

CHULALONGKORN LAW JOURNAL

วารสารกฎหมาย

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีที่ 40 ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2565)

คณะที่ปรึกษา

ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.วรศักดิ์ อุวรรณโณ	ศาสตราจารย์ ดร.ไพฑูริย์ เอกเจริญกร
ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.วิชฌน์ เครืองาม	ศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์ ใจหาญ
ศาสตราจารย์กิตติคุณวิทิต มั่นตาภรณ์	รองศาสตราจารย์อติพนธ์ เชื้อบุญชัย
ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.สุรเกียรติ์ เสถียรไทย	รองศาสตราจารย์พิเศษ เสตเสถียร
ศาสตราจารย์พิเศษประสิทธิ์ โฉวโลกกุล	คณบดีคณะนิติศาสตร์
ศาสตราจารย์ ดร.จตุรนต์ ธีระวัฒน์	(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)

บรรณาธิการ

อาจารย์ ดร.ปราโมทย์ เสริมศิลปธรรม	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
-----------------------------------	---

รองบรรณาธิการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สิริภิญญา โฉวโลกกุล	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
อาจารย์ ดร.ภาวิณี สัตยานุรักษ์	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
อาจารย์ ดร.วรพล มาลสุขุม	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

กองบรรณาธิการ

ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุรัชดา ธีศรี	คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
รองศาสตราจารย์ ดร.บุญญรัตน์ โชคบัณฑิตใจ	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร
ดร.วรพงศ์ อัจฉรวางศ์ชัย	สำนักงานศาลยุติธรรม
นางสนั่น ดิษยบุตร	สำนักงานอัยการสูงสุด
ดร.สุพรรณวษา โชติกาญจน์ ถัง	กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ
ดร.อภิชน จันทระเสน	สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

กองจัดการ

สุพิชา จินฉนวนโส	วรลักษณ์ ทองใบ
กรณัฐ อัครธนบุลย์	บุญสิตา สังข์ศิลป์ชัย
กุลทีรา ต๊ะกะกุล	

Chulalongkorn Law Journal

Volume 39 Issue 3 (November 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
Associate Professor Dr.Boonyarat CHOKBANDANCHAI	Faculty of Law Naresuan University
Dr.Worrawong ATCHARAWONGCHAI	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	Vorraluk THONGBAI
Koranutth AKRATHANABOON	Boonsita SANGSINCHAI
Kunteera TEEKAKUN	

วัตถุประสงค์

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

กำหนดการพิมพ์

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มีกำหนดการตีพิมพ์ปีละ 3 ฉบับ ราย 4 เดือน ดังนี้

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

ประเภทของผลงานทางวิชาการที่รับตีพิมพ์

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย จะพิจารณาตีพิมพ์ผลงานที่มีลักษณะดังต่อไปนี้

- **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 และกองบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วยหรือร่วมรับผิดชอบใด 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 จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยฉบับนี้เป็นฉบับที่ 1 (มีนาคม 2565) ซึ่งเป็นการก้าวเข้าสู่ปีที่ 40 ของวารสารกฎหมาย ตลอดระยะเวลากว่า 40 ปี วารสารมีความมุ่งมั่นอย่างต่อเนื่องเพื่อเผยแพร่ความรู้ทางวิชาการด้านนิติศาสตร์หรือความรู้ที่เกี่ยวข้องกับนิติศาสตร์ที่มีเนื้อหาที่น่าสนใจ ทันสมัย ริเริ่มสร้างสรรค์ และมีข้อเสนอที่เป็นประโยชน์ต่อการวิชาการด้านนิติศาสตร์และต่อสังคม สำหรับในปีที่ 40 นี้ กองบรรณาธิการวารสารได้มีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการประเมินบทความ กล่าวคือ บทความวิชาการและบทความวิจัยทุกชิ้นที่กองบรรณาธิการรับไว้พิจารณาตั้งแต่วันที่ 1 ธันวาคม 2564 เป็นต้นไป จะได้รับการประเมินโดยผู้ทรงคุณวุฒิอย่างน้อย 3 ท่าน

ในส่วนเนื้อหาของวารสารกฎหมายฉบับนี้ยังคงมีเนื้อหาสาระที่เกี่ยวกับกฎหมายในสาขาต่าง ๆ ทั้งในรูปแบบบทความวิชาการและบทความวิจัยจากผู้เขียนที่มาจากหลากหลายสถาบันที่ทางกองบรรณาธิการได้ทำการเลือกสรรเพื่อนำมาเสนอให้แก่ผู้อ่านทุกท่าน ดังนี้

บทความแรกเป็นบทความวิชาการเรื่อง **“มาตรการคุ้มครองสิทธิผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศไทย: การจัดทำคำแถลงเกี่ยวกับผลกระทบของอาชญากรรม”** เขียนโดย ผู้ช่วยศาสตราจารย์ภัทรวรรณ ทองใหญ่ และ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธีรนิติ เทพสุเมธานนท์ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

บทความที่สองเป็นบทความวิจัยเรื่อง **“การปรับปรุงหลักเกณฑ์การจ่ายค่าทดแทนที่ดินและทรัพย์สินเพื่อการวางระบบโครงข่ายพลังงาน”** เขียนโดย อาจารย์ ดร.ปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความที่สามเป็นบทความวิจัยเรื่อง **“บทบาทหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรด้านการแรงงานภายใต้ยุทธศาสตร์ชาติ”** เขียนโดย ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศุภศิษฏ์ ทวีแจ่มทรัพย์ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความที่สี่เป็นบทความวิจัยเรื่อง **“การปฏิรูปการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและนักลงทุนต่างชาติ: ศาลการลงทุนทวิภาคี”** เขียนโดย อาจารย์ ดร.อำนาจ ตั้งศิริพิมาน อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

บทความที่ให้เป็นบทความวิจัยเรื่อง “สิทธิของพระบรมวงศานุวงศ์ในการดำรงตำแหน่งทางการเมือง: ศึกษากรณีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2562” เขียนโดย คุณอนุชา อชิรเสนา นักศึกษาในหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

บทความที่ให้เป็นบทความวิจัยเรื่อง “ข้อพิจารณาที่รัฐควรคำนึงในการปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 อย่างเร่งด่วน” เขียนโดย อาจารย์ ผสันต์ คุ้มปราษฎ์ อาจารย์ประจำคณะโลจิสติกส์ มหาวิทยาลัยบูรพา

บทความที่เจ็ดเป็นบทความวิจัยเรื่อง “การปฏิรูประบบจัดเก็บข้อมูลและการจำแนกประเภทอาชญากรรมทางการเงินที่สำคัญเพื่อพัฒนากระบวนการยุติธรรมของประเทศไทย” เขียนโดย ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุพัตรา แผนวิจิต และ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วรรณวิภา เมืองถ้ำ อาจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

กองบรรณาธิการวารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย หวังว่าผู้อ่านทุกท่านจะได้รับประโยชน์จากผลงานที่ได้ตีพิมพ์เผยแพร่ในวารสารฉบับนี้ หากผู้อ่านมีข้อเสนอแนะติชมประการใด กองบรรณาธิการยินดีอย่างยิ่งที่จะรับฟังและนำไปพัฒนาปรับปรุงวารสารฉบับต่อ ๆ ไป พบกันใหม่ฉบับหน้า

บรรณาธิการ

อ.ดร.ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีที่ 40 ฉบับที่ 1

(มีนาคม 2565)

สารบัญ

• บทความวิชาการ

- 1-25 มาตรการคุ้มครองสิทธิผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา
ของประเทศไทย: การจัดทำคำแถลงเกี่ยวกับผลกระทบของอาชญากรรม
ภัทรวรรณ ทองใหญ่, อธิษฐ์ เทพสุเมธานนท์

• บทความวิจัย

- 27-74 การปรับปรุงหลักเกณฑ์การจ่ายค่าทดแทนที่ดินและทรัพย์สินเพื่อการวางระบบโครงข่าย
พลังงาน
ปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ
- 75-104 บทบาทหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรด้านการแรงงานภายใต้ยุทธศาสตร์ชาติ
ศุภศิษฐ์ ทวีแจ่มทรัพย์
- 105-141 การปฏิรูปการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและนักลงทุนต่างชาติ : ศาลการลงทุนทวิภาคี
อำนาจ ตั้งศิริพิมาน
- 143-172 สิทธิของพระบรมวงศานุวงศ์ในการดำรงตำแหน่งทางการเมือง: ศึกษากรณีคำวินิจฉัย
ศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2562
อนุชา อธิรเสนา
- 173-207 ข้อพิจารณาที่รัฐควรคำนึงในการปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558
อย่างเร่งด่วน
ผสันต์ ธีรปราษฎ์
- 209-234 การปฏิรูประบบจัดเก็บข้อมูลและการจำแนกประเภทอาชญากรรมทางการเงินที่สำคัญ
เพื่อพัฒนากระบวนการยุติธรรมของประเทศไทย
สุพัตรา แผนวิจิต, วรรณวิภา เมืองถั่ว

* บทความและความคิดเห็นใดๆ ใน “วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย” ฉบับนี้ เป็น
วรรณกรรมของผู้เขียนโดยเฉพาะ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยและกองบรรณาธิการไม่จำเป็นต้อง
เห็นพ้องด้วย

Chulalongkorn Law Journal

Vol.40 No.1

(March 2022)

สารบัญ

- *Academic articles*

- 1-25 The Protection Measures of the Injured Persons or Victims' Rights in Criminal Justice System in Thailand: Making A Victim Personal Statement
Pattarawan Thongyai, Teerani Tepsumethanon

- *Research articles*

- 27-74 Development on Land and Property Compensation Criteria for Energy Network Construction
Piti Eiamchamroonlarp
- 75-104 Members of the House of Representatives' Roles and Duties related Labour Issues under National Strategy
Suphasit Taweejamsup
- 105-141 Investor-State Dispute Settlement Reform: Bilateral Investment Court
Amnart Tangkiriphimarn
- 143-172 The Right of the Royal Family Members to Hold Political Office according to Thai Constitutional Court Ruling No. 3/2562 (2019)
Anucha Achirasena
- 173-207 Urgently Considerations that the Government Should Take into Account in Thai Maritime Labour Law
Phasan Thamparj
- 209-234 The Reform of Filing Storage System and Classification of Important Financial Crimes on the Development of Justice Process in Thailand
Supatra Phanwichit, Wanwipa Muangtham
-

* 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.

มาตรการคุ้มครองสิทธิผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรม
ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศไทย:
การจัดทำคำแถลงเกี่ยวกับผลกระทบของอาชญากรรม

The Protection Measures of the Injured Persons
or Victims' Rights in Criminal Justice System in Thailand:
Making A Victim Personal Statement

ภัทรวรรณ ทองใหญ่
Pattarawan Thongyai
ธีรณี เทพสุเมธานนท์
Teerani Tepsumethanon

อาจารย์ประจำ
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร 10240
Full-time Lecturer
Faculty of Law Ramkhamhaeng University, Hua Mak, Bangkapi, Bangkok 10240
Corresponding author E-mail: mypattarawan@hotmail.com
(Received: August 30, 2021; Revised: February 7, 2022; Accepted: March 5, 2022)

บทคัดย่อ

ภายหลังจากที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีผลใช้บังคับ ประเทศไทยได้มีการพัฒนาและยกระดับการคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมที่สอดคล้องกับมาตรฐานขององค์การสหประชาชาติอย่างต่อเนื่องและเป็นรูปธรรมในหลาย ๆ ด้าน อย่างไรก็ตามกฎหมายของประเทศไทยในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิของผู้เสียหายในการเข้าถึงความยุติธรรมและได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งการมีส่วนร่วมในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและการแสดงความรู้สึกเกี่ยวกับผลกระทบของอาชญากรรมที่เกิดขึ้น

ยังมีประเด็นปัญหาทางกฎหมายบางประการและไม่ครอบคลุมถึงกระบวนการในชั้นบังคับโทษด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงได้ศึกษากฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายประเทศของอังกฤษเพื่อจัดทำข้อเสนอแนะในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่เกี่ยวข้องในประเด็นดังต่อไปนี้ (1) ควรกำหนดให้การจัดทำคำแถลงเกี่ยวกับผลกระทบของอาชญากรรมที่เกิดขึ้นกับเหยื่อเพื่อประกอบการพิจารณาและการทำคำพิพากษาของศาล เป็นสิทธิประการหนึ่งของผู้เสียหาย โดยมีการกำหนดประเภทคดีที่ชัดเจน (2) ควรกำหนดให้ผู้เสียหายซึ่งตกเป็นเหยื่อได้เข้ามาเป็นคณะทำงานในระดับเรือนจำตามกฎหมายกำหนดประโยชน์ของนักโทษเด็ดขาด และเงื่อนไขที่นักโทษเด็ดขาดซึ่งได้รับการลดวันต้องโทษ จำคุกหรือพักการลงโทษและได้รับการปล่อยตัวต้องปฏิบัติ พ.ศ. 2562 ข้อ 45 และสามารถเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาพักการลงโทษโดยสามารถแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับผลกระทบที่เกิดจากอาชญากรรมต่อคณะทำงานในระดับเรือนจำเพื่อเป็นข้อมูลประกอบการพิจารณาเสนอชื่อนักโทษเด็ดขาดและการพิจารณาอนุมัติการพักการลงโทษของคณะกรรมการเพื่อพิจารณาวินิจฉัยการพักการลงโทษต่อไปโดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีความผิดเกี่ยวกับชีวิตร่างกายที่มีลักษณะเป็นคดีอุกฉกรรจ์และคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ

คำสำคัญ : ผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรม, สิทธิในการเข้าถึงความยุติธรรมและได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม, คำแถลงผลกระทบเกี่ยวกับอาชญากรรม

Abstract

Following the implementation of the Constitution of Thailand (B.E. 2540), Thailand has continually developed and enhanced constructive measures concerning the protection of injured persons, or victims' rights, in accordance with the United Nations' standards in many respects. However, Thai law regarding injured persons' access to justice and fair treatment especially participation in criminal justice system and an opportunity to explain the impact of crimes on themselves faces some legal impediments and does not include the post-sentencing stage. Consequently, I conduct the comparative study of Thai and British legal systems on such issues to suggest further legal amendments to victims' rights protection in Thailand. The proposed amendments are as follows: (1) collecting a victim personal statement in the trial and sentencing stage, as the right of a person injured by explicitly defined types of criminal offences; (2) modifying Ministerial Regulation

Determining Privileges of Convicted Prisoners and Conditions for Convicted Prisoners Released on Remission or Parole (B.E. 2562) article 45 to include an injured person who is a victim of crime in a prison working team, giving them opportunities to express their opinions on the impact of offences in nominating eligible prisoners to a parole board. The parole board therefore would examine victims' personal statements in granting parole for eligible prisoners, particularly in cases of violent and sexual offence.

Keywords : Injured Persons or Victims, Access to Justice and Fair Treatment, Victim Personal Statement

1. บทนำ

เมื่อมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้นนอกจากรัฐมีหน้าที่นำผู้กระทำความผิดที่แท้จริงมาลงโทษเพื่อให้สังคมสงบสุขเกิดความเป็นระเบียบเรียบร้อย ในขณะเดียวกัน รัฐย่อมมีหน้าที่รับผิดชอบชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรม เนื่องจากรัฐไม่สามารถคุ้มครองประชาชนของตนให้ปลอดภัยจากอาชญากรรมหรือการกระทำความผิดอาญานั้น ๆ ได้ การกระทำความผิดอาญาที่มีผู้เสียหายนั้น มีลักษณะเป็นความผิดอยู่ในตัวของมันเอง (*Mala Inse*) หรือความผิดทั่ว ๆ ไปที่มีการละเมิดต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียงหรือทรัพย์สินของผู้อื่น เช่น ความผิดฐานฆ่าหรือทำร้ายร่างกายผู้อื่น ความผิดฐานต่อเสรีภาพ ความผิดฐานหมิ่นประมาท หรือความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ เป็นต้น¹ แต่เดิมในการดำเนินคดีอาญา ผู้ต้องหาหรือจำเลยจะเป็นจุดศูนย์กลางของกระบวนการวิธีพิจารณา ดังนี้ บทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องจึงมุ่งคุ้มครองผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นสำคัญตั้งแต่เริ่มต้นกระบวนการ ในชั้นจับกุม ชั้นสอบสวน ชั้นพิจารณาพิพากษาคดี ไปจนถึงการลงโทษและการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิด แต่กลับไม่ค่อยให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมซึ่งเป็นผู้ได้รับผลกระทบโดยตรงจากการกระทำความผิดอาญา² ผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมจึงถูกกำหนดจากโครงสร้างทางสังคม

¹ อุทัย อาทิวา, คู่มือกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเล่ม 2 สิทธิของผู้เสียหายในคดีอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัดวิเจพรินตัง, 2558), หน้า 37.

² วัฒนพร คชภูมิ, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง การคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (กรุงเทพมหานคร: สถาบันวิจัยและพัฒนาคดี สำนักงานศาลยุติธรรม, 2559), หน้า 1.

ให้เป็น “คนชายขอบกระบวนการยุติธรรม” และถูกกำหนดจากวัฒนธรรมความเชื่อที่ว่า “เหยื่ออาชญากรรม” คือ “คนโชคร้าย” หรือเป็น “เคราะห์กรรม” ของตนที่ต้องตกเป็นเหยื่อ³

อย่างไรก็ตาม ในช่วงปลายศตวรรษที่ 20 ได้เกิดพัฒนาการที่สำคัญของระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของนานาประเทศรวมทั้งประเทศไทย คือ การให้ความสำคัญกับสิทธิและความต้องการของเหยื่ออาชญากรรม ดังจะเห็นได้จาก การที่องค์การสหประชาชาติได้มีปฏิญญาด้วยหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการอำนวยความสะดวกแก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากอาชญากรรมและการใช้อำนาจโดยไม่ถูกต้อง (Declaration on the Basic Principles of Justice for Victims and Abuse of Power, 1985) พัฒนาการดังกล่าวนี้ส่งผลในประการสำคัญต่อแนวคิดการลงโทษทางอาญา กล่าวคือ จากเดิมมีแนวคิดการดำเนินคดีอาญาที่มุ่งเน้นการนำตัวผู้กระทำความผิดที่แท้จริงมารับโทษตามบทบัญญัติของกฎหมายในลักษณะความยุติธรรมที่มุ่งต่อการแก้แค้นทดแทน (Retributive Justice) มาเป็นการชดเชยเยียวยาความเสียหาย (Reparation) และการคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรม นำไปสู่การเกิดขึ้นของทฤษฎีกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (Restorative Justice) โดยมีแนวคิดพื้นฐานที่สำคัญ คือ อาชญากรรมมิใช่แค่เพียงการกระทำผิดต่อกฎหมายอาญาเท่านั้น แต่อาชญากรรมเป็นการทำลายสัมพันธ์ภาพของคนในสังคม เหยื่ออาชญากรรมควรเป็นศูนย์กลางของระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและการลงโทษ ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำผิดอาญา ไม่ว่าจะเป็น ผู้กระทำความผิด เหยื่ออาชญากรรม ครอบครัว ตลอดจนชุมชน ควรที่จะเข้ามามีส่วนร่วมในการพูดคุยและร่วมกันหาทางออกที่เหมาะสมสำหรับการกระทำผิดนั้น ๆ ผู้กระทำความผิดรู้สึกสำนึกในการกระทำและกล่าวคำขอโทษ พร้อมชดเชยเยียวยาความเสียหายให้กับเหยื่อและชุมชนที่ได้รับผลกระทบจากอาชญากรรมนั้น รวมทั้งไม่หวนกลับมากระทำผิดซ้ำอีก⁴

ภายหลังจากที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่ให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างสูงสุดฉบับหนึ่งมีผลใช้บังคับ ประเทศไทยได้มีการพัฒนาและยกระดับการคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมที่สอดคล้องกับมาตรฐานขององค์การสหประชาชาติ โดยมีการรับรองและคุ้มครองสิทธิดังกล่าวไว้ในกฎหมายหลายฉบับ เช่น สิทธิที่จะได้รับการช่วยเหลือเยียวยาความเสียหายจากรัฐตามพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2544 สิทธิในการ

³ จุฑารัตน์ เอื้ออำนวย, *สังคมวิทยาอาชญากรรม*, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551), หน้า 197.

⁴ Andrew Ashworth, *Sentencing and Criminal Justice*, 6th ed. (United Kingdom: Cambridge University Press, 2015), p.98.

ดำเนินคดีอาญาและสิทธิอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เป็นต้น อย่างไรก็ตามบทบัญญัติกฎหมายของประเทศไทยยังมีข้อจำกัดบางประการที่อาจส่งผลให้มาตรการคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรม ไม่สามารถดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพและครอบคลุมตามวัตถุประสงค์โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมและได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม ตลอดจนโอกาสในการแสดงความคิดเห็น ข้อกังวลใจเกี่ยวกับผลกระทบของอาชญากรรมที่เกิดขึ้น

ในบทความฉบับนี้ ผู้เขียนจึงได้นำเสนอถึง แนวคิดการให้ความช่วยเหลือและคุ้มครองสิทธิผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรม มาตรการคุ้มครองสิทธิผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมในประเทศไทย มาตรการคุ้มครองสิทธิผู้เสียหายในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศไทย อังกฤษ: การจัดทำคำแถลงเกี่ยวกับผลกระทบของอาชญากรรม วิเคราะห์ปัญหากฎหมายและแนวทางพัฒนาการคุ้มครองสิทธิผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศไทย และบทสรุป

2. แนวคิดการให้ความช่วยเหลือและคุ้มครองสิทธิผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรม

พันธกิจหลักประการหนึ่งของรัฐคือการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมเพื่อการรักษาความสงบเรียบร้อยให้เกิดขึ้นในสังคม เมื่อใดก็ตามที่เกิดอาชญากรรมขึ้นเท่ากับว่ารัฐปฏิบัติหน้าที่บกพร่องเนื่องจากรัฐไม่สามารถให้ความคุ้มครองพลเมืองของตนให้ปลอดภัยจากอาชญากรรมนั้นได้ ดังนั้นรัฐจึงมีหน้าที่ให้ความช่วยเหลือและคุ้มครองสิทธิผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมเพื่อให้ผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมได้รับการชดเชยเยียวยาและเกิดความเป็นธรรมอย่างแท้จริงขึ้นในสังคม ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะได้กล่าวถึง ความหมายของผู้เสียหายและเหยื่ออาชญากรรม และมาตรฐานระหว่างประเทศเกี่ยวกับการให้ความช่วยเหลือและคุ้มครองสิทธิผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรม มีรายละเอียดดังนี้

2.1 ความหมายของผู้เสียหายและเหยื่ออาชญากรรม

คำว่า “เหยื่ออาชญากรรม” เป็นคำศัพท์ทางอาชญาวิทยาที่ใช้กันอย่างแพร่หลาย หมายถึง บุคคลหรือคณะบุคคลที่ได้รับอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจ หรือได้รับความเสียหายต่อทรัพย์สินหรือได้รับผลกระทบใดๆ จากการประกอบอาชญากรรมหรือเสียสิทธิจากการกระทำหรือละเว้นกระทำอันเป็นความผิดกฎหมายอาญา ตัวอย่างเช่น ถูกทำร้ายร่างกาย ถูกฆ่า ถูกข่มขืน ถูกชิงทรัพย์ เป็นต้น⁵

⁵ จุฑารัตน์ เอื้ออำนวย, สังคมวิทยาอาชญากรรม, หน้า 160.

อย่างไรก็ตามถ้อยคำดังกล่าวไม่ปรากฏอยู่ในตัวบทกฎหมาย โดยในตัวบทกฎหมายจะเรียกเหยื่ออาชญากรรมว่า “ผู้เสียหาย” ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (4) ได้บัญญัติไว้ว่า “ผู้เสียหาย” หมายความว่าบุคคลผู้ได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่ง รวมทั้งบุคคลอื่นที่มีอำนาจจัดการแทนได้ ดังบัญญัติไว้ในมาตรา 4, 5 และ 6

จากความหมายดังกล่าวจะสามารถแบ่งประเภทของผู้เสียหายได้เป็นสองประเภท ได้แก่ ผู้เสียหายที่แท้จริง (ผู้เสียหายโดยตรง) และผู้มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายที่แท้จริง (ผู้เสียหายโดยทางอ้อม)⁶

สำหรับผู้เสียหายที่แท้จริงหรือผู้เสียหายโดยตรง มีหลักเกณฑ์ดังนี้

- (1) มีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้นต่อบุคคลนั้น
- (2) บุคคลนั้นได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำความผิดนั้น กล่าวคือเป็น “ผู้เสียหายโดยพฤตินัย”
- (3) บุคคลนั้นเป็นผู้เสียหายตามกฎหมาย กล่าวคือเป็น “ผู้เสียหายโดยนิตินัย” หมายความว่าไม่มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดนั้นหรือยินยอมให้มีการกระทำความผิดนั้นหรือเกี่ยวข้องพัวพันกับการกระทำความผิดนั้น⁷

หลักเกณฑ์ข้อที่ (1) และ (2) เป็นหลักเกณฑ์ตามบทบัญญัติมาตรา 2 (4) แต่หลักเกณฑ์ข้อที่ (3) ศาลฎีกาได้วางแนวบรรทัดฐานเพิ่มเติม โดยอาศัยหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า “ผู้ที่มาขอพึ่งบารมีแห่งความยุติธรรมต้องมาด้วยมืออันบริสุทธิ์”⁸

อนึ่ง เมื่อเปรียบเทียบ ผู้เสียหายในคดีอาญาและเหยื่ออาชญากรรมจะพบว่า ผู้เสียหายประเภทที่หนึ่งคือผู้เสียหายที่แท้จริง จะเป็นเหยื่ออาชญากรรมโดยตรง (Direct Victim) เนื่องจากเป็นผู้ที่ถูกล่วงละเมิดและได้รับความเสียหายโดยตรงจากการกระทำความผิดกฎหมายนั้น ส่วนผู้เสียหายประเภทที่สองคือ คือบุคคลที่มีอำนาจจัดการแทนได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

⁶ ผู้มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายที่แท้จริงหรือผู้เสียหายโดยอ้อม ได้แก่บุคคลที่กฎหมายบัญญัติไว้ในมาตรา 4, 5 และ 6 เช่น ผู้เสียหายที่แท้จริงเป็นหญิงมีสามี สามารถจัดการแทนได้หากได้รับอนุญาตโดยชัดแจ้งจากภริยา หากผู้เสียหายที่แท้จริงเป็นผู้เยาว์ ผู้แทนโดยชอบธรรมจะจัดการแทนได้หรือผู้เสียหายที่แท้จริงได้ถูกทำร้ายถึงตายหรือบาดเจ็บจนไม่สามารถจะจัดการเองได้ ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน สามีหรือภริยาจะสามารถจัดการแทนได้ เป็นต้น

⁷ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่าด้วยการดำเนินคดีในขั้นตอนก่อนการพิจารณา, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัดสำนักพิมพ์พลสยาม พริ้นติ้ง, 2553), หน้า 65.

⁸ คง ภาไชย, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), หน้า 11.

มาตรา 4, 5, 6 จะเป็นเหยื่ออาชญากรรมโดยอ้อม (Indirect Victim) ซึ่งได้แก่บุคคลที่สามที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำผิดกฎหมายแม้ว่าการกระทำนั้นจะมีได้เกิดขึ้นแก่ผู้นั้นโดยตรงก็ตาม ผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมโดยอ้อมกลุ่มนี้เป็นกลุ่มบุคคลที่ได้รับความเสียหายทางด้านจิตใจ และทรัพย์สินอันเนื่องมาจาก ครอบครัว ญาติพี่น้องผู้ใกล้ชิดอันเป็นที่รักของตนได้ตกเป็นเหยื่อโดยตรงของอาชญากรรม ส่งผลให้บุคคลกลุ่มนี้ต้องได้รับทุกขเวทนา มีความวิตกกังวล หวาดกลัว อาชญากรรม และอาจมีผลกระทบต่อวิถีทางในการดำเนินชีวิตอันเกิดจากอาชญากรรมดังกล่าวไปด้วย เช่น สามิ ภริยา บุตร บิดา มารดา เป็นต้น นอกจากนี้ในมุมมองด้านอาชญาวิทยา ผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมโดยทางอ้อม ยังหมายถึงความรวมถึง ประชาชน ชุมชน หรือสังคมที่เกิดอาชญากรรมขึ้นอีกด้วยในฐานะของสมาชิกของสังคมที่ได้รับผลกระทบจากอาชญากรรม โดยต้องประสบกับความรู้สึกไม่ปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินและไม่สามารถคาดเดาได้ว่าตนและสมาชิกในครอบครัวจะตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมในวันใดวันหนึ่งหรือไม่¹⁰

ทั้งนี้ เหยื่ออาชญากรรมมีความแตกต่างจากผู้เสียหาย กล่าวคือ เหยื่ออาชญากรรมจะพิจารณาตามความเป็นจริง หรือตามพฤติณัย ดังนั้นแม้เหยื่อจะมีส่วนร่วมในการกระทำผิด แต่ในทางอาชญาวิทยาก็ยังคงถือว่าบุคคลนั้นเป็นเหยื่ออาชญากรรม¹¹ ส่วนผู้เสียหายนั้นตาม

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 160-161.

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 162.

¹¹ สตีเฟน ชาฟเฟอร์ (Stephen Schafer) ได้จำแนกประเภทของเหยื่ออาชญากรรมไว้ 7 ประเภทโดยพิจารณาจากความรับผิดชอบและความสัมพันธ์ระหว่างอาชญากรรมกับเหยื่ออาชญากรรม

(1) เหยื่อที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับอาชญากรรม (un-related victims) เป็นผู้รับเคราะห์ จากการกระทำของอาชญากรโดยมิได้มีความสัมพันธ์กับอาชญากร

(2) เหยื่อที่ยั่วให้เกิดอาชญากรรม (provocative victims) เป็นผู้ที่ทำให้อาชญากรเกิดความโกรธเคืองหรือไม่พอใจ เป็นการยุยงให้เกิดการกระทำร้ายแก่เหยื่อเอง

(3) เหยื่อที่จูงใจให้เกิดอาชญากรรม (precipitative victims) เป็นเหยื่อที่มีพฤติกรรมไปในทางที่ล่อตาล่อใจให้เกิดอาชญากรรม โดยที่เหยื่อเองก็มิได้ตั้งใจ

(4) เหยื่อที่มีความอ่อนแอทางชีวภาพ (biologically weak victims) เป็นผู้ที่มีความอ่อนแอทั้งทางร่างกายและจิตใจ เป็นเหตุให้อาชญากรมีความคิดที่จะทำร้ายเขาเหล่านั้น

(5) เหยื่อที่มีความอ่อนแอทางสังคม (socially weak victims) เป็นพวกไม่มีความมั่นคงในทางสังคม ไม่ได้เป็นสมาชิกอย่างภาคภูมิของชุมชน มีปัญหาทางวัฒนธรรมและการปรับตัวให้เข้ากับสังคม

(6) ผู้ที่ตกเป็นเหยื่อตนเอง (self-victimizing victims) เป็นผู้ที่มีจิตใจกระทำความผิดเสียเอง จึงเป็นอาชญากรและเหยื่อในตัวเอง

(7) เหยื่อการเมือง (political victim) คือ ผู้ที่เป็นคู่แข่งในการรณรงค์เพื่อตำแหน่งที่มีอำนาจในทางการเมืองแต่ถูกฝ่ายที่มีอำนาจอยู่ก่อนแล้ว เจาะจงว่าเป็นผู้กระทำความผิด อ้างถึงใน ภทรรณ ทองใหญ่, **อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2553), หน้า 70-71.

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (4) ต้องเป็นผู้เสียหายตามกฎหมาย กล่าวคือเป็น “ผู้เสียหายโดยนิตินัย” เท่านั้น ด้วยเหตุนี้ หากบุคคลใดมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดนั้นหรือยินยอมให้มีการกระทำความผิดนั้นหรือเกี่ยวข้องพัวพันกับการกระทำความผิดนั้น บุคคลนั้นย่อมมีอาจเป็นผู้เสียหาย และไม่มีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีอาญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ตลอดจนไม่สามารถขอรับความคุ้มครองตามกฎหมายอื่น ๆ จากรัฐ เช่น การขอรับค่าตอบแทนตามพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ.2544 ซึ่งกำหนดถึงผู้เสียหายที่มีสิทธิได้รับค่าตอบแทนไว้ว่าจะต้องไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดนั้น เป็นต้น

2.2 มาตรฐานระหว่างประเทศเกี่ยวกับการให้ความช่วยเหลือและคุ้มครองสิทธิผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรม

การคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมไม่ใช่เรื่องของมนุษยธรรม แต่เป็นเรื่องของสิทธิอันชอบธรรม¹² ในฐานะสิทธิมนุษยชนที่พึงได้รับการรับรองคุ้มครองจากรัฐซึ่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ข้อ 8 ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาอย่างได้ผลโดยศาลแห่งชาติซึ่งมีอำนาจเนื่องจากการกระทำใด ๆ อันละเมิดต่อสิทธิขั้นมูลฐานซึ่งตนได้รับจากรัฐธรรมนูญ” ทั้งนี้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมุ่งให้ความคุ้มครองสิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาแก่ผู้ถูกกล่าวหา ในส่วนของผู้ต้องหาและจำเลยตลอดจนนักโทษตามคำพิพากษาเป็นสำคัญ เนื่องจากในอดีตระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศต่าง ๆ ได้ปฏิบัติต่อผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดเป็นเสมือนวัตถุแห่งการดำเนินคดี (object) ดังนั้นองค์การสหประชาชาติจึงเน้นความสำคัญของการปฏิบัติต่อผู้ต้องหา จำเลยและผู้กระทำผิดเป็นลำดับแรกมากกว่าที่จะคำนึงถึงผู้เสียหาย¹³

อย่างไรก็ตาม การคุ้มครองสิทธิของเหยื่ออาชญากรรมและผู้เสียหายในคดีอาญาได้เริ่มขึ้นอย่างเป็นรูปธรรมตั้งแต่ปี ค.ศ. 1980 เป็นต้นมา ในปี ค.ศ. 1985 องค์การสหประชาชาติโดยมติที่ประชุมสมัชชาใหญ่ที่ 40/34 ได้ประกาศรับรองปฏิญญาว่าด้วยหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการอำนวยความสะดวกแก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากอาชญากรรมและการใช้อำนาจไม่ถูกต้อง (Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power)¹⁴

¹² ชาตี ชัยเดชสุริยะ, *มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา*, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2548), หน้า 168.

¹³ อุทัย อาทิวา, *คู่มือกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 2 สิทธิของผู้เสียหายในคดีอาญา*, หน้า 124.

¹⁴ ปฏิญญาว่าด้วยหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการอำนวยความสะดวกแก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากอาชญากรรมและการใช้อำนาจไม่ถูกต้อง

ซึ่งได้กำหนดมาตรฐานการคุ้มครองสิทธิของเหยื่ออาชญากรรมหรือผู้เสียหายไว้ 4 ประการ มีสาระสำคัญสามารถสรุปได้ดังนี้ กล่าวคือ

(1) การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมและได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม (Access to Justice and Fair Treatment) เพื่อให้ผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมได้รับการปฏิบัติด้วยความเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ มีสิทธิเรียกร้องผ่านกระบวนการยุติธรรม¹⁵ องค์กรศาลและองค์กรของฝ่ายบริหารจะต้องวางมาตรการที่จำเป็นเพื่อส่งเสริมให้ผู้เสียหายได้รับการชดเชยเยียวยา ผ่านวิธีพิจารณาที่รวดเร็วและเป็นธรรม ประหยัดและเข้าถึงกระบวนการนั้นได้ง่าย¹⁶ รวมทั้งให้คำแนะนำและแจ้งให้ผู้เสียหายทราบถึงกระบวนการพิจารณาตั้งแต่ บทบาทหน้าที่ ขอบเขต ระยะเวลา ความคืบหน้าของคดี จัดให้ผู้เสียหายได้แสดงความคิดเห็นและความรู้สึกและให้ข้อเท็จจริงโดยมีกระบวนการรับฟังผู้เสียหายเกี่ยวกับความเสียหายที่ได้รับภายใต้ระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของแต่ละประเทศ ตลอดจนจัดให้ผู้เสียหายได้รับการช่วยเหลือ (Assistance) อย่างเหมาะสมตามสมควร ตั้งแต่เริ่มต้นคดีจนถึงสิ้นสุดกระบวนการทางกฎหมาย¹⁷

(2) การได้รับการชดเชยความเสียหายโดยผู้กระทำผิด (Restitution) ผู้กระทำผิดตลอดจนบุคคลที่สามเช่น บิดา มารดากรณีผู้เยาว์เป็นผู้กระทำความผิดที่ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของผู้กระทำผิดจะต้องชดเชยเยียวยาให้กับผู้เสียหายครอบครัวหรือทายาทของผู้เสียหายอย่างเป็นธรรมและเหมาะสม การชดเชยเยียวยาดังกล่าวหมายความว่าความรวมถึงการคืนทรัพย์สินหรือชดเชยราคาสำหรับความสูญเสียหรือเสียหายของทรัพย์สินนั้นรวมทั้งการชดเชยค่าเสียหายที่ผู้เสียหายได้ทราดจ่ายไปก่อนเนื่องจากการตกเป็นเหยื่ออาชญากรรม ตลอดจนค่าใช้จ่ายอื่น ๆ และการชดเชยสิทธิของผู้เสียหายที่ต้องเสียไปนั้น¹⁸ นอกจากนี้รัฐพึงพิจารณาปรับปรุงข้อปฏิบัติต่างระเบียบ ตลอดจนข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อกำหนดให้การชดเชยเยียวยาความเสียหายโดยผู้กระทำผิด (Restitution) เป็นมาตรการทางลงโทษทางเลือกรูปแบบหนึ่งในคดีอาญา¹⁹

ใช้อำนาจไม่ถูกต้อง (Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power) ได้ให้ความหมายของ “ผู้เสียหายจากอาชญากรรม” (victims) ไว้ว่า บุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่ได้รับความเสียหายไม่ว่าจะในด้านการบาดเจ็บทางร่างกายหรือสภาพจิตใจ ความเจ็บปวดทรมานความรู้สึกนึกคิดความสูญเสียทางเศรษฐกิจหรือสิทธิพื้นฐานโดยเป็นผลจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำซึ่งการละเมิดต่อกฎหมายอาญาหรือกฎหมายที่บัญญัติให้การใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบเป็นความผิดทางอาญานั้นเป็นกฎหมายของประเทศนั้น ๆ

¹⁵ Section 4 of Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power 1985

¹⁶ Section 5 of Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power 1985

¹⁷ Section 6 of Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power 1985

¹⁸ Section 8 of Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power 1985

¹⁹ Section 9 of Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power 1985

(3) การได้รับการชดเชยความเสียหายโดยรัฐ (Compensation) รัฐพึงจัดให้มีมาตรการชดเชยเยียวยาค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายในกรณีที่ค่าสินไหมทดแทนที่ได้รับจากผู้กระทำผิดหรือโดยทางอื่น ๆ ยังไม่เพียงพอแก่การชดเชยเยียวยาผู้เสียหาย²⁰ รวมทั้งจัดตั้งกองทุนแห่งชาติเพื่อการชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหาย²¹

(4) การให้บริการความช่วยเหลือ (Assistance) ผู้เสียหายพึงได้รับความช่วยเหลือที่จำเป็นทั้งในด้านวัตถุ การรักษาพยาบาล ตลอดจนความช่วยเหลือในด้านจิตใจ อารมณ์ ความรู้สึกและความช่วยเหลือทางสังคมทั้งจากรัฐ อาสาสมัครและชุมชน²²

มาตรฐานขั้นต่ำขององค์การสหประชาชาติเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมในข้างต้นเป็นแนวทางให้ประเทศต่าง ๆ รวมทั้งประเทศไทยในฐานะสมาชิกขององค์การสหประชาชาตินำไปปฏิบัติโดยสร้างระบบและกลไกในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเพื่อพัฒนาและยกระดับการคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายและเหยื่ออาชญากรรมและผู้เสียหายให้มีความเหมาะสมสอดคล้องกับบริบททางสังคมวัฒนธรรมและระบบกฎหมายของแต่ละประเทศดังที่ผู้เขียนจะได้กล่าวในหัวข้อต่อไป

3. มาตรการคุ้มครองสิทธิผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมในประเทศไทย

ประเทศไทยได้มีการรับรองและยกระดับการคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายในคดีอาญาให้สอดคล้องกับปฏิญญาว่าด้วยหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการอำนวยความสะดวกแก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากอาชญากรรมและการใช้อำนาจไม่ถูกต้อง (Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power) ทั้ง 4 ด้าน โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิในการดำเนินคดีอาญาของผู้เสียหายและสิทธิที่จะได้รับการชดเชยเยียวยาความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับจากการกระทำผิดอาญานั้นๆ ซึ่งได้มีการพัฒนาขึ้นตามลำดับ มีรายละเอียดสามารถสรุปได้ ดังนี้

1) การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมและได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม (Access to Justice and Fair Treatment) ประเทศไทยมีบทบัญญัติกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิและให้อำนาจผู้เสียหายในการดำเนินคดีอาญาและเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมอยู่ในระดับที่สูงมากตั้งแต่สิทธิในการริเริ่มคดีอาญาของผู้เสียหาย โดยการร้องทุกข์เพื่อร้องขอให้รัฐดำเนินคดีลงโทษผู้กระทำผิด²³ การฟ้องคดี

²⁰ Section 12 of Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power 1985

²¹ Section 13 of Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power 1985

²² Section 14 of Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power 1985

²³ มาตรา 2 (7) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

อาญา²⁴ การขอเข้าร่วมเป็นโจทก์กับพนักงานอัยการ²⁵ ไปจนถึงสิทธิในการระงับคดีไม่ว่าจะเป็นการถอนคำร้องทุกข์ การถอนฟ้องและการยอมความในกรณีความผิดต่อส่วนตัว²⁶ ซึ่งเป็นสิทธิเด็ดขาดของผู้เสียหายและตัดอำนาจการดำเนินคดีต่อไปโดยรัฐและเมื่อศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งใด ๆ แล้วผู้เสียหายไม่เห็นด้วยกับผลของคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นต้องการโต้แย้งก็สามารถใช้สิทธิอุทธรณ์ฎีกาคัดค้านคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลล่างได้ทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมาย²⁷

ในกรณีที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยยื่นคำร้องขอปล่อยตัวชั่วคราว ผู้เสียหายมีสิทธิยื่นคัดค้านการปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลยได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 108²⁸ ในการวินิจฉัยคำร้องขอให้ปล่อยชั่วคราว ศาลจะต้องพิจารณาคำคัดค้านของพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ โจทก์ หรือผู้เสียหาย (ถ้ามี) ประกอบด้วย เนื่องจากผู้เสียหายซึ่งส่วนใหญ่มีฐานะเป็นพยานในคดี ตลอดจนสมาชิกในครอบครัว อาจถูกกลั่นแกล้ง ข่มขู่จากผู้ต้องหาหรือจำเลย ผู้มีอิทธิพลในระหว่างที่ได้รับการปล่อยตัวชั่วคราวก็ได้ ส่งผลให้ผู้เสียหายเกิดความเกรงกลัวและไม่กล้าให้การเป็นพยานหรือดำเนินคดีกับผู้ต้องหาหรือจำเลยต่อไป

นอกจากบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิในการดำเนินคดีอาญาและสิทธิอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีอาญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ประธานศาลฎีกาได้ออกคำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับแนวทางการปฏิบัติต่อผู้เสียหายในคดีอาญา พ.ศ. 2563 เพื่อให้กระบวนการทางศาลทุกขั้นตอนมีการปฏิบัติต่อผู้เสียหายซึ่งตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมได้อย่างเหมาะสมสอดคล้องกับหลักการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและมาตรฐานขององค์การสหประชาชาติ เช่น เมื่อศาลเห็นเป็นการจำเป็น ศาลสามารถสั่งให้เจ้าหน้าที่ศาลจัดทำข้อมูลประวัติของผู้เสียหาย ผลกระทบหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อผู้เสียหาย ความคิดเห็นหรือความกังวลใจของผู้เสียหาย ตลอดจนพฤติกรรมอื่นใดที่เกี่ยวข้องซึ่งศาลเห็นว่าจะเป็นประโยชน์ต่อคดี²⁹ มีการอธิบายสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายของผู้เสียหาย มีการแจ้งขั้นตอนการดำเนินกระบวนการพิจารณา

²⁴ มาตรา 28 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

²⁵ มาตรา 30 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

²⁶ มาตรา 39 (2) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

²⁷ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)) ข้อ 14 (5) ในคดีอาญาประเทศไทยใช้ระบบการอุทธรณ์-ฎีกาโดยสิทธิ (Appeal by Right) กล่าวคือ คู่ความหรือบุคคลที่ถูกกระทบสิทธิโดยตรงจากผลแห่งคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลล่าง สามารถอุทธรณ์ฎีกาได้เว้นแต่ จะถูกจำกัด ตัดสิทธิในการอุทธรณ์หรือฎีกาโดยบทกฎหมายใดบทหนึ่ง ทั้งนี้สิทธิในการอุทธรณ์ของโจทก์หรือจำเลยนั้นถือเป็นสิทธิมนุษยชนตามมาตรฐานสากล

²⁸ มาตรา 108 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

²⁹ ข้อ 3 วรรคหนึ่ง คำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับแนวทางการปฏิบัติต่อผู้เสียหายในคดีอาญา พ.ศ. 2563

รวมถึงความคับหน้าและการสิ้นสุดการดำเนินกระบวนการพิจารณาให้ผู้เสียหายได้ทราบ³⁰ หรือในการพิจารณาคำร้องขอปล่อยชั่วคราวผู้เสียหาย ศาลจะต้องคำนึงถึงความปลอดภัยในชีวิต ร่างกายจิตใจ ทรัพย์สินและสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้เสียหายโดยอาจสอบถามความคิดเห็นของผู้เสียหายเพื่อประกอบการพิจารณาสั่งคำร้องขอปล่อยชั่วคราว³¹ โดยอาจกำหนดมาตรการกำกับดูแลความประพฤติของผู้ถูกปล่อยชั่วคราว โดยคำนึงถึงความปลอดภัยและสิทธิของผู้เสียหาย เช่น ห้ามยุ่งเกี่ยวหรือติดต่อกับผู้เสียหายไม่ว่าด้วยวิธีการใด ห้ามเข้าไปในสถานที่ที่ผู้เสียหายอยู่อาศัย³² เป็นต้น นอกจากนี้ ในการกำหนดโทษ ศาลพึงรับฟังความคิดเห็นของผู้เสียหายและคำนึงถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นแก่ผู้เสียหายประกอบด้วยเสมอ และในกรณีที่ศาลจะพิพากษาการกำหนดโทษหรือการลงโทษและคุมประพฤติจำเลย หากผู้เสียหายยังไม่ได้รับชดใช้ค่าสินไหมทดแทนพึงกำหนดให้การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นเงื่อนไขในการคุมประพฤติจำเลยด้วย รวมทั้งอาจวางเงื่อนไขให้จำเลยปฏิบัติหรือละเว้นปฏิบัติอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อป้องกันอันตรายหรือความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นแก่ผู้เสียหายด้วยก็ได้³³

(2) การได้รับการชดเชยความเสียหายจากผู้กระทำผิด (Restitution) ผู้เขียนได้จัดแบ่งประเภทของการชดเชยความเสียหายโดยผู้กระทำผิดภายใต้กฎหมายของประเทศไทยออกเป็นสองรูปแบบ กล่าวคือ การชดเชยความเสียหายที่เป็นทรัพย์สินหรือตัวเงินและมีใช้ตัวเงิน

ในกรณีของการชดเชยเยียวยาความเสียหายที่เป็นตัวเงิน เมื่อมีความผิดอาญาเกิดขึ้นอันก่อให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย จิตใจหรือได้รับความเสื่อมเสียต่อเสรีภาพในร่างกายชื่อเสียงหรือความเสียหายในทรัพย์สิน ผู้เสียหายสามารถใช้สิทธิฟ้องคดีอาญาและคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องอาญา³⁴ ต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อเรียกร้องให้ผู้กระทำผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ อย่างไรก็ตามผู้เสียหายจะต้องรับผิดชอบเสียค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในส่วนของคดีแพ่งด้วย³⁵ สำหรับในคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ ในกรณีความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินได้แก่ลักทรัพย์ วิ่งราว ชิงทรัพย์ ปล้นทรัพย์

³⁰ ข้อ 4 คำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับแนวทางการปฏิบัติต่อผู้เสียหายในคดีอาญา พ.ศ. 2563

³¹ ข้อ 6 คำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับแนวทางการปฏิบัติต่อผู้เสียหายในคดีอาญา พ.ศ. 2563

³² ข้อ 7 คำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับแนวทางการปฏิบัติต่อผู้เสียหายในคดีอาญา พ.ศ. 2563

³³ ข้อ 10 คำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับแนวทางการปฏิบัติต่อผู้เสียหายในคดีอาญา พ.ศ. 2563

³⁴ คดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญา หมายถึง คดีแพ่งที่มีมูลหรือเหตุจากการกระทำผิดอาญา ซึ่งคดีอาญามักจะก่อให้เกิดมูลคดีในทางแพ่งในลักษณะละเมิดด้วย เช่น การทำร้ายร่างกาย นอกจากจะเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 295 แล้วก็เป็นเหตุให้เรียกค่าสินไหมทดแทนอันเกิดจากการกระทำละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 อ้างถึงใน สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, **ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับอ้างอิง)**, พิมพ์ครั้งที่ 19 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า 40.

³⁵ มาตรา 40 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

โจรสลัด กรรโชก น้อโกงหรือยักยอก ถ้าผู้เสียหายมีสิทธิที่จะเรียกร้องทรัพย์สินหรือราคาที่เขาสูญเสียไปเนื่องจากการกระทำความผิดคืน พนักงานอัยการอาจมีคำขอให้ศาลสั่งให้จำเลยคืนหรือใช้ราคาทรัพย์สินแทนผู้เสียหายอันเป็นการเรียกให้ผู้กระทำความผิดชดใช้แก่ผู้เสียหายอีกทางหนึ่งด้วย³⁶ นอกจากนี้ในคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์หากผู้เสียหายมีสิทธิที่จะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนเพราะเหตุได้รับอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย จิตใจหรือได้รับความเสื่อมเสียต่อเสรีภาพในร่างกายหรือชื่อเสียงหรือได้รับความเสียหายในทางทรัพย์สินอันเนื่องมาจากการกระทำความผิดของจำเลย ผู้เสียหายจะยื่นคำร้องต่อศาลที่พิจารณาคดีอาญาขอให้บังคับจำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ตนก็ได้เช่นกัน³⁷ โดยได้รับยกเว้นค่าธรรมเนียมศาลในส่วนของคุณตีแฟง³⁸ ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายที่ตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมให้ได้รับชดใช้ค่าสินไหมทดแทนโดยสะดวกและรวดเร็ว

สำหรับการชดเชยความเสียหายโดยผู้กระทำความผิด ในรูปแบบที่มีใช้ตัวเงินแต่เป็นการชดเชยเยียวยาผู้เสียหายทางด้านจิตใจ ได้แก่ การนำกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (Restorative Justice) ซึ่งเป็นการอำนวยความยุติธรรมที่มีการคำนึงถึงเหยื่อหรือผู้เสียหาย รวมทั้งมีการนำครอบครัวและชุมชนซึ่งมีฐานะเป็นเหยื่อโดยทางอ้อมเข้ามามีส่วนรับรู้และร่วมกันแก้ไขเยียวยาผู้เสียหาย มาปรับใช้กับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในคดีความผิดที่ไม่ร้ายแรง เช่น คดีความผิดเล็กน้อยตามพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ความผิดที่เด็กและเยาวชนเป็นผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 หรือ คดีซึ่งมีโทษจำคุกหรือปรับและศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี ไม่ว่าจะลงโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตาม เมื่อศาลได้พิพากษาให้มีการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษจำเลยตามหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 ศาลอาจกำหนดเงื่อนไขคุมความประพฤติผู้กระทำความผิดโดยให้จำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือเยียวยาความเสียหายโดยวิธีอื่นให้แก่ผู้เสียหายตามที่ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายตกลงกันได้³⁹ เป็นต้น

(3) การได้รับการชดเชยความเสียหายโดยรัฐ (Compensation) เมื่อมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้นและมีบุคคลตกเป็นเหยื่อเท่าที่บารัฐบกพร่องในการปฏิบัติหน้าที่ในการคุ้มครองประชาชนทุกคนให้ได้รับความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน ดังนั้นรัฐจึงมีหน้าที่รับผิดชอบแก้ไขเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น สำหรับประเทศไทย สิทธิของผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมที่จะได้รับการช่วยเหลือเยียวยาจากรัฐได้ถูกรับรองและคุ้มครองไว้เป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร

³⁶ มาตรา 43 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

³⁷ มาตรา 44/1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

³⁸ มาตรา 253 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

³⁹ มาตรา 56 วรรคสาม (7) ประมวลกฎหมายอาญา

ไทย พ.ศ. 2540 และเป็นที่มาของการตราพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2544 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2559 เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการต่าง ๆ ในการที่รัฐจะเยียวยาความเสียหายของผู้เสียหายในคดีอาญา แม้ในปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 จะถูกยกเลิกไปแล้ว แต่สิทธิที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายยังคงได้รับการรับรองไว้โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 25 วรรคท้าย ซึ่งกำหนดให้บุคคลซึ่งได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิดอาญาของบุคคลอื่นย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาหรือช่วยเหลือจากรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติ⁴⁰

อนึ่ง เหยื่อหรือผู้เสียหายที่มีสิทธิได้รับค่าตอบแทนตามพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2544 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2559 แบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ ผู้เสียหายที่ตกเป็นเหยื่ออาชญากรรม และจำเลยในคดีอาญาหรือเหยื่อของกระบวนการยุติธรรม⁴¹

โดยพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2544 มาตรา 3 ได้ให้ความหมายของคำว่า “ผู้เสียหาย” ไว้หมายถึงบุคคลที่ได้รับความเสียหายถึงแก่ชีวิต ร่างกายหรือจิตใจ จากการกระทำความผิดอาญาของผู้อื่นโดยตนมิได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดนั้น

สำหรับฐานความผิดที่ผู้เสียหายอาจขอรับค่าตอบแทน⁴² จากรัฐได้ เช่น ถูกข่มขืนกระทำชำเราหรือถูกกระทำอนาจาร ถูกทำร้ายได้รับบาดเจ็บหรือถึงแก่ความตาย ถูกหลอกลวงได้รับบาดเจ็บถึงแก่ความตาย (กรณีเจตนาโดยพลาด ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 60) ได้รับบาดเจ็บสาหัสหรือตายจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของผู้อื่นโดยพิสูจน์แล้วมีข้อยุติว่า

⁴⁰ ไพโรจน์ ตินชาติอาร์ักษ์ และ บุชรินทร์ หลวงประสาร, “แนวทางการช่วยเหลือผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมและผู้ไม่ได้รับความเป็นธรรมแบบบูรณาการ “ยุติธรรมใส่ใจ (Justice Care)” วารสารกระบวนการยุติธรรม 12 (เมษายน 2562): หน้า 127.

⁴¹ พระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2544 มาตรา 3 จำเลยในคดีอาญา หมายถึง บุคคลที่ถูกฟ้องต่อศาลว่าได้กระทำความผิดอาญา และมาตรา 20 จำเลยที่มีสิทธิได้รับค่าตอบแทนและค่าใช้จ่ายตามพระราชบัญญัตินี้ ต้องเป็นจำเลยที่ถูกดำเนินคดีโดยพนักงานอัยการและถูกคุมขังระหว่างการพิจารณาคดีต่อมาปรากฏหลักฐานชัดเจนว่าจำเลยมิได้เป็นผู้กระทำความผิด มีการถอนฟ้องระหว่างการดำเนินคดีหรือมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าไม่ได้กระทำความผิดหรือการกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิด

⁴² มาตรา 18 พระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2544 ค่าตอบแทน ได้แก่ ค่าใช้จ่ายที่จำเป็นในการรักษาพยาบาล รวมทั้งค่าฟื้นฟูสมรรถภาพทางร่างกายและจิตใจ ค่าตอบแทนในกรณี que ผู้เสียหายถึงแก่ความตาย ค่าขาดประโยชน์ทำมาหาได้ในระหว่างที่ไม่สามารถประกอบการทำงานได้ตามปกติ ค่าตอบแทนอื่นตามที่คณะกรรมการเห็นสมควร

ผู้เสียหายไม่ได้มีส่วนประมาทด้วย ความผิดฐาน ชิงทรัพย์ ปล้นทรัพย์ เป็นต้น⁴³ ในคดีที่มีการร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาพนักงานสอบสวนมีหน้าที่แจ้งให้ผู้เสียหายหรือทายาทซึ่งได้รับความเสียหายที่มาร้องทุกข์ดังกล่าวทราบถึงสิทธิการได้รับค่าตอบแทนจากรัฐด้วย⁴⁴ ทั้งนี้ผู้เสียหายหรือทายาทซึ่งได้รับความเสียหายที่มีสิทธิขอรับค่าตอบแทนจะต้องยื่นคำขอต่อคณะกรรมการพิจารณาค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญาภายใน 1 ปี นับจากวันที่ผู้เสียหายได้รู้ถึงการกระทำผิด⁴⁵

(4) การให้บริการความช่วยเหลือแก่ผู้เสียหายในคดีอาญา (Assistance) เพื่อเป็นการยกระดับการคุ้มครองสิทธิแก่ผู้เสียหายและเหยื่ออาชญากรรม ชุมชน และองค์กรต่าง ๆ ได้เข้ามามีบทบาทในการกำหนดนโยบายและมีส่วนร่วมในการให้บริการความช่วยเหลือแก่เหยื่ออาชญากรรม เช่น การจัดทำแนวทางการช่วยเหลือผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมและผู้ไม่ได้รับความเป็นธรรมแบบบูรณาการ “ยุติธรรมใส่ใจ (Justice Care)” กระทรวงยุติธรรม⁴⁶ การตั้งศูนย์กลางข้อมูลผู้เสียหาย ศาลยุติธรรม⁴⁷ เป็นต้น

⁴³ รายการแนบท้ายพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2544 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2559

⁴⁴ มาตรา 6/1 พระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2544 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2559

⁴⁵ มาตรา 22 พระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2544 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2559

⁴⁶ แนวทางการช่วยเหลือผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมและผู้ไม่ได้รับความเป็นธรรมแบบบูรณาการ “ยุติธรรมใส่ใจ (Justice Care)” มุ่งเน้นให้ความช่วยเหลือผู้เสียหายหรือเหยื่อที่เป็นผู้ด้อยโอกาสในสังคมให้ได้รับความช่วยเหลือด้วยความรวดเร็วภายใน 24 ชั่วโมง อันเป็นการลดความเหลื่อมล้ำและสร้างความเป็นธรรมในสังคม โดยสำนักงานยุติธรรมจังหวัดจะทำหน้าที่เป็นหน่วยงานหลักในการบูรณาการการช่วยเหลือดังกล่าว โดยมีผู้ประสานงานหลัก (Case Manger) ทำหน้าที่ประสานงานกับหน่วยงานในพื้นที่แจ้งสิทธิแก่ผู้เสียหายภายใน 24 ชั่วโมง ให้คำแนะนำเกี่ยวกับการใช้สิทธิในกระบวนการยุติธรรม รวมทั้งให้คำปรึกษาด้านจิตใจแก่ผู้เสียหาย ครอบครัวและผู้ได้รับผลกระทบโดยประสานกับนักสังคมสงเคราะห์หรือนักจิตวิทยาของกระทรวงยุติธรรมในพื้นที่ อ้างถึงใน ไพโรจน์ ตินชาดิอารักษ์และบุษรินทร์ หลวงประสาร, “แนวทางการช่วยเหลือผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมและผู้ไม่ได้รับความเป็นธรรมแบบบูรณาการ “ยุติธรรมใส่ใจ (Justice Care),” วารสารกระบวนการยุติธรรม 12 (เมษายน 2562): หน้า 127.

⁴⁷ การจัดตั้งศูนย์กลางข้อมูลผู้เสียหาย เป็นการดำเนินการตามนโยบายของประธานศาลฎีกา พ.ศ. 2563-2564 ข้อ 2 สมดุล “สร้างดุลยภาพแห่งสิทธิ” มุ่งเน้นการยกระดับการคุ้มครองสิทธิแก่ผู้เสียหายและเหยื่ออาชญากรรม เพื่อเป็นการสร้างสมดุลกับการคุ้มครองผู้ต้องหาและจำเลยเพื่อให้ศาลได้รับฟังและทราบถึงความประสงค์ของผู้เสียหายที่ต้องการได้รับเยียวยา ดูแลแก้ไขความเดือดร้อนเสียหายอันเป็นผลจากการกระทำผิดอาญาของผู้อื่นไม่ว่าจะเป็นด้านร่างกาย จิตใจและทรัพย์สิน เพื่อให้ศาลจะได้ให้ความช่วยเหลือที่สะดวกและรวดเร็วขึ้น ตลอดจนประชาสัมพันธ์ให้ผู้เสียหายได้รู้สิทธิใช้สิทธิและเข้าถึงสิทธิทางศาลอย่างทั่วถึงและรวดเร็วที่สุด อ้างถึงใน ศาลยุติธรรม, “อบอุ่น ห่วงใย ให้ความสำคัญแก่ผู้เสียหาย,” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.coj.go.th/th/content/category/detail/Id/8/iid/232912> [18 กุมภาพันธ์ 2564]

สำหรับประเทศไทย การให้บริการความช่วยเหลือแก่ผู้เสียหายได้ถูกรองรับและคุ้มครองไว้ในกฎหมายหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติกองทุนยุติธรรม พ.ศ. 2558 ได้มีการจัดตั้งกองทุนยุติธรรมขึ้น มีฐานะเป็นนิติบุคคล มีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยเหลือประชาชนให้สามารถเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้อย่างทั่วถึง เสมอภาคและเป็นธรรมโดยให้ความช่วยเหลือประชาชนในการดำเนินคดี การปล่อยตัวชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลย การช่วยเหลือผู้ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชน หรือผู้ได้รับผลกระทบจากการถูกละเมิดสิทธิมนุษยชน⁴⁸ และให้ความรู้ทางกฎหมายแก่ประชาชน⁴⁹ นอกจากนี้ในกรณีที่ผู้เสียหายเป็นพยาน⁵⁰ ในคดีอาญาก็จะมีสิทธิได้รับความคุ้มครอง ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ. 2546 ด้วย เช่น สิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองความปลอดภัย⁵¹ สิทธิที่จะได้รับค่าตอบแทนความเสียหายในกรณีที่เกิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สินของพยานเพราะมีการกระทำความผิดอาญาโดยเจตนาเนื่องจากการที่พยานจะมาหรือได้มาเป็นพยาน⁵² เป็นต้น

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่าประเทศไทยได้มีการบัญญัติกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิและให้อำนาจผู้เสียหายในการดำเนินคดีอาญาและสิทธิที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญาอยู่ในระดับที่สูงมากด้วยเหตุที่พื้นฐานแนวความคิดในระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยได้ประยุกต์หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐเข้ากับหลักการดำเนินคดีอาญาโดยเอกชน⁵³ ในส่วนของมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการชดเชยเยียวยาให้กับผู้เสียหายที่ตกเป็นเหยื่อไม่ว่าจะเป็นการชดเชยเยียวยาโดยผู้กระทำความผิดหรือโดยรัฐก็ได้มีการพัฒนาขึ้นเป็นลำดับ ดังที่ปรากฏในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนค่าใช้จ่ายแก่จำเลย

⁴⁸ ระเบียบคณะกรรมการกองทุนยุติธรรมว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และ เงื่อนไขในการช่วยเหลือผู้ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชน หรือผู้ได้รับผลกระทบจากการถูกละเมิดสิทธิมนุษยชน

ข้อ 9 ผู้ขอรับความช่วยเหลือจากการกระทำในกรณีดังต่อไปนี้เป็นผู้มีสิทธิขอรับความช่วยเหลือ

(1) เป็นผู้เสียหายจากการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย

(2) เป็นจำเลยที่ถูกคุมขังตามคำพิพากษาเกินกำหนด

(3) เป็นจำเลยที่มีสิทธิได้รับค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายตามกฎหมายว่าด้วยค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนค่าใช้จ่ายในคดีอาญาและถูกคุมขังในระหว่างการสอบสวน

(4) การละเมิดสิทธิมนุษยชนในกรณีอื่นใดที่คณะกรรมการเห็นสมควร

⁴⁹ มาตรา 9 พระราชบัญญัติกองทุนยุติธรรม พ.ศ. 2558

⁵⁰ มาตรา 3 พระราชบัญญัติคุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ. 2546 พยาน หมายความว่า พยานบุคคลซึ่งจะมาให้ หรือ ได้ให้ข้อเท็จจริงต่อพนักงานผู้มีอำนาจสืบสวนคดีอาญา พนักงานผู้มีอำนาจสอบสวนคดีอาญา พนักงานผู้มีอำนาจฟ้องคดีอาญา หรือศาลในการดำเนินคดีอาญา รวมทั้งผู้ชำนาญการพิเศษแต่มีให้หมายความร่วมมือถึงจำเลยที่อ้างตนเองเป็นพยาน

⁵¹ มาตรา 6 พระราชบัญญัติคุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ. 2546

⁵² มาตรา 15 พระราชบัญญัติคุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ. 2546

⁵³ อุทัย อาทิเวช, คู่มือกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเล่ม 2 สิทธิของผู้เสียหายในคดีอาญา, หน้า 127.

ในคดีอาญา พ.ศ. 2544 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2559

อย่างไรก็ตาม จะเห็นได้ว่ามาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยยังขาดการเปิดโอกาสให้ผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมสามารถแสดงความคิดเห็น ข้อกังวลใจ เกี่ยวกับผลกระทบของอาชญากรรมที่อาจเกิดขึ้นได้อย่างเป็นรูปธรรมในทุกขั้นตอนของการดำเนินคดี เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายหมายของประเทศอังกฤษซึ่งเป็นประเทศหนึ่งที่มีระบบกระบวนการยุติธรรมที่เป็นมาตรฐานดังที่ผู้เขียนจะได้กล่าวในหัวข้อต่อไป

4. มาตรการคุ้มครองสิทธิผู้เสียหายในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศอังกฤษ: การจัดทำคำแถลงเกี่ยวกับผลกระทบของอาชญากรรม

คำแถลงเกี่ยวกับผลกระทบของอาชญากรรมที่เกิดขึ้นกับเหยื่อ (Victim Personal Statement: VPS) เป็นคำแถลงที่เปิดโอกาสให้ผู้เสียหายได้แสดงความรู้สึกของตนเกี่ยวกับผลกระทบที่เกิดจากอาชญากรรมไม่ว่าจะเป็นผลกระทบต่อร่างกาย อารมณ์ สถานะทางการเงิน ซึ่งมีความแตกต่างจากคำแถลงการณพยาน (Witness Statement) ที่เป็นการอธิบายเหตุการณ์เกี่ยวกับอาชญากรรมนั้นว่าเกิดขึ้นที่ไหน เมื่อใด ใครเป็นผู้กระทำความผิดด้วยวิธีการใด⁵⁴ กฎหมายของประเทศอังกฤษเปิดโอกาสให้ผู้เสียหายเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาโดยการจัดทำคำแถลงเกี่ยวกับผลกระทบของอาชญากรรมในกระบวนการขึ้นก่อนฟ้องและชั้นพิจารณาตลอดจนชั้นบังคับโทษ มีรายละเอียดสามารถสรุปได้ดังนี้

4.1 การจัดทำคำแถลงเกี่ยวกับผลกระทบของอาชญากรรมในชั้นก่อนฟ้องและชั้นพิจารณา

เมื่อพิจารณากฎหมายของประเทศอังกฤษ ตาม Domestic Violence Crime and Victim Act 2004 มาตรา 33 ประกอบกับ Code of Practice for Victims of Crime 2015 เหยื่ออาชญากรรมหรือผู้เสียหายมีสิทธิที่จะจัดทำคำแถลงเกี่ยวกับผลกระทบของอาชญากรรมที่เกิดขึ้นกับตน หรือ Victim, Personal Statement (VPS) เพื่อให้ศาลใช้ประกอบการพิจารณาพิพากษาคดีได้ ทั้งนี้ ตาม Criminal Justice Act 2003 มาตรา 143 (1) ในการวินิจฉัยว่าพฤติการณ์การกระทำมีความร้ายแรงหรือไม่จะต้องพิจารณาจากความชั่วร้ายในตัวผู้กระทำความผิดประกอบกับภัยอันตรายใดๆที่เกิดขึ้นจากการกระทำผิด หรือที่ผู้กระทำความผิดตั้งใจให้เกิดหรือน่าจะเกิดขึ้นจาก

⁵⁴ Ministry of Justice, Code of Practice for Victims of Crime 2015, [Online], Available from https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/476900/code-of-practice-for-victims-of-crime.PDF [12 November 2020]

การกระทำความผิดนั้นซึ่งหมายความรวมถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นกับเหยื่อหรือผู้เสียหายด้วย⁵⁵

ทั้งนี้ กระบวนการจะเริ่มต้นจากเจ้าหน้าที่ตำรวจจะอธิบายให้ผู้เสียหายที่ตกเป็นเหยื่อทราบถึงการดำเนินคดีอาญา กระบวนการสอบสวน ตลอดจนการให้ความช่วยเหลือจากองค์กรช่วยเหลือเหยื่ออาชญากรรม (Victim Support Services) เมื่อผู้เสียหายให้ปากคำแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจ (Witness Statement) เจ้าหน้าที่ตำรวจจะแจ้งให้ทราบถึงสิทธิในการจัดทำคำแถลงเกี่ยวกับผลกระทบของอาชญากรรมที่เกิดขึ้นกับเหยื่อ (Victim Personal Statement) และผู้เสียหายมีสิทธิเลือกที่จะให้มีการอ่าน (โดยตัวผู้เสียหายเองหรือบุคคลอื่นๆ เช่น ครอบครัวหรือพนักงานอัยการ) หรือเปิด (กรณีมีการบันทึกเสียง) คำแถลงเกี่ยวกับผลกระทบของอาชญากรรมที่ได้จัดทำขึ้นประกอบการพิจารณาของศาลหรือไม่ก็ได้ในกรณีที่มีพยานหลักฐานชัดเจนว่าจำเป็นผู้กระทำผิดจริง⁵⁶ อนึ่ง แม้ผู้เสียหายจะเลือกให้มีการอ่านคำแถลง แต่หากภายหลังไม่ต้องการให้มีการอ่านคำแถลงซึ่งเกี่ยวกับผลกระทบของอาชญากรรมของตนในการพิจารณาของศาล ก็สามารถขอยกเลิกการอ่านคำแถลงได้ อย่างไรก็ดีคำแถลงดังกล่าวยังคงถูกรวบรวมเป็นพยานเอกสารชิ้นหนึ่งในสำนวน⁵⁷

หากผู้เสียหายไม่ได้จัดทำคำแถลงเกี่ยวกับผลกระทบของอาชญากรรมไว้ในตอนต้นภายหลังการให้ปากคำกับเจ้าพนักงานตำรวจ ผู้เสียหายอาจจัดทำคำแถลงดังกล่าวต่อเจ้าพนักงานตำรวจภายหลังได้ในเวลาใดๆ ก่อนที่คดีจะเข้าสู่การพิจารณาของศาล⁵⁸ ในกรณีของผู้เสียหายที่พึงได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษ 3 ประเภท ได้แก่ ผู้เสียหายในการกระทำผิดอาญาร้ายแรง (Victims of Most Serious Crimes)⁵⁹ ผู้เสียหายที่ตกเป็นเหยื่ออย่างต่อเนื่อง (Persistently Targeted Victims)⁶⁰ และผู้เสียหายที่เป็นกลุ่มเปราะบาง (Vulnerable or Intimidated Victims)⁶¹ สามารถ

⁵⁵ Andrew Ashworth, *Sentencing and Criminal Justice*, p.440.

⁵⁶ Ministry of Justice, Code of Practice for Victims of Crime 2015, para 1.13.

⁵⁷ Ministry of Justice, Code of Practice for Victims of Crime 2015, para 1.14.

⁵⁸ Ministry of Justice, Code of Practice for Victims of Crime 2015, para 1.15.

⁵⁹ ผู้เสียหายในการกระทำผิดอาญาร้ายแรง (victims of most serious crimes) ได้แก่ ผู้เสียหายในความผิดเกี่ยวกับการกระทำความรุนแรงในครอบครัว อาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชัง การก่อการร้าย ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดฐานค้ามนุษย์ ความผิดฐานพยายามฆ่า ลักพาตัวเรียกค่าไถ่ ความผิดฐานลอบวางเพลิงที่มีเจตนาประสังคีให้เกิดอันตรายแก่ชีวิตและร่างกาย อ้างถึงใน Ministry of Justice, Code of Practice for Victims of Crime 2015, para 1.8.

⁶⁰ ผู้เสียหายที่ตกเป็นเหยื่ออย่างต่อเนื่อง (persistently targeted victims) ได้แก่ ผู้เสียหายที่ตกเป็นเหยื่อโดยตรงจากการกระทำความผิดซ้ำโดยการถูกล่วงละเมิดก่อกวน (harassment) หรือสะกดรอยตาม (stalking) อ้างถึงใน Ministry of Justice, Code of Practice for Victims of Crime 2015, para 1.9

⁶¹ ผู้เสียหายที่เป็นกลุ่มเปราะบาง (vulnerable or intimidated victims) ได้แก่ ผู้เสียหายที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีได้ ขณะที่เกิดการกระทำความผิด ผู้เสียหายที่มีอาการทางจิต ผู้เสียหายที่บกพร่องทางปัญญาและฐานะทางสังคม และผู้เสียหายพิการ ใน Ministry of Justice, Code of Practice for Victims of Crime 2015, para 1.10

คำแถลงเกี่ยวกับผลกระทบของอาชญากรรมต่อเจ้าพนักงานตำรวจได้ในเวลาใด ๆ ก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาไม่ว่าจะได้ให้ปากคำในฐานะพยานต่อเจ้าพนักงานตำรวจแล้วหรือไม่ก็ตาม⁶²

4.2 การจัดทำคำแถลงเกี่ยวกับผลกระทบของอาชญากรรมในชั้นบังคับโทษ

เมื่อพิจารณาถึงการมีส่วนร่วมของผู้เสียหายในกระบวนการการพักการลงโทษ⁶³ ตาม Code of Practice for Victims of Crime 2015 พบว่า รัฐมีกลไกที่เปิดโอกาสให้ผู้เสียหายซึ่งตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมได้เข้ามามีส่วนร่วมโดยสามารถเสนอความเห็นเกี่ยวกับการพักการลงโทษโดยจัดทำคำแถลงเกี่ยวกับผลกระทบของอาชญากรรม Victim Personal Statement (VPS) เพื่อเป็นข้อมูลประกอบการพิจารณาพักการลงโทษได้⁶⁴ กล่าวคือ ภายหลังจากที่ศาลมีคำพิพากษาแล้ว ผู้เสียหายในคดีความผิดร้ายแรงหรือคดีความผิดเกี่ยวกับเพศที่ผู้กระทำผิดได้รับโทษจำคุกมากกว่า 12 เดือน จะได้เข้าร่วมโครงการช่วยเหลือเหยื่ออาชญากรรม (Victim Contact Scheme: VCS) และเมื่อคณะกรรมการพักการลงโทษ (The Parole Board)⁶⁵ พิจารณาปล่อยตัวนักโทษเด็ดขาดก่อนครบกำหนดโทษ ผู้เสียหายมีสิทธิได้รับการแจ้งถึงการพิจารณาพักการลงโทษดังกล่าวจากหน่วยงานคุมประพฤติ (National Probation Service) และสามารถแจ้งความประสงค์ผ่านผู้ประสานงานเหยื่ออาชญากรรม (Victim Liaison Officer: VLO) ในการจัดทำคำแถลง Victim

⁶² Ministry of Justice, Code of Practice for Victims of Crime 2015, para 1.16

⁶³ การพักการลงโทษ หรือ “Parole” หมายถึง การที่นักโทษเด็ดขาดซึ่งได้รับโทษในเรือนจำมาแล้วระยะหนึ่งได้รับการพิจารณาคัดเลือกให้ปล่อยก่อนครบกำหนดโทษตามคำพิพากษาโดยอยู่ภายใต้เงื่อนไขสอดส่องดูแลคุมประพฤติไปจนกว่าจะครบกำหนดโทษตามคำพิพากษา และในกรณีที่นักโทษผิดเงื่อนไขหรือกระทำความผิดคดีอื่น ๆ ขึ้นอีกในช่วงระยะเวลาดังกล่าว ผู้ได้รับการพักการลงโทษก็จะได้รับการปลดปล่อยเป็นอิสระ ในทางตรงข้ามหากมีการประพฤติผิดเงื่อนไขก็จะถูกนำตัวกลับมารับโทษจำคุกที่เหลืออยู่ต่อไป ใน นันทิ จิตสว่าง, **หลักทฤษฎีบท: หลักการวิเคราะห์ระบบงานราชทัณฑ์**, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิพิบูลสงเคราะห์ กรมราชทัณฑ์, 2545), หน้า 129.

⁶⁴ กระบวนการพิจารณาพักการลงโทษในอังกฤษ มี 2 รูปแบบ กล่าวคือ การพิจารณาเอกสาร (Paper-Based hearing) ที่รวบรวมโดยกรมราชทัณฑ์ (HM Prison Service) และกรมคุมประพฤติ (Probation Service) และการพิจารณาโดยเปิดโอกาสให้ผู้มีส่วนได้เสียได้แถลงการณ์ด้วยวาจา (Oral Hearing) ในส่วนของรูปแบบการแถลงการณ์ด้วยวาจาจะจัดขึ้นในเรือนจำ โดยผู้เข้าร่วมการพิจารณาพักการลงโทษประกอบด้วย นักโทษพร้อมด้วยผู้ช่วยเหลือด้านกฎหมายของนักโทษ ผู้เสียหาย พยาน เช่น พนักงานคุมประพฤติ นักจิตวิทยาประจำเรือนจำ ในบางคดีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม (Secretary of the State for Justice) อาจเข้าร่วมการพิจารณาดังกล่าวด้วย อ้างถึงใน Ben Rodin, “The Parole System of England and Wales,” [Online] Available from : www.commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-8656/ [25 June 2021]

⁶⁵ องค์การที่ทำหน้าที่พิจารณาพักการลงโทษ คือ คณะกรรมการพักการลงโทษ (the Parole Board) จัดตั้งโดย Criminal Justice Act 1967 ต่อมาได้ถูกพัฒนาให้เป็นหน่วยงานอิสระของรัฐที่ไม่สังกัดกระทรวงใด (An Executive Non-Departmental Public Body: NDPB) ตาม The Criminal Justice and Public Order Act 1994 คณะกรรมการพักการลงโทษจะได้รับการแต่งตั้งโดยรัฐมนตรียุติธรรม (Secretary of the State for Justice) ประกอบด้วยผู้พิพากษา จิตแพทย์ นักจิตวิทยา พนักงานคุมประพฤติโปรด อ้างถึงใน Justice, “The Parole System of England and Wales,” [Online] Available from www.justice.org.uk [30 June 2021]

Personal Statement (VPS) ขึ้นใหม่อีกครั้งหนึ่ง เพื่ออธิบายถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่อตนเอง หรือครอบครัวจากการปล่อยตัวนักโทษเด็ดขาดก่อนครบกำหนดโทษ ไม่ว่าจะเป็นผลกระทบทางด้านร่างกาย จิตใจอารมณ์ ความรู้สึก เนื้อหาของคำแถลงดังกล่าวจะได้ใช้เป็นข้อมูลประกอบการพิจารณาของคณะกรรมการพักการลงโทษ (Paper-Based Hearing) หรือผู้เสียหายอาจแจ้งความจำนงค์ขอเข้าร่วมการพิจารณาพักการลงโทษแบบแถลงการณ์ด้วยวาจา (Oral Hearing) และยื่นคำแถลงเกี่ยวกับผลกระทบจากการปล่อยตัวนักโทษเด็ดขาด (VPS) ในการพิจารณาดังกล่าวก็ได้⁶⁶

อนึ่ง คณะกรรมการพักการลงโทษจะต้องเปิดเผยผลการพิจารณาพักการลงโทษพร้อมเหตุผลประกอบให้ผู้เสียหายทราบด้วยหากผู้เสียหายร้องขอ เว้นแต่ ในกรณีที่มีเหตุอันสมควรที่ประธานคณะกรรมการพักการลงโทษเห็นควรไม่ให้มีการเปิดเผยผลการพิจารณาดังกล่าว⁶⁷

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าประเทศอังกฤษมีมาตรการทางกฎหมายที่เปิดโอกาสให้ผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมได้เข้ามามีส่วนร่วมในทุกขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาดังแต่กระบวนการในชั้นก่อนฟ้องและชั้นพิจารณาของศาล ไปจนถึงกระบวนการพักการลงโทษโดยสามารถจัดทำคำแถลงเกี่ยวกับผลกระทบของอาชญากรรมที่อาจเกิดขึ้นเพื่อเป็นข้อมูลประกอบการพิจารณาของศาลและการพักการลงโทษขององค์กรผู้มีความอำนาจ ทั้งนี้หากมีการนำมาตรการดังกล่าวมาปรับใช้กับกฎหมายของประเทศไทยจะเป็นการสร้างความมั่นใจให้กับผู้เสียหายว่าจะไม่ถูกหลงลืม ถูกทอดทิ้ง และเกิดความเชื่อมั่นต่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญาดังที่ผู้เขียนจะกล่าวในหัวข้อต่อไป

5. วิเคราะห์ปัญหากฎหมายและแนวทางการคุ้มครองสิทธิผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศไทย

เมื่อพิจารณาถึงการคุ้มครองสิทธิผู้เสียหายในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมและได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม (Access to Justice and Fair Treatment) ตามกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศอังกฤษซึ่งเป็นประเทศหนึ่งที่มีระบบกระบวนการยุติธรรมที่เป็นมาตรฐานพบว่าแม้ในปัจจุบันจะมีคำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับแนวทางการปฏิบัติต่อผู้เสียหาย

⁶⁶ ภทวรรณ ทองใหญ่, “การพักการลงโทษ: แนวคิดในการกำหนดโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำผิดเป็นรายบุคคลกับความเชื่อมั่นของประชาชนต่อระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญา Parole: Individualization of Punishment and Public Trust in Criminal Justice System,” อ้างถึงใน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, **หนังสือรวมบทความเนื่องในโอกาสครบรอบ “48 ปี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2563), หน้า 129.

⁶⁷ GOV.UK, “The Parole Board Rules 2019, section 27,” [Online] Available from URL: <https://www.gov.uk/government/publications/the-parole-board-rules-2019> [25 June 2021]

ในคดีอาญา พ.ศ. 2563 ซึ่งกำหนดแนวทางการดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นศาลโดยคำนึงถึงการปฏิบัติที่เหมาะสมและเป็นธรรมต่อผู้เสียหายซึ่งตกเป็นเหยื่ออาชญากรรม แต่บทบัญญัติดังกล่าวยังมีประเด็นปัญหาทางกฎหมายบางประการและไม่ครอบคลุมถึงการมีส่วนร่วมของผู้เสียหายในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาชั้นบังคับโทษ ดังที่ผู้เขียนจะได้นำเสนอต่อไป

1) สิทธิของผู้เสียหายในการจัดทำคำแถลงเกี่ยวกับผลกระทบของอาชญากรรมประกอบการพิจารณาของศาล

ตามกฎหมายไทย การจัดทำคำแถลงเกี่ยวกับผลกระทบของอาชญากรรม (VPS) ปรากฏอยู่ในคำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับแนวทางการปฏิบัติต่อผู้เสียหายในคดีอาญา พ.ศ. 2563 ซึ่งกำหนดให้ในกรณีที่เห็นเป็นการจำเป็น ศาลสามารถสั่งให้เจ้าหน้าที่ศาลจัดทำข้อมูลประวัติของผู้เสียหาย ผลกระทบหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อผู้เสียหาย ความคิดเห็น หรือความกังวลใจของผู้เสียหายตลอดจนพฤติกรรมอื่นใดที่เกี่ยวข้องซึ่งศาลเห็นว่าจะประโยชน์ต่อคดี จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการจัดทำคำแถลงเกี่ยวกับผลกระทบที่เกิดจากอาชญากรรมเพื่อประกอบการพิจารณาของศาลไม่ใช่สิทธิของผู้เสียหาย แต่อยู่ในดุลพินิจของศาลที่จะพิจารณาสั่งเมื่อเห็นเป็นการจำเป็น นอกจากนี้ยังมิได้มีการกำหนดให้ชัดเจนว่าคดีประเภทใดบ้างที่ผู้เสียหายควรได้รับโอกาสในการจัดทำคำแถลงเกี่ยวกับผลกระทบของอาชญากรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ คดีเกี่ยวกับความรุนแรงในครอบครัว หรือคดีความผิดเกี่ยวกับชีวิตร่างกายที่ส่งผลกระทบต่อความรู้สึกของประชาชนหรือสังคม ในขณะที่เมื่อพิจารณากฎหมายของประเทศอังกฤษตาม Domestic Violence Crime and Victim Act 2004 มาตรา 33 ประกอบกับ Code of Practice for Victims of Crime 2015 การจัดทำคำแถลงเกี่ยวกับผลกระทบของอาชญากรรมที่เกิดขึ้น (Victim Personal Statement) เพื่อประกอบการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลเป็นสิทธิประการหนึ่งของเหยื่ออาชญากรรมหรือผู้เสียหาย

ดังนั้น หากกฎหมายของประเทศไทยมีการกำหนดให้การจัดทำคำแถลงเกี่ยวกับผลกระทบของอาชญากรรมที่เกิดขึ้นกับเหยื่อ (Victim Personal Statement: VPS) เพื่อประกอบการพิจารณาของศาลเป็นสิทธิประการหนึ่งของผู้เสียหาย โดยมีการกำหนดประเภทคดีที่ชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่งคดีที่เกี่ยวกับความรุนแรงในครอบครัว คดีความผิดเกี่ยวกับเพศ คดีความผิดต่อชีวิตร่างกาย หรือคดีความผิดที่ผู้เสียหายเป็นกลุ่มเปราะบาง เช่น ผู้เสียหายที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีได้ ขณะที่เกิดการกระทำความผิด ผู้เสียหายที่มีอาการทางจิต ผู้เสียหายพิการ เป็นต้น จะเป็นการส่งเสริมการคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายให้สามารถเข้าถึงความยุติธรรมและได้รับการปฏิบัติอย่างเหมาะสมเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น รวมทั้งส่งผลให้ภารกิจของกระบวนการยุติธรรมบรรลุตามวัตถุประสงค์ในการ

รักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม (Public Safety) ในขณะที่สิทธิเสรีภาพของบุคคล (Individual Rights) ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรมก็ได้รับความคุ้มครองด้วยเช่นกัน

2) สิทธิของผู้เสียหายที่จะจัดทำคำแถลงเกี่ยวกับผลกระทบของอาชญากรรมในกระบวนการพักการลงโทษ

การคุ้มครองสิทธิผู้เสียหายโดยมีการรับฟังความคิดเห็น ความกังวลใจตลอดจนผลกระทบของอาชญากรรมที่อาจเกิดขึ้นกับผู้เสียหายประกอบการพิจารณาคดีและการกำหนดโทษ ตามคำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับแนวทางการปฏิบัติต่อผู้เสียหายในคดีอาญา พ.ศ. 2563 ไม่ครอบคลุมถึงการดำเนินคดีอาญาในชั้นบังคับโทษ กล่าวโดยเฉพาะในส่วนของกระบวนการพักการลงโทษ ประเทศไทยยังขาดบทบัญญัติของกฎหมายที่เปิดโอกาสให้ผู้เสียหายที่ตกเป็นเหยื่ออาชญากรรม เข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาพักการลงโทษ ส่งผลให้ผู้เสียหายซึ่งได้รับผลกระทบโดยตรงจากการปล่อยตัวผู้กระทำผิด อาจเกิดความหวาดกลัวและไม่มั่นใจในความปลอดภัยของตน

ตามพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 มาตรา 52 อนุมาตรา (7) ประกอบกฎกระทรวงกำหนดประโยชน์ของนักโทษเด็ดขาด และเงื่อนไขที่นักโทษเด็ดขาดซึ่งได้รับการลดวันต้องโทษจำคุกหรือพักการลงโทษและได้รับการปล่อยตัวต้องปฏิบัติ พ.ศ. 2562 ข้อ 45 ได้กำหนดให้มีคณะทำงานเพื่อพิจารณาวินิจฉัยการพักการลงโทษประจำเรือนจำ ทำหน้าที่ดำเนินการพิจารณาเพื่อเสนอชื่อนักโทษเด็ดขาดที่สมควรได้รับการพักการลงโทษต่อผู้บัญชาการเรือนจำเพื่อเสนอต่ออธิบดีกรมราชทัณฑ์และคณะอนุกรรมการเพื่อพิจารณาวินิจฉัยพักการลงโทษ⁶⁸ ตามลำดับโดยคณะทำงานฯ ชุดดังกล่าวประกอบด้วย ผู้บัญชาการเรือนจำ ผู้แทนกรมการปกครอง ผู้แทนกรมคุมประพฤติ ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด ผู้แทนสำนักงานตำรวจแห่งชาติและเจ้าพนักงานเรือนจำที่ผู้บัญชาการเรือนจำแต่งตั้ง จำนวน 2 คน เท่านั้น โดยมีได้มีการบัญญัติถึงการมีส่วนร่วมในกระบวนการดังกล่าวของผู้เสียหายซึ่งเป็นผู้ที่ได้รับผลกระทบโดยตรงจากการประกอบอาชญากรรมแต่อย่างใด แม้กรมราชทัณฑ์จะมีแนวทางปฏิบัติภายในกำหนดให้เรือนจำประสานสำนักงานคุมประพฤติในเขตพื้นที่สืบเสาะข้อเท็จจริงเพิ่มเติมเกี่ยวกับ

⁶⁸ คณะอนุกรรมการเพื่อพิจารณาวินิจฉัยพักการลงโทษ ซึ่งได้รับการแต่งตั้งโดยคณะกรรมการราชทัณฑ์ ประกอบด้วย ปลัดกระทรวงยุติธรรมเป็นประธานคณะอนุกรรมการฯ อธิบดีกรมคุมประพฤติ อธิบดีกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ อธิบดีกรมราชทัณฑ์ อธิบดีกรมสอบสวนคดีพิเศษ เลขาธิการสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด ผู้แทนจากหน่วยงานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง อาทิ กระทรวงสาธารณสุข สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานอัยการสูงสุด ผู้แทนสำนักงานตำรวจแห่งชาติ เป็นต้น อ้างถึงใน กรมราชทัณฑ์, “คำสั่งคณะกรรมการราชทัณฑ์ที่ 1216/2561 เรื่อง แต่งตั้งคณะอนุกรรมการเพื่อพิจารณาวินิจฉัยพักการลงโทษ,” 5 กรกฎาคม 2561.

การชดเชยเยียวยาผู้เสียหาย รวมทั้งที่อยู่และความเห็นของฝ่ายผู้เสียหายเกี่ยวกับการปล่อยตัวนักโทษเด็ดขาดก่อนครบกำหนดโทษสำหรับการพิจารณาพักการลงโทษนักโทษเด็ดขาดบางประเภท เช่น คดีความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำซ้ำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี หรือมีพฤติการณ์อันมีลักษณะเป็นการโหมเหิง เป็นต้น⁶⁹ แต่เมื่อมิได้มีกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนถึงสิทธิของผู้เสียหายในการแสดงความคิดเห็น ข้อกังวลใจต่างๆเกี่ยวกับผลกระทบของอาชญากรรมที่อาจเกิดขึ้นจากการปล่อยตัวนักโทษเด็ดขาด อาจส่งผลให้การดำเนินการดังกล่าวขาดประสิทธิภาพและไม่ครอบคลุมถึงความผิดประเภทอื่น ๆ ที่มีลักษณะเป็นคดีอุกฉกรรจ์

ในขณะที่ขั้นตอนการปล่อยตัวชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลยตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 108 รัฐเปิดโอกาสให้ผู้เสียหายสามารถคัดค้านคำร้องขอปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลยได้ แม้ว่า ณ ขณะนั้น ผู้ต้องหาหรือจำเลยยังคงได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ ก็ตาม และตามคำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับแนวทางการปฏิบัติต่อผู้เสียหายในคดีอาญา พ.ศ. 2563 ข้อ 6 ในการพิจารณาคำร้องขอปล่อยชั่วคราวผู้เสียหาย ศาลจะต้องคำนึงถึงความปลอดภัยในชีวิต ร่างกายจิตใจ ทรัพย์สินและสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้เสียหายโดยอาจสอบถามความคิดเห็นของผู้เสียหายเพื่อประกอบการพิจารณาส่งคำร้องขอปล่อยชั่วคราว ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้เสียหายจากการถูกกลั่นแกล้งหรือข่มขู่จากผู้ต้องหาหรือจำเลยที่มีอิทธิพลจนผู้เสียหายเกิดความเกรงกลัวจนไม่กล้าให้การเป็นพยานหรือดำเนินคดีกับผู้ต้องหาหรือจำเลยต่อไป

อนึ่ง เมื่อพิจารณากฎหมายของประเทศอังกฤษ ในกรณีที่คณะกรรมการพักการลงโทษ (The Parole Board) พิจารณาปล่อยตัวนักโทษเด็ดขาดก่อนครบกำหนดโทษ ผู้เสียหายมีสิทธิได้รับการแจ้งถึงการพิจารณาพักการลงโทษดังกล่าว และมีสิทธิจัดทำคำแถลงเกี่ยวกับผลกระทบของอาชญากรรม (Victim Personal Statement :VPS) ขึ้นใหม่อีกครั้งหนึ่งเพื่ออธิบายถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่อตนเองหรือครอบครัวจากการปล่อยตัวนักโทษเด็ดขาดก่อนครบกำหนดโทษ ทั้งนี้ การมีส่วนร่วมของผู้เสียหายในกระบวนการพิจารณาพักการลงโทษจะช่วยให้ผู้เสียหายได้รับทราบถึงพัฒนาการของผู้กระทำผิดตลอดจนสามารถเตรียมพร้อมที่จะรับผู้กระทำผิดกลับคืนสู่สังคมอีกครั้งหนึ่งอันเป็นประโยชน์ต่อกระบวนการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดในชุมชนต่อไปอีกด้วย

ดังนั้น หากมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายของประเทศไทยโดยเปิดโอกาสให้ผู้เสียหายให้ได้รับผลกระทบโดยตรงจากการปล่อยตัวผู้กระทำผิด ได้เข้ามามีส่วนร่วมและสามารถแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับผลกระทบของอาชญากรรมที่อาจเกิดขึ้นกับตนเพื่อเป็นข้อมูลประกอบการ

⁶⁹ กรมราชทัณฑ์, “หนังสือกรมราชทัณฑ์ ที่ ยธ 0706.3/2521 เรื่องผลการดำเนินงานพักการลงโทษประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2560 และแนวทางปฏิบัติ,” 25 มกราคม 2561.

พิจารณาพักการลงโทษ จะเป็นการยกระดับการคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรม ให้ได้รับการปฏิบัติอย่างเหมาะสมในทุกขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ตามปรัชญาการลงโทษและการกิจของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในปัจจุบันที่มุ่งเน้นการชดเชยเยียวยา ความเสียหาย (Reparation) และการคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมด้วย มิใช่เพียงแค่การนำตัวผู้กระทำความผิดที่แท้จริงรับโทษตามบทบัญญัติของกฎหมายซึ่งมุ่งต่อการแก้แค้นทดแทน (Retributive Justice) แบบในอดีตเท่านั้น

6. บทสรุป

ประเทศไทยได้มีการพัฒนาและยกระดับการคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมที่สอดคล้องกับมาตรฐานขององค์การสหประชาชาติอย่างเป็นรูปธรรมภายหลังจากที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีผลใช้บังคับโดยมีการรับรองและคุ้มครองสิทธิดังกล่าวไว้ในกฎหมายหลายฉบับ เช่น สิทธิที่จะได้รับการช่วยเหลือเยียวยาความเสียหายจากรัฐตามพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2544 สิทธิในการดำเนินคดีอาญาและสิทธิอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา รวมทั้งคำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับแนวทางการปฏิบัติต่อผู้เสียหายในคดีอาญา พ.ศ. 2563 ซึ่งกำหนดแนวทางให้การดำเนินกระบวนการทางศาลในทุกขั้นตอน มีการปฏิบัติต่อผู้เสียหายอย่างเหมาะสมและเป็นธรรม

อย่างไรก็ตามเมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายประเทศอังกฤษในประเด็นที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมพบว่า กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวของประเทศไทยยังมีปัญหาที่ควรแก้ไข เพิ่มเติมในบางประการ เช่น คำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับแนวทางการปฏิบัติต่อผู้เสียหายในคดีอาญา พ.ศ. 2563 มีผลเฉพาะการดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นศาลเท่านั้น รวมทั้งมีข้อจำกัดทางกฎหมายบางประการที่อาจส่งผลให้การคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรม ไม่สามารถดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพและครอบคลุม

ดังนั้นเพื่อเป็นการส่งเสริมให้ผู้เสียหายสามารถเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมและได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น ผู้เขียนจึงเห็นควรเสนอแนะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในประเด็นดังต่อไปนี้

- 1) ควรกำหนดให้การจัดทำคำแถลงเกี่ยวกับผลกระทบของอาชญากรรมที่เกิดขึ้นกับเหยื่อ (Victim Personal Statement: VPS) เพื่อประกอบการพิจารณาของศาล เป็นสิทธิประการหนึ่ง

ของผู้เสียหาย โดยมีการกำหนดประเภทคดีที่ชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่งคดีที่เกี่ยวกับความรุนแรงในครอบครัว คดีความผิดเกี่ยวกับเพศ คดีความผิดต่อชีวิตร่างกาย คดีความผิดที่ผู้เสียหายเป็นกลุ่มเปราะบาง เป็นต้น

2) ควรแก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับคณะทำงานเพื่อพิจารณาวินิจฉัยการพักการลงโทษประจำเรือนจำ ตามกฎกระทรวงกำหนดประโยชน์ของนักโทษเด็ดขาด และเงื่อนไขที่นักโทษเด็ดขาด ซึ่งได้รับการลดวันต้องโทษ จำคุกหรือพักการลงโทษและได้รับการปล่อยตัวต้องปฏิบัติ พ.ศ. 2562 ข้อ 45 โดยกำหนดให้ผู้เสียหายซึ่งตกเป็นเหยื่อได้เข้ามาเป็นคณะทำงานในระดับเรือนจำ (ในคดีที่มีผู้เสียหาย) และสามารถเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาเพื่อเสนอขื่อนักโทษเด็ดขาด ซึ่งสมควรได้รับการพักการลงโทษโดยสามารถแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับผลกระทบที่เกิดจากอาชญากรรม(Victim Personal Statement) ต่อคณะทำงานในระดับเรือนจำ เพื่อเป็นข้อมูลประกอบการพิจารณาเสนอขื่อนักโทษเด็ดขาดและการพิจารณาอนุมัติการพักการลงโทษของคณะอนุกรรมการเพื่อพิจารณาวินิจฉัยการพักการลงโทษ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ คดีความผิดเกี่ยวกับชีวิตร่างกายที่มีลักษณะเป็นคดีอุกฉกรรจ์ เป็นต้น⁷⁰

การพัฒนามาตรการคุ้มครองสิทธิผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศไทยในช่วงหลายปีที่ผ่านมาสะท้อนให้เห็นถึงกระบวนการทัศน์ของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่เปลี่ยนแปลงไปซึ่งจะเห็นได้ว่า เหยื่ออาชญากรรมหรือผู้เสียหายได้รับการคุ้มครองเยียวยาภายใต้กฎหมายและเข้ามามีบทบาทในระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเพิ่มมากขึ้นมิได้เป็น “คนขายขอบกระบวนการยุติธรรม” อย่างเช่นในอดีตที่ผ่านมา การเปิดโอกาสให้เหยื่ออาชญากรรมหรือผู้เสียหายเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาโดยสามารถแสดงความคิดเห็น ข้อกังวลใจ ตลอดจนได้แสดงความรู้สึกของตนเกี่ยวกับผลกระทบที่เกิดจากอาชญากรรม เพื่อประกอบการดำเนินคดีอาญาของหน่วยงานในระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ส่งผลให้เกิด “ความเป็นธรรมในความเป็นจริง” ด้วยมิใช่แค่เพียง “ความเป็นธรรมตามกฎหมาย”⁷¹ เท่านั้น เพราะถ้าหากคดีจบ...แต่คนไม่จบ ความสงบสุขในสังคมก็มิอาจเกิดขึ้นได้อย่างแท้จริงนั่นเอง

⁷⁰ ภัทรวรรณ ทองใหญ่, “การพักการลงโทษ: แนวคิดในการกำหนดโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำผิดเป็นรายบุคคลกับความเชื่อมั่นของประชาชนต่อระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญา Parole: Individualization of Punishment and Public Trust in Criminal Justice System,” อ้างถึงใน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, **หนังสือรวมบทความเนื่องในโอกาสครบรอบ “48 ปี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง”** (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2563), หน้า 130.

⁷¹ กิตติพงษ์ กิตยารักษ์, **การพัฒนากระบวนการยุติธรรมชุมชนในสังคมไทย ในยุติธรรมชุมชน: บทบาทการอำนวยความสะดวกโดยชุมชนเพื่อชุมชน** (กรุงเทพมหานคร: โครงการพัฒนาระบบกฎหมายไทย สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2550), หน้า 21.

การปรับปรุงหลักเกณฑ์การจ่ายค่าทดแทนที่ดินและทรัพย์สิน
เพื่อการวางระบบโครงข่ายพลังงาน*

Development on Land and Property Compensation Criteria
for Energy Network Construction

ปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ
Piti Eiamchamroonlarp

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: piti.e@chula.ac.th
(Received: December 9, 2021; Revised: February 8, 2022; Accepted: February 11, 2022)

บทคัดย่อ

ค่าทดแทนสำหรับการรอนสิทธิในทรัพย์สินเพื่อการวางระบบโครงข่ายพลังงานนั้น จะต้องสะท้อนและครอบคลุมถึงผลกระทบอันเกิดจากข้อจำกัดการใช้ประโยชน์ของทรัพย์สินที่ถูกรอนสิทธิโดยไม่ทำให้ผู้รับค่าทดแทนมีฐานะร่ำรวยขึ้นจากการได้รับค่าทดแทนดังกล่าว เนื่องจากค่าทดแทนนั้นเป็นส่วนหนึ่งของต้นทุนในการให้บริการพลังงานซึ่งจะเป็นภาระของผู้ใช้พลังงานในท้ายที่สุด อย่างไรก็ตาม การประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายโดยคณะผู้วิจัยร่วมกับสำนักงานคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานและการศึกษากฎหมายในเชิงเปรียบเทียบแสดงให้เห็นว่าประกาศคณะกรรมการ

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของโครงการศึกษาวิจัย เรื่อง “การทบทวนและศึกษาเพื่อการปรับปรุงหลักเกณฑ์การจ่ายค่าทดแทนที่ดินและทรัพย์สิน” ซึ่งศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยเสนอต่อสำนักงานคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (มกราคม พ.ศ. 2563 ถึง ธันวาคม พ.ศ. 2564) โดยคณะผู้วิจัยประกอบด้วย รองศาสตราจารย์ ดร.พัฒนาพร โกวิทพัฒนกิจ รองศาสตราจารย์ ดร.มานิตย์ จุมปา ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปิยะบุตร บุญอร่ามเรือง ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อนันต์ อรุณเรืองสวัสดิ์ อาจารย์ ดร.พิรพัฒน์ โชคสุวัฒนสกุล อาจารย์ ดร.ปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ และนายไพรัช มณฑาพันธุ์ (นายกสมาคมนักประเมินราคาอสังหาริมทรัพย์)

การกำกับกิจการพลังงาน เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข เกี่ยวกับการกำหนดและจ่ายค่าทดแทน พ.ศ. 2552 ที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศ ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2553) ประกาศ ฉบับที่ 3 (พ.ศ. 2556) ประกาศ ฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2564) ยังไม่อาจให้ความเป็นธรรมแก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สิน ซึ่งถูกรอนสิทธิได้เนื่องจากมีข้อจำกัดในการให้ค่าทดแทนแก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินซึ่งที่ดิน ตั้งอยู่ทั้งในและนอกเขตรบบโครงข่าย การขาดหลักเกณฑ์และวิธีการในการประเมินมูลค่าและ กำหนดค่าทดแทนจากการที่สิทธิการใช้ทรัพย์สินถูกจำกัด และกำหนดให้อัตราค่าทดแทน เพื่อการรอนสิทธิที่ตายตัว ด้วยเหตุนี้ คณะผู้วิจัยจึงได้เสนอร่างประกาศคณะกรรมการกำกับกิจการ พลังงาน เรื่อง การกำหนดและจ่ายค่าทดแทนการรอนสิทธิฉบับใหม่ โดยกำหนดให้ผู้ทรงสิทธิซึ่งที่ดิน ตั้งอยู่ทั้งในและนอกเขตรบบโครงข่ายพลังงานมีสิทธิได้รับค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิ กำหนด รายละเอียดเกี่ยวกับการกำหนดมูลค่าที่ดิน แทนที่การกำหนดจำนวนค่าทดแทนตายตัว ตาม หลักการใช้ประโยชน์สูงสุดและดีที่สุดสำหรับที่ดิน และเปิดโอกาสให้มีการมอบหมายให้ผู้เชี่ยวชาญ ด้านการประเมินมูลค่าทรัพย์สินอิสระช่วยดำเนินการกำหนดค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิได้ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในการกำหนดค่าทดแทนเป็นไปอย่างเป็นระบบและสอดคล้อง กับหลักการใช้ประโยชน์สูงสุดและดีที่สุดสำหรับที่ดิน งานวิจัยนี้จึงได้ให้นิยามและอธิบายถึง หลักเกณฑ์ในการพิจารณาศักยภาพของที่ดินและทางเลือกในการพัฒนาที่ดินในคู่มือเกี่ยวกับ หลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดและจ่ายค่าทดแทนในเขตรบบโครงข่ายพลังงาน

คำสำคัญ : การรอนสิทธิ, โครงข่ายพลังงาน, ค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิ

Abstract

Compensation for property-use restrictions in the case of energy network construction must reflect and fully cover impacts arising from property use restrictions. It shall not enrich the receiving party because the paid compensation will be incorporated into energy service fees which are ultimately passed on to the energy users. However, results of legal effective evaluation conducted by the researchers and the Office of Energy Regulatory Commission as well as those of comparative study reveal that the Regulation of Energy Regulatory Commission re: Criteria Methods and Condition on Compensation Calculation and Payment B.E. 2552 (2009) as amended by the Regulation No. 2 (2010) the Regulation No.3 (2013) and the

Regulation No.4 (2021) lacks capability to fairly compensate the affected property owner and possessors. This is because its inability to compensate a property owner or possessors holding a land located inside and outside of the announced network area. It does not have tangible land valuation criteria and methods. Importantly, the compensation amount is based on fixed property-use restriction payment rates. Therefore, this research proposes a new Energy Regulatory Commission's regulation that extends its coverage to a property owner or possessors holding a land located inside and outside of the announced network area. It contains details on tangible land valuation criteria and methods. It replaces the fixed property-use restriction payment rate with the flexible determination relying on the highest and best use principle. It allows competent officials to seek support in determining the compensation for easement from independent valuers. In ensuring that the compensation amount will be systematically determined in accordance with the highest and best use for land principle, this research defines and explains determining factors of land potential and land development options in the guideline on criteria and methods for determination and payments of compensation for property-use restrictions in the case of energy network construction.

