ เรื่องเดียวกัน

⁴² มติคณะรัฐมนตรี เรื่อง การติดต่อทำความตกลงกับต่างประเทศ การทำอนุสัญญา และสนธิสัญญาต่าง ๆ ลงวันที่ 22 พฤษภาคม พ.ศ. 2561

⁴³ เรื่องเดียวกัน

โดยเนื้อหาที่ปรากฏในเอกสารที่นำเสนอต้องทำการสรุปและรวบรวมข้อมูลที่เป็นอย่างชัดเจน และครบถ้วนสมบูรณ์ ซึ่งสามารถอ้างอิงจากข้อมูลทางฐานกฎหมาย ข้อมูลเกี่ยวกับมติคณะรัฐมนตรีเดิม ข้อมูลเกี่ยวข้องกับเรื่องที่เสนอ ข้อมูลเกี่ยวกับผลกระทบ ซึ่งอาจรวมถึงเอกสารการประชุม การเจรจา หรืออื่น ๆ เพื่อประกอบการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี⁴⁴ และระบุสาระสำคัญอย่างน้อย ได้แก่ เรื่องเดิม (ถ้ามี) เหตุผลความจำเป็นที่ต้องเสนอคณะรัฐมนตรี ความเร่งด่วนของเรื่อง (ถ้ามี) โดยต้องระบุวันสุดท้ายที่จะต้องดำเนินการเรื่องนั้นไว้ด้วย สาระสำคัญของเรื่อง ข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และประเด็นของปัญหาที่ต้องการให้คณะรัฐมนตรีพิจารณา ความเห็นชอบหรือการอนุมัติของหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง (ถ้ามี) ในกรณีที่มีกฎหมาย มติคณะรัฐมนตรี หรือคำสั่งใด ๆ กำหนดให้ต้องมีการวิเคราะห์หรือศึกษาในเรื่องนั้นก่อนดำเนินการ ให้เสนอรายงานการวิเคราะห์หรือการศึกษา พร้อมจัดทำผลสรุปเสนอมาด้วย ค่าใช้จ่ายที่ต้องใช้ในการดำเนินการและที่มาแห่งเงินค่าใช้จ่าย และรายละเอียดที่ประสงค์จะให้คณะรัฐมนตรีอนุมัติให้ความเห็นชอบหรือมีมติ⁴⁵

นอกจากนี้ ในการลงนามและแสดงเจตนาผูกพันนั้น หน่วยงานของรัฐต้องระบุชื่อบุคคลผู้ที่จะเป็นตัวแทนลงนามของฝ่ายไทยในเอกสารที่เสนอด้วย และหากปรากฏว่าผู้ลงนามไม่ได้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ หน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการเสนอเรื่องรายชื่อของผู้ลงนามต่อคณะรัฐมนตรีด้วย⁴⁶ เพื่อให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบแก่บุคคลดังกล่าวไปดำเนินการลงนามในหนังสือสัญญาต่างประเทศได้ โดยคณะรัฐมนตรีจะมีมติให้กระทรวงการต่างประเทศดำเนินการจัดทำหนังสือมอบอำนาจเต็ม (full powers) ให้แก่บุคคลนั้นเป็นการต่อไป หรือหากตามธรรมเนียมปฏิบัติเป็นที่ยอมรับระหว่างภาคีในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศว่าผู้ลงนามไม่จำเป็นต้องแสดงหนังสือมอบอำนาจเต็ม หน่วยงานของรัฐก็ต้องดำเนินการแจ้งต่อคณะรัฐมนตรีให้ทราบถึงธรรมเนียมปฏิบัตินี้ด้วย

ในส่วนของการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อลงนามและแสดงเจตนาผูกพันนั้น แม้ว่าจะเป็นกระบวนการภายในของประเทศไทย แต่ในทางปฏิบัติแล้ว ฝ่ายบริหารก็วางแผนทางการดำเนินการลงนามรับตัวบทให้มีความสอดคล้องกับอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 โดยกำหนดรูปแบบการลงนามไว้ในคู่มือ หลักการ ขั้นตอนดำเนินการ และแนวทางปฏิบัติในการจัดทำสนธิสัญญา ที่จัดทำโดยกองสนธิสัญญา กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงต่างประเทศ (กันยายน 2548) ไว้ 3 กรณี ได้แก่

(1) การลงนามย่อ (Initial)

อันเป็นกรณีที่รัฐคู่เจรจาสามารถตกลงกันในทุกข้อของร่างสนธิสัญญา โดยหัวหน้าคณะเจรจาจะลงนามย่อไว้ที่มุมด้านล่างของทุกหน้าของร่างสนธิสัญญา ทั้งนี้ จะมีการระบุไว้ในบันทึกการเจรจาว่าคณะผู้แทนทั้งสองฝ่ายจะนำร่างสนธิสัญญาดังกล่าวไปเสนอรัฐบาลของแต่ละฝ่ายเพื่ออนุมัติลงนามเป็นภาคีต่อไป

⁴⁴ มติคณะรัฐมนตรี เรื่อง การจัดส่งเอกสารประกอบการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีในเรื่องที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ ลงวันที่ 13 มิถุนายน พ.ศ. 2560

⁴⁵ ข้อ 13 ระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 (การเสนอเรื่องทั่วไป)

⁴⁶ มติคณะรัฐมนตรี เรื่อง หลักเกณฑ์และแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการออกหนังสือมอบอำนาจเต็ม (Full powers) ลงวันที่ 2 กรกฎาคม พ.ศ.

การลงนามย่อเช่นนี้จะไม่ผลผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากเป็นเพียงการยอมรับตัวบทที่ตกลงกันไว้ในระดับคณะเจรจาเท่านั้น ยกเว้นเสียแต่ประเทศคู่สัญญาจะตกลงให้ถือการลงนามย่อตัวบทสนธิสัญญาเป็นการลงนามสนธิสัญญา ทั้งนี้ ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ข้อ 12 วรรค 2 (ก)

อนึ่ง ในทางปฏิบัติของประเทศไทยแล้ว ยังไม่เคยมีกรณีที่ให้ถือการลงนามย่อเป็นการลงนามในสนธิสัญญามาก่อน เนื่องจากการเสนอเพื่อขอให้คณะรัฐมนตรีหรืออนุมัติการลงนามเป็นภาคีนั้นจะมีขึ้นภายหลังการเจรจาแล้วเสร็จ

(2) การลงนามเพื่อรายงานต่อ (Signature ad referendum)

เป็นกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนด้วยเหตุผลทางการเมือง ทำให้คณะผู้เจรจาไม่สามารถได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี หรือทั้งคณะรัฐมนตรีและรัฐสภาได้ทันท่วงที ในทางปฏิบัติจึงใช้วิธีลงนามเพื่อรายงานต่อ โดยมีเงื่อนไขว่าต้องนำกลับไปพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง

การลงนามในลักษณะนี้สอดคล้องกับอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ข้อ 12 วรรค 2 (ข) ซึ่งกำหนดให้ การลงนามเพื่อรายงานต่อของสนธิสัญญาโดยผู้แทน หากได้รับการยืนยันโดยรัฐของตน ก็จะเป็นการลงนามเต็มของสนธิสัญญานั้น ๆ

ดังนั้น เมื่อมีการลงนามเพื่อรายงานต่อเพื่อรายงานต่อเช่นนี้แล้ว รัฐคู่เจรจาทั้งสองฝ่ายจะต้องยืนยันในภายหลังผ่านวิธีการทูตว่ายินยอมเข้าผูกพันตามสนธิสัญญานั้น ๆ และสนธิสัญญาจะมีผลใช้บังคับย้อนหลังไปถึงตั้งแต่ตอนที่มีการลงนามเพื่อรายงานต่อ

(3) การลงนามโดยมีเงื่อนไขว่าต้องได้รับการให้สัตยาบันอีกครั้งหนึ่ง (Signature subject to ratification)

เป็นกรณีที่เนื้อหาของสนธิสัญญาเป็นเรื่องที่มีความสำคัญกับรัฐคู่เจรจา หรือจำเป็นต้องได้รับการพิจารณาทบทวนอย่างรอบคอบ หรือส่งผลกระทบต่อการอนุวัติการกฎหมายภายใน ซึ่งจำเป็นต้องมีการลงนามเพื่อมิให้เปิดประเด็นการเจรจาให้เนิ่นนานต่อไปด้วยเหตุผลทางเทคนิคหรือทางการเมือง เช่นนี้จะใช้การลงนามโดยมีเงื่อนไขว่าต้องได้รับการให้สัตยาบันอีกครั้งหนึ่ง

ซึ่งการลงนามประเภทนี้จะยังไม่ผลเป็นการยินยอมเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา แต่อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ข้อ 18 กำหนดให้รัฐผู้ลงนามต่างมีพันธกรณีที่จะต้องละเว้นการกระทำใด ๆ ที่ขัดขวางหรือทำให้ความมุ่งประสงค์ของสนธิสัญญาเสียไป⁴⁷

⁴⁷ Article 18, Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 "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"

อนึ่ง ในทางปฏิบัติของประเทศไทย สำหรับสนธิสัญญาพหุภาคีซึ่งจำเป็นต้องมีการออกกฎหมายอนุวัติการเพื่อรองรับพันธกรณีในสนธิสัญญาและมักเป็นขั้นตอนที่ใช้ระยะเวลาอันยาวนาน ก็จะมีการขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีในการลงนามก่อน และต่อมาจึงจะขอความเห็นชอบในการให้สัตยาบันสนธิสัญญาจากรัฐสภา

ในการนี้ เมื่อพิจารณากรณีของอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการควบคุมและจัดการน้ำอับเฉาเรือและตะกอน ค.ศ. 2004 จะพบว่าข้อ 17 วรรคสองของอนุสัญญาฯ กำหนดให้

“รัฐต่าง ๆ สามารถเข้าเป็นรัฐภาคีอนุสัญญานี้ได้โดย

(เอ) การลงนามโดยไม่ต้องมีการให้สัตยาบัน การยอมรับ หรือการรับรองอีก ; หรือ

(บี) การลงนามเพื่อการให้สัตยาบัน การยอมรับ หรือการรับรอง ซึ่งจะตามมาด้วยการให้สัตยาบัน การยอมรับ หรือการรับรอง หรือ

(ซี) การภาคยานุวัติ”⁴⁸

อย่างไรก็ดี เนื่องจากประเทศไทยใช้การรับพันธกรณีระหว่างประเทศเข้ามาเป็นกฎหมายภายในแบบทวีนิยม การเข้าผูกพันตามพันธกรณีหนึ่ง ๆ ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภา และมีการออกกฎหมายภายในเพื่ออนุวัติการรองรับพันธกรณีในสนธิสัญญานั้น ๆ ดังนั้น การจะเข้าเป็นรัฐภาคีอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการควบคุมและจัดการน้ำอับเฉาเรือและตะกอน ค.ศ. 2004 ของประเทศไทย จึงไม่น่าจะใช้การดำเนินการตามข้อ 17 วรรคสอง (เอ) ซึ่งเป็นการลงนามแล้วมีผลเป็นการผูกพันทันทีโดยไม่ต้องมีการให้สัตยาบัน การยอมรับ หรือรับรองอีก แต่พึงเป็นการดำเนินการตามข้อ 17 วรรคสอง (บี) และ (ซี)

โดยในขั้นแรกน่าจะต้องดำเนินการตามข้อ 17 วรรคสอง (บี) คือ การขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีในการลงนามโดยมีเงื่อนไขว่าต้องได้รับการให้สัตยาบันอีกครั้งหนึ่ง (Signature subject to ratification) ซึ่งสอดคล้องกับแนวทางการดำเนินการกรณีที่ 3 ตามคู่มือกระทรวงต่างประเทศฯ และเมื่อประเทศไทยได้ลงนามโดยมีเงื่อนไขที่จะให้สัตยาบันฯ ไปแล้ว ก็ต้องห้ามที่จะกระทำการใด ๆ ชัดเป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์ของเป้าหมายของอนุสัญญาอีกต่อไป ทั้งนี้ ตามข้อ 18 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969⁴⁹

⁴⁸ Article 17, The International Convention for the Control and Management of Ships' Ballast Water and Sediments 2004 “2. States may become Parties to the Convention by: (a) signature not subject to ratification, acceptance, or approval; or (b) signature subject to ratification, acceptance, or approval, followed by ratification, acceptance or approval; or (c) accession.”

⁴⁹ ทั้งนี้ โดยมีเข้าแนวทางการดำเนินการกรณีที่ (1) และ (2) ตามคู่มือกระทรวงต่างประเทศฯ ได้แก่ การลงนามย่อ (Initial) และการลงนามเพื่อรายงานต่อ (Signature ad referendum) เนื่องจากไม่ปรากฏในอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมและจัดการน้ำอับเฉาเรือและตะกอน ค.ศ. 2004 ให้ดำเนินการได้

จากนั้น เมื่อมีการตราร่างกฎหมายเพื่ออนุวัติการตามพันธกรณีแล้ว จึงแสดงเจตนาเข้าผูกพันโดยการภาคยานุวัติ ตามข้อ 17 วรรคสอง (ซี) ต่อไป ในกรณีนี้ ตามแนวทางการดำเนินการที่กำหนดไว้ในคู่มือกระทรวงต่างประเทศฯ ก็ต้องขอความเห็นชอบในการให้สัตยาบันสนธิสัญญาจากรัฐสภาต่อไป

อย่างไรก็ดี มติคณะรัฐมนตรี ลงวันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2562 ได้กำหนดแนวทางปฏิบัติในการเสนอหนังสือสัญญาตามบทบัญญัติมาตรา 178 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ต่อคณะรัฐมนตรีและรัฐสภา ไว้ 2 กรณี ดังต่อไปนี้

“2.1 กรณีเป็นหนังสือสัญญาที่กำหนดขั้นตอนการลงนามและขั้นตอนการแสดงเจตนาให้มีผลผูกพัน (consent to be bound) แยกออกจากกัน โดยให้มีผลใช้บังคับเมื่อได้มีการแสดงเจตนาให้มีผลผูกพัน ซึ่งการลงนามในขั้นตอนนี้เป็นการแสดงเจตจำนงทางการเมืองในทางนโยบายของไทยที่จะดำเนินการตามหนังสือสัญญาดังกล่าว โดยหนังสือสัญญาฯ ยังไม่มีผลทางกฎหมายตามกฎหมายระหว่างประเทศ ต่อประเทศไทย สำหรับขั้นตอนการแสดงเจตนาให้มีผลผูกพัน (consent to be bound) เช่น การให้สัตยาบัน การแจ้ง การรับรอง หรือการยอมรับ เป็นขั้นตอนที่ทำให้หนังสือสัญญามีผลผูกพันทางกฎหมายตามกฎหมายระหว่างประเทศต่อประเทศไทย ให้องค์กรของรัฐเจ้าของเรื่องเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อขอความเห็น และขออนุมัติการลงนามในหนังสือสัญญาดังกล่าว พร้อมทั้งขอให้คณะรัฐมนตรีเสนอขอความเห็นต่อรัฐสภาในคราวเดียวกัน โดยเมื่อ คณะรัฐมนตรีเห็นชอบตามที่เสนอและให้ขอความเห็นชอบต่อรัฐสภาแล้ว ให้องค์กรของรัฐเจ้าของเรื่องดำเนินการให้มีการลงนามได้ เมื่อลงนามแล้วจึงเสนอเรื่องต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ และเมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว จึงจะดำเนินการแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันได้

2.2 กรณีเป็นหนังสือสัญญาที่กำหนดขั้นตอนการลงนามเพียงขั้นตอนเดียว โดยให้มีผลใช้บังคับเมื่อมีการลงนามแล้ว ซึ่งเป็นขั้นตอนการแสดงเจตนาให้มีผลผูกพัน (consent to be bound) หรือเป็นหนังสือสัญญาที่มีผลใช้บังคับไปแล้ว และประเทศไทยประสงค์จะเข้าเป็นภาคีในภายหลังโดยการภาคยานุวัติ (accession) ให้องค์กรของรัฐเจ้าของเรื่องเสนอขอความเห็นชอบต่อคณะรัฐมนตรี เพื่อเสนอต่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบก่อนการลงนามในหนังสือดังกล่าว หรือก่อนการภาคยานุวัติ”

จากการพิจารณาจะพบความสับสนในการดำเนินการตามมติคณะรัฐมนตรีข้างต้นนี้อยู่ เนื่องจากกรณีของอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการควบคุมและจัดการน้ำอับเฉาเรือและตะกอน ค.ศ. 2004 เป็นอนุสัญญาที่กำหนดให้ขั้นตอนการลงนามและขั้นตอนการแสดงเจตนาให้มีผลผูกพัน (consent to be bound) แยกออกจากกันได้ (พิจารณาตามข้อ 17 วรรคสอง (บี) และ (ซี) แห่งอนุสัญญาฯ ดังที่ได้อธิบายไป

แล้ว) โดยที่การลงนามยังไม่มีผลทางกฎหมายระหว่างประเทศต่อประเทศไทย แต่จะมีผลเมื่อมีการแสดงเจตนาให้มีผลผูกพัน (consent to be bound) ในกรณีเช่นนี้ มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2562 กำหนดให้เสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อขอความเห็น และขออนุมัติการลงนามในหนังสือสัญญาดังกล่าว พร้อมทั้งขอให้คณะรัฐมนตรีเสนอขอความเห็นต่อรัฐสภาในคราวเดียวกันเลย และเมื่อลงนามแล้วจึงเสนอเรื่องต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ และเมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว จึงจะดำเนินการแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันได้

ซึ่งการกำหนดเช่นนี้ขัดต่อแนวทางการดำเนินการในคู่มือของกระทรวงการต่างประเทศที่กำหนดให้นำเรื่องมาเสนอขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีในการลงนามโดยมีเงื่อนไขว่าจะให้สัตยาบันฯ (โดยที่ไม่ได้กำหนดให้มีการขอให้คณะรัฐมนตรีเสนอขอความเห็นต่อรัฐสภาในคราวเดียวกันเลย) แล้วต่อมาจึงจะขอความเห็นชอบในการให้สัตยาบันสนธิสัญญาจากรัฐสภา

ในขณะเดียวกัน กรณีของอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการควบคุมและจัดการน้ำ อับเฉาเรือและตะกอน ค.ศ. 2004 ก็เข้าข่ายเป็นหนังสือสัญญาที่มีผลใช้บังคับไปแล้ว และประเทศไทยประสงค์จะเข้าเป็นภาคีในภายหลังโดยการภาคยานุวัติ (accession) ซึ่งมติคณะรัฐมนตรีฯ กำหนดให้หน่วยงานของรัฐเจ้าของเรื่องเสนอขอความเห็นชอบต่อคณะรัฐมนตรี เพื่อเสนอต่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบก่อนการลงนามในหนังสือดังกล่าว หรือก่อนการภาคยานุวัติ การกำหนดเช่นนี้ย่อมหมายความว่า หน่วยงานเจ้าของเรื่องจะเสนอขอความเห็นชอบต่อคณะรัฐมนตรี เพื่อเสนอต่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบก่อนลงนาม “หรือ” ก่อนภาคยานุวัติก็ได้ ซึ่งการกำหนดเช่นนี้ขัดต่อแนวทางการดำเนินการในคู่มือของกระทรวงต่างประเทศ ที่กำหนดให้ต้องนำมาเสนอขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีในการลงนามโดยมีเงื่อนไขว่าจะให้สัตยาบันฯ และต่อมาจึงจะขอความเห็นชอบในการให้สัตยาบันสนธิสัญญาจากรัฐสภา

เมื่อเกิดปัญหาข้อขัดกันในการตีความทั้งระหว่างแนวทางที่แตกต่างกันอันถูกกำหนดไว้ในมติคณะรัฐมนตรี ลงวันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2562 เอง และระหว่างแนวทางตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวกับแนวทางตามคู่มือของกระทรวงต่างประเทศฯ เช่นนี้ ผู้เขียนเห็นควรให้กรมเจ้าท่าเสนอเรื่องเพื่อขอความเห็นจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักงานเลขาธิการคณะรัฐมนตรี และกระทรวงการต่างประเทศ

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนขอแสดงข้อสังเกตและความเห็นบางประการในปัญหาการตีความดังกล่าวดังต่อไปนี้

ประการที่หนึ่ง ในเชิงสถานะในระบบกฎหมายแล้ว มติคณะรัฐมนตรีและคู่มือของกระทรวงการต่างประเทศฯ มีฐานะเช่นเดียวกัน คือ เป็นแนวทางปฏิบัติของฝ่ายบริหาร อย่างไรก็ตาม มติคณะรัฐมนตรีย่อมมีสถานะที่สูงกว่า เนื่องจากออกโดยคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นหน่วยงานบังคับบัญชาสูงสุดของฝ่ายบริหาร และมีผลต่อการปฏิบัติขององค์กรฝ่ายบริหารทุกองค์กร นอกจากนี้ มติคณะรัฐมนตรีในเรื่องนี้ยังลงมติไว้ในวันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2562 ภายหลังกู่มือกระทรวงการต่างประเทศฯ ซึ่งออกมาใช้ใน พ.ศ. 2548 ดังนั้น หากมีข้อขัดกันก็น่าจะต้องพิจารณาตามสิ่งที่ออกมาภายหลัง เพราะถือว่าท่วงต้นต่อสถานการณ์ปัจจุบันที่เปลี่ยนแปลงไปมากกว่า

ประการที่สอง แม้ว่ามติคณะรัฐมนตรีจะมีสถานะเหนือกว่าคู่มือกระทรวงการต่างประเทศฯ ดังที่ไว้วิเคราะห์ไว้ในประการข้างต้น แต่โดยเนื้อหาแล้ว แนวทางปฏิบัติตามคู่มือกระทรวงการต่างประเทศฯ ดูจะมีความสอดคล้องกับมาตรฐานสากล โดยเฉพาะอย่างยิ่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 มากกว่า

ประการที่สาม ในเชิงเนื้อหาแล้ว การดำเนินการตามมติคณะรัฐมนตรีฯ ในกรณีที่ 2.2 ได้แก่ กรณีหนังสือสัญญาที่มีผลใช้บังคับไปแล้ว และประเทศไทยประสงค์จะเข้าเป็นภาคีในภายหลังโดยการภาคยานุวัติ (accession) ซึ่งมติคณะรัฐมนตรีฯ กำหนดให้หน่วยงานเจ้าของเรื่องเสนอขอความเห็นชอบต่อคณะรัฐมนตรี เพื่อเสนอต่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบหนังสือดังกล่าว ก่อนการลงนาม หรือก่อนการภาคยานุวัติ ก็ได้นั้น ในความเป็นจริงแล้ว หน่วยงานเจ้าของเรื่องน่าจะมีความหวั่นเกรงหากจะดำเนินการลงนามไปก่อน แล้วค่อยนำมาเสนอต่อคณะรัฐมนตรี เพื่อเสนอต่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบในขั้นก่อนการภาคยานุวัติ แม้จะเป็นการลงนามโดยมีเงื่อนไขว่าจะให้สัตยาบันฯ ก็ตาม

เนื่องจากว่า แม้การลงนามโดยมีเงื่อนไขว่าจะต้องได้รับการให้สัตยาบันอีกครั้งหนึ่ง (Signature subject to ratification) จะยังไม่ถือเป็นกรณียินยอมเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา แต่ก็ทำให้เกิดข้อผูกพันที่รัฐผู้ลงนามมีพันธกรณีที่จะต้องละเว้นการกระทำใดๆ ที่ขัดขวางหรือทำให้ความมุ่งประสงค์ของสนธิสัญญาเสียไปตามข้อ 18 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 จึงถือว่าการก่อให้เกิดหน้าที่ในทางกฎหมายระหว่างประเทศบางประการต่อรัฐ หน่วยงานฝ่ายบริหารจึงน่าจะพึงต้องดำเนินการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อขอความเห็นและขออนุมัติการลงนามในหนังสือสัญญาดังกล่าว พร้อมทั้งขอให้คณะรัฐมนตรีเสนอขอความเห็นต่อรัฐสภา “ก่อนการลงนาม” และเมื่อลงนามแล้ว จึงเสนอเรื่องต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ และเมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว จึงจะดำเนินการแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันได้ต่อไป

ประการที่สี่ สำหรับความขัดแย้งกันระหว่างแนวทางดำเนินการที่ 2.1 และ 2.2 ตามมติคณะรัฐมนตรีฯ นั้น ในความเป็นจริงแล้ว แม้จะเป็นหนังสือสัญญาที่มีผลใช้บังคับไปแล้ว และประเทศไทยประสงค์จะเข้าเป็นภาคีในภายหลังโดยการภาคยานุวัติ (accession) แต่หากเป็นอนุสัญญาที่ต้องมีการตรากฎหมายเพื่อรับรองการอนุวัติการพันธกรณีระหว่างประเทศ หลังจากลงนามไปแล้วก็มักใช้ขั้นตอนที่ใช้ระยะเวลาในการออกกฎหมายดังกล่าว ดังนั้น ก็เป็นที่สงสัยว่าจะเป็นการเหมาะสมหรือไม่ หากจะไม่นำมาให้รัฐสภาเห็นชอบอีกครั้งก่อนการภาคยานุวัติ (ตามแนวทางดำเนินการที่ 2.2 ของมติคณะรัฐมนตรีฯ)

ประการที่ห้า การที่แนวทางดำเนินการที่ 2.1 ตามมติคณะรัฐมนตรีฯ และการดำเนินการตามกรณีที่ 3 ของคู่มือของกระทรวงการต่างประเทศฯ มีความขัดแย้งกัน กล่าวคือ คู่มือกระทรวงต่างประเทศฯ กำหนดให้นำมาเสนอขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีในการลงนามโดยมีเงื่อนไขว่าจะให้สัตยาบัน (โดยที่ไม่ได้กำหนดให้มีการขอให้คณะรัฐมนตรีเสนอขอความเห็นต่อรัฐสภามาในคราวเดียวกันเลย) แล้วต่อมาจึงจะขอความเห็นชอบในการให้สัตยาบันสนธิสัญญาจากรัฐสภา แต่มติคณะรัฐมนตรีฯ กำหนดให้เสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อขอความเห็น และขออนุมัติการลงนามในหนังสือสัญญาดังกล่าว พร้อมทั้งขอให้คณะรัฐมนตรีเสนอขอความเห็นต่อรัฐสภามาในคราวเดียวกันเลย และเมื่อลงนามแล้วจึงเสนอเรื่องต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ (อีกทั้ง) และเมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว จึงจะดำเนินการแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันได้ นั้น

ผู้เขียนเห็นว่า ควรดำเนินการตามข้อกำหนดในมติคณะรัฐมนตรีฯ เนื่องจากการพิจารณาเหตุผลในประการที่หนึ่งและสามประกอบกัน กล่าวคือ มติคณะรัฐมนตรีเป็นแนวทางปฏิบัติที่ออกจากหน่วยงานบังคับบัญชาสูงสุดของฝ่ายบริหาร และการลงนามมีผลต่อประเทศไทยที่จะต้องละเว้นการกระทำใด ๆ ที่ขัดขวางหรือทำให้ความมุ่งประสงค์ของสนธิสัญญาเสียไป ตามข้อ 18 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 แม้การลงนามโดยมีเงื่อนไขว่าต้องได้รับการให้สัตยาบันอีกครั้งหนึ่ง (Signature subject to ratification) จะยังไม่เป็นผลเป็นการยินยอมเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา ก็ตาม

โดยสรุปแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าแนวทางปฏิบัติในส่วนนี้มีความสับสนอยู่ กรมเจ้าท่าควรประสานขอความเห็นไปยังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักงานเลขาธิการคณะรัฐมนตรี และกระทรวงการต่างประเทศก่อนดำเนินการ แต่หากกรมเจ้าท่าต้องการให้มีการลงนามอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการควบคุมและจัดการน้ำอับเฉาและตะกอนเรือ ค.ศ. 2004 ทันที ก็ควรต้องเสนอขอความเห็นชอบต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อเสนอต่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบก่อนการลงนาม แม้จะเป็นการลงนามโดยมีเงื่อนไขว่าจะให้สัตยาบันฯ ก็ตาม ทั้งนี้ เพื่อป้องกันความผิดพลาดในการดำเนินการ และจากนั้นเมื่อมีการขอความเห็นชอบเพื่อให้มีตราร่างกฎหมายเพื่ออนุวัติการรับรองพันธกรณีระหว่างประเทศแล้ว (ซึ่งจะได้อธิบายในหัวข้อด้านล่างต่อไป) จึงเสนอเรื่องต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ และเมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว จึงจะดำเนินการแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันได้ ต่อไป

อนึ่ง ภายหลังเมื่อได้มีการแสดงความผูกพันตามนัยที่กล่าวไปแล้วนั้น กรมเจ้าท่าต้องนำส่งหนังสือมอบอำนาจเต็ม (full powers) ของคู่ภาคีหรือคู่สัญญา ต้นฉบับของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ และตราสารทางกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง เพื่อมาเก็บรักษาไว้ที่กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศต่อไป

3.1.3 การปรับปรุง แก้ไข หรือเพิ่มเติมสาระสำคัญของหนังสือสัญญาที่คณะรัฐมนตรีอนุมัติให้ลงนามและเข้าผูกพัน

หากหน่วยงานของรัฐมีความจำเป็นต้องการปรับปรุงถ้อยคำหรือสาระสำคัญของหนังสือสัญญาที่ได้เสนอต่อคณะรัฐมนตรี และได้รับความเห็นชอบหรืออนุมัติไปแล้ว และการเปลี่ยนแปลงนั้นไม่ขัดกับหลักการที่คณะรัฐมนตรีเคยให้ความเห็นชอบไว้ หน่วยงานรัฐสามารถดำเนินการตามที่คณะรัฐมนตรีเห็นชอบได้ ทั้งนี้ หน่วยงานรัฐดังกล่าวต้องนำเสนอเหตุผลและประโยชน์ที่ไทยได้รับถึงการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวแก่คณะรัฐมนตรีในภายหลัง แต่ถ้าหากการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวนั้นไม่สอดคล้องกับหลักการที่คณะรัฐมนตรีได้อนุมัติหรือได้ให้ความเห็นชอบไว้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาก่อนดำเนินการโดยห้ามมิให้แก้ไขหรือลงนามก่อนที่คณะรัฐมนตรีอนุมัติหรือให้ความเห็นชอบการปรับเปลี่ยนนั้น⁵⁰

⁵⁰ มติคณะรัฐมนตรี เรื่อง การปรับปรุงถ้อยคำหนังสือสัญญาที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ ลงวันที่ 30 มิถุนายน พ.ศ. 2558

3.2 กระบวนการในชั้นการออกกฎหมายอนุวัติการ

นอกจากหน่วยงานของรัฐจะเสนอขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีในการเข้าเป็นภาคีสันติสัญญา ระหว่างประเทศแล้ว หน่วยงานของรัฐยังจะต้องเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรีให้มีตราร่างกฎหมายรองรับบัญญัติ สันติสัญญาระหว่างประเทศด้วย ในกรณีนี้ หน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการตรวจตรากฎหมายและเสนอร่าง กฎหมายเพื่อขอความเห็นชอบต่อคณะรัฐมนตรีและรัฐสภา ประกอบไปด้วยรายละเอียดดังต่อไปนี้⁵¹

3.2.1 การพิจารณาร่างกฎหมายก่อนเสนอต่อคณะรัฐมนตรี

หน่วยงานของรัฐมีหน้าที่จัดทำร่างกฎหมายขึ้น โดยร่างกฎหมายดังกล่าวต้องผ่านการพิจารณา ตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมาย การรับฟังความคิดเห็น และการวิเคราะห์ผลกระทบของร่างกฎหมาย⁵² เพื่อวัตถุประสงค์คือเป็นการประเมินผลสัมฤทธิ์ทางกฎหมายเสียก่อน⁵³ ซึ่งหน่วยงานของรัฐต้องแสดงให้เห็น คณะรัฐมนตรีและรัฐสภาเห็นว่า ร่างกฎหมายดังกล่าวนอกจากจะออกตามความจำเป็นเพื่ออนุวัติการตามสนธิสัญญา ระหว่างประเทศแล้ว⁵⁴ ยังต้องมีความจำเป็นและสอดคล้องกับสภาพการณ์ ไม่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิต หรือการประกอบอาชีพและไม่เป็นภาระของประชาชนอีกด้วย⁵⁵

เพื่อให้เป็นการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว หน่วยงานของรัฐต้องพิจารณาตรวจร่างกฎหมาย ตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

ประการแรก ร่างกฎหมายต้องสอดคล้องและไม่ขัดหรือแย้งต่อบัญญัติของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย⁵⁶ โดยร่างกฎหมายต้องมีมาตรฐานสอดคล้องกับหน้าที่ของรัฐที่รัฐธรรมนูญกำหนด⁵⁷ ซึ่งการร่างกฎหมายที่จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องยึดหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

ก. การร่างกฎหมายที่จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพที่รับรองโดยชัดแจ้ง⁵⁸ จะต้องดำเนินการตาม เงื่อนไขในการจำกัดสิทธินั้นดังที่รัฐธรรมนูญกำหนด โดยต้องพิจารณาประกอบกับคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของ ศาลฎีกา ศาลปกครองสูงสุด หรือศาลรัฐธรรมนูญ รวมทั้งความเห็นชอบของคณะกรรมการกฤษฎีกาด้วย

⁵¹ ข้อ 2 ระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548

⁵² มาตรา 77 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

⁵³ มาตรา 3 พระราชบัญญัติการจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562

⁵⁴ มาตรา 30 (2) พระราชบัญญัติการจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562

⁵⁵ มาตรา 77 วรรคแรก รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

⁵⁶ พิจารณาจากพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534

⁵⁷ หมวด 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

⁵⁸ หมวด 3 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ข. การร่างกฎหมายต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลของความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย⁵⁹ การร่างกฎหมายต้องมีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป ไม่ใช่บังคับแก่กรณีหนึ่งกรณีใดหรือแก่บุคคลใดเป็นการเฉพาะเจาะจง เว้นแต่รัฐธรรมนูญจะบัญญัติให้กระทำได้⁶⁰

ค. กฎหมายต้องสอดคล้องและไม่ขัดต่อแนวนโยบายแห่งรัฐ⁶¹

ประการที่สอง ร่างกฎหมายต้องสอดคล้องและไม่ขัดหรือแย้งกับยุทธศาสตร์ชาติและแผนการปฏิรูปประเทศ⁶²

ประการที่สาม ร่างกฎหมายต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับหลักการและสาระสำคัญของพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พ.ศ. 2558 (ในเรื่องที่กฎหมายเกี่ยวข้องกับการอนุญาต การกำหนดระยะเวลา หรือขั้นตอนในการพิจารณาคำขออนุญาต) พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ. 2546 และพระราชกฤษฎีกาการทบทวนความเหมาะสมของกฎหมาย พ.ศ. 2558

ประการที่สี่ หน่วยงานของรัฐต้องตรวจสอบหลักความจำเป็นในการตราร่างกฎหมายอย่างเคร่งครัด⁶³ นอกจากนี้ การตราร่างกฎหมายบางประเภทอาจปรากฏวิธีพิจารณาเพิ่มเติม ตัวอย่างเช่น การร่างกฎหมายเพื่อให้มีระบบอนุญาต การร่างกฎหมายเพื่อให้มีระบบคณะกรรมการ การร่างกฎหมายเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐ และระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ⁶⁴

ประการที่ห้า หน่วยงานของรัฐต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นประกอบการจัดทำร่างกฎหมายและวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายที่หน่วยงานรัฐต้องปฏิบัติตาม ทั้งนี้ อย่างน้อยต้องรับฟังผ่านระบบเทคโนโลยีสารสนเทศของหน่วยงานของรัฐนั้น หรือผ่านระบบกลาง (ระบบเทคโนโลยีสารสนเทศและเครือข่ายเชื่อมโยงที่จัดทำขึ้นเพื่อเผยแพร่ข้อมูลเกี่ยวกับการจัดทำร่างกฎหมายและประเมินผลสัมฤทธิ์ รวมถึงการเข้าพบบัญญัติของกฎหมายของประชาชน)⁶⁵ โดยการจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นประกอบร่าง

⁵⁹ มาตรา 26 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และมาตรา 12 พระราชบัญญัติการจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562

⁶⁰ มาตรา 37 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 อนุญาตให้มีการร่างกฎหมายบังคับเฉพาะเจาะจงได้ ในกรณีการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์

⁶¹ หมวด 6 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

⁶² ศึกษาเพิ่มเติม ยุทธศาสตร์ชาติ (พ.ศ. 2561 - 2580) ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 135 ตอนที่ 82 ก ลงวันที่ 13 ตุลาคม 2561

⁶³ มาตรา 77 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และมาตรา 31 พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562

⁶⁴ มาตรา 5 วรรคสี่ และมาตรา 21 พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562

⁶⁵ มาตรา 11 พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 กำหนดให้สำนักงานพัฒนารัฐบาลดิจิทัล (องค์การมหาชน) มีหน้าที่รับผิดชอบในการจัดให้มีการบำรุงรักษาและพัฒนาาระบบกลาง [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <http://www.lawamendment.go.th> [8 มกราคม 2564]

กฎหมาย ต้องมีระยะเวลาในการรับฟังความคิดเห็นนั้นอย่างน้อย 15 วัน⁶⁶ นอกจากวิธีการรับฟังความคิดเห็นที่ได้กล่าวมา หน่วยงานของรัฐจะใช้วิธีการอย่างหนึ่งหรือหลายวิธีดังต่อไปนี้ก็ได้ด้วย เช่น การจัดประชุมรับฟังความคิดเห็น การสัมภาษณ์หรือการเชิญให้เข้าร่วมชี้แจงหรือแสดงความคิดเห็น การสำรวจความคิดเห็น วิธีการอื่นใดที่หน่วยงานของรัฐเห็นว่าเหมาะสม⁶⁷

เมื่อได้เตรียมการตามที่กล่าวข้างต้นเป็นที่เรียบร้อยแล้ว หน่วยงานของรัฐต้องประกาศวิธีการรับฟัง ความคิดเห็น ระยะเวลาเริ่มต้นและสิ้นสุดในการรับฟังความคิดเห็น รวมทั้งเปิดเผยข้อมูลประกอบการรับฟังความคิดเห็นซึ่งมีเนื้อหาน้อย ได้แก่ สภาพปัญหาและสาเหตุของปัญหา ความจำเป็นที่ต้องตรากฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาหรือทำภารกิจนั้น ความมุ่งหมายและผลสัมฤทธิ์ที่พึงประสงค์ คำอธิบายหลักการอันเป็นสาระสำคัญของกฎหมายที่ตรขึ้นโดยภาษาที่เข้าใจง่าย บุคคลซึ่งได้รับหรืออาจได้รับผลกระทบ ที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายในด้านการดำรงชีวิต การประกอบอาชีพ หรือผลกระทบในทางเศรษฐกิจ สังคม สิ่งแวดล้อม หรือผลกระทบอื่นที่สำคัญ เหตุผลความจำเป็นในการกำหนดให้มีระบบอนุญาต ระบบคณะกรรมการ หรือการกำหนดโทษอาญา รวมทั้งหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และประเด็นที่จะรับฟังความคิดเห็นหรือร่างพระราชบัญญัติที่จะรับฟังความคิดเห็น⁶⁸

เมื่อสิ้นสุดระยะเวลาการรับฟังความคิดเห็น ให้หน่วยงานของรัฐจัดทำรายงานผลการรับฟังความคิดเห็น โดยเนื้อหาต้องประกอบด้วย วิธีการในการรับฟังความคิดเห็น จำนวนครั้งและระยะเวลาในการรับฟังความคิดเห็นแต่ละครั้ง พื้นที่หรือกลุ่มเป้าหมายในการรับฟังความคิดเห็น ประเด็นที่มีการแสดงความคิดเห็น ข้อคัดค้านหรือความเห็นของหน่วยงานและผู้เกี่ยวข้องในแต่ละประเด็น คำชี้แจงเหตุผลรายประเด็น⁶⁹

ทั้งนี้ หน่วยงานของรัฐต้องนำรายงานผลการรับฟังความคิดเห็นที่ได้จัดทำขึ้น ไปประกอบการวิเคราะห์ผลกระทบและการจัดทำร่างกฎหมาย และสรุปความเห็นในแต่ละประเด็นของฝ่ายต่าง ๆ รวมทั้งข้อเสนอแนะที่ได้รับในประเด็นที่ให้มีการปรับปรุงหรือไม่ปรับปรุงหลักการหรือประเด็นสำคัญของร่างกฎหมายพร้อมเหตุผล⁷⁰ โดยรายงานวิเคราะห์ผลกระทบจะต้องปรากฏเนื้อหา เหตุผลความจำเป็นที่ต้องตรากฎหมายสำหรับดำเนินการตามภารกิจนั้น ความเข้าช้อนกับกฎหมายอื่น สิทธิเสรีภาพของบุคคลที่ต้องถูกจำกัด ภาระหรืออุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพของประชาชน อันเนื่องมาจากกฎหมายนั้นผลกระทบต้องประมาณ เศรษฐกิจ สังคม สิ่งแวดล้อม หรือผลกระทบอื่นที่สำคัญ เหตุผลความจำเป็นในการใช้ระบบอนุญาต ระบบคณะกรรมการ หรือการกำหนดโทษอาญา รวมทั้งหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ หน่วยงานผู้รับผิดชอบ จำนวนเจ้าหน้าที่ของรัฐ อุปกรณ์ และงบประมาณที่ต้องใช้ ในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย การเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบ (ถ้ามี)⁷¹

⁶⁶ มติคณะรัฐมนตรี แนวทางการจัดทำและการเสนอร่างกฎหมายตามบทบัญญัติมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญราชอาณาจักรไทยและหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความจำเป็นในการตราพระราชบัญญัติ (Checklist) ลงวันที่ 4 เมษายน 2560

⁶⁷ มาตรา 13 พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562

⁶⁸ มาตรา 13 และมาตรา 14 พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562

⁶⁹ มติคณะรัฐมนตรี แนวทางการจัดทำและการเสนอร่างกฎหมายตามบทบัญญัติมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญราชอาณาจักรไทยและหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความจำเป็นในการตราพระราชบัญญัติ (Checklist) ลงวันที่ 4 เมษายน พ.ศ. 2560

⁷⁰ มาตรา 16 พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562

⁷¹ มาตรา 17 พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562

เมื่อสิ้นสุดการดำเนินการจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นหรือการจัดทำผลรายงานข้อสรุปต่าง ๆ หน่วยงานของรัฐต้องเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวทั้งหมด โดยจะเปิดเผยผ่านระบบกลางหรือใช้วิธีการอื่นใดก็ได้⁷²

กรณีการจัดทำร่างกฎหมายเกี่ยวกับการรักษาความมั่นคงหรือความปลอดภัยของประเทศ ร่างกฎหมายที่มีได้ใช้บังคับเป็นการทั่วไปกับประชาชน ร่างกฎหมายที่จำเป็นต้องตราขึ้นโดยรีบด่วนเพื่อประโยชน์สำคัญของประเทศเกี่ยวกับความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ หรือร่างกฎหมายอื่นที่ไม่มีผลกระทบต่อประชาชน หน่วยงานของรัฐจะดำเนินการเฉพาะการรับฟังความคิดเห็นจากจากหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องตามที่เห็นว่าจำเป็นก็ได้ และให้ถือว่าได้ดำเนินการรับฟังความคิดเห็นเพียงพอแล้ว โดยไม่ต้องดำเนินการจัดทำการรับฟังความคิดเห็นต่อประชาชน และหน่วยงานของรัฐจะไม่เปิดเผยสรุปผลการรับฟังความคิดเห็นหรือรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบดังกล่าว หรือจะเปิดเผยตามที่เห็นสมควรก็ได้⁷³

3.2.2 การเสนอร่างกฎหมายต่อคณะรัฐมนตรี

การเสนอเรื่องให้มีการจัดทำร่างกฎหมาย เมื่อได้รับการลงนามจากรัฐมนตรีเจ้าของสังกัดในการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรีแล้ว⁷⁴ หน่วยงานของรัฐที่ประสงค์จะขอความเห็นชอบคณะรัฐมนตรีให้มีการตราพระราชบัญญัติต้องดำเนินการเพิ่มเติม (นอกจากขั้นตอนของการเสนอข้อคิดคณะรัฐมนตรีว่าด้วยเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการต่างประเทศในส่วนที่ได้กล่าวไปก่อนหน้านี้แล้ว) ต้องจัดทำเอกสารโดยประกอบไปด้วย คำชี้แจงตามหลักเกณฑ์การตรวจสอบความจำเป็นในการตราพระราชบัญญัติ ข้อสรุปสาระสำคัญของหลักการในร่างพระราชบัญญัติ ตารางเปรียบเทียบในกรณีแก้ไขเพิ่มเติมหรือปรับปรุงพระราชบัญญัติที่มีอยู่แล้ว⁷⁵ ร่างพระราชบัญญัติ⁷⁶ นอกจากนี้ เอกสารที่นำเสนอต่อคณะรัฐมนตรียังต้องปรากฏ ผลสรุปการรับฟังความคิดเห็นและรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบด้วย⁷⁷ พร้อมคำชี้แจงตามหลักเกณฑ์การตรวจสอบความจำเป็นในการตราพระราชบัญญัติ (Checklist)⁷⁸ นำส่งต่อสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี⁷⁹

⁷² มาตรา 18 พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562

⁷³ มาตรา 19 พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562

⁷⁴ มาตรา 6 พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 และดูเพิ่มเติมแนวทางการปฏิบัติตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 และระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 หน้า 31 และ 32

⁷⁵ ข้อ 14 ระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548

⁷⁶ ข้อ 15 ระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548

⁷⁷ มาตรา 25 พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562

⁷⁸ มติคณะรัฐมนตรี เรื่อง แนวทางการจัดทำและการเสนอร่างกฎหมายตามบทบัญญัติมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ลงวันที่ 4 เมษายน พ.ศ. 2560 และเอกสารท้ายระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 ปรับปรุงโดยสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีและสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

⁷⁹ ข้อ 7 ระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548

อย่างไรก็ดี การเสนอให้มีกฎหมายขึ้นใหม่หรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่ใช้บังคับในปัจจุบัน ซึ่งหน่วยงานของรัฐจะต้องจัดทำร่างกฎหมายเพื่อเสนอแก่คณะรัฐมนตรีนั้น หน่วยงานของรัฐมีทางเลือกในการเสนอเฉพาะรายละเอียดแห่งหลักการและสาระสำคัญที่ประสงค์จะให้มีพระราชบัญญัติโดยไม่จำเป็นต้องจัดทำร่างพระราชบัญญัติก็ได้⁸⁰ โดยในกรณีที่เป็นการเสนอให้มีการแก้ไขหรือเพิ่มเติมพระราชบัญญัติที่ผลบังคับใช้อยู่ในปัจจุบันและหน่วยงานของรัฐไม่ได้จัดทำร่างพระราชบัญญัตินำส่งคณะรัฐมนตรีนี้ ในส่วนของเอกสารตารางเปรียบเทียบพระราชบัญญัติเดิมและร่างพระราชบัญญัติใหม่ที่ต้องนำส่งนั้น ให้หน่วยงานของรัฐจัดทำเฉพาะตารางเปรียบเทียบระหว่างหลักการและสาระสำคัญที่มีอยู่ในพระราชบัญญัติฉบับปัจจุบันอยู่กับหลักการและสาระสำคัญที่ปรากฏในร่างพระราชบัญญัติที่ต้องการเสนอใหม่⁸¹

ในทางกลับกัน การเสนอร่างกฎหมายประเภทอื่นที่ไม่ได้มีสถานะเป็นพระราชบัญญัติ หน่วยงานของรัฐจะต้องเสนอร่างกฎหมายเป็นเอกสารประกอบการเสนอคณะรัฐมนตรีเท่านั้น จะใช้ทางเลือกในการเสนอเพียงหลักการดังเช่นกรณีของพระราชบัญญัติมิได้⁸²

โดยรูปแบบและจำนวนเอกสารทั้งหมดที่หน่วยงานของรัฐต้องนำส่งต่อสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ประกอบด้วย (1) หนังสือนำเสนอเรื่อง (2) คำชี้แจงตามหลักเกณฑ์การตรวจสอบความจำเป็นในการตราพระราชบัญญัติ (3) ข้อสรุปสาระสำคัญของหลักการในร่างพระราชบัญญัติ (4) ตารางเปรียบเทียบในกรณีแก้ไขเพิ่มเติมหรือปรับปรุงพระราชบัญญัติที่มีอยู่แล้ว หรือตารางเปรียบเทียบหลักการและสาระสำคัญที่มีอยู่ในพระราชบัญญัติที่บังคับใช้อยู่กับที่เสนอใหม่ กรณีที่ไม่ได้นำส่งร่างกฎหมายพระราชบัญญัติ (5) ร่างพระราชบัญญัติ และ (6) เอกสารเพิ่มเติมคือผลสรุปการรับฟังความคิดเห็นและรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบให้นำส่งเอกสารทั้งหมดเป็นกระดาษพร้อมสำเนาเป็นจำนวน 110 ชุด และจัดทำไฟล์เอกสารในรูปแบบแผ่นซีดี จำนวน 2 แผ่น (จัดทำเป็นไฟล์ Word (.doc) ยกเว้นรายงานผลสรุปการรับฟังความคิดเห็นและรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบพร้อมหลักฐานการรับฟังความคิดเห็นให้จัดทำเป็นไฟล์รูปภาพ (.pdf) ก็ได้⁸³

3.3 ขั้นตอนหลังนำส่งเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี

เมื่อได้มีการนำส่งเรื่องแก่สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีแล้ว สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีมีหน้าที่พิจารณาและเสนอความเห็นเกี่ยวกับความจำเป็นในการตรากฎหมาย ตรวจสอบวิเคราะห์ผลของการรับฟังความคิดเห็นที่หน่วยงานเสนอมา พร้อมทั้งวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายตามหลักเกณฑ์การตรวจสอบความจำเป็นในการตราพระราชบัญญัติ⁸⁴

⁸⁰ ข้อ 15 ระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548

⁸¹ ข้อ 15 (1) ระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548

⁸² ข้อ 15 (2) ระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548

⁸³ โปรดศึกษาเพิ่มเติม แบบฟอร์มเรื่องเสนอต่อคณะรัฐมนตรี [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://www2.soc.go.th/?page_id=196 [8 มกราคม 2564] และเอกสารแนบ หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ด่วนที่สุด ที่ นร 0505/ว 89 ลงวันที่ 21 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2561

⁸⁴ มติคณะรัฐมนตรี แนวทางการจัดทำและการเสนอร่างกฎหมายตามบทบัญญัติมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญราชอาณาจักรไทยและหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความจำเป็นในการตราพระราชบัญญัติ (Checklist) ลงวันที่ 4 เมษายน พ.ศ. 2560

ถ้าสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีเห็นว่ามีความจำเป็นต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นหรือวิเคราะห์ผลกระทบเพิ่มเติม สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีสามารถดำเนินการส่งเรื่องคืนไปยังหน่วยงานของรัฐที่เสนอเรื่องดังกล่าว โดยหน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการเพิ่มเติมโดยระบุการดำเนินการให้ชัดเจน เมื่อดำเนินการเสร็จสิ้นแล้ว ให้ส่งเรื่องคืนไปยังสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีเพื่อดำเนินการเสนอต่อนายกรัฐมนตรีเพื่อรอคำสั่งจากรัฐมนตรีในการนำเรื่องเข้าสู่ที่ประชุมคณะรัฐมนตรีต่อไป⁸⁵ อย่างไรก็ตาม กรณีที่ปรากฏว่าคณะรัฐมนตรีได้เคยแต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อพิจารณาถ่วงดุลเรื่องใด ๆ ก่อนนำเสนอคณะรัฐมนตรี⁸⁶ สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีต้องเสนอเรื่องเข้าสู่คณะกรรมการชุดนั้นก่อน เพื่อรวมมติความเห็นชอบต่อไป⁸⁷

หลังจากหน่วยงานได้ดำเนินการตามที่คณะกรรมการเพื่อพิจารณาถ่วงดุลกำหนดแล้ว เมื่อเรื่องผ่านเข้าสู่การพิจารณาของคณะรัฐมนตรี การพิจารณาใด ๆ ของคณะรัฐมนตรีนั้น คณะรัฐมนตรีจะสามารถพิจารณาเรื่องได้ก็ต่อเมื่อที่ประชุมมีจำนวนผู้เข้าร่วมประชุม (รัฐมนตรี) ไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนรัฐมนตรีทั้งหมด⁸⁸ ในกรณีพิเศษจำนวนองค์ประชุมอาจจะแตกต่างกันไป⁸⁹ หรืออาจให้ถือว่าคำสั่งของนายกรัฐมนตรีหรือรองนายกรัฐมนตรีเป็นมติของคณะรัฐมนตรีได้⁹⁰

ในการนี้ คณะรัฐมนตรีอาจมีมติให้ส่งร่างกฎหมายให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณา⁹¹ และเมื่อได้รับเรื่องแล้ว สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาต้องนำเอกสารต่าง ๆ รวมถึงผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมายที่หน่วยงานรัฐได้จัดทำขึ้นมาประกอบการพิจารณา เพื่อเสนอความเห็นเกี่ยวกับความจำเป็นในการตรากฎหมาย โดยการพิจารณาของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาอาจปรากฏแนวทางต่าง ๆ ได้ดังต่อไปนี้

แนวทางแรก หากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่ามีความจำเป็นต้องให้มีการรับฟังความคิดเห็นเพิ่มเติม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาอาจดำเนินการดังกล่าวเอง หรือขอให้หน่วยงานของรัฐเจ้าของเรื่องเป็นผู้ดำเนินการก็ได้ และเมื่อดำเนินการเสร็จแล้วให้หน่วยงานที่รับผิดชอบตามความดังกล่าวจัดทำรายงานสรุปผลเพิ่มเติม⁹²

⁸⁵ ข้อ 18 ระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 และ ศึกษาเพิ่มเติม แนวทางปฏิบัติตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 และระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 หน้า 66 [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www2.soc.go.th/wp-content/uploads/2019/02/royalDecree.pdf> [8 มกราคม 2564]

⁸⁶ โปรดศึกษาเพิ่มเติม มาตรา 5 พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548

⁸⁷ ข้อ 19 ระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548

⁸⁸ มาตรา 8 วรรคแรก พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548

⁸⁹ มาตรา 8 วรรคสอง พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548

⁹⁰ มาตรา 7 พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548

⁹¹ ข้อ 16 ระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548

⁹² มติคณะรัฐมนตรี แนวทางการจัดทำและการเสนอร่างกฎหมายตามบทบัญญัติมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญราชอาณาจักรไทยและหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความจำเป็นในการตราพระราชบัญญัติ (Checklist) ลงวันที่ 4 เมษายน พ.ศ. 2560

แนวทางที่สอง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาอาจดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาของร่างกฎหมาย และอาจเห็นสมควรว่าประเด็นที่ได้แก้ไขหรือเพิ่มเติมเนื้อหาของร่างกฎหมายนั้นต้องมีการแก้ไขการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นด้วย ในการนี้ หน่วยงานของรัฐมีหน้าที่ต้องนำเรื่องดังกล่าวไปดำเนินการ และเมื่อดำเนินการแล้วเสร็จ หน่วยงานของรัฐจึงจะนำส่งเอกสารที่แก้ไขพร้อมยืนยันให้ความเห็นชอบร่างกฎหมายให้แก่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

เมื่อสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ส่งเรื่องที่ได้ดำเนินการแก้ไขต่าง ๆ พร้อมความเห็นเพิ่มเติมกลับมายังสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีแล้ว ถ้าปรากฏในความเห็นของสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีว่า ร่างกฎหมายที่ผ่านการตรวจพิจารณาของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกานั้น มีการแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาของร่างกฎหมายเพิ่มเติมที่มีความแตกต่างจากร่างกฎหมายที่เสนอโดยหน่วยงานของรัฐเสนอ และสมควรแก้ไขการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายเพิ่มเติมตามประเด็นที่แก้ไข (ผู้เขียนเห็นว่ากรณีนี้จะเกิดขึ้นต่อเมื่อคณะกรรมการกฤษฎีกาไม่ได้มีการสั่งให้ดำเนินการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการแก้ไขเพิ่มเติมร่างกฎหมายเท่านั้น) สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีต้องดำเนินการแจ้งให้หน่วยงานเจ้าของเรื่องรับแนวทางไปดำเนินการให้แล้วเสร็จ โดยเมื่อดำเนินการเสร็จสิ้น หน่วยงานของรัฐต้องนำส่งคำชี้แจงตามหลักเกณฑ์การตรวจสอบความจำเป็นในการตราพระราชบัญญัติ และเอกสารที่เพิ่มเติมแก้ไขกลับมายังสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี และเมื่อได้รับการตรวจสอบเอกสารอย่างครบถ้วนแล้ว สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีมีหน้าที่ดำเนินการนำเรื่องเข้าสู่ที่ประชุมคณะรัฐมนตรีเพื่อดำเนินการต่อไป

เมื่อสิ้นสุดการประชุมคณะรัฐมนตรี และคณะรัฐมนตรีได้พิจารณาตัดสินใจและสั่งการเรื่องใด ๆ ไปแล้วนั้น⁹³ สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีมีหน้าที่ดำเนินการแจ้งมติเหล่านั้นให้แก่ผู้เกี่ยวข้อง ได้แก่ หน่วยงานเจ้าของเรื่อง หน่วยงานรัฐที่เกี่ยวข้อง และผู้เกี่ยวข้องอื่น (ที่คณะรัฐมนตรีพาดพิงถึง)⁹⁴ พร้อมทั้งจัดทำสรุปมติคณะรัฐมนตรีเพื่อเปิดเผยต่อประชาชนผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ต่อไป⁹⁵ นอกจากนี้ ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีมีมติให้หน่วยงานรัฐดำเนินการเรื่องใด หน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการแจกแจงและรายงานผลต่อสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี⁹⁶ ตามกรอบเวลาที่ได้กำหนดไว้ หรืออย่างน้อยทุกสามเดือน ในกรณีที่ไม่ได้กำหนดกรอบเวลาที่ชัดเจน⁹⁷

⁹³ โปรดศึกษาเพิ่มเติม แนวทางปฏิบัติตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 และระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 หน้า 67 [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www2.soc.go.th/wp-content/uploads/2019/02/royalDecree.pdf> [8 มกราคม 2564]

⁹⁴ ข้อ 20 ระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548

⁹⁵ เรื่องเดียวกัน

⁹⁶ ข้อ 22 ระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548

⁹⁷ เรื่องเดียวกัน

4. กระบวนการของฝ่ายบริหารที่เกี่ยวข้องกับฝ่ายนิติบัญญัติในการเข้าร่วมเป็นภาคีและการอนุวัติการพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญาระหว่างประเทศ

จากโครงสร้างการดำเนินการที่ได้อธิบายไปแล้วในหัวข้อที่ 2.1 รัฐสภามีหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการเข้าร่วมเป็นภาคีและการอนุวัติการพันธกรณีระหว่างประเทศใน 2 ประการสำคัญ ได้แก่ การให้ความเห็นชอบต่อหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ และการบัญญัติกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเพื่อให้เนื้อหาของพันธกรณีระหว่างประเทศเกิดผลบังคับใช้ในระบบกฎหมายไทย

ในส่วนของ การให้ความเห็นชอบต่อหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนั้น เป็นไปตามเงื่อนไขในมาตรา 178 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ซึ่งกำหนดให้รัฐสภาต้องให้ความเห็นชอบต่อหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา และหนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง ตลอดจนหนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้า หรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง อาทิ หนังสือสัญญาเกี่ยวกับการค้าเสรี เขตศุลกากรร่วมหรือการให้ใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือทำให้ประเทศต้องสูญเสียสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติทั้งหมดหรือบางส่วน หรือหนังสือสัญญาอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ โดยพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง หากรัฐสภาพิจารณาไม่แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ถือว่ารัฐสภาให้ความเห็นชอบ

สำหรับกรณีของสนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการควบคุมและจัดการน้ำอับเฉา และตะกอนจากเรือ ค.ศ. 2004 ซึ่งมีผลบังคับมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 2017 นั้น ยังคงมีความสับสนในการดำเนินการตามมติคณะรัฐมนตรี ลงวันที่ 5 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2562 และคู่มือของกระทรวงการต่างประเทศฯ ดังที่ได้อธิบายไว้แล้วในหัวข้อที่ 3.1.2 ซึ่งในข้อสรุปนั้น ผู้เขียนเสนอให้กรมเจ้าท่าประสานขอความเห็นไปยังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักงานเลขาธิการคณะรัฐมนตรี และกระทรวงการต่างประเทศ ก่อนดำเนินการ

แต่หากกรมเจ้าท่าต้องการให้มีการลงนามทันที ก็จะมีขั้นตอนของฝ่ายบริหารที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของรัฐสภาอยู่ 3 ขั้นตอน ได้แก่

ประการที่หนึ่ง การเสนอขอความเห็นชอบต่อคณะรัฐมนตรี เพื่อเสนอต่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบก่อนการลงนาม (โดยมีเงื่อนไขว่าจะให้สัตยาบันในภายหลัง) เนื่องจากสนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการควบคุมและจัดการน้ำอับเฉา และตะกอนจากเรือ ค.ศ. 2004 เป็นสัญญาพหุภาคีและประเทศไทยยังไม่พร้อมดำเนินการตามพันธกรณีระหว่างประเทศ เพราะยังไม่มี การตราพระราชบัญญัติอันเป็นกฎหมายภายในเพื่อปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่อนุสัญญาฯ กำหนด

ประการที่สอง เมื่อมีการตรากฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรือแก้ไขพระราชบัญญัติที่บังคับใช้ในปัจจุบัน เพื่อรองรับการปฏิบัติตามพันธกรณีหรือการทำให้พันธกรณีระหว่างประเทศมีผลผูกพันได้ในระบบกฎหมายไทย ในกระบวนการนี้ ฝ่ายบริหารก็ต้องเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี เพื่อให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบ ดังที่ได้อธิบายไปแล้วในเนื้อหาส่วนที่ 3.2 ข้างต้น แต่หากการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศอาศัยเพียงการออกกฎหมายลำดับรองเท่านั้น รัฐสภาก็จะไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการดำเนินการในขั้นตอนนี้

ประการที่สาม เมื่อมีกฎหมายภายในที่จะถือว่าประเทศไทยสามารถปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศได้แล้ว ก็ยังเป็นที่ยสงสัยว่าหน่วยงานรัฐจึงจะเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี เพื่อเสนอต่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบก่อนการภาคยานุวัติหนังสือสัญญาดังกล่าว ซึ่งเป็นกระบวนการสุดท้ายของการแสดงความยินยอมที่จะผูกพัน (Consent to be bound) เข้าร่วมเป็นภาคีและการอนุวัติการพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาระหว่างประเทศหรือไม่ เนื่องจากคู่มือกระทรวงการต่างประเทศฯ และมติคณะรัฐมนตรี ลงวันที่ 5 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2562 กรณีที่ 2.1 และ 2.2 ยังมีเนื้อหาขัดกันเองอยู่

กล่าวคือ คู่มือกระทรวงการต่างประเทศฯ กำหนดให้มีการขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีในการลงนามก่อน และต่อมาจึงจะขอความเห็นชอบในการให้สัตยาบันสนธิสัญญาจากรัฐสภา แต่มติคณะรัฐมนตรี ลงวันที่ 5 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2562 กำหนดกรณีเป็นหนังสือสัญญาที่กำหนดขั้นตอนการลงนามและขั้นตอนการแสดงความเจตนาให้มีผลผูกพัน (consent to be bound) แยกออกจากกันว่า เมื่อลงนามแล้ว หน่วยงานจึงเสนอเรื่องต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ และเมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว จึงจะดำเนินการแสดงความเจตนาให้มีผลผูกพันได้ เป็นกรณี 2.1 และกำหนดให้การประสงค์จะเข้าเป็นภาคีในภายหลังโดยการภาคยานุวัติ (accession) ให้หน่วยงานของรัฐเจ้าของเรื่องเสนอขอความเห็นชอบต่อคณะรัฐมนตรี เพื่อเสนอต่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบก่อนการลงนามในหนังสือดังกล่าว หรือก่อนการภาคยานุวัติ (ก็ได้) เป็นกรณีที่ 2.2

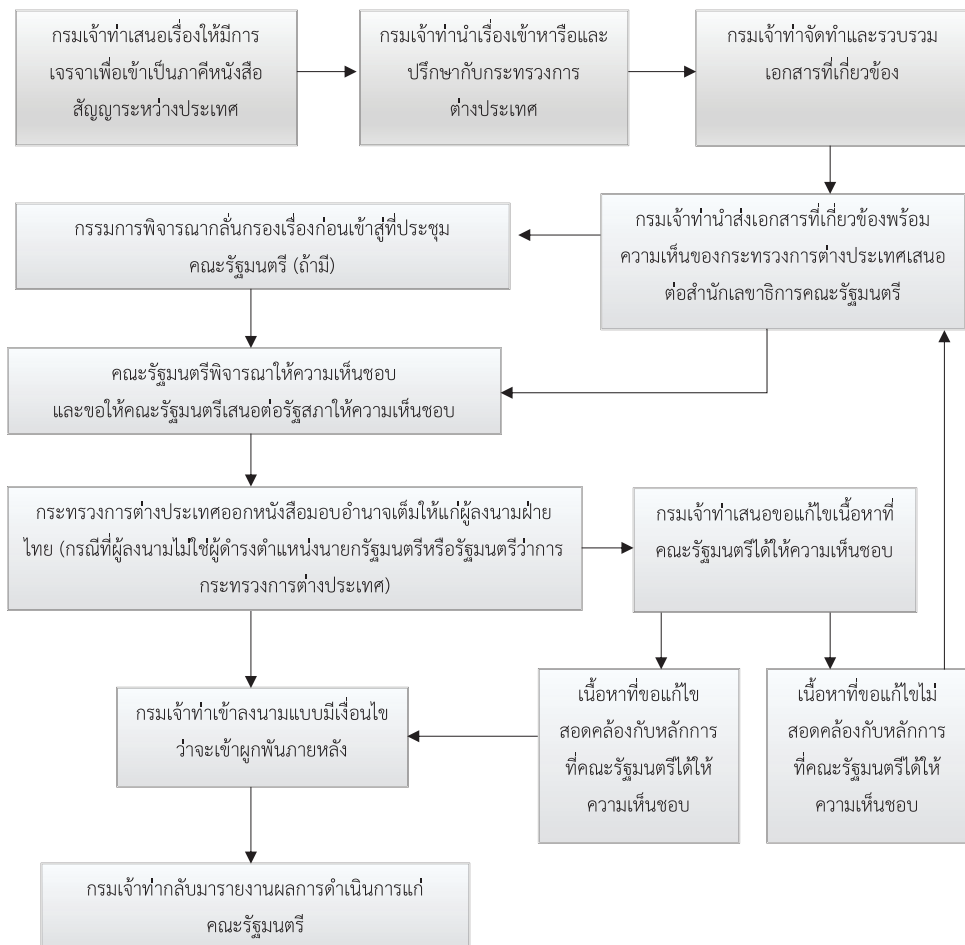
เมื่อมีความสับสนเช่นนี้ จึงควรขอความเห็นไปยังคณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักงานเลขาธิการคณะรัฐมนตรี และกระทรวงการต่างประเทศ แต่เพื่อป้องกันความผิดพลาด อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนก็เสนอแนะให้ดำเนินการเสนอต่อรัฐสภาเพื่อให้ความเห็นชอบในการแสดงความเจตนาให้มีผลผูกพันอีกครั้งด้วย เพราะอย่างไรก็ดี กระบวนการนี้เป็นขั้นตอนที่ก่อให้เกิดความผูกพันตนตามอนุสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทย ซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดให้ต้องผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาผู้เป็นตัวแทนปวงชนชาวไทย

5. บทสรุปขั้นตอนทางปฏิบัติทั้งหมดในการดำเนินการเพื่อเข้าร่วมเป็นภาคีและอนุวัติการพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาระหว่างประเทศ และบทสะท้อนจากการศึกษา

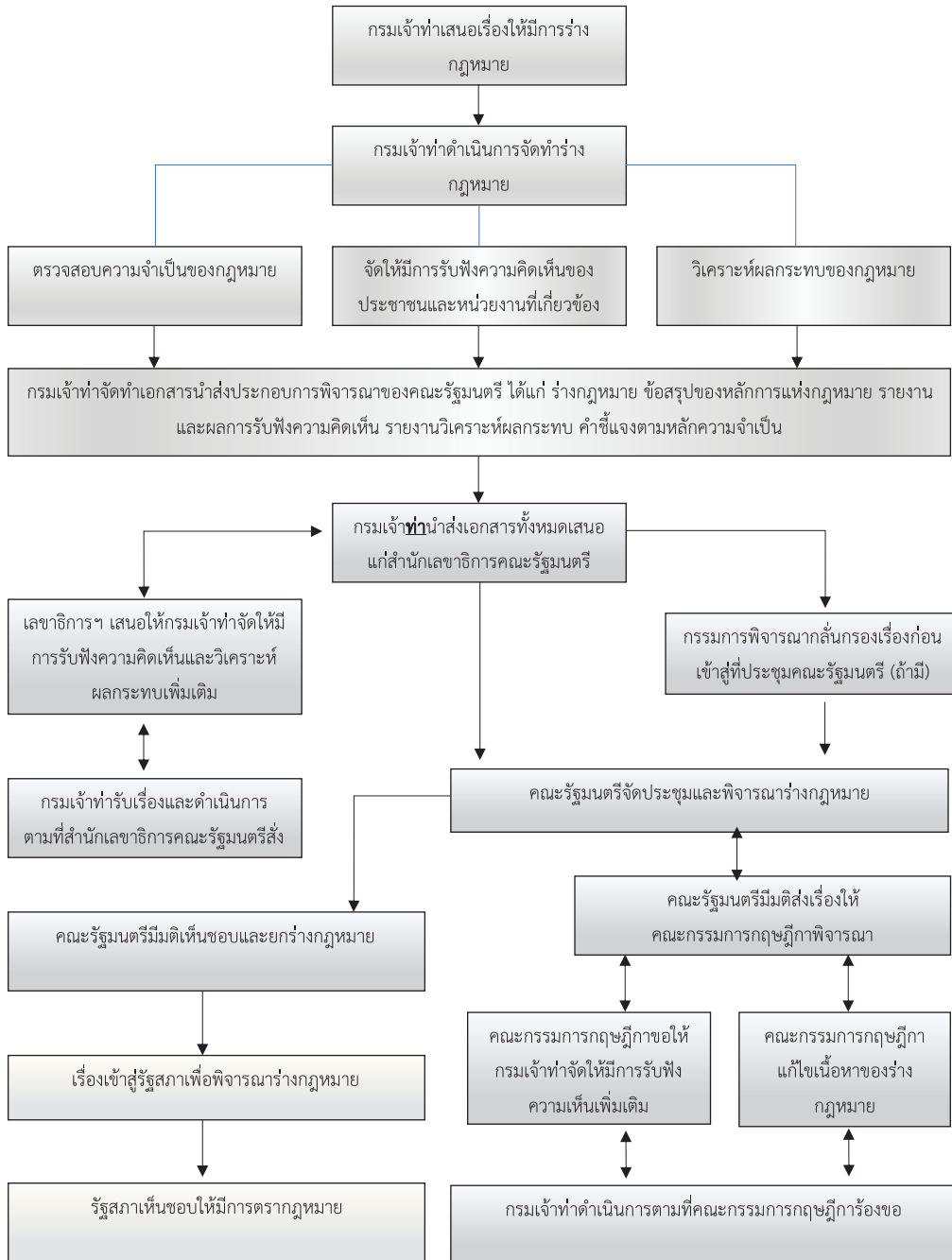
จากที่ได้ศึกษาหลักการและทฤษฎี โครงสร้างและฐานทางกฎหมาย ตลอดจนขั้นตอนกระบวนการของฝ่ายบริหาร และกระบวนการของฝ่ายบริหารที่เกี่ยวกับฝ่ายนิติบัญญัติในการเข้าร่วมเป็นภาคีและการอนุวัติการพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาระหว่างประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่ากระบวนการขั้นตอนในการดำเนินการทั้งการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาระหว่างประเทศและการเสนอให้มีการตรากฎหมายรองรับนั้น มีความสลับซับซ้อนและมีหน่วยงานเข้ามาเกี่ยวข้องด้วยกันหลายหน่วยงาน เพื่อความสะดวกในการทำความเข้าใจจึงยกการเข้าร่วมเป็น

ภาคีอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการควบคุมและจัดการน้ำอับเฉา และตะกอนจากเรือ ค.ศ. 2004 มาเป็นตัวอย่างเพื่อสรุปการดำเนินการตามหลักเกณฑ์และกระบวนการ ตลอดจนหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเหล่านี้ ซึ่งสามารถแบ่งได้เป็น 3 ขั้นตอนหลัก ปรากฏดังแผนภาพต่อไปนี้

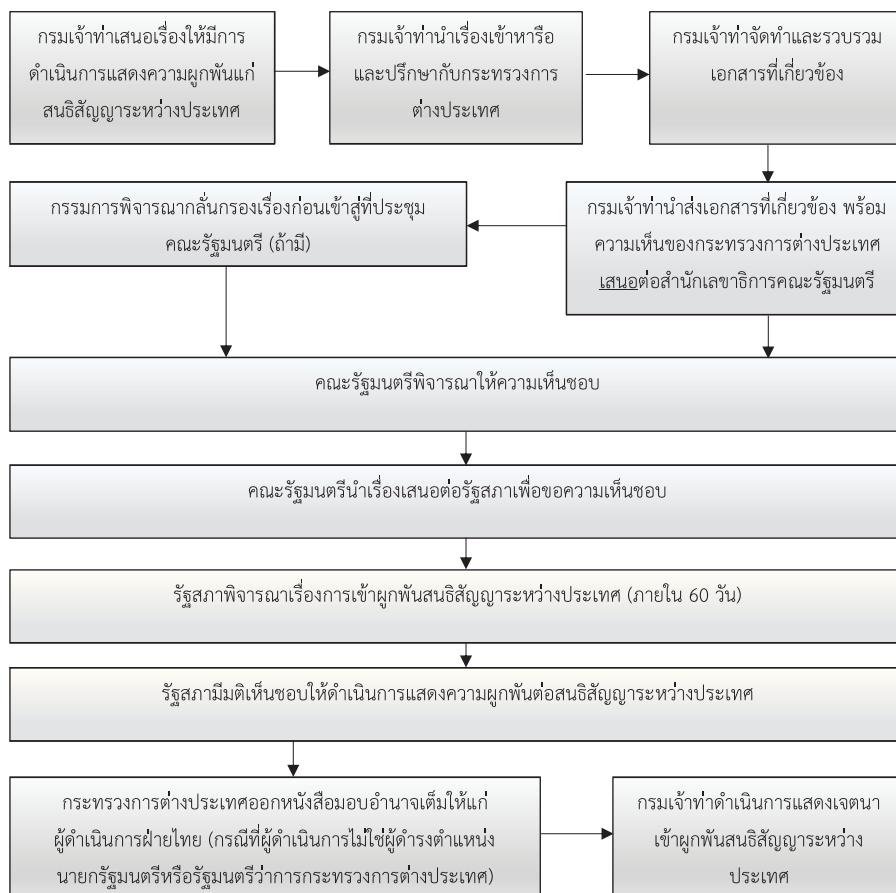
ขั้นตอนการลงนามแบบมีเงื่อนไขให้สัตยาบันสารผูกพันภายหลัง



ขั้นตอนการเสนอเรื่องให้มีการตรากฎหมายรองรับอนุสัญญาระหว่างประเทศ



ขั้นตอนการเสนอเรื่องให้มีการภาคยานุวัติเพื่อแสดงเจตนาเข้าผูกพันอนุสัญญา



จากเนื้อหาทั้งหมดที่ได้ศึกษาตัวอย่างการพิจารณาเข้าร่วมเป็นภาคีและการอนุวัติการพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการควบคุมและจัดการน้ำอับเฉา และตะกอนจากเรือ ค.ศ. 2004 มาข้างต้น คงจะเห็นได้ว่ากระบวนการเข้าร่วมเป็นภาคีและการอนุวัติการพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาระหว่างประเทศ มีความไม่ชัดเจนในทางปฏิบัติหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการขัดแย้งกันเองของแนวทางปฏิบัติของฝ่ายบริหาร ได้แก่ คู่มือกระทรวงการต่างประเทศฯ และมติคณะรัฐมนตรี ลงวันที่ 5 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2562 อันนำมาซึ่งความไม่ชัดเจนในหลายขั้นตอน เช่น

- ข้อสงสัยที่ว่า การลงนามโดยมีเงื่อนไขว่าจะให้สัตยาบันในภายหลังต้องขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี หรือไม่
- ข้อสงสัยที่ว่า การลงนามโดยมีเงื่อนไขว่าจะให้สัตยาบันในภายหลังต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่

- ข้อสงสัยที่ว่า การแสดงเจตนาให้มีผลผูกพัน (consent to be bound) โดยการภาคยานุวัติ (accession) จำต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่ ฯลฯ

นอกจากนี้ ยังเป็นที่น่าสังเกตว่า การเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการควบคุมและจัดการน้ำอับเฉา และตะกอนจากเรือ ค.ศ. 2004 ไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ว่ากรมเจ้าท่าควรดำเนินการเสนอให้มีการตรากฎหมายในช่วงใด ประการนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่ากรมเจ้าท่าควรดำเนินการเสนอให้มีการตรากฎหมายในช่วงเวลาที่ใกล้เคียงกับครั้งที่เสนอขอลงนาม เพื่อความสะดวกและรวดเร็วต่อการพิจารณาของ คณะรัฐมนตรีและรัฐสภา และต่อมาเมื่อมีการตรากฎหมายเสร็จสิ้นแล้ว กรมเจ้าท่าจึงจะดำเนินการขอความเห็นชอบต่อรัฐสภาเพื่อดำเนินการเข้าผูกพันต่อไป

ข้อสงสัยและข้อสังเกตเหล่านี้สะท้อนให้ขบคิดต่อไปว่า หลักเกณฑ์และขั้นตอนในระบบกฎหมายไทย ในการเข้าร่วมเป็นภาคีและการอนุวัติการพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาระหว่างประเทศในปัจจุบันมีความเหมาะสมหรือไม่ มีความรอบคอบและสอดคล้องกับหลักว่าด้วยอำนาจอธิปไตยของรัฐแล้ว หรือก่อให้เกิดความยุ่งยาก ในการดำเนินการของฝ่ายบริหารมากเกินไป สมควรปรับปรุงระเบียบและแนวทางปฏิบัติต่าง ๆ ให้ชัดเจนหรือ รวบรวมไว้ในที่เดียวกันเพื่อให้เกิดความเข้าใจของผู้ปฏิบัติงาน และดำเนินการได้อย่างถูกต้องและเป็นเอกภาพหรือไม่

การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบในประเทศไทย

Restrictions on Freedom of Peaceful Assembly in Thailand

พัชร์ นียมศิลป์
Pat Niyomsilp

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: pat.n@chula.ac.th
(Received: January 26, 2021; Revised: March 14, 2021; Accepted: March 14, 2021)

บทคัดย่อ

ขอบเขตเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบในประเทศไทยไม่ชัดเจนนั้นมีสาเหตุมาจากระบบกฎหมายภายในของไทยเกี่ยวกับการดูแลการชุมนุมสาธารณะไม่ยึดโยงกับหลักสากลอย่างสมบูรณ์ ส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายและการวินิจฉัยคดีไม่เป็นไปในทิศทางเดียวกัน บทความนี้ได้แย้งว่าปัญหานี้ไม่ได้เกิดจากการไม่มีกฎหมายเฉพาะเพื่อใช้พิจารณาการคุ้มครองเสรีภาพในการชุมนุมเพียงแต่ประการเดียว หากแต่เจ้าหน้าที่รัฐเองก็ขาดหลักการในการควบคุมดุลยพินิจในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมให้เป็นไปแนวทางเดียวกันสอดคล้องกับหลักสากล ข้อเสนอแนะและแนวคำวินิจฉัยที่ปรากฏอยู่อย่างชัดเจนภายใต้กรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคี บทความนี้ประสงค์จะนำเสนอหลักสากลเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุม การตรวจสอบการใช้ดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่และนำเสนอประเด็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมที่ปรากฏในระบบกฎหมายไทย

คำสำคัญ: เสรีภาพในการชุมนุม, ชุมนุมสาธารณะ, การจำกัดเสรีภาพ, ประเทศไทย, กฎหมายการชุมนุมสาธารณะ, หลักสากล, สิทธิมนุษยชน

Abstract

The boundary of freedom of assembly in Thailand is blurred because its domestic legal mechanism governing the enjoyment of the freedom does not conform to international standards. As a result, law enforcement officials and the court do not consistently make their decisions to restrict freedom of assembly in the same direction. This article argues that this problem does not only cause by the absence of a specific piece of legislation governing freedom of assembly but also the lack of guiding principles for testing restrictions on freedom of assembly. These principles are available in international human rights instruments that Thailand is already a party. The aims of this article are to illustrate the basic concept in restricting freedom of assembly and scrutinizing such restrictions under international standards. Also, it aims to identify legal issues in restricting freedom of assembly under the Thai legal framework.

Keywords: Freedom of assembly, Public assemblies, Restrictions, Thailand, Public assembly law, International standards, Human rights.

อำนาจในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมของเจ้าหน้าที่คือการกำหนดขอบเขตของเสรีภาพในการชุมนุม แต่ขอบเขตของเสรีภาพในการชุมนุมในประเทศไทยนั้นยังไม่ชัดเจนเนื่องจากระบบกฎหมายและผู้ใช้กฎหมาย ไม่มีแนวทางในการควบคุมดุลยพินิจในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมที่เป็นสากล งานวิจัย เรื่อง “เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย : รายงานการศึกษาวิจัย” นำเสนอโดย รศ. สมชาย ปรีชาศิลปกุล และคณะ ชี้ว่า แนวคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาขององค์กรตุลาการไทยทั้งศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง และศาลยุติธรรม มีแนวโน้มการวินิจฉัยคดีที่ไม่ชัดเจนและไม่ไปในทิศทางเดียวกัน¹ ในขณะที่ศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองมีแนวโน้มที่จะวินิจฉัยรับรองเสรีภาพในการชุมนุม ศาลยุติธรรมกลับมีการวินิจฉัยที่ผู้วิจัยไม่สามารถสรุปได้ชัดเจนว่ามีแนวโน้มไปทางใดทางหนึ่ง² งานวิจัยฉบับดังกล่าวให้เหตุผลว่า สาเหตุที่แนวโน้มการวินิจฉัยคดีขององค์กรตุลาการประเทศไทยไม่ชัดเจนและไม่ไปในทิศทางเดียวกันมีสาเหตุมาจากการขาดกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติในการกำหนดรายละเอียดขั้นตอน ข้อกำหนด หลักเกณฑ์ หน่วยงานรับผิดชอบ อำนาจหน้าที่ และบทลงโทษไว้อย่างชัดเจน³

ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตว่างานวิจัยฉบับดังกล่าวจัดทำขึ้นในระหว่างที่ได้มีการดำเนินการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. ดังนั้นปัญหาในการวิจัยจึงมุ่งไปที่การแสดงปัญหาการขาดกฎหมายเฉพาะ ที่วางแนวทางในการใช้เสรีภาพในการชุมนุมและวางแนวทางในการวินิจฉัยคดีที่เป็นไปในทางเดียวกัน ซึ่งข้อสันนิษฐานเช่นนี้สามารถพบได้ในงานวิจัยที่จัดทำขึ้นก่อนการประกาศใช้ พ.ร.บ.การชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558⁴ ผู้เขียนเห็นว่า การขาดกฎหมายเฉพาะเพื่อใช้ในการวินิจฉัยมาตรการเกี่ยวกับการใช้เสรีภาพในการชุมนุมนั้น เป็นเพียงสาเหตุส่วนหนึ่งเท่านั้น เพราะแม้ว่าจะมีกฎหมายเฉพาะ เช่น พ.ร.บ.การชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 ออกมาบังคับแล้ว แนวทางการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมก็ยังคงไม่ชัดเจน

ภายหลังมีการบังคับใช้ พ.ร.บ.การชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 รศ.สมชาย ปรีชาศิลปกุล นัทธมน คงเจริญ และ ประณ บุญช่วย⁵ ได้จัดทำงานวิจัยนำเสนอปัจจัย 3 ประการที่ทำให้ พ.ร.บ.การชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 กลายเป็นเครื่องมือสำคัญในการควบคุมและบั่นทอนเสรีภาพของประชาชนอย่างมีนัยสำคัญ

¹ สมชาย ปรีชาศิลปกุล และคณะ, เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย : รายงานการศึกษาวิจัย (สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2558), หน้า 529-530.

² เรื่องเดียวกัน.

³ เรื่องเดียวกัน.

⁴ ชูติดา รตนัตจขามณี, ปัญหาเกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะในประเทศไทย, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556 ; ณัฐพงศ์ มหามานนท์, บทบาทของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายที่เกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะ, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553 ; ปรีดีมนัส มุสิกะนุเคราะห์, กฎหมายเกี่ยวกับการใช้กำลังควบคุมการชุมนุมสาธารณะ: ศึกษาร่างพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554 ; วาญณี วัฒนประดิษฐ์, เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551 ; สราวุธ ทับทอง, สถานการณ์ฉุกเฉินและความรุนแรง : ศึกษาความเหมาะสมสำหรับการควบคุมและจัดการการชุมนุมประท้วงของภาครัฐในช่วง พ.ศ. 2552-2553 ผ่านหลักนิติรัฐ, รายงานการวิจัย กองทุนอุดหนุนการวิจัย คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.

⁵ สมชาย ปรีชาศิลปกุล นัทธมน คงเจริญ และ ประณ บุญช่วย, บทเรียนและสภาพปัญหาเกี่ยวกับเสรีภาพในการชุมนุมเพื่อการปรับปรุงพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 (กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2563), หน้า 7-9.

ประการแรก บทบัญญัติของกฎหมายมุ่งจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะ นิยามและความหมายสามารถตีความได้ครอบคลุมกิจกรรมแทบทุกประเภท เปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่สามารถใช้ดุลยพินิจในการจำกัดเสรีภาพได้มาก ประการที่สอง หน่วยงานรัฐไม่มีความเข้าใจและไม่ตระหนักถึงเสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะ และประการที่สาม สถานการณ์การเมืองภายใต้ระบอบอำนาจนิยมเป็นเหตุให้การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐไม่ได้ดำเนินไปอย่างอิสระและไม่ไต่ยืนอยู่บนหลักการทางกฎหมายเพียงอย่างเดียว⁶

จากข้อสังเกตข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าสาเหตุประการหนึ่งที่คณะผู้วิจัยมองข้ามไป คือ ระบบกฎหมายภายในของไทยเกี่ยวกับการดูแลการชุมนุมสาธารณะขาดการยึดโยงกับหลักสากล ผู้เขียนตั้งข้อสันนิษฐานว่าที่แนวโน้มการวินิจฉัยคดีของตุลาการในประเทศไทยไม่เป็นไปในทิศทางเดียวกันไม่ได้เกิดจากการไม่มีกฎหมายเฉพาะเพื่อคุ้มครองเสรีภาพในการชุมนุมเพียงแต่ประการเดียว⁷ หากแต่ตุลาการรวมถึงเจ้าหน้าที่รัฐอื่น ๆ ขาดหลักการในการควบคุมดุลยพินิจในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมให้ในเป็นไปในแนวทางเดียวกัน ทั้ง ๆ ที่หลักการควบคุมดุลยพินิจที่วางนี้ปรากฏอย่างชัดเจนตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ (international human rights law) และมีองค์กระระหว่างประเทศที่น่าเชื่อถือหลายแห่งได้ร่วมกันพัฒนา ติความ และอรรถาธิบายการคุ้มครองเสรีภาพในการชุมนุมอย่างเป็นระบบ แต่หลักสากลเหล่านี้กลับไม่มีผลเป็นแนวทางในการบังคับใช้กฎหมายภายในประเทศมากนัก บทความนี้ประสงค์จะนำเสนอหลักสากลเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมและการตรวจสอบการใช้ดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่ จากนั้นจึงนำเสนอประเด็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการดูแลการชุมนุมสาธารณะที่ปรากฏในระบบกฎหมายไทย

1. ที่มาของหลักสากลเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุม

เสรีภาพในการชุมนุมได้รับการรับรองใน “ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน” (Universal Declaration of Human Rights: UDHR) ข้อ 20 โดยระบุว่า บุคคลมีสิทธิที่จะชุมนุมโดยสงบและรวมตัวเป็นสมาคม (Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and association) ซึ่งรัฐเกือบทุกรัฐในโลกต่างยอมรับว่าสิทธิและเสรีภาพที่ได้รับการรับรองใน UDHR เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย โดยจะเห็นได้ว่ามีการนำสิทธิตาม UDHR ไปรับรองอีกชั้นในระบบกฎหมายภายในของรัฐตน อาทิ ประเทศในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้มี ปฏิญญาสิทธิมนุษยชนอาเซียน (ASEAN Human Rights Declaration: AHDR) ที่มีข้อความที่ยืนยันพันธกรณีว่าจะต้องเคารพสิทธิมนุษยชนที่ปรากฏใน UDHR

นอกจากนั้น หลักสากลเกี่ยวกับเสรีภาพในการชุมนุมยังมีที่มาจากเอกสารอื่น ๆ ที่จัดว่าเป็นเอกสารพื้นฐานของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ เช่น กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ 21 (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 15 (Convention on the Rights of the Child: CRC) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิ

⁶ เรื่องเดียวกัน.

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 278.

ทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ข้อ 8 (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ข้อ 5 (ix) (Conventional on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination: CERD) ความเห็นทั่วไป ฉบับที่ 25 (การมีส่วนร่วมและสิทธิเลือกตั้ง (General Comment 25 of the Human Rights Committee (participation in public affairs and the right to vote) และความเห็นทั่วไป ฉบับที่ 37 สิทธิในการชุมนุมโดยสงบ (General Comment 37 of the Human Rights Committee, the right to peaceful assembly) เป็นต้น

แนวคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปและคำวินิจฉัยของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติตลอดจนความเห็นของผู้ตรวจการพิเศษแห่งสหประชาชาติด้านเสรีภาพในการชุมนุมและการสมาคม (UN Special Rapporteur on freedom of assembly and association) ต่างก็ได้สร้างแนวคำวินิจฉัยและความเห็นในคดีต่าง ๆ จำนวนมากเพียงพอที่จะเรียกได้ว่าเป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการยอมรับในระดับนานาชาติ อีกทั้งกระบวนการวินิจฉัยคดีของทั้งศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติก็มีลักษณะการดำเนินการและการให้เหตุผลทางนิติศาสตร์ (rule-based procedure) ภายใต้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่มีรากฐานมาจากปฎิญาสาส์นว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ มีการอ้างอิงคำวินิจฉัยระหว่างกันอย่างเป็นระบบ (cross-reference) ดังนั้นคำวินิจฉัยของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติและศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปจึงเป็นแหล่งที่มาของหลักสากลเกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะที่ชัดเจนที่สุดในปัจจุบัน และยังได้รับการอ้างอิงอย่างกว้างขวางโดยองค์การระหว่างประเทศและในวงการวิชาการอีกด้วย นอกจากนี้ ยังมีองค์กรระหว่างประเทศอื่น ๆ ที่สามารถถือได้ว่ามีส่วนร่วมในการสร้างหลักสากล ยกตัวอย่างเช่น แนวคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนอเมริกา (Inter-American Court of Human Rights) และศาลสิทธิมนุษยชนแห่งแอฟริกา (African Court on Human and Peoples' Rights) แต่แนวคำพิพากษาและบรรทัดฐานจากองค์กรอื่น ๆ เหล่านี้ยังมีจำนวนน้อยและยังไม่ได้รับการอ้างอิงอย่างแพร่หลายเมื่อเทียบกับจำนวนบรรทัดฐานที่เกิดขึ้นจากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติและศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป

แม้ว่าประเทศไทยจะเป็นภาคีกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ICCPR โดยการภาคยานุวัติ ตั้งแต่ 29 ตุลาคม 2539 และมีผลใช้บังคับกับประเทศไทยตั้งแต่ 29 มกราคม 2540 แต่ด้วยเหตุที่ประเทศไทยถือหลักทวินิยม (Dualism) อย่างเคร่งครัด ศาลจะมุ่งใช้กฎหมายภายในของตนเป็นหลัก การนำเอากฎเกณฑ์ในกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศจะต้องมีการอนุวัติการกฎหมายระหว่างประเทศให้เป็นกฎหมายภายในตามกระบวนการนิติบัญญัติหรือตามกระบวนการที่มีกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญตามทฤษฎีแปลงรูป (doctrine of transformation) เสียก่อน^๑ อย่างไรก็ตาม ข้อสังเกตว่า การยึดถือทฤษฎีทวินิยมในบริบทของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอย่างเคร่งครัดโดยไม่คำนึงถึงพันธกรณีระหว่างประเทศส่งผลให้การปรับใช้กฎหมายไทยโดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนมีความแข็งแกร่ง

^๑ สิริธร ราชเดิม, “ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน: ศึกษาทางปฏิบัติของตุลาการไทย”, วารสารนิติศาสตร์ และสังคมท้องถิ่น, (ก.ค. - ธ.ค. 2562), หน้า 9.

ไม่สอดคล้องกับหลักสากล ทั้งภายใต้กรอบพันธกรณีตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและพันธกรณีตามสนธิสัญญา ส่งผลให้รัฐบาลไทยมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศเนื่องจากไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่ให้ไว้กับนานาชาติ

กระนั้น ตุลาการไทยก็มีการหยิบยกเอาหลักการในพันธกรณีระหว่างประเทศมาประกอบการวินิจฉัยคดีภายใต้ระบบกฎหมายไทย โดยการหยิบยกนี้จะอยู่ภายใต้ดุลยพินิจของผู้พิพากษาคดีนั้น ๆ ยกตัวอย่างเช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555 ลงวันที่ 28 มีนาคม 2555 ได้มีการนำเอาหลักสิทธิมนุษยชนที่ปรากฏตาม UDHR และ ICCPR มาประกอบคำอธิบาย หลักนิติธรรม (the rule of law) และ หลักข้อสันนิษฐานว่าจำเลยในคดีอาญาเป็นผู้บริสุทธิ์ (presumption of innocent) ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ⁹ หรือกรณีคำพิพากษาศาลปกครองกลาง หมายเลขแดงที่ 607-608/2549 ที่ศาลได้นำ ICCPR มาใช้ประกอบการตีความบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญเพื่ออธิบายนิยามของการเลือกตั้งโดยการออกเสียงคะแนนลับ¹⁰

อย่างไรก็ดี เมื่อระบบกฎหมายไทยยึดหลักทวินิยมอย่างเคร่งครัดที่ถือว่าสนธิสัญญาและข้อตกลงระหว่างประเทศจะไม่มีผลบังคับภายในประเทศจนกว่าจะมีกฎหมายภายในอนุวัติการณ์ การนำเอากฎหมายระหว่างประเทศมาวินิจฉัยคดีจึงไม่ได้ถือว่าเป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาที่จะต้องกระทำในทุกกรณี ดังนั้นหากไม่มีกฎหมายภายในรับรองหรือสร้างเกณฑ์การพิจารณาไว้เป็นการเฉพาะ ผู้บังคับใช้กฎหมายก็อาจมองข้ามและไม่พิจารณาหลักสากลเหล่านี้ได้ ส่งผลให้การตีความกฎหมายไทยตัดขาดจากหลักสากลและทำให้การวินิจฉัยคดีไม่ไปในแนวทางเดียวกัน

สำหรับประเด็นนี้ สิริธร ราชเดิม เสนอให้ศาลละทิ้งการยึดทฤษฎีทวินิยมแบบเคร่งครัดแล้วหันมาใช้นิติวิธี “การใช้และการตีความกฎหมายภายในอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ” เช่นเดียวกับแนวทางที่ปรากฏในประเทศเยอรมนี ประเทศแอฟริกาใต้ และประเทศแคนาดา ประเทศเหล่านี้ไม่ยึดถือเอกนิยมหรือทวินิยมทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งอย่างเคร่งครัดแต่จะปรับใช้กฎหมายภายในอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศเป็นสำคัญ ไม่ว่าจะเป็นการบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแก่คดีโดยตรงหรือเป็นการใช้สนธิสัญญาเป็นเครื่องมือในการตีความกฎหมายภายใน¹¹ ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีที่กฎหมายภายในมีความคลุมเครือ ศาลจะสันนิษฐานว่าฝ่ายนิติบัญญัติผู้ตรากฎหมายดังกล่าวมิได้ประสงค์ที่จะตรากฎหมายเพื่อละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ ดังนั้นศาลจึงต้องตีความกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ (ตามที่ผูกพันตามสนธิสัญญาและผูกพันตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ) โดยศาลสามารถยึดหลักการตีความสนธิสัญญาตามหลักเกณฑ์การตีความสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969¹²

⁹ พิมลพัทธ์ อริยะฉานกุล, “คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 12/2555 วันที่ 28 มีนาคม พ.ศ.2555 เรื่องพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ.2545 มาตรา 54 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 39 วรรคสอง มาตรา 40(5) ประกอบมาตรา 30 หรือไม่,” *จลนิติ*, (ก.ค. - ส.ค. 2555), หน้า 113-117.