Keywords : Property-Use Restrictions, Energy Network, Compensation for Property-Use Restrictions

1. บทนำ

1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา

พลังงานเป็นปัจจัยที่สำคัญสำหรับการดำรงชีวิตของบุคคลในสังคมและกิจกรรมทางเศรษฐกิจในปัจจุบัน¹ การประกอบกิจการพลังงานอันได้แก่กิจการไฟฟ้า การส่งและจำหน่าย

¹ ความสำคัญของพลังงานต่อกิจกรรมต่าง ๆ ในสังคมถูกสะท้อนผ่านข้อความคิดเรื่องความมั่นคงทางพลังงาน (Energy Security) และเป้าหมายความยั่งยืนขององค์การสหประชาชาติ (Sustainable Development Goals: SDGs) ข้อ 7 กำหนดให้บุคคลทุกคนเข้าถึงพลังงานสมัยใหม่ในราคาที่สามารถซื้อหาได้ เชื่อถือได้ และยั่งยืน โปรดดู Aliaksandr Novikau, "Conceptualizing and Redefining Energy Security: A Comprehensive Review," in *China's Energy Security Analysis Assessment*

ก๊าซธรรมชาติเป็นอุตสาหกรรมที่ต้องอาศัยระบบโครงข่าย (Network Industries)² กล่าวคือ ไฟฟ้าที่ผู้ใช้งานใช้ในครัวเรือนอาจเป็นไฟฟ้าที่ผลิตโดยโรงไฟฟ้าซึ่งตั้งอยู่ห่างจากบริเวณที่ตนอาศัยโดยทั่วไปแล้ว การขนส่งไฟฟ้าไปยังผู้ใช้ไฟฟ้าจะเป็นไปโดยผ่านระบบส่งและจำหน่ายไฟฟ้า การขนส่งก๊าซธรรมชาติมักเกิดขึ้นผ่านการขนส่งผ่านท่อก๊าซธรรมชาติไปยังปลายทางเช่นส่งไปยังจุดหมายปลายทาง เช่น โรงไฟฟ้าที่ใช้ก๊าซธรรมชาติเป็นเชื้อเพลิงในการผลิตไฟฟ้า

ในปัจจุบัน การประกอบกิจการพลังงานซึ่งรวมถึงกิจการระบบโครงข่ายพลังงานทั้งในส่วน of ระบบส่งไฟฟ้า ระบบจำหน่ายไฟฟ้า ระบบส่งก๊าซธรรมชาติ และระบบจำหน่ายก๊าซธรรมชาติ นั้น เป็นกิจการที่ตกอยู่ในการกำกับดูแลตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550³ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 บัญญัติแนวนโยบายพื้นฐานว่าด้วยกิจการพลังงาน ซึ่งกำหนดให้รัฐเป็นผู้รับผิดชอบดำเนินการในกิจการระบบโครงข่ายไฟฟ้า⁴ โดยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) เป็นผู้ประกอบกิจการระบบส่งไฟฟ้า ส่วนการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค (กฟภ.) และการไฟฟ้านครหลวง (กฟน.) เป็นผู้ประกอบกิจการระบบจำหน่ายไฟฟ้า นอกเหนือจาก กฟภ. และ กฟน. แล้ว ในปัจจุบันยังมีผู้ประกอบกิจการระบบจำหน่ายไฟฟ้าเอกชนกว่า 200 บริษัท กระจายตัวอยู่ทั่วประเทศอีกด้วย⁵ ส่วนกิจการระบบโครงข่ายก๊าซธรรมชาติมีบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) (ปตท.)⁶ กฟผ. และบริษัทเอกชนอีกกว่า 30 บริษัท เป็นผู้ประกอบกิจการขนส่งก๊าซธรรมชาติทางท่อผ่านระบบส่งก๊าซธรรมชาติ⁷ ผู้ประกอบกิจการระบบโครงข่าย

and Improvement, ed. Jingzheng Ren (London: World Scientific Publishing Company, 2021), p.38 และ United Nations, *The 2030 Agenda and the Sustainable Development Goals: An opportunity for Latin America and the Caribbean* (LC/G.2681-P/Rev.3) (Santiago: United Nations publication, 2018), p. 37.

² Kim Talus, *Introduction to EU Energy Law* (Oxford: Oxford University Press, 2016), p.19. International Renewable Energy Agency (IRENA), *Innovation landscape brief: Peer-to-peer electricity trading* (Abu Dhabi: IRENA, 2020), p.13.

³ มาตรา 5 พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 ประกอบ ข้อ 5 และข้อ 7 ประกาศคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน เรื่อง การกำหนดประเภทและอายุใบอนุญาตการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2551

⁴ มาตรา 8(5) พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550

⁵ คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน, “รายชื่อผู้ได้รับใบอนุญาตระบบจำหน่ายไฟฟ้า” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : http://app04.erc.or.th/ELicense/Licenser/05_Reporting/504_ListLicensing_Columns_New.aspx?LicenseType=3 [20 มกราคม 2565]

⁶ ข้อกำหนดเกี่ยวกับการเปิดให้ใช้หรือเชื่อมต่อระบบส่งก๊าซธรรมชาติบนบกแก่บุคคลที่สามของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) 27 มกราคม 2559 (ปรับปรุง 7 มิถุนายน 2559).

⁷ คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน, “รายชื่อผู้ได้รับใบอนุญาตขนส่งก๊าซธรรมชาติทางท่อผ่านระบบส่งก๊าซธรรมชาติ” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : http://app04.erc.or.th/ELicense/Licenser/05_Reporting/504_ListLicensing_Columns_New.aspx?LicenseType=6. [20 มกราคม 2565].

พลังงานมีหน้าที่ต้องขอรับใบอนุญาตการประกอบกิจการพลังงานจากคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (กกพ.)⁸ ซึ่งเป็นองค์กรกำกับดูแลการประกอบกิจการพลังงานในประเทศไทย⁹

นอกเหนือไปจากหน้าที่ในการขอรับใบอนุญาตการประกอบกิจการพลังงานจาก กกพ. แล้ว ผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการระบบโครงข่ายพลังงานยังถูก กกพ. กำกับดูแลอัตราค่าบริการในการประกอบกิจการพลังงาน¹⁰ มาตรฐานและความปลอดภัยในการประกอบกิจการพลังงาน¹¹ ระบบโครงข่ายพลังงานและศูนย์ควบคุมระบบโครงข่ายพลังงาน ซึ่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550¹² กำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตที่มีระบบโครงข่ายพลังงานต้องยินยอมให้ผู้รับใบอนุญาตหรือผู้ประกอบการพลังงานรายอื่นใช้หรือเชื่อมต่อกับระบบโครงข่ายพลังงานของตน¹³

พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 ยังมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้อสังหาริมทรัพย์เพื่อสร้างระบบโครงข่ายพลังงานในหมวด 5 ก่อนที่จะเริ่มดำเนินการก่อสร้างระบบโครงข่ายพลังงาน ผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการระบบโครงข่ายพลังงานจำเป็นต้องทำให้ได้มาซึ่งสิทธิเหนือที่ดินและทรัพย์สินเพื่อการก่อสร้างและใช้งานระบบโครงข่ายพลังงาน การทำให้ได้มาซึ่งสิทธิดังกล่าวนี้ อาจเกิดขึ้นในรูปแบบของการทำให้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ที่ดินของบุคคลอื่น เช่น กรณีที่หน่วยงานของรัฐทำการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ โดยสำนักงาน กกพ. เป็นเจ้าหน้าที่เวนคืน¹⁴ หรืออาจทำการจำกัดสิทธิในการใช้ที่ดินและทรัพย์สินของบุคคลอื่นเพื่อประโยชน์ในการวางระบบโครงข่ายพลังงานโดยไม่ได้พรากเอากรรมสิทธิ์มาจากเจ้าของทรัพย์สินซึ่งสามารถเรียกได้ว่า “การรอนสิทธิ”¹⁵ ผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการพลังงานมีหน้าที่ต้องจ่ายค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิให้กับเจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินตามที่ กกพ. กำหนดขึ้นตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่ กกพ. ประกาศกำหนด¹⁶ ซึ่งงานวิจัยนี้จำกัดขอบเขตของการศึกษาเฉพาะหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขกำหนดค่าทดแทนในกรณีของการรอนสิทธิเท่านั้น

⁸ มาตรา 47 พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550

⁹ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 11

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หมวด 3 ส่วนที่ 2

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หมวด 3 ส่วนที่ 3

¹² เรื่องเดียวกัน, หมวด 3 ส่วนที่ 4

¹³ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 81

¹⁴ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 104 วรรคหนึ่ง

¹⁵ คำว่า “รอนสิทธิ” นั้นได้เป็นคำที่ปรากฏในพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 อย่างไรก็ตาม การวางระบบโครงข่ายพลังงานซึ่งส่งผลให้ต้องมีการจำกัดสิทธิการใช้ประโยชน์ในที่ดินนั้นเป็นคำที่ศาลปกครองใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกำหนดค่าทดแทน เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.224/2563 หน้า 44.

¹⁶ มาตรา 108 พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550

มิได้ศึกษาถึงกรณีการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์¹⁷

กกพ. ได้อาศัยอำนาจตามมาตรา 108 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 ออกประกาศคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข เกี่ยวกับการกำหนดและจ่าย ค่าทดแทน พ.ศ. 2552 ที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศฯ ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2553) ประกาศฯ ฉบับที่ 3 (พ.ศ. 2556) ประกาศฯ ฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2564) (ซึ่งจะเรียกโดยรวมว่า “ประกาศ กกพ. เรื่องการกำหนดและจ่ายค่าทดแทนฯ”) ในการกำหนดค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิ ซึ่งผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการพลังงานที่ประสงค์จะวางระบบโครงข่ายพลังงานจะต้องจ่ายให้กับเจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินหรือทรัพย์สิน

การรอนสิทธิเพื่อวางระบบโครงข่ายพลังงานย่อมก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินของเจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ดังนั้น การกำหนดค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิจึงต้องสามารถเยียวยาผลกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สิน โดยจะต้องไม่ทำให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินนั้นยากจนลงจากการวางระบบโครงข่าย แต่ในขณะเดียวกันจำนวนค่าทดแทนที่กำหนดขึ้นนั้นจะต้องไม่ทำให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินนั้นมีฐานะร่ำรวยขึ้น¹⁸ จากค่าทดแทน¹⁹ เนื่องจากค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิเพื่อการวางระบบโครงข่ายพลังงานที่ผู้ประกอบกิจการระบบโครงข่ายชำระจะกลายต้นทุนในการประกอบกิจการพลังงานซึ่งเป็นภาระของผู้ใช้พลังงานในท้ายที่สุด²⁰ ด้วยเหตุนี้ จึงมีประเด็นให้ต้องศึกษาและวิเคราะห์ว่า ประกาศ กกพ. เรื่องการกำหนดและจ่ายค่าทดแทนฯ ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันนั้นจะสามารถสร้างความเป็นธรรมให้กับเจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินที่ถูกรอนสิทธิและในขณะเดียวกันสามารถช่วยป้องกันมิให้ค่าทดแทนนั้นมีจำนวนสูงขึ้นเกินสมควรได้หรือไม่

¹⁷ มาตรา 37 พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนและการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2562

¹⁸ Keith S. et al., *Compulsory acquisition of land and compensation* (Rome: Food and Agriculture Organization of the United Nations, 2008), p.23.

¹⁹ ค่าทดแทนที่บุคคลได้รับจากการใช้อำนาจรัฐของคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน ตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 (ตามความในมาตรา 106 มาตรา 107 มาตรา 108 พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550) นั้นเป็นเงินที่ได้รับเนื่องจากความเสียหายหรือเสื่อมประโยชน์ที่เกิดจากการใช้อำนาจของรัฐตามที่กฎหมายกำหนดในการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินได้รับยกเว้นไม่ต้องนำมารวมคำนวณเพื่อเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา ทั้งนี้ ตามมาตรา 42 (17) แห่งประมวลรัษฎากร ประกอบกับข้อ 2 (87) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 126 (พ.ศ. 2509) ออกตามความในประมวลรัษฎากร ว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร ลงวันที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2509 โปรดดู หนังสือตอบข้อหารือของกรมสรรพากรเลขที่หนังสือ : 0702/5048 ลงวันที่ : 27 มิถุนายน 2561.

²⁰ มาตรา 65(1) พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550

1.2 สมมติฐาน

ประกาศ กกพ. เรื่องการกำหนดและจ่ายค่าทดแทนฯ ยังไม่อาจให้ความเป็นธรรมแก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินซึ่งถูกรอนสิทธิได้ เนื่องจากมีข้อจำกัดในการให้ค่าทดแทนแก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดิน ซึ่งที่ดินตั้งอยู่ทั้งในและนอกเขตระบบโครงข่าย ขาดข้อห้ามมิให้นำราคาที่ดินสูงขึ้นเพราะทรัพย์สิน โรงเรือน หรือสิ่งปลูกสร้างที่ได้สร้างหรือต่อเติมขึ้นโดยอุบายฉ้อฉลมารวมเข้าในการกำหนดราคาที่ดิน มีการกำหนดให้อัตราค่าทดแทนที่แน่นอนตายตัว ซึ่งอาจไม่สะท้อนถึงการจำกัดการใช้ประโยชน์ในที่ดินตามความเป็นจริงสำหรับที่ดินแปลงนั้น ๆ และการขาดหลักเกณฑ์และวิธีการในการประเมินมูลค่าและกำหนดค่าทดแทนจากการที่สิทธิการใช้ทรัพย์สินถูกจำกัด

1.3 ระเบียบวิธีวิจัย

งานวิจัยนี้โดยอาศัยการวิจัยหลักกฎหมาย (Doctrinal Legal Research) ที่เกี่ยวข้องกับ การประเมินมูลค่าทรัพย์สินและการกำหนดค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิ และได้ทำการวิเคราะห์ เปรียบเทียบกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิในกรณีการวางระบบ โครงข่ายพลังงานระหว่างประกาศ กกพ. เรื่องการกำหนดและจ่ายค่าทดแทนฯ ของประเทศไทย กับกฎหมายของต่างประเทศที่ทำหน้าที่หรือมีการกิจการกำหนดค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิ ในกรณีการวางโครงข่ายพลังงาน ตลอดจนแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้องในต่างประเทศ (Functional Comparative Analysis)

นอกจากนี้ เพื่อให้ผลการวิจัยสะท้อนปัญหาในทางปฏิบัติและช่วยให้ข้อเสนอของงานวิจัย สามารถนำไปใช้งานได้จริง คณะผู้วิจัยจึงได้สัมภาษณ์เจ้าหน้าที่ของสำนักงาน กกพ. ซึ่งรับผิดชอบ งานด้านการซื้อขายสิทธิ และได้นำผลการวิจัยโดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของการร่างประกาศที่ เสนอไปปรับปรุงความคิดเห็นในการประชุมกลุ่มย่อย ซึ่งประกอบด้วยผู้มีส่วนได้เสีย ซึ่งได้แก่ผู้ประกอบการเอกชน รัฐวิสาหกิจที่อาจเป็นผู้วางโครงข่ายและมีหน้าที่ชำระค่าทดแทน ภาควิชาการและ สมาคมประเมิน หน่วยงานภาครัฐ ประชาชนผู้อาจได้รับผลกระทบจากการรอนสิทธิเพื่อวางระบบ โครงข่ายพลังงาน²¹ อันเป็นการดำเนินการตามระเบียบคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานว่าด้วย หลักเกณฑ์และวิธีการรับฟังความคิดเห็นในการออกระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ หรือข้อกำหนดของ คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน พ.ศ. 2560

²¹ การประชุมกลุ่มย่อยจัดขึ้นในวันที่ 30 มีนาคม พ.ศ. 2564 ณ ห้องบอลรูม 2 ชั้น 4 โรงแรมอินเตอร์คอนติเนนตัล โดย มีผู้เข้าร่วมทั้งสิ้น 103 คน ประกอบด้วย (1) ผู้ประกอบการเอกชน (จำนวน 41 คน) (2) รัฐวิสาหกิจที่อาจเป็นผู้วางโครงข่ายและ ชำระค่าทดแทน (จำนวน 26 คน) (3) ภาควิชาการ และสมาคมประเมิน (16 คน) (4) หน่วยงานภาครัฐ (15 คน) และ (5) ผู้อาจได้ รับผลกระทบจากการรอนสิทธิเพื่อวางระบบโครงข่ายพลังงาน (5 คน) โดยการประชุมกลุ่มย่อยจัดขึ้นในวันที่ 30 มีนาคม พ.ศ. 2564.

1.4 ขอบเขตการวิจัย

บทความวิจัยนี้แสดงถึงบทศึกษาและวิเคราะห์ประกาศ กกพ. เรื่องการกำหนดและจ่ายค่าทดแทนฯ ซึ่งออกตามความในมาตรา 108 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 เพื่อประโยชน์ในการวิเคราะห์และจัดทำข้อเสนอเพื่อพัฒนาประกาศ กกพ. เรื่องการกำหนดและจ่ายค่าทดแทนฯ โดยศึกษารูปแบบและวิธีการจ่ายทดแทนซึ่งปรากฏในกฎหมายไทยฉบับอื่น ได้แก่ กฎหมายว่าด้วยการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม กฎหมายว่าด้วยการจัดที่ดินเพื่อการครองชีพ และกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนและการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ วิธีการจ่ายค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิในการวางระบบโครงข่ายพลังงานตามกฎหมายของสหราชอาณาจักรและประเทศมาเลเซียและแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนศึกษาหลักเกณฑ์และวิธีการประเมินมูลค่าทรัพย์สินในระดับสากลตามมาตรฐานการประเมินมูลค่าทรัพย์สินระหว่างประเทศ (International Valuation Standards Council (IVSC)) และมาตรฐานและจรรยาบรรณวิชาชีพการประเมินมูลค่าทรัพย์สินในประเทศไทย

2. ผลการวิจัย

ผลการวิจัยประกอบด้วยสาระสำคัญ ได้แก่ ข้อจำกัดของประกาศ กกพ. เรื่องการกำหนดและจ่ายค่าทดแทนฯ ซึ่งออกตามความในมาตรา 108 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 ซึ่งใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน (ในหัวข้อ 2.1) การกำหนดค่าทดแทนการรอนสิทธิเพื่อการวางโครงข่ายพลังงานในต่างประเทศ (ในหัวข้อ 2.2) และหลักเกณฑ์การประเมินมูลค่าทรัพย์สินสากล (ในหัวข้อ 2.3)

2.1 ข้อจำกัดของประกาศคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานในปัจจุบัน

กระบวนการกำหนดและจ่ายทดแทนการรอนสิทธิเพื่อการวางระบบโครงข่ายพลังงานตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 นั้น เริ่มต้นจากการที่ผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการพลังงานเลือกแนวหรือที่ตั้งระบบโครงข่ายพลังงาน จัดทำแผนผังรายละเอียดของแนวเขตดังกล่าว และเสนอให้ กกพ. ให้ความเห็นชอบ²² เจ้าของ ผู้ครอบครองอสังหาริมทรัพย์หรือผู้ทรงสิทธิอื่น สามารถอุทธรณ์เขตระบบโครงข่ายที่ กกพ. ประกาศได้²³ ก่อนที่ผู้รับใบอนุญาตจะสามารถวางระบบโครงข่ายพลังงาน ซึ่งส่งผลเป็นการรอนสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลอื่น ผู้รับ

²² มาตรา 106 วรรคหนึ่ง พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550

²³ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 106 วรรคสาม

ใบอนุญาตจะต้องจ่ายค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิตามจำนวนที่ได้รับแจ้งจากสำนักงาน กกพ.²⁴ โดยจำนวนค่าทดแทนนั้นจะมีการคำนวณตามหลักเกณฑ์ที่ กกพ. ประกาศกำหนด อย่างไรก็ตาม คณะผู้วิจัยพบว่า ประกาศ กกพ. เรื่องการกำหนดและจ่ายค่าทดแทนฯ ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันมีข้อจำกัดดังต่อไปนี้

2.1.1 การรอนสิทธิที่ดินที่ตั้งอยู่ทั้งในและนอกเขตรบบโครงข่ายพลังงาน

ตามประกาศ กกพ. เรื่องการกำหนดและจ่ายค่าทดแทนฯ บุคคลที่มีสิทธิได้รับค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิได้แก่เจ้าของ หรือผู้ครอบครองที่ดินและทรัพย์สินซึ่งตั้งอยู่ในเขตรบบเขตรบบโครงข่ายพลังงาน และให้หมายรวมถึงบุคคลที่ได้รับโอนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองทรัพย์สินที่ถูกรอนสิทธิ ณ เวลาที่มีการจ่ายค่าทดแทนซึ่งเป็นวันหลังจากการประกาศเขตโครงข่ายพลังงานแล้ว²⁵

แม้ว่าบุคคลที่มีสิทธิได้รับค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิตามข้อ 4 ของประกาศ กกพ. เรื่องการกำหนดและจ่ายค่าทดแทนฯ นั้น จะรวมไปถึงบุคคลที่เป็นผู้ครอบครองหรือผู้ทรงสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายในดิน อย่างไรก็ตาม ข้อ 4 ของประกาศ กกพ. เรื่องการกำหนดและจ่ายค่าทดแทนฯ นั้น ไม่ได้ระบุถึงเกษตรกรที่ได้รับ การจัดสรรที่ดินที่สำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ตามพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518²⁶ และไม่ได้ระบุถึงสมาชิกนิคมสร้างตนเองและสมาชิกนิคมสหกรณ์ที่ได้รับจัดสรรที่ดินของรัฐเพื่อตั้งเคหสถานและประกอบอาชีพตามพระราชบัญญัติจัดที่ดินเพื่อการครองชีพ พ.ศ. 2511²⁷ เอาไว้โดยชัดแจ้ง ซึ่งสามารถก่อให้เกิดปัญหาการต้องตีความว่าผู้ทรงสิทธิในที่ดินทั้งสองประเภทนี้จะมีสิทธิได้รับค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิหรือไม่

นอกจากนี้ ประกาศ กกพ. เรื่องการกำหนดและจ่ายค่าทดแทนฯ ยังระบุถึงตำแหน่งของที่ดินและทรัพย์สินซึ่งเป็นเงื่อนไขของการรับค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิเอาไว้ว่า เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สิน ซึ่งจะมีสิทธิได้รับค่าทดแทนตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 นั้น จะต้องเป็นผู้ทรงสิทธิในที่ดิน โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างอื่น ต้นไม้ พืชผล หรือทรัพย์สินอื่นซึ่ง “ตั้งอยู่ในเขตรบบโครงข่ายพลังงาน” ณ วันที่ประกาศกำหนดเขตรบบโครงข่ายพลังงาน²⁸

²⁴ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 108(2)

²⁵ ข้อ 3 ประกาศคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข เกี่ยวกับการกำหนดและจ่ายค่าทดแทน (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2564

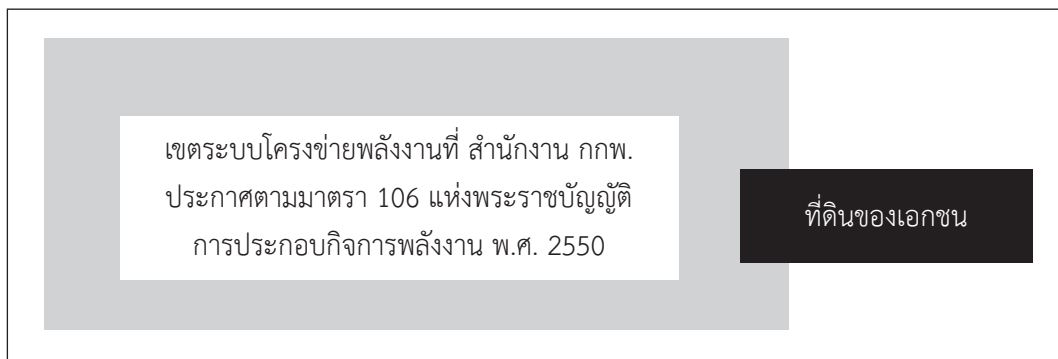
²⁶ มาตรา 19(7) พระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518

²⁷ มาตรา 6 ประกอบมาตรา 9 พระราชบัญญัติจัดที่ดินเพื่อการครองชีพ พ.ศ. 2511

²⁸ ข้อ 3(1) ประกาศคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข เกี่ยวกับการกำหนดและจ่ายค่าทดแทน พ.ศ. 2552 (แก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข เกี่ยวกับการกำหนดและจ่ายค่าทดแทน (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2564.

เงื่อนไขเกี่ยวกับตำแหน่งที่ตั้งของที่ดินส่งผลให้สิทธิในการจะได้รับค่าทดแทนตามประกาศ กกพ. เรื่องการกำหนดและจ่ายค่าทดแทนฯ นั้น ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่ว่าที่ดินจะต้องตั้งอยู่ใน เขตระบบโครงข่ายพลังงานที่คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานประกาศ ดังนั้น ที่ดินที่ตั้งอยู่นอกเขตระบบโครงข่ายพลังงานจึงไม่อยู่ในเงื่อนไขของการได้รับค่าทดแทนตามประกาศ กกพ. เรื่องการกำหนดและจ่ายค่าทดแทนฯ อย่างไรก็ตาม การกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับตำแหน่งที่ตั้งของที่ดินดังกล่าว ก่อให้เกิดข้อจำกัดในการจ่ายค่าทดแทนในกรณีที่ที่ดินแปลงหนึ่งนั้น ตั้งอยู่ทั้งในและนอกเขตระบบโครงข่ายพลังงานที่คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานประกาศ ซึ่งสามารถแสดงได้ตามภาพที่ 1 ดังนี้

ภาพที่ 1: ที่ดินซึ่งตั้งอยู่ทั้งในและนอกเขตระบบโครงข่ายพลังงาน



ที่ดินของเอกชนตามแผนภาพที่ 1 นั้น มีทั้งส่วนที่ตั้งอยู่ในเขตระบบโครงข่ายพลังงานและตั้งอยู่นอกเขตระบบโครงข่ายพลังงาน แม้ว่าจะเป็นที่ดินแปลงเดียวกัน ที่ดินส่วนที่อยู่นอกเขตระบบโครงข่ายพลังงานย่อมไม่อยู่ในเงื่อนไขที่จะได้รับค่าทดแทนตามประกาศ กกพ. เรื่องการกำหนดและจ่ายค่าทดแทนฯ²⁹ ดังนั้น เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินแปลงนี้ย่อมไม่อาจได้รับค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิสำหรับส่วนที่อยู่นอกเขตระบบโครงข่ายพลังงานถึงแม้ว่าที่ดินดังกล่าวจะถูกจำกัดการใช้ประโยชน์ลงจากการวางระบบโครงข่ายพลังงานก็ตาม

อนึ่ง ในกรณีที่การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) ประสงค์จะวางระบบโครงข่ายไฟฟ้าในที่ดิน ซึ่งตั้งอยู่ทั้งในและนอกระบบโครงข่ายพลังงานดังกรณีของที่ตามแผนภาพที่ 1 กฟผ. สามารถจ่ายเงินให้กับเจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินได้³⁰ เงินดังกล่าวมิใช่ค่าทดแทนตามประกาศ

²⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.224/2563, หน้า 46.

³⁰ เรื่องเดียวกัน.

กกพ. เรื่องการกำหนดและจ่ายค่าทดแทนฯ แต่เป็น “เงินช่วยเหลือ” ซึ่งจ่ายให้แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินหรือผู้ทรงสิทธิอื่นนอกเหนือจากเงินค่าทดแทนเพื่อเป็นการสงเคราะห์ช่วยเหลือบรรเทาความเดือดร้อนในฐานะที่บุคคลดังกล่าวเป็นผู้ได้รับผลกระทบจากการก่อสร้างระบบโครงข่ายไฟฟ้า³¹

อย่างไรก็ตาม การที่ กกพ. สามารถจ่ายเงินช่วยเหลือตามระเบียบของ กกพ. ได้นั้น ไม่ได้ทำให้ข้อจำกัดในการจ่ายค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิในกรณีการวางระบบโครงข่ายพลังงานหมดไป เนื่องจากระเบียบของ กกพ. ดังกล่าวไม่ได้ใช้บังคับกับการวางระบบโครงข่ายก๊าซธรรมชาติ และในปัจจุบันผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการระบบโครงข่ายพลังงานนั้นไม่ได้มีเพียง กกพ. เท่านั้น หากแต่ยังมีบุคคลอื่นซึ่งสามารถเป็นผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการพลังงานได้ตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 ผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการพลังงานเหล่านี้สามารถก่อสร้างและใช้ระบบโครงข่ายพลังงาน โดยมีการรอนสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลอื่นและมีหน้าที่ต้องจ่ายค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิแก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินหรือผู้ทรงสิทธิอื่นตามมาตรา 108 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 ได้เช่นเดียวกับ กกพ. แต่ผู้รับใบอนุญาตเหล่านี้ไม่ตกอยู่ในบังคับของระเบียบการจ่ายเงินช่วยเหลือของ กกพ. ขณะเดียวกัน กกพ. ก็ไม่มีอำนาจในการกำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตระบบโครงข่ายพลังงานเหล่านี้จ่ายเงินค่าทดแทนให้กับเจ้าของ หรือผู้ครอบครองทรัพย์สิน หรือผู้ทรงสิทธิอื่นซึ่งอยู่ทั้งในและนอกเขตระบบโครงข่ายพลังงานตามประกาศ กกพ. เรื่องการกำหนดและจ่ายค่าทดแทนฯ

2.1.2 การกำหนดราคาที่ดิน

การกำหนดค่าทดแทนการรอนสิทธิที่ดินเพื่อการวางระบบโครงข่ายพลังงานตั้งอยู่บนพื้นฐานของราคาที่ดิน กล่าวคือ จะพิจารณาว่าการรอนสิทธิเพื่อการวางระบบโครงข่ายนั้น จะทำให้ราคาที่ดินต่ำลงเพียงใด การประเมินราคาที่ดินเพื่อนำมากำหนดค่าทดแทนที่ดินที่อยู่ในเขตระบบโครงข่ายพลังงานนั้น จะต้องคำนึงถึง ราคาที่ดินที่ซื้อขายกันตามปกติในท้องตลาด ราคาที่ดินที่มีกำหนดไว้เพื่อเรียกเก็บภาษีบำรุงท้องที่³² ราคาประเมินทุนทรัพย์เพื่อเรียกเก็บค่าธรรมเนียมในการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม และสภาพและทำเลที่ตั้งของที่ดิน

³¹ ข้อ 4(3) ประกอบข้อ 8 ระเบียบการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย ฉบับที่ 81 ว่าด้วยการพิจารณาช่วยเหลือผู้ได้รับผลกระทบจากการก่อสร้างระบบโครงข่ายไฟฟ้า (พ.ศ. 2554)

³² ในปัจจุบันองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจจัดเก็บภาษีจากที่ดินหรือสิ่งปลูกสร้างที่อยู่ในเขตองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามพระราชบัญญัติภาษีที่ดินและสิ่งปลูกสร้าง พ.ศ. 2562 ซึ่งได้ยกเลิกพระราชบัญญัติภาษีบำรุงท้องที่ พ.ศ. 2508 แล้ว

ต่อมาประกาศคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข เกี่ยวกับการกำหนดและจ่ายค่าทดแทน (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2564 ได้เพิ่มเติมข้อ 5/1 ในประกาศ คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข เกี่ยวกับการจ่ายค่าทดแทน พ.ศ. 2552 โดยระบุว่า

“ในกรณีที่ระบบโครงข่ายพลังงานใดพาดผ่านพื้นที่มากกว่าหนึ่งจังหวัด และ เมื่อพิจารณาจากสภาพความเจริญเติบโตทางด้านเศรษฐกิจของแต่ละจังหวัดที่อยู่ในเขต ระบบโครงข่ายพลังงานแล้วพบว่า มีความเจริญเติบโตหรือมีศักยภาพในการพัฒนาที่อยู่ในระดับใกล้เคียงกันเป็นพิเศษ กกพ. อาจกำหนดตัวแทนของหน่วยราคาที่ดินเท่ากันทุก จังหวัดโดยใช้อัตราของจังหวัดที่สูงกว่าเป็นเกณฑ์ในการกำหนดค่าทดแทนที่ดินก็ได้”

คณะผู้วิจัยพบว่าหลักเกณฑ์ในการกำหนดราคาที่ดินข้างต้นนั้น เปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องสามารถดำเนินการกำหนดราคาที่ดินโดยพิจารณาถึงมูลค่าของที่ดินตามสภาพความเจริญเติบโตทางด้านเศรษฐกิจของแต่ละจังหวัดที่อยู่ในเขตระบบโครงข่ายพลังงาน อย่างไรก็ตาม ประกาศดังกล่าวยังขาดรายละเอียดและวิธีการในการกำหนดราคาที่ดินซึ่งจะส่งผลให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องประสบปัญหาในการกำหนดราคาที่ดิน เช่น หากจะกำหนดราคาที่ดินซึ่งมีการซื้อขายกันตามปกติในท้องตลาดนั้นผู้กำหนดราคาจำเป็นต้องอาศัยหลักเกณฑ์ วิธีการ หรือเทคนิคในทางปฏิบัติเพื่อให้สามารถกำหนดราคาที่ดินได้จริง

นอกจากนี้ คณะผู้วิจัยยังพบว่า ประกาศ กกพ. เรื่องการกำหนดและจ่ายค่าทดแทนฯ ไม่ได้กำหนดข้อห้ามมิให้นำราคาที่ดินสูงขึ้นเพราะทรัพย์สิน โรงเรือน หรือสิ่งปลูกสร้างที่ได้สร้างหรือต่อเติมขึ้นโดยอุบายฉ้อฉล หรือทำขึ้นภายหลังการประกาศกำหนดเขตระบบโครงข่ายพลังงานตามมาตรา 601 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 หากราคาที่ดินเพิ่มสูงขึ้นจากการกระทำโดยอุบายฉ้อฉลดังกล่าวและส่งผลให้ค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิเพิ่มสูงขึ้น ย่อมทำให้ราคาพลังงานซึ่งผู้ใช้พลังงานต้องรับภาระในท้ายที่สุดเพิ่มสูงขึ้นไปด้วย เนื่องจากผู้ประกอบกิจการพลังงานสามารถเรียกเก็บค่าบริการพลังงานซึ่งครอบคลุมถึงค่าทดแทนที่จ่ายเพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิในการใช้ที่ดินนั้นจะถูกวมเข้าไปเป็นส่วนหนึ่งของค่าไฟฟ้า ซึ่งผู้ใช้ไฟฟ้าต้องชำระในฐานะที่เป็นต้นทุนพลังงานต่อหน่วยในส่วนของต้นทุนการก่อสร้างระบบส่งและระบบจำหน่ายไฟฟ้า³³ และต้นทุนในส่วน

³³ ข้อ 10(2) และ (4) ประกาศคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน เรื่อง กรอบหลักเกณฑ์การกำหนดอัตราค่าไฟฟ้า (Electricity Tariff Regulatory Framework) พ.ศ. 2564

³⁴ ข้อ 6(1) ประกาศคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานเรื่อง หลักเกณฑ์การกำหนดอัตราค่าบริการก๊าซธรรมชาติ สำหรับผู้รับใบอนุญาตขนส่งก๊าซธรรมชาติทางท่อผ่านระบบส่งก๊าซธรรมชาติ พ.ศ. 2564

2.1.3 การกำหนดอัตราค่าทดแทน

ประกาศ กกพ. เรื่องการกำหนดและจ่ายค่าทดแทนฯ กำหนด “อัตราค่าทดแทน” ซึ่งคำนวณจากราคาที่ดินอย่างตายตัว โดยกำหนดว่าในกรณีของที่ดินที่กำหนดเป็นเขตรบบโครงข่ายไฟฟ้า ค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิจะกำหนด “อัตราร้อยละเก้าสิบ” ของราคาที่ดินที่กำหนดได้ตามข้อ 6 เว้นแต่ที่ดินเฉพาะบริเวณที่กำหนดเป็นที่ตั้งเสาไฟฟ้า ซึ่งหมายรวมถึงบริเวณพื้นที่โดยรอบโคนเสาไฟฟ้า ซึ่งมีระยะห่างจากแนวเสาในรัศมีสี่เมตร ให้กำหนดค่าทดแทนเพิ่มอีก “อัตราร้อยละร้อย” ของราคาที่ดินที่กำหนดได้³⁵ ส่วนที่ดินที่กำหนดเป็นเขตรบบโครงข่ายก๊าซธรรมชาติ ค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิจะเป็นจำนวนตาม “อัตราร้อยละร้อย” ของราคาที่ดินที่กำหนดได้³⁶

การกำหนดค่าอัตราค่าทดแทนในลักษณะตายตัวนั้น เป็นแนวทางที่สอดคล้องกับการกำหนดค่าตอบแทนการใช้ประโยชน์ที่ดินในเขตปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ตามพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 ซึ่งบัญญัติว่าบุคคลที่ประสงค์จะขอความยินยอม หรือขออนุญาตใช้ประโยชน์ที่ดินในเขตปฏิรูปที่ดินเพื่อกิจการพลังงาน ซึ่งรวมถึงกิจการระบบโครงข่ายพลังงานตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการพลังงาน³⁷ ให้ยื่นคำขอความยินยอม หรือขออนุญาตต่อคณะกรรมการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมตามแบบที่เลขาธิการกำหนด พร้อมด้วยเอกสาร หรือหลักฐานตามที่ระบุในแบบคำขอดังกล่าว³⁸ โดยกำหนดอัตราค่าทดแทนเช่น อัตราร้อยละร้อยสำหรับการใช้ประโยชน์ที่ดินส่วนที่ไม่กระทบพื้นที่เกษตรกรรมเหนือพื้นดิน หรือลักษณะอื่นใดอันเป็นการรอนสิทธิเกษตรกรโดยเกษตรกรยังสามารถใช้ประโยชน์ที่ดินนั้นเพื่อประกอบเกษตรกรรมได้³⁹

คณะผู้วิจัยพบว่าการกำหนดค่าตอบแทนการรอนสิทธิในกรณีการวางระบบโครงข่ายพลังงานตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 นั้น มีความแตกต่างไปจากการจ่าย

³⁵ ข้อ 3 ประกาศคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข เกี่ยวกับการกำหนดและจ่ายค่าทดแทน (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2556 (แก้ไขข้อ 6(1) ประกาศคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข เกี่ยวกับการกำหนดและจ่ายค่าทดแทน พ.ศ. 2552)

³⁶ ประกาศคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข เกี่ยวกับการกำหนดและจ่ายค่าทดแทน พ.ศ. 2552, ข้อ 6(2)

³⁷ กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขอและการพิจารณาให้ความยินยอมหรืออนุญาตให้ใช้ประโยชน์ที่ดินในเขตปฏิรูปที่ดิน พ.ศ. 2560, ข้อ 2(1)(ค)

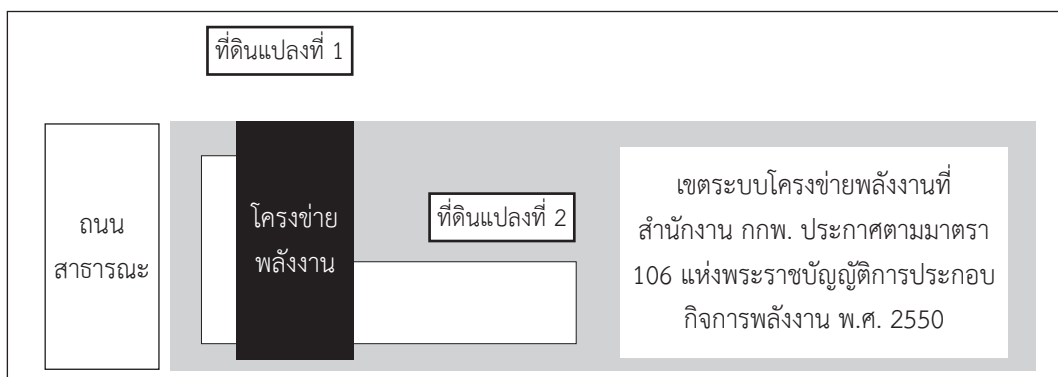
³⁸ เรื่องเดียวกัน, ข้อ 4 วรรคหนึ่ง

³⁹ ข้อ 4 ระเบียบคณะกรรมการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการใช้และค่าตอบแทนการใช้ประโยชน์ที่ดินในเขตปฏิรูปที่ดิน พ.ศ. 2563 (แก้ไข ข้อ 9 ระเบียบคณะกรรมการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการใช้และค่าตอบแทนการใช้ประโยชน์ที่ดินในเขตปฏิรูปที่ดิน พ.ศ. 2561)

ค่าทดแทนตามกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ เนื่องจากจำนวนค่าทดแทนเพื่อการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์นั้นเป็นการจ่ายเพื่อทดแทนการพรากเอากรรมสิทธิ์ (และการใช้ประโยชน์ทรัพย์สินทั้งหมด) ไปจากเจ้าของ หรือผู้ครอบครองทรัพย์สินที่ถูกเวนคืนมิใช่เพียงการถูกจำกัดการใช้ประโยชน์ลง ดังนั้น การกำหนดจำนวนค่าทดแทนเพื่อการเวนคืนจึงตั้งอยู่บนพื้นฐานของราคาทรัพย์สินที่กำหนด เช่น ราคาของที่ดินที่จะถูกเวนคืนโดยไม่ต้องพิจารณาถึงประโยชน์การจำกัดการใช้ประโยชน์ที่ดินหรือทรัพย์สิน ดังกรณีของกำหนดค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิ⁴⁰

การกำหนดค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิตามอัตราที่ตายตัวนั้นอาจส่งผลให้จำนวนค่าทดแทนที่มีการกำหนดขึ้นนั้น ไม่สะท้อนถึงข้อจำกัดการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินที่ลดลงจากการรอนสิทธิ เพื่อวางระบบโครงข่ายพลังงานตามข้อเท็จจริงเป็นรายกรณี และอาจมีความเป็นไปได้ว่าศักยภาพในการทำประโยชน์ของที่ดินที่จะมีการรอนสิทธินั้นอาจลดลงไม่ถึงการกำหนดค่าทดแทนให้ถึงร้อยละเก้าสิบหรือร้อยละร้อยของราคาที่ดิน ซึ่งคณะผู้วิจัยพบว่า การจำกัดการใช้ประโยชน์ที่ถูกจำกัดลงนั้นเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาเป็นรายกรณีโดยสามารถยกตัวอย่างได้ตามแผนภาพที่ 2 ดังนี้

ภาพที่ 2: ข้อจำกัดการใช้ประโยชน์ที่ดิน



ตามแผนภาพที่ 2 แม้ว่าทั้งที่ดินแปลงที่ 1 และแปลงที่ 2 จะเป็นที่ตั้งเสาไฟฟ้าหรือเป็นที่ตั้งของระบบโครงข่ายก๊าซธรรมชาติ อย่างไรก็ตาม การใช้ประโยชน์ที่ดินไม่ได้สูญเสียไปอย่างสิ้นเชิง เนื่องจากที่ดินทั้งสองแปลงยังคงมีการใช้ประโยชน์ได้ เช่น ที่ดินแปลงที่ 1 ยังสามารถมีการใช้เพื่อการจำหน่ายสินค้าหรือนำไปให้เช่าได้ ในขณะที่ที่ดินแปลงที่ 2 ก็ยังสามารถมีการใช้เป็นที่อยู่อาศัยหรือทำเกษตรกรรมได้ จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องเยียวยาเจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินทั้งสองแปลงถึงร้อยละเก้าสิบหรือร้อยละร้อยของราคาที่ดิน

⁴⁰ มาตรา 37 พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนและการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2562

แม้ว่าการกำหนดอัตราตายตัวจะช่วยให้การกำหนดค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิสามารถทำได้ง่ายในทางปฏิบัติ กล่าวคือ หากสามารถกำหนดราคาที่ดินได้แล้ว การกำหนดค่าทดแทนย่อมสามารถคำนวณค่าทดแทนได้ อย่างไรก็ตาม มีความเป็นไปได้ที่ค่าทดแทนอาจมีจำนวนสูงกว่าผลกระทบจากการจำกัดสิทธิในการใช้ทรัพย์สิน เช่น เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินแปลงที่ 2 นั้นยังสามารถใช้ประโยชน์จากที่ดินเพื่อยู้อาศัยหรือประกอบธุรกิจได้ เนื่องจากที่ดินที่ถูกรอนสิทธินั้นเป็นส่วนน้อย และไม่จำเป็นที่เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินแปลงที่ 2 จะต้องได้รับค่าทดแทนถึงร้อยละเก้าสิบของราคาที่ดิน การจ่ายค่าทดแทนในจำนวนที่มากขึ้นโดยปราศจากเหตุผลรองรับ กล่าวคือ เพื่อชดเชยผลกระทบต่อทรัพย์สินอันเกิดจากการรอนสิทธิ ย่อมกลายเป็นต้นทุนการประกอบกิจการพลังงานที่ไม่มีเหตุผลสมควร และกลายเป็นภาระที่ไม่จำเป็นของผู้ใช้พลังงานในท้ายที่สุด

นอกจากนี้ ยังมีความเป็นไปได้ว่าค่าทดแทนที่คำนวณตามอัตราค่าทดแทนที่ตายตัวอาจมีจำนวนน้อยไปกว่าผลกระทบจากการรอนสิทธิ เช่น กรณีของเจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินแปลงที่ 1 ตามภาพที่ 2 ซึ่งที่ดินถูกรอนสิทธิจากการวางระบบโครงข่ายไฟฟ้านั้นจะได้รับค่าทดแทนในอัตราร้อยละเก้าสิบ แต่อย่างไรก็ตาม หากการวางระบบโครงข่ายพลังงานนั้น ส่งผลให้ที่ดินนั้นไม่อาจทำประโยชน์เพื่อการประกอบกิจการเดิมได้เลย เช่น เดิมทีที่ดินสามารถใช้เพื่อประกอบกิจการหอพักได้ แต่เมื่อการวางระบบโครงข่ายไฟฟ้าแล้วการประกอบกิจการหอพักนั้นจำต้องยุติไปโดยสิ้นเชิง ในกรณีนี้ค่าทดแทนในอัตราร้อยละเก้าสิบของราคาที่ดินนั้นอาจมีจำนวนไม่เพียงพอต่อการชดเชยการใช้ประโยชน์ของที่ดินที่ถูกจำกัดลงจากการวางระบบโครงข่ายพลังงาน ส่งผลให้เจ้าของ หรือผู้ครอบครองที่ดินไม่ได้รับความเป็นธรรม

การประเมินผลสัมฤทธิ์ของประกาศ กกพ. เรื่องการกำหนดและจ่ายค่าทดแทนฯ ตามที่ได้กล่าวในหัวข้อ 2.1.1 ถึง 2.1.3 แสดงให้เห็นว่าการกำหนดค่าทดแทนการรอนสิทธิเพื่อการวางระบบโครงข่ายพลังงานตามกฎหมายในปัจจุบันยังมีข้อจำกัดเนื่องจากความชัดเจนเกี่ยวกับเจ้าของ หรือผู้ครอบครองทรัพย์สิน หรือผู้ทรงสิทธิอื่น ไม่ครอบคลุมถึงเจ้าของ หรือผู้ครอบครองที่ดินในกรณีที่ดินแปลงที่จะถูกรอนสิทธิตั้งอยู่ทั้งในและนอกเขตระบบโครงข่ายพลังงาน และที่สำคัญยังขาดรายละเอียดเกี่ยวกับวิธีการกำหนดราคาที่ดิน ตลอดจนการกำหนดอัตราของค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิแบบตายตัว

2.2 การกำหนดค่าทดแทนการรอนสิทธิเพื่อการวางโครงข่ายพลังงานในต่างประเทศ

เพื่อประโยชน์ในการแก้ไขข้อจำกัดการกำหนดค่าทดแทนการรอนสิทธิเพื่อการวางระบบโครงข่ายพลังงานตามประกาศ กกพ. เรื่องการกำหนดและจ่ายค่าทดแทนฯ คณะผู้วิจัยจึงได้ทำการ

ศึกษากฎหมาย หลักเกณฑ์ และแนวปฏิบัติของการกำหนดและจ่ายค่าทดแทนการรอนสิทธิเพื่อการวางระบบโครงข่ายพลังงานใน สหราชอาณาจักรและประเทศมาเลเซีย

2.2.1 ข้อเปรียบเทียบเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินและการปฏิรูปภาคพลังงานในสหราชอาณาจักร ประเทศมาเลเซีย และประเทศไทย

การเลือกเปรียบเทียบกฎหมายของประเทศไทยกับกฎหมายของสหราชอาณาจักรและประเทศมาเลเซียนั้นมีเหตุผลเนื่องจากว่า กฎหมายเกี่ยวกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการวางระบบโครงข่ายพลังงานในประเทศไทย สหราชอาณาจักร และประเทศมาเลเซียมีสาระสำคัญที่สามารถเปรียบเทียบกันได้ ระบบการกำกับดูแลการประกอบกิจการพลังงานในประเทศไทย สหราชอาณาจักร และประเทศมาเลเซียมีลักษณะคล้ายคลึงกันและสามารถเปรียบเทียบกันได้ และที่สำคัญทั้งสหราชอาณาจักรและประเทศมาเลเซียต่างมีตัวผู้ประกอบการระบบโครงข่ายพลังงาน ซึ่งสามารถเปรียบเทียบได้กับการประกอบกิจการของ กฟผ. และบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ในประเทศไทย งานวิจัยนี้ไม่เลือกเปรียบเทียบกฎหมายของประเทศไทยกับกฎหมายของประเทศที่มีอุตสาหกรรมพลังงานที่เจริญก้าวหน้า เช่น สหรัฐอเมริกา เนื่องจากระบบการกำกับดูแลและลักษณะการประกอบกิจการพลังงานโดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับกิจการระบบโครงข่ายพลังงานระหว่างประเทศไทยและสหรัฐอเมริกานั้นมีความแตกต่างกัน

2.2.1.1 การคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สิน

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 บุคคลย่อมมีสิทธิในทรัพย์สิน⁴¹ โดยสิทธิของบุคคลเหนือทรัพย์สินซึ่งเรียกได้ว่าเป็น “ทรัพย์สิน” นั้น จะต้องก่อตั้งขึ้นได้แต่ด้วยอาศัยอำนาจในประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น⁴² โดยสิทธิในที่ดินของบุคคล ได้แก่ กรรมสิทธิ์และสิทธิครอบครอง⁴³ การพรากเอากรรมสิทธิ์จากบุคคลโดยการเวนคืน จะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะและจะต้องมีการจ่ายค่าชดเชยที่เป็นธรรมให้กับผู้ถูกเวนคืน⁴⁴ ในขณะเดียวกันการจำกัดการใช้ประโยชน์ที่ดินหรืออาจเรียกได้ว่าเป็น “การรอนสิทธิ” เพื่อประโยชน์ในการก่อสร้างและใช้งานระบบโครงข่ายไฟฟ้าโดยผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการพลังงานนั้น จะต้องจ่ายค่าทดแทนให้กับเจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินที่ดินตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550⁴⁵

⁴¹ มาตรา 37 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

⁴² มาตรา 1298 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

⁴³ มาตรา 1 ประมวลกฎหมายที่ดิน

⁴⁴ มาตรา 37 วรรคสามและวรรคสี่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

⁴⁵ มาตรา 108 (2) พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550

เมื่อพิจารณาฐานทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินของประเทศไทยที่ได้กล่าวข้างต้นแล้ว ประเทศซึ่งจะสามารถถูกนำมาใช้เพื่อการศึกษาและวิเคราะห์ในเชิงเปรียบเทียบเพื่อพัฒนาประกาศ กกพ. เรื่องการกำหนดและจ่ายค่าทดแทนฯ ของประเทศไทยนั้น จะต้องมียุทธศาสตร์กฎหมายที่รับรอง สิทธิในทรัพย์สินของบุคคลโดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิในที่ดิน

ระบบกฎหมายของสหราชอาณาจักรและประเทศมาเลเซียต่างรับรองถึงสิทธิในที่ดินของ บุคคลเช่นเดียวกับระบบกฎหมายไทย ในสหราชอาณาจักรนั้น สิทธิในที่ดิน (Rights in Land) ได้แก่ การถือครองกรรมสิทธิ์อย่างสมบูรณ์ (Freehold) และการเช่า (Lease)⁴⁶ ผู้ถือครองกรรมสิทธิ์อย่าง สมบูรณ์ (Freeholder) ที่ดินย่อมเป็นเจ้าของที่ดินแปลงนั้น ในขณะที่ผู้เช่า (Tenant) ที่ดินนั้น มีสิทธิครอบครองที่ดินในช่วงระยะเวลาที่กำหนดเอาไว้ตามสัญญาที่ได้ทำไว้กับเจ้าของที่ดิน⁴⁷ นอกจากนี้ ระบบกฎหมายของสหราชอาณาจักรยังยอมรับสิทธิเหนือที่ดินอื่น ซึ่งรวมสิทธิในการใช้ ทรัพย์สินของผู้อื่นอีกด้วย⁴⁸ ในประเทศมาเลเซียนั้น ที่ดินในดินแดนของประเทศมาเลเซียเป็นของรัฐ⁴⁹ เมื่อรัฐได้มอบที่ดินให้แก่บุคคลโดยปราศจากการจำกัดเวลา บุคคลที่ได้รับที่ดินจะกลายเป็นเจ้าของ ที่ดิน (Freeholder) หากบุคคลมีสิทธิครอบครองที่ดินโดยมีเวลาจำกัด ประมวลกฎหมายที่ดินของ ประเทศมาเลเซียรับรองสิทธิดังกล่าวในฐานะการครอบครองตามสัญญาเช่า⁵⁰ นอกจากนี้ ประมวล กฎหมายที่ดินของประเทศมาเลเซียยังรับรองถึงสิทธิในการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินของบุคคลอื่น⁵¹

ผู้ประกอบการระบบโครงข่ายพลังงานในประเทศไทย สหราชอาณาจักร และประเทศ มาเลเซีย ซึ่งประสงค์จะก่อสร้างและใช้งานระบบโครงข่ายพลังงานโดยจะมีการรอนสิทธิในที่ดิน หรือทรัพย์สินของบุคคลอื่นต่างมีหน้าที่ต้องจ่ายค่าทดแทนให้กับเจ้าของ หรือผู้ครอบครองที่ดิน ตามกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบกิจการพลังงานในแต่ละประเทศ กล่าวคือ พระราชบัญญัติการ ประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 ในกรณีของประเทศไทย Electricity Act 1989 (UK) และ Gas Act 1986 (UK) ในกรณีของสหราชอาณาจักร และ Electricity Supply Act 1990 (Malaysia) และ Section 11(1) and (2) แห่ง Gas Supply Act 1993 ในกรณีของประเทศมาเลเซีย

⁴⁶ The Law Commission, *Making Land Work: Easements, Covenants and Profits à Prendre* (London: Law Commission, 2011), p.9.

⁴⁷ เรื่องเดียวกัน.

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน.

⁴⁹ Section 40 of the National Land Code, 1965 (Act 56 of 1965).

⁵⁰ เรื่องเดียวกัน, Section 76

⁵¹ เรื่องเดียวกัน, Section 282

2.2.1.2 การกำกับดูแลการประกอบกิจการระบบโครงข่ายพลังงาน

ในสหราชอาณาจักร กิจการผลิต ค้าส่ง และกิจการค้าปลีกไฟฟ้านั้น เป็นกิจการที่ถูกเปิดให้มีการแข่งขัน⁵² ในทำนองเดียวกันกิจการนำเข้า ค้าส่งและค้าปลีกก๊าซธรรมชาติก็เป็นกิจการที่มีการแข่งขันเช่นกัน⁵³ อย่างไรก็ตาม กิจการระบบโครงข่ายไฟฟ้าและก๊าซธรรมชาติ นั้น เป็นกิจการที่มีลักษณะผูกขาดโดยธรรมชาติ ซึ่งจะไม่ถูกเปิดให้มีการแข่งขันแต่รับรองสิทธิของบุคคลอื่นในการใช้ระบบโครงข่ายได้ (Third Party Access) โดยมีคณะกรรมการกำกับกิจการไฟฟ้าและก๊าซธรรมชาติ (Office of Gas and Electricity Markets หรือ Ofgem)⁵⁴ กำกับกับการประกอบกิจการระบบโครงข่าย⁵⁵

ในประเทศมาเลเซียนั้น มีการเปิดโอกาสให้มีผู้ผลิตไฟฟ้าเอกชน ซึ่งจะต้องขายไฟฟ้าตามสัญญาซื้อขายไฟฟ้าให้กับผู้รับซื้อรายเดียว ซึ่งได้แก่ Tenaga Nasional Berhad (TNB) โดย TNB จะทำหน้าที่เป็นผู้ค้าปลีกไฟฟ้าให้กับผู้ใช้ไฟฟ้า⁵⁶ ในส่วนของกิจการก๊าซธรรมชาติ นั้น กิจการนำเข้า ค้าส่งและค้าปลีกก๊าซธรรมชาติเป็นกิจการที่เปิดให้มีการแข่งขัน⁵⁷ ส่วนกิจการระบบโครงข่ายไฟฟ้าและก๊าซธรรมชาติ นั้น เป็นกิจการที่มีลักษณะผูกขาดโดยธรรมชาติซึ่งจะไม่ถูกเปิดให้มีการแข่งขัน แต่ถูกกำหนดให้บุคคลอื่นสามารถใช้ระบบโครงข่ายได้⁵⁸ โดยคณะกรรมการพลังงาน (Suruhanjaya

⁵² Vanessa Martin, "Competition in UK electricity markets National Grid," [online] Available from : https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/920563/Competition_in_UK_Electricity_Markets.pdf [12 January 2022]

⁵³ House of Commons, "Gas Markets Sector Report," [online] Available from : <https://www.parliament.uk/globalassets/documents/commons-committees/Exiting-the-European-Union/17-19/Sectoral-Analyses/18-Gas-Markets-Report.pdf> [12 January 2022]

⁵⁴ Section 4 of the Electricity Act 1989 & Section 5 of the Gas Act 1986

⁵⁵ Committee on Trade and Industry, "Regulating Natural Monopolies," [online] Available from : <https://publications.parliament.uk/pa/cm199697/cmselect/cmtrdind/050i/ti0120.htm> [12 January 2022]

⁵⁶ Maragatham Kumar, Rahmat Poudineh, Amanuddin Shamsuddin, **Electricity supply industry reform and design of competitive electricity market in Malaysia**, (Oxford: Oxford Institute for Energy Studies and the Institute of Energy Policy and Research, 2021), p.15.

⁵⁷ Maragatham Kumar, Jonathan Stern, Amanuddin Shamsuddin, **Gas Industry Reform and the Evolution of a Competitive Gas Market in Malaysia** (Oxford: Oxford Institute for Energy Studies and the Institute of Energy Policy and Research, 2021), p.14.

⁵⁸ Suruhanjaya Tenaga, "Guidelines on Competition for the Malaysian Gas Market in Relation to Market Definition, Anti-Competitive Agreements and Abuse of Dominant Position," [Online] Available from : https://www.st.gov.my/ms/contents/publications/guidelines_gas/20170116%20Guidelines%20on%20Competition%20for%20the%20Malaysian%20Gas%20Market%20in%20relation%20to%20Market%20Definition%20Anti-Competitive%20Agreements%20and%20Abuse%20of%20Dominant%20Position.pdf [13 January 2022]

Tenaga) ของประเทศมาเลเซีย⁵⁹

การศึกษาพัฒนาเกี่ยวกับการปฏิรูปภาคพลังงานในสหราชอาณาจักรและประเทศมาเลเซีย แสดงให้เห็นว่าองค์กรกำกับดูแลการประกอบกิจการพลังงาน กล่าวคือ Ofgem ในสหราชอาณาจักร และ Suruhanjaya Tenaga ในประเทศมาเลเซีย นั้น ต่างมีภารกิจในการกำกับดูแลการประกอบกิจการพลังงานซึ่งถูกเปิดให้มีการแข่งขันในส่วนที่มีการแข่งขันกันได้ และมีภารกิจในการกำกับดูแลกิจการระบบโครงข่ายพลังงานซึ่งเป็นกิจการที่มีลักษณะผูกขาดโดยธรรมชาติ ภารกิจดังกล่าวมีสาระสำคัญตรงกับภารกิจของ กกพ. ตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 ดังนั้น การเปรียบเทียบกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบกิจการพลังงานของประเทศไทย สหราชอาณาจักร และประเทศมาเลเซีย จึงเป็นการเปรียบเทียบประเทศที่มีระบบการกำกับดูแลการประกอบกิจการพลังงานซึ่งสามารถเปรียบเทียบกันได้

ระบบการกำกับดูแลการประกอบกิจการพลังงานจะแตกต่างออกไปในกรณีของสหรัฐอเมริกา ซึ่งแยกระดับของการกำกับดูแลออกเป็นการกำกับดูแลในการประกอบกิจการภายในมลรัฐและการประกอบกิจการระหว่างมลรัฐ เช่น ผู้ประกอบกิจการไฟฟ้าในพื้นที่มลรัฐหนึ่งมีหน้าที่ต้องขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการไฟฟ้าภายในเขตมลรัฐจากองค์กรกำกับในระดับมลรัฐ (State Commission) อย่างไรก็ตาม การประกอบกิจการผลิต ระบบส่ง และจำหน่ายไฟฟ้าระหว่างมลรัฐ (Interstate) จะตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของคณะกรรมการกำกับดูแลกิจการพลังงานแห่งสหพันธรัฐ (Federal Energy Regulatory Commission หรือ FERC)⁶⁰ ซึ่งการแบ่งแยกการกำกับดูแลการประกอบกิจการพลังงานดังกล่าวไม่ปรากฏในประเทศไทย

2.2.1.3 ผู้ประกอบกิจการระบบโครงข่ายพลังงาน

ผู้ประกอบกิจการระบบโครงข่ายพลังงานในประเทศไทย สหราชอาณาจักร และประเทศมาเลเซีย มีลักษณะที่สามารถเปรียบเทียบกันได้ หลังจากที่ได้มีการปฏิรูปโครงสร้างอุตสาหกรรมไฟฟ้าใน สหราชอาณาจักร National Grid Company (NGC) เป็นบริษัทมหาชนจำกัด ซึ่งใบอนุญาตระบบส่งไฟฟ้าเพียงรายเดียวในพื้นที่ประเทศอังกฤษและเวลส์⁶¹ ในปัจจุบัน การประกอบ

⁵⁹ Section 2 and Section 9(1) of the Electricity Supply Act 1990 & Section 11(1) and (2) of the Gas Supply Act 1993 and Section 2 and Section 11 of the Gas Supply (Amendment) Act 2016

⁶⁰ Office of Electricity Delivery and Energy Reliability, "United States Electricity Industry Primer," [Online] Available from : <https://www.energy.gov/sites/prod/files/2015/12/f28/united-states-electricity-industry-primer.pdf> [13 January 2022]

⁶¹ สำนักงานนโยบายและแผนพลังงาน, วารสารนโยบายพลังงาน 95 (มกราคม-มีนาคม 50 : 2555).

การระบบส่งไฟฟ้าในพื้นที่ประเทศอังกฤษและเวลส์จะเป็นไปโดยบริษัทมหาชนจำกัดชื่อ National Grid Electricity Transmission plc (NGET) ซึ่งเป็นบริษัทย่อยของ NGC⁶² การประกอบกิจการของ NGET นั้นมีลักษณะเช่นเดียวกับ กฟผ. ของประเทศไทย กรณีนี้จะแตกต่างไปจากผู้ประกอบกิจการระบบส่งไฟฟ้าในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีบริษัทเอกชนจำนวนมากเป็นเจ้าของระบบส่งไฟฟ้า และมีการจัดตั้งองค์กรกำกับระบบส่งไฟฟ้าระดับภูมิภาค (Regional Transmission Organizations หรือ RTOs) เพื่อทำหน้าที่บริหารจัดการระบบส่งไฟฟ้า⁶³ ตามภูมิภาค อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยไม่ได้มีองค์กรกำกับดูแลการประกอบกิจการระบบโครงข่ายไฟฟ้าในระดับภูมิภาคในลักษณะเดียวกับ RTOs ของสหรัฐอเมริกา

นอกจากนี้ บทบาท TNB นั้น มีลักษณะคล้ายคลึงกับบทบาทของ กฟผ. กล่าวคือ เป็นผู้รับซื้อไฟฟ้ารายเดียวจากผู้ผลิตไฟฟ้าเอกชน และเป็นเจ้าของระบบส่งไฟฟ้า ดังนั้น การเปรียบเทียบกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบกิจการไฟฟ้าและการจ่ายค่าทดแทนเพื่อการก่อสร้างและใช้งานระบบโครงข่ายไฟฟ้าระหว่างประเทศมาเลเซียและประเทศไทย จึงเป็นการเปรียบเทียบประเทศที่มีโครงสร้างกิจการไฟฟ้าซึ่งมีสาระสำคัญเหมือนกัน ในส่วนของ NGET นั้นประกอบกิจการในประเทศที่กิจการไฟฟ้าถูกเปิดเสรีอย่างเต็มรูปแบบแล้ว โดย NGET ไม่ได้เป็นผู้รับซื้อไฟฟ้ารายเดียวดังเช่นกรณีของ กฟผ. และ TNB อย่างไรก็ตาม ข้อแตกต่างในเรื่องบทบาทการเป็นผู้รับซื้อเพียงรายเดียวนั้น ไม่ได้ส่งผลให้การกำกับดูแลการประกอบกิจการระบบโครงข่ายพลังงานแตกต่างกันไปนัยสำคัญ เนื่องกิจการระบบส่งไฟฟ้าไม่ว่าในประเทศไทย สหราชอาณาจักร หรือประเทศมาเลเซียล้วนเป็นกิจการที่มีลักษณะผูกขาดโดยธรรมชาติ ซึ่งตกอยู่ในการกำกับดูแลขององค์กรกำกับดูแลกิจการพลังงานทั้งสิ้น

2.2.2 การกำหนดค่าทดแทนการรอนสิทธิเพื่อวางโครงข่ายพลังงานในสหราชอาณาจักร

ผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการพลังงานซึ่งประสงค์จะได้มาซึ่งสิทธิเหนือที่ดินเพื่อวางระบบโครงข่ายพลังงานในสหราชอาณาจักรจะต้องดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการพลังงาน ได้แก่ Electricity Act 1989⁶⁴ และ Gas Act 1986⁶⁵ ซึ่งบัญญัติถึงขั้นตอนการจ่าย

⁶² National Grid Electricity Transmission plc, “National Grid Electricity Transmission plc Annual Report and Accounts 2019/20,” [Online] Available from : <https://www.nationalgrid.com/document/139151/download> [24 January 2022]

⁶³ United States of America Federal Energy Regulatory Commission: Regional Transmission Organizations (Order No.2000), p.5.

⁶⁴ Schedule 3 of the Electricity Act 1989

⁶⁵ Schedule 3 of the Gas Act 1986

ค่าทดแทนโดยอาศัยกฎหมายว่าด้วยการได้มาซึ่งที่ดิน ได้แก่ Acquisition of Land Act 1981 Land Compensation Act 1961 และ Land Compensation Act 1973

2.2.2.1 ผู้มีสิทธิได้รับค่าทดแทน

การจ่ายค่าทดแทนแก่บุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการวางระบบโครงข่ายพลังงานในสหราชอาณาจักรนั้น ไม่ได้จำกัดเฉพาะที่ดินที่อยู่ในเขตรบบโครงข่ายพลังงานเท่านั้น หาก NGET ซึ่งเป็นผู้ประสงค์ที่จะก่อสร้างระบบโครงข่ายพลังงานจะต้องทำการระบุตัวตนและทำการปรึกษาหารือกับทุก ๆ คนซึ่งมีส่วนได้เสียกับที่ดินซึ่งจะมีการวางโครงข่ายหรือได้รับผลกระทบจากการวางโครงข่าย บุคคลผู้มีส่วนได้เสียนั้นไม่จำกัดเพียงเจ้าของ ผู้เช่า ผู้ครอบครอง หรือผู้รับจ้างงานเท่านั้น หากแต่ยังรวมถึงบุคคลซึ่งมีสิทธิเหนือพื้นดิน เช่น สิทธิของเอกชนในการผ่านที่ดิน สิทธิในการเล่นกีฬา และสิทธิในการได้รับการชำระเงินจากที่ดิน⁶⁶ NGET มีหน้าที่ต้องปรึกษาหารือกับบุคคลผู้มีส่วนได้เสียทุกราย และเมื่อสามารถกำหนดพื้นที่ที่จะมีการวางโครงข่ายได้แล้วก็จะมีการทำสัญญากับเจ้าของ ผู้เช่า หรือผู้รับจ้างงานเพื่อให้ได้รับสิทธิในการใช้ทรัพย์สิน (Grant on Easement) เพื่อให้สามารถดำเนินการก่อสร้างได้⁶⁷

2.2.2.2 ขั้นตอนการจ่ายค่าชดเชยและการกำหนดราคาที่ดิน

ค่าทดแทนการรอนสิทธิเพื่อการวางระบบโครงข่ายพลังงานในสหราชอาณาจักร และมาเลเซียต่างตั้งอยู่บนพื้นฐานของราคาของที่ดินเช่นเดียวกับการกำหนดค่าทดแทนตามประกาศ กกพ. เรื่องการกำหนดและจ่ายค่าทดแทนฯ ในสหราชอาณาจักร การกำหนดจำนวนค่าทดแทนนั้นจะตั้งอยู่บนพื้นฐานของมูลของที่ดินและความเสียหายที่เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินจะได้รับจากการวางระบบโครงข่ายพลังงาน

อย่างไรก็ตาม กฎหมายของสหราชอาณาจักรกำหนดให้ผู้ประกอบกิจการระบบโครงข่ายพลังงานเป็นผู้มีบทบาทหลักในการกำหนดจำนวนค่าทดแทน ผู้ประกอบกิจการระบบส่งไฟฟ้า ผู้ประกอบกิจการระบบจำหน่ายไฟฟ้า ผู้ประกอบกิจการระบบส่งก๊าซธรรมชาติ และผู้ประกอบกิจการระบบจำหน่ายก๊าซธรรมชาติมีความจำเป็นที่จะต้องดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งที่ดินเพื่อประกอบกิจการตามขอบเขตที่ได้รับใบอนุญาตจะมีสถานะเป็นผู้ดำเนินการให้ได้มาซึ่งสิทธิเหนือ

⁶⁶ National Grid, “Guidance on Land Rights for New Electricity Transmission Assets (England and Wales),” [online] Available from : <https://www.nationalgrid.com/sites/default/files/documents/45692%20Guidance%20on%20land%20rights%20Oct%202013.pdf> [16 January 2021]

⁶⁷ สิทธิในการใช้ทรัพย์สินตามกฎหมายของสหราชอาณาจักรนี้มีลักษณะคล้ายกับการจ่ายยอมตามกฎหมายไทย

ที่ดิน⁶⁸ และมีหน้าที่ในการประกาศความประสงค์ในการทำให้ได้มาซึ่งที่ดินในหนังสือพิมพ์ประจำท้องถิ่นซึ่งที่ดินนั้นตั้งอยู่⁶⁹ นอกจากนี้ ผู้ดำเนินการให้ได้มาซึ่งสิทธิเหนือที่ดินมีหน้าที่ต้องส่งคำขอซื้อที่ดินไปยังเจ้าของที่ดิน ผู้เช่า และผู้ครอบครอง (เว้นแต่ผู้เช่าที่เช่าที่ดินโดยมีเวลาสั้นกว่า 1 เดือน)

กฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการไฟฟ้าและก๊าซธรรมชาติของสหราชอาณาจักรไม่ได้กำหนดกระบวนการขั้นตอนในการยื่นคำขอบังคับซื้อที่ดิน ตลอดจนกระบวนการโต้แย้งโดยเจ้าของผู้เช่า และผู้ครอบครองที่ดิน และไม่ได้บัญญัติถึงหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดและคำนวณค่าทดแทนสำหรับที่ดินที่ถูกบังคับซื้อ อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ดังกล่าวจะปรากฏในกฎหมายว่าด้วยการได้มาซึ่งที่ดิน (Acquisition of Land Act 1981⁷⁰) และกฎหมายว่าด้วยการกำหนดค่าทดแทน (Land Compensation Act 1961⁷¹ และ Land Compensation Act 1973⁷²)

การกำหนดค่าทดแทนเพื่อการทำให้ได้มาซึ่งสิทธิเหนือที่ดินของบุคคลอื่นตาม Land Compensation Act 1961 จะตั้งอยู่บนพื้นฐานของราคาที่ดิน เช่น มูลค่าของที่ดินให้คำนวณตามราคาของที่ดินนั้น หากมีการขายในตลาดโดยคำแนะนำของผู้ขาย (การกำหนดค่าทดแทนนี้ไม่กระทบถึงการคำนวณค่าทดแทนอันเกิดจากการรบกวนหรือประเด็นอื่นใดที่ไม่ได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของมูลค่าที่ดินโดยตรง) นอกจากนี้ กฎหมายยังบัญญัติห้ามมิให้มูลค่าของที่ดินเพิ่มสูงขึ้นโดยการไ้ที่ดินหรือสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมารวมเข้ากับการกำหนดราคาที่ดิน⁷³

2.2.2.3 อัตราค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิ

หลักเกณฑ์การกำหนดจำนวนค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิในกรณีของการวางระบบโครงข่ายพลังงานในสหราชอาณาจักรนั้น แตกต่างจากหลักเกณฑ์ตามข้อ 6 ของประกาศ กกพ. เรื่องการกำหนดและจ่ายค่าทดแทนฯ Land Compensation Act 1961 นั้น กำหนดให้จำนวนค่าทดแทนนั้นให้พิจารณาจากมูลค่าที่ดินซึ่งพิจารณาโดยคำนึงราคาขายที่ดินในตลาดเปิด โดยเป็นราคาอันพึงคาดหมายได้จากบุคคลที่ประสงค์จะขายนั้น มิได้กำหนดอัตราค่าทดแทนที่ตายตัวเอาไว้⁷⁴ นอกจากนี้ Land Compensation Act 1973 ยังกำหนดให้การกำหนดจำนวนค่าทดแทนนั้นมี

⁶⁸ Section 7(1) of the Acquisition of Land Act 1981

⁶⁹ เรื่องเดียวกัน, Section 1(11)

⁷⁰ เรื่องเดียวกัน, Section 4

⁷¹ Section 5 of the Land Compensation Act 1961

⁷² Section 4 of the Land Compensation Act 1973

⁷³ Section 5 of the Land Compensation Act 1961

⁷⁴ เรื่องเดียวกัน.

ความยืดหยุ่นโดยสามารถรวมไปถึงปัจจัยต่าง ๆ เช่น ความเสียหายจากการสูญเสียที่อยู่อาศัย⁷⁵

ในการกำหนดจำนวนค่าทดแทนตาม Land Compensation Act 1961 นั้น หากปรากฏว่ามูลค่าของที่ดินเพิ่มสูงขึ้นโดยการใช้ที่ดินหรือสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินนั้น ในลักษณะที่สามารถถูกจำกัดลงได้โดยคำสั่งศาล หรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือส่งผลกระทบต่อสุขภาพของผู้อยู่อาศัย หรือต่อสาธารณะ มูลค่าที่เพิ่มสูงขึ้นดังกล่าวจะต้องไม่นำมาคำนวณรวมในการกำหนดค่าทดแทน⁷⁶

2.2.3 การกำหนดค่าทดแทนการรอนสิทธิเพื่อวางโครงข่ายพลังงานในประเทศมาเลเซีย

ผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการพลังงานซึ่งประสงค์จะได้มาซึ่งสิทธิเหนือที่ดิน เพื่อวางระบบโครงข่ายพลังงานในประเทศมาเลเซียนั้นดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการพลังงาน ได้แก่ Electricity Supply Act 1990⁷⁷ และ Gas Supply Act 1993⁷⁸ ซึ่งบัญญัติถึงขั้นตอนการจ่ายค่าทดแทนโดยรับรองถึงบทบาทของเจ้าหน้าที่ที่ดินประจำเขตในการกำหนดจำนวนค่าทดแทนโดยอาศัยกฎหมายว่าด้วยการได้มาซึ่งที่ดิน ได้แก่ Land Acquisition Act 1960 (Malaysia)

2.2.3.1 ผู้มีสิทธิได้รับค่าทดแทน

ผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการไฟฟ้าในประเทศมาเลเซียสามารถดำเนินการติดตั้งระบบดังกล่าวบนหรือใต้ที่ดินของบุคคลอื่น ซึ่งไม่ได้เป็นของรัฐ สามารถดำเนินการอื่นใดอันจำเป็นในการรักษาความปลอดภัยและประสิทธิภาพของท่อและสิ่งติดตั้งดังกล่าว แต่มีหน้าที่ชำระค่าทดแทนเต็มจำนวนให้บุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการรบกวน ได้รับความเสียหาย หรือไม่สามารถใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินอันเกิดจากการวางระบบโครงข่ายพลังงานดังกล่าว⁷⁹

Gas Supply Act 1993 บัญญัติว่า ในกรณีที่ผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการก๊าซธรรมชาติในประเทศมาเลเซียมีความจำเป็นที่จะต้องติดตั้งท่อก๊าซธรรมชาติหรือระบบอื่นใดที่จำเป็นกับการจัดหาก๊าซธรรมชาติ ผู้รับใบอนุญาตสามารถดำเนินการวางท่อก๊าซหรือสิ่งติดตั้งอื่นบนหรือใต้ที่ดินซึ่งไม่ได้เป็นของรัฐและสามารถดำเนินการอื่นใดที่จำเป็นในการรักษาความปลอดภัยและเพื่อรักษาประสิทธิภาพของท่อได้ แต่มีหน้าที่ชำระค่าทดแทนเต็มจำนวนให้บุคคลที่ได้รับ

⁷⁵ Section 29 of the Land Compensation Act 1973

⁷⁶ Section 5(4) of the Land Compensation Act 1961

⁷⁷ Section 11(1) of the Electricity Supply Act 1990

⁷⁸ Section 24(1) of the Gas Supply Act 1993

⁷⁹ Section 11(1) of the Electricity Supply Act 1990

ผลกระทบจากการรบกวนได้รับความเสียหาย หรือไม่สามารถใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินอันเกิดจากการวางระบบโครงข่ายพลังงานดังกล่าว⁸⁰

2.2.3.2 ขั้นตอนการจ่ายค่าชดเชยและการกำหนดราคาที่ดิน

ระบบการจ่ายค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิในกรณีการวางระบบโครงข่ายพลังงานของประเทศมาเลเซียมีความคล้ายคลึงกับระบบการจ่ายค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิของประเทศไทย มากกว่าระบบการจ่ายค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิของสหราชอาณาจักร เนื่องจากเป็นระบบที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่รัฐเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการกำหนดราคาที่ดินและจำนวนค่าทดแทน โดยมิได้ปล่อยให้ผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการพลังงานเป็นผู้มีบทบาทหลักในการกำหนดราคาที่ดิน กำหนดจำนวนค่าทดแทน และเจรจากับเจ้าของ หรือผู้ครอบครองทรัพย์สินโดยตรง เช่นเดียวกับขั้นตอนตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550

ในกรณีที่มีการดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งที่ดินมีวัตถุประสงค์ตามมาตรา 3 แห่ง Land Acquisition Act 1960 เจ้าหน้าที่ที่ดินประจำท้องถิ่นจะประกาศค่าชดเชยในราชกิจจานุเบกษา และแจ้งให้สาธารณชนรับทราบถึงการประกาศดังกล่าว เจ้าหน้าที่ที่ดินประจำเขตจะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนซึ่งประกอบด้วยขั้นก่อนการดำเนินการ (Pre-Acquisition) ขั้นตอนระหว่างการดำเนินการ (Acquisition) และขั้นตอนภายหลังการดำเนินการ (Post-Acquisition) ที่กำหนดใน Land Acquisition Act 1960 อย่างเคร่งครัด มิฉะนั้น การดำเนินการจะเสียเปล่าได้โดยอัตโนมัติ⁸¹

การกำหนดจำนวนค่าทดแทนให้แก่ที่ดินที่จะมีการวางระบบโครงข่ายพลังงานจะเริ่มต้นโดยคำนวณมูลค่าตลาดของที่ดินแปลงดังกล่าว ณ วันที่มีการประกาศค่าชดเชยในราชกิจจานุเบกษา⁸² โดยในการประเมินมูลค่านั้น ผู้ประเมินมูลค่าสามารถใช้วิธีการประเมินที่เหมาะสม ซึ่งอาจรวมไปถึงการพิจารณาราคาขายของที่ดินซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับที่ดินแปลงที่จะมีการวางระบบโครงข่ายพลังงานในขณะนั้น และอาจพิจารณาถึงธุรกรรมสุดท้ายของที่ดินที่จะมีการวางระบบโครงข่ายพลังงาน⁸³ ในกรณีที่เป็นการดำเนินการเพื่อให้ได้ที่ดินมาเพียงบางส่วน การประเมินมูลค่าควรจะต้องอยู่บนพื้นฐานของที่ดินทั้งแปลง⁸⁴

⁸⁰ Section 24(1) of the Gas Supply Act 1993

⁸¹ Azmi Rohani et al., Land Acquisition in Malaysia: Policy Context and Praxis for Oil and Gas Hub Project in Eastern Johor, **World Bank Conference on Land Poverty** (March 2019) : 4.

⁸² Schedule 1 para 1(1) of the Land Acquisition Act 1960

⁸³ เรื่องเดียวกัน, Schedule 1 para 1(1A)

⁸⁴ เรื่องเดียวกัน, Schedule 1 para 1(1B)

นอกจากนี้ Land Acquisition Act 1960 ของประเทศมาเลเซียยังบัญญัติห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ที่ดินนำเอาปัจจัย เช่น ความไม่เต็มใจของบุคคลที่จะต้องอยู่ร่วมกับที่ดินที่จะมีการวางระบบโครงข่ายพลังงาน หรือความเสียหายที่ก่อขึ้นโดยเอกชนโดยการกระทำที่ไม่สุจริต หรือ การเพิ่มขึ้นของมูลค่าที่ดินที่จะมีการวางระบบโครงข่ายพลังงานอันเป็นผลจากการใช้ที่ดินเพื่อการวางระบบโครงข่ายพลังงานมารวมเพื่อกำหนดราคาที่ดิน⁸⁵

2.2.3.3 อัตราค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิ

ในการกำหนดจำนวนค่าทดแทนนั้น เจ้าหน้าที่ที่ดินประจำท้องถิ่นจะต้องคำนึงถึงปัจจัยต่าง ๆ เช่น ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการใช้ประโยชน์ที่ดิน การที่ดินดังกล่าวจะต้องแบ่งแยกออกจากที่ดินแปลงอื่น และการที่ผู้ครอบครองจะต้องเปลี่ยนที่อยู่อาศัยหรือเปลี่ยนแปลงสถานที่ประกอบธุรกิจ⁸⁶ จะเห็นได้ว่า การกำหนดค่าทดแทนเพื่อชดเชยผลกระทบต่อสิทธิที่ดินตาม Land Acquisition Act 1960 นั้น นอกจากจะตั้งอยู่บนฐานของราคาตลาดของที่ดินแล้ว ยังจะต้องคำนึงถึงปัจจัยอื่น ๆ เป็นรายกรณีโดยมิได้มีการกำหนดอัตราค่าทดแทนที่ตายตัวเอาไว้ดังข้อ 6 ของประกาศ กกพ. เรื่องการกำหนดและจ่ายค่าทดแทนฯ

กฎหมายของประเทศมาเลเซียยังเปิดช่องให้เจ้าหน้าที่ที่ดินนำเอา “วิธีการที่เหมาะสม” มาปรับใช้เพื่อกำหนดราคาที่ดินได้อีกด้วย⁸⁷ นอกจากนี้ Land Acquisition Act 1960 ยังได้กำหนดข้อห้ามมิให้นำปัจจัยบางอย่างมารวมเข้ากับการกำหนดราคาที่ดินอีกด้วย และมีได้กำหนดอัตราค่าทดแทนที่ตายตัวเอาไว้ดังเช่นกรณีของประกาศ กกพ. เรื่องการกำหนดและจ่ายค่าทดแทนฯ⁸⁸

อย่างไรก็ตาม คณะผู้วิจัยพบว่าการนำเอาแนวทางการกำหนดราคาที่ดินและวิธีการกำหนดจำนวนค่าทดแทนโดยอาศัยถ้อยคำทางกฎหมายกว้าง ๆ ตามแนวทางของสหราชอาณาจักรและประเทศมาเลเซีย นั้น ยังไม่อาจช่วยแก้ไขข้อจำกัดของประกาศ กกพ. เรื่องการกำหนดและจ่ายค่าทดแทนฯ และยังสามารถสร้างปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายต่อไป เนื่องจากเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการประเมินราคาที่ดินและทรัพย์สิน ตลอดจนจำนวนค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธินั้นยังไม่มีหลักเกณฑ์และวิธีการที่เป็นรูปธรรมในการกำหนดราคาที่ดินและกำหนดจำนวนค่าทดแทนหากมีการยกเลิกอัตราค่าทดแทนที่ตายตัว⁸⁹ ด้วยเหตุนี้ คณะผู้วิจัยจึงได้ศึกษาถึงหลักเกณฑ์และวิธีการ

⁸⁵ เรื่องเดียวกัน.

⁸⁶ Schedule 1 para 2 of the Land Acquisition Act 1960

⁸⁷ เรื่องเดียวกัน, Schedule 1 para 1 (1A)

⁸⁸ เรื่องเดียวกัน, Schedule 1 para 1(3)

⁸⁹ ผลจากการสัมภาษณ์เจ้าหน้าที่ของสำนักงานคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานและประชุมกลุ่มย่อยซึ่งมีผู้แทนจากการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยและบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) เข้าร่วม

ประเมินมูลค่าทรัพย์สินในระดับสากลเพื่อประโยชน์ในการจัดทำข้อเสนอในงานวิจัยซึ่งจะได้กล่าวในหัวข้อถัดไป

2.3 หลักเกณฑ์การประเมินมูลค่าทรัพย์สินสากล

คณะผู้วิจัยพบว่าการกำหนดราคาที่ดินและการกำหนดจำนวนค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิในที่ดินหรือทรัพย์สินซึ่งได้รับผลกระทบจากการวางระบบโครงข่ายพลังงานนั้นสามารถดำเนินการได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการการประเมินมูลค่าทรัพย์สินในระดับสากล ซึ่งงานวิจัยนี้ได้ศึกษามาตรฐานการประเมินมูลค่าทรัพย์สินในระดับสากลของคณะกรรมการมาตรฐานการประเมินมูลค่าทรัพย์สินสากล (IVSC)

2.3.1 หลักเกณฑ์และวิธีการการกำหนดราคาที่ดิน

หลักเกณฑ์ในการประเมินมูลค่าทรัพย์สินตาม IVSC ให้ความสำคัญกับการกำหนดมูลค่าตลาด⁹⁰ หรือมูลค่ายุติธรรม โดยได้อธิบายว่าในการประเมินมูลค่าทรัพย์สินนั้น ผู้ประเมินมูลค่าทรัพย์สินสามารถใช้วิธีการในการประเมิน ได้แก่ วิธีเปรียบเทียบราคาตลาด วิธีรายได้ และวิธีต้นทุน ซึ่งเป็นแนวทางที่สอดคล้องกับมาตรฐานและจรรยาบรรณวิชาชีพการประเมินมูลค่าทรัพย์สินในประเทศไทย⁹¹

2.3.1.1 วิธีเปรียบเทียบราคาตลาด (Market Approach)

วิธีเปรียบเทียบราคาตลาดเป็นวิธีหามูลค่าทรัพย์สินโดยการเปรียบเทียบทรัพย์สินที่กำลังประเมินกับมูลค่าของทรัพย์สินชนิดเดียวกันที่มีการขายหรือเสนอซื้อเสนอขายในตลาด โดยทำการปรับเปลี่ยนราคาขายให้เหมาะสมตามปัจจัยที่มีผลกระทบต่อทรัพย์สินนั้น วิธีการเปรียบเทียบราคาตลาดนี้เหมาะสำหรับการประเมินอสังหาริมทรัพย์ทั่วไปที่สามารถหาทรัพย์สินเปรียบเทียบได้ เช่น ที่ดิน อาคารพาณิชย์ เป็นต้น

ผู้ประเมินสามารถเริ่มการเปรียบเทียบราคาตลาดโดยรวบรวมข้อมูลราคาซื้อขายที่ดินหรือราคาเสนอขายที่ดินในช่วงเวลาที่ผ่านมากลับเคียงจากคู่เทียบจากตลาด⁹² และปรับมูลค่าโดยคำนึงถึงปัจจัยภายนอกและปัจจัยภายใน เช่น การต่อรอง สภาพตลาด กรรมสิทธิ์ การชำระเงิน ทำเล ขนาดพื้นที่ รูปร่างที่ดิน ทางเข้าออก สิ่งอำนวยความสะดวก สภาพแวดล้อม และ

⁹⁰ IVSC, *International Valuation Standards*, (Norwich, Page Bros, 2019), p.29.

⁹¹ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, “มาตรฐานและจรรยาบรรณวิชาชีพการประเมินมูลค่าทรัพย์สินในประเทศไทย” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://publish.sec.or.th/nrs/6744a2.pdf> [24 มกราคม 2565]

⁹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 22.

ข้อกฎหมาย ซึ่งผู้ประเมินต้องปรับปัจจัยความไม่เหมือนระหว่างข้อมูลที่นำมาเปรียบเทียบกับตัวทรัพย์สินของโครงการ เครื่องมือที่ใช้ในการวิเคราะห์ค่าเช่าภายใต้วิธีเปรียบเทียบตลาดนี้ ผู้วิเคราะห์จะนำวิธีการปรับเปลี่ยนแปลงราคาซื้อขาย (Grid Adjustment) มาวิเคราะห์เปรียบเทียบและสรุปค่าเช่าสุดท้ายของทรัพย์สินหรือโครงการ

2.3.1.2 วิธีรายได้ (Income Approach)

วิธีรายได้เป็นการประเมินมูลค่าทรัพย์สินภายใต้หลักเกณฑ์ที่ว่ามูลค่าของทรัพย์สินใด ๆ จะมีค่าเท่ากับมูลค่าปัจจุบันสุทธิของกระแสรายได้รวมที่คาดว่าจะได้รับจากทรัพย์สินนั้นในอนาคต กล่าวคือ ค่าเช่าเป็นผลตอบแทนของเจ้าของที่ดิน ซึ่งสามารถคำนวณได้ตามสมการความสัมพันธ์ระหว่างมูลค่าที่ดินกับค่าเช่าโดยมูลค่าที่ดินจะเท่ากับค่าเช่าสุทธิหารด้วยอัตราผลตอบแทนหรืออัตราทุน (Capitalization Rate)⁹³ ผู้ประเมินต้องอ้างอิงข้อมูลจากข้อมูลตลาดที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับทรัพย์สินที่ประเมินที่สามารถเปรียบเทียบกันได้โดยข้อมูลดังกล่าวต้องมีความเพียงพอเหมาะสมและน่าเชื่อถือ⁹⁴ โดยปัจจัยตัวแปรในการประเมิน ได้แก่ มูลค่าที่ดินหรือมูลค่าทรัพย์สิน และอัตราทุน ดังนั้น ปัจจัยสำคัญที่ผู้ประเมินจะต้องหาข้อมูลสำหรับที่ดินแต่ละแปลงที่จะประเมิน คือ ต้องหาข้อมูลจากการวิจัยหรือหาค่าทางสถิติสำหรับค่าเช่าต่อหน่วย (ต่อไร่หรือต่อตารางวา) จากที่ดินแปลงนั้น ๆ ซึ่งจะเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพตลาด (ต่อไร่หรือต่อตารางวา)

เพื่อประโยชน์ในการประเมินมูลค่าที่ดินของ กกพ. เพื่อกำหนดค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิ คณะผู้วิจัยจึงได้เสนออัตราทุนของที่ดินเปล่าที่ตั้งอยู่ในย่านใจกลางธุรกิจ ปริมาณของกรุงเทพมหานครหรือใจกลางเมืองรอง ขอบนอกจังหวัดปริมาณหรือขอบเมืองรอง และพื้นที่ชนบท ดังนี้

ที่ดินใจกลางเมืองหลัก และ ย่านธุรกิจ (เช่น ถนน สีลม ถนนวิทยุ รัชดาภิเษก พญาไท ป่าตอง ภูเก็ต)	ที่ดินปริมาณของ กรุงเทพมหานครหรือ ใจกลางเมืองรอง	ที่ดินขอบนอกจังหวัด ปริมาณ/ขอบเมืองรอง	ที่ดินชนบท
ร้อยละ 2.8-3.2	ร้อยละ 2.2-2.7	ร้อยละ 1.6-2.0	ร้อยละ 0.9-1.4

คณะผู้วิจัยกำหนดอัตราทุนของที่ดินเปล่าโดยอาศัยค่าทางสถิติศาสตร์ ได้แก่ ค่าฐานนิยม (Mode) ค่ากลาง (Median) และค่าเฉลี่ย (Mean) ซึ่งเป็นการสังเคราะห์ข้อมูลเปรียบเทียบที่ได้

⁹³ เรืองเดียวกัน.

⁹⁴ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (อ้งแล้วเชิงบรรณที่ 91), หน้า 22.

จากการเก็บข้อมูลความสัมพันธ์ระหว่างค่าเช่าตลาดที่เกิดขึ้นจริงในภาคสนาม ณ เวลาใด เวลาหนึ่ง เปรียบเทียบกับมูลค่าตลาดที่ดิน ณ เวลาเดียวกัน ภายใต้เงื่อนไขที่ดินที่นำมาเปรียบเทียบมีคุณลักษณะที่คล้ายคลึงกัน เช่น ทำเล ขนาด รูปร่าง เป็นต้น โดยไม่มีรายได้จากส่วนอื่น ๆ มาเกี่ยวข้อง เช่น รายได้จากงานบริการ หรือรายได้ที่ได้มาจากการขายสินค้าอื่น ๆ นอกจากนี้สถานะของตลาดจะต้องมีความมั่นคงและไม่มีการเปลี่ยนแปลงทางด้านอัตราการเติบโตของอุปสงค์ อุปทาน และอัตราค่าเช่าอย่างมีนัยสำคัญ⁹⁵ ทั้งนี้ เพื่อให้ข้อมูลที่เพียงพอ คณะผู้วิจัยได้เก็บรวบรวมข้อมูลจากชุดข้อมูลที่เก็บจากในทุกภูมิภาค ทั้งในเขตย่านธุรกิจ ย่านเมือง ชานเมือง และชนบทมากกว่า 100 ชุดข้อมูล

2.3.1.3 วิธีต้นทุน (Cost Approach)

วิธีต้นทุนเป็นการหามูลค่าโดยอาศัยทฤษฎีที่ว่าผู้ซื้อที่รับรู้ข้อมูลข่าวสารนั้นจะไม่ยินยอมจ่ายเงินในการซื้อทรัพย์สินมากกว่าต้นทุนในการซื้อหรือผลิตทดแทนใหม่ที่มีการใช้สอยเหมือนกันกับสินทรัพย์ที่กำลังประเมิน ในการใช้วิธีการหักค่าเสื่อมจากต้นทุนทดแทนใหม่นั้นจะคำนึงถึงต้นทุนถอดแบบใหม่ (Reproduction Cost New) หรือต้นทุนทดแทนใหม่ (Replacement Cost New)⁹⁶ หักด้วยค่าเสื่อมราคาต่าง ๆ ได้แก่ ความเสื่อมสภาพทางกายภาพ ความล้าสมัยจากประโยชน์ใช้สอย และความล้าสมัยอันเนื่องจากสภาพเศรษฐกิจซึ่งวิธีการเหล่านี้เหมาะสมกับการประเมินมูลค่าทรัพย์สินที่ไม่สามารถหาราคาเปรียบเทียบในตลาดได้หรือเป็นทรัพย์สินเฉพาะอย่าง

การประเมินมูลค่าของที่ดินโดยวิธีนี้ผู้ประเมินจะต้องตรวจสอบเพื่อยืนยันการใช้ประโยชน์สูงสุดในที่ดิน ซึ่งหากที่ดินนั้นไม่ได้มีการใช้ประโยชน์สูงสุด ผู้ประเมินต้องให้ความเห็นด้านมูลค่าที่สอดคล้องกับลักษณะการใช้ประโยชน์สูงสุดในที่ดินโดยต้องคำนึงถึงผลกระทบจากการใช้ประโยชน์ของที่ดินเท่าที่เป็นอยู่ ณ วันที่ประเมินด้วย⁹⁷

2.3.2 หลักเกณฑ์เพื่อกำหนดจำนวนค่าทดแทน

เพื่อเสนอทางเลือกในการพัฒนาหลักเกณฑ์การกำหนดจำนวนค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิ ซึ่งไม่ได้คำนวณตามอัตราที่ตายตัวตามที่ปรากฏตาม ข้อ 6 ของประกาศ กกพ. เรื่องการกำหนดและจ่ายค่าทดแทนฯ งานวิจัยนี้ได้ศึกษาถึงหลักการใช้ประโยชน์สูงสุดและดีที่สุดสำหรับที่ดิน (Highest and Best Use for Land หรือ HBU) เพื่อนำมาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าที่ดินที่มีการ

⁹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 58.

⁹⁶ ต้นทุนทดแทนใหม่ หมายถึง การจำลองจากสินทรัพย์โดยใช้หลักของราคาปัจจุบันของวัสดุที่เหมือนกันหรือคล้ายคลึงกันที่สุดกับทรัพย์สินที่ทำการประเมินอยู่มากที่สุด

⁹⁷ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (อ่าวแล้วเชิงบรรณที่ 91), หน้า 23.

วางระบบโครงข่ายพลังงานนั้น ควรจะได้รับค่าทดแทนอันเป็นผลจากผลกระทบจำนวนเท่าใด

หลักการใช้ประโยชน์สูงสุดและดีที่สุดสำหรับที่ดินเป็นหลักการประเมินมูลค่าทรัพย์สินซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่า การใช้ประโยชน์สูงสุดของที่ดินนั้นถือเป็นราคาสูงสุดของที่ดิน โดยพิจารณาถึงทางเลือกในการพัฒนาที่ดินเป็นธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ที่จะก่อให้เกิดผลตอบแทนที่คุ้มค่าและเกิดประโยชน์สูงสุดในพื้นที่นั้น ๆ ผู้ประเมินจะต้องคำนึงถึงหลักความเหมาะสมทางด้านกฎหมาย หลักความเหมาะสมทางกายภาพ และหลักความเหมาะสมและคุ้มค่าทางการเงิน⁹⁸

2.3.2.1 หลักความเหมาะสมทางด้านกฎหมาย (Legal Aspect)

การใช้ประโยชน์ทรัพย์สินนั้นอาจมีข้อจำกัดอันเกิดจากกฎหมายและการเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายดังกล่าว⁹⁹ ในประเทศไทยข้อจำกัดการใช้ประโยชน์ที่ดินตามกฎหมายปรากฏอยู่ในกฎหมายหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2562 พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 และพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ข้อจำกัดทางกฎหมายเหล่านี้อาจส่งผลต่ออัตราส่วนพื้นที่เปิดโล่ง อัตราส่วนการใช้พื้นที่ต่อที่ดิน และจำกัดด้านความสูงของสิ่งปลูกสร้างในที่ดินและส่งผลกระทบต่อมูลค่าสูงของที่ดิน

ยกตัวอย่างเช่น หากที่ดินตกอยู่ในบังคับของผังเมืองรวมที่กำหนดให้ที่ดินเป็นพื้นที่สีเขียวซึ่งมีข้อห้ามมิให้ใช้ที่ดิน¹⁰⁰ เพื่อการประกอบกิจการโรงงานและห้ามมิให้ประกอบพาณิชยกรรมประเภทอาคารสูงหรืออาคารขนาดใหญ่¹⁰¹ หรือเป็นที่ดินที่อยู่ในเขตพื้นที่ที่ได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. 2535¹⁰² ซึ่งอาจมีข้อกำหนดในการก่อสร้างอาคาร เช่น อาคารที่เป็นองค์ประกอบของระบบสาธารณสุขโรคที่มีความสูงไม่เกิน 4 เมตร พื้นที่อาคารรวมกันไม่เกิน 24 ตารางเมตร มีพื้นที่อาคารคลุมดินต่อหลังไม่เกิน 6 ตารางเมตรและต้องมีพื้นที่ว่างไม่น้อยกว่าร้อยละ 75 ของที่ดินแปลงที่ยื่นขออนุญาตก่อสร้างอาคาร¹⁰³

ในการกำหนดค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิตามหลักการใช้ประโยชน์สูงสุดและดีที่สุดสำหรับที่ดินนั้น ประโยชน์ที่ถูกจำกัดลงซึ่งจะกลายเป็นส่วนหนึ่งของค่าทดแทน ค่าทดแทนดังกล่าวนี้จะ

⁹⁸ IVSC (อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 90), p.20.

⁹⁹ เรื่องเดียวกัน, p.24.

¹⁰⁰ มาตรา 22(5) พระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2562

¹⁰¹ ยกตัวอย่างเช่น ข้อ 12(9) กฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมเมืองโนนสูง จังหวัดนครราชสีมา พ.ศ. 2562

¹⁰² มาตรา 45 วรรคหนึ่ง พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. 2535

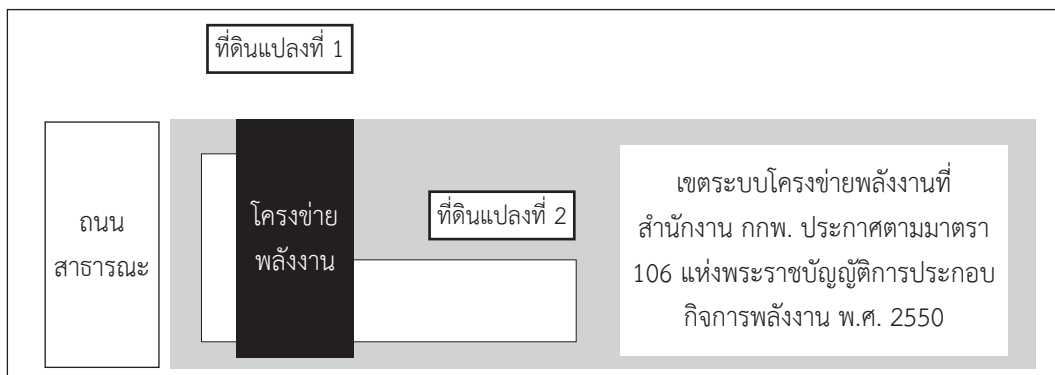
¹⁰³ ยกตัวอย่างเช่น ข้อ 6(1)(ก) ประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเรื่อง กำหนดเขตพื้นที่และมาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ในบริเวณพื้นที่อำเภอบางละมุง และอำเภอสัตหีบ จังหวัดชลบุรี พ.ศ. 2563

ต้องไม่รวมเอาการใช้ประโยชน์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น ในกรณีของที่ดินซึ่งตั้งอยู่ในพื้นที่สีเขียว ตามกฎหมายผังเมืองนั้นจะต้องไม่รวมเอาข้อจำกัดใช้ที่ดินแปลงดังกล่าวเพื่อประกอบกิจการโรงงาน หรือประกอบพาณิชยกรรมประเภทอาคารสูงหรืออาคารขนาดใหญ่รวมเข้าเป็นปัจจัยในการกำหนด จำนวนค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิ นอกจากนี้ ค่าทดแทนนั้นจะต้องไม่รวมเอาการใช้ประโยชน์ซึ่ง ต้องห้ามตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมรวมเข้าเป็นปัจจัยในการ กำหนดจำนวนค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิ

2.3.2.2 หลักความเหมาะสมทางกายภาพ (Physical Aspect)

ตามหลักการใช้ประโยชน์สูงสุดและดีที่สุดสำหรับที่ดิน ผู้ประเมินมูลค่าทรัพย์สินจะต้อง พิจารณาลักษณะทางกายภาพของที่ดินแปลงที่วิเคราะห์ซึ่งจะขึ้นอยู่กับทำเลที่ตั้ง ขนาด รูปร่าง ที่ดิน¹⁰⁴ กล่าวคือ ที่ดินที่จะถูกรอนสิทธินั้นมีรูปร่างทางกายภาพเป็นอย่างไร และการวางระบบ โครงข่ายนั้นส่งผลกระทบต่อการใช้ประโยชน์ที่ดินนั้นในลักษณะใด ซึ่งจะต้องพิจารณาเป็นรายกรณี โครงข่ายพลังงานโครงข่ายหนึ่งอาจส่งผลต่อการใช้ประโยชน์ที่ดินสองแปลง ซึ่งตั้งอยู่ติดกัน ไม่เท่ากันเนื่องจากลักษณะทางกายภาพของที่ดินทั้งสองแปลงนั้นมีความแตกต่างกัน ซึ่งสามารถ แสดงตัวอย่างได้ตามแผนภาพที่ 3 ดังนี้

ภาพที่ 3: ผลกระทบต่อการใช้ประโยชน์ที่ดินซึ่งมีลักษณะทางกายภาพต่างกัน



ตามภาพที่ 3 ที่ดินแปลงที่หนึ่งตั้งอยู่ในลักษณะที่ขนานไปกับโครงข่ายพลังงาน ในขณะที่ ที่ดินแปลงที่ 2 นั้น มีส่วนที่ถูกจำกัดการใช้ประโยชน์จากโครงข่ายพลังงานน้อยกว่า เนื่องจาก โครงข่ายพลังงานนั้นผ่านที่ดินเพียงขอบด้านซ้ายของที่ดินเท่านั้น ดังนั้น เมื่อที่ดินทั้งสองแปลงได้รับ ผลกระทบจากระบบโครงข่ายพลังงานไม่เท่ากัน ค่าทดแทนเพื่อชดเชยการใช้ประโยชน์ที่ถูกจำกัด

¹⁰⁴ IVSC (อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 90), p.24.

ลงของที่ดินทั้งสองแปลงนี้ จึงควรมีจำนวนที่ไม่เท่ากัน โดยที่ดินแปลงที่ 1 ซึ่งไม่อาจใช้ประโยชน์ได้มากกว่าที่ดินแปลงที่ 2 สมควรได้รับค่าทดแทนมากกว่าที่ดินแปลงที่ 2

2.3.2.3 หลักความเหมาะสมและคําค่าทางการเงิน (Financial Feasible Aspect)

หลักความเหมาะสมและความคําค่าทางการเงินกำหนดให้ผู้ประเมินมูลค่าทรัพย์สินพิจารณาศักยภาพของรายรับสุทธิในอนาคตที่เกิดจากการพัฒนาโครงการในแต่ละทางเลือก และยังเกี่ยวข้องกับการประมาณการทางการเงิน แนวโน้มอุปสงค์ อุปทาน ฯลฯ เพื่อให้ได้บทสรุปในรูปแบบโครงการและระยะเวลาที่เหมาะสมในการพัฒนา รวมทั้งสามารถสรุปได้ว่า แนวทางการพัฒนาในรูปแบบใดจะได้ผลตอบแทนจากการลงทุนดีที่สุด¹⁰⁵

ในการปรับใช้หลักการใช้ประโยชน์สูงสุดและดีที่สุดสำหรับที่ดิน ในมิติของความเหมาะสมและคําค่าทางการเงินนั้น ผู้ประเมินจะต้องพิจารณาความเป็นไปได้ในการการใช้ประโยชน์ที่ดินเพื่อให้ได้มาซึ่งผลตอบแทน¹⁰⁶ เช่น หากที่ดินที่จะถูกรอนสิทธินั้นมีการประโยชน์เพื่อประกอบกิจการหอพักอยู่ก่อนแล้ว ต่อมาจะมีการวางระบบโครงข่ายพลังงานซึ่งส่งผลให้ที่ดินแปลงดังกล่าวใช้ประโยชน์ได้น้อยลง กรณีนี้ ผู้กำหนดจำนวนค่าทดแทนจะต้องพิจารณาว่าโครงข่ายพลังงานนั้นจะส่งผลต่อความสามารถในการสร้างรายรับของที่ดิน ซึ่งมีหอพักตั้งอยู่เพียงใด หากระบบโครงข่ายพลังงานพาดผ่านเพียงขอบด้านหนึ่งของที่ดินและไม่ได้ส่งผลกระทบต่อการประกอบกิจการหอพักมากนัก จำนวนค่าทดแทนที่กำหนดย่อมมีจำนวนน้อยกว่ากรณีที่ระบบโครงข่ายพลังงานส่งผลให้ต้องมีการรื้อหอพักออกและส่งผลให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินไม่สามารถสร้างรายรับจากการประกอบกิจการหอพักได้อีกต่อไป

ค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิในกรณีการวางระบบโครงข่ายพลังงาน ซึ่งผู้ประกอบกิจการระบบโครงข่ายพลังงานได้ชำระแก่เจ้าของ หรือผู้ครอบครองที่ดินตามหลักการใช้ประโยชน์สูงสุดและดีที่สุดสำหรับที่ดินนั้น ย่อมส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ เนื่องจากค่าใช้จ่ายนี้จะถูกรวมเข้าเป็นส่วนหนึ่งของค่าพลังงานซึ่งผู้ใช้พลังงานจะต้องเป็นผู้จ่ายในท้ายที่สุด และจะส่งผลต่อราคาสินค้าและบริการในประเทศอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ คณะผู้วิจัยพบว่าการใช้หลักการใช้ประโยชน์สูงสุดและดีที่สุดสำหรับที่ดินเป็นหลักการที่ช่วยให้การกำหนดค่าทดแทนมีความเป็นธรรม ทั้งต่อเจ้าของ หรือผู้ครอบครองสังหาริมทรัพย์ และต่อผู้ใช้พลังงาน เนื่องจากค่าทดแทนที่ตามหลักการใช้ประโยชน์สูงสุดและดีที่สุดสำหรับที่ดินนั้นเปิดโอกาสผู้กำหนดค่าทดแทนปฏิเสธ

¹⁰⁵ เรื่องเดียวกัน.

¹⁰⁶ เรื่องเดียวกัน.

ไม่นำเอาปัจจัยที่ไม่ก่อผลกระทบต่อการใช้ประโยชน์ของที่ดินมารวมเข้าในการกำหนดจำนวนค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิ

คณะผู้วิจัยพบว่า หลักการใช้ประโยชน์สูงสุดและดีที่สุดสำหรับที่ดินเป็นหลักการที่เปิดโอกาสให้ค่าทดแทนนั้นมีจำนวนสูงสุด เนื่องจากประโยชน์ที่ถูกจำกัดลงนั้นส่งผลต่อศักยภาพในการทำประโยชน์และหารายได้ของที่ดินอย่างมีนัยสำคัญ ในกรณีนี้ หากต้นทุนในการก่อสร้างระบบโครงข่ายพลังงานมีจำนวนสูงขึ้นเป็นต้นทุนที่แท้จริง การกำหนดจำนวนค่าทดแทนดังกล่าวย่อมสอดคล้องกับการหลักเกณฑ์ในการกำหนดอัตราค่าบริการพลังงานตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550¹⁰⁷ และย่อมเป็นกรณีที่สมเหตุสมผลที่ผู้ใช้พลังงานจะต้องจ่ายค่าบริการพลังงาน ซึ่งสะท้อนต้นทุนที่แท้จริงในการดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งไฟฟ้าและก๊าซธรรมชาติ

3. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

3.1 บทสรุป

การกำหนดและจ่ายค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิ ในกรณีการวางระบบโครงข่ายพลังงานตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 ประกอบประกาศ กกพ. เรื่องการกำหนดและจ่ายค่าทดแทนฯ ยังมีข้อจำกัดในการสร้างความเป็นธรรมให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินและทรัพย์สินซึ่งได้รับผลกระทบจากการวางระบบโครงข่ายพลังงานและยังไม่สามารถป้องกันมิให้ค่าทดแทนนั้น มีจำนวนสูงขึ้นเกินสมควรด้วยสาเหตุสำคัญหกประการ ดังนี้

(1) ประกาศ กกพ. เรื่องการกำหนดและจ่ายค่าทดแทนฯ นั้น ไม่ได้ระบุถึงเกษตรกรที่ได้รับการจัดสรรที่ดินที่สำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ตามพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 และไม่ได้ระบุถึงสมาชิกนิคมสร้างตนเองและสมาชิกนิคมสหกรณ์ที่ได้รับจัดสรรที่ดินของรัฐเพื่อตั้งเคหสถานและประกอบอาชีพ ตามพระราชบัญญัติจัดที่ดินเพื่อการครองชีพ พ.ศ. 2511 ดังนั้น จึงควรขยายนิยามของเจ้าของ หรือผู้ครอบครองทรัพย์สิน หรือผู้ทรงสิทธิอื่นให้ครอบคลุมถึงผู้ทรงสิทธิในที่ดินทั้งสองประเภทนี้ เพื่อป้องกันมิให้ต้องมีการตีความกฎหมาย

(2) เจ้าของ หรือผู้ครอบครองที่ดินซึ่งที่ดินทั้งอยู่ในและนอกเขตระบบโครงข่ายพลังงานไม่มีสิทธิได้รับค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 ซึ่งแตกต่างไปจากการจ่ายค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิในกรณีการวางระบบโครงข่ายพลังงานตามกฎหมายของสหราชอาณาจักรและประเทศมาเลเซีย ดังนั้น จึงควรขยายนิยามของผู้มีสิทธิ

¹⁰⁷ มาตรา 65(1) พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550

ได้รับค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิให้ครอบคลุมถึงเจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินซึ่งที่ดินตั้งอยู่ในและนอกเขตรบบโครงข่ายพลังงาน

(3) แม้ว่าการกำหนดค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิที่ดินตามประกาศ กกพ. เรื่องการกำหนดและจ่ายค่าทดแทนฯ จะเริ่มต้นจากการกำหนดราคาที่ดิน ซึ่งสอดคล้องกับแนวทางของสหราชอาณาจักรและประเทศมาเลเซีย อีกทั้งสอดคล้องกับแนวทางของกฎหมายไทยฉบับอื่น เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนและการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2562 และพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 (ในส่วนของกรรอนสิทธิ) อย่างไรก็ตาม ประกาศ กกพ. เรื่องการกำหนดและจ่ายค่าทดแทนฯ ยังขาดรายละเอียดและวิธีการในการประเมินมูลค่าที่ดินด้วยเหตุนี้ จึงควรมีการเพิ่มเติมรายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และวิธีการในการประเมินมูลค่าที่ดินที่เป็นรูปธรรม โดยไม่ได้เป็นเพียงการกำหนดวิธีการกว้าง ๆ เช่น กำหนดให้เจ้าหน้าที่สามารถใช้วิธีการประเมินที่เหมาะสมในการประเมินมูลค่าที่ดินเท่านั้น

(4) ประกาศ กกพ. เรื่องการกำหนดและจ่ายค่าทดแทนฯ ไม่ได้กำหนดข้อห้ามในการนำราคาที่ดินที่สูงขึ้นเพราะทรัพย์สิน โรงเรือน หรือสิ่งปลูกสร้างที่ได้สร้างหรือต่อเติมขึ้นโดยอุบายฉ้อฉล หรือทำขึ้นภายหลังการประกาศกำหนดเขตรบบโครงข่ายพลังงานตามมาตรา 106 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 การจ่ายค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิโดยรวมเอามูลค่าทรัพย์สินที่เพิ่มสูงขึ้นดังกล่าว จะกลายเป็นภาระของผู้ใช้พลังงานโดยมิได้สะท้อนถึงผลกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินและส่งผลให้ต้นทุนในการประกอบกิจการพลังงานสูงขึ้นโดยปราศจากเหตุผลสมควร

(5) การกำหนดอัตราค่าทดแทนแบบตายตัวตามข้อ 6 ของประกาศ กกพ. เรื่องการกำหนดและจ่ายค่าทดแทนฯ นั้น ส่งผลให้การกำหนดจำนวนค่าทดแทนไม่อาจสะท้อนการจำกัดการใช้ประโยชน์ที่ดินได้อย่างยืดหยุ่นเป็นรายกรณี และไม่เปิดโอกาสให้มีการกำหนดจำนวนค่าทดแทนที่มีความยืดหยุ่นและสะท้อนการใช้ประโยชน์ที่ดินน้อยลงเป็นรายกรณี ดังนั้น จึงควรมีการพัฒนาให้เจ้าหน้าที่สามารถปรับใช้หลักการใช้ประโยชน์สูงสุดและดีที่สุดสำหรับที่ดินมาใช้เพื่อกำหนดจำนวนค่าทดแทน ซึ่งจะช่วยให้จำนวนค่าทดแทนนั้นสะท้อนผลกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินที่แท้จริงและช่วยป้องกันมิให้ต้นทุนการประกอบกิจการพลังงานสูงขึ้นจากการจ่ายค่าทดแทนมากเกินไป

(6) อย่างไรก็ตาม เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิอาจประสบปัญหาการใช้ดุลพินิจเพื่อกำหนดค่าทดแทนตามหลักการใช้ประโยชน์สูงสุดและดีที่สุดสำหรับที่ดินมาใช้เพื่อกำหนดจำนวนค่าทดแทน เนื่องจากการขาดหลักเกณฑ์ เทคนิค และตัวอย่างการคำนวณที่เป็นรูปธรรม ดังนั้น จึงควรมีการจัดทำคู่มือเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และวิธีการในการ

กำหนดและจ่ายค่าทดแทนในเขตรบบโครงข่ายพลังงาน ตลอดจนดำเนินการอบรมและให้ความรู้แก่เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องโดยมีรายละเอียด เทคนิค ตัวอย่าง และวิธีการคำนวณในทางปฏิบัติ ซึ่งอยู่นอกเหนือไปจากตัวบทกฎหมาย

3.2 ข้อเสนอแนะ

คณะผู้วิจัยเสนอให้ กกพ. ยกเลิกประกาศ กกพ. เรื่องการกำหนดและจ่ายค่าทดแทนฯ และเสนอให้ กกพ. ออกประกาศคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน เรื่อง การกำหนดและจ่ายค่าทดแทนการรอนสิทธิตามมาตรา 108(2) แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 ฉบับใหม่แทนประกาศที่ถูกยกเลิก ประกาศฉบับที่คณะผู้วิจัยเสนอดังกล่าวมีรายละเอียดปรากฏตามเอกสารแนบท้ายบทความนี้ ซึ่งมีสาระสำคัญที่แตกต่างไปจากประกาศ กกพ. ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน¹⁰⁸ ในประเด็นเกี่ยวกับเจ้าของ หรือผู้ครอบครองทรัพย์สินหรือผู้ทรงสิทธิอื่น ซึ่งเป็นเจ้าของหรือครอบครองที่ดินซึ่งตั้งอยู่ทั้งในและนอกเขตรบบโครงข่ายพลังงาน การกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการกำหนดมูลค่าที่ดิน และการกำหนดจำนวนค่าทดแทนโดยอาศัยหลักการใช้ประโยชน์สูงสุดและดีที่สุดสำหรับที่ดิน และการเปิดโอกาสให้มีการมอบหมายให้ผู้เชี่ยวชาญช่วยดำเนินการประเมินมูลค่าทรัพย์สินและกำหนดค่าทดแทน นอกจากนี้ คณะผู้วิจัยยังได้จัดทำคู่มือเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดและจ่ายค่าทดแทนในเขตรบบโครงข่ายพลังงานเพื่อช่วยให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องมีหลักเกณฑ์ในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดค่าทดแทน หลักการใช้ประโยชน์สูงสุดและดีที่สุดสำหรับที่ดิน ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังต่อไปนี้

3.2.1 สร้างความชัดเจนเกี่ยวกับผู้ทรงสิทธิที่จะได้รับค่าชดเชย

เพื่อสร้างความชัดเจนเกี่ยวกับตัวผู้ครอบครอง หรือผู้ทรงสิทธิอื่นโดยชอบด้วยกฎหมาย ในที่ดิน ร่างประกาศที่คณะผู้วิจัยเสนอได้กำหนดนิยามของ “เจ้าของ หรือผู้ครอบครองทรัพย์สิน หรือผู้ทรงสิทธิอื่น” โดยได้เพิ่มข้อความซึ่งระบุถึงผู้ทรงสิทธิครอบครองตามกฎหมายว่าด้วยการปฏิรูปที่ดินเพื่อการเกษตรกรรมและกฎหมายว่าด้วยจัดที่ดินเพื่อการครองชีพ ดังที่ปรากฏในส่วนที่ขีดเส้นใต้ดังนี้

¹⁰⁸ โปรดดูส่วนที่ประกาศตามข้อเสนอของคณะผู้วิจัยมีความแตกต่างจากประกาศ กกพ. เรื่องการกำหนดและจ่ายค่าทดแทนฯ ตามเอกสารแนบท้ายในส่วนที่ได้มีการขีดเส้นใต้

“เจ้าของ หรือผู้ครอบครองทรัพย์สิน หรือผู้ทรงสิทธิอื่น” หมายความว่า เจ้าของ หรือผู้ครอบครอง หรือผู้ทรงสิทธิอื่นโดยชอบด้วยกฎหมายในที่ดิน โรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง ต้นไม้ พืชผล หรือทรัพย์สินอื่นที่อยู่ในเขตระบบโครงข่ายพลังงาน ณ วันที่ประกาศกำหนดเขตระบบโครงข่ายพลังงานหรือวันที่ประกาศปรับปรุงระบบโครงข่ายพลังงาน ซึ่งรวมถึงสิทธิครอบครองที่ดินตามกฎหมาย เช่น กฎหมายว่าด้วยการปฏิรูปที่ดินเพื่อการเกษตรกรรมและกฎหมายว่าด้วยจัดที่ดินเพื่อการครองชีพ

การขยายความนิยามของเจ้าของ หรือผู้ครอบครองทรัพย์สิน หรือผู้ทรงสิทธิอื่นให้รวมถึงสิทธิครอบครองตามกฎหมายอื่นช่วยให้เกิดความชัดเจนว่า การจ่ายค่าทดแทนตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 นั้น ครอบคลุมที่ดินซึ่งมีผู้ทรงทรัพย์สินซึ่งมิใช่กรรมสิทธิ์ตามตามกฎหมายฉบับอื่น เช่น กฎหมายว่าด้วยการปฏิรูปที่ดินเพื่อการเกษตรกรรมและกฎหมายว่าด้วยจัดที่ดินเพื่อการครองชีพ ในกรณีที่ดินเหล่านี้มีการจำกัดการใช้ประโยชน์เนื่องจากการก่อสร้างและใช้งานระบบโครงข่ายพลังงาน ผู้ครอบครองที่ดินเหล่านี้ย่อมสมควรได้รับค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิด้วย

นอกจากนี้ เพื่อให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินหรือผู้ทรงสิทธิอื่นซึ่งมีที่ดินที่ตั้งอยู่ทั้งในและนอกเขตระบบโครงข่ายพลังงานมีสิทธิได้รับค่าทดแทนตามมาตรา 108 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 และสร้างความชัดเจนว่าหากมีการโอนที่ดินภายหลังมีการประกาศเขตระบบโครงข่ายพลังงาน ผู้รับโอนที่ดินจะเป็นผู้มีสิทธิได้รับค่าทดแทน ด้วยเหตุนี้ คณะผู้วิจัยจึงเสนอคำนิยามของ “ผู้มีสิทธิได้รับค่าทดแทน” ซึ่งกว้างกว่านิยามของผู้มีสิทธิได้รับค่าทดแทนตามประกาศ กกพ. เรื่องการกำหนดและจ่ายค่าทดแทนฯ ในส่วนที่ขีดเส้นใต้ ดังนี้

ผู้มีสิทธิได้รับค่าทดแทน หมายความว่า เจ้าของ หรือผู้ครอบครอง หรือผู้ทรงสิทธิอื่นโดยชอบด้วยกฎหมายในที่ดิน โรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง ต้นไม้พืชผล หรือทรัพย์สินอื่นที่อยู่ในเขตระบบโครงข่ายพลังงาน ณ วันที่ประกาศกำหนดเขตระบบโครงข่ายพลังงานหรือวันที่ประกาศปรับปรุงระบบโครงข่ายพลังงาน และให้หมายรวมถึงเจ้าของ หรือผู้ครอบครอง หรือผู้ทรงสิทธิอื่นโดยชอบด้วยกฎหมายที่ได้รับผลกระทบจากการประกาศกำหนดเขตระบบโครงข่ายพลังงาน ซึ่งอยู่นอกเขตระบบโครงข่ายพลังงาน หากมีการโอนกรรมสิทธิ์ หรือสิทธิครอบครอง หรือสิทธิอื่นในทรัพย์สินดังกล่าวภายหลังวันที่ประกาศกำหนดเขตระบบโครงข่ายพลังงานหรือวันที่ประกาศปรับปรุงระบบโครงข่ายพลังงาน ผู้มีสิทธิได้รับค่าทดแทนให้หมายถึง เจ้าของ หรือผู้ครอบครอง หรือผู้ทรงสิทธิอื่น ณ วันจ่าย หรือวางเงินค่าทดแทน

การขยายนियามของผู้มีสิทธิได้รับค่าทดแทนตามข้อเสนอนี้จะช่วยแก้ไขข้อจำกัดในการจ่ายค่าทดแทนการรอนสิทธิที่ดินที่ตั้งอยู่ทั้งในและนอกเขตรบบโครงข่ายพลังงานตามที่ได้กล่าวในหัวข้อ 2.1.1 และเป็นแนวทางที่สอดคล้องกับการกำหนดค่าทดแทนการจำกัดการใช้ประโยชน์ที่ดินเพื่อการวางระบบโครงข่ายพลังงานในต่างประเทศ เช่น สหราชอาณาจักร ซึ่งกำหนดให้การจ่ายค่าทดแทนแก่บุคคลใด ๆ ที่ได้รับผลกระทบจากการวางระบบโครงข่ายพลังงาน โดยไม่ได้จำกัดเฉพาะที่ดินที่อยู่ในเขตรบบโครงข่ายพลังงานเท่านั้น

3.2.2 การกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับวิธีการกำหนดมูลค่าที่ดินและข้อห้ามมิให้นำเอาปัจจัยบางประการมารวมเข้าเพื่อกำหนดราคาที่ดิน

คณะผู้วิจัยได้คงแนวทางในการกำหนดราคาที่ดินดังกล่าวเอาไว้โดยคงวิธีการในการกำหนดราคาที่ดินเอาไว้และได้คงถ้อยคำที่อนุญาตให้หน่วยราคาที่ดินที่แตกต่างกันไปตามสภาพความเจริญเติบโตทางด้านเศรษฐกิจของแต่ละจังหวัดซึ่งปรากฏตาม ข้อ 4 ของร่างประกาศตามข้อเสนอซึ่งเป็นแนวทางที่สอดคล้องกับพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนและการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2562

อย่างไรก็ตาม เพื่อประโยชน์ในการกำหนดราคาที่ดินในทางปฏิบัติ ร่างประกาศที่คณะผู้วิจัยเสนอจึงได้กำหนดให้ กกพ. สามารถใช้วิธีการรายได้และวิธีการการเปรียบเทียบราคาเพื่อกำหนดราคาที่ดินราคาซื้อขายกันตามปกติในท้องตลาดของที่ดินในวันประกาศกำหนดเขตรบบโครงข่ายพลังงาน โดยมีหลักเกณฑ์ในเอกสารแนบท้ายประกาศ ซึ่งเป็นวิธีการและรายละเอียดที่ไม่มีในประกาศ กกพ. เรื่องการกำหนดและจ่ายค่าทดแทนฯ

“ในการกำหนดราคาซื้อขายกันตามปกติในท้องตลาดของที่ดินตามข้อ 4 วรรคหนึ่ง ให้คณะกรรมการใช้วิธีการดังต่อไปนี้

- (1) วิธีการรายได้ (ตามหลักเกณฑ์ในเอกสารแนบท้ายประกาศ ก)
- (2) วิธีการการเปรียบเทียบราคา (ตามหลักเกณฑ์ในเอกสารแนบท้ายประกาศ ข) หรือ
- (3) วิธีการประเมินมูลค่าที่ดินโดยใช้หลักการอ้างอิงราคาประเมินของกรมธนารักษ์

หลักเกณฑ์ในการคำนวณมูลค่าตลาดของที่ดินโดยวิธีการรายได้ในเอกสารแนบท้ายประกาศ ก โดยวิธีการรายได้ขึ้นอยู่กับหลักการในการใช้แนวคิดความสัมพันธ์ระหว่างมูลค่ากับอัตราทุนและหลักเกณฑ์ในการคำนวณมูลค่าตลาดของที่ดินโดยวิธีการเปรียบเทียบราคาตลาดตามเอกสารแนบท้ายประกาศ ข โดยในการคำนวณมูลค่าตลาดของที่ดินโดยวิธีการเปรียบเทียบราคาตลาดเป็นการวิเคราะห์ค่าตอบแทนจากข้อมูลตลาดที่มีลักษณะพื้นที่ ทำเล สภาพทรัพย์สินที่ใกล้เคียง

กับทรัพย์สินของโครงการซึ่งผู้ประเมินต้องปรับปรุงความไม่เหมือนระหว่างข้อมูลที่น่ามาเปรียบเทียบกับตัวทรัพย์สินของโครงการ

นอกจากนี้ เพื่อให้ผู้ประเมินมูลค่าที่ดินเข้าใจถึงความหมายของราคาที่ซื้อขายกันตามปกติในท้องตลาด ร่างประกาศที่คณะผู้วิจัยเสนอจึงได้เพิ่มเติมนิยามของคำว่า “ราคาที่ซื้อขายกันตามปกติในท้องตลาด” เอาไว้ดังนี้

“มูลค่าเป็นตัวเงินซึ่งประมาณว่า เป็นราคาของทรัพย์สินที่ใช้ตกลงซื้อขายกันได้ระหว่างผู้เต็มใจขายกับผู้เต็มใจซื้อ ณ วันที่ประเมิน ภายใต้เงื่อนไขการซื้อขายปกติที่ผู้ซื้อผู้ขายไม่มีผลประโยชน์เกี่ยวเนื่องกัน โดยได้มีการเสนอขายทรัพย์สินในระยะเวลาพอสมควร และโดยที่ทั้งสองฝ่าย ได้ตกลงซื้อขายด้วยความรอบรู้อย่างรอบคอบและปราศจากภาวะกดดัน”

แม้จะการกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ตามแนบท้ายประกาศและมีการให้นิยามของราคาที่ซื้อขายกันตามปกติในท้องตลาด อย่างไรก็ตาม คณะผู้วิจัยยังตระหนักว่าข้อเสนอนี้ก็ยังมีอาจก่อปัญหาในการปฏิบัติได้ เช่น เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องอาจไม่คุ้นเคยกับปรับใช้วิธีการและหลักเกณฑ์ตามข้อเสนอเพื่อกำหนดค่าที่ดิน ด้วยเหตุนี้ คณะผู้วิจัยจึงได้จัดทำคู่มือเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และวิธีการในการคำนวณราคาที่ดินตามวิธีการที่เสนอและได้จัดการอบรมให้กับเจ้าหน้าที่สำนักงาน กกพ. กำหนด¹⁰⁹

เพื่อให้มีให้ราคาที่ดินรวมเอาการกระทำที่ไม่สุจริตของเจ้าของ หรือผู้ครอบครองที่ดินมาเป็นปัจจัยในการกำหนดราคาที่ดิน ซึ่งจะเป็นภาระกับผู้ใช้งานในท้ายที่สุด คณะผู้วิจัยจึงได้เสนอให้มีการเพิ่มข้อห้ามในการกำหนดราคาที่ดินดังต่อไปนี้

“ในกรณีที่ราคาที่ดินสูงขึ้นเพราะทรัพย์สิน โรงเรือน หรือสิ่งปลูกสร้างที่ได้สร้างหรือต่อเติมขึ้น การเพาะปลูก การทำให้ที่ดินเจริญขึ้น หรือการเช่า ที่ได้ทำขึ้นก่อนประกาศกำหนดเขตระบบโครงข่ายพลังงานตามมาตรา 601 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 0552 โดยอุบายฉ้อฉลเพื่อประสงค์ที่จะได้รับเงินค่าทดแทน หรือทำขึ้นภายหลังการประกาศกำหนดเขตระบบโครงข่ายพลังงานตามมาตรา 601 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 ห้ามมิให้กำหนดราคาล้างหนี้ทรัพย์สินเบื้องต้นหรือเงินค่าทดแทนสำหรับราคาที่ดินที่สูงขึ้นเพราะทรัพย์สิน โรงเรือน หรือสิ่งปลูกสร้างดังกล่าว”

¹⁰⁹ การอบรมเกิดขึ้นเมื่อวันที่พฤหัสบดีที่ 22 กรกฎาคม 2564 ผ่านโปรแกรม Zoom โดยมีเจ้าหน้าที่สำนักงานคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานกำหนดจำนวน 106 คน

การกำหนดข้อห้ามนี้สอดคล้องกับแนวทางการกำหนดราคาที่ดินตามมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนและการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2562 และข้อห้ามการกำหนดราคาที่ดินตามกฎหมายของสหราชอาณาจักรและประเทศมาเลเซีย

3.2.3 การกำหนดจำนวนค่าทดแทนโดยอาศัยหลักการใช้ประโยชน์สูงสุดและดีที่สุดสำหรับที่ดิน

คณะผู้วิจัยเสนอให้เปลี่ยนวิธีการกำหนดจำนวนค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิจากการใช้อัตราค่าทดแทนตายตัวตามข้อ 6 ของประกาศ กกพ. เรื่องการกำหนดและจ่ายค่าทดแทนฯ เป็นการกำหนดค่าทดแทนโดยอาศัยหลักการใช้ประโยชน์สูงสุดและดีที่สุดสำหรับที่ดิน ซึ่งแบ่งตามลักษณะของการจำกัดการใช้ประโยชน์ที่ดินแทน โดยมีข้อความตามข้อ 7 วรรคหนึ่งของร่างประกาศ ดังนี้

ข้อ 7 ให้กำหนดค่าทดแทนที่ดินที่อยู่ในเขตรบบโครงข่ายพลังงาน จากราคาที่ดินที่กำหนดได้ตามข้อ 4 ตามเหตุและวัตถุประสงค์การใช้ที่ดินของผู้รับใบอนุญาต โดยคณะกรรมการจะต้องคำนึงถึงค่าเสียโอกาสของเจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินและข้อจำกัดในปัจจุบันการใช้ประโยชน์บนที่ดินแปลงนั้น ๆ และต้นทุนที่เกิดต่อสังคม โดยกำหนดค่าทดแทนตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

(1) กรณีที่เจ้าของที่ดิน (กรรมสิทธิ์สมบูรณ์) ที่ดินไม่สามารถทำประโยชน์ใด ๆ ในที่ดินได้เลย ให้กำหนดค่าทดแทนในอัตราร้อยละของราคาที่กำหนดได้ตามข้อ 4

(2) กรณีที่เจ้าของที่ดิน (กรรมสิทธิ์สมบูรณ์) ถูกจำกัดสิทธิในการทำประโยชน์ลงแต่ยังสามารถทำประโยชน์ในที่ดินได้บ้าง ให้กำหนดค่าทดแทนโดยคิดจากพื้นที่ส่วนที่อยู่ในพื้นที่รอนสิทธิภายใต้หลักการใช้ประโยชน์สูงสุดและดีที่สุด แต่ยังสามารถทำประโยชน์ได้ในช่วงระยะเวลาหนึ่ง

(3) กรณีที่เป็นที่ดินซึ่งมีกรรมสิทธิ์ซึ่งถูกครอบครองโดยผู้เช่า ให้กำหนดค่าทดแทนโดยคิดจากมูลค่าที่ดินสำหรับเจ้าของ หรือผู้ให้เช่าภายหลังที่สัญญาเช่าสิ้นสุดกับมูลค่าสิทธิการเช่าของผู้เช่าตลอดอายุสัญญาเช่าที่เหลืออยู่

(4) ที่ดินอื่น ๆ ที่ผู้ครอบครองไม่มีกรรมสิทธิ์ ให้กำหนดค่าทดแทนจากการถูกจำกัดสิทธิในการทำประโยชน์ตามหลักการใช้ประโยชน์สูงสุดและดีที่สุด โดยคำนวณจำนวนเงินจากราคาที่ดินที่ซื้อขายกันตามปกติในท้องตลาดซึ่งกำหนดตามวิธีการที่กำหนดในข้อ 5

การนำเอาหลักการใช้ประโยชน์สูงสุดและดีที่สุดสำหรับที่ดินมาใช้เพื่อกำหนดค่าทดแทน จะช่วยให้การกำหนดค่าทดแทนมีความยืดหยุ่นและสะท้อนผลกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินได้เป็น รายกรณี หากปรากฏว่าที่ดินที่มีการรอนสิทธินั้นไม่อาจทำประโยชน์ได้เลย ค่าทดแทนในอัตรา ร้อยละร้อยยี่สิบถึงได้มีความเหมาะสมและเป็นไปตามหลักใช้ประโยชน์สูงสุดและดีที่สุดสำหรับ ที่ดิน และนับเป็นต้นทุนที่แท้จริงในการประกอบกิจการระบบโครงข่ายพลังงาน อย่างไรก็ตาม หากปรากฏว่าที่ดินที่ถูกรอนสิทธินั้นมีการจำกัดการใช้ประโยชน์ลงแต่ยังสามารถใช้ประโยชน์ ได้อยู่บ้าง ค่าทดแทนนั้นย่อมไม่ควรจะเป็นอัตราร้อยละร้อยของราคาที่ดิน แต่ควรสะท้อนการ ใช้ประโยชน์ที่ดินที่ถูกจำกัดลงตามหลักการใช้ประโยชน์สูงสุดและดีที่สุดซึ่งจะช่วยป้องกันมิให้มี การจ่ายค่าทดแทนไปเกินความผลกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินอันจะเป็นภาระของผู้ใช้พลังงานใน ท้ายที่สุด และเพื่อให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องเข้าใจถึงความหมายของหลักการใช้ประโยชน์สูงสุดและ ดีที่สุด คณะผู้วิจัยจึงเสนอให้มีการเพิ่มนิยามของหลักการดังกล่าวในข้อ 3 ของร่างประกาศ ดังนี้

“หลักการใช้ประโยชน์สูงสุดและดีที่สุดสำหรับที่ดิน (Highest and Best Use Analysis)” หมายความว่า การพิจารณาถึงศักยภาพของที่ดิน ตลอดจนพิจารณาถึงทางเลือกในการ พัฒนาที่ดินที่จะก่อให้เกิดผลตอบแทนที่คุ้มค่าและเกิดประโยชน์สูงสุดในพื้นที่นั้น ๆ

อย่างไรก็ตาม คณะผู้วิจัยตระหนักว่าการนำหลักการใช้ประโยชน์สูงสุดและดีที่สุดสำหรับ ที่ดินมาใช้กำหนดค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิอาจส่งผลให้การปฏิบัติตามกฎหมายมีความท้าทาย มากยิ่งขึ้นอีกด้วยเนื่องจากเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องจะต้องใช้ดุลพินิจในการกำหนดจำนวนค่าทดแทน เช่น จะพิจารณาถึง “ศักยภาพของที่ดิน” และ “ทางเลือกในการพัฒนาที่ดิน” ที่จะก่อให้เกิด ผลตอบแทนที่คุ้มค่าและเกิดประโยชน์สูงสุดในพื้นที่นั้น ๆ อย่างไร

เพื่อให้การใช้ดุลพินิจในการเป็นไปโดยมีหลักเกณฑ์และสามารถอธิบายได้ คณะผู้วิจัย จึงได้ให้นิยามและอธิบายถึงหลักเกณฑ์ในการพิจารณา “ศักยภาพของที่ดิน” และ “ทางเลือกในการ พัฒนาที่ดิน” ในคู่มือเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดและจ่ายค่าทดแทนในเขตรบบ โครงข่ายพลังงาน โดยอธิบายว่าการพิจารณาถึงศักยภาพของที่ดินและทางเลือกในการพัฒนาที่ดิน นั้นให้พิจารณาถึง (1) ความเหมาะสมทางกฎหมาย ซึ่งมุ่งพิจารณาถึงการที่ดินนั้นตกอยู่ในบังคับของ กฎหมายซึ่งควบคุมหรือจำกัดการใช้ประโยชน์ที่ดินอย่างไร (2) ความเหมาะสมทางกายภาพ ซึ่งมุ่ง พิจารณาถึงทำเลที่ตั้ง ขนาด รูปร่างที่ดิน และ (3) หลักความเหมาะสมและคุ้มค่าทางการเงิน ซึ่ง มุ่งพิจารณาถึงศักยภาพของรายรับสุทธิในอนาคตที่เกิดจากการพัฒนาโครงการในแต่ละทางเลือก

นอกจากนี้ คณะผู้วิจัยยังได้จัดการอบรมให้กับเจ้าหน้าที่ที่สำนักงาน กกพ. กำหนด โดยเน้นการสร้าง ความเข้าใจเกี่ยวกับการปรับใช้หลักการใช้ประโยชน์สูงสุดและดีที่สุดสำหรับที่ดิน¹¹⁰

3.2.4 การมอบหมายให้ที่ปรึกษาอิสระหรือคณะกรรมการกำหนดค่าทดแทน

แม้ว่าจะได้มีการจัดทำคู่มือเกี่ยวกับการประเมินมูลค่าทรัพย์สินและการกำหนดจำนวนค่าทดแทนตามหลักการใช้ประโยชน์สูงสุดและดีที่สุดสำหรับที่ดินและได้จัดการอบรมแก่เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องแล้ว อย่างไรก็ตาม คณะผู้วิจัยตระหนักว่าการกำหนดให้เจ้าหน้าที่ต้องใช้ดุลพินิจเพื่อกำหนดค่าทดแทนตามหลักการใช้ประโยชน์สูงสุดและดีที่สุดสำหรับที่ดินยังอาจสร้างปัญหาในทางปฏิบัติให้กับเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง¹¹¹

เพื่อลดปัญหาอันเกิดจากการใช้ดุลพินิจดังกล่าว คณะผู้วิจัยจึงได้เสนอให้มีการตั้งที่ปรึกษาอิสระหรือคณะกรรมการเพื่อช่วยสนับสนุนการกำหนดค่าทดแทนตามข้อ 7 วรรคสองของร่างประกาศดังนี้

“ในการประเมินกำหนดค่าทดแทนตามวรรคหนึ่ง คณะกรรมการอาจตั้งที่ปรึกษาอิสระหรือคณะกรรมการเพื่อกำหนดค่าทดแทนได้ โดยผู้รับใบอนุญาตเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้น“

ข้อเสนอตามข้อ 7 วรรคสองของร่างประกาศที่คณะผู้วิจัยเสนอนี้จะช่วยลดภาระของ กกพ. ในการกำหนดราคาที่ดินและค่าทดแทนตามหลักการใช้ประโยชน์สูงสุดและดีที่สุดสำหรับที่ดิน โดยเปิดโอกาสให้บุคคลที่มีความเชี่ยวชาญด้านการประเมินมูลค่าทรัพย์สินเข้ามามีบทบาทในการกำหนดราคาที่ดินและค่าทดแทนซึ่งเป็นจำนวนที่มีความเป็นธรรมต่อเจ้าของ หรือผู้ครอบครองทรัพย์สิน หรือผู้ทรงสิทธิอื่น และขณะเดียวกันผู้เชี่ยวชาญด้านการประเมินมูลค่าทรัพย์สิน ก็สามารถนำเอาหลักวิชาเกี่ยวกับประเมินมูลค่าทรัพย์สินมาปรับใช้เพื่อป้องกันมิให้ค่าทดแทนมีจำนวนมากเกินสมควร เช่น สามารถปรับใช้หลักการใช้ประโยชน์สูงสุดและ ดีที่สุดสำหรับที่ดินเป็นเหตุผลในการจำกัดมิให้ค่าทดแทนเพื่อการรอนสิทธิมีจำนวนสูงขึ้น โดยพิจารณาจากศักยภาพของที่ดินตลอดจนพิจารณาถึงทางเลือกในการพัฒนาที่ดิน

¹¹⁰ การอบรมเกิดขึ้นเมื่อวันที่พฤหัสบดีที่ 22 กรกฎาคม 2564 ผ่านโปรแกรม Zoom โดยมีเจ้าหน้าที่ที่สำนักงานคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานกำหนดจำนวน 106 คน

¹¹¹ ผลจากการประชุมกลุ่มย่อยซึ่งผู้เข้าร่วมการประชุมได้แสดงความเห็นต่อข้อ 7 ของร่างประกาศที่คณะผู้วิจัยเสนอว่า “ในการบัญญัติกฎหมายยังมีการให้อำนาจดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่อยู่หรือไม่ ถ้ามี สามารถยกเลิกได้ไหม เนื่องจากเห็นว่า การเปิดให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจได้อาจก่อให้เกิดปัญหาจากการใช้ดุลพินิจที่ไม่ตรงกันได้”

เอกสารแนบท้ายบทความ

(ร่าง)

ประกาศคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน

เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข เกี่ยวกับการกำหนดและจ่ายค่าทดแทน

พ.ศ.....

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 108 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 ประกอบมติคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน ในการประชุมครั้งที่ ... เมื่อวันที่ ... คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานออกประกาศไว้ ดังต่อไปนี้

ข้อ 1 ประกาศนี้เรียกว่า ประกาศคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข เกี่ยวกับการกำหนดและจ่ายค่าทดแทน พ.ศ.

ข้อ 2 ประกาศนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

ข้อ 3 ในประกาศนี้

“เขตรบบโครงข่ายพลังงาน หมายความว่า เขตรบบโครงข่ายพลังงานที่ได้มีการประกาศตาม พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 และให้หมายความรวมถึงเขตเดินสายไฟฟ้าและเขตรบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อที่ได้ประกาศตามกฎหมายอื่น”

“เจ้าของ หรือผู้ครอบครองทรัพย์สิน หรือผู้ทรงสิทธิอื่น หมายความว่า เจ้าของ หรือผู้ครอบครอง หรือผู้ทรงสิทธิอื่นโดยชอบด้วยกฎหมายในที่ดิน โรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง ต้นไม้ พืชผล หรือทรัพย์สินอื่นที่อยู่ในเขตรบบโครงข่ายพลังงาน ณ วันที่ประกาศกำหนดเขตรบบโครงข่ายพลังงานหรือวันที่ประกาศปรับปรุงระบบโครงข่ายพลังงาน ซึ่งรวมถึงสิทธิครอบครองที่ดินตามกฎหมาย เช่น กฎหมายว่าด้วยการปฏิรูปที่ดินเพื่อการเกษตรกรรมและกฎหมายว่าด้วยจัดที่ดินเพื่อการครองชีพ

“การปรับปรุงระบบโครงข่ายพลังงาน หมายความว่า การปรับปรุง เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติม ในเขตรบบโครงข่ายพลังงาน”

“ต้นทุนทดแทนใหม่” หมายความว่า ราคาของทรัพย์สินซึ่งมีลักษณะและคุณประโยชน์ที่คล้ายคลึงกันที่สามารถนำมาทดแทนใหม่ได้ในสถานการณ์ปัจจุบัน โดยคำนึงถึงราคาตลาดของวัสดุ ค่าแรงงาน ค่าเสียหุ้ย ผลกำไรและค่าธรรมเนียมต่าง ๆ ด้วย

ผู้มีสิทธิได้รับค่าทดแทน หมายความว่า เจ้าของ หรือผู้ครอบครอง หรือผู้ทรงสิทธิอื่นโดยชอบด้วยกฎหมายในที่ดิน โรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง ต้นไม้พืชผล หรือทรัพย์สินอื่นที่อยู่ในเขตรบบโครงข่ายพลังงาน ณ วันที่ประกาศกำหนดเขตรบบโครงข่ายพลังงานหรือวันที่ประกาศปรับปรุงระบบโครงข่ายพลังงาน และให้หมายรวมถึงเจ้าของ หรือผู้ครอบครอง หรือผู้ทรงสิทธิอื่นโดยชอบด้วยกฎหมายที่ได้รับผลกระทบจากการประกาศกำหนดเขตรบบโครงข่ายพลังงานซึ่งอยู่นอกเขตรบบโครงข่ายพลังงาน หากมีการโอนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองหรือสิทธิอื่นในทรัพย์สินดังกล่าวภายหลังวันที่ประกาศกำหนดเขตรบบโครงข่ายพลังงานหรือวันที่ประกาศปรับปรุงระบบโครงข่ายพลังงาน ผู้มีสิทธิได้รับค่าทดแทนให้หมายถึง เจ้าของหรือผู้ครอบครองหรือผู้ทรงสิทธิอื่น ณ วันจ่าย หรือวางเงินค่าทดแทน

“ราคาที่ซื้อขายกันตามปกติในท้องตลาด (Market Value)” หมายความว่า มูลค่าเป็นตัวเงินซึ่งประมาณว่า เป็นราคาของทรัพย์สินที่ใช้ตกลงซื้อขายกันได้ ระหว่างผู้เต็มใจขายกับผู้เต็มใจซื้อ ณ วันที่ประเมิน ภายใต้เงื่อนไขการซื้อขายปกติที่ผู้ซื้อผู้ขายไม่มีผลประโยชน์เกี่ยวเนื่องกัน โดยได้มีการเสนอขายทรัพย์สินในระยะเวลาพอสมควร และโดยที่ทั้งสองฝ่าย ได้ตกลงซื้อขายด้วยความรอบรู้อย่างรอบคอบและปราศจากภาวะกดดัน

“หลักการการใช้ประโยชน์สูงสุดและดีที่สุด (Highest and Best Use Analysis)” หมายความว่า การพิจารณาถึงศักยภาพของที่ดิน ตลอดจนพิจารณาถึงทางเลือกในการพัฒนาที่ดินที่จะก่อให้เกิดผลตอบแทนที่คุ้มค่าและเกิดประโยชน์สูงสุดในพื้นที่นั้น ๆ

หมวด 1

การกำหนดค่าทดแทน

ข้อ 4 เมื่อได้มีการประกาศกำหนดเขตรบบโครงข่ายพลังงานตามมาตรา 106 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 แล้ว ให้คณะกรรมการกำหนดราคาเบื้องต้นสำหรับที่ดินเพื่อนำมากำหนดค่าทดแทนที่ดินที่อยู่ในเขตรบบโครงข่ายพลังงาน ให้พิจารณาโดยคำนึงถึง

(1) ราคาที่ซื้อขายกันตามปกติในท้องตลาดของที่ดินในวันประกาศกำหนดเขตรบบโครงข่ายพลังงานตามมาตรา 106 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550

(2) ราคาประเมินที่ดินของทางราชการที่กำหนดขึ้นเพื่อประโยชน์ในการจัดเก็บภาษีที่ดินและสิ่งปลูกสร้าง

(3) ราคาประเมินทุนทรัพย์เพื่อเรียกเก็บค่าธรรมเนียมในการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมตามประมวลกฎหมายที่ดิน

(4) สภาพและที่ตั้งของที่ดินนั้น ในกรณีที่ระบบโครงข่ายพลังงานใดพาดผ่านพื้นที่มากกว่าหนึ่งจังหวัด และเมื่อพิจารณาจากสภาพความเจริญเติบโตทางด้านเศรษฐกิจของแต่ละจังหวัดที่อยู่ในเขตรบบโครงข่ายพลังงานแล้วเห็นว่า มีความเจริญเติบโตหรือมีศักยภาพในการพัฒนาที่อยู่ในระดับใกล้เคียงกันเป็นพิเศษ คณะกรรมการอาจกำหนดตัวแทนของหน่วยราคาที่ดินเท่ากันทุกจังหวัดโดยใช้อัตราของจังหวัดที่สูงกว่าเป็นเกณฑ์ในการกำหนดค่าทดแทนที่ดินก็ได้

ข้อ 5 ในการกำหนดราคาซื้อขายกันตามปกติในท้องตลาดของที่ดินตาม ข้อ 4 วรรคหนึ่ง (1) ให้คณะกรรมการใช้วิธีการดังต่อไปนี้

- (1) วิธีการรายได้ (ตามหลักเกณฑ์ในเอกสารแนบท้ายประกาศ ก) หรือ
- (2) วิธีการเปรียบเทียบราคาตลาด (ตามหลักเกณฑ์ในเอกสารแนบท้ายประกาศ ข) หรือ
- (3) วิธีการประเมินมูลค่าที่ดินโดยใช้หลักการอ้างอิงจากราคาประเมินของกรมธนารักษ์

ข้อ 6 ในกรณีที่ราคาที่ดินสูงขึ้น เพราะ ทรัพย์สิน โรงเรือน หรือสิ่งปลูกสร้างที่ได้สร้างหรือต่อเติมขึ้น การเพาะปลูก การทำให้ที่ดินเจริญขึ้น หรือการเช่า ที่ได้ทำขึ้นก่อนประกาศกำหนดเขตรบบโครงข่ายพลังงานตามมาตรา 106 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 โดยอุบายฉ้อฉลเพื่อประสงค์ที่จะได้รับเงินค่าทดแทน หรือทำขึ้นภายหลังการประกาศกำหนดเขตรบบโครงข่ายพลังงานตามมาตรา 106 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 ห้ามมิให้กำหนดราคาอสังหาริมทรัพย์เบื้องต้นหรือเงินค่าทดแทนสำหรับราคาที่ดินที่สูงขึ้นเพราะทรัพย์สิน โรงเรือน หรือสิ่งปลูกสร้างดังกล่าว

ข้อ 7 ให้กำหนดค่าทดแทนที่ดินที่อยู่ในเขตรบบโครงข่ายพลังงาน จากราคาที่ดินที่กำหนดได้ตามข้อ 4 ตามเหตุและวัตถุประสงค์การใช้ที่ดินของผู้รับใบอนุญาต โดยคณะกรรมการจะต้องคำนึงถึงค่าเสียโอกาสของเจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินและข้อจำกัดในปัจจุบันการใช้ประโยชน์บนที่ดินแปลงนั้น ๆ และต้นทุนที่เกิดต่อสังคม โดยกำหนดค่าทดแทนตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

(1) กรณีที่เจ้าของที่ดิน (กรรมสิทธิ์สมบูรณ์) ไม่สามารถทำประโยชน์ใด ๆ ในที่ดินได้เลย ให้กำหนดค่าทดแทนในอัตราร้อยละของราคาที่กำหนดได้ตามข้อ 4

(2) กรณีที่เจ้าของที่ดิน (กรรมสิทธิ์สมบูรณ์) ถูกจำกัดสิทธิในการทำประโยชน์ลงแต่ยังสามารถทำประโยชน์ในที่ดินได้บ้าง ให้กำหนดค่าทดแทนโดยคิดจากพื้นที่ส่วนที่อยู่ในพื้นที่รอนสิทธิภายใต้หลักการใช้ประโยชน์สูงสุดและดีที่สุด แต่ยังสามารถทำประโยชน์ได้ในช่วงระยะเวลาหนึ่ง

(3) กรณีที่เป็นที่ดินซึ่งมีกรรมสิทธิ์ซึ่งถูกครอบครองโดยผู้เช่า ให้กำหนดค่าทดแทนโดยคิดจากมูลค่าที่ดินสำหรับเจ้าของ หรือผู้ให้เช่าภายหลังที่สัญญาเช่าสิ้นสุดกับมูลค่าสิทธิการเช่าของผู้เช่าตลอดอายุสัญญาเช่าที่เหลืออยู่

(4) ที่ดินอื่น ๆ ที่ผู้ครอบครองไม่มีกรรมสิทธิ์ ให้กำหนดค่าทดแทนจากการถูกจำกัดสิทธิในการทำประโยชน์ตามหลักการใช้ประโยชน์สูงสุดและดีที่สุด โดยคำนวณจำนวนเงินจากราคาที่ดินที่ซื้อขายกันตามปกติในท้องตลาดซึ่งกำหนดตามวิธีการที่กำหนดในข้อ 5

ในการประเมินกำหนดค่าทดแทนตามวรรคหนึ่ง คณะกรรมการอาจตั้งที่ปรึกษาอิสระหรือคณะอนุกรรมการเพื่อกำหนดค่าทดแทนได้ โดยผู้รับใบอนุญาตเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้น

ข้อ 8 การกำหนดค่าทดแทนอาคาร โรงเรือน หรือสิ่งปลูกสร้างอื่นบนที่ดินที่อยู่ในเขตรบบโครงข่ายพลังงาน ทั้งในกรณีระบบโครงข่ายไฟฟ้าและระบบโครงข่ายก๊าซธรรมชาติให้คำนึงถึงองค์ประกอบ ดังนี้

(1) ต้นทุนทดแทนใหม่

(2) ค่าวัสดุเสียหายจากการรื้อถอนอาคาร โรงเรือน และสิ่งปลูกสร้างอื่น ซึ่งรวมถึงค่าเผื่อเหลือเพื่อขาดตามเกณฑ์มาตรฐานทั่วไปงานโยธา

(3) ค่าแรงสำหรับการปลูกสร้างสิ่งปลูกสร้างใหม่ ซึ่งรวมถึงค่าเผื่อเหลือเพื่อขาดตามเกณฑ์มาตรฐานทั่วไปงานโยธา

(4) ค่าดำเนินการ ซึ่งได้แก่ ค่าอำนวยความสะดวก ค่าดอกเบี้ย และกำไรของผู้รับเหมา

(5) ค่ารื้อถอน และค่าขนย้าย

(6) ค่าภาษีมูลค่าเพิ่ม สำหรับวัสดุอุปกรณ์ และค่าแรง

(7) ค่าใช้จ่ายอื่น ๆ เช่น ค่าออกแบบ ค่าควบคุมงาน ค่าธรรมเนียมขออนุญาตปลูกสร้าง

เพื่อประโยชน์ในการกำหนดค่าทดแทน ให้สำนักงานจัดทำบัญชีราคากลางอาคาร โรงเรือน และสิ่งปลูกสร้างอื่น และให้เผยแพร่ในระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของสำนักงาน โดยให้สำนักงานทำการปรับปรุงบัญชีราคากลางอย่างน้อยทุกสามปี

ข้อ 9 การกำหนดค่าทดแทนต้นไม้หรือพืชผลที่อยู่ในที่ดินที่ประกาศเป็นเขตรบบโครงข่ายพลังงาน ทั้งในกรณีระบบโครงข่ายไฟฟ้าและระบบโครงข่ายก๊าซธรรมชาติ ให้คำนึงถึงองค์ประกอบ ดังนี้

- (1) ค่าพันธุ์ ค่าปลูก ค่าปุ๋ย ค่าดูแลรักษา ตลอดจนค่าเสียโอกาสตามหลักวิชาการเกษตร
- (2) บัญชีราคาหรือค่าทดแทนของหน่วยราชการอื่น เช่น กรมทางหลวง กรมชลประทาน การทางพิเศษแห่งประเทศไทย เป็นต้น

เพื่อประโยชน์ในการกำหนดค่าทดแทน ให้สำนักงานจัดทำบัญชีราคากลางต้นไม้ และพืชผลและให้เผยแพร่ในระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของสำนักงาน โดยให้สำนักงานทำการปรับปรุงบัญชีราคากลางต้นไม้และพืชผลดังกล่าวอย่างน้อยทุกสามปี

ข้อ 10 การกำหนดค่าทดแทนทรัพย์สินอื่นที่อยู่ในเขตรบบโครงข่ายพลังงาน เช่น สัตว์น้ำ บ่อปลา บ่อกัก ให้พิจารณาตามความเสียหายโดยคำนึงถึง

- (1) ต้นทุน ค่าใช้จ่าย ค่าดำเนินการ ค่าดูแลรักษา ตลอดจนค่าเสียโอกาส ตามหลักวิชาการ ทั้งนี้เฉพาะความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง หรือ
- (2) ข้อมูลจากหน่วยราชการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง

หมวด 2

การกำหนดค่าทดแทนในกรณีมีการปรับปรุงหรือขยายเขตโครงข่ายพลังงาน

ข้อ 11 ในกรณีที่ผู้รับใบอนุญาตมีความจำเป็นต้องปรับปรุงระบบโครงข่ายพลังงานในเขตโดยมิได้ขยายเขตรบบโครงข่ายพลังงาน ให้ผู้รับใบอนุญาตประกาศปรับปรุงระบบโครงข่ายพลังงาน และให้มีหนังสือแจ้งคณะกรรมการทราบถึงเหตุผลและความจำเป็นที่ต้องทำการปรับปรุงระบบโครงข่ายพลังงาน พร้อมทั้งแจ้งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินหรือผู้ทรงสิทธิอื่นทราบด้วย

ให้คณะกรรมการกำหนด หลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข เกี่ยวกับการกำหนดและจ่ายค่าทดแทน ทรัพย์สินแก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองหรือผู้ทรงสิทธิอื่นตามที่เห็นสมควรด้วยความเป็นธรรม

ข้อ 12 ในกรณีที่ผู้รับใบอนุญาตมีความจำเป็นต้องปรับปรุงระบบโครงข่ายพลังงาน และขยายเขตระบบโครงข่ายพลังงานเพิ่มขึ้นให้ผู้รับใบอนุญาตดำเนินการตามมาตรา 106 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 เฉพาะส่วนที่ขยายเขตระบบโครงข่ายพลังงาน

การกำหนดค่าทดแทนทรัพย์สินเฉพาะส่วนที่ขยายเขตระบบโครงข่ายพลังงานตามวรรคหนึ่งให้เป็นไปตามประกาศฉบับนี้

หมวด 3

การจ่ายค่าทดแทน

ข้อ 12 เมื่อได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์และราคาในการคำนวณค่าทดแทนตามหมวด 1 หรือหมวด 2 แล้ว ให้สำนักงานมีหนังสือแจ้งให้ผู้รับใบอนุญาตทราบ เพื่อให้ผู้รับใบอนุญาตดำเนินการจ่ายเงินค่าทดแทนให้แก่ผู้มีสิทธิได้รับค่าทดแทนต่อไป

ข้อ 14 ในกรณีที่เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินหรือผู้ทรงสิทธิอื่น ไม่ยินยอมตกลงในจำนวนเงินค่าทดแทนจะขอรับเงินค่าทดแทนไปก่อนโดยขอสงวนสิทธิอุทธรณ์ไว้ก็ได้ แต่ทั้งนี้การใช้สิทธิอุทธรณ์ต้องอยู่ในระยะเวลาอุทธรณ์

ข้อ 15 ในกรณีที่เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินหรือผู้ทรงสิทธิอื่นไม่ตกลงและไม่รับเงินค่าทดแทนหรือไม่อาจจ่ายเงินค่าทดแทน หรือไม่อาจหยั่งรู้ถึงผู้มีสิทธิรับเงินค่าทดแทนที่แท้จริงได้ ให้ผู้รับใบอนุญาตนำเงินค่าทดแทนไปฝากไว้กับธนาคาร หรือวางไว้ต่อศาล หรือสำนักงานวางทรัพย์สินกรมบังคับคดี ตามระเบียบของกรมบังคับคดี และให้รายงานคณะกรรมการทราบ

ประกาศ ณ วันที่ .. เดือน พ.ศ.

....

ประธานคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน

เอกสารแนบท้ายประกาศ ก

หลักเกณฑ์ในการคำนวณมูลค่าตลาดของที่ดินโดยวิธีการรายได้

หลักเกณฑ์ในการคำนวณมูลค่าตลาดของที่ดินโดยวิธีการรายได้อยู่ภายใต้หลักการในการใช้แนวคิดความสัมพันธ์ระหว่างมูลค่ากับอัตราทุน (Capitalization Rate) ในรูปแบบสมการ

$$\begin{aligned} \text{มูลค่าที่ดิน หรือ มูลค่าทรัพย์สิน เป็น } f \text{ ของค่าเช่าสุทธิต่อปี หรือมูลค่าที่ดินหรือมูลค่าทรัพย์สิน} \\ \text{หรือ} \\ \text{มูลค่าที่ดิน} = \\ \frac{\text{ค่าเช่าทรัพย์สินสุทธิต่อปี}}{\text{อัตราค่าเช่า (หรืออัตราทุน-Capitalization Rate)}} \end{aligned}$$

โดยปัจจัยตัวแปรในการวิเคราะห์ คือ ต้องทราบมูลค่าที่ดิน หรือ มูลค่าทรัพย์สิน และอัตราทุน ดังนั้น ปัจจัยสำคัญที่ผู้ประเมินจะต้องหาข้อมูลสำหรับที่ดินแต่ละแปลงที่จะประเมิน คือ ต้องหาข้อมูลจากการวิจัย หรือหาค่าทางสถิติสำหรับค่าเช่าต่อหน่วย (ต่อไร่ หรือต่อตารางวา) จากที่ดินแปลงนั้น ๆ ซึ่งจะเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพตลาด

เอกสารแนบท้ายประกาศ ข

หลักเกณฑ์ในการคำนวณมูลค่าตลาดของที่ดินโดยวิธีการเปรียบเทียบราคาตลาด

หลักเกณฑ์ในการคำนวณมูลค่าตลาดของที่ดินโดยวิธีการเปรียบเทียบราคาตลาดเป็นการวิเคราะห์ค่าตอบแทนจากข้อมูลตลาดที่มีลักษณะพื้นที่ ทำเล สภาพทรัพย์สินที่ใกล้เคียงกับทรัพย์สินของโครงการ ซึ่งผู้ประเมินต้องปรับปรุงความไม่เหมือนระหว่างข้อมูลที่นำมาเปรียบเทียบกับตัวทรัพย์สินของโครงการโดยดำเนินการตามขั้นตอนดังต่อไปนี้

1. รวบรวมข้อราคาซื้อขายที่ดิน หรือราคาเสนอขายที่ดินในช่วงเวลาที่ผ่านมามีในบริเวณใกล้เคียงจากคู่เทียบจากตลาด	
2. ปรับมูลค่าโดยคำนึงปัจจัยภายนอกและปัจจัยภายในได้แก่	
ปัจจัยภายนอก	ทำเล
การต่อรอง	ขนาดพื้นที่
สภาพตลาด	รูปร่างที่ดิน
กรรมสิทธิ์	ทางเข้าออก
การชำระเงิน	สิ่งอำนวยความสะดวก
	สภาพแวดล้อม
	ข้อกฎหมาย

บทบาทหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรด้านการแรงงาน
ภายใต้ยุทธศาสตร์ชาติ*

Members of the House of Representatives' Roles and Duties
related Labour Issues under National Strategy

ศุภศิษฐ์ ทวีแจ่มทรัพย์
Suphasit Taweekamsup

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 25, 2022; Revised: March 4, 2022; Accepted: March 15, 2022)

บทคัดย่อ

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้องปฏิบัติหน้าที่ให้อยู่ภายใต้ยุทธศาสตร์ชาติ แผนแม่บทและแผนการปฏิรูปประเทศในฐานะเป็นกรอบการดำเนินงานต่าง ๆ ขององค์กรของรัฐ โดยเฉพาะอำนาจหน้าที่ในการตรากฎหมายของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรนั้นมีส่วนสำคัญในการพัฒนานโยบายแรงงาน จึงจำเป็นต้องมีการรวบรวมและวิเคราะห์ เป้าหมายแผนการดำเนินการ ตัวชี้วัด ตลอดจนเครื่องมือกลไกต่าง ๆ ที่มีการกำหนดไว้ในแผนยุทธศาสตร์ชาติ แผนแม่บท และแผนปฏิรูปประเทศ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในแนวทางการพัฒนาการแรงงาน จากการศึกษาพบว่ามีประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการแรงงานทั้งหมด 3 ด้านอันประกอบไปด้วยด้านความมั่นคง ด้านการพัฒนาและเสริมศักยภาพ

* บทความนี้สรุปจากโครงการวิจัยเรื่อง “บทบาทหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรด้านการแรงงานภายใต้ยุทธศาสตร์ชาติ” ซึ่งได้รับทุนวิจัยจากสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร เมื่อปี พ.ศ. 2562 โดยคณะผู้วิจัยประกอบด้วย ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศุภศิษฐ์ ทวีแจ่มทรัพย์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์วิมพัทธ์ ราชประดิษฐ์ และอาจารย์ฉัตรเกษม ภิรมย์พาณิชย์

ทรัพยากรมนุษย์ และด้านการสร้างโอกาสและความเสมอภาคทางสังคม ยุทธศาสตร์ในแต่ละด้านได้กำหนดกรอบการดำเนินงานของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการแรงงานไว้ แต่กฎหมายแรงงานในปัจจุบันยังไม่สอดคล้องในหลายประการ จึงเกิดเป็นแนวทางปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในการแก้ไขความไม่สอดคล้องดังกล่าว

คำสำคัญ: สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร, กฎหมายแรงงาน, ยุทธศาสตร์ชาติ, แผนการปฏิรูปประเทศ

Abstract

According to the Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2560 and related laws, Members of the House of Representatives must perform their duties under the national strategy, master plans and national reform plans as frameworks for various government organizations. The powers and duties of the members of the House of Representatives play an important role for the development of labour laws. Therefore, it is necessary to collect and analyze goals, action plans, indicators, and various mechanisms defined in the national strategic plan, master plan and national reform plan for providing labour development guidelines. According to the research, it is found that there were 3 labor-related issues in the national strategic plan, including security. development and empowerment of human resources and the creation of opportunities and social equality. Each strategy provides a framework for state operations related to labour but current labour laws are inconsistent in many respects. Therefore, there are suggestions for members of the House of Representatives to resolve the inconsistencies

Keywords: Members of the House of Representatives, Labour Law, National Strategy, National Reform Plans

1. ความนำ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดยุทธศาสตร์ชาติ และแผนการปฏิรูปประเทศไว้โดยที่มีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน กล่าวคือ “ยุทธศาสตร์ชาติ” มีวัตถุประสงค์เพื่อการพัฒนาประเทศอย่างยั่งยืนตามหลักธรรมาภิบาล และใช้เป็นกรอบในการจัดทำแผนต่าง ๆ ให้สอดคล้องและบูรณาการกัน ในขณะที่ “แผนการปฏิรูปประเทศ” เป็นการแก้ไขปัญหาและสภาพการณ์ที่ไม่เหมาะสมโดยเฉพาะข้อขัดแย้งที่เป็นวังวนในระบบการเมืองการปกครองประเทศ การบังคับใช้กลไกทั้งสองให้เกิดประสิทธิภาพจำเป็นต้องมีการกำหนดสภาพบังคับไว้ รัฐธรรมนูญจึงได้กำหนดให้คณะรัฐมนตรีมีหน้าที่กระทำการ 2 เรื่องต่อรัฐสภา อันได้แก่ การแถลงนโยบายที่มีเนื้อหาสอดคล้องกับหน้าที่ของรัฐ แนวนโยบายแห่งรัฐ และยุทธศาสตร์ชาติ ก่อนการปฏิบัติหน้าที่¹ และการแจ้งความคืบหน้าในการดำเนินการตามแผนการปฏิรูปประเทศ ภายใต้การกำหนดหน้าที่ดังกล่าว สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสามารถร้องขอต่อประธานรัฐสภาเพื่อวินิจฉัยกรณีคณะรัฐมนตรีเสนอร่างพระราชบัญญัติแล้วมิได้แจ้งว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับการปฏิรูปประเทศ ซึ่งหากประธานรัฐสภาวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิรูปประเทศ กระบวนการพิจารณาว่ากฎหมายฉบับนั้นต้องถูกเสนอให้พิจารณาโดยที่ประชุมร่วมสองสภา² นอกจากนี้ พระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ.2560 ยังได้กำหนดให้อำนาจแก่รัฐสภาในการตรวจสอบประเมินผลการดำเนินงานตามยุทธศาสตร์ชาติ ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐดำเนินการไม่สอดคล้องกับยุทธศาสตร์ชาติ รัฐสภาสามารถมีมติส่งให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติพิจารณาดำเนินการกับหัวหน้าหน่วยงานนั้นได้

อย่างไรก็ตาม แม้ยุทธศาสตร์ชาติและแผนการปฏิรูปประเทศมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน แต่กลไกทั้งสองต่างมีความสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิดโดยอาศัย “แผนแม่บท” เป็นกลไกในการเชื่อมโยง ดังนั้น ยุทธศาสตร์ชาติ แผนการปฏิรูปประเทศ และแผนแม่บทต่างมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการพัฒนาประเทศในปัจจุบัน กล่าวคือ ยุทธศาสตร์ชาติเป็นกรอบการดำเนินการ แผนแม่บทเป็นเนื้อหาของยุทธศาสตร์ชาติแต่ละด้านเพื่อกำกับกับการดำเนินการให้บรรลุเป้าหมายของยุทธศาสตร์ชาติ และการดำเนินการตามแผนและขั้นตอนที่กำหนดไว้ในแผนการปฏิรูปประเทศเพื่อใช้เป็นตัวขับเคลื่อนสุดท้ายให้ยุทธศาสตร์ชาติบรรลุเป้าหมายที่กำหนดลงไว้ในแผนแม่บทได้อย่างแท้จริง³

¹ มาตรา 162 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

² มาตรา 270 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

³ มาตรา 10 พระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 และโปรดศึกษา พระราชบัญญัติแผนและขั้นตอนการดำเนินการปฏิรูปประเทศ พ.ศ. 2560.

ในส่วนของการพัฒนาการแรงงานนั้น แผนยุทธศาสตร์ชาติ แผนแม่บทและแผนการปฏิรูปประเทศได้กำหนดการพัฒนาแรงงานขึ้นมาเป็นการเฉพาะ จนกระทั่งกลางปี 2563 คณะรัฐมนตรีได้มติให้มีการปรับเพิ่มกลไกการปฏิรูปประเทศด้านวัฒนธรรม กีฬา แรงงานและทรัพยากรมนุษย์ โดยการจัดตั้งเป็นคณะกรรมการปฏิรูปประเทศเพื่อทำหน้าที่ดูแลจัดการในงานดังกล่าว อันเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงการให้ความสำคัญกับการพัฒนาการแรงงานในประเทศไทย

เมื่อนำแผนยุทธศาสตร์ชาติ แผนแม่บท และแผนการปฏิรูปประเทศ ตลอดจนประเด็นด้านแรงงานมาพิจารณาประกอบกับบทบาทหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแล้ว พบได้ว่ากรอบยุทธศาสตร์ชาติและแผนงานทั้งสองนั้น มีความสำคัญยิ่งต่อการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในด้านการพัฒนาการแรงงานให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ดังนี้ จึงจำเป็นต้องมีการรวบรวมและวิเคราะห์เป้าหมาย แผนการดำเนินการ ตัวชี้วัด ตลอดจนเครื่องมือกลไกต่าง ๆ ที่มีการกำหนดไว้ในแผนยุทธศาสตร์ชาติ แผนแม่บท และแผนปฏิรูปประเทศ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในแนวทางที่ประเทศภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันมุ่งพัฒนาการแรงงาน อีกทั้งยังเป็นการให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสามารถทราบถึงพันธกิจและหน้าที่ของตนเกี่ยวกับเรื่องแรงงานได้อย่างชัดเจนอีกด้วย อันทำให้เกิดการจัดทำวิจัยฉบับนี้ขึ้นภายใต้หัวข้อเรื่อง “บทบาทหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรด้านการแรงงานภายใต้ยุทธศาสตร์ชาติ”

2. ระเบียบวิธีวิจัย

งานวิจัยฉบับนี้มีตัวแปรสำคัญสามส่วนด้วยกัน กล่าวคือ ตัวแปรที่หนึ่ง คือ อำนาจหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ตัวแปรที่สอง คือ ยุทธศาสตร์ชาติ และตัวแปรที่สาม คือ ประเด็นด้านการแรงงานที่สัมพันธ์กับส่วนที่หนึ่งและส่วนที่สอง ตัวแปรทั้งสามมีกรอบทฤษฎีและแนวคิดทางนิติศาสตร์และรัฐศาสตร์สนับสนุนอยู่อย่างหลากหลาย ได้แก่ ทฤษฎีเกี่ยวกับการเป็นตัวแทนของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ทฤษฎีเกี่ยวกับแนวนโยบายแห่งรัฐและการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไม่ว่าจะเป็นหลักนิติรัฐ หลักนิติธรรม หลักเกี่ยวกับแนวนโยบายแห่งรัฐในรัฐธรรมนูญ หลักคิดเกี่ยวกับการพัฒนากฎหมายโดยสภาผู้แทนราษฎร หลักการมีส่วนร่วมของประชาชน และทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายแรงงานซึ่งประกอบด้วยหลักความเป็นสากลของกฎหมายแรงงาน หลักความเป็นกฎหมายกึ่งเอกชนและกึ่งมหาชนของกฎหมายแรงงาน หลักเสรีภาพในการประกอบอาชีพ หลักความเป็นธรรม และหลักการไม่เลือกปฏิบัติ

การนำเสนอผลสรุปงานวิจัยเกิดขึ้นจากการประมวลผลตัวแปรทั้งสามโดยหาส่วนที่เชื่อมโยง ส่วนที่เป็นประเด็นปัญหา และส่วนที่เป็นช่องว่างเพื่อตอบโจทย์วัตถุประสงค์การวิจัยทั้งกำหนดไว้ 5 ข้อได้แก่

(1) ศึกษาบทบาทและอำนาจหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งปรากฏตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และกฎหมายอื่นอันเป็นบริบทเกี่ยวข้อง

(2) ศึกษาความสำคัญ และเนื้อหาสาระของยุทธศาสตร์ชาติที่ได้จัดทำขึ้นตามความในพระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 เน้นประเด็นเรื่องการแรงงาน ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกลไกด้านกฎหมาย

(3) ศึกษาบทบาทและหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรภายใต้ยุทธศาสตร์ชาติและหลักการใหม่ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน โดยเน้นศึกษาในประเด็นเกี่ยวกับ “การเสนอ การแก้ไข และการพิจารณากฎหมาย”

(4) ศึกษาเนื้อหาและรายละเอียดของความไม่สอดคล้องระหว่างบทกฎหมายด้านการแรงงานกับแผนยุทธศาสตร์ชาติ และนำเสนอแนวทางในการพัฒนากฎหมายแรงงานและ/หรือมาตรการอื่นที่เหมาะสม

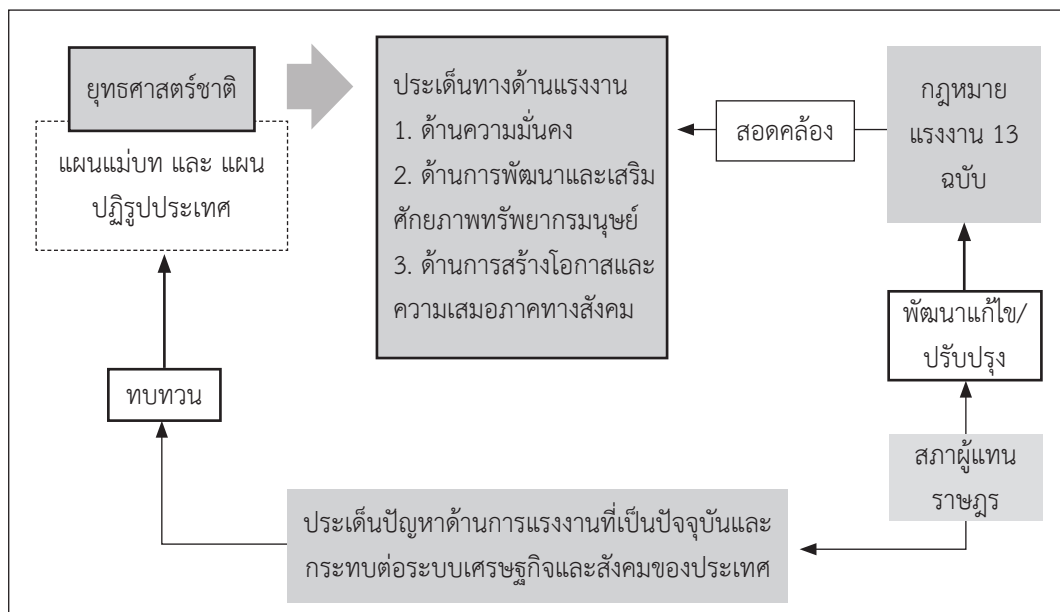
(5) ศึกษาความเหมาะสมในการกำหนดข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ด้านการแรงงาน ในส่วนที่เป็นกลไกทางกฎหมาย ให้มีความสอดคล้องกับแผนยุทธศาสตร์ชาติ

การศึกษาวิจัยฉบับนี้เน้นการวิจัยเชิงคุณภาพที่เป็นการวิจัยงานเอกสารเป็นสำคัญ ทั้งที่เกี่ยวกับทฤษฎีและแนวคิดทางนิติศาสตร์และรัฐศาสตร์ที่หลากหลายดังกล่าวมาแล้วข้างต้น ประกอบกับการวิเคราะห์บทบาทและหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่จะช่วยขับเคลื่อนแผนงานระดับชาติทั้ง 3 ได้แก่ แผนยุทธศาสตร์ชาติ แผนแม่บท และแผนปฏิรูปประเทศ ตลอดจนศึกษาบทกฎหมายที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการแรงงาน 13 ฉบับ เพื่อสกัดปัญหาข้อกฎหมายที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจะต้องเข้ามามีส่วนแก้ไขพัฒนาภายใต้กรอบแนวคิดที่ว่า การดำเนินการเช่นนั้นต้องเป็นไปตามกรอบแนวทางของแผนยุทธศาสตร์ชาติ การค้นคว้าดังกล่าวนี้มีทั้งส่วนที่เป็นเอกสารตีพิมพ์ในรูปของหนังสือ ตำรา บทความ วารสาร รวมทั้งสิ่งพิมพ์อื่นที่มีการตีพิมพ์เผยแพร่ทั้งที่อยู่ในรูปเอกสารกระดาษและสื่ออิเล็กทรอนิกส์ อย่างไรก็ตาม เพื่อประโยชน์สูงสุดของงานวิจัยและเพื่อให้ผลการวิจัยได้รับสะท้อนสภาพความเป็นจริงที่เกิดขึ้น คณะผู้วิจัยจึงได้ทำการสัมภาษณ์เชิงลึกรายกลุ่มและรายบุคคลซึ่งเป็นผู้ที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาด้านการแรงงานทั้งที่อยู่ในฐานะลูกจ้าง นายจ้าง และบุคลากรภาครัฐที่มีหน้าที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการบริหารจัดการปัญหาด้านการแรงงาน ตลอดจนกรรมการในคณะกรรมการการแรงงาน และอนุกรรมการในคณะอนุกรรมการย่อยของสภาผู้แทนราษฎร อันทำให้คณะผู้วิจัยได้ข้อมูลเชิงประจักษ์เพื่อเทียบ

กับข้อมูลทางเอกสารที่ศึกษาไว้เป็นปฐม ประกอบกับประเด็นปัญหา ข้อท้าทาย และข้อสังเกตใหม่ ๆ อย่างหลากหลายที่ไม่ปรากฏในงานเอกสารใด ๆ

ผลจากกระบวนการศึกษาดังกล่าวข้างต้นนี้ ทำให้คณะผู้วิจัยสามารถกำหนดกรอบการดำเนินงานวิจัยเรื่อง “บทบาทและหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรด้านการแรงงานภายใต้ยุทธศาสตร์ชาติ” โดยจำลองมโนทัศน์ได้ดังนี้

รูปภาพที่ 1 กรอบการดำเนินงานวิจัย



3. บทบาทและหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในกิจกรรมต่าง ๆ ภายใต้กรอบของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

โดยทั่วไป สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีหน้าที่หลักอยู่สามประการอันได้แก่ การตรากฎหมาย⁴ การควบคุมตรวจสอบ⁵ และการให้ความเห็นชอบ⁶ แต่เมื่อพิจารณาหน้าที่ด้านแรงงานเพื่อให้สอดคล้องกับยุทธศาสตร์ชาติ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้องรับรู้ประเด็นปัญหากฎหมายแรงงาน

⁴ มาตรา 81 มาตรา 143 มาตรา 172 และมาตรา 256 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

⁵ มาตรา 150 มาตรา 151 มาตรา 152 มาตรา 155 และมาตรา 82 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

⁶ มาตรา 17 มาตรา 21 มาตรา 121 มาตรา 159 มาตรา 177 และมาตรา 178 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ที่ต้องแก้ไขเพื่อนำไปสู่การตรากฎหมายและการพิจารณางบประมาณประจำปีด้านแรงงาน ใช้เป็นข้อมูลเพื่อควบคุมตรวจสอบฝ่ายบริหารในรูปแบบทั้งการตั้งกระทู้ถาม การอภิปรายไม่ว่างใจ และใช้เป็นข้อมูลเพื่อให้เห็นชอบในกิจการอื่น ๆ เช่น การรับฟังคำชี้แจงและการให้ความเห็นชอบหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับการแรงงาน นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันยังได้กำหนดหน้าที่พิเศษไว้ให้กับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอีกสองประการด้วยกัน คือ หน้าที่ตามยุทธศาสตร์ชาติประการหนึ่ง และหน้าที่ร่วมกันของสองสภาอีกประการหนึ่ง⁷ การทราบถึงปัญหากฎหมายแรงงานที่สอดคล้องกับยุทธศาสตร์ชาติ ถือเป็นปัจจัยพื้นฐานสำคัญที่จะทำให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสามารถปฏิบัติหน้าที่พิเศษของตนตามรัฐธรรมนูญข้อนี้ให้สำเร็จได้ในทุกประการด้วย

อย่างไรก็ดี ในการดำเนินบทบาทและหน้าที่ข้างต้น นอกจากความรู้ความสามารถของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเองแล้ว การมีข้อมูลตลอดจนองค์ความรู้ทางวิชาการในศาสตร์หลายแขนงก็จะช่วยให้การพิจารณาตัดสินใจเพื่อการปฏิบัติหน้าที่ในเรื่องต่าง ๆ เป็นไปอย่างถูกต้อง รอบคอบ และรัดกุมมากยิ่งขึ้น รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ประกอบกับข้อ 90 แห่งข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2562 จึงกำหนดให้มี “คณะกรรมการธิการ” ขึ้นได้หลายคณะ แต่ละคณะก็จะมีความเชี่ยวชาญในแต่ละเรื่องที่แตกต่างกันออกไปเพื่อนำส่งข้อมูลที่เป็นประโยชน์ต่อการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร โดยคณะกรรมการธิการการแรงงาน สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรก็เป็นหนึ่งในนั้น ทั้งยังอาศัยอำนาจตามข้อ 96 แห่งข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2562 ในการตั้งคณะอนุกรรมการที่ช่วยกลั่นกรองอีกสองคณะ ได้แก่ คณะอนุกรรมการศึกษาเชิงนโยบายและกฎหมายแรงงาน และคณะอนุกรรมการศึกษาสถานการณ์ด้านแรงงานสวัสดิการและคุ้มครองแรงงานและแรงงานสัมพันธ์

ทั้งนี้ ตลอดระยะเวลาการดำเนินการของคณะกรรมการธิการการแรงงาน สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรได้ดำเนินการในประเด็นที่สำคัญต่าง ๆ เช่น การกำหนดแนวทางการบริหารจัดการการทำงานของแรงงานต่างด้าว การกำหนดแนวทางการบริหารจัดการแรงงานไทยที่ไปทำงานยังต่างประเทศ การแก้ไขปัญหาการจ้างเหมาค่าบริการ การกำหนดเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดสวัสดิการให้กับบุคลากรที่มีสถานะเป็นลูกจ้างของส่วนราชการ การให้ความคุ้มครองและการปฏิบัติที่เหมาะสมทางแรงงานกับแรงงานบางกลุ่ม เช่น นักเรียนทุน การตัดสินใจรับข้อพิพาทแรงงาน การป้องกันการละเมิดสิทธิแรงงาน การบริหารจัดการงานประกันสังคม การพิจารณาเนื้อหาในแผนยุทธศาสตร์ด้านแรงงานที่ต้องดำเนินการภายใต้กรอบแผนปฏิรูปประเทศ การแก้ไขปรับปรุง พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์

⁷ มาตรา 156 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ความเป็นไปได้ในการจัดตั้งสภาแรงงานและสวัสดิการแรงงาน เป็นต้น⁸

ด้วยเหตุนี้ การที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทราบถึงข้อมูลประเด็นของความไม่สอดคล้องระหว่างกฎหมายแรงงานและยุทธศาสตร์ด้านการแรงงานย่อมทำให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีแนวทางที่ชัดเจนเกี่ยวกับการแรงงานเพื่อปฏิบัติหน้าที่หลักของตนเป็นไปตามแผนแม่บทเพื่อบรรลุผลของแผนยุทธศาสตร์ ซึ่งในส่วนการให้ข้อมูลนี้เป็นบทบาทสำคัญของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน โดยเฉพาะคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน สภาผู้แทนราษฎรและคณะอนุกรรมการที่ได้ดำเนินการเสนอข้อมูลปัญหาด้านแรงงาน ที่จะทำให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทราบถึงความเหมาะสมในการดำเนินการเพื่อแก้ไขปัญหาแรงงานในขั้นต่อไป

อย่างไรก็ดี ปัญหาด้านแรงงานนั้นมีความเปลี่ยนแปลงตลอดเวลา เช่น การทำงานรูปแบบใหม่ที่ต้องเคารพหลักการเว้นระยะห่างทางสังคมหรือการทำงานจากที่บ้าน ที่เป็นบริบทในยุคการระบาดของเชื้อไวรัสโควิด-19 ทำให้แผนยุทธศาสตร์ชาติที่มีไม่อาจกำหนดประเด็นปัญหาด้านแรงงานในลักษณะนี้ได้อย่างครบถ้วน หน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจึงจำเป็นต้องทราบถึงปัญหาข้อเท็จจริงใหม่ ๆ เพื่อแสดงให้เห็นถึงความไม่สอดคล้องของแนวทางในการบริหารกับแผนยุทธศาสตร์ชาติ เพื่อเป็นข้อสังเกตสำคัญสำหรับการปรับปรุงแก้ไขแผนยุทธศาสตร์ชาติตามกรอบระยะที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ

4. ความสัมพันธ์ของแผนยุทธศาสตร์ชาติกับประเด็นปัญหาด้านการแรงงาน

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ยุทธศาสตร์ชาติมีสถานะเป็นแผนกำหนดแนวทางในการบริหารราชการแผ่นดินของประเทศ ทั้งในส่วนที่เกี่ยวกับการกำหนดนโยบายทั่วไป การจัดทำแผนงบประมาณแผ่นดิน และกลไกในการตรวจสอบฝ่ายบริหารว่าได้ดำเนินการบริหารราชการแผ่นดินตามแนวทางของยุทธศาสตร์ชาติหรือไม่ ในกรณีของหน่วยงานรัฐหน้าที่สั่งการให้หน่วยงานดำเนินการให้เป็นไปตามยุทธศาสตร์ชาติอยู่กับคณะกรรมการยุทธศาสตร์ชาติ โดยจะทำการแจ้งให้หัวหน้าหน่วยงานนั้นดำเนินการตามหน้าที่และอำนาจให้ถูกต้อง ในขณะที่กรณีของสภาผู้แทนราษฎร หากมิได้ดำเนินการให้สอดคล้องกับยุทธศาสตร์ชาติ จะมีการแจ้งให้ประธานรัฐสภาในฐานะเป็นหัวหน้าหน่วยงานพิจารณาดำเนินการ ทั้งนี้ ยุทธศาสตร์ชาติจะมีการแก้ไขปรับปรุงทุก 5 ปี เพื่อความสอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป⁹ ทั้งนี้

⁸ รายงานการประชุมคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนด้านแรงงาน สภาผู้แทนราษฎร ตั้งแต่ 12 กันยายน 2562 ถึงวันที่ 3 กุมภาพันธ์ 2564.

⁹ สำนักงานสภาพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ, “ยุทธศาสตร์ชาติ”, (พฤศจิกายน 2562) [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <http://nsr.nesdb.go.th/wp-content/uploads/2019/10/nov-full-v3.pdf> [20 มิถุนายน 2564].

ยุทธศาสตร์ชาติที่เกี่ยวกับการแรงงานนั้นมีสาระสำคัญหลักอยู่สามด้านอันได้แก่ ด้านความมั่นคง (4.1) ด้านการพัฒนาและเสริมศักยภาพทรัพยากรมนุษย์ (4.2) และด้านการสร้างโอกาสและความเสมอภาคทางสังคม (4.3)

4.1 ด้านความมั่นคงกับประเด็นเรื่องแรงงาน

ยุทธศาสตร์ชาติด้านนี้มุ่งเน้นให้ประเทศชาติมีความมั่นคง และประชาชนมีความสุขโดยที่ให้ความสำคัญในเรื่องของการจัดการสภาวะแวดล้อมให้มีความมั่นคงปลอดภัย เกราะ อธิปไตย และมีความสงบเรียบร้อยในทุกระดับ เช่น การบริหารจัดการปัญหาการใช้แรงงานต่างด้าว¹⁰

4.2 ด้านการพัฒนาและเสริมศักยภาพทรัพยากรมนุษย์กับประเด็นเรื่องแรงงาน

ยุทธศาสตร์ชาติด้านนี้มุ่งเน้นการพัฒนาศักยภาพตลอดชีวิตมนุษย์ที่เป็นการพัฒนาความรู้ และทักษะฝีมือแรงงานอย่างต่อเนื่องและยกระดับฝีมือให้สอดคล้องกับความต้องการของตลาด ตลอดจนการวางแผนทางการเงินและพัฒนาคุณภาพชีวิตของแรงงาน และมาตรการทางแรงงาน เพื่อรองรับสังคมผู้สูงอายุ รวมทั้งการสร้างสภาพแวดล้อมในการทำงานที่เป็นมิตร¹¹ สนับสนุนการรวมตัวกันเป็นกลุ่มวิชาชีพ สร้างสมดุลระหว่างชีวิตการทำงานและชีวิตส่วนตัว¹²

4.3 ด้านการสร้างโอกาสและความเสมอภาคทางสังคมกับประเด็นเรื่องแรงงาน

ยุทธศาสตร์ชาติด้านนี้เกิดจากปัญหาการอพยพแรงงานเข้าสู่ภาคอุตสาหกรรมทำให้มีประเด็นเรื่องโอกาสและความเท่าเทียมทางสังคม จึงต้องสร้างความเป็นธรรม ลดความเหลื่อมล้ำในทุกมิติ และกระจายความมั่งคั่งทางเศรษฐกิจและสังคม โดยบทกฎหมายและแนวปฏิบัติต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติ แรงงานสามารถเข้าถึงองค์ความรู้และการฝึกทักษะ และค่าตอบแทนต้องเป็นธรรมตามความสามารถ ทั้งนี้ ต้องกระจายความเจริญทางเศรษฐกิจออกจากศูนย์กลางเพื่อลดการย้ายถิ่นอย่างไร้ทิศทาง¹³ อีกทั้งยังต้องเสริมพลังงานทางสังคมโดยการจ้างงานผู้สูงอายุตามความเหมาะสม¹⁴

¹⁰ ยุทธศาสตร์ชาติ (พ.ศ. 2580-2561), หน้า 15-14.

¹¹ ยุทธศาสตร์ชาติ (พ.ศ. 2580-2561), หน้า 37-36.

¹² ยุทธศาสตร์ชาติ (พ.ศ. 2580-2561), หน้า 41-40.

¹³ ยุทธศาสตร์ชาติ (พ.ศ. 2580-2561), หน้า 46.

¹⁴ ยุทธศาสตร์ชาติ (พ.ศ. 2580-2561), หน้า 49.

5. การประเมินสถานะของบทกฎหมายแรงงานไทยปัจจุบันที่ไม่สอดคล้องกับยุทธศาสตร์ชาติ

กฎหมายที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการแรงงานทั้งหมด 13 ฉบับ โดยมีเนื้อหาครอบคลุมประเด็นต่าง ๆ ที่หลักการแรงงานสากลให้ความสำคัญ เช่น การคุ้มครองแรงงานมาตรฐานทั่วไป การกำหนดวิธีการพิเศษสำหรับแรงงานที่ทำงานในลักษณะงานพิเศษ การกำหนดกฎเกณฑ์และแนวปฏิบัติทางด้านแรงงานสอดคล้องกับความต้องการและการยอมรับได้ของภาคีสังคม การกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทแรงงานแบบพิเศษ และการรับรองสิทธิให้ผู้ใช้แรงงานและนายจ้างสามารถรวมกลุ่มและเจรจาต่อรองเพื่อระงับการพิพาทกันระหว่างทั้งสองฝ่าย อย่างไรก็ตาม ปัญหาของกฎหมายแรงงานไทยซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ออกเป็นสามประเด็น คือ ประเด็นรูปแบบของบทบัญญัติกฎหมายแรงงานไทย (5.1) ประเด็นเนื้อหาของบทบัญญัติกฎหมายแรงงานไทย (5.2) และประสิทธิภาพในการนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายไปใช้บังคับ (5.3)

5.1 ประเด็นรูปแบบของบทบัญญัติกฎหมายแรงงานไทย

เนื่องจากประเทศไทยไม่มีประมวลกฎหมายแรงงาน กฎหมายแรงงานจึงปรากฏในรูปแบบของพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดเป็นรายฉบับ ซึ่งทำให้เกิดปัญหาการใช้กฎหมายเพราะกรอบการใช้บังคับกฎหมายแต่ละฉบับว่ามีขอบเขตของกิจการและบุคคลแตกต่างกัน ทั้งยังส่งผลให้บุคคลสองคนทำงานซึ่งลักษณะเดียวกันแต่ทำงานให้กับหน่วยงานต่างกัน จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายที่ต่างกัน

5.2 ประเด็นเนื้อหาของบทบัญญัติกฎหมายแรงงานไทย

กฎหมายแรงงานไทยมีเนื้อหาค่อนข้างครอบคลุมกฎเกณฑ์การใช้แรงงานเรื่องต่าง ๆ ตามหลักการสากล แต่ยังมีประเด็นการประเมินคุณภาพเนื้อหาของบทบัญญัตินั้นสอดคล้องกับหลักการใช้แรงงานสากล ซึ่งแบ่งพิจารณาเป็นห้าปัญหาสำคัญอันได้แก่ ปัญหาของกฎหมายกลุ่มการคุ้มครองแรงงานในลักษณะปัจเจกบุคคล (5.2.1) ปัญหาของกฎหมายกลุ่มการคุ้มครองแรงงานในลักษณะร่วมกันและการระงับข้อพิพาทแรงงาน (5.2.2) ปัญหาของกฎหมายกลุ่มการคุ้มครองแรงงานพิเศษสำหรับการใช้แรงงานเอกชนบางประเภท (5.2.3) ปัญหาของกฎหมายกลุ่มการคุ้มครองบุคลากรภาครัฐ (5.2.4) และปัญหาของกฎหมายกลุ่มความมั่นคงทางสังคม (5.2.5)

5.2.1 ปัญหาของกฎหมายกลุ่มการคุ้มครองแรงงานในลักษณะปัจเจกบุคคล

ในส่วนของการคุ้มครองแรงงานในลักษณะปัจเจกบุคคลนั้นอาจแบ่งประเด็นปัญหาออกเป็น 5 ปัญหาย่อยอันได้แก่

(1) ปัญหาความเท่าเทียมในการเข้าถึงตลาดแรงงาน ปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นในกรณีของคนหางานในต่างประเทศติดต่อโดยตรงกับบุคคลที่สัญญาว่าจะรับตนเข้าทำงานโดยไม่ผ่านสำนักงานจัดหางาน เมื่อมีการผิดสัญญาเกิดขึ้น พระราชบัญญัติจัดหางานและคุ้มครองคนหางาน พ.ศ. 2528 ยังไม่สามารถลงโทษอย่างใดกับบุคคลกลุ่มนี้ได้¹⁵ หรือปัญหาการกำหนดเงื่อนไขบางอย่างอันไม่ยอมรับความหลากหลายทางเพศในการสมัครงาน¹⁶ ที่พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ใช้บังคับระหว่างคู่สัญญาก็ต่อเมื่อมีการทำสัญญาจ้างแรงงานเกิดขึ้นระหว่างกันแล้วเท่านั้น ส่วนพระราชบัญญัติจัดหางานและคุ้มครองคนหางาน พ.ศ. 2528 ก็ไม่มีบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองเรื่องนี้เลย¹⁷

(2) ปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองแรงงาน บทกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอนุสัญญาฉบับที่ 111 ว่าด้วยการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานและอาชีพ ยังไม่ได้มีการแก้ไขด้วยบทบัญญัติกฎหมายให้สอดคล้องกับสาระัตถะในอนุสัญญา ในประเด็นเกี่ยวกับความแตกต่างด้วยเชื้อชาติ ศาสนา ความเชื่อ ศักดิ์ชน นอกจากนี้ ยังไม่มีกฎหมายรับรองสิทธิใด ๆ หรือปัญหาความชัดเจนของบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการคุ้มครองแรงงานในงานที่มีลักษณะพิเศษเฉพาะ เช่น ครูในโรงเรียนเอกชน ซึ่งต้องมีกฎหมายเฉพาะกำหนดเงื่อนไขการทำงานไว้ต่างหาก ที่ในปัจจุบันก็ยังไม่มีความหมายเช่นว่าในระดับพระราชบัญญัติตราขึ้นมารองรับ อีกทั้งงานราชการและงานรัฐวิสาหกิจเองก็ไม่อยู่ภายใต้การคุ้มครองด้วยเช่นกัน ทำให้เกิดความสงสัยถึงกฎเกณฑ์การคุ้มครองแรงงานรัฐวิสาหกิจที่มีความแตกต่างจากแรงงานเอกชน

(3) ปัญหาการคุ้มครองผู้ใช้แรงงานที่ถูกจ้างงานตามวิธีการจ้างงานแบบใหม่ ภายใต้หลักความเสมอภาคและการเคารพในสิทธิแรงงาน การให้ความคุ้มครองกับลูกจ้างผู้ใช้แรงงานต้องมีความเท่าเทียมเสมอภาคกันโดยไม่จำต้องคำนึงถึงนิติสัมพันธ์ในการจ้างงานอย่างเดียวนไป แม้ว่าสัญญาจะเป็นสัญญาจ้างทำของ สัญญาจ้างเหมาค่าแรง สัญญาจ้างเพื่อรับงานไปทำที่บ้าน การจ้างผ่านแพลตฟอร์ม¹⁸ อันเป็นลักษณะสัญญาจ้างที่เกิดขึ้นมาใหม่ก็ตาม หากบุคคลนั้นเป็นผู้ใช้แรงงานที่ทำการงานอันเป็นประโยชน์กับผู้ประกอบการก็ควรได้รับการคุ้มครองตามมาตรฐานแรงงานสากล โดยกฎหมายไทยนั้นให้ความคุ้มครองกับผู้ใช้แรงงานที่ยังคงยึดกับการบัญชาหรือ

¹⁵ โปรดดู เกียรติจิตร วัจนะสวัสดิ์, การมีส่วนร่วมของประชาชนต่อการดำเนินนโยบายของรัฐบาลด้านการบริการจัดหางาน, (กรุงเทพมหานคร : กระทรวงแรงงาน, กรมการจัดหางาน, กองแผนงานและสารสนเทศ, 2550)

¹⁶ ปานใจ ปิ่นจินดา, “คนเลือกงาน (ไม่เท่ากับ) งานเลือกเพศ”, (5 เมษายน 2561) [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.bangkokbiznews.com/social/25> 434 มิถุนายน 2564].

¹⁷ สัมภาษณ์ อนุสิทธิ์ อุ๋นทิม, 25 กุมภาพันธ์ 2564.

¹⁸ สราวุธ ไพฑูรย์พงษ์, “เศรษฐกิจแพลตฟอร์ม กับมาตรฐานแรงงาน”, TDRI, (21 กันยายน 2564), [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://tdri.or.th/2020/09/social-security-for-digital-platform-workers/> [11 มิถุนายน 2564]

การสั่งการในรอบของสัญญาจ้างแรงงานเป็นสำคัญเท่านั้น ซึ่งสถานการณ์การจ้างงานในปัจจุบันที่ลักษณะและวิธีการจ้างได้เปลี่ยนไปจากอดีตมาก¹⁹ แรงงานแบบใหม่นั้น ทำให้สัญญาจ้างเพื่อให้ได้มาซึ่งแรงงาน กลายเป็นสัญญาจ้างทำของ หรือสัญญาจ้างอย่างอื่นที่ไม่ใช่สัญญาจ้างแรงงาน ผู้ใช้แรงงานก็จะไม่ได้รับการคุ้มครองอย่างใดเลยตามกฎหมายแรงงานทำให้เกิดปัญหาลักษณะงานเหมือนแต่สิทธิประโยชน์ต่างกัน

(4) ปัญหาเกี่ยวกับการพัฒนาฝีมือแรงงาน ในเรื่องการส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาฝีมือแรงงานในทุกโอกาส กฎหมายเกี่ยวกับการพัฒนาฝีมือแรงงานไทยมิได้กำหนดเนื้อหาอันเป็นสาระสำคัญในการพัฒนาฝีมือแรงงานไทยไว้²⁰ อย่างไรก็ตาม ²¹ ได้กำหนดกลไกที่จะทำให้เกิดการพัฒนาฝีมือแรงงาน โดยการปฏิบัติตามกลไกเช่นว่านี้จะทำให้ผู้ประกอบการสามารถนำเอาค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นไปใช้ลดหย่อนภาระบางประการสำหรับการประกอบกิจการได้²² อันทำให้กลไกดังกล่าวนี้มีลักษณะจูงใจมากกว่าบังคับให้ผู้ประกอบการต้องทำการฝึกหรือพัฒนาฝีมือแรงงาน เนื้อความในกฎหมายส่วนนี้จำเป็นต้องการปรับปรุงแก้ไขให้เกิดความชัดเจนและสอดคล้องกับจุดมุ่งหมายที่ถูกกำหนดไว้ เช่น อาจต้องมีการบังคับสำหรับกิจการขนาดกลาง และกิจการขนาดใหญ่จัดอบรมเพิ่มพูนความรู้ให้กับบุคลากร

(5) ปัญหาเกี่ยวกับความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน ความปลอดภัยในการทำงานเป็นเรื่องสำคัญต่อทั้งชีวิตของผู้ใช้แรงงาน และศักยภาพของกิจการที่ไม่ควรสูญเสียแรงงานที่มีฝีมือไปด้วยเหตุที่ไม่ระมัดระวังให้เพียงพอ นอกจากนี้แล้ว กฎหมายฉบับนี้กำหนดให้เอกชนสามารถขึ้นทะเบียนเป็นผู้ตรวจความปลอดภัยได้ แต่ข้อเท็จจริงกลับพบว่าฝ่ายรัฐเองที่มีข้อกังวลเกี่ยวกับอำนาจในการเข้าตรวจสอบสถานที่ ค้น ยึด आयัด และกระทำการอื่นใดที่เอกชนซึ่งขึ้นทะเบียนเป็นผู้ตรวจความปลอดภัยฯ จำเป็นต้องกระทำเพื่อให้การตรวจเป็นไปโดยสมบูรณ์ แต่การกระทำนั้นติดขัดด้วยข้อห้ามตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและประมวลกฎหมายอาญาที่กำหนดให้เป็นอำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐเท่านั้น²³

¹⁹ Ditto, “5 รูปแบบการทำงานในอนาคตที่จะเกิดขึ้น”, (31 มีนาคม 2564), [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.dittothailand.com/dittonews/-5working-edition-in-the-future/> [11 มิถุนายน 2564]

²⁰ บริษัท สุมิพล คอร์ปอเรชั่น จำกัด, “แรงงานฝีมือ ความท้าทายที่แท้จริงสำหรับอุตสาหกรรมไทย”, (23 พฤษภาคม 2561), [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.sumipol.com/knowledge/skilled-labor-challenge-thai-industry-th/> [11 มิถุนายน 2564].

²¹ สัมภาษณ์ จารีย์ภรณ์ ลาภักดี, 25 กุมภาพันธ์ 2564.

²² มาตรา 33 พระราชบัญญัติส่งเสริมการพัฒนาฝีมือแรงงาน พ.ศ. 2545

²³ สัมภาษณ์ มนตรี มณีรัตน์, 27 เมษายน 2564.