¹⁰ คำพิพากษาศาลปกครองกลาง หมายเลขแดงที่ 607-608/2549.

¹¹ สิริธร ราชเดิม, *ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน: ศึกษาทางปฏิบัติของตุลาการไทย*, วิทยาลัยธรรมศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหาดไทย, 2561, หน้า 196-197.

¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 197.

อนึ่ง ผู้เขียนเห็นว่าในกรณีการตีความกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการใช้เสรีภาพในการชุมนุมนั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องคำนึงถึง ความเห็นทั่วไปฉบับที่ 37 (General Comment 37) ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (Human Rights Committee) ความเห็นทั่วไปแต่ละฉบับนั้นเป็นความเห็นอย่างเป็นทางการของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติที่อธิบายว่าบทบัญญัติแต่ละมาตราในสนธิสัญญาที่อยู่ภายใต้กำกับของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติมีความความหมายอย่างไร การจัดทำจะเริ่มจากการเสวนาระหว่างคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ องค์กรพัฒนาเอกชน (NGOs) และองค์กรอื่น ๆ ด้านสิทธิมนุษยชนเพื่อวิเคราะห์แนวคิดพื้นฐานและกำหนดประเด็นปัญหา จากนั้น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติก็จะมีมติเห็นชอบและแจ้งต่อที่ประชุมใหญ่สหประชาชาติ (United Nations General Assembly) และกลายเป็นภาคผนวกของรายงานประจำปีของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ

ปัจจุบัน มีการยอมรับเป็นการทั่วไปแล้วว่า General Comment ฉบับต่าง ๆ เป็นเครื่องมือที่สามารถใช้เป็นเครื่องมือในการตีความสนธิสัญญา (authoritative interpretative statements) ได้¹³ ดังนั้น ศาลไทย ควรอาศัยแนวบรรทัดฐานการตีความกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) จากคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติซึ่งเป็นองค์คณะในทางระหว่างประเทศมีหน้าที่โดยตรงในการตีความ ICCPR มาตีความกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชน หากยึดถือตามนี้ กฎหมายภายในของประเทศไทยก็จะมีความยึดโยงกับมาตรฐานสากลเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุม ส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายและการวินิจฉัยคดีในประเทศไทยเป็นไปในทิศทางเดียวกันกับหลักสากล

2. ฐานทางกฎหมายในการจำกัดเสรีภาพการชุมนุม

เนื่องจากเสรีภาพในการชุมนุมนั้นไม่ใช่เสรีภาพโดยสมบูรณ์ รัฐสามารถใช้จำกัดเสรีภาพนี้ได้ โดยการจำกัดเสรีภาพนี้จะต้องมีฐานทางกฎหมายและสอดคล้องกับหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ทั้งในระดับโลกและระดับภูมิภาค กฎหมายภายในที่จะใช้จำกัดเสรีภาพในการชุมนุมไม่ควรสร้างฐานทางกฎหมายเพิ่มเติมไปกว่าที่ปรากฏในข้อสัญญาระหว่างประเทศที่ตนเป็นภาคี¹⁴ ในกรณีของประเทศไทย สัญญาระหว่างประเทศที่ว่านี้ คือ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) ข้อ 21 ที่กำหนดว่า

“สิทธิในการชุมนุมโดยสงบย่อมได้รับการรับรอง การจำกัดการใช้สิทธินี้จะกระทำมิได้ นอกจากจะกำหนดโดยกฎหมายและเพียงพอที่จำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตย เพื่อประโยชน์แห่งความมั่นคงของชาติหรือความปลอดภัย ความสงบเรียบร้อย การสาธารณสุข หรือศีลธรรมของประชาชนหรือการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น”

¹³ ฌักกูนิซา เลอพิลล์แบร์ต, “มาตรา 278 วรรคสามของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เรื่องการอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองกับหลักสากล: สอดคล้องหรือแตกต่าง?”, *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร* (พ.ศ. 2556), หน้า 204.

¹⁴ Organisation for Security and Co-operation in Europe, *Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly*, Second ed. (Warsaw: ODHR 2010), p. 50.

ดังนั้น สาเหตุที่เป็นฐานไปสู่การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมตาม ICCPR ข้อ 21 จะมีอยู่ 5 ประการ ได้แก่

(1) เพื่อประโยชน์แห่งความมั่นคงของชาติ (national security) ICCPR มิได้มีการให้นิยามคำว่า ความมั่นคงของชาติไว้เป็นการเฉพาะ แต่เนื่องจากคำนี้สามารถตีความหมายได้กว้างขวางซึ่งจะทำให้รัฐสามารถใช้ฐานนี้จำกัดสิทธิพลเมืองได้ตามอำเภอใจ ต่อมาจึงมีการวางหลักการสิราคูซา (the Siracusa Principles on Limitation and Derogation Provision in the International Covenant on Political Rights 1985) ซึ่งข้อที่ 29 วางหลักว่า ความมั่นคงของชาติจะถูกใช้เพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพได้เฉพาะเพื่อการป้องกันการดำรงอยู่ของชาติหรือบูรณภาพแห่งดินแดนหรืออิสรภาพทางการเมืองของรัฐจากกองกำลังหรือการคุกคามด้วยกำลัง

(2) เพื่อความสงบเรียบร้อยของสังคมหรือบ้านเมือง (public order) ผศ.ดร.จันทจิรา เอี่ยมมยุรา อธิบายว่าการจำกัดเสรีภาพด้วยเหตุผลนี้จะต้องเป็นไปตามหลักการ “ทฤษฎีอันตรายที่เป็นประจักษ์และปรากฏอยู่” (clear and present danger)¹⁵ จะต้องเป็นกรณีที่มีผู้ยุยงให้เกิดความรุนแรง ความรุนแรงนั้นต้องปรากฏแก่สังคมและมีความสัมพันธ์ระหว่างความรุนแรงกับการแสดงออกที่ถือว่าเป็นการยุยงเช่นเดียวกับความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลในทางอาญา¹⁶

(3) เพื่อความปลอดภัยของของสาธารณชน (public safety) รัฐมีหน้าที่หลักในการรักษาความปลอดภัยของประชาชนทุกคนซึ่งหน้าที่นี้ไม่สามารถมอบให้ผู้อื่นกระทำแทนได้ ดังนั้นหากมีภัยอันตรายเกิดขึ้นแก่ประเทศหรือแก่บุคคลทั่วไป รัฐย่อมสามารถเข้าไปควบคุมการชุมนุมนั้นได้ตามหลักการป้องกันภัยอันตรายทั่วไป

(4) เพื่อปกป้องสาธารณสุขและศีลธรรมอันดีของประชาชน (protection of health and morals) ฐานคิดในข้อนี้มาจากการที่รัฐมีหน้าที่จัดทำและบริหารการสาธารณสุข การปกป้องสาธารณสุขและศีลธรรมอันดีจึงเป็นการปกป้องสิทธิของประชาชนโดยทั่วไปโดยปริยาย

¹⁵ ผู้พิพากษาโอลิวเวอร์ เวินเดลล์ โฮล์มส์ จูเนียร์ (Oliver Wendell Holmes Jr.) อรรถาธิบายหลัก “ภัยอันตรายอย่างแน่ชัดและเฉียบพลัน (clear and present danger) ในคดี Schenk v United States 249 US 47 (1919) ว่ารัฐบาลสามารถเข้าจำกัดเสรีภาพในการพูดได้เมื่อประเทศกำลังอยู่ในสภาวะสงคราม ในคดีนี้ Schenk ถูกจับฐานฝ่าฝืนรัฐบัญญัติจารกรรม (the Espionage Act) จากการที่เขาแจกใบปลิวต่อต้านการรับสมัครทหารไปรบในสงคราม (สงครามโลกครั้งที่ 1) จำเลยอ้างว่า รัฐบัญญัติจารกรรมนี้ขัดต่อ First Amendment ที่รับรองเสรีภาพในการพูดและการพิมพ์ การแจกใบปลิวได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตามเห็นว่ารัฐสามารถเข้ายับยั้งการขัดขวางการรับสมัครทหารในสงครามซึ่งมีลักษณะที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายอย่างแน่ชัดและเฉียบพลัน

¹⁶ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, เสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะ: ลักษณะทั่วไปและข้อจำกัด (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), หน้า 19 อ้างโน ปรีดีมนัส มุสิกนุเคราะห์, “กฎหมายเกี่ยวกับการใช้กำลังควบคุมการชุมนุมสาธารณะ: ศึกษาร่างพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.”, หน้า 25.

(5) เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น (protection of fundamental rights and freedoms) ฐานคิดนี้คือการเปิดโอกาสให้รัฐสร้างสมดุลระหว่างเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบกับสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นที่ได้รับผลกระทบ อันได้แก่ สิทธิและเสรีภาพที่ได้รับรองตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ¹⁷ เช่น สิทธิในการดำรงชีวิต สิทธิที่จะไม่ถูกด้อยค่าความเป็นมนุษย์ เสรีภาพในการเดินทาง สิทธิในครอบครัว รวมไปถึงเสรีภาพในการใช้เสรีภาพในการชุมนุมของบุคคลอื่น ๆ ด้วย อย่างไรก็ตามเมื่อมีการใช้เสรีภาพในการชุมนุมที่ใดที่หนึ่ง สิทธิเสรีภาพของผู้อื่นย่อมจะถูกกระทบเป็นธรรมดา ดังนั้นจึงจำเป็นต้องการสร้างสมดุลระหว่างการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมกับการคุ้มครองเสรีภาพของบุคคลอื่น หากมุ่งคุ้มครองเสรีภาพของผู้ชุมนุมหรือเสรีภาพของบุคคลอื่นมากเกินไป เสรีภาพในการชุมนุมในสังคมนั้นก็อาจไม่สามารถใช้ได้จริงในทางปฏิบัติ เช่นนี้แล้วขอบเขตของการคุ้มครองเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบจึงขึ้นอยู่กับการประกันสิทธิอื่น ๆ ไปพร้อม ๆ กัน เช่น สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง สิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม¹⁸

กล่าวโดยย่อ รัฐที่เป็นภาคี ICCPR มีหน้าที่จะต้องเคารพและประกันการใช้เสรีภาพในการชุมนุมโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ รัฐมีหน้าที่โดยตรงที่จะต้องยอมให้มีการชุมนุมสาธารณะได้โดยปราศจากการแทรกแซงโดยมิชอบและจะต้องอำนวยความสะดวกในการใช้สิทธิและคุ้มครองความปลอดภัยของประชาชน¹⁹ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (Human Rights Committee) เน้นย้ำเสมอ ๆ ว่า ภูมิภาคนี้จำเป็นต้องคำนึงว่าการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมจะต้องเป็นไปเพื่ออำนวยความสะดวกในการใช้สิทธิและสร้างสมดุลในการใช้เสรีภาพมากกว่าที่จะเป็นการสร้างเงื่อนไขที่ไม่จำเป็นและไม่ได้สัดส่วน²⁰ ขอบเขตของเสรีภาพในการชุมนุมจึงครอบคลุมถึงความสามารถในการชุมนุมโดยสงบเพื่อที่จะแสดงการสนับสนุนหรือคัดค้านประเด็นหนึ่งๆ ไม่ว่าจะเป็นที่สาธารณะหรือที่เอกชน ผู้จัดการชุมนุมสาธารณะก็มีสิทธิที่จะเชิญใครก็ได้มาเข้าร่วมการชุมนุมนั้นและสามารถเลือกรูปแบบการชุมนุมและสถานที่ชุมนุมที่อยู่ในระยะมองเห็นและได้ยินจากผู้เป็นเป้าหมายของการชุมนุม (within sight and sound of the target audience)²¹ ดังนั้นหากรัฐจะจำกัดเสรีภาพในการชุมนุม รัฐจะต้องสามารถอธิบายให้ได้ว่า การแทรกแซงเสรีภาพในการชุมนุมนั้นอาศัยฐานทางกฎหมายใดใน 5 ประการข้างต้น อีกทั้งเมื่อมีการแทรกแซงเกิดขึ้นรัฐมีหน้าที่ต้องอธิบายว่าการแทรกแซงนั้น (1) ขอบด้วยกฎหมาย (2) มีจุดประสงค์ชอบด้วยกฎหมาย และ (3) สอดคล้องกับหลักความจำเป็นและความได้สัดส่วนหรือไม่อย่างไร วิธีการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐเข้าแทรกแซงเสรีภาพในลักษณะนี้เป็นวิธีที่เรียกว่า “การทดสอบสามขั้น”

¹⁷ Michael Hamilton, “Freedom of Assembly, Consequential Harms and the Rule of Law: Liberty-Limiting Principles in the Context of Transition,” *Oxford Journal of Legal Studies* 27, no. 1 (2007), p. 82.

¹⁸ Human Rights Committee, General Comment 37 (17 September 2020) CCPR/C/GC/37, para 9.

¹⁹ *ibid.*, para 24.

²⁰ *Turchenyak et al v Belarus* (24 July 2013) Communication No. 1948/2010 CCPR/C/108/D/1948/2010 para 7.4; *M T v Uzbekistan* (23 July 2015) Communication No. 2234/2013 CCPR/C/114/D/2234/2013, para 7.7; *Bakur v Belarus* (15 July 2015) Communication No.1902/2009 CCPR/C/114/D/1902/2009, para 7.8

²¹ *Evelio Ramón Giménez v Paraguay* (25 July 2018) Communication No.2372/2014 CCPR/C/123/D/2372/2014, para 8.3.

3. การทดสอบสามขั้น (The Three-prong Test): การตรวจสอบดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่ในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุม

การจำกัดสิทธิเสรีภาพที่ได้รับรองตาม ICCPR จะสามารถแบ่งลักษณะการจำกัดสิทธิออกได้เป็น 2 กลุ่ม²² คือ กลุ่มที่เป็นสิทธิเสรีภาพเด็ดขาด (absolute rights) ที่ไม่ว่าจะเป็นกรณีอย่างไรรัฐก็ไม่สามารถก้าวล่วงมาจำกัดสิทธิเหล่านี้ได้ ได้แก่ ข้อ 7 เสรีภาพจากการไม่ถูกทรมานหรือถูกลงโทษที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรม ข้อ 8 (1) และ (2) เสรีภาพจากการถูกบังคับให้เป็นทาส ข้อ 11 เสรีภาพจากการไม่ถูกจำคุกเพราะไม่สามารถชำระหนี้ได้ ข้อ 15 เสรีภาพจากการไม่ถูกลงโทษทางอาญาด้วยกฎหมายย้อนหลัง ข้อ 16 สิทธิที่จะได้ยอมรับว่าเป็นบุคคลตามกฎหมาย²³ กับกลุ่มที่สอง คือ กลุ่มสิทธิเสรีภาพที่ไม่เด็ดขาด (non-absolute rights) ที่รัฐสามารถใช้อำนาจเข้าจำกัดสิทธิได้ตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือจะต้องมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายรับรองสิทธินั้นไว้อย่างสัมพันธ์ (relative) และเมื่อรัฐจะจำกัดสิทธินั้นได้ก็จะต้องไปตรากฎหมายออกมาจำกัดสิทธินั้น²⁴

เสรีภาพในการชุมนุมนั้นเป็นเสรีภาพประเภทสิทธิเสรีภาพที่ไม่เด็ดขาด (non-absolute rights) รัฐสามารถจำกัดได้ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปในคดี Gafqaz Mammadov v Azerbaijan ได้วางหลักไว้ว่า คำว่า “การแทรกแซงการใช้เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบ” (an interference with the exercise of freedom of peaceful assembly) ไม่ได้มีความหมายเพียงแต่การห้ามการชุมนุมโดยทางนิตินัยหรือพลตินัยแต่เพียงเท่านั้น²⁵ การแทรกแซงเสรีภาพนี้หมายถึงการที่เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมหรือกำหนดมาตรการเชิงลงโทษ (punitive measures) ไม่ว่าจะก่อนการชุมนุม หรือระหว่างการชุมนุม หรือการลงโทษหลังการชุมนุมด้วย²⁶ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้ยกตัวอย่างลักษณะการแทรกแซงเสรีภาพในการชุมนุม เช่น การวางข้อจำกัดล่วงหน้าก่อนการชุมนุมจะเป็นการสร้างความหวั่นเกรงว่าจะถูกดำเนินคดี ต่อผู้ที่ต้องการเข้าร่วมการชุมนุม (creating a chilling effect)²⁷ การปฏิเสธไม่ให้ผู้ประสงค์เข้าร่วมการชุมนุมเดินทางไปร่วมการชุมนุม²⁸ การจับกุมและสลายการชุมนุม²⁹ และการตั้งข้อหาจากการเข้าร่วมการชุมนุมในภายหลัง³⁰ และเมื่อ

²² ภัชชนันท์ กลิ่นศรีสุข. การจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกโดยรัฐ ภายใต้มาตรา 19 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิของพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1966 : ศึกษากรณีประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553, หน้า 112-113.

²³ Human Rights Committee, General Comment No.29 (31 August 2001) CCPR/C/21/Rev.1/add.11.

²⁴ เช่น รัฐธรรมนูญไทย (พ.ศ. 2560) มาตรา 25 วรรคแรกบัญญัติว่า “สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย นอกจากที่บัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญแล้ว การใดที่มีได้ห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมายอื่นบุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำการนั้นได้และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ตราบเท่าที่การใช้สิทธิหรือเสรีภาพเหล่านั้นไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น” และ มาตรา 26 วรรคแรก บัญญัติว่า “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุและจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย”.

²⁵ Gafaaz Mammadov v Azerbaijan App no 60259/11 (ECtHR, 15 October 2015) para 50.

²⁶ Ezelin v France App no 11800/85 (ECtHR, 26 April 1991) para 39.

²⁷ Baçzkowski and Others v. Poland App no 1543/06 (ECtHR, 3 May 2007) paras 66-68.

²⁸ Djavit An v. Turkey App no 20652/92 (ECtHR, 20 February 2003) paras 59-62.

²⁹ Oya Ataman v. Turkey App no 74552/01 (ECtHR, 5 December 2006) paras 7 and 30.

³⁰ Ezelin v France App no 11800/85 (ECtHR, 26 April 1991) para 41, Galstyan v Armenia App no 26986/03 (ECtHR, 15 November 2007) para 100-102.

มีการแทรกแซงเกิดขึ้น ก็เป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องอธิบายว่าการแทรกแซงนั้นผ่านการทดสอบสามขั้น (the three-prong test) อย่างไร หากมีการตรวจสอบพบว่าการแทรกแซงนั้นไม่ผ่านการทดสอบสามขั้น รัฐก็มีหน้าที่ต้องเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบ และหาทางป้องกันไม่ให้เกิดเหตุการณ์ละเมิดซ้ำอีก

ไมนา คีไอ (อดีตผู้ตรวจการพิเศษด้านเสรีภาพในการชุมนุมและการสมาคมแห่งสหประชาชาติ) อธิบายว่า ภายใต้หลักสากลการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมจะต้องผ่านการทดสอบสามขั้น (the three-prong test)³¹ สนธิสัญญาที่เป็นรากฐานสำคัญของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศหลายฉบับต่างก็รับรองหลักการนี้ไปในแนวทางเดียวกัน³² กล่าวคือ การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมจะต้องผ่านเงื่อนไขสามประการ ได้แก่ (1) การจำกัดการใช้เสรีภาพในการชุมนุมจะกระทำมิได้นอกจากจะมีกฎหมายให้อำนาจ (2) จุดประสงค์ของการจำกัดเสรีภาพนั้นจะต้องชอบด้วยกฎหมาย และ (3) สามารถจำกัดเสรีภาพได้เพียงเท่าที่จำเป็นและได้สัดส่วนสำหรับสังคมประชาธิปไตย

3.1 ขั้นแรก: มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจ (prescribed in conformity with the Law)

เงื่อนไขแรกในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุม คือ จะต้องมิขัดแย้งกับกฎหมายให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการจำกัดเสรีภาพ กฎหมายที่ว่านี้จะต้องเป็นพระราชบัญญัติและจะต้องมีคุณลักษณะที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น มีการบัญญัติขึ้นถูกต้องตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย มีที่มาที่ชอบธรรม มีการประกาศเผยแพร่ให้รับทราบกันทั่วไป มีเนื้อหาชัดเจนไม่เคลือบคลุม ผู้บังคับใช้และผู้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายสามารถคาดหมายได้โดยใช้สามัญสำนึกว่าต้องกระทำหรือไม่กระทำการอย่างไร เมื่อใด ความคาดหมายได้และการเข้าถึงได้ (foreseeability and accessibility) กฎหมายจะต้องชัดเจนเพียงพอและไม่มีข้อความให้อำนาจดุลยพินิจแก่เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายโดยไร้ขีดจำกัดหรืออย่างกว้างขวาง³³

ยกตัวอย่างเช่น คดี *Giménez v Paraguay* ผู้ร้องเป็นนักเคลื่อนไหวเรียกร้องสิทธิชุมชนและเป็นผู้นำพรรคการเมืองท้องถิ่น เขาถูกดำเนินคดีเนื่องจากจัดการชุมนุมสาธารณะเพื่อประท้วงรัฐบาลเรียกร้องให้ยกเลิกการปิดโรงพยาบาลชุมชนและคัดค้านการขายพื้นที่โรงพยาบาลให้กับเอกชน ผู้ร้องได้จัดการชุมนุมแบบต่อเนื่องติดต่อกันหลายวันบริเวณหน้าทางเข้าพื้นที่และภายหลังได้นำผู้ชุมนุมราว 150 คน เข้าไปยึดครองอาคารที่เคยเป็นโรงพยาบาลชุมชนเป็นเวลาถึง 6 วัน ซึ่งนำไปสู่การเจรจาและยุติการชุมนุมอย่างสงบ ต่อมาผู้ร้องถูกจับกุมดำเนินคดีอาญฐานยึดครองที่เอกชน (squatting on private property) ผู้ร้องโต้แย้งว่าการกระทำของตนไม่ครบตามองค์ประกอบความผิด อันจะต้องประกอบด้วย 4 ส่วน คือ (1) มีการเข้าไปในพื้นที่ผู้อื่น

³¹ Maina Kiai, “Foaa Online: The Right to Freedom of Peaceful Assembly,” April 2017, [online] Available from : <http://freeassembly.net/foaa-online> , p. 18. [26 January 2021]

³² ICCPR Article 21; African Charter on Human and Peoples’ Rights Article 11; American Convention on Human Rights Article 15; European Convention on Human Rights Article 11(2).

³³ IACtHR, The Word “Laws” in Article 30 of the American Convention on Human Rights, Advisory Opinion OC-6/86, May 9, 1986, para. 38; *Shmushkovych v. Ukraine* App no 3276/10 (ECtHR, 14 November 2013) para. 37; *Nepomnyashchiy v Russian Federation* (3 August 2018) Communication No. 2318/2013 CCPR/C/123/D/2318/2013 para 7.7; General Comment 34, para 25; General Comment 37, para 39.

(2) โดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของ (3) โดยการลักลอบหรือการใช้กำลัง และ (4) เพื่อพำนักอยู่บนพื้นที่นั้น ผู้ร้องโต้แย้งว่าเจตนาในการเข้าไปในพื้นที่คือการประท้วง เป็นการใช้สิทธิการชุมนุมโดยสงบที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญ ไม่ได้มีเจตนาเข้าไปยึดครองอยู่อาศัยเพื่อถือเอาเป็นเจ้าของ อีกทั้งตำรวจและเจ้าของที่ที่ได้รับการแจ้งว่ามีการเข้าไปในพื้นที่ด้วย ดังนั้นจึงไม่เข้าองค์ประกอบความผิดตามที่พนักงานอัยการฟ้อง ศาลชั้นต้นพิพากษาว่าผู้ร้องมีความผิดและตัดสินจำคุก 2 ปี เนื่องจากผู้ร้องมีการตั้งเต็นท์ชั่วคราวเพื่อประกอบอาหารและอยู่อาศัยมากกว่าหนึ่งวันแล้ว³⁴ โดยโทษจำคุกให้รอการลงโทษ ทั้งนี้ศาลได้กำหนดเงื่อนไขห้ามไม่ให้ผู้ร้องเข้าไปมีส่วนร่วมในการชุมนุมที่ประกอบด้วยผู้ชุมนุมมากกว่า 3 คน ขึ้นไปเป็นเวลา 2 ปี ศาลอุทธรณ์และศาลฎีกาปราชัยพิพากษายืน

เมื่อคดีถึงที่สุด ผู้ร้องจึงนำความมาร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ อ้างว่าศาลภายในประเทศปารากวัยพิพากษานบนความผิดที่ไม่มีกฎหมายกำหนด เนื่องจากไม่มีกฎหมายใดกำหนดให้การเข้าไปในที่ดินของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตเพื่อทำการประท้วงนั้นเป็นความผิด และการกำหนดเงื่อนไขห้ามเข้าไปมีส่วนร่วมในการชุมนุมที่ประกอบด้วยผู้ชุมนุมมากกว่า 3 คน เป็นเวลา 2 ปี นั้นไม่มีกฎหมายให้อำนาจขัดต่อรัฐธรรมนูญปารากวัย มาตรา 32 ซึ่งรับรองเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบ และขัดต่อ ICCPR มาตรา 21³⁵ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติพิเคราะห์แล้วเห็นว่าการศึกษาและการตีความองค์ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาเป็นหน้าที่ของศาลภายในปารากวัย แต่การกำหนดเงื่อนไขห้ามเข้าร่วมการชุมนุมที่มีผู้ชุมนุมมากกว่า 3 คน เป็นการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมที่ขัดต่อ ICCPR ข้อ 21 เนื่องจากเป็นข้อจำกัดเสรีภาพที่ไม่มีฐานทางกฎหมายให้อำนาจ ปารากวัยไม่สามารถอธิบายได้ว่าเพราะเหตุถึงจำเป็นต้องจำกัดเสรีภาพเป็นเวลาถึง 2 ปี ดังนั้นเงื่อนไขห้ามเข้าร่วมการชุมนุมนี้จึงขัดต่อ ICCPR ข้อ 21 วรรคสอง³⁶

คดีนี้แสดงให้เห็นว่าการสร้างเงื่อนไขจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมนั้นจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจหากพิจารณาในทางปฏิบัติ จะเห็นได้ว่าการที่ศาลสามารถกำหนดเงื่อนไขห้ามนักกิจกรรมหรือนักเคลื่อนไหวทางการเมืองใช้เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบได้จะเป็นช่องทางให้รัฐสามารถลดทอนบทบาทของผู้นำสังคมหรือลดแรงกดดันจากการประท้วงได้อย่างมีประสิทธิภาพ หากศาลสามารถกำหนดเงื่อนไขเช่นนี้ได้โดยไม่ต้องยึดโยงกับฐานทางกฎหมาย รัฐก็จะสามารถใช้กลไกนี้ในการตีกรอบผู้เห็นต่างอันจะเป็นอันตรายต่อรากฐานของสังคมประชาธิปไตยอย่างยิ่ง

3.2 ขั้นที่สอง: มีจุดประสงค์โดยชอบด้วยกฎหมาย (pursue a legitimate aim)

เงื่อนไขขั้นที่สอง คือ การจำกัดเสรีภาพนั้นจะต้องมีจุดประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย ภายใต้กรอบของ ICCPR ข้อ 21 จุดประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายต้องอยู่ภายใต้ฐานทางกฎหมาย 5 ประการ³⁷ ได้แก่ รักษาความมั่นคงของชาติ ความปลอดภัยสาธารณะ ความสงบเรียบร้อย (ordre public) การคุ้มครองด้านสาธารณสุขหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น

³⁴ Court of Appeal of Caazapá for Civil, Commercial, Labour and Criminal Matters, judgment of 10 March 2010, p. 205.

³⁵ Giménez v Paraguay (26 September 2018) Communication No.2372/2014 CCPR/C/123/D2372/2014, paras 3.8 – 3.9.

³⁶ ibid, paras 8.5, 9, 10.

³⁷ Human Rights Committee, General Comment 37, para 41.

การอ้างเหตุผล “เพื่อรักษาความมั่นคงของชาติ” (the interests of national security) เพื่อจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมนั้นจะต้องสอดคล้องกับหลักการสิทธิตามรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและการละเมิดพันธกรณีของบทบัญญัติในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (Siracusa Principle on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights) กล่าวคือ เป็นกรณีที่มีความจำเป็นอย่างยิ่งยวดเพื่อที่จะคงไว้ซึ่งความสามารถของรัฐในการรักษาความดำรงอยู่ของชาติ บูรณภาพแห่งดินแดน หรืออำนาจอธิปไตยทางการเมืองจากภัยอันตรายที่น่าเชื่อว่าอาจเกิดขึ้นจริงจากการใช้กำลัง³⁸ อย่างไรก็ตามหากสาเหตุของการกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของชาติคือการที่รัฐละเมิดสิทธิมนุษยชนเสียเอง รัฐก็ไม่อาจอ้างเหตุผลเพื่อรักษาความมั่นคงของชาติเพื่อจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมเพิ่มเติมได้อีก³⁹

คณะมนตรีสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (United Nations Human Rights Council) มีความเห็นอย่างแข็งขันว่าผลประโยชน์ทางการเมืองหรือรัฐบาล (political or government interest) ไม่ได้มีความหมายเช่นเดียวกับคำว่า “ความมั่นคงของชาติหรือความสงบเรียบร้อย” (national security or public order)⁴⁰ นอกจากนี้ คำว่า “ความสงบเรียบร้อย” (public order) กับคำว่า “กฎหมายและระเบียบ” (law and order) ก็ไม่ได้มีความหมายอย่างเดียวกัน ตรงกันข้ามการชุมนุมยังเป็นการชุมนุมโดยสงบรัฐก็สมควรบังคับใช้กฎหมายภายในที่ห้ามการก่อความไม่สงบเรียบร้อย (public disorder) เพื่อจำกัดความสามารถในการชุมนุมโดยสงบ⁴¹ ดังนั้นการอ้างความปลอดภัยสาธารณะเพื่อจำกัดเสรีภาพในการชุมนุม รัฐจะต้องพิสูจน์ได้ว่าการชุมนุมนั้นจะก่อให้เกิดอันตรายอย่างมีนัยสำคัญต่อชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินอย่างร้ายแรง รัฐต้องไม่อ้างเหตุผล “เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย” อย่างลอยๆ⁴²

การอ้างการคุ้มครองด้านสาธารณสุขเพื่อจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมนั้นจะต้องเป็นกรณีที่มีการแพร่ระบาดของโรคติดต่อจนทำให้การชุมนุมรวมกลุ่มกันมีความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดอันตรายอย่างร้ายแรง การอาศัยเหตุผลนี้ในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมจะต้องมีเหตุอันควรเชื่อว่าพฤติการณ์การชุมนุมนั้นจะกระทบต่อสุขอนามัยของสมาชิกในสังคมหรือต่อตัวผู้ชุมนุมเองอย่างมีนัยยะสำคัญ⁴³ ส่วนการอ้างเหตุผล “เพื่อรักษาศีลธรรมอันดีของประชาชน” นั้น จะต้องสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน หลักพหุนิยมและหลักการไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม การอาศัยเหตุศีลธรรมอันดีในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมจะต้องระวังไม่ให้เป็นการใช้เพื่อปกป้องการตีความศีลธรรมที่อ้างอิงจากขนบธรรมเนียมทางสังคม ปรัชญา หรือศาสนาใดเพียงชนบเดียวเท่านั้น⁴⁴

³⁸ Siracusa Principle on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, para 29.

³⁹ Human Rights Committee, General Comment 37, para 42.

⁴⁰ UN Human Rights Council, Joint report of the Special Rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and of association and the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions on the proper management of assemblies, A/HRC/31/66, 4 February 2016, para. 49.

⁴¹ Human Rights Committee, General Comment 37, para 44.

⁴² Alekseev v Russian Federation (2 December 2013) Communication No 1873/2009 CCPR/C/109/D/1873/2009, para 9.6.

⁴³ Human Rights Committee, General Comment 37, para 45.

⁴⁴ ibid, para 46.

ประการสุดท้าย การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นนั้นจะต้องเป็นสิทธิเสรีภาพที่สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน และการจำกัดนั้นจะต้องคำนึงเสมอว่าการชุมนุมย่อมส่งผลกระทบต่อการใช้ชีวิตประจำวันตามปรกติอยู่โดยสภาพ ดังนั้นการจำกัดเสรีภาพด้วยเหตุนี้จึงจะต้องพิจารณาว่าการชุมนุมนั้น ๆ ส่งผลกระทบต่อหรือสร้างภาระต่อผู้อื่นเกิดประกตวิสัยหรือไม่⁴⁵

3.3 ขั้นที่สาม: มีความจำเป็นในสังคมประชาธิปไตย (necessity in a democratic society)

ขั้นที่สามนี้จะเป็นขั้นที่มีความสำคัญและมีความละเอียดอ่อนมากที่สุด เนื่องจากการที่จะพิจารณาว่าอะไรมีความจำเป็นในสังคมประชาธิปไตยหรือไม่ มาตรการจำกัดเสรีภาพนั้นได้สัดส่วนหรือไม่ นั้นมีตัวแปรมากมาย อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ศาลระหว่างประเทศและองค์กรสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศต่างก็ได้มีการวางแนวปฏิบัติและแนวคำพิพากษาที่สามารถใช้เป็นแนวทางในการกรวินิจฉัยความจำเป็นในสังคมประชาธิปไตยได้

ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกา (Inter-American Court of Human Rights) วางหลักว่า นิยามคำว่า “จำเป็น” ในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุม ไม่ได้ตีความหมายเพียงเพื่อสร้างความสะดวก (convenient) แก่เจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่ แต่ความจำเป็นนี้จะต้องมีความเชื่อมโยงกับความต้องการส่วนรวมและการชั่งน้ำหนักความจำเป็นนั้น จะต้องมื่อน้ำหนักของความจำเป็นมากกว่าน้ำหนักของความต้องการของสังคมในการคุ้มครองการใช้เสรีภาพการชุมนุมในกรณีนั้น ๆ⁴⁶ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปก็มีแนวทางในการตีความ “ความจำเป็น” ไปในแนวทางเดียวกัน คือ การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมจะต้องตอบสนองต่อความต้องการของสังคม (pressing social need) มีความได้สัดส่วนกับเป้าประสงค์โดยชอบด้วยกฎหมาย (proportionate to the legitimate aim pursued) และการให้เหตุผลของเจ้าหน้าที่รัฐจะต้องสอดคล้องกับเหตุแห่งการจำกัดเสรีภาพและมีน้ำหนักอย่างเพียงพอ (relevant and sufficient)⁴⁷

คำว่า “ได้สัดส่วน” (proportionality) หมายความว่า รัฐจะต้องเลือกใช้มาตรการที่มีผลกระทบน้อยที่สุดในบรรดามาตรการของรัฐที่สามารถทำให้ภารกิจเกิดผลสำเร็จ⁴⁸ ในการชั่งน้ำหนักความได้สัดส่วน เจ้าหน้าที่รัฐจะต้องชั่งน้ำหนักระหว่างผลเสียที่เกิดจากการแทรกแซงกับผลดีที่สังคมได้รับจากการเข้าแทรกแซงนั้น หากผลเสียมีน้ำหนักมากกว่าผลดี การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมนั้นย่อมไม่ได้สัดส่วนและไม่สามารถกระทำได้⁴⁹ แนวคิดนี้สะท้อนให้เห็นแนวคิดทฤษฎีสถิติขั้นพื้นฐานในกรณีที่มีการรับรองสิทธิพื้นฐานแบบไม่เด็ดขาด⁵⁰ ภายใต้กฎแห่งการชั่งน้ำหนัก (Abwägungsgesetz; rule of weighing) เมื่อเสรีภาพในการชุมนุม

⁴⁵ ibid, para 47.

⁴⁶ Maina Kiai, “Foaa Online! The Right to Freedom of Peaceful Assembly”. 21; Praded v Belarus (25 November 2014) Communication No.2029/2011 CCPR/C/112/D/2029/2011, para 7.5.

⁴⁷ Kasparov and Others v. Russia App No.21613/07 (ECtHR, 3 October 2013), para. 86 --An interference will be considered “necessary in a democratic society” for a legitimate aim if it answers a “pressing social need” and, in particular, if it is proportionate to the legitimate aim pursued and if the reasons adduced by the national authorities to justify it are “relevant and sufficient”.

⁴⁸ Toregozhina v Kazakhstan (20 November 2014) Communication No.2137/2012 CCPR/C/112/D/2137/2012, para 7.4.

⁴⁹ Human Rights Committee, General Comment 37, para 40.

⁵⁰ ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์. **ทฤษฎีสถิติขั้นพื้นฐาน**. (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561), หน้า 237-240.

นั้นเป็นเสรีภาพที่ได้รับการรับรองแบบไม่สมบูรณ์ ดังนั้นเสรีภาพนี้จะมีผลใช้บังคับเพียงใดขึ้นอยู่กับว่าเมื่อนำมาชั่งน้ำหนักกับคุณค่าอื่น ๆ แล้ว เสรีภาพในการชุมนุมมีน้ำหนักมากกว่าหรือไม่ หากมีน้ำหนักน้อยกว่า ก็จำเป็นที่จะต้องถูกจำกัดลงมาเพื่ออำนวยความสะดวกให้สิทธิขั้นพื้นฐานหรือคุณค่าอื่น ๆ ที่เป็นตัวเปรียบเทียบมีผลใช้บังคับได้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้⁵¹ แต่สิทธิขั้นพื้นฐานนั้นจะถูกทำลายสาระสำคัญแห่งสิทธิหรือถูกทำให้สิ้นผลลงโดยสิ้นเชิงไม่ได้แม้ว่าจะเป็นการอ้างเหตุในการรักษาความมั่นคงของรัฐก็ตาม⁵² กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การชั่งน้ำหนักตามหลักความได้สัดส่วนจะนำไปสู่การสร้างสมดุลระหว่างสิทธิเสรีภาพที่ขัดแย้งหรือซ้อนทับกัน

4. ปัญหาการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมภายใต้ระบบกฎหมายไทย

การที่การคุ้มครองเสรีภาพในการชุมนุมในประเทศไทยไม่มีประสิทธิภาพ อีกทั้งแนวทางในการพิพากษาคดีของตุลาการไทยไม่เป็นไปในแนวเดียวกันก็เนื่องจากระบบกฎหมายที่คุ้มครองเสรีภาพในการชุมนุมภายในประเทศไทยไม่สอดคล้องกับหลักสากล ทำให้หลักสากล แนวคำพิพากษาศาลระหว่างประเทศและคำวินิจฉัยขององค์กรระหว่างประเทศไม่มีอิทธิพลในการขึ้นการตรวจสอบดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน ปัญหาความไม่สอดคล้องนี้เกิดจากปัญหา 4 ประการ ได้แก่ (1) กฎหมายภายในของไทยรับรองเสรีภาพในการชุมนุมไม่เท่ากับบทบัญญัติตาม ICCPR (2) มีการใช้กฎหมายอื่นมาบังคับควบคุมไปกับ พ.ร.บ.การชุมนุมสาธารณะโดยไม่คำนึงถึงหลักสากล (3) กฎหมายเปิดช่องให้เจ้าหน้าที่มีดุลยพินิจมาก และ (4) กฎหมายไม่ได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่รัฐต้องใช้วิธีใดในการตรวจสอบการแทรกแซงเสรีภาพในการชุมนุม

4.1 กฎหมายภายในของไทยรับรองเสรีภาพในการชุมนุมไม่เท่ากับบทบัญญัติตาม ICCPR

ภายใต้กฎหมายไทย รัฐธรรมนูญ มาตรา 44 วรรคแรก บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ” และ วรรคสองระบุถึงการจำกัดเสรีภาพว่า “การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยสาธารณะ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น” ดังนั้นจะเห็นได้ชัดว่า ข้อความในวรรคสองของ มาตรา 44 ระบุเหตุในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมไว้เช่นเดียวกับที่ปรากฏใน ICCPR ข้อ 21 กระนั้นก็มีข้อสังเกตว่า รัฐธรรมนูญไทยมิได้กล่าวถึงเงื่อนไขว่ากฎหมายจะจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมได้ “เพียงพอที่จำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตย” เหมือนกับที่ระบุไว้ใน ICCPR

⁵¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 240.

⁵² Gauthier v Canada (5 May 1999) Communication No. 633/1995 CCPR/C/65/D/633/1995, paras 13.4-13.6.

เงื่อนไข “เพียงเท่าที่จำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตย” มีความสำคัญอย่างยิ่งในการพิจารณาว่าการแทรกแซงจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมโดยเจ้าหน้าที่รัฐชอบด้วยกฎหมาย มีความจำเป็นและได้สัดส่วนหรือไม่ ซึ่งการพิจารณาหลักการเหล่านี้ ICCPR ระบุให้จะต้องพิจารณาภายใต้บริบทสังคมประชาธิปไตย ดังนั้นองค์ระหว่งประเทศที่วางหลักสากลเกี่ยวกับเสรีภาพในการชุมนุม อาทิ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติและศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปจึงต้องพิจารณาเงื่อนไขการจำกัดสิทธิบนเกณฑ์ “เพียงเท่าที่จำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตย” ฉะนั้นเมื่อการรับรองเสรีภาพในการชุมนุมตามรัฐธรรมนูญไทยยังไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศจนเป็นเนื้อเดียวกัน ช่องว่างทางกฎหมายตรงนี้ก็เปิดช่องทำให้การพิจารณาการแทรกแซงเสรีภาพในการชุมนุมในรัฐไทยอาจเป็นการพิจารณาภายใต้บริบทสังคมที่ไม่ใช่ประชาธิปไตยก็ได้ ยกตัวอย่างเช่น การที่องค์กรตุลาการและเจ้าหน้าที่ฝ่ายความมั่นคงบังคับใช้ประกาศหรือคำสั่งที่ประกาศโดยคณะรัฐประหารควบคู่กับ พ.ร.บ.การชุมนุมสาธารณะ⁵³ (รายละเอียดประเด็นนี้จะได้วิเคราะห์ในหัวข้อถัดไป)

จะเห็นได้ว่าตามหลักสากลนั้นการจำกัดเสรีภาพการชุมนุมนั้นสามารถทำได้ แต่การจำกัดเสรีภาพนี้จะต้องกระทำผ่านบทบัญญัติกฎหมายและเป็นไปเพียงเท่าที่จำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตย อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่าส่วนที่สำคัญที่ขาดหายไป คือ นักกฎหมายไทยจะตีความคำว่าจำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตยภายใต้บริบทกฎหมายไทยอย่างไร เนื่องจากเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิว่า “เพียงเท่าที่จำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตย” มิได้ปรากฏอย่างแจ้งชัดภายใต้ระบบกฎหมายไทย

อนึ่ง แม้รัฐธรรมนูญจะไม่ระบุเงื่อนไข “เพียงเท่าที่จำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตย” แต่ประเทศไทยก็มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม เนื่องจาก ประการแรก ประเทศไทยเป็นภาคี ICCPR ดังนั้นจึงมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามโดยตรง ประการที่สอง ICCPR มีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนานาชาติยอมรับว่า ICCPR เป็นหนึ่งในกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ (International Human Rights Law) และประการที่สาม รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (พ.ศ.2560) มาตรา 258 ค. ได้กำหนดหลักการไว้ข้อหนึ่งว่า รัฐต้องจัดให้มีกลไกในการปรับปรุงกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับต่างๆ ที่ใช้บังคับอยู่ก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ ให้สอดคล้องกับหลักการตามมาตรา 77 และพัฒนาให้สอดคล้องกับหลักสากลโดยให้มีการใช้ระบบอนุญาตและระบบดำเนินการโดยคณะกรรมการเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้การทำงานเกิดความคล่องตัว โดยมีผู้รับผิดชอบที่ชัดเจนและไม่สร้างภาระแก่ประชาชนเกินความจำเป็น เพิ่มความสามารถให้การแข่งขันของประเทศและป้องกันการทุจริตประพฤติมิชอบ ดังนั้น พ.ร.บ.การชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 และกฎหมายอื่นๆ ที่นำมาใช้จำกัดเสรีภาพในการชุมนุม จึงอยู่ในข่ายที่จะต้องพัฒนาให้สอดคล้องกับ “หลักสากล” ที่ ICCPR กำหนดไว้

⁵³ สมชาย ปรีชาศิลป์กุล นัทธมน คงเจริญ และ ประณ บัญช่วย. บทเรียนและสภาพปัญหาเกี่ยวกับเสรีภาพในการชุมนุมเพื่อการปรับปรุงพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558. หน้า 118.

4.2 มีการใช้กฎหมายอื่นมาบังคับควบคุมไปกับ พ.ร.บ.การชุมนุมสาธารณะโดยไม่คำนึงถึงหลักสากล

นอกจากประเทศไทยจะมีปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายอย่างเลือกปฏิบัติแล้ว การนำเอากฎหมายอื่น (lex generalis) ที่มีได้มีวัตถุประสงค์เพื่อบังคับกับการชุมนุมสาธารณะ มาบังคับใช้แทนที่หรือซ้อนทับกับ พ.ร.บ.การชุมนุมสาธารณะ ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะ (lex specialis) ก็ทำให้สาระสำคัญของเสรีภาพในการชุมนุมสูญหายไปอย่างมาก ยกตัวอย่างเช่น ในระหว่างที่ คณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ปกครองประเทศ ได้มีการนำประกาศ คสช. ที่ห้ามชุมนุมทางการเมืองเกินกว่า 5 คน⁵⁴ มาบังคับใช้คู่ขนานไปกับ พ.ร.บ.การชุมนุมสาธารณะ โดยประกาศ คสช. นั้นไม่มีการอธิบายว่า “การชุมนุมทางการเมือง” หมายความว่าอย่างไร⁵⁵ คำว่า “การเมือง” นั้นมีความหมายกว้าง การชุมนุมเรียกร้องอะไรก็ตามที่เกี่ยวข้องกับนโยบายสาธารณะก็จะเป็นการเมืองไปเสียสิ้น ตั้งแต่การชุมนุมคัดค้านเหมืองแร่ การเรียกร้องการสนับสนุนราคาผลผลิตทางการเกษตร ไปจนถึงการชุมนุมเรียกร้องให้มีการตรวจสอบคอร์ปชันในวงราชการ “การชุมนุมทางการเมือง” จึงถูกตีความอย่างกว้างและบังคับใช้เฉพาะกับการชุมนุมสาธารณะที่ คสช. ไม่เห็นด้วย กลับกันเจ้าหน้าที่กลับไม่ดำเนินคดีกับการชุมนุมที่เป็นฝ่ายสนับสนุนของรัฐบาล เช่นในช่วง ค.ร.ม.สัจจอร์ไปตามจังหวัดต่าง ๆ หรือการชุมนุมของกลุ่มที่ออกมาต่อต้านกลุ่มคนอยากเลือกตั้งระหว่างต้นปี 2562 เป็นต้น

อนึ่ง ภายหลังจากมีการประกาศใช้ พ.ร.บ. การชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 เจ้าหน้าที่รัฐยังคงดูแลการชุมนุมสาธารณะตามแนวทางเดิมที่เคยปฏิบัติกันมา คือ มีการนำกฎหมายอื่น ๆ ที่ไม่ได้มีเจตนารมณ์ในการดูแลการชุมนุมสาธารณะมาสร้างอุปสรรคต่อการใช้เสรีภาพในการชุมนุม ยกตัวอย่างเช่น ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 116 พ.ร.บ. รักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2535 พ.ร.บ.จราจรทางบก พ.ศ. 2522 พ.ร.บ.ควบคุมการโฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียง พ.ศ. 2493 เป็นต้น ต่อปัญหานี้ งานวิจัยของ รศ.สมชายและคณะชี้ว่าการนำกฎหมายเหล่านี้มาดำเนินคดีกับผู้ชุมนุมก่อให้เกิดปัญหาสองประการ⁵⁶ กล่าวคือ ประการแรก กฎหมายเฉพาะเหล่านี้มีเจตนารมณ์มุ่งควบคุมการกระทำที่ละเมิดต่อกฎหมายแต่ละประเภทโดยตรง แต่การใช้เสรีภาพในการชุมนุมนั้นเป็นการใช้สิทธิตามที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้ ดังนั้นผู้ชุมนุมที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดตามกฎหมายเหล่านี้จึงเป็นผลสืบเนื่องจากการใช้สิทธิตามที่รัฐธรรมนูญรับรอง ประการที่สอง การบังคับใช้กฎหมายเหล่านี้กับผู้ชุมนุมเป็นไปอย่างเลือกปฏิบัติ เจ้าหน้าที่สามารถตั้งข้อกล่าวหาแก่ผู้ชุมนุมบางกลุ่มด้วยบางข้อหา ในขณะที่ผู้ชุมนุมบางกลุ่มที่มีพฤติกรรมเหมือนกันอาจไม่ถูกตั้งข้อหาในลักษณะเดียวกัน

⁵⁴ คำสั่งหัวหน้า คสช. ที่ 3/2558 เรื่องการรักษาความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงของชาติ ข้อ 12 วรรคแรก กำหนดว่า ผู้ใดมีวม หรือชุมนุมทางการเมือง ณ ที่ใด ๆ ที่มีจำนวนตั้งแต่ห้าคนขึ้นไป ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เว้นแต่เป็นการชุมนุมที่ได้รับอนุญาตจากหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติหรือผู้ที่ได้รับมอบหมาย

⁵⁵ Human Rights Committee, List of issues in relation to the second periodic report of Thailand (12 August 2016) CCPR/C/THA/Q/2, paras 19-20.

⁵⁶ สมชาย ปรีชาศิลปกุล และคณะ. เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย : รายงานการศึกษาวินิจฉัย. หน้า 19.

ยิ่งไปกว่านั้น หากเป็นการชุมนุมที่กระทบต่อสถานะทางการเมืองของนักการเมืองที่อยู่ในอำนาจ เจ้าหน้าที่รัฐอาจหยิบยกกฎหมายความมั่นคงที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่รัฐในการห้ามการชุมนุมแบบเหมารวม (blanket ban) มาบังคับใช้⁵⁷ อาทิ พ.ร.บ. ฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 พ.ร.ก. บริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 และ พ.ร.บ.การรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 ซึ่งในทางปฏิบัติการห้ามการชุมนุมสาธารณะตามกฎหมายความมั่นคงเหล่านี้จะก่อให้เกิดปัญหาตามมา เช่น การห้ามชุมนุมไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เปิดช่องให้เจ้าหน้าที่ตำรวจและทหารใช้ความรุนแรงกับผู้ชุมนุมโดยปราศจากการตรวจสอบที่รัดกุม⁵⁸ นอกจากนี้กฎหมายบางฉบับยังได้ยกเว้นความรับผิดชอบในการปฏิบัติตามหน้าที่ของเจ้าหน้าที่หรือเปลี่ยนเขตอำนาจศาลในการวินิจฉัยความเสียหายที่เกิดขึ้นอีกด้วย⁵⁹

มีข้อสงสัยเกี่ยวกับภายใต้พันธกรณีตาม ICCPR ข้อ 4. รัฐภาคีสามารถประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อที่จะไม่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้ ICCPR บางข้อได้⁶⁰ การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นจะต้องเป็นการตอบสนองต่อภาวะฉุกเฉินที่คุกคามความอยู่รอดของชาติและได้มีการประกาศสถานะนั้นอย่างเป็นทางการแล้ว การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมนั้นก็ทำได้เท่าที่จำเป็นต่อความฉุกเฉินของสถานการณ์ ไม่ขัดต่อพันธกรณีระหว่างประเทศอื่น ๆ ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว ภาษา ศาสนา หรือเผ่าพันธุ์ทางสังคม⁶¹ อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ รายงานข้อกังวลต่อลักษณะการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในประเทศไทยเพื่องดเว้นการปฏิบัติตามพันธกรณี ICCPR ข้อ 12(1) ข้อ 14(5) ข้อ 19 และ ข้อ 21 ซึ่งคณะกรรมการ ฯ ชี้ว่าการงดเว้นนี้ไม่สอดคล้องกับข้อกำหนดตาม ICCPR ข้อ 4 และเอกสารความเห็นทั่วไปเลขที่ 29 (General Comment 29) เรื่อง การงดเว้นการปฏิบัติตาม ICCPR ระหว่างการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน นอกจากนี้คณะกรรมการ ฯ ยังชี้อีกด้วยว่าเมื่อมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแล้ว รัฐบาลมีแนวโน้มที่ใช้กฎหมายฉุกเฉินต่อไป โดยไม่คำนึงว่าสถานการณ์ฉุกเฉินที่อ้างเหตุในประกาศนั้นได้ผ่านไปเนิ่นนานแล้ว⁶² โดยเฉพาะอย่างยิ่งการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อห้ามชุมนุมทางการเมืองมากกว่า 5 คน และเพื่อจับกุมดำเนินคดีต่อผู้ชุมนุมที่มีได้มีพฤติการณ์ก่อความไม่สงบเรียบร้อย อันกระทบต่อความมั่นคงของชาติหรือกระทบต่อความปลอดภัยสาธารณะอย่างรุนแรง⁶³

⁵⁷ Janjira Sombatpoonsiri, "The Policing of Anti-Government Protests: Thailand's 2013–2014 Demonstrations and a Crisis of Police Legitimacy," *Journal of Asian Security and International Affairs* 4, no. 1 (2017), p. 106.

⁵⁸ ชูติดา รตนตจตุคามณี. ปัญหาเกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะในประเทศไทย. หน้า 87-88.

⁵⁹ สมชาย ปรีชาศิลปกุล และคณะ. เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย : รายงานการศึกษาวิจัย. 19.

⁶⁰ การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินไม่สามารถยกเว้น ข้อ 6 ข้อ 7 ข้อ 8 (วรรคหนึ่งและวรรคสอง) ข้อ 15 ข้อ 16 และ ข้อ 18 ได้

⁶¹ ปณิธิร์ ปทุมวัฒน์. "หลักเกณฑ์ระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับแนวคิดการจัดระเบียบ" การชุมนุมสาธารณะ, *จลนิตี* ก.ค.-ส.ค. 2552,169, หน้า 177.

⁶² Human Rights Committee, Concluding observations on the second periodic report of Thailand, 25 April 2017, CCPR/CO/2, para 5.

⁶³ *ibid.*, paras 39-40.

4.3 กฎหมายเปิดช่องให้เจ้าหน้าที่มีดุลยพินิจมาก

ปัญหาประการถัดมา คือ กฎหมายเปิดช่องให้เจ้าหน้าที่มีดุลยพินิจมากโดยมิได้กำหนดเกณฑ์ในการใช้ดุลยพินิจหรือระบบตรวจสอบดุลยพินิจอย่างเพียงพอ การที่เจ้าหน้าที่มีดุลยพินิจมากจะเป็นประโยชน์ต่อเจ้าหน้าที่เพราะจะทำให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจมากขึ้นเนื่องจากสามารถใช้ดุลยพินิจและความชำนาญของเจ้าหน้าที่แก้ปัญหาที่กำลังพิจารณาได้ตามความเหมาะสม อย่างไรก็ตามการที่กฎหมายเปิดช่องให้ใช้ดุลยพินิจโดยมิได้กำหนดเกณฑ์การใช้ดุลยพินิจอย่างรัดกุมจะนำไปสู่การใช้ดุลยพินิจอย่างไม่จำเป็นและไม่ได้สัดส่วนซึ่งขัดกับหลักสากล ในเบื้องต้นอาจแบ่งการพิจารณาปัญหาการใช้ดุลยพินิจจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมออกเป็น 2 ประเภท คือ การใช้ดุลยพินิจจำกัดเสรีภาพผ่านทางเนื้อหาของการชุมนุม กับการจำกัดผ่านรูปแบบของการชุมนุม

4.3.1 ปัญหาการใช้ดุลยพินิจจำกัดเสรีภาพผ่านทางเนื้อหา

ในเชิงเนื้อหา การจำกัดเสรีภาพการชุมนุมในประเทศไทยยังไม่เป็นไปตามหลักสากลเนื่องจากกฎหมายกำหนดให้ผู้บังคับใช้กฎหมายมีดุลยพินิจที่กว้างขวาง ตำรวจและองค์กรฝ่ายปกครองถูกแทรกแซงจากฝ่ายการเมืองได้ง่ายและไม่มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการตรวจสอบและรักษาความโปร่งใสของเจ้าหน้าที่อย่างเพียงพอ ดังนั้น เมื่อเกิดการละเมิดเสรีภาพในการชุมนุม น้อยครั้งมากที่ผู้ชุมนุมหรือผู้มีส่วนได้เสียจะประสบความสำเร็จในการเรียกร้องค่าเสียหายหรือการดำเนินคดีทั้งทางอาญาและทางวินัยต่อเจ้าหน้าที่ที่กระทำการขัดต่อกฎหมายหรือขัดต่อหลักสากล

อนึ่ง คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ได้รับรองหลักการเบื้องต้นว่าการบังคับกฎระเบียบเกี่ยวกับ “เวลา สถานที่ และรูปแบบ” ของการชุมนุมจะต้องไม่แทรกแซงเนื้อหาของการชุมนุม (content neutral) แม้ว่า จะเข้าข่ายกีดกันบางประการที่รัฐสามารถแทรกแซงเนื้อหาของการชุมนุมได้ ยกตัวอย่างเช่น ห้ามหรือระงับการชุมนุมด้วยเหตุผลว่า ข้อความที่ผู้ชุมนุมประกาศเป็นการยุยงปลุกปั่นให้ใช้ความรุนแรงก่อความไม่สงบในบ้านเมือง หรือเป็นข้อความที่สร้างความเกลียดชัง เจ้าหน้าที่รัฐจะมีภาระหน้าที่ในการพิสูจน์ความชอบด้วยกฎหมายในการเข้าแทรกแซงเสรีภาพนั้น⁶⁴ ดังนั้นรัฐที่เป็นภาคี ICCPR จึงมีพันธะต้องปล่อยให้ผู้ชุมนุมสามารถกำหนดวัตถุประสงค์หรือเนื้อหาในการแสดงออกผ่านการชุมนุมโดยสงบได้อย่างเสรี

เจ้าหน้าที่มีหน้าที่ต้องละเว้นจากการกำหนดเงื่อนไขการชุมนุมที่เป็นการแทรกแซงเนื้อหาของการชุมนุม (content neutral)⁶⁵ ยกตัวอย่างเช่น ในคดี *Amelkovich v Belarus* ผู้ร้องประสงค์ที่จะจัดการชุมนุมสาธารณะโดยการชูป้ายประท้วง (picketing) ที่เมือง Slutsk เพื่อแสดงออกถึงจุดยืนทางการเมือง เคียงข้างนักโทษทางการเมืองที่ถูกทางการคุมขังอยู่ ผู้ร้องได้ยื่นขออนุญาตจัดการชุมนุมสาธารณะตามที่

⁶⁴ Human Rights Committee, General Comment 37, para 53.

⁶⁵ *Alekseev v Russian Federation* (25 October 2013) Communication No. 1873/2009 CCPR/C/109/D/1873/2009, para 9.6; *Amelkovich v Belarus* (29 March 2019) Communication No. 2720/2016 CCPR/C/125/D/2720/2016 para 6.6; Human Rights Committee, Concluding observations on Equatorial Guinea in the absence of its initial report (22 August 2019, CCPR/C/GNQ/CO/1), para 54-55, Human Rights Committee, General Comment 37, para 22.

กฎหมายกำหนด แต่เจ้าหน้าที่ปฏิเสธคำขออนุญาตชุมนุมสาธารณะด้วยเหตุผลว่า “ไม่มีนักโทษทางการเมืองในประเทศเบลารุส” ผู้ร้องจึงฟ้องเป็นคดีต่อศาล ต่อมาทั้งศาลอุทธรณ์และศาลฎีกาพิพากษายืนว่าเหตุแห่งการปฏิเสธคำขออนุญาตชอบแล้ว ผู้ร้องจึงร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ภายใต้ ICCPR Optional Protocol คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ วินิจฉัยว่าการแทรกแซงเสรีภาพในการชุมนุมไม่ชอบด้วย ICCPR ข้อ 21 เนื่องจากศาลเบลารุสพิพากษาโดยให้เหตุผลกว้างๆ เพียงแค่ปฏิเสธการไม่มีนักโทษการเมืองเท่านั้น คณะกรรมการฯ พิจารณาแล้วเห็นว่าศาลไม่ได้อธิบายว่าการจำกัดเสรีภาพนั้นมืองค์ประกอบเข้าข้อยกเว้นที่ ICCPR ข้อ 19 และข้อ 21 กำหนดไว้อย่างไร ดังนั้นเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและเสรีภาพในการชุมนุมของผู้ร้องจึงถูกละเมิด⁶⁶

4.3.2 ปัญหาการใช้ดุลยพินิจจำกัดเสรีภาพผ่านทางรูปแบบการชุมนุม

เจตนารมณ์ของ พ.ร.บ.การชุมนุมสาธารณะนั้นแท้จริงแล้วต้องการที่จะจัดระเบียบและวางกรอบการใช้เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบ ซึ่งโดยสภาพแล้วจะเป็นการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมผ่านรูปแบบการชุมนุม โดยเฉพาะการสร้างข้อจำกัดด้าน เวลา สถานที่ และวิธีการชุมนุม (time, place, and manner restrictions) ตามหลักการสากลรัฐมีหน้าที่จะต้องอำนวยความสะดวกให้การชุมนุมเกิดขึ้นได้ในระยะ “การมองเห็น และการได้ยิน” ของกลุ่มเป้าหมายให้มากที่สุดเท่าที่จะกระทำได้ หรือยอมให้ชุมนุมได้ในสถานที่ใด ๆ ที่มีความสำคัญต่อเป้าหมายของการชุมนุม⁶⁷

ในด้านเวลา รัฐจะต้องยอมให้ผู้ชุมนุมมีเวลาพอสมควรในการแสดงความคิดเห็นหรือกระทำการเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์อื่นของการชุมนุมอย่างมีประสิทธิภาพ หลักทั่วไปคือ รัฐควรปล่อยให้การชุมนุมโดยสงบยุติด้วยตัวเอง การกำหนดช่วงเวลาระหว่างวันให้สามารถชุมนุมได้หรือไม่ได้ ถือว่าเป็นการแทรกแซงเสรีภาพในการชุมนุม รัฐไม่ควรห้ามมิให้ชุมนุมด้วยเหตุที่มีความถี่ของการชุมนุมบ่อยครั้งเพียงประการเดียว เนื่องจากความถี่ของการจัดการชุมนุมอาจเป็นหัวใจของการบรรลุเป้าหมายของการชุมนุม รัฐจะต้องพิจารณาถึงความได้สัดส่วนของการใช้เสรีภาพกับผลกระทบที่เกิดจากการชุมนุมยืดเยื้อ เช่น การชุมนุมที่เกิดขึ้นในเวลากลางคืนเป็นประจำในย่านที่พักอาศัยทำให้ผู้คนที่พักอาศัยในบริเวณรอบ ๆ ที่ชุมนุมได้รับผลกระทบต่อการดำเนินชีวิตอย่างมีนัยสำคัญ

ในด้านสถานที่ การจัดการชุมนุมโดยสงบจะต้องสามารถจัดได้ในทุกสถานที่ที่สาธารณชนมีสิทธิเข้าถึงได้โดยชอบ สถานที่สาธารณะบางประเภทอาจมีกฎหรือข้อบังคับที่อาจจำกัดการใช้สิทธิในการชุมนุมในสถานที่เหล่านั้นได้ ยกตัวอย่างเช่น พ.ร.บ. การชุมนุมสาธารณะ สร้างกฎ ไม่ให้จัดการชุมนุม ปิดหรือรบกวนทางเข้าออกสถานที่สาธารณะบางประเภท เช่น สนามบิน สถานีรถไฟ โรงพยาบาล สถานศึกษา ฯลฯ เจ้าหน้าที่ไม่ควรมีสิทธิย้ายสถานที่ชุมนุมไปยังสถานที่ห่างไกลซึ่งผู้ชุมนุมไม่สามารถเรียกร้องความสนใจจากกลุ่มเป้าหมายหรือประชาชนทั่วไปที่สัญจรผ่านไปมาได้ นอกจากนี้ การห้ามการชุมนุมในเขตเมืองหลวง หรือ

⁶⁶ Amelkovich v Belarus (29 March 2019) Communication No. 2720/2016 CCPR/C/125/D/2720/2016 para 6.6

⁶⁷ Turchenyak et al v Belarus (10 September 2013) Communication No.1948/2010, para 7.4.

ห้ามชุมนุมในที่สาธารณะทุกแห่ง เว้นแต่ชุมนุมในสถานที่ที่จัดไว้ให้เท่านั้น เช่น สนามกีฬาของเมือง หรือลานกิจกรรมของเมือง หรือห้ามชุมนุมบนถนนทุกเส้นในเมือง ข้อจำกัดเหล่านี้ไม่สามารถกระทำได้อาจเนื่องจากขัดต่อหลักความจำเป็นและความได้สัดส่วน⁶⁸ รัฐยังควรหลีกเลี่ยงการห้ามชุมนุมโดยเด็ดขาดตามสถานที่ต่าง ๆ เช่น ศาล รัฐสภา หรือสถานที่ที่มีความสำคัญทางประวัติศาสตร์อีกด้วย ส่วนในด้านข้อจำกัดเกี่ยวกับรูปแบบการชุมนุมนั้น ผู้ชุมนุมควรมีอิสระในการตัดสินใจว่าจะใช้รูปแบบใดในการชุมนุม ดังนั้นผู้จัดการชุมนุมนั้นจึงควรมีอิสระในการเลือกใช้อุปกรณ์ต่าง ๆ เช่น โปสเตอร์ เครื่องขยายเสียง เครื่องดนตรี เครื่องฉายภาพ ฯลฯ ดังนั้นเจ้าหน้าที่รัฐควรยอมให้มีการติดตั้งโครงสร้างชั่วคราว เช่น การวางเครื่องเสียง เต็นท์อำนวยความสะดวก-พยาบาล เพื่อให้การชุมนุมบรรลุเป้าหมายที่ได้กำหนดไว้

ปัญหาของการใช้ดุลยพินิจในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมผ่านทางรูปแบบการชุมนุมในประเทศไทย คือ เจ้าหน้าที่มีดุลยพินิจในการกำหนดข้อจำกัดด้านรูปแบบมากเกินไป อีกทั้งไม่แน่ชัดว่าใครเป็นผู้ตรวจสอบดุลยพินิจนั้น และตรวจสอบบนเงื่อนไขใด ยกตัวอย่างเช่น ดุลยพินิจในการปิดจราจร หรือการวางลวดหนามทึบเพลง หรือแม้กระทั่งใช้รถโดยสารประจำทางและตู้คอนเทนเนอร์ปิดถนนเพื่อป้องกันไม่ให้ผู้ชุมนุมเดินผ่านไปได้ การตั้งสิ่งกีดขวางเหล่านี้เป็นข้อจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมโดยสภาพ ดังนั้นควรจะต้องผ่านการทดสอบสามขั้น (the three prong test) ดังที่ได้อธิบายแล้วในหัวข้อด้านบน กระนั้น ในทางปฏิบัติก็จะพบว่าผู้ชุมนุมทางการเมืองบางกลุ่มถูกตั้งข้อจำกัดเสรีภาพผ่านทางรูปแบบโดยไม่คำนึงถึงความได้สัดส่วนเลย เช่น กรณีกลุ่มผู้ชุมนุมคนอยากเลือกตั้งรวมตัวที่มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์วันที่ 22 พ.ค. 2561 เรียกร้องให้ คสช. จัดให้มีการเลือกตั้ง กลุ่มผู้ชุมนุมได้ประกาศว่าจะมีการเคลื่อนขบวนไปยังถนนราชดำเนินและได้มีการขอให้ตำรวจปิดถนน 1 ช่องทาง แต่ตำรวจกลับห้ามมิให้เคลื่อนขบวนและปิดถนนหน้ามหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ทั้งหมด⁶⁹ อีกตัวอย่างหนึ่งที่แสดงถึงการใช้ดุลยพินิจอย่างไม่ได้สัดส่วนในการปิดการจราจรคือ กรณีกลุ่มคณะราษฎรประกาศนัดชุมนุมหน้าสำนักงานทรัพย์สินพระมหากษัตริย์ในวันที่ 25 พ.ย. 2563 โดยมีการประกาศเชิญชวน 1 สัปดาห์ล่วงหน้า เจ้าหน้าที่ตำรวจได้นำและตู้คอนเทนเนอร์ซ้อนทับกันถึงสองชั้นและวางแนวรั้วลวดหนามทึบเพลงปิดอย่างหนาแน่น ปิดถนน 6 สายที่นำไปสู่สำนักงานทรัพย์สินพระมหากษัตริย์ โดยเริ่มการปิดการจราจรพื้นที่โดยรอบตั้งแต่วันที่ 24 พ.ย. 2563 ส่งผลให้ประชาชนและผู้ใช้รถใช้ถนนได้รับความเดือดร้อนจากการจราจรที่ติดขัดเป็นอย่างมาก ภายหลัง รองผู้บัญชาการตำรวจนครบาลได้ให้สัมภาษณ์ว่าการนำตู้คอนเทนเนอร์มาปิดกั้นเส้นทางมีความเหมาะสมแล้วเนื่องจากก่อนหน้านี้ได้ใช้รถเมล์สาธารณะซึ่งอาจจะทำให้เสียมูลค่า และอธิบายอีกว่า “...ตำรวจก็ได้ปฏิบัติหน้าที่เพียงพอดตามความจำเป็น แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นไม่ได้เกิดขึ้นจากตำรวจแต่เกิดขึ้นจากผู้ชุมนุม...”⁷⁰ จะเห็นได้ว่าตำรวจสามารถอ้างว่าได้ใช้ดุลยพินิจดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดและได้ทำอย่างเพียงพอดตามความจำเป็น แม้ว่าในความเป็นจริงนั้น รถเมล์หรือตู้คอนเทนเนอร์ก็ไม่อยู่ในรายการเครื่องมือควบคุม

⁶⁸ Human Rights Committee, General Comment 37, para 55.

⁶⁹ ข่าวสด, ‘ด่วน เริ่มขยับกันแล้ว! มือบอยอยากเลือกตั้งขอ 1 เลน ตำรวจปิดถนนสกัดหน้า มธ. (มติชนออนไลน์, 22 พฤษภาคม 2561) [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://www.khaosod.co.th/breaking-news/news_1118519 [16 มกราคม 2564]

⁷⁰ PPTV Online, ‘ประชาชนเดือดร้อนหนัก ปิดถนน ผวามือบ “ตำรวจ” ขอโทษ แจงภาพหัวเกรียนพริบ!!!’ (PPTV, 25 พฤศจิกายน 2563 [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.pptvhd36.com/news/การเมือง/137255> [16 มกราคม 2564]

ผู้ชนในการชุมนุมสาธารณะตามประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี ที่ออกตามความใน มาตรา 19 วรรคเจ็ด แห่ง พ.ร.บ.การชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558⁷¹ เมื่อไม่มีการตรวจสอบการใช้ดุลยพินิจที่มีประสิทธิภาพ ดำรงสามารถ อ้างเหตุผลสนับสนุนการใช้ดุลยพินิจได้อย่างลอย ๆ ซึ่งส่งผลให้กรอบของเสรีภาพในการชุมนุมไม่แน่นอนและ สามารถถูกจำกัดให้แคบลงอย่างมากอีกด้วย

4.4 กฎหมายไม่ได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่รัฐต้องใช้วิธีใดในการตรวจสอบการแทรกแซงเสรีภาพในการชุมนุม

แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะได้รับรองเสรีภาพในการชุมนุมไว้ใน มาตรา 44 และในวรรคสองของมาตรานี้ ระบุเหตุผลที่เป็นฐานอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายที่สามารถจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมไว้ แต่เมื่อมา พิจารณาในระดับพระราชบัญญัติจะพบว่ากฎหมายไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบการแทรกแซงเสรีภาพ ในการชุมนุมที่เป็นหลักทั่วไปไว้ พ.ร.บ. การชุมนุมสาธารณะ มาตรา 6 วรรคสองกำหนดไว้กว้าง ๆ เพียง “การใช้สิทธิและเสรีภาพของผู้ชุมนุมในระหว่างการประชุมสาธารณะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและกฎหมาย”

ยกตัวอย่างเช่น เมื่อมีผู้ประสงค์จะจัดการชุมนุมสาธารณะมาแจ้งการชุมนุมต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจ ตามมาตรา 10 ก่อนการชุมนุม 24 ชั่วโมง เมื่อได้รับแจ้งแล้วเจ้าหน้าที่ก็จะออกใบรับแจ้งหรือมีคำสั่งให้ผู้แจ้ง แก้ไขในเวลาที่กำหนดหากพิจารณาแล้วว่าการชุมนุมจะขัดต่อ มาตรา 7 (ชุมนุมในสถานที่ต้องห้าม) หรือ มาตรา 8 (กีดขวางหรือรบกวนสถานที่เฉพาะ) ถ้าไม่แก้ไขเจ้าหน้าที่ก็ออกคำสั่งห้ามได้ตามมาตรา 11 คำสั่งนี้ สามารถอุทธรณ์ได้ต่อผู้บังคับบัญชาชั้นเหนือผู้รับแจ้งไปหนึ่งชั้น ซึ่งผู้บังคับบัญชานั้นจะต้องวินิจฉัยอุทธรณ์ภายใน 24 ชั่วโมง ตามมาตรา 11 วรรค 4 แต่กฎหมายฉบับนี้ไม่ได้กำหนดว่าเจ้าหน้าที่ที่รับแจ้งจะพิจารณากำหนด ข้อแก้ไขอย่างไรหรือการพิจารณาอุทธรณ์ของผู้บังคับบัญชานั้นจะต้องพิจารณาบนเงื่อนไขอะไร กฎหมายเพียง แต่กำหนดว่าใครมีอำนาจในการพิจารณาเท่านั้น

อีกมาตราหนึ่งที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ในการกำหนดเงื่อนไขระหว่างการชุมนุมสาธารณะ คือ มาตรา 19 วรรคสี่ มาตรานี้ให้อำนาจเจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะในการกำหนดเงื่อนไขหรือมีคำสั่งให้ ผู้จัดการชุมนุม ผู้ชุมนุม หรือผู้ที่อยู่ในสถานที่ชุมนุมต้องปฏิบัติตามเพื่อ อำนวยความสะดวกแก่ประชาชน เพื่อรักษาความปลอดภัย บรรเทาเหตุความเดือดร้อนรำคาญ ปิดถนนหรือปรับการจราจรในบริเวณที่มีการชุมนุม และบริเวณใกล้เคียง กระนั้นกฎหมายก็ไม่ได้กำหนดเงื่อนไขไว้เป็นการเฉพาะว่าการใช้ดุลยพินิจตามมาตรานี้ จะต้องพิจารณาบนเงื่อนไขอะไร เมื่อหลักการตรวจสอบการแทรกแซงตามหลักสากล อาทิ การทดสอบสามขั้น (the three-prong test) ไม่ปรากฏในกฎหมายเฉพาะที่บัญญัติมาสำหรับการดูแลการชุมนุมสาธารณะใน ประเทศไทย ดังนั้น เมื่อถึงเวลาต้องตรวจสอบการใช้ดุลยพินิจในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุม ประชาชนก็ไม่สามารถคาดหมายได้ว่าผู้ที่ทำหน้าที่ตรวจสอบดุลยพินิจจะใช้วิธีการหรือหลักการใดในการตรวจสอบการใช้

⁷¹ ประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง เครื่องมือควบคุมผู้ชนในการชุมนุมสาธารณะ, 3 พฤศจิกายน 2558, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 132 ตอนพิเศษ 279 ง.

ดุลยพินิจนั้น (โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตรวจสอบดุลยพินิจตามหลักความจำเป็นและความได้สัดส่วน) ส่งผลให้เสรีภาพในการชุมนุมที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญก็ไม่สามารถเป็นหลักประกันทางกฎหมายเนื่องจากขาดการควบคุมตรวจสอบที่มีประสิทธิภาพโดยองค์กรตุลาการ⁷²

5. บทส่งท้าย

กล่าวโดยย่อ เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบนั้นไม่เพียงแต่ได้รับการรับรองภายใต้กฎหมายรัฐธรรมนูญของไทยแต่เพียงอย่างเดียว หากแต่เสรีภาพนี้ได้รับการรับรองโดยกฎหมายระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคี ภายใต้กรอบกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) คำอธิบายและแนวปฏิบัติเกี่ยวกับเสรีภาพในการชุมนุมมีการพัฒนาและสร้างบรรทัดฐานใหม่ ๆ อยู่เสมอ ซึ่งหลักการเหล่านี้กลายเป็นหลักสากลที่นานาชาติยึดถือเป็นแนวปฏิบัติที่ควรจะเป็น เมื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจไทยมักอ้างอยู่เสมอว่าการดูแลการชุมนุมสาธารณะนั้นเจ้าหน้าที่ตำรวจได้ทำตามหลักสากล คำถามที่เราควรพิจารณา คือ เจ้าหน้าที่ได้ใช้อำนาจสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนที่ปรากฏใน ICCPR จริงหรือไม่

สาเหตุหลักที่ พ.ร.บ. การชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 กลายเป็นเครื่องมือที่ใช้ในการควบคุมและลดทอนความสามารถในการใช้เสรีภาพในการชุมนุม คือ กฎหมาย แนวปฏิบัติ และการใช้ดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐไทยไม่สอดคล้องกับหลักสากล การที่แนวคำพิพากษาศาลภายในที่เกี่ยวข้องกับการใช้เสรีภาพในการชุมนุมไม่ว่าจะเป็น ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลทหาร หรือศาลรัฐธรรมนูญ ไม่เป็นไปในทิศทางเดียวกันไม่ได้เกิดจากการไม่มีกฎหมายเฉพาะอย่าง พ.ร.บ.การชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 เพื่อกำหนดกรอบการใช้เสรีภาพในการชุมนุมแต่เพียงประการเดียว หากแต่เกิดจากการที่ ตำรวจ อัยการ ตลอดจนผู้พิพากษาศาลหลักการใช้ในการควบคุมดุลยพินิจในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุม โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักการทดสอบสามชั้น (the three-prong test) ที่ถือเป็นหัวใจของหลักสากลในการตรวจสอบดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่ ไม่ปรากฏใน พ.ร.บ.การชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558

บทความนี้ได้ชี้ว่าปัญหาความไม่สอดคล้องระหว่างหลักสากลกับกฎหมายไทยเกิดจากปัญหา 4 ประการ ได้แก่ (1) กฎหมายภายในของไทยรับรองเสรีภาพในการชุมนุมไม่เท่ากับบทบัญญัติตาม ICCPR (2) มีการใช้กฎหมายอื่นมาบังคับควบคุมไปกับ พ.ร.บ.การชุมนุมสาธารณะ โดยไม่คำนึงถึงหลักสากล (3) กฎหมายเปิดช่องให้เจ้าหน้าที่มีดุลยพินิจมากและสามารถใช้ได้ตามอำเภอใจ และ (4) กฎหมายไม่ได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่รัฐต้องใช้วิธีใดในการตรวจสอบการแทรกแซงเสรีภาพในการชุมนุม องค์ประกอบเหล่านี้ส่งผลให้ผู้บังคับใช้กฎหมายไทยสามารถบังคับใช้กฎหมายเพื่อจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมได้อย่างเลือกปฏิบัติและใช้ดุลยพินิจโดยไม่คำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมาย ปัจจัยเหล่านี้ทำให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมเพื่อลดทอนพลังมวลชนที่เกิดจากการชุมนุมทางการเมืองหรือการชุมนุมที่กระทบต่อเสถียรภาพของรัฐบาลได้อย่างกว้างขวาง

⁷² วรรณ วิจิระนันท์. **หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายไทย**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548. หน้า 172.

ในขณะเดียวกัน องค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบการจำกัดเสรีภาพอย่างอัยการและศาลอาจมองข้ามหลักสากล และไม่ได้พิจารณาว่าความผิดที่กำลังพิจารณาเกิดขึ้นเกิดจากการใช้เสรีภาพในการชุมนุม อีกทั้ง พ.ร.บ.การชุมนุมสาธารณะ มีบทบัญญัติที่ใช้โทษทางอาญาเป็นเครื่องมือในการควบคุมพฤติกรรม ดังนั้นหากผู้ใช้กฎหมายมุ่งพิจารณาแต่เพียงว่ามีกรกระทำผิดครบตามองค์ประกอบความผิดทางอาญาหรือไม่โดยไม่คำนึงถึงเจตนาของผู้ชุมนุมในบริบทการใช้เสรีภาพในการชุมนุม การใช้ดุลยพินิจในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมของเจ้าหน้าที่ก็อาจจะไม่มีการตรวจสอบอย่างเพียงพอ ผู้เขียนเห็นว่าปัญหานี้สามารถแก้ไขได้โดย (1) ทำการแก้ไข พ.ร.บ.การชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 ให้มีการวางกรอบการใช้ดุลยพินิจจำกัดเสรีภาพการชุมนุมให้รัดกุมมากขึ้น ทั้งทางด้านรูปแบบและทางด้านเนื้อหา โดยเนื้อหาของกฎหมายจะต้องสอดคล้องกับหลักการที่ระบุไว้ใน ICCPR และ (2) เปลี่ยนพฤติกรรมการใช้กฎหมายโดยการปรับปรุงกระบวนการยุติธรรมให้สามารถคุ้มครองเสรีภาพในการชุมนุมได้อย่างมีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับหลักสากลมากขึ้น

ประสิทธิภาพของการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า* The efficiencies arising from mergers under the competition law

พีรพงศ์ จงไพศาลสกุล
Peerapong Jongpaisalsakul

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: jongpaisalsakul@gmail.com
(Received: January 27, 2021; Revised: February 24, 2021; Accepted: March 10, 2021)

บทคัดย่อ

ปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น เป็นประเด็นสำคัญประเด็นหนึ่งที่จะทำให้การบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้นบรรลุตามวัตถุประสงค์ เพราะประสิทธิภาพที่เกิดจากการรวมธุรกิจนั้น อาจก่อให้เกิดผลดีต่อไปยังระบบเศรษฐกิจโดยรวมได้ ปัจจัยดังกล่าวจึงถูกนำมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการพิจารณาการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่าง ๆ ซึ่งองค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศล้วนกำหนดเกณฑ์สำหรับการพิจารณาประสิทธิภาพไว้อย่างชัดเจน เพื่อให้การพิจารณาการรวมธุรกิจนั้นมีความแน่นอนและสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ในขณะที่การพิจารณาการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าต้องพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจไว้ด้วยเช่นกัน แต่ยังไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์และรายละเอียดในการพิจารณาปัจจัยดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ ทำให้การพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพนั้นยังต้องอาศัยดุลพินิจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเป็นสำคัญ ดังนั้น เพื่อให้การพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดจากการรวมธุรกิจนั้นเป็นไปอย่างเหมาะสมและสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเสมอ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงควรพิจารณากำหนดหลักเกณฑ์และรายละเอียดของปัจจัยดังกล่าวไว้ให้ชัดเจน

คำสำคัญ: กฎหมายการแข่งขันทางการค้า, การกำกับดูแลการรวมธุรกิจ, ประสิทธิภาพ

* บทความนี้เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง “การศึกษาเปรียบเทียบระบบกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า” หลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Abstract

The efficiencies arising from the mergers are one of the critical issues that make enforcement competition laws meet their objectives because the efficiency resulting from mergers may cause good results to the economy. It has been used as part of considering business mergers according to the competition laws of different countries. Each country's competitive law regulatory authorities set clear criteria for determining efficiencies to consider the mergers specific and in line with the spirit of the competition laws. At the same time, the Trade Competition Act B.E.2560 (2017) has also been set to consider the mergers in Thailand. The Trade Competition Commission must also consider the efficiencies arising from mergers, but there has no criteria and details that have been set in considering such factors in particular. Therefore, the consideration of the efficiencies will be taken only at the Trade Competition Commission's discretion. Accordingly, to consider the efficiencies resulting from the mergers properly and always in line with the competition law's spirit, the Trade Competition Commission should evidently determine the rules and details of such factors.

Keywords: Competition law, Merger control, Efficiencies

บทนำ

การพิจารณาการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าโดยทั่วไปนั้นเป็นการนำปัจจัยต่าง ๆ หลายปัจจัยมาพิจารณาประกอบกัน เพื่อที่จะประเมินว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญหรืออาจก่อให้เกิดสถานะของการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ ซึ่งจะนำไปสู่ผลลัพธ์ในท้ายที่สุดว่าองค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าควรจะอนุญาตให้การรวมธุรกิจดังกล่าวนั้นสามารถดำเนินการต่อไปได้หรือไม่ โดยปัจจัยสำคัญประการหนึ่งที่ต้องบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศมักจะนำมาพิจารณาก็คือประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ ซึ่งในบางกรณี ปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพนี้อาจส่งผลให้การรวมธุรกิจที่แม้จะมีแนวโน้มว่าจะก่อให้เกิดผลกระทบเป็นการต่อต้านการแข่งขันตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้นอาจได้รับอนุญาตให้สามารถดำเนินการต่อไปได้

ภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจจะกระทำการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดก็ต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าตามมาตรา 51 ด้วยเช่นกัน ซึ่งประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขออนุญาตและการอนุญาตการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 ได้กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจที่จะกระทำการรวมธุรกิจดังกล่าวต้องยื่นขออนุญาตพร้อมนำส่งผลการศึกษาและการวิเคราะห์การรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ซึ่งเนื้อหาส่วนหนึ่งของผลการศึกษาดังกล่าวจะต้องประกอบด้วยผลการประเมินประสิทธิภาพของตลาดภายหลังจากการรวมธุรกิจด้วยเช่นกัน แต่อย่างไรก็ดี ประกาศฉบับดังกล่าวยังมีได้มีการกำหนดรายละเอียดของประสิทธิภาพดังกล่าวว่าจะต้องมีลักษณะอย่างไร รวมถึงมิได้มีการชี้แจงแนวทางการพิจารณาประสิทธิภาพจากการรวมธุรกิจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าไว้ ณ ที่ใด

บทความนี้จึงมุ่งศึกษาและวิเคราะห์ว่า แนวทางในการพิจารณาประสิทธิภาพอันเกิดจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้นควรประกอบไปด้วยเงื่อนไขอย่างไรบ้าง เพื่อให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าสามารถพิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจดังกล่าว อันจะทำให้การตัดสินใจของผู้ประกอบธุรกิจสามารถดำเนินการรวมธุรกิจนั้นเป็นไปอย่างเหมาะสม ในการนี้ผู้เขียนจะทำการศึกษาเปรียบเทียบจากบทบัญญัติและประสบการณ์การประเมินการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศญี่ปุ่น และประเทศสิงคโปร์

1. แนวคิดทั่วไปเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ

ส่วนที่หนึ่งของบทความนี้ ผู้เขียนเริ่มต้นจากการอธิบายความหมาย วัตถุประสงค์ และความสำคัญของการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าอันเป็นแนวคิดทั่วไปเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว เพื่อให้เกิดความเข้าใจเกี่ยวกับที่มาและเหตุผลที่ทำให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่าง ๆ มักนำประเด็นเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจมาเป็นส่วนหนึ่งหรือปัจจัยสำคัญอย่างหนึ่งในการพิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าอยู่เสมอ

1.1 ความหมายและที่มาของประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ

การรวมธุรกิจในแต่ละครั้งนั้นอาจก่อให้เกิดทั้งผลกระทบได้ทั้งในแง่บวกและในแง่ลบ โดยผลกระทบในแง่ลบที่อาจเกิดขึ้น ได้แก่ การรวมธุรกิจอาจทำให้การแข่งขันลดลง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการรวมธุรกิจในแนวนอน (horizontal merger) ซึ่งมีผลทำให้จำนวนผู้แข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการนั้นลดลง จนการผลิตกระจุกตัวอยู่กับผู้ผลิตเพียงไม่กี่ราย¹ หรือการทำให้เกิดการสร้างหรือการเพิ่มขึ้นของอำนาจเหนือตลาด (dominant position) เพราะการรวมธุรกิจอาจทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจนั้นมีส่วนแบ่งตลาดเพิ่มขึ้นจนถึงขนาดที่สามารถกำหนดราคาของสินค้าหรือบริการได้โดยอิสระ ปราศจากความกดดันจากการแข่งขันในตลาด รวมถึงอาจมีอิทธิพลต่อการแข่งขันที่มีคู่แข่งรายอื่น² นอกจากนี้ การรวมธุรกิจยังอาจทำให้ขั้นตอนและค่าใช้จ่ายในการดำเนินงานต่าง ๆ ของผู้ประกอบการธุรกิจลดลง โดยเฉพาะการรวมธุรกิจในแนวตั้ง (vertical merger) หรืออาจทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจที่เข้าร่วมกันนั้นได้รับประโยชน์จากการประหยัดจากขนาด และมีเทคโนโลยีในการผลิตที่มีประสิทธิภาพมากขึ้น ซึ่งผลต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นนี้ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถลดต้นทุนการผลิตลงจนทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่น ๆ เสียเปรียบในการแข่งขัน และก่อให้เกิดอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการธุรกิจรายใหม่ด้วย³ เป็นต้น

อย่างไรก็ดี แม้จะมีผลเสียต่าง ๆ มากมายที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ แต่ดังที่กล่าวแล้วว่าการรวมธุรกิจก็อาจก่อให้เกิดผลดีด้วยเช่นกัน เช่น การรวมธุรกิจจะทำให้กิจการมีขนาดใหญ่ขึ้น จึงเกิดการขยายขนาดของการผลิตอันก่อให้เกิดการประหยัดจากขนาด (economies of scale) เนื่องจากเมื่อกิจการมีขนาดการผลิตที่ใหญ่ขึ้น มีปริมาณการผลิตที่มากขึ้นจนจะเกิดการผลิตคราวละมาก ๆ (mass production) จึงช่วยประหยัดเวลา และตัดทอนค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่ไม่จำเป็นลงได้อย่างมาก นอกจากนี้ ต้นทุนคงที่ต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นค่าเครื่องใช้ เครื่องมือที่ใช้ในการผลิต ค่าใช้จ่ายด้านการบริหารจัดการ รวมตลอดถึงค่าใช้จ่ายด้านการตลาดก็จะ

¹ เจมส์ ฟูลเชอร์, *ทูนีนิม : ความรู้ฉบับพกพา*, (กรุงเทพฯ: โอเพ่นเวสต์ส, 2554), หน้า 48 - 49.

² ศักดา ธนิตกุล, *คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2553), หน้า 85.

³ วิไลวรรณ วรณณิธิกุล, *เศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรมและทฤษฎีต้นทุน*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2538), หน้า 421 - 422.

ถูกกระจายออกไปมากขึ้น เป็นผลให้ต้นทุนการผลิตต่อหน่วยลดต่ำลง⁴ อีกทั้งการรวมธุรกิจยังอาจก่อให้เกิดการพัฒนา หรือการปรับปรุงเทคโนโลยีการผลิต เกิดการพัฒนาการบริหารจัดการของหน่วยธุรกิจ ตลอดจนมีการนำเทคโนโลยีใหม่ ๆ เข้ามาช่วยในการผลิตมากยิ่งขึ้น จนทำให้ผลิตภัณฑของหน่วยผลิตนั้นมีคุณภาพมากขึ้น อันก่อให้เกิดผลดีต่อการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการรวมธุรกิจนั้นเป็นอย่างมาก⁵

ผลกระทบในแง่ดีต่าง ๆ ข้างต้นนี้ จึงเรียกว่าเป็นประสิทธิภาพอันเกิดจากการรวมธุรกิจ อันหมายถึง ประสิทธิภาพการดำเนินงานของผู้ประกอบธุรกิจที่เพิ่มมากขึ้นอันมีสาเหตุมาจากการที่ผู้ประกอบธุรกิจตั้งแต่สองรายขึ้นไปทำการรวมธุรกิจกัน ซึ่งนอกจากตัวอย่างข้างต้นแล้ว ประสิทธิภาพนี้ยังอาจเกิดขึ้นได้จากหลายสาเหตุ⁶ ได้แก่

ก. เกิดการถ่ายทอดเทคโนโลยีในการบริหารงานที่ดีในระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการรวมธุรกิจกัน ซึ่งหมายถึงการที่ผู้บริหารของกิจการหนึ่งซึ่งมีระดับความสามารถในการบริหารงานได้ดีกว่าอีกกิจการหนึ่ง จึงได้ทำการถ่ายทอดความสามารถ และเทคโนโลยีในการบริหารงานให้แก่ผู้บริหารของกิจการนั้น ทำให้การดำเนินงานของกิจการที่เข้าร่วมธุรกิจกันนั้นมีประสิทธิภาพดีขึ้น จนส่งผลให้ผลการดำเนินงานรวมของทั้งสองบริษัทดีขึ้นเนื่องจากสามารถใช้กลุ่มผู้บริหารที่มีความสามารถร่วมกันได้ (managerial synergy)

ข. เกิดการเปลี่ยนตัวผู้บริหารที่ไม่มีประสิทธิภาพ ซึ่งหมายถึงกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจเชื่อว่าการที่ผลประกอบการของกิจการหนึ่งออกมาดีกว่าอีกกิจการหนึ่งเป็นเพราะประสิทธิภาพของผู้บริหาร ดังนั้น ภายหลังจากการรวมธุรกิจจึงเกิดการเปลี่ยนผู้บริหารเป็นกลุ่มใหม่ และทำให้ผลประกอบการภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้นดีขึ้นเพราะได้ผู้บริหารที่ดี

ค. การรวมธุรกิจทำให้ต้นทุนของการดำเนินงานลดลง อันเกิดจากการประหยัดจากขนาด (economies of scale) เช่น ในการรวมธุรกิจระหว่างกิจการจำหน่ายสินค้าประเภทเดียวกัน (horizontal integration) ทำให้เกิดการรวมฐานลูกค้าของทั้งสองกิจการเข้าไว้ด้วยกัน แต่เนื่องจากสินค้าที่จำหน่ายเป็นประเภทเดียวกัน การผลิตสินค้าจึงใช้กำลังการผลิตร่วมกันได้ ดังนั้น ต้นทุนการผลิตต่อหน่วยที่เป็นส่วนของต้นทุนคงที่จึงลดลง เป็นต้น นอกจากนี้ ต้นทุนของการดำเนินงานยังอาจลดลงได้เนื่องจากภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้นสามารถยุบหน่วยงานที่ซ้ำซ้อนกันลงได้ หรืออาจเกิดจากการรวมธุรกิจในแนวตั้ง (vertical integration) ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถควบคุมต้นทุนวัตถุดิบในการผลิตสินค้าได้ เป็นต้น

ง. การรวมธุรกิจทำให้การกระจายธุรกรรมของบริษัทดีขึ้น กล่าวคือการกระจายตัวของกิจการออกไปในธุรกิจประเภทอื่น ๆ อาจช่วยให้การเจริญเติบโตของบริษัทมีความสม่ำเสมอ และมีความเสี่ยงในการดำเนินกิจการลดลง ส่งผลไปยังพนักงานที่มีขวัญและกำลังใจดีขึ้น ทำให้การดำเนินงานมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นได้เช่นกัน

⁴ นราทิพย์ ชูติวงศ์, **ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์จุลภาค**, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: คณะเศรษฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2558), หน้า 259.