5.2.2 ปัญหาของกฎหมายกลุ่มการคุ้มครองแรงงานในลักษณะร่วมกันและการระงับข้อพิพาทแรงงาน

ปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองแรงงานในลักษณะร่วมกันและการระงับข้อพิพาทแรงงานนั้น อาจแบ่งออกเป็นสองประเด็นย่อยอันได้แก่

(1) ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายแรงงานสัมพันธ์ แม้ประเทศไทยมีพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 เป็นกฎหมายหลัก แต่กฎหมายฉบับนี้ยังมีข้อจำกัดที่ทำให้กฎหมายแรงงานสัมพันธ์ไทยไม่เป็นไปตามแนวทางที่องค์การแรงงานระหว่างประเทศได้กำหนดไว้ในอนุสัญญาฉบับที่ 87 ว่าด้วยเสรีภาพในการรวมกลุ่ม และฉบับที่ 98 ว่าด้วยการเจรจาต่อรองทางด้านการแรงงานใน 2 ประเด็นหลักอันได้แก่ การรับรองเสรีภาพในการสมาคม และการแรงงานสัมพันธ์ของบุคลากรภาครัฐ ในประเด็นการรับรอง “เสรีภาพ” ในการสมาคม การรวมกลุ่มทางแรงงานยังไม่เป็นไปตามหลัก “เสรีภาพ” ในการสมาคมอย่างแท้จริง โดยรัฐไม่ควรเข้ามาแทรกแซง ทั้งการขออนุญาตจดทะเบียนจัดตั้ง การรับรองสิทธิการบริหารจัดการองค์การเลิกล้มองค์การทางด้านแรงงาน ที่อาจเกิดขึ้นได้ด้วยวิธีการแทรกแซงโดยรัฐ²⁴ หรือประเภทขององค์กรแรงงานที่การรวมกลุ่มทางแรงงานในสาขาวิชาชีพเดียวกันนั้นไม่อาจเกิดขึ้นได้ ในประเด็นการแรงงานสัมพันธ์ของบุคลากรภาครัฐ การแรงงานสัมพันธ์ไทยจำกัดแต่เฉพาะในภาคเอกชน แต่บุคลากรในภาครัฐวิสาหกิจ และภาครัฐนั้น มีสิทธิดังกล่าวในวงจำกัด และ/หรือไม่มีเลยตามแต่สถานะ สิทธิในการนัดหยุดงานและปิดงานซึ่งถือเป็นเครื่องมือในการเจรจาต่อรองของฝ่ายลูกจ้างและฝ่ายนายจ้างนั้นเป็นเรื่องต้องห้าม ในกิจการรัฐวิสาหกิจ²⁵ ส่วนภาครัฐนั้น ปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายรับรองเสรีภาพในการรวมกลุ่มและการเจรจาต่อรองเลย

(2) ปัญหาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทแรงงาน ปัญหาส่วนนี้เป็นผลสืบเนื่องมาจากการที่กฎหมายแรงงานไทยไม่ได้ถูกประมวลรวมไว้เป็นเอกสารฉบับเดียวเมื่อเกิดข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการโต้แย้งสิทธิในทางแรงงานขึ้น มักจะมีการเข้าใจว่าเป็นเรื่องที่ต้องดำเนินการฟ้องร้องไปยังศาลแรงงาน แต่ผู้ถูกระทบสิทธิต้องทราบเป็นเบื้องต้นก่อนว่าเหตุแห่งการเรียกร้องนั้นเกิดขึ้นตามบทบัญญัติฉบับใด และบทบัญญัติฉบับนั้นได้มีการกำหนดเงื่อนไขหรือกระบวนการในการระงับข้อพิพาทโดยเจ้าหน้าที่หรือคณะกรรมการเฉพาะเรื่องไว้เป็นเบื้องต้นหรือไม่ ซึ่งผู้ถูกระทบสิทธิอาจต้องดำเนินการเสียก่อนจึงนำเรื่องสู่ศาลแรงงาน นอกจากนี้ ยังมีเรื่องการนำหลักเสรีภาพในการ

²⁴ โปรดดู ศักดินา ฉัตรกุล ณ อยุธยา, อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 87 และฉบับที่ 98 ทำไมต้องให้สัตยาบัน?, (กรุงเทพฯ : มูลนิธิฟรีดริค เอแบร์ท, 2553)

²⁵ มาตรา 33 พระราชบัญญัติแรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ พ.ศ. 2543

แสดงเจตนามาใช้ในระบบกฎหมายแรงงานของไทยที่ปล่อยให้เป็นเสรีโดยแท้ของคู่สัญญาในการกำหนดเงื่อนไขสัญญาอย่างไรก็ได้ หากเงื่อนไขนั้นไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติกฎหมายที่กำหนดไว้ ทำให้สัญญาจ้างแรงงานเป็นสัญญาที่ไม่มีแบบ และมีเนื้อหาหลากหลายตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญาได้ นำมาสู่การเลิกจ้างโดยไม่แจ้งเหตุผลที่ลูกจ้างคิดว่าไม่เป็นธรรมและไม่เป็นที่ยอมรับอย่างสากล

5.2.3 ปัญหาของกฎหมายกลุ่มการคุ้มครองแรงงานพิเศษสำหรับการใช้แรงงานเอกชนบางประเภท

เพื่อให้การคุ้มครองแรงงานเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพสูงสุด กฎเกณฑ์และกติกาต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการจ้างงานต้องสามารถนำไปใช้ปฏิบัติได้จริง สอดคล้องกับลักษณะ บริบทเฉพาะ และธรรมชาติของงานนั้น จึงต้องการปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองงานเกษตรกรรมและการคุ้มครองงานขนส่งทางบกที่ตราออกมาเป็นเวลานานแล้วให้มีความทันสมัย ตลอดจนการบังคับใช้พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 และพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานในงานประมง พ.ศ. 2562 เกิดเป็นปัญหาในการนำไปใช้การจริงที่ยังขาดในรายละเอียดที่ชัดเจนในการนำไปใช้ปฏิบัติในส่วนพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้าน พ.ศ. 2553 ก็ยังขาดระบบการตรวจแรงงานที่มีประสิทธิภาพ

5.2.4 ปัญหาของกฎหมายกลุ่มการคุ้มครองบุคลากรภาครัฐ

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในข้างต้นว่าการแรงงานสัมพันธ์ไทยจำกัดเฉพาะในภาคเอกชน ส่วนบุคลากรในภาครัฐวิสาหกิจ และภาครัฐมีสิทธิดังกล่าวในวงจำกัดหรือไม่มีเลยตามแต่สถานะ

5.2.5 ปัญหาของกฎหมายกลุ่มความมั่นคงทางสังคม

ปัญหาของกฎหมายในกลุ่มนี้เป็นประเด็นเกี่ยวกับความเข้าใจในระบบความมั่นคงทางสังคม หากเปรียบเทียบหลักการสากลที่องค์การแรงงานระหว่างประเทศได้กำหนดขึ้นสำหรับการเยียวยาภัยทางสังคมเพื่อให้เกิดความมั่นคงในสังคมกับกฎหมายของไทยแล้ว กฎหมายของไทยยังคงขาดความชัดเจน อาทิ การนำบทบัญญัติว่าด้วย “เงินทดแทน” ไปบัญญัติรวมไว้กับกฎหมายแรงงาน เพราะความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนเกี่ยวกับลักษณะของกฎหมายเงินทดแทนว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแรงงานซึ่งอันที่ความจริงแล้วเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงทางสังคม นอกจากนี้ ยังมีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการบริหารจัดการงานประกันสังคมอย่างเป็นระบบ ดังตัวอย่างเช่น การเพิ่มเติมสิทธิประโยชน์ให้กับผู้ประกันตนที่ได้รับผลกระทบจากโควิด-19 และมาตรการอุดหนุนอื่น ๆ ของรัฐ โดยสิทธิที่จะได้รับก็มีความไม่ชัดเจน คลุมเครือ อีกทั้งการจ่ายสิทธิก็ยังมิชอบพลาตอันทำให้เกิดการเรียกคืนเงินจากผู้รับประโยชน์²⁶

²⁶ ประชาชาติธุรกิจ, สปส.เรียกคืนเงินเยียวยา เอกชนลักไก่ไม่ปิดโรงงานช่วงโควิด, 4 กุมภาพันธ์ 2564

5.3 ประเด็นประสิทธิภาพในการนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายไปใช้บังคับ

บทกฎหมายแรงงานหลายฉบับของไทยมีเนื้อหาค่อนข้างสมบูรณ์ แต่ในการนำมาปรับใช้จริงกลับพบอุปสรรคมากน้อยตามกรณี ทำให้กฎหมายไม่สามารถใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้ เกิดขึ้นจากหลายสาเหตุอันได้แก่

(1) ปัญหาตัวบทบัญญัติครอบคลุมสาระแห่งประเด็นแต่ข้อเท็จจริงแห่งปัญหาที่เกิดขึ้นกลับเป็นบทสะท้อนในอีกแง่มุมหนึ่งของเรื่อง เนื่องจากกฎหมายแรงงานฉบับหนึ่งอาจมีความมุ่งหมายที่จะแก้ปัญหาเป็นการเฉพาะ เช่น พระราชบัญญัติจัดหางานและคุ้มครองคนหางาน พ.ศ. 2528 ที่มุ่งคุ้มครองคนหางานไม่ให้ถูกหลอกลวง แต่ปัญหาการหลอกลวงคนไทยไปทำงานยังต่างประเทศกลับยังปรากฏขึ้นอยู่ ทั้งนี้ เพราะกฎหมายจัดหางานมุ่งคุ้มครองคนหางานที่หางานโดยผ่านกระบวนการที่กฎหมายกำหนด กฎหมายจึงมุ่งควบคุมผู้ประกอบการธุรกิจจัดหางานเป็นสำคัญ แต่ข้อเท็จจริงปัญหาการถูกหลอกลวงของแรงงานไทยกลับไม่เกี่ยวกับผู้ประกอบการธุรกิจจัดหางานเลยแต่เกี่ยวกับตัวคนงานที่ลักลอบออกไปทำงานเอง อันเกี่ยวกับปัญหากฎหมายคนเข้าเมือง

(2) ปัญหาความสับสนในสิทธิประโยชน์และการให้ความคุ้มครองอันเนื่องมาจากการใช้กฎหมายหลายฉบับ กฎหมายแรงงานบางเรื่องมีความเกี่ยวข้องและเชื่อมโยงกัน แต่กลับถูกบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติเฉพาะต่างฉบับกัน เช่น กฎหมายเงินทดแทนและกฎหมายประกันสังคม กฎหมายทั้งสองฉบับมีความเกี่ยวข้องกันมาก ในบางประเทศได้มีการผนวกกฎหมายสองฉบับนี้เข้าด้วยกันเพื่อประโยชน์ในการกำหนดสิทธิประโยชน์การให้ความคุ้มครองแต่ในส่วน của กฎหมายไทยนั้นหากบุคคลซึ่งมีฐานะเป็นลูกจ้างตามกฎหมายเงินทดแทนและขณะเดียวกันมีสถานะเป็นผู้ประกันตนตามกฎหมายประกันสังคมขอเข้ารับสิทธิที่พึงได้รับตามกฎหมายสองฉบับก็อาจต้องปฏิบัติตามแบบพิธีที่แตกต่างกัน อีกทั้งอาจได้รับสิทธิประโยชน์ที่แตกต่างกัน

(3) ปัญหากฎหมายแม่บทขาดบทบัญญัติลำดับรองกำหนดรายละเอียดในการบังคับใช้ ตัวอย่างที่ชัดเจนในเรื่องนี้คือ พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ซึ่งเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยอาศัยการเทียบเคียงเนื้อหาสำคัญของอนุสัญญาว่าด้วยแรงงานทางทะเล (Maritime Labour Convention)²⁷ แต่วิธีทางปฏิบัติมีขอบเขตในการบังคับเพียงใด หน่วยงานที่เกี่ยวข้องต้องตรากฎหมายลำดับรองเพื่อออกมาขยายความและกำหนดวิธีทางปฏิบัติ

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณายุทธศาสตร์ชาติและกฎหมายแรงงานของประเทศไทยแล้ว อาจแสดงความสัมพันธ์ของกฎหมายทั้ง 13 ฉบับกับยุทธศาสตร์ชาติที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการแรงงานได้ดังนี้

²⁷ อนุสัญญานี้เป็นอนุสัญญาลำดับที่ 186 ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ แต่ด้วยความพิเศษด้านเนื้อหาที่มีการจัดลำดับหมวดหมู่ ทำให้การเรียกชื่อของอนุสัญญานี้จะไม่ใช้ลำดับของอนุสัญญา แต่จะใช้ตัวย่อ คือ MLC แทนในการเรียกขานอย่างย่อ (ผู้เขียน)

ตารางที่ 1 สรุปความสัมพันธ์ของกฎหมายแรงงาน 13 ฉบับและแผนยุทธศาสตร์ชาติ 3 ด้านที่มีสาระสำคัญเกี่ยวกับประกันแรงงาน

แผนยุทธศาสตร์ชาติ (ประเด็นด้านการแรงงาน)		1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13
๑๒๓๔๕๖๗๘๙๑๐๑๑๑๒๑๓๑๔๑๕๑๖๑๗๑๘๑๙๒๐๒๑๒๒๒๓๒๔๒๕๒๖๒๗๒๘๒๙๓๐๓๑๓๒๓๓๓๔๓๕๓๖๓๗๓๘๓๙๔๐๔๑๔๒๔๓๔๔๔๕๔๖๔๗๔๘๔๙๕๐๕๑๕๒๕๓๕๔๕๕๕๖๕๗๕๘๕๙๖๐๖๑๖๒๖๓๖๔๖๕๖๖๖๗๖๘๖๙๗๐๗๑๗๒๗๓๗๔๗๕๗๖๗๗๗๗๘๗๙๘๐๘๑๘๒๘๓๘๔๘๕๘๖๘๗๘๘๘๙๙๐๙๑๙๒๙๓๙๔๙๕๙๖๙๗๙๘๙๙๑๐๐	ความมุ่งหมายให้เกิดความมั่นคงในชีวิต	✓	✓		✓	✓		✓				✓		
	ความมุ่งหมายให้เกิดความมั่นคงในเอกราชและอธิปไตย									✓				
	ความมุ่งหมายเรื่องการพัฒนาคุณภาพของประเทศ	✓		✓		✓						✓		
	การพัฒนาคุณภาพตลอดชีวิตมนุษย์		✓	✓								✓		
๑๒๓๔๕๖๗๘๙๑๐๑๑๑๒๑๓๑๔๑๕๑๖๑๗๑๘๑๙๒๐๒๑๒๒๒๓๒๔๒๕๒๖๒๗๒๘๒๙๓๐๓๑๓๒๓๓๓๔๓๕๓๖๓๗๓๘๓๙๔๐๔๑๔๒๔๓๔๔๔๕๔๖๔๗๔๘๔๙๕๐๕๑๕๒๕๓๕๔๕๕๕๖๕๗๕๘๕๙๖๐๖๑๖๒๖๓๖๔๖๕๖๖๖๗๖๘๖๙๗๐๗๑๗๒๗๓๗๔๗๕๗๖๗๗๗๗๘๗๙๘๐๘๑๘๒๘๓๘๔๘๕๘๖๘๗๘๘๘๙๙๐๙๑๙๒๙๓๙๔๙๕๙๖๙๗๙๘๙๙๑๐๐	การปฏิรูปการเรียนรู้ที่ตอบสนองต่อการเปลี่ยนแปลงในศตวรรษที่ 21			✓										
	การตระหนักถึงปัญหาของมนุษย์ที่มีความหลากหลาย			✓		✓		✓						✓
	การสร้างสภาพแวดล้อมที่เอื้อต่อการพัฒนาและเสริมสร้างศักยภาพทรัพยากร	✓	✓			✓		✓	✓				✓	✓
	การลดความเหลื่อมล้ำ สร้างความเป็นธรรมในทุกมิติ	✓	✓					✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
๑๒๓๔๕๖๗๘๙๑๐๑๑๑๒๑๓๑๔๑๕๑๖๑๗๑๘๑๙๒๐๒๑๒๒๒๓๒๔๒๕๒๖๒๗๒๘๒๙๓๐๓๑๓๒๓๓๓๔๓๕๓๖๓๗๓๘๓๙๔๐๔๑๔๒๔๓๔๔๔๕๔๖๔๗๔๘๔๙๕๐๕๑๕๒๕๓๕๔๕๕๕๖๕๗๕๘๕๙๖๐๖๑๖๒๖๓๖๔๖๕๖๖๖๗๖๘๖๙๗๐๗๑๗๒๗๓๗๔๗๕๗๖๗๗๗๗๘๗๙๘๐๘๑๘๒๘๓๘๔๘๕๘๖๘๗๘๘๘๙๙๐๙๑๙๒๙๓๙๔๙๕๙๖๙๗๙๘๙๙๑๐๐	การกระจายศูนย์กลางความเจริญทางเศรษฐกิจ สังคม และเทคโนโลยี			✓										
	การเสริมสร้างพลังงานทางสังคม	✓	✓	✓		✓							✓	✓

ลำดับตัวเลขและชื่อภาษาอังกฤษ

กลุ่มการคุ้มครองแรงงานในลักษณะปัจเจกบุคคล ประกอบด้วย 1. พระราชบัญญัติจัดงานและคุ้มครองคนงาน พ.ศ. 2528 2. พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 3. พระราชบัญญัติส่งเสริมการพัฒนาฝีมือแรงงาน พ.ศ. 2545 และ 4. พระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554

และวิธีพิจารณาตีแรงงาน พ.ศ. 2522

กลุ่มการคุ้มครองแรงงานพิเศษสำหรับการใช้แรงงานเอกชนบางประเภท ประกอบด้วย 7. พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้รับงานไปทำบ้าน พ.ศ. 2553 8. พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 9. พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 และ 10. พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานในมาปรเมง พ.ศ. 2562

กลุ่มการคุ้มครองบุคลากรภาครัฐ ประกอบด้วย 11. พระราชบัญญัติแรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ พ.ศ. 2543

กลุ่มความมั่นคงทางสังคม ประกอบด้วย 12. พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 และ 13. พระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537

6. แนวทางแก้ไขปัญหาและข้อเสนอแนะ

ในการดำเนินการให้บรรลุเป้าหมายของยุทธศาสตร์ชาติในประเด็นที่เกี่ยวข้องกฎหมายแรงงานนั้น อาจแบ่งแนวทางแก้ไขปัญหาและข้อเสนอแนะออกเป็นสามประการอันได้แก่ แนวทางที่เหมาะสมในการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (6.1) ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการแก้ไขกฎหมายแรงงานให้สอดคล้องกับยุทธศาสตร์ชาติ (6.2) และข้อเสนอแนะซึ่งควรมีการนำไปเป็นประเด็นในการทำการศึกษเพิ่มเติม (6.3)

6.1 แนวทางที่เหมาะสมในการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร

ด้วยอำนาจหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับการแก้ไขกฎหมายแรงงานให้สอดคล้องกับยุทธศาสตร์ชาตินั้นมีสองส่วนสำคัญอันได้แก่ การปฏิบัติหน้าที่ในรูปของคณะกรรมการธิการ และการการตรากฎหมาย การควบคุมตรวจสอบ และการให้ความเห็นชอบ การพิจารณาแนวทางที่เหมาะสมในการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จึงแยกออกเป็นแนวทางการปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะของคณะกรรมการธิการประการหนึ่ง (6.1.1) และการตรากฎหมาย การควบคุมตรวจสอบ และการให้ความเห็นชอบอีกประการหนึ่ง (6.1.2)

6.1.1 แนวทางที่เหมาะสมในการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรผ่านคณะกรรมการธิการการแรงงานเพื่อการพัฒนาบทกฎหมายแรงงานให้บรรลุเป้าหมายของยุทธศาสตร์ชาติ

การปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรผ่านคณะกรรมการธิการอาจกระทำได้โดยผ่านงานที่เป็นโครงการหรือกิจกรรมต่าง ๆ ทั้งที่เป็นโครงการหรือกิจกรรมที่สามารถสำเร็จสิ้นได้ในระยะเวลาสั้น (6.1.1.1) และงานที่ต้องใช้เวลาในการจัดทำในรูปของแผนระยะยาว (6.1.1.2) ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

6.1.1.1 แผนระยะสั้น

แนวทางที่เหมาะสมสำหรับการทำงานของคณะกรรมการธิการการแรงงาน สภาผู้แทนราษฎร ในกรณีของแผนระยะสั้นประกอบด้วยแผนต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

- (1) มาตรการช่วยเหลือคนไทยที่ไปทำงานยังต่างประเทศให้ได้ทำงานตามข้อสัญญา
- (2) การสานต่อร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาแรงงานนอกระบบแห่งชาติ พ.ศ.
- (3) ประมวลกฎหมายแบบการรวบรวมบทกฎหมายที่เป็นปัจจุบันเข้าด้วยกัน
- (4) การแก้ไขกฎหมายเงินทดแทนให้สอดคล้องกับกฎหมายประกันสังคม

- (5) การเขียนรายงานความก้าวหน้าและทบทวนแผนยุทธศาสตร์
- (6) การใช้แนวคิดสัญญาจ้างแรงงานพิเศษเพื่อแก้ไขปัญหาแรงงานบางอย่างเป็นการเฉพาะหน้า
- (7) การพัฒนาบทกฎหมายให้สอดคล้องกับการทำงานในยุคดิจิทัลที่มีการทำงานทางไกลโดยผ่านมัลติมีเดีย (telework)

6.1.1.2 แผนระยะยาว

แนวทางที่เหมาะสมสำหรับการทำงานของคณะกรรมการการแรงงาน สภาผู้แทนราษฎร ในกรณีของแผนระยะยาวประกอบด้วยแผนต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

- (8) การเดินทางเข้าออกราชอาณาจักร
- (9) การสร้างแรงงานฝีมือให้สอดคล้องกับความต้องการของตลาดแรงงาน
- (10) ระบบคิดในการจำแนกแรงงานนอกระบบ
- (11) ประมวลกฎหมายแบบบูรณาการ
- (12) การศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองบุคลากรภาครัฐ
- (13) การตรวจแรงงานที่มีประสิทธิภาพ
- (14) แนวทางในการพัฒนาระบบการระงับข้อพิพาทแรงงาน
- (15) การทำความเข้าใจระบบความมั่นคงทางสังคม
- (16) การพัฒนาบทกฎหมายและแนวปฏิบัติให้สอดคล้องกับอนุสัญญาฉบับที่ 87 และ ฉบับที่ 98
- (17) การจัดตั้งกลุ่มอาชีพหรือกลุ่มวิชาชีพในระดับสภาเพื่อให้มีส่วนร่วมในการกำหนดกฎเกณฑ์การทำงานที่สอดคล้องกับลักษณะเฉพาะของแต่ละอาชีพ

ทั้งนี้ ตัวเลขลำดับที่ 1 -17 จะปรากฏในช่องต่าง ๆ ในตารางสรุปแนวทางในการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรผ่านคณะกรรมการการแรงงานในเรื่องที่เกี่ยวกับกฎหมายแรงงาน 13 ฉบับและกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องให้สอดคล้องกับยุทธศาสตร์ชาติดังปรากฏด้านล่างนี้ เพื่อใช้แทนกิจกรรมที่เมื่อได้มีการดำเนินแล้วย่อมเกี่ยวข้องกับพระราชบัญญัติหรือกฎหมายแรงงาน เรื่องหนึ่งเรื่องใดที่มีชื่อเฉพาะหรือกฎหมายอื่นอันเป็นบริบทเกี่ยวข้องตามที่ปรากฏคอลัมน์ด้านบน อันจะเกี่ยวกับยุทธศาสตร์ชาติที่เกี่ยวกับการแรงงานซึ่งปรากฏในคอลัมน์ด้านซ้าย

6.1.2. แนวทางที่เหมาะสมสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ในการตรากฎหมาย การควบคุม ตรวจสอบ และการให้ความเห็นชอบของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรให้สัมฤทธิ์ผลตาม ยุทธศาสตร์ชาติด้านการแรงงาน

บทบาทในการตรากฎหมายของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรนั้นมีทั้งส่วนที่เป็นการปรับปรุงกฎหมายเดิมที่มีอยู่ให้ได้รับการพัฒนาให้สอดคล้องกับยุทธศาสตร์ชาติ ซึ่งส่วนนี้จะเกี่ยวข้องกับกฎหมายทุกฉบับยกเว้นแต่พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2562 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ค่อนข้างมีความสมบูรณ์อยู่แล้วสำหรับการคุ้มครองสิทธิแรงงานต่างด้าว แต่ปัญหาแรงงานต่างด้าวที่เกิดขึ้นมักเกี่ยวกับเรื่องของการเข้าเมืองเสียมากกว่า ทั้งนี้ การแก้ไขกฎหมายฉบับต่าง ๆ ทั้ง 13 ฉบับจะทำให้สะท้อนแนวคิดในการเพิ่มศักยภาพของกฎหมายแรงงานไทยที่สอดคล้องกับยุทธศาสตร์ชาติดังนี้

(1) การเพิ่มเติมหลักความเท่าเทียมและการไม่เลือกปฏิบัติให้ครอบคลุมบริบทต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็น ศาสนา เชื้อชาติ ความเชื่อ แนวคิดทางการเมือง ฯลฯ ซึ่งมากกว่าที่กำหนดไว้ในปัจจุบัน แต่เพียงความเท่าเทียมระหว่างชายและหญิงเท่านั้น

(2) การเพิ่มแนวทางในการพัฒนาฝีมือแรงงาน

(3) การปรับปรุงให้เงื่อนไขการจ้างงานให้มีความยืดหยุ่นเหมาะสมกับพลวัตรสังคม

(4) การเพิ่มแนวทางในการจ้างงาน ให้เงื่อนไขการจ้างงานมีความเหมาะสมกับความ ต้องการของตลาดแรงงานที่ไม่เป็นการละเมิดสิทธิแรงงานพื้นฐาน

(5) การพัฒนาระบบการตรวจแรงงานและตรวจความปลอดภัยในการทำงานอันจะทำให้ การคุ้มครองแรงงานในด้านต่าง ๆ มีประสิทธิภาพแท้จริง

(6) การพัฒนาระบบกลุ่มอาชีพเพื่อความยั่งยืนในการจ้างงาน

(7) การพัฒนาระบบการระงับข้อพิพาทให้ง่ายสำหรับประชาชนในการเข้าถึง และมี ประสิทธิภาพเหมาะสมสำหรับข้อพิพาทแรงงานแท้จริง

(8) การพัฒนาเพื่อประสิทธิภาพและการนำบทกฎหมายไปใช้บังคับได้อย่างแท้จริง สำหรับ พระราชบัญญัติที่มีเนื้อหาคุ้มครองแรงงานบางประเภทเป็นการเฉพาะ

(9) การศึกษาและทำความเข้าใจเพื่อการพัฒนาอย่างเป็นระบบของระบบความมั่นคงทาง สังคมซึ่งเกี่ยวกับระบบเงินทดแทนและระบบประกันสังคม

นอกจากนี้แล้ว บทบาทในการตรากฎหมายที่เห็นได้ว่าเป็นการตราบทกฎหมายขึ้นมาใหม่มีด้วยกัน 2 เรื่อง คือการศึกษาและพัฒนาให้ร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาแรงงานนอกระบบแห่งชาติ พ.ศ. สามารถใช้บังคับได้จริง และการต่อยอดงานศึกษาการจัดทำประมวลกฎหมายแรงงาน จากงานที่คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย ในพ.ศ. 2553 ได้วางแนวทางไว้แล้วก่อนหน้านี้²⁸

ในส่วนของการควบคุมตรวจสอบ อันได้แก่การตั้งกระทู้ถาม หรือการเปิดอภิปรายก็สามารถใช้ชุดข้อมูลเดียวกันกับการตรากฎหมายเพื่อเป็นฐานในการปฏิบัติหน้าที่และแสดงบทบาทได้

สำหรับการให้ความเห็นชอบนั้น นอกจากข้อมูลชุดเดียวกับที่กำหนดไว้เพื่อใช้เป็นข้อพิจารณาในการตรากฎหมายจะช่วยให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสามารถตัดสินใจในการพิจารณาสนธิสัญญาหรือเอกสารระหว่างประเทศในเรื่องต่าง ๆ แล้ว ก็อาจใช้ข้อมูลที่กำลังกล่าวไว้ในเรื่องแนวทางในการพัฒนากฎหมายแรงงานสัมพันธ์และกฎหมายแรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ที่จะช่วยในการพิจารณาความเหมาะสมและประเด็นปัญหาที่เป็นข้อท้าทายของประเทศไทยในการให้สัตยาบันในอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 87 และ ฉบับที่ 98 ได้เป็นหลัก

6.2 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการแก้ไขกฎหมายแรงงานให้สอดคล้องกับยุทธศาสตร์ชาติ

ในการจัดงานวิจัยครั้งนี้ คณะผู้วิจัยได้บทสรุปเพื่อการพัฒนาปรับปรุงบทกฎหมายแรงงานและกลไกต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องเพื่อให้กฎหมายด้านการแรงงานภายใต้กฎหมาย 13 ฉบับมีเนื้อหาสอดคล้องกับยุทธศาสตร์ชาติ ทั้งนี้ สามารถกำหนดแยกข้อเสนอแนะดังกล่าวออกเป็น 3 ส่วนย่อยด้วยกัน กล่าวคือ ส่วนแรก ข้อเสนอแนะเพื่อการแก้ไขกฎหมายและกลไกที่เกี่ยวข้องในเชิงบูรณาการ (6.2.1) ส่วนที่สองเป็นการแก้ไขกฎหมายและกลไกที่เกี่ยวข้องในเชิงรูปแบบ (6.2.2) และส่วนที่สามเป็นการแก้ไขกฎหมายและกลไกที่เกี่ยวข้องในเชิงเนื้อหา (6.2.3) ทั้งนี้ การนำข้อเสนอแนะดังกล่าวไปใช้ให้เกิดสัมฤทธิ์ผลแท้จริงจะต้องอยู่ภายใต้กรอบการปฏิบัติหน้าที่ซึ่งรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดกลไกเพื่อประสิทธิภาพในการตรากฎหมายไว้ในมาตรา 77 (6.2.4)

6.2.1 การแก้ไขเชิงบูรณาการ

หน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการแรงงานทั้งหมดจำเป็นต้องร่วมกันพิจารณาภาพรวมของบทกฎหมายที่ใช้บังคับว่ามีความสอดคล้องกับหลักการแรงงานสากลและมีความเหมาะสมกับบริบทของสังคมไทยอันจะทำให้กฎหมายนั้นสามารถนำไปใช้ปฏิบัติให้เกิดผลได้จริง ทั้งนี้ การปฏิบัติตามหลักการสากลย่อมเข้าใจได้ว่ารัฐอาจมีการตั้งข้อสงวนที่จะไม่ปฏิบัติตามหลักการบางข้อที่กำหนด

²⁸ คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย, ประมวลกฎหมายแรงงานและพ.ร.บ.การบริหารแรงงาน พ.ศ. ... (ร่าง), (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เดือนตุลา), หน้า 173-121.

ไว้ในอนุสัญญา หรืออาจกำหนดรูปแบบและวิธีการในการบริหารจัดการกฎเกณฑ์และแนวปฏิบัติภายในรัฐให้สอดคล้องกับหลักการสากลภายใต้บริบทเฉพาะของรัฐได้

6.2.2 การแก้ไขเชิงรูปแบบ

บทกฎหมายที่กระจัดกระจายเป็นเหตุที่ทำให้ประชาชนไม่อาจเข้าถึงเนื้อหาของกฎหมายได้อย่างถ่องแท้ การนำเนื้อหาของกฎหมายแรงงานทั้ง 13 ฉบับมาจัดหมวดหมู่และประมวลรวมเข้าเป็นประมวลกฎหมายแรงงาน และประมวลกฎหมายความมั่นคงทางสังคม โดยมีเนื้อหาความเท่าเทียมกัน และมีความชัดเจนในการไม่ใช้บังคับบทกฎหมายส่วนใดกับตัวบุคคลบางลักษณะหรือกิจการบางประเภท ก็จะช่วยทำให้ประชาชนทั่วไปสามารถทำความเข้าใจกับบทกฎหมายได้ง่ายขึ้น อีกทั้งการประมวลเนื้อหากฎหมายเข้าไว้รวมกันย่อมทำให้เห็นภาพโครงสร้างของกฎหมายโดยรวม อันจะสะท้อนให้เห็นช่องโหว่ที่แท้จริงของกฎหมาย

6.2.3 การแก้ไขเชิงเนื้อหา

ในการแก้ไขเนื้อหาของกฎหมายเกี่ยวกับการแรงงาน จำเป็นต้องแยกพิจารณากฎหมายเกี่ยวกับการแรงงานเป็นรายฉบับดังต่อไปนี้

(1) พระราชบัญญัติจัดหางานและคุ้มครองคนหางาน พ.ศ. 2528 ควรเพิ่มการให้ความสำคัญคุ้มครองคนหางานโดยเฉพาะการรับรองหลักความเท่าเทียมและการไม่เลือกปฏิบัติ อีกทั้งควรมีการเพิ่มมาตรการที่เป็นการพัฒนาศักยภาพแรงงานให้สอดคล้องกับการจ้างงานในศตวรรษที่ 21 และการเรียนรู้ตลอดชีวิต นอกจากนี้ การเพิ่มบทลงโทษกับผู้หางานที่มีส่วนร่วมในการกระทำความผิด โดยเฉพาะผู้หางานทำในต่างประเทศที่ยอมเดินทางไปหางานนอกประเทศแม้รู้ว่ากระบวนการที่ตนทำอยู่นั้นไม่ได้เป็นไปตามขั้นตอนหรือกระบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมายทั้งหมด ก็ถือเป็นอีกแนวทางในการช่วยลดปัญหาการจัดหางานที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

(2) พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ควรแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 15 ให้การไม่เลือกปฏิบัติในคุ้มครองทุกปัจจัยที่อาจทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติได้ มิใช่เฉพาะความแตกต่างทางเพศชายและเพศหญิงอย่างที่เป็นอยู่ในทุกวันนี้ และกำหนดประเภทการปฏิบัติและการทำงานให้มีความหลากหลายมากขึ้นเพื่อสามารถใช้เป็นเกณฑ์ในการกำหนดเงื่อนไขการจ้างที่มีลักษณะเฉพาะเหมาะสมกับลักษณะงานของแต่ละกลุ่มอาชีพได้ อีกทั้งการฝึกงานและการพัฒนาฝีมือแรงงานที่ดูเหมือนเป็นเรื่องสำคัญและจำป็นยิ่งตามแนวทางของยุทธศาสตร์ชาติ ดังนั้น การกำหนดให้ลูกจ้างสามารถลาเพื่อเพิ่มพูนความรู้ได้ตามสมควรภายใต้การอนุมัติ และเงื่อนไขในการปฏิบัติหน้าที่ เมื่อการลานั้นกระทบต่อการประกอบกิจการของสถานประกอบการหรือพบว่าลูกจ้างคนดังกล่าวได้สิทธิ

ในการลาเป็นการสมควรแล้วอาจต้องได้รับการทบทวนปรับปรุงให้นายจ้างตระหนักและรู้ถึงความสำคัญของการพัฒนาฝีมือแรงงานที่สำคัญและจำเป็นสำหรับตลาดแรงงานไทยให้มากขึ้น โดยอาจกำหนดเป็นหน้าที่ที่ต้องมีการเพิ่มพูนทักษะฝีมือ (Upskill) หรือฟื้นฟูองค์ความรู้ในการทำงานให้ลึกซึ้ง (Reskill) ยิ่งขึ้นสอดคล้องกับการจ้างงานวิถีใหม่และแนวโน้มการจ้างงานในตลาดแรงงานให้มากขึ้น โดยอาจเป็นข้อกำหนดเชิงบังคับที่ต้องมีกิจกรรมเพื่อตอบสนองดังกล่าวยังในระยะเวลา 3 เดือนต่อ 1 ครั้งหรือตามความเหมาะสม เป็นต้น หากข้อเสนอดังกล่าวนี้เกิดขึ้นจริงรัฐก็จำเป็นต้องคำนึงถึงกลไกส่งเสริมหรือช่วยให้ผู้ประกอบการสามารถจัดทำกิจกรรมเช่นว่านี้ให้บรรลุผลสำเร็จได้อีกทางหนึ่งด้วย เช่น การลดภาระภาษีอากร หรือภาษีศุลกากรขาเข้าในกรณีที่มีความจำเป็นในการนำเครื่องจักร หรืออุปกรณ์ใด ๆ เข้ามาเพื่อจัดทำกิจกรรม

นอกจากนี้ สภาพการณ์ปัจจุบันที่การดำเนินชีวิตของประชากรเปลี่ยนไปอย่างมาก อันเนื่องจากบริบทแวดล้อมต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นนวัตกรรมใหม่ สภาพแวดล้อมและมลภาวะทางอากาศ ตลอดจนการระบาดของโรคโควิด-19 ทำให้การทำงานทางไกลผ่านมัลติมีเดีย (telework) เป็นเรื่องสำคัญและจำเป็น ดังนั้นแล้ว การตรากฎหมายที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับประเด็นเรื่องนี้จะถือว่าสำคัญและจำเป็น เพราะนอกจากจะเป็นเรื่องที่สอดคล้องกับเหตุการณ์ปัจจุบันแล้วยังเป็นเรื่องที่ยากจะปฏิเสธสำหรับวิถีชีวิตใหม่และการทำงานในรูปแบบใหม่ที่จะเกิดขึ้นในศตวรรษที่ 21 นี้และต่อ ๆ ไปด้วย

สังคมผู้สูงอายุและผู้สูงอายุสำรองคือเงื่อนไขอีกข้อหนึ่งที่แนวทางในการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองแรงงาน แม้ว่าตามหลักการจะมองว่าแรงงานกลุ่มนี้ไม่ใช่กลุ่มพิเศษแยกเช่น แรงงานสตรี และแรงงานเด็ก ตามแนวทางของหลักกฎหมายแรงงานพื้นฐานก็ตาม แต่เมื่อบริบทสังคมที่สะท้อนให้เห็นถึงความต้องการในกำลังแรงงานของบุคลากรกลุ่มนี้มากขึ้นก็จำเป็นต้องมีการกำหนดมาตรการที่เหมาะสมสำหรับแรงงานกลุ่มนี้ ที่ในปัจจุบันมีแต่เพียงเรื่องการกำหนดให้มีค่าจ้างขั้นต่ำแนะนำโดยจ่ายเป็นรายชั่วโมงสำหรับแรงงานผู้สูงอายุไว้เท่านั้น จึงอาจคิดเลยได้ว่า ประเภทงาน ลักษณะงาน รวมถึงชั่วโมงการทำงานเองก็อาจต้องทบทวนถึงความเหมาะสมในการใช้บริบทที่กล่าวมาเพื่อกำหนดเงื่อนไขการทำงานให้กับแรงงานผู้สูงอายุสามารถทำงานได้ภายใต้กรอบและขอบเขตที่เหมาะสม เช่น อาจกำหนดไว้ไม่เกิน 5 ชั่วโมงต่อวัน หรือมีระยะเวลาพักที่ถี่กว่าลูกจ้างทั่วไป ตลอดจนเงื่อนไขและกติกาต่าง ๆ เกี่ยวกับสภาพการจ้างและการทำงานที่เป็นประโยชน์ต่อพลานามัยของลูกจ้างกลุ่มนี้

ประการสุดท้าย ปัญหาต่าง ๆ ของกฎหมายแรงงานที่เกิดขึ้นมักเป็นผลจากการตรวจแรงงานที่ขาดประสิทธิภาพเพียงพอ ดังนั้นแล้ว การแก้ไขบทกฎหมายส่วนนี้ โดยเฉพาะการเพิ่มกำลังการตรวจแรงงานอย่างมีประสิทธิภาพ เช่น การให้เอกชนสามารถขึ้นทะเบียนเป็นตัวแทนตรวจ

แรงงานได้ภายใต้กรอบและขอบเขตที่ไม่กระทบสิทธิพื้นฐานของประชาชนและผู้ประกอบกิจการ ย่อมเป็นเรื่องน่าสนใจและเหมาะสมต่อการหยิบยกขึ้นพิจารณาเพื่อปรับปรุงแก้ไขบทกฎหมาย แรงงาน เพราะแนวคิดส่วนนี้แม้ไม่สะท้อนความสอดคล้องกับแผนยุทธศาสตร์ชาติโดยตรง แต่ ถือได้ว่าเป็นกลไกสำคัญที่จะทำให้ผู้เกี่ยวข้องปฏิบัติตามกฎหมายมากขึ้น อันเป็นกลไกช่วยลดปัญหา ด้านการแรงงาน ซึ่งท้ายที่สุดก็จะทำให้การแรงงานไทยเป็นไปตามแผนยุทธศาสตร์ชาตินั่นเอง

(3) พระราชบัญญัติส่งเสริมการพัฒนาฝีมือแรงงาน พ.ศ. 2545 ในส่วนของกฎหมายฉบับนี้ ควรเพิ่มเติมกฎหมายลำดับรองให้มีการนำแนวคิดการพัฒนาทักษะและศักยภาพของประชากรให้ สอดคล้องกับแนวคิดการจ้างงานในศตวรรษที่ 21 และการเรียนรู้ตลอดชีวิตให้ปรากฏและมีทางให้ เกิดผลจริง ตลอดจนควรนำหลักการการจ้างนักเรียนนักศึกษาเพื่อฝึกงานก่อนเข้าทำงาน มาขยายผล โดยอาจใช้วิธีการในทำนองเดียวกันกับการจ้างนักเรียนนักศึกษาเพื่อเพิ่มพูนประสบการณ์การเรียนรู้ และการจ้างแรงงานเฉพาะกลุ่มประเภทที่เป็นไปในทางจรรยาบรรณและช่วยบรรเทาข้อท้าทายทาง สังคมอันเกิดขึ้นจากความเปลี่ยนแปลงทางโครงสร้างประชากรศาสตร์ กล่าวคือ อัตราการเกิด และอัตราการตายของประชากรลดลงอย่างมีนัยสำคัญ นอกจากนี้แล้ว การสอดแทรกหน้าที่ให้กับ นายจ้างที่ต้องตระหนักถึงความสำคัญและจำเป็นในการพัฒนาและเพิ่มทักษะฝีมือแรงงานลูกจ้าง ดังได้กล่าวมาแล้วในวิถีสู่การพัฒนาพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ก็ถือได้ว่าเป็นอีกประเด็นที่เมื่อพิจารณาประกอบกับหัวข้อนี้แล้วยิ่งทำให้เห็นถึงความสำคัญและจำเป็นมากขึ้น

อนึ่ง แนวทางในการพัฒนาฝีมือแรงงานควรเป็นไปในทิศทางใด นอกจากกระทรวงแรงงาน ในฐานะหน่วยงานซึ่งมีหน้าที่โดยตรงจะเป็นผู้กำหนดแล้ว ทวิภาคีทั้งสองฝ่าย ได้แก่ ฝ่ายนายจ้าง และฝ่ายลูกจ้าง ก็ควรมีส่วนร่วมในการพิจารณากำหนดกติกาข้อนี้เช่นกัน เพราะทวิภาคีทั้งสองฝ่าย นี้คือตัวแปรสำคัญที่ทราบแนวโน้มของตลาดแรงงานได้เป็นอย่างดี โดยการมีส่วนร่วมของทวิภาคี ในการกำหนดทิศทางการพัฒนาฝีมือแรงงานไทยอาจเกิดขึ้นในลักษณะขององค์ประกอบในคณะกรรมการระดับชาติที่ทำหน้าที่ในการกำหนดนโยบายหรือแผนการทำงานที่เป็นอยู่อย่างในปัจจุบัน ก็ได้ แต่ข้อคำถามอาจเกิดขึ้นในทำนองที่ว่าควรทำอย่างไรที่จะให้ความเห็นของตัวแทนทวิภาคี ดังกล่าวนี้อยู่เหนือกว้างขวางของความต้องการพัฒนาฝีมือแรงงานไทย

(4) พระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554 กฎหมายฉบับนี้ควรเพิ่มกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความปลอดภัยฯ บางเรื่องที่ยังไม่ปรากฏ นอกจากนี้ การสอดแทรกหลักการเกี่ยวกับความปลอดภัยในการทำงานอย่างบูรณาการให้สอดคล้อง กับพหุปัญญาเพื่อการพัฒนาศักยภาพทรัพยากรมนุษย์ก็เป็นอีกประเด็นหนึ่งสมควรกำหนดเป็น ข้อพิจารณาด้วย

(5) พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 กฎหมายฉบับนี้ต้องแก้ไขเรื่องการรับรองเสรีภาพในการสมาคมที่ปัจจุบันเป็นเพียงแต่สิทธิเท่านั้น อีกทั้งการให้สิทธิในการจัดตั้งและบริหารจัดการสหภาพแรงงานแก่ลูกจ้างต่างด้าวยังไม่ปรากฏในกฎหมายฉบับนี้ นอกจากนี้แล้ว เพื่อให้เกิดการพัฒนากฎเกณฑ์เกี่ยวกับการจ้างงานที่สอดคล้องกับลักษณะเฉพาะของผู้ใช้แรงงานในแต่ละสาขาอาชีพ การแสวงหากฎและมาตรการที่เป็นการส่งเสริมให้เกิดการรวมกลุ่มทางวิชาชีพและสาขาอาชีพระดับชาติที่สอดคล้องกับบริบทของประเทศไทย จึงเป็นกลไกที่จำเป็นเพื่อการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการแรงงานสัมพันธ์ให้สอดคล้องกับยุทธศาสตร์ชาติอย่างแท้จริง

(6) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 ในส่วนของกฎหมายฉบับนี้ ควรส่งเสริมให้มีการพัฒนาระบบตุลาการที่มีความเฉพาะด้านการแรงงานที่ใช้ระบบไต่สวน ในการพิจารณาความ ตลอดจนการแรงงานเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับเศรษฐกิจและสังคม ดังนี้ ผลของการวินิจฉัยควรยอมรับได้ทั้งในมุมมองของนายจ้างและลูกจ้างประกอบกัน ผู้ที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีแรงงานจึงต้องมีประสบการณ์และชั้นเชิงในการประกอบอาชีพที่เพียงพอ อีกทั้งความล้าสมัยในบทกฎหมายโดยเฉพาะการใกล้เคียงที่เพิ่งมีการตรากฎหมายขึ้นมาใช้เป็นพระราชบัญญัติเฉพาะเรื่องว่าด้วยการใกล้เคียง ซึ่งมีความซ้ำซ้อนในทางปฏิบัติกับการใกล้เคียงในคดีแรงงาน ดังนี้ การทบทวน บทกฎหมายให้มีความเป็นเอกเทศ และง่ายต่อการเข้าถึงย่อมเป็นประโยชน์ในทางปฏิบัติ อีกทั้งสอดคล้องกับแผนการปฏิรูปประเทศด้านกฎหมายด้วยประกอบกัน

(7) พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 กฎหมายฉบับนี้ควรมีการทบทวนองค์ความรู้ภาพรวมเพื่อทำความเข้าใจในความสัมพันธ์ของระบบประกันสังคม ระบบเงินทดแทน และระบบการให้ความช่วยเหลือหรืออุดหนุนโดยวิธีอื่นที่รัฐจัดสรรให้ อันทำให้ทราบถึงโครงสร้างโดยรวมของระบบความมั่นคงทางสังคมที่ปรากฏในบทกฎหมายไทย อย่างไรก็ดี อาจมีการดำเนินการแก้ไขปัญหาที่ชัดเจนอยู่แล้วเป็นเบื้องต้นก่อน โดยการเปรียบเทียบเพื่อลดประเด็นความแตกต่างของการบังคับใช้กฎหมายประกันสังคมและกฎหมายเงินทดแทนด้วยเหตุที่กฎหมายทั้งสองฉบับมีรากฐานแนวคิดร่วมกัน ดังนั้น การปรากฏรายละเอียดที่แตกต่างเกี่ยวกับบุคคลและกิจการที่ไม่อยู่ภายใต้การบังคับใช้ของกฎหมายทั้งสองฉบับจึงเป็นข้อพิจารณาที่ควรได้รับการทบทวนให้กฎหมายทั้งสองฉบับมีความแตกต่างในบริบทการบังคับใช้ให้น้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ นอกจากนี้แล้ว กฎหมายลำดับรองที่ประกาศใช้เพื่อกำหนดและเปลี่ยนแปลงสิทธิประโยชน์ทดแทนต่าง ๆ มีอยู่ด้วยกันหลายฉบับ โดยเฉพาะอย่างยิ่งช่วงที่ผ่านมาที่มีการแพร่ระบาดของเชื้อโควิด-19 ส่งผลให้รัฐจำเป็นต้องเร่งออกมาตรการต่าง ๆ ทั้งที่เป็นการช่วยเหลือและอุดหนุนให้กับทั้งฝ่ายนายจ้างผู้ประกอบการ ผู้ประกันตน และบุคคลที่เคยเป็นผู้ประกันตนอันทำให้เกิดเป็นข้อมูลจำนวนมากที่ถูกประกาศใช้ตามแต่

ช่วงเวลาและบริบทของเรื่อง ซึ่งการทำความเข้าใจในหลักการและเนื้อหาของชุดข้อมูลใหม่นี้จำเป็นต้องมีทั้งพื้นฐานความรู้เกี่ยวกับการประกันสังคมเป็นทุนเดิมก่อนกับการเข้าใจเนื้อหาของข้อมูลในลักษณะร้อยเรียงอย่างเป็นระบบ มีการจัดกระบวนการคิด ซึ่งแนวทางในการจัดทำประมวลกฎหมายตามแผนการทำงานของกรกฎประเทศก็น่าจะถูกหยิบขึ้นมาพิจารณาถึงประเด็นปัญหานี้ด้วย

(8) พระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 เนื้อหาของกฎหมายฉบับนี้ควรสอดคล้องและเป็นไปในทิศทางเดียวกันกับกฎหมายประกันสังคม โดยเฉพาะในประเด็นที่เกี่ยวกับบุคคลและประเภทกิจการที่ไม่อยู่ภายใต้การบังคับใช้ของกฎหมาย นอกจากนี้แล้ว การพิจารณายกเลิกเหตุยกเว้นการได้รับสิทธิประโยชน์ทดแทนที่ยังปรากฏอยู่ 2 กรณีตามความในมาตรา 22 คือกรณีที่ความเสียหายนั้นเกิดจากการจงใจให้เกิดขึ้นโดยตัวลูกจ้างหรือบุคคลอื่นที่ลูกจ้างยินยอมให้เป็นผู้กระทำ หรือกรณีที่ลูกจ้างเสเพลสิ่งเสพลิตจนไม่สามารถครองสติได้ ก็ย่อมทำให้เนื้อหาของกฎหมายเงินทดแทนเป็นไปในทิศทางเดียวกันกับกฎหมายประกันสังคมมากขึ้น อย่างไรก็ตาม การแก้กฎหมายข้อนี้อาจต้องคำนึงถึงสัดส่วนของการใช้หลักสุจริตและหลักการทดแทนเยียวยาอย่างความรับผิดชอบเด็ดขาดและความรับผิดชอบปราศจากความผิด นอกจากนี้แล้ว กรณีที่ลูกจ้างผู้พึงมีสิทธิได้รับประโยชน์ทดแทนการตาย กฎหมายได้กำหนดลำดับผู้มีสิทธิได้รับประโยชน์ไว้ซึ่งรวมถึงคู่สมรสของลูกจ้างด้วย ทว่าคำว่า “คู่สมรส” ในที่นี้ พระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 ใช้คำว่า “สามีหรือภรรยา” ซึ่งตามความในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1457 ย่อมหมายถึงสามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายด้วย การจดทะเบียนสมรส กอปรกับทางปฏิบัติที่ปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ที่จะตรวจสอบความถูกต้องแห่งการสมรสโดยขอดูทะเบียนสมรส ซึ่งข้อกฎหมายและแนวปฏิบัติส่วนนี้เป็นเรื่องที่น่าพิจารณาถึงความสอดคล้องกับวิถีการดำเนินชีวิตในปัจจุบันที่เปลี่ยนไปจากเดิมมาก กล่าวคือ แม้ชายหญิงหลายคู่ได้เข้าพิธีมงคลสมรสกันตามประเพณีแต่ก็ได้จดทะเบียนสมรสประการหนึ่งและแนวคิดในการรับรองสิทธิความเท่าเทียมของกลุ่มเพศทางเลือกอีกประการหนึ่ง กอปรกับแนวคิดของบทบัญญัติมาตรานี้ มุ่งประสงค์จะเยียวยาความเดือดร้อนของบุคคลที่โดยสถานะความสัมพันธ์ย่อมถูกสันนิษฐานว่าเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนจากภรรยาของลูกจ้าง จึงเท่ากับว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายเองก็ไม่ได้ถือสาระตามแบบพิธีอย่างกฎหมายเกี่ยวกับการสมรส หากแต่ต้องการทดแทนให้กับผู้ที่ขาดไร้ซึ่งบุคคลที่เคยอุปการะอยู่กินกันมานานมากกว่า นอกจากนี้แล้ว บทตัดสิทธิของผู้มีสิทธิได้รับประโยชน์ทดแทน ก็ยังใช้พฤติการณ์การอยู่กินกันฉันสามีภริยาตามความเป็นจริงเป็นตัวตัดสินเสีย ดังนั้นแล้วการพัฒนาเนื้อหากฎหมายเงินทดแทนก็ควรสอดคล้องกับข้อเท็จจริงนี้ทั้งในเชิงทฤษฎีและทางปฏิบัติ

(9) พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้าน พ.ศ. 2553 กฎหมายฉบับนี้ควรแสวงหากลไกหรือวิธีการที่เหมาะสมเพื่อการตรวจสอบการปฏิบัติตามกฎหมายของผู้ว่าจ้าง อีกทั้งควรเพิ่มมาตรการที่สะท้อนให้เห็นถึงการพัฒนาศักยภาพและทักษะฝีมือแรงงานให้กับผู้ใช้แรงงานกลุ่มนี้ และการตรวจแรงงานไม่ว่าจะเป็นเอกสารหรือเงื่อนไขการจ้างงานของแรงงานกลุ่มนี้ควรเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพแท้จริงเช่นกัน

(10) พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 กฎหมายฉบับนี้ควรมีมาตรการในการตรวจสอบการปฏิบัติตามกฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ ที่ปัจจุบันยังมีข้อคำถามเกิดขึ้นในหลายประเด็น ด้วยปรากฏเนื้อหาแห่งกฎหมายในพระราชบัญญัติแต่วิธีการในการปฏิบัติที่ยังคงต้องรอการประกาศในรูปของกฎหมายลำดับรอง

(11) พระราชกำหนดการบริการจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 กฎหมายฉบับนี้ควรมีการบูรณาการถึงการแก้ไขปัญหาที่ต้องทำทั้งระบบไม่ใช่การเจาะจงกฎหมายเพียงฉบับเดียว

(12) พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานในงานประมง พ.ศ. 2562 กฎหมายฉบับนี้ควรพิจารณาให้กฎเกณฑ์การใช้แรงงานประมงสอดคล้องทั้งกับการทำประมงที่เป็นอุตสาหกรรมและการทำประมงพื้นบ้าน ตลอดจนความเป็นไปได้ในการให้เด็กซึ่งเป็นสมาชิกครอบครัวชาวประมงได้เรียนรู้วิธีการทำประมง

(13) พระราชบัญญัติแรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ พ.ศ. 2543 กฎหมายฉบับนี้ควรแก้ไขเพื่อให้เสรีภาพในการรวมกลุ่มกับบุคลากรรัฐวิสาหกิจโดยไม่จำกัดอย่างที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน และควรรับรองให้บุคลากรรัฐวิสาหกิจใดมีสิทธิในการนัดหยุดงานอันถือเป็นเครื่องมือสำคัญในการเจรจาต่อรองทางแรงงาน

อย่างไรก็ตาม ข้อเสนอดังกล่าวข้างต้นนี้จะต้องมีการนำไปใช้ให้เหมาะสมกับบทบาทของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้สอดคล้องกับแผนยุทธศาสตร์ชาติที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการแรงงาน ดังนั้นแล้ว สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอาจนำข้อปัญหาของกฎหมายแรงงานฉบับต่าง ๆ ที่ได้แสดงไว้ในรายงานฉบับนี้เป็นข้อมูลเพื่อการตั้งกระทู้ถามการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐบาล ตลอดจนใช้ส่วนที่เสนอแนะเพื่อการพัฒนาเป็นข้อคิดในการเสนอร่างกฎหมายต่าง ๆ ทั้งที่เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายฉบับเดิมและการร่างกฎหมายฉบับใหม่ที่มีเนื้อหาในลักษณะหรือทำนองเดียวกัน และการทั้งสองข้อนี้ก็将会ช่วยให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสามารถพิจารณาข้อเท็จจริงประกอบบริบทที่เกี่ยวข้องเพื่อการให้การรับรองการต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ได้ง่ายขึ้น กระนั้น ประเด็นปัญหา

ใหม่ ๆ เกี่ยวกับการแรงงานที่อาจจะเพิกถอนขึ้นและไม่ปรากฏว่ามีการเข้าถึงในแผนยุทธศาสตร์ชาติ ก็อาจต้องพิจารณากำหนดคุณค่าให้กับข้อเท็จจริงของปัญหาในแต่ละส่วน กล่าวคือส่วนใดมีความเร่งด่วนฉุกเฉินต้องรีบกระทำก็สมควรบริหารจัดการปัญหานั้นให้แล้วเสร็จ และส่วนใดเป็นข้อท้าทายที่ต้องการการศึกษาและการพัฒนาก็ควรบันทึกไว้เป็นประเด็นที่ต้องศึกษาเชิงลึกต่อไปซึ่งอาจกำหนดเป็นประเด็นปัญหาใหม่ ที่ควรบรรจุเข้าเป็นส่วนหนึ่งของยุทธศาสตร์ชาติโดยผ่านกระบวนการพิจารณาปรับปรุงแผนตามเงื่อนไขระยะเวลา 5 ปี

6.2.4 กรอบการปฏิบัติหน้าที่เพื่อประสิทธิภาพและสัมฤทธิ์ผลของกฎหมาย

การพัฒนาและแก้ไขบทกฎหมายแรงงานดังที่เสนอไว้ในหัวข้อก่อนหน้านี้ จะต้องกระทำภายใต้กระบวนการพิเศษที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กล่าวคือ กระบวนการเพื่อประสิทธิภาพและสัมฤทธิ์ผลของกฎหมายซึ่งได้ตราไว้ในมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน โดยกระบวนการตรากฎหมายจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ และไม่เป็นการเพิ่มภาระแก่ประชาชน ดังนี้แล้ว การแก้ไขและพัฒนากฎหมายอาจต้องมีการทำงานอย่างบูรณาการร่วมกันของหลายหน่วยงาน เพื่อให้บทกฎหมายที่ได้รับการแก้ไขปรับปรุงนั้นไม่มีความซ้ำซ้อน เยิ่นเย้อ อีกทั้งการทำงานร่วมกันของหน่วยงานต่าง ๆ ในลักษณะดังกล่าวย่อมเป็นการตรวจสอบการมีอยู่ของบทกฎหมายและแนวปฏิบัติที่ดี ซึ่งอาจพบว่าแท้จริงแล้วประเด็นข้อปัญหาที่ได้เสนอให้มีการแก้ไขปรับปรุงบทกฎหมายนั้น ปรากฏบทกฎหมายหรือแนวปฏิบัติอื่นที่ครอบคลุมอยู่แล้ว แต่การตีความหรือการปรับใช้ของเจ้าหน้าที่อาจไม่สอดคล้อง หรือไม่ครอบคลุม กับเจตนารมณ์ที่แท้จริงของบทกฎหมายนั้น ๆ หรืออาจมีความสับสนในการบังคับใช้ ด้วยเหตุที่ขาดเจ้าภาพกลาง (focal point) หรือปรากฏตัวชัดชัดในการตรวจสอบควบคุมกำกับดูแลที่เข้มงวดจนเกินไป ก็กลายเป็นเรื่องประสิทธิภาพในการบังคับใช้ที่สามารถแก้ไขได้โดยการสื่อสารภายในองค์กร หรือจัดให้มีการร่วมมือระหว่างองค์กรของรัฐ โดยไม่ต้องมีการแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายให้ฟุ่มเฟือย

นอกจากนี้แล้ว ในกรณีที่พบความจำเป็นในการตรากฎหมาย กล่าวคือ หลังจากตรวจสอบโดยละเอียดแล้วประจักษ์แจ้งว่า ข้อปัญหาเรื่องนั้นเกิดขึ้นจากข้อกฎหมายที่ยังไม่มี หรือไม่ทันสมัยจำเป็นต้องบัญญัติหรือตราขึ้น การดำเนินการเช่นว่านี้ก็จำเป็นต้องมีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง (stakeholder) อย่างรอบคอบเสียก่อน เพราะความคิดเห็นของภาคส่วนต่าง ๆ ย่อมสะท้อนปัญหาอุปสรรค และครบถ้วนสมบูรณ์ของตัวบทกฎหมายที่สามารถนำไปใช้บังคับกันจริงของบทกฎหมายได้เป็นอย่างดี ดังที่ปรากฏในขั้นตอนกระบวนการในการใช้บังคับพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานในงานประมง พ.ศ. 2562 ที่แม้จะผ่านการรับฟังความคิดเห็นมาแล้วก็ตาม แต่ท้ายที่สุดประเด็นเรื่องการห้ามการใช้แรงงานที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีในเรือประมง กลับไม่สอดคล้อง

กับวิถีชีวิตที่แท้จริงของผู้ประกอบอาชีพดังกล่าว อันสะท้อนให้เห็นช่องว่างของกระบวนการในการพิจารณากฎหมายได้เป็นตัวอย่างที่ดี ทำให้คิดว่ากระบวนการและขั้นตอนในการรับฟังความคิดเห็นที่เกิดขึ้นก่อนที่กฎหมายจะถูกประกาศใช้นั้นมากน้อยเพียงใด หรือเป็นไปอย่างเร่งรัด ไม่ครบถ้วนกระบวนการตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ อีกทั้งการนำผลการรับฟังความคิดเห็นเหล่านั้นมาวิเคราะห์ผลกระทบ ทางแก้ และความเป็นไปได้ในการบังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพมากน้อยเพียงใดก็เป็นอีกขั้นตอนหลังจากการรับฟังความคิดเห็นที่ขาดเสียมิได้ เพื่อให้บทกฎหมายที่ตราขึ้นนั้นสามารถบังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพแท้จริงและเกิดสัมฤทธิ์ผลในเชิงปฏิบัติ

6.3 ข้อเสนอแนะสำหรับการวิจัยครั้งต่อไป

นอกจากข้อเสนอแนะที่คณะผู้วิจัยค้นพบจากการสรุปยอดความคิดจากผลการวิจัยซึ่งได้กล่าวไว้เป็นข้อ ๆ ข้างต้นนี้แล้ว คณะผู้วิจัยพบว่า การแก้ไขพัฒนากฎเกณฑ์ด้านการแรงงานเพื่อให้การใช้แรงงานในประเทศไทยสอดคล้องกับแนวทางของยุทธศาสตร์ชาตินั้นจำเป็นต้องมีการศึกษาในอีกหลากหลายประเด็นอย่างลึกซึ้ง อันประกอบด้วยประเด็นต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

(1) การศึกษาเพื่อกำหนดให้มีหน่วยงานเฉพาะที่มีศักยภาพและสมรรถนะเพียงพอสำหรับเป็นตัวกลางประสานงานระหว่างหน่วยงานหรือองค์กรต่าง ๆ (focal point) ที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับบริหารจัดการเรื่องแรงงาน ด้วยเหตุที่งานศึกษานี้แสดงให้เห็นในหลายประเด็นว่า บทกฎหมายหรือแนวปฏิบัติที่ดีอาจมีอยู่แล้วในระบบกฎหมายไทย แต่ประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายนั้นมีปัญหาเพราะขาดการประสานงานที่ดี อย่างไรก็ตาม แม้กระทรวงแรงงานจะมีหน้าที่ดังกล่าวนี้อยู่แล้วในหลักการ แต่ด้วยภาระที่มากมาย ก็อาจจำเป็นต้องมีหน่วยงานเฉพาะที่แยกย่อยออกมาอีกส่วนหนึ่งเพื่อการบูรณาการการทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพแท้จริง ซึ่งข้อเสนอแนะในการศึกษาต่อ หากจะมีขึ้นในอนาคตสำหรับประเด็นข้อท้าทายส่วนนี้ควรรวมถึงการกำหนดแนวทางสำหรับกิจกรรมต่าง ๆ เพื่อความถูกต้องในการใช้แรงงาน และการคุ้มครองสิทธิแรงงานให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน อีกทั้งไม่เป็นการขัดต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพของทั้งฝ่ายนายจ้างผู้ประกอบการและลูกจ้างผู้ใช้งานด้วย ตัวอย่างเช่น การตรวจแรงงานนั้นมีเจ้าหน้าที่เกี่ยวข้องในหลายสังกัด ก็ควรมีวิธีการและแนวปฏิบัติที่เป็นไปในทิศทางเดียวกัน อีกทั้งต้องประสานงานกันอย่างเป็นระบบเพื่อผลลัพธ์ที่เป็นเอกภาพอย่างมีประสิทธิภาพ

(2) การพัฒนากฎเกณฑ์เกี่ยวกับการแรงงานสัมพันธ์ โดยเฉพาะวิธีการส่งเสริมให้เกิดการจัดทำข้อตกลงเกี่ยวกับการจ้างงานสำหรับกลุ่มอาชีพ หรือสหวิชาชีพในระดับชาติได้อย่างแท้จริง อันจะทำให้เกิดกฎเกณฑ์ลำดับรองเกี่ยวกับการใช้แรงงานที่มาจากข้อตกลงของทวิภาคีแรงงาน เพื่อใช้เป็นข้อตกลงที่ภาคีสังคมยอมรับและย่อนำมาใช้บังคับกับแรงงานในกลุ่มนั้น ๆ ได้อย่างมี

ประสิทธิภาพแท้จริง ด้วยเหตุที่กฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายที่สอดคล้องกับลักษณะเฉพาะของอาชีพ และความต้องการของกลุ่มลูกจ้างผู้ใช้แรงงานในอาชีพนั้น ๆ นั้นเอง นอกจากนี้แล้วการตั้งสภาแรงงานเพื่อกิจการในด้านการแรงงาน โดยเฉพาะหน้าที่ในการร่วมกำหนดกฎหมายและกติกาในการใช้แรงงานย่อมส่งผลดีกับโครงสร้างระบบแรงงานไทยได้อย่างไม่มากนัก้อย ทั้งในระยะสั้นและระยะยาว มากกว่าการให้อำนาจตัดสินใจทั้งในระดับมหภาคและจุลภาคผูกอยู่ที่รัฐเพียงฝ่ายเดียว

(3) การสานต่องานจัดทำประมวลกฎหมายแรงงาน โดยอาจต่อยอดจากข้อมูลที่มีอยู่แล้ว ย่อมเป็นประโยชน์ต่อระบบการจ้างงาน และการใช้แรงงาน เพราะการจัดทำประมวลกฎหมายไม่ว่าในรูปแบบที่น่ากฎหมายที่มีอยู่มาร้อยเรียงแล้วจึงทยอยแก้ไขตามความเหมาะสมแก่กาลสมัย หรือแบบที่แก้ไขโดยจัดทำให้เป็นหมวดหมู่ใหม่ทั้งหมดก็ตาม ย่อมทำให้ผู้ที่เกี่ยวข้องเข้าถึงได้ง่าย อีกทั้งยังสะท้อนจุดที่สอดคล้อง จุดที่แตกต่าง และจุดที่ยังคงเป็นประเด็นปัญหาที่ต้องศึกษาเพิ่มเติมเพื่อแก้ไขพัฒนาได้อย่างชัดเจนอีกด้วย

(4) การระงับข้อพิพาทแรงงาน มีทั้งกระบวนการนอกศาล และในศาล อีกทั้งมีขั้นตอนการไกล่เกลี่ยที่ซับซ้อน และเงื่อนไขในการระงับข้อพิพาทแรงงานของข้อพิพาทแต่ละเรื่องที่แตกต่างกันย่อมเป็นประเด็นที่ควรได้รับการศึกษาเพื่อหาทางออก ที่สะท้อนถึงความชัดเจนของกระบวนการยุติธรรมด้านการแรงงานไทยได้ดีขึ้น

(5) นวัตกรรมและบริบทสังคมที่เปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว ทำให้วิถีการจ้างงานในปัจจุบันเปลี่ยนไปจากอดีตมาก ดังนี้แล้ว การศึกษาถึงวิถีการจ้างงานในยุคศตวรรษที่ 21 อาจเป็นตัวแปรสำคัญที่ทำให้ระบบกฎหมายไทยหาทางออกและแนวทางในการแก้ไขปัญหาการบังคับใช้กฎหมาย และการคุ้มครองแรงงานที่เป็นอยู่ได้ปัจจุบันได้อย่างเป็นระบบและมีหลักเกณฑ์ ดังเห็นได้จากการจ้างแรงงานแพลตฟอร์ม หรือการจ้างงานที่เกี่ยวกับเศรษฐกิจดิจิทัล ที่กฎหมายการใช้แรงงานปัจจุบันในหลายจุดยังไม่สอดคล้องหรือสนองรับกับลักษณะการทำงานที่เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งการศึกษาส่วนนี้อาจทำให้เกิดข้อค้นพบถึงนิตสัมพันธในการจ้างแรงงานที่เปลี่ยนไปจากเดิมอันมีผลต่อการกำหนดหลักการและกฎหมายในการคุ้มครองแรงงานอีกโสดหนึ่งด้วย และ

(6) การศึกษาถึงแนวทางที่เหมาะสมและมาตรการในการประกอบธุรกิจที่เคารพต่อสิทธิมนุษยชนโดยเฉพาะสิทธิแรงงานก็อาจเป็นอีกเรื่องที่น่าสนใจ ซึ่งความโดดเด่นของเรื่องนี้อยู่ที่ว่าเนื้อหาของเรื่องกำลังเป็นประเด็นที่องค์กรสหประชาชาติให้ความสำคัญและความสนใจอย่างยิ่ง ด้วยเหตุว่าการดำเนินธุรกิจหรือกิจการการค้าขายที่จะเกิดขึ้นนับแต่ปัจจุบันและต่อไปในอนาคตไม่ควรที่จะสร้างมูลค่าและความร่ำรวยให้กับผู้ประกอบการฝ่ายเดียว แต่ต้องคงไว้ซึ่งประโยชน์และเสถียรภาพในการดำรงชีวิตแก่ผู้ใช้แรงงานอย่างยั่งยืนด้วยประกอบกัน

การปฏิรูปการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและนักลงทุนต่างชาติ:
ศาลการลงทุนทวิภาคี*

Investor-State Dispute Settlement Reform:
Bilateral Investment Court

อำนาจ ตั้งศิริพิมาน
Amnart Tangkiriphimarn

อาจารย์ประจำ
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ถนนพระจันทร์ แขวงพระบรมมหาราชวัง เขตพระนคร กรุงเทพฯ
10200

Full-time Lecturer

Faculty of Law, Thammasat University, Prachan Road, Phra Nakhon, Bangkok 10200

Corresponding Author E-mail: amnart@staff.tu.ac.th

(Received: December 23, 2021; Revised: January 31, 2022; Accepted: February 9, 2022)

บทคัดย่อ

ในการเจรจาความตกลงการค้าการลงทุนระหว่างไทยและสหภาพยุโรปที่กำลังดำเนินอยู่ในปัจจุบัน มีความเป็นไปได้สูงว่าสหภาพยุโรปจะเรียกร้องให้ไทยตกลงนำศาลการลงทุนระหว่างประเทศ ในลักษณะของศาลการลงทุนทวิภาคี (bilateral investment court) มาใช้เป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐ (ISDS) ตามสนธิสัญญาแทนกระบวนการอนุญาโตตุลาการอย่างที่พบเห็นได้ทั่วไปในสนธิสัญญาการลงทุนส่วนใหญ่ในปัจจุบัน ซึ่งสอดคล้องกับเนื้อหาที่ปรากฏในความตกลงที่สหภาพยุโรปเป็นคู่เจรจาหรือภาคีในช่วงที่ผ่านมา ได้แก่ Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) Comprehensive Economic

* บทความวิจัยนี้เป็นส่วนหนึ่งของโครงการศึกษาวิจัย เรื่อง “การปฏิรูปการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและนักลงทุนต่างชาติ: ศาลการลงทุนระหว่างประเทศ” ซึ่งได้รับการสนับสนุนการวิจัยจากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ผู้เขียนขอขอบคุณ ดร. ไกรจักร ชีรยาคินันท์ รองศาสตราจารย์ ดร. นาถนรินทร์ จันทร์งาม นายนันทชาติ อุไรรงค์ และผู้อ่านที่ไม่ได้เปิดเผยชื่ออีกสองท่าน สำหรับคำวิจารณ์และข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์ต่อการเขียนงานชิ้นนี้

and Trade Agreement (CETA) EU-Singapore Investment Protection Agreement (EU-Singapore IPA) และ EU-Vietnam Investment Protection Agreement (EU-Vietnam IPA) บทความนี้มุ่งศึกษาที่มา คุณสมบัติ ข้อดี และข้อเสียของการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐตามสนธิสัญญาโดยศาลการลงทุน เพื่อจะได้ทราบถึงข้อควรพิจารณาหรือข้อพึงระวังอันจะเป็นประโยชน์ในการกำหนดท่าทีการเจรจาและการเตรียมความพร้อมเข้าเป็นส่วนหนึ่งของระบบการระงับข้อพิพาทลักษณะนี้ของประเทศไทย จากการศึกษา พบว่าการนำระบบศาลการลงทุนทวิภาคีมาใช้ แม้จะปรากฏข้อดีอยู่บ้าง เช่น การจัดการปัญหาเรื่องภาพลักษณ์ความเป็นกลางของผู้ตัดสินคดี แต่อาจไม่ได้แก้ปัญหาค้างงวของ ISDS ที่ประเทศไทยคำนึงถึงมากนัก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของการใช้จ่ายที่ประเทศไทยต้องรับผิดชอบทั้งในฐานะภาคีของสนธิสัญญาการลงทุนและในฐานะคู่พิพาท และไม่มีความชัดเจนแน่นอนว่าการนำระบบดังกล่าวมาใช้จะทำให้แนวคำตัดสินมีความสม่ำเสมอสอดคล้องกันมากขึ้นกว่าระบบ ISDS โดยการอนุญาตตุลาการที่เป็นอยู่เดิมหรือไม่

คำสำคัญ: ศาลการลงทุนทวิภาคี, ศาลการลงทุนระหว่างประเทศ, อนุญาโตตุลาการการลงทุน, กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ, สหภาพยุโรป, กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐ

Abstract

In the ongoing trade and investment agreements negotiation between Thailand and the European Union (EU), the EU will likely request that Thailand agree to the use of international investment court (i.e., bilateral investment court) as the investor-state dispute settlement (ISDS) mechanism, which shall replace arbitration traditionally adopted in most investment treaties. This development conforms with the EU's position found in its recently negotiated or concluded international agreements, which are Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), EU-Singapore Investment Protection Agreement (EU-Singapore IPA), and EU-Vietnam Investment Protection Agreement (EU-Vietnam IPA). This article aims to study the origin, characteristics, advantages, and drawbacks of such a new form of ISDS to identify observations and concerns that Thailand should consider in formulating its negotiation position and

possibly prepare itself to be part of the system. According to the study, whereas the adoption of bilateral investment court may generate certain benefits, such as eliminating public suspicion about the decision-maker's impartiality, it may not solve most of the ISDS problems at the center of Thailand's concerns. In particular, the country shall be responsible for additional regular expenses, apart from other case-related expenses, either as a treaty party or a disputing party. In addition, it is doubtful whether the court would alleviate the problem of adjudicatory inconsistency as currently encountered in arbitration.

Keywords: Bilateral Investment Court, International Investment Court, Investment Arbitration, International Investment Law, European Union, ISDS

1. บทนำ

1.1 ความสำคัญและที่มาของปัญหา

ในช่วงต้นปี พ.ศ. 2556 สหภาพยุโรปและประเทศไทยได้เริ่มเจรจาความตกลงการค้าเสรีทวิภาคี (bilateral free trade agreement) ระหว่างกัน แต่เนื่องด้วยเกิดการรัฐประหารขึ้นในวันที่ 22 พฤษภาคม 2557¹ การเจรจาจึงถูกระงับลงชั่วคราว อย่างไรก็ตาม ด้วยเหตุที่สถานการณ์ทางการเมืองของประเทศไทยเริ่มดีขึ้นภายหลังการเลือกตั้งทั่วไปในเดือนมีนาคม 2562 คณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป (Council of the European Union) ได้แสดงความประสงค์ในวันที่ 14 ตุลาคม 2562 ที่จะเดินทางเจรจาความตกลงการค้าเสรีที่มีความครอบคลุมในทุกด้านกับประเทศไทย² ซึ่งรัฐบาลไทยได้ตอบรับอย่างรวดเร็วว่าพร้อมเข้าสู่การเจรจา โดยจะเร่งศึกษาถึงโอกาสและอุปสรรคที่เกี่ยวข้อง³ ทั้งนี้อธิบดีกรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศในขณะนั้นกล่าวว่า “ประโยชน์ที่ประเทศไทย

¹ European Commission, “Thailand,” (23 April 2020) [online] Available from : <https://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/countries/thailand>. [17 June 2020]

² Council of the European Union, “Thailand: EU to Broaden Its Engagement Following Elections,” (14 October 2019) [online] Available from : <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2019/10/14/thailand-eu-to-broaden-its-engagement-following-elections>. [17 June 2020] (“The Council also stresses the importance of taking steps towards the resumption of negotiations on an ambitious and comprehensive Free Trade Agreement (FTA).”)

³ Phusadee Arunmas, “Government to Expedite Studies on Thai-EU FTA,” **Bangkok Post** (16 October 2019) [online] Available from : <https://www.bangkokpost.com/business/1772894/government-to-expedite-studies-on-thai-eu-fta>. [17 June 2020]

คาดหวังจะได้รับจากความตกลงฉบับนี้ [...] คือโอกาสในการส่งเสริมให้เกิดการลงทุนและถ่ายทอดเทคโนโลยีการผลิตขั้นสูง”⁴

การส่งเสริมหรือโน้มน้าวให้นักลงทุนจากประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปเข้ามาลงทุนในประเทศไทยเป็นเป้าหมายหลักประการหนึ่งในการทำความตกลงดังกล่าว โดยข้อบทที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนน่าจะปรากฏอยู่ในความตกลงการคุ้มครองการลงทุน ซึ่งเป็นเอกสารแยกต่างหากจากความตกลงการค้าเสรีอันเป็นแนวปฏิบัติของสหภาพยุโรปในระยะหลัง ไม่ว่าจะเป็นในส่วนของความตกลงกับเวียดนาม⁵ หรือสิงคโปร์⁶ ที่มีการทำความตกลงหลักสองฉบับคือ ความตกลงการค้าเสรี (free trade agreement: FTA) และความตกลงการคุ้มครองการลงทุน (investment protection agreement: IPA) และมีการเรียกชื่อความตกลงทั้งหมดในภาพรวมว่า ความตกลงการค้าและการลงทุน (trade and investment agreements)

ประเด็นหนึ่งที่จะถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณาอย่างแน่นอนในการเจรจาตกลงสนธิสัญญาการลงทุนคือ กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐ (investor-state dispute settlement: ISDS) ที่ส่วนใหญ่ให้สิทธินักลงทุนต่างชาติฟ้องรัฐผู้รับการลงทุน (host state) ผ่านกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และไทยเคยตกเป็นผู้ถูกฟ้องในคดีข้อพิพาทลักษณะนี้มาแล้วสองครั้งในคดี *Walter Bau v. Thailand*⁷ และคดี *Kingsgate v. Thailand*⁸ อย่างไรก็ดี ในการตกลงทำสนธิสัญญาการลงทุนกับสหภาพยุโรปในห้วงเวลานี้ มีความเป็นไปได้สูงว่าสหภาพยุโรปจะเรียกร้องให้ไทยตกลงนำศาลการลงทุนทวิภาคี (bilateral investment court) มาใช้แทนกระบวนการอนุญาโตตุลาการอย่างที่พบเห็นได้ทั่วไปในสนธิสัญญาการลงทุนส่วนใหญ่ ดังปรากฏในความตกลงที่สหภาพยุโรปเป็นคู่เจรจาหรือภาคีในช่วงที่ผ่านมา เช่น Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) EU-Singapore

⁴ “เร่งสรุป FTA ไทย-อียู หนุนค้าเวียดนามแซงหน้า,” *ฐานเศรษฐกิจ* (22 ตุลาคม 2562) [online] Available from : <https://www.thansettakij.com/content/412639>. [17 มิถุนายน 2563]

⁵ European Commission, “EU-Vietnam Trade and Investment Agreements,” (18 June 2020) [online] Available from : <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1437>. [20 June 2020]

⁶ European Commission, “EU-Singapore Trade and Investment Agreements,” (November 2019) [online] Available from : <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=961>. [20 June 2020]

⁷ Werner Schneider, acting in his capacity as insolvency administrator of Walter Bau Ag (In Liquidation) v. Kingdom of Thailand, UNCITRAL; ดู นาดินันตร์ จันทรงาม, *หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ* (โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562), หน้า 197-221.

⁸ Kingsgate Consolidated Ltd v. The Kingdom of Thailand, UNCITRAL; ดู อำนาจ ตั้งศิริพิมาน, “ปณิณกะกฎหมายคดีอนุญาโตตุลาการเหมืองชาตรี: คิงส์เกตและประเทศไทย”, *วารสารนิติศาสตร์*, 48 (มิถุนายน 2562), หน้า 398.

Investment Protection Agreement (EU-Singapore IPA) และ EU-Vietnam Investment Protection Agreement (EU-Vietnam IPA) ที่มีข้อตกลงในลักษณะดังกล่าว

1.2 ขอบเขตการวิจัย

บทความวิจัยนี้มุ่งศึกษาปัญหาของระบบการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างนักลงทุนและรัฐตามสนธิสัญญาการลงทุนโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และความพยายามในปัจจุบันที่จะปฏิรูปกระบวนการระงับข้อพิพาทการลงทุนให้ดียิ่งขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อเสนอของสหภาพยุโรปให้ตั้งศาลการลงทุนทวิภาคี ไม่ว่าจะเป็นลักษณะ ข้อดี และข้อเสียของระบบการระงับข้อพิพาทดังกล่าว เพื่อจะได้ทราบถึงข้อควรพิจารณาหรือข้อพึงระวังอันจะเป็นประโยชน์ในการกำหนดท่าทีการเจรจาและการเตรียมความพร้อมเข้าเป็นส่วนหนึ่งของระบบการระงับข้อพิพาทลักษณะนี้ของประเทศไทยต่อไป

1.3 ระเบียบวิธีวิจัย

บทความวิจัยฉบับนี้เป็นงานวิจัยเชิงเอกสาร ศึกษาความเป็นมาและวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งศาลการลงทุนระหว่างประเทศ หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง และเปรียบเทียบกับกระบวนการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างประเทศโดยอนุญาโตตุลาการ โดยอาศัยข้อมูลจากแหล่งข้อมูลปฐมภูมิ อันประกอบด้วย เอกสารทางการที่จัดทำโดยหน่วยงานของรัฐ และองค์การระหว่างประเทศ เช่น UNCITRAL UNCTAD และ European Union และสนธิสัญญาการลงทุน เป็นต้น และแหล่งข้อมูลทุติยภูมิ อันประกอบด้วย ตำรา บทความ เอกสารทางวิชาการ วิทยานิพนธ์ ตลอดจนข้อมูลทางเว็บไซต์และสื่ออิเล็กทรอนิกส์ต่าง ๆ

1.4 โครงสร้างบทความวิจัย

ผู้เขียนจะอธิบายภาพรวมของ ISDS ในหัวข้อที่ 2 และกล่าวถึงปัญหาของ ISDS และแนวทางการปฏิรูป ISDS ในหัวข้อที่ 3 โดยหัวข้อที่ 4 จะกล่าวถึงศาลการลงทุนระหว่างประเทศทั้งพัฒนาการทางความคิดของรูปแบบการระงับข้อพิพาทดังกล่าว บทบาทและอิทธิพลของสหภาพยุโรปที่มีต่อการผลักดันให้นำศาลการลงทุนระหว่างประเทศมาใช้ และวิเคราะห์ลักษณะของศาลการลงทุนทวิภาคีที่ปรากฏอยู่ในความตกลงหรือร่างความตกลงที่เกี่ยวข้อง ในหัวข้อที่ 5 ผู้เขียนจะประเมินว่าการนำศาลการลงทุนมาใช้แทนที่การอนุญาโตตุลาการจะก่อให้เกิดผลกระทบทั้งในด้านที่ดีและด้านที่ไม่ดีอย่างไร และในหัวข้อที่ 6 ซึ่งเป็นหัวข้อสุดท้าย ผู้เขียนจะนำเสนอความเห็นถึงความเหมาะสมของการนำศาลการลงทุนมาใช้สำหรับประเทศไทย รวมถึงแนวทางการเจรจาความตกลงการลงทุนกับสหภาพยุโรปในประเด็นดังกล่าว

2. การระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐ (Investor-State Dispute Settlement: ISDS)

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติและกระบวนการการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและนักลงทุนต่างชาติซึ่งเกิดขึ้นจากการลงทุนต่างชาติเป็นประเด็นที่มีพลวัตสูง โดยประเด็นสำคัญที่มักจะถูกหยิบยกขึ้นถกเถียงกันอยู่เสมอคือกฎหมายที่ใช้บังคับกับกรณีว่าควรจะเป็นกฎหมายภายในหรือกฎหมายระหว่างประเทศ และกระบวนการระงับข้อพิพาทว่าจะใช้ศาลภายในหรือกระบวนการระงับข้อพิพาทในทางระหว่างประเทศ⁹ โดยองค์กรระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศที่ใช้อำนาจตุลาการอาจแบ่งออกได้เป็นสองประเภทหลัก ๆ คือ อนุญาโตตุลาการ และศาลระหว่างประเทศ¹⁰ แต่ไม่ว่าจะเป็นกรณีใด องค์คณะผู้ตัดสินคดีในทางระหว่างประเทศจะมีเขตอำนาจเหนือคดีที่พิพาทกันก็ต่อเมื่อคู่พิพาท (ทั้งรัฐและเอกชน) ได้ให้ความยินยอมในการนำข้อพิพาทขึ้นสู่อนุญาโตตุลาการหรือศาลระหว่างประเทศเท่านั้น¹¹

อย่างไรก็ดี ในช่วงปลายคริสต์ศตวรรษที่ 20 ข้อถกเถียงดังกล่าวก็ลดความเข้มข้นลงไปอย่างมีนัยสำคัญ เนื่องจากทัศนคติทางการเมืองและเศรษฐกิจต่อการลงทุนต่างชาติที่เปลี่ยนแปลงไปภายหลังจากการล่มสลายของสหภาพโซเวียต อันส่งผลให้ระบบเศรษฐกิจเสรีนิยมกลายเป็นแนวความคิดทางเศรษฐศาสตร์กระแสหลักที่รัฐต่าง ๆ ยึดถือในการออกแบบนโยบายทางการค้าและการลงทุน¹² และการลงทุนโดยนักลงทุนเอกชนต่างชาติถูกมองว่าเป็นองค์ประกอบสำคัญที่จำเป็นต่อการพัฒนาประเทศ¹³ ดังนั้น เพื่อส่งเสริมให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศของตน โดยเฉพาะในกรณีของประเทศที่มีระบบกฎหมายภายในที่ไม่เอื้อต่อการลงทุนมากนักอันเป็นอุปสรรคต่อการตัดสินใจลงทุนของภาคเอกชน นานาประเทศจึงมีฉันทามติให้ความสำคัญกับการสร้างระบบกฎหมายระหว่าง

⁹ “Mexico–United States: Expropriation by Mexico of Agrarian Properties Owned by American Citizens,” *American Journal of International Law Supplement* 32 (October 1938), p.182 (จดหมายจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของสหรัฐอเมริกา ถึง เอกอัครราชทูตเม็กซิโกประจำกรุงวอชิงตัน ฉบับลงวันที่ 21 กรกฎาคม ค.ศ. 1938); Santiago Montt, *State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*, (Hart Publishing, 2009), pp.38-39.

¹⁰ J. G. Merrills, *International Dispute Settlement*, 4th edition, (Cambridge University Press, 2007), p.91.

¹¹ *Ibid.*, p.128.

¹² Kenneth J. Vandeveld, “Sustainable Liberalism and the International Investment Regime,” *Michigan Journal of International Law*, 19 (Winter 1998), pp.386-390.

¹³ W. Michael Reisman, “International Arbitration and Sovereignty,” *Arbitration International*, 18 (September 2002), p.233.

ประเทศขึ้นมาเพื่อคุ้มครองนักลงทุนและการลงทุนต่างชาติ¹⁴ โดยมีเป้าหมายคือการสร้างสภาวะการณแวดล้อมที่เป็นคุณต่อการลงทุนเพื่อประโยชน์ร่วมกันของทั้งนักลงทุนต่างชาติและรัฐผู้รับการลงทุน¹⁵ อันนำไปสู่การตกลงทำสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคี (bilateral investment treaty: BIT) สนธิสัญญาการลงทุนพหุภาคี (multilateral investment treaty: MIT) และสนธิสัญญาอื่น ๆ ที่มีข้อบทว่าด้วยการลงทุน (treaty with investment provisions: TIP) เป็นจำนวนทั้งสิ้นกว่า 3,000 ฉบับ¹⁶ บนพื้นฐานทางความคิดที่เรียบง่ายว่ารัฐทั้งหลายพึงลงนามในสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนเพื่อผูกพันตนตามกฎหมายระหว่างประเทศว่าจะให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนต่างชาติและการลงทุนต่างชาติตามข้อกำหนดที่ปรากฏในสนธิสัญญา เพื่อส่งเสริมและดึงดูดให้มีการลงทุนจากนักลงทุนของรัฐภาคีเพิ่มมากขึ้น¹⁷

โดยการที่รัฐภาคีตกลงกันตามสนธิสัญญาการลงทุนเหล่านี้มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยตกลงเข้าผูกพันตนจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยของตนในอนาคต เพื่อเป็นหลักประกันแก่นักลงทุนต่างชาติของรัฐภาคีอื่นที่เข้ามาลงทุนในเขตแดนของตนว่าจะได้รับการคุ้มครองตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่บัญญัติไว้ในสนธิสัญญา¹⁸ อันมีลักษณะเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์

¹⁴ R. Doak Bishop and others, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, 2nd edition, (Kluwer Law International, 2014), pp.8-9.

¹⁵ W. Michael Reisman and Robert D. Sloane, "Indirect Expropriation and Its Valuation in the BIT Generation," *British Yearbook of International Law*, 74 (November 2004), pp.116-117.

¹⁶ ฐานข้อมูลของ United Nations Conference on Trade and Development ระบุว่า ณ วันที่ 23 ธันวาคม 2564 มีสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีทั้งสิ้น 2,825 ฉบับ โดยมีผลบังคับใช้อยู่จำนวน 2,257 ฉบับ และมีสนธิสัญญาอื่น ๆ ที่มีข้อบทว่าด้วยการลงทุนเป็นจำนวนทั้งสิ้น 420 ฉบับ โดยมีผลบังคับใช้อยู่จำนวน 324 ฉบับ. UNCTAD, "International Investment Agreements Navigator," [online] Available from: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>. [23 December 2021]

¹⁷ Andrew T. Guzman, "Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties," *Virginia Journal of International Law*, 38 (1998), p. 667; สำหรับข้อวิจารณ์ของข้อสันนิษฐานนี้ ดู Lauge N. Skovgaard Poulsen, *Bounded Rationality and Economic Diplomacy: The Politics of Investment Treaties in Developing Countries*, (Cambridge University Press, 2015); ภัทรพงษ์ แสงไกร, "วิจารณ์เรื่อง Bounded Rationality and Economic Diplomacy: The Politics of Investment Treaties in Developing Countries by Lauge N. Skovgaard Poulsen," *วารสารนิติศาสตร์*, 48 (กันยายน 2562), หน้า 598. โดย Poulsen ได้แย้งว่า ไม่มีหลักฐานในเชิงประจักษ์ว่าการตกลงทำสนธิสัญญาการลงทุนเหล่านี้ส่งผลให้มีการลงทุนต่างชาติในรัฐคู่สัญญามากขึ้น และเจ้าหน้าที่รัฐที่เข้าเจรจากกลงทำสนธิสัญญาส่วนมากทำการตัดสินใจบนข้อมูลที่ย่อมมีเหตุผลโดยสมบูรณ์ อันมีสาเหตุมาจากอคติในการรับรู้ (cognitive bias) บางประการ.

¹⁸ Jan Paulsson, "The Power of States to Make Meaningful Promises to Foreigners," *Journal of International Dispute Settlement*, 1 (August 2010), pp.341-342.

ของบุคคลภายนอก¹⁹ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วประกอบด้วยเนื้อหาหลัก 3 ประการคือ 1) บทนิยาม โดยเฉพาะอย่างยิ่งนิยามของคำว่า “นักลงทุน” (investor) และ “การลงทุน” (investment) ซึ่งจะมีผลกระทบต่อขอบเขตการบังคับใช้ของสนธิสัญญา 2) มาตรฐานความคุ้มครองการลงทุน และ 3) กระบวนการระงับข้อพิพาทการลงทุน²⁰

มาตรฐานความคุ้มครองการลงทุนที่ปรากฏอยู่ในสนธิสัญญาการลงทุนมีอยู่หลายประการ เช่น การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม (fair and equitable treatment: FET) การเวนคืน (expropriation) การให้ความคุ้มครองและประกันความมั่นคงอย่างเต็มที่ (full protection and security: FPS) การไม่เลือกปฏิบัติ (non-discrimination) ซึ่งประกอบด้วย การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (national treatment: NT) และการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (most-favored-nation treatment: MFN) โดยในทางปฏิบัติ มาตรฐานความคุ้มครองการลงทุนที่มีการยกขึ้นอ้างโดยนักลงทุนในการฟ้องคดีมากที่สุด คือ การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมและการเวนคืน โดยฐานข้อมูลของการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนา (UNCTAD) ระบุว่าจากคดีจำนวนกว่า 1,104 คดีที่อยู่ในฐานข้อมูล มีคดีที่นักลงทุนอาศัยมาตรฐานการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมในการฟ้องคดีเป็นจำนวนถึง 555 คดี และอ้างถึงมาตรฐานการเวนคืนเป็นจำนวนกว่า 500 คดี²¹ โดยการตีความปรับใช้มาตรฐานความคุ้มครองทั้งสองประการนี้ได้นำมาซึ่งปัญหาทางกฎหมายหลายประการ เนื่องจากธรรมชาติของถ้อยคำที่มีความหมายกว้าง อะไรคือการปฏิบัติที่เป็นธรรม? อะไรคือการปฏิบัติที่เที่ยงธรรม?²² และอะไรคือมาตรการที่มีผลกระทบต่อการลงทุนเสมือนหนึ่งว่ามีการเวนคืน (การเวนคืนทางอ้อม หรือ indirect expropriation)?²³

¹⁹ W. Michael Reisman and Mahnoush H. Arsanjani, “Interpreting Treaties for the Benefit of Third Parties: The ‘Salvors’ Doctrine’ and the Use of Legislative History in Investment Treaties,” *American Journal of International Law*, 104 (October 2010), p.602.

²⁰ Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2nd edition, (Oxford University Press, 2012), p.13.

²¹ UNCTAD, “Investment Dispute Settlement Navigator,” [online] Available from : <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>. [5 September 2021] โดยในส่วนของมาตรฐานเรื่องการเวนคืนนั้นแบ่งออกเป็นเรื่องของการเวนคืนโดยตรง (direct expropriation) 131 คดี และเรื่องของการเวนคืนเสมือนเวนคืน (indirect expropriation) 450 คดี.

²² ตัวอย่างในเรื่องนี้ โปรดดูได้จาก มาตรา 2(3) ของสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีระหว่างราชอาณาจักรไทยและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Thailand-Germany BIT) ซึ่งบัญญัติเพียงว่า “Each Contracting Party shall in its territory in any case accord such investments by investors of the other Contracting Party and their returns fair and equitable treatment and full protection.” โดยไม่ได้มีการอธิบายเพิ่มเติมว่า “fair and equitable treatment” คืออะไร หรือมีความหมายว่าอย่างไร

²³ ตัวอย่างในเรื่องนี้ โปรดดูได้จาก มาตรา 1110 ของความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (North American Free Trade Agreement: NAFTA) ซึ่งบัญญัติเพียงว่า “No Party may directly or indirectly nationalize or expropriate an

ความไม่ชัดเจนดังกล่าวส่งผลให้การตีความและปรับใช้ถ้อยคำตามสนธิสัญญาตกอยู่ภายใต้ดุลพินิจของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนซึ่งมีอำนาจในการระงับข้อพิพาทการลงทุนที่เกิดขึ้นซึ่งก่อให้เกิดข้อวิจารณ์ตามมาว่าการตีความของอนุญาโตตุลาการไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐภาคี กล่าวคือมีการตีความมาตรฐานความคุ้มครองที่กว้างจนเกินไป ส่งผลให้นักลงทุนได้รับความคุ้มครองมากกว่าที่ควรจะเป็น และทำให้อำนาจของรัฐผู้รับการลงทุนในการดำเนินการต่าง ๆ เพื่อประโยชน์สาธารณะถูกจำกัด รัฐไม่กล้าออกมาตรการทางกฎหมายที่จำเป็นเพราะเกรงว่าจะนำมาซึ่งความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศตามสนธิสัญญา (regulatory chill)²⁴ นำมาซึ่งการที่รัฐภาคีของสนธิสัญญาบางฉบับออกข้อกำหนดว่าด้วยการตีความบทบัญญัติในสนธิสัญญา²⁵ หรือร่างมาตรฐานความคุ้มครองต่าง ๆ ให้รัดกุมยิ่งขึ้นเพื่อลดทอนอำนาจการใช้ดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการลงในสนธิสัญญาฉบับใหม่ ๆ²⁶ เช่น มาตรา 9.6 ของความตกลงหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจภาคพื้นแปซิฟิก (Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership: CPTPP) ได้อธิบายความหมายของการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมให้มีความชัดเจนขึ้น โดยหมายถึง “มาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศต่อชาวต่างชาติ” (minimum standard of treatment (MST) under customary international law)²⁷ และครอบคลุมถึงการที่รัฐต้อง “ไม่ปฏิเสธการให้ความยุติธรรม” (denial of justice) แก่ นักลงทุน ทั้งนี้ตาม “กระบวนการอันควรแห่งกฎหมาย” (due process)²⁸ โดยข้อเท็จจริงเพียงว่ารัฐผู้รับการลงทุนดำเนินการหรือไม่ดำเนินการ

investment of an investor of another Party in its territory or take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such an investment.” โดยไม่ได้อธิบายว่าอะไรคือการ “indirectly nationalize or expropriate” หรืออะไรคือ “a measure tantamount to nationalization or expropriation.”

²⁴ โปรดดู Kyla Tienhaara, “Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science” in *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, eds. Chester Brown and Kate Miles (Cambridge University Press, 2011), pp.606-627.

²⁵ โปรดดู NAFTA Free Trade Commission, “North American Free Trade Agreement Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions,” (31 July 2001) [online] Available from : http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_e.asp. [19 June 2020]

²⁶ M. Sornarajah, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, (Cambridge University Press, 2015), pp.56-57.

²⁷ Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, art 9.6(2). (“CPTPP”) โดยยึดตามคำแปลเป็นภาษาไทยอย่างไม่เป็นทางการที่ปรากฏในเว็บไซต์ของกรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ. <<https://www.dtn.go.th/th/negotiation/ภาษาไทย?cate=5cff753c1ac9ee073b7bd20b>> สืบค้นเมื่อ 22 มิถุนายน 2563. ข้อความในมาตรา 9.6(2) ได้รับอิทธิพลมาจาก North American Free Trade Agreement Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions.

²⁸ Article 9.6(2)(a) of CPTPP

ใด ๆ “ซึ่งอาจไม่สอดคล้องกับความคาดหวังของนักลงทุน” ไม่เพียงพอที่จะทำให้ถือว่ารัฐได้ทำผิดพันธกรณี²⁹ อย่างไรก็ตาม แม้ความพยายามดังกล่าวของรัฐจะทำให้มาตรฐานความคุ้มครองการลงทุนมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น แต่ก็ไม่ได้ทำให้ปัญหาการตีความพันธกรณีต่าง ๆ หายไปโดยสิ้นเชิง³⁰ เช่น แม้รัฐจะพยายามบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรว่ามาตรฐาน FET เป็นไปตาม “มาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศต่อชาวต่างชาติ” คำถามที่ตามมาคือแล้วอะไรคือมาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำดังกล่าว เป็นต้น³¹

แม้การบัญญัติมาตรฐานความคุ้มครองการลงทุนต่าง ๆ ให้อยู่ในรูปแบบของกฎหมายลายลักษณ์อักษรจะนับได้ว่าเป็นความก้าวหน้าสำคัญของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศในช่วงครึ่งหลังของคริสต์ศตวรรษที่ 20 อย่างไรก็ตาม หากปราศจากเครื่องมือที่จะทำให้หลักกฎหมายดังกล่าวสามารถบังคับใช้ได้จริงในทางปฏิบัติแล้ว กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศคงมีสถานะในทางกฎหมายเป็นเพียง “กฎหมายอย่างอ่อน” (soft law) และเป้าหมายในการส่งเสริมการลงทุนต่างชาตก็คงไม่อาจบรรลุผลได้ ด้วยเหตุดังกล่าว กระบวนการระงับข้อพิพาทที่มีประสิทธิภาพจึงมีความจำเป็น เพื่อที่ว่าเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นว่ารัฐผู้รับการลงทุนได้ปฏิบัติต่อกลงทุนต่างชาติตามพันธกรณีที่กำหนดไว้สนธิสัญญาหรือไม่ จะได้มีองค์กรทางกฎหมายที่สามารถให้ความเห็นเป็นที่สุดได้ว่าผลจะเป็นอย่างไร และเมื่อได้พิจารณาแล้วว่ารัฐผู้รับการลงทุนได้ฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศจริง จะได้มีคำบังคับเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่นักลงทุนต่างชาติต่อไป ซึ่งการระงับข้อพิพาทดังกล่าวอาจมีขึ้นได้ทั้งในระดับ รัฐ-รัฐ และ รัฐ-นักลงทุนต่างชาติ โดยบทความวิจัยนี้จะกล่าวถึงเฉพาะการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐ (ISDS) ตามสนธิสัญญาการลงทุน โดยเฉพาะในส่วนของการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐ (investor-state arbitration: ISA) เท่านั้น

สนธิสัญญาการลงทุนจำนวนมากให้สิทธิแก่นักลงทุนต่างชาติในการฟ้องคดีต่อรัฐผู้รับการลงทุนโดยตรงผ่านกระบวนการอนุญาโตตุลาการ อันเป็นความเปลี่ยนแปลงสำคัญที่เกิดขึ้นในช่วงครึ่งหลังของคริสต์ศตวรรษที่ 20 และส่งผลต่อพัฒนาการของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ

²⁹ Article 9.6(4) of CPTPP

³⁰ โปรดดู José E Alvarez, “Is the Trans-Pacific Partnership’s Investment Chapter the New ‘Gold Standard’?”, *IILJ Working Paper 2016/3*, (2016), p. 25 [online] Available from : http://iilj.org/wp-content/uploads/2016/08/Alvarez_IILJ_2016_3-MegaReg.pdf. [30 June 2020]

³¹ W. Michael Reisman, “Canute Confronts the Tide: States versus Tribunals and the Evolution of the Minimum Standard in Customary International Law,” *ICSID Review*, 30 (Fall 2015), pp.623-625.

อย่างมีนัยสำคัญ³² ดังที่ W. Michael Reisman อธิบายว่า

ปัจจัยที่ทำให้พัฒนาการใหม่ ๆ ของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศแตกต่างไปจากเดิมคือการที่สนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีส่วนมากให้สิทธินักลงทุนที่เข้าเงื่อนไขตามที่กำหนดสามารถดำเนินการได้โดยไม่ถูกแทรกแซง ไม่ต้องได้รับอนุญาตหรือความเห็นชอบจากรัฐเจ้าของสัญชาติในการขอให้องค์คณะระหว่างประเทศตรวจสอบมาตรการของรัฐว่าเป็นการปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมหรือไม่ สิ่งนี้คือการเปลี่ยนแปลงในทางวิธีบัญญัติที่ส่งผลกระทบอย่างกว้างขวางในทางสารบัญญัติ อันทำให้กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศมีความเป็นเอกลักษณ์ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ [กล่าวคือ] ส่วนที่เพิ่มเติมเข้ามาในทางวิธีบัญญัตินี้—การทำให้นักลงทุนมีที่ยืนโดยอิสระและมีความหมายในทางระหว่างประเทศ—ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสิ่งที่มีลักษณะอ่อน เป็นเพียงความมุ่งหมายและกฎหมายที่มีการปรับใช้อย่างไม่สม่ำเสมอ กลายเป็นกฎหมายที่มีประสิทธิภาพและยิ่งไปกว่านั้นยังมีผลกระทบต่อระบบกฎหมายภายในมากยิ่งขึ้นไปอีก³³

หลักการพื้นฐานที่สำคัญของการอนุญาโตตุลาการคือหลักอิสระของคู่พิพาท (party autonomy) ซึ่งเป็นที่มาของลักษณะที่สำคัญของกระบวนการอนุญาโตตุลาการหลายประการ³⁴ เช่น ความยืดหยุ่นของกระบวนการพิจารณา และการที่คู่พิพาทมีส่วนร่วมในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการผู้ตัดสินคดี ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว ในคดีข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐจะกำหนดให้มีจำนวนอนุญาโตตุลาการจำนวน 3 คน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับสนธิสัญญาและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้อง³⁵

³² สนธิสัญญาการลงทุนฉบับแรกที่ให้สิทธินักลงทุนต่างชาตินำข้อพิพาทระหว่างตนและรัฐผู้รับการลงทุนขึ้นสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการคือ Belgium/Luxembourg-Indonesia Bilateral Investment Treaty, art 10 อ้างถึงใน OECD Investment Division, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, “Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey,” (2012) n6 [online] Available from : <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestment%20agreements/50291678.pdf>. [16 July 2020]

³³ W. Michael Reisman, “The Future of International Investment Law and Arbitration,” in *Realizing Utopia: The Future of International Law*, ed. Antonio Cassese, (Oxford University Press, 2012), p.279.

³⁴ Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration* 3rd edition, (Cambridge University Press, 2017), p.1.

³⁵ ตัวอย่าง UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010), art 7 (“UNCITRAL Arbitration Rules 2010”); Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, art 37. (“ICSID Convention”) บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดในทำนองเดียวกันว่าให้จำนวนอนุญาโตตุลาการเป็นไปตามที่คู่พิพาทตกลงกัน ในกรณีที่คู่พิพาทไม่ได้ตกลงกัน ให้คณะอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการจำนวน 3 คน หรือ Thailand-Germany Bilateral Investment Treaty 2002, arts 9, 10 ที่กำหนดให้มีอนุญาโตตุลาการจำนวน 3 คน.

และให้คู่พิพาท (นักลงทุนผู้เรียกร้อง (claimant investor) และรัฐผู้รับการลงทุนผู้ถูกเรียกร้อง (respondent state)) แต่ละฝ่ายมีสิทธิในการเลือกอนุญาโตตุลาการฝ่ายละ 1 คน และให้ อนุญาโตตุลาการทั้งสองคนที่คู่พิพาทแต่งตั้งขึ้น (หรือคู่พิพาทเอง) ตกลงกันเลือกอนุญาโตตุลาการ อีก 1 คนเป็นประธานอนุญาโตตุลาการ³⁶ โดยคณะอนุญาโตตุลาการที่ตั้งขึ้นจะมีอำนาจพิจารณา คดีเฉพาะในส่วนของการพิพาทระหว่างคู่กรณีที่ตั้งตั้งต้นขึ้นมาเท่านั้น โดยเมื่อพิจารณาคดี ดังกล่าวเสร็จสิ้นและทำคำชี้ขาด (award) เรียบร้อยแล้ว อำนาจหน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการ จะสิ้นสุดลง³⁷

ตามกฎหมายและข้อบังคับที่เกี่ยวข้อง บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการจะ เป็นใครก็ได้ ภายใต้ข้อจำกัดสำคัญบางประการเพื่อประกันความเป็นอิสระ (independence) และ ความเป็นกลาง (impartiality) ของอนุญาโตตุลาการ³⁸ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ คู่พิพาทจะใช้สิทธิ แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับข้อพิพาท อันเป็นข้อดีประการหนึ่ง ที่ทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการแตกต่างจากกระบวนการทางศาลที่ส่วนมากการกำหนดตัว ผู้พิพากษาเจ้าของคดีจะเป็นไปโดยการสุ่ม หรือวิธีการอื่นใดที่ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของคู่พิพาท และการที่คู่พิพาทมีส่วนร่วมในการกำหนดตัวผู้ตัดสินคดียังก่อให้เกิดความเชื่อมั่นในกระบวนการ ระงับข้อพิพาทอันมีส่วนทำให้คู่พิพาทมีโอกาสที่จะให้ความร่วมมือในการดำเนินกระบวนการ พิจารณา และปฏิบัติตามคำชี้ขาดที่ออกมาในท้ายที่สุดด้วย³⁹

แม้ว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการจะตั้งอยู่บนหลักอิสระของคู่พิพาทเป็นสำคัญจนทำให้ มีลักษณะเป็นการระงับข้อพิพาททางเอกชน แต่กระบวนการดังกล่าวก็คงไม่อาจเป็นที่ยอมรับ อย่างแพร่หลายในปัจจุบัน หากปราศจากระบบกฎหมายเบื้องหลังทั้งกฎหมายภายใน กฎหมาย ระหว่างประเทศและกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องที่ทำให้อนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาท ที่มีประสิทธิภาพในทางระหว่างประเทศ⁴⁰ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในแง่ของการบังคับตามคำชี้ขาดซึ่ง ส่วนมากเป็นไปตามอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดต่างประเทศ ค.ศ. 1958 (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards:

³⁶ Article 9(1) of UNCITRAL Arbitration Rules 2010; article 37(2)(b) of ICSID Convention

³⁷ Julian D. M. Lew and others, **Comparative International Commercial Arbitration**, (Kluwer Law International, 2003), p.628, para 24-1.

³⁸ Gary B. Born, **International Commercial Arbitration**, 2nd edition (Kluwer Law International, 2014), p. 1638; UNCITRAL Arbitration Rules 2010, arts 11-13; ICSID Convention, arts 14(1), 40(2), and 57.

³⁹ Ibid., pp.1639-1641.

⁴⁰ Nigel Blackaby and others, **Redfern and Hunter on International Arbitration: Student Version** 6th edition, (Oxford University Press, 2015), para 1.08.

New York Convention) และอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965 (Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States: ICSID Convention)⁴¹

Lord Mustill ได้กล่าวถึง New York Convention ว่าเป็นเอกสารในทางระหว่างประเทศที่ประสบความสำเร็จมากที่สุดในส่วนที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการ และอาจจะเป็นบทบัญญัติกฎหมายระหว่างประเทศที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดในประวัติศาสตร์ของกฎหมายพาณิชย์⁴² โดยปัจจุบันมีรัฐภาคีจำนวนทั้งสิ้น 169 ประเทศ⁴³ โดยรัฐภาคีมีพันธกรณีที่จะต้องบังคับการให้เป็นไปตามสัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างคู่พิพาท กล่าวคือ ศาลของรัฐภาคีจะต้องจำหน่ายข้อพิพาทออกจากสารบบความหากปรากฏว่าคู่พิพาทได้ตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ⁴⁴ และต้องยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดต่างประเทศ⁴⁵ ส่งผลให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่อยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญาดังกล่าวมีผลบังคับอย่างกว้างขวาง ซึ่งต่างจากการบังคับตามคำพิพากษาของศาลที่โดยหลักแล้วจะมีผลใช้บังคับเฉพาะในประเทศของศาลที่พิพากษาคดี หรือมีผลใช้บังคับภายในกลุ่มประเทศที่ประกอบด้วยประเทศจำนวนไม่มากนักเท่านั้น⁴⁶

อย่างไรก็ดี New York Convention ได้กำหนดข้อยกเว้นของการไม่ต้องบังคับตามคำชี้ขาดไว้ในมาตรา V โดยกำหนดให้องค์กรของรัฐ (ซึ่งโดยทั่วไปคือศาลภายใน) ที่มีอำนาจบังคับคำชี้ขาดสามารถตรวจสอบคำชี้ขาดได้ว่าเกิดจากกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ขบด้วยกฎหมายหรือไม่⁴⁷ มีที่มาจากคณะอนุญาโตตุลาการที่มีเขตอำนาจหรือไม่⁴⁸ คำชี้ขาดได้ถูกเพิกถอน (set aside

⁴¹ Ibid., para 1.91.

⁴² Michael John Mustill, "Arbitration: History and Background," *Journal of International Arbitration* 6 (June 1989): 49. ("[The New York] Convention has been the most successful international instrument in the field of arbitration, and perhaps could lay claim to be the most effective instance of international legislation in the entire history of commercial law.")

⁴³ UNCITRAL, "Status: Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards," [online] Available from: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2. [23 December 2021]

⁴⁴ United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, art 2. ("New York Convention")

⁴⁵ Article III of New York Convention

⁴⁶ *Supra* Note 40 Redfern and Hunter on International Arbitration: Student Version, para 1.102.

⁴⁷ Article V(1)(b), (d) of New York Convention

⁴⁸ Article V(1)(a), (c) of New York Convention

หรือ annul) โดยศาลของประเทศที่มีการทำคำชี้ขาดหรือไม่⁴⁹ ข้อพิพาทดังกล่าวถูกระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่ (arbitrability)⁵⁰ หรือการบังคับตามคำชี้ขาดจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (public policy) หรือไม่⁵¹ โดยหากไม่ใช่กรณีตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา V รัฐภาคีจะต้องบังคับคำชี้ขาด⁵²

สำหรับ ICSID Convention ปัจจุบันมีรัฐภาคีทั้งสิ้น 155 ประเทศ⁵³ และมีขอบเขตการบังคับใช้เฉพาะกับกระบวนการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและนักลงทุนต่างชาติเท่านั้น⁵⁴ ซึ่งจะต่างจากกรณีของ New York Convention ที่มีผลใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นการทั่วไป⁵⁵ และกระบวนการบังคับตามคำชี้ขาดภายใต้ ICSID Convention มีความแตกต่าง New York Convention ในสาระสำคัญคือ มาตรา 54(1) แห่ง ICSID Convention บัญญัติว่า รัฐภาคีมีหน้าที่ต้องบังคับตามคำชี้ขาดในส่วนของหนี้เงินเสมือนหนึ่งว่าคำชี้ขาดดังกล่าวเป็นคำพิพากษาที่เป็นที่สุดของศาลภายในรัฐภาคีนั้น ส่งผลให้ศาลภายในของรัฐภาคีไม่มีอำนาจในการตรวจสอบคำชี้ขาด⁵⁶ และต้องบังคับตามคำชี้ขาดโดยทันที อย่างไรก็ตาม ICSID Convention ได้กำหนดกระบวนการตรวจสอบคำชี้ขาดไว้เป็นการเฉพาะในมาตรา 52 ซึ่งบัญญัติว่า คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถร้องขอให้มีการเพิกถอนคำชี้ขาดได้โดยทำการยื่นคำร้องต่อเลขาธิการ (Secretary-General) ของ ICSID⁵⁷ และเมื่อได้รับคำร้องแล้ว ให้ประธานสภาบริหาร (Administrative Council) ซึ่งคือประธานธนาคารโลกโดยตำแหน่ง⁵⁸ แต่งตั้งคณะกรรมการเฉพาะกิจ (*ad hoc* Committee) ประกอบด้วยบุคคล 3 คนจากบัญชีรายชื่ออนุญาโตตุลาการ (Panel of Arbitrators) ของ ICSID⁵⁹ โดยคณะกรรมการเฉพาะกิจดังกล่าวมีอำนาจในการเพิกถอนคำชี้ขาดได้⁶⁰ หากปรากฏ

⁴⁹ Article V(1)(e) of New York Convention

⁵⁰ Article V(2)(a) of New York Convention

⁵¹ Article V(2)(b) of New York Convention

⁵² Article IV of New York Convention

⁵³ ICSID, "List of Contracting States and other Signatories of the Convention," (9 June 2020) [online] Available from: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID-3.pdf>. [4 June 2021]

⁵⁴ โปรดดู Article 25 of ICSID Convention

⁵⁵ ทั้งนี้รัฐภาคีอาจกำหนดข้อสงวนได้ว่าจะให้ New York Convention มีผลใช้บังคับกับรัฐตนเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์ทางพาณิชย์เท่านั้น. Article I(3) of New York Convention

⁵⁶ เปรียบเทียบ Article V of New York Convention

⁵⁷ Article 52(1) of ICSID Convention

⁵⁸ Article 5 of ICSID Convention

⁵⁹ Article 12-16 of ICSID Convention

⁶⁰ Article 52(3) of ICSID Convention

ว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการบกพร่องอย่างร้ายแรง⁶¹ คณะอนุญาโตตุลาการดำเนินการไม่เป็นไปตามขอบอำนาจอย่างชัดเจน⁶² หรือไม่ให้เหตุผลประกอบการตัดสินในคำชี้ขาด⁶³

ทั้งนี้จะเห็นได้ว่าการตรวจสอบคำชี้ขาดโดยศาลภายในตามมาตรา V ของ New York Convention หรือการตรวจสอบคำชี้ขาดโดย *ad hoc* Committee ตามมาตรา 52 ของ ICSID Convention จะต่างจากกระบวนการตรวจสอบคำพิพากษาของศาลภายในตามระบบการอุทธรณ์-ฎีกา (appeal) ที่ศาลในลำดับขั้นที่สูงกว่าสามารถตรวจสอบความถูกต้อง (correctness) ในส่วนของการปรับใช้ข้อกฎหมายหรือการพิจารณาข้อเท็จจริงของคำพิพากษาของศาลในลำดับขั้นที่ต่ำกว่าได้⁶⁴

3. การปฏิรูปการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐ (ISDS Reform)

การจำกัดอำนาจอธิปไตยของรัฐผู้รับการลงทุนนำมาซึ่งกระแสวิพากษ์วิจารณ์กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศอย่างกว้างขวาง โดยเฉพาะอย่างยิ่งความไม่พอใจต่อการอนุญาโตตุลาการการลงทุน⁶⁵ ปัจจัยหลักที่ส่งผลให้เกิดความเปลี่ยนแปลงที่เป็นรูปธรรมในช่วงทศวรรษที่ผ่านมาคือ กระบวนทัศน์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมีนัยสำคัญของประเทศที่พัฒนาแล้วซึ่งเดิมสนับสนุนการนำอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างประเทศ อันมีสาเหตุหลักมาจากการที่ประเทศเหล่านี้ตกเป็นผู้ถูกฟ้องคดีภายใต้กระบวนการอนุญาโตตุลาการจำนวนมากขึ้นเรื่อย ๆ⁶⁶ และในภาพรวม รายงานของ UNCTAD ว่าด้วย ISDS ที่ได้มีการเผยแพร่ในปี ค.ศ. 2014 ได้สรุปปัญหาของ ISDS ไว้ว่าเป็นระบบว่าประกอบด้วยปัญหาสำคัญ 4 ประการคือ ปัญหาความชอบธรรมและความโปร่งใส (legitimacy and transparency) ปัญหาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการผู้ตัดสินคดีที่ได้รับการแต่งตั้งโดยคู่พิพาท (party-appointed arbitrator) ปัญหาเกี่ยวกับคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องความไม่สม่ำเสมอและความผิดพลาดของ

⁶¹ Article 52(1)(a), (c) and (d) of ICSID Convention

⁶² Article 52(1)(b) of ICSID Convention

⁶³ Article 52(1)(e) of ICSID Convention

⁶⁴ W. Michael Reisman, *Systems of Control in International Adjudication & Arbitration*, (Duke University Press, 1992), pp.8-9.

⁶⁵ ตัวอย่างคดีสำคัญ ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจรัฐออกกฎหมายและระเบียบเพื่อประโยชน์สาธารณะซึ่งถูกกล่าวถึงอยู่เสมอเมื่อมีการวิจารณ์กระบวนการอนุญาโตตุลาการการลงทุนประกอบด้วยคดี *Ethyl v. Canada* คดี *Foresti v. South Africa* คดี *Philip Morris Asia v. Australia* คดี *Philip Morris v. Uruguay* และคดี *Vattenfall v. Germany* ซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นข้อพิพาทซึ่งเกี่ยวข้องกับการที่รัฐผู้รับการลงทุนออกมาตรการเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ความปลอดภัย หรือสุขภาพของประชาชน.

⁶⁶ Joseph Weiler, "European Hypocrisy: TTIP and ISDS," *EJIL:Talk!* (21 January 2015) [online] Available from: <https://www.ejiltalk.org/european-hypocrisy-ttip-and-isds/>. [23 June 2020]

คำชี้ขาด (consistency and erroneous) และ ค่าใช้จ่ายและระยะเวลาที่ใช้ในการอนุญาโตตุลาการ (cost and time)⁶⁷

3.1 ความชอบธรรมและความโปร่งใส

ปัญหาความชอบธรรมของ ISDS⁶⁸ มีรากฐานที่สำคัญมาจากลักษณะของข้อพิพาทการลงทุนที่เปิดโอกาสให้นักลงทุนต่างชาติสามารถเรียกร้องให้มีการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐในการออกมาตรการต่าง ๆ ที่ (รัฐยืนยันว่า) เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งนำมาสู่คำถามประการสำคัญว่า การกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการซึ่งประกอบด้วยปัจเจกชนจำนวน 3 คนซึ่งมีที่มาจากความประสงค์ของคู่พิพาทเป็นสำคัญ และถูกตั้งขึ้นเป็นการชั่วคราวเพื่อพิจารณาคดีเป็นรายคดีไปมีความเหมาะสมหรือไม่ เพียงไร และปัญหาเรื่องความชอบธรรมนี้ยังถูกทำให้แย่ลงด้วยประเด็นเรื่องความโปร่งใสของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ที่ในหลาย ๆ คดีถูกปิดเป็นความลับอย่างเด็ดขาดตามความประสงค์ของคู่พิพาท⁶⁹

3.2 ผู้ตัดสิน

สำหรับข้อวิจารณ์ถึงอนุญาโตตุลาการผู้ตัดสินคดีมักเกี่ยวข้องกับกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่กำหนดให้คู่พิพาทมีส่วนสำคัญในการเลือกอนุญาโตตุลาการฝั่งละ 1 คน อันนำมาซึ่งข้อกังวัลว่าหากอนุญาโตตุลาการถูกแต่งตั้งมาโดยคู่พิพาทฝ่ายใดก็มีแนวโน้มว่าจะตัดสินเอนเอียงไปในทางที่เป็นคุณกับคู่พิพาทฝ่ายที่แต่งตั้งตนเป็นอนุญาโตตุลาการ⁷⁰ และยังมีผู้ตั้งข้อสังเกตว่าคณะอนุญาโตตุลาการมีแรงจูงใจที่จะตัดสินไปในทางที่เป็นคุณกับนักลงทุนมากกว่า โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของการพิจารณาเขตอำนาจ (jurisdiction) เนื่องจากอนุญาโตตุลาการแต่ละคนจะได้รับค่าตอบแทนในการพิจารณาคดีซึ่งโดยหลักแล้วแปรผันตามเวลาที่ใช้ใน

⁶⁷ UNCTAD, "Investor-State Dispute Settlement: A Sequel," (2014) pp. 25-29 [online] Available from: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaeia2013d2_en.pdf. [16 July 2020].

⁶⁸ บทความฉบับแรก ๆ ที่มีการกล่าวถึงประเด็นเรื่องความชอบธรรมของการอนุญาโตตุลาการการลงทุนและได้รับการกล่าวถึงอย่างกว้างขวางในเวลาต่อมา คือ Susan D. Franck, "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions," *Fordham Law Review* 73 (March 2005), p.1521.

⁶⁹ *Supra* Note 67 Investor-State Dispute Settlement: A Sequel, pp.25-26.

⁷⁰ David Gaukrodger and Kathryn Gordon, "Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community," *OECD Working Papers on International Investment* 2012/03, (2013), p.46 [online] Available from : http://www.oecd.org/investment/investment-policy/WP-2012_3.pdf [16 July 2020]; ดู Jan Paulsson, "Moral Hazard in International Dispute Resolution," *ICSID Review*, 25 (Fall 2010), p.339.

การทำงาน⁷¹ ส่งผลให้อนุญาตตุลาการมีแรงจูงใจที่จะตัดสินว่าตนมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดี เพื่อให้การพิจารณาคดีดำเนินต่อไปเพื่อตนจะได้มีรายได้จากการพิจารณาคดีเพิ่มขึ้น⁷² นอกจากนี้ ด้วยความที่ในกระบวนการอนุญาตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐตามสนธิสัญญา ฝ่ายที่มีสิทธิริเริ่มกระบวนการระงับข้อพิพาทมีเพียงฝ่ายเดียวคือฝ่ายนักลงทุนต่างชาติ⁷³ หากผลการตัดสินคดีจำนวนมากเป็นไปในทางที่เป็นคุณต่อนักลงทุนอย่างเป็นระบบ ก็มีแนวโน้มว่านักลงทุนจะเห็นถึงประโยชน์ของระบบการระงับข้อพิพาทนี้และนำคดีขึ้นสู่กระบวนการพิจารณามากขึ้นเรื่อย ๆ ส่งผลให้อนุญาตตุลาการมีรายได้เพิ่มขึ้นตามไปด้วย⁷⁴ และเนื่องจากการเป็นอนุญาตตุลาการไม่ใช่

⁷¹ ตัวอย่าง ระเบียบข้อ 14 ของระเบียบว่าด้วยการบริหารจัดการและการเงิน (Administrative and Financial Regulations) ของ ICSID ระบุว่าอนุญาตตุลาการจะได้รับค่าป่วยการสำหรับการออกนั่งพิจารณาคดีหรือการประชุมในแต่ละวัน (“a fee for each day on which he participates in meetings”) และค่าป่วยการในอัตราเทียบเท่ากับการทำงานแปด ชั่วโมงต่อวันสำหรับการทำงานอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับคดี (“a fee for the equivalent of each eight-hour day of other work performed in connection with the proceedings”) เช่น การศึกษาคำคู่ความและเอกสารในคดี การร่างคำชี้ขาด เป็นต้น ซึ่ง ณ ปัจจุบัน อัตราค่าป่วยการของอนุญาตตุลาการที่ ICSID กำหนดไว้ตามตารางค่าธรรมเนียม (Schedule of Fees) คือ USD 3,000 ต่อวัน หรือ USD 375 ต่อชั่วโมง; ICSID, “ICSID Schedule of Fees (Effective 1 July 2020),” [online] Available from : <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/Schedule-of-Fees.aspx> [21 July 2020]; ดู ICSID “Memorandum on Fees and Expenses (6 July 2005)” [online] Available from : <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/Memorandum-on-the-Fees-and-Expenses-FullText1.aspx>. [21 July 2020] ในส่วนของการอนุญาตตุลาการที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับของ ICSID Convention ค่าป่วยการของอนุญาตตุลาการก็จะเป็นไปตามข้อบังคับของอนุญาตตุลาการที่ใช้บังคับกับการอนุญาตตุลาการนั้น ๆ ซึ่งมักจะกำหนดหลักการไว้กว้าง ๆ เช่น มาตรา 41(1) ของ UNCITRAL Arbitration Rules 2010 กำหนดว่า ค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายของอนุญาตตุลาการพึงเป็นไปตามความเหมาะสม โดยพิจารณาจากทุนทรัพย์ที่พิพาท ความซับซ้อนของคดี เวลาที่ใช้ และปัจจัยอื่น ๆ โดยในทางปฏิบัติคณะอนุญาตตุลาการจะทำการหารือกับคู่ความและสถาบันอนุญาตตุลาการ (ในกรณีที่เป็นการอนุญาตตุลาการแบบอิงสถาบัน) ก่อนในโอกาสแรก และทำการออกคำสั่งกระบวนการพิจารณาคดีค่าป่วยการของอนุญาตตุลาการ. ตัวอย่าง Bilcon of Delaware et al v. Government of Canada, PCA Case No. 2009-04, UNCITRAL, Procedural Order No. 1 (9 April 2009) para 12(a). (“Each member of the Arbitral Tribunal shall receive: (a) a fee of US \$550 each hour of participation in meetings of the Arbitral Tribunal or other work performed in connection with the proceeding.”)

⁷² Gus Van Harten, “Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration,” *Osgoode Hall Law Journal*, 50 (Fall 2012), p.212-216.

⁷³ ซึ่งต่างจากการอนุญาตตุลาการตามสัญญาทั่วไปที่คู่สัญญาตามสัญญาอนุญาตตุลาการทั้งสองฝ่ายมีสิทธิริเริ่มกระบวนการอนุญาตตุลาการเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น.

⁷⁴ *Supra* Note 72 Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration, pp.216-219; Pia Eberhardt and Cecilia Olivet, “Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers Are Fueling an Investment Arbitration Boom,” (2012) pp.48-49 [online] Available from : <https://www.tni.org/files/download/profitfrominjustice.pdf> [24 June 2020]; Sundares Menon, “International Arbitration: The Coming of a New Age for Asia (and Elsewhere),” *ICCA Congress 2012*, (10 June 2012), p.15, para 39 [online] Available from : https://lbrcdn.net/cdn/files/gar/articles/AGs_Opening_Speech_ICCA_Congress_2012.pdf. [21 July 2020]

งานประจำ กล่าวคือ บุคคลที่ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการในหลาย ๆ คดีจะประกอบอาชีพอื่นเป็นหลักพร้อมกันไปด้วย เช่น ที่ปรึกษากฎหมาย อาจารย์มหาวิทยาลัย ผู้พิพากษาในองค์กรระหว่างประเทศอื่น ๆ และพยานผู้เชี่ยวชาญ ส่งผลให้เกิดปรากฏการณ์ “การสวมหมวกซ้อนกัน” (double hatting) หรือภาวะ “ประตูหมุน” (revolving-door) ที่บุคคลผู้เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการ สับเปลี่ยนสถานะหน้าที่กันตามแต่ละวาระ⁷⁵ อันนำมาซึ่งข้อกังวลเรื่องประโยชน์ได้เสียขัดกัน (conflict of interests) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่บุคคลคนเดียวกันทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ ในคดีหนึ่ง (คดี ก.) และเป็นที่ปรึกษากฎหมายในอีกคดีหนึ่ง (คดี ข.) ที่มีข้อพิพาททางกฎหมาย ไกล่เกลี่ยกัน (โดยอาจเป็นคดีที่เกิดขึ้นพร้อมกันหรือเกิดขึ้นต่อเนื่องกัน) ซึ่งอาจส่งผลให้บุคคลดังกล่าวในสถานะอนุญาโตตุลาการตัดสินคดี ก. ไปในทางเดียวกันกับข้อต่อสู้ของตนในสถานะที่ปรึกษากฎหมายที่อ้างถึงในคดี ข. เพื่อให้ข้อต่อสู้ที่ตนอ้างถึงในคดี ข. มีน้ำหนักมากยิ่งขึ้น⁷⁶ กรณีดังกล่าวนำมาซึ่งปัญหาความเหมาะสม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในแง่ของความกลางของผู้ตัดสินคดี อันมีสาเหตุจากการมีส่วนได้เสียในเนื้อหาของประเด็นที่พิพาท (issue conflict)⁷⁷

3.3 ความสม่ำเสมอของคำตัดสิน

ในส่วน of คำตัดสินหรือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น ด้วยเหตุที่ข้อพิพาทแต่ละข้อพิพาทถูกตัดสินโดยคณะอนุญาโตตุลาการจำนวนหลายคณะที่รับผิดชอบข้อพิพาทแต่ละคดีเป็นรายคดีไป ส่งผลให้คำชี้ขาดในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานและวินิจฉัยข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน และการตีความข้อกฎหมายข้อเดียวกันหรือที่มีความคล้ายคลึงกัน อาจมีความแตกต่างกันไป (inconsistency) ไม่สอดคล้องกัน (incoherence) ตามความเห็นของอนุญาโตตุลาการผู้ตัดสินคดี อันนำมาซึ่งความไม่แน่นอนของความหมายของมาตรฐานทางกฎหมาย ส่งผลให้ผู้มีส่วนร่วมทั้งหลายโดยเฉพาะรัฐและนักลงทุนต่างชาติไม่อาจคาดเดาได้ว่าการดำเนินมาตรการต่าง ๆ ของรัฐจะนำมาซึ่งผลทางกฎหมายระหว่างประเทศอย่างไรในอนาคต ยิ่งไปกว่านั้นการที่ระบบกฎหมายอนุญาโตตุลาการในปัจจุบันไม่เปิดโอกาสให้องค์กรที่มีอำนาจในการตรวจสอบคำชี้ขาด

⁷⁵ Malcolm Langford, Daniel Behn and Runar Hilleren Lie, “The Revolving Door in International Investment Arbitration,” *Journal of International Economic Law*, 20 (June 2017), pp.301-302.

⁷⁶ Philippe Sands, “Conflicts and Conflicts in Investment Treaty Arbitration: Ethical Standards for Counsel,” in *Evolution in Investment Treaty Arbitration*, eds. Chester Brown and Kate Mile, (Cambridge University Press, 2011), pp.21-23.

⁷⁷ William W Park, “Arbitrator Integrity: the Transient and the Permanent,” *San Diego Law Review*, 46 (2009), pp.648-49; ดู Laurence Boisson de Chazournes and others, “Report of the ASIL-ICCA Joint Task Force on Issue Conflicts in Investor-State Arbitration,” (2016) [online] Available from: https://www.arbitration-icca.org/media/6/81372711507986/asil-icca_report_final_5_april_final_for_ridderprint.pdf. [21 July 2020]

(ศาลภายในตาม New York Convention หรือคณะกรรมการเฉพาะกิจตาม ICSID Convention) ทำการตรวจสอบความถูกต้องของการวินิจฉัยข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายของคณะอนุญาโตตุลาการ ยังอาจนำมาซึ่งปัญหาเรื่องความผิดพลาดในเนื้อหาของคำชี้ขาดอีกด้วย⁷⁸

3.4 ค่าใช้จ่ายและระยะเวลา

ในส่วนของค่าใช้จ่ายและระยะเวลาในการระงับข้อพิพาทการลงทุน จากผลการสำรวจของ ICSID ในปี ค.ศ. 2018 สำหรับคดีที่ขึ้นสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการภายใต้ ICSID Convention และมีคำชี้ขาดในช่วงระหว่างวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2015 ถึงวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ. 2017 เป็นจำนวน 63 คดี พบว่ามีการใช้ระยะเวลาในการพิจารณาคดีเฉลี่ยคดีละประมาณ 3 ปี 7 เดือน นับแต่วันที่มีการขึ้นทะเบียนข้อพิพาท โดยแบ่งเป็นช่วงระยะเวลาในการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการเฉลี่ย 258 วัน การรับ-ส่งคำคู่ความและเอกสารต่าง ๆ ก่อนกระบวนการนำสืบพยานเฉลี่ยประมาณ 500 วัน ในกรณีที่ไม่มีกรณียกกระบวนการพิจารณา (bifurcation) และเฉลี่ย 885 วัน ในกรณีที่มีการแยกกระบวนการพิจารณา การไต่ตรองคดีของคณะอนุญาโตตุลาการเพื่อทำคำชี้ขาด (deliberation) เฉลี่ยประมาณ 300 วัน⁷⁹ ซึ่งระยะเวลาที่ใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณานี้ย่อมส่งผลต่อค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ โดยผลสำรวจการอนุญาโตตุลาการภายใต้ ICSID Convention ระหว่างช่วงปี ค.ศ. 2011-2017 พบว่า ค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการในแต่ละคดีคิดเป็นจำนวนเฉลี่ยประมาณ 10 ล้านดอลลาร์สหรัฐ โดยแบ่งเป็น 6 ล้านดอลลาร์สหรัฐในส่วน of ค่าที่ปรึกษากฎหมายของฝั่งนักลงทุน 5 ล้านดอลลาร์สหรัฐในส่วน of ค่าที่ปรึกษากฎหมายของฝั่งรัฐ และ 1 ล้านดอลลาร์สหรัฐในส่วน of ค่าป่วยการอนุญาโตตุลาการและค่าบริหารจัดการคดีของสถาบันอนุญาโตตุลาการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดี⁸⁰ ผลการศึกษาดังกล่าวสอดคล้องกับรายงานของศาลอนุญาโตตุลาการถาวร (Permanent Court of Arbitration: PCA) ในปี ค.ศ. 2018 ที่สรุปว่า ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการการลงทุนที่ PCA เข้าไปมีบทบาทร่วมด้วย ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นกว่าร้อยละ 90 มีที่มาจากค่าตอบแทนที่ปรึกษากฎหมายและพยานผู้เชี่ยวชาญ ในขณะที่อีกร้อยละ 10 มีที่มาจากค่าธรรมเนียมของคณะอนุญาโตตุลาการและสถาบัน

⁷⁸ Ibid., pp. 26-27.

⁷⁹ ICSID Secretariat, 'Proposals for Amendment of the ICSID Rules,' Working Paper Vol. 3, (2 August 2018), pp.899-904 [online] Available from: https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendments_Vol_3_Complete_WP+Schedules.pdf. [16 July 2020]

⁸⁰ Susan D. Franck, *Arbitration Costs: Myths and Realities in Investment Treaty Arbitration*, (Oxford University Press, 2019), p.186 citing Jeffrey Commission and Rahim Moloo, *Procedural Issues in International Investment Arbitration*, (Oxford University Press, 2018), pp.187-188.

อนุญาโตตุลาการ⁸¹

จากปัญหาที่กล่าวมาข้างต้น ส่งผลให้ผู้มีส่วนร่วมในระบบกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศส่วนใหญ่มีความเห็นพ้องตรงกันถึงความจำเป็นที่จะต้อง “ปฏิรูป” กระบวนการ ISDS ดังที่ UNCTAD ได้กล่าวไว้ในรายงานการลงทุนของโลกประจำปี ค.ศ. 2015 (World Investment Report 2015) ว่า “คำถามตอนนี้ไม่ใช่ว่าควรจะมีการปฏิรูป [ISDS] หรือไม่ แต่เป็นคำถามว่าควรจะมีการปฏิรูปอะไรบ้าง อย่างไร และขอบเขตของการปฏิรูปควรจะอยู่ที่ตรงไหนต่างหาก”⁸²

ในปัจจุบัน กระบวนการปฏิรูปในระดับมหภาคที่น่าจะสำคัญ ครอบคลุมประเด็นต่าง ๆ และประกอบด้วยผู้มีส่วนร่วมจำนวนมากที่สุด⁸³ คือ การดำเนินการของคณะทำงานชุดที่สามของ UNCITRAL ว่าด้วยการปฏิรูปกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐ (UNCITRAL Working Group III: Investor-State Dispute Settlement Reform)⁸⁴ โดย Stephan W. Schill ตั้งข้อสังเกตว่าหากกระบวนการดังกล่าวดำเนินไปอย่างเหมาะสมและบรรลุวัตถุประสงค์ที่ตั้งไว้ ก็อาจจะถูกยกให้เป็นช่วงเวลาแห่งการสถาปนา (constitutional moment) ระบบการกำกับดูแลเศรษฐกิจระหว่างประเทศรูปแบบใหม่ที่ต่างไปจากระบบเดิมอย่างมีนัยสำคัญ⁸⁵ และ Anthea Roberts ได้สรุปจุดยืนของประเทศต่าง ๆ ในที่ประชุมคณะทำงานไว้อย่างน่าสนใจว่า ประกอบด้วยจุดยืนสำคัญที่แตกต่างกันสามลักษณะคือ กลุ่มแรกเห็นว่าควรปฏิรูป ISDS อย่างค่อยเป็นค่อยไป (incrementalist) โดยยังคงใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างนักลงทุนและรัฐ เพียงแต่ต้องปรับปรุงบางสิ่งบางอย่างให้ดีขึ้น กลุ่มที่สองเห็นว่าควรปฏิรูป ISDS เชิงโครงสร้าง (systemic reformer) โดยมีข้อเสนอหลักคือการแทนที่กระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศลักษณะ

⁸¹ Permanent Court of Arbitration, “Duration and Cost of State-State Arbitration Proceedings,” (24 October 2018) [online] Available from : https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/pca_submission_-_duration_and_cost_-_2018_1024.pdf. [22 July 2020]

⁸² James X. Zhan and others, “World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance,” (2016), p. 120 [online] Available from : https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf. [21 July 2020] (“The question is not about whether to reform or not, but about the what, how and extent of such reform.”)

⁸³ Malcolm Langford and others, “UNCITRAL and Investment Arbitration Reform: Matching Concerns and Solutions: An Introduction,” *Journal of World Investment and Trade*, 21 (June 2020), p.170.

⁸⁴ โปรดดู UNCITRAL, “Working Group III: Investor-State Dispute Settlement Reform,” [online] Available from : https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state. [21 July 2020]

⁸⁵ Stephan W. Schill, “Investor-State Dispute Settlement Reform at UNCITRAL: A Looming Constitutional Moment?,” *Journal of World Investment and Trade*, 19 (February 2018), pp.1-2.

อื่น ๆ เช่น ศาลการลงทุนระหว่างประเทศ และกลุ่มที่สามเห็นว่าควรเปลี่ยนแปลงรูปแบบการระงับข้อพิพาทจากฐานราก ยกเลิกกระบวนการ ISDS ระหว่างประเทศทั้งหมด (paradigmatic shifter) กล่าวคือ หากมีข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐเกิดขึ้น นักลงทุนต่างชาติจะไม่มีสิทธิฟ้องคดีโดยตรงต่อองค์กรระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ โดยอาจให้ศาลภายในของรัฐผู้รับการลงทุนเป็นองค์กรตุลาการที่มีเขตอำนาจในการระงับข้อพิพาท หรือจำกัดกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศให้อยู่ในระดับระหว่างรัฐ เช่น การอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐ เท่านั้น โดยข้อเสนอนี้มีพื้นฐานตั้งอยู่บนแนวคิดที่ว่าการลงทุนต่างชาติไม่ควรมีสิทธิดีกว่าคนชาติของรัฐผู้รับการลงทุน⁸⁶ จะเห็นได้ว่าคำว่า “ปฏิรูป” ภายใต้บริบทของ UNCITRAL มีความหมายอย่างกว้าง ครอบคลุมแนวความคิดและรายละเอียดที่หลากหลาย ทั้งการ “ปฏิรูป” บางส่วน (incremental reform) การ “ปฏิรูป” เชิงโครงสร้าง (systemic reform) และการ “ปฏิรูป” กระบวนทัศน์ (paradigmatic reform) ตามความเห็นของรัฐต่าง ๆ ที่แสดงออกมาในแต่ละวาระ อันสามารถเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลาเมื่อพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป⁸⁷

4. ศาลการลงทุนระหว่างประเทศ

แนวคิดที่ว่าด้วยศาลการลงทุนระหว่างประเทศได้รับการกล่าวถึงค่อนข้างมากในช่วงครึ่งหลังของคริสต์ศตวรรษที่ 20 แต่ก็ไม่พบการก่อตั้งศาลการลงทุนระหว่างประเทศอย่างเป็นทางการมากนัก⁸⁸ เว้นแต่ในกรณีของศาลการลงทุนอาหรับเพียงแห่งเดียวที่ถูกตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1985⁸⁹ อย่างไรก็ตาม ในช่วงไม่กี่ปีที่ผ่านมา แนวคิดที่ว่าด้วยการจัดตั้งศาลการลงทุนระหว่างประเทศได้กลายเป็นประเด็นถกเถียงอย่างจริงจังในแวดวงกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศอีกครั้ง โดยการนำของสหภาพยุโรปที่มีท่าทีสนับสนุนแนวคิดนี้อย่างจริงจัง เริ่มตั้งแต่การบรรจุบทบัญญัติว่าด้วย “ระบบศาลการลงทุน” ไว้ในบทที่ 2 (การลงทุน) หัวข้อที่ 3.4 (ระบบศาลการลงทุน) ของร่างความตกลงหุ้นส่วนการค้าและการลงทุนภาคพื้นแอตแลนติก (TTIP) ว่าด้วยการค้าบริการ การลงทุน และการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Trade in Services, Investment and E-Commerce) ที่สหภาพยุโรป

⁸⁶ Anthea Roberts, “Incremental, Systemic, and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration,” *American Journal of International Law*, 112 (July 2018), pp.410-411.

⁸⁷ Ibid, p.415.

⁸⁸ Taylor St. John and Yulia Chernykh, “Déjà vu? Investment Court Proposals from 1960 and Today,” *EJIL:Talk!* (15 May 2018) [online] Available from: <https://www.ejiltalk.org/deja-vu-investment-court-proposals-from-1960-and-today>. [24 August 2020]

⁸⁹ Walid Ben Hamida, “The First Arab Investment Court Decision,” *Journal of World Investment and Trade*, 7 (January 2006), p.699.

เสนอเพื่อใช้เป็นกรอบในการเจรจากับสหรัฐอเมริกา⁹⁰ และต่อมาในบทที่ 8 (การลงทุน) หัวข้อ F (การระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐ) ของความตกลงทางเศรษฐกิจและการค้าที่ครอบคลุม (CETA) กับแคนาดา⁹¹ บทที่ 3 (การระงับข้อพิพาท) หัวข้อ A (การระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและภาคี) ของความตกลงการคุ้มครองการลงทุนกับสิงคโปร์ (EU-Singapore IPA)⁹² และบทที่ 3 (การระงับข้อพิพาท) หัวข้อ B (การระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและภาคี) ของความตกลงการคุ้มครองการลงทุนกับเวียดนาม (EU-Vietnam IPA)⁹³

โดยความตกลงเกี่ยวกับการลงทุนของสหภาพยุโรปที่มีการเจรจาสำเร็จและลงนามเรียบร้อยแล้วถึงบทบัญญัติเรื่องศาลการลงทุน⁹⁴ มีอยู่ด้วยกันทั้งสิ้นสามฉบับคือ CETA EU-Singapore IPA และ EU-Vietnam IPA โดยมีลักษณะร่วมกันที่สำคัญคือ ประกอบด้วยกระบวนการตัดสินคดีสองลำดับชั้น ได้แก่ องค์คณะชั้นต้น (Tribunal หรือ Tribunal of First Instance) และองค์คณะอุทธรณ์ ซึ่งประกอบด้วยสมาชิก (Member) ซึ่งเป็นบุคคลที่ได้รับเสนอชื่อโดยภาคีแต่ละฝ่ายและบุคคลจากประเทศที่สามในสัดส่วนที่เท่ากัน และได้รับการแต่งตั้งโดยภาคีผ่านมติของคณะกรรมการร่วมระหว่างภาคี (Committee) โดยมีวาระดำรงตำแหน่งตามที่ความตกลงกำหนด และอาจมีการต่อวาระได้โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ โดยสมาชิกทุกคนมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามประมวลจริยธรรม (Code of Conduct) ที่กำหนดไว้เพื่อรักษาความเป็นกลางและเป็นอิสระ ทั้งนี้ข้อพิพาทแต่ละคดีจะไม่ได้รับการพิจารณาโดยสมาชิกทุกคน แต่จะถูกพิจารณาโดยองค์คณะ

⁹⁰ Transatlantic Trade and Investment Partnership, Trade in Services, Investment and E-Commerce, Chapter II – Investment, Draft as of 12 November 2015 [online] Available from: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf. [24 August 2020] (“Draft TTIP”)

⁹¹ Comprehensive Economic and Trade Agreement Between Canada and the European Union and Its Member States (signed 30 October 2016 and entered into force provisionally 21 September 2017) [online] Available from: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf [24 August 2020] (“CETA”)

⁹² Investment Protection Agreement Between the European Union and Its Member States and the Republic of Singapore (signed 19 October 2018 and pending ratification) [online] Available from: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5714/download>. [24 August 2020] (“EU-Singapore IPA”)

⁹³ Investment Protection Agreement Between the European Union and Its Member States and the Socialist Republic of Vietnam (signed 30 June 2019 and pending ratification) [online] Available from: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5868/download>. [24 August 2020] (“EU-Vietnam IPA”)

⁹⁴ เพื่อความสะดวกและความง่ายต่อการทำความเข้าใจของผู้อ่าน ผู้เขียนจะใช้คำว่า “ศาลการลงทุน” ในการอธิบายกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐภายใต้ CETA EU-Singapore IPA และ EU-Vietnam IPA ถึงแม้ว่าความตกลงดังกล่าวจะไม่ได้ใช้คำว่าศาลการลงทุนก็ตาม.

พิจารณาขั้นต้นหรือองค์คณะพิจารณาอุทธรณ์ซึ่งประกอบด้วยสมาชิกจากภาคีฝ่ายละ 1 คน และสมาชิกจากประเทศที่สามอีก 1 คนซึ่งได้รับการจัดสรรคดีโดยวิธีการสุ่ม ภายในกรอบระยะเวลาที่กำหนดไว้อย่างชัดเจน (แต่อาจขยายได้หากมีเหตุอันสมควร) และภาคีเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายประจำที่เกิดขึ้นของศาลการลงทุน เช่น ค่าธรรมเนียมการประจำการของสมาชิกองค์คณะ (retainer fee) และเงินเดือนประจำของฝ่ายเลขาธิการ ซึ่ง CETA และ EU-Singapore IPA กำหนดให้ภาคีทั้งสองฝ่ายรับผิดชอบในสัดส่วนที่เท่ากัน แต่ EU-Vietnam IPA กำหนดให้พิจารณาอัตราตามระดับการพัฒนา อย่างไรก็ตามสำหรับค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจริงในชั้นพิจารณาคดีอาจมีรายละเอียดแตกต่างกันบ้างในแต่ละความตกลง กล่าวคือ ในส่วนของค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายขององค์คณะพิจารณาคดีขั้นต้น และค่าธรรมเนียมการให้บริการของฝ่ายเลขาธิการของคดีทั้งในชั้นต้นและชั้นอุทธรณ์ คู่พิพาทเป็นผู้รับผิดชอบภายใต้ความตกลงทั้งสามฉบับ แต่ในส่วนของค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายขององค์คณะพิจารณาอุทธรณ์ CETA และ EU-Vietnam IPA กำหนดให้คู่พิพาทเป็นฝ่ายรับผิดชอบ ในขณะที่ EU-Singapore IPA กำหนดให้ภาคีทั้งสองฝ่ายรับผิดชอบฝ่ายละเท่า ๆ กัน⁹⁵

ในส่วนของการอุทธรณ์ องค์คณะพิจารณาอุทธรณ์มีอำนาจตรวจสอบคำชี้ขาดชั่วคราว (provisional award) ขององค์คณะพิจารณาขั้นต้นว่าองค์คณะพิจารณาคดีขั้นต้นตีความและปรับใช้หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องผิดหรือประเมินข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายในประเทศผิดไปอย่างชัดแจ้งหรือไม่ หรือดำเนินกระบวนการพิจารณาถูกต้องหรือไม่ (ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 52 ของ ICSID Convention) และต้องพิจารณาอุทธรณ์ให้เสร็จภายใน 180 วันนับแต่วันยื่นอุทธรณ์ ทั้งนี้อาจขยายได้แต่รวมแล้วไม่เกิน 270 วัน (แต่อาจมีเหตุยกเว้นเป็นอย่างอื่น) โดยมีอำนาจวินิจฉัยยืน แก่ หรือกลับคำชี้ขาดขององค์คณะขั้นต้นได้ และอาจส่งเรื่องกลับให้องค์คณะขั้นต้นพิจารณาได้หากเห็นสมควร⁹⁶

นอกจากนี้ ในส่วนของการบังคับตามคำชี้ขาดที่เป็นที่สุด ความตกลงทั้งสามฉบับกำหนดว่าภาคีมีพันธกรณีต้องยอมรับและปฏิบัติตามคำชี้ขาดโดยไม่ชักช้า โดยให้ถือว่าคำชี้ขาดที่เป็นที่สุดมีสถานะเป็นคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการที่ตกอยู่ภายใต้บังคับของ New York Convention และหากคู่พิพาทเลือกที่จะใช้กระบวนการพิจารณาภายใต้ ICSID Convention และ ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings ให้ถือว่าคำชี้ขาดดังกล่าวเป็นคำชี้ขาดที่ตกอยู่ภายใต้บังคับของ ICSID Convention ด้วย⁹⁷ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้คู่พิพาทสามารถบังคับคำชี้ขาดได้

⁹⁵ Article 8.27 and 8.28 of CETA; article 3.9 and 3.10 of EU-Singapore IPA; article 3.38 and 3.39 of EU-Vietnam IPA

⁹⁶ Article 8.28 of CETA; article 3.10 of EU-Singapore IPA; article 3.39 of EU-Vietnam IPA

⁹⁷ Article 8.41 of CETA; article 3.22 of EU-Singapore IPA; article 3.57 of EU-Vietnam IPA

ภายใต้ระบบกฎหมายอันทรงประสิทธิภาพที่มีอยู่เดิมตาม New York Convention หรือ ICSID Convention ซึ่งมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่าการระบุงบข้อความดังกล่าวไว้ในความตกลงจะส่งผลให้ “คำชี้ขาด” ที่เกิดขึ้นจากกระบวนการระงับข้อพิพาทในรูปแบบของศาลการลงทุนซึ่งมีลักษณะแตกต่างไปจากกระบวนการอนุญาโตตุลาการการลงทุนของ ISDS รูปแบบดั้งเดิมอย่างมีนัยสำคัญ เช่น กระบวนการแต่งตั้งผู้ตัดสินคดี และการเพิ่มกระบวนการอุทธรณ์ สามารถบังคับได้ในรัฐที่ไม่ได้เป็นภาคีของ CETA EU-Singapore IPA หรือ EU-Vietnam IPA แต่เป็นภาคีของ New York Convention หรือ ICSID Convention หรือไม่⁹⁸

นอกจากนี้ ลักษณะสำคัญอีกประการหนึ่งของศาลการลงทุนตามความตกลงทั้งสามฉบับนี้ คือ เป็นศาลการลงทุนในระดับทวิภาคีเท่านั้น กล่าวคือ เมื่อความตกลงทั้งสามฉบับนี้มีผลใช้บังคับ จะต้องมีการจัดตั้งระบบศาลการลงทุนขึ้นมาทั้งสิ้นสามศาล โดยแต่ละศาลจะมีเขตอำนาจจำกัด เฉพาะข้อพิพาทการลงทุนที่อยู่ภายใต้บังคับของความตกลงนั้น ๆ เท่านั้น โดยสหภาพยุโรปและภาคีมีความมุ่งหมายว่าหากในอนาคตมีศาลการลงทุนในลักษณะนี้จำนวนมากขึ้น จะพิจารณายกเลิกศาลการลงทุนทวิภาคี และแก้ไขความตกลงที่มีอยู่เดิมให้ใช้ศาลการลงทุนพหุภาคีที่จะมีการตั้งขึ้นในอนาคตในการระงับข้อพิพาทการลงทุนภายใต้สนธิสัญญาทวิภาคีฉบับต่าง ๆ ทั้งหมดหรือสนธิสัญญาการลงทุนพหุภาคีที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต⁹⁹ ซึ่งแผนการดำเนินงานดังกล่าวสอดคล้องกับความประสงค์ของสหภาพยุโรปที่ต้องการจะสร้างแรงกระตุ้นให้ประเทศต่าง ๆ ให้การยอมรับศาลการลงทุนระหว่างประเทศอย่างค่อยเป็นค่อยไปจนในที่สุดสามารถก่อตั้งศาลการลงทุนพหุภาคีได้เป็นผลสำเร็จ¹⁰⁰ ผ่านการเจรจาในระดับทวิภาคีและการเจรจาในระดับพหุภาคีซึ่งปัจจุบันกำลังดำเนินการอยู่ในเวทีการประชุมของ UNCITRAL¹⁰¹ กล่าวในอีกมุมหนึ่ง การจัดตั้งศาลการลงทุน

⁹⁸ โปรดดู Albert Jan Van Den Berg, “Appeal Mechanism for ISDS Awards: Interaction with the New York and ICSID Conventions,” *ICSID Review*, 34 (Winter 2019), p.156; N. Jansen Calamita, “The (In) Compatibility of Appellate Mechanisms with Existing Instruments of the Investment Treaty Regime,” *Journal of World Investment and Trade*, 18 (August 2017), p.585.

⁹⁹ Article 8.29 of CETA; article 3.12 of EU-Singapore IPA; article 3.41 of EU-Vietnam IPA

¹⁰⁰ Joanna Jemielniak, “How Much of a Court?: The EU Investment Court System as a Hybrid Mechanism,” in *China-European Union Investment Relationships: Towards a New Leadership in Global Investment Governance?*, ed. Julien Chaisse (Edward Elgar, 2018), p.230; David M. Howard, “Creating Consistency Through a World Investment Court,” *Fordham International Law Journal*, 41 (2017), p.51.

¹⁰¹ European Commission, “Annex to the Recommendation for a Council Decision Authorising the Opening of Negotiations for a Convention Establishing a Multilateral Court for the Settlement of Investment Disputes,” (13 September 2017), para 3 [online] Available from: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:df96826b-985e-11e7-b92d-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_2&format=PDF. [5 September 2020]

ทวิภาคีไม่ใช่เป้าประสงค์สุดท้ายของสหภาพยุโรป แต่เป็นสิ่งที่สหภาพยุโรปพิจารณาแล้วว่าต้องสร้างให้เกิดขึ้นเพราะความจำเป็นทางการเมืองภายในของสหภาพยุโรปและเปรียบเสมือนห้องทดลองการทำงานของศาลการลงทุนระหว่างประเทศขนาดย่อมก่อนที่จะค่อย ๆ เติบโตพัฒนาไปสู่การสร้างศาลการลงทุนพหุภาคีต่อไป¹⁰² แม้ว่าในความเป็นจริงศาลการลงทุนทวิภาคีอาจจะไม่ได้แก้ปัญหาที่สำคัญบางประการของ ISDS ตามที่มีผู้วิพากษ์วิจารณ์ไว้ก็ตาม

ยิ่งไปกว่านั้น หากพิจารณาบทบัญญัติว่าด้วยศาลการลงทุนโดยละเอียดแล้ว อาจตั้งข้อสังเกตได้ว่า องค์กระบวนข้อพิพาทลักษณะใหม่นี้มีความเป็น “ศาล” มากน้อยเพียงใด¹⁰³ ดังปรากฏในความตกลงที่เกี่ยวข้องว่า ภาคีตั้งใจหลีกเลี่ยงการใช้คำว่าศาลและผู้พิพากษา โดยมีเพียงร่าง TTIP เท่านั้น ที่ใช้คำว่า “ระบบศาลการลงทุน” (Investment Court System)¹⁰⁴ และ “ผู้พิพากษา” (Judge)¹⁰⁵ ในขณะที่ CETA EU-Singapore IPA และ EU-Vietnam IPA ไม่ปรากฏการใช้คำว่า “ศาล” (Court) แทนการพูดถึงกระบวนการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างนักลงทุนและรัฐตามสนธิสัญญา โดยเลือกใช้คำว่า “องค์กร” (Tribunal) แทน¹⁰⁶ และยังระบุให้นักลงทุนผู้เรียกร้องสามารถเลือกใช้ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการและ UNCITRAL กับกระบวนการพิจารณา¹⁰⁷ โดยภาคีกำหนดให้สถาบันอนุญาโตตุลาการที่บริหารจัดการคดีอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องกับรัฐ (ICSID) ทำหน้าที่เป็นฝ่ายเลขานุการ¹⁰⁸ นอกจากนี้ยังมีการกำหนดให้คำตัดสินที่เป็นที่สุดขององค์กระบวนข้อพิพาทเหล่านี้มีสถานะเป็นคำชี้ขาด

¹⁰² European Commission, “The Multilateral Investment Court Project,” (21 December 2016) [online] Available from: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1608>. [1 September 2020]

¹⁰³ *Supra* Note 100 “How Much of a Court?: The EU Investment Court System as a Hybrid Mechanism,” p.245; Céline Lévesque, “The European Commission Proposal for an Investment Court System: Out with the Old, In with the New?,” (2 0 1 6), p.1 [online] Available from : https://www.cigionline.org/sites/default/files/isa_paper_series_no.10_0.pdf [15 June 2020]; Catharine Titi, “The European Union’s Proposal for an International Investment Court: Significance, Innovations and Challenges Ahead,” **Transnational Dispute Management**, 1 (2017), p.29. Cf. Elsa Sardinha, “The New EU-Led Approach to Investor- State Arbitration: The Investment Tribunal System in the Comprehensive Economic Trade Agreement (CETA) and the EU- Vietnam Free Trade Agreement,” **ICSID Review**, 32 (Fall 2017), p.629.

¹⁰⁴ Ch II, sec 3, sub-sec 4 of Draft TTIP

¹⁰⁵ Ch II, sec 3, art 9 of Draft TTIP

¹⁰⁶ Article 8.27 of CETA; article 3.9 of EU-Singapore IPA; article 3.38 of EU-Vietnam IPA

¹⁰⁷ Ch II, sec 3, art 30 of Draft TTIP; article 8.23 of CETA; article 3.6 of EU-Singapore IPA; article 3.33 of EU-Vietnam IPA

¹⁰⁸ Ch II, sec 3, arts 9-10 of Draft TTIP; article 8.27 of CETA; article 3.9-3.10 of EU-Singapore IPA; article 3.38-3.39 of EU-Vietnam IPA

อนุญาโตตุลาการภายใต้บังคับของ New York Convention หรือ ICSID Convention แล้วแต่กรณีเพื่อประโยชน์แห่งการบังคับคดีด้วย¹⁰⁹ จึงมีผู้กล่าวว่าศาลการลงทุนภายใต้ความตกลงเหล่านี้คงมีลักษณะเป็นเพียง “การอนุญาโตตุลาการที่ประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการจำนวนจำกัด”¹¹⁰ “ลูกผสมระหว่างศาลและคณะอนุญาโตตุลาการ” ซึ่งมี “ผู้พิพากษา” ทำ “คำชี้ขาด”¹¹¹ หรืออนุญาโตตุลาการที่สวมชุดครุยของผู้พิพากษาเท่านั้น¹¹²

5. บทวิเคราะห์

Jan Paulsson นักวิชาการและที่ปรึกษากฎหมายที่มีบทบาทสำคัญอย่างมากต่อพัฒนาการของกฎหมายอนุญาโตตุลาการและการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐเขียนบทความในปี ค.ศ. 1995 ว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐที่ไม่ได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของสัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างคู่พิพาท (นักลงทุน-รัฐ) โดยตรง (“Arbitration Without Privity”) แต่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของสนธิสัญญาระหว่างรัฐ “เป็นเครื่องมือที่มีความเปราะบาง เหตุการณ์เพียงครั้งเดียวซึ่งอนุญาโตตุลาการผู้ขอพยานยัดตลิดคดีเกินไปกว่าขอบเขตอำนาจหน้าที่ที่เหมาะสมในคดีซึ่งมีความละเอียดอ่อนอาจเพียงพอที่จะทำให้เกิดปฏิกิริยาที่รุนแรง” อันนำไปสู่ความเปลี่ยนแปลงสำคัญได้¹¹³ ซึ่งเป็นคำกล่าวที่สอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบันของการปฏิรูป ISDS เป็นอย่างมาก กล่าวคือ คลื่นความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นนี้มีสาเหตุจากเหตุการณ์ที่กระทบส่วนได้เสียและมุมมองที่มีต่อกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศของผู้มีส่วนร่วมหรือประเทศที่มีอิทธิพลทางการเมืองและเศรษฐกิจของโลกอย่างมีนัยสำคัญ

กล่าวโดยเฉพาะในเรื่องของพัฒนาการการก่อตั้งศาลการลงทุนระหว่างประเทศอย่างเป็นทางการภายใต้ความตกลงการลงทุนของสหภาพยุโรป ปฏิเสธไม่ได้ว่าการที่ประเทศต่าง ๆ ซึ่งเป็น

¹⁰⁹ Ch II, sec 3, art 6 of Draft TTIP; article 8.41 of CETA; article 3.22 of EU-Singapore IPA; article 3.57 of EU-Vietnam IPA

¹¹⁰ Todd Weiler and Ian A. Laird, “International Investment Arbitration: Revolutionary Development or Doomed Experiment,” in *Investment Treaty Arbitration and International Law*, eds. Ian A. Laird and others (Juris Publishing, 2017), p.355.

¹¹¹ August Reinisch, “The European Union and Investor-State Dispute Settlement: From Investor-State Arbitration to a Permanent Investment Court,” (2016), p.25 [online] Available from : https://www.cigionline.org/sites/default/files/isa_paper_series_no.2.pdf. [30 May 2020]

¹¹² *Supra* Note 103 “The European Union’s Proposal for an International Investment Court: Significance, Innovations and Challenges Ahead,” p.29.

¹¹³ Jan Paulsson, “Arbitration Without Privity,” *ICSID Review* 10 (Fall 1995), p.257. ในทำนองเดียวกัน ดู Michael D. Goldhaber, “Wanted: A World Investment Court,” *Transnational Dispute Management*, 1 (2004), p.3.

สมาชิกสำคัญของสหภาพยุโรป เช่น เยอรมนี สเปน อิตาลี ถูกฟ้องคดี ISDS โดยนักลงทุนต่างชาติมากขึ้นอย่างมากในช่วงทศวรรษที่ผ่านมา มีส่วนสำคัญที่ทำให้ท่าทีของสหภาพยุโรปเปลี่ยนแปลงไป เมื่อประกอบกับผลของสนธิสัญญาสิทธิการลงทุนที่ทำให้สหภาพยุโรปมีบทบาทมากขึ้นในการกำหนดนโยบายการค้าและการลงทุนอย่างเป็นเอกเทศจากประเทศสมาชิก ก็ยิ่งทำให้บทบาทของสหภาพยุโรปในการผลักดันเรื่องนี้มีความชัดเจนและทรงพลังมากขึ้น¹¹⁴ และการที่สหภาพยุโรปมีมุมมองที่เป็นลบต่อระบบ ISDS ก็ส่งผลให้ข้อวิจารณ์ความชอบธรรมของระบบ ISDS มีน้ำหนักมากขึ้นด้วย¹¹⁵

แม้ระบบ ISDS โดยการอนุญาโตตุลาการอย่างที่เป็นอยู่จะมีข้อเสียดังที่กล่าวมาก่อนหน้า แต่ด้วยความที่สหภาพยุโรปยังคงมองว่ากระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและนักลงทุนตามกฎหมายระหว่างประเทศยังมีความสำคัญอยู่ และเป็นทางเลือกที่ดีกว่าการย้อนกลับไปใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐผ่านกระบวนการให้ความคุ้มครองทางการทูต หรือการระงับข้อพิพาทโดยศาลภายในของรัฐผู้รับการลงทุน¹¹⁶ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อพิจารณาจากการที่ประเทศสมาชิกส่วนใหญ่ของสหภาพยุโรปยังคงมีสถานะเป็นประเทศผู้ส่งออกการลงทุนที่สำคัญ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องให้ความคุ้มครองนักลงทุนของตนที่ไปลงทุนในต่างประเทศด้วย ดังนั้นเมื่อพิจารณาถึงประโยชน์ได้เสียที่เกี่ยวข้องแล้ว สหภาพยุโรปจึงตัดสินใจว่าการคงไว้ซึ่งระบบ ISDS ยังเป็นสิ่งที่พึงประสงค์และสำคัญยิ่ง¹¹⁷ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงความเป็นจริงในทางการเมืองที่มีกระแสต่อต้านระบบ ISDS อย่างรุนแรง ทำให้การนำการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ในทางปฏิบัติ และกลายเป็นเรื่องต้องห้ามที่นักการเมืองของสหภาพยุโรปไม่ประสงค์ข้องเกี่ยวกับ¹¹⁸ ส่งผลให้สหภาพยุโรปต้องหาเครื่องมือ ISDS รูปแบบอื่นเข้ามาแทนที่การอนุญาโตตุลาการที่มีอยู่เดิม เพื่อแสดงให้เห็นถึงความพยายามจัดการปัญหาของ ISDS¹¹⁹ ศาลการลงทุนจึงเป็นตัวเลือกที่ดีที่สุดในสถานการณ์นี้ ดังที่คณะกรรมการสิทธิการยุโรปได้

¹¹⁴ Lee M. Caplan, "ISDS Reform and the Proposal for a Multilateral Investment Court," *Berkeley Journal of International Law*, 37 (March 2019), p.209.

¹¹⁵ *Supra* Note 103 "The European Union's Proposal for an International Investment Court: Significance, Innovations and Challenges Ahead," p.34.

¹¹⁶ José Manuel Álvarez Zárte and others, "Duration of Investor-State Dispute Settlement Proceedings," *Journal of World Investment and Trade*, 21 (June 2020), p.330.

¹¹⁷ Zhang Zhiyong, "How to Reform Investor-to-State Dispute Settlement Mechanism: EU's Practice and Implications," *Journal of WTO and China*, 6 (2016), p.33, 44.

¹¹⁸ Robert W. Schwieder, "TTIP and the Investment Court System: A New (and Improved) Paradigm for Investor-State Adjudication," *Columbia Journal of Transnational Law*, 55 (2016), pp.225-226.

¹¹⁹ European Federation for Investment Law and Arbitration, "Task Force Paper Regarding the Proposed International Court System," (1 February 2016), p.3 [online] Available from : https://efila.org/wp-content/uploads/2016/02/EFILA_TASK_FORCE_on_ICS_proposal_1-2-2016.pdf. [20 June 2021]

กล่าวถึงจุดยืนการเจรจาสนธิสัญญานับแต่ไป “ระบบศาลการลงทุน” ซึ่งประกอบด้วย “ผู้พิพากษา” ที่ได้รับการแต่งตั้งโดยรัฐจะเป็นแนวทางที่ถูกนำมาใช้ในการเจรจาความตกลงการค้าการลงทุน และในมุมมองของสหภาพยุโรป ระบบ ISDS อย่างที่เป็นอยู่เดิมได้ “ตาย” ไปแล้ว¹²⁰

ด้วยเหตุดังกล่าว จึงมีความจำเป็นที่จะต้องประเมินว่าศาลการลงทุนสามารถแก้ไขปัญหาวិพาทข้อพิพาทที่มีต่อการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐซึ่งถูกใช้เป็นกระบวนการ ISDS ในรูปแบบดั้งเดิมได้หรือไม่ อย่างไร และจะนำมาซึ่งข้อดี ข้อเสีย หรือผลกระทบอะไรบ้าง เพื่อนำไปสู่ข้อเสนอแนะในท้ายที่สุดว่ามีปัจจัยอะไรบ้างที่ประเทศไทยควรคำนึงถึงเพื่อกำหนดท่าทีหรือจุดยืนต่อการก่อตั้งศาลการลงทุนในการเจรจาสนธิสัญญาการลงทุนต่อไป โดยผู้เขียนจะพิจารณาปัจจัย 3 ประการ ได้แก่ ผู้ตัดสินคดี ความสม่ำเสมอของคำตัดสิน และค่าใช้จ่ายและระยะเวลาในการระงับข้อพิพาท

5.1 ผู้ตัดสิน

ความแตกต่างที่สำคัญที่สุดของการอนุญาโตตุลาการและศาลการลงทุนคือที่มาของผู้ตัดสินคดี ซึ่งเป็นความเปลี่ยนแปลงที่มีขึ้นเพื่อแก้ไขข้อครหาเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการเป็นสำคัญ เนื่องจากมีผู้เห็นว่าการออกแบบระบบการระงับข้อพิพาทให้คู่พิพาทมีส่วนร่วมโดยตรงในการกำหนดตัวผู้ตัดสินคดี และค่าตอบแทนของผู้ตัดสินคดีที่ขึ้นอยู่กับจำนวนคดีและปริมาณงานที่ทำเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินใจในทางที่เป็นคุณกับนักลงทุน¹²¹ ดังนั้น การเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขการกำหนดตัวผู้ตัดสินคดีไม่ให้นักลงทุนมีส่วนร่วมโดยตรงในการเลือกสมาชิกองค์คณะของศาลการลงทุนจึงน่าจะช่วยลดกระแสวิพาทข้อพิพาทดังกล่าวได้ในระดับหนึ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่สมาชิกองค์คณะได้รับค่าตอบแทนเป็นเงินเดือนประจำที่ชัดเจนแน่นอนเพียงทางเดียว

อย่างไรก็ดี ปัญหาเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระของผู้ตัดสินคดีคงไม่ได้หมดไปโดยสิ้นเชิง เพียงแต่มีลักษณะเปลี่ยนไปเท่านั้น กล่าวคือจะเกิดข้อกังวลในอีกลักษณะหนึ่งว่าสมาชิกองค์คณะที่ได้รับการแต่งตั้งโดยภาควิชาของสนธิสัญญาการลงทุนจะมีอคติไปในทางที่เป็นคุณกับภาคีผู้รับการลงทุนและเป็นผู้ถูกฟ้องคดีหรือไม่¹²² ซึ่งเมื่อพิจารณาในรายละเอียดแล้วก็อาจไม่ใช่ข้อกังวล

¹²⁰ European Commission, “A New EU Trade Agreement with Japan,” (July 2018), p.6 [online] Available from : https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/july/tradoc_155684.pdf. [3 July 2021]

¹²¹ โปรดดูหัวข้อที่ 3.2

¹²² Charles N. Brower and Jawad Ahmad, “From the Two-Headed Nightingale to the Fifteen-Headed Hydra: The Many Follies of the Proposed International Investment Court,” *Fordham International Law Journal*,

ที่จะเกิดขึ้นจริงเสมอไป เนื่องจากในเวลาทำภาคีทำการคัดเลือกบุคคลที่เหมาะสมดำรงตำแหน่งล่วงหน้าก่อนที่จะมีข้อพิพาทเกิดขึ้น ภาคีจะต้องทำการตัดสินใจบนพื้นฐานของความเป็นไปได้ทั้งสองทางว่านักลงทุนของตนจะเป็นผู้ฟ้องคดีและตนจะตกเป็นผู้ถูกฟ้องคดี¹²³ อนึ่ง หากพิจารณาในบริบทความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างไทยและสหภาพยุโรปที่มีความไม่เท่าเทียมกันอย่างชัดเจน และการที่ประเทศไทยน่าจะเป็นรัฐผู้รับการลงทุนเสียเป็นส่วนใหญ่ในความสัมพันธ์ทวิภาคีนี้ ก็มีความเป็นไปได้สูงว่าสหภาพยุโรปจะเลือกผู้ตัดสินคดีที่มีความเห็นไปในทางที่เป็นคุณกับนักลงทุน และในทางกลับกันประเทศไทยก็จะเลือกผู้ตัดสินคดีที่ให้ความสำคัญกับการใช้อำนาจกำกับดูแลของรัฐ ส่งผลให้พลวัตขององค์คณะพิจารณาตัดสินซึ่งประกอบด้วยสมาชิกจำนวน 3 คน ไม่น่าจะแตกต่างจากพลวัตของคณะอนุญาโตตุลาการอย่างที่เป็นอยู่ในปัจจุบันมากนัก¹²⁴

นอกจากนี้ยังมีแนวโน้มว่าประเด็นเรื่องสัญชาติของผู้ตัดสินคดีจะกลายเป็นจุดสนใจของการวิเคราะห์แนวทางการตัดสินคดีของศาลการลงทุนในอนาคต¹²⁵ เช่นเดียวกับปัญหาเรื่องความเหมาะสมของการแต่งตั้งบุคคลซึ่งอาจมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับรัฐบาลเป็นสมาชิกองค์คณะของศาลการลงทุน¹²⁶ ในทำนองเดียวกัน การกำหนดให้คณะกรรมการร่วมของภาคีมีอำนาจพิจารณาต่อวาระการดำรงตำแหน่งของสมาชิกองค์คณะจะนำมาซึ่งข้อวิจารณ์ถึงความเป็นกลางและความ

41 (May 2018), p.811; Joshua B. Simmons, "The Misdiagnosed Investment Court: The Wrong Remedy for the Right Problem," in *Investment Treaty Arbitration and International Law*, eds. Ian A. Laird and others (Juris Publishing, 2017), p.41; José Manuel Alvarez Zárata, "Legitimacy Concerns of the Proposed Multilateral Investment Court: Is Democracy Possible?," *Boston College Law Review*, 59 (2018), p.2789.

¹²³ *Supra* Note 103 "The European Commission Proposal for an Investment Court System: Out with the Old, In with the New?," p.9; *Supra* Note 100 "Creating Consistency Through a World Investment Court," p.26; Rob Howse, "Courting the Critics of Investor-State Dispute Settlement: The EU Proposal for a Judicial System for Investment Disputes," (2015), p.10 [online] Available from: https://cdn-media.web-view.net/i/fj3t288ah/Courting_the_Criticsdraft1.pdf. [7 July 2021]

¹²⁴ W. Michael Reisman, "Negotiating Investment Treaties: Mechanisms for Anticipating and Controlling Textual Drift," (19 April 2016), p.19 [online] Available from: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2789796. [7 July 2021]

¹²⁵ Ning Hongling and Qi Tong, "A Chinese Perspective on the Investment Court System in the Context of Negotiating EU-China Bit," *Tsinghua China Law Review*, 11 (2018), p.120; Chi-Chung Kao, "Assessing the Rules of Appointing Arbitrators under the EU's Investment Court System," *European Review*, 27 (May 2019), p.214.

¹²⁶ American Bar Association, "Investment Treaty Working Group: Task Force Report on the Investment Court System Proposal," (2016), p.13 [online] Available from: <http://www.appletonlaw.com/wp-content/uploads/2017/06/ITWG-Task-Force-Report-on-the-Investment-Court-System-Proposal-Executive-Summary.pdf>. [20 June 2021]

เป็นอิสระของผู้ตัดสินคดี¹²⁷ ในส่วนของการจัดปัญหาเรื่องการสมทบซ้อนกันโดยกำหนดไว้ในคุณสมบัติของผู้ที่จะทำหน้าที่เป็นสมาชิกองค์คณะว่าห้ามมิให้ประกอบอาชีพอื่น หรือทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษากฎหมายหรือพยานในคดีข้อพิพาทอื่นที่มีลักษณะเดียวกันควบคู่กันไปด้วยก็เป็นพัฒนาการที่ดีหากคำนึงถึงเงื่อนไขเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระเป็นสำคัญ¹²⁸ แต่ก็เป็นเงื่อนไขที่กำหนดได้เช่นกันในกรณีของการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ดังที่ปรากฏในมาตรา 4 ของร่างประมวลจริยธรรมของผู้ตัดสินคดีในข้อพิพาทการลงทุนระหว่างประเทศ (Draft Code of Conduct for Adjudicators in International Investment Disputes) ซึ่งจัดทำร่วมกันโดย ICSID และ UNCITRAL¹²⁹

นอกจากเงื่อนไขด้านความเป็นกลางและความเป็นอิสระแล้ว การแต่งตั้งสมาชิกองค์คณะพึงคำนึงถึงความสามารถที่จำเป็นต่อการพิจารณาตัดสินคดีเป็นสำคัญ โดยพึงให้ความสำคัญกับความรู้ความเข้าใจของผู้ได้รับการพิจารณาที่มีต่อกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ และอาจรวมถึงผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายปกครองซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ และเพื่อดึงดูดให้บุคคลที่มีความรู้ความสามารถยินดีเข้ารับตำแหน่งและปฏิบัติหน้าที่ การกำหนดค่าตอบแทนที่มีความเหมาะสมก็เป็นสิ่งที่จำเป็น¹³⁰ อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาในภาพรวมแล้ว ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า การนำระบบศาลการลงทุนมาใช้ อาจจะทำให้ความหลากหลายด้านความเชี่ยวชาญและความรู้ความสามารถของสมาชิกองค์คณะพิจารณาคดีแต่ละคดีมีความลดน้อยลงเมื่อพิจารณาถึงปริมาณและคุณสมบัติของตัวเลือกผู้พิจารณาคดีที่ถูกกำหนดไว้แน่นอนตายตัวล่วงหน้าและกระบวนการจัดสรรคดีแบบสุ่มซึ่งอาจทำให้ผู้ซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับข้อพิพาทที่เป็นประเด็นไม่ได้รับการมอบหมายให้ตัดสินคดี¹³¹ นอกจากนี้ในส่วนของความหลากหลายของผู้ตัดสินคดีในภาพรวม (diversity) ปัจจัยอื่น ๆ เช่น

¹²⁷ *Supra* Note 118 “TTIP and the Investment Court System: A New (and Improved) Paradigm for Investor-State Adjudication,” p.203; José E. Alvarez, “To Court or Not to Court?,” *MegaReg Forum* (15 July 2016), p.3 [online] Available from : https://iilj.org/wp-content/uploads/2016/08/Alvarez_ILJ-MegaRegForum_Paper_2016-2.pdf. [4 July 2021]

¹²⁸ Article 8.30(1) of CETA; article 3.11(1) of EU-Singapore IPA; article 3.40(1) of EU-Vietnam IPA

¹²⁹ “Code of Conduct for Adjudicators in International Investment Disputes, Version Two Draft,” (19 April 2021) [online] Available from https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/draft_code_of_conduct_v2_en_final.pdf. [16 August 2021]

¹³⁰ *Supra* Note 111 “The European Union and Investor-State Dispute Settlement: From Investor-State Arbitration to a Permanent Investment Court,” p. 25.

¹³¹ Article 8.27 and 8.28 of CETA; article 3.9 and 3.10 of EU-Singapore IPA; article 3.38 and 3.39 of EU-Vietnam IPA

เพศ อายุ และเชื้อชาติของสมาชิกองค์คณะก็เป็นสิ่งที่พึงนำมาใช้ประกอบการพิจารณาในการกำหนดตัวบุคคลที่เหมาะสมด้วยเช่นกัน ซึ่งแม้ว่าจะจะเป็นปัจจัยที่ควบคุมได้ง่ายกว่าเมื่อระบบการระงับข้อพิพาทมีความเป็นสถาบันมากขึ้นอย่างในกรณีของศาลการลงทุนเมื่อเทียบกับกระบวนการที่มีลักษณะเฉพาะกิจเช่นอนุญาโตตุลาการ แต่สุดท้ายแล้วก็ขึ้นอยู่กับภาคีซึ่งมีส่วนสำคัญในการกำหนดตัวบุคคลว่าจะให้ความสำคัญกับประเด็นเรื่องความหลากหลายมากน้อยเพียงใด¹³²

พึงกล่าวในที่นี้ด้วยว่า ปัจจัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดตัวผู้ตัดสินคดีที่กล่าวไปข้างต้นจะมีพลวัตเปลี่ยนแปลงไปอย่างสิ้นเชิงในกรณีของศาลการลงทุนพหุภาคี เนื่องจากสิทธิและอิทธิพลในการกำหนดตัวบุคคลของรัฐแต่ละรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับรัฐที่มีอำนาจต่อรองไม่มากนักในเวทีระหว่างประเทศ จะลดน้อยลงอย่างมีนัยสำคัญจนถึงขนาดที่ว่าบางรัฐอาจจะไม่มีสิทธิมีเสียงใด ๆ ในการกำหนดตัวสมาชิกองค์คณะของศาลการลงทุนพหุภาคี และกระบวนการเสนอตัวบุคคลตลอดไปจนถึงกระบวนการแต่งตั้งในท้ายที่สุดน่าจะถูกรอบงำโดยมูลเหตุทางการเมืองระหว่างประเทศเป็นสำคัญ ดังปรากฏตัวอย่างให้เห็นในกรณีของศาลระหว่างประเทศอื่น ๆ ที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน¹³³

5.2 ความสม่ำเสมอของคำตัดสิน

แนวคิดที่ว่าด้วยการจัดตั้งศาลการลงทุนที่จะส่งผลต่อความสม่ำเสมอและความสอดคล้องของคำตัดสินอย่างมีนัยสำคัญคือการรวมศูนย์ (centralization) การระงับการระงับข้อพิพาทการลงทุนไว้ที่สถาบันเดียวกัน อันจะส่งผลให้กลุ่มผู้ตัดสินคดีเป็นกลุ่มบุคคลเดียวกันและแนวทางการตัดสินคดีมีแนวโน้มไปในทิศทางเดียวกันมากขึ้น¹³⁴ เช่นเดียวกับการตั้งองค์คณะอุทธรณ์ขึ้นเพื่อตรวจสอบ “ความถูกต้อง” ของคำตัดสินขององค์คณะชั้นต้น ซึ่งก็มีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการทำงาน

¹³² Gabrielle Kaufmann-Kohler and Michele Potestà, “The Composition of a Multilateral Investment Court and of an Appeal Mechanism for Investment Awards,” *CIDS Supplemental Report*, (15 November 2017), paras 64-66 [online] Available from: https://lk-k.com/wp-content/uploads/2017/11/CIDS_Supplemental_Report.pdf [6 July 2021]; Andrea K. Bjorklund and others, “The Diversity Deficit in International Investment Arbitration,” *Journal of World Investment and Trade*, 21 (June 2020): 426-428.

¹³³ Teresa Cheng, “The Search for Order within Chaos in the Evolution of ISDS,” *ICSID Review*, 32 (Winter/Spring 2020): 14; Sergio Puig and Gregory Shaffer, “Imperfect Alternatives: Institutional Choice and the Reform of Investment Law,” *American Journal of International Law*, 112 (July 2018): 367; Aida Torres Pérez, “Can Judicial Selection Secure Judicial Independence? Constraining State Governments in Selecting International Judges,” in *Selecting Europe’s Judges: A Critical Review of the Appointment Procedures to the European Court*, ed. Michal Bobek (Oxford University Press, 2015), pp.188-190.

¹³⁴ *Supra* Note 118 “TTIP and the Investment Court System: A New (and Improved) Paradigm for Investor-State Adjudication,” p.195.

เดียวกัน¹³⁵ ถึงแม้ว่าจะมีข้อพิพาทพิจารณาว่าเพราะเหตุใดคำตัดสินขององค์คณะอุทธรณ์จึงควรจะได้รับที่ยอมรับมากกว่าคำตัดสินขององค์คณะชั้นต้นก็ตาม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่คุณสมบัติของผู้ตัดสินคดีในองค์คณะชั้นต้นและองค์คณะอุทธรณ์ไม่ได้มีความแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ¹³⁶

แต่ไม่ว่ากรณีจะเป็นอย่างไร ด้วยความที่ศาลการลงทุนที่จะถูกกล่าวถึงในกรอบการเจรจา ระหว่างไทยและสหภาพยุโรปคงเป็นเพียงศาลการลงทุนทวิภาคีที่มีเขตอำนาจในการตัดสินคดีที่เกิดขึ้นจากสนธิสัญญาระหว่างไทยและสหภาพยุโรปเท่านั้น จึงยังคงต้องคาดหวังต่อไปว่าศาลการลงทุนที่อาจตั้งขึ้นตามสนธิสัญญาฉบับดังกล่าวจะพิจารณาคำตัดสินคดีโดยคำนึงถึงแนวคำตัดสินของศาลการลงทุนทวิภาคีอื่น หรือคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนตามสนธิสัญญาการลงทุนฉบับอื่น ๆ หรือไม่ เพียงไร¹³⁷ ซึ่งเป็นปัญหาที่คล้ายคลึงกันกับกระบวนการ ISDS ในปัจจุบันที่การตัดสินคดีของคณะอนุญาโตตุลาการแต่ละคณะเป็นเอกเทศต่างหากจากกัน เนื่องจากไม่มีกฎหมายบังคับให้ต้องตัดสินคดีตามแนวคำตัดสินที่มีมาก่อน (*stare decisis*) อันเป็นลักษณะโดยทั่วไปของการวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างประเทศ หรือแม้แต่ในระบบกฎหมายภายในของประเทศที่ไม่ใช่ประเทศคอมมอนลอว์ นอกจากนี้การพิจารณาคดีในรูปแบบขององค์คณะ (chamber หรือ division) ซึ่งประกอบด้วยสมาชิกขององค์คณะพิจารณาที่มีองค์ประกอบแตกต่างกันไปตามระบบการสุ่มที่จะถูกนำมาใช้ ก็ยังนำมาซึ่งความไม่แน่นอนว่าองค์คณะพิจารณาคดีชั้นต้นหรือแม้แต่ต่อองค์คณะพิจารณาอุทธรณ์แต่ละองค์คณะจะปรับใช้หลักกฎหมายไปในทางเดียวกันหรือไม่ ดังเห็นตัวอย่างได้จากกรณีของศาลภายใน ที่แม้ผู้ตัดสินคดีจะเป็นผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่อยู่ในองค์กรเดียวกัน แต่ก็ไม่ได้จำเป็นต้องไปว่าการพิจารณาวินิจฉัยข้อกฎหมายที่เหมือนกันบนพื้นฐานของข้อเท็จจริงที่ใกล้เคียงกันจะนำมาซึ่งผลลัพธ์ที่เหมือนกัน¹³⁸

¹³⁵ Christoph Schreuer, "Preliminary Rulings in Investment Arbitration," in **Appeal Mechanism in International Investment Disputes**, eds. Karl P. Sauvant and Michael Chiswick-Patterson, (Oxford University Press, 2008), p.209.

¹³⁶ Elihu Lauterpacht, **Aspects of the Administration of International Justice**, (Cambridge University Press, 1991), pp.109-111.

¹³⁷ *Supra* Note 103 "The New EU-Led Approach to Investor-State Arbitration: The Investment Tribunal System in the Comprehensive Economic Trade Agreement (CETA) and the EU-Vietnam Free Trade Agreement," p.631; *Supra* Note 118 "TTIP and the Investment Court System: A New (and Improved) Paradigm for Investor-State Adjudication," p.202; Joanna G. Coyne and Joshua B. Simmons, "Is the Arbitration Model for Investment Dispute Resolution Dying," in **Investment Treaty Arbitration and International Law**, eds. Ian A Laird and others, (Juris Publishing, 2017), p.62.

¹³⁸ *Ibid.* "Is the Arbitration Model for Investment Dispute Resolution Dying," p.58.

ปัจจัยดังกล่าวจะยิ่งมีความสำคัญมากขึ้นไปอีกในกรณีของศาลการลงทุนพหุภาคีที่น่าจะประกอบด้วยสมาชิกองค์คณะจำนวนมากเพื่อให้สอดคล้องกับปริมาณคดีข้อพิพาทการลงทุนตามสนธิสัญญาซึ่งปัจจุบันมีคดีข้อพิพาทขึ้นสู่กระบวนการ ISDS มากกว่า 50 คดีต่อปี ซึ่งถือเป็นปริมาณคดีที่สูงมากเมื่อเทียบกับจำนวนคดีของศาลระหว่างประเทศอื่น ๆ ในปัจจุบัน และสมาชิกของศาลการลงทุนพหุภาคีน่าจะมีความหลากหลายมากกว่าศาลการลงทุนทวิภาคี เนื่องจากไม่มีปัจจัยแน่นอนตายตัวว่าจะให้ภาคีแต่ละรายมีสิทธิในการแต่งตั้งสมาชิกองค์คณะในรูปแบบใด ส่งผลให้การจัดสรรคดีโดยวิธีการสุ่มนำไปสู่ปัญหาความไม่แน่นอนของคำตัดสินมากยิ่งขึ้นไปอีก

5.3 ค่าใช้จ่ายและระยะเวลา

ลักษณะของกระบวนการระงับข้อพิพาทส่งผลกระทบต่อระยะเวลาและค่าใช้จ่ายที่ใช้ในการต่อสู้คดีของคู่พิพาท ซึ่งเป็นข้อกังวลที่ผู้แทนรัฐบาลไทยให้ความสำคัญค่อนข้างมากดังปรากฏตามเอกสารประกอบรายงานการประชุมที่ส่งให้กับคณะทำงานชุดที่ 3 ของ UNCITRAL¹³⁹ ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่ค่อยได้รับการกล่าวถึงมากนักในการเสนอแนวทางการปฏิรูปในรูปแบบต่าง ๆ เมื่อเทียบกับข้อกังวลด้านผู้ตัดสินคดีและผลการพิจารณาคดี¹⁴⁰ โดยผู้เขียนเห็นว่าการจัดตั้งศาลการลงทุนทวิภาคีอาจจะส่งผลให้ภาคีต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายมากขึ้นเสียด้วยซ้ำเมื่อเทียบกับการอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากจะเกิดค่าใช้จ่ายประจำที่โดยทั่วไปแล้วภาคีจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบ เช่น ค่าธรรมเนียมการประจำการ (retainer fee) ของสมาชิกองค์คณะ หรือเงินเดือนประจำ (salary) เมื่องานของสมาชิกองค์คณะมีลักษณะเป็นงานประจำถาวรมากขึ้น และอาจรวมถึงเงินเดือนของเจ้าหน้าที่ฝ่ายเลขาธิการในกรณีที่มีการกำหนดให้จัดตั้งสถาบันขึ้นใหม่โดยไม่ได้อิงกับองค์กรที่มีอยู่เดิม ซึ่งค่าใช้จ่ายเหล่านี้เป็นค่าใช้จ่ายที่ต้องเกิดขึ้นอย่างแน่นอนแม้จะไม่มีคดีข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาของศาลการลงทุนก็ตาม

ทั้งนี้เมื่อพิจารณาจากสถิติจำนวนคดีพิพาทที่ไทยถูกฟ้องในฐานะรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งนับจนถึงปัจจุบันนำไปสู่การพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการเพียงแค่สองคดีเท่านั้น คือ คดี *Walter Bau* และ *Kingsgate* โดยมีเพียงคดี *Walter Bau* เท่านั้นที่มีความเกี่ยวข้องกับประเทศสมาชิก

¹³⁹ “Possible reform of Investor-State dispute settlement (ISDS): Comments by the Government of Thailand,” Note by the Secretariat, Working Paper No.147, UN Doc. A/CN.9/WG.III/WP.147 (11 April 2018) [online] Available from : <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.147> [24 July 2021]; “Possible reform of Investor-State dispute settlement (ISDS): Submission from the Government of Thailand,” Working Paper No.162, UN Doc A/CN.9/WG.III/WP.162 (8 March 2019) [online] Available from : <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.162>. [24 July 2021]

¹⁴⁰ *Supra* Note 116 “Duration of Investor-State Dispute Settlement Proceedings,” p.304.

ของสหภาพยุโรป โดยถือเป็นจำนวนคดีที่น้อยมากเมื่อเทียบกับปริมาณสนธิสัญญาการลงทุนที่มีบทบัญญัติ ISDS ที่สามารถบังคับใช้ได้กว่า 20 ฉบับซึ่งไทยลงนามผูกพันเป็นภาคีตั้งแต่ช่วงราวปี ค.ศ. 1997 เป็นต้นมา¹⁴¹ นอกจากนี้ จากฐานข้อมูลของ UNCTAD ยังไม่ปรากฏว่ามีนักลงทุนสัญชาติไทยอาศัยสิทธิตามสนธิสัญญาการลงทุนในการฟ้องคดีอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด¹⁴² ด้วยเหตุนี้ จึงมีความเป็นไปได้สูงว่าหากมีการบัญญัติให้นำระบบศาลการลงทุนมาใช้ในสนธิสัญญาการลงทุนระหว่างสหภาพยุโรปและไทย อย่างน้อยในช่วงแรก ภาคีจะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในส่วนของค่าธรรมเนียมการพิจารณาของสมาชิกองค์คณะโดยยังไม่ได้รับประโยชน์ตอบแทนที่เป็นรูปธรรม ซึ่งค่าใช้จ่ายในส่วนนี้จะมากหรือน้อยก็ขึ้นอยู่กับจำนวนสมาชิกองค์คณะและอัตราค่าธรรมเนียมการพิจารณา

อย่างไรก็ดี ในส่วนของจำนวนเงินดังกล่าว ประเทศไทยอาจจะสามารถต่อรองให้สหภาพยุโรปต้องรับผิดชอบในอัตราส่วนที่สูงกว่าโดยนาระดับการพัฒนาที่แตกต่างกันของภาคีทั้งสองฝ่ายมาใช้ประกอบการพิจารณา เช่นเดียวกับข้อเท็จจริงว่าสหภาพยุโรปประกอบด้วยประเทศสมาชิกจำนวน 27 ประเทศซึ่งสามารถช่วยกันเฉลี่ยรับผิดชอบค่าใช้จ่ายเหล่านี้ได้ ดังปรากฏในกรณีของ EU-Vietnam IPA ซึ่งกำหนดให้เวียดนามรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในส่วนนี้น้อยกว่าสหภาพยุโรป¹⁴³

แต่ไม่ว่ากรณีจะเป็นอย่างไรก็มีความเป็นไปได้ว่าในช่วงแรกคู่พิพาทจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจริงจากการพิจารณาคดีหากเกิดข้อพิพาทขึ้น ทั้งในส่วน of ค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายของสมาชิกองค์คณะพิจารณาคดี และค่าธรรมเนียมการให้บริการของฝ่ายเลขาธิการ จนกว่าจะมีการยกเลิกระบบดังกล่าวและนำระบบเงินเดือนประจำซึ่งภาคีจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบร่วมกันมาใช้ ด้วยเหตุนี้ ประเทศไทยจึงน่าจะต้องเตรียมงบประมาณไว้สำหรับรับภาระค่าใช้จ่ายเหล่านี้ซึ่งน่าจะเป็นจำนวนที่สูงพอสมควรในกรณีของศาลการลงทุนทวิภาคี โดยจำนวนเงินดังกล่าวอาจจะลดน้อยลงอย่างมีนัยสำคัญในกรณีของศาลการลงทุนพหุภาคี

ทั้งนี้ต้องไม่ลืมว่าในท้ายที่สุดแล้วค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างประเทศส่วนใหญ่ ไม่ใช่ค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับตัวองค์คณะพิจารณาคดีมากนัก โดยคิดเป็นอัตราส่วนโดยประมาณเพียงร้อยละ 10-20 ของค่าใช้จ่ายทั้งหมดเท่านั้น และค่าใช้จ่ายที่เหลือกว่า

¹⁴¹ Jason Webb Yackee, "Do Investment Treaties Work – In the Land of Smiles?," in *International Investment Treaties and Arbitration Across Asia*, eds. Julien Chaisse and Luke Nottage (Brill Nijhoff, 2018), pp. 90-91.

¹⁴² UNCTAD, "Investment Dispute Settlement Navigator," [online] Available from : <https://investment-policy.unctad.org/investment-dispute-settlement>. [17 August 2021]

¹⁴³ Article 3.38(15) and 3.39(15) of EU-Vietnam IPA

ร้อยละ 80-90 เป็นค่าใช้จ่ายที่คู่พิพาทเสียไปกับการต่อสู้คดี ไม่ว่าจะเป็นในส่วนของการค่าทนายความ ค่าตอบแทนพยานผู้เชี่ยวชาญ และค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจริงอื่นอันเกี่ยวข้องกับการเตรียมคดี¹⁴⁴ ดังนั้น หากกระบวนการพิจารณาคดียังคงความซับซ้อนอย่างที่เป็นอยู่ ค่าใช้จ่ายในส่วนดังกล่าวซึ่งคู่พิพาทจะต้องรับผิดชอบก็ไม่น่าจะแตกต่างไปจากเดิมแต่อย่างใด

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับศาลการลงทุนใน CETA EU-Singapore IPA และ EU-Vietnam IPA จะพบว่าภาคีได้พยายามที่จะแก้ไขปัญหारेื่องระยะเวลาและค่าใช้จ่ายของการพิจารณาคดีเช่นกัน แม้จะไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับการปรับรูปแบบการระงับข้อพิพาทโดยตรง กล่าวคือ บทบัญญัติในความตกลงดังกล่าวได้กำหนดกรอบระยะเวลาการพิจารณาคดีไว้เป็นการเฉพาะคือ 18 เดือนในส่วนของการพิจารณาคดีโดยองค์คณะพิจารณาชั้นต้นและ 6 เดือนในส่วนของการพิจารณาคดีโดยองค์คณะพิจารณาอุทธรณ์ ทั้งนี้อาจขยายได้หากมีเหตุสมควร¹⁴⁵ ซึ่งน่าจะมีผลกระทบต่อพฤติกรรมของคู่พิพาทและผู้ตัดสินคดีไม่มากนักน้อย โดยเฉพาะอย่างยิ่งฝ่ายรัฐผู้รับการลงทุนซึ่งน่าจะมีระยะเวลาในการเตรียมคดีน้อยลง และการโต้แย้งคำสั่งกระบวนการพิจารณาต่าง ๆ เช่น การคัดค้านผู้ตัดสินคดี การขอขยายระยะเวลาการยื่นพยานหลักฐาน น่าจะมีความเคร่งครัดมากขึ้นพอสมควรเพื่อให้กระบวนการพิจารณาดำเนินไปได้อย่างรวดเร็ว ดังนั้น จึงควรพิจารณาให้รอบคอบในระหว่างการเจรจาสนธิสัญญาว่าการกำหนดระยะเวลาไว้เคร่งครัดเช่นนี้จะก่อให้เกิดผลกระทบอย่างไรบ้าง โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลกระทบต่อความเป็นธรรมและประสิทธิภาพของกระบวนการพิจารณาและสิทธิในการนำเสนอข้อต่อสู้ของคู่พิพาททั้งสองฝ่าย อนึ่ง การกำหนดกรอบระยะเวลาในลักษณะนี้ เช่นเดียวกับการกำหนดให้กระบวนการพิจารณาคดีมีความโปร่งใสมากขึ้น ไม่ได้มีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับการเลือกระงับข้อพิพาทโดยศาลการลงทุนแต่อย่างใด ในทางกลับกัน ความเปลี่ยนแปลงดังกล่าวอาจถูกนำไปปรับใช้กับกระบวนการอนุญาโตตุลาการก็ได้ โดยการแก้ไขข้อบังคับอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้อง

สุดท้ายนี้ การนำระบบศาลการลงทุนมาใช้อาจส่งผลให้กระบวนการบังคับคดีมีความซับซ้อนและกินเวลามากกว่าเดิมได้ โดยเฉพาะในกรณีที่มีความจำเป็นต้องบังคับค่าตัดสินในดินแดนของรัฐที่ไม่ได้เป็นภาคีของสนธิสัญญาการลงทุนที่จัดตั้งศาลการลงทุนทวิภาคีขึ้นมา เนื่องจากศาลของรัฐซึ่งถูกร้องขอให้บังคับคดีอาจเห็นว่าค่าตัดสินดังกล่าวไม่ได้มีสถานะเป็นคำชี้ขาดภายใต้ New York Convention หรือ ICSID Convention หรืออาจจะนำไปสู่กระบวนการ

¹⁴⁴ โปรดดูเชิงอรรถที่ 80-81.

¹⁴⁵ Article 3.18(4) and 3.19(4) of EU-Singapore IPA; article 3.53(6) and 3.54(5) of EU-Vietnam IPA

ตรวจสอบคำตัดสินที่ซ้ำซ้อนกัน นอกเหนือไปจากกระบวนการอุทธรณ์ของศาลการลงทุน¹⁴⁶

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การนำระบบศาลการลงทุนทวิภาคีมาใช้อย่างที่ปรากฏในความตกลงบางฉบับของสหภาพยุโรปในปัจจุบัน แม้จะมีข้อดีอยู่บ้าง เช่น การจัดการปัญหาเรื่องภาพลักษณ์ความเป็นกลางของผู้ตัดสินคดี แต่อาจจะไม่ได้แก้ปัญหาคอขวดของ ISDS ที่ประเทศไทยคำนึงถึงมากนัก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของการใช้จ่ายที่ประเทศไทยต้องรับผิดชอบทั้งในฐานะภาคีของสนธิสัญญาการลงทุนและในฐานะคู่พิพาท และไม่มี ความชัดเจนแน่นอนว่าการนำระบบดังกล่าวมาใช้จะทำให้แนวคำตัดสินมีความสม่ำเสมอสอดคล้องกันมากขึ้นกว่าระบบ ISDS โดยการอนุญาตตุลาการที่เป็นอยู่เดิมหรือไม่ เพียงใด นอกจากนี้ แม้ว่าประเทศไทยจะยังคงมีสิทธิในการกำหนดสมาชิกองค์คณะล่วงหน้าในฐานะภาคีของสนธิสัญญา แต่สิทธิในการเลือกตัวบุคคลผู้มีความเหมาะสมกับคดีข้อพิพาทแต่ละคดีเป็นการเฉพาะเจาะจงในฐานะคู่พิพาทจะไม่มีอยู่อีกต่อไป ซึ่งรวมไปถึงสิทธิในการกำหนดตัวประธานองค์คณะพิจารณาคดีแต่ละคดีด้วย ดังนั้นประเทศไทยจึงควรพิจารณาถึงปัจจัยต่าง ๆ เหล่านี้รอบคอบในการเจรจากับสหภาพยุโรปถึงรูปแบบการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐและนักลงทุนต่างชาติ

ทั้งนี้ ผู้เขียนตระหนักดีว่าเมื่อคำนึงถึงสภาพความเป็นจริงของความไม่เท่าเทียมกันของอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจระหว่างไทยและสหภาพยุโรป¹⁴⁷ และรูปแบบการเจรจาที่จะเกิดขึ้นอันมีลักษณะเป็นการพิจารณาความตกลงการค้าเสรี (Investment Protection Agreement) ควบคู่ไปกับความตกลงการค้าเสรี (Free Trade Agreement) จะส่งผลให้ประเทศไทยมีอำนาจต่อรองในเรื่องของ ISDS ไม่มากนัก โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อพิจารณาว่าประเทศคู่แข่งทางเศรษฐกิจที่สำคัญของไทยในภูมิภาคอาเซียนคือเวียดนามได้ตกลงเข้าทำความตกลงกับสหภาพยุโรปไปก่อนหน้านี้แล้ว และด้วยเหตุที่ “ศาลการลงทุน” เป็นเงื่อนไขการเจรจาที่สหภาพยุโรปให้ความสำคัญมากในปัจจุบัน จึงมีความเป็นไปได้สูงว่าไทยอาจต้องจำยอมรับเงื่อนไข ISDS ในรูปแบบของศาลการลงทุน

¹⁴⁶ โปรดดู Article 3.22(1) of EU-Singapore IPA; article 3.57(1)(b) of EU-Vietnam IPA; Cf. article 8.28(9) (b) and 8.41(3) of CETA

¹⁴⁷ ในปี ค.ศ. 2020 สหภาพยุโรปเป็นคู่ค้าที่สำคัญเป็นลำดับที่ 4 ของไทย รองจาก จีน ญี่ปุ่น และสหรัฐอเมริกา ตามลำดับ โดยไทยส่งออกสินค้าไปยังสหภาพยุโรปคิดเป็นมูลค่ากว่า 15.1 พันล้านยูโร ในขณะที่ไทยเป็นตลาดที่ใหญ่เป็นลำดับที่ 26 ของสหภาพยุโรป คิดเป็นมูลค่านำเข้าประมาณ 11.3 พันล้านยูโร. ดู อ้างแล้วที่ 1 “Thailand.”

อย่างไรก็ดี ในกรณีดังกล่าว คณะผู้เจรจาควรจะต้องเจรจารายละเอียดที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนให้เป็นคุณกับประเทศไทยมากที่สุด เช่น การกำหนดจำนวนสมาชิกองค์คณะให้มีความเหมาะสม กระบวนการแต่งตั้งสมาชิกองค์คณะ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสมาชิกองค์คณะที่เป็นคนกลางจากประเทศที่สาม และสัดส่วนการรับผิดชอบค่าใช้จ่ายประจำที่จะเกิดขึ้น เป็นต้น ซึ่งล้วนเป็นประเด็นที่มีช่องทางให้พอเจรจาได้ ดังปรากฏให้เห็นจากการศึกษาบทบัญญัติของ CETA EU-Singapore IPA และ EU-Vietnam IPA ซึ่งมีความแตกต่างกันอยู่พอสมควรในรายละเอียด นอกจากนี้ ในกรณีที่ไทยมีความเห็นว่าจะไม่ประสงค์จะนำระบบศาลการลงทุนมาใช้ ทางเลือกหนึ่งที่อาจลองเสนอในการเจรจา คือ การละเว้นไม่กล่าวถึงกระบวนการ ISDS ในความตกลงการค้าการลงทุนฉบับใหม่ ดังปรากฏตัวอย่างในการเจรจาด้านการลงทุนระหว่างจีนและสหภาพยุโรป¹⁴⁸ โดยอาจกล่าวถึงเฉพาะกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนในระดับภาคีกับภาคี ซึ่งน่าจะพอมีความเป็นไปได้ที่ผู้แทนสหภาพยุโรปจะตกลงยอมรับเมื่อพิจารณาจากปัจจัยทางการเมืองภายในของสหภาพยุโรปที่มีความเป็นปฏิปักษ์ต่อระบบ ISDS เป็นทุนเดิม

¹⁴⁸ European Commission, “EU and China Reach Agreement in Principle on Investment,” (30 December 2020) [online] Available from : <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2233>. [17 August 2021] โดยหากมีกรณีที่ต้องใช้ ISDS ก็สามารถดำเนินการได้ตามสนธิสัญญาการลงทุนฉบับอื่นที่มีอยู่เดิม.

สิทธิของพระบรมวงศานุวงศ์ในการดำรงตำแหน่งทางการเมือง:

ศึกษากรณีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2562*

The Right of the Royal Family Members to Hold Political Office
according to Thai Constitutional Court Ruling No. 3/2562 (2019)

อนุชา อชิรเสนา

Anucha Achirasena

นักศึกษาปริญญาเอก

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

2 ถนนพระจันทร์ แขวงพระบรมมหาราชวัง เขตพระนคร กรุงเทพมหานคร 10200

Ph.D. candidate

Faculty of Law Thammasat University

2 Phrachan Road, Phra Borom Maha Ratchawang, Phra Nakhon, Bangkok 10200

Corresponding author e-mail: achirasena_anucha@hotmail.com

(Received: November 27, 2021; Revised: January 31, 2022; Accepted: March 15, 2022)

บทคัดย่อ

เมื่อวันที่ 7 มีนาคม พ.ศ. 2562 ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยให้ยุบพรรคไทยรักษาชาติสืบเนื่องจากกรณีที่พรรคไทยรักษาชาติเสนอชื่อทุลกระหม่อมหญิงอุบลรัตนราชกัญญา สิริวัฒนาพรรณวดี ให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาให้ความเห็นชอบแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรี โดยศาลได้นำประเด็นการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการวินิจฉัยคดี จากการศึกษาพบว่าคำวินิจฉัยนี้มีปัญหาในแง่ตีวิธี 2 ประการ คือ การนำประเด็นการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ ทั้งที่ยังมีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญบังคับแก่กรณีได้ และการไม่พิสูจน์องค์ประกอบของประเด็น

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์ในหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

การปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ยิ่งไปกว่านั้น คำวินิจฉัยนี้ยังมีนัยว่า พระบรมวงศานุวงศ์ทั้งที่ยังดำรงพระอิสริยยศอยู่หรือแม้ลาออกจากฐานันดรศักดิ์แล้ว แต่หากมีความใกล้ชิดกับพระมหากษัตริย์ย่อมไม่สามารถดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้ ซึ่งส่งผลให้หลักเกณฑ์ว่าด้วยสิทธิในการดำรงตำแหน่งทางการเมืองของพระบรมวงศานุวงศ์ในระบบรัฐธรรมนูญไทยผันแปรไป และเกิดความคลุมเครือขึ้นว่าบุคคลใดบ้างที่อยู่ในข่ายไม่อาจดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้โดยนัยของคำวินิจฉัยนี้ บทความนี้มุ่งวิเคราะห์ปัญหาในแง่นิติวิธี ตลอดจนผลกระทบของคำวินิจฉัยดังกล่าว พร้อมทั้งเสนอให้มีการพิจารณาบัญญัติหลักเกณฑ์ว่าด้วยสิทธิของพระบรมวงศานุวงศ์ในการดำรงตำแหน่งทางการเมืองไว้ในรัฐธรรมนูญให้ชัดเจน

คำสำคัญ: พระมหากษัตริย์, พระบรมวงศานุวงศ์, ศาลรัฐธรรมนูญ

Abstract

The Constitutional Court of Thailand delivered a verdict on March 7, 2019 ordering the dissolution of the Thai Raksa Chart Party for nominating Princess Ubol Ratana as its prime ministerial candidate, citing customary law. However, this decision contained two problems in legal method: prioritizing customary law over constitutional provisions; and failure to prove elements of customary law. In addition, this ruling also implied that Royal Family members closely related to King, even those who had renounced their royal titles, could no longer hold political office. This decision changed the rule regarding the right of the Royal Family to hold political office in the Thai constitutional system and rendered ambiguous the degree of closeness to the King which blocked access to political office under this ruling. This article analysed related issues in the court's legal method and the effects of the court decision. The Findings suggest that rules about rights of the Royal Family to hold political office should be clearly stated in the Constitution.

Keywords: Monarchy, Royal family, Constitutional Court

1. บทนำ

ศาลรัฐธรรมนูญไทยได้มีคำวินิจฉัยที่ 3/2562 เมื่อวันที่ 7 มีนาคม พ.ศ. 2562 กรณีที่คณะกรรมการการเลือกตั้งขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาเพื่อมีคำสั่งยุบพรรคไทยรักษาชาติสืบเนื่องจากพรรคไทยรักษาชาติแจ้งรายชื่อผู้ลงสมัครรับเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปเป็นบุคคลที่พรรคมีมติเสนอให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาให้ความเห็นชอบแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรี¹ ซึ่งคณะกรรมการการเลือกตั้งเห็นว่าการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข อันเป็นเหตุตามกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญอาจสั่งยุบพรรคการเมืองได้² จึงเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า การกระทำของพรรคไทยรักษาชาติเป็นการนำสมาชิกชั้นสูงในพระบรมราชวงศ์มาเป็นฝ่ายทางการเมือง ทั้งยังเป็นการกระทำที่วิญญูชนทั่วไปย่อมรู้สึกได้ว่าสามารถทำให้สถาบันพระมหากษัตริย์ถูกนำไปใช้เพื่อความได้เปรียบทางการเมืองและมุ่งหวังผลประโยชน์ทางการเมือง เป็นการส่อเสียดต่อการสูญเสียสถานะที่จะต้องอยู่เหนือการเมืองและดำรงความเป็นกลางทางการเมือง อันเป็นจุดเริ่มต้นของการเซาะกร่อนบ่อนทำลาย เป็นเหตุให้ชำรุดทรุดโทรม เสื่อมทราม หรืออ่อนแอลง เข้าลักษณะของการกระทำที่อาจเป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข จึงมีคำสั่งให้ยุบพรรค³

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้ นอกจากส่งผลให้พรรคไทยรักษาชาติสิ้นสุดลงแล้วยังมีนัยว่า ผู้ลงสมัครรับเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สิริวัฒนาพรรณวดี ไม่สามารถดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้ โดยศาลได้นำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการวินิจฉัยกรณีดังกล่าว อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ประกอบกับประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญไทยแล้ว การวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้ไม่น่าจะถูกต้อง โดยมีข้อบกพร่องในแง่วิธีอย่างน้อย 2 ประการ คือ การนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ทั้งที่ยังมีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญบังคับแก่กรณีได้ และ

¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 88 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ในการเลือกตั้งทั่วไป ให้พรรคการเมืองที่ส่งผู้สมัครรับเลือกตั้งแจ้งรายชื่อบุคคลซึ่งพรรคการเมืองนั้นมิตัวจะเสนอให้สภาผู้แทนราษฎรเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรีไม่เกินสามรายชื่อต่อคณะกรรมการการเลือกตั้งก่อนปิดการรับสมัครเลือกตั้ง และให้คณะกรรมการการเลือกตั้งประกาศรายชื่อบุคคลดังกล่าวให้ประชาชนทราบ ...”