⁵ Daniel Gore et al., **The Economic Assessment of Mergers Under European Competition Law**, (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), p.305.

⁶ อัญญา ชันธวิทย์, **การควบกิจการและการครอบงำกิจการ**, (กรุงเทพมหานคร: คณะพาณิชยศาสตร์และการบัญชี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540), หน้า 46 - 51.

ประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจข้างต้นนี้ ล้วนเป็นประเด็นปัจจัยที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะต้องคำนึงในการพิจารณาการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า เพื่อให้การประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจนั้นเป็นไปอย่างถูกต้องและเหมาะสม ส่งผลดีต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวมมากที่สุด

1.2 วัตถุประสงค์และความสำคัญของการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ

ปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น นับว่าเป็นประเด็นสำคัญประเด็นหนึ่งที่จะทำให้การบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าบรรลุตามวัตถุประสงค์ เพราะประสิทธิภาพที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้รับจากการรวมธุรกิจที่กล่าวถึงข้างต้นนี้ นอกจากจะก่อให้เกิดผลดีต่อตัวผู้ประกอบการธุรกิจเองแล้ว ยังก่อให้เกิดผลดีส่งต่อไปยังระบบเศรษฐกิจโดยรวมด้วย เช่น การทำให้ผู้บริโภคได้รับประโยชน์จากการที่สามารถบริโภคสินค้าหรือบริการที่มีคุณภาพสูงขึ้นในขณะที่ราคาของสินค้าหรือบริการนั้นลดลงได้ อันเป็นการยกระดับสวัสดิการของผู้บริโภคและสังคมโดยรวม (total welfare) เป็นต้น⁷

ดังนั้น ในการพิจารณาการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้น นอกจากองค์กรบังคับใช้กฎหมายจะพิจารณาถึงปัจจัยเกี่ยวกับผลกระทบต่อการแข่งขันจากการรวมธุรกิจ อันได้แก่ ความกระจุกตัวของตลาด ผลกระทบในแง่ร้ายต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากพฤติกรรมของผู้ประกอบการอำนาจของผู้ซื้อในตลาด การเข้าสู่ตลาด⁸ องค์กรบังคับใช้กฎหมายยังจะต้องพิจารณาถึงประเด็นเกี่ยวกับประสิทธิภาพ (efficiencies) ที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นด้วย ซึ่งประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น จะเป็นประเด็นที่ช่วยบรรเทาหม่อมมองด้านผลกระทบอันเป็นการต่อต้านการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นได้ กล่าวคือ แม้ว่าการพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ ในเบื้องต้นขององค์กรบังคับใช้กฎหมายนั้นจะพบว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญก็ตาม แต่หากปรากฏว่าประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นสามารถชดเชยผลกระทบจากการรวมธุรกิจที่ทำให้การแข่งขันในตลาดดังกล่าวลดลงได้ องค์กรบังคับใช้กฎหมายก็ควรจะอนุญาตให้การรวมธุรกิจดังกล่าวสามารถกระทำได้¹⁰ หรือในบางกรณี ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นมิได้มีสถานะเป็นข้ออ้างของผู้ประกอบการธุรกิจในการที่จะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถดำเนินการรวมธุรกิจนั้นได้ หากแต่ประสิทธิภาพนั้นมักจะถูกนำมาเป็นปัจจัยประการหนึ่งที่จะต้องนำไปพิจารณาร่วมกันกับปัจจัยอื่น ๆ ข้างต้น เพื่อประเมินว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจเป็นการขัดขวางการ

⁷ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, (Oxford: Oxford University Press, 2014), p.444.

⁸ Einer Elhauge, *United States Antitrust Law and Economics*, (New York: Foundation Press, 2008), p.577.

⁹ Gunnar Niels, Helen Jenkins, and James Kavanagh, *Economics for Competition Lawyers*, (Oxford: Oxford University Press, 2011), p.371.

¹⁰ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.444.

¹¹ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, 9th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2018), p.897.

¹² Alison Jones, Brenda Sufrin, and Niamh Dunne, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, 7th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2019), p.1141.

แข่งขันที่มีประสิทธิภาพอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่¹¹ โดยที่การรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดประสิทธิภาพอันเป็นการเพิ่มระดับการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่รวมธุรกิจ กับผู้ประกอบการรายอื่นในตลาดได้ ซึ่งจะส่งผลเป็นการทำให้ต้นทุนการผลิตลดลง หรือเกิดการประหยัดจากขนาด¹²

อย่างไรก็ดี ในประเทศส่วนใหญ่ที่มีการกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยอาศัยกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้น มักกำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการรวมธุรกิจในการพิสูจน์ให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายเห็นถึงประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ โดยองค์กรบังคับใช้กฎหมายจะทำหน้าที่หลักในการพิจารณาว่าประสิทธิภาพที่ผู้ประกอบการกล่าวอ้างนั้น เพียงพอที่จะชดเชยต่อผลกระทบของการรวมธุรกิจซึ่งอาจทำให้ราคาสินค้านั้นเพิ่มสูงขึ้นหรือไม่¹³ ซึ่งเป็นประเด็นที่สำคัญอย่างยิ่ง เนื่องจากการรวมธุรกิจที่มีประสิทธิภาพนั้นอาจส่งผลดีแก่เศรษฐกิจของประเทศได้

2. หลักเกณฑ์ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศในการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ

ส่วนที่สองของบทความนี้ ผู้เขียนทำการศึกษาแนวทางในการนำปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจมาเป็นส่วนหนึ่งในการประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศต่าง ๆ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศญี่ปุ่น และประเทศสิงคโปร์

2.1 หลักเกณฑ์การพิจารณาประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา

ในสหรัฐอเมริกานั้น องค์กรบังคับใช้กฎหมายซึ่งได้แก่ กรมต่อต้านการผูกขาด (Department of Justice) และคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ซึ่งมีอำนาจในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกานั้น จะเริ่มประเมินผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจโดยพิจารณาปัจจัยอื่น ๆ ก่อน ได้แก่ ความกระจุกตัวของตลาดซึ่งพิจารณาจากดัชนีเฮอร์ฟินดัล-เฮิร์ชแมน (The Herfindahl-Hirschman Index) ผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ (non-coordinated effect) ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน (coordinated effect) อำนาจของผู้ซื้อในตลาด การเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ ซึ่งการพิจารณาปัจจัยข้างต้นเหล่านี้เพียงพอที่จะชี้ให้เห็นได้แล้วว่าการรวมธุรกิจนั้นมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่

¹¹ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, 9th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2018), p.897.

¹² Alison Jones, Brenda Sufrin, and Niamh Dunne, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, 7th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2019), p.1141.

¹³ Gunnar Niels, Helen Jenkins, and James Kavanagh, *Economics for Competition Lawyers*, p.371.

ภายหลังจากการพิจารณาปัจจัยดังกล่าวข้างต้นแล้ว หากองค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาพบว่าการรวมธุรกิจนั้นมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดผลกระทบเป็นการต่อต้านการแข่งขัน จึงจะนำปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจมาพิจารณาเป็นลำดับถัดไป¹⁴ ถ้าหากว่าการรวมธุรกิจนั้นจะก่อให้เกิดประสิทธิภาพเป็นอย่างมาก ก็อาจนำไปสู่ข้อสรุปได้ว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งประสิทธิภาพจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกานั้น ได้แก่ การที่ผู้ประกอบการสามารถลดต้นทุนการผลิตลง ในขณะที่สามารถผลิตสินค้าหรือบริการได้ในจำนวนที่มากขึ้น และมีคุณภาพสูงขึ้นเมื่อเปรียบเทียบกับกรณีที่ผู้ประกอบการได้ทำการรวมธุรกิจกัน ซึ่งถือว่าเป็นประสิทธิภาพที่ระบบเศรษฐกิจจะได้รับจากการรวมธุรกิจนั้นด้วย¹⁵

นอกจากนี้ ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น ยังอาจหมายถึงการที่ราคาของสินค้าหรือบริการนั้นลดลง ในขณะที่สินค้าหรือบริการดังกล่าวมีคุณภาพสูงขึ้น หรือการมีสินค้าหรือบริการใหม่เกิดขึ้นในตลาด รวมถึงการให้บริการที่ดีขึ้น¹⁶ โดยประสิทธิภาพในการดำเนินงานที่เพิ่มขึ้นนี้ จะต้องมิได้เกิดขึ้นจากพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันด้วย เช่น การลดจำนวนการผลิตลง เป็นต้น ซึ่งประเด็นเหล่านี้เป็นเรื่องที่ผู้ประกอบการที่ต้องการรวมธุรกิจนั้นมีหน้าที่ต้องพิสูจน์และแสดงให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดเห็นว่าการรวมธุรกิจของตนนั้นจะก่อให้เกิดประสิทธิภาพจนมิได้ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด อีกทั้งจะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าประสิทธิภาพดังกล่าวคงจะเกิดขึ้นไม่ได้หากมิได้มีการรวมธุรกิจระหว่างผู้ประกอบการเหล่านั้น ซึ่งการแสดงผลเหล่านี้โดยผู้ประกอบการนี้ จะต้องเป็นเหตุผลที่สามารถพิสูจน์ได้จริงในเชิงเศรษฐศาสตร์ โดยมีใช้เพียงการคาดการณ์ หรือการคาดคะเนของตนเองแต่เพียงเท่านั้น¹⁷

กล่าวโดยสรุปได้ว่า การพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกานั้น ประกอบด้วยหลักเกณฑ์สำคัญ 4 ประการ ได้แก่¹⁸

- ก. ประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้นจากการรวมธุรกิจจะต้องสามารถพิสูจน์ได้จริง มิใช่เพียงการคาดการณ์หรือการคาดคะเนเท่านั้น (verifiability)
- ข. การรวมธุรกิจเป็นวิธีที่จะทำให้เกิดประสิทธิภาพดังกล่าวขึ้นได้ โดยส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดน้อยที่สุด (merger-specificity)
- ค. ประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้นนั้นมิได้มีสาเหตุมาจากพฤติกรรมที่เป็นการต่อต้านการแข่งขัน (not anticompetitive)

¹⁴ Herbert Hovenkamp, *Principles of Antitrust*, (Minnesota: West Academic Publishing, 2017), p.474.

¹⁵ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, 5th ed. (Minnesota: West Publishing, 2016), p.683.

¹⁶ U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, "Horizontal Merger Guidelines," 19 August 2010, p.29.

¹⁷ Barry Hawk, Neal R. Stoll, and Kenneth Schwartz, "United States of America," in *Merger Control Worldwide*, eds. Maher Dabbah and Paul Lasok QC (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), p.1491.

¹⁸ An Renckens, "Welfare Standards, Substantive Tests, and Efficiency Considerations in Merger Policy: Defining the Efficiency Defense," *Journal of Competition Law and Economics* 3, 2 (2007): 168 - 169.

ง. ในกรณีที่การรวมธุรกิจนั้นอาจส่งผลกระทบต่ออันเป็นการต่อต้านการแข่งขันได้สูง ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นก็ต้องสูงยิ่งขึ้นตามผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นนั้นด้วย (sliding scale)

ข้อสังเกตเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา คือ แม้กฎหมายหรือแนวปฏิบัติขององค์กรบังคับใช้กฎหมายมิได้กำหนดให้ประสิทธิภาพดังกล่าวจะต้องเป็นประโยชน์ต่อ (pass-on) ผู้บริโภคด้วย แต่อย่างไรก็ดี แนวคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกามีจำนวนหลายคดีก็ได้ปฏิเสธข้อต่อสู้เกี่ยวกับประสิทธิภาพจากการรวมธุรกิจ หากผู้ประกอบการไม่สามารถแสดงให้เห็นได้แม้แต่น้อยว่าประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นนั้นจะเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค ตัวอย่างเช่นในคดี *University Health*¹⁹ ซึ่งเป็นการรวมธุรกิจระหว่างโรงพยาบาล 3 แห่ง จนทำให้โรงพยาบาลในบริเวณดังกล่าวเหลือเพียง 4 แห่ง โดยมีโรงพยาบาล University ที่ได้ทำการรวมธุรกิจนั้นเป็นโรงพยาบาลที่โดดเด่นที่สุด ทั้งนี้ ในการรวมธุรกิจดังกล่าวผู้รวมธุรกิจไม่สามารถแสดงหลักฐานที่สนับสนุนข้ออ้างที่ว่า การรวมธุรกิจนั้นจะทำให้เกิดประสิทธิภาพอันเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคให้ศาลเชื่อได้เลย จึงเห็นชอบกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าที่ไม่อนุญาตให้ดำเนินการรวมธุรกิจดังกล่าว²⁰

ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่า แม้จะได้มีได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนในบทบัญญัติของกฎหมาย แต่ในทางปฏิบัติของศาล ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นก็จำเป็นต้องมีประโยชน์ที่ส่งต่อ (pass-on) ไปยังผู้บริโภคด้วยเช่นกัน

2.2 หลักเกณฑ์การพิจารณาประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป

การพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปนั้น ประเด็นหนึ่งที่จะต้องถูกนำมาพิจารณาด้วยก็คือประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ ซึ่งตามแนวปฏิบัติของคณะกรรมการการของสหภาพยุโรป ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นไม่ใช่ข้ออ้างที่จะทำให้ผู้ประกอบการสามารถทำการรวมธุรกิจได้ หากแต่ประสิทธิภาพนี้จะถูกนำมาเป็นปัจจัยประการหนึ่งในการที่จะพิจารณาว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจเป็นการขัดขวางการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่²¹ โดยที่การรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดประสิทธิภาพอันเป็นการเพิ่มระดับการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจกับผู้ประกอบการรายอื่นในตลาดได้ ซึ่งจะส่งผลเป็นการทำให้ต้นทุนการผลิตลดลง หรือเกิดการประหยัดจากขนาด (economies of scale)²²

¹⁹ *FTC v. University Health*, 938 F.2d 1206, 1222 - 23 (11th Cir. 1991).

²⁰ Herbert Hovenkamp, *Principles of Antitrust*, p.479.

²¹ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, p.897.

²² Alison Jones, Brenda Sufrin, and Niamh Dunne, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p.1141.

ทั้งนี้ ประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น อาจเป็นได้ทั้งประสิทธิภาพในการจัดสรร (allocative efficiency)²³ ประสิทธิภาพในการผลิต (productive efficiency)²⁴ หรือประสิทธิภาพในเชิงพลวัต (dynamic efficiency)²⁵ ก็ได้ เพียงแต่ว่าแนวปฏิบัติของคณะกรรมการกิจการของสหภาพยุโรปนั้นได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาไว้ว่าประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้นจากการรวมธุรกิจที่จะนำมาประกอบการประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจได้ จะต้องมียุทธศาสตร์ดังต่อไปนี้²⁶

ก. ประสิทธิภาพที่จะเกิดขึ้นนั้นสามารถตรวจสอบยืนยันได้จริง กล่าวคือ ประสิทธิภาพที่ผู้ประกอบการธุรกิจกล่าวอ้างนั้น ต้องสามารถทำให้เกิดขึ้นจริงได้ โดยผู้ประกอบการธุรกิจจะต้องแจ้งข้อมูลและหลักฐานต่าง ๆ ที่เพียงพอจะทำให้คณะกรรมการกิจการของสหภาพยุโรปเชื่อได้ว่าผู้ประกอบการธุรกิจจะสามารถทำให้ประสิทธิภาพดังกล่าวเกิดขึ้นจริงได้จากการรวมธุรกิจนั้น (verifiability)

ข. การรวมธุรกิจเป็นวิธีที่จะทำให้เกิดประสิทธิภาพดังกล่าวขึ้นได้ โดยส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดน้อยที่สุด ซึ่งภาระการพิสูจน์ในประเด็นนี้เป็นของผู้ประกอบการธุรกิจที่ต้องการรวมธุรกิจ จะต้องพิสูจน์ต่อคณะกรรมการกิจการของสหภาพยุโรป (merger-specificity)

ค. ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค กล่าวคือ การรวมธุรกิจนั้นจะทำให้ต้นทุนการผลิตที่ลดลงจนส่งผลให้สินค้าหรือบริการมีถูกลง แต่มีคุณภาพสูงขึ้น ทั้งนี้ ต้นทุนการผลิตที่ลดลงต้องมีได้เป็นผลจากการลดปริมาณการผลิตลง หรือการรวมธุรกิจนั้นจะทำให้เกิดสินค้าหรือบริการใหม่ หรือเกิดการพัฒนาค่าหรือบริการนั้นขึ้น โดยที่ประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นและส่งต่อ (pass-on) ไปยังผู้บริโภคนี้ ต้องมีนัยสำคัญและเกิดขึ้นภายในเวลาอันสมควรภายหลังจากการรวมธุรกิจ

คดี *Global/GCap*²⁷ ซึ่งเป็นคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของสหราชอาณาจักรในกรณีการรวมธุรกิจระหว่าง Global Radio UK Limited และ GCap Media plc นับเป็นการนำแนวทางการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดจากการรวมธุรกิจของสหภาพยุโรปไปปรับใช้ได้อย่างชัดเจนที่สุด กล่าวคือ ในกรณีดังกล่าวซึ่งผู้ประกอบการทั้งสองรายต่างประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียงที่มีสถานีจำนวนมากครอบคลุมพื้นที่เกือบทั่วทั้งสหราชอาณาจักร ทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของสหราชอาณาจักร (The Office of Fair Trading) ค่อนข้างกังวลกับการแข่งขันที่ลดลงในกิจการวิทยุ โดยเฉพาะในพื้นที่ตอนกลางของสหราชอาณาจักรซึ่งผู้ประกอบการทั้งสองรายมีพื้นที่ประกอบกิจการทับซ้อนกันอยู่

²³ ประสิทธิภาพในการจัดสรร (allocative efficiency) หมายถึง การรวมธุรกิจนั้นทำให้สินค้าหรือบริการนั้นถูกกระจายไปยังผู้บริโภคได้อย่างสอดคล้องกับปริมาณความต้องการของผู้บริโภค

²⁴ ประสิทธิภาพในการผลิต (productive efficiency) หมายถึง การรวมธุรกิจนั้นทำให้ในกระบวนการผลิต สามารถใช้ต้นทุนการผลิตนั้นเพื่อผลิตสินค้าหรือบริการได้ในปริมาณสูงสุด

²⁵ ประสิทธิภาพในเชิงพลวัต (dynamic efficiency) หมายถึง การรวมธุรกิจนั้นทำให้เกิดการใช้ปัจจัยการผลิตอย่างมีประสิทธิภาพอย่างต่อเนื่องเป็นระยะเวลายาวนาน ซึ่งอาจเกิดขึ้นจากการวิจัยและพัฒนาหรือมีนวัตกรรมหรือเทคโนโลยีใหม่ขึ้นมา

²⁶ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, pp.897 - 898.

²⁷ Office of Fair Trading, 'Completed acquisition by Global Radio UK Ltd of GCap Media plc' (August 2008) (ME3638/08)

ทั้งนี้ ผู้ประกอบธุรกิจได้แสดงให้เห็นคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเห็นว่าการรวมธุรกิจนี้จะทำให้เกิดประสิทธิภาพเป็นอย่างมาก กล่าวคือ การรวมธุรกิจนี้จะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจทั้งสองรายกลายเป็นเจ้าของร่วมกันในสถานีวิทยุซึ่งจะช่วยให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถออกแพ็คเกจการกระจายเสียงแบบเหมาทุกสถานีวิทยุที่ตนเป็นเจ้าของได้ในราคาที่ถูกลง อันเป็นประสิทธิภาพที่สามารถเกิดขึ้นจริง โดยจะเกิดขึ้นได้จากการรวมธุรกิจเท่านั้น และยังเป็นประสิทธิภาพที่เป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคโดยตรง เมื่อผนวกกับข้อยินยอมจำหน่ายสถานีวิทยุที่ผู้ประกอบธุรกิจเป็นเจ้าของอยู่ในปัจจุบันออกไปบางส่วนแล้ว (divestiture) จึงทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ายินยอมให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถดำเนินการรวมธุรกิจได้ แม้การรวมธุรกิจนี้จะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดที่ค่อนข้างสูงก็ตาม²⁸

2.3 หลักเกณฑ์การพิจารณาประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่น

ในทำนองเดียวกันกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา และกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นก็นำประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น ไม่ว่าจะเป็นประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้นจากการประหยัดต่อขนาด (economies of scale) ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมอุปกรณ์การผลิตไว้ด้วยกัน หรือประสิทธิภาพที่เนื่องมาจากคุณสมบัติพิเศษของโรงงาน การลดลงของการขนส่ง และการวิจัยและพัฒนาสินค้าหรือบริการ มาเป็นปัจจัยหนึ่งในการพิจารณาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นด้วยเช่นกัน²⁹

ทั้งนี้ ในการพิจารณาประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น ตามแนวทางการพิจารณาการรวมธุรกิจโดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้านั้น ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจะต้องมีลักษณะบังคับ 3 ประการ³⁰ คือ

- ก. เป็นประสิทธิภาพที่สามารถเกิดขึ้นได้จริง มิใช่เพียงการคาดคะเนของผู้ประกอบธุรกิจ (verifiability)
- ข. ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นนั้นเกิดขึ้นได้จากเฉพาะการรวมธุรกิจนี้ กล่าวคือ เป็นประสิทธิภาพที่ไม่มีทางเกิดขึ้นจากวิธีการอื่น ๆ ที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันน้อยกว่าการรวมธุรกิจ (merger-specificity)
- ค. ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นนั้น ก่อให้เกิดประโยชน์ที่ส่งต่อ (pass-on) ไปยังผู้บริโภค

²⁸ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, pp.472 - 474.

²⁹ Japan Fair Trade Commission, "Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination," 17 December 2019, pp.37 - 38; Akira Inoue, *Japanese Antitrust Law Manual: Law, Cases and Interpretation of the Japanese Antimonopoly Act* (The Hague: Kluwer Law International, 2007), p.93.

³⁰ Masako Wakui, *Antimonopoly Law: Competition Law and Policy in Japan*, 2nd ed. (Nevada: JSPS Kakenhi, 2018), p.130.

กล่าวโดยสรุปได้ว่า หากประสิทธิภาพอันเกิดจากการรวมธุรกิจนั้นก่อให้เกิดสวัสดิการโดยรวมของประเทศญี่ปุ่นสูงขึ้นอันเป็นจุดมุ่งหมายสำคัญของกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นแล้ว ก็มักจะถือว่าการรวมธุรกิจนั้นเป็นการรวมธุรกิจที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว อย่างไรก็ตาม หากการรวมธุรกิจนั้นถึงขนาดก่อให้เกิดการผูกขาดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นแล้ว แม้การรวมธุรกิจจะก่อให้เกิดประสิทธิภาพเพียงใด คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก็จะไม่อนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจนั้น³¹

ในคดี *Iron Ore*³² ซึ่งเป็นการก่อตั้งบริษัทบริหารจัดการการผลิตแร่เหล็ก โดยการร่วมทุนกันระหว่าง BHP Billiton และ Rio Tinto ซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจจุดและจำหน่ายแร่เหล็กนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าปฏิเสธการก่อตั้งกิจการร่วมค้าโดยให้เหตุผลเกี่ยวกับประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากกิจการร่วมค้าว่า ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นนั้นไม่มีลักษณะบังคับตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดข้างต้นแม้แต่ข้อเดียว กล่าวคือ ผู้ประกอบธุรกิจอ้างว่ากิจการร่วมค้านี้ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจเพิ่มประสิทธิภาพในการดำเนินงานได้เนื่องจากสามารถแบ่งปันแนวปฏิบัติที่ดีที่สุดในระหว่างกันได้นั้น คณะกรรมการเห็นว่าไม่มีหลักฐานที่จะทำให้มั่นใจได้ว่าผู้ประกอบธุรกิจอีกฝ่ายจะนำแนวปฏิบัติที่ดีที่สุดสำหรับเทคนิคเฉพาะของผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายไปปรับใช้อย่างแน่นอน

อีกทั้งการนำแนวปฏิบัติที่ดีที่สุดไปปรับใช้ในกิจการของตนนั้นไม่จำเป็นต้องเกิดขึ้นจากการรวมตัวกันก็ได้ และถึงแม้ว่าผู้ประกอบธุรกิจจะยื่นหลักฐานโดยแสดงแผนการขยายการผลิตแร่เหล็กต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า แต่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก็เห็นว่าการดำเนินการตามแผนนั้นใช้งบประมาณในการลงทุนที่สูงมาก อีกทั้งยังไม่ปรากฏว่าผู้ประกอบธุรกิจได้มีความพยายามดำเนินการใด ๆ ที่จะขยายการผลิตแร่เหล็กให้เพิ่มมากขึ้นมาก่อนนี้ จึงไม่อาจเชื่อว่าผู้ประกอบธุรกิจจะสามารถดำเนินการดังกล่าวได้จริง

นอกจากนี้ แผนการลดค่าใช้จ่ายที่ผู้ประกอบธุรกิจนำเสนอ ก็ให้ความสำคัญเฉพาะกับการลดค่าใช้จ่ายที่เป็นต้นทุนคงที่เท่านั้น โดยไม่มีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดประโยชน์กับผู้บริโภคแต่อย่างใด ดังนั้น เมื่อพิจารณาประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจดังกล่าวประกอบกับความกระจุกตัวของตลาดที่สูงมากจนใกล้จะเป็นตลาดผูกขาดแล้ว คณะกรรมการการแข่งขันจึงไม่อนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการก่อตั้งกิจการร่วมค้าดังกล่าว³³

2.4 หลักเกณฑ์การพิจารณาประสิทธิภาพอันเกิดจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์จะนำประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นมาเป็นประเด็นที่สำคัญมากประเด็นหนึ่งในการพิจารณาว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันหรือไม่ด้วยเช่นกัน โดยที่ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์

³¹ *ibid.*

³² Japan Fair Trade Commission, "The JFTC closed its prior consultation's review on the proposed joint venture for iron ore production between BHP Billiton and Rio Tinto," [online] Available from : <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2010/oct/individual-000016.html>. [10 January 2021]

³³ Koki Arai, *Law and Economics in Japanese Competition Policy*, (Singapore: Springer, 2019), pp.138 - 139.

นั้น แบ่งประสิทธิภาพที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ ซึ่งจะส่งผลทางกฎหมายที่แตกต่างกัน ได้แก่

(1) ประสิทธิภาพอันเกิดจากการรวมธุรกิจที่มีลักษณะเป็นการเพิ่มการแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการขึ้น ซึ่งหมายถึงกรณีที่การรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจนั้นทำให้การแข่งขันในตลาดจะทำให้ประสิทธิภาพในการดำเนินงานของผู้ประกอบธุรกิจสูงขึ้น จนส่งผลให้สามารถแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นได้ดียิ่งขึ้น ทำให้การแข่งขันในตลาดนั้นเพิ่มสูงขึ้น ตัวอย่างเช่น การรวมธุรกิจระหว่างผู้ประกอบธุรกิจรายเล็ก 2 ราย ที่ทำให้เกิดความกดดันในการแข่งขันต่อผู้ประกอบธุรกิจรายใหญ่มากขึ้น เป็นต้น³⁴

ประสิทธิภาพประเภทแรกนี้จะถูกนำไปรวมเป็นปัจจัยประการหนึ่งในการพิจารณาว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่ ทั้งนี้ ประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจประเภทแรกอาจได้แก่ การทำให้ต้นทุนในการดำเนินธุรกิจลดลง การเกิดการประหยัดจากขนาด การประหยัดจากขอบเขต (economy of scope) การเกิดการเพิ่มขนาดของเครือข่ายผู้ซื้อสินค้าหรือผู้ใช้บริการ การเกิดการถ่ายทอดเทคโนโลยีซึ่งทำให้คุณภาพของสินค้าเพิ่มขึ้น หรือการเกิดการวิจัยและพัฒนาสินค้า เป็นต้น³⁵

ทั้งนี้ ประเด็นคำถามที่สำคัญในการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพในชั้นตอนนี้คือ ประสิทธิภาพในลักษณะต่าง ๆ ข้างต้นซึ่งผู้ประกอบธุรกิจกล่าวอ้างว่าจะเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจของตนนั้น จะทำให้การแข่งขันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่เหลืออยู่ในตลาดสินค้าหรือบริการนั้นเพิ่มสูงขึ้นได้จริงหรือไม่ ซึ่งในชั้นนี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์ได้กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องแสดงให้เห็นถึงหลักฐานที่ว่า การรวมธุรกิจนั้นก่อให้เกิดประสิทธิภาพอันส่งผลเป็นการเพิ่มการแข่งขันได้จริง³⁶ และ ประสิทธิภาพนั้นจะต้องมีลักษณะ ดังนี้

ก. ประสิทธิภาพนั้นจะต้องเกิดขึ้นภายในเวลาอันสมควรภายหลังจากการรวมธุรกิจเสร็จสิ้น

ข. ประสิทธิภาพนั้นเพียงพอต่อการป้องกันมิให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญขึ้นจากการรวมธุรกิจได้จริง

ค. ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นนั้นเกิดขึ้นได้จากเฉพาะการรวมธุรกิจนี้ กล่าวคือ เป็นประสิทธิภาพที่ไม่มีทางเกิดขึ้นจากวิธีการอื่น ๆ ที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันน้อยกว่าการรวมธุรกิจ (merger-specificity)

³⁴ Lim Chong Kin and Cavinder Bull SC, *Competition Law and Policy in Singapore*, 2nd ed. (Singapore: Academy Publishing, 2015), p.200.

³⁵ Daren Shiau and Elsa Chen, *Merger Control in Singapore: Law and Practice*, (Singapore: LexisNexis, 2011), pp.161 - 162.

³⁶ Lim Chong Kin and Corinne Chew, "Mergers," in *Competition Law and Policy in Singapore*, eds. Cavinder Bull SC and Lim Chong Kin (Singapore: Academy Publishing, 2015), pp.200 - 201.

ในคดี *Samwoh Highway Corporation Pte Ltd/Highway International Pte Ltd*³⁷ ผู้ประกอบธุรกิจได้แสดงหลักฐานให้เห็นว่าการรวมธุรกิจจะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีประสิทธิภาพในการดำเนินงานเพิ่มมากขึ้น โดยมีสาเหตุมาจากต้นทุนการผลิตที่ลดลงและเกิดการวิจัยและพัฒนาที่เพิ่มสูงขึ้น ซึ่งประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้นนี้จะถูกขยายไปยังตลาดภูมิศาสตร์อื่น ๆ อีกด้วย ทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเห็นว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวซึ่งทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีต้นทุนการดำเนินงานลดลงและมีศักยภาพในการแข่งขันสูงขึ้นไปจะส่งผลให้การแข่งขันในตลาดภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้นเพิ่มสูงขึ้นได้จริง

(2) ประสิทธิภาพอันเกิดจากการรวมธุรกิจที่มีลักษณะเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพของระบบเศรษฐกิจ และสามารถชดเชยผลกระทบในแง่ลบที่อาจเกิดจากการแข่งขันที่ลดลงเพราะการรวมธุรกิจนั้นได้ อันเป็นประสิทธิภาพที่ถูกกำหนดไว้ภายใต้วรรคที่ 3 ของตารางที่ 4 ท้ายกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์ โดยที่บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้การรวมธุรกิจที่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพอันมีลักษณะเป็นการเพิ่มการแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการดังกล่าวขึ้น หรือประสิทธิภาพนั้นส่งผลดีต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวมจนสามารถชดเชยผลกระทบที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจได้ ได้รับยกเว้นให้ดำเนินการรวมธุรกิจได้ และไม่ถูกจำกัดตามมาตรา 54 ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสิงคโปร์

ดังนั้น โดยผลของบทบัญญัติในตารางที่ 4 ดังกล่าวนี้ แม้การรวมธุรกิจดังกล่าวจะก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ ผู้ประกอบธุรกิจก็อาจได้รับอนุญาตให้ดำเนินการรวมธุรกิจนั้นต่อไปได้ หากการรวมธุรกิจดังกล่าวก่อให้เกิดประสิทธิภาพประเภทที่ 2 นี้ แสดงให้เห็นว่าประสิทธิภาพประเภทนี้มีสถานะเป็นข้อต่อสู้ของผู้ประกอบธุรกิจที่แตกต่างจากประสิทธิภาพประเภทแรกเป็นอย่างยิ่ง

ในกรณีของประสิทธิภาพประเภทที่ 2 ผู้ประกอบธุรกิจมีหน้าที่แสดงหลักฐานให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์เห็นว่าการรวมธุรกิจนั้นก่อให้เกิดประสิทธิภาพเพียงพอที่จะชดเชยผลกระทบในแง่ลบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นได้ โดยที่ประสิทธิภาพดังกล่าวนี้หมายความว่ารวมถึงการทำให้ต้นทุนการผลิตลดลง การเกิดการพัฒนานวัตกรรมขึ้น และการทำให้ผู้บริโภคมีทางเลือกมากยิ่งขึ้น หรือทำให้สินค้าหรือบริการนั้นมีคุณภาพสูงขึ้น โดยที่ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นนี้จะต้องมีได้ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อกำไรของผู้ประกอบธุรกิจที่จะทำการรวมธุรกิจแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้น ทั้งนี้ หลักฐานที่ผู้ประกอบธุรกิจจะแสดงต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์นั้น จะต้องแสดงให้เห็นว่าประสิทธิภาพประเภทที่ 2 ที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นมีลักษณะดังนี้³⁸

³⁷ The Competition and Consumer Commission of Singapore, 'Acquisition by Samwoh Corporation Pte Ltd of control of Highway International Private Limited' (January 2011) (CCS400/004/10)

³⁸ Competition & Consumer Commission Singapore, "The Substantive Assessment of Mergers," December 2016, pp.85 - 86.

ก. ประสิทธิภาพที่จะเกิดขึ้นนั้นสามารถอธิบายและตรวจสอบยืนยันได้จริง กล่าวคือ ประสิทธิภาพที่ผู้ประกอบการธุรกิจกล่าวอ้างนั้น ต้องสามารถทำให้เกิดขึ้นจริงได้ โดยผู้ประกอบการจะต้องแจ้งข้อมูลและหลักฐานต่าง ๆ ที่เพียงพอจะทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์เชื่อได้ว่าผู้ประกอบการจะสามารถทำให้ประสิทธิภาพดังกล่าวเกิดขึ้นจริงได้จากการรวมธุรกิจนั้น โดยมีใช้เพียงการคาดคะเนว่า ประสิทธิภาพนั้นอาจเกิดขึ้นได้จากการรวมธุรกิจนี้แต่เพียงเท่านั้น ซึ่งหลักฐานดังกล่าวอาจได้แก่ข้อมูลอันเป็นความลับของผู้ประกอบการ หรือพฤติกรรมในอดีต รวมถึงแรงจูงใจที่จะเกิดขึ้นอย่างแน่นอนในอนาคตภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้นซึ่งจะทำให้ผู้ประกอบการสามารถดำเนินการให้ประสิทธิภาพนั้นเกิดขึ้นได้จริงด้วย (verifiability)

ข. ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นนั้นเป็นประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นได้จากเฉพาะการรวมธุรกิจนี้ กล่าวคือ เป็นประสิทธิภาพที่ไม่มีทางเกิดขึ้นจากวิธีการอื่น ๆ ที่อาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันน้อยกว่าการรวมธุรกิจนี้ โดยผู้ประกอบการมีหน้าที่แสดงว่าตนจะได้รับประสิทธิภาพจากการรวมธุรกิจนั้นได้อย่างไร รวมถึงความเสี่ยงต้นทุน และเวลาที่จะต้องใช้ในการทำให้เกิดประสิทธิภาพดังกล่าวนี้ด้วย (merger-specificity)

ค. ประสิทธิภาพนั้นจะต้องเกิดขึ้นภายในเวลาอันสมควรภายหลังจากการรวมธุรกิจเสร็จสิ้น ซึ่งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์จะให้น้ำหนักที่น้อยลงสำหรับประสิทธิภาพที่แม้จะเกิดขึ้นได้จริง แต่จะเกิดขึ้นในอนาคตที่ใช้ระยะเวลายาวนาน (timely)

ง. ขนาดของประสิทธิภาพที่ได้รับ ซึ่งผู้ประกอบการจะต้องคำนวณเป็นมูลค่าอันเป็นตัวเงินเพื่อแสดงให้เห็นคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์เห็นถึงขนาดของประสิทธิภาพที่จะเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น หรือในกรณีที่ประสิทธิภาพนั้นไม่สามารถคำนวณเป็นตัวเงินได้ ผู้ประกอบการก็ต้องอธิบายโดยแสดงหลักฐานในเชิงคุณภาพเพื่อแสดงให้เห็นถึงขนาดของประสิทธิภาพที่จะเกิดขึ้นนั้น

3. การพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ก็ได้มีการกำหนดให้นำประสิทธิภาพมาเป็นส่วนหนึ่งในการพิจารณาการรวมธุรกิจด้วยเช่นกันดังที่ได้กล่าวแล้วในตอนต้น ดังนั้น ในส่วนนี้ผู้เขียนจึงศึกษาและอธิบายสถานะและหลักเกณฑ์ของการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย เพื่อให้สามารถเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ในต่างประเทศได้อย่างชัดเจนมากยิ่งขึ้น

3.1 สถานะของปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

ประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น ถูกกำหนดไว้ให้เป็นปัจจัยประการหนึ่งซึ่งผู้ประกอบการจะต้องนำเสนอให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเห็น ในกรณีที่การรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดการผูกขาด หรือการเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด อันเป็นไปตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า

พ.ศ. 2560 มาตรา 51 วรรคสอง ซึ่งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้ออกประกาศ เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขออนุญาตและการอนุญาตการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 โดยกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องทำการศึกษาและวิเคราะห์การรวมธุรกิจของตนเอง และส่งผลการศึกษานั้นให้แก่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเพื่อใช้ประกอบการพิจารณาอนุญาตการรวมธุรกิจนั้น

ภายใต้การศึกษาและวิเคราะห์การรวมธุรกิจดังกล่าวนี้ ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องประเมินผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นหลังจากการรวมธุรกิจ โดยจะต้องประกอบด้วยข้อมูลต่าง ๆ ซึ่งเกี่ยวข้องกับตลาดและการแข่งขัน ซึ่งในขั้นตอนนี้เอง ประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าดังกล่าวได้กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องทำการประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันหลังจากการรวมธุรกิจ ซึ่งประกอบด้วย

- (1) การกระจุกตัวในตลาด
- (2) การเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ และการขยายการผลิตของคู่แข่งในตลาด
- (3) ผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ
- (4) ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน
- (5) ผลกระทบต่อประโยชน์โดยรวมทางเศรษฐกิจและผู้บริโภค และ
- (6) ผลกระทบอื่น ๆ ที่อาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด

ภายหลังจากการประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันหลังจากการรวมธุรกิจดังกล่าวแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องทำการประเมินประสิทธิภาพของตลาดหลังจากการรวมธุรกิจด้วย โดยแยกต่างหากจากการประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันในข้างต้น จึงสันนิษฐานได้ว่า ภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น ปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจเป็นประเด็นที่จะถูกนำมาพิจารณาภายหลังจากผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการรวมธุรกิจ อันมีสถานะเป็นประเด็นที่จะบรรเทาหม่อมองเกี่ยวกับผลกระทบดังกล่าว โดยมีได้มีสถานะเป็นปัจจัยหนึ่งในการพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขัน

ดังนั้น ภายใต้ลักษณะดังกล่าว ผู้ประกอบธุรกิจที่จะดำเนินการรวมธุรกิจในประเทศไทยจะต้องแสดงให้คณะกรรมการการแข่งขันเห็นถึงประสิทธิภาพจากการรวมธุรกิจที่จะชดเชยผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ โดยเป็นประสิทธิภาพที่จะเกิดขึ้นต่อตลาด อันเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

3.2 หลักเกณฑ์การพิจารณาประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

การพิจารณาประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ประกอบกับประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขออนุญาตและการอนุญาตการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 นั้น ยังมีได้มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดไว้โดยเฉพาะว่าเงื่อนไขของประสิทธิภาพที่จะถูกนำมาพิจารณาประกอบกับปัจจัยอื่น ๆ เพื่อประเมินผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นหลังจากการรวมธุรกิจนั้นจะต้องมีลักษณะอย่างไรบ้าง

อย่างไรก็ดี ในการพิจารณาการรวมธุรกิจระหว่างบริษัท ซี.พี. รีเทล ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด และ บริษัท เทสโก้ สโตร์ส (ประเทศไทย) จำกัดนั้น³⁹ ภายในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ได้มีการนำประเด็นเกี่ยวกับประสิทธิภาพมาประกอบการพิจารณาด้วยเช่นกัน โดยในคำวินิจฉัยดังกล่าวคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้ให้ความสำคัญแก่การประเมินประสิทธิภาพของตลาดภายหลังการรวมธุรกิจ โดยประเมินจากโครงสร้างตลาดและแผนการดำเนินงานภายหลังจากการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าการรวมธุรกิจนั้นจะทำให้ประสิทธิภาพของตลาดลดลง โดยมิได้มีประสิทธิภาพใดมาชดเชยกับผลกระทบที่จะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีความได้เปรียบในการแข่งขันและสามารถครอบครองส่วนแบ่งตลาดได้อย่างต่อเนื่องมากขึ้นอันเนื่องมาจากการรวมธุรกิจนั้น

ทั้งนี้ คำวินิจฉัยดังกล่าวก็มิได้มีการกล่าวถึงหลักเกณฑ์และรายละเอียดที่ใช้ในการพิจารณาประสิทธิภาพอันเกิดจากการรวมธุรกิจไว้โดยเฉพาะ หากเพียงแต่เป็นการประเมินประสิทธิภาพโดยสรุปในภาพรวมว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจทำให้ประสิทธิภาพของตลาดลดลง โดยพิจารณาจากโครงสร้างตลาดและพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจแต่เพียงเท่านั้น จึงสรุปได้ว่า ในปัจจุบันยังคงไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดจากการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เอาไว้ ณ ที่ใด

4. วิเคราะห์และเปรียบเทียบการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศกับพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

ภายหลังจากการศึกษาแนวคิดพื้นฐาน และหลักเกณฑ์การพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่าง ๆ แล้ว ในลำดับถัดไปผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์และเปรียบเทียบแนวทางการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจของประเทศต่าง ๆ โดยแบ่งออกเป็น 2 ประเด็นสำคัญ ได้แก่ ประเด็นเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ และประเด็นเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และรายละเอียดในการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ

4.1 สถานะทางกฎหมายของปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

ประเด็นแรกเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่าง ๆ นั้น หมายถึงลำดับและการให้น้ำหนักในการนำปัจจัยดังกล่าวมาใช้ในการพิจารณาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ ซึ่งจากการศึกษาพบว่าปัจจัยเกี่ยว

³⁹ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, “ผลคำวินิจฉัยกรณีการขออนุญาตรวมธุรกิจระหว่างบริษัท ซี.พี. รีเทล ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด และบริษัท เทสโก้ สโตร์ส (ประเทศไทย) จำกัด” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://otcc.or.th/pronouncement/2020/12/18/cp-tesco-case/> [10 มกราคม 2564]

กับประสิทธิภาพตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศญี่ปุ่น ประเทศสิงคโปร์ และประเทศไทยนั้น อาจแบ่งสถานะทางกฎหมายออกได้เป็น 2 ลักษณะ ได้แก่

ก. การนำประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจไปนับรวมเป็นส่วนหนึ่งของปัจจัยอื่น ๆ ได้แก่ การกระจุกตัวของตลาด ผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน การเข้าสู่ตลาด อำนาจของผู้ซื้อในตลาด เพื่อประเมินว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวนั้นอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่ ซึ่งการพิจารณาในลักษณะนี้ จะมีได้ถือว่าประสิทธิภาพดังกล่าวเป็นข้อต่อสู้ของผู้ประกอบธุรกิจเพื่อขดเซยผลกระทบอันเป็นการต่อต้านการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ โดยที่ประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจในลักษณะนี้อาจได้แก่ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นต่อการดำเนินงานของผู้ประกอบธุรกิจ โดยมักไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นต่อสวัสดิการสังคมโดยรวมด้วย ดังนั้น การพิจารณาประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนี้ องค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศจะให้น้ำหนักแก่ประสิทธิภาพดังกล่าวเท่าเทียมกับปัจจัยอื่น ๆ จนออกมาเป็นข้อสรุปในท้ายที่สุดว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่ ซึ่งสถานะของการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดจากการรวมธุรกิจในลักษณะนี้ปรากฏอยู่ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป และประเทศสิงคโปร์

ข. การนำประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นมาเป็นปัจจัยลำดับสุดท้ายภายหลังจากการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับการแข่งขันอื่น ๆ เป็นที่เรียบร้อยแล้ว โดยแยกการพิจารณาต่างหากจากการประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น สถานะเช่นนี้ส่งผลให้แม้การรวมธุรกิจนั้นจะก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ แต่ถ้าประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นเป็นประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นต่อสังคมโดยรวม และมากเพียงพอที่จะขดเซยผลกระทบในแง่ลบที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นได้ องค์กรบังคับใช้กฎหมายก็จะอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจนั้นดำเนินการรวมธุรกิจต่อไปได้ จึงกล่าวได้ว่าองค์กรบังคับใช้กฎหมายจะให้น้ำหนักกับประสิทธิภาพอันเกิดจากการรวมธุรกิจในลักษณะนี้มากเท่ากับผลกระทบในแง่ลบที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ ซึ่งเป็นผลกระทบที่เกิดจากการประเมินปัจจัยต่าง ๆ เป็นที่เรียบร้อยแล้ว ทั้งนี้ สถานะของการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดจากการรวมธุรกิจในลักษณะนี้ปรากฏอยู่ในกฎหมายป้องกันการผูกขาดและกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา ประเทศญี่ปุ่น ประเทศสิงคโปร์ และประเทศไทย

ในกรณีของประเทศสิงคโปร์นั้น เนื่องจากการแยกลักษณะของประสิทธิภาพอันอาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจออกเป็น 2 ประเภทอย่างชัดเจน ตามที่ปรากฏในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์ โดยประสิทธิภาพแต่ละลักษณะที่เกิดขึ้นจะถูกนำไปพิจารณาในแต่ละขั้นตอนที่แตกต่างกัน กล่าวคือ หากเป็นประสิทธิภาพที่เกิดในการดำเนินงานภายในของผู้ประกอบธุรกิจ จะถูกนำไปเป็นส่วนหนึ่งในการประเมินว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่ แต่หากประสิทธิภาพนั้นถึงขนาดก่อให้เกิดผลดีต่อระบบเศรษฐกิจในภาพรวมด้วย ก็จะถูกนำไปพิจารณาเป็นลำดับสุดท้ายเพื่อประเมินว่าประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นนั้นเพียงพอที่จะขดเซยผลเสียที่จะเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญได้หรือไม่ จึงทำให้ปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์มีสถานะทางกฎหมายทั้งสองรูปแบบ

การจำแนกประเภทของสถานะทางกฎหมายของปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค่านั้นมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อผู้ประกอบการ เนื่องจากลักษณะของประสิทธิภาพที่จะนำมาพิจารณานั้นมีความแตกต่างกัน ทำให้ข้อมูลและพยานหลักฐานที่ผู้ประกอบการจะต้องนำเสนอต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายของตนนั้นมีความแตกต่างกันมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากการพิจารณาปัจจัยประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นมีลักษณะเป็นข้อต่อสู้ที่อาจทำให้ผู้ประกอบการสามารถดำเนินการรวมธุรกิจต่อไปได้ แม้ว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวจะก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญก็ตาม ซึ่งผู้ประกอบการจะต้องนำเสนอหลักฐานต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายอย่างเต็มที่ เพื่อแสดงให้เห็นว่าประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นสามารถชดเชยผลกระทบในแง่ลบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นได้อย่างเหมาะสม และเป็นประสิทธิภาพที่จะเกิดขึ้นต่อสังคมโดยรวม

ดังนั้น องค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศจึงจำเป็นต้องกำหนดแนวทางการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพดังกล่าวนี้ไว้ให้ชัดเจน เพื่อให้ผู้ประกอบการสามารถนำเสนอข้อมูลต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายได้อย่างถูกต้อง ซึ่งภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย แม้ตามแนวปฏิบัตินั้นจะมีการกำหนดแยกปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพออกมาไว้เป็นลำดับสุดท้าย จึงพิจารณาได้ว่าปัจจัยดังกล่าวจะถูกนำมาพิจารณาเป็นลำดับสุดท้ายแตกต่างหากจากปัจจัยอื่น ๆ เพราะฉะนั้น จึงพอสันนิษฐานได้ว่าปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยมีสถานะเช่นเดียวกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่น แต่ทั้งนี้ ก็ยังมีได้มีการกำหนดแนวทางการพิจารณาไว้อย่างชัดเจนว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะพิจารณาปัจจัยดังกล่าวโดยให้น้ำหนักมากน้อยเพียงไร

4.2 หลักเกณฑ์การพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

ประเด็นที่สองคือหลักเกณฑ์การพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ซึ่งหมายถึงรายละเอียดและเงื่อนไขในการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจโดยองค์กรบังคับใช้กฎหมายของแต่ละประเทศ และเป็นประเด็นสำคัญที่ผู้ประกอบการจำเป็นต้องคำนึงถึงในการนำเสนอข้อมูลและพยานหลักฐานเพื่อให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายนำไปใช้ในการประเมินผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจในท้ายที่สุด เนื่องจากประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะรับพิจารณานั้น มีลักษณะเฉพาะตามที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายของแต่ละประเทศได้กำหนดไว้

จากการศึกษาพบว่าหลักเกณฑ์ตามกฎหมายในการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศญี่ปุ่น และประเทศสิงคโปร์นั้นแบ่งออกได้เป็น 5 หลักเกณฑ์ ได้แก่

ก. ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นนั้นสามารถอธิบายและพิสูจน์ได้จริง กล่าวคือ ประสิทธิภาพที่ผู้ประกอบการกล่าวอ้างนั้นต้องสามารถทำให้เกิดขึ้นจริงได้ (verifiability)

ข. ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นนั้นเป็นประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นได้จากเฉพาะการรวมธุรกิจนี้ กล่าวคือ เป็นประสิทธิภาพที่ไม่มีทางเกิดขึ้นจากวิธีการอื่น ๆ ที่อาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันน้อยกว่าการรวมธุรกิจนี้ (merger-specificity)

ค. ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องเป็นประโยชน์ที่ส่งต่อ (pass-on) ไปยังผู้บริโภค โดยประโยชน์ที่จะส่งต่อไปยังผู้บริโภคนี้ต้องมีนัยสำคัญและเกิดขึ้นภายในเวลาอันสมควรภายหลังจากการรวมธุรกิจ

ง. ประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้นนั้นไม่ได้มีสาเหตุมาจากพฤติกรรมที่เป็นการต่อต้านการแข่งขัน (not anticompetitive)

จ. ในกรณีที่การรวมธุรกิจนี้อาจส่งผลกระทบต่ออันเป็นการต่อต้านการแข่งขันที่สูง ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นก็จะต้องยิ่งสูงขึ้นตามผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นนั้นด้วย (sliding scale)

โดยที่ผู้ประกอบการธุรกิจที่ต้องการรวมธุรกิจในแต่ละประเทศจำเป็นต้องแสดงให้เห็นถึงองค์ประกอบที่ใช้กฎหมายเห็นว่าประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจของตนนั้นมีลักษณะเข้าตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นตามที่กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศตนได้กำหนดไว้ ซึ่งอาจสรุปได้ดังนี้

ตารางที่ 1 ตารางเปรียบเทียบหลักเกณฑ์การพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่าง ๆ

	สหรัฐอเมริกา	สหภาพยุโรป	ญี่ปุ่น	สิงคโปร์	ไทย
ก. พิสูจน์ได้จริง	จำเป็น	จำเป็น	จำเป็น	จำเป็น	ไม่จำเป็น
ข. เกิดขึ้นเฉพาะจากการรวมธุรกิจ	จำเป็น	จำเป็น	จำเป็น	จำเป็น	ไม่จำเป็น
ค. เป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค	ตามบทบัญญัติ: ไม่จำเป็น ตามคำพิพากษา: จำเป็น	จำเป็น	จำเป็น	ไม่จำเป็น	จำเป็น
ง. ไม่เกิดจากการต่อต้านการแข่งขัน	จำเป็น	ไม่จำเป็น	ไม่จำเป็น	ไม่จำเป็น	ไม่จำเป็น
จ. สูงขึ้นตามผลกระทบที่เกิดขึ้น	จำเป็น	ไม่จำเป็น	ไม่จำเป็น	จำเป็น	ไม่จำเป็น

ตารางดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงหลักเกณฑ์ในการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศ ซึ่งบางปัจจัยนั้นแม้กฎหมายจะมีได้กำหนดไว้อย่างชัดเจน แต่ในทางปฏิบัติ องค์กรบังคับใช้กฎหมายหรือศาลก็มักจะนำมาเป็นมาตรฐานในการพิจารณาประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นดังกล่าวด้วย เช่น การที่ประสิทธิภาพนั้นจะต้องไม่เกิดขึ้นจากการพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขัน ก็มักเป็นหลักเกณฑ์ที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายของทุกประเทศอยู่แล้ว เป็นต้น

ในขณะที่ประเทศต่าง ๆ ล้วนมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจไว้อย่างชัดเจนว่าประสิทธิภาพดังกล่าวจะต้องมีลักษณะอย่างไร จึงจะนำมาใช้ประกอบการพิจารณาหรือใช้เป็นข้อต่อสู้เพื่อให้ผู้ประกอบการสามารถดำเนินการรวมธุรกิจนั้นได้ แต่ภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น ยังไม่ปรากฏว่ามีการกำหนดรายละเอียดหรือหลักเกณฑ์ในการพิจารณาประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจไว้แต่อย่างใด ซึ่งผลของการไม่กำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจนนี้อาจทำให้การบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยไม่เป็นไปตามความมุ่งหมาย และอาจเป็นการให้อำนาจแก่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยในการใช้ดุลพินิจในกระบวนการกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่มากเกินไป

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจเป็นประเด็นสำคัญที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะต้องคำนึงในการพิจารณาการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเสมอ เพื่อให้การประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจนั้นเป็นไปอย่างถูกต้องและเหมาะสม ส่งผลดีต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวมมากที่สุด ซึ่งการให้น้ำหนักของปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพดังกล่าวนี้แตกต่างไปตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศ โดยที่บางประเทศอาจนำปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพไปผนวกรวมกับปัจจัยอื่น ๆ เพื่อใช้ประเมินว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่ ขณะที่บางประเทศให้น้ำหนักแก่ปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพเป็นอย่างมาก โดยถือว่าเป็นข้อต่อสู้ของผู้ประกอบธุรกิจที่อาจใช้เป็นข้ออ้างให้ตนสามารถดำเนินการรวมธุรกิจต่อไปได้ แม้ว่าการรวมธุรกิจนั้นจะได้รับการประเมินแล้วว่าส่งผลเป็นการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญก็ตาม

โดยที่ปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นเป็นประเด็นที่สำคัญเป็นอย่างยิ่งในการพิจารณาการรวมธุรกิจดังที่กล่าวข้างต้น ดังนั้น องค์กรบังคับใช้กฎหมายของแต่ละประเทศจึงจำเป็นต้องกำหนดหลักเกณฑ์หรือรายละเอียดของประสิทธิภาพที่จะได้รับการยอมรับให้นำมาใช้เพื่อประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจนั้นด้วย อันได้แก่ ประสิทธิภาพนั้น (ก) จะต้องพิสูจน์ได้จริง (ข) เกิดขึ้นเฉพาะจากการรวมธุรกิจ (ค) เป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค (ง) ไม่เกิดจากการต่อต้านการแข่งขัน และ (จ) สูงขึ้นตามผลกระทบที่เกิดขึ้น ซึ่งการกำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ จะทำให้การกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายนั้นเป็นไปอย่างเหมาะสมและถูกต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

ในกรณีของประเทศไทยซึ่งตามประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้านั้น ทำให้สามารถสันนิษฐานได้ว่าปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพนี้มีสถานะอยู่ในกลุ่มเดียวกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่น จึงมีแนวโน้มที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะสามารถให้นำหน้าหนักแก่ปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจในการพิจารณาการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้เป็นอย่างมาก เนื่องจากมีการกำหนดแยกปัจจัยดังกล่าวนี้ออกมาจากปัจจัยการแข่งขันอื่น ๆ ดังนั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับสถานะของปัจจัยดังกล่าวมากยิ่งขึ้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงควรออกแนวทางการพิจารณา โดยระบุถึงสถานะและการให้นำหน้าหนักแก่ปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพนี้ไว้โดยชัดเจน เพื่อให้ผู้ประกอบการสามารถแสดงข้อมูลและหลักฐานเพื่อใช้เป็นข้ออ้างให้ตนสามารถดำเนินการรวมธุรกิจต่อไปได้อย่างถูกต้อง แม้ว่าการรวมธุรกิจนั้นจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันเป็นอย่างมากก็ตาม

นอกจากนี้ ด้วยสถานะของปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยนั้นมีความสำคัญอย่างยิ่งถึงขนาดทำให้การรวมธุรกิจที่ก่อผลเสียต่อการแข่งขันนั้นอาจได้รับอนุญาตให้ดำเนินการต่อไปได้ ดังนั้น การเพิ่มเติมประกาศเพื่อให้มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพโดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าที่ชัดเจนจึงเป็นสิ่งสำคัญและจำเป็นอย่างยิ่ง มิฉะนั้นแล้ว จะทำให้การกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเป็นอย่างมาก เนื่องจากการขาดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการควบคุมการใช้ดุลพินิจดังกล่าว ซึ่งอาจทำให้ปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นถูกนำไปใช้เป็นข้ออ้างที่ทำให้เกิดการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดเป็นอย่างมากได้อย่างไม่เหมาะสม

สถานะทางกฎหมายของสัตว์เลี้ยงในกรณีการหย่าร้างภายใต้กฎหมาย ครอบครัว

Legal Status of Companion Pets in Divorce Under Family Law

พงศ์ศักดิ์ เจ๊ะพงศ์
Phongsak Jehphong

อาจารย์ประจำ
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์
15 ถนนกาญจนาภิเษย์ ตำบลคอหงส์ อำเภอหาดใหญ่ จังหวัดสงขลา 90110
Full-time Lecturer
Faculty of Law, Prince of Songkla University,
15 Kanjanavanich Rd., Kho Hong, Hat Yai District, Songkhla 90110
Corresponding author E-mail: phongsak.j@psu.ac.th

(Received: December 15, 2020; Revised: February 24, 2021; Accepted: March 10, 2021)

บทคัดย่อ

แม้ว่าเจ้าของสัตว์เลี้ยงจะมองว่าสัตว์เลี้ยงของพวกเขาเป็นเหมือนสมาชิกในครอบครัว และปฏิบัติต่อสัตว์เลี้ยงเหมือนสมาชิกในครอบครัวคนหนึ่ง แต่ในมุมมองของกฎหมายยังคงถือว่าสัตว์เลี้ยงมีสถานะเป็นเพียงทรัพย์สินชนิดหนึ่ง ซึ่งส่งผลกระทบต่อโดยตรงในเรื่องของอำนาจในการเลี้ยงดูสัตว์เลี้ยงกรณีที่มีการหย่าร้างของคู่สมรส เพราะวิธีการที่ศาลนำมาปรับใช้ในข้อพิพาทเรื่องนี้นั้นไม่ได้คำนึงถึงสวัสดิภาพและประโยชน์สูงสุดของสัตว์เลี้ยง ทั้ง ๆ ที่สัตว์เลี้ยงเป็นสิ่งมีชีวิตจิตใจและมีความรู้สึกเช่นเดียวกับมนุษย์ ด้วยเหตุนี้ สวัสดิภาพและประโยชน์สูงสุดของสัตว์เลี้ยงจึงเป็นสิ่งที่ควรจะได้รับการปกป้องและคำนึงถึงจากกฎหมาย ดังนั้น บทความนี้จึงได้เสนอแนะแนวทางการเปลี่ยนแปลงสถานะทางกฎหมายให้แก่สัตว์เลี้ยง โดยกฎหมายควรต้องพิจารณาว่าสัตว์เลี้ยงมีจิตใจไม่ใช่แค่ทรัพย์สิน ฉะนั้น การที่ศาลจะชี้ขาดว่าผู้ใดจะมีอำนาจในการดูแลสัตว์เลี้ยง ศาลจะต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของสัตว์เลี้ยงเป็นสำคัญ

คำสำคัญ: สัตว์เลี้ยงที่เป็นเพื่อน ประโยชน์สูงสุดของสัตว์เลี้ยง สวัสดิภาพของสัตว์ อำนาจในการเลี้ยงดูสัตว์เลี้ยง

Abstract

Although pet owners view their pets as a family member and treat them like a family member, the law considers pets as property. This directly affects the pet custody disputes in a case of divorce. This is because the measures applied in such dispute by the court do not take into consideration the welfare and the best interests of companion pets even though they are living being and have emotions as human. For this reason, the welfare and the best interests of companion pets should be protected and considered by the laws. Therefore, this article provides the guidelines for changing legal status of companion pets which the law should consider the companion pets having the unique nature of living and sentience not just mere property. For this reason, when the court hands down the decision for the pet custody, the court should determine the companion pet's best interests a priority.

Keywords: Companion pet, Best interests of pet, Animal welfare, Pet custody

1. บทนำ

คำกล่าวที่ว่า สุนัขเป็นเพื่อนที่ดีที่สุดของมนุษย์ อาจจะเป็นจริงสำหรับใครหลาย ๆ คน และสำหรับเจ้าของสัตว์เลี้ยงส่วนใหญ่ยอมรับว่าสัตว์เลี้ยงนั้นเป็นมากกว่าเพื่อนสี่ขาและมีค่ามากกว่าสิ่งของหรือทรัพย์สินอื่นใด นอกจากนี้สัตว์เลี้ยงไม่ได้เป็นแค่เพียงเพื่อนที่ดีของมนุษย์เท่านั้น จากการศึกษาพบว่า การมีสัตว์เลี้ยงส่งผลดีต่อร่างกายและจิตใจของผู้เป็นเจ้าของ เช่น ช่วยลดความตึงเครียด ทำให้ความดันโลหิตลดลง และยังสามารถช่วยลดระดับคอเลสเตอรอลได้¹ กล่าวได้ว่าความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์ผู้เป็นเจ้าของกับสัตว์เลี้ยงเป็นความสัมพันธ์ที่พิเศษ จึงไม่ใช่เรื่องแปลกหากเจ้าของนั้นจะรักสัตว์เลี้ยงของตนเสมือนเป็นสมาชิกคนหนึ่งในครอบครัว

ในปัจจุบันต่างประเทศและประเทศไทยมีองค์กรหลายแห่งที่มีความกังวลต่อสวัสดิภาพของสัตว์โดยมีความพยายามผลักดันและส่งเสริมให้มีการพัฒนาและออกกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิและผลประโยชน์ของสัตว์สำหรับประเทศไทยได้มีการออกพระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ. 2557 ซึ่งมีวัตถุประสงค์หลักในการปกป้องและคุ้มครองสัตว์ไม่ให้โดนทำร้ายอันเป็นการกระทำอย่างทารุณและทรมาณ ทำให้สัตว์ได้รับความทุกข์ทรมานและเจ็บปวด อีกทั้งยังมีการจัดสวัสดิภาพให้แก่สัตว์อีกด้วย² ซึ่งการบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้เป็นการแสดงให้เห็นว่ากฎหมายของไทยได้ให้ความสำคัญแก่ชีวิตและสิทธิของสัตว์ โดยถือว่าสัตว์นั้นเป็นสิ่งมีชีวิตที่จะต้องได้รับการคุ้มครองสิทธิตามธรรมชาติของสัตว์ และได้รับการปฏิบัติดูแลมิให้ถูกบุคคลใดมากระทำการทารุณกรรมเสมือนกับการปกป้องและคุ้มครองสิทธิของบุคคลธรรมดาที่มีสิทธิในชีวิตและร่างกายของตนที่จะไม่ถูกทำร้ายจากบุคคลอื่น

จะเห็นได้ว่าการออกกฎหมายในสังคมปัจจุบันได้สะท้อนให้เห็นถึงความวิตกกังวลที่ต้องการจะปกป้องสิทธิและสวัสดิภาพของสิ่งมีชีวิตอื่นที่นอกเหนือไปจากบุคคลธรรมดาทั่วไป นั่นก็คือสัตว์ ไม่ว่าจะเป็นสัตว์เลี้ยง ป่า สัตว์เลี้ยง หรือสัตว์ที่เลี้ยงไว้เพื่อใช้แรงงานหรือเพื่อเป็นอาหาร ซึ่งการสนับสนุนในการที่จะปกป้องสิทธิและสวัสดิภาพของสัตว์นั้นนอกจากจะออกมาในรูปแบบของการตรากฎหมายแล้ว ยังสามารถเห็นได้จากอัตราการใช้จ่ายในธุรกิจที่เกี่ยวกับสัตว์เลี้ยงเป็นจำนวนมาก ซึ่งทำให้ธุรกิจประเภทนี้มีการเติบโตขึ้นอย่างต่อเนื่อง เป็นการสะท้อนให้เห็นว่ามนุษย์ให้ความสำคัญแก่สัตว์เลี้ยงเหมือนเป็นสมาชิกของครอบครัว³ จากการศึกษาของเจ้าของสัตว์เลี้ยงในประเทศสหรัฐอเมริกาของสมาคมผลิตภัณฑ์สัตว์เลี้ยงอเมริกันพบว่า 67 เปอร์เซ็นต์ของครัวเรือนในสหรัฐอเมริกาที่มีสัตว์เลี้ยงและมีค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับสัตว์เลี้ยงของตนเกินกว่า 72 พันล้านเหรียญต่อปี⁴ สำหรับประเทศไทย จากฐานข้อมูลเพื่อการขึ้นทะเบียนสุนัข-แมว (Pet Register) โดยกรมปศุสัตว์พบว่า ในปี พ.ศ. 2560 คนไทยมีสัตว์เลี้ยง 13.2 ล้านตัว และคาดการณ์ว่าในปีต่อไปการเลี้ยงสัตว์ของคนไทยจะเพิ่มขึ้นเป็น 13.7 ล้านตัว

¹ Froma Walsh, "Human-Animal Bonds I: The Relational Significance of Companion Animals," *Family Process* 48, 4 (December 2009): 462-480.

² สาทิต ปรัชญาอริยะกุล, "สรุปภาพรวม พ.ร.บ.ป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ. 2557 หลังบังคับใช้มา 5 ปี," *มติชน* (25 ธันวาคม 2562): 5.

³ John DeWitt Gregory, "Pet Custody: Distorting Language and the Law," *The Family Law Quarterly* 44, 1 (2010): 35.

⁴ National Pet Owners Survey, American Pet Products Association, "Pet Ownership, Spending Going Strong," [online] Available from: <https://www.avma.org/News/JAVMANews/Pages/190601d.aspx> [1 November 2020]

และนอกจากนี้ ในปี พ.ศ. 2561 กรมปศุสัตว์ได้มีการแจ้งข้อมูลเพื่อการขึ้นทะเบียนสุนัข-แมว โดยไม่รวมจำนวนสุนัขและแมวในพื้นที่กรุงเทพมหานคร พบว่า มีจำนวนสุนัขและแมวทั้งสิ้น 5,573,166 ตัว ในจำนวนนี้เป็นสุนัขและแมวที่มีเจ้าของ 5,549,905 ตัว หรือคิดเป็น 99.58% ของจำนวนสุนัขและแมวทั้งหมดที่ขึ้นทะเบียน⁵ จากข้อมูลดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการนิยมเลี้ยงสัตว์ของคนไทยมีมากขึ้นกว่าในอดีตและมีแนวโน้มที่จะเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ และมีการดูแล ให้ความใส่ใจสัตว์เลี้ยงในทุก ๆ ด้าน ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของอาหาร สุขภาพและการรักษาพยาบาล รวมถึงมีการทำประกันสุขภาพให้แก่สัตว์เลี้ยงของตนอีกด้วย แตกต่างจากในอดีตที่นิยมเลี้ยงสัตว์ไว้แค่เพียงเรื่องของการใช้แรงงานสัตว์ เช่น การเลี้ยงสุนัขไว้เฝ้าบ้านหรือเลี้ยงแมวไว้เพื่อจับหนู

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าประเทศไทยจะมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ. 2557 ที่ส่งผลให้สัตว์มีสถานะและความเป็นอยู่ที่ดีขึ้นโดยได้รับการเคารพในสิทธิการดำรงชีวิต และได้รับความคุ้มครองสวัสดิภาพที่เพิ่มมากขึ้น แต่หากพิจารณาสถานะทางกฎหมายของสัตว์เลี้ยงในบริบทของกฎหมายครอบครัวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สถานะของสัตว์เลี้ยงในมุมมองของกฎหมายครอบครัวนั้นยังคงมีสถานะเป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่ง จะเห็นได้จากเมื่อมีการสิ้นสุดการสมรสโดยการหย่า จะต้องมีการจัดการแบ่งทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาทั้งนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1532⁶ หากเป็นกรณีทั้งคู่สมรสตกลงกันไม่ได้ก็นำมาซึ่งปัญหาในการแบ่งทรัพย์สินระหว่างสามีและภริยา และหากในครอบครัวนั้นมีสัตว์เลี้ยงด้วย สัตว์เลี้ยงก็จะถูกมองว่าเป็นเพียงหนึ่งในทรัพย์สินระหว่างสามีและภริยาที่จะต้องทำการแบ่งกันอย่างเช่นทรัพย์สินอื่น ๆ ที่เป็นสินสมรส ซึ่งกฎหมายครอบครัวมองว่าสัตว์เลี้ยงมีสถานะเป็นเพียงทรัพย์สินชนิดหนึ่งของมนุษย์ เช่น รถยนต์ โຕ้ะ หรือเก้าอี้ ที่สามารถทำการแบ่ง โอน หรือขายได้เมื่อเกิดข้อพิพาทเรื่องสินสมรส โดยไม่ได้คำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของสัตว์เลี้ยง ดังนั้นจะเห็นได้ว่าสถานะทางกฎหมายของสัตว์เลี้ยงในบริบทของพระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์และสถานะของสัตว์เลี้ยงในบริบทของกฎหมายครอบครัวมีความไม่สอดคล้องกัน

ดังนั้น เมื่อเกิดประเด็นข้อพิพาทเรื่องของอำนาจในการเลี้ยงดูสัตว์เลี้ยง ศาลควรจะต้องพิจารณาและชั่งน้ำหนักถึงปัจจัยและสิ่งแวดล้อมต่าง ๆ เพื่อให้เกิดประโยชน์ที่ดีที่สุดสำหรับสัตว์เลี้ยง โดยคำนึงสถานะของสัตว์เลี้ยงว่ามีคุณค่าทางจิตใจและมีค่ามากกว่าทรัพย์สิน⁷ เพราะฉะนั้นสวัสดิภาพและประโยชน์สูงสุดของสัตว์เลี้ยงจึงเป็นสิ่งสำคัญที่ศาลควรจะนำมาพิจารณาแยกเช่นเดียวกับการพิจารณาชี้ขาดในเรื่องอำนาจปกครองบุตรที่ศาลจะต้องคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของบุตรของคู่สมรสนั้นเป็นที่ตั้ง

⁵ Department of Livestock Development, "Database for Dog and Cat Registration," [online] Available from : https://www.dbd.go.th/download/document_file/Statistic/2561/T26/T26_201812.pdf [1 November 2020]

⁶ มาตรา 1532 เมื่อหย่ากันแล้วให้จัดการแบ่งทรัพย์สินของสามีภริยา แต่ในระหว่างสามีภริยา

(ก) ถ้าเป็นการหย่าโดยความยินยอมของทั้งสองฝ่าย ให้จัดการแบ่งทรัพย์สินของสามีภริยาตามที่มีอยู่ในเวลาจดทะเบียนการหย่า

(ข) ถ้าเป็นการหย่าโดยคำพิพากษาของศาล คำพิพากษาส่วนที่บังคับทรัพย์สินระหว่างสามีภริยานั้น มีผลย้อนหลังไปถึงวันฟ้องหย่า

⁷ Ann Brenoff , "In A Nasty Divorce, Who Gets The Dog? [online] Available from : https://www.huffpost.com/entry/who-gets-the-dog-in-a-divorce_n_5b16f62ae4b0599bc6ddeececd [6 November 2020]

เพื่อไม่ให้เกิดความสับสน คำว่า “สัตว์เลี้ยง” ในบทความนี้จะหมายถึงเฉพาะสัตว์เลี้ยงเพื่อใช้เป็นเพื่อนกับมนุษย์ (Companion pet) เท่านั้น เช่น สุนัข แมว นก หรือกระต่าย จะไม่รวมถึงสัตว์เลี้ยงเพื่อใช้งาน สัตว์เลี้ยงเพื่อใช้เป็นพาหนะ สัตว์เลี้ยงเพื่อใช้เป็นอาหาร สัตว์เลี้ยงเพื่อใช้ในการแสดง หรือสัตว์เลี้ยงเพื่อใช้ในการอื่นใด

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อชี้ให้เห็นถึงความสำคัญของสถานะในทางกฎหมายของสัตว์เลี้ยงกรณีที่เกิดข้อพิพาทในเรื่องอำนาจการเลี้ยงดูสัตว์เลี้ยงหากคู่สมรสนั้นจะต้องแยกทางกันโดยการหย่าตามคำพิพากษาของศาล และเสนอแนะแนวทางในการเปลี่ยนแปลงสถานะทางกฎหมายของสัตว์เลี้ยงในบริบทของกฎหมายครอบครัวเพื่อให้ความสอดคล้องกับกฎหมายอื่นที่บัญญัติขึ้นมาบังคับใช้เพื่อปกป้องและคุ้มครองสิทธิและสวัสดิภาพของสัตว์ซึ่งให้ความสำคัญแก่สถานะของสัตว์เทียบเท่ากับบุคคล และเสนอแนะการกำหนดวิธีการที่เหมาะสมที่สุดในการแก้ปัญหาข้อพิพาทในเรื่องอำนาจในการดูแลสัตว์เลี้ยงของคู่สมรสที่การสมรสสิ้นสุดลงจากการหย่าโดยคำพิพากษาของศาล โดยศึกษาแนวทางจากกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีการพัฒนากฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิและสวัสดิภาพของสัตว์เลี้ยงเมื่อเกิดปัญหาข้อพิพาทเกี่ยวกับอำนาจในการดูแลสัตว์เลี้ยง เพื่อนำมาใช้เป็นแนวทางในการนำเสนอปรับปรุงและพัฒนากฎหมายของประเทศไทยต่อไป

2. สถานะและบทบาทของสัตว์เลี้ยงในครอบครัว

กล่าวได้ว่ามนุษย์และสัตว์เลี้ยงมีความสัมพันธ์กันมาอย่างยาวนานตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน หลักฐานทางโบราณคดีแสดงให้เห็นว่ามนุษย์และสุนัขบ้าน (Domestic wolves) มีการตั้งถิ่นฐานอยู่ร่วมกันมาตั้งแต่เมื่อ 14,000 ปีที่แล้ว อาจเนื่องจากว่าทั้งมนุษย์และสุนัขบ้านต้องการที่จะแบ่งปันและใช้ที่อยู่อาศัยและอาหารร่วมกัน รวมถึงการได้รับการปกป้องคุ้มครองซึ่งกันและกัน⁸ นอกจากนี้ยังมีข้อสันนิษฐานว่าสุนัขและแมวมีบทบาทสำคัญในการดำรงชีวิตของมนุษย์เมื่อหนึ่งพันปีแล้วในการมีส่วนร่วมพัฒนาการเกษตรของชุมชน⁹ ถึงแม้ว่าในยุคแรก ๆ นั้น สัตว์เลี้ยงจะมีบทบาทเหมือนทาสที่คอยรับใช้มนุษย์ จากประวัติศาสตร์ที่ผ่านมาพบว่ามนุษย์เลี้ยงสัตว์ไว้สำหรับการใช้แรงงานและเพื่อความสนุกสนาน มากกว่าที่จะปฏิบัติต่อสัตว์เลี้ยงในฐานะของสมาชิกในครอบครัว สัตว์เลี้ยงในอดีตจึงมีหน้าที่และบทบาทที่หลากหลาย มีส่วนร่วมในกิจกรรมต่าง ๆ เช่น การล่าสัตว์, การปกป้องบ้านเรือน, เพื่อการปศุสัตว์ และเพื่อการให้บริการในเรื่องของการใช้แรงงานหรือให้ความช่วยเหลือคนพิการ แต่ความสัมพันธ์ระหว่างสัตว์เลี้ยงกับมนุษย์ก็ได้มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องจนมาถึงจุดที่สัตว์เลี้ยงอยู่ในสถานะที่มีคุณค่าทางจิตใจสำหรับมนุษย์ผู้เป็นเจ้าของ จึงอาจกล่าวได้ว่าความผูกพันของมนุษย์และสัตว์เลี้ยงมีการพัฒนาอย่างมากตั้งแต่จุดเริ่มต้นมาจนถึงปัจจุบัน จนได้พัฒนาหลากหลายเป็นมิตรภาพระหว่างกัน ซึ่งมีคำพิพากษาศาลฎีกาของรัฐวิสคอนซินในคดี *Rabideau v. City of Racine*¹⁰ ที่ยอมรับว่ามนุษย์และสุนัขนั้นมีความเกี่ยวข้องกันมาอย่างยาวนาน โดยส่วนหนึ่งของคำพิพากษามีความว่า

⁸ Froma Walsh, *Human-Animal Bonds I: The Relational Significance of Companion Animals*, p.467.

⁹ Ibid.

¹⁰ *Rabideau v. City of Racine*, 627 N.W.2d 795 (2001).

“นักโบราณคดีได้ค้นพบหลุมฝังศพที่มีอายุกว่า 12,000 ปี ซึ่งในหลุมฝังศพนั้นมีร่างของมนุษย์และสุนัข ถูกฝังอยู่ด้วยกัน โดยแขนของมนุษย์ถูกจัดให้วางอยู่บนไหล่ของสุนัข ซึ่งเป็นการยืนยันว่าสิ่งมีชีวิตสองสิ่งนี้มีความสัมพันธ์กันตลอดระยะเวลาในช่วงชีวิตของพวกเขา สุนัขเป็นมากกว่าส่วนหนึ่งของมนุษย์ อย่างที่เราทราบกันว่า สุนัขช่วยทำงานที่เกี่ยวกับการใช้กฎหมาย ช่วยคนตาบอดและคนพิการ ทำหน้าที่เตือนฝูงสัตว์ และทำหน้าที่รักษาความปลอดภัย และแน่นอนสุนัขยังคงมอบมิตรภาพที่ซื่อสัตย์ให้แก่มนุษย์อีกด้วย”¹¹

ประโยชน์ของสัตว์เลี้ยงนั้นไม่ได้มีเพียงแค่มิตรภาพที่ให้แก่เจ้าของเท่านั้น มีงานวิจัยหลายฉบับพบว่าการมีสัตว์เลี้ยงนั้นมีส่งผลดีต่อสุขภาพกายและสุขภาพจิตของผู้เป็นเจ้าของ ซึ่งความเป็นเจ้าของสัตว์เลี้ยงนั้น จะมีความสัมพันธ์กับการตรวจวัดการเปลี่ยนแปลงของร่างกาย (physiological measures) ในเชิงบวก เช่น ช่วยลดความดันโลหิต ลดระดับไตรกลีเซอไรด์ และช่วยลดระดับคอเลสเตอรอล¹² นอกจากนี้แล้วสัตว์เลี้ยงยังส่งผลดีต่อการรักษาภาวะการเจ็บป่วยเรื้อรัง เช่น โรคหัวใจ ภาวะสมองเสื่อม หรือโรคมะเร็ง¹³ และจากงานวิจัยหลายฉบับได้ให้ข้อสรุปไว้ว่าสัตว์เลี้ยงสามารถช่วยให้ผู้เป็นเจ้าของเข้าถึงสังคมได้ง่ายขึ้นนำไปสู่การลดความวิตกกังวล ภาวะซึมเศร้าและความรู้สึกโดดเดี่ยวได้¹⁴

อาจกล่าวได้ว่าในกิจกรรมต่าง ๆ ของมนุษย์นั้นจะมีความเกี่ยวข้องกับสัตว์เลี้ยงเป็นส่วนมาก ซึ่งสัตว์เลี้ยงเหล่านี้จะได้รับการปฏิบัติดังเช่นเป็นหนึ่งในสมาชิกของครอบครัว ซึ่งมีคำพิพากษาของศาลฎีกาในคดี *Travis v. Murray*¹⁵ ยืนยันว่าสัตว์เลี้ยงไม่ได้เป็นเพียงส่วนเติมเต็มในครอบครัวเท่านั้น แต่ยังเป็น “สมาชิกที่แท้จริงของครอบครัว” ซึ่งมีความสำคัญพอ ๆ กับเด็กเลยทีเดียว¹⁶ สัตว์เลี้ยงจึงมีบทบาทในชีวิตของมนุษย์ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน และยังมีบทบาทสำคัญในการเป็นส่วนหนึ่งของครอบครัวอีกด้วย จึงปฏิเสธไม่ได้ว่าความสัมพันธ์ระหว่างผู้เป็นเจ้าของกับสัตว์เลี้ยงเป็นความสัมพันธ์ที่พิเศษ และความสัมพันธ์ดังกล่าวนี้ควรจะต้องได้รับการยอมรับในทางกฎหมาย เพื่อที่จะได้มีมาตรการทางกฎหมายมารองรับข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นจากความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าของและสัตว์เลี้ยง

¹¹ Vasiliki Agorionitis, “Being Daphne’s Mom: An Argument for Valuing Companion Animals as Companions,” *Marshall Law Review* 39 (2006): 1453.

¹² Froma Walsh, *Human-Animal Bonds I: The Relational Significance of Companion Animals*, p.470.

¹³ *Ibid.*, 471.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Travis v. Murray*, 42 Misc. 3d 447 (2013).

¹⁶ Christopher G. Rhodes, “Who Gets the Dog When the Marriage Gets Ruff: Complications Arising from the Classification of Family Pets as Traditional Property,” *Estate Planning & Community Property Law Journal* 9 (2017): 239.

3. สถานะของสัตว์เลี้ยงเมื่อเกิดข้อพิพาทเรื่องอำนาจการเลี้ยงดูในประเทศสหรัฐอเมริกา

วิธีการดั้งเดิมที่ศาลครอบครัวในประเทศสหรัฐอเมริกาใช้ตัดสินข้อพิพาทในเรื่องของอำนาจการเลี้ยงดูสัตว์เลี้ยงระหว่างคู่สมรสที่หย่าร้างกันคือการใช้วิธีการกำหนดกรรมสิทธิ์ตามหลักการแบ่งทรัพย์สิน ทุกรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกามีกฎหมายของรัฐที่จะกำหนดกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสที่หย่าร้างกันในกรณีที่คู่สมรสนั้นไม่สามารถตกลงแบ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินระหว่างกันได้ ซึ่งในการแก้ปัญหาข้อพิพาทเรื่องอำนาจในการเลี้ยงดูสัตว์เลี้ยงนั้นจะพิจารณาตามหลักของการแบ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเท่านั้นโดยไม่ได้คำนึงถึงความรู้สึกของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับสัตว์เลี้ยงและตัวสัตว์เลี้ยงเอง ซึ่งในอดีตระบบกฎหมายจารีตประเพณีของประเทศสหรัฐอเมริกาถือว่าสัตว์เลี้ยงเป็นเพียงทรัพย์สินของบุคคลเท่านั้น สามารถตกเป็นสินสมรสและจะต้องทำการแบ่งกันระหว่างสามีและภรรยา ในปี ค.ศ.1897 ศาลฎีกาได้ตัดสินว่า โดยหลักของกฎหมายจารีตประเพณีเป็นที่ยอมรับว่าสุนัขจัดเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่ง¹⁷ ในสายตาของกฎหมายจารีตประเพณี สัตว์เลี้ยงมีค่าเท่ากับสิ่งของต่าง ๆ เป็นทรัพย์สินของบุคคล เช่น โซฟา โทรทัศน์ หรือสิ่งอื่น ๆ ที่เป็นสิ่งไม่มีชีวิต แสดงให้เห็นว่าในอดีตศาลได้ปฏิเสธอย่างชัดเจนในการให้คุณค่าของสัตว์เลี้ยง โดยมองว่าไม่เท่าเทียมกับมนุษย์ ด้วยเหตุนี้ในการดำเนินการหย่าร้าง ศาลจึงพิจารณาว่าสัตว์เลี้ยงมีค่าเพียงทรัพย์สินของบุคคล¹⁸

ตัวอย่างของคำพิพากษาของศาลในสหรัฐอเมริกาที่ใช้หลักของการแบ่งทรัพย์สินมาปรับใช้ในข้อพิพาทเกี่ยวกับอำนาจในการเลี้ยงดูสัตว์เลี้ยงระหว่างสามีและภรรยา เช่น ศาลแห่งรัฐเพนซิลเวเนียตัดสินคดีหย่าร้างโดยใช้ที่ตั้งของทรัพย์สินในการให้สิทธิเด็ดขาดแก่ภรรยาให้อำนาจในการดูแลสุนัขที่ชื่อว่าบาร์นีย์ และยกคำร้องของสามีที่ขอให้มียสิทธในการเลี้ยงดูสุนัขร่วมกับภรรยาและขอมีสิทธิในการเยี่ยมเยียนสุนัข¹⁹ ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการพิจารณาของศาลกรณีที่เกี่ยวข้องกับสัตว์เลี้ยงจะพิจารณาโดยใช้ที่ตั้งของทรัพย์สินมาเป็นเกณฑ์ในการตัดสินเท่านั้น

ในคดี *Bennett v. Bennett*²⁰ ศาลอุทธรณ์แห่งรัฐฟลอริดาได้ตัดสินว่าแม้ว่าสุนัขอาจจะได้รับการพิจารณาให้เป็นสมาชิกในครอบครัว แต่ภายใต้กฎหมายนั้นพวกมันยังคงเป็นทรัพย์สินของบุคคล และยังได้พิพากษาว่าไม่มีกฎหมายใดที่ให้อำนาจศาลในการที่จะตัดสินให้อำนาจในการเลี้ยงดูและสิทธิในการเยี่ยมเยียนทรัพย์สินของบุคคล²¹ นอกจากนั้นแล้วยังมีกรณีที่ศาลไม่พิจารณาและคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของสัตว์เลี้ยง

¹⁷ T. Christopher Wharton, "Fighting Like Cats and Dogs: The Rising Number of Custody Battles Over the Family Pet," J.L. & FAM 10 (2008): 433.

¹⁸ Charles P. Kindregan Jr, "Pets in Divorce: Family Conflict over Animal Custody," American Journal of Family Law 26 (2012): 227.

¹⁹ Christopher G. Rhodes, Who Gets the Dog When the Marriage Gets Ruff: Complications Arising from the Classification of Family Pets as Traditional Property, p.243.

²⁰ Bennet v Bennet (1879) 10 Ch. D. 474.

²¹ Marcella S. Roukas, "Determining the Value of Companion Animals in Wrongful Harm or Death Claims: A Survey of U.S. Decisions and Legislative Proposal in Florida to Authorize Recovery for Loss of Companionship," Journal of Animal Law 3 (2011): 43-58.

โดยศาลเลือกที่จะยึดถือในหลักการของทรัพย์สินมาเป็นเครื่องมือในการพิจารณาตัดสินให้อำนาจสิทธิเลี้ยงดูสัตว์เลี้ยง เช่น คดี *In re Marriage of Stuart* ศาลอุทธรณ์แห่งรัฐโอไฮโอว่าตัดสินว่าสุนัขเป็นทรัพย์สินของบุคคล และในเมื่อศาลไม่มีอำนาจที่จะทำให้สัตว์เลี้ยงอยู่ในสถานะที่จะไม่ถูกทำร้ายหรือไม่ได้รับการดูแลจากผู้เป็นเจ้าของได้ ดังนั้นศาลจึงไม่ต้องพิจารณาและคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของสัตว์เลี้ยง²²

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากปัจจุบันมุมมองเกี่ยวกับสัตว์เลี้ยงมีการเปลี่ยนแปลงไป นักวิชาการจึงได้เสนอให้มีการคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของสัตว์เลี้ยงโดยนำไปประยุกต์ใช้ในการแก้ปัญหาข้อพิพาทระหว่างคู่สมรสในกรณีของการหย่าร้างที่มีสัตว์เลี้ยงเข้ามาเกี่ยวข้อง

ในปี ค.ศ.2017 รัฐอลาสก้าเป็นรัฐแรกของประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีการเสนอให้มีการแก้ไขกฎหมายการหย่าร้าง โดยให้อำนาจผู้พิพากษาพิจารณาและคำนึงถึงสวัสดิภาพของสัตว์กรณีที่เกิดข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับสมาชิกในครอบครัวที่ไม่ใช่มนุษย์ ถือได้ว่าเป็นร่างกฎหมายฉบับแรกของสหรัฐอเมริกาที่กำหนดให้ศาลพิจารณาถึงประโยชน์และความผาสุกของสัตว์เลี้ยงเมื่อทำการตัดสินให้สิทธิ์ความเป็นเจ้าของแก่สามีหรือภรรยาในการดำเนินกระบวนการในการหย่าร้าง²³ และกฎหมายยังให้สิทธิสามีและภรรยาสามารถดูแลสัตว์เลี้ยงร่วมกันได้เป็นครั้งแรกอีกด้วย²⁴ นับได้ว่ากฎหมายได้ทำการแบ่งแยกให้สัตว์เลี้ยงมีความแตกต่างจากทรัพย์สินทั่วไป ซึ่งนาง Elizabeth Vazquez สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและเป็นหนึ่งในผู้สนับสนุนให้มีการแก้ไขกฎหมายฉบับนี้ได้กล่าวไว้ว่า “สัตว์เลี้ยงเป็นสมาชิกของครอบครัวของเราอย่างแท้จริง เราดูแลพวกเขามากกว่าที่จะมองว่าพวกเขาเป็นเพียงแค่ทรัพย์สิน ดังนั้นศาลจึงควรให้การพิจารณาและคำนึงถึงพวกเขาให้มากขึ้น”²⁵ การแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับสัตว์เลี้ยงของรัฐอลาสก้าในครั้งนี้เป็นการแสดงให้เห็นถึงความก้าวหน้าของระบบกฎหมายในการให้ความสำคัญแก่สัตว์เลี้ยง โดยตระหนักถึงความความสัมพันธ์ที่มีต่อสัตว์เลี้ยง และให้คุณค่าแก่สัตว์เลี้ยงมากกว่าเป็นเพียงแค่ทรัพย์สิน

ในปีเดียวกันนั้นรัฐอิลลินอยส์ซึ่งเป็นรัฐที่สองของสหรัฐอเมริกาที่ได้มีการบัญญัติกฎหมายครอบครัวในกรณีการหย่าร้างว่าสัตว์เลี้ยงไม่ใช่ทรัพย์สินอีกต่อไป โดยมีการคำนึงถึงสวัสดิภาพของสัตว์เลี้ยงมากขึ้นซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับรัฐอลาสก้า²⁶ ต่อมาในปี ค.ศ. 2018 รัฐแคลิฟอร์เนียก็ได้ออกกฎหมายตามมาโดยกำหนดให้ผู้พิพากษาจะต้องคำนึงถึงการดูแลสัตว์เลี้ยงในกรณีที่จะต้องมีการตัดสินให้สิทธิในการเลี้ยงดูสัตว์เลี้ยงแก่สามีหรือภรรยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เช่น ศาลจะต้องพิจารณาว่าใครเป็นคนให้อาหาร ใครเป็นคนพาสัตว์เลี้ยงเดินเล่นหรือใครเป็นคนพาสัตว์เลี้ยงไปหาหมอเมื่อเจ็บป่วย และกฎหมายยังวางแนวทางที่สำคัญแก่ศาลให้แยกแยะสัตว์เลี้ยง

²² Ann Hartwell Britton, “Bones of Contention: Custody of Family Pets,” *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers* 1, 20 (2006): 1-38.

²³ AS 25.24.160 contained in Chapter 24 on Divorce and Dissolution of Marriage.

²⁴ George Khoury, “Alaska Divorce Courts Must Consider Well-Being of Pets,” [online] Available from : https://blogs.findlaw.com/law_and_life/2017/02/alaska-divorce-courts-must-consider-well-being-of-pets.html. [28 November 2020]

²⁵ Britton, *Bones of Contention: Custody of Family Pets*, 1:7.

²⁶ Nicole Pallotta, “Alaska Legislature Becomes First to Require Consideration of Animals’ Interests in Custody Cases,” [online] Available from : <https://aldf.org/article/alaska-legislature-becomes-first-to-require-consideration-of-animals-interests-in-custody-cases/> [28 November 2020]

เลี้ยงออกจากทรัพย์สินชนิดอื่นอีกด้วย²⁷ จากข้างต้นจะเห็นได้ว่าปัจจุบันกฎหมายเกี่ยวกับสัตว์เลี้ยงในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ให้อำนาจศาลในการตัดสินการดูแลสัตว์เลี้ยงให้แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของสัตว์เลี้ยงเพิ่มมากขึ้น

4. สถานะของสัตว์เลี้ยงในบริบทของกฎหมายไทย

สวัสดิภาพของสัตว์เลี้ยงได้ถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายของไทยหลายฉบับ ซึ่งการบัญญัติดังกล่าวส่วนใหญ่แล้วจะอยู่ในกฎหมายลักษณะอาญาหรือกฎหมายที่มีโทษทางอาญา ซึ่งมีเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสัตว์เลี้ยงไม่ให้เป็นกรณีของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 381 และมาตรา 382 หรือพระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ. 2557 มาตรา 22, 23 และมาตรา 24 ซึ่งกฎหมายทั้งสองฉบับนี้ถือเป็นเครื่องมือโดยตรงในการปกป้องและคุ้มครองสวัสดิภาพของสัตว์ โดยการกำหนดห้ามมิให้ประชาชนกระทำการอันเป็นการทารุณกรรมสัตว์ การทำร้ายสัตว์ หรือการกระทำใดๆ ที่ เป็นการทำให้สัตว์ต้องเจ็บปวดและอยู่ในความทุกข์ทรมานไม่ว่าเป็นทางด้านร่างกายหรือจิตใจ การกำหนดห้ามนี้ก็เพื่อมุ่งที่จะคุ้มครองสัตว์ให้มีสวัสดิภาพที่ดี และป้องกันการถูกทำร้ายจากการกระทำของมนุษย์ หากพิจารณาถึงลักษณะของกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าว จะเห็นได้ว่ามีความพยายามที่จะยกระดับมาตรการในการคุ้มครองสัตว์ให้แตกต่างจากทรัพย์สินทั่วไปโดยมีการกำหนดองค์ประกอบความผิดและบทลงโทษแก่ผู้กระทำความผิด

แม้จะเป็นที่ทราบกันดีว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายอาญาและเจตนารมณ์ของกฎหมายแพ่งมีความแตกต่างกัน โดยกฎหมายอาญานั้นบัญญัติขึ้นมาเพื่อคุ้มครองและควบคุมพฤติกรรมของบุคคลเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม โดยมุ่งที่จะลงโทษผู้กระทำความผิด ส่วนกฎหมายแพ่งนั้นได้ถูกบัญญัติขึ้นมาเพื่อรองรับสิทธิและหน้าที่ในทางแพ่งของบุคคลระหว่างเอกชนด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็นเรื่องนิติกรรม สัญญา ทรัพย์สินหรือครอบครัว มรดก แต่อย่างไรก็ตาม ในทางทฤษฎีกฎหมายที่บังคับใช้ในสังคมแต่ละฉบับควรจะมีผลสอดคล้องกัน เมื่อประมวลกฎหมายอาญาและพระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ. 2557 ที่ได้กล่าวมาข้างต้น ได้ถูกบัญญัติขึ้นมาเพื่อให้สัตว์มีสวัสดิภาพที่ดี และได้รับความคุ้มครองมิให้ถูกทำร้ายจากมนุษย์ โดยกำหนดโทษไว้สำหรับผู้ฝ่าฝืนบทบัญญัตินั้น โดยมีเจตนารมณ์ที่พยายามจะยกระดับให้สวัสดิภาพของสัตว์ได้รับความคุ้มครองให้มีความแตกต่างจากบทบัญญัติเกี่ยวกับทรัพย์สินทั่วไป แต่ในขณะเดียวกันประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็มีบทบัญญัติบางอย่างที่เป็นปัญหาและเป็นอุปสรรคส่งผลกระทบต่อคุ้มครองสิทธิและสวัสดิภาพสัตว์ และถือว่าสัตว์เป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่ง ซึ่งในกรณีเช่นนี้ส่งผลให้กฎหมายที่บังคับใช้ย่อมมีความขัดแย้งกัน ดังนั้นการกำหนดสถานะของสัตว์เลี้ยงในกฎหมายแต่ละฉบับจึงควรมีผลสอดคล้องกัน

²⁷ Nicole R. Pallotta, "Chattel or Child: The Liminal Status of Companion Animals in Society and Law," *Social Sciences* 8, 5 (2019): 158.