² มาตรา 92 วรรคหนึ่ง (2) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560

³ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2562 (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 136 ตอนที่ 41 ก วันที่ 3 เมษายน 2562 หน้า 47)

ศาลไม่ได้พิสูจน์องค์ประกอบของประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

บทความนี้จะชี้ให้เห็นถึงปัญหาทั้งสองประการข้างต้น พร้อมทั้งวิเคราะห์ผลกระทบของคำวินิจฉัยที่มีต่อหลักเกณฑ์ว่าด้วยสิทธิของพระบรมวงศานุวงศ์ในการดำรงตำแหน่งทางการเมืองเนื่องจากคำวินิจฉัยนี้มีนัยว่า พระบรมวงศานุวงศ์ทั้งที่ยังดำรงพระอิสริยยศอยู่หรือแม้ลาออกจากฐานันดรศักดิ์ไปแล้ว แต่หากเป็นผู้ที่มีความใกล้ชิดกับพระมหากษัตริย์ย่อมไม่อาจดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้ โดยคำวินิจฉัยนี้มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์ที่ใช้อยู่ก่อนหน้านี้ ซึ่งอนุญาตให้พระบรมวงศานุวงศ์ทั้งที่ยังดำรงพระอิสริยยศอยู่หรือแม้ลาออกจากฐานันดรศักดิ์แล้วดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้ อีกทั้งยังทำให้เกิดความคลุมเครือขึ้นว่า บุคคลใดบ้างที่ถือว่ามีความใกล้ชิดกับพระมหากษัตริย์จนถึงขนาดไม่สามารถดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้โดยนัยของคำวินิจฉัยนี้

บทความนี้จะเริ่มต้นที่ข้อพิจารณาว่าด้วยกฎหมายจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ และความเป็นมาของหลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิของพระบรมวงศานุวงศ์ในการดำรงตำแหน่งทางการเมืองหลังการปฏิวัติสยามก่อน จากนั้นจะนำข้อพิจารณาในแง่นิติวิธีและข้อพิจารณาทางประวัติศาสตร์ดังกล่าวไปใช้ในการวิเคราะห์ปัญหาตลอดจนผลกระทบของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในคดียุบพรรคไทยรักษาชาติต่อไป โดยบทความนี้จะลงท้ายด้วยข้อเสนอให้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์ว่าด้วยสิทธิของพระบรมวงศานุวงศ์ในการดำรงตำแหน่งทางการเมืองลงในรัฐธรรมนูญให้ชัดเจนเพื่อขจัดความไม่แน่นอนที่เกิดขึ้นภายหลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยในคดีนี้

2. ข้อพิจารณาเบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

กฎหมายจารีตประเพณี (customary law) เป็นกฎเกณฑ์ที่เกิดขึ้นจากบ่อเกิดของกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ระบบกฎหมายไทยยอมรับว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวสามารถมีผลผูกพันได้เช่นเดียวกับกฎเกณฑ์ที่เกิดจากบ่อเกิดของกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร อย่างไรก็ตาม บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรอยู่ในลำดับแรกที่ต้องนำมาใช้ก่อน ต่อเมื่อไม่มีบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่สามารถปรับแก้กรณีได้โดยตรง จึงจะนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้เป็นลำดับถัดไป⁴

⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย, 2564), หน้า 213. และ ดู ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 บัญญัติว่า “อันกฎหมายนั้น ท่านว่าต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ

เมื่อใดไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ท่านให้วินิจฉัยคดีนั้นตามคลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น

ถ้าและไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ท่านให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วยซ้ำ ท่านให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

กฎหมายจารีตประเพณีมีได้ทั้งในทางกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน ในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายมหาชนสาขาหนึ่งก็มีกฎหมายจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ (constitutional customary law) เช่นกัน โดยสามารถนำมาใช้ได้เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่จะนำมาปรับแก้กรณี รัฐธรรมนูญไทยเรียกกฎหมายจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญว่า “ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”⁵

ตามทฤษฎีในทางนิติศาสตร์ กฎหมายจารีตประเพณีจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีองค์ประกอบครบ 2 ประการ ประการแรก คือ ต้องมีการประพฤติปฏิบัติอย่างต่อเนื่อง สมำเสมอ นมนาน (longa consuetudo) และประการที่สอง คือ ผู้ประพฤติปฏิบัติทั่วไปต้องมีความรู้สึกสำนึกอย่างมั่นใจว่าตนผูกพันต้องประพฤติปฏิบัติเช่นนั้นเพราะเป็นสิ่งที่ถูกต้อง (opinion iuris vel neccesitatis)⁶ หรือหากจะกล่าวถึงการเกิดขึ้นของกฎหมายจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะก็คือ ต้องมีการประพฤติปฏิบัติขององค์กรทางรัฐธรรมนูญที่สืบเนื่องยาวนาน และบรรดาองค์กรทางรัฐธรรมนูญเหล่านั้นเห็นพ้องต้องกันว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องและผูกพันให้ตนต้องปฏิบัติเช่นนั้น⁷

อนึ่ง กฎหมายจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญนั้นเป็นคนละอย่างกับธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ (constitutional convention) เพราะแม้ทั้งคู่จะมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรเหมือนกัน แต่ก็มี ความแตกต่างกันหลายประการ ประการแรก ในแง่การระบุจุดเริ่มต้น โดยที่กฎหมายจารีตประเพณีเกิดขึ้นจากการประพฤติปฏิบัติติดต่อกันมาอย่างยาวนาน จึงอาจไม่สามารถสืบสาวย้อนกลับไปหาจุดเริ่มต้นได้ ในขณะที่ธรรมเนียมปฏิบัติทางกฎหมายมักจะย้อนกลับไประบุจุดเริ่มต้นหรือกรณีที่ทำให้ธรรมเนียมปฏิบัติทางกฎหมายนั้นก่อตัวขึ้นได้ ประการที่สอง ในแง่กำเนิด กฎหมายจารีตประเพณีจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อต้องมีการประพฤติปฏิบัติติดต่อกันมาอย่างยาวนาน ขณะที่ธรรมเนียมปฏิบัติทางกฎหมายเกิดขึ้นบนพื้นฐานของการตกลงกันยิ่งกว่าถือเอาการปฏิบัติอย่างต่อเนื่องยาวนาน ดังนั้น การประพฤติปฏิบัติเพียงครั้งเดียวจึงอาจเป็นธรรมเนียมปฏิบัติทางกฎหมายได้ แต่ไม่อาจเป็นกฎหมายจารีตประเพณีได้ ประการที่สาม ในแง่สถานะและสภาพบังคับ กฎหมายจารีตประเพณีมีสถานะเป็นกฎหมายอย่างหนึ่งซึ่งศาลยอมรับและ

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 215, 217. และ ดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 5 วรรคสอง บัญญัติว่า “เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้นหรือวินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”

⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 214.

⁷ ฤกษ์นิ วังศ์เศษธร. มโนทัศน์เกี่ยวกับกฎหมายจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556 ; หน้า 172.

นำมาปรับใช้แก้คดีได้ ขณะที่ธรรมเนียมปฏิบัติทางกฎหมายไม่ถือเป็นกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ ธรรมเนียมปฏิบัติจึงไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมาย หากมีการละเมิดธรรมเนียมปฏิบัติทางกฎหมาย ศาลย่อมไม่อาจบังคับให้ได้ โดยต้องไปอาศัยสภาพบังคับทางการเมืองแทน⁸ เช่น กรณีที่รัฐสภาไม่ให้ความเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ แม้จะมีธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญว่านายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้าฝ่ายบริหารต้องลาออกจากตำแหน่งก็ตาม แต่หากนายกรัฐมนตรีไม่ยอมลาออกและมีผู้ร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจะอ้างประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขเป็นฐานในการวินิจฉัยว่านายกรัฐมนตรีต้องลาออกไม่ได้ เนื่องจากธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญไม่ใช่กฎหมายที่ศาลจะนำมาใช้ปรับแก้คดีได้ แต่กรณีนี้เป็นเรื่องที่ต้องไปวาทถากันในทางการเมืองและอาศัยสภาพบังคับทางการเมือง⁹

3. วิวัฒนาการของหลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิของพระบรมวงศานุวงศ์ในการดำรงตำแหน่งทางการเมือง

พระบรมราชวงศ์ของพระมหากษัตริย์ประกอบด้วยราชตระกูลหลายชั้น ได้แก่ พระบรมวงศ์พระอนุวงศ์ และราชินิกุล ตามลำดับ สำหรับชั้นพระบรมวงศ์มีสองชั้นสกุลยศ คือ เจ้าฟ้าและพระองค์เจ้า ส่วนชั้นพระอนุวงศ์ ประกอบด้วยพระองค์เจ้าที่เลื่อนมาจากชั้นหม่อมเจ้า และหม่อมเจ้าโดยทั่วไป ขณะที่ราชินิกุล ได้แก่ หม่อมราชวงศ์และหม่อมหลวงซึ่งเป็นสกุลยศที่ต่ำลงมา ไม่ถือว่าเป็นเจ้า¹⁰

ปัญหาว่าพระบรมวงศานุวงศ์ซึ่งหมายถึงเชื้อพระวงศ์ในชั้นพระบรมวงศ์และพระอนุวงศ์มีสิทธิที่จะดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือไม่ เป็นประเด็นที่เกิดขึ้นภายหลังเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. 2475 ในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์เรื่องนี้ไม่เป็นปัญหา เพราะในระบอบดังกล่าวพระมหากษัตริย์เป็นผู้ทรงอำนาจรัฐเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียว โดยพระองค์จะทรงแต่งตั้งพระบรมวงศานุวงศ์ตลอดจนสามัญชนที่ทรงไว้วางพระราชหฤทัยให้เข้ารับราชการในตำแหน่งต่าง ๆ ซึ่งรวมถึงตำแหน่งสำคัญ ๆ อาทิ เสนาบดี องคมนตรี และอธิรัฐมนตรี เพื่อช่วยเหลือพระองค์ในการปฏิบัติพระราชภาระอันเป็นราชการแผ่นดิน

⁸ เกียรติกร เจริญธนาวัฒน์, **หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน**, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2564), หน้า 459-460.

⁹ ฤกษ์ วงศ์พิเศษ, **มโนทัศน์เกี่ยวกับกฎหมายจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ**, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิตศึกษาศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556 ; หน้า 127.

¹⁰ พลตรี หม่อมราชวงศ์ศุภวดี เกษมศรี, “เจ้าฟ้า,” ใน กรมศิลปากร, **ราชสกุลวงศ์**, พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพมหานคร: สำนักวรรณกรรมและประวัติศาสตร์ กรมศิลปากร, 2554), หน้า 216.

เมื่อคณะราษฎรเปลี่ยนแปลงการปกครองเมื่อวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 และประกาศใช้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ พระมหากษัตริย์มิได้ทรงเป็นเจ้าของอำนาจรัฐอีกต่อไป โดยอำนาจรัฐได้ย้ายจากพระหัตถ์พระมหากษัตริย์มาสู่มือของราษฎร อย่างไรก็ตาม พระมหากษัตริย์ยังทรงพระราชฐานะประมุขของรัฐภายใต้ระบอบใหม่ต่อไป เพียงแต่ไม่สามารถใช้พระราชอำนาจโดยลำพังพระองค์ได้ โดยจะทรงใช้พระราชอำนาจตามคำแนะนำขององค์กรนิติบัญญัติและองค์กรบริหาร ตลอดจนยินยอมให้องค์กรตุลาการอ้างพระนามในการปฏิบัติหน้าที่ เพื่อให้ทรงอยู่ในฐานะอันเป็นที่เคารพสักการะและพ้นไปจากการถูกวิพากษ์วิจารณ์ทางการเมือง

ในส่วน of พระบรมวงศานุวงศ์ มีปัญหาเกิดขึ้นว่าภายใต้การปกครองในระบอบใหม่ บรรดาเจ้านายจะทรงดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้หรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเข้าดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีหรือเป็นสมาชิกรัฐสภา พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปฐมฤกษ์ไม่ได้บัญญัติถึงเรื่องนี้เอาไว้ กระทั่งในเวลาต่อมาเมื่อมีการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่สอง ผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้ตัดสินใจบัญญัติในมาตรา 11 ว่า “พระบรมวงศานุวงศ์ตั้งแต่ชั้นหม่อมเจ้าขึ้นไปโดยกำเนิดหรือโดยแต่งตั้งก็ตาม ย่อมดำรงอยู่ในฐานะเหนือการเมือง” ซึ่งมีผลเป็นการจำกัดสิทธิในการดำรงตำแหน่งทางการเมืองของพระบรมวงศานุวงศ์ ครั้นมีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ในปี พ.ศ. 2489 ผู้ร่างรัฐธรรมนูญไม่ได้รับบทบัญญัติมาตรา 11 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 เข้ามาด้วย ข้อจำกัดสิทธิในการดำรงตำแหน่งทางการเมืองของพระบรมวงศานุวงศ์จึงถูกยกเลิกไปนับแต่นั้น

3.1 การจำกัดสิทธิของพระบรมวงศานุวงศ์ในการดำรงตำแหน่งทางการเมืองภายใต้มาตรา 11 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475

การจำกัดสิทธิของพระบรมวงศานุวงศ์ในการดำรงตำแหน่งทางการเมืองตามที่ปรากฏในมาตรา 11 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 มีที่มาจากเหตุผลสำคัญสองประการ ได้แก่ การคุ้มครองพระเกียรติของพระมหากษัตริย์ และการป้องกันมิให้มีการย้อนกลับไปสู่ระบอบเก่า

(1) การคุ้มครองพระเกียรติของพระมหากษัตริย์

จากการตรวจสอบรายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎรซึ่งทำหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 พบว่า การบัญญัติมาตรา 11 ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองพระเกียรติของพระมหากษัตริย์เป็นสำคัญ เห็นได้จากคำอภิปรายของ

พระยาศรีวิสารวาจา (เทียนเลี้ยง ฮุนตระกูล) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและหนึ่งในอนุกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งอธิบายเอาไว้ที่น่าฟังว่า

“... ความมุ่งหมายสำคัญสำหรับประเทศเราก็คือ เมื่อมีการปกครองแบบราชาธิปไตย อำนาจจำกัดแล้ว พระมหากษัตริย์ย่อมอยู่เหนือเป็นที่เคารพสักการะและพระองค์ท่านเองก็ดำรงอยู่เหนือการเมือง เพราะฉะนั้น พระบรมวงศานุวงศ์ย่อมต้องดำรงฐานะเช่นนั้นด้วยกัน ถ้าเราให้พระมหากษัตริย์เป็นประมุขของประเทศ แต่ยอมให้พระบรมวงศานุวงศ์เกี่ยวข้องแก่การเมืองแล้ว ก็ต้องมีการโต้แย้งซึ่งกันและกัน ซึ่งอาจพลาดไปถึงพระองค์ท่านได้ซึ่งเป็นการขัดกันในตัวเอง พระบรมวงศานุวงศ์เมื่อเข้ามาเกี่ยวข้องกับการเมืองแล้ว เวลาเข้าไปชิงตำแหน่งเพื่อเป็นผู้แทนราษฎร ตามปกติในนาประเทศต้องทะเลาะกันมาก ต่างคนก็ไปกล่าวเลียดสิทธิ์กัน ในการเช่นนี้เป็นธรรมดาอยู่เอง เมื่อทะเลาะกันไปพูดกันไปก็รุนแรงขึ้นและอาจพาดพิงไปถึงพระบรมวงศานุวงศ์ และในที่สุดก็คือพระเจ้าอยู่หัวนั่นเอง เหตุนี้แหละนานาประเทศถือว่าเจ้านายต่าง ๆ ย่อมอยู่เหนือการเมือง”¹¹

มีหลักฐานปรากฏด้วยว่า การบัญญัติมาตรา 11 ลงในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 นั้น ผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้มีการขอพระราชทานพระบรมราชวินิจฉัยจากรัชกาลที่ 7 ด้วย ดังที่ปรากฏคำแถลงของพระยามโนปกรณนิติธาดา (ก้อน หุตะสิงห์) ประธานอนุกรรมการร่างรัฐธรรมนูญซึ่งชี้แจงในที่ประชุมสภาว่า

“... ความข้อนี้อนุกรรมการรู้สึกลำบากใจอยู่มากในตอนต้น กล่าวคือ พระบรมวงศานุวงศ์เป็นบุคคลที่ควรจะอยู่เหนือความติเตียนทั้งหลาย ควรอยู่แต่ในฐานะที่เป็นพระคุณทั้งสิ้น ควรอยู่ในฐานะอันประชาชนพึงเคารพ นับถือ ถ้าเป็นเช่นนี้แล้วก็ไม่ควรที่จะอยู่ในฐานะทางการเมือง เพราะเหตุว่า ในทางการเมืองนั้น ถ้ามีขมก็ย่อมมีดี หรือถ้ามีดีก็ย่อมมีขม มีทั้งในทางพระเดชและทั้งในทางพระคุณ หลักการที่รู้สึกว่าคุณควรจะมีอยู่ในใจดังนี้ แต่จะบัญญัติลงไปก็มีความรู้สึกในความต่ำสูงอยู่เหมือนกัน ข้าพเจ้าจึงได้นำความกราบบังคมทูลเรียนพระราชปฏิบัติก็ได้มีพระราชหัตถเลขาพระราชทานพระบรมราชวินิจฉัยลงมาว่า ทรงเห็นชอบด้วยตามหลักการที่ได้กราบบังคมทูลขึ้นไปอนุกรรมการรู้สึกโล่งใจ และรู้สึกในพระมหากรุณาธิคุณเป็นอย่างยิ่ง”¹²

พระบรมราชวินิจฉัยดังกล่าวปรากฏในพระราชหัตถเลขาเรื่องเจ้านายอยู่เหนือการเมือง ที่ 1/60 ลงวันที่ 14 พฤศจิกายน 2475 ถึง พระยามโนปกรณนิติธาดา ประธานคณะกรรมการราษฎร ความว่า

¹¹ รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 36/2475 วันที่ 25 พฤศจิกายน 2475 ตอนบ่าย หน้า 413-414.

¹² รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 34/2475 วิสามัญ วันที่ 16 พฤศจิกายน 2475 หน้า 363.

“... ในการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยามมีความข้อหนึ่งลึงเลใจอยู่ คือ ในเรื่องที่เกี่ยวข้องแก่พระบรมวงศานุวงศ์จะควรดำรงอยู่ในฐานะอย่างใดในทางการเมือง กล่าวโดยหลักการพระบรมวงศานุวงศ์ย่อมดำรงอยู่ในฐานะอันเป็นที่เคารพเหนือความที่จะพึงถูกติเตียนไม่ควรแก่ตำแหน่งการเมืองซึ่งเป็นการงานที่นำมาทั้งในทางพระเดชและพระคุณ ย่อมอยู่ในวงอันจะต้องถูกติถูกชม อีกเหตุหนึ่งจะนำมาซึ่งความขมขื่นในเมื่อเวลาทำ electoral campaign อันเป็นเวลาต่างฝ่ายหาโอกาส attack ซึ่งกันและกัน พระยามโนฯ เห็นว่า เพื่อความสงบเรียบร้อยสมัคสมานเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในระวางเจ้านายกับราษฎร ควรถือเสียว่าพระบรมวงศานุวงศ์ตั้งแต่ชั้นหม่อมเจ้าขึ้นไปย่อมดำรงอยู่เหนือการเมืองทั้งหลาย ส่วนในทางที่เจ้านายจะช่วยทะนุบำรุงประเทศบ้านเมือง ก็ย่อมมีโอกาศบริบูรณ์ในทางตำแหน่งประจำและตำแหน่งอันเกี่ยวแก่วิชาเป็นพิเศษอยู่แล้ว จึงหาหรือมานั้น ได้ทราบแล้ว ฉันทเห็นด้วยตามความคิดของพระยามโนฯ ทุกประการ”¹³

อนึ่ง พลเรือตรี ถวัลย์ ธำรงนาวาสวัสดิ์ ได้อภิปรายในที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรเมื่อครั้งที่มีการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 ด้วยว่า คณะราษฎรไม่ได้เป็นผู้ริเริ่มให้บัญญัติมาตรา 11 ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 แต่เรื่องนี้เป็นข้อเสนอที่เกิดจากการหารือกันระหว่างรัชกาลที่ 7 กับพระยามโนปกรณนิติธาดา เพื่อเป็นข้อแลกเปลี่ยนในการร่างรัฐธรรมนูญบางมาตรา อย่างไรก็ดี พลเรือตรี ถวัลย์ ไม่ได้กล่าวชัดว่ามาตราที่เป็นข้อแลกเปลี่ยนกับมาตรา 11 เป็นเรื่องอะไร

“มาตรา 11 นั้นไม่ใช่เป็นเพราะเหตุว่าคณะผู้ก่อการขอพระราชทานรัฐธรรมนูญได้ไปร่างขึ้นเองก็หาไม่ได้ แต่ทว่าเป็นการเสนอกันในระหว่างนายกรัฐมนตรีในขณะนั้นกับพระมหากษัตริย์เพื่อเป็นการแลกเปลี่ยนร่างรัฐธรรมนูญในบางข้อ ... เมื่อเราร่างมาตรา 11 ในรัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้อยู่ปัจจุบันนี้นั้น ได้มีเจ้านายบางพระองค์ได้ทรงสำคัญไปว่า การที่ร่างเช่นนั้นเป็นการดัดลัทธิเป็นการแสดงความรังเกียจ หรือแสดงความกีดกันออกไป ส่วนเหตุผลที่ให้ไว้ก็รู้สึกว่าเป็นเหตุผลในครั้งนั้นก็พอไปได้ เพราะเหตุว่าเมื่อเปลี่ยนแปลงการปกครองใหม่ ๆ ก็ย่อมจะมีการกระทบกระทั่งกันเป็นธรรมดา เหตุผลที่ให้ในกรณีการรัฐธรรมนูญสมัยนั้น ก็คือ การที่ไม่มีมาตรา 11 ไว้ จะเป็นการทำให้เจ้านายทรงเล่นการเมือง ซึ่งอาจจะทำให้เกิดการกระทบกระเทือนไปสู่องค์พระมหากษัตริย์ได้ ...”¹⁴

แม้เวลานั้นจะมีผู้แทนราษฎรบางคนพยายามโต้แย้งในระหว่างการร่างรัฐธรรมนูญว่า การดัดลัทธิทางการเมืองของพระบรมวงศานุวงศ์ขัดต่อหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ แต่เมื่อมี

¹³ รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 34/2475 วิสามัญ วันที่ 16 พฤศจิกายน 2475 หน้า 367-368.

¹⁴ รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 22/2489 สามัญ สมัยที่ 2 ชุดที่ 4 วันที่ 12 เมษายน 2489 หน้า 1153.

การลงมติชี้ขาด ปรากฏว่าสมาชิกมีมติเป็นเอกฉันท์ไม่ให้พระบรมวงศานุวงศ์เกี่ยวข้องกับการเมือง¹⁵ และได้กลายเป็นมาตรา 11 ในเวลาต่อมา

(2) การป้องกันมิให้มีการย้อนกลับไปสู่ระบอบเก่า

นอกเหนือจากการคุ้มครองพระเกียรติของพระมหากษัตริย์แล้ว หยุต แสงอุทัย ซึ่งเป็น นักนิติศาสตร์และนักกฎหมายรัฐธรรมนูญที่มีชื่อเสียงที่สุดคนหนึ่งของประเทศไทย เห็นว่า เหตุผล อีกประการที่ต้องบัญญัติมาตรา 11 ไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ซึ่งไม่ได้แสดงออกโดยชัดแจ้ง คือ การที่คณะราษฎรเกรงว่าพระบรมวงศานุวงศ์อาจใช้การ เลือกตั้งผู้แทนราษฎรตามวิถีทางในระบอบประชาธิปไตยเพื่อย้อนกลับไปปกครองในระบอบ สมบูรณาญาสิทธิราชย์อีก จึงหาทางป้องกันไว้¹⁶ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า คำอธิบายของหยุตน่ารับฟังอยู่ เพราะหากพิจารณาสถานการณ์หลังเปลี่ยนแปลงการปกครองจะพบความตึงเครียดระหว่างคณะ ราษฎรกับพระบรมวงศานุวงศ์ เห็นได้จากการที่คณะราษฎรต้องอัญเชิญพระบรมวงศานุวงศ์ บางพระองค์มาควบคุมไว้ ณ พระที่นั่งอนันตสมาคม เพื่อประกันความปลอดภัยของคณะราษฎร โดยเฉพาะพระบรมวงศ์ที่มีอำนาจบัญชาการ เช่น สมเด็จพระเจ้าพี่ยาเธอ เจ้าฟ้าบริพัตรสุขุมพันธุ์ กรมพระนครสวรรค์วรพินิต ซึ่งต่อมาคณะราษฎรได้อัญเชิญพระองค์เสด็จประทับในต่างประเทศเพื่อ ความสงบเรียบร้อย นอกจากนี้ คณะราษฎรทราบว่ามีพระราชวงศ์บางพระองค์กล่าวความอันเป็น เสียนนามต่อความสงบของชาติ จึงกราบบังคมทูลรัชกาลที่ 7 ให้ทรงช่วยทำความเข้าใจกับ พระราชวงศ์อย่าให้ทำการใด ๆ อันก่อให้เกิดความไม่สงบ แม้แต่การใช้กิริยาเสียดสี¹⁷ ความตึงเครียด เช่นว่านี้น่าจะเป็นเหตุผลประการหนึ่งซึ่งนำไปสู่การห้ามพระบรมวงศานุวงศ์เข้ามาดำรงตำแหน่ง ทางการเมือง เพื่อให้ภารกิจในการสถาปนาระบอบใหม่ดำเนินไปได้อย่างราบรื่น

3.2 การยกเลิกข้อจำกัดสิทธิในการดำรงตำแหน่งทางการเมืองของพระบรมวงศานุวงศ์ ภายหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489

หลังจากที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ใช้บังคับมาเป็นเวลา หลายปี ได้มีความพยายามที่จะปรับปรุงรัฐธรรมนูญเพื่อให้สอดคล้องกับเหตุการณ์บ้านเมืองที่ เปลี่ยนแปลงไป จนในที่สุดนำไปสู่การประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช

¹⁵ รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 36/2475 วันที่ 25 พฤศจิกายน 2475 ตอนบ่าย หน้า 405-406, 415.

¹⁶ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (พระนคร: คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2515) หน้า 100-101.

¹⁷ ปิ่น บุญเกียรติ และเฮง เล้ากระจำ, สยามรัฐเปลี่ยนแปลงการปกครองแผ่นดินอย่างมีพระราชพิธีภายใต้ พระธรรมนูญการปกครอง ภาค 1, (พระนคร: โรงพิมพ์เดลิแมร์, 2475), หน้า 2-3, 60-62, 99-100.

2489¹⁸ ซึ่งปรากฏว่ารัฐธรรมนูญฉบับใหม่ไม่ได้รับบทบัญญัติมาตรา 11 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 เข้ามาด้วย จากการศึกษาพบว่า ความเสมอภาคทางการเมืองเป็นเหตุผลหลักของการยกเลิกข้อจำกัดสิทธิในการดำรงตำแหน่งทางการเมืองของพระบรมวงศานุวงศ์ และหลังจากที่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 แล้ว ปรากฏว่ามีพระบรมวงศานุวงศ์หลายพระองค์เข้าดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีและเป็นสมาชิกรัฐสภาด้วย

(1) ความเสมอภาคทางการเมือง: เหตุผลหลักของการยกเลิกข้อจำกัดสิทธิในการดำรงตำแหน่งทางการเมืองของพระบรมวงศานุวงศ์

ในระหว่างที่สภาผู้แทนราษฎรกำลังปรับปรุงแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 อยู่ นั้น ไพโรจน์ ชัยนาม ได้เสนอความเห็นต่อสาธารณะว่า การกำหนดให้เจ้านายอยู่นอการเมืองเป็นข้อบกพร่องประการหนึ่งของรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว อย่างไรก็ตามหากจะมีการอนุญาตให้พระบรมวงศานุวงศ์เข้ามาดำรงตำแหน่งทางการเมือง ไพโรจน์กลับเห็นว่า เป็นประเด็นที่ต้องพิจารณากันให้ถี่ถ้วน

“เรื่องพระบรมวงศานุวงศ์ตั้งแต่ชั้นหม่อมเจ้าขึ้นไปโดยกำเนิดหรือโดยแต่งตั้งก็ตาม ย่อมดำรงอยู่ในฐานะเหนือการเมือง คงจะเป็นปัญหาใหญ่ปัญหาหนึ่งซึ่งคณะกรรมการวิสามัญแห่งสภาผู้แทนราษฎรคงจะได้หยิบยกขึ้นพิจารณากัน เพราะมีผู้ต้องการให้เจ้านายตั้งแต่ชั้นหม่อมเจ้าขึ้นไปเข้าเล่นการเมืองได้มากเหมือนกัน แต่ถ้าระลึกถึงมูลเหตุเดิมและจะมีการกำหนดให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ที่ราษฎรทำการเลือกตั้งทั้งหมดแล้ว ปัญหาเรื่องนี้ก็จะพิจารณากันได้ดี เพราะคงจะมีการต่อสู้กันในการเลือกตั้งมาก เจ้านายที่ทรงโดดเข้าไปแข่งขันในการเลือกตั้งอาจจะถูกโฆษณาทัพบกทำให้เป็นที่เสื่อมเสียไปถึงพระเกียรติยศของพระมหากษัตริย์ได้ ... ที่พูดทั้งนี้ไม่ได้หมายความว่า จะให้ตัดสิทธิเจ้านายท่านในการออกเสียงลงคะแนนเลือกตั้งผู้แทนราษฎรด้วย เพราะในบัดนี้ท่านก็มีอยู่แล้ว”¹⁹

ไพโรจน์ตั้งข้อสังเกตด้วยว่า ในประเทศฝรั่งเศสมีกฎหมายห้ามสมาชิกในราชวงศ์ที่เคยปกครองฝรั่งเศสสมัครรับเลือกตั้งเป็นผู้แทนราษฎร ซึ่งอันที่จริงไพโรจน์เห็นว่าไม่ควรห้าม เนื่องจากฝรั่งเศสเปลี่ยนรูปแบบของรัฐจากราชอาณาจักรเป็นสาธารณรัฐแล้ว อย่างไรก็ตาม แม้ฝรั่งเศสจะไม่

¹⁸ ดู คำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 63 ตอนที่ 30 วันที่ 10 พฤษภาคม 2489 หน้า 318-324)

¹⁹ ไพโรจน์ ชัยนาม, การร่างรัฐธรรมนูญใหม่และบทความเรื่องรัฐธรรมนูญ, (ม.ป.ท.: โรงพิมพ์พานิชสุผล, 2488), หน้า 177-178.

ได้มีประมุขของรัฐเป็นพระมหากษัตริย์เหมือนกับประเทศไทย แต่การมีกฎหมายกำหนดข้อห้ามดังกล่าวก็เนื่องมาจากความกังวลว่าการปกครองจะถูกเปลี่ยนกลับไปเป็นแบบมีพระมหากษัตริย์อีก ทั้งนี้ บางประเทศที่มีพระมหากษัตริย์ก็มีการห้ามไว้สำหรับบางตำแหน่งไม่ให้เจ้านายรับเป็น เช่น ตำแหน่งรัฐมนตรี แต่รัฐธรรมนูญของหลายประเทศที่มีพระมหากษัตริย์ก็กำหนดให้เจ้านายเป็นสมาชิกสภาสูงโดยสิทธิ ไพโรจน์เห็นว่าความยากลำบากของประเทศไทยอยู่ตรงที่เรามีเจ้านายมากเกินไป การจะจำกัดหรือวางระเบียบให้เหมาะสมจึงทำได้ยากกว่าในต่างประเทศ²⁰

คณะกรรมการการวิสามัญพิจารณาแก้ไขร่างรัฐธรรมนูญได้เสนอให้ตัดมาตรา 11 ออก พลเรือตรี ถวัลย์ ธำรงนาวาสวัสดิ์ ในฐานะกรรมการ ชี้แจงต่อที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรว่า ได้มีการปรึกษาหารือกันในกลุ่มของพระบรมวงศานุวงศ์แล้ว พระบรมวงศานุวงศ์ไม่มีข้อขัดข้อง และเหตุผลที่ตัดมาตรา 11 ออกก็เพื่อรับรองเสรีภาพทางการเมืองของพระบรมวงศานุวงศ์ในฐานะที่เป็นปวงชนชาวไทยเช่นกัน

“ได้มีการประชุมปรึกษากันระหว่างพระบรมวงศานุวงศ์ที่จะตัดมาตรา 11 นี้ออก ก็ได้มีความเห็นเกือบเป็นเอกฉันท์ว่า ในการที่จะตัดออกนั้นทางฝ่ายพระบรมวงศานุวงศ์ไม่มีข้อขัดข้องแต่ประการใด เพราะฉะนั้นใน การที่เราจะเสนอนี้เหตุผลที่จะอ้างว่า การที่จะเอามาตรานี้ไว้เพื่อป้องกันพระเกียรติยศของเจ้านายก็คลายความสำคัญลงไป และก็เป็นความดำริของเจ้านายแต่ละองค์ที่จะทรงคิดเองว่าจะทรงเล่นการเมืองหรือไม่ เมื่อเล่นแล้วจะมีการกระทบกระเทือนประการใดก็เป็นไปตามวิถีทางแห่งการเมือง และเหตุผลประการสำคัญก็คือว่า หลักในเรื่องเสรีภาพทางการเมืองซึ่งไม่เป็นการสมควรที่จะเขียนบังคับเอาไว้ เพราะเหตุว่าบรรดาเจ้านายต่าง ๆ นั้นก็เป็นประชาชนชาวไทยเหมือนกัน ... คณะกรรมการจึงเห็นว่าไม่สมควรที่จะมีบทบัญญัติในทำนองมาตรา 11 นี้ไว้ จะจำกัดไว้ในมาตราใดก็ตาม แต่เห็นว่าไม่สมควรไว้ในรัฐธรรมนูญใหม่นี้อีกต่อไป”²¹

จากการตรวจสอบรายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎรซึ่งทำหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญในเวลานั้นพบว่า ผู้แทนราษฎรมีความเห็นแตกต่างกันเป็นสองฝ่าย ฝ่ายหนึ่งเห็นควรให้ยกเลิกมาตรา 11 ตามที่คณะกรรมการการวิสามัญเสนอ ขณะที่อีกฝ่ายเห็นควรให้มีมาตรา 11 ต่อไป แต่อาจกำหนดเงื่อนไขหรือข้อยกเว้นบางประการเพื่อเปิดโอกาสให้พระบรมวงศานุวงศ์เข้ามามีส่วนร่วมทางการเมืองได้ เช่น กำหนดให้พระบรมวงศ์ตั้งแต่ชั้นเจ้าฟ้าขึ้นไปยังอยู่ในฐานะเหนือการเมือง ขณะที่บางท่านเสนอให้คงความในมาตรา 11 ไว้เช่นเดิม แต่เพิ่มข้อยกเว้นว่าถ้าพระบรมวงศานุวงศ์ประสงค์

²⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 178-180.

²¹ รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 22/2489 สามัญ สมัยที่ 2 ชุดที่ 4 วันที่ 12 เมษายน 2489 หน้า 1153-1154.

จะเข้ามาเล่นการเมืองให้ลาออกจากฐานันดรศักดิ์ก่อน อย่างไรก็ดี เมื่อมีการลงมติ ปรากฏว่าสมาชิกส่วนใหญ่เห็นควรให้เป็นไปตามร่างของคณะกรรมการการวิสามัญโดยให้ตัดมาตรา 11 ออก²²

สมควรกล่าวด้วยว่า เมื่อเกิดรัฐประหารในปี พ.ศ. 2494 และมีการนำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 กลับมาแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อใช้บังคับ ปรากฏว่ามีการตัดมาตรา 11 ออกเช่นกัน²³ อย่างไรก็ดี หยุต แสงอุทัย ซึ่งร่วมอยู่ในคณะกรรมการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตั้งข้อสังเกตว่า การตัดมาตรา 11 ออกไม่ใช่สิ่งที่ทำได้โดยง่าย เนื่องจากคณะรัฐประหารที่ยึดอำนาจเมื่อปี พ.ศ. 2494 มีสมาชิกคณะราษฎรอยู่ด้วย และบุคคลเหล่านั้นไม่ประสงค์ให้แก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 มากนัก แต่ที่สุดท้ายยอมจำนนด้วยเหตุผลเพราะการบัญญัติให้พระบรมวงศานุวงศ์ตั้งแต่ชั้นหม่อมเจ้าขึ้นไปอยู่ในฐานะเหนือการเมืองขัดต่อหลักความเสมอภาค และไม่มีทางกลัวเกรงว่าจะมีการฟื้นฟูระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์กลับมาอีก²⁴

อนึ่ง นอกจากเรื่องความเสมอภาคทางการเมืองแล้ว หยุต แสงอุทัย เห็นว่า สาเหตุที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 ไม่ได้กำหนดให้พระบรมวงศานุวงศ์ตั้งแต่ชั้นหม่อมเจ้าขึ้นไปอยู่เหนือการเมือง เป็นเพราะในเวลานั้นประเทศไทยกำลังจะเข้าเป็นภาคีขององค์การสหประชาชาติ จึงต้องแสดงให้เห็นว่าประเทศไทยมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย พระบรมวงศานุวงศ์ก็เป็นผู้มีสัญชาติไทยเช่นเดียวกับชนชาวไทย จึงไม่มีเหตุผลที่จะไปตัดสิทธิทางการเมืองของบุคคลเหล่านั้น²⁵ ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ความสัมพันธ์อันดีระหว่างพระบรมวงศานุวงศ์กับคณะราษฎรที่เกิดขึ้นในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง²⁶ น่าจะเป็นปัจจัยหนึ่งซึ่งนำไปสู่การยกเลิกข้อจำกัดสิทธิในการดำรงตำแหน่งทางการเมืองของพระบรมวงศานุวงศ์ด้วย

(2) การเข้าสู่การเมืองของพระบรมวงศานุวงศ์หลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489

หลังจากที่มีการยกเลิกข้อจำกัดสิทธิในการดำรงตำแหน่งทางการเมืองของพระบรมวงศานุวงศ์ ปรากฏว่ามีเจ้านายหลายพระองค์เข้าดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และสมาชิก

²² รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 22/2489 สามัญ สมัยที่ 2 ชุดที่ 4 วันที่ 12 เมษายน 2489 หน้า 1149-1159.

²³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495 (ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ เล่ม 69 ตอนที่ 15 วันที่ 8 มีนาคม 2495 หน้า 1-40)

²⁴ หยุต แสงอุทัย, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*, หน้า 101-102.

²⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 101.

²⁶ ปวย อึ้งภากรณ์, “พระบรมวงศานุวงศ์และขบวนการเสรีไทย,” ใน สันติสุข โสภณศิริ (บรรณาธิการ), *บางเรื่องเกี่ยวกับพระบรมวงศานุวงศ์ในระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: เรือนแก้วการพิมพ์, 2543), หน้า 14.

วุฒิสภา ตั้งแต่หลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 เรื่อยมา จนถึงช่วงปลายทศวรรษที่ 2510 หม่อมเจ้านนทิยาวดี สวัสดิวัตน์ น่าจะเป็นพระบรมวงศานุวงศ์พระองค์แรกที่เข้าสู่อำนาจเมือง โดยทรงได้รับแต่งตั้งเป็นรัฐมนตรีและรัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงการต่างประเทศในรัฐบาลของพลเรือตรี ถวัลย์ ธำรงนาวาสวัสดิ์²⁷

ต่อมาเมื่อเกิดรัฐประหารในปี พ.ศ. 2490 และมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 นายควง อภัยวงศ์ ได้ขึ้นเป็นนายกรัฐมนตรี และตั้งหม่อมเจ้าวิวัฒนไชย ไชยันต์ เป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง²⁸ หม่อมเจ้าสิทธิพร กฤดากร เป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรธิการ²⁹ และหม่อมเจ้ารังษิยากร อาภากร เป็นรัฐมนตรี³⁰ ต่อมาเมื่อ จอมพล แปลก พิบูลสงคราม ขึ้นเป็นนายกรัฐมนตรีในปี พ.ศ. 2491 ได้ตั้งหม่อมเจ้าปรีดิเทพย์พงษ์ เทวกุล เป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ และหม่อมเจ้ารังษิยากร อาภากร เป็นรัฐมนตรี³¹

หลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 จอมพลแปลก ได้กลับมาเป็นนายกรัฐมนตรีอีกครั้ง และตั้งหม่อมเจ้าวิวัฒนไชย ไชยันต์ เป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง³² ครั้นเมื่อเกิดรัฐประหารในเดือนพฤศจิกายน พ.ศ. 2494 และต่อมามีการนำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 กลับมาใช้เพิ่มเติมเพื่อใช้บังคับ จอมพลแปลก ยังคงดำรงตำแหน่งเป็นนายกรัฐมนตรี และได้แต่งตั้งพระเจ้าวรวงศ์เธอ พระองค์เจ้าวรวงศ์ไวยากร หรือในเวลาต่อมาคือ พระเจ้าวรวงศ์เธอ กรมหมื่นนคราธิปกพงศ์ประพันธ์ เป็นรัฐมนตรีว่าการ

²⁷ พระบรมราชโองการ ประกาศตั้งและแต่งตั้งรัฐมนตรี (ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ ตอนที่ 56 เล่ม 63 วันที่ 26 สิงหาคม 2489 หน้า 3-5) และพระบรมราชโองการ ประกาศตั้งและแต่งตั้งรัฐมนตรี (ราชกิจจานุเบกษา ตอนที่ 25 เล่ม 64 วันที่ 3 มิถุนายน 2490 หน้า 422-424)

²⁸ พระบรมราชโองการ ประกาศแต่งตั้งรัฐมนตรี (ราชกิจจานุเบกษา ตอนที่ 54 เล่ม 64 วันที่ 11 พฤศจิกายน 2490 หน้า 692-695) และพระบรมราชโองการ ประกาศตั้งและแต่งตั้งรัฐมนตรี (ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ ตอนที่ 12 เล่ม 65 วันที่ 25 กุมภาพันธ์ 2491 หน้า 3-6)

²⁹ พระบรมราชโองการ ประกาศแต่งตั้งรัฐมนตรี (ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ ตอนที่ 56 เล่ม 64 วันที่ 22 พฤศจิกายน 2490 หน้า 20-21) และพระบรมราชโองการ ประกาศตั้งและแต่งตั้งรัฐมนตรี (ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ ตอนที่ 12 เล่ม 65 วันที่ 25 กุมภาพันธ์ 2491 หน้า 3-6)

³⁰ พระบรมราชโองการ ประกาศตั้งและแต่งตั้งรัฐมนตรี (ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ ตอนที่ 12 เล่ม 65 วันที่ 25 กุมภาพันธ์ 2491 หน้า 3-6)

³¹ พระบรมราชโองการ ประกาศตั้งและแต่งตั้งรัฐมนตรี (ราชกิจจานุเบกษา ตอนที่ 21 เล่ม 65 วันที่ 20 เมษายน 2491 หน้า 273-276)

³² พระบรมราชโองการ ประกาศตั้งและแต่งตั้งรัฐมนตรี (ราชกิจจานุเบกษา ตอนที่ 36 เล่ม 66 วันที่ 5 กรกฎาคม 2492 หน้า 503-506)

กระทรวงการต่างประเทศ³³

เมื่อเกิดรัฐประหารในเดือนกันยายน พ.ศ. 2500 นายพจน์ สารสิน ได้ขึ้นเป็นนายกรัฐมนตรี หลังจากนั้นได้มีการแต่งตั้ง พระเจ้าวรวงศ์เธอ กรมหมื่นนราธิปพงศ์ประพันธ์ เป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ³⁴ ต่อมา เมื่อพลโท ถนอม กิตติขจร ขึ้นเป็นนายกรัฐมนตรีในเดือนมกราคม พ.ศ. 2501 กรมหมื่นนราธิปพงศ์ประพันธ์ทรงได้รับแต่งตั้งเป็นรองนายกรัฐมนตรี³⁵ หลังรัฐประหารในเดือนตุลาคม พ.ศ. 2501 กรมหมื่นนราธิปพงศ์ประพันธ์ ทรงได้รับแต่งตั้งเป็นรองนายกรัฐมนตรีอีกครั้งในรัฐบาลของจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ระหว่างปี พ.ศ. 2502 ถึง พ.ศ. 2506³⁶ และต่อเนื้อมาในรัฐบาลที่มี พลเอกถนอม กิตติขจร เป็นนายกรัฐมนตรีระหว่างปี พ.ศ. 2506 ถึง พ.ศ. 2512³⁷ ทั้งนี้ พระบรมวงศานุวงศ์พระองค์สุดท้ายที่ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี คือ หม่อมเจ้าจักรพันธ์เพ็ญศิริ จักรพันธุ์ ซึ่งได้รับแต่งตั้งเป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ในรัฐบาลที่มีนายสัญญา ธรรมศักดิ์ เป็นนายกรัฐมนตรี ซึ่งเข้ามาบริหารประเทศภายหลังเหตุการณ์วันมหาวิปโยค 14 ตุลาคม พ.ศ. 2516³⁸

นอกจากตำแหน่งรัฐมนตรีแล้ว พระบรมวงศานุวงศ์หลายพระองค์ยังไปดำรงตำแหน่งสมาชิกวุฒิสภาด้วย โดยในปี พ.ศ. 2491 มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทน³⁹ หม่อมเจ้านิตยากร วรวรณ

³³ พระบรมราชโองการ ประกาศตั้งและแต่งตั้งรัฐมนตรี (ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ ตอนที่ 21 เล่ม 69 วันที่ 29 มีนาคม 2495 หน้า 5-9) และพระบรมราชโองการ ประกาศตั้งและแต่งตั้งรัฐมนตรี (ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ เล่ม 74 ตอนที่ 33 วันที่ 1 เมษายน 2500 หน้า 1-5) อนึ่ง หม่อมเจ้าวรรณไวทยากร วรวรณ ทรงได้รับการสถาปนาเป็นพระวรวงศ์เธอ พระองค์เจ้าวรรณไวทยากรในปี พ.ศ. 2482 เป็นพระเจ้าน้องยาเธอ พระองค์เจ้าวรรณไวทยากรในปี พ.ศ. 2486 และเป็นพระเจ้าน้องยาเธอ กรมหมื่นนราธิปพงศ์ประพันธ์ในปี พ.ศ. 2495 ดู กรมศิลปากร, **เรื่องเฉลิมพระยศเจ้านาย เล่ม 2**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (พระนคร: โรงพิมพ์สำนักทำเนียบนายกรัฐมนตรี, 2513), หน้า 186-189, 190, 211, 217-219.

³⁴ พระบรมราชโองการ ประกาศตั้งและแต่งตั้งรัฐมนตรี (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 74 ตอนที่ 80 วันที่ 24 กันยายน 2500 หน้า 1376-1379)

³⁵ สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, “ลำดับความเป็นมาของคณะรัฐมนตรีไทย คณะที่ 28” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : http://www.soc.go.th/?page_id=5860 [25 เมษายน 2564]

³⁶ พระบรมราชโองการ ประกาศตั้งคณะรัฐมนตรี (ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ เล่ม 76 ตอนที่ 23 วันที่ 13 กุมภาพันธ์ 2502 หน้า 1-3)

³⁷ พระบรมราชโองการ ประกาศตั้งรัฐมนตรี (ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ เล่ม 80 ตอนที่ 119 วันที่ 12 ธันวาคม 2506 หน้า 1-4)

³⁸ พระบรมราชโองการ ประกาศแต่งตั้งรัฐมนตรี (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 96 ตอนที่ 133 วันที่ 16 ตุลาคม 2516 หน้า 479-483) และพระบรมราชโองการ ประกาศแต่งตั้งรัฐมนตรี (ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ เล่ม 91 ตอนที่ 93 วันที่ 31 พฤษภาคม 2517 หน้า 1-5)

³⁹ พระราชกฤษฎีกาดำเนินการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทน พ.ศ. 2490 (ราชกิจจานุเบกษา ตอนที่ 58 เล่ม 64 วันที่ 2 ธันวาคม 2490 หน้า 714-716)

ทรงได้รับเลือกตั้งเป็นผู้แทนราษฎรจังหวัดพระนครศรีอยุธยา และหม่อมเจ้าสิทธิพร กฤดากร ทรงได้รับเลือกตั้งเป็นผู้แทนราษฎรจังหวัดประจวบคีรีขันธ์ ทั้งนี้ ในวันเปิดสมัยประชุมสามัญครั้งแรก หม่อมเจ้าสิทธิพรในฐานะที่ทรงมีอาวุโสสูงสุดได้รับเชิญให้ขึ้นดำรงตำแหน่งประธานชั่วคราวตามข้อบังคับของสภาผู้แทน พ.ศ. 2490 ด้วย⁴⁰

นอกจากนี้ ยังมีพระบรมวงศานุวงศ์อีกหลายพระองค์ที่ได้รับแต่งตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภา ได้แก่ หม่อมเจ้าเฉลิมศรีจันทร์ทต จันทาทต หม่อมเจ้าชวลิต เกษมสันต์ หม่อมเจ้าพรปรีชา กมลาศน์ หม่อมเจ้าวิมลยากร เกษมศรี หม่อมเจ้าเสฐศิริ กฤดากร หม่อมเจ้าสฤษดิ์เดช ชยางกูร และหม่อมเจ้าอุปสีสาน ชุมพล ซึ่งได้รับแต่งตั้งเป็นวุฒิสมาชิกภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490⁴¹

เมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 หม่อมเจ้าดิศานุวัตร ดิศกุล หม่อมเจ้าวิวัฒนไชย ไชยันต์⁴² หม่อมเจ้าปรีดิเทพพงศ์ เทวกุล⁴³ หม่อมเจ้าพรปรีชา กมลาศน์ หม่อมเจ้าสฤษดิ์เดช ชยางกูร หม่อมเจ้าชวลิต เกษมสันต์ หม่อมเจ้าอุปสีสาน ชุมพล⁴⁴ และหม่อมเจ้าวิมาวาทิตย์ รพีพัฒน์⁴⁵ ทรงได้รับแต่งตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภาภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว ครั้นมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 มีพระบรมวงศานุวงศ์สองพระองค์ที่ทรงได้รับแต่งตั้งเป็นวุฒิสมาชิกภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ คือ หม่อมเจ้ากาพรพรรณดิศ ดิศกุล⁴⁶ และพระเจ้าวรวงศ์เธอ กรมหมื่นนคราธิพงศ์ประพันธ์⁴⁷

⁴⁰ รายงานการประชุมสภาผู้แทน ครั้งที่ 1/2491 สามัญ วันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2491 หน้า 1, 5, 7

⁴¹ พระบรมราชโองการ ประกาศแต่งตั้งสมาชิกวุฒิสภา (ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ ตอนที่ 56 เล่ม 64 วันที่ 22 พฤศจิกายน 2490 หน้า 10-17)

⁴² พระบรมราชโองการ ประกาศแต่งตั้งสมาชิกวุฒิสภา (ราชกิจจานุเบกษา ตอนที่ 34 เล่ม 66 วันที่ 28 มิถุนายน 2492 หน้า 489-490)

⁴³ พระบรมราชโองการ ประกาศแต่งตั้งสมาชิกวุฒิสภา (ราชกิจจานุเบกษา ตอนที่ 63 เล่ม 66 วันที่ 15 พฤศจิกายน 2492 หน้า 734-735)

⁴⁴ พระบรมราชโองการ ประกาศแต่งตั้งสมาชิกวุฒิสภา (ราชกิจจานุเบกษา ตอนที่ 63 เล่ม 67 วันที่ 21 พฤศจิกายน 2493 หน้า 1077-1081)

⁴⁵ พระบรมราชโองการ ประกาศแต่งตั้งสมาชิกวุฒิสภา (ราชกิจจานุเบกษา ตอนที่ 62 เล่ม 68 วันที่ 9 ตุลาคม 2494 หน้า 1456-1457)

⁴⁶ พระบรมราชโองการ ประกาศแต่งตั้งสมาชิกวุฒิสภา (ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ เล่ม 85 ตอนที่ 61 วันที่ 4 กรกฎาคม 2511 หน้า 83-90)

⁴⁷ พระบรมราชโองการ ประกาศแต่งตั้งสมาชิกวุฒิสภา (ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ เล่ม 86 ตอนที่ 25 วันที่ 27 มีนาคม 2512 หน้า 1-2)

4. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2562: ความเป็นมาและปัญหาในแง่นิติวิธี

เมื่อพิจารณาวิวัฒนาการของหลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิของพระบรมวงศานุวงศ์ในการดำรงตำแหน่งทางการเมืองแล้ว จะเห็นว่าแม้ในช่วงแรกหลังเปลี่ยนแปลงการปกครองจะมีการจำกัดสิทธิทางการเมืองของพระบรมวงศานุวงศ์โดยบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญก็ตาม ทว่านับแต่ปี พ.ศ. 2489 เป็นต้นมา เป็นที่ชัดเจนว่าระบบรัฐธรรมนูญไทยอนุญาตให้พระบรมวงศานุวงศ์สามารถดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้ และใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวเรื่อยมา จนกระทั่งเกิดปัญหาขึ้นในคดียุบพรรคไทยรักษาชาติ

4.1 ความเป็นมาแห่งคดี

วันที่ 8 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2562 พรรคไทยรักษาชาติได้ยื่นหนังสือแจ้งรายชื่อ ทูลกระหม่อมหญิงอุบลรัตนราชกัญญา สิริวัฒนาพรรณวดี เป็นบุคคลที่คณะกรรมการบริหารพรรคมีมติเสนอให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาให้ความเห็นชอบแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรี การดำเนินการดังกล่าวทำให้เกิดความสงสัยและข้อถกเถียงในสังคมว่า ทูลกระหม่อมหญิงอุบลรัตนราชกัญญา สิริวัฒนาพรรณวดีสามารถดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้หรือไม่ โดยในคำวันเดียวกัน ราชกิจจานุเบกษาได้เผยแพร่พระราชโองการ ประกาศ สถาปนาพระมหากษัตริย์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับกรณีดังกล่าว ความว่า

“สถาบันพระมหากษัตริย์ไทยเป็นศูนย์รวมและเป็นที่ยึดเหนี่ยวจิตใจของประชาชนชาวไทย พระมหากษัตริย์และพระบรมราชวงศ์ทุกพระองค์ทรงดำรงสถานอยู่เหนือการเมือง และทรงประกอบพระราชกรณียกิจเพื่อประเทศชาติและประชาชนมาโดยตลอด ดังเป็นที่ประจักษ์ชัดแจ้งว่าตลอดระยะเวลา 70 ปี แห่งการครองสิริราชสมบัติของพระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช บรมนาถบพิตร ทรงปฏิบัติพระราชกรณียกิจนานัปการเพื่อความผาสุกและความอยู่ดีกินดีของประชาชน ทรงปกครองประเทศด้วยทศพิธราชธรรม และนำพาประเทศให้ผ่านพ้นวิกฤตต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นภัยก่อการร้าย ภัยพิบัติ และภัยที่เกิดจากวิกฤตการณ์ทางการเมืองในประเทศ ทรงบำบัดทุกข์บำรุงสุข และดูแลปกป้องประชาชนด้วยน้ำพระราชหฤทัยที่เปี่ยมด้วยพระมหากรุณาอย่างมิอาจประมาณได้ ประชาชนทุกหมู่เหล่าเคารพรัก และเทิดทูนพระองค์เสมือนด้วยบิดา จึงทรงเป็น “พ่อแห่งแผ่นดิน” โดยแท้จริง

ทูลกระหม่อมหญิงอุบลรัตนราชกัญญา สิริวัฒนาพรรณวดี เป็นพระราชธิดาพระองค์ใหญ่ในพระบาท สมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช บรมนาถบพิตร และสมเด็จพระนางเจ้าสิริกิติ์ พระบรมราชินีนาถ ทั้งยังเป็นพระเชษฐภคินีในสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว และพระบรมราชวงศ์ทุกพระองค์ แม้จะทรงกราบถวายบังคมลาออกจากฐานันดรศักดิ์ไปแล้วตามกฎหมายเถียรบาล โดย

ได้กราบบังคมทูลพระกรุณาเป็นลายลักษณ์อักษร หากยังทรงสถานะและดำรงพระองค์ในฐานะสมาชิกแห่งพระบรมราชจักรีวงศ์ ทรงเป็นที่รักใคร่ของสมเด็จพระบรมชนกนาถ และสมเด็จพระบรมราชชนนี ตลอดจนเป็นที่เคารพยกย่องของพระบรมราชวงศ์ทุกพระองค์และประชาชนชาวไทยมาอย่างต่อเนื่องยาวนานด้วยทรงประกอบพระกรณียกิจเพื่อประโยชน์สุขของประชาชน โดยในการดำรงพระองค์และการประกอบพระกรณียกิจต่าง ๆ นั้น ทรงปฏิบัติด้วยการถวายงานของข้าราชการในพระองค์ และหน่วยราชการต่าง ๆ ของหน่วยราชการในพระองค์ตลอดมา การนำสมาชิกชั้นสูงในพระบรมราชวงศ์มาเกี่ยวข้องกับระบบการเมือง ไม่ว่าจะโดยทางใดก็ตาม จึงเป็นการกระทำที่ขัดต่อโบราณราชประเพณี ขนบธรรมเนียม และวัฒนธรรมของชาติถือเป็นการกระทำที่มีไม่ควรไม่เหมาะสมอย่างยิ่ง

อนึ่ง บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญทุกฉบับรวมทั้งฉบับปัจจุบัน มีหมวดว่าด้วยพระมหากษัตริย์เป็นการเฉพาะ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่รองรับสถานะพิเศษของสถาบันพระมหากษัตริย์ ตามประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข พระมหากษัตริย์ทรงดำรงอยู่เหนือการเมืองและทรงดำรงอยู่ในฐานะอันเป็นที่เคารพสักการะ ผู้ใดจะละเมิด กล่าวหา หรือฟ้องร้องพระมหากษัตริย์ในทางใด ๆ มิได้ ซึ่งบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญดังกล่าวย่อมครอบคลุมถึงพระราชินี พระรัชทายาทและพระบรมราชวงศ์ซึ่งมีความใกล้ชิดกับพระมหากษัตริย์ ดังที่ได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้ปฏิบัติพระราชกรณียกิจร่วมกับพระองค์หรือแทนพระองค์อยู่เป็นนิจ ดังนั้นพระราชินี พระรัชทายาท และพระบรมราชวงศ์ทุกพระองค์ จึงอยู่ในหลักการเกี่ยวกับการดำรงอยู่เหนือการเมืองและความเป็นกลางทางการเมืองของพระมหากษัตริย์ด้วย และไม่สามารถดำรงตำแหน่งใด ๆ ในทางการเมืองได้ เพราะจะเป็นการขัดกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญและประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”⁴⁸

หลังจากที่มีการเผยแพร่พระราชโองการดังกล่าวแล้ว คณะกรรมการการเลือกตั้งได้มีการประชุมเมื่อวันที่ 11 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2562 เพื่อพิจารณาประเด็นการแจ้งรายชื่อบุคคลเพื่อเสนอชื่อให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรี และได้มีประกาศคณะกรรมการการเลือกตั้ง เรื่อง การแจ้งรายชื่อบุคคลที่พรรคการเมืองจะเสนอให้รัฐสภาพิจารณาแต่งตั้งให้เป็นนายกรัฐมนตรี โดยไม่ปรากฏชื่อของทุลกระหม่อมหญิงอุบลรัตนราชกัญญา สิริวัฒนาพรรณวดี ซึ่งได้รับการเสนอโดยพรรคไทยรักษาชาติ⁴⁹

⁴⁸ พระราชโองการ ประกาศ สถาบันพระมหากษัตริย์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 136 ตอนพิเศษ 37 ง วันที่ 8 กุมภาพันธ์ 2562 หน้า 1-2)

⁴⁹ สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง, “กกต. แจ้งรายชื่อบุคคลเพื่อพิจารณาแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรี” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : [https://www.ect.go.th/ect_th/news_page.php?nid=5041&filename=\[15 มกราคม 2565\]](https://www.ect.go.th/ect_th/news_page.php?nid=5041&filename=[15 มกราคม 2565])

ต่อมาคณะกรรมการการเลือกตั้งได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญยุบพรรคไทยรักษาชาติ เนื่องจากคณะกรรมการการเลือกตั้งเห็นว่า การที่พรรคไทยรักษาชาติแจ้งรายชื่อทูลกระหม่อมหญิงอุบลรัตนราชกัญญาสิริวัฒนาพรรณวดี เป็นบุคคลที่พรรคมีมติเสนอให้สภาผู้แทนราษฎรให้ความเห็นชอบแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรี เป็นการนำสมาชิกชั้นสูงในพระบรมราชวงศ์มาเกี่ยวข้องกับระบบการเมือง ขัดต่อโบราณราชประเพณี ขนบธรรมเนียม และวัฒนธรรมของชาติ ถือเป็นการกระทำที่มิบังควรไม่เหมาะสมอย่างยิ่ง เนื่องจากพระบรมราชวงศ์ทุกพระองค์ทรงอยู่ในหลักการเกี่ยวกับการดำรงอยู่นือการเมือง เป็นกลางทางการเมือง และไม่สามารถดำรงตำแหน่งใด ๆ ในทางการเมืองได้ เพราะจะขัดกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ และประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ดังปรากฏตามพระราชโองการของสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว ถือเป็นการระคายเคืองเบื้องพระยุคลบาท จนเป็นเหตุให้สมเด็จพระเจ้าอยู่หัวทรงมีพระราชโองการ การกระทำดังกล่าวถือเป็นปฏิกิริยาต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข อันเป็นเหตุที่ศาลอาจสั่งยุบพรรคได้ตามมาตรา 92 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560⁵⁰

พรรคไทยรักษาชาติชี้แจงแก้ข้อกล่าวหาต่อศาลรัฐธรรมนูญมีใจความสำคัญโดยสรุปว่า พรรคมิได้มีเจตนากระทำการขัดต่อเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ และประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และมีได้มีเจตนาประสงค์จะให้เป็นการระคายเคืองเบื้องพระยุคลบาท ทางพรรคได้กระทำการตามความประสงค์และความยินยอมของทูลกระหม่อมหญิงอุบลรัตนราชกัญญา สิริวัฒนาพรรณวดี ซึ่งมีเจตนาอาสาทำงานให้กับประเทศชาติ เพราะอยากเห็นประเทศไทยเดินไปข้างหน้า เป็นที่ชื่นชมและยอมรับของนานาชาติ อยากเห็นชาวไทยทุกคนมีสิทธิและโอกาสมีความสุขอยู่ดีกินดีและมีความสุขทั่วถึงกัน จึงได้ทำหนังสือยินยอมให้พรรคเสนอชื่อ อันแสดงถึงความตั้งใจ และทูลกระหม่อมหญิงอุบลรัตนราชกัญญา สิริวัฒนาพรรณวดี เป็นผู้มีความสมบูรณ์และไม่มีความจำเป็นต้องห้ามที่จะเป็นรัฐมนตรีตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 89 และมาตรา 160 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2561 มาตรา 14 วรรคหนึ่ง (2) ทั้งนี้ ในการยื่นหนังสือแจ้งรายชื่อต่อคณะกรรมการการเลือกตั้งเมื่อวันที่ 8 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2562 ทางคณะกรรมการการเลือกตั้งก็ได้รับหนังสือโดยไม่ได้โต้แย้งแต่อย่างใด ประกอบกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับหลังปี พ.ศ. 2475 เป็นต้นมา มิได้มีการบัญญัติข้อความเช่นเดียวกับมาตรา 11 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 เห็นได้จากรายงานการประชุมกรมการเมือง

⁵⁰ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2562 (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 136 ตอนที่ 41 ก วันที่ 3 เมษายน 2562 หน้า 29, 31)

และสภาผู้แทนราษฎรที่พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2489 ที่ว่า เพื่อไม่เป็นการตัดสิทธิทางการเมืองของพระบรมวงศานุวงศ์อันเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาค แสดงให้เห็นได้ชัดว่าความประสงค์ของการยกเลิกมาตรา 11 เดิมคือทำให้พระบรมวงศานุวงศ์มีสิทธิดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้ จากหลักฐานทางประวัติศาสตร์ประกอบกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งในปัจจุบันไม่มีข้อห้ามดังกล่าว นอกจากนี้ ยังพบข้อเท็จจริงว่ามีพระบรมวงศานุวงศ์ชั้นพระองค์เจ้าและหม่อมเจ้าขึ้นไปดำรงตำแหน่งเป็นรองนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีในช่วงปี พ.ศ. 2490 ถึง พ.ศ. 2518 จึงเป็นความเข้าใจโดยสุจริตของพรรคว่า มาตรา 11 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ไม่เป็นประเพณีการปกครอง ประกอบกับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543 ไม่มีประเด็นวินิจฉัยเกี่ยวกับการลาออกจากฐานันดรศักดิ์ จึงไม่อาจนำมาเป็นบรรทัดฐานในคดีนี้ได้⁵¹

ประเด็นสำคัญที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัยในคดีนี้ คือ มีเหตุให้สั่งยุบพรรคไทยรักษาชาติตามมาตรา 92 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 หรือไม่ โดยต้องพิจารณาว่า การที่พรรคไทยรักษาชาติยื่นหนังสือแจ้งรายชื่อผู้ลงสมัครรับเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สิริวัฒนาพรรณวดีเป็นบุคคลที่คณะกรรมการบริหารพรรคมีมติเสนอให้สภาผู้แทนราษฎรให้ความเห็นชอบแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรีนั้น เป็นการกระทำความผิดเป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือไม่ ซึ่งการที่ศาลรัฐธรรมนูญจะชี้ขาดปัญหาดังกล่าวได้ ศาลต้องวินิจฉัยด้วยว่า ผู้ลงสมัครรับเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สิริวัฒนาพรรณวดี สามารถดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้หรือไม่ โดยคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้นำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการวินิจฉัย

4.2 ปัญหาในแง่นิติวิธีของคำวินิจฉัย

เมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2562 แล้ว ผู้เขียนเห็นว่าคำวินิจฉัยฉบับนี้มีปัญหาในแง่นิติวิธี 2 ประการ คือ การนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ทั้งที่ยังมีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญบังคับแก่กรณีได้ และการที่ศาลไม่ได้พิสูจน์องค์ประกอบของประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

⁵¹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2562 (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 136 ตอนที่ 41 ก วันที่ 3 เมษายน 2562 หน้า 33-34, 38)

(1) ปัญหาการนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ทั้งที่ยังมีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญบังคับแก่กรณีได้

คดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า เป็นกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บังคับแก่กรณี ด้วยเหตุนี้ จึงต้องวินิจฉัยไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข⁵² โดยศาลเห็นว่า แม้รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติถึงสถานะของพระมหากษัตริย์ที่ต้องทรงอยู่เหนือการเมืองและเป็นกลางทางการเมืองไว้เป็นการเฉพาะ ก็ต้องนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้บังคับ และวินิจฉัยว่า ทูลกระหม่อมหญิงอุบลรัตนราชกัญญา สิริวัฒนาพรรณวดี เป็นพระราชธิดาพระองค์ใหญ่ในรัชกาลที่ 9 ทั้งยังเป็นพระเชษฐภคินีในรัชกาลที่ 10 แม้ทรงกราบถวายบังคมลาออกจากฐานันดรศักดิ์แล้ว⁵³ แต่ยังคงอยู่ในฐานะสมาชิกแห่งพระบรมราชจักรีวงศ์ การกระทำของพรรคไทยรักษาชาติจึงเป็นการนำสมาชิกชั้นสูงในพระบรมราชวงศ์มาเป็นฝักฝ่ายทางการเมือง ทั้งยังเป็นการกระทำที่วิญญูชนทั่วไปรู้สึกได้ว่าสามารถทำให้สถาบันพระมหากษัตริย์ถูกนำไปใช้เพื่อความได้เปรียบทางการเมืองและมุ่งหวังผลประโยชน์ทางการเมือง เป็นการสุ่มเสี่ยงต่อการสูญเสียสถานะที่ต้องอยู่เหนือการเมืองและดำรงความเป็นกลางทางการเมือง อันเป็นจุดเริ่มต้นของการเซาะกร่อนบ่อนทำลาย เป็นเหตุให้ชำรุดทรุดโทรม เสื่อมทราม หรืออ่อนแอลง เข้าลักษณะการกระทำที่อาจเป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข จึงมีคำสั่งให้ยุบพรรคไทยรักษาชาติ⁵⁴

ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับการที่ศาลรัฐธรรมนูญนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้วินิจฉัยคดีนี้ โดยเห็นว่าไม่มีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่นำมาบังคับแก่กรณีได้ คือ มาตรา 184 และมาตรา 186 ซึ่งห้ามสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา รวมถึงรัฐมนตรี กระทำการอันมี

⁵² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 5 วรรคสอง บัญญัติว่า “เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้นหรือวินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”

⁵³ ประกาศพระบรมราชโองการ เรื่อง ลาออกจากฐานันดรศักดิ์ (ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ เล่ม 89 ตอนที่ 112 วันที่ 25 กรกฎาคม 2515 หน้า 1-2) มีความว่า “ด้วยสมเด็จพระเจ้าลูกเธอ เจ้าฟ้าอุบลรัตนราชกัญญา ได้นำความขึ้นกราบบังคมทูลพระกรุณาเป็นลายลักษณ์อักษรว่า ได้ทรงพระดำริเห็นถ้อยคำด้วยพระองค์เองแล้วว่า การดำรงฐานันดรศักดิ์แห่งพระราชวงศ์ในฐานะสมเด็จพระเจ้าฟ้าเป็นกิจพิเศษ กอปรด้วยความรับผิดชอบอย่างสูงหลายด้าน ไม่ทรงสามารถจะปฏิบัติให้สมบูรณ์โดยตลอดได้ จึงขอพระราชทานกราบถวายบังคมลาออกจากฐานันดรศักดิ์แห่งพระราชวงศ์ และขอรับสนองพระเดชพระคุณในฐานะเป็นสามัญชนความทราบฝ่าละอองธุลีพระบาทแล้ว พระราชทานพระบรมราชานุญาต”

⁵⁴ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2562 (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 136 ตอนที่ 41 ก วันที่ 3 เมษายน 2562 หน้า 40-47)

ลักษณะเป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ โดยรัฐธรรมนูญได้กำหนดข้อยกเว้นเอาไว้ว่า กรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา และรัฐมนตรี รับเงินปีพระบรมวงศานุวงศ์ ไม่ให้ถือเป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์⁵⁵ ซึ่งหมายความว่าโดยปริยายว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา และรัฐมนตรี สามารถรับเงินปีพระบรมวงศานุวงศ์ได้ หรืออีกนัยหนึ่งคือพระบรมวงศานุวงศ์สามารถดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา และรัฐมนตรีได้นั่นเอง เมื่อรัฐธรรมนูญอนุญาตให้พระบรมวงศานุวงศ์ที่ดำรงพระอิสริยยศอยู่ดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้ กรณีของพระบรมวงศานุวงศ์ที่ลาออกจากฐานันดรศักดิ์แล้ว เช่น ทูลกระหม่อมหญิงอุบลรัตนราชกัญญา สิริวัฒนาพรรณวดี ก็ยังต้องมีสิทธิดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้เช่นกัน

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตด้วยว่า บทบัญญัติทำนองเดียวกับมาตรา 184 และมาตรา 186 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ปรากฏครั้งแรกในปี พ.ศ. 2492⁵⁶ ซึ่งสอดคล้องกับระบบรัฐธรรมนูญไทยในขณะนั้นที่อนุญาตให้พระบรมวงศานุวงศ์สามารถเข้าดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้แล้ว และปรากฏว่ามีการบัญญัติเช่นนี้ในรัฐธรรมนูญหลายฉบับหลังจากนั้น⁵⁷ อีกทั้งกฎหมายจัดตั้งองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบต่าง ๆ ก็มีบทบัญญัติทำนองนี้ด้วย⁵⁸ เท่ากับว่า

⁵⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 184 บัญญัติว่า “สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาต้อง

(1) ไม่ดำรงตำแหน่งหรือหน้าที่ใดในหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐหรือรัฐวิสาหกิจหรือตำแหน่งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น

(2) ไม่รับหรือแทรกแซงหรือก้าวก่ายการเข้ารับสัมปทานจากรัฐ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือเข้าเป็นคู่สัญญากับรัฐ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจอันมีลักษณะเป็นการผูกขาดตัดตอน หรือเป็นหุ้นส่วน หรือผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทที่รับสัมปทานหรือเข้าเป็นคู่สัญญาในลักษณะดังกล่าว ทั้งนี้ ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม

(3) ไม่รับเงินหรือประโยชน์ใด ๆ จากหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจเป็นพิเศษ นอกเหนือไปจากที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจปฏิบัติต่อบุคคลอื่น ๆ ในธุรกิจการงานปกติ

(4) ไม่กระทำการใด ๆ ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม อันเป็นการขัดขวางหรือแทรกแซงการใช้สิทธิหรือเสรีภาพของหนังสือพิมพ์หรือสื่อมวลชนโดยมิชอบ

มาตรานี้มิให้ใช้บังคับในกรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภารับเบี้ยหวัด บำเหน็จบำนาญ เงินปีพระบรมวงศานุวงศ์ ...”

และมาตรา 186 บัญญัติว่า “ให้นำความในมาตรา 184 มาใช้บังคับแก่รัฐมนตรีด้วยโดยอนุโลม ...”

⁵⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 มาตรา 80 และมาตรา 143

⁵⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 มาตรา 103 และมาตรา 180 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 มาตรา 97 และมาตรา 149 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 108 และมาตรา 163 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 110 มาตรา 128 และมาตรา 208 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 265 และมาตรา 267

⁵⁸ พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 มาตรา 44/3 พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 48 จตุตศ พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 มาตรา 64/2 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 มาตรา 51 และพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 มาตรา 49

นอกจากตำแหน่งทางการเมืองในระดับชาติแล้ว ปัจจุบันระบบรัฐธรรมนูญไทยยังอนุญาตให้พระบรมวงศานุวงศ์ดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่นได้ด้วย

(2) ปัญหาการไม่พิสูจน์องค์ประกอบของประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ไม่มีนิยามศัพท์ของประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขไว้เป็นการเฉพาะ แต่ในคำวินิจฉัยที่ 3/2562 นี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้พยายามแยกองค์ประกอบของประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขเป็น 4 ประการ โดยอนุมานตามเนื้อความที่ปรากฏอยู่ในชื่อเรียกนั่นเอง คือ (1) หมายถึง ประเพณีการปกครองที่ยึดถือปฏิบัติกันมานานจนเป็นประเพณีที่ดั่งามในทางการเมืองการปกครอง มิใช่ประเพณีในกิจการด้านอื่น (2) ต้องเป็นประเพณีการปกครองของประเทศไทยที่เป็นที่ยอมรับนับถือกันว่าดั่งามในประเทศไทย อันควรแก่การถนอมรักษา และสืบสานให้มั่นคงต่อไป มิใช่ประเพณีการปกครองของประเทศอื่น ลัทธิอื่น หรืออุดมการณ์อื่น (3) ประเพณีการปกครองของประเทศไทยดังกล่าว หมายถึง ประเพณีที่ถือปฏิบัติกันในวาระสมัยที่ประเทศมีการปกครองอยู่ในระบอบประชาธิปไตยเท่านั้น และ (4) ประเพณีการปกครองของประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยนั้น หมายถึง ระบอบเสรีประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข มิใช่ประชาธิปไตยแบบอื่น ทฤษฎีอื่น หรืออุดมการณ์อื่น โดยตัวอย่างที่ชัดเจนขององค์ประกอบข้อนี้ได้แก่ ประเพณีการปกครองโดยธรรมที่องค์พระมหากษัตริย์จะต้องทรงใช้พระราชอำนาจโดยธรรม และทรงดำรงพระองค์อยู่ในทศพิธราชธรรม เพื่อให้สำเร็จผลเป็นประโยชน์ส่วนรวมแก่ประเทศชาติ และความผาสุกของประชาชนโดยรวม⁵⁹

เมื่อพิจารณาในทางนิติศาสตร์ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ เห็นว่า การแยกองค์ประกอบในลักษณะดังกล่าวเป็นการแยกโดยเอาถ้อยคำเป็นตัวตั้งและมีลักษณะเป็นการกล่าวซ้ำความ (pleonasm) โดยศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดเกณฑ์จากหลักในทางนิติวิธี กล่าวคือไม่ได้พิสูจน์ว่ามีการประพฤติดังปฏิบัติอย่างต่อเนื่อง สม่าเสมอ นมนาน (longa consuetudo) และผู้ประพฤติดังปฏิบัติทั่วไปมีความรู้สึกสำนึกอย่างมั่นใจว่าตนผูกพันต้องประพฤติปฏิบัติเช่นนั้นเพราะเป็นสิ่งที่ถูกต้อง (opinion iuris vel necessitatis) อันเป็นองค์ประกอบแห่งการเกิดขึ้นของกฎหมายจารีตประเพณีหรือไม่ ทั้งนี้ วรเจตน์ เห็นว่า เมื่อพิจารณาจากคำสอนว่าด้วยบ่อเกิดของกฎหมายแล้ว ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขต้องมีลักษณะเป็น

⁵⁹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2562 (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 136 ตอนที่ 41 ก วันที่ 3 เมษายน 2562 หน้า 44-45)

กฎหมายจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญเท่านั้น เพราะหากไม่ถือเช่นนั้นก็จะหาเกณฑ์ที่แน่นอนมา กำหนดไม่ได้ และจะทำให้องค์กรที่ใช้กฎหมายอ้างประเพณีการปกครองฯ ตามชอบใจ⁶⁰

ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นข้างต้น โดยเห็นว่าสิ่งที่ศาลรัฐธรรมนูญจะนำมาใช้ตัดสินคดี ได้ต้องมีสถานะเป็นกฎหมาย เมื่อศาลยืนยันว่าคดีนี้ไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญบังคับแก่คดีได้ (แต่ผู้เขียนเห็นว่าอันที่จริงมีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่สามารถนำมาบังคับแก่กรณีนี้ได้) ศาลต้อง พยายามพิสูจน์ให้ได้ว่า การห้ามพระบรมวงศานุวงศ์ที่ลาออกจากฐานันดรศักดิ์แล้วดำรงตำแหน่ง ทางการเมืองเป็นประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ ทรงเป็นประมุขตามหลักในทางนิติวิธีอย่างไร

เมื่อพิจารณาจากคำวินิจฉัย พบว่าศาลรัฐธรรมนูญได้พยายามอ้างอิงกลับไปหามาตรา 11 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ว่า การปกครองระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขได้รับการสถาปนาขึ้นโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 และมาตรา 11 ของรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวบัญญัติให้พระบรมวงศานุวงศ์ตั้งแต่ ขึ้นหม่อมเจ้าขึ้นไปโดยกำเนิดหรือโดยแต่งตั้งก็ตาม ย่อมดำรงอยู่ในฐานะเหนือการเมือง ซึ่งเป็นไป ตามพระราชประสงค์ของรัชกาลที่ 7 และคณะอนุกรรมการร่างรัฐธรรมนูญก็ได้เห็นชอบด้วย ทุกประการ ทั้งนี้ ศาลมองว่า หลักการพื้นฐานดังกล่าวเป็นทั้งเจตนารมณ์ร่วมของการสถาปนา ระบอบการปกครองของไทยไว้ในรัฐธรรมนูญแต่เริ่มแรก และเป็นฉันทามติที่ฝ่ายสภาผู้แทนราษฎร ให้การยอมรับปฏิบัติสืบต่อมาว่า พระมหากษัตริย์และพระบรมวงศานุวงศ์ชั้นสูงควรดำรงฐานะอยู่ เหนือการเมือง โดยเฉพาะการไม่เข้าไปมีบทบาทเป็นฝักฝ่ายต่อสู้แข่งขันรณรงค์ทางการเมือง อันอาจ นำมาซึ่งการโจมตี ตีเถียง และกระทบต่อความสงบเรียบร้อยสมครสมานเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ระหว่างสถาบันพระมหากษัตริย์กับราษฎร ที่เป็นหลักการพื้นฐานของประเพณีการปกครองใน ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข⁶¹

ส่วนกรณีที่สภาผู้แทนราษฎรได้มีการปรับปรุงแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ในสมัยรัชกาลที่ 8 จนนำไปสู่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 ซึ่งเว้นการบัญญัติจำกัดบทบาททางการเมืองของพระบรมวงศานุวงศ์นั้น ศาลรัฐธรรมนูญ เห็นว่ากรณีดังกล่าวไม่ได้ทำให้หลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญว่าด้วยฐานะของสมาชิก พระบรมราชวงศ์อันเป็นที่เคารพเหนือการถูกตีเถียงและไม่ควรแก้ตำแหน่งการเมืองอันอาจ

⁶⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, หน้า 214-218.

⁶¹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2562 (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 136 ตอนที่ 41 ก วันที่ 3 เมษายน 2562 หน้า 40-41)

กระทบกระเทือนต่อความเป็นกลางของสถาบันพระมหากษัตริย์ต้องถูกลบล้างไป⁶² อย่างไรก็ตามก็ตีศาลไม่ได้อธิบายว่าเหตุใดหลักการดังกล่าวจึงยังคงอยู่ ทั้งที่ปรากฏในรายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎรซึ่งทำหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 อย่างชัดเจนว่าประสงค์ให้พระบรมวงศานุวงศ์เข้ามาดำรงตำแหน่งการเมืองได้ และในทางปฏิบัติก็มีข้อเท็จจริงปรากฏว่าพระบรมวงศานุวงศ์หลายพระองค์เข้าดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีและสมาชิกรัฐสภาหลังจากนั้น โดยในคำวินิจฉัยกลางไม่ปรากฏการกล่าวถึงเรื่องเหล่านี้เลย

อนึ่ง นครินทร์ เมฆไตรรัตน์ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ยอมรับในความเห็นส่วนตัวว่า การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 ไม่คงมาตรา 11 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ไว้ มีผลเป็นการยกเว้นข้อห้ามที่บัญญัติไว้ในลายลักษณ์อักษร และทำให้มีพระบรมวงศานุวงศ์จำนวนหนึ่งเข้ารับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและลงสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นระยะ แม้กระนั้น นครินทร์กลับเห็นว่าการดังกล่าวไม่อาจลบล้างหลักการพื้นฐานแรกเริ่มที่ว่าพระมหากษัตริย์และพระบรมวงศานุวงศ์ชั้นสูงควรดำรงฐานะอยู่เหนือการเมืองไปโดยสิ้นเชิงได้ โดยหลักการของประเพณีการปกครองในระบือนี้อยู่เหนือการเมือง เนื่องจากนครินทร์มองว่าพระบรมวงศานุวงศ์ที่เข้าสู่การเมืองล้วนมีพระอิสริยยศในชั้นพระอนุวงศ์ คือ เป็นเชื้อพระวงศ์ที่สืบเนื่องมา มิใช่เป็นพระบรมวงศ์ซึ่งเป็นเชื้อพระวงศ์ในบรมราชตระกูลของพระมหากษัตริย์ ซึ่งนับเป็นพระญาติที่สนิทของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว ประกอบกับการมีบทบาททางการเมืองของพระอนุวงศ์เหล่านั้น หากไม่เป็นการเข้าสู่ตำแหน่งโดยรัฐบาลแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งสำคัญตามความรู้ความสามารถเฉพาะตัว ก็มักเป็นการใช้สิทธิทางการเมืองของปัจเจกบุคคลในการลงสมัครรับเลือกตั้งเป็นผู้แทนราษฎรในพื้นที่ภูมิภานาเฉพาะในเขตพื้นที่ของบางจังหวัด จึงไม่อาจทำให้เกิดการกระทบกระเทือนไปสู่องค์พระมหากษัตริย์ได้⁶³

ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับความเห็นดังกล่าวของนครินทร์ โดยเห็นว่าอันที่จริงศาลต้องยืนยันว่าตั้งแต่ปี พ.ศ. 2489 เป็นต้นมา ระบบรัฐธรรมนูญไทยไม่ได้ห้ามพระบรมวงศานุวงศ์ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ไม่ว่าจะเป็นเชื้อพระวงศ์ในชั้นพระอนุวงศ์หรือพระบรมวงศ์ แม้ในทางปฏิบัติจะมีเพียงพระอนุวงศ์ที่เข้าดำรงตำแหน่งทางการเมือง ทั้งนี้ ระหว่างการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 ได้มีผู้เสนอให้พระบรมวงศ์ชั้นเจ้าฟ้ายังคงอยู่ในฐานะเหนือการเมือง แต่

⁶² คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2562 (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 136 ตอนที่ 41 ก วันที่ 3 เมษายน 2562 หน้า 41)

⁶³ ดู หน้า 5-6 ใน สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, “ความเห็นส่วนตัวของ นายนครินทร์ เมฆไตรรัตน์ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยที่ 3/2562” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/download/article/article_20190404122148.pdf [25 เมษายน 2564]

ความเห็นส่วนใหญ่ในเวลานั้นก็เห็นควรให้ยกเลิกข้อจำกัดดังกล่าว อีกทั้งพระบรมวงศานุวงศ์ในเวลานั้นก็ได้ปรึกษาหารือกันแล้วและไม่มีข้อขัดข้อง หากประสงค์จะให้พระบรมวงศานุวงศ์อยู่เหนืองการเมืองต่อไปก็คงจะบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งแล้ว ซึ่งเป็นการยืนยันว่าตั้งแต่ปี พ.ศ. 2489 เป็นต้นมา ระบบรัฐธรรมนูญไทยไม่ได้จำกัดสิทธิในการดำรงตำแหน่งทางการเมืองของพระบรมวงศานุวงศ์อีกต่อไป ส่วนในทางความเป็นจริงบุคคลใดจะเข้าสู่อการเมืองหรือไม่ ย่อมเป็นเรื่องความเหมาะสมในการเมือง และเป็นเรื่องที่ราชสำนักจะต้องพิจารณากันเองเป็นการภายในถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นตามมา

สำหรับกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญอ้างถึงคำวินิจฉัยที่ 6/2543 นั้น ผู้เขียนเห็นว่าข้อเท็จจริงในคำวินิจฉัยดังกล่าวเป็นคนละเรื่องกับข้อเท็จจริงในกรณีนี้ โดยคำวินิจฉัยที่ 6/2543 เป็นกรณีที่คณะกรรมการการเลือกตั้งออกระเบียบการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาว่า พระบรมวงศานุวงศ์ตั้งแต่ชั้นพระองค์เจ้าขึ้นไปเป็นผู้มีสิทธิเลือกตั้ง มีหน้าที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้ง โดยให้เลขาธิการพระราชวังมีหน้าที่แจ้งเหตุที่ทำให้ไม่อาจไปใช้สิทธิเลือกตั้งแทนพระบรมวงศานุวงศ์ตั้งแต่ชั้นพระองค์เจ้าขึ้นไป ซึ่งในเวลาต่อมาคณะกรรมการการเลือกตั้งได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า มีบุคคลใดบ้างที่ไม่อยู่ในข่าย หรือได้รับยกเว้นไม่ต้องแจ้งเหตุที่ทำให้ไม่อาจไปเลือกตั้งได้ โดยศาลรัฐธรรมนูญในเวลานั้นตัดสินว่า รัฐธรรมนูญของไทยทุกฉบับมีหมวดว่าด้วยพระมหากษัตริย์เป็นการเฉพาะ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่รับรองสถานะพิเศษของสถาบันพระมหากษัตริย์ ตามคตินการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข พระมหากษัตริย์ทรงดำรงอยู่เหนืองการเมือง และทรงดำรงอยู่ในฐานะอันเป็นที่เคารพสักการะ ผู้ใดจะละเมิด กล่าวหา หรือฟ้องร้องพระมหากษัตริย์ในทางใด ๆ มิได้ อีกทั้งพระมหากษัตริย์ทรงเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตย ทรงดำรงอยู่เหนืองการเมือง และทรงดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางทางการเมือง ประกอบกับที่ผ่านมาพระมหากษัตริย์ พระราชินี พระราชโอรส และพระราชธิดา ไม่เคยทรงใช้สิทธิเลือกตั้ง หากกำหนดให้พระมหากษัตริย์ พระราชินี พระรัชทายาท และพระบรมราชวงศ์ซึ่งใกล้ชิดกับพระมหากษัตริย์ และทรงพระกรุณาโปรดเกล้า ฯ ให้ปฏิบัติพระราชกรณียกิจแทนพระองค์อยู่เป็นนิจ ทรงมีหน้าที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้ง ย่อมจะก่อให้เกิดความขัดแย้งหรือไม่สอดคล้องกับหลักการดำรงอยู่เหนืองการเมืองและความเป็นกลางของพระมหากษัตริย์⁶⁴

ประเด็นสำคัญในคำวินิจฉัยที่ 6/2543 มีว่า พระบรมวงศานุวงศ์ตั้งแต่ชั้นพระองค์เจ้าขึ้นไปทรงมีหน้าที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้งหรือไม่ ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า ผลของคำวินิจฉัย คือ พระบรมวงศานุวงศ์ตั้งแต่ชั้นพระองค์เจ้าขึ้นไปน่าจะยังทรงมีสิทธิเลือกตั้งอยู่

⁶⁴ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2562 (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 136 ตอนที่ 41 ก วันที่ 3 เมษายน 2562 หน้า 41-42)

เพียงแต่ไม่ทรงมีหน้าที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้งเท่านั้น นั่นหมายความว่า พระบรมวงศานุวงศ์ไม่ได้ทรงถูกจำกัดสิทธิเลือกตั้ง แต่จะทรงไปใช้สิทธิเลือกตั้งหรือไม่ย่อมเป็นดุลพินิจของแต่ละพระองค์ ประกอบกับคำวินิจฉัยที่ 6/2543 ไม่ได้วินิจฉัยถึงกรณีที่พระบรมวงศานุวงศ์ลาออกจากฐานันดรศักดิ์ซึ่งเป็นปัญหาสำคัญในคดีนี้ โดยผู้ถูกร้องคือพรรคไทยรักษาชาติเองก็ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ แต่ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้วินิจฉัยให้แจ้งชัดว่าเหตุใดจึงสามารถนำคำวินิจฉัยดังกล่าวมาปรับใช้ในคดีนี้ได้

5. ผลกระทบของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2562 ต่อหลักเกณฑ์ว่าด้วยสิทธิของพระบรมวงศานุวงศ์ในการดำรงตำแหน่งทางการเมือง

นอกจากคำวินิจฉัยดังกล่าวจะมีปัญหาในแง่นิติวิธีดังที่ได้กล่าวมาแล้ว คำวินิจฉัยนี้ยังส่งผลให้หลักเกณฑ์ว่าด้วยสิทธิของพระบรมวงศานุวงศ์ในการดำรงตำแหน่งทางการเมืองผันแปรไปอีกด้วย กล่าวคือ เมื่อพิจารณาถึงสิทธิของพระบรมวงศานุวงศ์ในการดำรงตำแหน่งทางการเมืองหลังการปฏิวัติสยามแล้ว เราอาจแบ่งวิวัฒนาการของเรื่องนี้ได้เป็น 3 ยุค โดยยุคแรก เป็นช่วงที่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ซึ่งมีการจำกัดสิทธิในการดำรงตำแหน่งทางการเมืองของพระบรมวงศานุวงศ์ เนื่องจากรัฐธรรมนูญบัญญัติเอาไว้โดยชัดแจ้งว่า พระบรมวงศานุวงศ์ตั้งแต่ชั้นหม่อมเจ้าขึ้นไปไม่ว่าโดยกำเนิดหรือโดยแต่งตั้งก็ตามย่อมดำรงอยู่ในฐานะเหนือการเมือง โดยผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้คำนึงถึงเรื่องการคุ้มครองพระเกียรติของพระมหากษัตริย์เป็นสำคัญ

ยุคที่สอง เป็นช่วงหลังจากที่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 แล้ว ซึ่งอนุญาตให้พระบรมวงศานุวงศ์เข้าดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับนี้ไม่ได้บัญญัติจำกัดสิทธิของพระบรมวงศานุวงศ์ในการดำรงตำแหน่งทางการเมืองเช่นที่เคยปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้า โดยผู้ร่างรัฐธรรมนูญมองว่าพระบรมวงศานุวงศ์ควรมีสิทธิโดยเสมอภาคกับสามัญชนในการมีส่วนร่วมทางการเมือง ทั้งนี้ นับแต่ปี พ.ศ. 2489 เป็นต้นมา รัฐธรรมนูญไทยไม่เคยบัญญัติถึงการจำกัดสิทธิของพระบรมวงศานุวงศ์ในการดำรงตำแหน่งทางการเมืองอีกเลย แม้แต่ในปี พ.ศ. 2495 ซึ่งมีการนำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 กลับมาปรับปรุงแก้ไขเพื่อใช้บังคับ ผู้ร่างรัฐธรรมนูญก็ไม่ได้รับบทบัญญัติว่าด้วยการจำกัดสิทธิของพระบรมวงศานุวงศ์ในการดำรงตำแหน่งทางการเมืองมาด้วย และในทางปฏิบัติก็ปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีพระบรมวงศานุวงศ์หลายพระองค์เข้าดำรงตำแหน่งทางการเมืองทั้งตำแหน่งรัฐมนตรีและสมาชิกรัฐสภา ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2489 ถึง พ.ศ. 2518 อันเป็นการยืนยันว่า ระบบรัฐธรรมนูญไทยไม่ได้ห้ามพระบรมวงศานุวงศ์ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

อย่างไรก็ดี คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2562 ทำให้หลักเกณฑ์ในเรื่องนี้เคลื่อนเข้าสู่ยุคที่สาม เพราะการที่ศาลมีคำสั่งให้ยุบพรรคไทยรักษาชาติ จากกรณีที่พรรคไทยรักษาชาติเสนอชื่อทุลกระหม่อมหญิงอุบลรัตนราชกัญญา สิริวัฒนาพรรณวดี ให้สภาผู้แทนราษฎรให้ความเห็นชอบแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรีนั้น ผลของคำวินิจฉัยในคดีนี้ทำให้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิของพระบรมวงศานุวงศ์ในการดำรงตำแหน่งทางการเมืองผันแปรไปกลายเป็นว่า พระบรมวงศานุวงศ์ทั้งที่ยังดำรงพระอิสริยยศอยู่หรือแม้ลาออกจากฐานันดรศักดิ์แล้ว หากเป็นผู้ที่มีความใกล้ชิดกับพระมหากษัตริย์ย่อมไม่อาจดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้ เพราะจะกระทบต่อสถานะของพระมหากษัตริย์ที่ต้องทรงอยู่เหนือการเมืองและเป็นกลางทางการเมืองซึ่งเป็นประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขในทัศนะของศาลรัฐธรรมนูญ

ผู้เขียนเห็นว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดียุบพรรคไทยรักษาชาติ ทำให้ความเข้าใจที่ว่าหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 พระบรมวงศานุวงศ์ทั้งที่ยังดำรงพระอิสริยยศอยู่และลาออกจากฐานันดรศักดิ์แล้วไม่ถูกจำกัดสิทธิในการดำรงตำแหน่งทางการเมืองนั้นเป็นอันใช้ไม่ได้อีกต่อไป ทั้งยังทำให้เกิดความคลุมเครือว่า บุคคลใดบ้างที่ถือว่ามีความใกล้ชิดกับพระมหากษัตริย์จนไม่อาจดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้ โดยประเด็นที่ต้องพิจารณามีอยู่ว่า ผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้ ทำให้พระบรมวงศ์ทั้งหมด ทั้งที่ยังดำรงพระอิสริยยศอยู่และแม้ภายหลังจะลาออกจากฐานันดรศักดิ์ก็ตามไม่อาจดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้เลยหรือไม่ เพราะถือว่าเป็นพระญาติที่สนิทของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว ส่วนกรณีของพระอนุวงศ์ก็มีปัญหาว่าจะยังคงเป็นรัฐมนตรีหรือสมาชิกสภาได้เช่นที่เคยปรากฏในอดีตหรือไม่ หรือจะต้องพิจารณาก่อนว่าพระอนุวงศ์พระองค์นั้นมีความใกล้ชิดกับพระมหากษัตริย์หรือไม่เพียงใด ซึ่งทำให้เกิดความไม่แน่นอนขึ้น

6. บทส่งท้ายและข้อเสนอแนะ

หลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยให้ยุบพรรคไทยรักษาชาติแล้วได้มีความเห็นทางวิชาการตามมา ฝ่ายที่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยมองว่า แม้ทุลกระหม่อมหญิงอุบลรัตนราชกัญญา สิริวัฒนาพรรณวดี จะทรงลาออกจากฐานันดรศักดิ์แล้วแต่ก็ไม่อาจดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้ เพราะขัดต่อจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ห้ามพระบรมวงศานุวงศ์ตั้งแต่ชั้นหม่อมเจ้าขึ้นไปยุ่งเกี่ยวกับการเมือง โดยระหว่างการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 มีการอภิปรายปัญหาประการหนึ่งว่า ถ้าพระบรมวงศานุวงศ์จะลาออก

จากฐานันดรศักดิ์เพื่อเข้าสู่อำนาจเมืองจะทำได้หรือไม่ ซึ่งเวลานั้นมีผู้อภิปรายทำนายว่า ถ้าเป็นพระบรมวงศานุวงศ์โดยกำเนิดจะทรงลาออกจากฐานันดรศักดิ์เพื่อเข้าสู่อำนาจเมืองไม่ได้ แต่ถ้าเป็นสามัญชนที่ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงฐานันดรศักดิ์ หากต่อมาลาออกจากฐานันดรศักดิ์ก็สามารถเข้าสู่อำนาจเมืองได้⁶⁵

ส่วนฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยมองว่า เรื่องพระบรมวงศานุวงศ์อยู่เหนือการเมืองนี้ไม่ใช่ประเพณีการปกครอง เพราะแม้มาตรา 11 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 จะเคยบัญญัติให้พระบรมวงศานุวงศ์ตั้งแต่ชั้นหม่อมเจ้าขึ้นไปอยู่เหนือการเมือง แต่ก็เป็นเรื่องที่รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรบัญญัติโดยชัดแจ้ง กรณีนี้จึงไม่ใช่ประเพณีการปกครองมาแต่ต้น ยิ่งกว่านั้นเมื่อมีการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 ก็ได้มีการยกเลิกมาตรา 11 และรัฐธรรมนูญไทยหลังจากนั้นก็ไม่มีเคยบัญญัติในลักษณะดังกล่าวอีก แม้แต่ในปี พ.ศ. 2495 ซึ่งมีการนำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 กลับมาใช้ร่างรัฐธรรมนูญก็ยืนยันที่จะตัดมาตรา 11 ออก ประเทศไทยจึงไม่มีประเพณีการปกครองเรื่องพระบรมวงศานุวงศ์อยู่เหนือการเมือง โดยเรื่องนี้มีลักษณะเป็นปัญหาทางการเมืองมากกว่าปัญหาทางกฎหมาย⁶⁶

ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นฝ่ายหลัง แม้หากพิจารณาในทางการเมืองแล้ว มีความเป็นไปได้อย่างมากว่า การยอมให้ทุลกระหม่อมหญิงอุบลรัตนราชกัญญา สิริวัฒนาพรรณวดี เข้าดำรงตำแหน่งทางการเมือง จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อองค์พระมหากษัตริย์ซึ่งอาจถูกดึงเข้ามาพัวพันในประเด็นทางการเมือง แต่หากต้องวินิจฉัยในทางนิติศาสตร์ ผู้เขียนเห็นว่าปัจจุบันไม่มีข้อห้ามพระบรมวงศานุวงศ์ทั้งที่ยังดำรงพระอิสริยยศอยู่และที่ลาออกจากฐานันดรศักดิ์แล้วเข้าดำรงตำแหน่งทางการเมือง อย่างไรก็ดี เพื่อขจัดความคลุมเครือ ความไม่แน่นอน และความเห็นที่ยังไม่เป็นเอกภาพในเวลานี้ ผู้เขียนเสนอให้มีการทบทวนหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าว หากพิจารณาแล้วเห็นว่าควรจำกัดสิทธิทางการเมืองของพระบรมวงศานุวงศ์ก็ต้องบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญให้ชัดเจน⁶⁷

⁶⁵ กิตติพงศ์ กมลธรรมวงศ์, การคุ้มครองสถาบันพระมหากษัตริย์ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และมาตรา 112 ของประมวลกฎหมายอาญา, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), หน้า 57-58.

⁶⁶ ประชาไท, “ชวน ‘วรเจตน์’ คุย หลังคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ กรณียุบพรรคไทยรักษาชาติ” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://prachatai.com/journal/2019/03/81486> [25 พฤศจิกายน 2564]

⁶⁷ ในต่างประเทศมีตัวอย่างของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรเบลเยียม ค.ศ. 1831 มาตรา 87 บัญญัติว่า “พระบรมวงศานุวงศ์จะดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีได้” รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน ค.ศ. 1978 มาตรา 58 บัญญัติว่า “พระสวามีของสมเด็จพระราชินี หรือพระราชินีของสมเด็จพระราชาธิบดี แล้วแต่กรณี ไม่อาจรับตำแหน่งหน้าที่ใด ๆ ในทางรัฐธรรมนูญได้ เว้นแต่เป็นการเข้ารับหน้าที่ผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ” และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชา ค.ศ. 2008 มาตรา 16 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “พระราชินีแห่งราชอาณาจักรกัมพูชาไม่มีสิทธิเข้าเกี่ยวข้องกับการเมือง หรือเข้ารับหน้าที่ประมุขของรัฐ หัวหน้ารัฐบาล หรือหน้าที่อื่นใดทางปกครองหรือทางการเมือง” เป็นต้น

ตัวอย่างการบัญญัติ เช่น ถ้าต้องการใช้หลักเกณฑ์เดียวกับมาตรา 11 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 อาจพิจารณาบัญญัติว่า “พระบรมวงศานุวงศ์ตั้งแต่ชั้นหม่อมเจ้าขึ้นไปย่อมดำรงอยู่ในฐานะเหนือการเมือง เว้นแต่กรณีที่ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงฐานันดรศักดิ์และได้กราบถวายบังคมลาออกจากฐานันดรศักดิ์แล้ว” ซึ่งหมายความว่า พระบรมวงศานุวงศ์ตั้งแต่ชั้นหม่อมเจ้าขึ้นไปไม่สามารถดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้ ยกเว้นกรณีของผู้ที่ไม่ได้เป็นพระบรมวงศานุวงศ์โดยกำเนิดแต่ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงฐานันดรศักดิ์ หากได้ลาออกจากฐานันดรศักดิ์แล้วย่อมมีสิทธิที่จะเข้าดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้ ส่วนผู้ที่เป็นพระบรมวงศานุวงศ์โดยกำเนิดนั้น แม้ต่อมาจะลาออกจากฐานันดรศักดิ์ก็ยังคงต้องห้ามมิให้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองอยู่นั่นเอง

อีกแนวทางหนึ่ง คือ ถ้าต้องการให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 ซึ่งมีพระอนุวงศ์เข้าดำรงตำแหน่งทางการเมือง อาจพิจารณาบัญญัติว่า “พระบรมวงศานุวงศ์ตั้งแต่ชั้นพระองค์เจ้าขึ้นไปย่อมดำรงอยู่ในฐานะเหนือการเมือง เว้นแต่กรณีที่ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงฐานันดรศักดิ์และได้กราบถวายบังคมลาออกจากฐานันดรศักดิ์แล้ว” นั้นหมายความว่า พระอนุวงศ์ย่อมมีสิทธิดำรงตำแหน่งทางการเมืองเสมอภาคกับสามัญชน แต่กรณีของพระบรมวงศ์นั้นจะดำรงตำแหน่งทางการเมืองไม่ได้ เว้นแต่ว่าบุคคลดังกล่าวจะไม่ใช่พระบรมวงศ์โดยกำเนิดและได้เข้าสู่อำนาจทางการเมืองหลังจากลาออกจากฐานันดรศักดิ์แล้ว

กรณีที่กล่าวมาข้างต้นเป็นเพียงตัวอย่างเท่านั้น ทั้งนี้ หากมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันหรือจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นในอนาคต สิทธิของพระบรมวงศานุวงศ์ในการดำรงตำแหน่งทางการเมืองคงจะเป็นประเด็นสำคัญซึ่งจะต้องหยิบยกมาอภิปรายกันต่อไปว่า ระบบรัฐธรรมนูญไทยควรมีทำที่ต่อเรื่องนี้อย่างไร

ข้อพิจารณาที่รัฐควรคำนึงในการปรับปรุงแก้ไข
พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 อย่างเร่งด่วน*

Urgently Considerations that the Government
Should Take into Account in Thai Maritime Labour Law

ผสันต์ ธัมปราชญ์
Phasan Thamparj

อาจารย์ประจำ
คณะโลจิสติกส์ มหาวิทยาลัยบูรพา 169 ถนนลงหาดบางแสน ตำบลแสนสุข อำเภอเมือง จังหวัดชลบุรี 20131
Full-time Lecturer
Faculty of Logistics, Burapha University, 169 Long Had Bangsaen Road, Saen Suk, Muang,
Chon Buri 20131

Corresponding author Email : phasan.th@go.buu.ac.th

(Received: October 16, 2021; Revised: February 28, 2022; Accepted: March 14, 2022)

บทคัดย่อ

คนประจำเรือคือผู้ปฏิบัติงานที่เป็นกำลังสำคัญในการขับเคลื่อนธุรกิจพาณิชย์ของไทย ให้ความเข้มแข็งและสามารถแข่งขันกับนานาชาติได้อย่างยั่งยืน แต่เนื่องจากการทำงานบนเรือเดินทะเลมีสภาพการจ้างและลักษณะการทำงานที่มีสภาพแวดล้อมซึ่งเสี่ยงต่ออันตรายสูง ต้องเผชิญกับคลื่นจัดลมแรงและภัยธรรมชาติอันมีอาจคาดหมายได้ล่วงหน้า รัฐจึงจำเป็นที่จะต้องตรากฎหมายที่ให้การคุ้มครองคนประจำเรือเป็นการเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการอนุวัติการให้เป็นไปตามอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2549 ก่อนที่จะเร่งดำเนินการให้สัตยาบันอนุสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าว ดังนั้นเมื่อพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ออกมามีผลบังคับใช้

* บทความวิจัยนี้สรุปและเรียบเรียงจากรายงานการศึกษาระดับปริญญาโท เรื่อง “ข้อพิจารณาที่รัฐควรคำนึงในการปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 อย่างเร่งด่วน” (Urgently Considerations that the Government Should Take into Account in Thai Maritime Labour Law) โดยได้รับทุนอุดหนุนการวิจัยจากคณะโลจิสติกส์ มหาวิทยาลัยบูรพา พ.ศ. 2562.