เมื่อพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัตว์เลี้ยงในประเทศไทยจะพบว่าสถานะทางกฎหมายของสัตว์เลี้ยงในไทยนั้นมีความไม่สอดคล้องกันอยู่ จะเห็นได้จากมาตรา 381 และมาตรา 382 แห่งประมวลกฎหมายอาญามีบทบัญญัติที่ถือว่าเป็นการคุ้มครองสัตว์และผู้ที่ได้กระทำต่อสัตว์ที่ถือว่ามีโทษทางอาญา โดยห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการทารุณกรรมต่อสัตว์หรือใช้งานสัตว์ให้ทำงานหนักเกินไป หรือตามพระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ. 2557 มาตรา 22, 23 และมาตรา 24 ที่กำหนดให้เจ้าของสัตว์ต้องดำเนินการจัดสวัสดิภาพสัตว์ให้แก่สัตว์ของตนให้เหมาะสม โดยให้มีสุขภาพและอนามัยที่ดี มีที่อยู่ อาหาร และน้ำอย่างเพียงพอ, ห้ามปล่อย ละทิ้งให้สัตว์พ้นจากการดูแลของตน โดยไม่มีเหตุอันสมควรยกเว้นฝากผู้อื่นดูแลแทน, และในการขนส่งสัตว์ หรือการนำสัตว์ไปใช้งานหรือใช้ในการแสดง เจ้าของสัตว์จะต้องจัดสวัสดิภาพสัตว์ให้เหมาะสม กฎหมายทั้งสองฉบับนี้ชี้ให้เห็นว่ากฎหมายให้ความสำคัญกับชีวิตและสวัสดิภาพของสัตว์

เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน ในมาตรา 1320 ถึงมาตรา 1322 มีการบัญญัติในเรื่องของการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในตัวสัตว์ จากบทบัญญัติดังกล่าวชี้ให้เห็นว่า ในทางกฎหมายแพ่งนั้น สัตว์ถือเป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่งซึ่งอาจถือเอาเป็นกรรมสิทธิ์ได้ และตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว มาตรา 1532 บัญญัติให้มีการจัดการแบ่งทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา และมาตรา 1520 บัญญัติให้มีการตกลงกันเรื่องอำนาจในการปกครองบุตร ซึ่งจะเห็นได้ว่าไม่มีบทบัญญัติใดในกฎหมายครอบครัวที่บัญญัติถึงวิธีการจัดการในเรื่องของอำนาจเลี้ยงดูสัตว์เลี้ยงระหว่างสามีและภริยาที่ต้องหย่าร้างกัน ด้วยเหตุนี้ภายใต้กฎหมายครอบครัว สัตว์เลี้ยงจึงมีสถานะเป็นสิ่งทรัพย์สินชนิดหนึ่งที่จะต้องทำการแบ่งกันระหว่างสามีภริยาเสมือนเป็นสินสมรส สัตว์เลี้ยงจึงมีสถานะทางกฎหมายเป็นเพียงแค่ทรัพย์สินเท่านั้น จากที่กล่าวมาข้างต้นชี้ให้เห็นว่าสถานะของสัตว์เลี้ยงที่เกิดขึ้นในบริบทของกฎหมายแต่ละฉบับนั้นมีความแตกต่างกันและยังไม่มีข้อตกลงอย่างเป็นทางการเป็นมาตรฐานเดียวกันเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของสัตว์เลี้ยงว่าควรจะเป็นไปในทิศทางใด ดังนั้นจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องหาข้อสรุปว่าสัตว์เลี้ยงควรได้รับการปฏิบัติในสถานะใดภายใต้บริบทของกฎหมาย โดยทั้งนี้จะต้องพิจารณาและคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของสัตว์เลี้ยงเป็นที่ตั้ง

เมื่อพิจารณากฎหมายครอบครัวในกรณีที่มีความเป็นสามีภรรยาต้องสิ้นสุดลงด้วยการหย่า ในเรื่องของอำนาจปกครองบุตร หากคู่สมรสไม่สามารถตกลงกันได้ กฎหมายกำหนดให้ศาลเป็นผู้ชี้ขาดว่าฝ่ายใดเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร ในกรณีนี้ศาลจะคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของบุตรเป็นสำคัญ โดยศาลสามารถใช้ดุลพินิจในเรื่องนี้ได้อย่างเป็นอิสระเพื่อให้ครอบครัวในทุกประเด็นที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์ของเด็ก ซึ่งศาลจะพิจารณาตามความเหมาะสมเป็นกรณี ๆ ไป เช่น การพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างตัวเด็กกับบิดามารดา²⁸ ความสามารถของผู้ใช้อำนาจปกครองที่จะให้ความช่วยเหลือค่าอุปการะเลี้ยงดู²⁹ หรือพิจารณาถึงความต้องการของเด็กว่าต้องการจะอยู่กับบิดาหรือมารดา³⁰ แสดงให้เห็นว่ากฎหมายมุ่งที่จะให้ความคุ้มครอง คำนึงถึงสวัสดิภาพและประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญไม่ว่าจะเป็นทางร่างกายหรือทางจิตใจ ซึ่งรวมถึงความความผูกพัน

²⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 750/2533.

²⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6471/2541.

³⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 116/2547.

ทางจิตใจด้วย³¹ เห็นได้ว่าศาลมีอำนาจมากมายที่จะใช้ดุลยพินิจในการให้สิทธิในการปกครอง, การดูแลรวมทั้งสนับสนุนเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสวัสดิภาพของเด็ก ขณะเดียวกันเมื่อเปรียบเทียบกับกรณีของสัตว์เลี้ยงซึ่งเปรียบเสมือนสมาชิกในครอบครัวเช่นกัน ศาลกลับไม่สามารถใช้ดุลยพินิจในการให้สิทธิต่าง ๆ และสวัสดิภาพเหล่านี้ให้แก่สัตว์เลี้ยงได้ และไม่มีกรณีนำเอาหลักการการคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กในกฎหมายครอบครัวมาปรับใช้ในการชี้ขาดอำนาจการดูแลสัตว์เลี้ยง ทำให้สัตว์เลี้ยงมีสถานะที่แตกต่างจากเด็ก แม้ว่าสัตว์เลี้ยงจะเป็นสิ่งที่มีชีวิตและความรู้สึกเฉกเช่นเดียวกันกับมนุษย์ก็ตาม

เมื่อพิจารณาถึงเรื่องของการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1320³² ที่บัญญัติถึงการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสัตว์ โดยสัตว์นั้นถือว่าเป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่งที่อยู่ภายใต้การครอบครองของบุคคลได้³³ จากบทบัญญัตินี้จะเห็นว่ากรรมสิทธิ์เป็นสิ่งที่ได้กับสิ่งของหรือทรัพย์สิน ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า สัตว์ถือว่าเป็นทรัพย์สินตามความในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์³⁴ และศาลได้นำบทบัญญัติในเรื่องกรรมสิทธิ์นำมาปรับใช้ในการชี้ขาดว่าผู้ใดมีอำนาจในการดูแลสัตว์เลี้ยง จึงทำให้สัตว์เลี้ยงมีสถานะเสมือนเป็นสิ่งหามิทรัพย์สินชนิดหนึ่งที่สามารถทำการแบ่ง ขาย โอน หรือให้แก่บุคคลอื่นได้โดยไม่ได้คำนึงถึงสวัสดิภาพและประโยชน์สูงสุดของสัตว์เลี้ยง ซึ่งมีความขัดแย้งกับทัศนคติของคนในสังคมปัจจุบันที่มองว่าสัตว์เลี้ยงเป็นส่วนหนึ่งของครอบครัว โดยมีการใช้ชีวิตร่วมกันกับสัตว์เลี้ยงด้วยความรัก มีความผูกพันกัน และสมาชิกในครอบครัวก็ดูแลเอาใจใส่สัตว์เลี้ยงเป็นอย่างดี และการยังเป็นกรณีสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายอาญาที่กล่าวมาข้างต้นอีกด้วย

ดังนั้น การนำหลักกฎหมายเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินมาชี้ขาดตัดสินให้อำนาจในการเลี้ยงดูสัตว์เลี้ยงแก่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง แสดงให้เห็นว่ากฎหมายครอบครัวของไทยมองสัตว์เลี้ยงด้วยทัศนคติในแบบเก่าที่เห็นว่าสัตว์เลี้ยงเป็นเพียงวัตถุหรือทรัพย์สินชนิดหนึ่ง โดยไม่ได้คำนึงว่าสัตว์เป็นสิ่งมีชีวิตที่มีความรู้สึก และมีความสามารถในการรับรู้ความเจ็บปวดได้เช่นเดียวกับมนุษย์³⁵ ดังนั้น เพื่อให้กฎหมายครอบครัวของไทยมีความทันสมัยและสอดคล้องกับทัศนคติของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป และทำให้กฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันมีความสอดคล้องกัน จึงเป็นการสมควรที่จะเสนอให้มีการปรับปรุงหรือแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายครอบครัวในการกำหนดสถานะของสัตว์เลี้ยงขึ้นมาใหม่ให้มีความชัดเจนและสอดคล้องกับสภาพสังคมในปัจจุบัน โดยไม่นำเอากฎหมายทรัพย์สินในเรื่องของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินมาเป็นตัวตัดสินชี้ขาดในการให้อำนาจการเลี้ยงดูสัตว์เลี้ยง แต่สัตว์เลี้ยงจะต้องได้รับการปฏิบัติดังเช่นบุตรซึ่งถือเป็นสมาชิกในครอบครัวที่จะต้องได้รับการปฏิบัติโดยคำนึงถึงสวัสดิภาพและประโยชน์สูงสุดของตัวสัตว์เลี้ยง

³¹ ปารีชาติ พันธุ์พานิช, “ปัญหาการตั้งผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร: ศึกษาเฉพาะกรณีการสมรสสิ้นสุดลง” (เอกสารประกอบการอบรม หลักสูตรผู้พิพากษาผู้บริหารในศาลชั้นต้น รุ่นที่ 14 พ.ศ.2558, สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม).

³² มาตรา 1320 ภายใต้นบังคับแห่งกฎหมายเฉพาะและกฎข้อบังคับในเรื่องนั้น ท่านว่าสัตว์ป่า ไม่มีเจ้าของตราบเท่าที่ซึ่งอยู่อิสระ สัตว์ป่าในสวนสัตว์ และปลาในบ่อหรือในท่อน้ำซึ่งเจ้าของกั้นไว้ นั้น ท่านว่าไม่ใช่สัตว์ไม่มีเจ้าของ สัตว์ป่าที่คนจับได้นั้น ถ้ามันกลับคืนอิสระและเจ้าของไม่ติดตามโดยพลันหรือเลิกติดตามเสียแล้ว ฉะนั้นท่านว่าไม่มีเจ้าของ สัตว์ซึ่งเลี้ยงเชื่องแล้ว ถ้ามันทิ้งที่ไปเลย ท่านว่าไม่มีเจ้าของ

³³ สถาบันพระปกเกล้า, ปัญหาเกี่ยวกับการใช้บังคับของพระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ. 2557, (กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2562) 53.

³⁴ นพดล ปกรณ์นิมิตติ, “กฎหมายป้องกันการทารุณกรรมสัตว์ : บทสะท้อนมุมมองที่หายไปต่อกรณีเจ้าของสัตว์อำพราง” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.spu.ac.th/fac/liberal-arts/th/view2.php?cid=7696> [2 สิงหาคม 2563]

³⁵ อัญชลี จิตรรงค์ แสง, มาตราการทางกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำทารุณกรรมสัตว์จำนวนมาก, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม, 2559, หน้า 10-13.

เมื่อเกิดข้อพิพาทในเรื่องอำนาจการเลี้ยงดูสัตว์เลี้ยงนั้น ประโยชน์สูงสุดของสัตว์เลี้ยงเป็นสิ่งที่สำคัญและจำเป็นสำหรับศาลที่ต้องคำนึงถึงมาเป็นอันดับแรกเพราะสัตว์เลี้ยงเป็นสิ่งมีชีวิต มีความรู้สึก (sentient) และมีความผูกพันกับผู้เลี้ยง ดังนั้นจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องทำให้สถานะของสัตว์เลี้ยงเท่าเทียมกับสถานะของเด็กในครอบครัวให้ได้มากที่สุด โดยจะต้องนำหลักการคำนึงถึงประโยชน์และความผาสุกของเด็กแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1520 วรรค 2 มาปรับใช้ในกรณีของสัตว์เลี้ยง โดยศาลจะต้องพิจารณาและคำนึงถึงปัจจัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสัตว์เลี้ยง เช่น ความต้องการของเจ้าของ ความผูกพันของสัตว์เลี้ยงที่มีต่อสมาชิกในครอบครัว ความสามารถในการดูแลสัตว์เลี้ยงในอนาคต และความเหมาะสมของสภาพแวดล้อมที่จะนำสัตว์เลี้ยงไปอยู่ด้วย

หากกฎหมายไม่สามารถทำให้สถานะของสัตว์เลี้ยงอยู่ในระดับเดียวกับเด็กซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาได้อย่างร้อยเปอร์เซ็นต์ จึงควรกำหนดสถานะของสัตว์เลี้ยงให้มีสถานะเป็นทรัพย์สินที่มีชีวิต (Living property)³⁶ ซึ่งในกรณีนี้สัตว์เลี้ยงจะยังคงมีสถานะเป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่ง แต่เป็นทรัพย์สินพิเศษที่มีความรู้สึกและมีชีวิตจิตใจ เป็นการแยกสถานะของสัตว์เลี้ยงให้แตกต่างจากทรัพย์สินอื่น ๆ ถือเป็นอีกทางเลือกหนึ่งที่จะสามารถทำให้สัตว์เลี้ยงได้รับการปฏิบัติโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของตัวสัตว์เลี้ยงเป็นหลักเพราะถือว่าสัตว์เลี้ยงเป็นสิ่งมีชีวิตและมีความรู้สึกเช่นเดียวกับบุคคล

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การจะทำให้บทบัญญัติของกฎหมายไทยที่เกี่ยวกับสัตว์เลี้ยงมีความเป็นสากลและสอดคล้องกับความต้องการของสังคมในปัจจุบันจึงเห็นควรเสนอแนะให้มีการแก้ไข ปรับปรุง หรือพัฒนากฎหมายครอบครัวในเรื่องของการหย่าโดยคำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับการตัดสินใจขาดอำนาจในการเลี้ยงดูสัตว์เลี้ยง โดยบัญญัติสถานะของสัตว์เลี้ยงในกฎหมายครอบครัวให้มีความชัดเจนและแยกต่างหากออกจากทรัพย์สินอื่นที่เป็นสินสมรส โดยจัดให้มีสถานะเช่นเดียวกันกับบุตร และผลประโยชน์สูงสุดของสัตว์เลี้ยงควรได้รับการรับรองในศาลเช่นเดียวกันกับที่ศาลรับรองผลประโยชน์ของมนุษย์

ทั้งนี้ ควรจะมีการแก้ไขบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 137 ที่ควรจะมีการกำหนดคำนิยามของคำว่าทรัพย์สินใหม่ ซึ่งควรระบุให้ชัดเจนว่าทรัพย์สินนั้นไม่รวมถึงสัตว์เลี้ยงด้วย และเมื่อมีการกำหนดอย่างชัดเจนว่าสัตว์เลี้ยงไม่ใช่ทรัพย์สินแล้ว ในการพิจารณาตัดสินว่าใครจะมีอำนาจในการดูแลสัตว์เลี้ยงก็จะไม่นำเอาเรื่องหลักกรรมสิทธิ์มาใช้ ซึ่งส่งผลให้สวัสดิภาพของสัตว์เลี้ยงได้รับการคุ้มครองและได้รับการคำนึงถึง

³⁶ David Favre, "Living Property: A New Status for Animals Within the Legal System," *Marquette Law Review* 93 (2010): 10-21.

อีกทั้ง ศาลควรจะต้องมีอำนาจในการพิจารณากำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขให้มีความเหมาะสมในการดูแลสัตว์เลี้ยงในทุก ๆ ด้านให้แก่ผู้ที่มีอำนาจในการดูแล เช่น ศาลจะต้องพิจารณาว่าการดูแลสัตว์เลี้ยงควรจะเป็นอำนาจของบุคคลเพียงคนเดียวหรือมีอำนาจในการดูแลร่วมกัน และศาลควรจะต้องสอบถามถึงการเลี้ยงดูว่าโดยปกติแล้วใครเป็นคนพาสัตว์เลี้ยงไปหาหมอ ใครเป็นคนพาสัตว์เลี้ยงไปเดินเล่นหรือทำกิจกรรมที่เป็นการทำให้สัตว์เลี้ยงได้ออกกำลังกายและพักผ่อนหย่อนใจ ใครเป็นคนซื้อและดูแลเรื่องอาหาร หรือใครเป็นคนดูแลและใช้เวลากับสัตว์เลี้ยงมากที่สุด ทั้งนี้อาจจะมีการนำเอาตัวแทนจากองค์กรจัดสวัสดิภาพสัตว์มาเข้าร่วมในการพิจารณาตัดสินว่าใครจะเป็นผู้ที่มีอำนาจในการดูแลสัตว์เลี้ยง เพื่อให้การกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ หรือเงื่อนไขต่าง ๆ ในการดูแลสัตว์เลี้ยงเป็นไปด้วยความเหมาะสมต่อตัวสัตว์เลี้ยงหาก

สิ่งเหล่านี้เป็นการคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดและสวัสดิภาพของสัตว์เลี้ยง และเป็นการนำเอาหลักการคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดและความผาสุกของบุตรมาปรับใช้กับกรณีข้อพิพาทในเรื่องของอำนาจในการดูแลสัตว์เลี้ยง ทั้งนี้ ศาลจะต้องไม่นำหลักเรื่องของกรรมสิทธิ์มาใช้ตัดสินในกรณีนี้เพราะสัตว์เลี้ยงจะไม่มีสถานะเป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่งอีกต่อไปหากมีการบัญญัติสถานะของสัตว์เลี้ยงให้มีความชัดเจนแยกต่างหากออกจากทรัพย์สิน เมื่อมีกฎหมายให้การรับรองสถานะของสัตว์เลี้ยงเช่นนี้แล้ว สัตว์เลี้ยงนั้นก็ควรได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นสิ่งมีชีวิตอย่างหนึ่งเช่นเดียวกับมนุษย์³⁷

การกำหนดเพิ่มเติมให้มีการพิจารณาสถานะของสัตว์เลี้ยงในกฎหมายครอบครัวนั้นเป็นสิ่งสำคัญที่ต้องใช้กระบวนการคิดที่ละเอียดอ่อนและประกอบด้วยขั้นตอนมากมาย โดยจะต้องมีการวางแผนอย่างรอบคอบเพื่อให้กฎหมายครอบครัวที่จะแก้ไขปรับปรุงนั้นมีความสอดคล้องกับพัฒนาการของสังคมในปัจจุบันในเรื่องความผูกพันระหว่างเจ้าของกับสัตว์เลี้ยง³⁸ ดังนั้นในการชี้ขาดอำนาจในการเลี้ยงดูสัตว์เลี้ยงนั้นหากมีการกำหนดสถานะของสัตว์เลี้ยงให้มีความเท่าเทียมกับบุตรและมีการคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของสัตว์เลี้ยงโดยไม่ตัดสินว่าสัตว์เลี้ยงเป็นเพียงทรัพย์สินชนิดหนึ่ง ก็จะแสดงให้เห็นถึงมาตรการในการปฏิบัติต่อสัตว์เลี้ยงอย่างมีมนุษยธรรมจะนำมาซึ่งการตัดสินที่มีความสากลมากขึ้น และทำให้มั่นใจได้ว่าประโยชน์สูงสุดจะตกอยู่กับคู่ความทุกฝ่ายโดยเฉพาะอย่างยิ่งแก่ตัวสัตว์เลี้ยงเอง

³⁷ กล้า สมุทวณิช, “กฎหมาย ‘สัตว์’ ของ ‘คน’,” มติชน (20 กันยายน 2560): 4.

³⁸ เรื่องเดียวกัน.

Chinese law on juvenile delinquency and its efficiency ประสิทธิภาพของกฎหมายจีนเกี่ยวกับการกระทำความผิดของเด็ก และเยาวชน

Alexandre Chitov
อเล็กซานเดอร์ ชีตอฟ

อาจารย์ประจำ
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่
239 ถนนห้วยแก้ว ตำบลสุเทพ อำเภอเมือง จังหวัดเชียงใหม่ 50200
Full-Time Lecturer

Faculty of Law, Chiang Mai University
239 Huay Kaew Road, Muang District, Chiang Mai, Thailand, 50200
Corresponding author E-mail: shytov@yahoo.com

(Received: November 3, 2020; Revised: February 24, 2021; Accepted: March 10, 2021)

บทคัดย่อ

การปรับปรุงกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาส่งผลให้จำนวนคดีอาชญากรรมของเด็กและเยาวชนในประเทศจีนโดยทั่วไปมีจำนวนลดลง ซึ่งการปรับปรุงดังกล่าวที่หันมาใช้มาตรการทางการศึกษาช่วยให้ัยการจีนสามารถยุติกระบวนการพิจารณาคดีอาญาได้ในหลายๆ คดี นอกจากนี้สาเหตุอีกประการหนึ่งที่มีส่วนทำให้การกระทำความผิดทางอาญาของเด็กและเยาวชนมีจำนวนลดลงคืออุดมการณ์ในการต่อต้านอาชญากรรมของเด็กและเยาวชนของจีนที่มีพื้นฐานมาจากการผสมผสานระหว่างวัฒนธรรมขงจื้อและทฤษฎีมาร์กซิสต์ไปพร้อมๆ กับการรับเอาแนวคิดตะวันตกในเรื่องสิทธิเชิงกระบวนการที่ทำให้เกิดผลดีในการลดอัตราการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชน การมีอยู่ของค่านิยมลัทธิขงจื้อนั้นเป็นพื้นฐานที่ดีสำหรับการดำเนินกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ที่จะดำเนินการโดยฝ่ายตุลาการ การให้ความสำคัญอย่างมากกับการศึกษาในด้านศีลธรรมดังกล่าวทำให้กฎหมายของจีนแตกต่างจากรูปแบบกระบวนการยุติธรรมของคดีเด็กและเยาวชนแบบตะวันตกซึ่งขาดอุดมคติทางสังคม ศีลธรรม ความรักชาติและลัทธิส่วนรวม บทความนี้จะพิจารณาถึงกรอบในทางกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชนในบริบทอุดมการณ์ขงจื้อและบริบทสังคมนิยมของประเทศจีน

คำสำคัญ: ประเทศจีน, การกระทำความผิดของเด็กและเยาวชน, กฎหมายวิธีพิจารณาคดีอาญา, อุดมการณ์, ลัทธิขงจื้อ, ลัทธิมาร์กซิสต์

Abstract

An overall reduction of juvenile criminal cases in China can be explained by the reform of procedural law which allows Chinese prosecutors to stop criminal proceedings in many cases and apply educational measures. Another reason for the success in reducing juvenile delinquency can be seen in the ideological side of combating the youth crime. Chinese ideological response to juvenile crime is a mixture of Confucian culture and Marxist theory. These are not new. What is new is the adaptation of the Western idea of procedural rights at the same time. This eclectic approach achieved good results in reducing juvenile delinquency rates. The presence of Confucian values offers a good ground for restorative justice practices to be administered by the courts. This strong emphasis on moral education makes Chinese law different from the Western models of juvenile justice which lacks the presence of social ideals, morality, patriotism, and collectivism. The paper examines legal framework of juvenile delinquency law in the Chinese Confucian and socialist ideological context.

Keywords: China, Juvenile delinquency, Criminal procedural law, Ideology, Confucianism, Marxism.

Introduction

It has been reported by the official China Daily in 2017, that there has been achieved a dramatic reduction in recorded juvenile crime: “The number of court cases involving minors - children age 17 and younger - has fallen by almost 50 percent in the past five years, according to a report published by the National Bureau of Statistics. The report shows that China’s courts dealt with 35,743 cases involving minors last year, a fall of 47.6 percent compared with 2012.”¹ This report stands in a sharp contrast with the reports some over ten years ago. Similar to many countries, China experienced a strong growth of juvenile crime in the beginning of the century. One Chinese judge acknowledged in 2005 that juvenile crime was growing at about 10 per cent every year.² According to other figures released at a seminar comprising juvenile tribunal judges and scholars in Beijing in September 2005, the number of convicted offenders in the first seven months of that year was 23 per cent higher than the same period in 2004. Rape, robbery, theft, assault and fighting were the most frequently committed crimes by young offenders since 2002.³ Thus, the report in 2017 indicated a significant achievement in the Chinese efforts to control youth crime.

The decline of an overall juvenile delinquency in China continued in 2018. However, in 2019, China saw a moderate increase in juvenile criminal cases to the number of 61,295 prosecuted minors, 5.12% higher than the year before (58,307 minors).⁴ The number remains still much lower than in 2014 when 77,405 juveniles were prosecuted. While a decline continued in relation to many offences, particularly for the age of 14 to 16 year-olds, the most dramatic increase is observed in relation to sexual offences including rape.⁵ Despite this recent increase, the overall reduction of juvenile crime in China is dramatic. There can be several factors that explain the tendency. One is demographic. The Chinese government implemented until recently one child policy.⁶ There are also other fundamental changes

¹ Cao Yin. “Revised law sees fall in recorded juvenile crime.” *China Daily*, December 21, 2017, [online] Available from : https://www.chinadaily.com.cn/newsrepublic/2017-12/21/content_35356108.htm. [24 February 2021] See also: *China daily* “Juvenile delinquency cases decline for 9 years in China.” February 18, 2018 [online] Available from : <https://www.chinadailyhk.com/articles/30/232/50/1518949835048.html>. [24 February 2021]

² Cao Li. “Youth Offenders Get Voluntary Service” *China daily*, April 16, 2005, [online] Available from : http://www.chinadaily.com.cn/english/doc/2005-04/16/content_434743.htm [24 February 2021]

³ Liu Li. “Legal reform likely as juvenile crime rises.” *China Daily*, September 17, 2005. [online] Available from : http://www.chinadaily.com.cn/english/doc/2005-09/17/content_478587.htm [24 February 2021]

⁴ Supreme People’s Procuratorate of the PRC. *White Paper on Juvenile Procuratorial Work (2014-2019)* June 1, 2020. [online] Available from : https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202006/t20200601_463698.shtml?XFgSUhveL5u1=1602212531094#2. [24 February 2021]

⁵ Ibid.

⁶ Fernando Gavin. “China has dropped its one-child policy, but women aren’t having more children”. February 23, 2018. [online] Available from : <http://www.news.com.au/lifestyle/parenting/babies/china-has-dropped-its-onechild-policy-but-women-arent-having-more-children/news-story/4e5fb65604d7a08b97e0384f3cc1cf27> [24 February 2021]

in the Chinese society. This paper will look at two factors which play a significant role in reduction of juvenile delinquency since 2014: legal mechanism of addressing juvenile crime and ideology.

Chinese Legal Response to Juvenile Delinquency

How can the reduction in juvenile crime in China since 2014 be explained? One has to look a little bit back to the previous history of juvenile crime and legal responses to it to satisfactory answer this question. Some of the reasons of growing juvenile crimes in China were very similar to other developing countries: the change in the social structure of the society, particularly urbanization and increasing social inequality, weakening of family control, materialism, wide spread of drugs and alcohol, a fundamental change in sexual attitudes and behaviour.⁷ China was first attempting to adopt the Western model for juvenile delinquency justice since the reforms have been initiated in the end of 1970s. There was a conspicuous shift from an informal to a more formal system of control which found its expression in an increase of custodial sentences for juvenile offenders.⁸ At the same time, China still lacked administrative procedures clearly defined by law for handling juvenile delinquents.⁹

The overall structure of juvenile justice system was rather chaotic in the beginning of the century. The first juvenile tribunal was established in 1984 in Shanghai. The initiative came from the local courts and authorities rather than from the central government.¹⁰ Before that, juvenile offenders were treated in the same way as the adults.¹¹ This treatment was blamed for the high degree of recidivism. After juvenile tribunals were set up under the principles of “instruction, reform and redemption” instead of imposing punishment on the youth, the recidivism rate was significantly reduced. Prison sentences were normally replaced by probation with a strong emphasis on moral education. Offenders were sent to detention homes. The success of Shanghai tribunal’s policy led to the establishment of such tribunals all throughout China. The specificity of juvenile delinquency in Shanghai was that much of it was attributed to youth gangs. The later campaign against them led to tougher measures which affected the policy of juvenile tribunals. “The meaning of juvenile court in China might

⁷ Wan-Ning Bao, *Delinquent youth in a transforming China: a generation of strain*. (Springer. 2018).

⁸ Dennis Wong, “Juvenile protection and delinquency prevention policies in China.” *Australian & New Zealand Journal of Criminology* 37.1_suppl 2004: 52-66.

⁹ *Ibid.* P. 62.

¹⁰ Lening Zhang, “Juvenile delinquency and justice in contemporary China: a critical review of the literature over 15 years.” *Crime, law and social change* 50.3 2008: 149-160.

¹¹ *Ibid.*

be quite different from its Western counterpart, and it is more appropriate to refer to a juvenile tribunal. The Supreme Court and the local courts have established the juvenile courts with different forms. For example, the Supreme Court has set up the steering division for juvenile tribunals within its research office, whereas several higher courts such as the Beijing Higher Court have set up juvenile tribunals.”¹²

Surprisingly, the complete uniformity of juvenile tribunals is still lacking. “The terms utilized to describe Chinese juvenile tribunals vary across jurisdictions. For example, they can be called criminal tribunal’s juvenile collegiate panel, juvenile criminal tribunal, or juvenile comprehensive tribunal. Official data from 2016 show that there are 2,249 juvenile tribunals, including 1,246 collegiate panels, 405 juvenile criminal tribunals, 598 comprehensive tribunals, representing a diversified field practice.”¹³ However, juvenile tribunals are set up in the majority of basic (primary) courts,¹⁴ which constitute the first level of Chinese judicial system. All Chinese courts are divided into four levels. There are basic people’s courts, intermediate people’s courts, High People’s Courts and the Supreme Court.¹⁵ Generally, most of the criminal cases are tried in primary courts. Only very serious cases are tried in intermediate courts. Eventually, all courts on a higher level also established juvenile tribunals following the guidance from the Supreme Court.¹⁶

So far, there is no separate legislative act which sets up procedural law specifically for juvenile criminal cases. The procedure is largely regulated by the Criminal Procedure Code of 2012, which contains a special procedure section for juvenile cases.¹⁷ China became a member to the *UN Convention on the Rights of the Child and entered into the United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice* (“the Beijing Rules”) in 1991. Therefore, its law does provide a special treatment of juveniles offenders. The issues outside the scope of criminal procedure are covered by two major legislative acts: the Law of the Protection of Juveniles of PRC (1991, 2006)¹⁸ and the *Law of Prevention*

¹² Ruo Hui Zhao, Hong Wei Zhang, and Jianhong Liu, “China’s juvenile justice: A system in transition.” In: Winterdyk, John A., ed. *Juvenile justice: International perspectives, models and trends* (Boca Raton, Florida: CRC Press, 2014), 137-162. 152.

¹³ Hong Wei Zhang, and He, Ni “Phi”, “Status, Issues, and Challenges of Chinese Juvenile Justice” in *Journal of Contemporary Criminal Justice* (2018): 34(2), 219-229. 223.

¹⁴ Guoling Zhao, “Juvenile criminal justice system in China” in Liqun Cao, Ivan Y. Sun, and Bill Heberton, (Eds.). *The Routledge handbook of Chinese criminology* (London: Routledge, 2014) 103-115. 106.

¹⁵ Yifan Wang, Sarah Biddulph, and Andrew Godwin, *A Brief Introduction to the Chinese Judicial System and Court Hierarchy* (Melbourne: Asian Law Centre, 2017).

¹⁶ Zhao, “Juvenile criminal justice system in China,” 105-106.

¹⁷ Criminal Procedure Code of the PRC, 2012. Articles 266-276.

¹⁸ 《中华人民共和国未成年人保护法》[Law of the People’s Republic of China on the Protection of Minors] (People’s Republic of China) Standing Committee of the National People’s Congress, Order No.70, 1 June 2007. English translation is available at : http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content_1383869.htm.

of *Juvenile Delinquency of PRC* (1999).¹⁹ The scope of the first statute is much broader than the issues of juvenile crime. The latter statute, adopted in 1999, relates directly to juvenile delinquency. It is of great interest because it is very different from the content of legislation in other countries. It primarily deals with the prevention of juvenile delinquency rather than dealing with juvenile criminal acts. However, several articles cover the ways Chinese juvenile criminal justice system must function.

Those laws as well as the newly revised *Criminal Law of PRC and Criminal Procedure Law of PRC 2012*²⁰ contain only general provisions concerning the penalty and procedure of juvenile delinquency. There are many by-laws which regulate the issues of youth justice in a more detail: Rules of Public Security Organs in Handling Juvenile Lawbreaking and Delinquency Cases, Rules of People's Prosecution Service in Handling Juvenile Delinquency Cases, Certain Rules of the Supreme People's Court in Trial Juvenile Delinquency Cases, etc.²¹

¹⁹ 《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》 [Law of the People's Republic of China on Prevention of Juvenile Delinquency 1999] (People's Republic of China) Standing Committee of the National People's Congress, Order No. 66, 11 January 1999, revised in 26 October 2012. English translation is available at: http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/11/content_1383561.htm.

²⁰ 《中华人民共和国刑事诉讼法》 [Criminal Procedure Law of People's Republic of China] (People's Republic of China) National People's Congress Stand Committee, Order No.55, 14 March 2012. English translation is available at <https://www.cecc.gov/resources/legal-provisions/criminal-procedure-law-of-the-peoples-republic-of-china>

²¹ See for example: 《关于办理少年刑事案件的若干规定（试行）》 [Several Provisions on Trial Criminal Cases Involve Young Offenders Operation (Trial)] (People's Republic of China) Supreme People's Court, January 1991.

《关于审理少年刑事案件聘请特邀陪审员的联合通知》 [Notice on Employ Special Jury on Juvenile Criminal Trail] (People's Republic of China) Supreme People's Court, the National Education Committee, the Central Committee of the Communist Youth League, All-China Federation of Trade Unions, Women's Federation, 15 April 1991. [online] Available from : <http://www1.people-daily.com.cn/item/flfgk/gwyfg/1991/113610199101.html>. [24 February 2021]

《公安机关办理未成年人违法犯罪案件的规定》 [Rules for the Public Security's Handling of Criminal Cases Involving Minors] (People's Republic of China) Ministry of Public Security, 23 October 1995. [online] Available from : <https://www.waizi.org.cn/doc/89582.html>. [24 February 2021]

《关于审理未成年人刑事案件的若干规定》 [Several Provisions on Sentencing Young Offenders] (People's Republic of China) Supreme People's Court, 12 April 2001.

《人民检察院关于办理未成年人刑事案件的规定》 [Notice of the Supreme People's Procuratorate on Issuing the Rules for the People's Procuratorate's Handling of Criminal 14 Cases Involving Minors] (People's Republic of China) Supreme People's Procuratorate, 3 March 2002. [online] Available from : http://www.humanrights.cn/html/2014/2_0617/731.html [24 February 2021]

《最高人民法院关于进一步加强对未成年人刑事检察工作的通知》 [Notice of the Supreme People's Procuratorate on Further Strengthening Criminal Procuratorial Work related to Minors] (People's Republic of China) Supreme People's Procuratorate, 2 December 2014. [online] Available from : https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/201501/t20150109_87789_1.shtml [24 February 2021]

《中华人民共和国刑事诉讼法》的解释 [Interpretation of Supreme People's Court on Application of Criminal Procedure Law] (People's Republic of China) People's Supreme Court, 1 January 2013. 《关于审理未成年人刑事案件的若干规定》 [Several Provisions on Sentencing Young Offenders] (People's Republic of China) Supreme People's Court, 12 April 2001, invalid in 2015, replace by 《最高人民法院关于适用》

《最高人民法院关于进一步加强对未成年人刑事检察工作的通知》 [Notice of the Supreme People's Procuratorate on Further Strengthening Criminal Procuratorial Work related to Minors] (People's Republic of China) Supreme People's Procuratorate, 2 December 2014. [online] Available from : https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/201501/t20150109_87789_1.shtml [24 February 2021]

Those by-laws have a tremendous influence on the way the process against juvenile offenders is carried out. For example, before their enactment, it was reported that the judge of the tribunal himself conducted investigation and did sentencing.²² The reason for broad investigating powers was the necessity for a judge to understand well the offender in order to educate him. That eventually was considered as making judges in the juvenile tribunals partial and leading to tough penalties for juveniles even by the Chinese standards. At the moment, there are special departments in the office of the public prosecutor which deal with juvenile cases.²³

There are also lay judges who are recruited from educational, political, and social institutions.²⁴ It appears, however, that those lay persons do not actually decide cases.²⁵ Their task is to assist the professional judges. They are also involved in a unique socialist law practice of regular visiting schools and families of the delinquents by the officials to gather information concerning the delinquent and his background. This system functions not only in the post-trial process of supervising the reformation of the delinquent behaviour, but also in the pre-trial period of gathering information used by the prosecutor and the court. Organizing lay persons in the neighbourhood of the offender to do regular visits and to keep an eye on the offender's behaviour could contribute to setting up an efficient system of control over children who are at risk of offending.

Principles of Chinese Juvenile Delinquency Justice

Chinese law as well as the laws of other countries exempts juveniles from the full application of penal laws. Article 49 of Criminal Law of PRC²⁶ does not allow death penalty to be applied to those who do not reach 18 years of age at the time of committing the crime. Article 17 states:

²² *China Women Judges Association*. "Organized System, Current Situation and Development of Chinese Juvenile Tribunal." **The Seventh Biennial Conference of the International Women Judges: conference report**. (Entebbe, Uganda: 09-13 May, 2004), 4.

²³ Zhao et al. "China's juvenile justice: A system in transition," 137-162.

²⁴ Zhuoyu Wang and Hiroshi Fukurai, "China's Lay Participation in the Justice System: Surveys and Interviews of Contemporary Lay Judges in Chinese Courts" in **East Asia's Renewed Respect for the Rule of Law in the 21st Century**. (Leiden: Brill Nijhoff, 2015), 111-136.

²⁵ *Ibid.*, 135.

²⁶ 《中华人民共和国刑法》 [Criminal Law of the People's Republic of China] (People's Republic of China) National People's Congress, Order No. 83, 1 October 1997, revised in 1 November 2015. English translation is available at <http://www.fmprc.gov.cn/ce/cgvienna/eng/dbtyw/jdwt/crimelaw/t209043.htm>.

“A person who has reached the age of eighteen who commits a crime shall bear criminal responsibility. A person who has reached the age of fourteen but not the age of eighteen who commits the crimes of intentionally killing another or intentionally injuring another, even causing serious injury or death, and the crimes of rape, robbery, drug trafficking, arson, explosion, and poisoning shall bear criminal responsibility. A person who has reached the age of fourteen but not the age of eighteen who commits a crime shall be given a lesser punishment or a mitigated punishment. When a person is not criminally punished because he has not reached the age of sixteen, the head of his family or guardian is to be ordered to subject him to discipline. When necessary, he may also be given shelter and rehabilitation by the government.”

It appears from the reading of this provision that punishment of minors is foreseen only in the most serious cases, and even in those cases the punishment must be lighter than for adults' cases. These provisions, however, do not spell out the guidelines on how much punishment must be reduced in juvenile cases. It is interesting fact that the duty to ensure that the offender does not commit crime again is mainly given to the head of the family or guardian. This provision reflects the traditional Chinese view on the family as an autonomous sell of the society.

The way in which Chinese Penal Code can be flexibly applied to juvenile cases is seen well in sexual offences committed by the youth. According to Article 236 (2) of Chinese Criminal Law, a person who has sex with a minor girl under the age of 14 is deemed to commit an offence of rape even though the girl has given her consent. Apparently, Chinese courts found some difficulty to apply this provision to the cases where the offender was the minor himself below 16 years of age. The Supreme Court had to concede that Article 236 (2) does not apply to the boys below 16 years of age, if there were no serious consequences and the incidents were few.²⁷

²⁷ See: Article 6 of the Chinese Supreme Court's Interpretation of Some Aspects of Law in Deciding Juvenile Cases 《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件 具体应用法律若干问题的解释》 adopted on January 11, 2006. Chinese Text is available at: http://www.gov.cn/ziliao/flfg/2006-01/24/content_169194.htm.

There is a general principle of Chinese law that the investigating, prosecuting and judging officials must look at the circumstances and the reasons underlying delinquent behavior of minor offenders.²⁸ In adult cases, the main attention is on the evidence related to the facts of the offence and the guilt of the offender. The underlying reasons and circumstances of criminal behaviour of the adults may still be important in deciding the case, but there is no general obligation in Chinese law for the law officers to take them into account when choosing a measure of punishment for the adults. These things tend to fall under the discretion of the decision makers. In juvenile cases, it is different. The law officers on all stages of criminal law process must look at those reasons and circumstances. In other words, one can speak of a general right of juvenile delinquents that the adverse circumstances of their lives shall be taken into account by the court as a mitigating factor in imposing a penalty. It also applies to all law enforcement officers. The prosecution can also propose to the court a lighter or mitigated punishment, or suspension of punishment, or exemption from punishment altogether.

Similar to other countries, Chinese law adheres to another fundamental principle of juvenile criminal justice on the priority of education over punishment.²⁹ Chinese legal provisions are full of references to education. It is declared to be the cornerstone principle of preventing juvenile delinquency.³⁰ Article 6 of the Chinese Law on Juvenile Delinquency states:

“Juveniles shall be educated in ideals, morality, the legal system as well as in patriotism, collectivism and socialism. Juveniles who have reached the age of receiving compulsory education shall, while receiving the education mentioned above, be educated for prevention of crimes.”

²⁸ The principle is reflected in Article 268 of *Criminal Procedure Law of PRC 2012*. This has been well articulated in many provisions of 《关于办理少年刑事案件的若干规定（试行）》[Several Provisions on Trial Criminal Cases Involve Young Offenders Operation (Trial)] (People's Republic of China) Supreme People's Court, January 1991. The Chinese text can be found at: http://jb.nbggw.gov.cn/cat/cat111/con_111_6369.html.

²⁹ See Article 266 of *Criminal Procedure Law of PRC 2012*.

³⁰ See Article 2 of *Law on Preventing Juvenile Delinquency*. 1999.

Education for prevention of juvenile delinquency is for the purpose of enhancing juveniles' legal conceptions, helping them heed the harm done to themselves, their families and the community by their violations of law and criminal actions and become aware of the legal responsibilities incurred by such violations and actions and of the importance of obeying rules of discipline and laws and preventing themselves from breaking laws and committing crimes."

One of the important measures applied to juvenile delinquents, is "educational assistance" which is expressed in three major forms.³¹ In the first form, the assistance is done by the police in reprimanding offenders and their parents. In the second, the judge, when being satisfied with the evidence of repentance, instruct the offender to study or work in the community under the supervision of schools or work units, and the police. The third form appears in the cases of those young people who are released from detention institutions. They are placed at work and supervised by the work units together with local administration.

Even though Article 6 of the Law on Preventing Juvenile Delinquency underlines the importance of moral education, it appears from the interviews and observations of the author in China that moral education in the form of educational assistance did not always involve a fundamental change in moral attitudes. It was often reduced to a mere calling on the offender to conform to the social rules under the threat of punishment, and controlling his subsequent behaviour. This type of "moral" education in many cases was based not so much on the awakening of the sense of care for other people, as on the awakening of the fear of stigmatization and exclusion in the event of a failure to conform to the expectations of the social group. A "moral" person in such educational system was the one who obeys the seniors such as the police, teachers, local administrators, and parents, rather than the one who chooses to act morally on his ethical beliefs and moral sentiments such as sympathy, love, compassion, etc.

In this context, the recent dramatic decrease of juvenile crime may not necessarily be explained by the effectiveness of educational measures per se. Because of the structural changes in Chinese society, educational assistance unlikely yield the same effect as when applied within a social group without a stronger cohesion, family and neighborhood bonds

³¹ Wong, "Juvenile Protection and Delinquency Prevention in China," 59.

of mutual assistance. The increased use of incarceration by Chinese courts prior to the reform of 2012 can serve as an indication of the ineffectiveness of the old educational mechanisms.³² However, the very fact that Chinese law still continues to acknowledge the importance of moral education of juvenile offenders can open the door for more effective models of rehabilitation of juvenile offenders in changed social and economic environment.

An important principle of Chinese juvenile system is the idea of repentance. If a juvenile offender has shown repentance, then he can be released completely or the measure of punishment can be significantly mitigated. The natural question is how a judge can be sure that repentance is genuine. One official Chinese report stated:

“The Supreme People’s Court directs in the Explanations on Several Issues of Laws Applicable to Criminal Cases Involving Juveniles that a juvenile offender who can admit to his faults, accept the court sentence, meet the standards of behaviour for the reformed criminals, and study positively cultural and technical know-hows may be regarded as showing signs of “real repentance.””³³

It appears that the principle of repentance can work only in the post-trial stage. There is also a provision that if a convicted juvenile has displayed merit, then he can be released. The same report indicated:

“A juvenile offender who can expose and denounce the criminal activities committed by inmates, which have later been proved, and who have stopped other inmates from escaping, doing violence to others or sabotaging can be regarded as displaying “merit.””³⁴

³² Shlomo Giora Shoham, Ori Beck, and Martin Kett, eds., *International Handbook of Penology and Criminal Justice*, (Boca Raton, Florida: CRC Press, 2007), 29.

³³ Government of China. “A Written Reply Concerning the List of Issues raised by the Committee on the Rights of the Child.” 1996. Reply to issue 28. The text was available in 2007: <http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/0/bc86ee35257da298c125636c004bd33d?Opendocument>.

³⁴ Ibid.

However, Article 271 of the Criminal Law of PRC and Criminal Procedure Law of PRC 2012 allows a People's Procuratorate to make a conditional non-prosecution decision on a minor in relation to the offences contained in Chapter iv (crimes of infringing upon citizens' right of the person and democratic rights), Chapter v (crimes of property violation), and Chapter vi (crimes of obstructing the administration of public order) if the offender can be punished as little as 1 year of imprisonment if there is an evidence of repentance. These parts of criminal code represent an overwhelming majority of juvenile cases. Most provisions allow judges to impose a penalty of one year or less, except where there are aggravating circumstances. For example: Article 234 of Criminal Law of the PRC states:

“Whoever intentionally inflicts injury upon another person shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not more than three years, criminal detention or public surveillance.

Whoever commits the crime mentioned in the preceding paragraph, thus causing severe injury to another person, shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than three years but not more than 10 years; if he causes death to the person or, by resorting to especially cruel means, causes severe injury to the person, reducing the person to utter disability, he shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than 10 years, life imprisonment or death, except as otherwise specifically provided in this Law.”

In other words, a juvenile who displays repentance may be exempted from prosecution under the first part of this article, since he can be punished as little as 1 year or even less, but he cannot be exempted if the offence is classified under its second paragraph. Article 271 of Criminal Procedure Law of PRC opens the door for applying the principles of restorative justice as it requires consultation with the police and the victim. The news report quoted above explains the reduction of juvenile cases exactly to the application of this provision.³⁵ Article 272 of the same law specifies further conditions for non-prosecution decision in which educational measures play an important role.

³⁵ Yin, “Revised law.”

This brief examination of the Chinese law on juvenile delinquency shows the unwillingness of Chinese law makers to apply penalties against juvenile offenders on the one hand, and the desire to use education as the means of tackling youth crime. One can see here the influence of the old traditional Confucian moral values. The core of a Confucian approach to juvenile delinquency consists in the belief that moral education can change the life of a person. Moral education is achieved by cultivating certain outward actions towards family and community. The source of moral cultivation lies in the personal effort of the individual assisted by family and community. For Confucius, compliance to the social norms is achieved by performing duties towards family first, and then to the society as a whole.

An empirical research conducted by Hong Lu and others in Shanghai confirms the Confucian influence on judicial decision making.³⁶ The research was centered at the informal control carried out through shaming by neighbours in some districts of Shanghai. Even though this research did not concentrate on specific cases involving juveniles, (it was done in the form of interviews with almost 500 residents on a basis of a systematic sampling strategy), it indicated a strong presence of Confucian moral ideas in informal forms of control. Such features like filial piety and loyalty continue to play an important role, even though it was noticed that they “have been substantially reduced due to changes in values and family structure.”³⁷ The Confucian values continue to play an important role in the system of juvenile justice.

Thus, Chinese law reflects a remarkable affinity to the use of ethical concepts such as moral education of the offenders, their repentance and moral reformation. It appears that the meaning of those terms in Chinese context offers a distinct *ideological* perception of youth criminal justice different from those found in the developed countries such as Germany, France and the UK. In those countries, the main emphasis is made on the rights of the offender rather than his repentance. The law in the West tends to use ethically neutral and descriptive language. The expression of Chinese statutes may appear to a Western lawyer as a piece of propaganda left over from the old communist past rather than a legal text. That would be a wrong judgement. There is much more than propaganda in the exhortative statements of Chinese legal statutes. There is a deep cultural belief in China

³⁶ Hong Lu, Lening Zhang, and Terance D. Miethe, “Interdependency, Communitarianism and Reintegrative Shaming in China” in: *Social Science* Vol. 39, 2 (2002): 189-201.

³⁷ *Ibid.*

that ethics, politics, and law cannot be separated from each other. Such holistic view of law is different from the West where law is conceived as a mechanism to ensure that the individual rights are observed. There is, however, a new tendency in Chinese law. It is also becoming increasingly concerned with procedural rights.

The Rights of Juveniles

China has adopted international obligations concerning the rights of child by becoming a party to the Convention on the Rights of the Child (1989) in 1992. Article 37(c) of the Convention states:

“Every child deprived of liberty shall be treated with humanity and respect for the inherent dignity of the human person, and in a manner which takes into account the needs of persons of his or her age. In particular, every child deprived of liberty shall be separated from adults unless it is considered in the child’s best interest not to do so and shall have the right to maintain contact with his or her family through correspondence and visits, save in exceptional circumstances.”

Chinese statutory law also contains the rule prohibiting placing juvenile offenders with adults. As in relation to other procedural rules, the lack of strict enforcement is commonly reported.³⁸

Article 269 of Criminal Law of PRC and Criminal Procedure Law of PRC 2012 restricts the application of arrest and requires detention of young suspects to be separate from adults. There is a policy guideline for the investigating officers to let parents or guardian or teacher to be present when interrogating juveniles, but it is implemented at the discretion of the officer: *“when interrogating a juvenile delinquent, if the investigation of a case requires, the head of his family or guardian or teacher shall be notified to be present, unless it hampers the investigation or the notification fails.”*³⁹ In Certain Rules in Trying Juvenile Delinquency Cases enacted by the Supreme People’s Court in 1991, article 19 stipulates:

³⁸ U.S. Department of State. *Country Reports on Human Rights Practices. East Asia and the Pacific: China (includes Tibet, Hong Kong, and Macau)* - Bureau of Democracy, Human Rights, and Labor, 2016. [online] Available from : <https://www.state.gov/j/drl/rls/hrrpt/2016/eap/265334.htm> [24 February 2021]

³⁹ 《关于办理少年刑事案件的若干规定（试行） [Several Provisions on Trial Criminal Cases Involve Young Offenders Operation (Trial)] (People’s Republic of China) Supreme People’s Court, January 1991.

“Before the court trial, the juvenile defendant’s legal representative shall be notified to be present in court. In case the legal representative is unable or indeed unsuitable to be present, other guardians or adult relatives shall be notified to be present.”

General criminal procedure rights for adults in relation to detention and arrest are applied to juveniles. There is also administrative detention which has less procedural restraints. The use of administrative arrest has been restricted as it can be seen in the example of one of the oldest administrative detention practices known as “Custody and Repatriation” (Chinese: *shourong qiansong*). It was an administrative procedure, established in 1982 and ended in 2003, by which the police in China could detain people if they did not have a residence permit, and return them to the place where they could legally live or work. The procedure was bitterly criticized following a tragic death of a young man, Sun Zhi Gang, in one of the detention centres.⁴⁰ The practices of extorting money and forced labour were claimed to be common there. Even though this particular form of detention has been abolished, the administrative forms of detention continue to exist in China. Nevertheless, the general tendency of Chinese law is evident: reducing arbitrary detention based on the idea of citizen’s rights. Abolition of the system of custody and repatriation, according to one report, led to the reduced number of children detained administratively.⁴¹

In Chinese Criminal Procedure Law, there is a general right to legal representation by the means of an advocate. By-laws enacted by the Supreme Court allow such representation at an early stage in the cases involving minors. In *Certain Rules in Trying Juvenile Delinquency Cases* enacted by the Supreme People’s Court in 1991, article 19 states: *“Before the trial and when the juvenile court deems it as necessary, arrangement may be made for the legal representative or the guardian to meet the juvenile defendant.”*⁴² The right to legal representation has been strengthened in Criminal Law of PRC and Criminal Procedure Law of PRC 2012, Article 266: *“People’s courts, people’s procuratorates and public security organs shall ensure the litigation rights of minors when handling criminal*

⁴⁰ Keith J. Hand, “Using law for a righteous purpose: the Sun Zhigang incident and evolving forms of citizen action in the People’s Republic of China.” *Columbia Journal of Transnational Law*, (2006): 45, 114-195.

⁴¹ U.S. Department of State. *Country Reports on Human Rights Practices. East Asia and the Pacific: China (includes Tibet, Hong Kong, and Macau)* - Bureau of Democracy, Human Rights, and Labor, 2007. [online] Available from : <http://www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2006/78771.htm> [24 February 2021]

⁴² Quoted in: Government of China. “A Written Reply Concerning the List of Issues raised by the Committee on the Rights of the Child.” 1996. Reply to issue 26.

cases committed by minors, ensure the availability of legal assistance for minors, and assign judges, procuratorial personnel and investigators who are familiar with the physical and mental characteristics of minors to undertake the cases.” Article 267 requires that a legal defender is assigned even for a minor who is suspected in committing a crime.

The principle of protecting the privacy of the offender and the limitation of publicity of juvenile cases is also affirmed in Chinese legislation.⁴³ This protection covers not only the judicial proceedings but also the pre-trial investigation. Juvenile’s name, domicile, photo and materials based on which the juvenile may be identified must not be disclosed to the public. Moderation is prescribed in using compulsory measures against juvenile delinquents. Juveniles must be kept in custody separately from adults.⁴⁴ For some exceptions, juveniles enjoy the right not to be chained. Chinese law requires speedy handling of juvenile cases.

According to Chinese Supreme Law Guidance, there is a right of the minors to a special treatment. The trial must be conducted in different setting from the trial in adult cases. The atmosphere must be amiable towards the accused.⁴⁵ These provisions can serve as a good illustration of a law which contains rules more belonging to etiquette or morals with their Confucian connotations rather than a set of specific instructions capable of an accurate evaluation and measurement on whether an individual has complied with such instructions or not.⁴⁶ Being gentle, serious, patient, accurate, careful and true are virtues which can hardly be accommodated by the Western legal standards. On the other hand, the fact that the Chinese Supreme Court found necessary to issue such moral guidance can also point at the urgent need for ethical treatment of juveniles in contemporary China.

Thus, there is an increasing concern to protect the rights of minors in Chinese juvenile delinquency justice system. However, those rights are expressed in very general form and apparently are lacking clarity if being judged by the Western legal standards. The latter are focused largely on special procedural rights for young offenders, while Chinese law contains many general declarations as in the requirement that minors must be treated with gentleness

⁴³ See Article 45 of Law on Preventing Juvenile Delinquency 1999.

⁴⁴ See Article 46 of Law on Preventing Juvenile Delinquency 1999.

⁴⁵ See particularly Article 27 and Article 29 of 关于办理少年刑事案件的若干规定（试行） [Several Provisions on Trial Criminal Cases Involve Young Offenders Operation (Trial)] (People’s Republic of China) Supreme People’s Court, January 1991. The Chinese text can be found at: http://jbnbggw.gov.cn/cat/cat111/con_111_6369.html .

⁴⁶ Ibid. The requirement: “The attitude of judges must be gentle and yet they should not lose seriousness” 《审判人员的态度既要平缓又不失严肃》? bears strong Confucian connotations.

and at the same time with seriousness.⁴⁷ It appears, however, that this is the essence of the Eastern culture: to be less precise, more flexible, and trusting on the benevolent attitude and treatment of the decision makers and others in the authority.

Measures against Juvenile Offenders

In the past, Chinese written law used to be very harsh to juvenile offenders treating them not much differently from the adults. After the amendment of Chinese Criminal Law in 1997, less serious offences by minors were reclassified as non-criminal. As in all other systems of juvenile delinquency justice systems, the Chinese court has the final say as to what measure should be applied against a juvenile offender. Before the reform of 2012, prosecutors had little choice but to bring the case to the trial or to drop it altogether. The revision of the Procedural Law in 2012 significantly extended the powers of prosecutors particularly in relation to the offences that do not involve aggravating circumstances.⁴⁸ Now, Chinese prosecutors have got extensive powers such as warning, summoning parents, arranging mediation and to some extent determining the judicial way to deal with the offender.

If the case reaches the court, it may result in an imprisonment sentence, fine, suspended sentence or an exemption of the defendant from punishment. Exemption from punishment is normally accompanied by “educational assistance” described above. As it has been mentioned, China adheres to the Convention on the Rights of Child in eliminating death penalty for juvenile offenders, and the age is in itself a mitigating circumstance which the courts must take into account in choosing an appropriate penalty.

In the past, custodial measures could normally take two forms.⁴⁹ One was “reeducation through labour camp” (*laodong jiaoyang*) which is virtually a juvenile prison. This system was abolished in 2013, although there are reports that it continues to exist in some altered form.⁵⁰

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ See Article 271 of Criminal Procedure Law of PRC 2012.

⁴⁹ Wong, “Juvenile Protection and Delinquency Prevention in China,” 60.

⁵⁰ Frank Langfitt, “China Ends One Notorious Form Of Detention, But Keeps Others” February 5, 2014. [online] Available from : <https://www.npr.org/sections/parallels/2014/02/05/271412045/china-ends-one-notorious-form-of-detention-but-keeps-others> [24 February 2021]

For a description of the system before its abolishment see: James D. Seymour and Michael R. Anderson, *New Ghosts, Old Ghosts: Prisons and Labor Reform Camps in China: Prisons and Labor Reform Camps in China* (London: Routledge, 2015).

Before enactment of the Law on Juvenile Protection in 1991, delinquents aged between 14 and 18 could be sent there without trial. The Chinese officials asserted in 1996 that the age of the young people who were sent there was from 16 to 18 years old.⁵¹ The sentence could vary from one to four years. These camps were supposed to have educative rather than punitive function, as one official document put it: “All police officers at such centres are required to earnestly follow the principle of “education, reform and remedy” and to treat the juvenile inmates just like parents treating their children, teachers treating their students and doctors treating their patients.”⁵² Half a day in such institutions, according to the same document, was spent in moral, legal and cultural education.

Another form of custodial sentences are “work-study” schools (*gongdu*). It was designed for juveniles aged between 12 and 18 who have committed minor offences. Articles 35 and 36 of the Law on Preventing Juvenile Delinquency directly refer to them. Admission to those schools does not require a court order. It is done with the consent of parents and must be approved by educational departments of local administration.

The difficulty which Chinese law faces is very similar to other countries. The old educational measures outside the wall of confinement becoming increasingly less effective due to fundamental changes in the society. The local government must take care of the offenders who were not given imprisonment sentences or those sentences were not imposed.⁵³ But there is very little they can do apart from threatening the offenders that they will be sent to prison if they keep violating law. There have been some attempts to change this situation, and to find new effective measures to address juvenile crime. It was reported by ‘China Daily’ that a 17-years-old, who received a suspended two-year sentence for robbery, signed up to a 200-hour social work contract at a Shanghai district court.⁵⁴ The contract required helping the old and sick people there. This type of contracts was introduced as early as in 2002. In 2004, it was reported, “the court’s juvenile tribunal, set up in 1984 as the first in the country, has signed social work contracts with 27 young offenders,” which appears as not a very impressive figure for a big city like Shanghai. The same report quoted a judge who gave a figure of 1,000 juvenile criminals for Shanghai in 2004. The practice of

⁵¹ Government of China. “A Written Reply Concerning the List of Issues raised by the Committee on the Rights of the Child. 1996. - Reply to issue 27.

⁵² *Ibid.*

⁵³ See Article 47 of Law on Preventing Juvenile Delinquency.

⁵⁴ Li, “Youth offenders.”

social contracts, however, has not been mentioned recently by the Chinese scholars who emphasize the country's success in reducing juvenile delinquency.⁵⁵

The experience of Shanghai court's juvenile tribunal deserves a special attention. The court was very innovative in finding effective measures to deal with juvenile offenders. For example, it was promoting counseling to the offenders who were addicted to the computer games and committed crime in order to get money for playing them. One judge said: "Robbery is the most frequently committed juvenile crime and often it is because the youngsters need to pay for the Internet games."⁵⁶ The Shanghai tribunal began apply supervision orders to each young criminal sentenced to probation or a fine. The tribunal also offered counseling to the parents which were blamed for the rise of crime. In other words, the Shanghai juvenile tribunal went far beyond its traditional role as a dispenser of threats and punishments. The fundamental difference between older and recent measures applied by the Chinese court is that the offenders are not so much punished as being treated as patients who need help and care.

Conclusion

One may conclude that the recent reduction of juvenile criminal cases can be explained by the reform of procedural law which allows Chinese prosecutors to stop criminal proceedings and apply educational measures. In this respect, the Chinese experience is of interest for other developing countries like Thailand. There is, however, a peculiarity which can hardly be applied to Thailand. There is something more in China than a change in the procedural law to decide juvenile delinquency cases. China has achieved good results in reducing juvenile delinquency rates thanks to its Confucian culture and Marxist ideology, which are used together with adopting the Western idea of procedural rights. The presence of Confucian values offers a good ground for restorative justice practices to be administered by the courts. The time when Chinese courts largely ignored restorative justice measures reflected a significant rise of juvenile offending.⁵⁷ The adoption of informal procedures to educate juvenile offenders proved to be beneficial.

⁵⁵ See: Bingzhi Zhao, "Dealing With Juvenile Offenders: Successful Practices In China." UNAFEI. 2015 . [online] Available from : https://www.unafei.or.jp/publications/pdf/13th_Congress/22_CCLS.pdf. [24 February 2021]

⁵⁶ See fn. 53.

⁵⁷ Wong, "Juvenile Protection and Delinquency Prevention in China," 62.

Chinese law juxtaposes education and punishment reflecting at this point very well the Western approach. Article 44 of the Law on Preventing Juvenile Delinquency states: *“In investigating juveniles who have committed criminal offenses investigating for criminal responsibility, the guidelines of enlightenment, persuasion and reformation and the principle of taking enlightenment as the dominant factor while making punishment subsidiary shall be adhered to.”* A stronger emphasis on moral education makes Chinese law different from the Western models of juvenile justice which lacks the presence of *“ideals, morality, the legal system as well as in patriotism, collectivism and socialism.”*⁵⁸

To a Western lawyer, the whole wording of Chinese law may appear more as a political directive rather than a legal rule. However, it underlines a specific cultural perception of law and its functions which is very different from the West. Law in the East is not only about clearly specifying the authority and the rights of the participants to a legal process, it is also the means to promote social cohesion and conformism to political will of the state. The Chinese philosophy of juvenile justice is influenced greatly by the doctrine of social determinism which maintains that the source of juvenile crime lies in the society, mainly understood as economic, conditions in which the juvenile offenders have been brought up. This belief, upheld in the Marxist philosophy, is shared not only by the Chinese criminologists. However, the idea of social determinism received its complete acceptance in China due to the communist ideology. It was stated in one of the official Chinese documents that: *“The juvenile court shall take into full account the fact that the juvenile offenders are violators of the social order but also victims of the adverse social environment.”*⁵⁹ In other words, the emphasis is made on the external factors of juvenile delinquency. Offenders are the victims, and therefore they have the right to be helped to.

This social determinism strangely coincides with the Confucian moral ideals that education can change the life of a person. Confucian influence is particularly seen in the way in which obligations of the officials towards juveniles are formulated, and also in the emphasis on moral education and reformation of the offenders through repentance manifested in outward action. Whatever is the real impact of Confucianism on the contemporary Chinese law officers, it is evident that the Marxist doctrine of social determinism does not

⁵⁸ See Article 6 of Law on Preventing Juvenile Delinquency 1999.

⁵⁹ Government of China. “A Written Reply Concerning the List of Issues raised by the Committee on the Rights of the Child.” 1996. Reply to issue 25.

mean that the morals of juvenile offenders are neglected. Both Confucian and Marxist ethics have one characteristic in common: the morals are primarily conceived in outward actions. Therefore, repentance, which Chinese criminal law so often allures to, is understood quite differently from the Judeo-Christian ethics.

Thus, the emphasis of the Chinese Juvenile Delinquency Law on cultivating good conduct among juveniles as well as guaranteeing their physical and mental well-being fits well in both Marxist and Confucian ideals of juvenile justice.⁶⁰ However, there is a deep contradiction between them. Confucius in the end saw the source of moral cultivation in the personal effort of the individual, while Marxism perceives such cultivation as determined by the materialistic conditions prevailed in the society. For Confucius, compliance to the social norms is achieved by the means of moral discipline, while for Marx, such compliance is accomplished by providing sufficient material conditions of social existence. The future will show whether this combination will continue to be effective in addressing youth crime.

⁶⁰ See Article 1 of the Juvenile Delinquency Statute.

ข้อเสนอทางกฎหมายและนโยบายเพื่อจำกัดการค้างาช้างในประเทศไทย Law and Policy Recommendations for Tightening Elephant Ivory Trade Laws in Thailand*

สุรศักดิ์ บุญเรือง
Surasak Boonrueang

อาจารย์ประจำ
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ศูนย์ลำปาง
248 หมู่ 2 ตำบลปงยางคก อำเภอห้างฉัตร จังหวัดลำปาง 52190
Full-time Lecturer
Faculty of Law, Thammasat University Lampang Center
248, Lampang-Chiang Mai Road, Pongyangkok, Hangchat, Lampang 52190
Corresponding author E-mail: surasakb@staff.tu.ac.th
(Received: January 10, 2021; Revised: February 24, 2021; Accepted: March 10, 2021)

บทคัดย่อ

บทความนี้มุ่งสรุปข้อค้นพบที่ได้จากรายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง “ข้อเสนอทางกฎหมายและนโยบายเพื่อจำกัดการค้างาช้างในประเทศไทย” (รายงานการศึกษา) ซึ่งนำเสนอต่อองค์การกองทุนสัตว์ป่าโลกสากล (World Wide Fund for Nature: WWF Thailand) เพื่อนำข้อเสนอแนะไปใช้เป็นข้อมูลสนับสนุนการผลักดันให้มีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายและนโยบายควบคุมการค้างาช้างในประเทศไทย บทความนี้มุ่งนำเสนอและวิเคราะห์ความเป็นไปได้ในการดำเนินนโยบายจำกัดการค้างาช้างในประเทศไทยโดยห้ามการค้างาช้างที่นำไปสู่การนำงาช้างออกนอกประเทศ (นโยบายห้ามการค้างาช้าง) ภายใต้กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน โดยกำหนดกรอบการศึกษาวเคราะห์กฎหมายหลัก 2 ฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 และพระราชบัญญัติงาช้าง พ.ศ. 2558 เพื่อหาข้อสรุปและข้อเสนอทางกฎหมายเพื่อรองรับนโยบายข้างต้นโดยกำหนดกรอบเวลาดำเนินนโยบายนี้ภายในปี พ.ศ. 2565 (ค.ศ. 2022)

รายงานการศึกษาพบว่ากฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันยังไม่สามารถใช้เพื่อดำเนินนโยบายห้ามการค้างาช้างได้อย่างเด็ดขาด เนื่องจากยังคงอนุญาตให้มีการค้างาช้างภายในประเทศและการส่งออกงาช้างได้ ในขณะเดียวกันมาตรการควบคุมการค้างาช้างในกฎหมายสองฉบับยังคงมีปัญหาความแตกต่างและความลักลั่นของหลักเกณฑ์การควบคุมงาช้างป่าและงาช้างบ้าน โดยกฎหมายที่ควบคุมงาช้างป่ามีช่องโหว่ทางกฎหมายในหลายประเด็น ในขณะที่

* สรุปและเรียบเรียงจากรายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง “ข้อเสนอทางกฎหมายและนโยบายเพื่อจำกัดการค้างาช้างในประเทศไทย (Law and Policy Recommendations for Tightening Elephant Ivory Trade Laws in Thailand)” เสนอต่อองค์การกองทุนสัตว์ป่าโลกสากล (World Wide Fund for Nature: WWF Thailand) (ตุลาคม 2563)

ที่บทบัญญัติควบคุมงานช่างเล็ยงมีมาตรการเข้มงวดกว่าการควบคุมงานช่างป่าในหลายจุด นอกจากนี้ รายงานการศึกษาได้ค้นพบอุปสรรคในการดำเนินนโยบายเนื่องจากมาตรการควบคุมงานช่างหลายเรื่องยังขาดหลักเกณฑ์ในกฎหมายลำดับรองที่แน่ชัด โดยเฉพาะกฎหมายลำดับรองของพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 ซึ่งอยู่ในระหว่างการร่างและจัดรับฟังความคิดเห็น จึงจำเป็นต้องมีการพัฒนาข้อเสนอทางกฎหมายและนโยบายเพื่อให้สามารถดำเนินนโยบายดังกล่าวได้

คำสำคัญ: กฎหมายและนโยบายการค้ำช้างในประเทศไทย, ข้อเสนอทางกฎหมายและนโยบายการค้าระหว่างประเทศซึ่งสัตว์ป่าที่ใกล้สูญพันธุ์, CITES

Abstract

The article summarizes research findings extracted from the research report entitled “Law and Policy Recommendations for Tightening Elephant Ivory Trade Laws in Thailand” (the report), submitted to World Wide Fund for Nature (WWF Thailand). The article summarizes legal and policy options viable for the change in law and policy regulating ivory trade in Thailand. The objective of the study in the report is to analyze the possibility of implementing the policy prohibiting ivory trade leading to ivory export. Two pieces of legislation, namely Wild Animal Reservation and Protection Act B.E. 2562 (2019) (WARPA 2019) and Elephant Ivory Act B.E. 2558 (2015) (EIA 2015), were examined. This study aims to uncover whether this policy can be implemented by the end 2022.

The report found that the measures under existing laws can be partly employed to implement the policy. This is because domestic trade of ivory can be made under a certain existing law. Hence, full implementation of the policy may require some further law reform or amendments. Additionally, some applicable rules under WARPA 2019 and EIA 2015 remain inconsistent. Such inconsistency gives rise to the problem of implementing the laws to regulate illegal ivory. Lack of subordinate laws providing detailed rules is another problem. The absence of certain rules means that it remains uncertain and ambiguous how the law will deal a particular point. The findings emphasize the necessity of introducing certain set of recommendations for policy implementation.

Keywords: Ivory trade law and policy in Thailand, Trade in endangered species, CITES

1. บทนำ

1.1 ความเป็นมาและสภาพปัญหา

ช้างถือเป็นสัตว์ที่สำคัญและมีความผูกพันกับวิถีชีวิตของคนไทยมาเป็นเวลานาน¹ โดยมีการใช้ประโยชน์จากช้างเพื่อใช้ลากจูงสิ่งของ ใช้ช้างแสดงเพื่อสร้างความบันเทิงให้กับมนุษย์ นอกจากนี้ในอดีตช้างเป็นสัตว์พาหนะที่สำคัญในการคมนาคมและการทำสงคราม และหากพิจารณาจากความนิยมของคนไทยตั้งแต่ยุคอดีตนับจนถึงปัจจุบันแล้ว คนไทยนิยมนำช้างมาใช้เป็นเครื่องประดับและเครื่องใช้หลายอย่างตามความเหมาะสมในแต่ละพื้นที่ จึงอาจกล่าวได้ว่าช้างเป็นสัตว์ที่มีความสำคัญในทางสังคมและมีมูลค่าทางเศรษฐกิจอย่างมาก อย่างไรก็ตาม ความนิยมในการนำช้างมาใช้ประโยชน์และการนำช้างมาใช้ประโยชน์ในหลายโอกาสทำให้เกิดการลักลอบค้าช้าง ทั้งในลักษณะที่เป็นการค้าช้างในประเทศและการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งสร้างความเสียหายทั้งต่อประเทศไทยและความเสียหายในระดับนานาชาติ²

ประเทศไทยถือเป็นประเทศหนึ่งในไม่กี่ประเทศที่มีประชากรช้างภายในประเทศทั้งช้างที่มีการนำมาเลี้ยงและฝึกให้ขี่และช้างป่า³ ทำให้เพิ่มโอกาสที่จะมีการลักลอบค้าช้างผิดกฎหมายมากขึ้น โดยรายงานการศึกษานี้เสนอตัวอย่างปัญหาสำคัญที่เกิดขึ้นในประเทศไทย อันได้แก่ 1) การลักลอบล่าและค้าช้างภายในประเทศ 2) การซื้อช้างของนักท่องเที่ยวต่างประเทศในประเทศไทย 3) การลักลอบค้าช้างโดยอาศัยช่องทางออนไลน์ และ 4) การลักลอบนำเข้าช้างจากทวีปแอฟริกา⁴

หากพิจารณาในแง่กฎหมายการควบคุมการค้าช้างผิดกฎหมายในระดับนานาชาติจะพบว่าอนุสัญญาว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศซึ่งชนิดสัตว์ป่าและพืชป่าที่ใกล้สูญพันธุ์ (Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora: CITES) ถือเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่มีบทบาทอย่างสำคัญในการทำหน้าที่ดังกล่าว โดยประเทศไทยเป็นหนึ่งในรัฐภาคี (Party to the Agreement) ของ CITES จึงมีพันธกรณีต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับพันธกรณีหลักในอนุสัญญานี้โดยการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอาจทำให้รัฐที่ไม่ปฏิบัติตามได้รับมาตรการบังคับที่ส่งผลเสียต่อระบบเศรษฐกิจและกระทบความเชื่อมั่นในเวทีนานาชาติ⁵

¹ ตัวอย่างที่แสดงให้เห็นความผูกพันระหว่างวิถีชีวิตคนไทยกับช้างอาจพิจารณาได้จากความตอนหนึ่งในหลักศิลาจารึกพ่อขุนรามคำแหงฯ ความว่า “...เมืองสุโขทัยนี้ดี ในน้ำ มีปลา ในนามีข้าว...ใครจักใคร่ค้าช้างค้า ใครจักใคร่ค้าม้าค้า ใครจักใคร่ค้าเงือนค้าทองคำ” (ศิลาจารึกด้านที่ 1 บรรทัดที่ 18-21) ซึ่งสะท้อนแนวคิดที่ยอมรับการใช้ประโยชน์จากช้างซึ่งอนุমানได้ว่ารวมถึงช้างมาเป็นเวลานาน

² Christian Nellemann and others, eds. *The Rise of Environmental Crime – A Growing Threat to Natural Resources Peace, Development and Security* (Nairobi: UNEP/INTERPOL, 2016), 15-18.

³ ตัวอย่างประเทศอื่นที่มีกฎหมายรองรับการค้าเลี้ยงช้าง ได้แก่ อินเดีย ตูรรายละเอียดใน Wild Life (Protection) Act 1972 มาตรา 39-49C

⁴ รายละเอียดเพิ่มเติมดูรายงานการศึกษา หน้า 8 – 13.

⁵ CITES เคยกำหนดให้ประเทศไทยเคยตกอยู่ในสภาวะถูกห้ามทำการค้าสัตว์ป่าและพืชป่าเมื่อปี พ.ศ. 2534 เนื่องจากประเทศไทยให้สัตยาบันเข้าเป็นรัฐภาคี CITES ในปี พ.ศ. 2526 แต่ประเทศไทยไม่ได้แก้ไขกฎหมายภายใน (เช่น พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2503 ซึ่งมีผลบังคับอยู่ในขณะนั้น) ให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามที่กำหนดใน CITES เช่น ไม่มีกฎหมายกำหนดมาตรการควบคุมการนำเข้า ส่งออกและนำผ่านชนิดพันธุ์สัตว์ป่าและพืชป่า จึงถูกห้ามทำการค้าและทำให้ประเทศไทยต้องเร่งปฏิรูปกฎหมายว่าด้วยการสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าและนำไปสู่การประกาศใช้พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535

รายละเอียดดู Rosalind Reeve, *Policing International Trade in Endangered Species: The CITES Treaty and Compliance* (London: Earthscan from Routledge, 2002), 110-111; Peter H Sand, “Enforcing CITES: The Rise and Fall of Trade Sanctions,” *Review of European Law* 22, no. 3 (2013): 1.

หากพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับการลักลอบค้างาช้างในประเทศไทยจะพบว่า ก่อนปี 2558⁶ นั้น ประเทศไทยไม่มีกฎหมายกำหนดมาตรการควบคุมการใช้ประโยชน์และการค้างาช้าง โดยเฉพาะงาที่ได้จากช้างเลี้ยงอย่างชัดเจน จึงทำให้มีความเสี่ยงต่อการเกิดปัญหาการลักลอบค้างาช้างผิดกฎหมาย เช่น ปัญหาการลักลอบล่าช้างป่าเพื่อนำมาของช้างนั้นมาสวมสิทธิเป็นงาช้างเลี้ยงเพื่อตัดงาช้าง เป็นต้น⁷ จึงทำให้ที่ประชุมของ CITES มีมติให้ประเทศไทยต้องจัดทำแผนปฏิบัติการงาช้างแห่งชาติ (National Ivory Action Plan: NIAP) และมีหน้าที่รายงานการดำเนินการให้กับ CITES ทุกปี เช่นเดียวกับจีน มาเลเซีย เวียดนาม อุกันดา แทนซาเนียและเคนยา⁸ โดยไทยเริ่มดำเนินการตามแผนปฏิบัติการงาช้างมาตั้งแต่ปี 2556

การดำเนินการตามแผนปฏิบัติการงาช้างทำให้ประเทศไทยต้องตรากฎหมายควบคุมการใช้ประโยชน์จากงาช้างเลี้ยงให้ชัดเจนซึ่งได้แก่พระราชบัญญัติงาช้าง พ.ศ. 2558 อย่างไรก็ตามกฎหมายฉบับนี้ทำให้เกิดระบบควบคุมการค้างาช้างที่คู่ขนานกัน กล่าวคือ พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 ทำหน้าที่ควบคุมการค้างาช้างป่าในขณะที่พระราชบัญญัติงาช้าง พ.ศ. 2558 วางมาตรการควบคุมการค้างาช้างเลี้ยง โดยมาตรการโดยรวมมีความแตกต่างกันเพราะกฎหมายห้ามการค้างาช้างป่าอย่างเด็ดขาด ในขณะที่การค้างาช้างเลี้ยงนั้นยังสามารถทำได้ภายใต้ระบบการขออนุญาต และเมื่อรัฐบาลไทยมีการดำเนินการให้เป็นไปตาม NIAP อย่างจริงจังและเป็นที่น่าพอใจ ในที่สุดที่ประชุม CITES ได้มีมติในปี 2561 ให้ประเทศไทยไม่ต้องดำเนินการตาม NIAP อีก⁹

แม้ว่าการดำเนินการตามแผนปฏิบัติการงาช้างจะเป็นความสำเร็จที่น่าพอใจ แม้กระนั้นก็ไม่ได้เป็นเครื่องยืนยันว่ากฎหมายที่ใช้บังคับใช้อยู่สามารถป้องกันการลักลอบค้างาช้างได้อย่างมีประสิทธิภาพและมีความเด็ดขาด ทั้งนี้ ก็เนื่องจากปรากฏข้อมูลว่ามีนักท่องเที่ยวต่างชาติที่เข้ามาเที่ยวในประเทศไทยได้ซื้อผลิตภัณฑ์งาช้างและนำออกนอกประเทศเป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะนักท่องเที่ยวจีน¹⁰ นอกจากนี้ หากพิจารณาข้อเรียกร้องจากที่ประชุม CITES จะเห็นว่า CITES ได้เรียกร้องให้รัฐสมาชิกที่มีตลาดการค้างาช้างภายในประเทศปิดตลาดการค้างาช้าง¹¹ อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาด้านทุนการปิดตลาดการค้างาช้างในประเทศไทยโดยทันที (total ban on trade in ivory) พบว่าการดำเนินนโยบายนี้อาจส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจและวิถีชีวิตของคนจำนวนมาก¹² ในขณะเดียวกันก็อาจเกิดปัญหาจากแรงเสียดทานในทางการเมืองหากมีการดำเนินนโยบายเช่นว่านั้นในทันที ปัจจัยดังกล่าวนำไปสู่ข้อพิจารณาหลักในการศึกษาวิจัยนี้ว่าหากจะต้องมีการพัฒนากฎหมายควบคุมการค้างาช้างที่ไม่ใช่การปิดตลาดงาช้าง ประเทศไทยควรใช้แนวทางใด

⁶ คำว่า “ปี” ที่กล่าวในบทความนี้ หากไม่ได้กำหนดเป็นอย่างอื่น ให้หมายถึง “ปี พ.ศ.”

⁷ ปัญหานี้ถือเป็นปัญหาสำคัญอันเป็นที่มาของการตราพระราชบัญญัติงาช้าง พ.ศ. 2558 รายละเอียดดูเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติดังกล่าว

⁸ CITES, “National Ivory Action Plans” **Sixty-fourth meeting of the Standing Committee Bangkok (Thailand)**, 14 March 2013 (SC64 Doc. 2), para 5.

⁹ CITES, “Interpretation and Implementation Matters: General Compliance and Enforcement: Compliance matters” National Ivory Action Plans Process, Report of the Secretariat, Seventieth meeting of the Standing Committee, Rosa Khutor, Sochi (Russian Federation), 1-5 October 2018 (SC70 Doc. 27.4 A15), 10.

¹⁰ Wander Meijer and others, **Demand Under the Ban: China Ivory Consumption Research 2019, A report from GlobeScan Incorporated** (Beijing: WWF, 2019), 30.

¹¹ Resolution Conf. 10.10 (Rev. CoP18) para 3.

¹² ดูผลกระทบที่จะเกิดขึ้นกับกลุ่มนี้ เช่น ผลกระทบจากการขาดรายได้ของควาญช้างในการขายงาช้างที่ตนเลี้ยงใน Nondh Nuchmorn and Surasak Boonruang, **The Ivory Trade in Thailand Options for Decision Makers and Stakeholders**, (Bangkok, Final Report submitted to WWF Thailand: April 2018), 35, 101.

องค์การกองทุนสัตว์ป่าโลกสากล (World Wide Fund for Nature: WWF Thailand) เห็นว่า แนวทางดำเนินการที่เป็นไปได้มากสำหรับประเทศไทยได้แก่การกำหนดมาตรการห้ามจำหน่ายผลิตภัณฑ์งาช้างให้กับนักท่องเที่ยวต่างชาติ เพราะผู้ซื้อผลิตภัณฑ์งาช้างหลักในประเทศไทยได้แก่นักท่องเที่ยวต่างชาติ¹³ โดยหากรัฐบาลสามารถห้ามการค้างาช้างให้กับนักท่องเที่ยวต่างชาติได้ก็ย่อมมีผลเป็นการลดความต้องการผลิตภัณฑ์งาช้าง และทำให้ตลาดการค้างาช้างยุติลงโดยปริยายในท้ายที่สุด นอกจากนี้ หากพิจารณาความจำเป็นจากข้อจำกัดของกฎหมายปัจจุบัน แม้ประเทศไทยจะมีมาตรการควบคุมการค้างาช้างที่ชัดเจน แต่หากพิจารณารายละเอียดของมาตรการทางกฎหมายแล้วจะพบว่ากฎหมายปัจจุบันยังคงมีปัญหายุ่งยากหลายประการ เช่น ความลักลั่นของมาตรการควบคุมภายใต้กฎหมายทั้งสองฉบับข้างต้น นอกจากนี้การบังคับใช้มาตรการควบคุมการค้างาช้างไม่สามารถจะดำเนินการได้โดยลำพังแต่ต้องพิจารณาด้วยว่ากฎหมายได้ควบคุมกิจกรรมอย่างอื่น เช่น การครอบครอง การนำเข้าและการส่งออกงาช้างไว้อย่างจำกัดครั้งคราวมากเพียงใด เพราะในท้ายที่สุดแล้ว หากกลไกทางกฎหมายเรื่องใดเรื่องหนึ่งยังมีช่องว่างก็อาจส่งผลให้กลไกการควบคุมการค้างาช้างเกิดปัญหาตามไปด้วย¹⁴ นอกจากนี้ยังมีข้อที่จะต้องพิจารณาด้วยว่ามาตรการควบคุมการค้างาช้างในกฎหมายไทยในปัจจุบัน สอดคล้องกับพันธกรณีหลักหรือข้อแนะนำที่ไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมายของ CITES มากน้อยเพียงใดและประเทศไทยควรปรับปรุงกฎหมายภายในหรือไม่ด้วย

เพื่อตอบสนองต่อโจทย์การศึกษาและสภาพปัญหาข้างต้น รายงานการศึกษาซึ่งได้สรุปในบทความนี้ จึงศึกษาเพื่อให้ได้ข้อสรุปเกี่ยวกับความสอดคล้องระหว่างนโยบายห้ามค้างาช้างและกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน เพื่อหาแนวทางในการพัฒนากฎหมายที่สามารถนำไปใช้ควบคุมการค้างาช้างภายในประเทศให้เหมาะสมยิ่งขึ้น โดยเน้นการวิเคราะห์กฎหมายหลัก 2 ฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 และ พระราชบัญญัติงาช้าง พ.ศ. 2558

1.2 กรอบการศึกษาในงานวิจัย

บทความนี้มุ่งนำเสนอข้อค้นพบและข้อเสนอแนะที่ได้จากการศึกษาวิจัยซึ่งได้ดำเนินการโดยมีโจทย์วิจัยว่า

“กฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันสามารถนำมาใช้ในการดำเนินนโยบายจำกัดการค้างาช้างโดยห้ามการค้าที่นำไปสู่การนำงาช้างออกนอกประเทศมากน้อยเพียงใด และหากมาตรการที่มีอยู่ยังไม่เพียงพอจะมีแนวทางในการดำเนินการที่เป็นไปได้มากที่สุดในการปรับปรุงมาตรการดังกล่าวให้เข้มงวดได้อย่างไร”

งานวิจัยนี้กำหนดสมมติฐานการศึกษาว่ากฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันสามารถนำมาใช้รองรับนโยบายห้ามค้างาช้างได้เพียงบางส่วนเท่านั้น อย่างไรก็ตาม มีความเป็นไปได้ที่จะพัฒนากฎหมายและนโยบายเพื่อผลักดันให้มีการดำเนินนโยบายดังกล่าวภายในปี 2565 (ค.ศ. 2022) โดยจะได้กล่าวถึงรายละเอียดแนวทางการพัฒนากฎหมายและนโยบายในหัวข้อที่ 5

¹³ U.S. Agency for International Development Wildlife Asia (USAID Wildlife Asia), “New Study Highlights Beliefs in Bid to Reduce Demand for Ivory and Tiger Parts in Thailand,” [online] Available from : <https://www.usaid.gov/asia-regional/press-releases/jun-5-2018-new-study-highlights-beliefs-bid-reduce>. [10 January 2021]

¹⁴ ดูรายละเอียดการวิเคราะห์ในหัวข้อ 5

ในแง่ระเบียบวิธีวิจัย การศึกษาวิจัยนี้ใช้การศึกษาวิจัยเชิงเอกสาร (documentary research) โดยการวิเคราะห์หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน (doctrinal research) เพื่อเป็นแนวทางพิจารณาว่ากฎหมายที่มีอยู่สามารถนำมาใช้ดำเนินนโยบายยุติการค้างาช้างได้เพียงใด ในขณะที่เดียวกันก็ใช้แนวคิดนี้เพื่อวิเคราะห์ความสอดคล้องของกฎหมายและนโยบายที่มีอยู่ในปัจจุบันเพื่อพิจารณาความเป็นไปได้ในการเสนอข้อเสนองานกฎหมายและนโยบาย นอกจากนี้ได้มีการนำรูปแบบการศึกษาวิจัยเชิงเปรียบเทียบ (comparative study) มาใช้ประกอบการวิเคราะห์แนวทางการพัฒนากฎหมายและนโยบาย¹⁵ โดยอาจมีการนำข้อสรุปจากรายงานการศึกษานี้ไปพัฒนาต่อยอดได้โดยการศึกษาต่อโดยวิจัยเชิงประจักษ์ (empirical research) เช่น การจัดระดมความคิดเห็นกลุ่มย่อย (focus group discussion) การสัมภาษณ์เชิงลึก (in-depth interview) หรือตอบแบบสอบถาม (questionnaire) เพื่อพิจารณาแนวโน้มการยอมรับจากภาครัฐ ภาคเอกชนและภาคประชาสังคม รวมถึงได้รับความคิดเห็นที่จะเป็นประโยชน์ต่อการดำเนินการในภาคปฏิบัติมากขึ้น

2. สาระสำคัญของนโยบายจำกัดการค้างาช้างโดยห้ามการค้าที่นำไปสู่การนำช้างออกนอกประเทศ (นโยบายห้ามค้างาช้าง)

ก่อนที่จะกล่าวถึงข้อเสนอทางกฎหมายและนโยบายเพื่อจำกัดการค้างาช้างควรพิจารณาในเบื้องต้นก่อนว่านโยบายห้ามค้างาช้างที่มุ่งจะให้มีการดำเนินการภายในประเทศไทยนั้นมีสาระสำคัญและกรอบเวลาดำเนินการเช่นไร¹⁶ เนื่องจากสาระสำคัญของนโยบายและกรอบเวลาดังกล่าวมีผลต่อการกำหนดกรอบการวิเคราะห์ความสอดคล้องระหว่างกฎหมายและนโยบายตลอดจนการพัฒนาข้อเสนอทางกฎหมายที่จะกล่าวถึงในรายละเอียดในหัวข้อ 4 และ 5 เป็นลำดับต่อไป

โดยภาพรวมแล้ว นโยบายจำกัดการค้างาช้างโดยห้ามการค้าที่นำไปสู่การนำช้างออกนอกประเทศ (นโยบายห้ามค้างาช้าง) ในความหมายของการศึกษานี้ หมายถึง “นโยบายห้ามหรือจำกัดการค้างาช้างซึ่งนำไปสู่การนำช้างออกนอกประเทศ (การส่งออกช้าง)”¹⁷ โดยการดำเนินนโยบายนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อลดแรงจูงใจในการแปรรูปช้างเพื่อวัตถุประสงค์ในทางการค้า ทั้งช้างแอฟริกาและช้างเอเชีย โดยมาตรการห้ามดังกล่าวตั้งอยู่บนฐานพิจารณาที่ว่า การตรากฎหมายห้ามกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการใช้ช้างในเชิงพาณิชย์มีส่วนลดการลักลอบล่าช้างและช่วยคงประชากรช้างอยู่ด้วยในตัว¹⁸ โดยการห้ามการค้าและการส่งออกอาจมีข้อยกเว้น

¹⁵ รายงานการศึกษาได้ศึกษาเปรียบเทียบกลไกการดำเนินการใน 6 ประเทศ ประกอบด้วย สหราชอาณาจักร จีน อินเดีย มาเลเซีย เวียดนาม และลาว แต่ด้วยข้อจำกัดของการนำเสนอในพื้นที่บทความนี้ทำให้การนำเสนอข้อสรุปจากงานวิจัยไม่ได้นำเสนอรายละเอียดข้อค้นพบที่ได้จากการศึกษากฎหมายและนโยบายควบคุมการค้าในต่างประเทศทั้งหมด อย่างไรก็ตาม ได้มีการนำเสนอข้อสรุปจากการศึกษาบางส่วน รายละเอียดดูจากเชิงอรรถในหัวข้อ 5.2.4 ด้านล่าง

¹⁶ โจทย์ตั้งต้นของการเปลี่ยนแปลงกฎหมายและนโยบายที่มุ่งจะให้มาตรการห้ามการค้าช้างมีความเข้มงวดมากกว่ามาตรการที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันเกิดจากความพยายามผลักดันของ WWF Thailand

¹⁷ คำว่า “ส่งออก” ในที่นี่มีความหมายในลักษณะเดียวกับคำว่า “ส่งออก” ที่ปรากฏในพระราชบัญญัติช้าง พ.ศ. 2558 ซึ่งหมายถึง “นำหรือส่งออกไปนอกราชอาณาจักร และให้หมายความรวมถึงนำหรือส่งออกไปนอกราชอาณาจักร ซึ่งช้างที่เคยนำเข้าหรือส่งออกไปนอกราชอาณาจักร” รายละเอียดดูหัวข้อ 4.4

¹⁸ Anna Santos, Thitikan Satchabut and Gabriela Vigo Trauco, “Do Wildlife Trade Bans Enhance or Undermine Conservation Efforts?,” *Applied Biodiversity Perspective Series 1*, no.3, 4.