แล้ว จึงส่งผลทำให้คนประจำเรือไทยได้รับผลกระทบในทางปฏิบัติหลาย ๆ ด้าน โดยเฉพาะการที่คนประจำเรือถูกให้ออกจากระบบประกันสังคมและกองทุนเงินทดแทนของรัฐ ทั้งๆ ที่เคยได้รับมาก่อนจากกฎหมายคุ้มครองแรงงานฉบับเดิม ซึ่งข้อเท็จจริงในการศึกษานี้ได้แสดงให้เห็นถึงเนื้อหาของบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองคนประจำเรือในบางมาตราที่ยังมีความไม่ชัดเจนและอาจไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาฯ ดังกล่าวด้วย โดยการศึกษาวิจัยนี้จะมุ่งนำเสนอปัญหาและการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายแรงงานทางทะเลของไทยอย่างเร่งด่วน เพื่อที่จะผลักดันทำให้คนประจำเรือได้รับความคุ้มครองที่เป็นธรรมและเข้าถึงสวัสดิการแห่งรัฐได้อย่างทัดเทียมกับลูกจ้างทั่วไปบนบก เพื่อยกระดับมาตรฐานการคุ้มครองคนประจำเรือให้สูงขึ้นและเป็นการส่งเสริมให้อาชีพคนประจำเรือเป็นงานที่มีคุณค่า (Decent Work) สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของอนุสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าว

คำสำคัญ: พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล, ความคุ้มครอง, คนประจำเรือ, ปรับปรุงแก้ไข

Abstract

Seafarers are operators who become a key force in keeping the maritime business moving efficiently. It is also the main mechanism for Thailand's maritime business to resist and to compete with the international community in a sustainable way. However, working at sea is definitely hazardous and risky especially when facing with high waves, strong wind conditions with unforeseen natural disasters. It is necessary for the States to enact legislation providing specific protection for seafarers in order to implement the International Maritime Labour Convention 2006 before expediting ratification of such international convention. Thus, when the Maritime Labour Act B.E. 2558 came into force, Thai seafarers were consequently affected in many practical aspects, especially the fact that seafarers were excluded from the social security system and the government's compensation fund, despite previously received by the Labour Protection Law. The facts in this study reveal that the content of some provisions on the protection of seafarers is unclear and may not be consistent with the said convention. So, this research study aims to present problems and urgent improvements to Thai maritime Labour laws. In order to promote seafarers to receive fair protection on their benefits and to access to the

state welfare in an equal manner to those of general workers ashore, the standards of seafarers' protection are to be enhanced in order to promote the profession of seafarers to be decent work in line with the purpose of the aforementioned international convention.

Keywords: Maritime Labor Act, Protection, Seafarers, Improvements

1. บทนำ

1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา

แต่เดิมคนประจำเรือเคยได้รับความคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ทำให้คนประจำเรือได้รับสิทธิและสวัสดิการตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ซึ่งมีผลทำให้คนประจำเรือได้รับการดูแลเรื่องการรักษาพยาบาลขณะพักรอลงเรือในการทำสัญญาจ้างครั้งต่อไป การได้รับเงินช่วยเหลือกรณีถูกเลิกจ้างรวมถึงการได้รับเงินบำเหน็จหรือบำนาญยามชราภาพเมื่อถึงวัยเกษียณจากอาชีพคนประจำเรือและการได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 ในการเรียกร้องเงินทดแทนกรณีบาดเจ็บสาหัสจนถึงทุพพลภาพหรือตายจากอุบัติเหตุจากการทำงานบนเรือด้วย แต่เนื่องจากการทำงานบนเรือเดินทะเลมีสภาพการจ้างที่ต้องทำงานด้วยความยากลำบากภายใต้ภาวะความกดดันที่ต้องจากครอบครัวไปเป็นเวลานาน ๆ และลักษณะการทำงานที่มีสภาพแวดล้อมที่เสี่ยงต่ออันตรายสูง ต้องเผชิญกับคลื่นจัดลมแรงและภัยธรรมชาติอันมีอาจคาดหมายได้ล่วงหน้า รวมถึงความเสี่ยงต่อการติดเชื้อโรคจากการแพร่ระบาดในต่างประเทศด้วย ซึ่งสภาพการจ้างและลักษณะการทำงานของคนประจำเรือมีความแตกต่างจากการทำงานของลูกจ้างทั่วไปบนบก จึงจำเป็นที่จะต้องตรากฎหมายเพื่อให้การคุ้มครองคนประจำเรือเป็นการเฉพาะ โดยให้สอดคล้องกับอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2549 (Maritime Labour Convention, 2006 : MLC 2006) ทำให้พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเลได้ถูกยกร่างขึ้น แต่ด้วยลักษณะเฉพาะของการปฏิบัติงานบนเรือเดินทะเลที่มีความแตกต่างไปจากการทำงานทั่วไปบนบกอย่างมีนัยสำคัญและมีเหตุเร่งด่วนที่ประเทศไทยจำเป็นต้องเข้าผูกพันตามอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2549 เพื่อให้เรือสินค้าที่ชักธงไทยวิ่งระหว่างประเทศสามารถเข้าออกจากเมืองท่าต่างประเทศได้โดยไม่เกิดความล่าช้าเพราะถูกกักเรือหรือถูกสั่งให้แก้ไขข้อบกพร่องจากการตรวจเรือโดยเจ้าหน้าที่รัฐเจ้าของท่าเรือ (Port State Control Officer) รัฐจึงจำเป็นต้องเร่งรัดการตราพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 และดำเนินการเกี่ยวกับการ

ให้สัตยาบันอนุสัญญาแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2549 เพื่อเป็นฐานในการที่ประเทศไทยจะสามารถอนุวัติการตามอนุสัญญาโดยหน่วยงานผู้ทรงอำนาจคือกรมเจ้าท่าจะมีอำนาจในการออกใบรับรองด้านแรงงานทางทะเล (Maritime Labour Certificate) และใบประกาศการปฏิบัติตามด้านแรงงานทางทะเล (Declaration of Maritime Labour Compliance)¹ ที่มีผลรองรับโดยกฎหมายทั้งในระดับกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ อันจะส่งผลให้ประเทศไทยมีหลักเกณฑ์การปฏิบัติสอดคล้องกับมาตรฐานระหว่างประเทศในการคุ้มครองดูแลเกี่ยวกับสวัสดิการและชีวิตความเป็นอยู่ของคนประจำเรือให้ดีขึ้น ตลอดจนเป็นการวางหลักเกณฑ์ด้านแรงงานทางทะเลสำหรับเรือต่างชาติที่มาจอดเทียบท่าเรือในฐานะรัฐเจ้าของท่าเรือ (Port State Control) อันเป็นการส่งเสริมธุรกิจพาณิชย์นาวีของประเทศอีกทางหนึ่ง²

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

(1) เพื่อศึกษาและนำเสนอความไม่ชัดเจนของหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ที่อาจมีผลกระทบต่อความสอดคล้องกันกับอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2549 (Maritime Labour Convention, 2006 : MLC 2006) ซึ่งเป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศที่ประเทศไทยได้เข้าผูกพันไว้

(2) เพื่อศึกษาและนำเสนอประเด็นปัญหาข้อเท็จจริงและผลกระทบที่เกิดขึ้นกับคนประจำเรือไทยเมื่อพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 มีผลบังคับใช้ เนื่องจากความไม่ชัดเจนของหลักเกณฑ์ในบทบัญญัติ และไม่สอดคล้องกับทางปฏิบัติของอาชีพคนประจำเรือหรือจารีตประเพณีในการเดินเรือทะเล

(3) เพื่อผลักดันให้มีการปรับปรุงและแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ให้มีความคุ้มครองแก่คนประจำเรือในลักษณะที่สอดคล้องต่อเจตนารมณ์ของอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2549 ที่มุ่งให้คนประจำเรือได้รับความคุ้มครองที่ทัดเทียมกันกับลูกจ้างทั่วไปบนบก

1.3 วิธีการศึกษาวิจัย

การศึกษาวิจัยในโครงการนี้ดำเนินการโดยวิธีการวิจัยจากเอกสาร (Documentary research) โดยสืบค้นหลักเกณฑ์ทางกฎหมายตามอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยแรงงานทาง

¹ ดู ประกาศกรมเจ้าท่า ที่ 116/2560 เรื่อง ใบรับรองด้านแรงงานทางทะเล และใบประกาศการปฏิบัติตามด้านแรงงานทางทะเล, แหล่งข้อมูลจาก <http://www.ratchakittha.soc.go.th/DATA/PDF/2560/E/182/46.PDF> [15 ก.ค. 2564]

² TCJ, สรุปข่าวการประชุมคณะรัฐมนตรีอย่างเป็นทางการนอกสถานที่ 25 ส.ค. 2563, แหล่งข้อมูลจาก <https://www.tcjthai.com/news/2020/25/current/10866> [15 ก.ค. 2564]

ทะเล พ.ศ. 2549 (Maritime Labour Convention B.E. 2006 : MLC 2006) ซึ่งเป็นอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organization: ILO) พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 บทบัญญัติอื่นๆ ของกฎหมายลำดับรอง เช่น กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ประกาศกรมเจ้าท่า รวมไปถึงการสืบค้นข้อมูลจากตำรา งานวิจัย บทความวิชาการ และรายงานการประชุมของคณะกรรมการแรงงานทางทะเลและหน่วยงานราชการที่เกี่ยวข้อง รวมถึงข้อมูลที่ได้รับรวบรวมจากประสบการณ์การทำงานบนเรือเดินทะเลขนส่งสินค้าระหว่างประเทศของผู้วิจัยในตำแหน่งนายประจำเรือและนายเรือ (กัปตันเรือ) ที่มีระยะเวลานานกว่า 15 ปี ซึ่งเมื่อได้รวบรวมข้อมูลจากเอกสารและประสบการณ์ต่างๆ แล้วก็นำมาพินิจพิเคราะห์ตามโจทย์วิจัยหรือประเด็นปัญหาที่ปรากฏและส่งผลกระทบต่อผู้ปฏิบัติงานในทางปฏิบัติด้วย

1.4 ขอบเขตการวิจัย

การวิจัยนี้มุ่งศึกษาปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่ส่งผลกระทบต่อคนประจำเรือของไทย หลังจากทีพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 มีผลบังคับใช้เพื่อให้ข้อเสนอแนะและผลักดันให้มีการแก้ไข ปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวอย่างเร่งด่วน แก่หน่วยงานภาครัฐที่รับผิดชอบเพื่อให้คนประจำเรือได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการกลับคืนมาดังเดิม อีกทั้งยังเป็นการสร้างโอกาสการเข้าถึงสวัสดิการของรัฐอย่างทัดเทียมกับลูกจ้างทั่วไปบนบกอีกด้วย นอกจากนี้ผู้เขียนยังได้สะท้อนถึงวิถีชีวิต วัฒนธรรมและการปฏิบัติงานของอาชีพคนประจำเรือ รวมถึงจารีตประเพณีในการเดินเรือทะเลให้มีส่วนเกี่ยวข้องทราบด้วย ตลอดจนรวบรวมข้อมูลที่ได้จากประสบการณ์การปฏิบัติงานบนเรือเดินทะเลขนส่งสินค้าระหว่างประเทศของผู้เขียนมาเป็นเวลานาน รวมถึงข้อมูลจากการเข้าร่วมประชุมคณะกรรมการแรงงานทางทะเลในฐานะกรรมการผู้แทนฝ่ายคนประจำเรือตั้งแต่ปี พ.ศ. 2560-2563 มาวิเคราะห์เพื่อหาแนวทางในการนำเสนอประเด็นปัญหาและข้อเสนอแนะในการแก้ไขพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 เพื่อให้กฎหมายฉบับนี้เกิดความยุติธรรมทั้งต่อคนประจำเรือและเจ้าของเรือรวมถึงสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2549 (Maritime Labour Convention B.E. 2006 : MLC 2006) อีกด้วย

2. ทบทวนวรรณกรรม

ในฐานะที่ผู้เขียนเคยปฏิบัติหน้าที่เป็นนายเรือหรือกัปตันเรือของเรือสินค้าที่วิ่งระหว่างประเทศซึ่งมีหน้าที่ในการบริหารจัดการและดูแลคนประจำเรือให้เป็นไปตามข้อกำหนดของอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2549 ผู้เขียนจึงขอนำเสนอข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสภาพการจ้างงานและลักษณะการทำงานของคนประจำเรือและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความคุ้มครองแรงงานทางทะเลตามพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ดังนี้

2.1 แนวคิดเกี่ยวกับการทำงานที่มีคุณค่า (Decent work) ของอาเซียนประจำเรือ

ประเทศไทยเป็นหนึ่งในจำนวนประเทศสมาชิก 10 ประเทศที่ให้ความร่วมมือในการจัดตั้งสมาคมประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้หรือที่เรียกชื่อย่อว่า “อาเซียน” (ASEAN) ซึ่งมีเป้าหมายที่จะให้อาเซียนเป็นประชาคมเศรษฐกิจที่เป็นตลาดและฐานการผลิตเดียว โดยมีการเคลื่อนย้ายสินค้า การบริการ การลงทุน เงินทุนและแรงงานมีฝีมือ (Skilled Labour) อย่างเสรีภายในปี พ.ศ. 2558 เพื่อให้ภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ มีความมั่นคง มั่งคั่ง และมีความสามารถในการแข่งขันกับภูมิภาคอื่นได้³ ดังนั้นการเคลื่อนย้ายคนประจำเรือ (Seafarer) ซึ่งเป็นแรงงานทางทะเล (Maritime Labour) มีฝีมือที่ต้องมีการรับรองคุณวุฒิและคุณสมบัติตามข้อตกลงระหว่างกัน โดยเป็นส่วนหนึ่งที่สำคัญให้อาเซียนบรรลุเป้าหมายดังกล่าว จึงเห็นได้ว่าอาเซียนและนานาชาติให้ความสำคัญกับอาชีพคนประจำเรือว่าเป็นงานที่มีคุณค่า (Decent work) ซึ่งสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของอนุสัญญาแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2549 ที่ออกโดยองค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organization)⁴

แนวคิดเรื่องงานที่มีคุณค่า (Decent work) ได้ถูกนำเสนอต่อรัฐสมาชิก ILO เป็นครั้งแรกในการประชุมใหญ่แรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Conference) ครั้งที่ 87 เมื่อ พ.ศ. 2547 โดยมีความเชื่อมั่นว่า งานที่มีคุณค่าจะยกระดับคุณภาพชีวิตในการทำงานให้ดีขึ้น และส่งเสริมให้มีการพัฒนาแรงงานที่ยั่งยืน “งานที่มีคุณค่า” หมายถึง งานซึ่งสามารถตอบสนองความต้องการเกี่ยวกับชีวิตการทำงานของมนุษย์ได้ ความต้องการเกี่ยวกับชีวิตการทำงานของมนุษย์ประกอบด้วย การมีโอกาสรายได้ (opportunity and income) การมีสิทธิในด้านต่าง ๆ (rights) การได้แสดงออก (voice) การได้รับการยอมรับ (recognition) ความมั่นคงของครอบครัว (family stability) การได้พัฒนาตนเอง (personal development) การได้รับความยุติธรรม (fairness) และการมีความเท่าเทียมทางเพศ (gender equality)⁵

³ ไพฑูริย์ เอกจริยกร, “ข้อสังเกตบางประการต่อการเปิดเสรีสาขาโลจิสติกส์ของประเทศไทยตามประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community)”, วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ, (2555), หน้า 395.

⁴ Matthaya Yuvamit and Supanee Suanin, “Preparation for the Compliance of Seafarer Maritime Safety Standards under MLC 2006 in ASEAN Countries,” In *Proceedings of the Global Conference on Logistics, Transportation and Traffic (LTT)* on 22-24 July 2015 (p. 123-124). Tokyo: Waseda University.

⁵ อังคณา เตชะโกเมนทร์, กลุ่มงานมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ สำนักพัฒนามาตรฐานแรงงาน, “งานที่มีคุณค่า (Decent Work)” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <http://ils.labour.go.th/attachments> > [7 กุมภาพันธ์ 2565]

“งานที่มีคุณค่า” (Decent work) เกี่ยวข้องกับประเด็นที่ผู้เขียนต้องการสื่อให้เห็นว่า คนประจำเรือคือผู้ปฏิบัติงานที่มีฝีมือและเป็นกำลังหลักที่สำคัญของกิจการพาณิชย์นาวีจึงควรได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการตามกฎหมายประกันสังคมและกฎหมายว่าด้วยเงินทดแทนที่ทัดเทียมกับลูกจ้างทั่วไปบนบก รวมถึงมีสภาพความเป็นอยู่และคุณภาพชีวิตในการทำงานที่ดี และมีการเสริมสร้างสภาพการทำงานที่ปลอดภัยบนเรือเดินทะเล ซึ่งเป็นข้อพิจารณาที่รัฐควรคำนึงในการปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 อย่างเร่งด่วน เพื่อส่งเสริมให้คนประจำเรือได้ทำงานที่มีคุณค่า (Decent work) สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของอนุสัญญาแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2549 ด้วย

2.2 ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสภาพการจ้างงานและลักษณะการทำงานของคนประจำเรือ

ก่อนที่คนประจำเรือจะถูกส่งตัวลงไปปฏิบัติงานบนเรือสินค้านั้น บริษัทเรือจะมีการจัดทำข้อตกลงการจ้างงานคนประจำเรือ (Seafarer's Employment Agreement, SEA) โดยมีการเซ็นสัญญากันที่บริษัทระหว่างคนประจำเรือกับผู้แทนของเจ้าของเรือและจะต้องมีการทำหนังสือสัญญาและบัญชีคนประจำเรือเป็นลายลักษณ์อักษรจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ของกรมเจ้าท่า (ตามแบบ คร. 4) โดยจัดเก็บไว้ที่กรมเจ้าท่าด้วย เนื่องจากเป็นหน่วยงานภายใต้กระทรวงคมนาคม อันเป็นผู้ออกกฎกระทรวงที่มีอำนาจหน้าที่ครอบคลุมไปถึงการควบคุมสภาพการจ้าง สภาพการทำงานและสภาพความเป็นอยู่ของคนประจำเรือในระหว่างการมีผลของสัญญาจ้างแรงงานด้วย⁶ โดยทั่วไปสัญญาจะกำหนดระยะเวลาการจ้างไว้เพียง 9 เดือน พร้อมระบุตำแหน่ง เงินเดือน เบี้ยเลี้ยง ค่าอาหาร เงินโบนัสพิเศษ (Leave Pay) ไว้ โดยการปฏิบัติงานของคนประจำเรือบนเรือสินค้าในแต่ละประเภทย่อมมีลักษณะการทำงานและความเสี่ยงอันตรายที่แตกต่างกันออกไป เช่น เรือบรรทุกสินค้าเทกอง (Bulk Carrier) จะมีระวางสินค้าที่สูงชัน เรือบรรทุกน้ำมันและเคมีเหลว (Oil and Chemical Tanker) จะมีถังเก็บสินค้าเหลว (Cargo Tank) ที่อาจมีกลิ่นไอระเหยและพื้นที่อับอากาศ ส่วนเรือบรรทุกตู้คอนเทนเนอร์ (Container Vessel) จะมีตารางกำหนดการเข้าออกท่าเรือในเวลาอันจำกัด ทำให้คนประจำเรือเกิดความเหนื่อยล้าจากการประจำสถานีเรือเข้า ออก ร่องน้ำและท่าเรือในเวลากลางคืน และเรือบรรทุกสินค้าทั่วไป (General Cargo Ship) นั้นการปฏิบัติงานของคนประจำเรือบนปากระวางจะเสี่ยงอันตรายในช่วงที่เรือเผชิญกับคลื่นจัดลมแรงเป็นอย่างมาก

⁶ มัธยะ ยุวมิตร. “ข้อพิจารณาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐในการควบคุมแรงงานทางทะเลตามกฎหมายไทย.” วารสารกฎหมายขนส่งและพาณิชย์ ฉบับที่ 17 ปีที่ 13, หน้า 7.

การทำงานของคนประจำเรือแบ่งเป็นระดับบริหาร (Management Level) ซึ่งจะมีนายเรือหรือกัปตันเรือ (Ship's Master) ทำหน้าที่ดูแลและรับผิดชอบสูงสุดบนเรือ ตันกลเรือ (Chief Engineer) จะทำหน้าที่ควบคุมและบังคับบัญชาภายในห้องเครื่องทั้งหมด นอกจากนี้ยังมีตำแหน่งตันเรือ (Chief Officer) ทำหน้าที่รับผิดชอบงานสินค้าและดูแลชีวิตความเป็นอยู่ของคนประจำเรือ และรองตันกล (Second Engineer) ทำหน้าที่ดูแลรับผิดชอบและบำรุงรักษาเครื่องจักรใหญ่ (Main Engine) เครื่องจักรช่วย รวมถึงอุปกรณ์ภายในห้องเครื่องทั้งหมด ส่วนระดับปฏิบัติการ (Operation Level) จะมีนายประจำเรือ (Deck Officer) ตำแหน่งตันหน (Second Officer) กับผู้ช่วยตันเรือ (Third Officer) ทำหน้าที่เป็นนายยามเรือจอดดูแลงานสินค้าขณะเรือเทียบท่า ผลัดละ 6 ชั่วโมงและเข้ายามบนสะพานเดินเรือผลัดละ 4 ชั่วโมง พัก 8 ชั่วโมง รวมถึงตันเรือด้วย 3 กะหมุนเวียนกันในรอบ 24 ชั่วโมง เพื่อควบคุมการเดินทางที่เรือวิ่งในทะเลเปิด (Open Sea) ส่วนฝ่ายห้องเครื่องมีนายช่างกลเรือ (Engineers Officer) ทำงานเป็นนายยามอยู่ภายในห้องเครื่อง (Engine Control Room) จำนวน 3 กะหมุนเวียนกันในรอบ 24 ชั่วโมง ด้วยเช่นกัน นอกจากนี้ยังมีคนประจำเรือระดับสนับสนุน (Supporting Level) ซึ่งมีตำแหน่งสร้างเรือ (Bosun) ทำหน้าที่ควบคุมนายท้ายเรือ (Able Bodied Seaman) และกะลาสี (Ordinary Seaman) ให้ทำงานถือท้ายเรือและเข้ายามเป็นลูกยามระวังเหตุ (Look out) บนสะพานเดินเรือรวมถึงการทำงานบำรุงรักษาตัวเรือด้วย ส่วนตำแหน่งสร้างช่างกล (Fitter) ทำหน้าที่ควบคุมช่างน้ำมัน (Oiler) และช่างเช็ด (Wiper) ในการซ่อมบำรุงเครื่องจักรกลและทำความสะอาดภายในห้องเครื่อง อีกทั้งยังมีตำแหน่งหัวหน้าพ่อครัว (Chief Cook) และบริกร (Messman) ที่ทำงานแผนกจัดเลี้ยง (Catering Department) ให้กับคนประจำเรือ ด้วย

2.3 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับความคุ้มครองแรงงานทางทะเลตามพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558

ในการศึกษาวิจัยนี้ผู้เขียนมุ่งนำเสนอปัญหาจากบทบัญญัติของพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 เฉพาะประเด็นที่เกี่ยวข้องกับโจทย์วิจัยเท่านั้น ดังนั้นก่อนที่ผู้เขียนจะวิเคราะห์ปัญหาและข้อพิจารณาทางกฎหมาย จึงขอนำเสนอหลักเกณฑ์ดังที่ปรากฏตามกฎหมายฉบับดังกล่าวเสียก่อน โดยนำเสนอตามโจทย์วิจัยที่ผู้เขียนได้กำหนดไว้ดังนี้

2.3.1 การคุ้มครองคนประจำเรือตามระบบประกันสังคม

ในประเด็นเกี่ยวกับการคุ้มครองคนประจำเรือตามระบบประกันสังคมตามหลักเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ได้มีการกำหนดให้การจ้างงานระหว่างเจ้าของเรือกับ

คนประจำเรือตามพระราชบัญญัตินี้ไม่อยู่ภายใต้บังคับกฎหมายว่าด้วยการประกันสังคม⁷ อย่างไรก็ดี บทบัญญัติแห่งกฎหมายได้กำหนดให้เจ้าของเรือต้องจัดให้มีการคุ้มครองด้านประกันสังคมตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงานกำหนด⁸ จากหลักเกณฑ์ข้างต้น ทำให้สามารถตีความได้ว่าหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับสวัสดิการของลูกจ้างตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ซึ่งได้กำหนดให้ลูกจ้างซึ่งมีอายุไม่ต่ำกว่าสิบห้าปีบริบูรณ์และไม่เกินหกสิบปีบริบูรณ์เป็นผู้ประกันตน⁹ และที่กำหนดให้ลูกจ้างซึ่งเป็นผู้ประกันตนอยู่แล้ว เมื่อมีอายุครบหกสิบปีบริบูรณ์ และยังเป็นลูกจ้างของนายจ้างซึ่งอยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัตินี้ให้ถือว่าลูกจ้างนั้นเป็นผู้ประกันตนต่อไป¹⁰ นั้น จะไม่ถูกนำมาใช้บังคับแก่แรงงานทางทะเล ซึ่งผลที่ตามมาคือคนประจำเรือที่ทำงานครบสัญญาจ้างและถูกส่งตัวกลับภูมิลำเนาโดยในขณะพักรอการทำสัญญาจ้างลงเรือลำต่อไปซึ่งเป็นระยะเวลาที่ไม่แน่นอนนั้น เมื่อยามเจ็บป่วยหรือได้รับบาดเจ็บจากอุบัติเหตุต่างๆ จะไม่ได้รับการคุ้มครองการรักษาพยาบาลจากโรงพยาบาลในระบบประกันสังคมอีกต่อไป รวมถึงการไม่ได้รับเงินค่าชดเชยจากการว่างงาน อีกทั้งยังขาดสิทธิในการได้รับเงินบำเหน็จ บำนาญ ชราภาพในวัยเกษียณจากระบบประกันสังคมของภาครัฐอีกด้วย

2.3.2 การคุ้มครองคนประจำเรือตามระบบกองทุนเงินทดแทน

ในประเด็นเกี่ยวกับการคุ้มครองคนประจำเรือตามระบบกองทุนเงินทดแทนตามหลักเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ได้มีการกำหนดไว้ว่าการจ้างงานระหว่างเจ้าของเรือกับคนประจำเรือตามพระราชบัญญัตินี้ไม่อยู่ภายใต้บังคับกฎหมายว่าด้วยเงินทดแทน¹¹ อย่างไรก็ดี กฎหมายได้กำหนดให้เจ้าของเรือต้องจัดให้มีการคุ้มครองด้านเงินทดแทนโดยให้คนประจำเรือได้รับสิทธิประโยชน์จากการคุ้มครองตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงานกำหนด¹² จากหลักเกณฑ์ข้างต้นทำให้สามารถตีความได้ว่าหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับสวัสดิการของลูกจ้างตามพระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 ซึ่งได้กำหนดให้ลูกจ้างที่ประสบอันตรายหรือเจ็บป่วยนั้นต้องได้รับการรักษาพยาบาลทันทีตามความเหมาะสมแก่อันตรายหรือความเจ็บป่วยนั้น และให้นายจ้างจ่ายค่ารักษาพยาบาลเท่าที่จ่ายจริงตามความจำเป็น¹³ และที่กำหนดให้นายจ้างจ่าย

⁷ มาตรา 4 วรรคแรก พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558

⁸ มาตรา 4 วรรคสอง พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558

⁹ มาตรา 33 วรรคแรก พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533

¹⁰ มาตรา 33 วรรคสอง พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533

¹¹ มาตรา 4 วรรคแรก พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558

¹² มาตรา 4 วรรคสอง พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558

¹³ มาตรา 13 วรรคแรก พระราชบัญญัติกองทุนเงินทดแทน พ.ศ. 2537

ค่ารักษาพยาบาลโดยไม่ชักช้าเมื่อฝ่ายลูกจ้างแจ้งให้นายจ้างทราบ¹⁴ นั้นจะไม่ถูกนำมาใช้บังคับแก่แรงงานทางทะเลซึ่งผลที่ตามมาคือคนประจำเรือที่ได้รับบาดเจ็บสาหัสจนทุพพลภาพหรือเสียชีวิตเนื่องจากเกิดอุบัติเหตุจากการทำงานบนเรือจะไม่สามารถใช้สิทธิเรียกร้องเงินชดเชยจากกองทุนเงินทดแทน ตามพระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 ได้อีกแล้ว

2.3.3 การคุ้มครองคนประจำเรือในเรื่องของเวลาการทำงานกลางคืน

ในประเด็นเกี่ยวกับเวลาการทำงานของคนประจำเรือนั้น พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ได้กำหนดห้ามมิให้คนประจำเรือซึ่งอายุต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์ทำงานในเวลากลางคืน¹⁵ ทั้งนี้ มีข้อยกเว้นอยู่ว่าหากเป็นการฝึกอบรมที่ได้มีการวางแผนไว้ล่วงหน้า หรือเป็นการฝึกอบรมตามตำแหน่งหน้าที่ ที่คนประจำเรือต้องทำในช่วงเวลาดังกล่าว การให้ทำงานในเวลากลางคืนนั้นก็จะต้องไม่ส่งผลร้ายต่อสุขภาพและความเป็นอยู่ที่ดีของคนประจำเรือ ซึ่งในการที่จะดำเนินการเช่นว่านี้ได้มิได้หมายความว่าเจ้าของเรือจะจัดการได้ในทันที เพราะกฎหมายได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเชิงควบคุมเอาไว้ด้วยว่าจะต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงานหรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมาย แต่ทั้งนี้บทบัญญัติได้กำหนดไว้ว่าการทำงานเวลากลางคืนต้องมีระยะเวลาอย่างน้อยเก้าชั่วโมง โดยเริ่มต้นก่อนเที่ยงคืนและสิ้นสุดหลังจากเวลาห้านาฬิกาเป็นต้นไป¹⁶ ซึ่งผลที่ตามมาคือความไม่ชัดเจนในการตีความตามเนื้อหาที่ปรากฏว่าการทำงานในเวลากลางคืนของคนประจำเรือที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี จะทำได้ในช่วงเวลาใดถึงเวลาใด หรือถ้าเป็นการฝึกอบรมตามตำแหน่งหน้าที่ที่คนประจำเรือต้องทำในช่วงเวลากลางคืนนั้นสามารถทำได้ในเวลาใดบ้าง

2.3.4 การคุ้มครองนายเรือกรณีการใช้อำนาจเด็ดขาด

ในประเด็นเกี่ยวกับการใช้อำนาจเด็ดขาดของนายเรือ (Overriding Authority) ซึ่งหมายถึงอำนาจสูงสุดของนายเรือในการใช้ดุลยพินิจและการตัดสินใจอย่างมืออาชีพ (Master's Professional Judgment) ที่จะปฏิเสธหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าของเรือหรือผู้เช่าเรือหรือบุคคลใดๆ และใช้อำนาจเด็ดขาดสั่งการตามแนวทางที่ตนเห็นว่าจะเกิดความปลอดภัยสูงสุดกับเรือเพื่อรักษาชีวิตของผู้โดยสาร คนประจำเรือและป้องกันสิ่งแวดล้อมทางทะเล¹⁷ โดยองค์การทางทะเลระหว่างประเทศ (International Maritime Organization ; IMO) ได้ออกอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วย

¹⁴ มาตรา 13 วรรคสอง พระราชบัญญัติกองทุนเงินทดแทน พ.ศ. 2537

¹⁵ มาตรา 16 พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558

¹⁶ เรื่องเดียวกัน

¹⁷ ผลสันต์ อัมปราชญ์. “การใช้อำนาจเด็ดขาด (Overriding Authority) ของนายเรือเดินทะเล.” วารสารวิชาการบูรพาโลจิสติกส์และซัพพลายเชน เล่มที่ 1 ปีที่ 1, กรกฎาคม-กันยายน 2561, หน้า 155.

ความปลอดภัยของชีวิตในทะเล (International for the Safety of Life at Sea 1974 ; SOLAS) ซึ่งในข้อบังคับที่ 1 ของบทที่ 9¹⁸ ของอนุสัญญาดังกล่าว ว่าด้วยเรื่องของการจัดการเพื่อการปฏิบัติงานที่ปลอดภัยของเรือ ได้กำหนดให้เจ้าของเรือทุกรายและบุคคลหรือบริษัทใดๆ ที่รับผิดชอบในเรือลำหนึ่งต้องปฏิบัติตามประมวลข้อบังคับว่าด้วยการจัดการความปลอดภัยระหว่างประเทศบนเรือ (International Safety Management, ISM Code) ดังนั้นตามที่พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ได้กำหนดให้เจ้าของเรือต้องจัดให้มีข้อตกลงการจ้างงานของคนประจำเรือเป็นหนังสือพร้อมลายมือชื่อของเจ้าของเรือและคนประจำเรือ โดยจัดทำเป็นคู่ฉบับจัดเก็บไว้บนเรือหนึ่งฉบับ และอีกฉบับหนึ่งให้คนประจำเรือเก็บไว้ พร้อมทั้งจะให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจสอบได้¹⁹ โดยที่ข้อตกลงการจ้างงานของคนประจำเรือดังกล่าว ยังไม่ได้กำหนดเงื่อนไขการใช้อำนาจเด็ดขาดของนายเรือไว้นั้น ผลที่ตามมาคือนายเรือซึ่งมีสถานะเป็นลูกจ้างของเจ้าของเรืออาจขาดความตระหนักในการใช้อำนาจที่มีอยู่และไม่กล้าปฏิเสธคำสั่งของเจ้าของเรือหรือผู้เช่าเรือ ในเรื่องของความปลอดภัยของเรือเพราะกลัวว่าตนเองจะถูกเจ้าของเรือลงโทษด้วยการเลิกจ้างหรือไม่ต่อสัญญาจ้างให้ในคราวต่อไป ซึ่งในบางสถานการณ์อาจมีผลทำให้เกิดโศกนาฏกรรมทางทะเลขึ้นได้

2.3.5 การคุ้มครองเวลาการทำงานและชั่วโมงการพักผ่อนของคนประจำเรือ

ในประเด็นเกี่ยวกับการอนุวัติการของกฎหมายให้เป็นไปตามอนุสัญญาระหว่างประเทศ พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ได้กำหนดให้เจ้าของเรืออาจให้คนประจำเรือทำงานล่วงเวลาได้เท่าที่จำเป็น แต่เมื่อรวมกับระยะเวลาการทำงานปกติแล้วต้องไม่เกินวันละสิบสี่ชั่วโมง ในรอบยี่สิบสี่ชั่วโมง และไม่เกินเจ็ดสิบสองชั่วโมงในรอบเจ็ดวัน²⁰ นอกจากนี้กฎหมายยังได้กำหนดให้เจ้าของเรือต้องจัดให้คนประจำเรือมีชั่วโมงการพักผ่อนไม่น้อยกว่าสิบชั่วโมง ในรอบยี่สิบสี่ชั่วโมง และไม่น้อยกว่าเจ็ดสิบเจ็ดชั่วโมงในรอบเจ็ดวัน ชั่วโมงการพักผ่อนสามารถแบ่งออกได้ไม่เกินสองช่วงหนึ่งในสองช่วงนี้ต้องมีระยะเวลาอย่างน้อยหกชั่วโมง และต้องมีระยะห่างระหว่างกันแต่ละช่วง

¹⁸ Chapter 9 of International Convention for the Safety of Life at Sea, 1974
Regulation 1 – Definitions

¹⁹ 1 International Safety Management (ISM) Code means the International Management Code for the Safe Operation of Ships and for Pollution Prevention adopted by the Organization by resolution A.741(18), as may be amended by the Organization, provided that such amendments are adopted, brought into force and take effect in accordance with the provisions of article VIII of the present Convention concerning the amendment procedures applicable to the annex other than chapter I.

¹⁹ มาตรา 43 พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558

²⁰ มาตรา 59 พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558

ไม่เกินสิบสี่ชั่วโมง²¹ ซึ่งผลที่ตามมาคือเรือสนับสนุนกิจการปิโตรเลียมนอกชายฝั่งที่มีรูปแบบการทำงานกะละ 6 ชั่วโมง พัก 6 ชั่วโมง ไม่สามารถปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมายได้เหมือนกับเรือสินค้าทั่วไปที่มีรูปแบบการเข้ายามกะละ 4 ชั่วโมง พัก 8 ชั่วโมง 3 กะในรอบ 24 ชั่วโมง จึงจำเป็นที่จะต้องแก้ไขให้บทบัญญัติดังกล่าวมีความยืดหยุ่นสามารถปรับใช้ได้กับระบบการทำงานของเรือทุกประเภทด้วย

2.3.6 การคุ้มครองคนประจำเรือซึ่งเป็นหญิงมีครรภ์

ในประเด็นเกี่ยวกับการคุ้มครองคนประจำเรือซึ่งเป็นหญิงมีครรภ์ พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ได้กำหนดให้คนประจำเรือซึ่งเป็นหญิงมีครรภ์มีสิทธิลาเพื่อการคลอดและเลี้ยงดูบุตรครรภ์หนึ่ง ไม่เกินเก้าสิบวัน²² และให้เจ้าของเรือจ่ายค่าจ้างในระหว่างที่คนประจำเรือลาเพื่อการคลอดและเลี้ยงดูบุตรตลอดระยะเวลาที่ลา แต่ไม่เกินสี่สัปดาห์²³ ซึ่งผลที่ตามมาคือคนประจำเรือซึ่งเป็นหญิงและเด็กในครรภ์อาจจะไม่ปลอดภัยในระหว่างที่เรือเดินทางในทะเลหากไม่ได้สิทธิในการลาพักขึ้นจากเรือโดยทันที

2.3.7 การคุ้มครองคนประจำเรือกรณีถูกโจรสลัดจับเป็นตัวประกัน

ในประเด็นเกี่ยวกับการคุ้มครองคนประจำเรือกรณีถูกโจรสลัดจับเป็นตัวประกัน พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ได้กำหนดให้คนประจำเรือมีสิทธิเดินทางกลับภูมิลำเนาหรือสถานที่อื่นตามที่ตกลงกัน โดยให้เจ้าของเรือจัดการหรือออกค่าใช้จ่ายใด ๆ ระหว่างการเดินทางเมื่อมีเหตุ คนประจำเรือเจ็บป่วย บาดเจ็บ หรือมีสภาพร่างกายหรือจิตใจ ที่ไม่สามารถปฏิบัติงานได้ หรือเมื่อเจ้าของเรือไม่สามารถดำเนินธุรกิจการเดินทางต่อไปหรือเรือเดินทะเลอับปางหรือไม่อาจใช้การได้โดยสิ้นเชิง หรือเมื่อเรือจะมุ่งหน้าเข้าสู่เขตสงคราม หรือกรณีอื่นตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด²⁴ ซึ่งผลที่ตามมาคือกรณีที่คนประจำเรือถูกโจรสลัดจับเป็นตัวประกันนั้น กฎหมายยังไม่ครอบคลุมถึงการคุ้มครองให้ได้รับการไถ่ตัวหรือช่วยเหลือให้คนประจำเรือได้เดินทางกลับภูมิลำเนาของตน

2.3.8 การคุ้มครองคนประจำเรือกรณีหลักประกันทางการเงิน

ในประเด็นเกี่ยวกับการคุ้มครองคนประจำเรือกรณีหลักประกันทางการเงินในระหว่างที่รักษาตัวอยู่ในโรงพยาบาล ณ ภูมิลำเนาของตน พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558

²¹ มาตรา 62 พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558

²² มาตรา 63 วรรคแรก พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558

²³ มาตรา 63 วรรคสอง พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558

²⁴ มาตรา 66 (3) พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558

ได้กำหนดให้เจ้าของเรือต้องรับผิดชอบต่อคนประจำเรือในกรณีค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล การแพทย์ การจัดหายาที่จำเป็น เครื่องมือในการบำบัดโรค ค่าอาหารและการเช่าที่พักอาศัยในสถานที่อื่นนอกเหนือจากภูมิลำเนาของคนประจำเรือ จนกว่าคนประจำเรือ จะหายจากการเจ็บป่วย หรืออาการบาดเจ็บ หรือจนกว่าจะมีการวินิจฉัยว่าการทุพพลภาพนั้นมีลักษณะถาวรจนไม่สามารถทำงานได้อีกตามที่เจ้าของเรือกับคนประจำเรือได้ตกลงกัน ทั้งนี้ไม่น้อยกว่าสิบหกสัปดาห์ นับแต่วันที่ได้รับบาดเจ็บหรือเริ่มเจ็บป่วยจนกว่าคนประจำเรือจะได้รับการส่งตัวกลับ เว้นแต่การเจ็บป่วย หรือได้รับบาดเจ็บนั้นเกิดขึ้นนอกเหนือจากการปฏิบัติงานให้กับเจ้าของเรือ หรือเกิดจากการกระทำ อันมิชอบของคนประจำเรือผู้นั้น หรือคนประจำเรือผู้นั้นได้ตั้งใจปิดความเจ็บป่วยหรือสุขภาพที่ไม่สมบูรณ์ขณะที่ทำข้อตกลงการจ้างงานของคนประจำเรือ²⁵ ซึ่งผลที่ตามมาคือคนประจำเรืออาจจะไม่มีเงินใช้จ่ายในการดำรงชีพที่เพียงพอระหว่างการรักษาพยาบาลที่ต่อเนื่องเพราะไม่มีรายได้ และหลักประกันทางการเงินที่ชัดเจน

2.3.9 การคุ้มครองเกี่ยวกับการแสวงหาสาเหตุการตายของคนประจำเรือ

ในประเด็นการคุ้มครองเกี่ยวกับการแสวงหาสาเหตุการตายของคนประจำเรือ พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ได้กำหนดให้กรณีที่เกิตรภัยพิบัติทางทะเลอย่างร้ายแรงจนทำให้คนประจำเรือได้รับบาดเจ็บ หรือเสียชีวิต ให้เจ้าของเรือหรือนายเรือรายงานต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ในทันทีที่ทราบ²⁶ อย่างไรก็ตาม ระเบียบที่บัญญัติแห่งกฎหมายได้กำหนดให้การดำเนินการดังกล่าวให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่อธิบดีกรมเจ้าท่าประกาศกำหนด²⁷ ซึ่งผลที่ตามมาคือการเสียชีวิตของคนประจำเรือที่เกิดขึ้นบนเรือในกรณีอื่นๆ ที่นอกเหนือไปจากการเสียชีวิตที่เกิดจากภัยพิบัติทางทะเลอย่างร้ายแรงนั้นอาจจะไม่ได้รับการตรวจสอบหรือพิสูจน์หลักฐานให้ทราบถึงสาเหตุการเสียชีวิตที่แท้จริงและไม่เป็นธรรมกับครอบครัวคนประจำเรือด้วย

2.3.10 การคุ้มครองเกี่ยวกับสิทธิการรวมตัว การชุมนุม เพื่อเรียกร้องสิทธิ ของคนประจำเรือ

ในประเด็นการคุ้มครองเกี่ยวกับสิทธิการรวมตัว การชุมนุม เพื่อเรียกร้องสิทธิ ของคนประจำเรือ พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ได้กำหนดให้การคุ้มครองเกี่ยวกับสิทธิการรวมตัว การชุมนุม เพื่อเรียกร้องสิทธิของคนประจำเรือ โดยมาตรา 94 ห้ามเจ้าของเรือเลิกจ้างหรือกระทำการใดๆ อันเป็นผลให้คนประจำเรือไม่สามารถทนทำงานอยู่ต่อไปได้เพราะเหตุที่คน

²⁵ มาตรา 81 (3) พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558

²⁶ มาตรา 85 วรรคแรก พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558

²⁷ มาตรา 85 วรรคสอง พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558

ประจำเรือกระทำการ หรือกำลังจะกระทำการรวมตัวกัน เพื่อเจรจาต่อรองหรือเรียกร้องให้ได้มาซึ่งสิทธิหรือประโยชน์เกี่ยวกับสภาพการจ้างและสภาพการทำงานตามพระราชบัญญัติ²⁸ รวมถึงการที่คนประจำเรือรวมตัวกันจัดตั้งองค์กรของตนเพื่อแสวงหาและคุ้มครองประโยชน์เกี่ยวกับสภาพการจ้าง สภาพการทำงาน และการส่งเสริมความสัมพันธ์อันดีระหว่างกัน²⁹ หรือได้กระทำการหรือกำลังจะกระทำการชุมนุม ทำคำร้อง ยื่นข้อเรียกร้อง ดำเนินการฟ้องร้อง เป็นพยาน หรือให้หลักฐานต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมาย หรือต่อศาล³⁰ ซึ่งผลที่ตามมาคือคนประจำเรืออาจหยุดงานและทำการชุมนุมเพื่อเรียกร้องให้ได้มาซึ่งสิทธิประโยชน์เกี่ยวกับสภาพการจ้าง และสภาพการทำงาน ในระหว่างที่เรือเดินทางอยู่กลางทะเลซึ่งอาจทำให้เรืออยู่ในสภาพที่ไม่ปลอดภัยในการเดินเรือด้วยได้

2.3.11 การคุ้มครองเกี่ยวกับความรุนแรงของโทษทางอาญาที่มีต่อคนประจำเรือ

ในประเด็นการคุ้มครองเกี่ยวกับความรุนแรงของโทษทางอาญาที่มีต่อคนประจำเรือ พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ได้กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่มีหนังสือสอบถามหรือเรียกเจ้าของเรือ คนประจำเรือ หรือบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องมาชี้แจงข้อเท็จจริง หรือให้สิ่งของหรือเอกสารที่เกี่ยวข้องเพื่อประกอบการพิจารณาหรือมีคำสั่งเป็นหนังสือให้เจ้าของเรือหรือคนประจำเรือปฏิบัติให้ถูกต้องตามพระราชบัญญัตินี้³¹ อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติแห่งกฎหมายยังได้กำหนดให้การปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว ให้พนักงานเจ้าหน้าที่แสดงบัตรประจำตัวต่อเจ้าของเรือหรือผู้ที่เกี่ยวข้องและให้เจ้าของเรือหรือผู้ที่เกี่ยวข้องอำนวยความสะดวกและไม่ขัดขวางการปฏิบัติตามหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่³² อีกทั้งบทบัญญัติแห่งกฎหมายยังได้กำหนดให้เจ้าของเรือ คนประจำเรือ หรือบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องที่ไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดดังกล่าว ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ³³ รวมถึงกำหนดให้บุคคลที่ขัดขวางหรือไม่อำนวยความสะดวกให้แก่พนักงานเจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 95 วรรคสอง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับด้วย³⁴ ซึ่งผลที่ตามมาคือคนประจำเรืออาจได้รับโทษทางอาญาที่รุนแรงเกินควรตามกฎหมายฉบับนี้ซึ่งไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของอนุสัญญาแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2549

²⁸ มาตรา 90 พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558

²⁹ มาตรา 91 พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558

³⁰ มาตรา 94 พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558

³¹ มาตรา 95 (2) (3) พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558

³² มาตรา 95 วรรคสอง พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558

³³ มาตรา 122 วรรคหนึ่ง พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558

³⁴ มาตรา 122 วรรคสอง พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558

3. ปัญหาและข้อพิจารณาทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองคนประจำเรือตามพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558

เนื่องจากประเด็นปัญหาของโจทก์วิชัย เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสภาพการจ้างและลักษณะการปฏิบัติงานบนเรือเดินทะเลที่มีวัฒนธรรมและจารีตประเพณีของวิชาชีพชาวเรือที่มีความแตกต่างจากการทำงานทั่วไปบนบก ผู้เขียนจึงได้ใช้วิธีการศึกษาวิจัยดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นมาประกอบการวิเคราะห์โจทก์วิชัยในครั้งนี้ โดยมีประเด็นปัญหาที่รัฐควรพิจารณาและแก้ไขดังนี้

3.1 ข้อควรพิจารณาในประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการที่คนประจำเรือขาดสิทธิได้รับสวัสดิการตามระบบประกันสังคม ซึ่งเป็นผลมาจากบทบัญญัติตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 วรรคแรก ที่บัญญัติให้การจ้างงานระหว่างเจ้าของเรือกับคนประจำเรือตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่อยู่ภายใต้บังคับกฎหมายว่าด้วยการประกันสังคม ทำให้คนประจำเรือทั้งที่เคยอยู่ในระบบประกันสังคมมาก่อนและคนประจำเรือที่เริ่มเข้าทำงานบนเรือ ต้องถูกให้ออกจากระบบประกันสังคมและขาดสิทธิจากการเป็นผู้ประกันตนตามมาตรา 33 ของพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 และถึงแม้ว่าในมาตรา 4 วรรค 2 ได้บัญญัติว่าเจ้าของเรือต้องจัดให้มีการคุ้มครองด้านประกันสังคมโดยให้คนประจำเรือ ได้รับสิทธิประโยชน์จากการคุ้มครองตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงานกำหนดก็ตาม ซึ่งเจ้าของเรือก็ดำเนินการจัดทำประกันกลุ่มไว้กับบริษัทประกันภัย พีแอนด์ไอคลับ ซึ่งจะคุ้มครองการรักษาพยาบาลให้กับคนประจำเรือในช่วงที่คนประจำเรือปฏิบัติงานอยู่บนเรือขณะที่อยู่ในสัญญาจ้างซึ่งมีกำหนดเวลาช่วงหนึ่งเท่านั้น เมื่อสัญญาจ้างสิ้นสุดลงและคนประจำเรือถูกส่งกลับภูมิลำเนาแล้ว การคุ้มครองคนประจำเรือจากบริษัทประกันภัยดังกล่าวก็สิ้นสุดลงด้วย ทำให้คนประจำเรือไม่ได้รับการคุ้มครองการรักษาพยาบาลขณะพักรอกการทำให้สัญญาจ้างลงเรือลำต่อไป หรือถ้าจำเป็นต้องรอลงเรือเป็นระยะเวลาหลายเดือนก็จะทำให้คนประจำเรือได้รับความเดือดร้อนเมื่อยามเจ็บป่วย โดยเฉพาะการติดเชื้อโรคหรือเชื้อไวรัสที่แพร่ระบาดจากบนเรือและบนฝั่งทั้งในประเทศและต่างประเทศ ทั้งๆที่แต่เดิมคนประจำเรือเคยได้รับสิทธิการรักษาพยาบาลจากระบบประกันสังคมมาก่อนที่กฎหมายฉบับนี้จะมีผลบังคับใช้ และถ้ากรณีที่บริษัทเรือไม่เรียกตัวให้ลงเรือหรือทำสัญญาจ้างต่อไปแล้ว คนประจำเรือก็ไม่ได้เงินค่าชดเชยจากการว่างงาน อีกทั้งยังขาดสิทธิในการได้รับเงินบำเหน็จบำนาญชราภาพในวัยเกษียณจากระบบประกันสังคมของภาครัฐด้วย จึงไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ตามที่กำหนดไว้ในมาตรฐาน A 4.5 (Standard A 4.5)³⁵ แห่งอนุสัญญาดังกล่าวว่า ให้คนประจำ

³⁵ Standard A 4.5 – Social security

1. The branches to be considered with a view to achieving progressively comprehensive social

เรือผู้ซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายประกันสังคมของประเทศตน และผู้เป็นผู้อยู่ในความอุปการะของคนประจำเรือตามขอบเขตที่บัญญัติไว้ในกฎหมายภายในประเทศ มีสิทธิได้รับสิทธิประโยชน์จากการคุ้มครองด้านประกันสังคม (Social security) ที่เป็นคุณไม่น้อยกว่าที่ให้แก่คนงานบนบกได้รับ

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนในฐานะที่เคยเป็นกรรมการผู้แทนฝ่ายคนประจำเรืออยู่ในขณะนั้น ได้ผลักดันการแก้ไข มาตรา 4 มาโดยตลอด ร่วมกับกรรมการผู้แทนฝ่ายเจ้าของเรือและกรรมการผู้แทนของภาครัฐ เพื่อให้คนประจำเรือได้กลับเข้าสู่ระบบประกันสังคมและกองทุนเงินทดแทนดังเดิม รวมถึงความเห็นพ้องตรงกันของคณะกรรมการแรงงานทางทะเลทั้งจากผู้แทนฝ่ายคนประจำเรือ ผู้แทนฝ่ายเจ้าของเรือ ผู้แทนภาครัฐ ในที่ประชุมคณะกรรมการแรงงานทางทะเล ซึ่งมีมติรับหลักการ การแก้ไขมาตรา 4 โดยให้แก้ไขข้อความดังนี้ จากเดิม “มาตรา 4 การจ้างงานระหว่างเจ้าของเรือกับคนประจำเรือตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่อยู่ภายใต้บังคับกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน กฎหมายว่าด้วยความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน กฎหมายว่าด้วยการประกันสังคม และกฎหมายว่าด้วยเงินทดแทน” แก้ไขเป็น “มาตรา 4 การจ้างงานระหว่างเจ้าของเรือกับคนประจำเรือตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่อยู่ภายใต้บังคับกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน กฎหมายว่าด้วยความปลอดภัย อาชีว อนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน”³⁶ อนึ่งเหตุผลที่ผู้เขียนไม่ได้เสนอแนะให้คนประจำเรือได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน ในการแก้ไข มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ด้วยนั้นก็เพราะว่าสภาพการจ้างและสภาพแวดล้อมในการทำงานบนเรือเดินทะเลมีความแตกต่างจากการทำงานทั่วไปบนบกอย่างมาก อีกทั้งบทบัญญัติที่มีอยู่ในหมวด 9 แห่งพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในเรื่องการคุ้มครองต่อชีวิต ร่างกาย และอนามัยของคนประจำเรือไว้อย่างครอบคลุมและสอดคล้องกับอนุสัญญาแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2549 แล้ว

3.2 ปัญหาเกี่ยวกับการที่คนประจำเรือขาดสิทธิเรียกร้องเงินทดแทนจากกองทุนเงินทดแทน ตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติกองทุนเงินทดแทน พ.ศ. 2537 และสิทธิประโยชน์อื่นๆ เนื่องจากมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ได้บัญญัติให้การจ้างงาน

security protection under Regulation 4.5 are: medical care, sickness benefit, unemployment benefit, old-age benefit, employment injury benefit, family benefit, maternity benefit, invalidity benefit and survivors' benefit, complementing the protection provided for under Regulations 4.1, on medical care, and 4.2, on shipowners' liability, and under other titles of this Convention.

³⁶ รายงานการประชุมคณะกรรมการแรงงานทางทะเล ตามพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ครั้งที่ 1/2562, กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน, (16 มกราคม 2562)

ระหว่างเจ้าของเรือกับคนประจำเรือไม่อยู่ภายใต้บังคับกฎหมายว่าด้วยเงินทดแทนด้วย ถึงแม้ในวรรคสองของมาตรา 4 จะบัญญัติให้เจ้าของเรือต้องจัดให้มีการคุ้มครองด้านเงินทดแทนด้วยก็ตาม แต่สิทธิประโยชน์จากการคุ้มครองดังกล่าวนั้น เจ้าของเรือใช้วิธีการซื้อประกันเพิ่มความคุ้มครองจากบริษัทประกันภัยในลักษณะของ พีแอนด์ไอคลับ (P & I Club) ซึ่งก็ปรากฏว่าเงื่อนไขการจ่ายเงินและความคุ้มครองยังไม่เทียบเท่ากับสิทธิประโยชน์ที่ภาครัฐจัดให้กับคนประจำเรือจากระบบกองทุนเงินทดแทนที่เคยได้รับมาก่อน จึงขัดกับหลักเหตุผลที่ต้องมีกฎหมายเฉพาะเนื่องจากการทำงานบนเรือมีสภาพแวดล้อมที่เสี่ยงต่ออันตรายในทะเลทุกขณะเวลาและความเสี่ยงที่คนประจำเรือจะเกิดอุบัติเหตุหรือได้รับบาดเจ็บสาหัสถึงขั้นทุพพลภาพหรือเสียชีวิตจากการทำงานบนเรือได้ตลอดเวลา โดยเฉพาะการปฏิบัติงานในระหว่างที่เรือมีอาการโคลงเพราะคลื่นจัดลมแรงระหว่างการเดินทางในทะเล ทั้งอุบัติเหตุที่เกิดขึ้นบ่อจากการทำงานบนปากรวง (Main Deck) เช่น คนประจำเรือถูกคลื่นใหญ่ซัดจนสูญหายไปบนทะเลหรือการหมดสติจากการสูดแก๊สพิษในระวางหรือขาดอากาศหายใจจนเสียชีวิตในถังอับอากาศ (Enclosed Spaces) รวมถึงการตระวางของคนประจำเรือฝ่ายปากเรือด้วย ส่วนอุบัติเหตุที่เกิดขึ้นในห้องเครื่องเรือ (Engine Room) เช่น การเกิดอุบัติเหตุจากลูกสูบของเครื่องจักรใหญ่ร่วงหล่นลงมาทับแขนของนายช่างกลขณะทำการยกลูกสูบของเครื่องยนต์จนพิการที่แขนขวาไม่สามารถทำงานเรือต่อไปได้อีกหรือการถูกใบมีดหรือของมีคมจากการใช้อุปกรณ์ในห้องเครื่องจนบาดเจ็บสาหัส ดังนั้นการที่คนประจำเรือได้รับความคุ้มครองจากบริษัทประกันภัยในลักษณะของ พีแอนด์ไอ คลับ (P & I Club) ตามที่บริษัทเรือจัดให้แต่เพียงอย่างเดียวตามที่ระบุไว้ในสัญญาจ้างคนประจำเรือ จึงยังไม่เพียงพอเมื่อเทียบกับการใช้สิทธิเรียกร้องเงินทดแทนจากกองทุนเงินทดแทน กรณีบาดเจ็บสาหัสจนทุพพลภาพหรือเสียชีวิตตามพระราชบัญญัติกองทุนเงินทดแทน ดังที่เคยได้รับสิทธิมาก่อน อีกทั้งการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากบริษัทประกันภัย พีแอนด์ไอคลับ (P & I Club) มีข้อจำกัดในเรื่องเงื่อนไขความคุ้มครองที่ไม่ได้ครอบคลุมในอุบัติเหตุทุกกรณีและยังอาจมีความล่าช้าในการได้รับเงินทดแทนตามข้อกำหนดความคุ้มครองที่เจ้าของเรือได้ทำไว้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าหลักเกณฑ์ดังกล่าวตามพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ยังไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ตามที่กำหนดไว้ในมาตรฐาน A 4.1 (Standard A 4.1)³⁷ แห่งอนุสัญญาแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2549 ที่ได้กำหนดให้คนประจำเรือต้องได้รับการคุ้มครองด้านสุขภาพและการรักษาพยาบาล ทัดเทียมกับการคุ้มครองของลูกจ้างทั่วไปบนบก

³⁷ Standard A 4.1 – Medical care on board ship and ashore

(b) ensure that seafarers are given health protection and medical care as comparable as possible to that which is generally available to workers ashore, including prompt access to the necessary medicines, medical equipment and facilities for diagnosis and treatment and to medical information and expertise;

โดยอนุสัญญาดังกล่าวมีเจตนารมณ์ที่ต้องการจะส่งเสริมให้อาชีพคนประจำเรือเป็นงานที่มีคุณค่า (Decent Work) ตามมาตรา 4.3. (Article 4.3.)³⁸ ของอนุสัญญาดังกล่าวที่ได้บัญญัติว่าคนประจำเรือทุกคนมีสิทธิในสภาพความเป็นอยู่และการทำงานที่มีคุณค่าบนเรือที่ออกเดินทะเล เนื่องจากคนประจำเรือคือผู้ที่ทำงานด้านหน้าในการขับเคลื่อนกิจการพาณิชย์นาวีที่องค์การทางทะเลระหว่างประเทศ (International Maritime Organization ; IMO) ให้ความสำคัญ

อนึ่งจากการที่ผู้เขียนได้ทำการสืบค้นจากเอกสารรายงานการประชุมในขณะที่ได้มีการยกร่างพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. เพื่อหาเหตุผลที่คณะกรรมการการยกร่าง ได้ตัดส่วนที่เป็นเงินประกันสังคมและเงินทดแทนของคนประจำเรือออกไป แต่ก็ไม่สามารถค้นหาคำตอบที่ระบุไว้อย่างชัดเจนได้ ดังนั้นผู้เขียนจึงได้สืบค้นจากรายงานของผู้ที่เคยทำวิทยานิพนธ์เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวพบว่า น่าจะเป็นเพราะการเร่งออกกฎหมายให้ทันเพื่อป้องกันผลกระทบจากการที่อนุสัญญาแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2549 จะมีผลใช้บังคับและทำให้หน่วยงานของรัฐคือกรมเจ้าท่าไม่สามารถออกไปรับรองด้านแรงงานทางทะเลที่ประเทศไทยซึ่งเป็นรัฐเจ้าของธงเรือออกให้กับเจ้าของเรือได้ ทำให้เกิดอุปสรรคในการเข้า – ออกเมืองท่าในต่างประเทศ โดยหากรัฐเจ้าของท่าเรือตรวจพบข้อบกพร่องที่ร้ายแรงอาจถูกสั่งให้กักเรือได้ และหากเจ้าของเรือแก้ปัญหากรณีที่ประเทศไทยไม่สามารถออกไปรับรองด้านแรงงานทางทะเลได้ ก็จะต้องไปขึ้นธงของประเทศที่เป็นภาคีอนุสัญญาแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2549 แทน³⁹ จึงอาจทำให้ขาดการพิจารณาอย่างรอบด้านในประเด็นดังกล่าวและจากการศึกษาพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ประกอบด้วยแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่า น่าจะมาจากการตีความของคณะกรรมการการยกร่างว่าพระราชบัญญัตินี้ไม่ใช้บังคับกับลูกจ้างของนายจ้างที่มีสำนักงานในประเทศ และไปประจำทำงานในต่างประเทศ⁴⁰ ซึ่งการตัดคนประจำเรือออกจากระบบประกันสังคมและกองทุนเงินทดแทน นั้น ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสวัสดิการของคนประจำเรือตามระบบประกันสังคมที่สอดคล้องกับอนุสัญญาแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2549 ที่ได้กล่าวถึง การคุ้มครองสุขภาพ การรักษาพยาบาล สวัสดิการ และการคุ้มครองด้านประกันสังคมไว้ตามมาตรฐาน A 4.5 (Standard A 4.5)⁴¹ แห่งอนุสัญญาแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2549 โดยมี

³⁸ Article 4 of Maritime Labour Convention 2006

3. Every seafarer has a right to decent working and living conditions on board ship.

³⁹ พิไลพร เตือนวิระเดช. วิเคราะห์พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558 ; หน้า 2.

⁴⁰ มาตรา 4 (3) พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533

⁴¹ Standard A 4.5 – Social security

3. Each Member shall take steps according to its national circumstances to provide the complementary social security protection referred to in paragraph 1 of this Standard to all seafarers ordinarily

วัตถุประสงค์เพื่อให้มั่นใจได้ว่า มีการดำเนินมาตรการต่าง ๆ เพื่อให้คนประจำเรือซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายประกันสังคมของประเทศตน มีสิทธิได้รับสิทธิประโยชน์จากการคุ้มครองด้านประกันสังคมที่เป็นคุณไม่น้อยกว่าที่ให้แก่คนงานบนบกได้รับ

3.3 ปัญหาเกี่ยวกับความไม่ชัดเจนของเนื้อหาตามบทบัญญัติของกฎหมายในหมวด 2 เงื่อนไขการทำงานบนเรือ ตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 โดยเป็นเงื่อนไขที่ให้ความคุ้มครองคนประจำเรือ ที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ได้ทำงานหรือฝึกอบรมโดยที่ไม่ส่งผลร้ายต่อสุขภาพ และมีความเป็นอยู่ที่ดีบนเรือ ซึ่งส่วนใหญ่เป็นนักเรียนฝึกทั้งฝ่ายปากเรือและฝ่ายช่างกลเรือ (Deck & Engine Cadet) ทำงานในเวลากลางคืนซึ่งเป็นการเข้าเวรยาม ทั้งบนสะพานเดินเรือ (Navigation Bridge) และในห้องเครื่อง (Engine Control Room) โดยมีข้อยกเว้นตามที่พระราชบัญญัติกำหนด ดังนั้นถึงแม้บทบัญญัติมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 จะมีความสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ตามที่กำหนดไว้ในมาตรฐาน A 1.1 (Standard A 1.1)⁴² แห่งอนุสัญญาแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2549 แล้ว แต่ก็ยังมีข้อสงสัยในการตีความตามเนื้อหาที่ปรากฏว่าการทำงานในเวลากลางคืนของคนประจำเรือที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี จะทำได้ในช่วงเวลาใดหรือข้อยกเว้นที่เป็นการฝึกอบรมที่ได้มีการวางแผนไว้ล่วงหน้า ซึ่งนักเรียนฝึกฝ่ายปากเรือ (Deck Cadet) จะต้องฝึกทางดาราศาสตร์ด้วยการวัดดาว ช่วงเวลาแสงเงินแสงทอง (Twilight) ตอนเช้าตรู่ หรือการเป็นลูกยามระวังเหตุ (Look out) ในเวลากลางคืนหรือเป็นการฝึกอบรมตามตำแหน่งหน้าที่ที่คนประจำเรือต้องทำในช่วงเวลากลางคืนนั้นสามารถทำได้ในเวลาใดได้บ้างหรือทำได้ตั้งแต่เวลาใดถึงเวลาใด ซึ่งการบัญญัติเนื้อหาในมาตราดังกล่าวควรที่จะระบุช่วงเวลาการทำงานในเวลากลางคืนไว้อย่างชัดเจน⁴³ ดังเช่นมติที่ประชุมคณะกรรมการแรงงานทางทะเลเห็นชอบให้แก้ไขมาตรา 16 โดยให้เพิ่มวรรคสอง เป็นดังนี้ “การทำงานเวลากลางคืนหมายถึงการทำงานตั้งแต่เวลา 21.00 นาฬิกา ถึง 06.00 นาฬิกา”⁴⁴ เพื่อให้เกิดความเข้าใจและง่ายต่อการ

resident in its territory. This responsibility could be satisfied, for example, through appropriate bilateral or multilateral agreements or contribution-based systems. The resulting protection shall be no less favourable than that enjoyed by shoreworkers resident in their territory.

⁴² Standard A1.1 – Minimum age

2. Night work of seafarers under the age of 18 shall be prohibited. For the purposes of this Standard, “night” shall be defined in accordance with national law and practice. It shall cover a period of at least nine hours starting no later than midnight and ending no earlier than 5 a.m.

⁴³ พิไลพร เตือนวีระเดช. **วิเคราะห์พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558 ; หน้า 101.

⁴⁴ รายงานการประชุมคณะกรรมการแรงงานทางทะเล ตามพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ครั้งที่ 2/2562, กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน, (25 กรกฎาคม 2562)

ตีความเนื้อหาของข้อความตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 และทำให้ผู้ใช้กฎหมายสามารถนำไปปฏิบัติให้มีบรรทัดฐานเดียวกันอย่างถูกต้องด้วย

3.4 ปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองนายเรือ กรณีการใช้อำนาจเด็ดขาด (Overriding Authority) เมื่อพิจารณาบทบัญญัติ ตามมาตรา 43 ในหมวด 4 สภาพการจ้าง ที่ยังไม่ครอบคลุมหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความคุ้มครองนายเรือกรณีการใช้อำนาจเด็ดขาด (Overriding Authority) ใดๆ ที่ตามข้อกำหนดของประมวลข้อบังคับว่าด้วยการจัดการความปลอดภัยระหว่างประเทศบนเรือ (International Safety Management, ISM Code) นั้น นายเรือต้องสามารถที่จะอธิบายและแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่ามีอำนาจเด็ดขาดในการตัดสินใจตามเอกสารคู่มือปฏิบัติงานความปลอดภัยบนเรือหรือมีการชี้ให้เห็นถึงอำนาจเช่นนั้นของนายเรือ⁴⁵ ซึ่งทำให้นายเรือซึ่งมีสถานะเป็นลูกจ้างของเจ้าของเรือมีความกังวลว่าอาจถูกเลิกจ้างหรือไม่ได้รับการทำสัญญาจ้างครั้งต่อไป จึงขาดความตระหนักในการใช้อำนาจเด็ดขาดของตนในการใช้ดุลยพินิจและการตัดสินใจอย่างมีอาชีพ (Master's Professional Judgment) ที่จะปฏิเสธหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าของเรือหรือผู้เช่าเรือและใช้อำนาจสั่งการตามแนวทางที่ตนเห็นว่าจะเกิดความปลอดภัยสูงสุดกับเรือและชีวิตคนประจำเรือ⁴⁶ เช่น การที่นายเรื่อนำเรือตัดหน้าพายุไต้ฝุ่น (Typhoon) หรือการออกเรือในขณะที่มีพายุรุนแรงเพียงพอให้ทันกับตารางกำหนดการของเรือ (Ship's Schedule) หรือให้ทันกับเวลา Laycan ที่ระบุไว้ในสัญญาเช่าเรือ ใดๆ ที่สามารถใช้อำนาจเด็ดขาด (Overriding Authority) ในการปฏิเสธคำสั่งของเจ้าของเรือหรือผู้เช่าเรือได้ แล้วใช้ประสบการณ์ในการตัดสินใจนำเรือไปหลบบังเกาะ (Shelter) รอให้พายุผ่านพ้นไปก่อนหรือส่งต่อออกเรือเพื่อความปลอดภัยของเรือ คนประจำเรือและผู้โดยสาร เป็นต้น แต่เพราะเกรงว่าตนเองจะถูกเจ้าของเรือลงโทษด้วยการเลิกจ้างหรือไม่ต่อสัญญาจ้างให้ในคราวต่อไป ทำให้ไม่กล้าตัดสินใจใช้อำนาจเด็ดขาดที่มีอยู่ ซึ่งในบางสถานการณ์อาจมีผลทำให้เกิดโศกนาฏกรรมทางทะเลขึ้นได้ ดังที่เป็นข่าวเกิดขึ้นอยู่ทั่วไปทั้งในประเทศและต่างประเทศ จากหลายเหตุการณ์ที่เรือจมและมีคนประจำเรือหรือผู้โดยสารเสียชีวิตด้วย ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าควรที่จะเพิ่มรายละเอียดเกี่ยวกับรายการในข้อตกลงการจ้างงานของคนประจำเรือกับเจ้าของเรือ ที่ให้เงื่อนไขการใช้อำนาจเด็ดขาด (Overriding Authority) แก่นายเรือไว้ ซึ่งเป็นลักษณะพิเศษเฉพาะที่ควรมีสำหรับข้อตกลงการจ้างงานดังกล่าว เพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยความปลอดภัยของชีวิตในทะเล (International for the

⁴⁵ สอนชัย สิริวิทยกุล. “ผลในเชิงพยานหลักฐานของ ISM Code ในคดีขนส่งสินค้าทางทะเลระหว่างประเทศ.” วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ 6th anniversary special issue 2003, หน้า 282.

⁴⁶ ผลันต์ คุ้มปราษฎ์. “การใช้อำนาจเด็ดขาด (Overriding Authority) ของนายเรือเดินทะเล.” วารสารวิชาการบูรพาภิธานศึกษาศาสตร์และสุขภาพชายเลน เล่มที่ 1 ปีที่ 1, กรกฎาคม-กันยายน 2561, หน้า 155.

Safety of Life at Sea 1974 ; SOLAS) ซึ่งใน Chapter 9⁴⁷ ว่าด้วยเรื่องการจัดการเพื่อการปฏิบัติงานที่ปลอดภัยของเรือ ได้กำหนดให้เจ้าของเรือทุกรายและบุคคลหรือบริษัทใดๆ ที่รับผิดชอบในเรือลำหนึ่งต้องปฏิบัติตามประมวลข้อบังคับว่าด้วยการจัดการความปลอดภัยระหว่างประเทศบนเรือ (International Safety Management, ISM Code) ดังที่มีระบุไว้ใน Part A – Implementation 5.2⁴⁸ ของประมวลข้อบังคับดังกล่าวว่า บริษัทเรือควรเขียนระบุไว้ให้ชัดเจนในคู่มือระบบการบริหารจัดการความปลอดภัยสากลบนเรือว่านายเรือมีอำนาจเด็ดขาด (Overriding Authority) และความรับผิดชอบในการตัดสินใจเพื่อความปลอดภัยสูงสุดกับเรือ ผู้โดยสาร คนประจำเรือรวมถึงการป้องกันสิ่งแวดล้อมทางทะเลและสามารถร้องขอความช่วยเหลือจากบริษัทได้ตามความจำเป็น นอกจากนี้ประเทศไทยยังไม่มีองค์กรผู้แทนคนประจำเรือที่เข้มแข็งและข้อกำหนดการบังคับทำข้อตกลงจากการร่วมเจรจาต่อรอง (Collective Bargaining Agreement) ยังไม่มีความชัดเจน ทำให้อำนาจต่อรอง (Power of Bargaining) เจือจางในข้อตกลงการจ้างงานของนายเรือมีน้อยกว่าเจ้าของเรือ จึงยังไม่เคยมีการระบุการใช้อำนาจเด็ดขาด (Overriding Authority) ของนายเรือไว้ในข้อตกลงการจ้างงานมาก่อน

3.5 ปัญหาเกี่ยวกับการอนุวัติการของกฎหมายให้เป็นไปตามอนุสัญญาฯ โดยเมื่อพิจารณาประเด็นการอนุวัติการของกฎหมายให้เป็นไปตามอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2549 แล้วจะเห็นได้ว่าในมาตรา 59 และมาตรา 62 แห่งพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ได้บัญญัติแยกเป็น 2 มาตราอย่างชัดเจน ซึ่งถือว่ากฎหมายบังคับให้เจ้าของเรือหรือนายเรือของเรือสินค้าทั่วไปที่มีระบบการจัดเวลาการทำงาน 4 ชั่วโมง พัก 8 ชั่วโมง หมุนเวียนกันในรอบ 24 ชั่วโมง ต้องปฏิบัติตามทั้งสองมาตราโดยเคร่งครัด แต่เนื่องจากระบบการจัดเวลาการทำงานของเรือสนับสนุนกิจการปิโตรเลียมนอกชายฝั่งหรือการเข้ายามเรือจอดทำงานสินค้าในท่าเรือของเรือสินค้าทั่วไปนั้น คนประจำเรือจะต้องทำงานหรือเข้ายามเป็นกะ กะละ 6 ชั่วโมง พัก 6 ชั่วโมง จำนวน 2 กะ ในรอบ 24 ชั่วโมง จึงเป็นเวลาทำงานและเวลาพักผ่อนรวมกันอย่างละ 84 ชั่วโมง ในรอบ 7 วัน ซึ่งขัดกับมาตรา 59 ตามพระราชบัญญัติดังกล่าว ที่ระบุไว้ว่าเวลาทำงานต้อง

⁴⁷ Chapter 9 of International Convention for the Safety of Life at Sea, 1974

Regulation 3 - Safety management requirements

1. The company and the ship shall comply with the requirements of the International Safety Management Code.

⁴⁸ Part A - Implementation of the International Safety Management, ISM Code

5.2 The Company should establish in the SMS that the master has the overriding authority and the responsibility to make decisions with respect to safety and pollution prevention and to request the Company's assistance as may be necessary.

ไม่เกิน 72 ชั่วโมง ในรอบ 7 วัน แต่เมื่อดูตามกะเวลาการพักผ่อนของคนประจำเรือในเรือสับสนุนกิจการปิโตรเลียมนอกชายฝั่งแล้วจะมีจำนวนชั่วโมง การพักผ่อน 84 ชั่วโมง ในรอบ 7 วัน ซึ่งเกินกว่าที่พระราชบัญญัติแรงงานกำหนดไว้โดยในขณะที่ข้อกำหนดของอนุสัญญาแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2549 ได้บัญญัติแต่เพียงให้คนประจำเรือทำงานไม่เกินวันละ 14 ชั่วโมง ในรอบ 24 ชั่วโมง และไม่เกิน 72 ชั่วโมง ในรอบ 7 วัน หรือได้มีเวลาพักผ่อนอย่างน้อยวันละ 10 ชั่วโมง ในรอบ 24 ชั่วโมง และอย่างน้อย 77 ชั่วโมง ในรอบ 7 วัน อย่างไรก็ตามหนึ่งก็ได้เท่านั้น โดยอนุสัญญาดังกล่าวมีหลักเกณฑ์ตามมาตรฐาน A2.3 5.(a)(b)⁴⁹ ที่มีความยืดหยุ่นมากกว่าและสามารถปฏิบัติได้ทั้งกับเรือสินค้าทั่วไปและเรือสับสนุนกิจการปิโตรเลียมนอกชายฝั่งรวมถึงเรือประเภทอื่น ๆ ที่มีรูปแบบการทำงานหรือการเข้ายามที่แตกต่างกันออกไปทั้งในเวลาเรือเดินและเรือจอดในท่า จึงเห็นควรให้มีการปรับแก้บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ในประเด็นดังกล่าวให้มีความสอดคล้องกับอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2549 ด้วย อย่างไรก็ตามจากประเด็นดังกล่าวข้างต้น ที่ประชุมคณะกรรมการแรงงานทางทะเลได้มีมติเห็นชอบให้แก้ไขมาตรา 59 จากเดิมที่ว่า “เจ้าของเรืออาจให้คนประจำเรือทำงานล่วงเวลาได้เท่าที่จำเป็น แต่เมื่อรวมกับระยะเวลาการทำงานปกติตามมาตรา 58 แล้วต้องไม่เกินวันละสิบสี่ชั่วโมงในรอบยี่สิบสี่ชั่วโมง และไม่เกินเจ็ดสิบสองชั่วโมงในรอบเจ็ดวัน” โดยให้เพิ่มเติมข้อความเป็นว่า “เจ้าของเรืออาจให้คนประจำเรือทำงานล่วงเวลาได้เท่าที่จำเป็น แต่เมื่อรวมกับระยะเวลาการทำงานปกติตามมาตรา 58 แล้วต้องไม่เกินวันละสิบสี่ชั่วโมงในรอบยี่สิบสี่ชั่วโมง และไม่เกินเจ็ดสิบสองชั่วโมงในรอบเจ็ดวัน หรือจัดให้คนประจำเรือมีจำนวนชั่วโมงการพักผ่อนเป็นไปตามมาตรา 62”⁵⁰

3.6 ปัญหาเกี่ยวกับสภาพการจ้างคนประจำเรือที่เป็นหญิง เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายกรณีเรื่องสิทธิในการลาของคนประจำเรือซึ่งเป็นหญิงมีครรภ์ตามมาตรา 63 แห่งพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 แล้วจะเห็นได้ว่าคนประจำเรือซึ่งเป็นหญิงมีครรภ์มีสิทธิลาเพื่อการคลอดและเลี้ยงดูบุตรครรภ์หนึ่ง ไม่เกินเก้าสิบวัน (วรรคหนึ่ง) และให้เจ้าของเรือจ่ายค่าจ้างในระหว่างที่คนประจำเรือลาเพื่อการคลอดและเลี้ยงดูบุตรตลอดระยะเวลาที่ลา แต่ไม่เกิน

⁴⁹ Standard A2.3 – Hours of work and hours of rest

5. The limits on hours of work or rest shall be as follows:

(a) maximum hours of work shall not exceed: (i) 14 hours in any 24-hour period; (ii) 72 hours in any seven-day period; or

(b) minimum hours of rest shall not be less than: (i) ten hours in any 24-hour period; (ii) 77 hours in any seven-day period.

⁵⁰ รายงานการประชุมคณะกรรมการแรงงานทางทะเล ตามพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ครั้งที่ 1/2563, กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน, (17 มกราคม 2563)

สี่สิบห้าวัน (วรรคสอง) แต่จากข้อเท็จจริงที่ลักษณะงานและสภาพของงานบนเรือเดินทะเลมีความเสี่ยงภัยทางทะเลสูง ทั้งที่มีคลื่นจัดลมแรงในระหว่างที่เรืออยู่กลางทะเลและมหาสมุทร และภัยธรรมชาติในระหว่างการเดินเรือ ดังเช่น เรือเผชิญกับพายุไต้ฝุ่นหรือเรือแล่นผ่านเขตพื้นที่อากาศที่หนาวจัดในแถบทะเลทางเหนือ หรือแล่นผ่านเขตพื้นที่อากาศที่ร้อนจัดในแถบตะวันออกกลาง รวมถึงการที่เรือผ่านเข้าไปในเขตพื้นที่เสี่ยงภัยจากโจรสลัด บริเวณอ่าวเอเดน เป็นต้น ซึ่งเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นได้โดยทั่วไปที่อาชีพคนประจำเรือจะต้องประสบ ซึ่งส่งผลทำให้เกิดความกลัวและสภาพจิตใจที่มีความกดดันสูงมาก จึงมีผลทำให้คนประจำเรือที่เป็นหญิงมีครรภ์ไม่ว่าจะกี่เดือนก็ตาม อาจไม่พร้อมที่จะเดินทางไปกับเรือในขณะที่เรือวิ่งกลางทะเลเพราะอาจเป็นอันตรายกับทั้งคนประจำเรือที่เป็นหญิงและเด็กในครรภ์ด้วย ดังนั้นการให้ความคุ้มครองคนประจำเรือที่เป็นหญิงที่ตั้งครรภ์และการดูแลสุขภาพปลอดภัยทั้งผู้เป็นแม่ และบุตร จึงเป็นเรื่องที่สำคัญอย่างยิ่ง จึงเห็นควรให้มีการปรับแก้บทบัญญัติตามมาตรา 63 แห่งพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ให้คนประจำเรือที่เป็นหญิง เมื่อตรวจพบว่ามีครรภ์ ก็สามารถลาพักงานได้จนกระทั่งถึงเวลาคลอดและมีเวลาเลี้ยงดูบุตรในระยะเวลาอันสมควร ซึ่งก็เป็นไปตามเจตนารมณ์ของอนุสัญญาแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2549 ตามมาตรฐาน A 2.4 (Standard A 2.4)⁵¹ ด้วย

3.7 ปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองคนประจำเรือเรื่องการส่งตัวกลับกรณีถูกโจรสลัดจับเป็นตัวประกัน เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมาย ตามมาตรา 66 (3) แห่งพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 แล้วจะเห็นได้ว่า คนประจำเรือมีสิทธิเดินทางกลับภูมิลำเนาหรือสถานที่อื่นตามที่ตกลงกัน โดยให้เจ้าของเรือจัดการหรือออกค่าใช้จ่ายใดๆ ระหว่างการเดินทาง ซึ่งก็พบว่ามีเนื้อหาที่ยังไม่ครอบคลุมหลักเกณฑ์การคุ้มครองคนประจำเรือ กรณีถูกโจรสลัดจับเป็นตัวประกัน ซึ่งอาจยังไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2549 ตามมาตรฐาน A 2.5.1 (c)⁵² โดยในกรณีที่เรือวิ่งเส้นทางจากเอเชียไปยุโรป จะต้องวิ่งผ่านพื้นที่เสี่ยงอันตรายบริเวณอ่าวเอเดน ใกล้กับประเทศโซมาเลียซึ่งเป็นพื้นที่ที่เสี่ยงต่อการถูกโจรสลัดปล้นยึดเรือ และจับคนประจำเรือไว้เป็นตัวประกันเพื่อเรียกค่าไถ่ ถ้ากรณีที่เจ้าของเรือไม่นำเงินมาไถ่ตัวคนประจำเรือเพื่อส่งกลับ

⁵¹ Standard A2.4 – Entitlement to leave

1. Each Member shall adopt laws and regulations determining the minimum standards for annual leave for seafarers serving on ships that fly its flag, taking proper account of the special needs of seafarers with respect to such leave.

⁵² Standard A 2.5.1 – Repatriation

1. Each Member shall ensure that seafarers on ships that fly its flag are entitled to repatriation in the following circumstances: (c) when the seafarers are no longer able to carry out their duties under their employment agreement or cannot be expected to carry them out in the specific circumstances.

ภูมิลำเนา คนประจำเรือก็อาจได้รับอันตรายจนถึงขั้นเสียชีวิตได้ ดังนั้นประเด็นการแก้ไขปัญหาคือ การทำให้คนประจำเรือได้รับความช่วยเหลือหรือไถ่ตัวออกมาแล้วส่งตัวกลับยังภูมิลำเนา ซึ่งความไม่ครอบคลุมของเนื้อหาตามพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ดังกล่าว มีผลทำให้เกิดข้อเสียในประการที่ทำให้คนประจำเรือที่ปฏิบัติงานบนเรือเดินทะเลที่วิ่งผ่านบริเวณพื้นที่ที่มีความเสี่ยงภัยจากการกระทำอันเป็นโจรสลัด โดยเมื่อคนประจำเรือถูกโจรสลัดจับเป็นตัวประกันแล้วอาจไม่ได้รับการไถ่ตัวจากบริษัทเจ้าของเรือ หรือถูกลอยแพโดยไม่ได้รับความช่วยเหลือจากหน่วยงานใด ๆ อันเป็นเหตุให้คนประจำเรือได้รับอันตรายแก่กายหรือเสียชีวิตได้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ควรที่จะให้เจ้าของเรือมีหลักประกันทางการเงินแก่คนประจำเรือของเรือที่วิ่งในพื้นที่เสี่ยงภัยจากโจรสลัดเพื่อเป็นหลักประกันว่าคนประจำเรือจะต้องได้รับการช่วยเหลือหรือไถ่ตัวและถูกส่งตัวกลับสู่ภูมิลำเนาของตนในกรณีที่เรือถูกปล้นโดยใช้อาวุธหรือจากการกระทำอันเป็นโจรสลัดโดยส่งผลให้คนประจำเรือถูกโจรสลัดจับเป็นตัวประกัน จึงเห็นควรให้มีการปรับปรุงบทบัญญัติในมาตรา 66 (3) แห่งพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ในประเด็นการให้ความคุ้มครองคนประจำเรือกรณีถูกโจรสลัดจับเป็นตัวประกันด้วย

3.8 ปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าของเรือ กรณีหลักประกันทางการเงินในระหว่างที่คนประจำเรือรักษาตัวอยู่ในโรงพยาบาล ณ ภูมิลำเนาของตน เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายตามมาตรา 81 (3) แห่งพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ตรงข้อความที่ว่า “เจ้าของเรือต้องรับผิดชอบต่อคนประจำเรือในค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล การแพทย์ การจัดหาอาหารที่จำเป็น เครื่องมือในการบำบัดโรค ค่าอาหาร และการเช่าที่พักอาศัยในสถานที่อื่นนอกเหนือจากภูมิลำเนาของคนประจำเรือ จนกว่าคนประจำเรือจะหายจากการเจ็บป่วยหรืออาการบาดเจ็บ หรือจนกว่าจะมีการวินิจฉัยว่าการทุพพลภาพนั้นมีลักษณะถาวรจนไม่สามารถทำงานได้อีกตามที่เจ้าของเรือกับคนประจำเรือได้ตกลงกัน ทั้งนี้ไม่น้อยกว่าสิบหกสัปดาห์นับแต่วันที่ได้รับบาดเจ็บหรือเริ่มเจ็บป่วย จนกว่าคนประจำเรือจะได้รับการส่งตัวกลับ” ถึงแม้ว่าจะมีความสอดคล้องกับอนุสัญญาแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2549 แล้วก็ตาม แต่ก็ยังมีความคลุมเครือที่อาจทำให้คนประจำเรือไม่ได้รับการคุ้มครองหลักประกันทางการเงินในกรณีที่คนประจำเรือเกิดอุบัติเหตุได้รับบาดเจ็บสาหัสจนถึงทุพพลภาพ ดังเช่น ในกรณีที่คนประจำเรือถูกส่งตัวไปทำงานบนเรือต่างประเทศโดยบริษัทจัดหางานในประเทศไทยแล้วเกิดอุบัติเหตุได้รับบาดเจ็บสาหัสบนเรือและเข้ารับการรักษาตัวอยู่ในโรงพยาบาลในต่างประเทศจนกระทั่งคนประจำเรือเริ่มมีอาการดีขึ้นก็จะได้รับการส่งตัวกลับมารักษาต่อที่ภูมิลำเนาของตนในประเทศไทยซึ่งเป็นช่วงเวลาที่หมดสัญญาจ้างแล้วแต่ยังจำเป็นต้องได้รับการรักษาตัวต่อไปอีก ซึ่งคนประจำเรือจำเป็นต้องได้รับความคุ้มครองหลักประกันทางการเงินเพื่อ

การดำรงชีพในระหว่างการรักษาตัวอย่างต่อเนื่องและค่ารักษาพยาบาลจนกว่าจะหายจากอาการบาดเจ็บอย่างถาวร เพราะหากบทบัญญัติของกฎหมาย ตามมาตรา 81 (3) แห่งพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ยังไม่มีความชัดเจนอาจส่งผลกระทบต่อคนประจำเรือที่จะไม่ได้รับเงินดูแลเยียวยารักษาให้หายขาดได้อย่างถาวรหรือได้รับเงินจากเจ้าของเรือที่ล่าช้าเกินไปจนไม่ทันต่อการรักษาพยาบาลด้วยการผ่าตัดอย่างต่อเนื่องได้ จึงเห็นควรที่จะมีการระบุหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในเรื่องดังกล่าวไว้ในบทบัญญัติของมาตรา 81 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว เพื่อให้สอดคล้องตามข้อกำหนดในมาตรฐาน A 4.2 (Standard A 4.2)⁵³ ของอนุสัญญาแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2549 ด้วย

อย่างไรก็ตาม กรณีที่อนุสัญญาแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2549 กำหนดให้เจ้าของเรือต้องรับผิดชอบจ่ายค่าจ้างเต็มจำนวนตลอดระยะเวลาที่คนประจำเรือซึ่งเจ็บป่วยหรือบาดเจ็บจนไม่สามารถทำงานได้แล้วยังคงพักอยู่บนเรือ หรือจนกว่าคนประจำเรือจะได้รับการส่งตัวกลับ และจ่ายค่าจ้างทั้งหมดหรือบางส่วนตามกฎหมายภายในประเทศหรือข้อตกลงร่วมกันนับแต่เวลาที่คนประจำเรือถูกส่งตัวกลับหรือส่งขึ้นฝั่งจนกระทั่งหายเป็นปกติ โดยในกรณีที่คนประจำเรือไม่ได้อยู่บนเรืออีกต่อไปสามารถจำกัดความรับผิดชอบสำหรับค่าจ้างดังกล่าวได้ แต่ต้องเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่า 16 สัปดาห์นับแต่วันที่ได้รับบาดเจ็บหรือวันที่เริ่มเจ็บป่วย ซึ่งเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 แล้วจะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ไม่ได้ระบุหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวไว้แต่อย่างใด⁵⁴

3.9 ปัญหาเกี่ยวกับการแสวงหาสาเหตุการตายของคนประจำเรือ เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมาย ตามมาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 แล้วจะเห็นได้ว่า ในกรณีที่เกิดภัยพิบัติทางทะเลอย่างร้ายแรงจนทำให้คนประจำเรือได้รับบาดเจ็บ หรือเสียชีวิต ให้เจ้าของเรือหรือนายเรือรายงานต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ในทันทีที่ทราบ ถึงแม้ว่าหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะเป็นไปในทิศทางเดียวกันกับอนุสัญญาแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2549 แล้วก็ตาม แต่การที่คนประจำเรือทำงานบนเรือในสภาพแวดล้อมที่เสี่ยงอันตราย ทั้งจากภัยธรรมชาติ และอุบัติเหตุจาก

⁵³ Standard A4.2 – Shipowners' liability

3. Where the sickness or injury results in incapacity for work the shipowner shall be liable:

(a) to pay full wages as long as the sick or injured seafarers remain on board or until the seafarers have been repatriated in accordance with this Convention; and

(b) to pay wages in whole or in part as prescribed by national laws or regulations or as provided for in collective agreements from the time when the seafarers are repatriated or landed until their recovery or, if earlier, until they are entitled to cash benefits under the legislation of the Member concerned.

⁵⁴ พิไลพร เตือนวีระเดช. วิเคราะห์พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558 ; หน้า 80.

การทำงานหรือโรคร้ายไข้เจ็บจากการแพร่ระบาดของโรคติดต่อในประเทศต่างๆ ทำให้คนประจำเรือมีความเสี่ยงต่ออันตรายที่จะเกิดขึ้นกับร่างกายหรือถึงขั้นเสียชีวิตบนเรือได้หลายกรณี โดยมีบางกรณีที่คนประจำเรือเสียชีวิตบนเรือโดยไม่ทราบสาเหตุอย่างชัดเจน โดยเฉพาะการสูญหายไปในช่วงที่เรืออยู่กลางทะเลโดยสันนิษฐานว่าตกทะเลและในบางครั้งการเสียชีวิตบนเรือก็มีข้อสงสัยว่าอาจเกิดจากการฆาตกรรมที่เกิดขึ้นบนเรือก็เป็นได้ รวมถึงการเสียชีวิตจากโรคร้ายไข้เจ็บในช่วงที่เรือเดินทางอยู่กลางทะเลด้วย ดังนั้นหากบทบัญญัติตามมาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ได้กำหนดให้เจ้าของเรือหรือนายเรือมีการรายงานต่อพนักงานเจ้าหน้าที่โดยทันที ไว้เพียงกรณีที่เกิตร้ายพิบัติทางทะเลอย่างร้ายแรงจนทำให้คนประจำเรือได้รับบาดเจ็บหรือเสียชีวิตเท่านั้น แต่ยังมีได้ระบุว่าหากเกิดจากการเสียชีวิตขึ้นบนเรือในกรณีอื่นๆ ไปด้วยแล้ว อาจทำให้เจ้าของเรือหรือนายเรือเพิกเฉยต่อการรายงานดังกล่าวได้ ก็จะทำให้การตรวจสอบพิสูจน์หลักฐานเกิดความไม่ชัดเจนถึงสาเหตุการเสียชีวิตที่แท้จริงกับคนประจำเรือได้และไม่เป็นธรรมกับญาติของผู้เสียชีวิต ซึ่งอาจไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของอนุสัญญาแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2549 ตามมาตรฐาน A 4.3 (Standard A 4.3)⁵⁵ และตามข้อบังคับ 5.1.6 (Regulation 5.1.6)⁵⁶ ความเสียหายอันเนื่องมาจากภัยพิบัติทางทะเล

3.10 ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิการรวมตัว การชุมนุม เพื่อเรียกร้องสิทธิ ของคนประจำเรือ เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในหมวด 12 สิทธิการรวมตัวและการเจรจาต่อรอง ตามมาตรา 90 ถึงมาตรา 94 แห่งพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 แล้วจะเห็นได้ว่า คนประจำเรือมีสิทธิรวมตัวกัน เพื่อเจรจาต่อรองหรือเรียกร้องให้ได้มา ซึ่งสิทธิหรือประโยชน์เกี่ยวกับสภาพการจ้าง และสภาพการทำงาน โดยที่คนประจำเรือมีสิทธิรวมตัวกันนั้น เป็นหลักเกณฑ์ที่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของอนุสัญญาแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2549 มาตรา 3 Article 3 (a)⁵⁷ แต่ในทางปฏิบัติเมื่อผู้เขียนพิจารณาบทบัญญัติ ตามมาตรา 94 (วรรคหนึ่ง) แห่งพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 แล้ว

⁵⁵ Standard A 4.3 – Health and safety protection and accident prevention

(d) requirements for inspecting, reporting and correcting unsafe conditions and for investigating and reporting on-board occupational accidents.

⁵⁶ Regulation 5.1.6 – Marine casualties

1. Each Member shall hold an official inquiry into any serious marine casualty, leading to injury or loss of life, that involves a ship that flies its flag. The final report of an inquiry shall normally be made public.

⁵⁷ Article 3 of Maritime Labour Convention 2006

Each Member shall satisfy itself that the provisions of its law and regulations respect, in the context of this Convention, the fundamental rights to:

(a) freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining;

จะเห็นได้ว่า การห้ามเจ้าของเรือเล็กจ้างหรือกระทำการใดๆ อันเป็นผลให้คนประจำเรือไม่สามารถทำงานอยู่ต่อไปได้เพราะเหตุที่คนประจำเรือกระทำการ หรือกำลังจะกระทำการตามมาตรา 90 และมาตรา 91 หรือได้กระทำการหรือกำลังจะกระทำการชุมนุม ทำคำร้อง ยื่นข้อเรียกร้อง....นั้น” อาจมีนัยยะเป็นการอนุญาตให้คนประจำเรือสามารถกระทำการชุมนุมเรียกร้องสิทธิเหมือนพนักงานบนบกที่หยุดงานปิดโรงงานได้ ซึ่งเป็นการกระทำที่ผิดแผกแตกต่างจากวัฒนธรรมและจารีตประเพณีในการเดินเรือ เพราะถ้าคนประจำเรือหยุดงานและทำการชุมนุมเพื่อขอเจรจาต่อรองกับเจ้าของเรือผ่านนายเรือหรือเรียกร้องให้ได้มาซึ่งสิทธิประโยชน์เกี่ยวกับสภาพการจ้าง และสภาพการทำงาน ในระหว่างที่เรือเดินทางอยู่กลางทะเลก็อาจจะมีผลทำให้การเดินเรืออาจหยุดชะงักลงได้ โดยเฉพาะเรื่องความปลอดภัยของเรือและชีวิตคนประจำเรือ ที่อยู่ในสภาพแวดล้อมที่มีความเสี่ยงภัยทางทะเลสูงอยู่แล้ว

3.11 ปัญหาเกี่ยวกับประเด็นความรุนแรงของโทษทางอาญาที่มีต่อคนประจำเรือ เมื่อพิจารณาบทกำหนดโทษที่ปรากฏอยู่ในหมวด 15 แห่งพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ได้กำหนดโทษทางอาญาถึงขั้นจำคุกกับคนประจำเรือที่ไม่มาชี้แจงข้อเท็จจริงหรือไม่ส่งสิ่งของหรือไม่ส่งมอบเอกสารตามที่พนักงานเจ้าหน้าที่มีหนังสือสอบถามหรือเรียกตัวตามมาตรา 95 (2) หรือคนประจำเรือที่ไม่ปฏิบัติให้ถูกต้อง กรณีพนักงานเจ้าหน้าที่มีคำสั่งเป็นหนังสือตามมาตรา 95 (3) นั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าเป็นบทกำหนดโทษที่รุนแรงเกินควร เพราะเมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่มีคำสั่งเป็นหนังสือไปยังเจ้าของเรือแล้ว ถ้าคนประจำเรือฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติมาตรา 95 (2) และมาตรา 95 (3) พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจออกคำสั่งกักเรือได้อยู่แล้ว ซึ่งถือเป็นโทษที่รุนแรงแก่เจ้าของเรือจนมีผลทำให้คนประจำเรือต้องได้รับโทษที่รุนแรง ถึงขั้นถูกให้ขึ้นจากเรือและเจ้าของเรือจะไม่ทำสัญญาจ้างให้ลงเรืออีกต่อไป อีกทั้งคนประจำเรือเป็นเพียงลูกจ้างที่ต้องทำตามคำสั่งของเจ้าของเรืออยู่แล้วและเป็นผู้ปฏิบัติงานบนเรือตามสัญญาจ้างที่มีกำหนดระยะเวลาตามที่ตกลงกันเท่านั้น ดังนั้นการที่กฎหมายกำหนดให้คนประจำเรือต้องระวางโทษถึงขั้นจำคุกจากโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติฉบับนี้นั้น ถือว่าเป็นโทษที่รุนแรงกับคนประจำเรือและอาจไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของอนุสัญญาแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2549 ตามมาตรฐาน A5.1.4 (Standard A 5.1.4)⁵⁸ การตรวจและการบังคับใช้กฎหมาย ที่มีเจตนามุ่งให้ความคุ้มครองคนประจำเรือเนื่องจากเป็นผู้ปฏิบัติงานคนสำคัญที่ต้องเผชิญกับอันตรายทางทะเลรอบด้านอยู่แล้วด้วย

⁵⁸ Standard A 5.1.4 – Inspection and enforcement

6. Adequate rules shall be provided and effectively enforced by each Member in order to guarantee that inspectors have the status and conditions of service to ensure that they are independent of changes of government and of improper external influences.

4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

4.1 บทสรุป

จากผลการศึกษาวិจัยพบว่าบทบัญญัติในบางมาตรา ของพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ได้ส่งผลกระทบต่อคนประจำเรือและการบังคับใช้กฎหมายด้วย จึงเห็นสมควรที่รัฐจะมีการปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว โดยเฉพาะบทบัญญัติของมาตรา 4 ที่เห็นสมควรว่าควรแก้ไขอย่างเร่งด่วนเพื่อที่จะทำให้คนประจำเรือได้รับสิทธิและสวัสดิการตามกฎหมายประกันสังคมและกฎหมายว่าด้วยเงินทดแทนกลับคืนมาดังเดิม หรือเรื่องการให้ความคุ้มครองคนประจำเรือที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ทำงานในเวลากลางคืนตามบทบัญญัติของ มาตรา 16 โดยเสนอแนะให้มีการระบุความหมายของการทำงานเวลากลางคืนให้ชัดเจนเพื่อให้เป็นไปตามมาตรฐานเดียวกันด้วย อีกทั้งประเด็นการคุ้มครองนายเรือ กรณีการใช้อำนาจเด็ดขาด (Overriding Authority) ที่ควรระบุเพิ่มไว้ในบทบัญญัติ มาตรา 43 เพื่อทำให้นายเรือกล้าตัดสินใจใช้อำนาจของตนโดยคำนึงถึงความปลอดภัยของเรือและชีวิตคนประจำเรือรวมถึงผู้โดยสารเป็นสำคัญ ส่วนการอนุวัติการของกฎหมายให้เป็นไปตามอนุสัญญาแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2549 ในประเด็นของเวลาการทำงานและเวลาพักผ่อนตามมาตรา 59 และมาตรา 62 ได้มีการเสนอแก้ไขบทบัญญัติในมาตราดังกล่าวเพื่อทำให้เกิดความยืดหยุ่นและสามารถปฏิบัติได้ทั้งกับเรือสินค้าทั่วไปและเรือสนับสนุนกิจการปิโตรเลียม นอกชายฝั่งด้วย และผู้เขียนยังได้เสนอให้แก้ไขประเด็นความคุ้มครองคนประจำเรือที่เป็นหญิงที่มีครรภ์มีสิทธิลาเพื่อการคลอดและเลี้ยงดูบุตรได้ในระยะเวลาที่เหมาะสมในมาตรา 63 ด้วย รวมทั้งเสนอแก้ไขในประเด็นการคุ้มครองคนประจำเรือ กรณีถูกโจรสลัดจับเป็นตัวประกัน ให้ได้รับการไต่สวนเพื่อส่งกลับภูมิลำเนาในมาตรา 66 และยังได้นำเสนอแก้ไขประเด็นเรื่องความรับผิดชอบของเจ้าของเรือ เพื่อให้คนประจำเรือมีหลักประกันทางการเงินในระหว่างที่คนประจำเรือรักษาตัวอยู่ในโรงพยาบาล ณ ภูมิลำเนาของตนตามมาตรา 81 (3) โดยให้มีบทบัญญัติในเรื่องนี้อย่างชัดเจน รวมถึงประเด็นการแสวงหาสาเหตุการตายของคนประจำเรือ ตามมาตรา 85 ที่ควรแก้ไขโดยระบุให้เจ้าของเรือหรือนายเรือมีการรายงานต่อพนักงานเจ้าหน้าที่โดยทันที ไว้ในกรณีเกิดการเสียชีวิตขึ้นบนเรือในกรณีอื่นๆ ที่นอกเหนือไปจากการเสียชีวิตที่เกิดจากภัยพิบัติทางทะเลอย่างร้ายแรงด้วย นอกจากนี้ การที่ผู้เขียนเสนอแก้ไขบทบัญญัติในประเด็นเรื่องสิทธิการรวมตัว การชุมนุม เพื่อเรียกร้องสิทธิของคนประจำเรือตามมาตรา 94 นั้นก็เพื่อให้คนประจำเรือสามารถทำการชุมนุมขอเจรจาต่อรองกับเจ้าของเรือผ่านนายเรือได้ในเวลาและสถานที่ที่เหมาะสมไม่กระทบต่อความปลอดภัยในการเดินเรือ และประเพณีปฏิบัติของการเป็นชาวเรือที่ดี ส่วนประเด็นสุดท้ายผู้เขียนเห็นว่าความรุนแรงของโทษทางอาญาที่มีต่อคนประจำเรือที่ปรากฏอยู่ในหมวด 15 บทกำหนดโทษนั้นควรมีการแก้ไขบทบัญญัติ

ของมาตรา 95 (2) และมาตรา 95 (3) และมาตรา 122 วรรคแรกเพราะเป็นบทกำหนดโทษที่คนประจำเรือต้องระวางโทษถึงขั้นจำคุกจากโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติฉบับนี้นั้นถือว่าเป็นโทษที่รุนแรงและอาจไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2549 ด้วย

4.2 ข้อเสนอแนะ

ตามที่ได้ผู้เขียนได้สรุปปัญหาและข้อพิจารณาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากการศึกษาวิจัยดังที่กล่าวถึงข้างต้น และในฐานะที่ผู้เขียนเคยมีประสบการณ์ในการปฏิบัติหน้าที่เป็นนายเรือหรือกัปตันเรือของเรือสินค้าที่วิ่งระหว่างประเทศและเคยเป็นกรรมการผู้แทนฝ่ายคนประจำเรือในคณะกรรมการแรงงานทางทะเล ซึ่งมีหน้าที่ในการดูแลคนประจำเรือให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

4.2.1 การแก้ไขกฎหมายแรงงานทางทะเลเพื่อรักษาสีทธิประโยชน์และสวัสดิการของคนประจำเรือ

ประการแรก เห็นควรให้มีการแก้ไขบทบัญญัติตามมาตรา 4 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ด้วยการตัดข้อความในบทบัญญัติตามมาตรา 4 วรรคหนึ่ง จากเดิมที่ว่า “การจ้างงานระหว่างเจ้าของเรือกับคนประจำเรือตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่อยู่ภายใต้บังคับกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน กฎหมายว่าด้วยความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน กฎหมายว่าด้วยการประกันสังคม และกฎหมายว่าด้วยเงินทดแทน” เป็นว่า “การจ้างงานระหว่างเจ้าของเรือกับคนประจำเรือตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่อยู่ภายใต้บังคับกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน กฎหมายว่าด้วยความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน” เพื่อให้คนประจำเรือได้กลับเข้าสู่ระบบประกันสังคมและกองทุนเงินทดแทนดังเดิม ซึ่งจะ使人ประจำเรือได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการตามกฎหมายประกันสังคม อีกทั้งยังเป็นการยกระดับมาตรฐานการคุ้มครองคนประจำเรือที่สูงขึ้นและสร้างโอกาสการเข้าถึงสวัสดิการภาครัฐทัดเทียมกับลูกจ้างทั่วไปบนบก สมดังเจตนารมณ์ของอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2549 ด้วย

ประการที่สอง ตามที่ได้เสนอแนะในประการที่หนึ่งข้างต้น ผู้เขียนเห็นควรให้ดำเนินการแก้ไขบทบัญญัติของมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 โดยให้นำเอากฎหมายกองทุนเงินทดแทนมาใช้บังคับกับคนประจำเรือ ด้วยการตัดข้อความในบทบัญญัติตามมาตรา 4 วรรคหนึ่ง ดังที่ผู้เขียนได้เสนอแนะในประการที่หนึ่งไปแล้วนั้น เพื่อให้คนประจำเรือที่เกิดอุบัติเหตุจากการทำงานบนเรือและได้รับบาดเจ็บสาหัสจนถึงทุพพลภาพหรือเสียชีวิตสามารถ

เรียกร้องเงินชดเชยจากกองทุนเงินทดแทนได้ นอกเหนือจากการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากบริษัทประกัน พีแอนด์ไอคลับ (P & I Club) ที่เจ้าของเรือได้ทำประกันไว้ด้วย เนื่องจากเงื่อนไขการจ่ายเงินและสิทธิประโยชน์ที่ภาครัฐจัดให้กับคนประจำเรือจากระบบกองทุนเงินทดแทนให้ความดูแลและการคุ้มครองที่ดีกว่าระบบประกันที่จัดโดยเจ้าของเรือ อีกทั้งยังเป็นสิทธิประโยชน์ซึ่งเดิมคนประจำเรือเคยได้รับอยู่ก่อนที่พระราชบัญญัติฉบับนี้จะมีผลใช้บังคับด้วย เพื่อให้คนประจำเรือได้รับการชดเชยเยียวยา จากจำนวนเงินที่เหมาะสมและเพียงพอต่อการดำรงชีพได้ในยามพิการจนไม่สามารถประกอบอาชีพได้

4.2.2 การแก้ไขกฎหมายเพื่อควบคุมสภาพการจ้างและการเสริมสร้างสภาพการทำงานที่ปลอดภัย

ประการแรก เห็นควรให้มีการแก้ไข บทบัญญัติในมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ให้มีความชัดเจนเพื่อให้ผู้ใช้กฎหมายสามารถทำความเข้าใจเนื้อหาได้อย่างถูกต้องและสามารถนำไปปฏิบัติได้อย่างเป็นบรรทัดฐานเดียวกัน ด้วยการแยกความหมายของคำว่า “การทำงานในเวลากลางคืน” ไปอยู่ในวรรคสอง จากบทบัญญัติเดิมที่ว่า “ห้ามเจ้าของเรือให้คนประจำเรือซึ่งอายุต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์ทำงานในเวลากลางคืน เว้นแต่เป็นการฝึกอบรมที่ได้มีการวางแผนไว้ล่วงหน้า หรือเป็นการฝึกอบรมตามตำแหน่งหน้าที่ ที่คนประจำเรือต้องทำในช่วงเวลาดังกล่าวซึ่งต้องไม่ส่งผลร้ายต่อสุขภาพ และความเป็นอยู่ที่ดีของคนประจำเรือ โดยได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงานหรือผู้ซึ่งอธิบดีกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงานมอบหมาย ทั้งนี้การทำงานเวลากลางคืนต้องมีระยะเวลาอย่างน้อยเก้าชั่วโมง โดยเริ่มต้นก่อนเที่ยงคืน และสิ้นสุดหลังจากเวลาห้านาฬิกาเป็นต้นไป” เป็นว่า “ห้ามเจ้าของเรือให้คนประจำเรือซึ่งอายุต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์ทำงานในเวลากลางคืน เว้นแต่เป็นการฝึกอบรมที่ได้มีการวางแผนไว้ล่วงหน้าหรือเป็นการฝึกอบรมตามตำแหน่งหน้าที่ ที่คนประจำเรือต้องทำในช่วงเวลาดังกล่าวซึ่งต้องไม่ส่งผลร้ายต่อสุขภาพ และความเป็นอยู่ที่ดีของคนประจำเรือ โดยได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงานหรือผู้ซึ่งอธิบดีกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงานมอบหมาย” (วรรคหนึ่ง) “การทำงานเวลากลางคืนหมายถึง การทำงานที่มีระยะเวลาอย่างน้อยเก้าชั่วโมง โดยเริ่มต้นก่อนเที่ยงคืน และสิ้นสุดหลังจากเวลาห้านาฬิกาเป็นต้นไป” (วรรคสอง) หรือปรับบทบัญญัติในวรรคสองเป็นว่า “การทำงานเวลากลางคืนหมายถึงการทำงานตั้งแต่เวลา 21.00 นาฬิกา ถึง 06.00 นาฬิกา” หรือใส่เพิ่มนิยามคำว่า “การทำงานเวลากลางคืนหมายถึงการทำงานตั้งแต่เวลา 21.00 นาฬิกา ถึง 06.00 นาฬิกา” ไว้ในมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558

ประการที่สอง เห็นควรให้มีการเพิ่มเติมเนื้อหาในบทบัญญัติตามมาตรา 43 วรรคสอง (16) แห่งพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ด้วยการเพิ่มรายละเอียดเกี่ยวกับรายการในข้อตกลงการจ้างงานของคนประจำเรือ ที่ให้เงื่อนไขการใช้อำนาจเด็ดขาด (Overriding Authority) แก่นายเรือเพื่อให้นายเรือตระหนักถึงการใช้อำนาจในการสั่งการให้เกิดความปลอดภัยกับเรือผู้โดยสาร และคนประจำเรือโดยไม่ต้องกลัวถูกกลโกงด้วยการถูกลักจ้างจากเจ้าของเรือ ด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมดังนี้

มาตรา 43 วรรคแรก “เจ้าของเรือต้องจัดให้มีข้อตกลงการจ้างงานของคนประจำเรือเป็นหนังสือพร้อมลายมือชื่อของเจ้าของเรือและคนประจำเรือ โดยจัดทำเป็นคู่ฉบับจัดเก็บไว้บนเรือหนึ่งฉบับ และอีกฉบับหนึ่งให้คนประจำเรือเก็บไว้ พร้อมทั้งจะให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจสอบได้”

มาตรา 43 วรรคสอง “ข้อตกลงการจ้างงานของคนประจำเรือตามวรรคหนึ่งอย่างน้อยต้องมีรายละเอียดเกี่ยวกับรายการดังต่อไปนี้

....