บางประการที่อาจมีการกำหนดไว้ชัดเจน¹⁹ โดยหากมีการผลักดันนโยบายดังกล่าวสำเร็จย่อมมีความเป็นไปได้ที่จะมีการปิดตลาดการค้าช้างในประเทศในอนาคต²⁰

การดำเนินนโยบายห้ามค้าช้างจำเป็นต้องควบคุมกิจกรรมอย่างน้อยสองกิจกรรม ได้แก่ การค้าช้างภายในประเทศ (domestic trade) และการส่งออกช้าง (ivory export) ทั้งนี้ เนื่องจากการค้าเป็นกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายของนักท่องเที่ยวต่างชาติจากร้านค้า ในขณะที่การส่งออกช้างเป็นการกระทำโดยตรงของนักท่องเที่ยวที่มีมีการนำช้างออกนอกประเทศ โดยการดำเนินนโยบายนี้จำเป็นต้องพิจารณาการควบคุมการส่งออกช้างทั้งที่นำออกโดยคนไทยและชาวต่างประเทศเนื่องจาก หากควบคุมเฉพาะการนำเข้าผลิตภัณฑ์ช้างออกนอกประเทศเฉพาะกรณีชาวต่างชาติก็อาจมีคนไทยนำช้างที่ตนได้มาโดยชอบออกนอกประเทศ โดยการควบคุมการค้าและการส่งออกนั้นจำเป็นต้องอาศัยการกำหนดข้อห้ามและบทลงโทษเมื่อมีการฝ่าฝืนข้อห้ามหรือข้อจำกัด อย่างไรก็ตาม เนื่องจากนโยบายนี้ไม่ได้มุ่งหมายที่จะปิดตลาดการค้าช้างในประเทศอย่างสิ้นเชิง จึงไม่ได้ห้ามการซื้อขายช้างที่มุ่งจะนำช้างไปใช้งานในประเทศ (domestic consumption) ครอบคลุมถึงการซื้อขายนั้นไม่ขัดต่อกฎหมายไทย²¹

ในแง่กรอบเวลาในการนำข้อเสนอเชิงกฎหมายและนโยบายไปดำเนินการนั้น งานวิจัยนี้กำหนดกรอบการศึกษาและความเป็นไปได้ของข้อเสนอโดยพิจารณากรอบเวลาที่ WWF Thailand กำหนด โดยมุ่งที่จะให้มีการดำเนินนโยบายนี้ภายในปี 2565 หรือภายใน 2 ปี นับแต่การนำเสนอรายงานฉบับนี้ (วันที่ 1 พฤศจิกายน 2563) ซึ่งการกำหนดเวลาดังกล่าวมีผลต่อการวิเคราะห์ทางเลือกสำหรับการดำเนินนโยบายห้ามค้าช้างซึ่งจะได้กล่าวถึงอีกครั้งในหัวข้อที่ 5

3. บทบาทของอนุสัญญาว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศซึ่งชนิดสัตว์ป่าและพืชป่าที่ใกล้สูญพันธุ์ต่อการควบคุมการค้าช้างในประเทศไทย

ได้กล่าวไปแล้วในตอนต้นว่าอนุสัญญาว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศซึ่งชนิดสัตว์ป่าและพืชป่าที่ใกล้สูญพันธุ์ (Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora: CITES) เป็นความตกลงระหว่างประเทศหลักในการควบคุมการค้าช้างผิดกฎหมาย²² โดย CITES ได้กำหนดพันธกรณีที่มีผลผูกพันทางกฎหมายและข้อแนะนำเพื่อดำเนินการที่ไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายซึ่งมีอิทธิพลต่อการดำเนินการในกฎหมายภายในของรัฐภาคี ในหัวข้อนี้นี้จะนำเสนอสาระสำคัญที่แสดงให้เห็นถึงอิทธิพลของ CITES

¹⁹ ตัวอย่างข้อยกเว้น ดูหัวข้อ 4.2 และ 4.4

²⁰ คำว่า “ปิดตลาดการค้าช้างภายในประเทศ” ในความหมายของ WWF Thailand หมายถึง การกำหนดมาตรการห้ามการค้าช้างภายในประเทศ (domestic market closure) โดย WWF Thailand ได้กำหนดความหมายของคำดังกล่าวในเป้าหมายดำเนินการของ WWF Thailand ซึ่งได้ตั้งเป้าที่จะวางมาตรการจำกัดการใช้ช้างเอเชียเพื่อวัตถุประสงค์ในด้านวัฒนธรรมภายในปี 2565

²¹ ดูเงื่อนไขการค้าช้างที่กฎหมายกำหนดในหัวข้อที่ 4 ที่จะได้กล่าวถึงต่อไป

²² จริงอยู่ที่ว่าหลักการของอนุสัญญานี้เน้นไปที่การควบคุมการค้าระหว่างประเทศซึ่งสัตว์ป่าและพืชป่าที่ใกล้สูญพันธุ์ แต่หากพิจารณาจากนิยามคำว่า การค้า ภายใต้ CITES จะพบว่ามีความหมายครอบคลุมรวมถึงการควบคุมการส่งออกช้างซึ่งเป็นกิจกรรมหลักที่งานวิจัยนี้ศึกษาด้วย ดังนั้น พันธกรณีของ CITES จึงมีความสำคัญต่อการควบคุมการค้าช้างในประเทศไทยด้วย ดังจะได้กล่าวถึงในรายละเอียดต่อไป

ในการควบคุมการค้าช้างในประเทศไทย โดยจะนำเสนอภาพรวมกลไกการทำงานของอนุสัญญา พันธกรณีหลักของอนุสัญญาที่เกี่ยวกับการควบคุมการค้าช้างในประเทศไทย และแนวทางดำเนินการที่ไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายแต่เป็นเครื่องชี้วัดว่ารัฐสมาชิกดำเนินการสอดคล้องกับพันธกรณีหลักของอนุสัญญามากน้อยเพียงใด

3.1 ภาพรวมกลไกการทำงานของ CITES ที่เกี่ยวข้องกับการค้าช้าง

CITES เป็นความตกลงระหว่างประเทศที่มีลักษณะผสมผสานระหว่างความตกลงด้านการอนุรักษ์และความตกลงด้านการค้า²³ กลไกหลักของ CITES คือการกำหนดกำหนดบัญชีชนิดพันธุ์สัตว์ป่าและพืชป่าที่ใกล้จะสูญพันธุ์และกำหนดมาตรการควบคุมการค้าชนิดพันธุ์ในแต่ละบัญชีโดยมีการจัดแบ่งชนิดพันธุ์สัตว์ป่าและพืชป่าที่ใกล้จะสูญพันธุ์ ในขณะที่เดียวกัน CITES ได้จัดตั้งหน่วยงานดำเนินการภายในอนุสัญญาทั้งหน่วยงานดำเนินการกลางและหน่วยงานที่จะต้องมีการตั้งขึ้นโดยรัฐสมาชิก โดยองค์กรและคณะกรรมการที่อยู่ภายใต้ระบบการบริหารจัดการของอนุสัญญาประกอบด้วยองค์ประกอบต่าง ๆ เช่น สำนักงานเลขาธิการ (Secretariat) คณะกรรมการบริหาร (Standing Committee) คณะกรรมการด้านพืชและคณะกรรมการด้านสัตว์ (Plants Committee and Animals Committee) และองค์ประชุมภาคี (CITES Conference of the Parties: CITES CoP) ส่วนหน่วยงานที่ประเทศสมาชิกมีหน้าที่ดำเนินการจัดตั้ง ประกอบด้วยหน่วยงานบริหารจัดการ (Management Authority) ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการออกใบอนุญาตหรือหนังสือรับรองการส่งออกและนำเข้าตัวอย่างพันธุ์ของชนิดพันธุ์ที่อยู่ภายใต้บัญชีอนุสัญญาและหน่วยงานด้านวิทยาศาสตร์ (Scientific Authority) ซึ่งทำหน้าที่พิจารณาว่าควรมีการส่งออกตัวอย่างพันธุ์ของชนิดพันธุ์หนึ่ง ๆ หรือไม่ สำหรับประเทศไทยกรณีของการควบคุมการค้าช้างนั้น หน่วยงานที่ทำหน้าที่เป็นหน่วยงานบริหารจัดการและหน่วยงานด้านวิทยาศาสตร์ซึ่งทำหน้าที่หลักในการพิจารณาออกใบอนุญาตและหนังสือรับรอง ได้แก่ กรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่าและพันธุ์พืช (กรมอุทยานฯ)²⁴

ส่วนความเกี่ยวข้องกับการควบคุมการค้าช้างในประเทศไทยนั้น CITES ได้จำแนกชนิดพันธุ์สัตว์ป่าและพืชป่าที่อยู่ภายใต้ระบบควบคุมการค้าโดยพิจารณาจากระดับความเสี่ยงที่ใกล้สูญพันธุ์โดยใช้ระบบการกำหนดบัญชีชนิดพันธุ์สัตว์และพืชป่าออกเป็น 3 บัญชี (appendices) ในที่นี้จะกล่าวถึงเฉพาะหลักการเกี่ยวกับการค้าช้างในบัญชีที่ 1 เพราะเกี่ยวข้องกับการค้าช้างในประเทศไทย โดยสัตว์ป่าที่อยู่ภายใต้บัญชีที่ 1 (Appendix I) ได้แก่ บรรดาชนิดพันธุ์สัตว์ป่า (species) ที่ตกอยู่ในสภาวะถูกคุกคามจากการสูญพันธุ์ (species threatened with extinction) และตกอยู่ภายใต้ความเสี่ยงอย่างมากที่จะได้รับผลกระทบหากมีการอนุญาตให้ทำการค้าระหว่างประเทศได้ ดังนั้น การค้าตัวอย่างพันธุ์ซึ่งชนิดพันธุ์ในบัญชีที่ 1 จึงต้องอยู่ภายใต้ข้อกำหนดอย่างเข้มงวด (strict regulation) เพื่อไม่ทำให้ชนิดพันธุ์ดังกล่าวอยู่ในภาวะใกล้สูญพันธุ์²⁵ โดยการค้า (การนำเข้าส่งออก นำผ่าน และนำขึ้นมาจากทะเล) จะทำได้เฉพาะกรณีที่กำหนดเท่านั้น โดยปัจจุบันประชากรช้างเอเชียที่

²³ Michael Bowman, Peter Davies and Catherine Redgwell, *Lyster's International Wildlife Law*, 2nd ed. (Cambridge: Cambridge University Press 2010), 484.

²⁴ CITES, "Thailand," [online] Available from : www.cites.org/eng/cms/index.php/component/cp/country/TH. [10 January 2021]

²⁵ Article II 1 CITES

พบทั่วโลกและซ้างแอฟริกาที่พบในประเทศส่วนใหญ่ถือเป็นชนิดพันธุ์สัตว์ป่าที่ใกล้จะสูญพันธุ์ภายใต้บัญชีที่ 1 นี้²⁶ จึงทำให้ซ้างเข้าลักษณะเป็นตัวอย่างพันธุ์ในบัญชีที่ 1 ซึ่งอยู่ภายใต้มาตรการควบคุมการนำเข้าและส่งออกที่เข้มงวดตามไปด้วย

3.2 พันธกรณีหลักของอนุสัญญา

ในส่วนของพันธกรณีหลักของอนุสัญญาที่มีบทบาทในการควบคุมการค้าซ้างนั้น ได้กล่าวไปแล้วว่าซ้างเข้าลักษณะเป็นตัวอย่างพันธุ์ในบัญชีที่ 1 ดังนั้น มาตรการในการนำเข้าส่งออกซ้างจึงอยู่ภายใต้พันธกรณีหลักของอนุสัญญาที่ควบคุมกิจกรรมทั้งสองลักษณะอย่างจำกัดครั้งเคร่งตามไปด้วย โดย CITES อนุญาตให้รัฐภาคีมีสิทธิส่งออกและนำเข้าซ้างได้เมื่อหน่วยงานบริหารจัดการ (Management Authority) ของรัฐที่มีการส่งออกยินยอมออกใบอนุญาตส่งออก (export permit) หรือออกหนังสือรับรองการส่งออกซ้างที่เคยมีการนำเข้า (re-export certificate) ให้เฉพาะกรณีที่เข้าข้อยกเว้นเท่านั้น²⁷ โดยต้องปรากฏเป็นที่พอใจต่อ Management Authority ว่ากรณีที่มีการขออนุญาตส่งออกนั้น กิจกรรมดังกล่าวต้องไม่ส่งผลกระทบต่อคงจำนวนประชากรของซ้างในประเทศและไม่ขัดต่อกฎหมายภายในของประเทศนั้น²⁸ ในขณะเดียวกันต้องมีหลักฐานแนบเพื่อการพิจารณาด้วยว่าได้มีการอนุญาตให้นำซ้างจากประเทศปลายทางแล้ว²⁹ ส่วนการส่งออกซ้างที่เคยนำเข้ามาสามารถทำได้เมื่อปรากฏว่าการนำเข้าซ้างนั้นเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด³⁰

ส่วนข้อยกเว้นกรณีที่จะมีการส่งออกโดยไม่ต้องขออนุญาตจาก Management Authority นั้น CITES ได้วางข้อยกเว้นเอาไว้หลายประการ ในที่นี้จะยกมากล่าวถึงเฉพาะกรณีของกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับซ้างในฐานะของใช้ส่วนตัว (personal or household effects)³¹ ซึ่งหากพิจารณาเฉพาะกรณีซ้างในฐานะชนิดพันธุ์ในบัญชีที่ 1 แล้ว ข้อยกเว้นนี้ “ไม่ใช่กับ” กรณีที่มีการได้มาซึ่งซ้างนอกประเทศที่ผู้ถือครองซ้างนั้นพำนักและกำลังจะนำซ้างนั้นเดินทางกลับไปยังประเทศที่ตนมีถิ่นพำนัก ข้อยกเว้นดังกล่าวได้สร้างปัญหาในการตีความว่ากรณีเช่นใดที่ถือว่าเป็นของใช้ส่วนตัว และอาจเกิดปัญหาหากนักท่องเที่ยวต่างชาติซื้อกำไลงาช้างขณะมาท่องเที่ยวในประเทศไทย เช่นนี้ จะได้รับยกเว้นตามข้อยกเว้นในลักษณะดังกล่าวหรือไม่

²⁶ ปัจจุบันประชากรซ้างแอฟริกาที่พบในบางประเทศ ได้แก่ บอตสวานา นามิเบีย แอฟริกาใต้ และซิมบับเว ถูกกำหนดให้อยู่ในบัญชีที่ 2 เพื่อวางข้อกำหนดที่ผ่อนปรนให้มีการค้าซ้างแอฟริกาในประเทศเหล่านี้ระหว่างประเทศได้ เฉพาะในบางกรณี CITES กำหนด

²⁷ Article III 2 and 4 CITES

²⁸ Article III 2 (a) (c) CITES

²⁹ Article III 2 (d) CITES

³⁰ Article III 4 (a) CITES

³¹ Article VII para 3. CITES

เพื่อให้เกิดความชัดเจน ในคราวการประชุมสมัชชารัฐภาคีครั้งที่ 13 ที่ประชุมจึงได้มีข้อมติ³² เพื่อใช้เป็นแนวทางตีความประเด็นข้างต้น โดยตีความคำว่า ของใช้ส่วนตัวหรือของใช้ในครัวเรือน (personal or household effects) ที่จะได้รับยกเว้นว่าจำกัดเฉพาะกรณีของใช้ส่วนตัวหรือของใช้ในครัวเรือนที่มีการครอบครองโดยไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในเชิงพาณิชย์ (non-commercial purpose) โดยต้องได้รับการครอบครองมาโดยชอบด้วยกฎหมาย (legally-acquired) และผู้ครอบครองได้สวมใส่อยู่ในขณะที่มีการนำเข้า หรือนำออก (ส่งออก หรือส่งออกไปหลังจากที่ได้นำเข้ามา) กรณีที่เป็นของใช้ส่วนตัว หรือในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของการนำออกในฐานะส่วนหนึ่งของการเคลื่อนย้ายเครื่องครัวเรือน³³ เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ข้างต้นแล้วอาจสรุปได้ว่าการส่งออกทางช้างซึ่งเป็นชนิดพันธุ์ในบัญชีที่ 1 จะได้รับการยกเว้นเมื่อผู้ครอบครองได้ครอบครองช้างนั้นโดยชอบในขณะอาศัยอยู่ในประเทศที่ตนอยู่เป็นประจำและเดินทางเข้าไปยังอีกประเทศหนึ่งและเมื่อได้เดินทางกลับเข้าประเทศที่อาศัยอยู่ประจำแล้ว ก็ไม่ต้องขออนุญาตส่งออกและนำเข้าเช่นกัน ดังนั้น หากนักท่องเที่ยวต่างชาติเดินทางเข้ามาในประเทศไทยและได้ซื้องาโลงช้างเป็นของที่ระลึกแล้วต้องการนำงาดังกล่าวกลับไปยังประเทศของตน นักท่องเที่ยวผู้นั้นไม่มีสิทธิอ้างข้อยกเว้นว่างานั้นเป็นของใช้ส่วนตัวที่ไม่ต้องขออนุญาตส่งออก

นอกจากกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการควบคุมการค้าช้างที่ได้กล่าวไปแล้วในหัวข้อก่อน CITES ได้กำหนดพันธกรณีที่สำคัญอีกประการหนึ่งเพื่อควบคุมการค้าช้าง ได้แก่ การกำหนดให้รัฐภาคีมีหน้าที่ดำเนินมาตรการที่เหมาะสมเพื่อห้ามการค้าที่ไม่สอดคล้องกับระบบการควบคุมการค้าโดยกำหนดบทลงโทษเมื่อมีการค้าหรือครอบครองชนิดพันธุ์ที่อยู่ในบัญชีอนุสัญญา รวมทั้งกำหนดมาตรการในการตรวจค้น ยึดหรือให้ส่งคืนตัวอย่างพันธุ์ไปยังประเทศต้นทางการส่งออก เป็นต้น³⁴

3.3 แนวทางดำเนินการที่ไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมาย

นอกเหนือจากบรรดาพันธกรณีที่มีสภาพบังคับทางกฎหมายที่ปรากฏในในข้อบทของอนุสัญญาแล้ว ที่ประชุม CITES ยังได้วางกฎเกณฑ์ที่ไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมายโดยตรงแต่เป็นข้อเสนอแนะแนวทางให้รัฐพึงปฏิบัติด้วย โดยบรรดาคำแนะนำที่ไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมายมีจุดเด่นเพราะอาจกำหนดรายละเอียดการดำเนินการที่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ตามความเหมาะสมโดยไม่มีสภาพบังคับ หากรัฐภาคีไม่นำแนวทางที่แนะนำไปปฏิบัติ นอกจากนี้ คำแนะนำที่ปรากฏในรูปของข้อมติยังมีความสำคัญในการกระตุ้นให้รัฐภาคีควบคุมการค้าช้างที่เข้มงวดยิ่งไปกว่าพันธกรณีหลักที่ปรากฏในข้อบทต่าง ๆ ด้วย

³² ข้อมติที่ 13.7 (Conf. 13.7, Rev. Cop17) ข้อมตินี้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมในคราวประชุมสมัชชารัฐภาคีครั้งที่ 17 (17th meeting of the Conference of the Parties, Johannesburg (South Africa), 24 September-04 October 2016)

³³ Conf. 13.7, Rev. Cop17, para 1.

³⁴ Article VIII para 1. CITES

ในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงมาตรการเชิงแนะนำเกี่ยวกับการค้าช้างที่ปรากฏในข้อมติจากการประชุมครั้งที่ 10 [แก้ไขเพิ่มเติมในคราวประชุมครั้งที่ 18 (พ.ศ. 2562)] ว่าด้วยการค้าตัวอย่างพันธุ์ของช้าง (trade in elephant specimens)³⁵ ข้อมติที่กำหนดแนวทางดำเนินการเกี่ยวกับการค้าช้างโดยเฉพาะ โดยคำแนะนำในข้อมติดังกล่าวได้วางมาตรการดำเนินการที่มีมาตรฐานสูงกว่าพันธกรณีที่มีผลผูกพันทางกฎหมายที่ได้กล่าวไปแล้วในหัวข้อก่อน โดยอาจนำมาใช้เป็นแนวทางในการพัฒนากรอบการควบคุมการค้าช้างในประเทศไทย โดยอาจสรุปข้อแนะนำที่สำคัญ ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการศึกษานี้ ดังนี้

1) แนะนำให้รัฐต่าง ๆ ที่มีตลาดงาช้างในประเทศและทำให้เกิดการค้าช้างหรือค้างาช้างผิดกฎหมาย มีหน้าที่ดำเนินการทางกฎหมายที่จำเป็นเพื่อปิดตลาดการค้าภายในประเทศอย่างเร่งด่วน³⁶ โดยการปิดตลาดการค้าช้างนั้น อาจกำหนดข้อยกเว้นอย่างจำกัดได้ หากข้อยกเว้นเช่นนั้นไม่ทำให้เกิดการค้าช้างหรือค้างาช้างผิดกฎหมาย³⁷

2) แนะนำให้ประเทศที่มีอุตสาหกรรมและสลักงาช้าง ประเทศที่มีการค้าช้างทั้งที่ถูกกฎหมายและที่ยังไม่มีการควบคุมการค้าอย่างชัดเจน รวมทั้งประเทศที่มีงาช้างเก็บอยู่ (ซึ่งอาจไม่ได้มีข้อเท็จจริงปรากฏว่ามีการล่าช้างเพื่อตัวเองเหมือนกรณีตามข้อ 1) ดำเนินมาตรการ เช่น การออกกฎหมายควบคุมการค้าช้าง การลงทะเบียนงาช้างที่มีการผลิตผลิตภัณฑ์งาช้าง การค้าในประเทศทั้งรายใหญ่และรายย่อย นำเข้าหรือส่งออก รวมทั้งวางระบบการควบคุมดูแลกิจกรรมเกี่ยวกับงาช้าง เป็นต้น³⁸ ซึ่งปัจจุบันประเทศไทยใช้ระบบดำเนินการในลักษณะนี้

3) เรียกร้องให้รัฐภาคีรายงานสถานะของงาช้างที่มีในตลาดงาช้างภายในประเทศ รวมทั้งรายงานความคืบหน้าในการดำเนินการตามข้อมติ³⁹ โดยอาจรายงานความพยายามของรัฐในการปิดตลาดงาช้างด้วย³⁹

4) แนะนำให้รัฐภาคีปรับปรุงกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายให้มีความเหมาะสมกับการควบคุมการค้าช้าง⁴⁰

³⁵ ข้อมติได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมในภายหลังในคราวการประชุม CITES CoP 18 ในปี 2562

³⁶ Resolution Conf. 10.10 (Rev. CoP18) para 3.

³⁷ ibid para 4.

³⁸ ibid para 7.

³⁹ ibid para 9.

⁴⁰ ibid para 13.

4. ความสอดคล้องระหว่างนโยบายจำกัดการค้าช้างและกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน

นอกเหนือจากการคำนึงถึงพันธกรณีที่ประเทศไทยผูกพันภายใต้ CITES แล้ว การพิจารณาว่าประเทศไทยควรมีมาตรการควบคุมการห้ามค้าช้างที่เข้มงวดมากกว่าที่มีอยู่ในปัจจุบันหรือไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่า มาตรการที่มีอยู่ในกฎหมายปัจจุบันสามารถนำมาใช้รองรับ (implement) นโยบายห้ามการค้าช้างที่กล่าวไปแล้วในหัวข้อที่ 2 ได้มากน้อยเพียงใด โดยหากมาตรการในกฎหมายปัจจุบันมีข้อจำกัดที่อาจจำเป็นต้องนำ เสนอการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน

การวิเคราะห์ในหัวข้อนี้จะพิจารณาความสอดคล้องระหว่างนโยบายจำกัดการค้าช้างและกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน เริ่มจากการพิจารณาสถานะของช้างและงาช้าง การค้า การครอบครองและการส่งออกช้างตามลำดับ โดยแต่ละประเด็นจะแยกพิจารณาตามลักษณะของช้างที่กฎหมายควบคุม ได้แก่ ช้างป่าและช้างบ้าน ซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมในกฎหมายสองฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 และพระราชบัญญัติงาช้าง พ.ศ. 2558 โดยข้อค้นพบจากการวิเคราะห์ในหัวข้อนี้จะนำไปใช้พัฒนาข้อเสนอทางกฎหมายเพื่อใช้ดำเนินนโยบายในหัวข้อที่ 5 ต่อไป

4.1 สถานะของช้างและงาช้าง

การพิจารณาสถานะในทางกฎหมายของช้างและงาช้างในที่นี้หมายถึงการพิจารณาว่ากฎหมายจำแนกช้างและงาช้างไว้ในสถานะใดซึ่งการพิจารณาประเด็นนี้มีความสำคัญเนื่องจากกฎหมายกำหนดวัตถุประสงค์คุ้มครองแตกต่างกันไปตามลักษณะการจัดจำแนกและวัตถุประสงค์ในการใช้กฎหมายแต่ละฉบับ

4.1.1 ช้างป่าและงาช้างป่า

การพิจารณาสถานะของช้างป่าและงาช้างป่าตามพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 ได้ข้อสรุปว่าช้างอยู่ภายใต้นิยาม “สัตว์ป่า”⁴¹ เพราะช้างเป็นสัตว์ที่ตามปกติอาศัยและมีถิ่นกำเนิดโดยธรรมชาติในถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ และมีผู้ตั้งข้อสังเกตว่าแม้ว่ามนุษย์จะสามารถนำช้างป่ามาเลี้ยงให้เชื่องได้ ก็ไม่ได้ทำให้ช้างป่ากลายเป็นสัตว์เลี้ยงแต่อย่างใด⁴² เว้นแต่กรณีที่กฎหมายได้กำหนดหลักเกณฑ์เป็นพิเศษให้ช้างที่ถูกนำมาเลี้ยงโดยชอบด้วยกฎหมายมีสถานะเป็นช้างเลี้ยงและเมื่อช้างเป็นสัตว์ป่าโดยชาติกำเนิดก็ทำให้ช้างป่าเป็นสัตว์ป่าได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายฉบับนี้ไปด้วย

⁴¹ พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 มาตรา 4 กำหนดนิยาม “สัตว์ป่า” ว่าหมายถึง “สัตว์ทุกชนิดซึ่งโดยทั่วไปย่อมเกิดและดำรงชีวิตอยู่ในธรรมชาติอย่างเป็นอิสระ และให้หมายความรวมถึงไข่และตัวอ่อนของสัตว์เหล่านั้นด้วย แต่ไม่หมายความรวมถึงสัตว์พาหนะตามกฎหมายว่าด้วยสัตว์พาหนะ สัตว์ซึ่งได้รับการยอมรับในทางวิชาการว่าสายพันธุ์นั้นเป็นสัตว์บ้านไม่ใช่สัตว์ป่า และสัตว์ที่ได้มาจากการสืบพันธุ์ของสัตว์ดังกล่าว”

⁴² ยืนหยัด ไจสมุท, คำอธิบายรวมกฎหมายเกี่ยวกับป่าไม้และสัตว์ป่า, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2560) 289.

มีข้อถกเถียงในต่างประเทศว่าช้างควรถือว่าเป็นสัตว์เลี้ยง (domesticated animal) ได้หรือไม่ โดยนักวิชาการบางท่านเห็นว่าช้างมีสถานะเป็นสัตว์ป่าเสมอ และช้างที่ถูกนำมาเลี้ยงควรเรียกว่า ช้างที่ถูกจับมาเลี้ยง (captive elephant/elephants in captivity) มากกว่าช้างบ้าน บทความนี้จะใช้คำว่าช้างเลี้ยงหรือช้างบ้าน (domesticated elephant) ในความหมายที่หมายถึงช้างที่ถูกจับมาเลี้ยงและถูกฝึกให้เชื่องและได้ผ่านการจดทะเบียนตัวรูปพรรณเป็นสัตว์พาหนะตามกฎหมายไทย ดูตัวอย่างข้อถกเถียงจาก World Animal Protection, “The Myth of the Domesticated Elephant,” [online] Available from : www.worldanimalprotection.org.nz/news/myth-domesticated-elephant. [10 January 2021]

หากพิจารณาประเภทของสัตว์ป่าที่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 จะพบว่ากฎหมายได้จำแนกสัตว์ป่าที่ได้รับความคุ้มครองเป็น 4 กลุ่ม ประกอบด้วย สัตว์ป่าสงวน สัตว์ป่าคุ้มครอง สัตว์ป่าควบคุมและสัตว์ป่าอันตราย⁴³ หากพิจารณาหลักเกณฑ์การจำแนกสัตว์ป่าทั้ง 4 กลุ่มโดยละเอียดแล้วจะพบว่าช้างป่า ทั้งช้างเอเชีย (*Elephas maximus*) และช้างแอฟริกา (*Loxodonta africana*) อาจเป็นได้ทั้งสัตว์ป่าคุ้มครองและสัตว์ป่าควบคุม ซึ่งการที่ช้างป่ามีสถานะเช่นนั้นก็เนื่องจากปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 มากำหนดสถานะที่ชัดเจน ดังนั้น บทเฉพาะกาลของกฎหมายดังกล่าวจึงกำหนดให้สัตว์ป่าคุ้มครองตามกฎหมายกระทรวงที่ออกตามพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535 เป็นสัตว์ป่าคุ้มครองจนกว่าจะมีกฎกระทรวงตามมาตรา 7 ของพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 ใช้บังคับ ในขณะที่เดียวกันก็กำหนดให้สัตว์ป่าชนิดที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดห้ามนำเข้าหรือส่งออกตามมาตรา 23 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535 เป็นสัตว์ป่าควบคุมจนกว่าจะมีประกาศของรัฐมนตรีตามมาตรา 9 ของพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 ใช้บังคับ⁴⁴ และเมื่อพิจารณาจากกฎหมายลำดับรองทั้งสองฉบับนั้นเองทำให้ช้างป่ามีสถานะที่ทับซ้อนกันอยู่⁴⁵ อย่างไรก็ตาม รายงานการศึกษานี้ได้จำกัดกรอบการศึกษาวิเคราะห์สถานะของช้างป่าในฐานะ “สัตว์ป่าคุ้มครอง” เท่านั้น เนื่องจากกฎหมายได้กำหนดมาตรการสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าคุ้มครองไว้อย่างเข้มงวดกว่าการดำเนินการต่อสัตว์ป่าควบคุม ซึ่งการวิเคราะห์ความสอดคล้องกับนโยบายการห้ามค้าช้างควรพิจารณาเทียบกับมาตรการทางกฎหมายที่มีความเข้มงวดกว่าเป็นสำคัญ นอกจากนี้การพิจารณาช้างป่าในฐานะสัตว์ป่าคุ้มครองเพียงอย่างเดียวจะช่วยให้การพิจารณาแนวทางการวิเคราะห์มีความเป็นเอกภาพและชัดเจนมากกว่าการวิเคราะห์สถานะของช้างป่าทั้งในฐานะสัตว์ป่าคุ้มครองและสัตว์ป่าควบคุม

⁴³ พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 มาตรา 4 กำหนดนิยามสัตว์ป่าทั้ง 4 กลุ่มเอาไว้ว่า

“สัตว์ป่าสงวน” หมายความว่า สัตว์ป่าหายากหรือสัตว์ป่าที่ใกล้สูญพันธุ์จำเป็นต้องสงวนและอนุรักษ์ไว้อย่างเข้มงวดตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้

“สัตว์ป่าคุ้มครอง” หมายความว่า สัตว์ป่าที่มีความสำคัญต่อระบบนิเวศ หรือจำนวนประชากรของสัตว์ป่าชนิดนั้นมีแนวโน้มลดลงอันอาจส่งผลกระทบต่อระบบนิเวศ ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้

“สัตว์ป่าควบคุม” หมายความว่า สัตว์ป่าที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศซึ่งชนิดสัตว์ป่าและพืชป่าที่ใกล้สูญพันธุ์ และสัตว์ป่าอื่นที่ต้องมีมาตรการควบคุมที่เหมาะสมตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้

“สัตว์ป่าอันตราย” หมายความว่า สัตว์ป่าที่อาจก่อให้เกิดอันตรายหรือเป็นพิษต่อมนุษย์หรือสัตว์ป่าอื่น หรือมีผลคุกคามให้สัตว์ป่า พืชป่า สิ่งแวดล้อม หรือระบบนิเวศ เปลี่ยนแปลงเสียหายอย่างรวดเร็ว หรือเป็นพาหะนำโรคหรือแมลงศัตรูพืชตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้”

⁴⁴ เนื่องจาก ณ เวลาที่ทำการศึกษายังไม่มีกรอบกฎหมายลำดับรองเพื่อกำหนดรายละเอียดมาตรการทางกฎหมายหลายเรื่องภายใต้พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 และบทเฉพาะกาลของกฎหมายฉบับนี้กำหนดให้บรรดากฎหมายลำดับรองที่ออกตามพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535 ยังมีผลบังคับอยู่ จึงทำให้การพิจารณามาตรการบางเรื่องที่เกี่ยวข้องกับช้างป่าและช้างป่าอาจต้องกล่าวถึงหลักการที่ปรากฏในพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535 และกฎหมายลำดับรองด้วย

⁴⁵ กรณีที่กำหนดให้ช้างป่าเป็นสัตว์ป่าคุ้มครอง ตามกฎกระทรวงกำหนดให้สัตว์ป่าบางชนิดเป็นสัตว์ป่าคุ้มครอง พ.ศ. 2546 ซึ่งกำหนดให้ช้างเอเชีย (*Elephas maximus*) เป็นสัตว์ป่าคุ้มครองลำดับที่ 127 ของสัตว์ป่าจำพวกสัตว์เลี้ยงลูกด้วยนม (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 120 ตอนที่ 75 ก หน้า 1 วันที่ 1 สิงหาคม 2546) และกฎกระทรวงกำหนดให้สัตว์ป่าบางชนิดเป็นสัตว์ป่าคุ้มครอง (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2558 ซึ่งกำหนดให้ช้างแอฟริกา (*Loxodonta africana*) เป็นสัตว์ป่าคุ้มครองลำดับที่ 202 ของสัตว์ป่าจำพวกสัตว์เลี้ยงลูกด้วยนม (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 132 ตอนที่ 2 ก หน้า 10 วันที่ 13 มกราคม 2558)

กรณีที่กำหนดให้ช้างป่าเป็นสัตว์ป่าควบคุม คุบัญญัติย้ายประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง กำหนดชนิดสัตว์ป่า ชากของสัตว์ป่า และผลิตภัณฑ์ที่ทำจากซากของสัตว์ป่าที่ห้ามนำเข้าหรือส่งออก ลงวันที่ 12 เมษายน 2560 (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 134 ตอนที่ 112 ง หน้า 4 วันที่ 14 เมษายน 2560) ซึ่งกำหนดให้ช้างเอเชียและช้างแอฟริกาเป็นสัตว์ป่าที่ห้ามนำเข้าหรือส่งออกและเข้าลักษณะเป็นสัตว์ป่าควบคุมตามนิยามภายใต้กฎหมายฉบับปัจจุบัน

ส่วนสถานะของงาช้างป่านั้น อาจเข้าลักษณะเป็นได้ทั้ง “ซากสัตว์ป่า” หรือ “ผลิตภัณฑ์จากซากสัตว์ป่า”⁴⁶ โดยขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงว่ามีการเปลี่ยนแปลงลักษณะของงาช้างนั้นให้ผิดไปจากรูปร่างเดิมมากน้อยเพียงใด ซึ่งโดยหลักแล้วงาช้างดิบที่ยังไม่ผ่านการแปรรูปหรือตัดแต่งย่อมเข้าลักษณะเป็นซากสัตว์ป่า แต่หากมีการนำงาช้างไปทำเป็นเครื่องประดับ เช่น กำไลข้อมือและแหวน เป็นต้น งาช้างนั้นย่อมอยู่ภายใต้นิยาม “ผลิตภัณฑ์จากซากสัตว์ป่า” นอกจากนี้ เมื่อช้างเป็นสัตว์ป่าคุ้มครอง งาช้างอาจเข้าลักษณะเป็นได้ทั้ง “ซากสัตว์ป่าคุ้มครอง” หรือ “ผลิตภัณฑ์จากซากของสัตว์ป่าคุ้มครอง”

4.1.2 ช้างเลี้ยงและงาช้างเลี้ยง

ส่วนการพิจารณาสถานะของช้างเลี้ยงและงาช้างเลี้ยงนั้นทำได้ง่ายกว่าการพิจารณาสถานะของช้างป่าและงาช้างป่าเพราะพระราชบัญญัติงาช้าง พ.ศ. 2558 กำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนว่าช้างและงาช้างที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายฉบับนี้จะต้องเป็นช้างที่เป็นสัตว์พาหนะตามกฎหมายว่าด้วยสัตว์พาหนะและงาช้างที่อาจขออนุญาตค้าได้ตามกฎหมายฉบับนี้ต้องเป็นงาช้างที่ได้จากช้างดังกล่าว โดยช้างที่เป็นสัตว์พาหนะนั้นจะต้องเป็นช้างที่ได้ผ่านการขึ้นทะเบียนตัวรูปพรรณสัตว์พาหนะภายใต้หลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในพระราชบัญญัติสัตว์พาหนะ พุทธศักราช 2482 รวมทั้งจะต้องผ่านการตรวจสอบและบันทึกรหัสพันธุกรรม (DNA)⁴⁷ โดยช้างเลี้ยงที่มีสิทธิได้รับการจดทะเบียนตามกฎหมายฉบับนี้ต้องเป็นช้างเลี้ยงที่มีอายุย่างเข้าปีที่แปด⁴⁸ โดยเมื่อได้รับการจดทะเบียนสัตว์พาหนะแล้ว เจ้าของช้างย่อมมีสิทธิครอบครอง โอน ค้า นำเข้าและส่งออกงาช้างตามหลักเกณฑ์และวิธีการในพระราชบัญญัติงาช้าง พ.ศ. 2558

ส่วนงาช้างเลี้ยงนั้น พระราชบัญญัติงาช้าง พ.ศ. 2558 ไม่ได้จำแนกงาช้างดิบและงาช้างแปรรูปหรือผลิตภัณฑ์งาช้างของช้างเลี้ยงออกจากกัน โดยงาช้างลักษณะดังกล่าวอยู่ภายใต้นิยามงาช้าง โดยหมายถึง งา ขนยา หรือผลิตภัณฑ์ที่ทำมาจากงาหรือขนยาของช้าง ทั้งที่ยังมีชีวิตหรือที่ตายแล้ว⁴⁹

⁴⁶ พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 มาตรา 4 นิยามว่า “ซากสัตว์ป่า” หมายความว่า “ร่างกาย หรือส่วนของร่างกายของสัตว์ป่าที่ตายแล้วหรือเนื้อของสัตว์ป่า ไม่ว่าจะดิบหรือ ต้ม รม ย่าง ตากแห้ง หมัก ดอง หรือทำอย่างอื่นเพื่อไม่ให้เน่าเปื่อย และไม่ว่าจะชำแหละ แยกออก หรืออยู่ในร่างของสัตว์ป่านั้น และให้หมายความรวมถึงเขา หนัง กระดุก กะโหลก ฟัน งา ขนยา ขน เกล็ด เล็บ กระดอง เปลือก เลือด น้ำเหลือง น้ำเชื้อ หรือส่วนต่างๆ ของสัตว์ป่าที่แยกออกจากร่างของสัตว์ป่าไม่ว่าจะยังมีชีวิตหรือตายแล้ว”

ส่วน “ผลิตภัณฑ์จากซากสัตว์ป่า” นั้นกฎหมาย “ให้หมายความรวมถึงอนุพันธ์หรือสิ่งอื่นใดที่ได้มาจากสัตว์ป่าหรือซากของสัตว์ป่าที่ตรวจสอบหรือจำแนกได้โดยเอกสารกำกับ บรรจุภัณฑ์ เครื่องหมาย ฉลาก หรืออื่น ๆ ว่าเป็นของสัตว์ป่าชนิดนั้น ๆ ทั้งนี้ ตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด”

⁴⁷ คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 60/2559 เรื่อง มาตรการป้องกันการนำงาช้างป่ามาสวมสิทธิเป็นช้างบ้าน (ลงวันที่ 28 กันยายน พุทธศักราช 2559) (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 134 ตอนพิเศษ 112 ง ลงวันที่ 28 กันยายน 2559 หน้า 96)

⁴⁸ มาตรา 8 พระราชบัญญัติสัตว์พาหนะ พุทธศักราช 2482

⁴⁹ มาตรา 3 พระราชบัญญัติงาช้าง พ.ศ. 2558

4.2 การค้างาช้าง

ส่วนการศึกษากฎหมายควบคุมการค้างาช้าง อาจแยกพิจารณาตามประเภทของงาช้างได้ดังนี้

4.2.1 งาช้างป่า

บทบัญญัติที่กำหนดมาตรการควบคุมการค้างาช้างป่าได้แก่มาตรา 29 ที่บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดค้าสัตว์ป่าสงวน สัตว์ป่าคุ้มครอง ซากสัตว์ป่าดังกล่าว หรือผลิตภัณฑ์จากซากสัตว์ป่าดังกล่าว” ซึ่งจากบทบัญญัติข้างต้น จะเห็นว่าเมื่อช้างเป็นสัตว์ป่าคุ้มครอง ในขณะที่เดียวกันงาช้างดิบและงาช้างแปรรูปก็เข้าลักษณะเป็นซากสัตว์ป่าและผลิตภัณฑ์จากซากสัตว์ป่าคุ้มครอง ซึ่งบทบัญญัติมาตรา 29 วางข้อกำหนดห้ามค้าซากสัตว์ป่าและผลิตภัณฑ์จากซากสัตว์ป่าคุ้มครองอย่างเด็ดขาด โดยไม่มีข้อยกเว้นใด ๆ กรณีจึงอาจสรุปได้ว่าพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 ได้กำหนดมาตรการห้ามการค้างาช้างป่าเอาไว้อย่างเด็ดขาดแล้ว

มีข้อสังเกตว่าหากเทียบกับนิยามคำว่าค้าตามพระราชบัญญัติงาช้าง พ.ศ. 2558 ซึ่งใช้กับการค้างาช้างเลี้ยงจะเห็นว่าขอบเขตกิจกรรมที่อยู่ภายใต้ค่านิยามการค้าภายใต้พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 มีความหมายกว้างกว่าโดยครอบคลุมการ “ซื้อ ขาย แลกเปลี่ยน จำหน่าย จ่าย แจก หรือโอนกรรมสิทธิ์ ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในทางการค้า และให้หมายความรวมถึงมีหรือแสดงไว้ซึ่งสัตว์ป่า ซากสัตว์ป่า หรือ ผลิตภัณฑ์จากซากสัตว์ป่าเพื่อการค้า การประกาศหรือโฆษณาหรือนำเสนอทางสื่อโทรทัศน์ วิทยุ สิ่งพิมพ์ ระบบเทคโนโลยีสารสนเทศ หรือสื่อใด ๆ เพื่อการค้าด้วย”⁵⁰ ซึ่งการขยายหลักการรวมถึงการมีงาช้างไว้เพื่อประโยชน์ทางการค้า ทำให้ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ได้ตรวจพบงาช้างแปรรูปจำนวนมากอยู่ในร้านขายของที่ระลึกร้านหนึ่ง เช่นนี้เจ้าหน้าที่ย่อมมีอำนาจจับกุมเจ้าของร้านขายของที่ระลึกในฐานะเป็นผู้ค้างาช้างผิดกฎหมายได้ แม้ว่าเจ้าหน้าที่จะไม่ได้พบเห็นขณะมีการซื้อขายและส่งมอบงาช้างก็ตาม ในขณะเดียวกันการขยายนิยามคำว่า “ค้า” ให้รวมไปถึงการประกาศหรือโฆษณาหรือนำเสนอทางระบบเทคโนโลยีสารสนเทศ หรือสื่อใด ๆ ถือเป็น การเปิดช่องให้เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจดำเนินคดีกับการลักลอบค้างาช้างออนไลน์ซึ่งก็ถือว่าเป็นผลดีต่อการปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับสัตว์ป่าซึ่งเป็นปัญหาสำคัญที่เกิดขึ้นในประเทศไทย ด้วย

อย่างไรก็ตาม คำว่า “ค้า” ยังคงมีปัญหาในการตีความว่าการกระทำ “เพื่อการค้า” นั้นจำเป็นต้องทำ “เป็นปกติธุระ” หรือไม่ โดยนักกฎหมายบางท่านเห็นว่าหากเป็นการซื้อขายซากสัตว์ป่าเป็นครั้งคราวย่อมไม่เข้ากรณีที่จะเป็นการค้าซากสัตว์ป่าโดยการค้าซากสัตว์ป่าต้องทำในลักษณะเป็นอาชีพ การตีความเช่นนี้ทำให้การพิจารณาคำว่า “ค้า” ภายใต้พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 เป็นไปในแนวทางเดียวกับนิยาม “ค้า” ภายใต้พระราชบัญญัติงาช้าง พ.ศ. 2558 ซึ่งใช้คำว่า “ทำเป็นปกติและเพื่อประโยชน์ในทางการค้า” เป็นองค์ประกอบส่วนหนึ่งของคำว่า “ค้า” อย่างไรก็ตาม บุคคลเช่นว่านั้นอาจมีความผิดฐานอื่น ๆ เช่น หากนายพรานเป็นผู้ล่าช้างเพื่อนำมาขายย่อมมีความผิดในฐานะเป็นผู้ล่าสัตว์ป่าเพื่อให้ได้มาซึ่งซากสัตว์ป่าหรือเป็นผู้กระทำความผิดฐานครอบครองซากสัตว์ป่า⁵¹

⁵⁰ มาตรา 4 พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562

⁵¹ ยืนหยัด ใจสมุทร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 42, 522 และ 323.

4.2.2 งาช้างเลี้ยง

ส่วนกรณีการค้ำงาช้างเลี้ยงซึ่งอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติงาช้าง พ.ศ. 2558 นั้น มาตรา 4 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ผู้ใดประสงค์จะค้ำงาช้าง ให้ยื่นคำขออนุญาตต่ออธิบดี” ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่ไม่ได้กำหนดมาตรการห้ามการค้ำงาช้างอย่างสิ้นเชิง แต่ใช้ระบบการขออนุญาตหรือการออกใบอนุญาตเป็นมาตรการควบคุมการค้ำงาช้าง ซึ่งแตกต่างจากบทบัญญัติในพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 มาตรา 29 ที่ห้ามค้ำงาช้างอย่างเด็ดขาด โดยหลักการในมาตรา 4 ดังกล่าวนั้นสะท้อนแนวคิดที่ยอมรับการค้ำงาช้างเลี้ยงเพื่อให้เกิดความชัดเจนว่างาช้างเลี้ยงนั้นเป็นวัตถุที่สามารถซื้อขายได้ ทั้งนี้ ก็เนื่องจากก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติงาช้าง พ.ศ. 2558 นั้น ไม่มีหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้โดยเฉพาะ การกำหนดหลักเกณฑ์เช่นนี้ก็เท่ากับเป็นการยอมรับว่าประเทศไทยมีตลาดการค้ำงาช้างที่ถูกกฎหมายอยู่ด้วย และเป็นการสะท้อนนโยบายว่าหากประเทศไทยต้องการปิดตลาดการค้ำงาช้างในประเทศอย่างสิ้นเชิงในอนาคตก็ต้องมีการแก้ไขหรือยกเลิกหลักการในมาตรา 4 นี้ด้วย

หากพิจารณาเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ที่ห้ามการค้ำงาช้างป่า จุดที่อาจถือเป็นข้อแตกต่างของหลักกฎหมายควบคุมการค้ำงาช้างภายใต้พระราชบัญญัติงาช้าง พ.ศ. 2558 และพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 ได้แก่ การควบคุมการค้ำงาช้างป่าเป็นไปอย่างกว้างขวาง เพราะคำว่า “ค้ำ” ครอบคลุมไปถึงกรณีการมีไว้ในครอบครองเพื่อการค้ำ และกรณีที่ไม่มีงาช้างอยู่จริง ๆ แต่ได้มีการประกาศหรือโฆษณาทางสื่อต่าง ๆ เพื่อการค้ำ เช่น การลงโฆษณาขายงาช้างป่าในสื่อสังคมออนไลน์ ก็เข้าข่ายกรณีการค้ำด้วย กรณีนี้อาจตีความได้ว่าพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 มุ่งประสงค์ที่จะปราบปรามอาชญากรรมด้านการค้าสัตว์ป่าอย่างจริงจัง ในขณะที่บทบัญญัติในพระราชบัญญัติงาช้าง พ.ศ. 2558 มีเจตนารมณ์ที่จะวางระบบควบคุมการค้ำงาช้างในเชิงพาณิชย์ที่เป็นกิจจะลักษณะเท่านั้น ความแตกต่างดังกล่าวทำให้เกิดข้อพิจารณาว่าควรมีการประสานให้หลักการในกฎหมายทั้งสองฉบับเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันหรือไม่ เพราะหากไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันก็อาจทำให้เกิดปัญหาในการแยกหรือพิสูจน์ว่า งาช้างที่ตรวจพบ หรือที่มีการขายให้นักท่องเที่ยวต่างชาตินั้นเป็นงาช้างเลี้ยงหรืองาช้างป่า โดยจะได้กล่าวถึงความจำเป็นในการรวมกฎหมายทั้งสองฉบับในหัวข้อที่ 5 อีกครั้ง

4.3 การครอบครองงาช้าง

เนื่องจากกิจกรรมการค้ำงาช้างนั้นรวมไปถึงการครอบครองของผู้ค้ำงาช้างก่อนการส่งมอบให้ผู้ซื้อ และการครอบครองของผู้ซื้อหลังจากรับโอนงาช้างด้วย ทำให้มีความจำเป็นต้องพิจารณาว่ามีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ควบคุมการครอบครองงาช้างอย่างไรและหลักเกณฑ์ดังกล่าวมีช่องโหว่หรือไม่อย่างไร ในขณะที่วงวนการพิจารณาประเด็นดังกล่าวจะช่วยไขคำตอบของปัญหาที่ว่า หากมีการครอบครองงาช้างโดยมุ่งจะนำไปขาย โดยไม่ได้ทำเป็นปกติธุระ จะถือว่ามีคุณสมบัติฐานค้ำงาช้างหรือครอบครองงาช้าง นอกจากนี้ การทำความเข้าใจเรื่องการครอบครองงาช้างจะช่วยสร้างความกระจ่างว่าหากเจ้าหน้าที่ตำรวจพบนักท่องเที่ยวครอบครองผลิตภัณฑ์งาช้างโดยไม่มีใบอนุญาตครอบครอง เช่นนี้ เจ้าหน้าที่จะมีอำนาจตรวจยึดได้หรือไม่ เพียงใดด้วย

4.3.1 งาช้างจากช้างป่า

การครอบครองงาช้างป่าอาจจำแนกได้เป็นการครอบครองเพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้า ซึ่งอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เรื่องการค้างงาช้างที่ได้กล่าวไปในหัวข้อก่อน และการครอบครองที่ไม่เข้าลักษณะครอบครองเพื่อการค้า แต่มีความเชื่อมโยงกับการกระทำที่เป็นการค้าซึ่งจะได้วิเคราะห์ในหัวข้อนี้ ในที่นี้จะพิจารณาจากตัวอย่างการครอบครองงาช้างของนักท่องเที่ยว

นักท่องเที่ยวอาจได้งาช้างมาครอบครองจากการซื้อผลิตภัณฑ์งาช้างป่าที่ผู้ล่าช้างเองได้แปรรูปงาช้างนั้นแล้วขายให้ หรืออาจซื้องาช้างจากร้านขายของที่ระลึกที่มีการนำผลิตภัณฑ์งาช้างป่ามาขายปะปนงาช้างเลี้ยงที่มีใบอนุญาตค้า ต่อประเด็นดังกล่าวพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 ได้กำหนดหลักเกณฑ์การครอบครองงาช้างในมาตรา 17 โดยห้ามมิให้ผู้ใดครอบครองสัตว์ป่าสงวนและสัตว์ป่าคุ้มครองหรือซากของสัตว์ป่าดังกล่าว หากตีความว่างาช้างป่าเป็นซากสัตว์ป่าคุ้มครอง ก็ย่อมเป็นการต้องห้ามมิให้ครอบครองซึ่งการฝ่าฝืนข้อห้ามนี้ถือเป็นความผิดอาญา เว้นแต่เข้าข้อยกเว้นที่กฎหมายอนุญาต เช่น การครอบครองซากสัตว์ป่าคุ้มครองที่เพาะพันธุ์ได้⁵² ซึ่งภายใต้หลักเกณฑ์กฎหมายปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายกำหนดให้ช้างป่าเป็นสัตว์ป่าคุ้มครองที่เพาะพันธุ์ได้ กรณีจึงไม่อาจครอบครองงาช้างป่าในฐานะซากสัตว์ป่าคุ้มครองตามมาตรา 17 ได้

ประเด็นที่เป็นช่องโหว่ของกฎหมายควบคุมการครอบครองงาช้างป่าได้แก่ปัญหาที่ว่าพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 ไม่ได้ห้ามการครอบครองผลิตภัณฑ์จากซากสัตว์ป่าคุ้มครอง ดังนั้น หากมีการล่าช้างป่าแล้วนำมาแปรรูปเป็นเครื่องประดับ เช่น กำไล แหวน หรือต่างหู ผลิตภัณฑ์ดังกล่าวจึงไม่เข้าลักษณะการเป็นซากของสัตว์ป่าคุ้มครอง แต่เข้าลักษณะเป็นผลิตภัณฑ์จากซากของสัตว์ป่าคุ้มครอง และต่อมาหากมีผู้เก็บผลิตภัณฑ์งาช้างซึ่งตกหล่นได้ หรือมีการนำผลิตภัณฑ์ดังกล่าวมาจำหน่ายให้นักท่องเที่ยวต่างชาติ กรณีเช่นนี้ แม้ว่าผู้ขายอาจมีความผิดฐานล่าสัตว์ป่าคุ้มครองหรือค้าซากสัตว์ป่าคุ้มครอง⁵³ แต่เมื่อได้ขายและส่งมอบให้นักท่องเที่ยว การครอบครองผลิตภัณฑ์งาช้างของนักท่องเที่ยวย่อมไม่เป็นความผิดเพราะกฎหมายไม่ได้ห้ามการครอบครองผลิตภัณฑ์จากซากของสัตว์ป่าคุ้มครอง (เครื่องประดับที่ทำจากงาช้าง)⁵⁴ อย่างไรก็ตาม นักท่องเที่ยวจะนำเครื่องประดับนั้นออกนอกประเทศได้หรือไม่จะต้องพิจารณาแยกต่างหากอีกส่วนหนึ่งในหัวข้อการส่งออกงาช้างป่า

⁵² มาตรา 18 พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562

⁵³ การล่าสัตว์ป่าคุ้มครองเป็นความผิดตามมาตรา 12 ประกอบมาตรา 89 ส่วนการค้าซากสัตว์ป่าหรือผลิตภัณฑ์จากซากสัตว์ป่าคุ้มครองเป็นความผิดตามมาตรา 29 ประกอบมาตรา 89 พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562

⁵⁴ นัยทางกฎหมายของการตีความเช่นนี้คือ หากมีการแปรรูปซากสัตว์ป่าสงวนหรือสัตว์ป่าคุ้มครองไปเป็นผลิตภัณฑ์จากซากสัตว์ป่าดังกล่าวแล้ว ผู้รับโอนผลิตภัณฑ์จากซากสัตว์ป่าย่อมไม่มีความผิด ซึ่งหมายความว่าหลักเกณฑ์ภายใต้พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 ยังคงมีข้อจำกัดในการควบคุมการค้าผลิตภัณฑ์งาช้างภายในประเทศ (domestic trade) อยู่

4.3.2 งาช้างเลี้ยง

เช่นเดียวกับหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการค้างาช้างเลี้ยงซึ่งได้พิจารณาในหัวข้อ 4.2.2 พระราชบัญญัติงาช้าง พ.ศ. 2558 ไม่ได้ห้ามการครอบครองงาช้างเลี้ยง หากแต่วางมาตรการควบคุมการครอบครองงาช้างที่ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าไว้ในลักษณะผ่อนปรนกว่าการค้างาช้าง โดยกำหนดให้ผู้ครอบครองงาช้างเลี้ยงที่ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการค้าแจ้งการครอบครองพร้อมเอกสารการได้มาซึ่งงาช้างตามกฎหมายว่าด้วยสัตว์พาหนะต่ออธิบดีกรมอุทยานฯ (อธิบดีฯ) ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด⁵⁵ ซึ่งหน้าที่แจ้งในลักษณะดังกล่าวนี้รวมไปถึงกรณีของผู้ครอบครองงาช้างเพื่อการดังกล่าวประสงค์จะโอนการครอบครอง เปลี่ยนแปลงสถานที่ครอบครอง แปรสภาพ หรือเปลี่ยนรูปร่างงาช้างที่อยู่ในความครอบครอง⁵⁶ ซึ่งแตกต่างจากการครอบครองที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าที่กฎหมายกำหนดมาตรการให้จะต้องดำเนินการขออนุญาต อย่างไรก็ตาม การกำหนดให้ผู้ครอบครองงาช้างต้องแจ้งการครอบครองในบางกรณีอาจสร้างความยุ่งยากและไม่มีความจำเป็น พระราชบัญญัติงาช้าง พ.ศ. 2558 จึงได้วางข้อผ่อนปรนเอาไว้ด้วยว่าหากเป็นการครอบครองงาช้างที่ไม่ใช่เพื่อการค้าและงาช้างนั้นมีลักษณะหรือขนาดที่รัฐมนตรี ประกาศกำหนดก็อาจไม่ต้องแจ้งการครอบครองก็ได้ ข้อยกเว้นในลักษณะดังกล่าวนี้มีลักษณะทำนองเดียวกับข้อยกเว้นสำหรับงาช้างที่เป็นของใช้ส่วนตัวหรือของใช้ในครัวเรือน ซึ่งเป็นข้อยกเว้นภายใต้ CITES⁵⁷

หากพิจารณาเปรียบเทียบกฎหมายในการควบคุมการครอบครองงาช้างป่าและงาช้างเลี้ยงภายใต้กฎหมายทั้งสองฉบับแล้วจะพบความลักลั่นบางประการ กล่าวคือพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 กำหนดมาตรการครอบครองงาช้างที่เป็นซากสัตว์ป่าคุ้มครองไว้เคร่งครัดกว่างาช้างเลี้ยงที่อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์พระราชบัญญัติงาช้าง พ.ศ. 2558 เพราะพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 ห้ามครอบครองซากสัตว์ป่าคุ้มครองค่อนข้างเด็ดขาด ในขณะที่พระราชบัญญัติงาช้าง พ.ศ. 2558 กำหนดให้ผู้ครอบครองมีหน้าที่เพียงแจ้งการครอบครองเท่านั้น⁵⁸

ในทางตรงกันข้ามหากพิจารณาระบบการควบคุมงาช้างแปรรูป หรือผลิตภัณฑ์จากงาช้างภายใต้กฎหมายทั้งสองฉบับจะพบว่าพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 ไม่ได้ห้ามการครอบครองผลิตภัณฑ์จากงาช้างป่า (ในฐานะผลิตภัณฑ์จากซากสัตว์ป่าคุ้มครอง) แต่พระราชบัญญัติงาช้าง พ.ศ. 2558 กลับควบคุมการครอบครองงาช้างแปรรูปผ่านกลไกการแจ้งการครอบครอง ซึ่งนัยทางกฎหมายจากความแตกต่างดังกล่าว

⁵⁵ มาตรา 6 พระราชบัญญัติงาช้าง พ.ศ. 2558

⁵⁶ มาตรา 7 พระราชบัญญัติงาช้าง พ.ศ. 2558

⁵⁷ ดูคำอธิบายในหัวข้อ 3.2

⁵⁸ เว้นแต่การครอบครองงาช้างที่ไม่ใช่เพื่อการค้าและงาช้างนั้นมีลักษณะหรือขนาดที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดก็อาจไม่ต้องแจ้งการครอบครองก็ได้ ซึ่งปัจจุบันงาช้างที่เข้าลักษณะได้รับการยกเว้นไม่ต้องแจ้งการครอบครองก็เช่นผลิตภัณฑ์ที่ทำมาจากงาช้างเพื่อการใส่สายส่วนตัว การใส่สายในครัวเรือน หรือการใส่สายทั่วไปที่ไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าที่อยู่ในความครอบครองของบุคคลทั่วไป ประเภทละไม่เกิน 2 ชิ้นต่อคน รวมทุกประเภทไม่เกิน 4 ชิ้นต่อคน และทั้งครัวเรือนรวมแล้วไม่เกิน 12 ชิ้นต่อครัวเรือน และน้ำหนักรวมไม่เกิน 0.5 กิโลกรัมต่อครัวเรือน (ประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง ลักษณะและขนาดงาช้างที่ได้รับยกเว้นการแจ้งการครอบครอง พ.ศ. 2558 (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 132 ตอนที่พิเศษ 30 ง หน้า 6 วันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2558) แก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง ลักษณะและขนาดงาช้างที่ได้รับยกเว้นการแจ้งการครอบครอง (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558 (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 132 ตอนที่พิเศษ 136 ง หน้า 4 วันที่ 16 มิถุนายน 2558)

ย่อมหมายความว่า การครอบครองงาช้างเลี้ยงสามารถตรวจสอบติดตามได้อย่างเป็นระบบกว่าการตรวจสอบติดตามงาช้างป่า เพราะการครอบครอง “ผลิตภัณฑ์จากงาช้างป่า” นั้นยังคงขาดระบบติดตามและยังคงสามารถครอบครองได้โดยไม่เป็นความผิด

4.4 การส่งออกงาช้าง

เช่นเดียวกับการพิจารณากฎหมายควบคุมการค้าและการครอบครองงาช้าง กฎหมายควบคุมการส่งออกงาช้างอาจแยกพิจารณาตามประเภทของงาช้างได้ดังนี้

4.4.1 งาช้างจากช้างป่า

หลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดควบคุมการส่งออกงาช้างภายใต้พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 ปรากฏในมาตรา 23 ความว่า

“ผู้ใดจะนำเข้าหรือส่งออกซึ่งสัตว์ป่าคุ้มครอง สัตว์ป่าคุ้มครองที่เพาะพันธุ์ได้ สัตว์ป่าคุ้มครอง ซากสัตว์ป่าดังกล่าว หรือผลิตภัณฑ์จากซากสัตว์ป่าดังกล่าว ต้องได้รับใบอนุญาตจากอธิบดี

การอนุญาตตามวรรคหนึ่ง ในกรณีเป็นสัตว์ป่าคุ้มครอง หรือซากสัตว์ป่าคุ้มครอง จะกระทำได้เฉพาะกรณีที่เป็นกรกระทำเพื่อกิจการสวนสัตว์ของผู้รับใบอนุญาตจัดตั้งและประกอบกิจการสวนสัตว์ตามมาตรา 33 หรือสวนสัตว์ที่หน่วยงานของรัฐจัดตั้งตามหน้าที่

ความในวรรคหนึ่งมิให้ใช้บังคับแก่การนำเข้าหรือส่งออกซึ่งซากสัตว์ป่าคุ้มครอง ซากสัตว์ป่าคุ้มครอง และผลิตภัณฑ์จากซากสัตว์ป่าดังกล่าว เพื่อใช้สอยส่วนตัวตามชนิด ประเภท และจำนวนที่อธิบดีประกาศกำหนด

คุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ขอรับใบอนุญาตและผู้รับโอนใบอนุญาต หลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขการขอรับใบอนุญาตและการออกใบอนุญาต อายุใบอนุญาต การต่ออายุใบอนุญาต การโอนใบอนุญาต และการออกใบแทนใบอนุญาต ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง”

หากพิจารณาการปรับใช้มาตราดังกล่าวกับการส่งออกงาช้างป่า อาจสรุปได้ว่ากฎหมายได้จำแนกลักษณะการควบคุมการส่งออกงาช้างออกเป็นการส่งออกงาช้างที่ต้องขอรับใบอนุญาตส่งออกและการส่งออกงาช้างที่ได้รับยกเว้นไม่ต้องขอรับใบอนุญาตส่งออก มาตรา 23 มีหลักการที่สอดคล้องกับพันธกรณีของ CITES ซึ่งใช้ระบบการขออนุญาต⁵⁹ โดยมีข้อยกเว้นหากเป็นการส่งออกงาช้างที่เป็นของใช้ส่วนตัว ซึ่งก็บัญญัติคล้ายคลึงกับหลักการที่เป็นข้อยกเว้นการส่งออกตามข้อบที่ 7 ของ CITES⁶⁰ โดยประเด็นที่ต้องพิจารณาในรายละเอียดก็คืองาช้างที่อาจได้รับยกเว้นเพราะเป็นเครื่องใช้ส่วนตัวตามมาตรา 23 วรรคสาม นั้นมีความหมายเช่นใด ซึ่งหากพิจารณาความในวรรคสามดังกล่าวจะพบว่าต้องมีการประกาศกำหนดชนิด ประเภท และจำนวนของงาช้างที่เป็นเครื่องใช้สอยส่วนตัวโดยประกาศที่ออกโดยอธิบดีฯ อีกครั้ง

⁵⁹ ดูหัวข้อ 3.2

ในทางปฏิบัตินั้น อำนาจพิจารณาว่าจะมีการอนุญาตให้ส่งออกซากสัตว์ป่าหรือผลิตภัณฑ์จากซากสัตว์ป่ารายใดหรือไม่เป็นอำนาจของอธิบดีกรมอุทยานฯ ซึ่งอาจเป็นไปได้ว่า อธิบดีฯ อาจไม่อนุญาตให้ส่งออกงาช้างที่ได้มีการยื่นคำขออนุญาตก็ได้

⁶⁰ ดูข้อยกเว้นในหัวข้อ 3.2

4.4.2 งาม้างเลี้ยง

ส่วนการส่งออกงาม้างเลี้ยงนั้น แม้โดยหลักแล้วพระราชบัญญัติงาม้าง พ.ศ. 2558 ห้ามมิให้ ผู้ใดส่งออกงาม้าง แต่หากการส่งออกนั้นได้รับอนุญาตจากอธิบดีฯ โดยปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข ในการขออนุญาตและการอนุญาตที่กำหนดในกฎกระทรวงก็สามารถกระทำได้⁶¹ โดยคำว่าส่งออกตาม กฎหมายฉบับนี้มีความหมายเช่นเดียวกับคำว่า “ส่งออก” ตามพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2552 ได้แก่ การ “นำหรือส่งออกไปนอกราชอาณาจักร และให้หมายความรวมถึงนำหรือส่งออกไปนอกราช อาณาจักร ซึ่งงาม้างที่เคยนำเข้ามาหรือส่งออกไปนอกราชอาณาจักร”⁶² ในขณะเดียวกันก็ได้มีการออกกฎ กระทรวงกำหนดเงื่อนไขและขั้นตอนการขออนุญาตส่งออกด้วย⁶³ อย่างไรก็ตาม แม้ว่ากฎเกณฑ์การควบคุม การส่งออกงาม้างจะมีความชัดเจน แต่หลักเกณฑ์ดังกล่าวสะท้อนอยู่ในตัวด้วยเช่นกันว่า หากจะมีการผลักดัน ให้มีการห้ามส่งออกงาม้าง โดยเฉพาะการนำงาม้างที่เกิดจากงาม้างในประเทศไทยออกนอกประเทศ (ไม่ใช่กรณี การนำงาม้างที่เป็นเครื่องใช้ส่วนตัวเข้ามาและนำกลับออกไป) ก็จะต้องมีการยกเลิกความบางข้อหรือมีการ เปลี่ยนแปลงกฎกระทรวงฉบับนี้ด้วย

นอกจากนี้ สิ่งที่เป็นข้อสังเกตประการหนึ่งคือพระราชบัญญัติงาม้าง พ.ศ. 2558 และ กฎหมายลำดับรองที่กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการขออนุญาตส่งออกงาม้างเลี้ยงไม่ได้กำหนดข้อยกเว้น เกี่ยวกับการส่งออกงาม้างเลี้ยงโดยอาศัยเหตุเป็นเครื่องใช้สอยส่วนตัวดังเช่นข้อยกเว้นที่มีการบัญญัติในมาตรา 23 วรรคสาม พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 ที่ได้กล่าวไปในหัวข้อก่อน ซึ่งอาจสะท้อนแนวคิด ที่ว่ากรมอุทยานฯ ยังไม่มีนโยบายกำหนดข้อยกเว้นด้วยเหตุผลนี้กับการส่งออกงาม้าง แต่ก็สร้างความแตกต่าง ในแง่หลักเกณฑ์การควบคุมงาม้างบ้านและงาม้างเลี้ยง

5. แนวทางการพัฒนากฎหมายและนโยบายเพื่อห้ามการค้างาม้างในประเทศไทย

ข้อค้นพบที่ได้จากการศึกษาในหัวข้อก่อนสะท้อนให้เห็นถึงความไม่สอดคล้องและช่องโหว่ของกฎหมาย หากมีการนำพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 และพระราชบัญญัติงาม้าง พ.ศ. 2558 มาใช้ดำเนินนโยบายจำกัดการค้างาม้างที่นำไปสู่การนำงาม้างออกนอกประเทศ โดยนัยทางกฎหมายและนโยบาย ที่ได้จากข้อค้นพบในหัวข้อที่ 4 แสดงให้เห็นว่าหาก WWF Thailand และรัฐบาลไทยต้องการผลักดันนโยบาย ดังกล่าวให้บรรลุเป้าหมายที่ตั้งไว้ก็จะต้องมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายและนโยบายในบางเรื่อง

ในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงข้อเสนอในรายงานการศึกษา 2 ส่วน ประกอบด้วย การกำหนดเป้าหมาย (goals) ที่ใช้เป็นหลักดำเนินการเพื่อพัฒนาปรับปรุงกฎหมายและนโยบาย รวมทั้งนำเสนอเนื้อหาข้อเสนอทางกฎหมาย และนโยบายที่สามารถดำเนินการโดยอาศัยเป้าหมายข้างต้น

⁶¹ มาตรา 5

⁶² มาตรา 3

⁶³ กฎกระทรวงการขออนุญาตและการอนุญาตให้นำเข้า ส่งออก หรือนำผ่านซึ่งงาม้าง พ.ศ. 2558 (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 132 ตอนที่ 39 ก หน้า 10 ลงวันที่ 12 พฤษภาคม 2558)

5.1 เป้าหมายที่พึงประสงค์ที่ใช้พิจารณาปรับปรุงกฎหมายและนโยบาย

เนื่องจากการวิเคราะห์ในหัวข้อนี้จะนำไปสู่ข้อเสนอเพื่อพัฒนาและปรับปรุงกฎหมายและนโยบายควบคุมการค้าข้าง กรณียังควรพิจารณาในลำดับแรกว่าข้อเสนอดำเนินการดังกล่าวควรอยู่ภายใต้กรอบเป้าหมายที่พึงประสงค์ (desired goals) ใดหรือไม่

เมื่อพิจารณากรอบเวลาในการดำเนินนโยบายภายในปี 2565 และกรอบการดำเนินการที่ควรสอดคล้องกับพันธกรณีและแนวทางดำเนินการของ CITES ตลอดจนความเหมาะสมกับบริบทประเทศไทยแล้ว รายงานการศึกษาเสนอว่าควรกำหนดเป้าหมายที่พึงประสงค์ออกเป็น 2 เป้าหมาย ได้แก่ ความสามารถในการนำนโยบายไปดำเนินการได้อย่างรวดเร็ว ไม่มีขั้นตอนยุ่งยากและดำเนินการได้จริง เพื่อให้สามารถดำเนินการได้ภายในกำหนดเวลาที่กำหนดไว้ข้างต้น ในขณะที่เดียวกัน เนื่องจากกฎเกณฑ์ของ CITES มีสถานะเสมือนเป็นธรรมนูญของระบบกฎหมายควบคุมการค้า รายงานการศึกษานี้เห็นว่าข้อเสนอที่จะนำเสนอในหัวข้อ 5.2 ต้องไม่ขัดหรือแย้งกับพันธกรณีหลักของ CITES รวมทั้งควรสอดคล้องหรือดำเนินการตามแนวทางดำเนินการที่ไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมายในส่วนที่เป็นข้อมติของ CITES ทั้งนี้ ก็เพื่อลดความเสี่ยงในการฝ่าฝืนพันธกรณีซึ่งอาจเกิดผลร้ายตามมา เช่น ถูกห้ามการค้า หรืออาจต้องเข้าสู่กระบวนการจัดทำแผนปฏิบัติการข้างแห่งชาติอีกครั้ง

5.2 ข้อเสนอทางกฎหมายและนโยบาย

รายงานการศึกษาได้แบ่งข้อเสนอทางกฎหมายเพื่อรองรับนโยบายห้ามการค้าข้างออกเป็น 4 ประเด็นหลักประกอบด้วยข้อเสนอด้านการค้า ด้านการครอบครอง ด้านการส่งออกข้าง ตลอดจนข้อเสนอเพื่อการดำเนินการด้านอื่น ๆ

5.2.1 การค้าข้าง

5.2.1.1 งาช้างป่า

รายงานการศึกษานี้เห็นว่ากฎหมายปัจจุบันได้บัญญัติห้ามการค้าสัตว์ป่าคุ้มครอง เว้นแต่เป็นสัตว์ป่าคุ้มครองชนิดที่เพาะพันธุ์ได้ ซึ่งปัจจุบันช้างป่าไม่ได้ถูกกำหนดให้เป็นสัตว์ป่าคุ้มครองที่เพาะพันธุ์ได้⁶⁴ จึงทำให้งาช้างป่าเป็นสิ่งต้องห้ามมิให้ทำการค้าในเชิงธุรกิจแล้ว กรณีจึงไม่มีความจำเป็นต้องแก้ไขกฎหมายใด ๆ ในประเด็นนี้ อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่าการใช้กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันเพื่อห้ามการค้าควรตีความคำว่า “ค้า” ให้ครอบคลุมถึงการล่าช้างเอามาขายให้กับผู้รับซื้อแม้ทำเป็นครั้งคราวด้วย และหากต้องการให้เกิดความชัดเจนมากขึ้นว่าจะไม่มีการประกาศให้ช้างเป็นสัตว์ป่าชนิดที่เพาะพันธุ์ได้ รัฐบาลหรือกรมอุทยานฯ อาจจะต้องแสดงจุดยืนในทางนโยบายว่าจะไม่กำหนดให้ช้างเป็นสัตว์ป่าคุ้มครองที่เพาะพันธุ์ได้ด้วย

⁶⁴ กรณีนี้เป็นคนละกรณีกับช้างเลี้ยงที่ครอบครองและเพาะพันธุ์ได้เพราะช้างเลี้ยงเป็นสัตว์พาหนะที่ไม่ได้อยู่ในนิยามคำว่าสัตว์ป่าตั้งแต่แรกอยู่แล้ว ดังนั้น หลักกฎหมายที่ควบคุมช้างเลี้ยงจึงแตกต่างจากกฎหมายเรื่องการควบคุมหรือเพาะพันธุ์สัตว์ป่าคุ้มครองชนิดที่เพาะพันธุ์ได้

5.2.1.2 งาช้างเลี้ยง

ได้พิจารณาไปแล้วว่ากฎหมายปัจจุบันยังคงอนุญาตให้ทำการค้ำงาช้างเลี้ยงได้หากได้รับอนุญาตและดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งมีข้อพิจารณาว่าควรแก้ไขกฎหมายเพื่อห้ามการค้าอย่างเด็ดขาดหรือไม่ จริงอยู่ว่าหากประเทศไทยสามารถปิดตลาดการค้างาช้างในประเทศไทยได้ การดำเนินการย่อมสอดคล้องกับข้อคิดขององค์ประชุมรัฐภาคีที่แนะนำให้ปิดตลาดการค้างาช้างในประเทศ⁶⁵ อย่างไรก็ตามหากต้องมีการปิดตลาดการค้างาช้างในลักษณะเช่นนั้นจะต้องมีการแก้ไขกฎหมายระดับพระราชบัญญัติโดยแก้ไขมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติงาช้างฯ โดยกำหนดเงื่อนไขการค้าที่เข้มงวดหรืออาจห้ามค้ำงาช้างเลี้ยงอย่างไม่มีข้อยกเว้น อย่างไรก็ตาม การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวเป็นไปได้ยากและมีแนวโน้มที่จะไม่สามารถดำเนินการได้ภายในปี 2565 ประกอบกับการดำเนินนโยบายการห้ามค้ำงาช้างให้นักท่องเที่ยวต่างชาติ หรือห้ามกิจกรรมการค้าที่อาจทำให้นักงาช้างถูกนำออกนอกประเทศนั้นยังไม่มีผลบังคับที่ต้องปิดตลาดการค้างาช้างอย่างเด็ดขาดทันที รายงานการศึกษานี้จึงเห็นว่าโดยหลักการแล้วบทบัญญัติที่ควบคุมการค้างาช้างเลี้ยงที่มีอยู่ในปัจจุบันนั้นสามารถรองรับนโยบายการห้ามจำหน่ายงาช้างให้กับนักท่องเที่ยวต่างชาติได้แต่อาจจะต้องพิจารณารายละเอียดการดำเนินการในกฎหมายลำดับรอง

สำหรับการดำเนินการโดยกฎหมายลำดับรองนั้น แนวทางที่เป็นไปได้ อาจได้แก่ การกำหนดให้ผู้ได้รับอนุญาตค้ำงาช้างมีหน้าที่เรียกดูเอกสารประจำตัวของผู้ซื้องาช้างว่าผู้ซื้อมีสัญชาติไทยหรือไม่ และหากปรากฏว่าผู้ซื้อเป็นคนต่างชาติก็ให้ปฏิเสธไม่จำหน่ายผลิตภัณฑ์จากงาช้างให้ และเพื่อให้การดำเนินนโยบายนี้สามารถเกิดผลอย่างเป็นรูปธรรมและมีสภาพบังคับที่ชัดเจนก็อาจเพิ่มเงื่อนไขเรียกดูเอกสารและสงวนสิทธิจำหน่ายงาช้างให้กับคนไทยดังกล่าวเป็นข้อความในวรรคสองของกฎกระทรวงฯ ข้อ 12⁶⁶ และอาจกำหนดให้เป็นเงื่อนไขการรับใบอนุญาตที่หากไม่มีการปฏิบัติตามอาจเป็นเหตุให้มีการเพิกถอนใบอนุญาตได้

แม้มาตรการดังกล่าวจะมีข้อดีที่สามารถช่วยลดจำนวนผู้ซื้องาช้างที่เป็นคนต่างชาติดังกล่าวได้ แต่การดำเนินมาตรการเช่นนี้ไม่สามารถที่จะขจัดปัญหาได้ทั้งหมด เนื่องจากมีความเป็นไปได้ว่า อาจมีบุคคลสัญชาติไทยสมอ้างเพื่อซื้องาช้างแทนคนต่างชาติแล้วส่งมอบงาช้างให้กับคนต่างชาติกรณีหนึ่ง หรืออาจเป็นการซื้องาช้างโดยคนไทยเพื่อนำออกนอกประเทศเพื่อไปขายหรือส่งมอบให้กับคนต่างชาติที่อยู่นอกประเทศได้ ดังนั้น จึงต้องมีการกำหนดมาตรการควบคุมการส่งออกงาช้างที่เด็ดขาดควบคู่ไปด้วย ดังจะได้พิจารณาในหัวข้อถัดๆ ไปอีกครั้ง

⁶⁵ ข้อคิดจากการประชุมครั้งที่ 10 [แก้ไขเพิ่มเติมในคราวประชุมครั้งที่ 18 (พ.ศ. 2562)] ว่าด้วยการค้าตัวอย่างพันธุ์ของงาช้าง (trade in elephant specimens) ในหัวข้อ 3.3

⁶⁶ กฎกระทรวงการขออนุญาต การอนุญาต การค้า และการพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตให้ค้ำงาช้าง พ.ศ. 2558 ข้อ 12 กำหนดหลักเกณฑ์เอาไว้ว่า “เมื่อผู้ได้รับอนุญาตให้ค้ำงาช้างจำหน่ายงาช้างให้แก่ผู้ใด ให้ออกหนังสือกำกับการค้ำงาช้างตามแบบและวิธีการที่อธิบดีกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษาให้แก่ผู้ซื้อเพื่อเป็นหลักฐานการได้มาซึ่งงาช้างและนำไปดำเนินการแจ้งการครอบครองตามกฎหมายว่าด้วยงาช้างต่อไป”

5.2.2 การครอบครองงาช้าง

5.2.2.1 งาช้างป่า

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในหัวข้อก่อนว่าหลักเกณฑ์การครอบครองงาช้างป่าภายใต้พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าฯ ยังคงมีปัญหาความลักลั่นกับหลักเกณฑ์การครอบครองงาช้างเลี้ยงตามพระราชบัญญัติงาช้างฯ โดยเฉพาะในประเด็นที่ว่ากฎหมายปัจจุบันห้ามครอบครองงาช้างป่าในฐานะซากสัตว์ป่า แต่ไม่ได้ห้ามการครอบครองงาช้างแปรรูปในฐานะผลิตภัณฑ์จากซากสัตว์ ในขณะที่พระราชบัญญัติงาช้างฯ กำหนดให้ต้องมีการแจ้งการครอบครองงาช้าง ด้วยสภาพปัญหาดังกล่าวทำให้เกิดข้อพิจารณาว่ากรณีนี้ควรแก้ไขปัญหานี้อย่างไร

รายงานการศึกษาเห็นว่าในระยะเวลา 2 ปี ที่จะต้องผลักดันนโยบายห้ามการค้างาช้างภายใต้กับนักท่องเที่ยวยุโรปประเทศนี้เป็นระยะเวลาที่จำกัดและไม่สามารถผลักดันการแก้ไขกฎหมายระดับพระราชบัญญัติในเรื่องนี้ให้สำเร็จลุล่วงภายในกำหนดเวลาได้ อย่างไรก็ตาม สภาพปัญหานี้ควรต้องได้รับการแก้ไขในฐานะเป้าหมายดำเนินการระยะยาว โดยรัฐบาลควรดำเนินการแก้ไขกฎหมายควบคุมการครอบครองงาช้างป่าให้ชัดเจน

5.2.2.2 งาช้างเลี้ยง

ดังที่ได้พิจารณาไปแล้วในหัวข้อก่อนว่าระบบควบคุมการครอบครองงาช้างเลี้ยงที่ไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าตามพระราชบัญญัติงาช้างฯ มีความชัดเจนโดยใช้ระบบการแจ้งการครอบครองและการแจ้งเมื่อมีการโอนแปรรูป หรือเปลี่ยนรูปร่างงาช้าง ซึ่งการมีระบบดังกล่าวมีข้อดีเพราะทำให้กรมอุทยานฯ สามารถตรวจสอบปริมาณงาช้างและการโอนงาช้างได้ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วการมีระบบติดตามตรวจสอบเช่นนี้ย่อมเป็นเรื่องที่ดีโดยการดำเนินนโยบายภายใต้กรอบการศึกษานี้อาจไม่มีความจำเป็นต้องเปลี่ยนแปลงหลักการเกี่ยวกับการครอบครองงาช้างเลี้ยงแต่อย่างใด

5.2.3 การส่งออกงาช้าง

5.2.3.1 งาช้างป่า

ได้กล่าวไปแล้วในหัวข้อก่อนว่าพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 ไม่ได้ห้ามการส่งออกงาช้างป่าอย่างเด็ดขาด โดยกฎหมายฉบับนี้ยังคงอนุญาตให้มีการส่งออกซากหรือผลิตภัณฑ์จากซากสัตว์ป่าคุ้มครองได้หากได้รับอนุญาตตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบัน (วันที่ 14 กุมภาพันธ์ 2564) ยังไม่มีการออกกฎกระทรวงที่วางหลักเกณฑ์การขออนุญาตส่งออกภายใต้พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 อีกทั้งไม่มีการประกาศกำหนดรายละเอียด การยกเว้นการขออนุญาตส่งออกซากสัตว์ป่าคุ้มครองหรือผลิตภัณฑ์จากซากสัตว์ป่าคุ้มครองกรณีเป็นของใช้ส่วนตัวตามชนิดประเภท และจำนวนที่อธิบดีประกาศกำหนด ทำให้ยังไม่มี ความชัดเจนว่ารัฐบาลมีจุดยืนต่อการกำหนดหลักเกณฑ์ทั้งสองเรื่องอย่างไร

ในระหว่างที่หลักเกณฑ์ข้างต้นยังไม่มี ความชัดเจน รายงานการศึกษานี้เสนอว่า ประเทศไทยควรห้ามมิให้มีการส่งออกงาช้างป่าที่เกิดจากช้างป่าในประเทศไทยหรือช้างป่าที่ลักลอบนำเข้าจากต่างประเทศโดยเด็ดขาด ซึ่งแนวทางดำเนินการสามารถแบ่งได้อย่างน้อยสามแนวทาง แนวทางแรกอาจดำเนินการโดยไม่จำเป็นต้องแก้ไขกฎหมาย แต่รัฐบาลควรประกาศนโยบายว่าจะไม่อนุญาตให้ส่งออกงาช้างป่า แนวทางดำเนินการในลักษณะที่สองอาจทำได้โดยกำหนดรายละเอียดในกฎกระทรวงและประกาศที่จะออกตามมาตรา 23 วรรคสามและวรรคสี่ว่ากฎกระทรวงและประกาศดังกล่าว “ไม่ใช่บังคับกับงาช้างป่า” และควรวางหลักการเอาไว้ว่าจะไม่มีการอนุญาตให้ส่งออกซึ่งงาช้างป่า แนวทางดำเนินการในลักษณะสุดท้ายคือการวางหลักเกณฑ์เรื่องการห้ามการส่งออกทั้งงาช้างป่าและงาช้างเลี้ยงในพระราชบัญญัติงาช้างฯ โดยห้ามมิให้มีการส่งออกงาช้างเว้นแต่จะได้รับอนุญาต โดยรายละเอียดของข้อเสนอทั้งสามแนวทางจะพิจารณารวมกับข้อเสนอการควบคุมการส่งออกงาช้างเลี้ยงในหัวข้อถัดไป

5.2.3.2 งาช้างเลี้ยง

กฎหมายควบคุมการส่งออกงาช้างเลี้ยงตามพระราชบัญญัติงาช้าง พ.ศ. 2558 ยังคงอนุญาตให้มีการส่งออกงาช้างได้ หากได้รับใบอนุญาต ซึ่งมีลักษณะการควบคุมในการทำงานเกี่ยวกับการควบคุมการส่งออกงาช้างป่าแต่แตกต่างจากการส่งออกงาช้างป่าที่เป็นซากสัตว์ป่าคุ้มครองซึ่งปัจจุบันอาจได้รับการยกเว้นให้ส่งออกได้หากได้รับการประกาศยกเว้นในฐานะเครื่องใช้ส่วนตัว อย่างไรก็ตาม ได้กล่าวไปแล้วในหัวข้อก่อนว่าการดำเนินนโยบายห้ามจำหน่ายงาช้างให้นักท่องเที่ยววนั้นต้องมีการห้ามการนำงาช้างออกนอกประเทศอย่างเด็ดขาด เว้นแต่เป็นการนำงาช้างที่นักท่องเที่ยวได้นำติดตัวเข้ามาในฐานะเครื่องใช้ส่วนตัวตั้งแต่ตอนเข้ามาในราชอาณาจักร รวมทั้งข้อยกเว้นอื่นที่รัฐบาลเห็นสมควร โดยการนำนโยบายเช่นนี้ไปปฏิบัติอาจทำได้ 3 แนวทาง เช่นเดียวกับการห้ามการส่งออกงาช้างป่า โดยแยกพิจารณาแต่ละแนวทางได้ดังนี้

แนวทางดำเนินการแรก ได้แก่การให้กรมอุทยานฯ ประกาศนโยบายอย่างชัดเจนว่าจะไม่มีการออกใบอนุญาตให้นักท่องเที่ยวที่ซื้องาช้างในประเทศนำงาช้างออกนอกประเทศซึ่งนโยบายนี้ใช้กับทั้งงาช้างป่าและงาช้างเลี้ยง เว้นแต่เข้าข้อยกเว้นการส่งออกตาม CITES⁶⁷ เช่น การส่งออกกลับไปกรณีของใช้ส่วนตัวที่นำเข้ามาซึ่งสอดคล้องกับหลักการใน CITES หรือเพื่อการศึกษาวิจัย⁶⁸

แนวทางดำเนินการในลักษณะถัดมาคือการแก้ไขกฎกระทรวง การขออนุญาต และการอนุญาตให้นำเข้า ส่งออก หรือนำผ่านซึ่งงาช้าง พ.ศ. 2558 โดยกำหนดหลักเกณฑ์ให้ส่งออกงาช้างได้ เฉพาะการส่งกลับออกไปซึ่งงาช้างที่นำเข้ามาในฐานะเครื่องใช้ส่วนตัว หรือเฉพาะกรณีที่ได้รับยกเว้นตาม CITES ซึ่งกรณีเช่นนี้สามารถปรับใช้ได้กับการกำหนดรายละเอียดควบคุมการส่งออกงาช้างป่าที่ได้กล่าวในหัวข้อก่อนด้วยแต่ควรกำหนดให้ชัดเจนว่า กฎกระทรวงและประกาศที่จะออกตามความในมาตรา 23 วรรคสามและ

⁶⁷ ข้อยกเว้นปรากฏใน Article VII CITES

⁶⁸ ปัจจุบัน (เดือนกุมภาพันธ์ 2564) WWF Thailand อยู่ระหว่างดำเนินการตามแนวทางนี้โดยจะเสนอร่างประกาศให้กรมอุทยานฯ พิจารณา โดยร่างประกาศดังกล่าวมีสาระสำคัญในการประกาศว่ากรมอุทยานฯ ไม่มีนโยบายในการออกใบอนุญาตให้ส่งออกงาช้างทั้งงาช้างป่าและงาช้างเลี้ยง โดยนำข้อเสนอจากรายงานการศึกษานี้เป็นข้อมูลประกอบการผลักดันการออกประกาศดังกล่าว

วรรคสี่ของพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 “ไม่ใช่บังคับกับงาช้างป่า” อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติต้องรอพิจารณารายละเอียดของกฎกระทรวงและประกาศดังกล่าวหากมีการประกาศออกมาในระหว่างการผลักดันนโยบาย ซึ่งในขณะนี้กฎหมายลำดับรองทั้งสองฉบับอยู่ในขั้นรับฟังความคิดเห็นและอาจมีการประกาศใช้กฎหมายลำดับรองดังกล่าวในระยะเวลาอันใกล้

แนวทางสุดท้ายคือการแก้ไขหลักการและบทบัญญัติในพระราชบัญญัติงาช้าง พ.ศ. 2558 เพื่อควบคุมการค้างาช้างทั้งงาช้างป่าและงาช้างเลี้ยง นอกจากนี้ควรกำหนดรายละเอียดมาตรา 5 พระราชบัญญัติงาช้างฯ เสียใหม่โดยห้ามการส่งออกงาช้างเว้นแต่เป็นการส่งออกที่เข้าช้อยกเว้นตาม CITES เท่านั้น อย่างไรก็ตามการแก้ไขหลักการในกฎหมายทำได้ค่อนข้างยากลำบากและไม่อาจดำเนินการได้ทันภายใต้กรอบเวลาดำเนินนโยบายภายในปี 2565

5.2.4 การดำเนินการเรื่องอื่น ๆ

นอกเหนือจากการกำหนดมาตรการควบคุมการค้า การครอบครองและการส่งออกงาช้างที่เพื่อสนองนโยบายห้ามการค้างาช้างให้กับนักท่องเที่ยวต่างชาติแล้ว การดำเนินนโยบายภายใต้กรอบของรายงานการศึกษานี้อาจต้องพิจารณาประเด็นอื่น ๆ ไปพร้อมกัน เช่น การพิจารณาระยะเวลาเปลี่ยนผ่านและการดำเนินการก่อนการมีผลของกฎหมายและนโยบาย การพิจารณาว่าควรมีการกำหนดช้อยกเว้นสำหรับการค้าและครอบครองงาช้างที่มีอายุเก่าแก่ รวมทั้งการพิจารณาว่าควรมีการส่งเสริมและควบคุมผลิตภัณฑ์ที่ทำเลียนแบบงาช้าง (artificial ivory products) หรือไม่ ประกอบด้วย โดยข้อเสนอนี้เกิดขึ้นจากแนวทางการดำเนินการในต่างประเทศซึ่งได้มีการศึกษาเปรียบเทียบในรายงานการศึกษาบทที่ 4⁶⁹

⁶⁹ จากการศึกษาเปรียบเทียบมาตรการควบคุมการค้างาช้างในต่างประเทศ กฎหมายของมาเลเซียและกฎหมายสหราชอาณาจักรกำหนดช้อยกเว้นให้สามารถทำการค้างาช้างที่มีลักษณะเป็นงาช้างโบราณหรือของเก่าได้หากเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด (ดูรายงานการศึกษาบทที่ 4 หน้า 50 และ 56)

ส่วนในภาพรวมอาจประมวลข้อค้นพบจากการศึกษาเปรียบเทียบของโครงสร้างทางกฎหมายและนโยบายของ 6 ประเทศ ได้แก่ สหราชอาณาจักร จีน อินเดีย มาเลเซีย เวียดนามและลาว โดยประเทศเหล่านี้มีการจัดวางกฎหมายและนโยบายแตกต่างกัน โดยจีนและสหราชอาณาจักรกำหนดนโยบายการห้ามการค้างาช้างที่ค่อนข้างเด็ดขาดและชัดเจน ในขณะที่อินเดีย มาเลเซีย เวียดนามและลาวยังไม่มียุทธศาสตร์ที่ชัดเจนหากแต่ดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามแผนปฏิบัติการงาช้างแห่งชาติภายใต้ข้อกำหนดของ CITES นอกจากนี้บางประเทศ ดังจะเห็นได้จากลาว ยังคงเปิดโอกาสให้มีการค้างาช้างได้หากเป็นงาช้างเลี้ยงในรุ่นที่สอง ซึ่งความแตกต่างทางนโยบายเหล่านี้ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขหลายปัจจัย เช่น การมีช้างเลี้ยงในประเทศ แรงกดดันจากประชาคมโลก รวมทั้งระบบกฎหมายและความพร้อมในการดำเนินคดีเมื่อมีการไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย เป็นต้น นอกจากนี้ สหราชอาณาจักรเป็นตัวอย่างของประเทศที่เลือกดำเนินนโยบายห้ามการค้างาช้างโดยการตรากฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ในขณะที่หลายประเทศเลือกจะดำเนินนโยบายโดยอาศัยฐานทางกฎหมายจากกฎหมายที่มีอยู่ และหลายประเทศเลือกที่จะกำหนดมาตรการควบคุมการค้างาช้างโดยกำหนดรายละเอียดในกฎหมายลำดับรองดังจะเห็นได้ชัดเจนจากกฎหมายจีนและเวียดนาม (ดูรายงานการศึกษาบทที่ 4 หน้า 51-52)

6. บทสรุปและความส่งท้าย

รายงานการวิจัยที่ได้นำมาสรุปข้อค้นพบในบทความนี้ได้นำเสนอข้อเสนอทางกฎหมายและนโยบายเพื่อจำกัดการค้างานช่างในประเทศไทย โดยการศึกษาไม่ได้มุ่งที่จะศึกษาแนวทางการปิดตลาดการค้างานช่างในประเทศไทย หากแต่มุ่งที่จะหามาตรการเพื่อวางข้อห้ามและการควบคุมการค้างานช่างที่นำไปสู่การส่งออกงานช่างออกนอกประเทศ โดยการนำเสนอในหัวข้อที่ 4 ได้นำเสนอข้อจำกัดของกฎหมายปัจจุบันในการรองรับมาตรการห้ามการค้างานช่างที่นำไปสู่การส่งออกงานช่างซึ่งมีปัญหาบางประการ เช่น กฎหมายที่มีอยู่ยังคงเปิดช่องให้มีการจำหน่าย (ค้างานช่างภายในประเทศ) รวมทั้งการส่งออกงานช่างได้ ในขณะที่เดียวกันพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 และพระราชบัญญัติงาช้าง พ.ศ. 2558 ยังคงมีปัญหาความแตกต่างและความลักลั่นของหลักเกณฑ์การควบคุมงาช้างป่าและงาช้างบ้าน นอกจากนี้ มาตรการควบคุมงาช้างในหลายเรื่องยังขาดหลักเกณฑ์ในกฎหมายลำดับรองที่แน่ชัด โดยเฉพาะกฎหมายลำดับรองของพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 ซึ่งอยู่ในระหว่างการร่างและจัดรับฟังความคิดเห็น จึงจำเป็นต้องมีการพัฒนาข้อเสนอทางกฎหมายและนโยบายเพื่อให้สามารถดำเนินนโยบายดังกล่าวได้

แม้ว่ารายงานการศึกษานำเสนอข้อเสนอทางกฎหมายและนโยบายดังที่ได้สรุปในหัวข้อที่ 5 ใดๆก็ตาม ข้อสรุปนั้นยังคงมีข้อจำกัดหลายประการโดยเฉพาะข้อจำกัดในเรื่องกรอบเวลาในการนำข้อเสนอไปดำเนินการภายในปี 2565 ซึ่งทำให้ทางเลือกและเนื้อหาของข้อเสนออาจมีข้อจำกัดอยู่บ้าง นอกจากนี้ เนื่องจากข้อเสนอบางส่วนเกี่ยวข้องกับการประกาศใช้หรือแก้ไขกฎหมายลำดับรองที่อยู่ในความรับผิดชอบของกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม โดยเฉพาะในส่วนของกรมอุทยานฯ ซึ่งแผนดำเนินการหน่วยงานเกี่ยวกับการออกกฎหมายลำดับรองดังกล่าวอาจถูกจัดลำดับความสำคัญเอาไว้แล้วว่ากฎหมายลำดับรองใดควรที่จะต้องมีการเร่งดำเนินการก่อนหลัง ในขณะที่เดียวกัน ในขณะที่อยู่ในระหว่างผลักต้นนโยบายนี้ (ในช่วงปี 2564-2565) อาจมีการออกกฎหมายลำดับรองในเรื่องที่การศึกษานี้แนะนำให้มีการดำเนินการ ซึ่งอาจสอดคล้องหรือแตกต่างจากข้อเสนอและนโยบาย ดังนั้น การผลักต้นนโยบายที่จะต้องแก้ไขหรือออกกฎหมายลำดับรองให้ทันกำหนดระยะเวลาข้างต้นย่อมเป็นความท้าทายอย่างหนึ่งด้วย อย่างไรก็ตาม ข้อเสนอในการศึกษานี้เปิดโอกาสให้มีการพัฒนาระบบกฎหมายควบคุมงาช้างและกฎหมายสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าให้มีความชัดเจน โดยแยกประเด็นเรื่องการควบคุมงาช้างให้มีมาตรการเฉพาะ ซึ่งผลลัพธ์ที่จะเกิดขึ้นจากการมีระบบกฎหมายที่ชัดเจนและการมีมาตรการที่เข้มงวดเด็ดขาดย่อมเพิ่มโอกาสที่การดำเนินการของประเทศไทยจะสอดคล้องกับแนวปฏิบัติที่ดีภายใต้ระบบของ CITES และลดโอกาสในการที่ประเทศไทยต้องเข้าสู่กระบวนการของการจัดทำแผนปฏิบัติการงาช้างอีกครั้ง

นิติปรัชญาว่าด้วยการวิเคราะห์กฎหมายในเชิงเศรษฐศาสตร์: บทวิเคราะห์เบื้องต้น*

Economic Analysis of Law as Legal Philosophy: An Introduction

ปวาริต เลิศธรรมเทวี

Pawarit Lertdhamtewe

หัวหน้าภาควิชากฎหมายเพื่อการพัฒนา

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง หัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240

Full-time Head Department of Law for Development

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

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

(Received: September 19, 2020; Revised: March 14, 2021; Accepted: March 19, 2021)

บทคัดย่อ

นิติเศรษฐศาสตร์เชื่อว่าการเลือกอย่างมีเหตุผลของคนในชีวิตประจำวันคือรากฐานสำคัญของการสร้างความเป็นธรรมในสังคม แนวคิดสำนักนิติเศรษฐศาสตร์จึงเป็นสำนักคิดนิติปรัชญารูปแบบหนึ่งที่แสวงหาความยุติธรรม โดยวางหลักไว้ว่ามนุษย์ทุกคนจะเลือกทำอะไรก็ตามก็ต่อเมื่อนั้นก่อให้เกิดความพึงพอใจมากที่สุด ฉะนั้น หากคนเราต้องการสิ่งใด บุคคลนั้นย่อมยินดีที่จะ “จ่าย” ราคาเพื่อให้ได้สิ่งนั้นมา นิติเศรษฐศาสตร์จึงสอดคล้องกับแนวคิดทางนิติปรัชญาทั้งสองสำนักอย่างกฎหมายธรรมชาติและกฎหมายบ้านเมือง แนวคิดที่สนับสนุนนิติเศรษฐศาสตร์ คือการทำให้เกิดความมั่งคั่งสูงสุด มุมมองของนิติเศรษฐศาสตร์จึงมองกฎหมายเป็นเครื่องมือในการนำพาให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในสังคม การวิเคราะห์กฎหมายโดยใช้หลักทางเศรษฐศาสตร์จึงสามารถอธิบายให้เห็นถึง (1) เหตุผลและความจำเป็นของการบัญญัติกฎหมายที่แท้จริง (2) ผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายในการกำกับ “พฤติกรรม” ของคนในสังคม และ (3) กฎหมายที่ควรจะเป็นบทความนี้กล่าวถึงนิติเศรษฐศาสตร์ในฐานะที่เป็นสำนักหนึ่งของปรัชญากฎหมาย

คำสำคัญ: นิติเศรษฐศาสตร์, นิติปรัชญา, การวิเคราะห์กฎหมายในเชิงเศรษฐศาสตร์

* บทความนี้สรุปจากโครงการศึกษาวิจัยเรื่อง “การศึกษากฎหมายที่ไม่เอื้อต่อการกลับไปใช้ชีวิตในสังคมของผู้กระทำความผิด” (สนับสนุนทุนวิจัยโดยสำนักงานกิจการยุติธรรม) ผู้เขียนขอขอบคุณศาสตราจารย์ ดร.ปาน จินดาพล (Department of Economics, Finance and Legal Studies, University of Alabama, USA) สำหรับข้อวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับเศรษฐศาสตร์ที่อ้างอิงในบทความนี้

Abstract

Like other schools of thought, law and economic believe that our rational everyday choices ought to form a basis of what is just in our society. Law and economic is thus one of schools of legal thought. At heart of the concept lies the notion that goods/resources are in the hands of the people who value them most; or those who are willing to pay more to have them. Its concept is thus consistent with both major schools of thought in jurisprudence, that is to say, the natural school and legal positivism. The main theory of law and economic is the notion of wealth-maximization which, its supporters argue, provide a useful insight for an analysis of law. To this end, economic analysis of law can be construed as a means to (1) what is the real reason behind the promulgation of law, (2) How effective is the statute in regulating human behavior in the society, and (3) what law should be implemented in practice. This article explores an economic analysis of law as it is one kind of schools of legal thoughts in jurisprudence.

Keywords: Law & Economics, Legal Philosophy, Economic Analysis of Law

1. บทนำ

กลุ่มคนที่ผลักดันนิติเศรษฐศาสตร์ (Law and Economics)¹ เชื่อว่าการเลือกอย่างมีเหตุผลของคนในชีวิตประจำวันคือรากฐานสำคัญของการสร้างความถูกต้องตามครรลองของสังคม นิติเศรษฐศาสตร์จึงเป็นสำนักคิดนิติปรัชญารูปแบบหนึ่งที่แสวงหาความยุติธรรม² โดยวางหลักไว้ว่ามนุษย์ทุกคนจะเลือกทำสิ่งใด ก็ต่อเมื่อสิ่งนั้นก่อให้เกิดความพึงพอใจมากที่สุด ฉะนั้นหากคนเราต้องการสิ่งใด บุคคลนั้นย่อมยินดีที่จะ “จ่าย” ราคาเพื่อให้ได้สิ่งนั้นมา³ แนวคิดดังกล่าวสอดคล้องกับแนวคิดทางนิติปรัชญาของทั้งสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) และสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Positive Law) โดยเฉพาะโทมัส ฮอบบ์ (Thomas Hobbes) ซึ่งมองว่ามนุษย์เราอ่อนแอและยากจนคั่นคั่น ฉะนั้น มนุษย์จึงเห็นแก่ตัว ทุกสิ่งที่คนเรากระทำขึ้นก็เพื่อตัวเองทั้งสิ้น⁴ หรือแนวคิดทฤษฎีอรรถประโยชน์ (Utilitarianism) ของเจเรมี เบนแธม (Jeremy Bentham) ซึ่งคือการทำให้เกิดความผาสุกที่สุดของคนส่วนใหญ่ (The Greatest Happiness for the Greatest Number)⁵

สำหรับนิติเศรษฐศาสตร์ แนวคิดที่สนับสนุนคือการทำให้เกิดความมั่งคั่งสูงสุด (Wealth-Maximization) โดยให้ความสำคัญกับการใช้เศรษฐศาสตร์เป็นเครื่องมือหรือเป็นหลักในการวิเคราะห์ปัญหากฎหมายที่สัมพันธ์กับพฤติกรรมของมนุษย์ในสังคม มุมมองของนิติเศรษฐศาสตร์จึงมองกฎหมายเป็นเครื่องมือในการนำพาให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในสังคม แต่นักกฎหมายส่วนใหญ่มองว่าเศรษฐศาสตร์ คือศาสตร์ที่ว่าด้วยการศึกษาเกี่ยวกับภาวะเงินเฟ้อ (Inflation) อัตราการจ้างงานและการว่างงาน วงจรทางธุรกิจหรือการเงินการคลัง (เศรษฐกิจระดับมหภาค หรือการศึกษาระบบเศรษฐกิจโดยรวม) นักกฎหมายทั่วไปจึงสรุปว่าเศรษฐศาสตร์ไม่น่ามีความเกี่ยวข้องกับนิติศาสตร์ซึ่งเกี่ยวข้องกับปัญหาในชีวิตประจำวันของคนในสังคม⁶ เศรษฐศาสตร์มิได้เกี่ยวข้องแต่เฉพาะการ

¹ งานเขียนหลายผลงานที่ผลักดันนิติเศรษฐศาสตร์ อาทิ Ronald Coase, ‘The Federal Communications Commission’ (1959) 2 *The Journal of Law and Economic*, 1-40; Ronald Coase, ‘The Problem of Social Cost’ (1960) 3 *The Journal of Law and Economics*, 1-44; Guido Calabresi, ‘Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts’ (1961) 70(4) *The Yale Law Journal*, 499-553; Gary Becker, ‘Crime and Punishment: An Economic Approach’ (1968) 76 *Journal of Political Economy*, 169-217; Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Law* (The Netherlands: Kluwer Law International, 1986); Frank Easterbrook and Daniel Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996); Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004); A. Mitchell Polinsky, *An Introduction to Law and Economics* (Boston: Little, Brown and Company, 1983); and Robert Cooter and Thomas Ulen, *Law & Economics* (Boston, Massachusetts: Pearson Education, Inc., 2012) เป็นต้น.

² Raymond Wacks, *Philosophy of Law – A Very Short Introduction* (Oxford: Oxford University Press, 2014) 80 (arguing that “those who champion an economic analysis of law believe that our rational everyday choices ought to form the basis of what is just in society.”). ดูฉบับแปลภาษาไทยที่พิเศษ สอาดเย็น และระงทอง จันทรางศุ, *ปรัชญากฎหมาย ความรู้ฉบับพกพา* (กรุงเทพฯ: โอเพ่นเวิลด์สพับลิชชิง เฮาส์, 2558).

³ Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Law* (The Netherlands: Kluwer Law International, 1986) at 4-5.

⁴ Thomas Hobbes, *The Leviathans* (1651).

⁵ Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1780).

⁶ รองศาสตราจารย์สมชาย ปรีชาศิลปกุล อ่างว่านิติเศรษฐศาสตร์คือ “ศาสตร์อภิลิทธิที่พูดไปใครก็ต้องฟัง แม้คนที่พูดจะพูดรู้เรื่องหรือไม่ก็ตาม และเมื่อเอาสองสาขานี้มารวมกัน ก็อาจยังเป็นปัญหา” ดู ปกป้อง จันวิทย์, *การวิเคราะห์กฎหมายด้วยหลักเศรษฐศาสตร์: แนวคิดและวรรณกรรมปริทัศน์* (กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2554) หน้า 100.

เงินหรือเศรษฐกิจ⁷ อันที่จริงการเลือกอย่างมีเหตุผล (Rational Choices) ของคนในสังคมที่ทรัพยากรมีอยู่อย่างจำกัดมีความสัมพันธ์กับพฤติกรรมของมนุษย์ กล่าวคือ มนุษย์ตอบสนองต่อสิ่งจูงใจ ฉะนั้น มนุษย์จะตัดสินใจกระทำการใด ก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นก่อให้เกิดความมั่งคั่งส่วนตนสูงสุด (Wealth-Maximization) ความมั่งคั่งดังกล่าวอาจหมายถึงความพึงพอใจหรือผลประโยชน์ส่วนตน (Self-Interest) และก่อนเข้าสู่การวิเคราะห์ความเกี่ยวพันระหว่างกฎหมายกับเศรษฐศาสตร์มีความจำเป็นต้องกล่าวถึงวิวัฒนาการของนิติเศรษฐศาสตร์เป็นลำดับแรก

แนวคิดที่กล่าวถึงเรื่องความสัมพันธ์ระหว่าง “กฎหมาย” กับ “เศรษฐศาสตร์” เกิดขึ้นมากกว่าหลายศตวรรษ อย่างไรก็ตามไม่ปรากฏหลักฐานที่แน่ชัดว่าความสัมพันธ์ของกฎหมายกับเศรษฐศาสตร์มีจุดเริ่มต้นมาตั้งแต่ยุคสมัยใด นักวิชาการต่างลงความเห็นกันว่าจุดเริ่มต้นของแนวคิดดังกล่าว มีความเชื่อมโยงกับวิวัฒนาการของวิชาเศรษฐศาสตร์ อדם สมิธ (Adam Smith) บิดาแห่งนักเศรษฐศาสตร์ เป็นนักปรัชญาในยุคแรก ๆ ที่กล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับเศรษฐศาสตร์ โดยอดัม สมิธเชื่อว่าการพัฒนาเศรษฐกิจจะเกิดประโยชน์สูงสุดหากเป็นไปอย่างเสรีและเป็นไปตามกลไกตลาดปราศจากการแทรกแซงของรัฐ มุมมองของ อดัม สมิธ ก่อให้เกิดทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ที่สำคัญที่ว่า รัฐบาลควรเข้ายุ่งเกี่ยวในเรื่องเศรษฐกิจให้น้อยที่สุด รัฐทำหน้าที่ได้เพียงการรักษาความยุติธรรมหรือการออกกฎหมายยุติธรรม กฎหมายในมุมมองของอดัม สมิธจึงทำหน้าที่เป็นกรอบกำหนดให้เอกชนกระทำการ (กฎหมายแพ่ง) หรือห้ามกระทำการ (กฎหมายอาญา) ทฤษฎีดังกล่าวเรียกว่า “Laissez Faire” เป็นทฤษฎีที่มีอิทธิพลต่อการศึกษาวิชาเศรษฐศาสตร์จนถึงปัจจุบัน อย่างไรก็ตาม ผลงานของอดัม สมิธเองในหนังสืออมตะ (Classic) เรื่อง “ความมั่งคั่งของชาติ” (The Wealth of Nations)⁸ มิได้ใช้คำว่า “กฎหมายกับเศรษฐศาสตร์” (นิติเศรษฐศาสตร์) ไว้โดยตรง แต่เป็นการอธิบายถึงการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจและการไปสู่ความมั่งคั่งของประเทศอังกฤษในขณะนั้น

ภายหลังทฤษฎีของอดัม สมิธ เกิดแนวคิดใหม่ที่เรียกว่า “ความได้เปรียบเชิงเปรียบเทียบ” (Comparative Advantage) ของเดวิด ริคคาโด (David Ricardo) ซึ่งเป็นแนวคิดที่มีความเกี่ยวพันระหว่างกฎหมายกับเศรษฐศาสตร์ และเป็นที่ถูกกล่าวถึงในหมู่นักเศรษฐศาสตร์ อาจกล่าวได้ว่า จุดเริ่มต้นของนิติเศรษฐศาสตร์ปรากฏในงานเขียนของสองนักคิดคนสำคัญ เรื่องแรกของเซซาเร่ เบคคาเรีย (Cesare Beccaria) ในผลงานว่าด้วยอาชญากรรมและการลงโทษ (On Crimes and Punishments)⁹ ปี ค.ศ. 1767 และผลงานของเจเรมี เบนแธม (Jeremy Bentham) เรื่องความรู้เกี่ยวกับหลักการของศีลธรรมและกฎหมาย (An Introduction to the Principles of Morals and Legislation) ปี ค.ศ. 1789 ซึ่งนำเสนอแนวคิดที่ว่า บทลงโทษทางกฎหมายส่งผลต่อพฤติกรรมของคนในสังคม กฎหมายควรมุ่งเน้นการลงโทษผู้กระทำความผิดโดยเจตนาเป็นหลัก¹⁰ อย่างไรก็ตาม การศึกษานิติเศรษฐศาสตร์ในช่วงเวลาดังกล่าว เป็นการศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับเศรษฐกิจในระดับมหภาค การศึกษาที่นอกเหนือจากในระดับมหภาคและไม่เกี่ยวข้องกันกับเศรษฐกิจยังคงเป็นเรื่องใหม่ และยังมีได้แยกเป็นสาขาวิชาที่ชัดเจนจนกระทั่งถึงช่วง ค.ศ. 1960 จึงเกิดวิชาว่าด้วยนิติเศรษฐศาสตร์อย่างเป็นทางการ

⁷ ดูคำอธิบายใน David D. Friedman, *Law's Order: What Economics Has to Do with Law and Why It Matters* (New Jersey: Princeton University Press, 1999) 17.

⁸ Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (1776).

⁹ Cesare Beccaria, *On Crimes and Punishments* (1767).

¹⁰ Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789) (Reprinted by Penguin Classic, 2014) at 73-74.

2. โรงเรียนกฎหมายและเศรษฐศาสตร์แห่งมหาวิทยาลัยชิคาโก

ก่อนถึงช่วงปี ค.ศ. 1960 ในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 จนกระทั่งหลังสงคราม เกิดปัญหาภาวะเศรษฐกิจตกต่ำครั้งใหญ่ทั่วโลก (The Great Depression) ก่อให้เกิดความต้องการที่จะฟื้นฟูระบบเศรษฐกิจของประชาคมโลก ฉะนั้น จึงเป็นช่วงที่แนวคิดเกี่ยวกับการพัฒนาทางเศรษฐกิจมีความสำคัญ และสำนักวิชานิติเศรษฐศาสตร์เกิดการเคลื่อนไหวและปรากฏตัวอย่างเป็นรูปธรรม¹¹ โดยเริ่มตั้งแต่ปี ค.ศ. 1946 แฮโรลด์ ลูห์เนา (Harold Luhnow) ซึ่งเป็นนักธุรกิจและเจ้าของกองทุน William Volker Fund เป็นผู้ออกทุนทรัพย์ ให้มีการรวมนักวิชาการด้านเศรษฐศาสตร์และกฎหมายเก่ง ๆ ไปรวมกันอยู่ที่มหาวิทยาลัยชิคาโก (The University of Chicago) เพื่อจัดตั้งศูนย์กลางการศึกษากฎหมายกับเศรษฐศาสตร์ กล่าวได้ว่า มหาวิทยาลัยชิคาโกได้กลายเป็นศูนย์กลางของการศึกษาวิชาเศรษฐศาสตร์และกฎหมายที่สำคัญของโลกโดยมีนักวิชาการที่มีชื่อเสียงด้านกฎหมายกับเศรษฐศาสตร์ หลายท่าน อาทิ แอฟเอ ฮาเย็ค (F.A. Hayek) แอรอน ไดเร็คเตอร์ (Aaron Director) แฟรงค์ ไนท์ (Frank Knight) มิลตัน ฟรีดแมน (Milton Friedman) โรเบิร์ต โฟเกิล (Robert Fogel) โรเบิร์ต ลูคัส (Robert Lucas) ยูจีน ฟามา (Eugene Fama) จอร์จ สติ๊กเลอร์ (George Stigler) และเฮนรี ไชมอน (Henry Simons)

ในปี ค.ศ. 1958 กลุ่มนักวิชาการที่มหาวิทยาลัยชิคาโกมีการจัดพิมพ์เผยแพร่วารสารกฎหมายกับเศรษฐศาสตร์ (The Journal of Law & Economics) โดยมีแอรอน ไดเร็คเตอร์ร่วมกับโรนัลด์ โคส (Ronald Coase) ศาสตราจารย์ประจำโรงเรียนสอนกฎหมายแห่งมหาวิทยาลัยชิคาโกเป็นบรรณาธิการ ในปี ค.ศ. 1959 โคสได้ตั้งข้อเสนอทางวิชาการที่สำคัญต่อวงวิชานิติเศรษฐศาสตร์ในบทความเรื่อง “The Federal Communications Commission”¹² ซึ่งตีพิมพ์ในวารสารดังกล่าว¹³ ต่อมาในปี ค.ศ. 1960 โคสได้นำข้อเสนอทางวิชาการดังกล่าวมาขยายความต่อในบทความเรื่อง “The Problem of Social Cost” ตีพิมพ์ในวารสารเดียวกัน¹⁴ และเป็นบทความทางวิชาการบทความแรกที่วิเคราะห์กฎหมายในเชิงเศรษฐศาสตร์ และแสดงให้เห็นว่านิติศาสตร์กับเศรษฐศาสตร์มีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกัน ข้อเสนอทางวิชาการของโคสต่อมาได้กลายเป็นทฤษฎีบทโคส (Coase Theorem) อันโด่งดังและได้รับรางวัลโนเบลสาขาเศรษฐศาสตร์ (Nobel Prize in Economic Science)¹⁵ ทฤษฎีบทโคสจะได้อีกกล่าวต่อไป

¹¹ Ejan Mackaay, ‘History of Law and Economics’ in Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest (eds), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics* (Cheltenham: Edward Elgar, 2000) 65, at 66.

¹² Ronald Coase, ‘The Federal Communications Commission’ (1959) 2 *The Journal of Law and Economic*, 1-40.

¹³ ดูคำอธิบายในศักดิ์ดา ธนิตกุล, *กฎหมายกับเศรษฐศาสตร์* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2557) 13.

¹⁴ Ronald Coase, ‘The Problem of Social Cost’ (1960) 3 *The Journal of Law and Economics*, 1-44.

¹⁵ Ibid.

ผลงานอีกชิ้นหนึ่งที่มีอิทธิพลต่อนิติเศรษฐศาสตร์ปรากฏในผลงานของกยูโด คาราบรีซี (Guido Calabresi) ผู้พิพากษาและนักนิติศาสตร์ ในบทความทางวิชาการเรื่อง “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts” ปี ค.ศ. 1961¹⁶ ผลงานดังกล่าวถือว่าเป็นผลงานอีกชิ้นที่มีคุณูปการต่อวงวิชาการด้านนิติเศรษฐศาสตร์ โดยได้สร้างองค์ความรู้พื้นฐานและเป็นจุดตั้งต้นที่สำคัญในการพัฒนานิติเศรษฐศาสตร์ในยุคต่อมาจนถึงปัจจุบัน ผลงานของทั้งนักนิติศาสตร์และนักเศรษฐศาสตร์ที่สำคัญหลายคนได้รับอิทธิพลจากบทความทางวิชาการดังกล่าวของทั้งสองท่าน อาทิ ผลงานของแกรี่ เบคเกอร์ (Gary Becker)¹⁷ ริชาร์ด พอสเนอร์ (Richard Posner)¹⁸ แฟรงค์ เอสเตอร์บรูค (Frank Easterbrook)¹⁹ เอ.มิลเชล โพลินสกี (A.Mitchell Polinsky)²⁰ และสตีเวน ชาเวล (Steven Shavell)²¹ เป็นต้น

3. การวิเคราะห์กฎหมายโดยใช้หลักเศรษฐศาสตร์

พอสเนอร์ผู้พิพากษาและผู้มีบทบาทสำคัญในการผลักดันการวิเคราะห์กฎหมายโดยใช้หลักการทางเศรษฐศาสตร์เสนอว่ากฎหมาย (ในสหรัฐอเมริกา) จำนวนไม่น้อยสามารถอธิบายได้โดยใช้การวิเคราะห์กฎหมายในเชิงเศรษฐศาสตร์ซึ่งเป็นเรื่องธรรมดาปกติของชีวิตคนเราในสังคม โดยพอสเนอร์แสดงให้เห็นว่า ในหลายคดีศาลจำเป็นต้องพิพากษาด้วยการเลือกผลลัพธ์ที่ทำให้เกิดความมั่งคั่งของสังคมสูงสุด ซึ่งหมายถึงการทำให้สถานการณ์ซึ่งสิ้นค้าและทรัพยากรอื่น ๆ อยู่ในมือของคน que เห็นคุณค่าของทรัพยากรนั้นมากที่สุด หรือกลุ่มคนที่เต็มใจและสามารถจะจ่ายราคามากกว่าเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพยากรนั้น²² แนวคิดนิติเศรษฐศาสตร์ของพอสเนอร์จึงปฏิเสธความเป็นเอกเทศของกฎหมายด้วยเหตุผลสำคัญ 2 ประการ กล่าวคือ

ประการแรก กฎหมายมิได้มีพัฒนาแยกออกจากมิติทางสังคมและเศรษฐกิจ และประการที่สอง ศาสตร์อื่นที่ไม่ใช่กฎหมาย โดยเฉพาะเศรษฐศาสตร์มีบทบาทสำคัญที่จะช่วยให้เข้าใจกฎหมายมากยิ่งขึ้น²³ มุมมองของพอสเนอร์แสดงให้เห็นว่านิติศาสตร์และเศรษฐศาสตร์มีความสัมพันธ์ต่อกันและกันอย่างลึกซึ้ง

¹⁶ Guido Calabresi, ‘Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts’ (1961) 70(4) *The Yale Law Journal*, 499-553.

¹⁷ Gary Becker, ‘Crime and Punishment: An Economic Approach’ (1968) 76 *Journal of Political Economy*, 169-217.

¹⁸ Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Law* (The Netherlands: Kluwer Law International, 1986).

¹⁹ Frank Easterbrook and Daniel Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996).

²⁰ A.Mitchell Polinsky, *An Introduction to Law and Economics* (Boston: Little, Brown and Company, 1983).

²¹ Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004).

²² ดู Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Law* (The Netherlands: Kluwer Law International, 1986) 11-12.

²³ Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Law* (The Netherlands: Kluwer Law International, 1986) 3 (arguing that “This book is written in the conviction that economics is a powerful tool for analyzing a vast range of legal questions but that most lawyers and law students – even very bright ones – have difficulty connecting economic principles to concrete legal problems.”).

อย่างไรก็ตาม การวิเคราะห์กฎหมายในเชิงเศรษฐศาสตร์มีหลักเกณฑ์หรือวิธีการ (Methods) ที่แตกต่างกันไปในแต่ละเรื่อง และต้องนำแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์มาใช้พอสมควร อาทิ การพิจารณาเรื่องประสิทธิภาพ (Efficiency) เพื่อให้เกิด “ภาวะที่ดีที่สุด” (Optimality) หรือการเลือกอย่างมีเหตุผล (Rational Choice) ซึ่งพฤติกรรมมนุษย์ตอบสนองต่อสิ่งจูงใจและเกี่ยวข้องกับ “ต้นทุน” (Cost) ทางเศรษฐศาสตร์ในหลายมิติ เป็นต้น ซึ่งอธิบายโดยสังเขปได้ดังนี้

3.1 ประสิทธิภาพคือความยุติธรรมทางเศรษฐศาสตร์

ในการทำงานเกี่ยวกับสาขานิติศาสตร์ วิชาเศรษฐศาสตร์กล่าวถึงเรื่องของความยุติธรรม ซึ่งจะปรากฏคำว่าความยุติธรรมทางเศรษฐกิจ (Economic Justice) หรือความเสมอภาคเท่าเทียมกัน (Equality) หรือการหาจุดสมดุล (Equilibrium) ด้วยการประเมินคุณค่าทางด้านประสิทธิภาพ (Efficiency) อาจกล่าวได้ว่าเป้าหมายของเศรษฐศาสตร์จึงให้ความสำคัญกับประเด็นเรื่องประสิทธิภาพเป็นหลักซึ่งทำให้เศรษฐศาสตร์และนิติศาสตร์ถูกมองว่าเป็นคนละเรื่องกัน โดยนักกฎหมายส่วนใหญ่มองว่าเมื่อกล่าวถึงเรื่องประสิทธิภาพ ประเด็นเรื่องต้นทุน กำไร หรือราคาที่ต้องจ่ายจะกลายเป็นหัวข้อที่ต้องถูกกล่าวถึงและหลีกเลี่ยงมิได้ ตัวอย่างเช่น การบัญญัติกฎหมายเพื่อป้องปรามอาชญากรรมและรักษาความยุติธรรมในสังคมมีต้นทุนกำไรอย่างไร การออกแบบระบบยุติธรรมทางอาญาและระบบป้องปรามการกระทำความผิดทางอาญาเกิดขึ้นทุนมากน้อยเพียงใด ในมุมมองสำหรับนักกฎหมาย การรักษาความยุติธรรมเป็นเรื่องที่ประเมินเป็นตัวเลขหรือวัดระดับคุณค่ามิได้

อันที่จริง การวิเคราะห์กฎหมายในเชิงเศรษฐศาสตร์ก็ได้จำกัดเฉพาะเรื่องต้นทุน ราคาหรือกำไรขาดทุน แต่ให้ความสำคัญกับประโยชน์สุขหรือสวัสดิการของสังคม (Social Welfare)²⁴ ด้วยการประเมินคุณค่าด้านประสิทธิภาพ ฉะนั้น การทำให้เกิดประโยชน์สุขของสังคมคือการที่สังคมเลือกทางที่มีประสิทธิภาพมากที่สุด ซึ่งจะก่อให้เกิด “ภาวะที่เหมาะสมที่สุด” (Optimality) ในทางเศรษฐศาสตร์²⁵

มีผู้เสนอหลักเกณฑ์หรือมาตรฐานในการทดสอบประสิทธิภาพเพื่อไปสู่ภาวะที่เหมาะสมที่สุดในทางเศรษฐศาสตร์ และประยุกต์ใช้กันในวิชานิติเศรษฐศาสตร์ กล่าวคือ การทดสอบการบรรลุประสิทธิภาพแบบพาเรโต (Pareto Efficiency)²⁶ ซึ่งตั้งชื่อตามวิลเฟรโด พาเรโต (Vilfredo Pareto) นักเศรษฐศาสตร์ชาว อิตาลี ซึ่งหมายถึงภาวะที่เราไม่สามารถปรับปรุงสิ่งใดได้โดยไม่ทำให้คนอื่นอย่างน้อยคนหนึ่งรู้สึกรู้ว่าตัวเองแย่ลงเมื่อเทียบกับภาวะก่อนที่จะมีความเปลี่ยนแปลงนั้น หรือกล่าวอย่างง่ายคือ สถานการณ์ที่ทำให้ผลประโยชน์ของฝ่ายหนึ่งเพิ่มขึ้นได้ก็ด้วยการทำให้ผลประโยชน์ของอีกฝ่ายหนึ่งลดลงเท่านั้น²⁷ สถานการณ์ใดที่อยู่ในสภาพเช่นนั้น ถือได้ว่า “บรรลุประสิทธิภาพแบบพาเรโต” ข้างต้น²⁸ แต่หากสังคมยังไม่ไปสู่สถานการณ์ดังกล่าว ก็ยังมีหนทาง

²⁴ ดูคำอธิบายใน Yew-Kwang Ng, *Welfare Economics towards a More Complete Analysis* (Basingstoke, Hampshire New York: Palgrave Macmillan, 2004).

²⁵ Ha-Joon Chang, *Economics: The User's Guide* (London: Pelican, 2014) 19-20.

²⁶ Vijay K. Mathur, 'How Well Do We Know Pareto Optimality?' (1991) 22 *The Journal of Economic Education*, 172-178.

²⁷ Ibid.

²⁸ กรณีดังกล่าวอาจก่อให้เกิดคำถามว่า การบรรลุประสิทธิภาพแบบพาเรโต ก่อให้เกิดประโยชน์สุขแก่สังคมหรือก่อให้เกิดสวัสดิการของสังคม ประการใด กรณีนี้อาจเปรียบเทียบกับประโยชน์สุขแก่สังคมหรือการก่อให้เกิดสวัสดิการของสังคมเป็นเหมือน “ขนาดของขนมพาย” สังคมที่มีประสิทธิภาพคือสังคมที่สามารถใช้ทรัพยากรที่มีในการผลิตขนมพายให้ได้ขนาดใหญ่ที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้.

อื่น ๆ ที่ทำให้คนได้รับสวัสดิการสูงขึ้นกว่าเดิมได้ โดยไม่ทำให้คนอื่นแย่ลง ฉะนั้น สวัสดิการส่วนรวมของสังคมสามารถเพิ่มขึ้นได้ด้วยการที่แต่ละฝ่ายร่วมมือกันสำเร็จ หรือเจรจาต่อรองผลประโยชน์กันลงตัว กรณีดังกล่าวเรียกว่า “การยกระดับสวัสดิการแบบพาเรโต” (Pareto Improvement)²⁹

จากพาเรโตสู่การทดสอบแบบคาลเดอร์-ฮิกส์ (Kaldor-Hicks Tests)³⁰ จะบรรลุเงื่อนไขได้ก็ด้วยการเปลี่ยนแปลงการจัดสรรทรัพยากรทำให้เกิดผลตอบแทนมากพอจะนำไปชดเชยให้แก่คนที่เสียประโยชน์³¹ ดังนั้นในการยกระดับสวัสดิการแบบคาลเดอร์-ฮิกส์จึงอาจมีคนส่วนน้อยหรือคนที่ได้รับความสำคัญน้อยเป็นผู้เสียประโยชน์ ตัวอย่างเช่น การพัฒนาคุณภาพชีวิตของผู้ยากไร้ซึ่งเป็นกลุ่มคนที่มีความสำคัญในสังคม อาจทำให้ผู้มีรายได้สูงส่วนหนึ่งเสียประโยชน์บ้าง แต่ถือว่าประโยชน์ที่ได้รับคุ้มค่างับความเสียหาย แนวคิดนี้จึงเป็นรากฐานสำคัญของการวิเคราะห์แบบ Cost-Benefit Analysis

ทฤษฎีบทโคส (Coase Theorem) ดังกล่าวข้างต้น³² ภายใต้ข้อสมมติฐานว่าต้นทุนธุรกรรมมีค่าเป็นศูนย์ การเจรจาต่อรองเพื่อรักษาผลประโยชน์ส่วนตัวสามารถนำไปสู่การจัดสรรทรัพยากรที่มีประสิทธิภาพแบบพาเรโตได้ ไม่ว่าการจัดสรรกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน (หรือสิทธิครอบครอง) (Property Rights) จะเริ่มต้นมาอย่างไรก็ตาม³³ ตัวอย่างที่ทฤษฎีบทโคสยกมาอธิบายคือ กรณีมีเกษตรกรปลูกพืชไร่ และคนเลี้ยงวัว ซึ่งปล่อยให้วัวของตนเองเดินหากินในเขตไร่ของเพื่อนบ้าน หากเพื่อนบ้านในระแวกนั้นไม่มีรั้วกัน และจำนวนวัวยังมีมากขึ้นเท่าไร ย่อมสันนิษฐานได้ว่าความเสียหายที่จะเกิดแก่พืชไร่ยิ่งสูงขึ้นเท่านั้น โดยโคสสมมติให้ค่าใช้จ่ายในการทำรั้วกันไร่ของเกษตรกรคือ 9 ดอลลาร์ และราคาพืชไร่ คือ 1 ดอลลาร์ ต่อ 1 ต้น ดังตารางต่อไปนี้

จำนวนวัวในฝูง (ตัว)	พืชไร่ที่เสียหายต่อปี (ต้น)	พืชไร่ที่เสียหายต่อจำนวนวัว ที่เพิ่มขึ้น 1 ตัว (ต้น)
0	0	1
1	1	2
2	3	3
3	6	4
4	10	

ที่มา: Ronald Coase, ‘The Problem of Social Cost’ (1960) และคักดา ธนิตกุล, *กฎหมายกับเศรษฐศาสตร์* (2557)

²⁹ Vijay K. Mathur, ‘How Well Do We Know Pareto Optimality?’ (1991) 22 *The Journal of Economic Education*, 172-178.

³⁰ Nicholas Kaldor, ‘Welfare Propositions in Economics and Interpersonal Comparisons of Utility’ (1939) 49 *The Economic Journal*, 549-552; and John Hicks, ‘The Foundations of Welfare Economics’ (1939) 49 *The Economic Journal*, 696-712.

³¹ Ibid.

³² Ronald Coase, ‘The Problem of Social Cost’ (1960) 3 *The Journal of Law and Economics*, 1-44.

³³ Ibid.; อธิบายใน Raymond Wacks, *Philosophy of Law: A Very Short Introduction* (Oxford: Oxford University Press, 2014)

หากกฎหมายบัญญัติให้คนเลี้ยงวัวเป็นผู้จ่ายในความเสี่ยงที่เกิดขึ้นจากวัวที่ตนเลี้ยงต่อพืชไร่ตามจำนวนวัว ฉะนั้น ในมุมมองของคนเลี้ยงวัวจะต้องคำนึงถึงราคาที่ต้องจ่าย (Price to Pay) ในการเพิ่มจำนวนวัว และค่าเสียหายที่เพิ่มขึ้น และมูลค่าของเนื้อวัวที่จะได้เพิ่มเป็นเท่าใด หากค่าใช้จ่ายในการทำรั้วคือ 9 ดอลลาร์ ดังกล่าวข้างต้น คนเลี้ยงวัวจะเลือกที่จะสร้างรั้วแทนเพราะถูกกว่าค่าเสียหายที่ต้องจ่ายให้แก่เกษตรกรดังกล่าว แต่คนเลี้ยงวัวย่อมไม่เลือกที่จะทำรั้วให้หากค่าสินไหมทดแทนที่ต้องจ่ายให้น้อยกว่าค่าทำรั้ว³⁴

อย่างไรก็ตาม มีผู้ที่ทั้งเห็นด้วยและไม่เห็นด้วยกับการนำหลักเศรษฐศาสตร์มาปรับใช้กับการวิเคราะห์กฎหมาย การทำให้เกิดภาวะที่ดีที่สุดเป็นคุณค่าที่ต้องแลกกับความยุติธรรมหรือไม่ และประเมินความคุ้มค่าเป็นการสะท้อนความต้องการของอุดมการณ์แบบตลาดเสรีหรือทุนนิยม และเกี่ยวข้องกับความยุติธรรมอย่างไร³⁵ ไม่ว่าประสิทธิภาพในทางเศรษฐศาสตร์จะก่อให้เกิดความยุติธรรมหรือไม่ เราอาจมองได้ว่า การส่งเสริมประสิทธิภาพในทางเศรษฐศาสตร์ช่วยเพิ่มความเป็นธรรมให้แก่สังคม ประสิทธิภาพของเศรษฐศาสตร์กับความยุติธรรมของนิติศาสตร์จึงมีความสอดคล้องกันและมีเป้าหมายที่ส่งเสริมซึ่งกันและกัน³⁶

3.2 พฤติกรรมของมนุษย์ตอบสนองต่อแรงจูงใจเพื่อให้เกิดความมั่งคั่งสูงสุด

การเลือกอย่างมีเหตุผล (Rational Choices) ของคนในสังคมที่ทรัพยากรมีอยู่อย่างจำกัดมีความสัมพันธ์กับพฤติกรรมของมนุษย์ คำว่า การเลือกอย่างมีเหตุผลดังกล่าวมิใช่หมายถึงความสมเหตุสมผลแบบอุดมคติ แต่เป็นการใช้เหตุผลในการเลือกที่สนองตอบต่อความพึงพอใจหรือประโยชน์ของผู้กระทำส่วนตัว (Self-Interest)³⁷ ฉะนั้น มนุษย์ตอบสนองต่อสิ่งจูงใจและตัดสินใจกระทำการใดก็ตามเมื่อการกระทำนั้นก่อให้เกิดความมั่งคั่งส่วนตนสูงสุด จากมุมมองดังกล่าวพฤติกรรมของมนุษย์ที่ตอบสนองต่อสิ่งจูงใจจึงเกี่ยวข้องกับหลักการทางเศรษฐศาสตร์ 3 ประการ กล่าวคือ 1) กฎของอุปสงค์ (Law of Demand) 2) มนุษย์มีเหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ (Economic Rationality) มนุษย์จึงมีพฤติกรรมตอบสนองต่อสิ่งจูงใจ และ 3) การทำให้เกิดความมั่งคั่งสูงสุด (Wealth-Maximization) อธิบายได้ดังนี้

ประการแรก กฎของอุปสงค์ (Law of Demand) ซึ่งสัมพันธ์กับเรื่องราคา (Price) และปริมาณความต้องการสินค้าหรือบริการ ดังนั้น ยกตัวอย่างเช่น ถ้าราคาสินค้าของเนื้อวัวขึ้นไปจากเดิมอีก 100 บาท ขณะที่ราคาสินค้าเนื้อประเภทอื่นอยู่ในราคาเดิม ราคาเนื้อวัวจะแพงขึ้นอีก 100 บาท สำหรับผู้บริโภคซึ่งส่งผลให้ผู้บริโภคยอมหาทางเลือกที่จะบริโภคสินค้าเนื้ออื่นแทนซึ่งอาจจะขึ้นช้อนน้อยกว่าแต่เป็นที่ต้องการเนื่องจากมีราคาที่ต่ำกว่า อย่างไรก็ตามการที่ราคาสินค้าเนื้อวัวเพิ่มสูงขึ้นมิได้หมายความว่าผู้บริโภคจะหันไปเลือกสินค้าเนื้อชนิดอื่นทดแทนเสมอไป ผู้บริโภคอื่นอาจยังคงเลือกซื้อสินค้าเนื้อวัวดังกล่าวคงเดิม เนื่องจากสินค้าเนื้อประเภทอื่นไม่อาจทดแทนเนื้อวัวได้แม้จะมีราคาที่ต่ำกว่า ขณะที่ผู้บริโภคบางรายอาจลดปริมาณการซื้อสินค้าเนื้อวัว

³⁴ Ibid; อธิบายในศักดิ์ อนิตกุล, กฎหมายกับเศรษฐศาสตร์ (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2557) 14.

³⁵ Raymond Wacks, *Philosophy of Law: A Very Short Introduction* (Oxford: Oxford University Press, 2014) 82.

³⁶ ปกป้อง จันวิทย์, การวิเคราะห์กฎหมายด้วยหลักเศรษฐศาสตร์: แนวคิดและวรรณกรรมปริทัศน์ (กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2554) หน้า 88-89.

³⁷ Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Law* (The Netherlands: Kluwer Law International, 1986) 3-4.

และหาทางเลือกในการบริโภคสินค้าเนื้อประเภทอื่น สินค้าประเภทอื่นหรืออาหารจำพวกอื่นทดแทน กรณีดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าราคาของสินค้ามีผลต่อพฤติกรรมการเลือกบริโภคสินค้า และการบริโภคสินค้าประเภทเนื้อวัวย่อมลดลง³⁸ พฤติกรรมการเลือกบริโภคสินค้าดังกล่าวเป็นไปตามหลัก “ความมั่งคั่งสูงสุด” (Wealth-Maximization) กล่าวคือ มนุษย์จะเลือกทำสิ่งใดที่ทำให้ตนเกิดความพึงพอใจมากที่สุดเสมอ

กฎของอุปสงค์มีได้จำกัดอยู่เฉพาะเรื่องของสินค้าดังกล่าว แต่อาจปรับใช้กับสถานการณ์อื่นได้เช่น อาจารย์มหาวิทยาลัยบางท่านที่ไม่เป็นที่นิยม ย่อมส่งผลต่อยอดการลงทะเบียนเรียนของนักศึกษา อาจใช้วิธีการให้คะแนนที่ง่ายเพื่อเพิ่มจำนวนยอดของนักศึกษา เช่นเดียวกันกับกรณีของผู้พันโทช อาจกล่าวได้ว่า การรับโทษทางอาญาคือการที่ผู้กระทำความผิดได้จ่ายหนี้ให้แก่สังคมแล้ว ฉะนั้น การลงโทษทางอาญาคือ “ราคา” ที่สังคม (รัฐ) คิดกับการกระทำความผิด กรณีดังกล่าวนำไปสู่ข้อสรุปของนักเศรษฐศาสตร์ที่ว่า หากเพิ่มโทษให้หนักขึ้น ย่อมส่งผลกระทบต่อความเป็นไปได้ที่กระทำความผิดทางอาญาลดลง³⁹ อย่างไรก็ตามชีวิตจริงมีความซับซ้อนมากกว่านั้น เช่น นาย ก. ไม่ชอบ นาย ข. และประสงค์จะไปวางเพลิงเผาบ้านของนาย ข. แต่นาย ก. ทราบว่าโทษที่ลงแก่ความผิดวางเพลิงเผาทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา คือการประหารชีวิต นาย ก. จึงเลือกที่จะฆ่า นาย ข. ในโลกแห่งความเป็นจริง นาย ก. คงไม่ไปเปิดประมวลกฎหมายอาญา และเทียบเคียงโทษกับการกระทำความผิดเพื่อเลือกกระทำความผิดอย่างมีเหตุผลข้างต้น นาย ก. คงจะเลือกวางเพลิงเผาบ้านของนาย ข. เพื่อตอบสนองต่อความพึงพอใจ หรือประโยชน์สูงสุดของตนเอง

ประการที่สอง มนุษย์มีเหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ (Economic Rationality) มนุษย์จึงมีพฤติกรรมตอบสนองต่อสิ่งจูงใจ ฉะนั้นจากตัวอย่างผู้บริโภคเนื้อวัวซึ่งกระทำการใดเพื่อให้ได้ความพึงพอใจหรือประโยชน์ของตนเองสูงสุด สำหรับผู้ขายสินค้าเนื้อวัวอาจมีความแตกต่างกัน สำหรับผู้ขายเนื้อวัวย่อมมองเฉพาะเรื่องการทำให้เกิดกำไรสูงสุด (Profit Maximization) มากกว่าจะเป็นเรื่องการก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด กล่าวคือ ผู้ขายเนื้อวัวย่อมพิจารณาเฉพาะส่วนต่างระหว่างต้นทุนราคาที่ได้รับเนื้อวัวมากับราคาที่จะขายเนื้อวัวดังกล่าวได้ และกล่าวได้ว่าผู้ค้าเนื้อวัวจึงยอมขายเนื้อวัวที่รับมาไม่ต่ำกว่าทุน พอเสนอหรือขายให้เห็นว่าการกระทำในทางเศรษฐศาสตร์จึงมีต้นทุนเสมอ ซึ่งเป็นต้นทุนที่เกิดจากการที่เราเข้าไปไม่ถึงทรัพยากร หรือถูกจำกัดการเข้าถึงทรัพยากร เช่น อากาศเป็นทรัพยากรที่ไม่มีจำกัด การเข้าถึงอากาศจึงไม่ถูกจำกัดและไม่มีราคา ฉะนั้น กับทรัพยากรที่ถูกจำกัดการเข้าถึง หรือมีอยู่อย่างจำกัดหรือเราไม่สามารถผลิตสินค้าหรือบริการได้จึงมีต้นทุนเรียกว่า “ต้นทุนค่าเสียโอกาส” (Opportunity Cost)⁴⁰ ตัวอย่างของต้นทุนค่าเสียโอกาสที่เห็นได้ชัดคือ การทำงานบ้าน (Housework) ก็เป็นอีกตัวอย่างที่เป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจ และในทางเศรษฐศาสตร์ย่อมมีต้นทุน แม้การทำงานบ้านดังกล่าวจะเป็นการมอบให้บุคคลในครอบครัวดำเนินการและมีได้มีการจ่ายค่าจ้างก็มีต้นทุน โดยต้นทุนดังกล่าวคือต้นทุนค่าเสียโอกาสที่หายไปจากการต้องมาทำงานบ้าน อาทิ โอกาสที่จะได้อาชีพและรายได้ซึ่งมากกว่าการทำงานบ้านที่ไม่ก่อให้เกิดรายได้ใด ๆ เลย⁴¹ แต่ในทางกลับกันการกระทำบาง

³⁸ Ibid, 4-5.

³⁹ Ibid, 5.

⁴⁰ Ibid, 6.

⁴¹ Ibid, 7.

อย่างอาจไม่มีต้นทุนค่าเสียโอกาสเลย ตัวอย่างเช่น การบริจาคเงินจำนวน 3,000 บาท ซึ่งเป็นการแลกเปลี่ยนเงินจากบุคคลหนึ่งไปสู่อีกบุคคลหนึ่งและไม่ว่าบุคคลที่รับเงินจำนวนดังกล่าวจนหรือรวย ก็ย่อมไม่ก่อให้เกิดต้นทุนค่าเสียโอกาสแต่อย่างใด การแลกเปลี่ยนเงินจำนวนดังกล่าวเป็นเพียงการลดอำนาจในการซื้อจำนวน 3,000 บาทของบุคคลที่บริจาคเงินจำนวนดังกล่าว และไปเพิ่มอำนาจในการซื้อจำนวน 3,000 บาทให้กับผู้รับเงินขึ้นเท่านั้น กรณีดังกล่าวเกิด “ต้นทุนต่อตนเอง” (Private Cost) มากกว่า “ต้นทุนต่อสังคม” (Social Cost) ต้นทุนต่อสังคมเป็นการลดทอนความมั่งคั่งของสังคม ขณะที่ต้นทุนต่อตนเองเป็นเพียงการแลกเปลี่ยนความมั่งคั่งจากบุคคลหนึ่งไปสู่อีกบุคคลอื่น

นอกจากนี้ยังมีต้นทุนบางประเภทที่ไม่มีผลต่อเรื่องราคาหรือปริมาณของสินค้าและบริการ ต้นทุนดังกล่าวเรียกว่า “ต้นทุนจม” (Sunk Cost)⁴² หรือต้นทุนที่จ่ายไปแล้วและไม่มีทางเรียกกลับคืนมาได้ อีกนักเศรษฐศาสตร์ไทยบางท่านกล่าวว่า “ต้นทุนประเภทนี้ไม่ควรนำมาเป็นปัจจัยกำหนดการตัดสินใจในอนาคต”⁴³ อย่างไรก็ตาม นักนิติเศรษฐศาสตร์อันโด่งดังอย่างพอสเนอร์ชี้ให้เห็นว่า ต้นทุนดังกล่าวมีผลต่อการเลือกตัดสินใจของคนในชีวิตประจำวันเช่นเดียวกัน ตัวอย่างเช่น หากต้นทุนในการผลิตรูปปั้นช้างพลาสติกสีขาวมีราคา (ต้นทุน) อยู่ที่ 1,000 ดอลลาร์ แต่สินค้าดังกล่าวเป็นสินค้าที่ผู้บริโภคในตลาดยินดีที่จะจ่ายให้เพียงแค่ว่า 10 ดอลลาร์ ผู้ผลิตสินค้าดังกล่าวก็ย่อมยินดีที่จะขายในราคา 10 ดอลลาร์ มากเสียกว่ายอมสูญเสียรายได้ไปเลย⁴⁴

การปรับใช้แนวคิดเรื่องต้นทุนค่าเสียโอกาสที่ได้รับการยอมรับปรากฏในทฤษฎีบทโคสอันโด่งดังข้างต้น ซึ่งเสนอว่าในชีวิตจริงมีต้นทุนบางอย่างเกิดขึ้นระหว่างการทำธุรกรรมเสมอหรือ “ต้นทุนธุรกรรม” (Transaction Cost) ซึ่งเป็นต้นทุนที่มีได้เกิดขึ้นจากการผลิตสินค้าหรือบริการโดยตรง แต่เกี่ยวข้องกับการผลิตหรือแลกเปลี่ยนสินค้าและบริการ หากต้นทุนธุรกรรมเป็นศูนย์หรือการทำธุรกรรมใดไม่มีต้นทุน สิทธิในทรัพย์สินของบุคคลไม่ใช่สิทธิที่กฎหมายยอมรับว่าเจ้าของสิทธิมีสิทธิที่จะใช้ทรัพย์สินดังกล่าวอย่างเด็ดขาด พอสเนอร์ยกตัวอย่าง กรณีเกษตรกรชวานามีสิทธิที่จะไม่ทำให้พืชผลการเกษตรของตนไม่ถูกทำลายจากประกายไฟของรถไฟที่วิ่ง สมมติว่าพืชผลการเกษตรมีต้นทุน 230 ดอลลาร์ และขายในตลาดได้ราคา 330 ดอลลาร์ มูลค่าหรือกำไรของพืชผลการเกษตรจึงเท่ากับ 100 ดอลลาร์ ขณะที่ต้นทุนของบริษัทรถไฟในการติดตั้งเครื่องดูดประกายไฟคือ 110 ดอลลาร์ และสมมติว่าการเจรจาต่อรองระหว่างบริษัทรถไฟกับเกษตรกรชวานาที่ได้รับความเสียหายไม่มีต้นทุนหรือมีค่าเป็นศูนย์ ต้นทุนของพืชผลการเกษตรของเกษตรกรชวานาจึงไม่อยู่ที่ 230 ดอลลาร์ดังที่กล่าวในตอนแรก แต่จะอยู่ที่ระหว่าง 330 และ 340 ดอลลาร์ ซึ่งต้องรวมราคาที่ได้รับจากการตกลงกับบริษัทรถไฟว่าจะไม่ละเมิดสิทธิในทรัพย์สิน (พืชผลการเกษตร) ของเกษตรกรชวานา และเมื่อต้นทุนของการใช้สิทธิในทรัพย์สินของเกษตรกรชวานา (การปลูกพืชผลทางการเกษตรเพื่อการค้าขาย) เกินกว่ารายได้จากการขายสินค้าที่ได้รับ (330 ดอลลาร์) เกษตรกรก็ย่อมที่จะขายสิทธิในทรัพย์สินและการใช้สิทธิในทรัพย์สินดังกล่าวให้แก่บริษัทรถไฟ ประเด็นปัญหาที่พอสเนอร์นำเสนอคือ การปนประกายไฟของหัวเครื่องจักรรถไฟเป็นการละเมิดสิทธิ

⁴² Ibid, 7.

⁴³ ปกป้อง จันวิทย์, การวิเคราะห์กฎหมายด้วยหลักเศรษฐศาสตร์: แนวคิดและวรรณกรรมปริทัศน์ หน้า 8.

⁴⁴ Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Law* (The Netherlands: Kluwer Law International, 1986) at 7.

ของเกษตรกรชาวนา หรือเป็นสิทธิที่จะกระทำได้ที่ของบริษัทไฟในการตัดสินใจดังกล่าวผู้พิพากษาจำเป็นต้องตระหนักถึงผลกระทบต่อทรัพย์สินจากคำพิพากษาหรือการออกแบบกฎหมายจำเป็นต้องคำนึงผลกระทบต่อทางเศรษฐศาสตร์ด้วย กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ดีจึงคือกฎเกณฑ์ทำให้เกิดต้นทุนธุรกรรมต่ำที่สุด⁴⁵

ประการที่สาม การทำให้เกิดความมั่งคั่งสูงสุด (Wealth Maximization) สืบเนื่องจากกรณีเกษตรกรและบริษัทไฟดังกล่าว ทรัพย์สินควรจะถูกต้องไปอยู่ในมือของคนที่คุณค่าทรัพย์สินนั้นมากที่สุด หรือคนที่เต็มใจและสามารถจะจ่ายราคามากกว่าเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินนั้น⁴⁶ หรือยกตัวอย่างเช่น ทำไม้เกษตรกร ก. จึงเสนอที่จะซื้อที่ดินของเกษตรกร ข. ในราคาที่เหมาะสมกว่าที่เกษตรกร ข. เสนอขาย กรณีดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าที่ดินมีค่าสำหรับเกษตรกร ก. มากกว่า เกษตรกร ข. กล่าวคือ เกษตรกร ก. สามารถใช้ที่ดินเพื่อผลิตสินค้าและเกิดประโยชน์ได้มากกว่า เกษตรกร ข. กรณีดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงสถานการณ์ที่สินค้า (ทรัพย์สิน) อยู่ในมือของคนที่คุณค่าทรัพย์สินมากที่สุด และเมื่อทรัพย์สินถูกใช้ให้คุ้มค่ามากที่สุด ผลลัพธ์ที่มีประสิทธิภาพจะเกิดขึ้น

4. บทสรุปว่าด้วยนิติเศรษฐศาสตร์

การวิเคราะห์กฎหมายโดยใช้เศรษฐศาสตร์มีหลักเกณฑ์หรือวิธีการและต้องนำหลักการทางเศรษฐศาสตร์มาใช้ที่แตกต่างกันไปในแต่ละเรื่อง และกล่าวได้ว่าไม่มีกรณีวิเคราะห์กฎหมายและระบบยุติธรรมทางอาญาโดยใช้หลักเศรษฐศาสตร์ใดที่จะวิเคราะห์ปัญหากฎหมายได้ครบถ้วนในทุกเรื่อง และในส่วนที่เกี่ยวกับการวิเคราะห์ระบบยุติธรรมทางอาญาโดยใช้หลักการทางเศรษฐศาสตร์จึงปรากฏเป็นเรื่อง ๆ ไป อาทิ เศรษฐศาสตร์ว่าด้วยอาชญากรรม (Economics of Crime) ในผลงานของเบคเกอร์ นักเศรษฐศาสตร์รางวัลโนเบลเจ้าของผลงานเรื่อง “Crime and Punishment: An Economic Approach” ปี ค.ศ. 1968 ซึ่งสร้างแบบจำลองทางเศรษฐศาสตร์ว่าด้วยการเลือกแบบมีเหตุผลมาอธิบายพฤติกรรมของอาชญากร⁴⁷ หรือการวิเคราะห์ระยะเวลาในการคุมครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา⁴⁸ เป็นต้น การวิเคราะห์กฎหมายโดยใช้หลักการทางเศรษฐศาสตร์จึงสามารถอธิบายกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมได้ใน 3 มิติที่สำคัญ กล่าวคือ

(1) เหตุผลและความจำเป็นในการบัญญัติกฎหมายที่แท้จริง โดยเป็นเหตุผลและความจำเป็นนอกเหนือจากความจำเป็นในการบัญญัติกฎหมายดังที่ปรากฏอยู่ในหลักการและเหตุผลของการตรากฎหมาย หรือบันทึกเจตนารมณ์ในการร่างกฎหมายของผู้ร่าง (Drafters) แต่เป็นเหตุผลและความจำเป็นที่บัญญัติกฎหมายนั้น ๆ ขึ้นมาอย่างแท้จริง กล่าวได้ว่า การบัญญัติกฎหมายในแต่ละร่างและแต่ละฉบับขึ้นย่อมมีเหตุผลเบื้องต้นของการตรากฎหมาย การวิเคราะห์กฎหมายในเชิงเศรษฐศาสตร์ทำให้ช่วยในการพิจารณาเรื่องภูมิหลัง ความจำเป็นใน

⁴⁵ Ibid at 7.

⁴⁶ Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Law* (The Netherlands: Kluwer Law International, 1986) และดูคำอธิบายใน Raymond Wacks, *Philosophy of Law: A Very Short Introduction* (Oxford: Oxford University Press, 2014) 80-81.

⁴⁷ Gary Becker, ‘Crime and Punishment: An Economic Approach’ (1968) 76 *Journal of Political Economy*, 169-217.

⁴⁸ William M. Landes and Richard A. Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003).

การตรากฎหมายซึ่งอาจมีทั้งเหตุผลที่เป็นตัวเงิน หรือประโยชน์ทางเศรษฐกิจ โดยเฉพาะกฎหมายเกี่ยวกับเศรษฐกิจ อาทิ กฎหมายแข่งขันทางการค้า กฎหมายภาษี กฎหมายเกี่ยวกับการเงินและการคลังหรือกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา และอาจมีเหตุผลอื่นที่ไม่เป็นตัวเงิน เช่น เหตุผลทางการเมือง ซึ่งการรวมกลุ่มทางการเมืองที่เรียกว่า “พรรคการเมือง” (Party) โดยหลักการแล้วมีเหตุผลอย่างเดียวคือการให้ได้รับคะแนนเสียงเลือกตั้งมากที่สุด (Vote-Maximization)

(2) การวิเคราะห์กฎหมายในเชิงเศรษฐศาสตร์ส่งเสริมในการศึกษาผลกระทบของกฎหมายต่อพฤติกรรมของมนุษย์และสังคมหรือผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย กล่าวได้ว่า กฎหมายไทยหลาย ๆ ฉบับตราขึ้นโดยไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ทางเศรษฐกิจและสังคม สาเหตุประการสำคัญเป็นเพราะกระบวนการร่างกฎหมายไม่ยึดโยงกับประชาชน กฎหมายจึงมิได้สะท้อนความต้องการของประชาชนและความเป็นจริงของสังคม แต่สนองตอบต่อกลุ่มผลประโยชน์ซึ่งมีอำนาจในการกำหนดนโยบายและกฎหมาย หรือกฎหมายมีลักษณะแข็งกระด้างเกินไปเนื่องจากใช้เทคโนโลยีแคต (Technocrats) ในการร่างมากเกินไป ส่งผลให้กฎหมายกลายเป็นเรื่องทางเทคนิคในทุกเรื่อง กล่าวได้ว่ากฎหมายที่ร่างขึ้นโดยเน้นลักษณะทางเทคนิคและไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์และไม่เท่าทันความก้าวหน้าทางศิลปวิทยาการจึงไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77 ที่บัญญัติให้รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือประกอบอาชีพ⁴⁹ และรวมทั้งพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562⁵⁰

(3) นอกเหนือจากการใช้เศรษฐศาสตร์เป็นเครื่องมือในการวิเคราะห์กฎหมาย เพื่อให้เห็นถึงเหตุผลและความจำเป็นของการบัญญัติกฎหมายที่แท้จริง และผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายในการกำกับ “พฤติกรรม” ของคนในสังคมแล้ว การวิเคราะห์กฎหมายในเชิงเศรษฐศาสตร์มีความสำคัญต่อการบัญญัติกฎหมายที่ควรจะเป็นหรือที่นักนิติเศรษฐศาสตร์เรียกว่า “กฎหมายที่พึงปรารถนา”⁵¹

⁴⁹ มาตรา 77 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

⁵⁰ พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562.

⁵¹ ปกป้อง จันวิทย์, การวิเคราะห์กฎหมายด้วยหลักเศรษฐศาสตร์: แนวคิดและวรรณกรรมปริทัศน์ หน้า 14.

การประเมินประสิทธิภาพของการแจ้งเบาะแส¹

Assessment of Whistleblowing's Efficiency

ศุภศิษย์ ทวีแจ่มทรัพย์
Suphasit Taweekamsup
ณัชพล จิตติรัตน์
Natchapol Jittirat
ปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ
Piti Eiamchamroonlarp
วิมพัทธ์ ราชประดิษฐ์
Wimpat Rajpradit

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: taweekamsup@hotmail.com
(Received: January 26, 2021; Revised: March 20, 2021; Accepted: March 22, 2021)

บทคัดย่อ

การแจ้งเบาะแส (Whistleblower) เปรียบเสมือนเป็นการเป่านกหวีดเพื่อให้เห็นถึงพฤติกรรมการทุจริตคอร์รัปชัน โดยให้บุคคลในองค์กรทั้งในภาครัฐและเอกชนที่พบเห็นการทุจริตต่ออกมาให้เบาะแสแก่หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เพื่อนำเบาะแสเหล่านั้นไปดำเนินการต่อไปให้เกิดธรรมาภิบาลและการบริหารจัดการที่ดีขององค์กร ในส่วนของภาคเอกชนนั้น การแจ้งเบาะแสเป็นมาตรการที่สะท้อนให้เห็นหลักความรับผิดชอบต่อสังคม (Corporate Social Responsibility : CSR) ซึ่งแสดงถึงความโปร่งใสขององค์กร ในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีพระราชบัญญัติเฉพาะเกี่ยวกับการแจ้งเบาะแส แต่ปรากฏบทบัญญัติเกี่ยวกับการแจ้งเบาะแสแทรกซึมอยู่ในพระราชบัญญัติต่าง ๆ การแจ้งเบาะแสในประเทศไทยจึงมีความแตกต่างกันทั้งในเรื่องเงื่อนไขของการแจ้งเบาะแส กระบวนการจัดการกับเบาะแส การคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแส มาตรการเยียวยาผู้แจ้งเบาะแส ตลอดจนมาตรการส่งเสริมการแจ้งเบาะแส สถานการณ์ดังกล่าวสะท้อนให้เห็นว่าระบบการแจ้งเบาะแสในประเทศไทยยังไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร จึงจำเป็นต้องศึกษาหาแนวทางเสริมสร้างประสิทธิภาพดังกล่าวอย่างเป็นรูปธรรม ในงานศึกษานี้พบว่า เกณฑ์การ

¹ บทความนี้สรุปจากโครงการวิจัยเรื่อง “การศึกษาวิจัยประเมินประสิทธิภาพของผู้แจ้งเบาะแส” ซึ่งได้รับทุนวิจัยจากสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เมื่อปี พ.ศ. 2560

ประเมินประสิทธิภาพของการแจ้งเบาะแสอาจแบ่งออกเป็น 4 ประการ ได้แก่ แรงจูงใจในการแจ้งเบาะแสด ความครอบคลุมของการแจ้งเบาะแสด กระบวนการในการแจ้งเบาะแสด และความน่าเชื่อถือของข้อมูล โดยที่ “แรงจูงใจในการแจ้งเบาะแสด” เป็นปัจจัยที่สำคัญที่สุดต่อประสิทธิภาพของการแจ้งเบาะแสด ดังนี้ การตรากฎหมายเกี่ยวกับการแจ้งเบาะแสดของประเทศไทยจึงต้องประกอบไปด้วยหลักการคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสด การเยียวยาผู้แจ้งเบาะแสดอย่างเป็นรูปธรรม และการนำมาตราการการให้เงินรางวัลมาใช้บังคับ

คำสำคัญ: ผู้แจ้งเบาะแสด, การแจ้งเบาะแสด, การปราบปรามการทุจริตคอร์รัปชัน

Abstract

Whistleblowing is a mean to combat corruption challenges. Whistleblowers, who can be both persons from the private and the public sector, blow their whistles, thus exposing corrupted behaviors for good governance. In the private sector, whistleblowing also reflects the company's corporate social responsibility (CSR) which manifests level of corporate transparency. Nowadays, whistleblowing in Thailand is separately and unsystematically legislated in several Acts which have showed lack of efficiency in whistleblowing system. Consequently, means for improving the system should be studied. Under the research, there are four efficiency assessment criteria: incentives for whistleblowing, coverage of the protected disclosures, whistleblowing procedures, and reliability of the reported information. This research concludes that the incentive is the most significant factor for enhancing efficiency of whistleblowing. In addition, laws relating to whistleblowing in Thailand should recognize whistleblower protection, remedies for whistleblower, and concrete rewarding scheme.

Keywords: Whistleblowing, Whistleblower, Anti-corruption

1. ความนำ

การทุจริตคอร์รัปชันเป็นปัญหาที่สามารถพบได้ในทุกประเทศซึ่งความรุนแรงของปัญหานับวันยิ่งมีความเข้มข้นขึ้นตามบริบททางเศรษฐกิจและสังคมที่แปรเปลี่ยนไป เนื่องจากผู้กระทำการทุจริตได้ใช้กระบวนการและวิธีการที่แยบยล มีความสลับซับซ้อนมากขึ้น ส่งผลให้การป้องกัน และการตรวจสอบดำเนินการการทุจริตเป็นไปได้โดยยากยิ่ง นอกจากนี้ การทุจริตยังปรากฏให้เห็นในทุกภาคส่วนของสังคมไม่ว่าจะเป็นภาครัฐหรือภาคเอกชน หากสังคมเพิกเฉยต่อปัญหาเกี่ยวกับการทุจริตแล้ว ปัญหาดังกล่าวย่อมกลายเป็นมะเร็งร้ายที่ค่อย ๆ บั่นทอนการพัฒนาของประเทศ ดังนั้น ทุกประเทศจึงจำเป็นต้องหันมาให้ความสำคัญกับการแก้ไขปัญหาดังกล่าว

การแจ้งเบาะแส (Whistleblowing) เป็นแนวทางการแก้ไขปัญหาที่หลายประเทศนำมาใช้เพื่อช่วยแก้ไขปัญหาคอร์รัปชัน โดยให้บุคคลในองค์กรทั้งในภาครัฐและเอกชนที่พบเห็นการทุจริต ออกมาแจ้งเบาะแสแก่หน่วยงานที่มีหน้าที่นำข้อเท็จจริงนั้นไปดำเนินการทางกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือจริยธรรม อันจะนำมาซึ่งความสุจริตโปร่งใสในการบริหารจัดการองค์กรและสังคมต่อไป สำหรับในส่วนของภาคเอกชนการแจ้งเบาะแสถือเป็นมาตรการที่สะท้อนให้เห็นหลักความรับผิดชอบต่อสังคม (Corporate Social Responsibility : CSR) ซึ่งเป็นหลักการที่ผู้ประกอบการจำเป็นต้องคำนึงถึงอย่างยิ่งยวด เนื่องจากการดำเนินธุรกิจในปัจจุบันจำเป็นต้องมีบรรษัทภิบาล² เพื่อแสดงให้เห็นถึงความโปร่งใสขององค์กร³

ประเทศไทยเป็นประเทศที่ประสบปัญหาเกี่ยวกับการทุจริตคอร์รัปชันเช่นเดียวกับประเทศอื่นและนับวันยิ่งจะทวีคูณความรุนแรงยิ่งขึ้นซึ่งแสดงให้เห็นว่าระบบการป้องกันและตรวจสอบการทุจริตคอร์รัปชันของประเทศไทยนั้นยังไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอ สำหรับมาตรการการแจ้งเบาะแสเพื่อแก้ไขปัญหาคอร์รัปชันในประเทศไทยยังไม่มีการบัญญัติเป็นพระราชบัญญัติเฉพาะ แต่ปรากฏบทบัญญัติเกี่ยวกับการแจ้งเบาะแสแทรกซึมอยู่ในกฎหมายต่าง ๆ ด้วยเหตุนี้ รายละเอียดเกี่ยวกับการแจ้งเบาะแสในประเทศไทยจึงมีความแตกต่างกัน แปรผันตามกฎหมายเฉพาะฉบับนั้น ๆ ทั้งในแง่ของเจตนาของการแจ้งเบาะแส กระบวนการจัดการกับเบาะแส การคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแส มาตรการเยียวยาผู้แจ้งเบาะแส ตลอดจนมาตรการส่งเสริมการแจ้งเบาะแส การศึกษาหาแนวทางที่เหมาะสมเพื่อใช้เป็นเกณฑ์ในการบัญญัติกฎหมายหรือกำหนดกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ทำให้กระบวนการแจ้งเบาะแสมีความเป็นเอกภาพ เข้าถึงได้ และสามารถนำไปใช้ที่ทำให้เกิดสัมฤทธิ์ผลเป็นรูปธรรมอย่างแท้จริงจึงเป็นเรื่องที่วงการนิติศาสตร์ไทยให้ความสนใจ และเมื่อ “ผู้แจ้งเบาะแส” คือตัวแปรสำคัญที่จะทำให้เกิดกระบวนการแจ้งเบาะแสมีประสิทธิภาพแล้ว การศึกษาเชิงบูรณาการในประเด็นประสิทธิภาพของผู้แจ้งเบาะแสโดยวิธีการประเมินจึงเป็นข้อท้าทายสำคัญที่ทำให้เกิดงานศึกษานี้ขึ้นนั่นเอง

² Alpha études, Chartes éthiques et codes de conduite : état des lieux d'un nouvel enjeu social, mars 2004

³ D. Berra, *Les chartes d'entreprise et le droit du travail*, Mélanges dédiés au président Michel Despex, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002. ; K. Pratique, *La CNIL élargit son autorisation unique en matière de dispositifs d'alerte professionnelle (Whistleblowing) (délibération du 30 janvier 2014)*, [online] Available from : http://m.kpratique.fr/La-CNIL-elargit-son-autorisation-unique...alerte-professionnelle-Whistleblowing-deliberation_a257.html, [6 mars 2017]

การศึกษาการประเมินประสิทธิภาพของการแจ้งเบาะแสเริ่มต้นจากการศึกษาหลักการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง (3) จากนั้นเป็นการทบทวนหลักเกณฑ์และแนวปฏิบัติของประเทศไทยที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน (4) ก่อนที่จะศึกษาตัวอย่างของบทบัญญัติและแนวปฏิบัติต่างประเทศอันได้แก่ สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร สหพันธรัฐออสเตรเลีย และสหพันธรัฐมาเลเซีย (5) เพื่อทำการเปรียบเทียบ วิเคราะห์ผล (6) และนำเสนอทสรุปตลอดจนข้อเสนอแนะในประเด็น “หลักเกณฑ์การประเมินประสิทธิภาพของการแจ้งเบาะแส” ที่มีความเป็นรูปธรรมและอาจนำไปใช้ปฏิบัติได้จริง (7) อย่างไรก็ตาม ก่อนเริ่มกระบวนการศึกษาดังกล่าวนี้ การแสดงระเบียบวิธีวิจัยไว้เป็นการเบื้องต้นย่อมทำให้ผู้อ่านงานเข้าใจในขอบเขตและบริบทการศึกษาอันเป็นปัจจัยสำคัญที่กำหนดผลการศึกษา (2)

2. ระเบียบวิธีวิจัย

วัตถุประสงค์การวิจัย (2.1) วิธีและเครื่องมือที่ใช้ในการดำเนินการกระบวนการวิจัย (2.2) สมมติฐานการวิจัย (2.3) ตลอดจนกรอบและขอบเขตงานวิจัย (2.4) มีดังนี้

2.1 วัตถุประสงค์การวิจัย

การศึกษานี้ได้กำหนดวัตถุประสงค์ไว้ 5 ประการ คือ

1. ศึกษาแนวคิด ทฤษฎีพื้นฐานที่เกี่ยวกับการแจ้งเบาะแส ความสำคัญ กระบวนการ และข้อจำกัดต่าง ๆ ของการแจ้งเบาะแสในฐานะเป็นกลไกหนึ่งที่สามารถช่วยลดการทุจริตคอร์รัปชันทั้งในภาครัฐ และภาคเอกชน
2. ศึกษาเหตุผลและความจำเป็นที่จะต้องมีการมีระเบียบปฏิบัติ หรือบทบัญญัติกฎหมายที่ส่งเสริมสนับสนุน ดูแล และปกป้องสวัสดิการของผู้ให้เบาะแส ทั้งในสภาพทั่วไปและบริบทของสังคมไทย
3. ศึกษามูลเหตุจูงใจหรือแรงจูงใจ (Incentives) ที่ทำให้มีการออกมาเปิดเผยข้อมูล และข้อกังวลที่ว่าการออกมาเปิดเผยข้อมูลนั้นอาจมาจากเจตนาที่ไม่บริสุทธิ์ หรือมีวาระซ่อนเร้นอยู่
4. ศึกษากระบวนการ ขั้นตอน และโครงสร้างทางกฎหมายและสังคมที่จะรองรับการออกมาเปิดเผยข้อมูล โดยเน้นบทเรียนและตัวอย่างของแนวทางปฏิบัติจากประเทศที่พัฒนาแล้ว ได้แก่ สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และสหพันธรัฐออสเตรเลีย อีกทั้งประเทศที่มีระบบเศรษฐกิจและบริบททางสังคมคล้ายกับประเทศไทย ได้แก่ สหพันธรัฐมาเลเซีย
5. วิเคราะห์และประเมินผลกระทบการให้เบาะแสที่ประสบผลสำเร็จ

2.2 วิธีดำเนินการวิจัย การศึกษานี้เน้นการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) เป็นหลักที่มีการวิจัยเชิงปริมาณ (Quantitative Research) เป็นส่วนประกอบเพื่อความสมบูรณ์อย่างบูรณาการ โดยเครื่องมือที่ใช้ดำเนินงานประกอบ การวิจัยเอกสาร (Documentary Research) การประชุมกลุ่มย่อย (Focus Group) การรับฟังความคิดเห็น (Public Hearing) และการสัมภาษณ์เชิงลึก (In-depth Interview) โดยมีกลุ่มเป้าหมายที่หลากหลายไม่ว่าจะเป็นบุคลากรของหน่วยงานเอกชนจากองค์กรธุรกิจขนาดกลางถึงขนาดใหญ่ ทั้งที่มีหน้าที่โดยตรงและประสบการณ์เกี่ยวข้องกับการแจ้งเบาะแส บุคลากรภาครัฐทั้งที่มีหน้าที่โดยตรงตามกฎหมายและมีประสบการณ์เกี่ยวข้อง ตลอดจน ทนายความ ผู้มีวิชาชีพและผู้ประกอบอาชีพอิสระ และประชาชนทั่วไปที่เกี่ยวข้องหรือมีประสบการณ์เกี่ยวกับการแจ้งเบาะแส

2.3 สมมติฐานการวิจัย เกณฑ์ที่ใช้ในการประเมินประสิทธิภาพของการแจ้งเบาะแสตามกฎหมายปัจจุบันยังไม่เพียงพอต่อการป้องกันและปราบปรามพฤติกรรมที่ทุจริตหรือไม่โปร่งใส ดังนั้นจึงควรกำหนดเกณฑ์เพิ่มประสิทธิภาพ อันได้แก่ เกณฑ์แรงจูงใจในการแจ้งเบาะแส เกณฑ์ที่ครอบคลุมทั้งในด้านตัวผู้รับแจ้งและข้อมูลในการแจ้งเบาะแส เกณฑ์ด้านกระบวนการการแจ้งเบาะแส และเกณฑ์ความน่าเชื่อถือของข้อมูลอันเป็นเบาะแส เพื่อให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องได้ข้อมูลที่เป็นในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤตินิชอบที่เกิดขึ้นในองค์กร อย่างไรก็ตาม บริบททางสังคมและข้อกฎหมายของประเทศไทย สมควรนำเกณฑ์ 2 ข้อ คือ เกณฑ์แรงจูงใจ และเกณฑ์ด้านกระบวนการ มาปรับใช้เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพของการแจ้งเบาะแสให้เกิดขึ้นอย่างเป็นรูปธรรม

2.4 กรอบและขอบเขตงานวิจัย งานวิจัยฉบับนี้เป็นการดำเนินวิธีการวิจัยแบบผสม (Mixed Methods) (ระหว่างการวิจัยเชิงปริมาณและการวิจัยเชิงคุณภาพ) ที่ไม่ได้มีแต่เฉพาะการวิเคราะห์ทฤษฎีนิติศาสตร์แต่เพียงด้านเดียว หากแต่มีการนำหลักการวิจัยด้านสังคมศาสตร์มาใช้เป็นส่วนประกอบ ด้วยคาดหวังว่าจะมีการนำผลการวิจัยไปใช้ให้เกิดผลอย่างเป็นรูปธรรมต่อไป กระนั้น ความเป็นเอกอุทางนิติศาสตร์ของงานและเพื่อความชัดเจนในกระบวนการทัศน์ ทำให้จำเป็นต้องกำหนดตัวบทกฎหมายของประเทศไทยที่ใช้ศึกษาวิเคราะห์อันประกอบด้วย

1. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
2. ประมวลกฎหมายอาญา
3. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา
4. พระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554
5. พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546
6. พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550
7. พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541
8. พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551
9. พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2558
10. พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2554
11. พระราชบัญญัติมาตรการของฝ่ายบริหารในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2551
12. พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558

13. พระราชบัญญัติแรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ พ.ศ. 2543
14. พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518
15. พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551
16. ระเบียบกระทรวงกลาโหมว่าด้วยการคุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ. 2548
17. ระเบียบกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพว่าด้วยหลักเกณฑ์การแจ้ง วิธีการให้ความคุ้มครอง และการสิ้นสุดการคุ้มครองตามมาตราทั่วไปแก่พยานในคดีอาญา พ.ศ. 2551
18. ระเบียบกรมศุลกากรว่าด้วยการจ่ายเงินสินบนและรางวัล พ.ศ. 2517
19. ระเบียบกรมสอบสวนคดีพิเศษว่าด้วยการคุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ. 2545
20. ระเบียบคณะกรรมการธุรกรรมว่าด้วยการรับเรื่อง การตรวจสอบ การพิจารณาดาเนินการ และการควบคุม ตรวจสอบการปฏิบัติงานของพนักงานเจ้าหน้าที่ ตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2556
21. ระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติว่าด้วยการคุ้มครองช่วยเหลือพยาน พ.ศ. 2554
22. ระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติว่าด้วยการจ่ายเงินสินบน พ.ศ. 2553
23. ระเบียบสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดว่าด้วยการให้ความคุ้มครองแก่พยานในคดียาเสพติด พ.ศ. 2547
24. ระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติว่าด้วยกำหนดแนวปฏิบัติการคุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ. 2548
25. ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการจ่ายเงินสินบนและเงินรางวัลในการดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2546
26. ประกาศกรมศุลกากรที่ 47/2560 เรื่อง วิธีการรับคำร้องและการพิจารณาเรื่องร้องเรียนของกรมศุลกากร

3. แนวคิดเกี่ยวกับการประเมินประสิทธิภาพของการแจ้งเบาะแส

การศึกษาการประเมินประสิทธิภาพของการแจ้งเบาะแสดำเนินการต้องเริ่มต้นจากแนวคิดอันเป็นแก่นของเรื่อง กล่าวคือ ในส่วนแรก แนวคิดเกี่ยวกับผู้แจ้งเบาะแส (3.1) อันเป็นวัตถุประสงค์ของการศึกษา และในส่วนถัดมา คือการให้ความสำคัญกับแนวคิดว่าด้วยการประเมิน (3.2) ซึ่งเมื่อพิจารณาแนวคิดทั้งสองส่วนจนตกผลึกแล้วอาจสรุปเป็นองค์ประกอบสำคัญของการประเมินประสิทธิภาพของการแจ้งเบาะแส (3.3) ได้ดังมีรายละเอียดดังนี้

3.1 ผู้แจ้งเบาะแส “ผู้แจ้งเบาะแส” คือ ผู้ที่โดยสถานภาพและสถานะมีโอกาสใกล้ชิดกับข้อมูลอันเป็นเบาะแสการกระทำความผิด การไม่สุจริตโปร่งใส ซึ่งเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ⁴ และผู้นั้นไม่ได้เป็นผู้ที่มีหน้าที่ตามกฎหมายหรือตามสัญญาที่ต้องแจ้งข้อความเช่นนั้นในองค์กรหรือหน่วยงานใดทราบโดยตรง หากแต่แสดงเจตนาด้วยตนเองแจ้งข้อมูลอันเป็นเบาะแสออกไป⁵

จากคำนิยามข้างต้น การแจ้งเบาะแสเป็นมาตรการที่อยู่บนพื้นฐานของหลักเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น⁶ แต่การแจ้งเบาะแสดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้กรอบของหลักจริยธรรมและหลักกฎหมาย สำหรับหลักจริยธรรมนั้นอาจอยู่ในรูปของหลักธรรมาภิบาล⁷ และหลักบรรษัทภิบาล⁸ ในขณะที่หลักกฎหมายที่เป็นกรอบของการแจ้งเบาะแสประกอบไปด้วยหลักสาธารณะประโยชน์⁹ หลักสุจริต¹⁰ หลักการรับฟังพยานหลักฐาน¹¹ หลักความได้สัดส่วน¹² หลักการมีส่วนร่วมอย่างมีประสิทธิภาพ¹³ และหลักการไม่ถูกคุกคามและไม่ถูกเลือกปฏิบัติ¹⁴

⁴ Transparency International Switzerland, Margrit Zopfi et Esther Wyler, *services sociaux de la ville de Zürich*. [online] Available from : https://transparency.ch/wp-content/uploads/2017/08/2010_Guide_Whistleblowing_FR-1.pdf [6 mars 2017] ; N. Marie Meyer, *Le droit d'alerte en perspective : 50 année de débats dans le monde*, AJDA 24 nov. 2014, n°39, p.2242.

⁵ Transparency International Switzerland, Jorge Resende-RSR, [online] Available from : <http://www.ssm-site.ch/news/> [6 mars 2017]

⁶ Henri Oberdorff, *Libertés fondamentales et droits de l'homme : Textes français et internationaux*, p.437.

⁷ World Bank, *Good Governance*, [Online] Available from <http://info.worldbank.org/governance/wgi/#home> [15 Mars 2017]

⁸ Joëlle Surply et Sandra Charreire-Petit, *Le Whistleblower peut-il être considéré comme une pratique socialement responsable ? Analyse par le prisme de la liberté de l'acteur salarié*, [Online] Available from: <http://www.strategie-aims.com/events/conferences/2-xixeme-conference-de-l-aims/communications/117-le-whistleblowing-peut-il-etre-considere-comme-une-pratique-socialement-responsable-analyse-par-le-prisme-de-la-liberte-de-l-acteur-salarie/download>, [6 Mars 2017]

⁹ J. Larmarque, *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics*, LGDJ, 1960, pp. 379s. ; Noël Simard, *Pour un élargissement de la notion d'intérêt public*, Table-ronde de l'APEC tenue au Centre d'éthique de l'Université Saint-Paul, le 29 janvier 2003.

¹⁰ กิตติศักดิ์ ปภากิตติ, *หลักสุจริต และ เหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้ Good faith & Supervening Events*, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554), หน้า 87-106. ; Actualité Discrimination, *La protection des lanceurs d'alerte s'étend aux conflits d'intérêts*, Semaine Sociale Lamy n°1603, 28 octobre 2013 ; Actualité Lanceur d'alerte, *Nouvelle extension de la protection des lanceurs d'alerte*, Semaine Sociale Lamy n°1609, 9 décembre 2013

¹¹ ไสภม รัตนการ, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน*, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2549), หน้า 18. ; อุดม รัฐอมฤต, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน*, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2558), หน้า 49. ; สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, *โครงการวิจัยเรื่อง “ศึกษาปัญหาข้อขัดข้องการบังคับใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่แก้ไขใหม่ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับพยานหลักฐาน”*, เสนอต่อ สถาบันวิจัยและพัฒนาคดี สำนักงานศาลยุติธรรม, มีนาคม 2556, หน้า 24 - 26.

¹² วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป*, (กรุงเทพฯ : นิติราษฎร์, 2554), หน้า 57-70. ; Cass.soc. 14 décembre 1999 n°97-41.995 ; Cass.soc. 22 juin 2004 n°02-42.446.

¹³ *Haney v Brent Mind EAT 0054/03 ; Bolkavac v DynCrop Ltd ET case n°3102729/01*

¹⁴ OECD, *Committing to Effective Whistleblower Protection*, [Online] Available from : <http://www.oecd.org/corruption-integrity/reports/committing-to-effective-whistleblower-protection-9789264252639-en.html>, p. 4

3.2 การประเมินประสิทธิภาพ “การประเมิน (Assessment)” นั้นสามารถสรุปได้ว่าเป็น กระบวนการรวบรวมข้อมูลให้อยู่ในรูปแบบที่สามารถตีความได้เพื่อใช้เป็นฐานสำหรับการนำไปสู่การตัดสินใจในขั้นประเมินผล¹⁵ ในส่วนของ “ประสิทธิภาพ” นั้น กรอบคำนิยามอาจกว้างหรือแคบขึ้นอยู่กับมุมมองและวิถีทางในการศึกษา¹⁶ กล่าวคือเป็นการมองในลักษณะทั่วไป มองโดยให้ความสำคัญกับมิติทางนิติศาสตร์เป็นการเฉพาะ หรือมองในเชิงบูรณาการระหว่างนิติศาสตร์และศาสตร์อื่น¹⁷ ตัวอย่างเช่น เศรษฐศาสตร์ ดังที่มีชื่อเรียกว่าเป็นการมองประสิทธิภาพอย่าง “นิติเศรษฐศาสตร์” กล่าวคือ การดำเนินงานให้ถึงจุดมุ่งหมาย โดยวิถีทางที่ดีที่สุด ใช้งบจ่ายหรือทรัพยากรน้อยที่สุด¹⁸ ถ้อยคำส่วนนี้ทำให้จำเป็นต้องกำหนดวัตถุประสงค์เพื่อเป็นตัววัดถึงประสิทธิภาพของการแจ้งเบาะแสซึ่งแสดงให้เห็นจุดมุ่งหมายสำคัญสองข้อของการแจ้งเบาะแส ในประการแรก รัฐได้ข้อมูลอันเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ และในประการต่อมา เมื่อประชาชนร่วมกันให้ข้อมูลที่รัฐสามารถไปใช้ประโยชน์ในการจัดการกับข้อเท็จจริงที่ไม่สุจริตโปร่งใสแล้วก็น่าจะทำให้การทุจริตหรือการกระทำที่ไม่โปร่งใสในสังคมลดน้อยลง

3.3 เกณฑ์การประเมินประสิทธิภาพของการแจ้งเบาะแส จากการประมวลหลักการและแนวคิดทั้งที่เกี่ยวกับการแจ้งเบาะแสในประเด็นต่าง ๆ และที่เกี่ยวกับการประเมินและประสิทธิภาพแล้ว พบว่าการประเมินประสิทธิภาพของการแจ้งเบาะแสสามารถกระทำได้โดยอาศัยองค์ประกอบสี่ประการดังต่อไปนี้

1. การแจ้งเบาะแสต้องเปิดให้คนที่ไม่มีหน้าที่โดยตรงสามารถมีส่วนร่วมในการให้ข้อมูลอันเป็นเบาะแสได้เพื่อประโยชน์สังคมส่วนรวม
2. ในการได้มาซึ่งเบาะแส รัฐต้องมีมาตรการและกลไกในการกระตุ้นหรือจูงใจให้ทุกคนร่วมกันให้เบาะแส อันเป็นการแสดงถึงเสรีภาพของปัจเจกบุคคลในการแสดงความคิดเห็นเพื่อสาธารณะประโยชน์อย่างมีสัดส่วน
3. รัฐต้องมีกระบวนการในการรับเบาะแสและจัดการเบาะแสอย่างเพียงพอเพื่อสอดคล้องกับหลักความสะดวกรวดเร็วอันเป็นสาระสำคัญในการก่อให้เกิดประสิทธิภาพ และ

¹⁵ ธีรคมชญา พิพัฒน์เพ็ญ และคณะ, รายงานวิจัยเรื่อง การประเมินประสิทธิภาพและประสิทธิผลการปฏิบัติราชการของเทศบาลนครสงขลา, มหาวิทยาลัยหาดใหญ่, กรกฎาคม 2557, หน้า 6. ; ประชัย เขียมสมบุญ, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการประเมินผล, (กรุงเทพฯ : สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2533), (เอกสารอัดสำเนา), หน้า 1-7.

¹⁶ ดิน ปรัชญาฤทธิ์ และไกรยุทธ ธีรยาคินันท์, ประสิทธิภาพในการปฏิบัติงานของข้าราชการพลเรือน, (กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537), หน้า 12-14 ; อนันท์ งามสะอาด, ประสิทธิภาพ (efficiency) และ ประสิทธิผล (Effectiveness) ต่างกันอย่างไร, [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <http://www.sisat.ac.th> [28 กันยายน 2560] ; John D. Millet, *Management in Public Service*, (New York : McGraw Mill Book Company, 1954), p. 4

¹⁷ โปรดศึกษา John Copeland Nagle, ‘The Effectiveness of Biodiversity Law’, (2009) *Norte Dame Law School (NDL Scholarship)* 24(2) 203, 204-205. ; James L. Nichols and H. Laurence Ross, ‘The Effectiveness of Legal Sanctions in Dealing with Drinking Drivers’, (Judicial and Administrative Processes) , [Online] Available from: <https://www.semanticscholar.org/paper/The-effectiveness-of-legal-sanctions-in-dealing-Nichais-Ross/288a51a773cd924563e6990220cad627fa679fb> , [9 September 2017], p 93.

¹⁸ ปกป้อง จันวิทย์, ความรู้เบื้องต้นว่าด้วยนิติเศรษฐศาสตร์, บทความวิชาการประกอบการสัมมนาเรื่อง “การวิเคราะห์กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้านนิติเศรษฐศาสตร์” จัดโดย สถาบันทรัพย์สินศาสตร์ สำนักงานศาลยุติธรรม ร่วมกัน มูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 26 มกราคม 2553

4. ข้อมูลอันเป็นเบาะแสต้องถูกนำไปใช้ประโยชน์ได้ อันทำให้ต้องพิจารณาถึงความสุจริตของการแจ้งเบาะแสและการที่ได้รับข้อมูลอันเป็นเบาะแสที่มีคุณค่าตามหลักการรับฟังพยานหลักฐาน

4. บทบัญญัติและแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการแจ้งเบาะแสในประเทศไทย

ในประเทศไทย การแจ้งเบาะแสปรากฏอยู่ในกฎหมาย (รวมถึงแนวปฏิบัติภายใน) หลายฉบับ ซึ่งมีการกำหนดเงื่อนไขและมาตรการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องแตกต่างกันไป (4.1) และความหลากหลายไร้เอกภาพนี้เองที่ทำให้การแจ้งเบาะแสในประเทศไทยยังคงประสบปัญหาบางประการ (4.2)

4.1 ภาพรวมของกฎหมายไทยว่าด้วยการแจ้งเบาะแส จากการศึกษาพบว่า เกณฑ์การประเมินประสิทธิภาพของการแจ้งเบาะแสอาจประกอบด้วยเกณฑ์การประเมิน 4 ประการหลัก คือ ประการแรก แรงจูงใจ ประการที่สอง ความครอบคลุมของกฎหมาย ประการที่สาม กระบวนการแจ้งเบาะแส และ ประการที่สี่ ความน่าเชื่อถือของเบาะแส โดยในแต่ละเกณฑ์จะประกอบด้วยเงื่อนไขต่าง ๆ ที่เป็นตัวชี้วัด ดังนี้แล้ว กฎหมายและแนวปฏิบัติของประเทศไทยทั้ง 26 ฉบับที่ได้แสดงไว้ในขอบเขตการศึกษา สามารถนำมาประเมินเพื่อแสดงให้เห็นถึงความเกี่ยวข้องกับหลักเกณฑ์การแจ้งเบาะแส อันนำมาใช้เป็นข้อมูลเพื่อแสดงผลการวิเคราะห์ที่ในบทสรุปท้ายได้ดังนี้

บทบัญญัติกฎหมาย	แรงจูงใจของผู้แจ้งเบาะแส						การใช้สินบน
	ห้ามเปิดเผยข้อมูล	ห้ามถูกฟ้องคดี	ห้ามกระทำอันตราย	โทษทางอาญาสำหรับ การกระทำอันตราย	กำหนดค่าเสียหาย	มาตรการคุ้มครองและเยียวยาอื่น	
พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยกรณียุติการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542	✓	✓	-	-	✓	สิทธิได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองพยานในคดีอาญา และกรณีที่ได้แจ้งเบาะแสเป็นเจ้าพนักงานของรัฐ ซึ่งยังคงต้องปฏิบัติหน้าที่ในสังกัดเดิมต่อไป แต่อาจถูก กลับแก่งหรือได้รับ การปฏิบัติโดยไม่เป็นที่ปรารถนา หรือมีมาตรการอื่นใดตามที่เห็นสมควรต่อไปได้อีกด้วย	✓
ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	-	-	-	-	-	-	-
ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา	-	-	-	-	-	การกักขังเป็นพยานและการคุ้มครองพยาน อาทิ การไม่ต้องลงนามข้อความต่อหน้าจำเลย การเบิกความที่ศาลอื่นหรือถ่ายทอด Conference การใช้นิติกร คำเบิกความแทนการเบิกความ	-
ประมวลกฎหมายอาญา	-	-	✓	✓	✓	-	-
พระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554	-	-	ห้ามนายจ้างเลิกจ้าง ลูกจ้าง หรือโยกย้ายหน้าที่การงานของ ลูกจ้างเพราะเหตุที่ ลูกจ้างดำเนินการฟ้องร้องหรือแจ้งเบาะแส	-	-	-	-

เกณฑ์ที่ 1 แรงจูงใจของผู้แจ้งเบาะแส						
บทบัญญัติกฎหมาย	การคุ้มครองและเยียวยา					
	ห้ามเปิดเผยข้อมูล	ห้ามถูกฟ้องคดี	ห้ามกระทำอันตราย	โทษทางอาญาสำหรับการกระทำอันตราย	กำหนดค่าเสียหาย	มาตรการคุ้มครองและเยียวยาอื่น
พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546	-	การแจ้งหรือการรายงาน เมื่อได้กระทำโดยสุจริตย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองและไม่ต้องรับผิดชอบทั้งทางแพ่งหรือทางปกครอง	หรือให้หลักฐานหรือให้ข้อมูลเกี่ยวกับความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน	-	-	-
พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550	-	เมื่อได้กระทำโดยสุจริต ย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองและไม่ต้องรับผิดชอบทั้งทางแพ่งหรือทางปกครอง	-	-	-	-
พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541	-	-	-	-	-	-
พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551	-	ถ้าได้กระทำโดยสุจริต ย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองไม่ต้องรับผิดชอบทั้งทางแพ่งและทางอาญา	-	-	-	-

เกณฑ์ที่ 1 แรงจูงใจของผู้แจ้งเบาะแส							
บทบัญญัติกฎหมาย	การคุ้มครองและเยียวยา					การให้สินบน	
	ห้ามเปิดเผยข้อมูล	ห้ามถูกฟ้องคดี	ห้ามกระทำการอันตราย	โทษทางอาญาล้ำหับการกระทำอันตราย	กำหนดค่าเสียหาย		มาตรการคุ้มครองและเยียวยากัน
พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542	-	-	-	โทษทางอาญาล้ำหับการกระทำอันตราย	สิทธิยื่นคำร้องต่อหน่วยงานที่รับผิดชอบเพื่อรับค่าตอบแทนซึ่งที่ต่ำเป็นและสมควร	กำหนดให้ผู้แจ้งเบาะแสเป็นพยานที่มีสิทธิได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองพยานในคดีอาญา และคณะกรรมการการธุรกรรมยังสามารถกำหนดมาตรการทั่วไปและมาตรการพิเศษให้แก่ผู้แจ้งเบาะแสเพิ่มเติมได้	เคยมีแต่ยกเลิกไป
พระราชบัญญัติมาตรการของฝ่ายบริหารในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2551	-	-	-	-	มีสิทธิขอรับค่าตอบแทนหากที่จำเป็นและสมควร	มาตรการคุ้มครองในฐานะพยานในคดีอาญา และให้คณะกรรมการ ป.ป.ท. เสนอขอความเห็นด้วยว่าสมควรจะใช้มาตรการทั่วไป หรือมาตรการพิเศษ	✓
พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558	-	-	ห้ามเจ้าของเรือออกเลิกการจ้างงานหรือกระทำการใด ๆ อันอาจเป็นผลร้าย หรือเป็นผลให้คนประจําเรือหรือผู้ที่เกี่ยวข้องไม่สามารถทนทำงานอยู่ต่อไปได้ เพราะเหตุที่ได้รับรู้เรียน	-	-	-	-
พระราชบัญญัติแรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ พ.ศ. 2543	-	-	ห้ามมิให้นายจ้างเลิกจ้างหรือกระทำการใด ๆ อันอาจเป็นผลให้ลูกจ้างไม่สามารถทนทำงานอยู่ต่อไปได้ เพราะเหตุ	-	-	-	-

เกณฑ์ที่ 1 แรงจูงใจของผู้แจ้งเบาะแส การคุ้มครองและเยียวยา							
บทบัญญัติ กฎหมาย	ห้ามเปิดเผยข้อมูล	ห้ามถูกฟ้องคดี	ห้ามกระทำการอันตราย	โฆษกทางอาญาสำหรับ การกระทำอันตราย	กำหนดค่า เสียหาย	มาตรการคุ้มครองและเยียวยาอื่น	การให้สินบน
			ที่ลูกจ้างได้ดำเนินการ ฟ้องร้อง เป็นพยานต่อ หรือให้หลักฐานต่อ พนักงานเจ้าหน้าที่ นายทะเบียนหรือคณะ กรรมการ หรือต่อศาล แรงงาน		-	-	-
พระราชบัญญัติ แรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518	-	-	ห้ามมิให้นายจ้างเลิก จ้าง หรือกระทำการ ใด ๆ อันอาจเป็นผล ให้ลูกจ้างไม่สามารถ พ้นที่ทำงานอยู่ต่อไปได้ เพราะเหตุที่ลูกจ้าง เป็นพยานหรือให้หลัก ฐานต่อพนักงานเจ้า หน้าที่ตามกฎหมายว่า ด้วยกฎหมายคุ้มครอง แรงงาน ฯลฯ		-	-	-
พระราชบัญญัติ หลักทรัพย์และ ตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535	-	-	ห้ามมิให้กระทำการใด อันเป็นการปฏิบัติ อย่างไม่เป็นธรรมต่อ พนักงาน ลูกจ้าง หรือ บุคคลอื่นใดที่รับจ้าง ทำงานให้แก่ บริษัท หลักทรัพย์หรือบริษัท ที่ออกหลักทรัพย์	พิจารณาออกเป็น 2 กรณีอันได้แก่ โฆษกของบริษัท และโฆษกของผู้ บริหารบริษัท ในกรณีของบริษัท นี้ไม่ได้มีการกำหนดว่า โฆษกที่ ใดไม่ให้นำเสนอภาพ ในขณะที่ กรณีผู้บริหารบริษัท หรือบุคคลใด ซึ่งต้องรับผิดชอบในการดำเนินงาน ของบริษัทต้องระวางโทษจำคุก	-	-	เคยมีการกำหนด การให้เงินสินบน แก่ผู้แจ้งเบาะแส ไม่เกินร้อยละสาม สิบของจำนวนเงิน ค่าปรับ แต่การให้ เงินสินบนดังกล่าว ถูกยกเลิกไปแล้ว

เกณฑ์ที่ 1 แรงจูงใจของผู้แจ้งเบาะแส						
บทบัญญัติกฎหมาย	การคุ้มครองและเยียวยา					การให้สินบน
	ห้ามเปิดเผยข้อมูล	ห้ามถูกฟ้องคดี	ห้ามกระทำการอันตราย	โทษทางอาญาล้ำสำหรับ การกระทำอันตราย	กำหนดค่าเสียหาย	
ประกาศกรมศุลกากร ที่ 47/2560 เรื่อง วิธีการรับคำร้องและการพิจารณาเรื่องร้องเรียนของกรมศุลกากร	มิกรักกำหนดให้ปิดชื่อ ที่อยู่ หรือชื่อผู้ร้องเรียน ผู้ให้ข้อมูล หรือผู้แจ้งเบาะแส และเก็บรักษาข้อมูลนั้นไว้เป็นความลับ	-	ไม่ว่าจะโดยการเปลี่ยนแปลงตำแหน่งงาน หรือลักษณะงาน สถานที่ทำงาน สังกัดงาน ชมเชย ปรบวงนการปฏิบัติงาน เลิกจ้าง หรือกระทำการอื่นใด ที่มีลักษณะเป็นการปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม	ไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินห้าแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับกรณีที่เกิดจากระงับการฟ้อง หรือการกระทำของบุคคลใด หรือไม่แจ้งการหรือไม่กระทำการอันเป็นหน้าที่ที่ต้องกระทำของผู้บริหารบริษัท	-	-
ระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดให้คุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ. 2548	พยานสามารถร้องขอการคุ้มครองให้พยานได้รับความปลอดภัย ซึ่งรวมถึงการจัดให้พยานอยู่ในสถานที่ที่ปลอดภัย และการปกปิดมิให้มีการเปิดเผยชื่อตัว ชื่อสกุล ที่อยู่ ภาพ หรือข้อมูลอย่างอื่นที่สามารถระบุตัวพยานได้	-	-	มาตรการให้ความคุ้มครองเป็นกรณีพิเศษ” แต่มิได้มีการนิยามหรือขยายความ	-	-

เกณฑ์ที่ 1 แรงจูงใจของผู้แจ้งเบาะแส							การใช้สินบน
บทบัญญัติกฎหมาย	การคุ้มครองและเยียวยา						
	ห้ามเปิดเผยข้อมูล	ห้ามถูกฟ้องคดี	ห้ามกระทำการอันตราย	โทษทางอาญาสำหรับ การกระทำอันตราย	กำหนดค่า เสียหาย	มาตรการคุ้มครองและเยียวยาอื่น	
ระเบียบกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพว่าด้วยหลักเกณฑ์การแจ้ง วิธีการให้ความคุ้มครองและการสิ้นสุดการคุ้มครองตามมาตรการทั่วไปแก่พยานในคดีอาญา พ.ศ. 2551	-	-	-	-	-	จัดให้ผู้รับความคุ้มครองอยู่ในความคุ้มครองตามกฎหมายที่ผู้ไปตามความจำเป็นและที่เห็นสมควร ทั้งนี้ ต้องได้รับความยินยอมของผู้รับความคุ้มครองด้วย	-
ระเบียบกรมศุลกากรว่าด้วยการจ่ายเงินสินบนและรางวัล พ.ศ. 2517	-	-	-	-	-	-	จะต้องเป็นกรณีที่ผู้แจ้งเบาะแสได้นำเบาะแสมาแจ้งต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจจับกุมการกระทำความผิดตามกฎหมาย
ระเบียบกรมสอบสวนคดีพิเศษว่าด้วยการคุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ. 2554	-	-	-	-	-	การคุ้มครองพยานตามกฎหมายการทั่วไปและยังมีกรณีขอใช้มาตรการพิเศษในการคุ้มครองพยานได้	-

เกณฑ์ที่ 1 แรงจูงใจของผู้แจ้งเบาะแส							การให้สินบน
บทบัญญัติกฎหมาย	ห้ามเปิดเผยข้อมูล	ห้ามถูกฟ้องคดี	ห้ามกระทำการอันตราย	โทษทางอาญาล้ำค่าหรือการกระทำอันตราย	กำหนดค่าเสียหาย	มาตรการคุ้มครองและเยียวยาอื่น	
ระเบียบคณะกรรมการสุจริตว่าด้วยกรรับเรื่อง การตรวจสอบ การพิจารณา ดำเนินการ และการควบคุม ตรวจสอบการ ปฏิบัติงานของ พนักงาน เจ้าหน้าที่ ตาม กฎหมายว่าด้วย การป้องกันและ ปราบปรามการ ฟอกเงิน พ.ศ. 2556	✓	-	-	-	-	คดีที่พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบ เห็นว่าจำเป็นต้องจัดให้มีมาตรการ คุ้มครองช่วยเหลือแก่ผู้ให้ข้อมูล หรือ ผู้ที่แจ้งเบาะแสหรือข้อมูลใดอันเป็น ประโยชน์ต่อการดำเนินงาน การปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและ ปราบปรามการฟอกเงิน ให้พนักงาน เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบสรุป รายงานข้อเท็จจริงพร้อมทำความเห็น เสนอเลขาธิการเพื่อพิจารณาให้ความ เห็นชอบไปให้เสนอ คณะกรรมการธุรกรรมพิจารณา	-
ระเบียบคณะกรรมการป้องกัน และปราบปราม การทุจริตแห่ง ชาติว่าด้วยการ คุ้มครองช่วยเหลือพยาน พ.ศ. 2554	-	-	-	-	✓	ขอคุ้มครองช่วยเหลือพยาน	-

เกณฑ์ที่ 1 แรงจูงใจของผู้แจ้งเบาะแส							
บทบัญญัติกฎหมาย	การคุ้มครองและเยียวยา						การให้สินบน
	ห้ามเปิดเผยข้อมูล	ห้ามถูกฟ้องคดี	ห้ามกระทำความผิดร้าย	โทษทางอาญาสำหรับ การกระทำความผิดร้าย	กำหนดค่า เสียหาย	มาตรการคุ้มครองและเยียวยาอื่น	
ระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติว่าด้วยการจ่ายเงินสินบน พ.ศ.2553	-	-	-	-	-	-	โดยให้ภายในอัตรา ร้อยละสิบของมูลค่าทรัพย์สินที่นำส่งกระทรวงการคลังแต่ไม่เกิน สิบล้านบาท
ระเบียบสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดว่าด้วยการให้ความคุ้มครองแก่พยานในคดียาเสพติด พ.ศ. 2547	-	-	-	-	-	-	การให้ความคุ้มครองแก่พยานในคดียาเสพติด
ระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติว่าด้วยกำหนดแนวปฏิบัติกรคุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ. 2548	-	-	-	-	-	-	ผู้แจ้งเบาะแสที่พ้นจากสอบสวนระบุให้ เป็นพยานในคดีอาญาจึงสามารถได้รับการคุ้มครองพยานได้

เกณฑ์ที่ 1 แรงจูงใจของผู้แจ้งเบาะแส						
บทบัญญัติกฎหมาย	การคุ้มครองและเยียวยา					
	ห้ามเปิดเผยข้อมูล	ห้ามถูกฟ้องคดี	ห้ามกระทำอันตราย	โทษทางอาญาล้ำฟ้าหรือการกระทำอันตราย	กำหนดค่าเสียหาย	มาตรการคุ้มครองและเยียวยาอื่น
ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการจ่ายเงินสินบนและเงินรางวัลในการดำเนินคดีเกี่ยวกับทรัพย์สินตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.	-	-	-	-	-	มีการยกเลิกการให้เงินรางวัลแก่เจ้าพนักงานของรัฐที่เป็นผู้ดำเนินคดีตามกฎหมายและปรับลดเงินสินบนของผู้แจ้งเบาะแส ในปี พ.ศ. 2550

เกณฑ์ที่ 2 ความครอบคลุมของกฎหมาย						
บทบัญญัติกฎหมาย	ประเภทของผู้แจ้งเบาะแส			ประเภทของเบาะแส		ความสุจริตของผู้แจ้งเบาะแส
	ผู้แจ้งเบาะแสในภาครัฐ	ผู้แจ้งเบาะแสในภาคเอกชน	ความเสียหาย	การฝ่าฝืนกฎหมาย	กรณีเฉพาะเรื่อง	
พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542	✓	✓	-	-	ให้ข้อมูลหรือข้อเท็จจริงเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือหนี้สินของผู้ถูกกล่าวหาว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐร้ายผิดปกติ/การตรวจสอบความเปลี่ยนแปลงของทรัพย์สินหรือหนี้สินของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง	-

เกณฑ์ที่ 2 ความครอบคลุมของกฎหมาย						
บทบัญญัติกฎหมาย	ประเภทของผู้แจ้งเบาะแส			ประเภทของเบาะแส		ความสุจริตของผู้แจ้งเบาะแส
	ผู้แจ้งเบาะแสในภาครัฐ	ผู้แจ้งเบาะแสในภาคเอกชน	ความผิดทางอาญา	การฝ่าฝืนกฎหมาย	กรณีเฉพาะเรื่อง	
ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ประมวลกฎหมายอาญา	-	-	-	-	-	-
พระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554	-	-	-	-	ข้อบกพร่องหรือการชำรุดเสียหาย และไม่สามารถแก้ไขได้ด้วยตนเอง	-
พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546	ผู้มีหน้าที่ ได้แก่ แพทย์ พยาบาล นักจิตวิทยา นักสังคมสงเคราะห์ หรือเจ้าหน้าที่สาธารณสุข รวมถึงครู อาจารย์ หรือนายจ้าง	บุคคลทั่วไปที่พบเห็น	-	-	พบเห็นเด็กตกอยู่ในสภาพจำเป็นต้องได้รับการสงเคราะห์หรือคุ้มครองสวัสดิภาพ	√
พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550	-	ผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว หรือผู้พบเห็นหรือทราบการกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว	-	-	การกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว	√
พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541	-	-	-	-	-	-

เกณฑ์ที่ 2 ความครอบคลุมของกฎหมาย						
บทบัญญัติกฎหมาย	ประเภทของผู้แจ้งเบาะแส			ประเภทของเบาะแส		ความสุจริตของผู้แจ้งเบาะแส
	ผู้แจ้งเบาะแสด้านภาครัฐ	ผู้แจ้งเบาะแสด้านภาคเอกชน	ความผิดปกติทางอาญา	การฝ่าฝืนกฎเกณฑ์	กรณีเฉพาะเรื่อง	
พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551	-	-	-	-	กระทำความผิดฐานค้ามนุษย์	✓
พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542	-	-	-	-	ความผิดฐานรวมถึงธุรกรรมที่มีเหตุอันควรสงสัย	-
พระราชบัญญัติมาตรการของฝ่ายบริหารในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2551	-	-	-	-	เบาะแส หรือข้อมูลใดเกี่ยวกับพฤติการณ์ในภาครัฐ หรือข้อมูลอื่นอันเป็นประโยชน์ต่อการดำเนินการตามพรบ.นี้	-
พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558	-	-	-	-	การร้องเรียนอันเกี่ยวข้องกับสภาพการจ้างงาน และสภาพความเป็นอยู่ของคนประจำเรือ	-
พระราชบัญญัติแรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ พ.ศ. 2543	-	-	-	-	-	-
พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518	-	-	-	-	-	-

เกณฑ์ที่ 2 ความครอบคลุมของกฎหมาย							
บทบัญญัติกฎหมาย	ประเภทของผู้แจ้งเบาะแส			ประเภทของเบาะแส		ความสุจริตของผู้แจ้งเบาะแส	
	ผู้แจ้งเบาะแสนิติ	ผู้แจ้งเบาะแสนอกนิติ	ผู้แจ้งเบาะแสด้านอาชญากรรม	ความผิดทางอาญา	การฝ่าฝืนกฎหมาย		กรณีเฉพาะเรื่อง
พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535	-	พนักงาน ลูกจ้าง หรือบุคคลอื่นไม่ได้ที่รับจ้างทำงานให้แก่บริษัทหลักทรัพย์หรือบริษัทที่ออกหลักทรัพย์ หากเป็นบุคคลอื่นนอกเหนือจากบุคคลดังกล่าวย่อมมิได้รับการคุ้มครองจากการแจ้งเบาะแสดังกล่าว	พนักงาน ลูกจ้าง หรือบุคคลอื่นไม่ได้ที่รับจ้างทำงานให้แก่บริษัทหลักทรัพย์หรือบริษัทที่ออกหลักทรัพย์ หากเป็นบุคคลอื่นนอกเหนือจากบุคคลดังกล่าวย่อมมิได้รับการคุ้มครองจากการแจ้งเบาะแสดังกล่าว	-	-	มีการฟ้องหรือไม่ได้ฟ้องคดีตามพระราชบัญญัตินี้	√
ประกาศกรมศุลกากรที่ 47/2560 เรื่อง วิธีการรับค้ำร้องและการพิจารณาเรื่องร้องเรียนของกรมศุลกากร	-	ผู้แจ้งเบาะแสดังกล่าวต้องเป็นผู้ที่มีความเดือดร้อนหรือพบเห็นพฤติการณ์และประพฤตินอกเหนือจากที่ศุลกากร	ผู้แจ้งเบาะแสดังกล่าวต้องเป็นผู้ที่มีความเดือดร้อนหรือพบเห็นพฤติการณ์และประพฤตินอกเหนือจากที่ศุลกากร	-	-	เรื่อง “ประพฤติมิชอบ” หรือเป็นเรื่อง “ที่ต้องดำเนินการทันที” หรือเป็น “เรื่องทั่วไป”	√
ระเบียบกระทรวงกลาโหมว่าด้วยการคุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ. 2548	-	-	-	-	-	-	-
ระเบียบกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพว่าด้วยหลักเกณฑ์การแจ้งวิธีการให้ความคุ้มครองและกรณีสิ้นสุด การคุ้มครองตามมาตรการทั่วไปแก่พยานในคดีอาญา พ.ศ. 2551	-	-	-	-	-	-	-
ระเบียบกรมศุลกากรว่าด้วยการจ่ายเงินสินบนและรางวัล พ.ศ. 2517	-	-	-	-	-	-	-

เกณฑ์ที่ 2 ความครอบคลุมของกฎหมาย					
บทบัญญัติกฎหมาย	ประเภทของผู้แจ้งเบาะแส		ความผิดทางอาญา	ประเภทของเบาะแส	
	ผู้แจ้งเบาะแสรัฐ	ผู้แจ้งเบาะแสรายบุคคลเอกชน		การฝ่าฝืนกฎเกณฑ์	กรณีเฉพาะเรื่อง
ระเบียบกรมสอบสวนคดีพิเศษว่าด้วยการคุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ. 2554					
ระเบียบคณะกรรมการผู้กรรมาว่าด้วยการรับเรื่อง การตรวจสอบ การพิจารณาดำเนิน การ และการควบคุม ตรวจสอบการปฏิบัติ งามของพนักงานเจ้าหน้าที่ ตามกฎหมายว่า ด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2556	✓	✓	-	-	✓
ระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปราม การทุจริตแห่งชาติว่า ด้วยการจัดตั้งศูนย์ช่วยเหลือพยาน พ.ศ. 2554	-	-	-	-	-

เกณฑ์ที่ 2 ความครอบคลุมของกฎหมาย						
บทบัญญัติกฎหมาย	ประเภทของผู้แจ้งเบาะแส		ผู้แจ้งเบาะแสในภาคเอกชน	ประเภทของเบาะแส		
	ผู้แจ้งเบาะแสในภาครัฐ	ผู้แจ้งเบาะแสในภาคเอกชน		ความผิดทางอาญา	การฝ่าฝืนกฎเกณฑ์	กรณีเฉพาะเรื่อง
ระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติว่าด้วยการจ่ายเงินสินบน พ.ศ.2553	-	-	-	-	-	-
ระเบียบสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดว่าด้วยการให้ความคุ้มครองแก่พยานในคดียาเสพติด พ.ศ. 2547	-	-	-	-	-	-
ระเบียบสำนักงานกงานตำรวจแห่งชาติว่าด้วยการกำหนดแนวปฏิบัติการคุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ. 2548	-	-	-	-	-	-
ระเบียบสำนักงานกษาปฐมนตราว่าด้วยการจ่ายเงินสินบนและเงินรางวัลในการดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2546	-	-	-	-	✓	-

บทบัญญัติกฎหมาย	เกณฑ์ที่ 3 กระบวนการเกี่ยวกับภาระแจ้งเบาะแส				เกณฑ์ที่ 4 ความน่าเชื่อถือของเบาะแส		
	องค์กร/ ผู้รับแจ้งเบาะแส	รูปแบบของการแจ้ง		กระบวนการแจ้งเบาะแส	กระบวนการจัดการกับเบาะแส	เหตุอันควรเชื่อ	โทษ
		ตรงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแจ้งเบาะแสเป็นการเฉพาะ	วิธีในกฎหมายอื่น				
พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542	คณะกรรมการ ป.ป.ช.	✓	-	-	-	-	-
ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา	-	-	-	-	-	-	-
ประมวลกฎหมายอาญา	-	-	-	-	-	-	การแจ้งความเท็จ การฟ้องเท็จ การทำพยานหลักฐานเท็จ การหมิ่นประมาท
พระราชบัญญัติความปดอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554	-	-	-	-	-	-	-
พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546	พนักงานเจ้าหน้าที่ พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ หรือ ผู้มีหน้าที่คุ้มครองสวัสดิภาพเด็ก	-	-	✓	✓	-	-

บทบัญญัติกฎหมาย	เกณฑ์ที่ 3 กระบวนการเกี่ยวกับกรแจ้งเบาะแส						เกณฑ์ที่ 4 ความน่าเชื่อถือของเบาะแส	
	องค์กร/ ผู้รับแจ้งเบาะแส	รูปแบบของการแจ้งเบาะแส		กระบวนการแจ้งเบาะแส	กระบวนการจัดการกับเบาะแส	เหตุอันควรเชื่อ	โทษ	
		ตรงกับการเฉพาะ	ตรงกฎหมายหรือในกฎหมายอื่น					
พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550	พนักงานเจ้าหน้าที่	-	-	-	-	-	-	
พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541	-	-	-	-	-	-	-	
พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551	พนักงานเจ้าหน้าที่หรือพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ	-	-	-	-	-	-	
พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542	คณะกรรมการธุรกรรม	-	-	-	-	-	-	
พระราชบัญญัติมาตรการของฝ่ายบริหารในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2551	-	-	-	-	-	-	-	
พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558	-	-	-	✓	✓	-	-	

บทบัญญัติกฎหมาย	เกณฑ์ที่ 3 กระบวนการเกี่ยวกับการแจ้งเบาะแส					เกณฑ์ที่ 4 ความน่าเชื่อถือของเบาะแส	
	องค์กร/ ผู้รับแจ้งเบาะแส	รูปแบบของกฎหมาย		กระบวนการแจ้งเบาะแส	กระบวนการจัดการกับเบาะแส	เหตุอันควรเชื่อ	โทษ
		ตรงกฎหมายเกี่ยวกับการแจ้งเบาะแสเป็นการเฉพาะ	ตรงกฎหมายการแจ้งเบาะแสไว้ในกฎหมายอื่น				
พระราชบัญญัติแรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ พ.ศ. 2543	-	-	-	-	-	-	-
พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518	-	-	-	-	-	-	-
พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535	คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ คณะกรรมการกำกับตลาดทุน หรือสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์	✓	-	✓	-	-	✓
ประกาศกรมศุลกากรที่ 47/2560 เรื่อง วิธีการรับคำร้องและการพิจารณาเรื่องร้องเรียนของกรมศุลกากร	ร้องเรียนต่อกรมศุลกากรได้ทางช่องทางต่าง ๆ 8 ช่องทาง	✓	-	✓	✓	-	-
ระเบียบกระทรวงกลาโหมว่าด้วยการคุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ. 2548	-	-	-	-	-	-	-

บทบัญญัติกฎหมาย	เกณฑ์ที่ 3 กระบวนการเกี่ยวกับภาระเงินเบาะแส				เกณฑ์ที่ 4 ความน่าเชื่อถือของเบาะแส		
	องค์การ/ ผู้รับแจ้งเบาะแส	รูปแบบของการแจ้งเบาะแส		กระบวนการแจ้งเบาะแส	กระบวนการจัดการกับเบาะแส	เหตุอันควรเชื่อ	โทษ
		ตรงกฎหมายเกี่ยวกับการแจ้งเบาะแสเฉพาะแต่เป็นภาระเฉพาะ	ตรงกฎหมายการแจ้งเบาะแสไว้ในกฎหมายอื่น				
ระเบียบกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพว่าด้วยหลักเกณฑ์การแจ้งวิธีการให้ความคุ้มครองและการสิ้นสุดการคุ้มครองตามมาตรการทั่วไปแก่พยานในคดีอาญา พ.ศ. 2551	-	-	-	-	-	-	-
ระเบียบกรมศาลการว่าด้วยการจ่ายเงินสินบนและรางวัล พ.ศ. 2517	-	-	-	-	-	-	-
ระเบียบกรมสอบสวนคดีพิเศษว่าด้วยการคุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ. 2554	-	-	-	-	-	-	-
ระเบียบคณะกรรมการจริยธรรมว่าด้วยการรับเรื่อง การตรวจสอบ การพิจารณาความเป็น การพิจารณาควบคุม ตรวจสอบการปฏิบัติ งานของพนักงานเจ้าหน้าที่ ตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2556	เจ้าหน้าที่ผู้รับเรื่อง	✓	-	✓	✓	เมื่อเป็นอันยุติเกี่ยวกับการทำธุรกรรม เบาะแส หรือข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดมูลฐาน การฟ้องเงิน การสนับสนุนทาง การเงินแก่การก่อการร้าย หรือทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด หรือการเป็นบุคคลผู้ซึ่งเกี่ยวข้องหรือเคยเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับผู้กระทำ ความผิดมูลฐานหรือ ความผิดฐานฟอกเงิน	-

บทบัญญัติกฎหมาย	เกณฑ์ที่ 3 กระบวนการเกี่ยวกับการแจ้งเบาะแส					เกณฑ์ที่ 4 ความน่าเชื่อถือของเบาะแส	
	องค์กร/ ผู้รับแจ้งเบาะแส	รูปแบบของกฎหมาย		กระบวนการแจ้ง เบาะแส	กระบวนการจัดการ กับเบาะแส	เหตุอันควรเชื่อ	โทษ
		ตรงกฎหมายเกี่ยวกับการแจ้ง เบาะแสเป็นการเฉพาะ	ตรงกฎหมายการแจ้งเบาะแส ไว้ในกฎหมายอื่น				
ระเบียบคณะกรรมการ ป้องกันและปราบปราม การทุจริตแห่งชาติว่า ด้วยการคุ้มครอง ช่วยเหลือพยาน พ.ศ. 2554	-	√	-	-	-	-	-
ระเบียบคณะกรรมการ ป้องกันและปราบปราม การทุจริตแห่งชาติว่า ด้วยการจ่ายเงินสินบน พ.ศ.2553	-	√	-	-	-	-	-
ระเบียบสำนักงานคณะ กรรมการป้องกันและ ปราบปรามยาเสพติด ว่าด้วยการให้ความ คุ้มครองแก่พยานในคดี ยาเสพติด พ.ศ. 2547	-	√	-	-	-	-	-
ระเบียบสำนักงาน ตำรวจแห่งชาติว่าด้วย กำหนดแนวปฏิบัติการ คุ้มครองพยานในคดี อาญา พ.ศ. 2548	-	√	-	-	-	-	-
ระเบียบสำนักงาน รัฐมนตรีว่าด้วยการ จ่ายเงินสินบนและเงิน รางวัลในการดำเนินคดี เกี่ยวกับทรัพย์สินตาม กฎหมายว่าด้วยการ ป้องกันและปราบปราม การฟอกเงิน พ.ศ. 2546	-	√	-	-	-	-	-

4.2 ปัญหาของการแจ้งเบาะแสในประเทศไทย เมื่อพิจารณากระบวนการแจ้งเบาะแสในประเทศไทยแล้วจะพบว่า การแจ้งเบาะแสของไทยยังมีข้อบกพร่องอยู่หลายประเด็น และข้อบกพร่องเหล่านี้ก็ส่งผลถึงประสิทธิภาพของการแจ้งเบาะแส ดังสามารถแยกพิจารณาได้ออกเป็นสองส่วนด้วยกัน คือ ปัญหาในเชิงรูปแบบ (4.2.1) ประการหนึ่ง และปัญหาในเชิงเนื้อหา (4.2.2) อีกประการหนึ่ง

4.2.1 ปัญหาในเชิงรูปแบบ ในเชิงรูปแบบนั้น ระบบการแจ้งเบาะแสของประเทศไทยนั้นยังไม่เป็นเอกภาพและขาดการประสานกันของบทกฎหมาย แนวปฏิบัติ ตลอดจนกระบวนการในการบริหารจัดการเบาะแสที่ได้รับแจ้งให้เกิดการนำไปใช้งานอย่างเป็นประโยชน์มากที่สุดต่อสังคม ประเด็นเรื่องรูปแบบของหลักเกณฑ์ในการแจ้งเบาะแสไทยสามารถแยกพิจารณาได้สามประเด็นหลักอันได้แก่ สถานะของเครื่องมือที่ใช้รับรองเกณฑ์การแจ้งเบาะแส (ก) ความกระจัดกระจายของกฎหมายและแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการแจ้งเบาะแส (ข) และการประสานงานและการร่วมมือขององค์กรหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับเบาะแส (ค)

(ก) **สถานะของเครื่องมือที่ใช้รับรองเกณฑ์การแจ้งเบาะแส** จากการศึกษาพบว่าประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายกลางในการกำหนดเกณฑ์การแจ้งเบาะแสไว้เป็นการเฉพาะ การแจ้งเบาะแสในประเทศไทยจึงดำรงอยู่ภายใต้กฎหมายตลอดจนแนวปฏิบัติภายในของหน่วยงานหรือองค์กรที่มีหน้าที่เกี่ยวกับการแจ้งเบาะแสเป็นกรณี ๆ ไป ด้วยเหตุนี้ หน่วยงานบางแห่งมีพระราชบัญญัติกำหนดรองรับเกณฑ์และวิธีการการแจ้งเบาะแสไว้อย่างชัดเจน บางหน่วยงานไม่มีกฎหมายเฉพาะว่าด้วยการแจ้งเบาะแสแต่ก็พอจะค้นหาเกณฑ์บางข้อเกี่ยวกับการแจ้งเบาะแสได้จากพระราชบัญญัติที่มีเนื้อหาเรื่องอื่น แต่เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับพันธกิจหลักของหน่วยงานแห่งนั้น นอกจากนี้แล้ว บางหน่วยงานไม่อาจหาเกณฑ์การแจ้งเบาะแสที่อยู่ในรูปตัวบทกฎหมายที่ชัดเจน หากแต่หน่วยงานนั้นได้กำหนดแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการแจ้งเบาะแสขึ้น โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติกลางซึ่งให้อำนาจแก่หน่วยงานของรัฐในการกำหนดข้อปฏิบัติใด ๆ ที่จะทำให้การบริหารจัดการองค์กรเป็นไปตามหลักการบริหารจัดการที่ดี และบางหน่วยงานได้ใช้บังคับเกณฑ์การแจ้งเบาะแสด้วยการออกข้อบังคับภายในโดยไม่มีกรออ้างอิงถึงบทกฎหมายในลำดับศักดิ์พระราชบัญญัติเพื่อรองรับแต่อย่างใด ความหลากหลายของเครื่องมือที่รองรับเกณฑ์การแจ้งเบาะแสดังกล่าวข้างต้น ทำให้เกิดความสับสนในการบังคับใช้

(ข) **ความกระจัดกระจายของกฎหมายและแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการแจ้งเบาะแสกฎหมาย** เกี่ยวกับการแจ้งเบาะแสของประเทศไทยมีความกระจัดกระจายไม่เป็นหมวดหมู่ซึ่งทำให้เกิดความยากต่อการทำความเข้าใจและการเข้าถึงเกณฑ์ต่าง ๆ อีกทั้งหน่วยงานที่ต้องเข้ามาเกี่ยวข้องกับกระบวนการแจ้งเบาะแสมักจะมีกฎหมายเฉพาะหรือกฎหมายทั่วไปกำหนดหน้าที่เกี่ยวกับการแจ้งเบาะแสให้หน่วยงานนั้นๆ รับผิดชอบ ทำให้ข้อมูลอันเป็นเบาะแสที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับพันธกิจของหน่วยงานก็จะไม่ได้รับความสนใจในการนำไปใช้ประโยชน์ หน่วยงานที่ได้รับแจ้งก็มักจะคัดกรองเอาแต่เฉพาะข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับงานในหน้าที่ตน และจำหน่ายข้อมูลส่วนอื่นออกเสียจากสารบบ¹⁹ แม้ว่าข้อมูลที่ถูกจำหน่ายนี้อาจเป็นเบาะแสที่เป็นประโยชน์กับสาธารณะในเรื่องอื่น ๆ

¹⁹ ข้อมูลจากการสัมภาษณ์รับฟังความคิดเห็น โครงการวิจัยเรื่อง “การศึกษาวิจัยประเมินประสิทธิภาพของผู้แจ้งเบาะแส (Whistleblower)” ณ โรงแรมเดอะสุโกศล กรุงเทพฯ วันที่ 21 กันยายน 2560

ก็ได้ ข้อเท็จจริงส่วนนี้ถือได้ว่าเป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้ตัวผู้แจ้งเบาะแสเองรู้สึกถึงความยุ่งยากในการเข้าสู่กระบวนการแจ้งเบาะแส และตัดสินใจไม่ให้ข้อมูลอันเป็นเบาะแส อันทำให้ประสิทธิภาพของการแจ้งเบาะแสนั้นไม่เกิดขึ้น ดังตัวอย่างเช่น กฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติกล่าวถึงเรื่องการให้สินบนที่เป็นการจูงใจให้ผู้แจ้งเบาะแสระงัดข้อเท็จจริงให้ข้อมูล แต่กฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินกลับไม่ได้มีการกล่าวถึงเนื้อหาในส่วนนี้ ทั้งๆที่องค์กรทั้งสองมีสถานะในทางกฎหมายเท่าเทียมกันเพียงแต่พันธกิจหลักที่มีความพิเศษเฉพาะมีความแตกต่างกันตามที่กฎหมายจัดตั้งองค์กรได้กำหนดไว้

(ค) การประสานงานและการร่วมมือขององค์กรหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับเบาะแส

การที่หน่วยงานแต่ละแห่งยึดถือกฎหมายของหน่วยงานตนหรือกฎหมายที่กำหนดหน้าที่อันเป็นพันธกิจของหน่วยงานเป็นหลักในการดำเนินการต่าง ๆ เกี่ยวกับการแจ้งเบาะแสนั้น ทำให้หน่วยงานเหล่านั้นเลือกที่จะใช้เบาะแสแต่ส่วนที่เกี่ยวกับหน้าที่ของตน แต่ในความเป็นจริงเบาะแสหนึ่งอาจมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับหลายหน่วยงานดังนี้แล้ว ประสิทธิภาพของการแจ้งเบาะแสดังกล่าวจึงอาจต้องพิจารณาบริบทในฝั่งของผู้รับแจ้งและผู้ให้นำข้อมูลอันเป็นเบาะแสไปใช้ประโยชน์ประกอบด้วย เพราะหากหน่วยงานที่เป็นผู้รับแจ้งเบาะแสได้มีการประสานความร่วมมือกับหน่วยงานที่อาจนำเบาะแสไปใช้ประโยชน์ได้ ก็จะเป็นการง่ายและสะดวกสำหรับผู้แจ้งเบาะแสในการดำเนินการให้ข้อมูลอันเป็นเบาะแส และเบาะแสที่ได้ไปก็จะเกิดการนำไปใช้ประโยชน์ได้มากที่สุดนั่นเอง การประสานความร่วมมือระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้องนี้อาจเกิดขึ้นได้จากการทำข้อตกลงร่วมกันระหว่างหน่วยงาน หรืออาจให้มีการจัดตั้งหน่วยงานเฉพาะเพื่อให้ข้อมูล ช่วยประสาน และดำเนินการเกี่ยวกับเบาะแสที่ได้ให้มีการนำไปใช้งานได้มากที่สุดเท่าที่จะมากได้ กระนั้น หากเกิดข้อพิจารณาในประเด็นค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นสำหรับการตั้งหน่วยงานพิเศษนี้ก็อาจให้หน่วยงานที่มีการจัดตั้งอยู่แล้วผันหรือเพิ่มเติมหน้าที่ในการเป็นศูนย์กลางของการแจ้งเบาะแส วิธีการดังกล่าวนี้นอกจากจะทำให้ข้อมูลอันเป็นเบาะแสได้ถูกนำไปใช้ประโยชน์อย่างเต็มที่และคุ้มค่าแล้ว หน่วยงานกลางก็ยังสามารถเก็บรวบรวมข้อมูลต่าง ๆ เกี่ยวกับปัญหาและอุปสรรคของการแจ้งเบาะแสในภาพรวมเพื่อนำไปใช้ในการกำหนดแนวทางการพัฒนาให้การแจ้งเบาะแสเกิดผลสัมฤทธิ์สูงสุดในอนาคตได้นั่นเอง

4.2.2 ปัญหาในเชิงเนื้อหา

หากมองภาพรวมของกฎหมายและแนวปฏิบัติที่เกี่ยวกับการแจ้งเบาะแสในประเทศไทยแล้ว พบว่าปัญหาหลักมาจากการที่ประเทศไทยยังขาดความเป็นเอกภาพของกฎหมายและแนวปฏิบัติ ตลอดจนความยากลำบากและการไม่อำนวยความสะดวกให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมกับการแจ้งเบาะแสอันเป็นประเด็นปัญหาในส่วนรูปแบบมากกว่าส่วนเนื้อหา เพราะตามเกณฑ์การประเมินประสิทธิภาพทั้งในประเด็นเกี่ยวกับแรงจูงใจในการแจ้งเบาะแส ความครอบคลุมของกฎหมาย กระบวนการเกี่ยวกับการแจ้งเบาะแส และความน่าเชื่อถือของเบาะแส ก็ล้วนแล้วแต่ถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือเพื่อประสิทธิภาพในการแจ้งเบาะแสของประเทศไทยแล้วทั้งสิ้น หากแต่ความครบถ้วนของเกณฑ์ต่าง ๆ ในกฎหมายแต่ละฉบับและ/หรือแนวปฏิบัติภายในของแต่ละองค์กรอาจมีความแตกต่างกัน อันทำให้ภาพรวมของการแจ้งเบาะแสไทยได้รับการมองว่าไม่มีประสิทธิภาพเท่าใดนัก ถ้าสามารถแก้ปัญหานี้ในเรื่องความเป็นเอกภาพและความยากในการเข้าถึงกระบวนการแจ้งเบาะแสได้แล้ว ก็จะทำให้ส่วนที่เป็นเนื้อหาของเกณฑ์การแจ้งเบาะแสมีความสมบูรณ์อันจะนำมาซึ่งประสิทธิภาพของการแจ้งเบาะแสได้โดยปริยายนั่นเอง

5. ตัวอย่างกรณีศึกษาการแจ้งเบาะแสในต่างประเทศ

จากการศึกษาพบว่าแนวคิดเกี่ยวกับการแจ้งเบาะแส (Whistleblowing) มีต้นกำเนิดมาจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์²⁰ ตั้งแต่การศึกษาลึกและกระบวนการการแจ้งเบาะแสของกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ทั้งที่มีความเจริญในระบบเศรษฐกิจและสังคม ได้แก่ สหราชอาณาจักร²¹ สหรัฐอเมริกา²² สหพันธรัฐออสเตรเลีย²³ และประเทศที่มีระบบเศรษฐกิจและสังคมใกล้เคียงกับประเทศไทย ได้แก่ สหพันธรัฐมาเลเซีย²⁴ ย่อมนำมาเป็นบทเรียนที่น่าสนใจต่อการพัฒนากฎหมายและแนวปฏิบัติของไทยได้ ซึ่งการศึกษาวิจัยได้ค้นพบบทสรุปรายละเอียดของกฎหมายของประเทศดังกล่าว ที่แสดงข้อเหมือน (4.1) และข้อต่าง (4.2) ได้ดังนี้

5.1 ข้อเหมือน ข้อเหมือนของกฎหมายเกี่ยวกับการแจ้งเบาะแสของแต่ละประเทศสามารถแบ่งออกเป็น 4 ประการอันได้แก่

²⁰ N. Marie Meyer, *Le droit d'alerte en perspective : 50 années de débats dans le monde*, AJDA 24 nov. 2014, n°39, p.2242. ; *Protéger les lanceurs d'alerte*, [Online] Available from: <http://www.larevuecadres.fr/un-droit-sur-le-fil> [6 mars 2017], p. 2 ; *Lanceurs d'alerte et Whistleblowing (fr) (uk)*, [Online] Available from: <http://www.droit-du-travail-anglais.com/> [6 mars 2017].

²¹ The Department for Business, Innovation, and Skills, “*Whistleblowing: Guidance for Employers and Code of Practice Innovation*” 2015 [Online] Available from : https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/415175/bis-15-200-whistleblowing-guidance-for-employers-and-code-of-practice.pdf [28 Sep 2016]. ; National Audit Office, “*Whistleblowing disclosure*” (NAO, April 2017) <https://www.nao.org.uk/> ; Employment Rights Act 1996 ; Public Disclosure Interest Act 1998 ; Enterprise Regulatory Reform Act 2013

²² David Schultz, “*Combating Corruption: The Development of Whistleblower Law in the United States, Europe, and Armenia*”, *International Comparative Jurisprudence* Vol.1 Issue 2 December 2015 pp.87-97 ; Roberta Ann Johnson, *Whistleblowing: When It Works- And Why?*, London: Lynne Rienner Publishers (2003) pp. 118-120 ; The False Claim Act of 1863 ; Clean Air Act of 1970 ; The Foreign Corrupt Practices Act of 1977 ; Commercial Motor Vehicle Safety Act of 1986 ; Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act of 1980 ; Department of Defense Authorization Act of 1987 ; Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010 ; Energy Reorganization Act of 1974 ; Fair Labor Standards Act of 1938 ; FDA Food Safety Modernization Act of 2011(FDA Modernization Act) ; Federal Mine Safety and Health Act of 1977(FMSHA) ; Federal Water Pollution Control Act of 1972 (FWPCA) ; Longshore and Harbor Workers’ Compensation Act of 1927 (LHWCA); The Commodity Exchange Act of ; Occupational Safety and Health Act of 1970 (OSH Act) ; The Act to Prevent Pollution from Ships of 1973 ; Safe Drinking Water Act of 1974 (SDWA) ; 1936Migrant and Seasonal Agricultural Worker Protection Act of 1983 (MSAWPA) ; The Internal Revenue Act of 1986 ; Sarbanes-Oxley Act of 2002 (SOX) ; The Whistleblower Protection Act 1989 ; The Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010

²³ Parimment of Australia, *Whistleblowing in Australia—transparency, accountability ... but above all, the truth* 31 (2004-2005) ; the Corporations Act 2001 ; the Public Interest Disclosure (Protection of Whistleblowers) Bill 2002 ; Public Interest Disclosure Act 2013, Commonwealth ; Whistleblowers Protection Act 1993 (South Australia) ; Whistleblowers Protection Act 1994 (Queensland) ; Public Interest Disclosures Act 1994 (New South Wales) ; Public Interest Disclosure Act 2012 (Australian Capital Territory) ; Protected Disclosure Act 2012 (Victoria) ; Public Interest Disclosures Act 2002 (Tasmania) ; Public Interest Disclosure Act 2003 (Western Australia) ; Public Interest Disclosure Act 2008 (Northern Territory)

²⁴ Tan Pei Meng and Ong Seng Fook, “*Comparative analysis of whistleblower protection legislations in England, USA and Malaysia*”, *African Journal of Business Management* 5, 27, 9 November 2011, p 11249. ; “*Adequacy of Employee Whistleblower Protection (EWP) in Malaysia*”, *IPEDR* 5, 27, 2011, p V2-30. ; Companies Act 1965 (CA 1965) ; Capital Markets and Services Act 2007 (CMSA 2007) ; Whistleblower Protection Act 2010 (WPA 2010)

1. “ผู้แจ้งเบาะแส” ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายของทั้ง 4 ประเทศ หมายความว่า ผู้แจ้งเบาะแสทั้งในภาครัฐและภาคเอกชน แต่มีความแตกต่างกันในรายละเอียด

2. กฎหมายของทั้ง 4 ประเทศ ได้กำหนดองค์ประกอบของ “เบาะแส” ไว้โดยพิจารณาจาก “เนื้อหา” หรือ “คุณสมบัติ” นอกจากนี้ ความถูกต้อง ความน่าเชื่อถือ และความสุจริตของตัวผู้แจ้งเบาะแสก็ถือเป็นข้อพิจารณาสำคัญของการแจ้งเบาะแสอีกด้วย

3. “ขั้นตอนการแจ้งเบาะแส” นั้นจะต้องครอบคลุม ตัวผู้รับแจ้งเบาะแส กระบวนการแจ้งเบาะแส กระบวนการจัดการกับเบาะแส ตลอดจนการคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสที่มีความชัดเจน และ

4. “การคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแส” กฎหมายของทั้ง 4 ประเทศให้ความสำคัญกับประเด็นใหญ่ ๆ ของส่วนนี้ในสองประเด็น คือ การคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสจากอันตรายที่จะได้รับ เช่น การเลิกจ้าง หรือการกระทำการอันไม่เป็นธรรมโดยผู้ถูกแจ้งเบาะแส ฯลฯ ประการหนึ่ง และการกำหนดมาตรการเยียวยาความเสียหาย ซึ่งมีประเด็นสำคัญคือการพิจารณาและกำหนดค่าเสียหายตลอดจนการออกคำสั่งอื่นเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้แจ้งเบาะแสอีกประการหนึ่ง

5.2 ข้อต่าง หลักเกณฑ์ทางกฎหมายและแนวปฏิบัติที่แตกต่างของทั้ง 4 ประเทศมีดังนี้

1. กฎหมายสหราชอาณาจักรถือประโยชน์ของรัฐเป็นสำคัญมากกว่าความสุจริตของผู้แจ้งเบาะแส กล่าวคือ กฎหมายสหราชอาณาจักรได้มีการแก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อกำหนดในองค์กรที่มีเนื้อหาเรื่องการแจ้งเบาะแสใน (Enterprise Regulatory Reform Act 2013) ซึ่งได้มีการตัดเงื่อนไขเรื่องความสุจริตของผู้แจ้งเบาะแสทิ้งไป โดยได้เพิ่มเติมเงื่อนไขเรื่องการเปิดเผยข้อมูลที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะเข้าไปแทน ทำให้เกิดการยอมรับว่า การแจ้งเบาะแสที่ขอด้วยกฎหมายอาจเกิดจากการที่ตัวผู้แจ้งเบาะแสมีความเป็นปรปักษ์กับผู้ถูกแจ้งเบาะแสและส่งผลให้ผู้แจ้งได้รับประโยชน์ส่วนตัวไปในขณะเดียวกันก็ได้ ซึ่งตามกฎหมายเดิมถือว่ากรณีดังกล่าวเป็นการแจ้งเบาะแสโดยไม่สุจริต

2. กฎหมายสหรัฐอเมริกา มีทั้งกฎหมายกลางที่เกี่ยวกับการแจ้งเบาะแสในภาครัฐ (Whistleblower Protection Act of 1989) กฎหมายเกี่ยวกับการแจ้งเบาะแสเฉพาะเรื่องตามแต่ประเภทกิจกรรมของเอกชนซึ่งทำให้การแจ้งเบาะแสในสหรัฐมีความครอบคลุมและสามารถตอบโจทย์ของการมีลักษณะพิเศษเฉพาะสำหรับบางประเด็นที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นเอกลักษณ์ได้

3. กฎหมายสหพันธรัฐออสเตรเลีย มีบทกฎหมายที่แยกกันอย่างชัดเจนสำหรับการแจ้งเบาะแสในภาครัฐ (Public Interest Disclosure Act 2013) และการแจ้งเบาะแสในภาคเอกชน (Corporation Act 2001) ด้วยเหตุที่พื้นฐานความคิดทางนิติศาสตร์ในการให้ความคุ้มครอง การเยียวยา และการให้รางวัลของบุคคลใน 2 กลุ่มนี้ย่อมมีความแตกต่างกัน

4. กฎหมายสหพันธรัฐมาเลเซีย ความโดดเด่นอยู่ที่การมีกฎหมายกลาง (Whistleblower Protection Act 2010) ที่รวมทั้งการแจ้งเบาะแสในภาครัฐและภาคเอกชนเข้าไว้ด้วยกันในระดับเดียว

6. ผลการวิจัย: วิเคราะห์การประเมินประสิทธิภาพของการแจ้งเบาะแส

ในการประเมินประสิทธิภาพของการแจ้งเบาะแสนั้น ลำดับแรก จำเป็นต้องทำความเข้าใจเกี่ยวกับเกณฑ์ที่ใช้ในการประเมินก่อน (6.1) แล้วจึงนำเกณฑ์ดังกล่าวไปพิจารณาประกอบกับตัวชี้วัดและกำหนดคุณค่าของตัวชี้วัด (6.2) เพื่อนำไปสรุปเป็นประสิทธิภาพของการแจ้งเบาะแสในท้ายที่สุด (6.3)

6.1 เกณฑ์การประเมินประสิทธิภาพของการแจ้งเบาะแส จากการศึกษา พบว่าเกณฑ์การประเมินประสิทธิภาพของการแจ้งเบาะแสจำเป็นต้องประกอบด้วยเกณฑ์ 4 ข้อ ดังต่อไปนี้

เกณฑ์ข้อที่ 1 การแจ้งเบาะแสต้องมีการตั้งใจให้เกิดการต้องการที่จะแจ้งเบาะแส ซึ่งประกอบด้วยองค์ประกอบ 3 ประการ อันได้แก่ การมีบทคุ้มครองที่เพียงพอ การมีบทเยียวยาทั้งด้านการเงินและการอื่น ๆ และการให้รางวัลตั้งใจทั้งในรูปของเงินสินบนและรูปแบบอื่น

เกณฑ์ข้อที่ 2 เบาะแสที่ได้ต้องเป็นเรื่องที่ครอบคลุมประโยชน์ต่อรัฐ ซึ่งประกอบด้วยองค์ประกอบ 2 ประการอันได้แก่ การให้ภาครัฐและภาคเอกชนมีโอกาสเท่ากันในการแจ้งเบาะแส และการยอมรับข้อมูลทุกเรื่องที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ โดยไม่ควรมีข้อจำกัด

เกณฑ์ข้อที่ 3 กระบวนการต่าง ๆ ในการรับ จัดการ และใช้เบาะแสต้องมีความสะดวก รวดเร็ว และประชาชนเข้าถึงได้ ซึ่งประกอบด้วยองค์ประกอบ 3 ประการอันได้แก่ ผู้รับแจ้งเบาะแส (องค์กร/หน่วยงาน) ที่มีความชัดเจน ระบบการแจ้งเบาะแสที่สะดวก รวดเร็ว และอำนวยความสะดวกต่อผู้แจ้งเบาะแส และการจัดการเบาะแสซึ่งมีการนำเบาะแสที่ได้รับแจ้งไปใช้ประโยชน์ได้มากที่สุด มีการประสานกันระหว่างหน่วยงานรับแจ้งและผู้ที่มีหน้าที่โดยตรงเกี่ยวกับข้อมูลดังกล่าว

เกณฑ์ข้อที่ 4 เบาะแสที่ได้ต้องน่าเชื่อถือและนำไปใช้ได้จริง ซึ่งประกอบด้วยองค์ประกอบสองประการอันได้แก่ ผู้แจ้งเบาะแสมีความใกล้ชิดกับข้อมูลเพียงใด และการกำหนดโทษแก่ผู้แจ้งเบาะแสที่ให้ข้อมูลอันเป็นเท็จโดยเจตนา

6.2 ตัวชี้วัดและคุณค่าของผลการประเมิน เกณฑ์การประเมินประสิทธิภาพของการแจ้งเบาะแส ทั้งสี่ประการถูกกำหนดขึ้นด้วยการประมวลผลสรุปขององค์ประกอบย่อย ซึ่งในแต่ละเกณฑ์อาจมีองค์ประกอบ 2 ข้อบ้าง 3 ข้อบ้างมากน้อยแตกต่างกัน และเกณฑ์ข้อใดถือว่ามีน้ำหนักหรือคุณค่ามากต่อประสิทธิภาพของการแจ้งเบาะแสนั้น ก็จะต้องได้รับการสนับสนุนตอบรับหรือยืนยันจากตัวชี้วัดต่าง ๆ ซึ่งกำหนดขึ้น 3 ประการด้วยกัน คือ ประการแรกการใช้งานวิชาการที่มีมาในครั้งก่อนเป็นตัวชี้วัด ประการที่สองการใส่บทกฎหมายต่างประเทศเป็นตัวชี้วัด และประการที่สามการใส่บทแสดงความคิดเห็นจากการระดมความเห็นและการประชุมเพื่อรับฟังความคิดเห็นเป็นตัวชี้วัด นอกจากนี้แล้ว เพื่อการนำไปใช้งานได้อย่างเป็นรูปธรรม จึงเห็นว่า “เกณฑ์” แต่ละข้อต้องถูกกำหนดคุณค่า ดังนี้

1. คุณค่าระดับมากที่สุด (ระดับ 5) หมายถึง (ก) กรณีเกณฑ์มีองค์ประกอบ 3 ข้อ และปรากฏว่าตัวชี้วัด 3 ข้อพิสูจนถึงองค์ประกอบได้ครบทุกข้อ และ (ข) กรณีเกณฑ์มีองค์ประกอบ 2 ข้อ และปรากฏว่าตัวชี้วัด 3 ข้อพิสูจนถึงองค์ประกอบได้ครบทุกข้อ

2. คุณค่าระดับมาก (ระดับ 4) หมายถึง (ก) กรณีเกณฑ์เมืองค้ประกอบ 3 ข้อ และปรากฏว่าตัวชี้วัด 3 ข้อพิสูจน้ถึงองค์ประกอบได้ 2 ข้อ หรือตัวชี้วัด 2 ข้อพิสูจน้ถึงองค์ประกอบได้ครบทุกข้อ และ (ข) กรณีเกณฑ์เมืองค้ประกอบ 2 ข้อ และปรากฏว่าตัวชี้วัด 3 ข้อพิสูจน้ถึงองค์ประกอบได้ 1 ข้อ หรือตัวชี้วัด 2 ข้อพิสูจน้ถึงองค์ประกอบได้ครบทุกข้อ

3. คุณค่าระดับปานกลาง (ระดับ 3) หมายถึง (ก) กรณีเกณฑ์เมืองค้ประกอบ 3 ข้อ และปรากฏว่าตัวชี้วัด 3 ข้อพิสูจน้ถึงองค์ประกอบได้ 1 ข้อ หรือตัวชี้วัด 2 ข้อพิสูจน้ถึงองค์ประกอบได้ 2 ข้อ หรือตัวชี้วัด 1 ข้อพิสูจน้ถึงองค์ประกอบได้ครบทุกข้อ และ (ข) กรณีเกณฑ์เมืองค้ประกอบ 2 ข้อ และปรากฏว่าตัวชี้วัด 2 ข้อพิสูจน้ถึงองค์ประกอบได้ 1 ข้อ หรือตัวชี้วัด 1 ข้อพิสูจน้ถึงองค์ประกอบได้ครบทุกข้อ

4. คุณค่าระดับต่ำ (ระดับ 2) หมายถึง (ก) กรณีเกณฑ์เมืองค้ประกอบ 3 ข้อ และปรากฏว่าตัวชี้วัด 2 ข้อพิสูจน้ถึงองค์ประกอบได้ 1 ข้อ หรือตัวชี้วัด 1 ข้อพิสูจน้ถึงองค์ประกอบได้ 2 ข้อ และ (ข) กรณีเกณฑ์เมืองค้ประกอบ 2 ข้อ และปรากฏว่าตัวชี้วัด 1 ข้อพิสูจน้ถึงองค์ประกอบได้ 1 ข้อ

5. คุณค่าระดับต่ำมาก (ระดับ 1) หมายถึง กรณีเกณฑ์เมืองค้ประกอบ 3 ข้อ และปรากฏว่าตัวชี้วัด 1 ข้อพิสูจน้ถึงองค์ประกอบได้ 1 ข้อ

ในส่วนของตัวเองก็ต้องมีการกำหนด “น้ำหนัก” โดยมีหลักการดังนี้

1. ตัวชี้วัดแรก ประกอบด้วย เอกสารภาษาไทยจำนวน 5 เล่ม กำหนดน้ำหนักให้ ร้อยละ 50 (คิดจากฐานเอกสารทั้ง 5 ฉบับ) และเอกสารภาษาต่างประเทศจำนวน 9 เล่ม กำหนดน้ำหนักให้ร้อยละ 50 (คิดจากฐานของเอกสารทั้ง 9 ฉบับ)

2. ตัวชี้วัดที่สอง ประกอบด้วย กฎหมายต่างประเทศ 4 ประเทศ กำหนดน้ำหนักให้ร้อยละ 100 (คิดจากฐานเอกสารของกฎหมายทั้ง 4 ประเทศ)

3. ตัวชี้วัดที่สาม ประกอบด้วย ความคิดเห็นจากตัวแทนภาครัฐ กำหนดน้ำหนักให้ ร้อยละ 50 (คิดจากฐานผู้ที่แสดงความคิดเห็นทั้งหมด 18 คน) และความคิดเห็นจากตัวแทนภาคเอกชน กำหนดน้ำหนักให้ ร้อยละ 50 (คิดจากฐานผู้ที่แสดงความคิดเห็นทั้งหมด 4 คน)

6.3 ผลการวิจัย การประเมินประสิทธิภาพของการแจ้งเบาะแสจำต้องแยกออกตามเกณฑ์ที่ได้กำหนดไว้ โดยสรุปแล้วเกณฑ์ข้อที่ 1 ตอบโจทย์ทุกตัวชี้วัด ทำให้มีน้ำหนักและคุณค่ามากอันสะท้อนให้เห็นถึงความสำคัญและจำเป็นที่จะช่วยให้เกิดประสิทธิภาพของการแจ้งเบาะแสมากที่สุดหากนำไปปรับใช้กับตัวบทกฎหมายส่วนเกณฑ์ข้อที่ 2 และเกณฑ์ข้อที่ 3 มีน้ำหนักและคุณค่าในระดับไล่เลี่ยกันขึ้นอยู่กับรายละเอียดขององค์ประกอบ กล่าวคือ เกณฑ์ข้อที่ 2 องค์ประกอบ 2 เรื่องการรับข้อมูลทุกเรื่อง ตอบโจทย์ตัวชี้วัด 4 ข้อจาก 5 ข้อ ถือได้ว่ามีผลลัพธ์อยู่ในระดับที่การนำไปใช้ย่อมทำให้เกิดการเพิ่มประสิทธิภาพของการแจ้งเบาะแสดได้ และเกณฑ์ข้อที่ 3 องค์ประกอบข้อ 2 เรื่องระบบการแจ้งนั้นตอบโจทย์ทุกตัวชี้วัดจึงถือเป็นข้อพิจารณาสำคัญในการเพิ่มประสิทธิภาพของการแจ้งเบาะแสดเช่นกัน สำหรับ เกณฑ์ข้อที่ 4 นั้นมีน้ำหนักน้อยที่สุดต่อประสิทธิภาพของการแจ้งเบาะแสด กระนั้น องค์ประกอบ 2 เรื่องโทษสำหรับแจ้งเท็จ ตอบโจทย์ตัวชี้วัด 4 ข้อจาก 5 ข้อ ก็น่าจะ

อนุมานได้ว่าเป็นเครื่องมืออีกชิ้นหนึ่งที่จะช่วยเพิ่มประสิทธิภาพของการแจ้งเบาะแส อย่างไรก็ตาม ความถ่วงน้ำหนักของตัวชี้วัดทั้งสามที่ใช้ประเมินกับเกณฑ์ข้อที่ 4 นี้กลับมีผลน้อยที่สุดเมื่อเปรียบเทียบกับเกณฑ์ข้ออื่น อันทำให้การนำไปใช้เพิ่มประสิทธิภาพของการแจ้งเบาะแสอาจทำได้ภายใต้เงื่อนไขและข้อจำกัดบางประการ ดังนี้แล้วสรุปได้ว่าเครื่องมือที่จะทำให้ “การแจ้งเบาะแสมีประสิทธิภาพ” นั้นสามารถแบ่งได้ออกเป็น 3 ระดับ คือ

ระดับมากที่สุด มี 4 ข้อได้แก่

1. การให้ความคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสอย่างเพียงพอทั้งต่อตัวผู้แจ้งและบุคคลอื่นเป็นบริวาร
2. การเยียวยาผู้แจ้งเบาะแสที่ได้รับผลร้ายอันสืบเนื่องจากการที่ตนได้ให้ข้อมูลอันเป็นเบาะแส
3. การกำหนดให้มีการจ่ายเงินสินบนรางวัลช่วยเหลือกระตุ้นให้เกิดการมีส่วนร่วมในการแจ้งเบาะแส
4. การมีระบบรับแจ้งที่ดี สะดวก รวดเร็ว เข้าถึงง่าย ไม่ก่อให้เกิดภาระต่อผู้แจ้งเบาะแส และมีความปลอดภัยต่อตัวผู้แจ้ง ย่อมจูงใจให้ผู้แจ้งเบาะแสสมัครใจที่จะให้ข้อมูลอันเป็นเบาะแส

ระดับมาก มี 2 ข้อได้แก่

1. การแจ้งเบาะแสควรรับข้อมูลทุกเรื่องเพื่อให้รัฐได้มาซึ่งข้อมูลอันเป็นประโยชน์มากที่สุด
2. ข้อมูลที่ได้มานั้นต้องมีความถูกต้อง มีมูลความจริง ดังนั้นการกำหนดโทษสำหรับการให้ข้อมูลเท็จจึงเป็นกลไกสำคัญเพื่อให้ได้มาซึ่งผลลัพธ์ในข้อนี้

ระดับปานกลาง มี 1 ข้อได้แก่ องค์กรรับแจ้งควรมีความชัดเจน สาธารณะเข้าใจและเข้าถึงได้ ตลอดจนควรมีการบูรณาการร่วมกันเพื่อให้เกิดการส่งต่อข้อมูล อันนำมาซึ่งการนำข้อมูลที่รับแจ้งไปใช้ให้เกิดประโยชน์ต่อสาธารณะได้มากที่สุดอย่างแท้จริง

นอกจากนี้แล้ว การเปิดรับแจ้งข้อมูลทั้งที่เป็นเรื่องของภาครัฐและเอกชนอย่างกว้างขวาง และการที่กำหนดเกณฑ์ให้ตัวผู้แจ้งเบาะแสกับเบาะแสที่แจ้งต้องมีความใกล้ชิดกันเพื่อยืนยันถึงความถูกต้องของข้อมูลที่แจ้งเป็นเบื้องต้นนั้น ถือเป็นข้อพิจารณาที่เป็นองค์ประกอบปลีกย่อยที่ไม่ส่งผลต่อการเพิ่มประสิทธิภาพของการแจ้งเบาะแสเท่าใดนัก

อนึ่ง ผลการวิจัยดังกล่าวข้างต้นสามารถนำเสนอในรูปแบบตารางได้ดังต่อไปนี้

		ตัวชี้วัด 1		ตัวชี้วัด 2		ตัวชี้วัด 3	
เกณฑ์ข้อที่ 1 แรงจูงใจ		ร้อยละ 72.22		ร้อยละ 100		ร้อยละ 68.00	
องค์ประกอบ 1	ความคุ้มครอง	✓	✓	✓	✓	✓	✓
องค์ประกอบ 2	การเยียวยา	✓	✓	✓	✓	✓	✓
องค์ประกอบ 3	สินบนรางวัล	✓	✓	✓	✓	✓	✓
เกณฑ์ข้อที่ 2 ความครอบคลุม		ร้อยละ 22.22		ร้อยละ 100		ร้อยละ 26.30	
องค์ประกอบ 1	รัฐและเอกชน	-	✓	✓	-	-	-
องค์ประกอบ 2	รับข้อมูลทุกเรื่อง	-	✓	✓	✓	✓	✓
เกณฑ์ข้อที่ 3 กระบวนการ		ร้อยละ 21.11		ร้อยละ 100		ร้อยละ 58.33	
องค์ประกอบ 1	องค์กร	-	✓	-	✓	✓	✓
องค์ประกอบ 2	ระบบรับแจ้ง	✓	✓	✓	✓	✓	✓
องค์ประกอบ 3	การจัดกระบวนการ	-	✓	-	✓	✓	-
เกณฑ์ข้อที่ 4 ความน่าเชื่อถือของข้อมูล		ร้อยละ 21.11		ร้อยละ 50.00		ร้อยละ 12.50	
องค์ประกอบ 1	ความใกล้ชิดกับข้อมูล	-	-	-	✓	-	-
องค์ประกอบ 2	โทษสำหรับแจ้งเท็จ	-	✓	✓	✓	✓	✓

เมื่อได้ผลการประเมินข้างต้นแล้วให้นำผลการประเมินมาตรวจเทียบกับข้อมูลเชิงสถิติ โดยการตรวจเทียบผลการประเมินได้เกิดขึ้นบนฐานข้อมูลที่มีลักษณะและประเภทที่ไม่อยู่ในระบบเดียวกัน ทำให้ผลการสรุปอาจไม่มีความชัดเจน แม่นยำครบร้อยละส่วนเต็ม แต่กระนั้นหากพิจารณาในส่วนปลีกย่อยแล้ว ทั้งสถิติที่รวบรวมโดยหน่วยงานของประเทศไทย หน่วยงานของต่างประเทศและระหว่างประเทศจะพบว่า เกณฑ์ข้อ 1 เรื่องแรงจูงใจ เกณฑ์ข้อ 2 เรื่องความครอบคลุม และเกณฑ์ข้อ 3 เรื่องกระบวนการ ถูกพิสูจน์ชัดว่าเป็นเครื่องมือที่จะทำให้เกิดประสิทธิภาพในการแจ้งเบาะแส โดยแยกพิจารณาได้ดังนี้

1. ทั้งสถิติของประเทศไทยและของต่างประเทศ ให้ความสำคัญกับการยอมรับข้อมูลอันเป็นเบาะแสที่หลากหลาย และไม่ควรมีการจำกัดแต่เฉพาะข้อมูลบางประเภท ทั้งนี้ อาจเกิดจากข้อสันนิษฐานที่ว่า ยังมีการรับแจ้งข้อมูลมากเท่าใด ก็ย่อมเป็นโอกาสที่รัฐจะเข้าถึงพฤติกรรมการทุจริตได้มากเท่านั้น อีกทั้งข้อมูลที่รับแจ้งควรเปิดเป็นการทั่วไป ไม่ควรจำกัดการรับแจ้งเฉพาะภาครัฐหรือภาคเอกชนเท่านั้น

2. สถิติของประเทศไทยเน้นความสำคัญที่ไม่ได้มีการกล่าวถึงในส่วนของสถิติต่างประเทศในเรื่องกระบวนการจัดการกับเบาะแส ทั้งเรื่อง ระบบรับแจ้ง และการจัดการกับเบาะแส หากทั้งสองส่วนนี้ถูกให้ความสำคัญแล้วย่อมทำให้เกิดการนำข้อมูลอันเป็นเบาะแสที่ได้รับแจ้งไปใช้ให้เกิดประโยชน์มากที่สุดนั่นเอง กระนั้นสถิติของไทยกลับละเลยในการกล่าวถึงองค์ประกอบเรื่อง “องค์กร” ซึ่งอาจเข้าใจได้ว่าตัวข้อมูลเชิงสถิติที่ได้นำมาใช้วิเคราะห์ผลนั้นมาจากหน่วยงานหรือองค์กรที่แตกต่างกัน อันทำให้เกิดการตั้งคำถามถึงความเชื่อมโยงการประสานงาน และการบูรณาการในการทำงานระหว่างองค์กรขึ้น ดังนั้น หากมีการดำเนินการให้คำถามข้อนี้สิ้นความสงสัยก็อาจทำให้ได้คำตอบในเชิงที่เป็นคุณ กล่าวคือ การมีประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้นของการแจ้งเบาะแสอีกโสดหนึ่งด้วย

3. สถิติที่ต่างประเทศให้ความสำคัญแต่กลับไม่ปรากฏฐานข้อมูลที่จัดเก็บโดยหน่วยงานของประเทศไทยในเรื่องแรงจูงใจ โดยเฉพาะประเด็นเรื่อง “การให้ความคุ้มครอง” และ “การให้สินบน” ถือว่าเป็นจุดเด่นที่องค์กรและสถาบันระหว่างประเทศและนานาชาติยกให้เป็นเครื่องมือสำคัญที่จะนำมาซึ่งการมีส่วนร่วมของสมาชิกสังคมในการแจ้งเบาะแส ด้วยองค์ประกอบทั้งสองข้อนี้แสดงให้เห็นถึงความปลอดภัย และการมีชีวิตที่เป็นปกติสุข แม้ว่าตนจะได้ให้ข้อมูลอย่างใด ๆ ที่อาจส่งผลกระทบต่อสถานะของผู้อื่น หากแต่เป็นเรื่องที่ถือว่าจำเป็นต้องทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ และเมื่อเป็นดังว่านี้แล้ว “รัฐ” ก็จำเป็นในการเข้าคุ้มครอง อีกทั้งควรมี “ประโยชน์” ในการจูงใจอย่างเป็นรูปธรรมและชัดเจน ดังตัวอย่างเช่น การให้เงินตอบแทน เพื่อช่วยในการตัดสินใจของผู้ที่ทราบข้อมูลอันเป็นเบาะแสในการที่จะยอมรับความเสี่ยงต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้น หากตนได้นำเบาะแสนั้นแจ้งต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ การนำผลการประเมินมาตรวจเทียบกับข้อมูลเชิงสถิติของทั้งไทยและต่างประเทศสามารถแสได้ว่า

		ข้อมูลเชิงสถิติไทย	ข้อมูลเชิงสถิติต่างประเทศ
		เกณฑ์ข้อที่ 1 แรงจูงใจ	
องค์ประกอบ 1 ความคุ้มครอง	ไม่ปรากฏข้อมูล	ประสิทธิภาพการแจ้งเบาะแส	
องค์ประกอบ 2 การเยียวยา		ไม่ปรากฏข้อมูล	
องค์ประกอบ 3 สินบนรางวัล		ประสิทธิภาพการแจ้งเบาะแส	
เกณฑ์ข้อที่ 2 ความครอบคลุม			
องค์ประกอบ 1 รัฐและเอกชน	ไม่ปรากฏข้อมูล	ประสิทธิภาพการแจ้งเบาะแส	
องค์ประกอบ 2 รับข้อมูลทุกเรื่อง			
เกณฑ์ข้อที่ 3 กระบวนการ			
องค์ประกอบ 1 องค์กร	ไม่ปรากฏข้อมูล	ไม่ปรากฏข้อมูล	
องค์ประกอบ 2 ระเบียบแจ้ง		ประสิทธิภาพการแจ้งเบาะแส	
องค์ประกอบ 3 การจัดการเบาะแส		ประสิทธิภาพการแจ้งเบาะแส	
เกณฑ์ข้อที่ 4 ความน่าเชื่อถือของข้อมูล			
องค์ประกอบ 1 ความใกล้ชิดกับข้อมูล	ไม่ปรากฏข้อมูล		
องค์ประกอบ 2 โทษสำหรับแจ้งเท็จ			

นอกจากการนำผลการประเมินมาตรวจเทียบกับข้อมูลเชิงสถิติแล้ว เมื่อนำผลการประเมินดังกล่าวมาทดสอบกับกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการแจ้งเบาะแสของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปรามการทุจริตของประเทศไทย หรือ ป.ป.ช. โดยตรงพบว่า

สำนักงาน ป.ป.ช. มีเครื่องมือที่จะทำให้เกิดประสิทธิภาพกับตัวผู้แจ้งเบาะแสในระดับมากที่สุด 3 ข้อด้วยกัน กล่าวคือ “การคุ้มครอง” “การเยียวยา” และ “การให้สินบน” แต่ ป.ป.ช. ยังขาดความชัดเจนในประเด็นเกี่ยวกับระบบการรับแจ้งที่ต้องสะดวกรวดเร็ว เข้าถึงง่าย และไม่ก่อให้เกิดภาระต่อผู้แจ้งเบาะแสมากเกินไป อันจะช่วยจูงใจให้ผู้แจ้งเบาะแสมัครใจที่จะให้ข้อมูลและถือเป็นตัวชี้วัดหนึ่งที่ผลการวิจัยสามารถสรุปได้ว่าเป็นกลไกสำคัญที่จะทำให้เกิดประสิทธิภาพของการแจ้งเบาะแสในระดับมากที่สุดด้วย ในส่วนเกณฑ์ที่จะทำให้เกิดประสิทธิภาพในระดับมากนั้น ได้แก่ ความครอบคลุมของเรื่องอันเป็นเบาะแสที่จะรับแจ้ง และการมีกลไกช่วยจัดการกับข้อมูลให้ข้อมูลที่ได้รับแจ้งมีความถูกต้องและสามารถนำไปใช้ได้จริงนั้น ปรากฏว่ามีกฎหมายและระเบียบที่ไม่ได้ตราหรือกำหนดขึ้นไว้เพื่อ ป.ป.ช. โดยเฉพาะ แต่หาก ป.ป.ช. สามารถนำมาปรับใช้ได้ทางอ้อม

อันสะท้อนให้เห็นถึงการขาดซึ่งกฎหมายหรือระเบียบที่ชัดเจนของ ป.ป.ช. เอง อีกทั้งความชัดเจนในการรับแจ้งข้อมูลอันเป็นเบาะแสทุกประเภท เพื่อให้เกิดความครอบคลุมและได้ข้อเท็จจริงอันเป็นประโยชน์ต่อรัฐมากที่สุด

นอกจากนี้ กลไกเรื่องกระบวนการ องค์กร ระบบการรับแจ้ง และการจัดการกับเบาะแส แม้จะเป็นเงื่อนไขที่สะท้อนให้เห็นถึงประสิทธิภาพของการแจ้งเบาะแสในระดับปานกลางเท่านั้น แต่ก็ถือว่าเป็นเครื่องมือสำคัญ (หากมองในภาพรวม) ต่อประสิทธิภาพของการแจ้งเบาะแส ซึ่งตารางสรุปกฎหมายและระเบียบที่ ป.ป.ช. สามารถนำมาใช้ในการแจ้งเบาะแส ก็ปรากฏชัดว่า เครื่องมือส่วนนี้ปรากฏน้อยที่สุด อันทำให้น่าคิดต่อไปได้ว่า หากการดำเนินงานของ ป.ป.ช. ที่มีความชัดเจนในรูปแบบวิธีการการรับแจ้ง ความบูรณาการกับองค์กรต่าง ๆ รวมถึงกระบวนการในการจัดการเบาะแสที่ทำให้ผู้แจ้งเบาะแสเข้าถึงได้ ที่สะท้อนให้เห็นถึงการนำข้อมูลอันเป็นเบาะแสไปใช้งานได้จริง และตัวผู้แจ้งเบาะแสปลอดภัย ก็อาจทำให้กระบวนการแจ้งเบาะแสเกิดประสิทธิภาพเพิ่มมากขึ้นได้

7. ข้อเสนอแนะ

จากข้อมูลทั้งหมดสามารถประมวลผลคุณค่าของ “ประสิทธิภาพของการแจ้งเบาะแส” ในประเทศไทย ในภาพรวมได้ว่า กฎหมายและแนวปฏิบัติไทยสามารถตอบโจทย์มาตรการอันเป็นเกณฑ์เกี่ยวกับการแจ้งเบาะแสที่เป็นไปตามหลักนิติศาสตร์และสากลยอมรับได้ทุกประเด็น จึงถือว่าการแจ้งเบาะแสมีประสิทธิภาพแล้ว แต่กระนั้น ในสภาพความเป็นจริงเกิดคำถามว่าเหตุใดยังปรากฏข้อเท็จจริงที่แสดงปัญหาเกี่ยวกับผู้แจ้งเบาะแสขึ้นในการรับแจ้งเบาะแสของหน่วยงานบางแห่ง สถานการณ์ในทำนองนี้อาจเกิดจากการที่มาตรการส่วนส่งเสริมนั้นยังไม่ตอบโจทย์ของบุคคลที่จะแจ้งเบาะแส ในเรื่องที่ว่าด้วยความมั่นใจที่จะได้รับการคุ้มครองอย่างเพียงพอ ตลอดจนความคุ้มค่าที่จะได้รับสิ่งตอบแทนแลกกับการเสี่ยงภัยในการให้ข้อมูล นอกจากนี้แล้วความเป็นเอกภาพและเข้าถึงง่ายในเกณฑ์และกลไกต่าง ๆ เกี่ยวกับการแจ้งเบาะแสก็เป็นประเด็นที่มีผลโดยที่กระทำให้อำนาจการแจ้งเบาะแสเพิ่มขึ้นอีกส่วนหนึ่งด้วย ดังนั้นแล้ว ผลสรุปการศึกษาสามารถกำหนดข้อเสนอนี้ได้ 3 ประการด้วยกัน คือ

7.1 ข้อเสนอเชิงนโยบาย ที่อาจจำแนกเป็น 4 ข้อย่อยได้แก่

(ก) ความจำเป็นในการบูรณาการบทกฎหมายที่มีอยู่แล้วและมีเนื้อหาเกี่ยวกับการแจ้งเบาะแส ให้มีความเป็นเอกภาพไม่ขัดแย้งกันทั้งในส่วนของเนื้อหาและรูปแบบ กล่าวคือ

(ก.1) ในส่วนเนื้อหานี้จะต้องมีความชัดเจนใน 4 ประเด็นร่วมกัน คือ ประการแรก การคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสอย่างเพียงพอให้ผู้แจ้งเบาะแสและบริวารรู้สึกปลอดภัย ไม่มีพิธีรีตอง ปราศจากข้อยุ่งยากในการที่จะได้รับซึ่งความคุ้มครองอย่างเพียงพอ และหากเกิดความเสียหายอย่างใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นเพราะมีข้อผิดพลาดที่เกิดขึ้นหลังจากได้ใช้มาตรการในการคุ้มครองแล้ว หรือความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการใช้มาตรการการให้ความคุ้มครองไม่ทันท่วงทีก็ตามก็ต้องมีการเยียวยาทั้งในรูปที่เป็นตัวเงิน เช่น การจ่ายค่าเสียหาย หรือการกระทำและ/หรือการงดเว้นกระทำการอย่างใด ๆ เช่น การให้รับกลับเข้าทำงานใหม่หากคู่พิพาทยังมีทำที่ในการร่วมทำงานกันต่อไป การให้มีการย้ายที่ทำงานตามความเหมาะสม ให้มีการโฆษณาขอขมา ฯลฯ แล้วแต่กรณี

เป็นประการที่สอง นอกจากนี้แล้ว การกำหนดสิทธิบนรางวัลโดยเฉพาะต่อเอกชนที่ไม่ได้มีหน้าที่โดยตรงกับการให้ข้อมูลอันเป็นเบาะแส ก็อาจเป็นแรงจูงใจสำคัญที่จะทำให้ประชาชนทั่วไปใคร่อยากมีส่วนร่วมในการให้ข้อมูลเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งถือเป็นเนื้อหาประการที่สาม และประการสุดท้ายนั้น การต่าง ๆ ที่กล่าวมาทั้งสามข้อเบื้องต้นจะต้องเป็นไปโดยสะดวก รวดเร็ว และประชาชนทั่วไปเข้าถึงได้ง่าย ผู้แจ้งเบาะแสต้องไม่รู้สึกถึงขั้นตอนหรือกระบวนการที่ยากยิ่งลำบากอันเป็นอุปสรรคสำคัญต่อความสำเร็จของการที่รัฐจะได้รับข้อมูลอันเป็นเบาะแส

(ก.2) ในส่วนของรูปแบบนั้น ประเทศไทยควรสร้างกฎหมายที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการแจ้งเบาะแสเป็นการเฉพาะและเป็นกฎหมายกลางที่กำหนดหลักการร่วมกัน อันจะทำให้ทุกภาคส่วนนำไปปฏิบัติเสริมบทบัญญัติหรือแนวทางปฏิบัติเดิม (กรณีที่หน่วยงานหรือองค์กรมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการแจ้งเบาะแสเกี่ยวข้องอยู่แล้ว) หรือนำไปปฏิบัติใหม่เลย (กรณีที่หน่วยงานหรือองค์กรไม่เคยมีบทบัญญัติในประเด็นการแจ้งเบาะแสเกี่ยวข้องเลย) เพื่อให้เกิดความเป็นเอกภาพ และการเข้าถึงและเข้าใจได้ง่ายในแนวคิดและหลักเกณฑ์ร่วมกันเกี่ยวกับการแจ้งเบาะแส (โมเดลของสหราชอาณาจักร) อันจะกลายเป็นรากฐานสำคัญที่เสริมสร้างการมีส่วนร่วมของประชาชนในสังคมได้เป็นอย่างดี

อย่างไรก็ตาม บทกฎหมายและแนวปฏิบัติที่จะให้มีการบูรณาการดังกล่าวข้างต้นนี้ อาจพิจารณาเพิ่มเติมในเรื่องของความครอบคลุมด้านเนื้อหาของข้อมูลว่าเป็นเบาะแสที่ควรครอบคลุมทั้งภาครัฐและภาคเอกชน ตลอดจนขั้นตอนและกระบวนการในการตรวจสอบความถูกต้องของข้อมูล อีกทั้งการกำหนดโทษสำหรับผู้ให้ข้อมูลอันเป็นเท็จหรือบิดเบือนความจริงโดยเจตนาและทำให้เกิดหรืออาจเกิดความเสียหายต่อสาธารณะซึ่งเป็นเงื่อนไขของการบูรณาการกฎหมายและแนวปฏิบัติที่สมบูรณ์มากยิ่งขึ้นด้วย

(ข) การจัดตั้งหน่วยงานกลางเพื่อทำหน้าที่ในการรับแจ้งเบาะแสและให้ข้อมูล ตลอดจนองค์ความรู้เกี่ยวกับการแจ้งเบาะแสเป็นการเฉพาะเช่นโมเดลของสหพันธรัฐสวิสเซอร์แลนด์อาจเป็นเรื่องที่ควรเกิดขึ้นมากที่สุดเพื่อประสิทธิภาพที่แท้จริงของการแจ้งเบาะแส แต่ด้วยปัจจัยอันเป็นบริบทที่หลากหลาย เช่น ผู้ปฏิบัติงานที่มีความชำนาญและงบประมาณในการจัดตั้งหน่วยงานเช่นนี้อาจเป็นข้อพิจารณาสำคัญ ดังนั้นแล้วหากจะกำหนดให้หน่วยงานที่มีอยู่ซึ่งมีหน้าที่โดยตรงเกี่ยวกับการตรวจสอบการทุจริตหรือการธำรงไว้ซึ่งธรรมาภิบาลที่ดีเป็นแกนกลางในการประสานเรื่องต่าง ๆ เกี่ยวกับการแจ้งเบาะแส เช่น การส่งต่อเรื่องราวที่มีการให้เบาะแสการจัดให้บริการความรู้และความเข้าใจเกี่ยวกับการแจ้งเบาะแส การกำหนดให้เป็นหน่วยงานกลางในการรับแจ้งแล้วส่งผ่านข้อมูลที่ได้รับแจ้งต่อไปยังหน่วยงานที่มีหน้าที่เกี่ยวข้องโดยตรงอันเป็นการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชน ก็อาจเป็นเรื่องที่จะทำให้ผู้แจ้งเบาะแสเกิดประสิทธิภาพมากที่สุด กล่าวคือ ข้อมูลอันเป็นเบาะแสที่ได้รับแจ้งได้ถูกนำไปใช้ประโยชน์มากที่สุดต่อรัฐ

(ค) ควรมีการส่งเสริมให้มีการจัดทำโครงการในรูปแบบต่าง ๆ อย่างเหมาะสม โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อสนับสนุน เผยแพร่ความรู้ จัดอบรมแก่องค์กรและบุคลากรทั้งภาครัฐและเอกชน ตลอดจนบุคคลทั่วไปให้ทราบและตระหนักถึงความสำคัญและจำเป็นของการแจ้งเบาะแส อีกทั้งอาจจะมีการผลักดันให้เกิดโครงการในลักษณะของการออกใบรับรอง (Certificated) แก่หน่วยงาน องค์กร หรือชุมชน ที่ได้ปฏิบัติกรอย่างใดอันแสดง

ให้เห็นถึงการมีส่วนร่วมและ/หรือให้ความสำคัญกับการแจ้งเบาะแส ทั้งนี้ ใบรับรองดังกล่าวนี้อาจนำไปเป็นประโยชน์ในลักษณะของการแสดงออกซึ่งภาพพจน์ที่ดี การมีความรับผิดชอบร่วมกันเพื่อสังคมของหน่วยงาน องค์กร หรือชุมชน อีกทั้งรัฐอาจกำหนดให้มีมาตรการจูงใจกับหน่วยงาน องค์กร หรือชุมชนที่ได้รับใบรับรองนี้ในสิทธิประโยชน์พิเศษบางประการเป็นการตอบแทนอีกส่วนหนึ่งด้วย

(ง) คณะกรรมการ หน่วยงาน หรือองค์กรที่เกี่ยวข้องกับทบทวนบัญชีและแนวปฏิบัติว่าด้วยการแจ้งเบาะแส ควรตีความและนำบทบัญญัติตลอดจนแนวทางปฏิบัติในเรื่องนี้ไปใช้ด้วยมุ่งหมายให้เกิดมีการแจ้งเบาะแสให้มากที่สุด กล่าวคือ ลดขั้นตอนยุ่งยาก สร้างความสะดวกให้กับผู้แจ้งเบาะแส อีกทั้งใช้ดุลพินิจในทางที่เป็นคุณและจูงใจให้เกิดความต้องการที่จะมีการแจ้งเบาะแสให้มากที่สุด ตัวอย่างเช่น ประเด็นเรื่องเงินสินบน อาจมีการกำหนดอัตราไว้เป็นการแน่นอน เช่น ร้อยละ 10 ของเงินและหรือประโยชน์ที่รัฐพึงได้ ซึ่งการจ่ายเงินส่วนนี้ (โมเดลของสหรัฐอเมริกา) รัฐเองก็สามารถตั้งเงื่อนไขต่าง ๆ ให้มีความชัดเจนได้เช่นเดียวกัน เช่น จะจ่ายเมื่อได้ดำเนินการทุกขั้นตอนเป็นที่เรียบร้อยแล้ว

7.2 ข้อเสนอเชิงปฏิบัติ ผู้ปฏิบัติงานหรือมีหน้าที่เกี่ยวข้องอาจใช้ตารางผลสรุปการวิจัยที่แสดงให้เห็นเกณฑ์ชี้วัดประสิทธิภาพของการแจ้งเบาะแสในระดับต่าง ๆ มาเป็นกรอบพื้นฐานในการประเมินบทบัญญัติหรือแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการแจ้งเบาะแสที่ตนและ/หรือหน่วยงานของตนมีหน้าที่รับผิดชอบ ว่าในเรื่องหรือประเด็นใดเป็นข้อที่ควรให้ความสำคัญเพื่อประสิทธิภาพของการแจ้งเบาะแส และหากกฎหมายหรือแนวปฏิบัติในหน่วยงานหรือองค์กรของตนได้ให้อำนาจไว้ก็ควรใช้ปฏิบัติให้ได้ผลจริง เช่น การพิจารณาจ่ายเงินสินบน การให้ความคุ้มครองที่ลดขั้นตอนต่าง ๆ ฯลฯ

บทวิจารณ์หนังสือ

DOING JUSTICE: A Prosecutor's Thoughts on Crime, Punishment and the Rule of Law

พรชัย บุญบวรรัตนกุล
Pornchai Boonbarwornrattanakul

นักวิจัยอิสระ

133/77 ซอยเพชรเกษม 46 ถนนเพชรเกษม แขวงบางด้วน เขตภาษีเจริญ กรุงเทพฯ 10160
Independent Researcher
133/77 Soi Petkasem 46 Petkasem Road Bangdoun Phasichareon Bangkok 10160
Corresponding author E-mail: dr.paul.boon@gmail.com

หนังสือชื่อเรื่อง **DOING JUSTICE: A Prosecutor's Thoughts on Crime, Punishment and the Rule of Law**. ถูกตีพิมพ์เผยแพร่ในประเทศสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 2019 โดยสำนักพิมพ์ เคนออฟฟ์ ดับเบิลเดย์ (Knopf Doubleday, New York) และต่อมาได้รับการตีพิมพ์เผยแพร่อีกครั้งหนึ่งในปี ค.ศ. 2020 โดยสำนักพิมพ์ บลูมส์เบอรี (Bloomsbury Publishing, London) เป็นหนังสือที่ถูกแต่งขึ้นโดยพรีท บรารารา (Preet Bharara)¹

DOING JUSTICE หรือแปลเป็นภาษาไทยว่า “ทำให้เกิดความยุติธรรม” เป็นเรื่องราวที่ผู้เขียนแสดงความคิดเห็นในฐานะที่เป็นอัยการคนหนึ่งโดยมองผ่านกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการลงโทษทางอาญา (Criminal Punishment) และหลักนิติรัฐ (The Rule of Law) โดยใช้เวลาในการถ่ายทอดความคิดเห็นจากประสบการณ์เป็นตัวอักษร ซึ่งผู้เขียนได้ใช้เวลาในการเขียนหนังสือเล่มนี้กว่าหนึ่งในช่วงที่ชีวิตอยู่ในระหว่างสภาวะอ่อนไหวของการเปลี่ยนแปลงในตำแหน่งหน้าที่การงาน² หนังสือเรื่อง DOING JUSTICE นี้มีทั้งหมด 345 หน้า ประกอบด้วยส่วนต่าง ๆ ดังนี้คือ บทนำ ส่วนที่หนึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับการสอบปากคำ (Inquiry) ในส่วนนี้ประกอบด้วยบท

¹ พรีท บรารารา (Preet Bharara) เคยดำรงตำแหน่งอัยการของสหรัฐอเมริกาประจำเขตทางใต้ของนครนิวยอร์ก ในช่วงระหว่างปี ค.ศ. 2009 ถึง 2017 มีหน้าที่ควบคุมดูแลและให้คำแนะนำเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ การสืบสวนคดีและการดำเนินคดีทางแพ่งและอาญาแก่เจ้าพนักงานในสำนักงานอัยการดังกล่าวซึ่งมีจำนวนมากกว่าสองร้อยชีวิต ผลงานในการดำเนินคดีฟ้องร้องของบราราราก่อให้เกิดแรงบันดาลใจแก่ชาวอเมริกันและผู้ชมรายการ TV Show “Billions” จำนวนมาก ในปี ค.ศ. 2017 บราราราเข้าร่วมงานกับคณะนิติศาสตร์แห่งมหาวิทยาลัยเอ็นวายยู (NYU) ในฐานะเป็นนักวิชาการที่โดดเด่น นอกจากนี้เขายังได้รับตำแหน่งรองประธานบริหาร (Executive Vice President) แห่งหน่วยงานภายใต้องค์กรที่ชื่อ Spider Studio และภายใต้ชื่อรายการ Stay Turned with Preet ซึ่งเป็นพอดแคสต์ (podcast) ที่เน้นการนำเสนอในเรื่องราวที่เกี่ยวกับความยุติธรรมและความเป็นธรรม

² ขณะนั้นผู้เขียนดำรงตำแหน่งอัยการของสหรัฐอเมริกาประจำเขตทางใต้ของนครนิวยอร์กซึ่งได้ทำงานในตำแหน่งนี้มาเจ็ดปีครึ่งแล้ว และเป็นการดำรงตำแหน่งหัวหน้าหน่วยงานที่ได้รับการต่ออายุการดำรงตำแหน่งจากวาระปกติโดยคำร้องขอจากประธานาธิบดีโดนัลด์ ทรัมป์ในวันที่ 30 พฤศจิกายน ค.ศ. 2016 แต่อย่างไรก็ตามภายหลังจากที่ประธานาธิบดีโดนัลด์ ทรัมป์ได้เข้าดำรงตำแหน่งอย่างเป็นทางการได้มีคำสั่งให้เขาพ้นจากตำแหน่งในวันที่ 30 มีนาคม ค.ศ. 2017 ซึ่งก่อนที่ผู้เขียนจะพ้นจากตำแหน่งนั้นเป็นช่วงที่ประเทศเกิดวิกฤตจากเหตุการณ์ต่าง ๆ ขึ้นอย่างมากมายและวิกฤตดังกล่าวก็ยังดำเนินต่อไป เกิดข้อกังขาและเสียวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับความศรัทธาและหลักนิติรัฐ กระบวนการยุติธรรมของรัฐ ความเป็นอิสระในการดำเนินคดี และรวมถึงความหมายและความสำคัญสูงสุดของคำว่าความจริง (The meaning and the primacy of the truth)

และเรื่องราวต่าง ๆ คือบทอธิบายเรื่องความจริงคือภาพมายา: คดีเกี่ยวกับเด็ก 2 คน เรื่องสิ่งต่าง ๆ ในความเป็นจริงมีใช้สิ่งที่ปรากฏต่อสายตาของพวกเขา: คดีหนุ่มควบอยบ้านนอก เรื่องพนักงานสืบสวนคดีมาตรฐานระดับทองคำ: เกี่ยวกับจริยธรรมของมือปราบ เคนนี่ แม็คเคบี เรื่องปัญหาเกี่ยวกับไบแอสที่เกิดจากการยืนยันซ้ำ (Confirmation Bias): คดีลายนิ้วมือแฝง เรื่องความแม่นยำเป็นสิ่งจำเป็นอย่างมากที่ต้องการ: คดีการฆาตกรรมในเขตชานดิวิล (Soundview) เรื่องความอยากรู้อยากเห็นและการตั้งคำถาม: การถามด้วยคำถามพื้นฐานที่ง่าย ๆ เรื่องหลักที่เกี่ยวกับการสอบสวน (The principle of Interrogation): ไม่มีควมจำเป็นต้องใช้ความป่าเถื่อน เรื่องซีฟอง: ศีลธรรมที่ถูกกลืนหายไปเกี่ยวข้องกับการให้ความร่วมมือเป็นพยาน (Cooperating Witnesses) และเรื่องต่อเนื่องและเปลี่ยนแปลง: ความยุติธรรมผ่านเข้าสู่การเปลี่ยนแปลง ในส่วนที่สองเป็นส่วนที่อยู่ในช่วงของการตั้งข้อกล่าวหา (Accusation) ซึ่งประกอบไปด้วยบทและเรื่องราวต่าง ๆ คือ บทอธิบาย เรื่องเครื่องบด เรื่องพระเจ้าห้ามไม่ให้กระทำ เรื่องเดินจากไป เรื่องวัฒนธรรม และเรื่องโบลิวูด (Bollywood) ส่วนที่สาม เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับวิจารณ์ฎหมายหรือดุลยพินิจ (Judgment) ประกอบด้วย บทอธิบาย เรื่องวันที่อยู่ในศาล เรื่องผู้พิพากษา (The Judge) เรื่องการพิจารณาคดี (The Trial) เรื่องบุรุษสามคนในห้องห้องหนึ่ง และเรื่องคำตัดสิน (The Verdict) สำหรับส่วนที่สี่ ซึ่งเป็นส่วนสุดท้ายนั้นเป็นเรื่องเกี่ยวกับการลงโทษ (Punishment) ประกอบด้วย บทอธิบาย เรื่องเด็กน้อยคาสิน่า เรื่องลอร์ดออฟฟลายส์ (Lord of Flies) และเรื่องเหนือกว่ายุติธรรม (Beyond Justice)

ในความเห็นของผู้วิจารณ์เห็นว่าผู้เขียนได้นำประสบการณ์ในการประกอบอาชีพอัยการและการดำรงตำแหน่งผู้บริหารในสำนักงานอัยการตลอดชีวิตการทำงานมาใช้ในการเขียนหนังสือเล่มดังกล่าว โดยใช้หลักฐานเชิงประจักษ์มาอ้างอิงหลักต่าง ๆ โดยผู้เขียนได้วางหลักกฎหมายและยกคดีต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในระหว่างดำรงตำแหน่งในสำนักงานอัยการขึ้นมาอธิบายเพื่อชี้ให้เห็นความไม่ยุติธรรมและสิ่งที่พนักงานอัยการได้ดำเนินการเพื่อแก้ไขให้เกิดความยุติธรรมขึ้น นอกจากนี้หนังสือดังกล่าวยังเป็นหนังสือที่ได้รับความนิยมว่าเป็นหนังสือขายดีที่สุดโดยนิวยอร์กไทม์ (New York Times Bestseller) และได้รับคำวิจารณ์จากวารสารชั้นนำของประเทศได้แก่วารสารไฟแนนเชียลไทม์ (Financial Times) ได้วิจารณ์ว่า “เป็นความสง่างาม เป็นเชิงปรัชญา และเป็นการออกมาถูกจังหวะเวลาพอดีของหนังสือเล่มนี้ ความทรงจำที่ผ่านไปในเรื่องที่สมควรจะต้องได้รับการดูแลแก้ไขในฐานะของเจ้าพนักงานยุติธรรมในระดับสูงสุดของประเทศสหรัฐอเมริกา” คำวิจารณ์จากวารสารเดอะเสกเรตต์ แบริสเตอร์ (The Secret Barrister) ซึ่งกล่าวถึงหนังสือดังกล่าวว่า “เป็นผลงานที่มีความสำคัญและมีความเร่งด่วนขึ้นหนึ่งในยุคสมัยที่การก่อตั้งหลักแห่งความยุติธรรมและหลักนิติรัฐกำลังถูกโจมตีอย่างหนัก” สิ่งที่กำลังกล่าวถึงข้างต้นนี้ทำให้ผู้วิจารณ์สนใจและติดตามอ่านหนังสือเล่มนี้เพื่อหาคำตอบที่ว่าการกระทำอย่างไรจึงจะทำให้ความยุติธรรมบังเกิด ผู้วิจารณ์จะขอหยิบยกเรื่องย่อยสองถึงสามเรื่องจากเรื่องย่อยต่าง ๆ ของหนังสือเล่มนี้มาวิจารณ์เล่าสู่กัน ดังต่อไปนี้

เนื้อเรื่องโดยย่อของหนังสือนี้:-

ส่วนที่หนึ่ง

ส่วนที่หนึ่งเป็นเรื่องในส่วนของ**การสอบปากคำ (Inquiry)** ผู้เขียนได้กล่าวในบทอธิบายว่า ความจริงคือหัวใจของความยุติธรรม และในการค้นหาความจริงนั้นเป็นเรื่องของการสอบปากคำเพื่อค้นหาความจริงในความยุติธรรมทางอาญา การค้นหาความจริงหมายถึงการสืบสวนซึ่งไม่ได้เป็นหนทางที่นำไปสู่ความจริงเท่านั้นแต่เป็นหนทางที่นำไปสู่ความรับผิดชอบหรือการพ้นจากข้อหา ผู้เขียนได้วางหลักไว้ว่าความเป็นธรรม ประสิทธิภาพ ความแม่นยำ ความซื่อสัตย์และความรวดเร็วในการทำการสอบสวนนั้นโดยทั่วไปถือว่าเป็นปัจจัยที่ส่งผลต่อความยุติธรรม ซึ่งสามารถถูกนำไปใช้ได้ในคดีที่มีลักษณะเฉพาะหรือคดีอาญาทั่ว ๆ ไป

เรื่องความจริงคือภาพมายา: คดีเกี่ยวกับเด็ก 2 คน

ผู้เขียนได้กล่าวถึงความจริงสำหรับในบางคดีนั้นภาพที่ปรากฏออกมาแก่คนที่พบเห็นสาธารณะหรือพนักงานอัยการมักจะสวนทางกับความเป็นจริงที่เกิดขึ้นในคดี สิ่งที่พนักงานสืบสวนและอัยการควรจะต้องระลึกไว้เสมอในการสืบสวนคดีนั้นไม่เพียงแต่การตั้งข้อสงสัยอย่างเต็มที่เกี่ยวกับความผิดของผู้ต้องสงสัยผู้หนึ่งผู้ใดแต่จำเป็นจะต้องนำเรื่องดังกล่าวมาถกกันเกี่ยวกับข้อที่น่าสงสัยในเรื่องของความบริสุทธิ์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ผู้เขียนได้กล่าวถึงหลัก presumption of innocent หรือ “หลักการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์” ในบางครั้งมีความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนเพราะคำสำคัญในเชิงกฎหมายดังกล่าวนี้มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องในการพิจารณาคดีซึ่งกระทำกันในศาลยุติธรรม หลักดังกล่าวเป็นการเน้นให้การพิจารณาคดีอาญาการกระทำในศาลนั้นจะต้องกระทำด้วยความเป็นธรรม ซึ่งเป็นเหตุผลที่ว่าทำไมคณะลูกขุนถึงจะต้องชั่งน้ำหนักของพยานหลักฐานทั้งหมด และระมัดระวังในการใช้วิจารณ์พยานหรือดุลยพินิจก่อนที่จะทำการพิจารณา

แต่สำหรับในช่วงการสืบสวนคดีนั้นมีความแตกต่างออกไปจากการพิจารณาในศาล หลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์นั้นอาจจะเป็นสิ่งที่อันตรายและกระทบต่อมาตรฐานในการสอบสวนของเจ้าพนักงานสอบสวน การสอบสวนจะต้องมองให้รอบด้านและสำรวจให้ครบถ้วนเกี่ยวกับการกระทำผิดที่อาจจะเกิดขึ้นของทุก ๆ คนที่เกี่ยวข้อง แม้คนบางคนอาจจะเป็นเพื่อนที่ดีของเหยื่อ (ผู้เสียหาย) หรืออาจจะเป็นญาติพี่น้องสืบสายเลือดกันมาหรือแม้กระทั่งอาจจะเป็นลูกหลานก็ตาม

ผู้เขียนยกตัวอย่างคดีฆาตกรรมจอสและคิตตี้ (Case: Jose and Kitty) อธิบายหลักการดังกล่าวโดยบิดาและมารดาถูกฆ่าตายเหลือเพียงบุตรชายทั้งสอง เป็นคดีที่สะเทือนขวัญอย่างมาก เจ้าพนักงานสืบสวนใช้เวลาอยู่นานมากในการสืบคดี จนในที่สุดได้จับกุมบุตรชายทั้งสองของจอสและคิตตี้ คดีดังกล่าวก่อให้เกิดความฉงนต่อสังคมอย่างมากซึ่งคนส่วนใหญ่ไม่เชื่อว่าบุตรทั้งสองจะเป็นผู้สังหารบิดามารดาของตน แม้แต่เจ้าพนักงานสืบสวนซึ่งในช่วงแรกของการสืบสวนนั้น พนักงานสืบสวนหลงประเด็นเพราะมองข้ามบุตรชายทั้งสองไป โดยเชื่อว่าไม่มีทางที่บุตรจะฆ่าบิดามารดาของตนเองจึงเป็นผู้บริสุทธิ์ จนในที่สุดเมื่อไม่สามารถหาเหตุจูงใจอื่นใดได้แล้วจึงกลับมาค้นหาประเด็นที่เป็นเหตุจูงใจของบุตรทั้งสองที่นำไปสู่การฆาตกรรมบิดามารดาของตนเอง คดีดังกล่าวผู้เขียนให้ข้อคิดว่าแม้ว่าหลักการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ (Presumption of innocent) จะถูกนำไปใช้ได้โดยมีเป้าหมายให้เกิดความยุติธรรมสามารถใช้ในกระบวนการพิจารณาของศาล แต่ในกรณีของการสืบสวนนั้นไม่สามารถ

ที่จะนำหลักการดังกล่าวมาใช้ในระหว่างกระบวนการสืบสวน (Investigative phase) ได้เพราะอาจจะทำให้ผู้สืบคดีปิดหูปิดตาตนเอง ไม่เปิดโอกาสให้ตนเองเจาะลึกในตัวบุคคลที่อาจจะมีส่วนกระทำความผิดได้ ดังนั้นในขั้นสืบสวนควรที่เจ้าพนักงานสอบสวนจะต้องพิจารณาทุกแง่มุมของคดีรวมถึงบุคคลทุกคนที่แวดล้อมเกี่ยวผู้เคราะห์ร้ายไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นญาติผู้ใกล้ชิดหรือเป็นผู้ที่มีชื่อเสียงในสังคมหรือมีภาพลักษณ์ทางสังคมว่าเป็นนักบุญหรือเป็นผู้ที่มีจิตใจเมตตา เป็นต้น

เรื่องสิ่งต่าง ๆ ในความเป็นจริงมิใช่สิ่งที่ปรากฏต่อสายตาของพวกเขา

ผู้เขียนได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับเรื่องนี้ว่า ถ้าเราตั้งคำถามว่ามีผู้คนในโลกนี้เป็นคนคดหรือเป็นคนชอบโกง คำตอบคือจะมีคนสักกี่คนที่เราพิจารณาเห็นว่าเป็นภัยคุกคามต่อเราหรืออยู่ในฐานะที่ตกเป็นรองเราโดยพิจารณาจากลักษณะของการแต่งกายหรือจากการกระทำ จะมีคนสักกี่คนที่เรามองดูแล้วรู้สึกอิจฉาตัวร้อนหรืออยากจะเลียนแบบตามเพราะว่าเป็นผู้ที่ประสบความสำเร็จ มีอำนาจหรือมีทรัพย์สินมากมายซึ่งโดยสามัญสำนึกและจากประสบการณ์ของการเป็นอัยการของผู้เขียนแล้ว สิ่งเหล่านี้ได้บอกผู้เขียนว่าสิ่งที่เห็นรูปลักษณ์ภายนอกของคนไม่ว่าจะเรื่องความสำเร็จ อำนาจ มีความร่ำรวย มิได้เป็นหลักยืนยันว่าบุคคลนั้นเป็นคนดีไม่ใช่คนคดหรือมิใช่เป็นภัยคุกคามของสังคมเลย แม้แต่บุคลากรที่ทำงานเป็นผู้รักษากฎหมายเช่นตำรวจ ผู้ที่มีภาพลักษณ์เป็นนักธุรกิจที่ประสบความสำเร็จ หรือแม้แต่บุคคลธรรมดาปกติทั่วไป ในการสอบสวนคดีนั้นบุคคลเหล่านั้นแม้จะมีภาพลักษณ์ที่ดีแต่ในการสอบสวนนั้นจะต้องมีการตั้งข้อสงสัยในเบื้องต้น ต้องมีการเตรียมพร้อมอย่างเต็มที่ในการรับมือเพื่อค้นหาความจริง การทุ่มเทอย่างวิริยะอุตสาหะและจะต้องมีการตั้งข้อควรระวังอย่างสมเหตุสมผล เพราะในความเป็นจริงแล้วบุคคลที่มีภาพลักษณ์ที่ดีในสังคม มีภาพของนักธุรกิจที่ประสบความสำเร็จหรือภาพของผู้ที่มีความร่ำรวยนั้น มักจะเป็นภาพที่ทำให้เจ้าพนักงานสืบสวนมองข้ามข้อสงสัยของบุคคลดังกล่าวไปโดยคิดว่าบุคคลดังกล่าวเป็นผู้ที่บริสุทธิ์มิได้กระทำความผิดใด ๆ ซึ่งในความเป็นจริงแล้วไม่ใช่เลย

ผู้เขียนยกตัวอย่างคดีอธิบายหลักการดังกล่าว สรุปได้ว่ามหาเศรษฐีผู้มีศฤงคารสูงใหญ่กลางเมืองราคาหลายล้านเหรียญดอลลาร์สหรัฐฯ มีชื่อเสียงในวงการธุรกิจในฐานะผู้ประสบความสำเร็จจากการดำเนินธุรกิจทั้งการเงินและตลาดหลักทรัพย์ เป็นที่รู้จักในหมู่นักการเมืองระดับสูงและมีชื่อเสียงในฐานะนักบุญบริจาคเงินแก่องค์กรต่าง ๆ ตั้งแต่ด้านศาสนาจนถึงพรรคการเมือง ซึ่งเจ้าหน้าที่สืบสวนของอัยการซึ่งสงสัยในพฤติการณ์ของมหาเศรษฐีรายนี้ว่า เงินที่ได้มานั้นมาจากการใช้ฐานะอันร่ำรวยและมีชื่อเสียงในสังคมหลอกลวงและฉ้อโกงเงินจำนวนมากจากสถาบันการเงินหลายแห่งจนตนเองร่ำรวย แต่ในที่สุดแล้วพนักงานสอบสวนจากเดิมที่ไม่ได้สงสัยบุคคลดังกล่าวเลยเพราะทั้งฐานะและชื่อเสียงนั้นเป็นเหตุให้ไม่น่าเชื่อว่าจะเป็นผู้กระทำความผิด จนมีผู้จุดประกายข้อสงสัยและเริ่มทำการตรวจสอบที่มาของแหล่งรายได้จนได้พบพยานหลักฐานที่สำคัญนำไปสู่การจับกุมผู้กระทำความผิดรายนี้ได้ก่อนที่ผู้กระทำความผิดจะหลบหนีออกนอกประเทศโดยกำลังจะเดินทางออกจากสนามบินไปสู่ประเทศอื่น

เรื่องความอยากรู้อยากเห็นและการตั้งคำถาม: การถามด้วยคำถามพื้นฐานที่ง่าย ๆ

ในเรื่องนี้ผู้เขียนได้กล่าวว่าในโลกแห่งกฎหมายอาญา การตั้งคำถามอย่างนับครั้งไม่ถ้วนนั้นช่วยในการหลีกเลี่ยงปัญหาความลำบากใจ ความผิดพลาด และความล้มเหลวในความยุติธรรม ในคดีใดคดีหนึ่งนั้นคำถามที่ถูกระงับไว้มิได้ถูกนำมาใช้ในการสอบปากคำ มักจะมีผลก่อให้เกิดความเสียหายแก่คดีมากกว่าการระงับพยานหลักฐานเสียอีก ซึ่งเป็นความจริงในความพยายามครั้งสำคัญ ๆ ทุกครั้งในสิ่งที่เกี่ยวกับการค้นหาความจริง

ความเข้าใจอย่างลึกซึ้งต่อเรื่องราวใด ๆ หรือชุดของความจริงเกี่ยวกับข้อเท็จจริงต่าง ๆ นั้นต้องการการสอบปากคำที่กระตือรือร้น ซึ่งในทางกลับกันการตั้งคำถามเพื่อถามนั้น ในคำถามทุกประเภท ได้แก่คำถามต่าง ๆ เพื่อค้นหาความจริง เพื่อสร้างแรงกดดัน คำถามอย่างกว้างหรืออย่างแคบ คำถามสั้น ๆ หรือยาว คำถามย้ำหรือคำถามที่เกี่ยวกับสมมติฐานนั้น หลาย ๆ คำถามจำเป็นจะต้องถามซ้ำซึ่งอาจจะถามสองหรือสามครั้งเป็นอย่างน้อย และจะต้องสรุปคำถามในแต่ละครั้งที่ถาม เพื่อให้เกิดความแน่ใจว่าคำถามที่ถามนั้นผู้ฟังเข้าใจและผู้สอบถามก็เข้าใจในคำตอบที่ได้รับด้วย

ผู้เขียนให้คำแนะนำการตั้งคำถามนั้น ควรจะต้องตั้งคำถามที่ง่าย ๆ เป็นคำถามที่ผู้ถามอาจจะต้องทำตัวเสมือนว่าเป็นเด็กอยากรู้อยากเห็นความจริงและต้องการหาเหตุผล ซึ่งการตั้งคำถามในบางครั้งผู้ฟังอาจจะรู้สึกว่าเป็นคำถามโง่ ๆ ผู้เขียนเรียกคำถามเหล่านี้ว่า “คำถามโง่ ๆ” (dump questions) ซึ่งเป็นคำถามง่าย ๆ ที่ฟังแล้วเข้าใจได้ทันที เป็นคำถามพื้นฐาน ๆ ไม่สลับซับซ้อน ถามแบบตรง ๆ ในทุกแง่ทุกมุม คล้าย ๆ เด็กตั้งคำถามในสิ่งที่ตนอยากรู้ คำถามแบบโง่ ๆ นี้มีผลดีคือ สามารถที่จะค้นหาเหตุผลหรือคำอธิบายข้อเท็จจริงได้อย่างละเอียด สามารถขจัดตรรกะที่ผิด ๆ (bad logic) เปิดโปงคำโกหกของพวกที่เชี่ยวชาญในการให้การเท็จ และสามารถนำไปสู่ความจริงของคดีได้ในที่สุด

เรื่องหลักที่เกี่ยวกับการสอบสวน (The principle of Interrogation): ไม่มีความจำเป็นต้องใช้ความป่าเถื่อน

เรื่องนี้เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการสอบสวนหาความจริง ผู้เขียนยกตัวอย่างจากภาพยนตร์ที่เราทุกคนได้เคยดูกันมาแล้วว่าการสอบสวนในหนังเพื่อให้สารภาพโดยวิธีการทรมาน ดี และข่มขู่เพื่อให้พยานสารภาพความจริงออกมา มีภาพยนตร์หลายเรื่องที่เราเห็นการสอบสวนโดยวิธีการทารุณ (brutal tactic) ซึ่งวิธีการดังกล่าวถูกเชื่อได้ว่าเป็นวิธีที่ให้ผลลัพธ์เป็นอย่างดีและเร็วที่สุด โดยวิธีการทรมานนั้นอาจใช้วิธีการทรมานไปในน้ำ ตัดนิ้วก้อยหรือใช้การทารุณอื่น ๆ แต่ในโลกแห่งความเป็นจริงนั้นการค้นหาความจริงโดยวิธีการทรมานมิได้ให้ผลลัพธ์เหมือนกับที่พวกเราดูกันในภาพยนตร์ จากประสบการณ์อันยาวนานสอนให้เห็นว่าวิธีการค้นหาความจริงโดยวิธีการเอาใจใส่ดูแลเป็นอย่างดีและมีมนุษยธรรมนั้นให้ผลลัพธ์ที่ดีกว่ามากเมื่อเปรียบเทียบกับวิธีการข่มขู่และใช้กำลังทรมาน ผู้เขียนได้กล่าวถึงนักสืบสวนผู้ยิ่งใหญ่ชื่อนายฮานส์ ชาร์ฟฟ์ (Hanns Scharff) ซึ่งมีเทคนิคในการสอบสวนผู้ต้องหาหรือเชลยศึกในสงครามเพื่อล้วงหาข้อมูลจากฝ่ายตรงกันข้ามหรือฝ่ายข้าศึกกล่าวคือ ในช่วงระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 สหรัฐฯ ได้ส่งฝูงบินไปถล่มพื้นที่ต่าง ๆ ในประเทศเยอรมนี แต่ก็ถูกทางฝ่ายเยอรมนีต่อต้านโดยการยิงเครื่องบินของฝ่ายสหรัฐอเมริกา เมื่อเยอรมันยิงเครื่องบินของสหรัฐฯ ตกสามารถจับนักบินเป็นเชลย

ได้ เซลยบางส่วนจะถูกนำตัวไปสอบสวนเพื่อค้นหาความจริง ส่วนหนึ่งจะถูกทรมานเพื่อหาความจริง การสอบสวนเซลยเป็นอีกส่วนหนึ่งซึ่งผู้เขียนได้ให้ความสำคัญเพราะว่าวิธีการสอบสวนเซลยซึ่งถูกสอบสวนโดยนายซาร์ฟฟ์ นั้นเป็นแนวทางการสอบสวนโดยใช้จิตวิทยามากกว่าการทรมาน ได้แก่การดูแลเซลยศึกเป็นพิเศษ เน้นการสร้างมนุษยสัมพันธ์ และหลักมนุษยธรรม ให้เกียรติ สร้างความคุ้นเคยและมิตรภาพ ซึ่งผลของการสอบสวนโดยวิธีดังกล่าวนั้นเซลยศึกซึ่งเป็นนักบินอเมริกันได้เล่าความจริงซึ่งเป็นข้อมูลเป็นความลับเกี่ยวกับแผนการรบของสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นข้อมูลสำคัญให้แก่เจ้าหน้าที่คนนี้อย่างหมดเปลือก นายซาร์ฟฟ์ได้ใช้หลักจิตวิทยาสอบสวนนักโทษที่ถูกจับในสมัยสงครามโลกครั้งที่สองซึ่งเป็นหลักการสอบสวนที่ตรงข้ามกับกลุ่มที่ถูกเรียกว่า Gestapo กลุ่มดังกล่าวเป็นกลุ่มของเจ้าหน้าที่สอบสวนของเยอรมันที่ใช้หลักทรมานอย่างเต็มที่เพื่อค้นหาความจริงจากเซลยสงคราม

การที่นายซาร์ฟฟ์ใช้วิธีการเอาใจใส่ดูแลและใช้หลักมนุษยธรรมในการสอบสวนซึ่งส่งผลให้เซลยศึกคายความลับออกมาอย่างสิ้นเชิงนั้น นายซาร์ฟฟ์ได้กล่าวว่า “ไม่จำเป็นต้องใช้วิธีการป่าเถื่อน” (Barbarism is not necessary) ในการสอบสวนเพื่อค้นหาความจริงเลย วิธีการสอบสวนดังกล่าวมีวิธีการและหลักวิธี (Method and Principle) ดังนี้ วิธีการมีขั้นตอนก่อนที่จะทำการสอบสวนนั้นผู้สอบสวนจะต้องเตรียมตัวทำการบ้าน คือศึกษาค้นหาข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องราวตัวอย่างลึกซึ้งก่อน ซึ่งเป็นสิ่งที่ต้องทุ่มเทความพยายามอย่างเต็มที่ในการทำงานและการเตรียมตัวอย่างหนัก โดยการปะติดปะต่อรายละเอียดชิ้นต่าง ๆ ของเรื่องราวหรือข้อเท็จจริงของเรื่องที่จะสอบสวนเข้าด้วยกันและให้ได้รายละเอียดมากที่สุดเท่าที่จะทำได้ ขั้นต่อไปเป็นการสร้างรายงานการสอบสวนและแนวทางการตั้งคำถามแบบมีมนุษยธรรม หลักการสอบสวนคือขณะทำการสอบสวนนั้นให้เน้นในเรื่องของการปฏิบัติต่อผู้ที่สอบสวนอย่างมีมนุษยธรรม ให้เกียรติต่อกัน และห้ามใช้วิธีการทรมานหรือความโหดร้ายทารุณในระหว่างการสอบสวน

โดยสรุปเรื่องนี้ผู้เขียนได้ยกตัวอย่างบุคคลที่เป็นบิดาแห่งหลักการสอบสวนโดยมิได้ใช้ความรุนแรงหรือใช้คำว่า “การสอบสวนนั้นความป่าเถื่อนเป็นสิ่งที่ไม่จำเป็นแล้ว” คือนายฮานส์ ซาร์ฟฟ์ ซึ่งเป็นผู้นำวิธีการสอบสวนอย่างละมุนละม่อม เช่นวิธีซื้อใจโดยการให้เกียรติซึ่งกันและกันแก่ผู้ที่ถูกสอบสวน ให้ความสนิทสนมความเป็นมิตรต่อกันและมิได้ใช้วิธีทรมานซึ่งเป็นวิธีที่ใช้ในอดีต ก่อให้เกิดความไว้นื้อเชื่อใจกัน และในที่สุดผู้ถูกสอบสวนได้เปิดเผยข้อมูลด้วยความเต็มใจให้แก่ผู้สอบสวนในสิ่งหรือคำถามที่ต้องการทราบ ซึ่งวิธีการสอบสวนดังกล่าวในที่สุดนี้ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ประเทศสหรัฐฯ ซึ่งทำการศึกษาและนำวิธีการดังกล่าวมาใช้ในการสอบสวนอย่างมาก เช่น ทำให้ทราบถึงรายละเอียดของแผนการก่อการร้าย รวมถึงแผนของการวางระเบิดในแหล่งสำคัญ ๆ ของประเทศหลายต่อหลายครั้ง และช่วยให้เจ้าพนักงานสามารถจับกุมผู้ร่วมกระทำความผิดในแผนการก่อวินาศกรรมได้เป็นจำนวนมากอีกด้วย ผู้เขียนได้กล่าวถึงหน่วยงานเอฟบีไอที่ได้ใช้งบประมาณจำนวนมากในการศึกษาวิธีการสอบสวนตามหลักของซาร์ฟฟ์ (Scharff's interrogation method) เพื่อให้ได้หลักและเทคนิคในการสอบสวนผู้ต้องหาในคดีต่าง ๆ ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อวงการสืบสวนและสอบสวนของประเทศสหรัฐฯ อย่างมากมาย

ส่วนที่สอง

ส่วนที่สองเป็นส่วนที่อยู่ในช่วงของการตั้งข้อกล่าวหา (Accusation) ผู้เขียนได้กล่าวในบทอธิบายว่าเมื่อการสอบปากคำได้สิ้นสุดลง ซึ่งผู้สอบสวนต่างคาดหวังว่าการสอบปากคำจะกระทำโดยการเปิดใจและด้วยความเป็นธรรม มีการค้นหาความจริงซึ่งได้กระทำอย่างดีที่สุด ในลำดับต่อไปของกระบวนการยุติธรรม สมมุติว่า สิ่งที่เราสืบสวนนั้นเพราะมีร่องรอยของการกระทำผิด เช่นมีกลิ่นควัน (พยานหลักฐาน) เกิดคำถามที่ว่าเราพบต้นเหตุของไฟหรือไม่ และเราพบพยานหลักฐานที่จะพิสูจน์เพียงพอที่จะปรับบุคคลบางคนที่เป็นต้นเหตุก่อให้เกิดไฟไหม้นั้นหรือไม่ มีผู้เขียนที่ชื่อว่า Dostoyevsky เจ้าของหนังสือที่มีชื่อว่า Crime and Punishment กับคำกล่าวที่ว่า “ความสงสัยแม้จะมีจำนวนเป็นร้อยเป็นพัน แต่ก็ไม่สามารถนำมาใช้เป็นข้อพิสูจน์ความผิดได้” ซึ่งการตั้งคำถามในเบื้องต้นสำหรับบุคคลที่เราจะตั้งข้อกล่าวหาเมื่อการสอบปากคำได้กระทำเสร็จสิ้นลงแล้วนั้น เราจะดำเนินคดีต่อผู้นั้นเมื่อใด เราจะเดินจากไป (ไม่ทำคดีนี้) เมื่อใด คำถามดังกล่าวไม่ใช่สิ่งที่จะตัดสินใจได้ง่าย ๆ และตรงไปตรงมา ได้เลยในทุกคดี

ในบางครั้งเราเดินจากไปเพราะว่าไม่มีผู้ที่กระทำผิด หรือเพราะว่าจากพยานหลักฐานที่รวบรวมมาเป็นสิ่งที่ทำให้เป้าหมายนั้นพ้นจากข้อกล่าวหา หรือเดินจากไปเพราะว่าการกระทำที่ถือเป็นการละเมิดนั้นมีความเสียหายเกิดขึ้นเล็กน้อยไม่คุ้มกับเวลาและพลังงานที่ทุ่มเทไป หรือการสอบปากคำของอัยการไม่สามารถที่จะรวบรวมหลักฐานซึ่งจะนำไปสู่การพิสูจน์ในระดับที่สามารถจะฟ้องร้องคดีได้

เรื่องเครื่องบด

เมื่อการสอบสวนเริ่มต้นขึ้น กระบวนการดังกล่าวก็จะดำเนินไปตามขั้นตอนของตัวเอง มันจะพัฒนาไปสู่โมเมนตัมถึงแม้ว่าจุดหมายปลายทางนั้นจะห่างไกลจากคำตอบที่ชัดเจนหรือความแน่นอน ในทันทีที่มีการเปิดการสอบสวนเกิดขึ้นทุกสิ่งทุกอย่างก็จะดำเนินเป็นขั้นตอนกระบวนการเริ่มตั้งแต่มีการมอบหมายแต่งตั้งบุคคล มีการจัดวางเรื่องเวลาทำงานและรายชื่อของพนักงานสอบสวนที่เกี่ยวข้องกับคดี โดยทั่วไปแล้วสิ่งแรกคือการวางแผนสอบสวนไม่ว่าการวางแผนจะเป็นไปในลักษณะของการเขียนลงในกระดาษหรือจะเป็นการพิมพ์ก็ตาม พนักงานสืบสวนก็จะทำหน้าที่ได้แก่การออกหมายต่าง ๆ เช่นหมายค้นหรือหมายเรียกมาสอบสวน มีการเฝ้ามองในบริเวณที่เกิดเหตุรวมถึงบริเวณที่ต้องสงสัย มีการสืบค้นบันทึกต่าง ๆ ดักฟังโทรศัพท์ เข้าหาพยานทั้งหลาย และจะทำทุกวิถีทางเพื่อหาความจริงให้ปรากฏขึ้น กิจกรรมเหล่านี้ไม่เพียงแต่มีเหตุผลที่จะต้องกระทำเท่านั้น มันยังก่อให้เกิดการขยายผลไปสู่บางสิ่งบางอย่าง มันเป็นกระบวนการที่ค้นหาความจริงซึ่งจะต้องกระทำอย่างเร่งด่วนและอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของพนักงาน กระบวนการที่กล่าวมาทั้งหลายทั้งปวงนี้ถือได้ว่าเปรียบเสมือนหนึ่งเป็นเครื่องบดย่อยเพื่อค้นหาความจริงหรืออาจกล่าวได้ว่ามันเป็นเครื่องที่เกี่ยวกับกระบวนการแห่งความยุติธรรม

แต่มันจะมีอะไรบางอย่างที่เกิดขึ้นอยู่เสมอภายใต้กิจกรรมหรือความเคลื่อนไหวในการสอบสวนคดีซึ่งสิ่งดังกล่าวเป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดโมเมนตัมในทางจิตวิทยาและเป็นสิ่งที่อันตรายในความเห็นของผู้เขียน เนื่องจากในขณะที่กิจกรรมทั้งหมดของการสืบสวนนั้นได้ดำเนินไปเรื่อย ๆ ไม่ว่าจะเป็นการดำเนินกิจกรรมในการสืบหาความ

จริงหรือการสืบค้นพยานหลักฐานภายใต้เหตุการณ์ต่าง ๆ ซึ่งบางสิ่งอาจจะเกิดขึ้นภายใต้กิจกรรมดังกล่าวด้วยเช่นกัน เมื่อการสืบสวน (investigation) ได้ถูกกระทำมักจะก่อให้เกิดความคาดหวัง (expectations) เกิดขึ้น

มีคำกล่าวโดยทั่วไปว่านักลงทุนในตลาดหลักทรัพย์มักจะคาดหวังในเรื่องของผลกำไรจากการลงทุนซึ่งต่างจากเจ้าพนักงานที่ดูแลกฎหมาย คำว่ากำไรและความยุติธรรมนั้นเป็นสิ่งที่แตกต่างกัน ความยุติธรรมมักจะต้องสูญเสียอย่างมากในผลของการลงทุน เพราะว่ามันเป็นสิ่งที่ความยุติธรรมต้องการ เมื่อการสืบสวนที่กระทำกันอย่างเต็มที่จนเหนื่อยล้าแล้วยังไม่ได้ส่งผลเพียงพอที่จะได้รับพยานหลักฐานที่จะเชื่อมโยงไปถึงการกระทำที่ผิดทางอาญา เมื่อปรากฏว่ามีเหตุที่สามารถจะนำตัวผู้กระทำความผิดในคดีอาญามาลงโทษได้แต่ก็ไม่สามารถที่จะดำเนินคดีกับเขาได้ เมื่อเจ้าหน้าที่ทุกคนเห็นพ้องต้องกันว่าบุคคลดังกล่าวกระทำความผิดแน่นอนอนเพียงแต่มีความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับความเชื่อมโยงกล่าวคือความเชื่อมโยงที่โยงไปถึงตัวผู้กระทำความผิดนั้นมิใช่ข้อสงสัยเกิดขึ้นและเมื่อตัวบทกฎหมายหรือแม้แต่แนวการพิจารณาคดีของศาลเองมีข้อยกเว้นต่อการกระทำที่เป็นความผิดนั้นถึงแม้ว่าการกระทำที่เป็นความผิดนั้นจะเป็นเหตุให้ประชาชนโกรธแค้นและต้องการให้ผู้กระทำความผิดถูกลงโทษสิ่งที่กล่าวมานี้เข้าไปสู่คำตอบที่ว่าทำไมอัยการถึงไม่ดำเนินคดีต่อหรือถอนการตั้งข้อกล่าวหาแล้วเดินจากการถอนตัวหรือเดินจากไปของอัยการนั้นสามารถที่จะก่อให้เกิดความไม่พึงพอใจแก่ผู้คนได้ แต่ถ้าสมมติว่าเกิดความคาดหวังในการที่จะนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษให้ได้ด้วยการตัดสินใจที่ตั้งข้อกล่าวหาโดยไม่ได้อยู่ในพื้นฐานของความยุติธรรมการกระทำดังกล่าวก็อาจจะถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดพลาด

มีเหตุการณ์หลายเหตุการณ์ที่ก่อให้เกิดกระแสจากภายนอกกดดันสู่อัยการซึ่งกระแสดังกล่าวเกิดจากโมเมนตัมของจิตวิทยา เช่นเมื่อเกิดการกระทำที่เป็นสิ่งเลวร้ายเกิดขึ้นไม่ว่าเป็นการเมือง หนังสือพิมพ์และสาธารณชนต่างก็เกิดอารมณ์ร่วมกันและเกิดการเรียกร้องโดยเน้นในเรื่องของอารมณ์เป็นหลัก ให้นำตัวผู้ตกเป็นข่าวว่ากระทำความผิดนั้นจะต้องได้รับการลงโทษสิ่งเหล่านี้เป็นแรงกดดันต่อพนักงานยุติธรรมที่ดำเนินการสืบสวนคดีอยู่ถือเป็นแรงกดดันจากภายนอก ให้ดำเนินการกับบุคคลที่ตกเป็นข่าวไม่ว่าจะมีพยานหลักฐานหรือไม่ให้ดำเนินการลงโทษต่อบุคคลนั้น นอกจากแรงกดดันจากภายนอกแล้วยังมีแรงกดดันจากภายในเกิดขึ้น อาจจะเป็นแรงกดดันจากผู้ที่อยู่ในตำแหน่งผู้นำขององค์กรได้ออกความเห็นหรือขึ้นารวมถึงการกำหนดระยะเวลาที่พนักงานสอบสวนจะต้องทำความจริงให้ปรากฏสิ่งเหล่านี้เป็นการสร้างแรงกดดันต่อพนักงานสืบสวน ในบางครั้งอาจก่อให้เกิดความยุติธรรมบังเกิดซึ่งเป็นผลลัพธ์การตั้งข้อกล่าวหาแก่ผู้กระทำความผิดนั้นเกิดความคลาดเคลื่อนขึ้นไม่ว่าจะเป็นการได้พยานหลักฐานที่เป็นเท็จรวมไปถึงการตั้งข้อหาแก่บุคคลที่มีชื่อเป็นผู้ที่กระทำความผิดอันแท้จริง

ผู้เขียนได้ยกตัวอย่างคดีสืบสวนผู้นำทางการเมืองในนครนิวยอร์ก ซึ่งเป็นผู้ที่มีอิทธิพลและอำนาจมากที่สุดในฐานะของผู้กระทำความผิดฐาน “คอร์รัปชัน” โดยเป็นสองนักการเมืองที่มีตำแหน่งสูงได้แก่บุคคลหนึ่งเป็นโฆษกพรรคการเมืองเดโมแครต และอีกบุคคลหนึ่งเป็นนักการเมืองพรรครีพับลิกันมีตำแหน่งเป็นสมาชิกวุฒิสภาซึ่งขณะนั้นเป็นพรรคที่ครองเสียงข้างมากในสภาสูงของประเทศนี้ด้วย การสืบสวนคดีดังกล่าวกระทำภายใต้แรงกดดันจากอำนาจและอิทธิพลของพรรคการเมืองรวมถึงฐานเสียงของบุคคลทั้งสอง ก่อให้เกิดแรงกดดันต่อทีมเจ้าพนักงานสืบสวนคดี จนอาจทำให้เกิดผลกระทบบั่นทอนกระบวนการยุติธรรมและผลลัพธ์ที่เที่ยงธรรม แต่ด้วยความมีภาวะผู้นำของผู้นำองค์กรอัยการ การเปิดโอกาสให้ทีมงานสืบสวนมีความเป็นอิสระในการดำเนินการสืบสวน และอิสระที่จะตัดสินใจในการดำเนินการค้นหาหลักฐานที่นำไปสู่ความจริง มิได้หาวิธีหรือ

สร้างความกดดันอื่นใดในอันที่จะให้ความจริงถูกบิดเบือนไป โดยผู้นำขององค์กรจะต้องเสียสละตนเองเป็นเกราะรับแรงกดดันจากกลุ่มที่เสียผลประโยชน์ต่าง ๆ มิให้กระทบต่อการทำงานของทีมงานสอบสวน โดยยึดหลักการที่ว่า “จงทำสิ่งที่ถูกต้อง” (Do the right thing) ไม่ว่าจะเกิดอะไรขึ้นก็ตามจงทำไปตามความจริงให้ปรากฏ นำไปสู่การตั้งข้อกล่าวหา (Accusation) การกระทำความผิดฐาน “คอร์รัปชัน” ของนักการเมืองทั้งสองรายนี้ และทีมอัยการได้ดำเนินการต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาของศาลจนในที่สุดศาลพิจารณาคัดสินว่าบุคคลทั้งสองกระทำความผิดและมีคำสั่งลงโทษ ซึ่งถือว่าคดีดังกล่าวเป็นผลงานอีกชิ้นหนึ่งที่ก่อให้เกิดความยุติธรรมปรากฏขึ้นในสังคม

เรื่องพระเจ้าห้ามไม่ให้กระทำ

มีความลับอันสกปรกในเรื่องที่ว่าในบางครั้งการตัดสินใจตั้งข้อกล่าวหาบุคคลใดบุคคลหนึ่งนั้นมิได้มีพื้นฐานมาจากการกระทำในอดีตอย่างชัดแจ้งเลย โดยเฉพาะหลักฐานการพิสูจน์ที่ใช้เป็นข้อสนับสนุนข้อกล่าวหาจะต้องเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นย้อนหลังไปในอดีตจะต้องมีพื้นฐานมาจากสิ่งที่เคยเกิดขึ้นมาก่อนและชัดเจนเพียงพอที่จะใช้เป็นหลักฐานได้ แต่ในโลกแห่งความเป็นจริงนั้นถ้าเป็นการกึ่งในการป้องกันมิให้เกิดการกระทำความผิดขึ้นมากกว่าที่จะเป็นเพียงการลงโทษ การตัดสินใจที่จะตั้งข้อกล่าวหาขึ้นนั้นเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้เลย ที่จะต้องเชื่อมโยงถึงการประเมินโอกาสที่จะเกิดความสูญเสียหรือเกิดอันตรายใด ๆ ขึ้นในอนาคตด้วย

ผู้เขียนยกตัวอย่างคดีเด็กหนุ่มถูกไล่ออกจากโรงเรียนแต่ได้กลับเข้าไปก่อคดีสังหารหมู่ในโรงเรียนแห่งหนึ่งในพาร์คแลนด์ (Park Land) ฟลอริดา (Florida) ก่อนเกิดเหตุผู้ก่อเหตุร้ายดังกล่าวได้โพสต์ข้อความในโซเชียลเน็ตเวิร์คว่าเขาตั้งใจจะฆ่า “นักข่าวในโรงเรียนมืออาชีพ” ซึ่งการโพสต์ข้อความดังกล่าวในโซเชียลเน็ตเวิร์คนั้นในทางกฎหมายมิได้ถือว่าเป็นการก่ออาชญากรรมเพราะไม่เข้าองค์ประกอบการกระทำความผิดที่กฎหมายกำหนด จึงไม่มีผู้ใดสามารถจับเขาได้ หลังจากเกิดเหตุการณ์ดังกล่าวจึงเกิดคำถามว่า สิ่งที่เขาโพสต์นั้นเป็นแค่เพียงการแสดงจินตนาการหรือเป็นเจตนาในการฆาตกรรม ? หากถือว่าเป็นจินตนาการกฎหมายก็ไม่อาจเอื้อมมือไปถึงผู้กระทำความผิด แต่หากถือว่าเป็นเจตนาในการฆาตกรรมแล้วกฎหมายย่อมจัดการกับผู้กระทำความผิดนี้ได้ ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้คำตอบที่ได้หลังจากเกิดเหตุการณ์สังหารหมู่นี้เป็นที่ทราบกันอย่างชัดเจนแล้วว่าจำเป็นต้องเป็น “เจตนา” ของบุคคลดังกล่าวที่จะกระทำการสังหารหมู่นั้นเอง

ในทางกฎหมายเราถือว่าการกระทำเป็นสิ่งชี้ให้เห็นเจตนาของผู้กระทำความผิดไม่ใช่ความคิดหรือสิ่งที่เขาคิด แต่หลังจากเกิดเหตุดังกล่าวเราต้องกลับมาคิดกันใหม่ว่า “ความคิด” หากถูกถ่ายทอดในรูปของการเขียนข้อความลงในวัตถุ กระดาษหรือสื่อโซเชียลมีเดียแล้วอาจจะต้องถือเป็นหลักฐานที่นำไปสู่การผูกมัดผู้นั้นว่ามีแนวโน้มที่กำลังจะกระทำความผิดเช่นอาจจะก่ออาชญากรรม หรืออาจจะกำลังที่จะทำการฆาตกรรมเกิดขึ้นในอนาคต

เรื่องวัฒนธรรม

ในขณะที่เราอยู่ในหัวข้อการตั้งข้อกล่าวหาว่า เมื่อไหร่ที่เราจะตั้งข้อกล่าวหาต่อคนเรานั้น ภายใต้ข้อกล่าวหาอะไรและบนพยานหลักฐานอะไรบ้าง มันเป็นเรื่องที่ทรงคุณค่ามากหากว่าเราจะหยุดสักนิด แล้วใคร่ครวญให้ละเอียดถึงคำถามที่ว่านั้น สิ่งที่ถูกกล่าวมานี้เป็นสิ่งที่ผู้เขียนมักตั้งคำถามต่อตนเองอยู่ตลอดเวลาที่ดำรงตำแหน่งหัวหน้าอัยการแห่งรัฐว่า องค์การหรือสถาบันทั้งหลายจะอย่างไรบ้างในอันที่จะหลีกเลี่ยงการตรวจสอบข้อเท็จจริง หรือมีการเข้าไปเกี่ยวข้องกับกรณีกบฏบังคับใช้โดยกฎหมายและหลบหลีกการถูกตั้งข้อกล่าวหาซึ่งก่อให้เกิดต้นทุนอย่างมหาศาล มีตำราหลายเล่มเกี่ยวกับกฎหมายที่กล่าวว่า วัฒนธรรมองค์กรเป็นปัจจัยที่สำคัญที่ก่อให้เกิด บุคคลที่อยู่ในองค์กรนั้นตัดสินใจกระทำความผิดหรือกระทำการที่ถูกต้อง

ส่วนที่สาม

ส่วนที่ 3 เป็นเรื่องเกี่ยวกับ**วิจารณ์ญาณหรือดุลยพินิจ (Judgment)** ผู้เขียนได้กล่าวในบทอธิบายว่า หลังจากที่มีการสืบสวนคดีเสร็จสิ้นลงแล้วมีการรวบรวมประจักษ์พยานหลักฐาน และนำไปสู่การตั้งข้อกล่าวหา เมื่ออัยการได้ตั้งข้อกล่าวหาแก่ผู้ใดผู้หนึ่ง เช่นข้อกล่าวหาลักทรัพย์ ทำร้ายร่างกาย ฉ้อโกง หรือฆาตกรรม เป็นต้น กระบวนการยุติธรรม ณ จุดนี้จะเป็นช่วงที่เข้าสู่การเปิดเผยข้อกล่าวหาแก่สาธารณะและความรับผิดชอบของผู้กระทำความผิด มีการรวบรวมข้อเท็จจริงต่าง ๆ มีการใช้ดุลยพินิจในการตั้งประเด็นต่าง ๆ และการจัดลำดับความสำคัญในการดำเนินคดี จะมีฝ่ายต่าง ๆ หลายฝ่ายเข้ามาเกี่ยวข้องได้แก่ผู้พิพากษา ทนายจำเลย และลูกขุน รวมถึงการเริ่มต้นกระบวนการพิจารณาและการตรวจสอบข้อเท็จจริงอย่างเปิดเผยต่อไป จะเห็นได้ว่าในช่วงเวลานี้การใช้ดุลยพินิจเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นในทางศาลเกี่ยวกับข้อกล่าวหาหรือการตั้งข้อกล่าวหาในคดีนั้นมันเป็นการตั้งคำถามสุดท้าย เรื่องโอกาสของคำตอบมีเพียงสี่คำตอบคร่าว ๆ คือรับสารภาพ การถอนฟ้อง การตัดสินว่าผิด การตัดสินว่าไม่ผิด อาจจะมีบางกรณีที่มีโอกาสที่คำตอบผสมกัน หรือข้อกล่าวหาอาจจะกลายเป็นการเลี่ยงหรือหลีกเลี่ยงการคำนวณสิ่งต่าง ๆ เข้าด้วยกัน แต่หลัก ๆ ก็เป็นไปตามสี่ผลลัพธ์ดังกล่าวข้างต้น

เรื่องผู้พิพากษา (The Judge)

เมื่อกล่าวถึงผู้พิพากษา มักมีคำถามว่ามีวิธีใดบ้างที่ใช้ในการเลือกผู้พิพากษาสำหรับเป็นผู้พิจารณาคดีในคดีอาญา คำตอบก็คือวงล้อที่มีชื่อผู้พิพากษาที่อยู่ภายในวงล้อนั้น วงล้อดังกล่าวจะถูกหมุนเพื่อเลือกผู้พิพากษาถือเป็นการเลือกในลักษณะสุ่มและจะมีวงล้อสามชุดแต่ละชุดจะมีชื่อที่บรรจุชื่อผู้พิพากษาถูกปิดผนึกใส่ไว้ในวงล้อ การเลือกโดยจะหมุนวงล้อเป็นการสุ่มหาชื่อผู้พิพากษาทั้งสามล้อเพื่อให้ได้ชื่อผู้พิพากษามาพิจารณาคดีอาญานั้นๆ

ผู้เขียนเห็นว่าวงล้อที่เป็นตัวกำหนดรายชื่อของผู้พิพากษานั้นถือเป็นเรื่องที่สำคัญ เพราะผู้พิพากษาที่ถูกเลือกให้เข้าเป็นองค์คณะในการพิจารณาคดีตัดสินคดีนั้นมีประสบการณ์ นิสัย และคุณสมบัติที่แตกต่างกัน สิ่งเหล่านี้ส่งผลให้การพิจารณาคดีอาจนำไปสู่ความยุติธรรมหรือความอยุติธรรมก็ได้

แม้ในเขตอำนาจศาลอื่นจะเปลี่ยนไปเป็นแบบสุ่มรายชื่อผู้พิพากษาโดยใช้คอมพิวเตอร์แล้วก็ตาม แต่ที่ SDNY (Court for the Southern District of New York) ยังปรากฏวงล้อดังกล่าวจริง ๆ แต่มีจำนวนถึงสามวง ล้อตั้งอยู่ด้านหลังบัลลังก์ในห้องพิจารณาคดีชั้นห้าของอาคารศาล ตามที่อยู่ 500 ถนนเพิร์ล (pearl street) ทั้งสาม วงล้อคือ A, B และ C ตามจำนวนขององค์คณะที่จะพิจารณาคดีอาญา วงล้อมีรูปร่างทรงกลมแปดเหลี่ยม ถูกตกแต่งด้วยไม้สีทึบและตั้งอยู่ที่นั่นตลอดกาล ภายในวงล้อจะมีของจดหมาย ซึ่งจดหมายที่บรรจุรายชื่อผู้พิพากษา จะถูกปิดผนึกอย่างหนาแน่นหนา และจะต้องมีเจ้าพนักงานที่ทำหน้าที่เปิดของจดหมายนั้น เมื่อเจ้าหน้าที่ศาล ที่ปฏิบัติหน้าที่หมุนวงล้อเพื่อสุ่มหารายชื่อผู้พิพากษาที่จะทำหน้าที่พิจารณาคดีอาญา ในความเห็นของผู้เขียนแล้วรายชื่อของผู้พิพากษาที่ปรากฏจะส่งผลอย่างมากให้พนักงานอัยการที่ถูกส่งไปทำงานในคดีดังกล่าว เพราะในขณะที่คดีอยู่ในการพิจารณาของผู้พิพากษาคณะนั้น จะทำงานได้ง่ายขึ้นหรือจะทำงานได้ยากขึ้นในฐานะ โจทก์ผู้ฟ้องร้องในคดีอาญา เพราะคุณสมบัติและอุปนิสัยของผู้พิพากษาในการดำเนินการพิจารณาคดีนั้น แตกต่างกันไป ผู้พิพากษาบางคนเชี่ยวชาญ บางคนขาดประสบการณ์ บางคนพิจารณาคดีโดยไม่ได้นำอารมณ์และความรู้สึกมาใช้ แต่บางคนกลับแสดงอารมณ์และความรู้สึกอย่างเต็มที่ในระหว่างพิจารณาคดี

ผู้เขียนแสดงความเห็นว่า ผู้พิพากษา คือเสียงของพระเจ้า ถ้าเราศรัทธาและไว้วางใจในมือของผู้พิพากษา แล้วหมายความว่าเราเชื่อมั่นว่าผู้พิพากษามีความยุติธรรมและมีความเที่ยงตรงตั้งตัวพระเจ้าเอง ผู้พิพากษาก็อาจจะทำหน้าที่เหมือนดาช้อย่างสมบูรณ์ แต่จากประสบการณ์ของผู้เขียนนั้นผู้พิพากษาคือมนุษย์คนหนึ่ง ที่ได้ รับโอกาสในวิชาชีพดีกว่าหรือมากกว่าคนส่วนใหญ่ ผู้พิพากษามีวันที่ดีและวันที่แย่ ในบางครั้งผู้พิพากษามีความ เปี่ยมล้นด้วยเหตุผลแต่ในบางครั้งก็เต็มไปด้วยอารมณ์และความรู้สึก นั่นคือผู้พิพากษามักจะมีจุดอ่อน พวกเขา ก็เป็นประชาชนธรรมดาที่มาทำหน้าที่ดังกล่าวนั่นเอง

ผู้เขียนและทีมงานอาศัยประสบการณ์และการทำงานในสำนักอัยการมาเป็นเวลานาน ถ้าหากทราบว่า ผู้ใดเป็นผู้พิพากษาพิจารณาคดีอาญาที่อัยการเป็นโจทก์ฟ้องแล้ว ก็มักจะทราบได้ว่าผู้พิพากษามีอุปนิสัยและ ประสบการณ์ในการดำเนินการพิจารณาคดีในศาลอย่างไร การพิจารณาคดีอาจจะรวดเร็วหรือเชื่องช้าเนิ่นนานไป อย่างไม่รู้จบ อาจกล่าวได้ว่าเอกลักษณ์หรือคุณสมบัติเช่นอุปนิสัยของผู้พิพากษา คือบางอย่างที่ทำให้สามารถคาดการณ์ ผลของการพิจารณาคดีได้ ซึ่งสิ่งเหล่านี้อาจมีความหมายเสมือนเรื่องราวที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติ

ผู้เขียนได้ยกตัวอย่างผู้พิพากษาหลายท่านที่ตัดสินคดีอาญาในเขตที่ผู้เขียนรับผิดชอบและเป็นหัวหน้าหน่วยงานอัยการว่ามีวิธีการดำเนินการพิจารณาที่แตกต่างกัน มีอุปนิสัยแตกต่างกันและมีทั้งการตัดอารมณ์ออกไปใน ขณะพิจารณาคดี แต่ก็บางท่านที่ใช้อารมณ์อย่างมากในการพิจารณาคดี ซึ่งสิ่งเหล่านี้กระทบต่อการทำคดี ของทีมอัยการซึ่งทำหน้าที่เป็นโจทก์ในการฟ้องคดี และในบางครั้งอาจจะเลยไปถึงผลของการตัดสินคดีซึ่งอาจทำให้เกิดความยุติธรรมขึ้นได้

เรื่องการพิจารณาคดี (The Trial)

วิกฤตมักจะเกิดขึ้นภายใต้วาทกรรมสาธารณะและการโต้แย้งทางการเมือง ซึ่งมันเป็นเรื่องที่หยาบคาย เลวทรามและหนักหน่วงมาก ๆ โดยที่ความจริงเป็นเหยื่อของความเห็นแก่ตัวและความไร้อารยะธรรมอย่างสุดกู่ เพราะความจริงควรเป็นสิ่งที่ควรค่าแก่การส่งเสริมให้ความนับถือจึงเป็นสิ่งที่ควรนำมากล่าวด้วยความสุภาพ แต่สิ่งที่เกิดขึ้นในสังคมคือความจริงกับถูกนำมาใช้ในการโต้แย้งกันอย่างดุเดือดเผด็จมัน ในขณะที่กลุ่มคนที่เกี่ยวข้องกับการเมืองก็ยกการ์ดขึ้นป้องกันตัวเองมากขึ้นซึ่งมากกว่าในอดีตที่ผ่านมาอย่างมากมายนัก ยิ่งไปกว่านั้นผู้คนก็พยายามจะสืบสาวหาคำกล่าวที่ตรงใจกับกลุ่มคน เป็นการแสดงมุมมองที่ก่อให้เกิดความสบายใจให้เกิดขึ้นแก่ตนเองเท่านั้นและพยายามหลีกเลี่ยงการสร้าง ความขัดเคืองใจ โต้แย้ง และหลีกเลี่ยงการเปิดเผยความจริง ซึ่งจะก่อให้เกิดความไม่สะดวกหรือก่อให้เกิดความลำบากขึ้นแก่ตนเอง พวกเขามักยึดติดกับฝ่ายที่อยู่ฝ่ายเดียวกันโดยไม่สนใจว่ามีประจักษ์พยานหลักฐานอะไรเลย การปรากฏขึ้นเพื่อเปลี่ยนความคิดเห็นของคุณนั้นไม่เพียงแต่จะหาได้ยากแล้วยังพบว่า เป็นหลักฐานที่อ่อนและไม่น่าเชื่อถือ

เรื่องบุรุษ 3 คนในห้องหนึ่ง (There men in a room)

ผู้เขียนได้กล่าวว่ามีหลายเหตุผลที่ว่าทำไมการกล่าวในสาธารณะ (Public Speaking) สำหรับอัยการแห่งสหรัฐอเมริกาเป็นเรื่องที่จำเป็น อัยการแห่งรัฐไม่เพียงแต่จะต้องรับผิดชอบโดยเป็นตัวแทนของประชาชนในกรณีที่เกิดคดีอาชญากรรมขึ้นแล้ว แต่ยังต้องหาทางในการป้องกันมิให้เกิดการก่ออาชญากรรมขึ้นอีกด้วย อาจกล่าวได้ว่าเกือบจะไม่มีผู้ใดที่มีอำนาจ เรียกร้อง ออกคำสั่ง และเทศน์ เหมือนกับที่อัยการแห่งรัฐมีอำนาจสามารถที่จะทำสิ่งดังกล่าวได้ ซึ่งทั้งหมดที่กล่าวมานี้หมายถึงความสามารถที่จะทำให้เกิดขึ้นแก่ประชาชนในการสร้างความมั่นใจ การให้คำอธิบาย การให้ความรู้และการรับทราบ โดยทั่วไปมักจะปรากฏความไม่ไว้วางใจของประชาชนต่อสถาบันแห่งรัฐ (ซึ่งเกิดขึ้นในช่วงประธานาธิบดีทรัมป์ มีความไม่ไว้วางใจมากที่สุด) ดังนั้นจึงเป็นเรื่องจำเป็นที่ผู้เขียนซึ่งเป็นหัวหน้าอัยการในขณะนั้นจะต้องเกาะติดกับหลักการที่ว่า “ความยุติธรรมต้องไม่เพียงแต่ได้รับการปฏิบัติเท่านั้น แต่จะต้องทำให้เกิดความรับรู้และมองเห็นได้ด้วย”

การดูแลความปลอดภัยให้แก่สาธารณะซึ่งกระทำโดยเจ้าพนักงานตำรวจนั้น การกล่าวหาว่าบุคคลใดจะต้องรับผิดชอบต่ออาชญากรรมที่ตนกระทำสิ่งที่ตนได้กระทำผิดนั้น การดำเนินกระบวนการกล่าวหาเกี่ยวกับการกระทำผิดนั้นจะต้องกระทำโดยเปิดเผย (openly) และโปร่งใส (transparently) ในบางครั้งการเปิดเผยเรื่องราวที่เกี่ยวกับอาชญากรรมและความปลอดภัยสาธารณะนั้นมักจะมีผลกระทบต่อชีวิตของผู้คนด้วย

ผู้เขียนได้ยกคดีตัวอย่างอธิบายหลักการดังกล่าว คือการตั้งข้อกล่าวหาแก่นักการเมืองที่เป็นผู้บริหารระดับสูงในนครนิวยอร์ก ในข้อหาคอร์รัปชันคือนายเชลดอน ซิวเวอร์ (Sheldon Silver) ซึ่งในขณะนั้นดำรงตำแหน่งประธานสภาผู้แทนแห่งนครนิวยอร์ก (New York State Assembly Speaker) ผู้เขียนกล่าวถึงพลวัตทางการเมืองและอำนาจเป็นสิ่งที่ทำให้เกิดการฝังรากลึกของคอร์รัปชัน และได้กล่าวถึงบุคคลสามคนในห้องซึ่งมีอำนาจตัดสินใจในเรื่องสำคัญ ๆ ทั้งหมดสำหรับประชาชนในนครนิวยอร์ก ซึ่งส่วนใหญ่ในการตัดสินใจนั้นทั้งสามกระทำกันในห้องปิด (ทำกันอย่างลับๆ) บุคคลแรกคือผู้ว่าการโคโวโม (Governor Andrew Cuomo) บุคคล

ที่สอง คือผู้นำวุฒิสมาชิกฝ่ายที่ถือเสียงส่วนใหญ่ของรัฐคือนายดีน สเกลลอส (Dean Skelos) ซึ่งเป็นผู้ที่ถูกฝ่ายอัยการจับก่อนหน้านั้นในข้อหาคอร์รัปชันและบุคคลสุดท้ายคือประธานสภาผู้แทน (Assembly Speaker) คือนายเชลดอน ซิวเวอร์ (Sheldon Silver) โดยในระหว่างที่มัยการดำเนินการฟ้องร้องผู้ถูกกล่าวหาดังกล่าวเนื่องจากผู้ถูกกล่าวหา มีอิทธิพลทางการเมืองและมีตำแหน่งในระดับสูงของรัฐ ในฐานะเป็นหนึ่งในสามของผู้ทรงอิทธิพลในการตัดสินใจเรื่องใหญ่ ๆ จึงหาทุกวิถีทางมิให้เรื่องของตนถูกนำเข้าสู่คณะกรรมการพิจารณาจริยธรรมแห่งสภาฯ ของรัฐแห่งนี้ นอกจากนี้เกิดแรงกดดันแก่ที่มัยการที่ทาคดีดังกล่าวอย่างมาก แรงกดดันมาจากทั้งทางฝั่งการเมืองและผู้บริหารระดับสูง รวมถึงประชาชนที่มีใจโน้มเอียงไปสนับสนุนพรรคการเมือง ซึ่งในขณะนั้นเพื่อให้เรื่องดังกล่าวอยู่ในความสนใจของประชาชนและเป็นการให้ข้อมูลแก่ประชาชนอย่างต่อเนื่องผู้เขียนในฐานะหัวหน้าหน่วยงานอัยการได้จัดแถลงการณ์ต่อสาธารณะเกี่ยวกับคดีดังกล่าว เหตุผลในการกล่าวหาสาธารณะนี้เพื่อเป็นการคานอำนาจอิทธิพลที่มากตตันจนอาจจะบิดเบือนความจริงได้และเป็นการประชาสัมพันธ์ความจริงให้ประชาชนทราบอย่างต่อเนื่อง อย่างไรก็ตามการพิจารณาคดีก็ถูกดำเนินไปอย่างยุติธรรมโดยเปิดโอกาสให้จำเลยต่อสู้ในเรื่องพยานหลักฐานและประเด็นต่าง ๆ อย่างเต็มที่ ในที่สุดผู้พิพากษาได้พิจารณาคดีและตัดสินว่านายซิลเวอร์มีความผิดต้องถูกลงโทษตามกฎหมาย

ผู้เขียนให้ข้อคิดว่าบุคคลสามคนที่ทรงอำนาจสูงสุดในการตัดสินใจนั้นสามารถที่จะช่วยให้เกิดความยุติธรรมและป้องกันการเกิดคอร์รัปชันในนครนิวยอร์กได้ ถ้าหากทั้งสามนี้ทุกคนมีความจริงใจที่จะแก้ไขปัญหาการคอร์รัปชันและการสร้างความโปร่งใสให้ปรากฏขึ้น ดังนั้นจึงเป็นหน้าที่ของประชาชนที่จะต้องให้ความสนใจและพิจารณาให้ดีในการที่จะเลือกและสนับสนุนให้บุคคลที่มีชื่อเสียงและความยุติธรรมได้มีโอกาสดำรงตำแหน่งดังกล่าวซึ่งจะช่วยให้เกิดความโปร่งใสและความยุติธรรมในการตัดสินใจเรื่องสำคัญ ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสาธารณะและประชาชนของนครนิวยอร์กแห่งนี้

ส่วนที่สี่

ส่วนที่ 4 ซึ่งเป็นส่วนสุดท้ายนั้นเป็นเรื่องเกี่ยวกับการลงโทษ (Punishment) ผู้เขียนได้กล่าวในบทอธิบายว่าบางครั้งคำถามที่ก่อให้เกิดข้อกังขาและผลสืบเนื่องมากที่สุดเกี่ยวกับความยุติธรรมในการพิจารณาลงโทษผู้กระทำผิดก็คือคำถามที่ว่า การลงโทษสถานใดจึงจะเพียงพอต่อการกระทำความผิดแต่ไม่เกินไปกว่าความจำเป็นหรือไม่มากกว่าความต้องการของสังคมที่เรียกร้อง คำถามต่อมาคือทำอย่างไรจึงจะสร้างดุลยภาพให้เกิดขึ้นระหว่างความต้องการเกี่ยวกับการลงโทษที่เหมือนกัน หมายถึงการกระทำความผิดที่เหมือนกันให้เกิดความเท่าเทียมกันทั้งหมดกับเป้าหมายที่เกี่ยวกับความยุติธรรมในการปฏิบัติต่อบุคคลแต่ละคนในทุก ๆ คดี คำถามต่อไปคือเราจะมุ่งเน้นเฉพาะการกระทำที่เป็นอาชญากรรมอย่างเดียวหรือไม่ หรือเราจะรวมความผิดประเภทการกระทำละเมิด ความผิดเกี่ยวกับครอบครัว การอบรมเลี้ยงดูผู้เยาว์ และการกระทำความผิดที่เกิดจากแรงจูงใจ และคำถามสุดท้ายเป็นเรื่องเกี่ยวกับระยะเวลาคือระยะเวลาานเท่าใดจำนวนจะเป็นสัปดาห์ เดือน หรือปี ที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาลงโทษลิดรอนเสรีภาพของคนบางคนที่กระทำความผิดเพื่อประโยชน์ของความยุติธรรม คำถามเหล่านี้จริง ๆ แล้วไม่มีใครที่สามารถหยั่งถึงได้

เรื่องเหนือกว่ายุติธรรม (Beyond Justice)

เกี่ยวกับเรื่องของความเหนือกว่าความยุติธรรมนั้นผู้เขียนได้กล่าวว่าเราจะไม่พบพระเจ้าหรือสิ่งศักดิ์สิทธิ์ในหลักการที่วางไว้เกี่ยวกับกฎหมายในกรณีที่เป็นหลักคิดอย่างเป็นทางการเกี่ยวกับความยุติธรรมในคดีอาญา แต่อาจจะกล่าวได้ว่ามี “คุณค่า” และ “อุดมการณ์” ที่สำคัญบางประการที่ย่อมอยู่เหนือความยุติธรรม ยกตัวอย่างเช่นความเมตตา (Mercy) การให้อภัย (Forgiveness) การไถ่ถอน (Redemption) และศักดิ์ศรี (Dignity) เป็นต้น นอกจากนี้ที่กล่าวมานี้ความรัก (Love) ก็ถือเป็นคุณค่าและอุดมการณ์ที่อยู่เหนือความยุติธรรมด้วยเช่นกัน

ผู้เขียนได้ยกตัวอย่างอธิบายหลักการดังกล่าว เป็นกรณีอาชญากรรมที่เกิดจากการเกลียดชัง (Hate crime) หลังจากเกิดเหตุผู้ก่อการร้ายโจมตีสถานที่สำคัญ ๆ ของประเทศสหรัฐฯ หรือเหตุการณ์ 9/11 กล่าวคือหลังจากเหตุการณ์ดังกล่าวได้ปรากฏความโกรธแค้นของชาวอเมริกันต่อชาวมุสลิม มีการชูปะทะทำร้ายชาวมุสลิมโดยชาวอเมริกัน ส่งผลให้เกิดการทำร้ายกันเกิดขึ้น ได้แก่การกราดยิงชาวมุสลิมบริเวณมัสยิด (mosque) ในประเทศแคนาดาโดยชายสามคน นอกจากนี้ยังเกิดเหตุการณ์ในประเทศสหรัฐฯ คือนายมาร์ค แอนโทนี สโตรแมน (Mark Anthony Stroman) ชาวอเมริกันผิวขาวได้ตัดสินใจโดยมีมูลเหตุมาจากความเกลียดชังที่เกิดขึ้นจากเหตุการณ์ดังกล่าวว่าจะฆ่าชาวมุสลิม สโตรแมนได้ใช้ปืนยิงชาวอเมริกันเชื้อสายมุสลิมโดยเจตนาให้ตายถึงสามคนในเวลาใกล้ ๆ กัน ปรากฏว่าเหยื่อรายสุดท้ายคือนายภูยาน (Rais Bhuiyan) ซึ่งรอดจากความตายโดยปาฏิหาริย์ แต่แทนที่นายภูยานจะแจ้งความเอาผิดนายสโตรแมนในฐานะความผิดพยายามฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา นายภูยานกลับแสดงความเมตตา (Mercy) โดยการให้อภัยต่อการกระทำของนายสโตรแมน และนอกจากการให้อภัยแล้วยังได้กระทำการที่ยิ่งใหญ่คือนายภูยานได้รับรางวัลให้ระงับการลงโทษ “ประหารชีวิต” นายสโตรแมนอีกด้วย ซึ่งการกระทำของนายภูยานดังกล่าวผู้เขียนถือว่าเป็นคุณค่าและความมีอุดมการณ์ที่สูงส่ง เป็นสิ่งที่เหนือกว่าความยุติธรรมด้วย

ภาพรวมของหนังสือเล่มนี้

โดยภาพรวมเมื่อได้อ่านหนังสือเล่มนี้เราสามารถสรุปได้ว่าความ “ยุติธรรม” ของกระบวนการยุติธรรมในประเทศสหรัฐอเมริกาอาจเกิดขึ้นได้ในทุกขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมตั้งแต่ขั้นตอนการสืบสวนและสอบสวน การตั้งข้อกล่าวหา การใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาคดี และรวมถึงขั้นตอนในการลงโทษผู้กระทำความผิด ความยุติธรรมอาจจะเกิดขึ้นได้ถ้าหากพนักงานสืบสวน มองข้ามความจริงบางประการทำให้ไม่สามารถค้นหาผู้กระทำความผิดได้ หรือความยุติธรรมอาจจะเกิดขึ้นเนื่องจากความจริงไม่ใช่ภาพที่เห็นอย่างเช่นกรณีของผู้กระทำความผิดอาจจะเป็นผู้ที่มีฐานะร่ำรวยหรือเป็นผู้ที่มีภาพของผู้ที่มีความดีงามปรากฏในสังคมเป็นเหตุให้เจ้าพนักงานสืบสวนมองข้ามไป เป็นต้น ความยุติธรรมอาจจะเกิดจากความผิดพลาดของเจ้าพนักงานสอบสวน ในการตั้งคำถามเพื่อค้นหาความจริงจากผู้ต้องสงสัย ความยุติธรรมที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาที่เจ้าพนักงานกำลังตัดสินใจว่าจะตั้งข้อกล่าวหาหรือไม่นั้นอาจจะเป็นกรณีของกระแสสังคมที่กดดันให้ต้องนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษภายในระยะเวลาอันสั้นอันจะกระทบต่อการทำงานของเจ้าพนักงานทำให้เกิดความผิดพลาดในการหาตัวผู้กระทำความผิด หรืออาจจะเป็นวัฒนธรรมขององค์กรที่สอนให้คนในองค์กรที่ประกอบธุรกิจเน้นเฉพาะการทำกำไรมากกว่าที่จะทำสิ่งที่ถูกต้องตามกฎหมาย ความยุติธรรมซึ่งเกิดขึ้นในช่วงเวลาแห่งการพิจารณาคดีไปจนถึงการ

ตัดสินใจของผู้พิพากษานั้นมีหลายประการเช่นอาจจะเกิดขึ้นกับตัวผู้พิพากษาเอง หรือเกิดขึ้นจากผู้มีอำนาจเข้ามากดดันต่อการทำงานของผู้พิพากษาและอัยการผู้เป็นโจทก์ฟ้องในคดีอาญา และความยุติธรรมที่อาจจะเกิดขึ้นในช่วงเวลาของการถูกละเมิดอาจจะได้แก่ตัวอย่างของนักโทษที่ได้รับการปฏิบัติที่ไม่ถูกต้องจากเจ้าหน้าที่ที่ทัณฑสถาน หรืออาจจะเกิดจากความโหดร้ายของเจ้าหน้าที่ทัณฑสถานที่เป็นสิ่งที่สะสมในใจของเจ้าหน้าที่นั้นจนพัฒนาขึ้นเกิดเป็นความโหดร้ายดังกล่าวกระทำต่อผู้ต้องขังจนได้รับบาดเจ็บหรือล้มตาย

ในความเห็นของผู้เขียนซึ่งในอดีตเป็นหัวหน้าสำนักงานอัยการได้ให้ข้อคิดต่อเจ้าพนักงานอัยการที่ทำหน้าที่ในการรักษาความยุติธรรมไว้ว่า นอกจากเจ้าพนักงานอัยการจะต้องมีความซื่อสัตย์สุจริตต่อหน้าที่ มีความยุติธรรมในการค้นหาความจริงและมีความกล้าหาญที่จะเผชิญกับความยุติธรรมแล้ว เจ้าพนักงานอัยการจะต้องคำนึงถึงสิ่งต่อไปนี้เป็นคือ ในช่วงแห่งการสืบสวนหรือสอบสวนคดีนั้นจะต้องมองและคิดถึงเหตุผลในทุกแง่มุมรวมถึงบุคคลทุกคนที่แวดล้อมอยู่ในเหตุการณ์เพราะในบางครั้งความจริงที่เกิดขึ้นในคดีอาญาอาจจะถูกภาพลวงตาปิดบังไว้ สิ่งที่ควรคำนึงถึงถัดไปคือไม่ควรคำนึงถึงภาพลักษณ์ของผู้ต้องสงสัยเพราะแม้ว่าผู้ต้องสงสัยจะมีฐานะร่ำรวยหรือมีชื่อเสียงในด้านการทำประโยชน์ให้แก่สาธารณะก็ตามแต่ก็อาจจะเป็นบุคคลที่กระทำความผิดได้เช่นกัน ในประการต่อไปคือแนวทางในการสอบสวนผู้ต้องหาเพื่อหาความจริงผู้เขียนให้ข้อเสนอแนะในเรื่องของการตั้งคำถามเพื่อค้นหาความจริงซึ่งควรจะเป็นคำถามที่ง่าย ไม่ซับซ้อนและเป็นคำถามที่ต้องถามในทุกแง่มุมๆ โดยไม่คำนึงถึงว่าจะเป็นคำถามที่ตนคิดว่าเป็นคำถามของคนโง่หรือไม่ รวมไปถึงเจ้าพนักงานสอบสวนจะต้องศึกษาถึงเทคนิคและวิธีการในการสอบสวนผู้ต้องหาโดยนำหลักการสอบสวนที่ไม่ใช้ความรุนแรงมาใช้ ต่อไปเป็นข้อควรคำนึงถึงในช่วงของการตัดสินใจว่าจะตั้งข้อกล่าวหาหรือไม่นั้น เหตุผลในการยกเลิกการตั้งข้อกล่าวหา มักจะมีดังต่อไปนี้คือประการแรกไม่มีใครกระทำความผิด ประการต่อไปเป็นตัวพยานหลักฐานที่ทำให้เป้าหมายพ้นความผิดเอง การละเมิดซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายเพียงเล็กน้อย และประการสุดท้ายคือไม่คุ้มค่ากับที่เจ้าพนักงานจะดำเนินการฟ้องร้องทั้งในเรื่องของเวลาและแรงงานที่ต้องเสียไปกับการดำเนินการฟ้องร้อง อย่างไรก็ตามในช่วงแห่งการตั้งข้อกล่าวหาอันมีสิ่งๆ ที่เจ้าพนักงานควรจะต้องคำนึงถึงหลายประการได้แก่ ความเป็นอิสระจากแรงกดดันทั้งภายในองค์กรและภายนอกองค์กรที่เรียกร้องให้พนักงานอัยการทำหน้าที่ฟ้องหรือไม่ฟ้องผู้ต้องสงสัย เพราะสิ่งเหล่านี้จะทำให้การตัดสินใจนั้นผิดพลาดไป นอกจากนี้การตัดสินใจตั้งข้อกล่าวหาหรือไม่นั้นอาจจะถูกกระแสของสังคมไม่ว่าจะมาจากประชาชนหรือสื่อมวลชนก็ตามกดดันก่อให้เกิดการตัดสินใจตั้งข้อกล่าวหาอันผิดพลาดไปทำให้เกิดความไม่ยุติธรรม ในช่วงระหว่างการพิจารณาและตัดสินคดีของศาลนั้นสิ่งที่พนักงานอัยการเป็นผู้ฟ้องในคดีอาญาจะต้องคำนึงถึงก็คือจะต้องศึกษาคุณสมบัติ อุปนิสัยและลักษณะของการดำเนินการพิจารณาคดีของผู้พิพากษาแต่ละท่านเพื่อที่จะทราบและสามารถที่จะดำเนินการให้สอดคล้องกับความต้องการนั้นได้ โดยที่ยังคงมีเป้าหมายคือทำความจริงให้ปรากฏ นอกจากนี้สิ่งที่พนักงานอัยการซึ่งทำหน้าที่เป็นโจทก์ฟ้องผู้กระทำความผิดในศาลนั้นจะต้องคำนึงถึงคือหากผู้กระทำความผิดเป็นผู้มีอิทธิพลสามารถที่จะสร้างแรงกดดันไม่ว่าจะมาจากทางการเมืองหรือจากภาคประชาชนต่อเจ้าพนักงานที่กำลังทำคดีนั้น เป็นสิ่งจำเป็นที่เจ้าพนักงานอัยการหรือหัวหน้าหน่วยงานนั้นจะต้องดำเนินกิจกรรมในรูปแบบของการให้ข้อมูลข่าวสารแก่สาธารณะโดยวิธีการแถลงผลของการดำเนินคดี ประชาสัมพันธ์ให้ข้อมูลแก่ประชาชนถึงความคืบหน้าในการดำเนินคดีและรวมถึงการให้ความรู้แก่ประชาชนให้เกิดความรู้และความเข้าใจในเรื่องของการดำเนินคดีดังกล่าวเป็นระยะ ๆ ด้วย และในส่วน

สุดท้ายในอันที่จะป้องกันไม่ให้ความอยุติธรรมบังเกิดขึ้นในช่วงของการถูกลงโทษตามกฎหมายมีสิ่งที่เราจะต้องคำนึงถึงคือหากการกระทำผิดเกิดขึ้นจากเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ที่ควบคุมนักโทษหรือผู้ต้องขังนั้น เป็นหน้าที่ของเจ้าพนักงานอัยการหากได้รับมอบหมายจะต้องทำให้สุดความสามารถโดยปราศจากความเกรงใจหรือเกรงกลัวต่ออำนาจหรือบารมีของเจ้าหน้าที่ผู้กระทำความผิดนั้น และโดยไม่ได้เกรงใจว่าเป็นข้าราชการเช่นกัน นอกจากนี้อาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชัง เช่น บุคคลที่ทำร้ายผู้อื่นเพราะเหตุที่ว่าตัวเองได้รับข่าวสารที่เกี่ยวกับโคกนาฏกรรมต่อคนในชาติเดียวกันดังเช่นคดีการก่อการร้ายในเหตุการณ์ 9/11 นั้น แม้ผู้กระทำความผิดจะกระทำความผิดทางกฎหมายก็ตาม แต่การกระทำผิดนั้นเกิดจากความเกลียดชังซึ่งเกิดขึ้นโดยการได้รับข่าวสารในด้านลบจนทำให้ภาวะจิตใจของตนสูญเสียความมีเหตุผลไป ก่อให้เกิดโคกนาฏกรรม ซึ่งในบางครั้งเป็นสิ่งที่น่าเห็นใจ ถึงแม้ว่าบุคคลเหล่านี้สมควรได้รับโทษก็ตาม แต่หากเหยื่อผู้เคราะห์ร้ายรายใดผู้ที่สมควรที่จะร้องทุกข์กล่าวโทษแจ้งความเอาผิดต่อผู้กระทำผิดเหล่านี้ เปลี่ยนใจไปสู่การให้อภัยก็ถือว่าผู้เสียหายนั้นได้ให้ความเมตตา (Mercy) ถือเป็นความกรุณาปรานีจนอาจจะกล่าวได้ว่าเป็นคุณค่าและอุดมการณ์ที่สูงส่งซึ่งในบางครั้งอาจถือได้ว่าสูงกว่าความยุติธรรมเสียอีก

โดยสรุปหนังสือชื่อ **DOING JUSTICE: A Prosecutor's Thoughts on Crime, Punishment and the Rule of Law**. ในความเห็นของผู้วิจารณ์แล้วเป็นหนังสือที่ดีและทรงคุณค่าเล่มหนึ่ง เพราะผู้เขียนเป็นผู้ที่มีประสบการณ์มาอย่างยาวนานในฐานะที่เคยทำงานเป็นเจ้าพนักงานอัยการซึ่งทำหน้าที่เป็นทนายความแห่งรัฐ และเป็นหัวหน้าหน่วยงานอัยการแห่งเขตทางใต้ของนครนิวยอร์ก ซึ่งมีความรู้ ประสบการณ์ และมีความเชี่ยวชาญในการดำเนินคดีอาญาทั้งด้านการสอบสวน การตั้งข้อกล่าวหา การทำหน้าที่เป็นทนายฟ้องผู้ต้องหาในศาลและในฐานะหัวหน้าหน่วยงานที่คุมคดีที่สำคัญ ๆ มาตลอดนับตั้งแต่ดำเนินชีวิตการเป็นพนักงานอัยการ โดยผู้เขียนได้วางหลักหลักกฎหมายและยกคดีต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในระหว่างดำรงตำแหน่งในสำนักงานอัยการขึ้นมาอธิบายเพื่อชี้ให้เห็นความไม่ยุติธรรมและสิ่งที่พนักงานอัยการได้ดำเนินการเพื่อแก้ไขให้เกิดความยุติธรรมขึ้น หนังสือเล่มนี้จึงประกอบไปด้วยหลักการและแนวคิดต่าง ๆ ที่ผู้อ่านสามารถนำไปใช้เป็นหลักหรือวิธีการพิจารณาโดยเฉพาะผู้ที่ทำหน้าที่เป็นทนายแผ่นดินสามารถนำไปใช้ในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อมิให้ความอยุติธรรมปรากฏขึ้นในระหว่างที่ตนได้ดำเนินการสืบสวนและสอบสวน ตั้งข้อกล่าวหา ดำเนินการฟ้องในขณะที่อยู่ในระหว่างพิจารณาคดีในศาล และรวมไปถึงการทำคดีที่อยู่ในช่วงระหว่างที่ผู้กระทำความผิดถูกลงโทษ นอกจากหลักและแนวคิดแล้วผู้เขียนยังได้ยกตัวอย่างคดีต่าง ๆ ซึ่งเป็นเรื่องจริงและปรากฏขึ้นในระหว่างที่ผู้เขียนดำรงตำแหน่งบริหารในสำนักงานอัยการดังกล่าวขึ้นอธิบายเพื่อให้เห็นภาพอย่างชัดเจนว่าความอยุติธรรมจะเกิดขึ้นได้อย่างไรและมีวิธีการใดที่จะทำให้ความยุติธรรมปรากฏขึ้น ทำให้หนังสือเล่มนี้มีคุณค่าและมีประโยชน์ซึ่งนอกจากความเพลิดเพลินที่ได้รับจากการอ่านคดีต่าง ๆ ซึ่งเป็นกรณีศึกษาที่ปรากฏขึ้นจริงในประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว ผู้อ่านยังได้หลักคิดในแง่มุมต่าง ๆ ว่า จะทำความยุติธรรมให้ปรากฏขึ้นได้อย่างไร ผู้วิจารณ์ขอแนะนำว่าหนังสือเรื่อง **DOING JUSTICE: A Prosecutor's Thoughts on Crime, Punishment and the Rule of Law**. เป็นหนังสือที่ดีเล่มหนึ่งที่ควรค่าแก่การอ่าน จึงสมควรหามาอ่านกันครับ

บทแนะนำวิทยานิพนธ์

“ขอบเขตของความผิดฐานเหยียดหยามศาสนา”

The Extent of Religious Insult Offense

กองบรรณาธิการ

Editorial Board

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330
Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phyathai Road, Pathumwan, Bangkok, 10330
Corresponding author E-mail : journal@law.chula.ac.th

บทแนะนำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ กองบรรณาธิการขอแนะนำวิทยานิพนธ์หนึ่งเล่มจากหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยซึ่งเป็นวิทยานิพนธ์ที่มีคุณภาพสูงที่ได้รับการประเมินในระดับ “ดีมาก” ในปีการศึกษา 2562 หัวข้อ “ขอบเขตของความผิดฐานเหยียดหยามศาสนา” ของนายธนภัทร นาควิจิตร

วิทยานิพนธ์เล่มนี้ มุ่งศึกษาถึงขอบเขตของความผิดฐานเหยียดหยามศาสนาในประมวลกฎหมายอาญา โดยมุ่งศึกษาถึงอิทธิพลและแนวคิดในการบัญญัติกฎหมายดังกล่าว นอกจากนี้ยังศึกษาเชิงเปรียบเทียบความผิดฐานดังกล่าวกับบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเหยียดหยามศาสนาในต่างประเทศเพื่อนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบและเสนอแนะแนวทางที่เหมาะสมในการปรับปรุงกฎหมายในความผิดฐานเหยียดหยามศาสนา

เนื้อหาของวิทยานิพนธ์เริ่มต้นจากการศึกษาถึงที่มาและแนวความคิดของความผิดฐานเหยียดหยามศาสนาเช่นเดียวกับวัตถุประสงค์ของการกำหนดความผิดฐานดูหมิ่นเหยียดหยามศาสนา โดยในส่วนของความผิดฐานเหยียดหยามศาสนาในประเทศไทยผู้เขียนได้ทำการศึกษาย้อนไปถึงต้นฉบับที่เป็นต้นร่างกฎหมายในความผิดฐานเหยียดหยามศาสนาเท่าที่ปรากฏอยู่ในเชิงประวัติศาสตร์ ไม่ว่าจะเป็นเอกสารฉบับต้นร่างกฎหมายต่าง ๆ พร้อมกับศึกษาในบริบททางสังคมวิทยาที่สอดคล้องกับความเชื่อต่าง ๆ เพื่ออธิบายให้เห็นถึงอิทธิพลของศาสนาและวัฒนธรรม โดยเฉพาะศาสนาพราหมณ์-ฮินดู และศาสนาพุทธ ว่าส่งผลอย่างไรบ้างต่อการบัญญัติความผิดในฐานดังกล่าว โดยเฉพาะในประเด็นที่ว่า เพราะเหตุใดความผิดที่ได้ชื่อว่า “ความผิดฐานเหยียดหยามศาสนา” จึงมีขอบเขตของวัตถุแห่งการกระทำอยู่เพียงแค่ “วัตถุ” หรือ “สถานที่” ในทางศาสนาเท่านั้น ทั้งที่เรื่องของศาสนานั้น เป็นเรื่องที่ไกลเกินกว่าที่จะติกรอบอยู่แค่วัตถุหรือสถานที่ เท่านั้น

จากนั้นผู้เขียนได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอินเดีย ประเทศเยอรมนี ประเทศอังกฤษ และประเทศอิหร่าน ซึ่งทั้ง 4 ประเทศที่ผู้เขียนได้เลือกมาทำการศึกษาล้วนแล้วแต่เป็นประเทศที่มีความโดดเด่นในเรื่องศาสนาในแง่มุมที่แตกต่างกันออกไป ทั้งนี้ในการศึกษาแต่ละประเทศผู้เขียนได้ทำการศึกษาทั้งระบบกฎหมาย สภาพสังคม และวัฒนธรรมของแต่ละประเทศว่ามีอิทธิพลอย่างไรบ้างต่อความผิดฐานเหยียดหยามศาสนาในแต่ละประเทศนั้น ๆ โดยเฉพาะประเทศอินเดียซึ่งจากการที่ผู้เขียนได้ศึกษาที่มาจาก

ละเอียดทำให้เห็นถึงความสัมพันธ์และอิทธิพลที่มีต่อประเทศไทย ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของอารยธรรม ศาสนา หรือ แม้กระทั่งการบัญญัติกฎหมาย โดยเฉพาะความผิดฐานเหยียดหยามศาสนาที่ปรากฏขึ้นครั้งแรกในประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 นั้น ส่วนหนึ่งก็มาจากประเทศอินเดียเองที่เป็นต้นแบบในความผิดฐานดังกล่าวให้แก่ประเทศไทย

ในส่วนของบทวิเคราะห์ผู้เขียนเริ่มต้นจากการวิเคราะห์ในประเด็นที่ว่าความผิดฐานเหยียดหยามศาสนา นั้นยังควรมีอยู่ต่อไปหรือไม่โดยพิจารณาจากทฤษฎีในทางอาญาควบคู่ไปกับบริบทเชิงสังคมพร้อมกัน จากนั้น ผู้เขียนจึงทำการวิเคราะห์ห้วงค์ประกอบของความผิดฐานเหยียดหยามศาสนาและความเหมาะสมของอัตราโทษ ที่มีอยู่ในปัจจุบัน

ผลจากการศึกษาเปรียบเทียบและวิเคราะห์ในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ ผู้เขียนสรุปว่าความผิดฐานเหยียดหยาม ศาสนายังควรค่าแก่การบังคับใช้อยู่เพียงแต่ว่าการบังคับใช้ดังกล่าวควรที่จะตีกรอบและสร้างขอบเขตให้มีความชัดเจน โดยผู้เขียนเสนอมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในส่วนของความผิดฐานเหยียดหยามศาสนาตาม ประมวลกฎหมายอาญาโดยแก้ไขเปลี่ยนแปลงในส่วนของพฤติการณ์ประกอบกรกระทำมาเป็นเจตนาพิเศษแทน เพื่อให้เกิดความชัดเจนในตัวบทบัญญัติ อีกทั้งยังเสนอแก้ไขในส่วนของอัตราโทษขั้นต่ำในความผิดฐานดังกล่าว ให้มีความเหมาะสมยิ่งขึ้น

เห็นได้ว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีการตั้งประเด็นปัญหาที่ชัดเจน มีการวางโครงสร้างที่ดี รวมถึงมีการค้นคว้า อย่างละเอียดทั้งในเชิงประวัติศาสตร์ กฎหมายและศาสนาไม่ว่าจะเป็นในส่วนของกฎหมายไทยและกฎหมาย ต่างประเทศที่เลือกมาศึกษาเปรียบเทียบซึ่งจะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อไปในอนาคตสำหรับงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง จะเห็นได้ว่าข้อมูลที่ได้จากการค้นคว้าผู้เขียนได้ทำการวิเคราะห์อย่างมีระบบจนนำไปสู่ข้อเสนอแนะที่ชัดเจน และเป็นรูปธรรม ดังนั้นกองบรรณาธิการจึงขอเลือกแนะนำวิทยานิพนธ์เล่มนี้ให้เป็นหนึ่งในวิทยานิพนธ์ที่ควรค่า แก่การนำมาศึกษาต่อไป

คำแนะนำสำหรับผู้เขียน

การเตรียมต้นฉบับ

ในการเตรียมผลงานเพื่อขอรับการพิจารณาเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย ผู้เขียนจะต้องระบุรายละเอียดและดำเนินการตามรูปแบบ ดังต่อไปนี้

1. ข้อมูลที่ต้องระบุ

- 1) ชื่อผลงาน ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ที่กระชับ ครอบคลุม และสื่อถึงเนื้อหาสาระของผลงานอย่างชัดเจน 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 รัตนากร, *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=IwAR1eEgrFdVr9Icl4SE3P7Nh5wwHvHijgMKHzqpcULRQC33dewPdVjDpCuU>
 2. (ภาษาอังกฤษ)

https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html
4. ผู้เขียนควรตรวจสอบความถูกต้องของการสะกดคำ ไวยากรณ์ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ และความสม่ำเสมอของการใช้คำที่ทับศัพท์มาจากภาษาอังกฤษทั้งผลงาน
5. เนื้อหาของผลงานรวมเชิงอรรถไม่ควรเกิน 30 หน้า ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของกองบรรณาธิการ

การส่งต้นฉบับผลงาน

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

<https://www.tci-thaijo.org/index.php/lawchulajournal/about/submissions>
2. กระบวนการส่งผลงานผ่านช่องทางออนไลน์มีดังนี้
 - 1) โปรตเข้าไปยังเว็บไซต์ของวารสาร ที่ <https://www.tci-thaijo.org/index.php/lawchulajournal/index> (สามารถอ่านได้ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ โดยกดปุ่มเปลี่ยนภาษาที่มุมบนขวาของเว็บไซต์)
 - 2) กรณีที่เป็นสมาชิก ThaiJO อยู่แล้ว สามารถเข้าสู่ระบบ (log in) ได้เลย แต่ถ้ายังไม่ได้เป็นสมาชิกจะต้องสมัครสมาชิกเสียก่อน 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 โดยกองบรรณาธิการสงวนสิทธิ์ในการตรวจ แก้ไข ขอข้อมูลเพิ่มเติมจากผู้เขียน และจัดรูปแบบผลงานก่อนการตีพิมพ์ เพื่อให้เป็นไปตามรูปแบบผลงานและรายละเอียดที่วารสารฯ กำหนด ทั้งนี้ กองบรรณาธิการอาจส่งผลงานคืนไปให้ผู้เขียนเพื่อแก้ไขปรับปรุงเพิ่มเติมได้แล้วแต่กรณี

7. กองบรรณาธิการจะตีพิมพ์ผลงานของผู้เขียนที่ได้รับผลการประเมินให้ตีพิมพ์ และได้จัดรูปแบบผลงานให้เป็นไปตามที่วารสารฯ กำหนดเรียบร้อยแล้วเท่านั้น โดยกองบรรณาธิการสงวนสิทธิ์ในการพิจารณาจัดลำดับผลงานเพื่อตีพิมพ์ในวารสารฯ ในโอกาสอันควรต่อไป

ข้อกำหนดอื่น

ในการส่งผลงานเพื่อขอรับการพิจารณาเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย ผู้เขียนตกลง รับรอง ยอมรับ และรับประกันว่า

1. ผลงานที่ส่งมาเป็นผลงานใหม่ ไม่เคยถูกตีพิมพ์หรือเผยแพร่ที่ใดมาก่อนไม่ว่าในรูปแบบใดก็ตาม หรือไม่อยู่ระหว่างการพิจารณาเพื่อขอรับการตีพิมพ์หรือเผยแพร่ในวารสารอื่นภายใน 90 วันนับจากวันที่กองบรรณาธิการได้รับต้นฉบับ
2. ผลงานที่ส่งมาเป็นผลงานของผู้เขียนแต่เพียงผู้เดียว หรือเป็นผลงานของผู้เขียนและผู้เขียนร่วมตามที่ระบุไว้จริง
3. ผลงานที่ส่งมาได้ผ่านการคัดลอกโดยปราศจากการอ้างอิงอย่างเหมาะสมหรือละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ใด
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=IwAR1eEgrFdVr9Icl4SE3P7Nh5wwHvHijgMKHzqupcULRQC33dewPdVjDpCuU>

2. (English)

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

4. Authors should ensure that all errors relating to spelling, Thai and English grammar, and inconsistency of using transliteration of English words be corrected throughout the manuscript.
5. Content and footnote of each manuscript should not exceed 30 pages, or under the sole discretion of the editorial board.

Submitting Manuscript

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

Review Process

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

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

2. The Editorial Board will process the manuscripts for initial screening and inform the authors of the decision without delay.
 - 1) The manuscripts that pass the initial screening will proceed to the following stage.
 - 2) The manuscripts that are rejected in the initial screening will not be considered for publication.
3. If the manuscript passes the initial screening, it will undergo reviewing process.
 - 1) Each academic and research articles shall be peer reviewed using the double-blinded process by at least two qualified individuals, whom the Editorial Board carefully select owing to their expertise corresponded with the substance presented in the articles.
 - 2) Other manuscripts shall be reviewed by the Editorial Board.
4. Having reviewed the manuscripts, the reviewers or the Editorial Board will provide expert opinions on the quality of the manuscripts, such as academic errors, use of language, content comprehensiveness, academic quality, clarity, importance to the relevant academic field, and classify the decision into one of the followings:
 - 1) Accepted for publication without any revision.
 - 2) Revision is mandatory, and the revised manuscripts shall be sent to the Editor-in-Chief to consider or returned to the reviewers for further review.
 - 3) Not accepted for publication.
5. The Editorial Board will, without delay, inform the authors of one of the following decisions.
 - 1) If the manuscripts are “accepted for publication without any revision”, they will be eligible to proceed to the following stage.
 - 2) If the manuscripts are noted as “revision is mandatory, and the revised manuscripts shall be sent to the Editor-in-Chief to consider or returned to the reviewers for further review”, they will only be eligible to proceed to the following stage after the authors have revised them, and the Editor-in-Chief or the reviewers (as the case may be) have so agreed.
 - 3) If the manuscripts are “not accepted for publication”, they will not be considered for publication.
6. After receiving the follow-up evaluation from the reviewers, the Editorial Board will perform a final check of the manuscripts before proceeding to printing. The Editorial Board reserves the right to check, revise, request for additional information, and

perform formatting in accordance with the prescribed style. The Editorial Board may request the author to perform additional revision if necessary.

7. The Editorial Board will publish the manuscripts that have been evaluated as “accepted for publication without any revision” or that, in the case of having been evaluated as “revision is mandatory, and the revised manuscripts shall be sent to the Editor-in-Chief to consider or returned to the reviewers for further review”, have been revised satisfactorily, and have been formatted in accordance with the prescribed style. The Editorial Board reserves the right to determine the order of publication in the appropriate occasion.

Other Requirements

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

1. The manuscript has not been previously published in any form, nor is it 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.