(16) ข้อตกลงที่ได้มาจากการร่วมเจรจาต่อรองและเงื่อนไขการให้อำนาจเด็ดขาดแก่นายเรือที่พึงเป็นไปตามกฎหมายหรือประเพณีปฏิบัติในการเดินทะเลอันเป็นที่ยอมรับ”

ประการที่สาม ประเด็นการแก้ไขปัญหากับการอนุวัติการของกฎหมายให้เป็นไปตามอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2549 นั้น ผู้เขียนเห็นควรให้มีการแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ด้วยการนำมาตรา 58 เรื่องเวลาการทำงานของคนประจำเรือ และมาตรา 62 เรื่องจำนวนชั่วโมงการพักผ่อนของคนประจำเรือ มาบัญญัติเชื่อมต่อกันโดยใช้คำว่า “หรือ” ซึ่งจากบทบัญญัติของทั้งสองมาตราให้บัญญัติเชื่อมต่อกันเป็นว่า “เจ้าของเรืออาจให้คนประจำเรือทำงานล่วงเวลาได้เท่าที่จำเป็น แต่เมื่อรวมกับระยะเวลาการทำงานปกติตามมาตรา 58 แล้วต้องไม่เกินวันละสิบสี่ชั่วโมงในรอบยี่สิบสี่ชั่วโมง และไม่เกินเจ็ดสิบสองชั่วโมงในรอบเจ็ดวัน หรือเจ้าของเรือต้องจัดให้คนประจำเรือมีชั่วโมงการพักผ่อนไม่น้อยกว่าสิบชั่วโมงในรอบยี่สิบสี่ชั่วโมง และไม่น้อยกว่าเจ็ดสิบเจ็ดชั่วโมงในรอบเจ็ดวัน” ก็จะทำให้เรือทุกประเภทที่มีการจัดระบบเวลาการทำงานที่แตกต่างกัน สามารถปฏิบัติตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติดังกล่าว ได้สอดคล้องกับอนุสัญญาดังกล่าว อีกทั้งยังเป็นการแก้ปัญหาให้กับเรือสนับสนุนในกิจการปิโตรเลียมนอกชายฝั่งทะเลที่มีขนาด 500 ตันกรอสขึ้นไป ที่จดทะเบียนเป็นเรือเดินทะเลวิ่งใกล้ฝั่งหรือวิ่งระหว่างประเทศและขอใบรับรองด้านแรงงานทางทะเลด้วย อีกทั้งยังทำให้เกิดความยืดหยุ่นในการปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมายและมีความคล่องตัวในการบริหารจัดการเวลาทำงาน

ของคนประจำเรือในเรือสินค้าทั่วไปที่มีการเข้าเวรยามสี่ชั่วโมงพักแปดชั่วโมงจำนวน 3 กะในรอบยี่สิบสี่ชั่วโมง และเรือสนับสนุนกิจการปิโตรเลียมนอกชายฝั่งหรือเรืออื่น ๆ ที่มีระบบเวลาการทำงานเข้าเวรยามหกชั่วโมงพักหกชั่วโมง จำนวน 2 กะในรอบยี่สิบสี่ชั่วโมงได้ด้วย

ประการที่สี่ ประเด็นการแก้ไขปัญหเกี่ยวกับสภาพการจ้างคนประจำเรือซึ่งเป็นหญิงกรณีเรือสิทธิในการลาของคนประจำเรือซึ่งเป็นหญิงมีครรภ์ ผู้เขียนเห็นควรให้มีการแก้ไขเนื้อหาในบทบัญญัติตามมาตรา 63 (วรรคหนึ่ง) แห่งพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 จากเดิมที่ว่า “คนประจำเรือซึ่งเป็นหญิงมีครรภ์มีสิทธิลาเพื่อการคลอดและเลี้ยงดูบุตรครรภ์หนึ่งไม่เกินเก้าสิบวัน” เป็นว่า “คนประจำเรือซึ่งเป็นหญิงมีครรภ์มีสิทธิลาเพื่อการคลอดบุตรครรภ์หนึ่งได้นับแต่ทราบหรือตรวจพบว่ามีครรภ์ และมีสิทธิลาเพื่อการเลี้ยงดูบุตรได้ไม่เกินเก้าสิบวันนับแต่วันที่คลอดบุตร ทั้งนี้ ให้เจ้าของเรือจ่ายค่าจ้างแก่คนประจำเรือที่ลาเพื่อการคลอดและเลี้ยงดูบุตรในอัตราอย่างน้อยหนึ่งในสามของค่าจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน”

การกำหนดให้คนประจำเรือซึ่งเป็นหญิงมีครรภ์มีสิทธิลาเพื่อการคลอดนับแต่ทราบหรือตรวจพบว่ามีครรภ์ตามที่ผู้เขียนเสนอแนะข้างต้นนั้นก็เพื่อความปลอดภัยของผู้เป็นแม่และเด็กในครรภ์ เนื่องจากระหว่างที่เรือเดินทางออกสู่ทะเลบางครั้งเรืออาจต้องเผชิญกับคลื่นจัด ลมแรง และเสี่ยงต่อภัยธรรมชาติอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ รวมถึงแรงกดดันและความเครียดในการทำงานที่ต้องอยู่ห่างจากครอบครัวเป็นเวลานานๆ อาจเป็นอันตรายกับเด็กในครรภ์ได้ และการกำหนดให้คนประจำเรือดังกล่าวมีสิทธิลาเพื่อการเลี้ยงดูบุตรต่อเนื่องได้ภายหลังจากวันที่คลอดบุตรนั้นก็เกินไปเพื่อประโยชน์ของการให้มนุษย์ซึ่งเป็นสิ่งจำเป็นต่อพัฒนาการของทารกให้เป็นเด็กที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงและได้รับความอบอุ่นจากมารดาซึ่งเป็นผู้ให้กำเนิด ทั้งนี้ การได้รับเงินเดือนอาจต้องลดทอนลงเพื่อมิให้เป็นภาระแก่เจ้าของเรือเกินสมควร มิฉะนั้นอาจส่งผลให้เจ้าของเรือเลิกจ้างหรือไม่รับคนประจำเรือเพศหญิงเข้าปฏิบัติงานทางทะเลเลยเสียก็เป็นได้

กล่าวอีกนัยหนึ่ง การแก้ไขบทบัญญัติ มาตรา 63 ดังกล่าว จะทำให้คนประจำเรือที่เป็นหญิงมีขวัญและกำลังใจในการทำงาน รวมถึงส่งเสริมให้งานคนประจำเรือเป็นอาชีพที่มีคุณค่า (Decent Careers) ซึ่งสอดคล้องและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2549 ด้วย

ประการที่ห้า ประเด็นการแก้ไขปัญหเกี่ยวกับบทบัญญัติเรื่องการส่งตัวกลับที่ยังไม่ครอบคลุมการคุ้มครองคนประจำเรือ กรณีถูกโจรสลัดจับเป็นตัวประกัน ผู้เขียนเห็นควรให้มีการเพิ่มเติมเนื้อหาส่วนนี้ในบทบัญญัติตามมาตรา 66 (3) แห่งพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ.

2558 จากเดิมที่ว่า มาตรา 66 “คนประจำเรือมีสิทธิเดินทางกลับภูมิลำเนาหรือสถานที่อื่นตามที่ตกลงกันโดยให้เจ้าของเรือจัดการหรือออกค่าใช้จ่ายใดๆ ระหว่างการเดินทาง ในกรณีดังต่อไปนี้

(3) เมื่อมีเหตุดังต่อไปนี้เกิดขึ้น

....

(จ) กรณีอื่นตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด”

เป็นว่า มาตรา 66 “คนประจำเรือมีสิทธิเดินทางกลับภูมิลำเนาหรือสถานที่อื่นตามที่ตกลงกันโดยให้เจ้าของเรือจัดการหรือออกค่าใช้จ่ายใดๆ ระหว่างการเดินทาง ในกรณีดังต่อไปนี้

(3) เมื่อมีเหตุดังต่อไปนี้เกิดขึ้น

....

(จ) เมื่อเรือถูกยึดและคนประจำเรือถูกจับเป็นตัวประกันจากการกระทำอันเป็นโจรสลัด

(ข) กรณีอื่นตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด”

ข้อเสนอแนะตามที่ขีดเส้นใต้ขึ้นมาก็เพื่อเป็นหลักประกันว่าคนประจำเรือจะได้รับการช่วยเหลือหรือได้รับการไถ่ตัวจากเจ้าของเรือและถูกส่งตัวกลับสู่ภูมิลำเนาของตนกรณีเรือถูกปล้นโดยใช้อาวุธหรือจากการกระทำอันเป็นโจรสลัด

ประการที่หก ประเด็นการแก้ไขปัญหาลักษณะเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าของเรือ กรณีหลักประกันทางการเงินในระหว่างที่คนประจำเรือรักษาตัวอยู่ในโรงพยาบาล ณ ภูมิลำเนาของคนประจำเรือนั้น ผู้เขียนเห็นควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 81 (3) แห่งพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ให้มีความชัดเจนเพื่อให้คนประจำเรือมีหลักประกันทางการเงินที่แน่นอน ด้วยการบัญญัติเพิ่มเติมบทบัญญัติตอนท้ายประโยคของมาตรา 81 (3) ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล ว่า “ทั้งนี้เจ้าของเรือต้องจัดให้มีหลักประกันทางการเงินแก่คนประจำเรือที่อยู่ระหว่างการรักษาตัวต่อที่ภูมิลำเนาของตนด้วย” เพื่อให้คนประจำเรือเกิดความมั่นใจได้ว่าจะไม่ถูกทอดทิ้ง ในกรณีที่คนประจำเรือเกิดอุบัติเหตุได้รับบาดเจ็บสาหัสบนเรือต่างชาติที่มีบริษัทบริหารเรือและเจ้าของเรืออยู่คนละประเทศกัน โดยที่คนประจำเรือได้ทำสัญญาจ้างกับบริษัทจัดหางานที่จดทะเบียนในประเทศไทย แล้วถูกส่งตัวกลับมารักษาตัวต่อที่ภูมิลำเนาของตนในประเทศไทยซึ่งเป็นช่วงเวลาที่หมดสัญญาจ้างแล้ว แต่ยังจำเป็นต้องได้รับการรักษาตัวอย่างต่อเนื่องไปอีกจนกว่าจะหายเป็นปกติด้วย

ประการที่เจ็ด ประเด็นการแก้ไขปัญหาลักษณะเกี่ยวกับการแสวงหาสาเหตุการตายของ คนประจำเรือ ผู้เขียนเห็นควรให้มีการแก้ไขบทบัญญัติ มาตรา 85 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติ แรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 จากเดิมที่ว่า “ในกรณีที่เกิดภัยพิบัติทางทะเลอย่างร้ายแรงจนทำให้ คนประจำเรือได้รับบาดเจ็บ หรือเสียชีวิต ให้เจ้าของเรือหรือนายเรือรายงานต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ในทันทีที่ทราบ” เป็นว่า “ในกรณีที่เกิดภัยพิบัติทางทะเลอย่างร้ายแรงหรือกรณีจากสาเหตุอื่น ๆ ที่ ทำให้คนประจำเรือได้รับบาดเจ็บ หรือเสียชีวิต ให้เจ้าของเรือหรือนายเรือรายงานต่อพนักงาน เจ้าหน้าที่ในทันทีที่ทราบ” เพื่อให้การพิสูจน์หลักฐานได้ข้อเท็จจริงที่เป็นสาเหตุของการเสียชีวิต ของคนประจำเรือได้อย่างชัดเจนและเกิดความเป็นธรรมแก่ญาติของผู้เสียชีวิต รวมถึงสอดคล้องกับ อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2549 ด้วย

ประการที่แปด ประเด็นการแก้ไขปัญหาลักษณะเกี่ยวกับสิทธิการรวมตัว การชุมนุม เพื่อเรียกร้อง สิทธิ ของคนประจำเรือ ผู้เขียนเห็นควรให้มีการแก้ไขเนื้อหาของบทบัญญัติ มาตรา 94 (วรรคหนึ่ง) แห่งพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ด้วยการตัดบทบัญญัติตรงที่ขีดเส้นใต้ จากเดิม มาตรา 94 “ห้ามเจ้าของเรือเลิกจ้างหรือกระทำการใดๆ อันเป็นผลให้คนประจำเรือไม่สามารถทน ทำงานอยู่ต่อไปได้เพราะเหตุที่คนประจำเรือกระทำการ หรือกำลังจะกระทำการตามมาตรา 90 และมาตรา 91 หรือได้กระทำการหรือกำลังจะกระทำการชุมนุม ทำคำร้อง ยื่นข้อเรียกร้อง ดำเนิน การฟ้องร้องเป็นพยาน หรือให้หลักฐานต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมาย หรือต่อศาล” เป็นว่า มาตรา 94 “ห้ามเจ้าของเรือเลิกจ้างหรือกระทำการใดๆ อันเป็นผลให้คนประจำเรือไม่สามารถทน ทำงานอยู่ต่อไปได้เพราะเหตุที่คนประจำเรือกระทำการ หรือกำลังจะกระทำการตามมาตรา 90 และ มาตรา 91 หรือทำคำร้อง ยื่นข้อเรียกร้อง ดำเนินการฟ้องร้องเป็นพยาน หรือให้หลักฐานต่อพนักงาน เจ้าหน้าที่ตามกฎหมาย หรือต่อศาล” เพื่อป้องกันไม่ให้คนประจำเรือกระทำการชุมนุมเรียกร้องสิทธิ กับเจ้าของเรือผ่านนายเรือ ในขณะที่เรือเดินทางอยู่กลางทะเล อีกทั้งยังเป็นการรักษาวัฒนธรรม และจารีตประเพณีในการทำงานของคนประจำเรือที่ต้องมีวินัยและคำนึงถึงความปลอดภัยของเรือ กับผู้โดยสารเป็นสำคัญ

4.2.3 การแก้ไขกฎหมายเพื่อลดความรุนแรง การรับโทษตามกฎหมายของคนประจำเรือ

ประเด็นความรุนแรงของโทษทางอาญาที่มีต่อคนประจำเรือที่ปรากฏอยู่ในหมวด 15 บทกำหนดโทษแห่งพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ผู้เขียนเห็นควรให้มีการแก้ไข บทบัญญัติของกฎหมายด้วยการตัดคำว่า “คนประจำเรือ” ออกไปจากเนื้อหาในบทบัญญัติของ มาตรา 95 (2) และมาตรา 95 (3) และในบทบัญญัติมาตรา 122 วรรคแรก แห่งพระราชบัญญัติ

แรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 จากเดิมที่ว่า มาตรา 95 “ในการปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้”

(2) มีหนังสือสอบถามหรือเรียกเจ้าของเรือ คนประจำเรือ หรือบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องมาชี้แจงข้อเท็จจริงหรือให้ส่งสิ่งของหรือเอกสารที่เกี่ยวข้องเพื่อประกอบการพิจารณา

(3) มีคำสั่งเป็นหนังสือให้เจ้าของเรือหรือคนประจำเรือปฏิบัติให้ถูกต้องตามพระราชบัญญัตินี้ และ มาตรา 122 “เจ้าของเรือ คนประจำเรือ หรือบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องที่ไม่ปฏิบัติตามมาตรา 95 (2) และ (3) ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

โดยแก้ไขเป็นว่า มาตรา 95 “ในการปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้”

(2) มีหนังสือสอบถามหรือเรียกเจ้าของเรือ หรือบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องมาชี้แจงข้อเท็จจริงหรือให้ส่ง สิ่งของหรือเอกสารที่เกี่ยวข้องเพื่อประกอบการพิจารณา

(3) มีคำสั่งเป็นหนังสือให้เจ้าของเรือปฏิบัติให้ถูกต้องตามพระราชบัญญัตินี้ และรวมถึง มาตรา 122 “เจ้าของเรือ หรือบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องที่ไม่ปฏิบัติตามมาตรา 95 (2) และ (3) ต้องระวางโทษ จำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” เพื่อให้บทลงโทษทางอาญามีผลกระทบต่อคนประจำเรือเท่าที่จำเป็นตามเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้ที่มุ่งเน้นการให้ความคุ้มครองคนประจำเรือที่ต้องปฏิบัติงานบนเรือเดินทะเลที่มีความยากลำบากในการทำงาน และเสี่ยงภัยทางทะเลสูงให้ได้รับความเป็นธรรมและมีความสอดคล้องเป็นไปในทิศทางเดียวกันกับอนุสัญญาแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2549 ด้วย

การปฏิรูประบบจัดเก็บข้อมูลและการจำแนกประเภทอาชญากรรม
ทางการเงินที่สำคัญเพื่อพัฒนากระบวนการยุติธรรมของประเทศไทย*

The Reform of Filing Storage System and Classification of
Important Financial Crimes on the Development of Justice
Process in Thailand

สุพัตรา แผนวิชิต

Supatra Phanwichit

วรรณวิภา เมืองถ้ำ

Wanwipa Muangtham

อาจารย์ประจำ

สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

9/9 หมู่ 9 ตำบลบางพุท อำเภอบางเกร็ด จังหวัดนนทบุรี 11120

Full-time Lecturer

School of Law, Sukhothai Thammathirat Open University

9/9 Moo 9, Bang Phut, Pak Kret, Chang Wat Nonthaburi, 11120

Corresponding author E-mail: thailawresearch@gmail.com

(Received: January 25, 2022; Revised: March 4, 2022; Accepted: March 22, 2022)

บทคัดย่อ

การจัดเก็บข้อมูลและการจำแนกประเภทอาชญากรรมทางการเงินมีความสำคัญต่อการเชื่อมโยงฐานข้อมูลผู้กระทำความผิดและใช้สถิติวิเคราะห์แนวโน้มอาชญากรรมทางการเงินในการกำหนดนโยบายทางอาญาเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิด แต่ปัจจุบัน

* บทความนี้เป็นบทความวิจัยของโครงการศึกษาการปฏิรูประบบจัดเก็บข้อมูลและการจำแนกประเภทอาชญากรรมทางการเงินที่สำคัญเพื่อพัฒนากระบวนการยุติธรรมของประเทศไทย เสนอต่อมหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช พ.ศ. 2565

ประเทศไทยมีปัญหาการจำแนกประเภทและจัดเก็บข้อมูลที่ไม่มีการกำหนดนิยามและรูปแบบการจัดเก็บที่เป็นมาตรฐานเดียวกัน ผู้วิจัยจึงได้เสนอแนวทางการปฏิรูประบบการจัดเก็บข้อมูลอาชญากรรมและจำแนกประเภทอาชญากรรมทางการเงินโดยศึกษาเปรียบเทียบกับมาตรฐานระหว่างประเทศว่าด้วยการจำแนกประเภทอาชญากรรมเพื่อประโยชน์ทางสถิติและจัดทำร่างประกาศคณะกรรมการพัฒนารัฐบาลดิจิทัลเรื่อง การจัดเก็บข้อมูลการกระทำความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมทางการเงินเพื่อประโยชน์ต่อการบริหารงานยุติธรรมทางอาญาและการกำหนดนโยบายทางอาญา ซึ่งอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติการบริหารงานและการให้บริการภาครัฐผ่านระบบดิจิทัล พ.ศ. 2562 เพื่อกำหนดรูปแบบการจัดเก็บข้อมูลและจำแนกข้อมูลอาชญากรรมทางการเงินที่จัดเก็บให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากล รวมทั้งกำหนดหน้าที่ของหน่วยงานในการจัดเก็บข้อมูล แลกเปลี่ยนและการรักษาความปลอดภัยของข้อมูล และเสนอแนวทางการเตรียมความพร้อมของภาครัฐเพื่อสนับสนุนการใช้เทคโนโลยีในการจัดเก็บข้อมูล

คำสำคัญ: อาชญากรรมทางการเงิน, จำแนกข้อมูล, ระบบจัดเก็บข้อมูล

Abstract

The filing storage and classification of financial crimes is crucial for linking database on criminals, using statistical analysis on the trend of financial crimes, decide criminal policy on prevention and suppression of crime. However, at the present day, there are some problems in Thailand related to classification and filing storage which has not definition and form of storage in the same standard. The author proposes guideline for reform of filing storage system and classification of financial crimes by comparing with International Classification of Crime for Statistical Purposes and setting the draft Notifications on the Ministry of Digital Government Development Committee which called the filing storage system and classification of financial crime for the purpose of justice administration and making criminal policy by the virtue of Digitalization of public administration and services delivery Act B.E. 2562 (2019). This resulted in determining the form of filing storage system and classification of financial crimes to comply with international standard. This included authorization the role for the authority for filing storage, exchange, data

security and propose guidelines for preparation of public sector stand ready to support filing storage system.

Keywords: Financial Crime, Classification, Storage System

1. บทนำ

ปัจจุบันโลกเข้าสู่ยุคสังคมดิจิทัลอย่างแท้จริงประกอบกับนโยบายรัฐบาลได้เร่งผลักดันให้มีการนำเทคโนโลยีดิจิทัลมาใช้เป็นเครื่องมือสำคัญในการขับเคลื่อนการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศไปสู่ความมั่นคง มั่งคั่ง ยั่งยืนและให้ความสำคัญต่อการพัฒนาวิจัยและการใช้ประโยชน์จากนวัตกรรม โดยข้อมูลขนาดใหญ่ หรือที่เรียกว่า Big Data เป็นนวัตกรรมทางเทคโนโลยีที่มีประโยชน์อย่างมาก เพราะเป็นเครื่องมือสำคัญที่จะสนับสนุนการทำงานของภาครัฐร่วมกับภาคเอกชนและประชาชน เนื่องจากความก้าวหน้าของเทคโนโลยีดิจิทัล ทำให้มีการผลิตข้อมูลในปริมาณมหาศาลในทุกวินาที ข้อมูลที่ถูกสร้างขึ้นส่วนใหญ่เป็นข้อมูลที่เกิดจากตัวบุคคลหรือประชาชนโดยตรง มีลักษณะสำคัญคือเป็นข้อมูลที่มีปริมาณมาก มีรูปแบบข้อมูลที่หลากหลายและมีความคลุมเครือเพราะได้รับมาจากหลายช่องทาง ฐานข้อมูลขนาดใหญ่จะมีคุณค่าก็ต่อเมื่อนำข้อมูลนั้นมารวบรวม วิเคราะห์เชิงลึกและการบริหารจัดการ จะทำให้สามารถใช้ประโยชน์จากข้อมูลได้อย่างเหมาะสม การใช้ประโยชน์และการวิเคราะห์ข้อมูลขนาดใหญ่จึงเป็นเครื่องมือที่มีความจำเป็นของภาครัฐในการขับเคลื่อนการบริหารงานอย่างมีประสิทธิภาพและทันต่อการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยี สำหรับในประเทศไทยการใช้ Big Data มักถูกนำมาใช้เพื่อประโยชน์ในเชิงธุรกิจและการพาณิชย์ แต่ในด้านกระบวนการยุติธรรมทางอาญานั้น ประเทศไทยยังขาดกลไกกฎหมายและแนวทางการนำข้อมูลดังกล่าวมาใช้ประโยชน์ ทั้งที่การวิเคราะห์ข้อมูลขนาดใหญ่มีประโยชน์ต่อระบบงานยุติธรรมในหลายด้าน อาทิ ด้านการเฝ้าระวังและติดตาม ด้านการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม ด้านการคุ้มครองสิทธิและเยียวยาความเสียหายของเหยื่ออาชญากรรม ด้านการสืบสวนสอบสวนและด้านพยานหลักฐาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งอาชญากรรมทางการเงินที่เกิดขึ้นง่ายและรวดเร็วตามเทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว มีการกระทำความผิดที่ซับซ้อนมากยิ่งขึ้นและส่งผลกระทบทั้งต่อระบบเศรษฐกิจ สังคมและประชาชนเป็นจำนวนมาก

อย่างไรก็ดี การกำหนดนโยบายทางอาญาในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางการเงินในปัจจุบัน ยังไม่ได้นำข้อมูลขนาดใหญ่ที่มีอยู่มาใช้ประโยชน์ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาอย่างเป็นรูปธรรม เนื่องจากยังขาดกลไกกฎหมาย วิธีการและแนวทางการนำข้อมูลมาใช้

ประโยชน์ ประกอบกับรูปแบบของอาชญากรรมทางการเงินมีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายที่กำหนดความผิดอาญาจำนวนมาก จนไม่สามารถที่จะจำแนกประเภทของอาชญากรรมทางการเงินและกำหนดขอบเขตหรือนิยามที่ชัดเจนเป็นมาตรฐานเดียวกันได้ อีกทั้งการเก็บจัดข้อมูลอาชญากรรมของหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายของประเทศ ตั้งแต่ลักษณะการกระทำความผิด ความเสียหาย ข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดและข้อมูลของเหยื่ออาชญากรรม จะเป็นการจัดเก็บข้อมูลตามฐานความผิดในกฎหมายและตามขอบเขตอำนาจหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในแต่ละขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยเฉพาะการเก็บข้อมูลจากหน่วยงานต้นทางของกระบวนการยุติธรรมที่ถือว่ามีความสำคัญที่สุดคือในชั้นเจ้าหน้าที่ตำรวจในสถานีตำรวจที่จัดเก็บข้อมูลและกลั่นกรองข้อมูลในเบื้องต้นก่อนที่ข้อมูลดังกล่าวจะไปสู่ขั้นตอนในการกิจของหน่วยงานอื่น ซึ่งข้อมูลสถิติอาชญากรรมที่เชื่อถือได้มีความสำคัญมากต่อการวัดการเปลี่ยนแปลงของระดับอาชญากรรม การติดตามตรวจสอบ การตอบสนองต่ออาชญากรรมของรัฐ การประเมินนโยบายและการทำความเข้าใจแง่มุมต่าง ๆ ของอาชญากรรมในบริบทที่แตกต่างกัน แม้จะมีข้อมูลพื้นฐานที่ได้จากขั้นตอนต่าง ๆ ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาอยู่แล้ว แต่ยังคงจำเป็นต้องมีการเก็บข้อมูลเพื่อจุดประสงค์เฉพาะ จึงจะได้ข้อมูลที่เป็นประโยชน์สำหรับการกำหนดนโยบายอาญาที่สำคัญในการบังคับใช้กฎหมาย

หากพิจารณาจากมาตรฐานระหว่างประเทศว่าด้วยการจำแนกประเภทอาชญากรรมเพื่อประโยชน์ทางสถิติ (INTERNATIONAL CLASSIFICATION OF CRIME FOR STATISTICAL PURPOSES 2015 หรือ ICCS) อันเป็นมาตรฐานระหว่างประเทศที่มีการพัฒนาขึ้นโดยใช้หลักการและกรอบการจำแนกประเภทอาชญากรรมเพื่อประโยชน์ทางสถิติที่จัดทำขึ้นโดยคณะทำงานเฉพาะกิจร่วมระหว่างคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติสำหรับยุโรปและสำนักงานสหประชาชาติว่าด้วยยาเสพติดและอาชญากรรมด้านการจำแนกประเภทอาชญากรรม (UNECE-UNODC Joint Task Force on Crime Classification) และรับรองโดยที่ประชุมร่วมนักสถิติยุโรปใน ปี พ.ศ.2555 และจัดทำแล้วเสร็จในปี พ.ศ.2558 โดยได้รับการอนุมัติจากคณะกรรมการสถิติแห่งสหประชาชาติตามข้อตกลงที่ 44/110 และจากคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติ ข้อมติที่ 2013/37 จะพบว่า มาตรฐานระหว่างประเทศว่าด้วยการจำแนกประเภทอาชญากรรมเพื่อประโยชน์ทางสถิติ (มาตรฐาน ICCS) เป็นการจำแนกความผิดทางอาญาตามแนวคิด นิยามและหลักการที่ตกลงกันเป็นสากล เพื่อให้สถิติอาชญากรรมมีความสอดคล้องและนำไปเปรียบเทียบกันได้ในระดับสากลมากยิ่งขึ้นและเพื่อเพิ่มขีดความสามารถในการวิเคราะห์ในระดับประเทศและระหว่างประเทศ โดยมาตรฐาน ICCS ได้กำหนดกรอบในการสร้างและ

เปรียบเทียบข้อมูลทางสถิติไว้อย่างเป็นระบบระหว่างหน่วยงานยุติธรรมทางอาญาและระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ทำให้สามารถนำมาตราฐาน ICCS ไปใช้กับข้อมูลอาชญากรรมทุกรูปแบบได้ไม่ว่าข้อมูลนั้นจะได้มาจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญาขั้นตอนในชั้นตำรวจ อัยการ ศาล เรือนจำ รวมถึงเหยื่ออาชญากรรมด้วย ซึ่งในระดับนานาชาติ มาตรฐาน ICCS ช่วยให้สามารถนำข้อมูลอาชญากรรมของประเทศต่างๆ มาเปรียบเทียบกันได้ดียิ่งขึ้น แนวคิดและนิยามที่เป็นมาตรฐานเดียวกันจะช่วยให้การเก็บการวิเคราะห์ และการเผยแพร่ข้อมูลเป็นไปอย่างมีระบบ และยังช่วยวิเคราะห์อาชญากรรมข้ามชาติในเชิงลึกในระดับประเทศ

อย่างไรก็ดี มีความท้าทายในการพัฒนามาตรฐาน ICCS ในกรณีที่มีการกำหนดนิยามความผิดไว้โดยเฉพาะในแต่ละประเทศ ซึ่งส่วนใหญ่สถิติอาชญากรรมในระดับประเทศจะใช้เกณฑ์ความผิดทางอาญาตามนิยามของระบบกฎหมายอาญาในแต่ละประเทศ ในมาตรฐาน ICCS จึงใช้วิธีการจำแนกประเภทอาชญากรรมโดยคำนึงถึงลักษณะการกระทำความผิดมากกว่าฐานความผิด ทำให้สามารถลดปัญหาการจำแนกประเภทอาชญากรรมที่เกิดจากความซับซ้อนทางกฎหมายได้ ดังนั้น การจำแนกประเภทอาชญากรรมจึงมีความเรียบง่ายและสามารถนำไปใช้ได้ทั่วโลก

ด้วยเหตุนี้ จึงมีความจำเป็นในการศึกษาวิจัยเพื่อปฏิรูประบบการจัดเก็บข้อมูลอาชญากรรมทางการเงิน โดยศึกษารูปแบบการจัดเก็บข้อมูลอาชญากรรมให้สอดคล้องและเป็นไปตามมาตรฐาน ICCS อันเป็นมาตรฐานสากลระหว่างประเทศ จะทำให้สามารถใช้ประโยชน์จากข้อมูลได้อย่างเหมาะสมเป็นประโยชน์ต่อการกำหนดนโยบายทางอาญา การบริหารงานยุติธรรมในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางการเงินที่เกิดขึ้น สามารถวิเคราะห์แนวโน้มรูปแบบอาชญากรรมทางการเงินที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต วิเคราะห์พฤติกรรมของผู้กระทำความผิด ความเสียหายของเหยื่ออาชญากรรม ทำให้รัฐสามารถวางนโยบายอาญาในการแก้ไขปัญหาได้อย่างเท่าทันกับความซับซ้อนของอาชญากรรมในยุคโลกาภิวัตน์ ไม่ว่าในด้านการเฝ้าระวังและติดตาม ด้านการป้องกันและปราบปราม ด้านการคุ้มครองและเยียวยาความเสียหายของเหยื่ออาชญากรรม ด้านการสืบสวนสอบสวน หรือด้านการรวบรวมพยานหลักฐาน ทำให้กระบวนการยุติธรรมซึ่งเป็นกลไกสำคัญของรัฐในการสร้างความเป็นธรรมและความสงบเรียบร้อยของสังคม เป็นกระบวนการยุติธรรมที่เข้าถึงได้สำหรับประชาชน สามารถสร้างความสงบเรียบร้อยและความเป็นธรรมในสังคมได้อย่างยั่งยืน ทั้งนี้ การศึกษาแนวทางการปฏิรูประบบการจัดเก็บข้อมูลและการจำแนกประเภทอาชญากรรมทางการเงินของประเทศไทยโดยยึดหลักการจำแนกตามมาตรฐานสากล (INTERNATIONAL CLASSIFICATION OF CRIME FOR STATISTICAL PURPOSES 2015) เป็นการศึกษาเพื่อให้เกิดการเพิ่มโอกาสของประชาชนในการเข้าถึงบริการ/กระบวนการของรัฐและ

กระบวนการยุติธรรมได้อย่างมีประสิทธิภาพ ในประเด็นด้านการบังคับใช้กฎหมายและการดำเนินคดีอาญาเพื่อลดความเหลื่อมล้ำและความล่าช้าในกระบวนการยุติธรรม และการส่งเสริมกระบวนการยุติธรรมให้มีมาตรฐานระดับสากลและบังคับใช้ให้เกิดความเป็นธรรมในสังคม ให้ประชาชนเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้อย่างมีประสิทธิภาพและการกำหนดโทษที่มีความเหมาะสมกับการกระทำผิดที่เป็นอาชญากรรมทางการเงิน นอกจากนี้ ในงานวิจัยยังได้เสนอถึงตัวอย่างการนำเอามาตรฐาน ICCS ไปใช้ในไปใช้ในสหภาพยุโรป และในสาธารณรัฐเกาหลีด้วย

การศึกษาวิจัยครั้งนี้ใช้ระเบียบวิธีวิจัยเชิงคุณภาพ ในการเก็บรวบรวมข้อมูลและวิเคราะห์ข้อมูล ประกอบด้วย การวิจัยเอกสาร การสัมภาษณ์เชิงลึก การประชุมกลุ่มย่อยและการสัมมนา รับฟังความคิดเห็น

2. การจำแนกลักษณะความผิดในกลุ่มอาชญากรรมทางการเงินตามมาตรฐานระหว่างประเทศว่าด้วยการจำแนกประเภทอาชญากรรมเพื่อประโยชน์ทางสถิติและต่างประเทศ

สำหรับสาระสำคัญที่เป็นเนื้อหาในหัวข้อนี้ ผู้วิจัยจะนำเสนอเกี่ยวกับหลักการทั่วไปตามมาตรฐาน ICCS ซึ่งก่อให้เกิดประโยชน์ทั้งในแง่การเก็บข้อมูลสถิติอาชญากรรมที่เป็นระบบระเบียบ มีมาตรฐานที่เป็นรูปแบบเดียวกันและมีความสอดคล้องกัน ในทุกขั้นตอนของการเก็บสถิติตั้งแต่ขั้นสอบสวนของตำรวจ อัยการ ราชทัณฑ์ รวมถึงการสำรวจข้อมูลของเหยื่ออาชญากรรม ทำให้ส่งผลดีในการกำหนดนโยบายกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในระดับประเทศ ทั้งยังส่งผลดีต่อประสิทธิภาพในการใช้ประโยชน์จากเก็บข้อมูลตามมาตรฐาน ICCS ในระดับความร่วมมือระหว่างประเทศในการใช้ประโยชน์ร่วมกันในข้อมูลสถิติที่ถูกเก็บตามมาตรฐาน ICCS ที่มีความสอดคล้องเป็นมาตรฐานเดียวกันทำให้สามารถนำข้อมูลสถิติไปใช้ประโยชน์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ นอกจากนี้ เพื่อให้เห็นถึงประโยชน์ของการนำมาตรฐาน ICCS ไปใช้ในการเก็บสถิติอาชญากรรมในประเทศต่างๆ ผู้วิจัยจะยกตัวอย่างการนำมาตรฐาน ICCS ไปใช้ในสหภาพยุโรป และประเทศเกาหลีใต้ เนื่องจากทั้ง 2 กลุ่มประเทศ เป็นประเทศแรกๆ ในโลกที่มีการนำมาตรฐาน ICCS ไปใช้แล้วก่อให้เกิดประสิทธิภาพต่อการนำข้อมูลสถิติทางอาญาที่เก็บได้ไปใช้ในการกำหนดนโยบายทางอาญภายในประเทศ และการบูรณาการข้อมูลสถิติทางอาญาร่วมกันในระดับระหว่างประเทศ

2.1 มาตรฐานระหว่างประเทศว่าด้วยการจำแนกประเภทอาชญากรรมเพื่อประโยชน์ทางสถิติ หรือ INTERNATIONAL CLASSIFICATION OF CRIME FOR STATISTICAL PURPOSES 2015 (มาตรฐาน ICCS)

มาตรฐานระหว่างประเทศว่าด้วยการจำแนกประเภทอาชญากรรมเพื่อประโยชน์ทางสถิติ (มาตรฐาน ICCS) เป็นการจำแนกประเภท ความผิดทางอาญาตามแนวคิด นิยาม และหลักการที่ตกลงกันเป็นสากล เพื่อให้สถิติอาชญากรรมมีความสอดคล้องและนำไปเปรียบเทียบกันได้ในระดับสากลมากยิ่งขึ้น และเพื่อเพิ่มขีดความสามารถในการวิเคราะห์ทั้งระดับประเทศและระหว่างประเทศ

ลักษณะการเก็บข้อมูลสถิติอาชญากรรมตามมาตรฐาน ICCS จะเก็บตามรหัสนิยาม และหลักเกณฑ์ที่สมาชิกสหประชาชาติกำหนดร่วมกัน กล่าวคือ หมวดหมู่ในระดับที่ 1 จะมีทั้งหมด 11 หมวด ซึ่งได้ถูกออกแบบให้ครอบคลุมทุกการกระทำหรือเหตุการณ์ที่ถือเป็นอาชญากรรมตามขอบเขตของมาตรฐาน ICCS โดยข้อมูลความผิดทางอาญาในระดับที่ 2, 3 และ 4 สามารถยุบรวมกันเพื่อให้ได้ข้อมูลข้อสังเกตในระดับที่เป็นภาพใหญ่ ในขณะที่ข้อมูลในระดับที่สูงกว่าอาจนำมาแบ่งย่อยจัดหมวดหมู่ในระดับต่ำกว่าได้ โดยการกำหนดเลขรหัสประจำหมวดหมู่เป็นไปตามระดับในการจำแนกประเภท: หมวดหมู่ในระดับที่ 1 เป็นหมวดหมู่ที่กว้างที่สุดและมีเลขรหัสสองตัว (เช่น 01) หมวดหมู่ในระดับที่ 2 มีเลขรหัสสี่ตัว (เช่น 0101) หมวดหมู่ในระดับที่ 3 มีเลขรหัสห้าตัว (เช่น 01011) และหมวดหมู่ในระดับที่ 4 ซึ่งเป็นหมวดหมู่ที่มีรายละเอียดมากที่สุด จะมีเลขรหัสหกตัว (เช่น 010111)” ทั้งนี้ การแบ่งหมวดหมู่ของการกระทำความผิดทางอาญาในแต่ละระดับ จะมีคำอธิบายโดยละเอียด คำอธิบายของแต่ละความผิดจะอิงจากการกระทำหรือจากเหตุการณ์ซึ่งหมายถึง กลุ่มการกระทำและลักษณะพฤติกรรมรวมทั้งบริบทหลักที่ใช้กำหนดนิยามของความผิด การให้คำอธิบายจะมีการระบุตัวอย่างกรณีที่น่าจะรวมและไม่ควรจะรวมตามกฎหมาย เพื่อชี้ให้เห็นความผิดทางอาญาที่พบบ่อยหรือสำคัญที่สุดซึ่งรวมอยู่หรือไม่รวมอยู่ในหมวดหมู่นั้น

นอกจากนั้น การเก็บข้อมูลสถิติอาชญากรรมสามารถเก็บข้อมูลได้ในทุกขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรม ไม่ว่าจะเป็นชั้นตำรวจ อัยการ ศาล เรือนจำ นอกจากนี้ยังรวมถึงการเก็บข้อมูลที่ได้จากการสำรวจข้อมูลเหยื่ออาชญากรรม (Crime Victimization Surveys) ทำให้รัฐสามารถวางแผน กำหนดนโยบายทางอาญา ในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมที่จะเกิดขึ้นได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น ภายใต้ระบบข้อมูลสถิติที่ครบถ้วน และเป็นมาตรฐานเดียวกัน ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการประมวลข้อมูลอาชญากรรม การเปรียบเทียบสถิติเกี่ยวกับอาชญากรรมทั้งในระดับประเทศ และระดับระหว่างประเทศ

ในส่วนการจำแนกประเภทอาชญากรรมตามมาตรฐาน ICCS ได้จัดหมวดหมู่ของการกระทำ ความผิดทางอาญาออกเป็น 11 ส่วนดังนี้

ส่วนที่ 01 การกระทำที่นำไปสู่การตายหรือเจตนาให้คนตาย

ส่วนที่ 02 การกระทำที่ก่อให้เกิดภัยอันตรายหรือเจตนาให้เกิดภัยอันตรายต่อผู้อื่น

ส่วนที่ 03 การประทุษร้ายทางเพศ

ส่วนที่ 04 การกระทำความผิดต่อทรัพย์สินที่มีการใช้ความรุนแรงหรือการข่มขู่

ส่วนที่ 05 การกระทำความผิดต่อทรัพย์สินเท่านั้น

ส่วนที่ 06 การกระทำความผิดที่เกี่ยวกับยาควบคุมพิเศษหรือสารออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาทประเภทอื่น

ส่วนที่ 07 การกระทำที่เกี่ยวข้องกับการฉ้อฉล การหลอกลวง หรือการทุจริต

ส่วนที่ 08 การกระทำความผิดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน อำนาจอธิปไตย และ บทบัญญัติแห่งรัฐ

ส่วนที่ 09 การกระทำความผิดต่อความปลอดภัยสาธารณะและความมั่นคงของรัฐ

ส่วนที่ 10 การกระทำความผิดต่อสิ่งแวดล้อมทางธรรมชาติ

ส่วนที่ 11 การกระทำความผิดทางอาญาในลักษณะอื่นซึ่งไม่ได้จัดประเภทไว้ในเอกสารนี้

สำหรับหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการจัดทำมาตรฐาน ICCS ที่เกี่ยวกับอาชญากรรมทางการเงินนั้น ก็จะนำหลักเกณฑ์ในการจำแนกประเภทความผิดก็จะนำการจัดหมวดหมู่ในระดับที่ 1 ที่ประกอบด้วย การกระทำความผิดทางอาญาทั้ง 11 หมวด มาพิจารณาก่อน โดยจากการวิเคราะห์ของผู้วิจัย พบว่ามีหมวดที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมทางการเงิน คือ หมวดที่ 7 การกระทำที่เกี่ยวกับการฉ้อฉล การหลอกลวง หรือการทุจริต และหมวดที่ 8 การกระทำความผิดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน อำนาจอธิปไตย และบทบัญญัติแห่งรัฐ

2.2 การจำแนกประเภทอาชญากรรมทางการเงินของสหภาพยุโรป

สำหรับหน่วยงาน Eurostat เป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการประสานข้อมูลสถิติระหว่างประเทศสมาชิกในคณะกรรมการยุโรป (European Commission) และเก็บข้อมูลสถิติอาชญากรรมทางอาญาจากประเทศต่างๆ ในยุโรปที่เก็บในระบบของกลุ่มประเทศ EU และ EFTA ที่เรียกว่า European Statistical System (ESS) โดยมีการเก็บข้อมูลสถิติอาชญากรรมและกระบวน

ทางยุทธวิธีทางอาญาครั้งแรกในปีค.ศ. 2005 และมีการตั้งหน่วยงาน Eurostat ขึ้นในปีค.ศ. 2007 อีกทั้งมีจัดพิมพ์รายงานสถิติอาชญากรรมเป็นประจำทุกปีที่เรียกว่า Statistics in Focus

ต่อมาในปีค.ศ. 2014 Eurostat ได้ประสานการทำงานอย่างใกล้ชิดกับสำนักงานว่าด้วยยาเสพติดและอาชญากรรมแห่งสหประชาชาติ (UNODC) ในการทำให้การเก็บข้อมูลสถิติอาชญากรรมและกระบวนการทางยุทธวิธีทางอาญามีประสิทธิภาพมากขึ้น แม้ว่าการเก็บข้อมูลสถิติแบบสอบถามจะเก็บโดยใช้รูปแบบของ UN-CTS ก็ตาม แต่หน่วยงาน Eurostat ก็มีการเก็บข้อมูลสถิติที่เป็นประเด็นเฉพาะที่คณะกรรมการการยุโรปมีความสนใจเพิ่มเติม ซึ่งทั้งการเก็บข้อมูลแบบ UN-CTS และแบบ Eurostat จะมีการติดตามข้อมูลกันอย่างสม่ำเสมอเพื่อให้ข้อมูลทั้ง 2 มีความสอดคล้องกันเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับมาตรฐาน ICCS และเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืนของสหประชาชาติ (The UN Sustainable Development Goals (SDG))

การที่ข้อมูลฐานความผิดทางอาญาต่างๆ ตามที่เก็บไว้ตาม Eurostat ได้ถูกนำมาจำแนกประเภทการจัดหมวดหมู่ตามมาตรฐาน ICCS ทำให้บรรลุวัตถุประสงค์แรกในการเชื่อมโยงฐานข้อมูลอาชญากรรมระหว่าง Eurostat และ UNODC อีกทั้งการเก็บข้อมูลตามมาตรฐาน ICCS ยังสามารถเก็บข้อมูลได้ในทุกขั้นตอนของกระบวนการยุทธวิธีทางอาญา รวมถึงการสำรวจข้อมูลเหยื่ออาชญากรรมด้วย ดังนั้น การเก็บข้อมูลตามมาตรฐาน ICCS ก่อประโยชน์กับบุคลากรเกี่ยวข้องกับกระบวนการยุทธวิธีทางอาญาทุกภาคส่วนทั้งผู้ที่ต้องการใช้ข้อมูลอาชญากรรม และผู้ให้บริการข้อมูลอาชญากรรมด้วย¹

ในส่วนการนำมาตรฐาน ICCS มาใช้ในสหภาพยุโรปนั้น สหภาพยุโรปก็ได้นำข้อกำหนด EU Directive ตามมาตราต่างๆ มาเทียบเคียงเพื่อปรับให้สอดคล้องตามมาตรฐาน ICCS โดยเมื่อศึกษาตามคู่มือของสหภาพยุโรปจะพบว่าได้มีการนำฐานความผิดทางอาญาตาม EU Directive หลายความผิดฐานมาปรับตามมาตรฐาน ICCS แต่ในหมวดหมู่ที่เกี่ยวข้องเฉพาะอาชญากรรมทางการเงินนั้นตามคู่มือได้ยกตัวอย่างไว้เพียง 2 ฐานความผิด กล่าวคือ ความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมไซเบอร์ และความผิดฟอกเงิน โดยมีสาระสำคัญดังนี้ ความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมไซเบอร์ ตาม Directive 2013/40/EU มาตรา 3 การนำเข้าข้อมูลที่ผิดกฎหมายในระบบคอมพิวเตอร์ เมื่อนำไปปรับให้สอดคล้องตามมาตรฐาน ICCS จะเป็นรหัส 09031 การนำเข้าข้อมูลที่ผิดกฎหมายในระบบคอมพิวเตอร์เป็นการนำเข้าข้อมูล ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนในระบบคอมพิวเตอร์ โดยไม่ได้รับ

¹ Eurostat, "EU Guidelines for the International Classification of Crime for Statistical Purposes," [online] Available from: <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/3859598/8305054/KS-GQ-17-010-EN-N.pdf/feefb266-becc-441c-8283-3f9f74b29156>, [20 December 2020].

อนุญาตหรือมีเหตุผลอันสมควร หรือตามมาตรา 4 การเข้าแทรกแซงระบบโดยผิดกฎหมายการเข้าขัดขวางหรือเข้าแทรกแซงหน้าที่ของระบบคอมพิวเตอร์อย่างร้ายแรง เมื่อนำไปปรับให้สอดคล้องตามมาตรฐาน ICCS จะเป็นรหัส 090321 การแทรกแซงโดยผิดกฎหมายต่อระบบคอมพิวเตอร์ หรือตามมาตรา 5 การเข้าแทรกแซงข้อมูลโดยผิดกฎหมายโดยการลบ การทำลาย ทำให้เสื่อม การเปลี่ยนแปลง หรือการห้ามใช้ข้อมูลบนระบบคอมพิวเตอร์ เมื่อนำไปปรับให้สอดคล้องตามมาตรฐาน ICCS จะเป็นรหัส 090322 การแทรกแซงโดยผิดกฎหมายต่อข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรือมาตรา 6 การสกัดกั้นโดยผิดกฎหมาย เมื่อนำไปปรับให้สอดคล้องตามมาตรฐาน ICCS จะเป็นรหัส 09033 การสกัดกั้นโดยผิดกฎหมายหรือการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรือมาตรา 7 การใช้คอมพิวเตอร์เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด เมื่อนำไปปรับให้สอดคล้องตามมาตรฐาน ICCS จะเป็นรหัส 09033 การกระทำความผิดต่อระบบคอมพิวเตอร์ กล่าวคือ การกระทำต่อระบบคอมพิวเตอร์ที่ไม่สามารถอธิบายได้หรือสามารถจำแนกตาม 09031-09033²

ส่วนความผิดฐานฟอกเงินถูกให้คำจำกัดความในมาตรา 1 ส่วนที่ 3 ของ Directive 2015/849/EU กล่าวคือ

a) การแปลงหรือโอนย้ายทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด หรือการกระทำใด ๆ ที่มีส่วนร่วมในการปิดบังที่มาของทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด หรือการช่วยเหลือ สนับสนุนให้บุคคลสามารถหลบเลี่ยงผลของกฎหมายจากการกระทำความผิด

b) การปิดบังหรือปลอมแปลงลักษณะที่แท้จริง แหล่งที่มา ที่ตั้ง การจัดการ เคลื่อนย้าย ซึ่งสิทธิในความเป็นเจ้าของทรัพย์สิน โดยที่รู้ว่าทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดหรือการกระทำใดที่มีส่วนร่วมจากการกระทำความผิด

c) การได้มา การครอบครอง หรือการใช้ทรัพย์สิน โดยรู้ขณะที่ได้รับมาว่าเป็นทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดหรือการกระทำใดที่มีส่วนร่วมจากการกระทำความผิด

d) การมีส่วนร่วม การเข้าเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด พยายามการกระทำความผิด และช่วยเหลือ ให้การอำนวยความสะดวก และให้คำแนะนำในการกระทำความผิดตามที่ได้กล่าวมาตามข้อข้างต้น

² Eurostat (2018), "Monitoring EU Crime Policies using the International Classification of Crime for Statistical Purposes," p.16 [online] Available from : <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/3859598/8820510/KS-GQ-18-005-EN-N.pdf/b945c6d4-2ba1-4818-9d5b-c3737f4004a1?t=1524213781000> [12 February 2021]

ความผิดที่กล่าวข้างต้น เมื่อนำไปปรับให้สอดคล้องตามมาตรฐาน ICCS จะเป็นรหัสความผิดฐานฟอกเงินไว้ในระดับที่ 2 รหัส 0704 ส่วนการกระทำที่เกี่ยวกับการได้มาซึ่งทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดจะเป็น รหัส 07041³

2.3 การจำแนกประเภทอาชญากรรมทางการเงินของสาธารณรัฐเกาหลี

สืบเนื่องจากระบบการเก็บสถิติ อาชญากรรมของสาธารณรัฐเกาหลีมีรูปแบบการเก็บข้อมูลทั้งแบบจากส่วนกลาง และการเก็บข้อมูลที่ส่วนกลาง (Centralized) ได้รับข้อมูลจากส่วนภูมิภาคต่างๆ (Decentralized) อีกทั้งยังมีหลายหน่วยงานที่ทำหน้าที่ในการเก็บสถิติที่ต่างกันตามบทบาทหน้าที่ของหน่วยงาน ดังนี้⁴

1) หน่วยงานที่มีหน้าที่ในการวิเคราะห์สถิติอาชญากรรม คือ สำนักงานอัยการสูงสุด (Supreme Prosecutors' Office)

2) หน่วยงานที่มีหน้าที่ในการเก็บสถิติอาชญากรรมโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจ คือ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ (National Police Agency) ทั้งนี้ ข้อมูลสถิติของอาชญากรรมทางอาญาส่วนใหญ่ถึง 91% ถูกเก็บโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจ

3) หน่วยงานที่มีหน้าที่ในการเก็บข้อมูลที่ได้จากการสำรวจข้อมูลเหยื่ออาชญากรรม คือ สถาบันอาชญาวิทยาของสาธารณรัฐเกาหลี (Korean Institute of Criminology: KIC)

จากการที่มีการเก็บข้อมูลสถิติโดยหลายหน่วยงานทำให้รูปแบบการรายงานสถิติอาชญากรรมของสาธารณรัฐเกาหลีมีความแตกต่างกัน อีกทั้งพบว่าบางครั้งข้อมูลกระจัดกระจายหรือมีการเก็บข้อมูลไม่ละเอียดเพียงพอ

ดังนั้น จากปัญหาข้างต้นในปีค.ศ. 2016 สาธารณรัฐเกาหลีจึงได้มีแนวคิดในการนำมาตรฐาน ICCS มาใช้ จึงมีการทบทวนเกี่ยวกับการบังคับใช้มาตรฐาน ICCS ที่จัดทำโดยสถาบันอาชญาวิทยาของสาธารณรัฐเกาหลีและตำรวจนิติวิทยาศาสตร์ (Police Science Institute)

³ Eurostat (2018), "Monitoring EU Crime Policies using the International Classification of Crime for Statistical Purposes," P.29-30. [online] Available from : <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/3859598/8820510/KS-GQ-18-005-EN-N.pdf/b945c6d4-2ba1-4818-9d5b-c3737f4004a1?t=1524213781000> [12 February 2021].

⁴ Kim Tae-Kyun, *National Report on Crime and Criminal Justice Statistics: Institutions, Practice, Challenges and Countermeasures in Korea*, Third Regional Meeting on Crime and Criminal Justice Statistics: Towards Modern and Efficient Crime Statistics Systems in the Asia-Pacific Region Chengdu, China 29-31 October 2019.

ซึ่งมีการแปลคู่มือ ICCS เป็นภาษาเกาหลี และมีการศึกษาถึงประเด็นที่เป็นปัญหาในการนำมามาตรฐาน ICCS มาบังคับใช้ในสาธารณรัฐเกาหลี และในเดือนธันวาคมในปีเดียวกันก็มีการจัดสัมมนาในหัวข้อพัฒนาการของการจำแนกประเภทอาชญากรรม: ความท้าทายในการบังคับใช้มาตรฐาน ICCS⁵

ต่อมาในปี ค.ศ. 2017 ก็มีการดำเนินการในการทำวิจัยโดยทุนสนับสนุนจากสำนักงานสถิติแห่งสาธารณรัฐเกาหลี ได้ทำการวิจัยเกี่ยวกับการศึกษาความเป็นไปได้ในการนำข้อมูลการจำแนกประเภทอาชญากรรมของสาธารณรัฐเกาหลี (Korean Classification of Crime or KCC) มาปรับใช้กับการจัดหมวดหมู่ประเภทการกระทำผิดตามมาตรฐาน ICCS ทั้ง 11 ประเภท โดยคณะผู้วิจัยประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญต่างๆ ทั้งนักอาชญาวิทยา นักสถิติ นักวิชาการผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายอาญา

ปี ค.ศ. 2018 มีการจัดสัมมนาโดยร่วมกับสมาคมตำรวจแห่งสาธารณรัฐเกาหลี (Korean Police Studies Association) และในปีค.ศ. 2019 สาธารณรัฐเกาหลีร่วมกับสำนักงานว่าด้วยยาเสพติดและอาชญากรรมแห่งสหประชาชาติ (UNODC) ตั้งหน่วยงานที่เรียกว่า KOSTAT ขึ้นในสาธารณรัฐเกาหลีโดยถือเป็นหน่วยงานกลาง (UN-CTS Focal Point) เกี่ยวกับการเก็บสถิติอาชญากรรมและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในภูมิภาคเอเชียแปซิฟิก (Center of Excellence for Statistics on Crime and Criminal Justice in Asia and the Pacific) ซึ่ง KOSTAT โดยมีหน่วยงานที่ทำหน้าที่รับผิดชอบเกี่ยวกับมาตรฐาน ICCS ได้แก่ ตำรวจ อัยการ กระบวนการยุติธรรม ทินวิจัย และทีมที่ปรึกษา⁶

ในส่วนการนำมาตรฐาน ICCS มาใช้ในสาธารณรัฐเกาหลีก็เป็นการนำเอาวิธีการจำแนกข้อมูลประเภทอาชญากรรมของสาธารณรัฐเกาหลีที่เรียกว่า (Korean Classification of Crime or KCC) มาปรับใช้กับการจัดหมวดหมู่ประเภทการกระทำผิดตามมาตรฐาน ICCS ทั้ง 11 ประเภท เพื่อให้มีความสอดคล้องตามมาตรฐานสากล

อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยพบว่าการนำรูปแบบการจำแนกหมวดหมู่อาชญากรรมตามรูปแบบของสาธารณรัฐเกาหลี หรือ KCC เมื่อนำมาปรับใช้กับการจัดหมวดหมู่ประเภทการกระทำผิดตามมาตรฐานสากล ICCS จะพบปัญหาในการนำไปใช้ ดังนั้น เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาคความแตก

⁵ United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), *Overview of the ICCS Implementation Work and Crime Statistics in Korea*, December 2017.

⁶ Kim Tae-Kyun, *National Report on Crime and Criminal Justice Statistics: Institutions, Practice, Challenges and Countermeasures in Korea*.

ต่างระหว่างการจำแนกข้อมูลสถิติแบบ KCC กับมาตรฐาน ICCS สาธารณรัฐเกาหลีจึงต้องมีการปรับแนวทางการเก็บข้อมูลแบบ KCC เพื่อให้การเก็บข้อมูลสถิติอาชญากรรมตามมาตรฐานของ KCC สามารถไปเทียบได้กับมาตรฐาน ICCS โดยมีแนวทางดังต่อไปนี้⁷

1) ในกรณีที่ประมวลกฎหมายอาญาของสาธารณรัฐเกาหลีไม่ได้มีการบัญญัติบางฐานความผิดและบทลงโทษไว้ เช่น

- ความผิดฐานการุณยฆาต (Euthanasia) ซึ่งมีรหัสตามมาตรฐาน ICCS คือ 0105
- ความผิดเนื่องจากสถานภาพ (Status Offences) ซึ่งมีรหัสตามมาตรฐาน ICCS คือ 11021
- ความผิดเกี่ยวกับการใช้สารต้องห้ามเพื่อเพิ่มสมรรถนะในการเล่นกีฬา (Sport Doping) ซึ่งมีรหัสตามมาตรฐาน ICCS คือ 06029

ในกรณีดังกล่าวแนวทางที่สาธารณรัฐเกาหลีใช้ในการแก้ไข คือ จะไม่กำหนดความผิดข้างต้นเป็นความผิดเนื่องจากถือว่า ไม่มีกฎหมาย ไม่ความผิด ไม่มีโทษ

2) วิธีการจำแนกข้อมูลประเภทอาชญากรรมของสาธารณรัฐเกาหลี KCC จะต้องระบุให้มีความรายละเอียดมากขึ้นเพื่อให้สอดคล้องตามมาตรฐาน ICCS ยกเว้นกฎหมายอาญา และกฎหมายอาญาพิเศษฉบับอื่นๆ ที่ไม่ต้องระบุรายละเอียดตามประมวลในแต่ละมาตรา

ยกตัวอย่างเช่น รัฐบัญญัติเกี่ยวกับการควบคุมยาเสพติด ตามการจำแนกของ KCC จะมียาเสพติดเพียง 3 ประเภท (กัญชา, แอมเฟตามีน, หรือยาเสพติดประเภทอื่น) จากกฎหมายทั้งฉบับ ซึ่งเมื่อนำการจำแนกของ KCC มาเทียบกับระดับมาตรฐานของ ICCS ระดับที่ 6 “ความผิดที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมยาเสพติด หรือสารออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท” จะประกอบด้วยตัวแปรย่อยในระดับที่ 02, 03, 04

แนวทางที่สาธารณรัฐเกาหลีใช้ในการแก้ไข คือ ถ้าการกำหนดตามมาตรฐาน ICCS ในระดับที่สูงขึ้นสามารถครอบคลุมความผิดที่ถูกจำแนกของ KCC ก็ให้จับคู่กับระดับที่สูงขึ้น ยกตัวอย่างเช่น การจำแนกของ KCC เกี่ยวกับความผิดที่เกี่ยวข้องกับกัญชาสามารถจับคู่ให้สอดคล้องตามระดับที่ 2 รหัส 0601 แทน รหัส 060111 และรหัส 060129 แทนได้ เป็นต้น อย่างไรก็ตามการจำแนกการจัดหมวดหมู่อาชญากรรมทางการเงินในสาธารณรัฐเกาหลีนั้นไม่พบข้อมูล ผู้วิจัยพบข้อมูลเพียงการจำแนกข้อมูลอาชญากรรมตามความผิดอาญาทั่วไป

⁷ Ibid.

3. บทวิเคราะห์ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเพื่อป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางการเงินของประเทศไทย

3.1 ปัญหาการจำแนกประเภทอาชญากรรมทางการเงิน

ปัจจุบันอาชญากรรมทางการเงินยังไม่มีนิยามที่ชัดเจนในกฎหมายไทย แต่ส่วนใหญ่จะเป็นความผิดที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการเงิน การธนาคาร สถาบันการเงิน เงินนอกระบบ ตลาดหลักทรัพย์และความผิดฐานฉ้อโกง เป็นความผิดที่ส่งผลกระทบต่อระบบการเงิน ระบบเศรษฐกิจและสร้างความเสียหายแก่ประชาชนเป็นวงกว้าง ตัวอย่าง อาชญากรรมการเงินที่สำคัญของประเทศไทย อาทิ

1) ความผิดที่เกี่ยวกับการกระทำความทุจริต ยักยอก ฉ้อโกงของผู้บริหารสถาบันการเงินหรือผู้เกี่ยวข้องตามพระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551 ในส่วนของข้อห้ามในการให้สินเชื่อของสถาบันการเงินตามมาตรา 48 ถึงมาตรา 52 และความผิดและบทกำหนดโทษของกรรมการผู้จัดการ หรือผู้มีอำนาจในการจัดการของสถาบันการเงินที่กระทำโดยทุจริตต่อสถาบันการเงินตามมาตรา 138 ถึงมาตรา 146

2) ความผิดที่เกี่ยวกับการฉ้อโกงประชาชนตามประมวลกฎหมายอาญา หรือความผิดฐานกั๊มเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชนตามพระราชกำหนดการกั๊มเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ. 2527 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งมีรูปแบบการหลอกลวงหลายรูปแบบ และได้สร้างความเสียหายให้ประชาชนที่ตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมเป็นจำนวนมาก กรณีศึกษาที่น่าสนใจ อาทิ คดีแชร์ FOREX 3D คดีแชร์ NICE REVIEW คดีแชร์แม่เมณี คดีแชร์ล็อตเตอรี่ คดีพิศواسอาชญากรรม คดีแชร์ลูกโซ่ออนไลน์ คดีแชร์บริษัทน้ำทิพย์

3) ความผิดเกี่ยวกับการกระทำความผิดไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับการซื้อขายหลักทรัพย์ ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 และแก้ไขเพิ่มเติม แยกความผิดออกเป็น 4 กลุ่มคือ กลุ่มที่ 1 ความผิดเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลที่อาจทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ลงทุนและตลาดทุน กลุ่มที่ 2 ความผิดเกี่ยวกับการเอาเปรียบผู้ลงทุนในตลาดทุนรายอื่นโดยการใช้ประโยชน์จากข้อมูลที่ตนล่วงรู้มา กลุ่มที่ 3 ความผิดเกี่ยวกับการสร้างราคาหลักทรัพย์ให้ผิดไปจากสภาพปกติของตลาด และกลุ่มที่ 4 ความผิดที่มีผลกระทบต่อระบบซื้อขายหลักทรัพย์ของตลาดหลักทรัพย์ ได้แก่ การส่งคำสั่งซื้อขายเข้าไปในระบบซื้อขายของตลาดหลักทรัพย์จนทำให้ระบบล่าช้าหรือหยุดชะงัก หรือการใช้หรือยอมให้ใช้บัญชีซื้อขายหลักทรัพย์หรือบัญชีธนาคารที่ใช้ชำระค่าซื้อขายหลักทรัพย์เพื่อปกปิดตัวตนของบุคคลที่ใช้บัญชีดังกล่าว ในประการที่บุคคลนั้นอาจ

นำบัญชีไปใช้ในการกระทำความผิดไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับการซื้อขายหลักทรัพย์

4) ความผิดเกี่ยวกับสกุลเงินดิจิทัล (cryptocurrency) เป็นความผิดที่มีความเกี่ยวข้องกับสกุลเงินดิจิทัล โดยอาจกระทำได้ในหลายรูปแบบ ทั้งการแฮกระบบเพื่อลัก private key การยกยอกเงินสกุลดิจิทัลที่อยู่ในความครอบครองของตน (บริษัทนายหน้า) การฉ้อโกงเพื่อให้ได้มาซึ่งเงินสกุลดิจิทัล การใช้เงินสกุลดิจิทัลเพื่อฟอกเงิน/อำพรางเส้นทางการเงิน หรือกรณีผู้ให้บริการธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลมีส่วนร่วมในการกระทำความผิด รวมถึงการใช้เงินสกุลดิจิทัลเป็นตัวกลางในการกระทำความผิด เช่น เล่นการพนัน การซื้อขายยาเสพติด ซึ่งตามกฎหมายไทยความผิดที่เกี่ยวกับสกุลเงินดิจิทัล แม้ไม่ได้มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดโดยเฉพาะ แต่ก็สามารถใช้กฎหมายที่กำหนดความผิดอาญาในลักษณะอื่นมาปรับใช้บังคับได้ เช่น ประมวลกฎหมายอาญาในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์และความผิดฐานฉ้อโกง (ซึ่งอาจมีทั้งการกระทำต่อสกุลเงินดิจิทัลโดยตรงและการใช้เงินสกุลดิจิทัลเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด) พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ในความผิดที่เกี่ยวกับการเข้าถึงระบบโดยมิชอบเพื่อไปกระทำความผิดต่อตัวสกุลเงินดิจิทัลในระบบ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 และที่แก้ไขเพิ่มเติมในความผิดที่เชื่อมโยงกับความผิดมูลฐานตามกฎหมายฟอกเงินและกระทำความผิดฐานฟอกเงินกับสกุลเงินดิจิทัล รวมทั้งพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 ซึ่งบัญญัติความผิดที่เกี่ยวกับการกระทำที่ไม่เป็นธรรมในการซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล

5) อาชญากรรมบนอินเทอร์เน็ต เป็นการกระทำความผิดผ่านระบบอินเทอร์เน็ตซึ่งมีแนวโน้มที่เพิ่มสูงขึ้นอย่างมากเนื่องจากความก้าวหน้าของเทคโนโลยีและพฤติกรรมการใช้อินเทอร์เน็ตของประชาชน อาทิ การฉ้อโกงผ่านระบบออนไลน์ การล่วงละเมิดข้อมูลส่วนบุคคลมัลแวร์เพื่อเรียกค่าไถ่ การเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์หรือเครือข่ายของผู้อื่นโดยมิชอบ

จะเห็นได้ว่า ด้วยความก้าวหน้าของเทคโนโลยีทำให้มีรูปแบบอาชญากรรมทางการเงินในรูปแบบใหม่ ๆ เกิดขึ้นอยู่เสมอ โดยเฉพาะการกระทำความผิดผ่านช่องทางออนไลน์ เพราะประชาชนมีการใช้อินเทอร์เน็ตในชีวิตประจำวันมากขึ้นทั้งการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ การใช้บริการชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ ทำให้เกิดความเสี่ยงและภัยคุกคามมากขึ้นด้วย รวมทั้งการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับสกุลเงินดิจิทัล(cryptocurrency) ซึ่งเป็นสินทรัพย์ที่กำลังได้รับความนิยมอย่างมาก แต่เนื่องด้วยประเทศไทยยังไม่มีข้อกำหนดนิยามคำว่า “อาชญากรรมทางการเงิน” ไว้เป็นการเฉพาะ มีเพียงการกำหนดกฎหมายและบทบาทของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมทางการเงินผ่านการกำกับดูแลภาคธุรกิจต่าง ๆ เช่น ธุรกิจสถาบันการเงิน

(ธนาคารแห่งประเทศไทย) ธุรกิจหลักทรัพย์และธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล (สำนักงานคณะกรรมการหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์) เงินนอกระบบ (สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง กระทรวงการคลัง) ฯลฯ ดังนั้น หากจะปฏิรูประบบการจัดเก็บข้อมูลโดยการกำหนดให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการจัดเก็บข้อมูลให้เป็นมาตรฐานเดียวกัน จำเป็นจะต้องกำหนดลักษณะและความหมายของอาชญากรรมทางการเงินไว้ในกฎหมายด้วยควบคู่กันไป เพื่อกำหนดขอบเขตการบังคับใช้กับหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ความหมายโดยรวมของอาชญากรรมทางการเงินที่ได้จากการศึกษาครั้งนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าควรจะเป็นความผิดที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายการเงินและการลงทุน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใดในลักษณะทรัพย์สิน โดยกำหนดไว้ในกฎหมายระดับอนุบัญญัติที่จัดทำขึ้นเพื่อการจัดเก็บข้อมูลด้านอาชญากรรมทางการเงินโดยเฉพาะและควรกำหนดความหมายในรูปแบบของการจัดทำบัญชีกฎหมายแนบท้าย เพื่อสะดวกและง่ายต่อการแก้ไขเพิ่มเติมลักษณะความผิดในอนาคต และไม่กระทบต่อกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติอื่นที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมทางการเงินซึ่งเป็นกฎหมายที่อยู่ในอำนาจหน้าที่และการกำกับดูแลของแต่ละหน่วยงาน

การจำแนกประเภทอาชญากรรมเพื่อจัดเก็บข้อมูลจะมีประโยชน์ต่องานสอบสวนอย่างมาก โดยเฉพาะในชั้นพนักงานอัยการ ที่โดยหลักแล้วพนักงานอัยการจะพิจารณาสิ่งคดีได้ก็แต่เฉพาะการอาศัยข้อเท็จจริงที่ได้มาจากการรวบรวมพยานหลักฐานของพนักงานสอบสวน จุดเริ่มต้นของการอำนวยความสะดวกที่จะนำผู้ต้องหามาดำเนินคดีจึงเริ่มต้นจากพนักงานสอบสวน การอำนวยความสะดวกในการค้นหาข้อมูลหรือรวบรวมพยานหลักฐานให้แก่พนักงานสอบสวนจึงเรียกว่าเป็นจุดเริ่มต้นของกระบวนการยุติธรรม แม้ปัจจุบันหน่วยงานต่างๆ จะมีการรวบรวมข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับภาระหน้าที่ของหน่วยงานของตนไว้มากมาย แต่ส่วนใหญ่ก็เป็นการเก็บรวบรวมข้อมูลเพื่อใช้ภายในหน่วยงานของตนเท่านั้น ในขณะที่การกระทำความผิดของอาชญากรรมในปัจจุบันเป็นการกระทำความผิดที่มีลักษณะซับซ้อน มีการแบ่งหน้าที่กันทำในลักษณะเป็นขบวนการ การที่พนักงานสอบสวนจะหาข้อมูลหรือพยานหลักฐานโดยลำพังเพื่อนำมาประมวลผลหาความเชื่อมโยงการกระทำความผิดของผู้ต้องหาในคดีที่มีลักษณะเป็นขบวนการแล้วเป็นสิ่งที่มีความยากลำบาก แต่การที่พนักงานสอบสวนจะนำข้อมูลดังกล่าวของแต่ละหน่วยงานที่รวบรวมมาใช้ก็ต้องผ่านการขอข้อมูลด้วยวิธีทางราชการซึ่งบางแห่งใช้เวลานาน บางครั้งการขอข้อมูลดังกล่าวจึงไม่ทันต่อระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ซึ่งหากหน่วยงานต่างๆ ซึ่งมีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านและมีข้อมูลเชิงลึกเฉพาะประเภทคดี มีการรวบรวมเป็นสถิติจำแนกพฤติกรรมการกระทำความผิด มีการจัดเก็บข้อมูลที่เป็นระบบ แล้วนำมาสร้างเป็นศูนย์ข้อมูลกลางให้พนักงานสอบสวนหรือหน่วยงาน

ในกระบวนการยุติธรรมในกรณีความผิดแต่ละประเภทที่เกี่ยวข้องกับแต่ละหน่วยงาน ให้สามารถดึงข้อมูลพื้นฐานดังกล่าวไปใช้หาความเชื่อมโยงเพื่อดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดให้ครบวงจรได้ หากทำได้ย่อมเป็นการอำนวยความสะดวกที่บูรณาการ เมื่อสำนวนการสอบสวนของพนักงานสอบสวนมีการรวบรวมพยานหลักฐานที่มีความน่าเชื่อถือ เชื่อมโยงบุคคลต่าง ๆ ที่ร่วมกระทำความผิดได้ พนักงานอัยการก็จะสามารถสั่งคดีได้ด้วยความเร็วไม่ต้องส่งสอบสวนเพิ่มเติม และเมื่อข้อมูลที่ปรากฏในสำนวนการสอบสวนถูกต้องแม่นยำ ก็จะส่งผลต่อการสืบพยานเพื่อพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหาในชั้นศาลอีกด้วย

3.2 ปัญหาการจัดเก็บข้อมูลอาชญากรรมทางการเงิน

ระบบการจัดเก็บข้อมูลอาชญากรรมทางการเงินของประเทศไทย เป็นการจัดเก็บข้อมูลโดยหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมที่มีลักษณะต่างคนต่างเก็บรวบรวมข้อมูลสถิติต่าง ๆ ที่ผ่านเข้าออกตามขั้นตอนของกระบวนการงานในส่วนของตนเอง ได้แก่ สถิติอาชญากรรมของตำรวจ สถิติคดีที่เข้าสู่การพิจารณาของศาลชั้นต้น สถิติผู้ต้องขังที่ราชทัณฑ์ดูแล สถิติคดีที่เกี่ยวข้องกับการที่ผู้กระทำความผิดผ่านเข้าสู่กระบวนการงานของหน่วยงานต่าง ๆ ในกระบวนการยุติธรรมแต่ละหน่วยงาน โดยจัดทำเป็นรายปีและยังขาดความเชื่อมโยงระหว่างหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมและยังขาดการบริหารจัดการข้อมูลเชิงระบบเพื่อรับมือกับอาชญากรรมในปัจจุบันและในอนาคต⁸ โดยปัจจุบันมีหน่วยงานที่มีการเก็บข้อมูลสถิติเกี่ยวกับอาชญากรรม ได้แก่ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ สำนักงานอัยการสูงสุด สำนักงานศาลยุติธรรม กรมราชทัณฑ์ สำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม

วิธีการจัดเก็บข้อมูลของแต่ละหน่วยงาน จะมีการจัดเก็บรายละเอียดของอาชญากรรมแตกต่างกันตามภารกิจของหน่วยงาน กล่าวคือ

สำนักงานตำรวจแห่งชาติ จะเก็บข้อมูลสถิติคดีเกี่ยวกับข้อมูลผู้กระทำความผิด รายละเอียดพฤติการณ์แห่งคดีซึ่งจะจัดเก็บข้อมูลตามเนื้อหาและองค์ประกอบความผิดของกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ ข้อมูลเกี่ยวกับเหยื่อหรือผู้เสียหายจากการกระทำความผิด

สำนักงานอัยการสูงสุด มีการจัดเก็บข้อมูลเกี่ยวกับสถิติคดีที่รับมา และสถิติการสั่งฟ้องและสั่งไม่ฟ้องคดี โดยจำแนกตามรายภาคและประเภทสำนวนคดี

⁸ จุฑารัตน์ เอื้ออำนวย, “การสำรวจสถิติอาชญากรรมในประเทศไทยและข้อเสนอเพื่อพัฒนาการกระบวนการยุติธรรมยุคใหม่”, วารสารกระบวนการยุติธรรม 1, ฉ.2 (2551), หน้า 11.

สำนักงานศาลยุติธรรม มีการจัดเก็บข้อมูลสถิติคดีของศาลทั่วราชอาณาจักร แยกประเภทคดีตามเขตอำนาจศาล โดยแยกออกเป็นคดีที่เข้าสู่การพิจารณาของศาล คดีที่พิพากษาแล้วเสร็จ และคดีที่อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาล โดยแยกประเภทคดีตามเขตอำนาจศาลและชั้นศาล

กรมราชทัณฑ์ มีการจัดเก็บรวบรวมสถิติที่เกี่ยวข้องกับจำนวนนักโทษเด็ดขาด ผู้ต้องขัง เยาวชนที่ฝากขัง ผู้ถูกกักกันและผู้ต้องกักขัง และการเก็บสถิติเกี่ยวกับการกระทำความผิดซ้ำ

สำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม จะมีการจัดทำรายงานสถานการณ์อาชญากรรมและกระบวนการยุติธรรม เป็นข้อมูลทางสถิติที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมและกระบวนการยุติธรรมในประเทศไทย ซึ่งมีลักษณะการจัดกระจายตามแต่ละหน่วยงานมาจัดรวบรวมให้อยู่ในทีเดียวกัน โดยจำแนกตามหมวดสารสนเทศที่มีประเด็นหรือเนื้อหาในลักษณะคล้ายคลึงกัน ได้แก่ สถานการณ์อาชญากรรม สถิติคดีอาญาและการดำเนินงานในชั้นตำรวจ กระบวนการดำเนินคดี สถิติการดำเนินคดีอาญาในชั้นพนักงานอัยการและกระบวนการพิจารณาคดีในชั้นศาล กระบวนการหลังการพิจารณาคดีสถิติการบังคับโทษในเรือนจำ การส่งคุมประพฤติและการปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนที่กระทำผิด และการให้ความช่วยเหลือและการคุ้มครองสิทธิด้านกระบวนการยุติธรรม

เมื่อพิจารณาจากโครงสร้างการจัดเก็บข้อมูลสถิติที่เป็นทางการที่ได้กล่าวไปข้างต้นจะเห็นว่า การจัดเก็บข้อมูลดังกล่าวของแต่ละหน่วยงาน เป็นการจัดเก็บข้อมูลตามภารกิจตามกฎหมายที่ให้อำนาจของแต่ละหน่วยงานจัดเก็บและเป็นการจัดเก็บตามความต้องการใช้ข้อมูลของหน่วยงานนั้น ขาดมาตรฐานกลางในการจัดเก็บข้อมูล ทำให้การนำข้อมูลมาแลกเปลี่ยนระหว่างหน่วยงานเกิดการใช้ประโยชน์ร่วมกันที่ค่อนข้างน้อย เพราะบางหน่วยงานอาจไม่จำเป็นต้องการใช้ข้อมูลของหน่วยงานอื่นเนื่องจากไม่สอดคล้องกับภารกิจหน้าที่

3.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบการจำแนกประเภทอาชญากรรมทางการเงินของไทยกับมาตรฐานระหว่างประเทศว่าด้วยการจำแนกประเภทอาชญากรรมเพื่อประโยชน์ทางสถิติ (INTERNATIONAL CLASSIFICATION OF CRIME FOR STATISTICAL PURPOSES)

การจำแนกประเภทหรือความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมทางการเงินของประเทศไทยจะแบ่งกลุ่มกฎหมายตามฐานความผิดที่เกี่ยวกับอาชญากรรมทางการเงิน ซึ่งจะอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของหน่วยงานบังคับใช้กฎหมาย 4 หน่วยงาน โดยแต่ละหน่วยงานได้กำหนดประเภทคดีภายใต้การบังคับใช้ตามขอบเขตและกฎหมายที่แตกต่างกัน อันได้แก่

1) สำนักงานตำรวจแห่งชาติ ได้จัดตั้งกองบังคับการปราบปรามการกระทำผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ (บก.ปอศ.) เพื่อรับผิดชอบเกี่ยวกับความผิดอาชญากรรมทางการเงิน ได้แก่ ความผิดอาชญากรรมที่เกี่ยวกับภาษีทุกประเภทและความผิดอาชญากรรมที่เกี่ยวกับการเงินการธนาคารทุกประเภท

2) กรมสอบสวนคดีพิเศษ รับผิดชอบความผิดอาชญากรรมทางการเงิน อันได้แก่ คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการเล่นแชร์ คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการแลกเปลี่ยนเงิน คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยธนาคารแห่งประเทศไทย คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัด คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ คดีความผิดตามประมวลรัษฎากร คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยศุลกากร คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยภาษีสรรพสามิต คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยธุรกิจสถาบันการเงิน

3) สำนักงานอัยการสูงสุด จัดตั้งสำนักงานคดีเศรษฐกิจและทรัพยากร เป็นส่วนราชการในสำนักงานอัยการสูงสุดมีอำนาจหน้าที่รับผิดชอบการดำเนินคดีทั้งปวงอันเกี่ยวกับเศรษฐกิจและทรัพยากร ซึ่งความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมทางการเงินในส่วนนี้คือ ความผิดเกี่ยวกับการเงินและการธนาคาร ได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับการเงินและการธนาคารที่ธนาคารแห่งประเทศไทย ธนาคารพาณิชย์ บริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ บริษัทเครดิตฟองซิเอร์ เป็นผู้เสียหายหรือผู้ต้องหา ความผิดเกี่ยวกับกฎหมายปรัวรรตเงินตรา การกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน การฉ้อโกงโดยเอกสารที่ผ่านทางธนาคาร ในการส่งสินค้าไปยังต่างประเทศ การฉ้อโกงด้วยการใช้เอกสารเลตเตอร์ออฟเครดิต หรือเอกสารการโอนเงิน หรือตัวแลกเงินระหว่างประเทศปลอม การฉ้อโกงด้วยการใช้พันธบัตรสิทธิบัตร หรือใบหุ้นปลอม หรือใช้โดยมิชอบ การฉ้อโกงในการซื้อขาย ในตลาดค้าผลิตผลล่วงหน้า การฉ้อโกงในการซื้อขายหุ้น ในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย การฉ้อโกงด้วยการใช้บัตรเครดิต ตัวแลกเงินเดินทางระหว่างประเทศปลอม การฉ้อโกง หรือหลักทรัพย์จากเครื่องจ่ายเงินอัตโนมัติ ความผิดเกี่ยวกับการปลอมและการแปลงเงินตรา และความผิดเกี่ยวกับภาษีอากร ศุลกากร สรรพากร และสรรพสามิต

4) ศาลยุติธรรม จัดตั้งแผนกคดีพาณิชย์และเศรษฐกิจในศาลฎีกา เพื่อรับผิดชอบความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมทางการเงิน ได้แก่ ความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับตลาดหลักทรัพย์ รวมทั้ง คดีอื่นที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันตามที่ประธานศาลฎีกาจะได้กำหนด

ในขณะที่ตามมาตรฐาน ICCS การจำแนกอาชญากรรมทางการเงินจะถูกกำหนดจากการจัดหมวดหมู่อาชญากรรมตามลักษณะของพฤติกรรมการกระทำความผิดอาญาทุกรูปแบบ โดยการจำแนกความผิดทางอาญาตามแนวคิด นิยาม และหลักการที่อาศัยพื้นฐานความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับรูปแบบ ความหมาย และหลักเกณฑ์ที่สอดคล้องกัน

3.4 วิเคราะห์เปรียบเทียบระบบการจัดเก็บข้อมูลและจำแนกประเภทอาชญากรรมทางการเงินของไทยกับการจำแนกประเภทอาชญากรรมทางการเงินตามกฎหมายต่างประเทศ

ปัจจุบันการเก็บข้อมูลสถิติอาชญากรรมของประเทศไทยจะมีวิธีการจัดเก็บตามหน้าที่ของหน่วยงานตนในแต่ละหน่วยงานไม่ว่าจะเป็นสำนักงานตำรวจแห่งชาติ สำนักงานอัยการสูงสุด ศาล หน่วยงานราชทัณฑ์ หรือสำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม ซึ่งการจัดเก็บข้อมูลดังกล่าวก่อให้เกิดปัญหาในแง่ที่ข้อมูลที่เก็บได้บางกรณีไม่ครบถ้วน หรือบางกรณีการเก็บข้อมูลมีความทับซ้อนกัน ข้อมูลที่ได้มีความแตกต่างกัน ไม่มีความสอดคล้องกัน จากปัญหาดังกล่าว ทำให้การนำข้อมูลการเก็บสถิติทางอาญาไม่สามารถนำไปใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพในระดับประเทศ ทั้งนี้ หากมีการเก็บข้อมูลสถิติทางอาญาที่ดี มีมาตรฐานจะทำให้เห็นปัญหาจากสถิติคดีอาญาที่เก็บได้ รวมถึงสถานการณ์แนวโน้มของอาชญากรรมที่เกิดขึ้นในประเทศไทย ทำให้สามารถนำข้อมูลสถิติทางอาญาที่ได้ไปกำหนดนโยบายในการแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในระดับประเทศได้ สำหรับสหภาพยุโรปก็เคยพบปัญหาเกี่ยวกับความแตกต่างในการเก็บข้อมูลสถิติทางอาญาเช่นกัน ดังนั้น สหภาพยุโรปได้แก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วยการนำมาตรฐาน ICCS มาใช้ในสหภาพยุโรป โดยใช้วิธีการนำเอาความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศของแต่ละประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรปนำมาจำแนกหมวดหมู่ตามประเภทการกระทำผิดตามมาตรฐาน ICCS ทั้ง 11 ประเภท เช่นเดียวกับการนำข้อมูลฐานความผิดทางอาญาต่างๆ ตามที่เก็บไว้ตาม Eurostat ก็จะถูกนำมาจำแนกประเภทการจัดหมวดหมู่ตามมาตรฐาน ICCS เช่นกัน ด้วยวิธีการดังกล่าวจะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์แรกในการเชื่อมโยงฐานข้อมูลอาชญากรรมระหว่าง Eurostat และ UNODC อีกทั้งการเก็บข้อมูลตามมาตรฐาน ICCS ของประเทศต่างๆ ในยุโรปยังสามารถเก็บข้อมูลได้ในทุกขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา รวมถึงการสำรวจข้อมูลเหยื่ออาชญากรรมด้วย⁹

ส่วนการนำมาตรฐาน ICCS มาใช้ในสาธารณรัฐเกาหลีก็เป็นการนำเอาความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาของสาธารณรัฐเกาหลีมาจำแนกหมวดหมู่ตามประเภทการกระทำผิดตาม

⁹ Eurostat, "EU Guidelines for the International Classification of Crime for Statistical Purposes," [online] Available from : <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/3859598/8305054/KS-GQ-17-010-EN-N.pdf/feefb266-becc-441c-8283-3f9f74b29156>, [20 December 2022]

มาตรฐาน ICCS ทั้ง 11 ประเภท โดยในการดำเนินการเพื่อนำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาของสาธารณรัฐเกาหลีมาจำแนกหมวดหมู่ตามประเภทการกระทำผิดตามมาตรฐาน ICCS นั้น สาธารณรัฐเกาหลีจะทำงานร่วมกับสำนักงานว่าด้วยยาเสพติดและอาชญากรรมแห่งสหประชาชาติ (UNODC) โดยมีการจัดตั้งหน่วยงานที่เรียกว่า KOSTAT ขึ้นในสาธารณรัฐเกาหลีและให้ถือเป็นหน่วยงานกลาง (UN-CTS Focal Point) เกี่ยวกับการเก็บสถิติอาชญากรรมและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในภูมิภาคเอเชียแปซิฟิก (Center of Excellence for Statistics on Crime and Criminal Justice in Asia and the Pacific) ซึ่ง KOSTAT มีหน่วยงานที่ทำหน้าที่รับผิดชอบเกี่ยวกับมาตรฐาน ICCS ได้แก่ ตำรวจ อัยการ กระทรวงยุติธรรม ทีมวิจัย และทีมที่ปรึกษา โดยสาธารณรัฐเกาหลีถือเป็นประเทศแรกในเอเชียที่มีการนำการจำแนกหมวดหมู่ตามประเภทการกระทำผิดตามมาตรฐาน ICCS

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า หากประเทศไทยนำระบบการจำแนกหมวดหมู่ตามประเภทการกระทำผิดตามมาตรฐาน ICCS มาใช้ ก็จะเป็นการลดปัญหาเรื่องความแตกต่างกันในระบบกฎหมายของแต่ละประเทศ เนื่องจากรูปแบบการเก็บข้อมูลจะไม่เก็บข้อมูลอาชญากรรมตามฐานความผิดตามตัวบทของกฎหมาย แต่จะเก็บข้อมูลจากการจัดหมวดหมู่อาชญากรรมตามลักษณะของพฤติกรรมการกระทำผิดอาญาทุกรูปแบบ ทั้งนี้ เพื่อให้ได้สถิติอาชญากรรมมีความสอดคล้องและนำไปใช้ในการเก็บข้อมูลทางอาญา ทำให้สามารถเก็บสถิติอาชญากรรมทางการเงินได้อย่างมีประสิทธิภาพ กล่าวคือ สามารถวิเคราะห์พฤติกรรมของผู้กระทำผิด ความเสียหายของเหยื่ออาชญากรรม รัฐสามารถวางแผน กำหนดนโยบายทางอาญา ในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมที่จะเกิดขึ้นได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น ภายใต้ระบบข้อมูลสถิติที่ครบถ้วน และเป็นมาตรฐานเดียวกัน ซึ่งจะส่งผลประโยชน์ในการประมวลข้อมูลอาชญากรรม การเปรียบเทียบสถิติเกี่ยวกับอาชญากรรมทั้งในระดับประเทศ และระดับระหว่างประเทศ

4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

4.1 บทสรุป

ผลจากการศึกษาพบว่า ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเพื่อป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางการเงินของประเทศไทยมีหลายประการ ได้แก่

ปัญหาการจำแนกประเภทอาชญากรรมทางการเงิน เนื่องด้วยประเทศไทยยังไม่มีกำหนดนิยามคำว่า “อาชญากรรมทางการเงิน” ไว้เป็นการเฉพาะ มีเพียงการกำหนดกฎหมายและบทบาทของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมทางการเงินผ่านการกำกับดูแลภารกิจต่าง ๆ

ดังนั้น หากจะปฏิรูประบบการจัดเก็บข้อมูลโดยการกำหนดให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการจัดเก็บข้อมูลให้เป็นมาตรฐานเดียวกัน จำเป็นจะต้องกำหนดลักษณะและความหมายของอาชญากรรมทางการเงินไว้ในกฎหมายด้วยควบคู่กันไป เพื่อกำหนดขอบเขตการบังคับใช้กับหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เมื่อเปรียบเทียบกับมาตรฐานระหว่างประเทศว่าด้วยการจำแนกประเภทอาชญากรรมเพื่อประโยชน์ทางสถิติ (INTERNATIONAL CLASSIFICATION OF CRIME FOR STATISTICAL PURPOSES 2015) และแนวทางการจำแนกประเภทอาชญากรรมตามกฎหมายต่างประเทศ (สหภาพยุโรปและสาธารณรัฐเกาหลี) พบว่าทั้งสหภาพยุโรป และสาธารณรัฐเกาหลีต่างนำมาตรฐาน ICCS ไปใช้ในการจำแนกประเภทอาชญากรรมเพื่อประโยชน์ทางสถิติ ทำให้เกิดประโยชน์ในการการจัดหมวดหมู่อาชญากรรมตามลักษณะของการกระทำความผิดอาญาทุกรูปแบบ ทำให้สามารถลดปัญหาเรื่องความแตกต่างกันในระบบกฎหมายของแต่ละประเทศ เนื่องจากรูปแบบการเก็บข้อมูลจะไม่เก็บข้อมูลอาชญากรรมตามฐานความผิดตามตัวบทของกฎหมาย แต่จะเก็บข้อมูลจากการจัดหมวดหมู่อาชญากรรมตามลักษณะของพฤติกรรม การกระทำความผิดอาญาทุกรูปแบบ ทั้งนี้ เพื่อให้ได้สถิติอาชญากรรมมีความสอดคล้องและนำไปใช้ในการเก็บข้อมูลทางอาญา และเพื่อประโยชน์ในการประมวลข้อมูลอาชญากรรม การเปรียบเทียบสถิติเกี่ยวกับอาชญากรรมทั้งในระดับประเทศ และระดับระหว่างประเทศดังจะเห็นได้จากการประสานความร่วมมือของทั้งสหภาพยุโรปและสาธารณรัฐเกาหลีกับหน่วยงาน UNODC ในการจำแนกสถิติอาชญากรรมเพื่อให้สอดคล้องตามมาตรฐานของ ICCS

ปัญหาการจัดเก็บข้อมูลอาชญากรรมทางการเงิน เนื่องจากระบบการจัดเก็บข้อมูลอาชญากรรมทางการเงินของประเทศไทยเป็นการจัดเก็บข้อมูลโดยหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมที่มีลักษณะต่างคนต่างเก็บรวบรวมข้อมูลสถิติที่ผ่านเข้าออกตามขั้นตอนของกระบวนการในส่วนของตนเอง เป็นการจัดเก็บข้อมูลตามภารกิจตามกฎหมายที่ให้อำนาจของแต่ละหน่วยงานจัดเก็บและเป็นการจัดเก็บตามความต้องการใช้ข้อมูลของหน่วยงาน ซึ่งข้อมูลที่จัดเก็บดังกล่าวไม่สามารถนำไปใช้ประโยชน์ทางสถิติในการกำหนดนโยบายทางอาญาเพื่อป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมการเงินได้ และขาดมาตรฐานกลางในการจัดเก็บข้อมูล ทำให้การนำข้อมูลมาแลกเปลี่ยนระหว่างหน่วยงานเกิดการใช้ประโยชน์ร่วมกันที่ค่อนข้างน้อย เพราะบางหน่วยงานอาจไม่จำเป็นต้องการใช้ข้อมูลของหน่วยงานอื่นเนื่องจากไม่สอดคล้องกับภารกิจหน้าที่ ดังนั้น การจัดระบบการเก็บข้อมูลอาชญากรรมควรนำมาตรฐาน ICCS มาใช้ในประเทศไทยเพื่อการจัดเก็บข้อมูลไปอย่างมีระบบ สอดคล้องกัน ครบถ้วน ข้อมูลไม่ทับซ้อนกัน

4.2 ข้อเสนอแนะ

คณะผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะแนวทางการปฏิรูประบบการจัดเก็บข้อมูลอาชญากรรมและการจำแนกประเภทอาชญากรรมทางการเงินเพื่อให้ประเทศไทยมีการจำแนกประเภทอาชญากรรมทางการเงินที่เป็นไปตามมาตรฐานระหว่างประเทศว่าด้วยการจำแนกประเภทอาชญากรรมเพื่อประโยชน์ทางสถิติ (INTERNATIONAL CLASSIFICATION OF CRIME FOR STATISTICAL PURPOSES) รวมทั้งการกำหนดขอบเขตการจัดเก็บข้อมูล การแลกเปลี่ยนข้อมูลและการใช้ประโยชน์จากข้อมูลร่วมกันระหว่างหน่วยงาน นำไปสู่การวิเคราะห์แนวโน้มรูปแบบอาชญากรรมทางการเงินที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต ทำให้ภาครัฐสามารถกำหนดนโยบายทางอาญาในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางการเงินที่มีรูปแบบที่หลากหลายและซับซ้อน ดังนี้

4.2.1 กำหนดรูปแบบการจัดเก็บข้อมูลอาชญากรรมทางการเงินในรูปแบบของกฎหมายอนันตสัญญาและจำแนกข้อมูลอาชญากรรมทางการเงินที่จัดเก็บให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากล ICCS

การกำหนดรูปแบบการจำแนกและการจัดเก็บข้อมูลอาชญากรรมทางการเงิน โดยการออกเป็น “ประกาศคณะกรรมการพัฒนารัฐบาลดิจิทัลเรื่อง การจัดเก็บข้อมูลกระทำความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมทางการเงินเพื่อประโยชน์ต่อการบริหารงานยุติธรรม” อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติการบริหารงานและการให้บริการภาครัฐผ่านระบบดิจิทัล พ.ศ. 2562 มาตรา 4 วรรคสอง (2)¹⁰ มาตรา 7 (3) (9)¹¹ และมาตรา 13¹² โดยประกาศดังกล่าวมีสาระสำคัญดังนี้

¹⁰ มาตรา 4 ...

(2) การพัฒนามาตรฐาน หลักเกณฑ์ และวิธีการเกี่ยวกับระบบดิจิทัล และพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านดิจิทัลที่จำเป็นให้เป็นไปตามมาตรฐานสากล เพื่อสร้างและพัฒนากระบวนการทำงานของหน่วยงานของรัฐให้มีความสอดคล้องและมีเชื่อมโยงและแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างกัน รวมทั้งมีความมั่นคงปลอดภัยและน่าเชื่อถือ โดยมีการบูรณาการและสามารถทำงานร่วมกันอย่างเป็นเอกภาพเกิดการพัฒนาการบริการภาครัฐที่มีประสิทธิภาพและนำไปสู่การบริหารราชการและการบริการประชาชนแบบบูรณาการรวมทั้งให้ประชาชนเข้าถึงได้โดยสะดวก

¹¹ มาตรา 7 ให้คณะกรรมการพัฒนารัฐบาลดิจิทัลมีหน้าที่และอำนาจ ดังต่อไปนี้

(3) กำหนดมาตรฐาน ข้อกำหนด และหลักเกณฑ์เกี่ยวกับระบบดิจิทัลเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ตาม มาตรา 4 วรรคสอง และตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้

(9) ออกระเบียบหรือประกาศเพื่อให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้

¹² มาตรา 13 เพื่อประโยชน์ในการบริหารราชการแผ่นดินและการให้บริการประชาชน ให้หน่วยงานของรัฐจัดให้มีการเชื่อมโยงและแลกเปลี่ยนข้อมูลดิจิทัลที่มีการจัดทำและครอบครองตามที่หน่วยงานของรัฐแห่งอื่นร้องขอ ที่จะเกิดการบูรณาการร่วมกัน

- กำหนดนิยามคำว่า “อาชญากรรมทางการเงิน” ให้ความหมายว่า ความผิดที่กระทำโดย มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใดในลักษณะทรัพย์สิน และเป็นการกระทำความผิดตามกฎหมายที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายประกาศนี้

- กำหนดวัตถุประสงค์ของประกาศ ให้เป็นไปเพื่อ

(1) การจัดทำระบบการเก็บรวบรวมและจำแนกประเภทข้อมูลอาชญากรรมทางการเงิน ของหน่วยงานของรัฐให้เป็นมาตรฐานเดียวกันและถูกต้องตามมาตรฐานสากล เพื่อประโยชน์ในการประมวลผลข้อมูลตามภารกิจของหน่วยงาน

(2) การใช้ประโยชน์จากข้อมูลเพื่อการวิจัยและจัดทำสถิติอาชญากรรมทางการเงินตาม มาตรฐานสากล

(3) การวิเคราะห์แนวโน้มและรูปแบบการกระทำความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมทาง การเงิน เพื่อกำหนดนโยบายในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางการเงินของหน่วยงาน ที่เกี่ยวข้อง

(4) การสนับสนุนการเชื่อมโยงฐานข้อมูลของหน่วยงานของรัฐเพื่อประโยชน์ต่อการบริหาร งานยุติธรรมในส่วนที่เกี่ยวกับการสืบสวน สอบสวน การดำเนินคดีและการพิจารณาคดีอาชญากรรม ทางการเงิน

(5) การส่งเสริมและบูรณาการทำงานร่วมกันระหว่างหน่วยงานของรัฐให้มีความสอดคล้อง และมีการเชื่อมโยงและแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างกัน

- กำหนดการจำแนกลักษณะข้อมูลการกระทำความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมทางการเงิน โดยแยกออกเป็นรหัสของหมวดหมู่หลักและหมวดหมู่ย่อยที่มีรายละเอียดเกี่ยวกับรูปแบบและ ลักษณะการกระทำความผิดของอาชญากรรมทางการเงิน โดยมีรหัสของหมวดหมู่หลักที่สำคัญ ได้แก่ 01 รูปแบบการกระทำความผิด 02 ลักษณะของผู้กระทำความผิด 03 ลักษณะของ เหยื่ออาชญากรรม 04 รายละเอียดเกี่ยวกับทรัพย์สิน เป็นต้น

- เพื่อให้มีการจัดเก็บข้อมูลเป็นมาตรฐานเดียวกัน มีการกำหนดให้หน่วยงานของรัฐที่มี หน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับอาชญากรรมทางการเงินเกี่ยวกับการสืบสวน การสอบสวน การดำเนินคดีและการพิจารณาคดีอาชญากรรมทางการเงิน กำหนดให้ส่วนงานที่เกี่ยวข้องจัดเก็บ ข้อมูลตามแบบมาตรฐานท้ายประกาศนี้

- กำหนดให้หน่วยงานของรัฐที่ใช้ข้อมูลอาชญากรรมทางการเงินร่วมกันเพื่อประโยชน์ต่อ
งานบริหารงานยุติธรรมต้องใช้ข้อมูลเพื่อการวิเคราะห์และประมวลผลข้อมูลตามวัตถุประสงค์ใน
หน้าที่และอำนาจของหน่วยงานตนเท่านั้น โดยดำเนินการภายใต้ธรรมาภิบาลข้อมูลภาครัฐและ
มาตรการรักษาความปลอดภัยของข้อมูล

- กำหนดให้ในการดำเนินการเชื่อมโยงและแลกเปลี่ยนข้อมูลอาชญากรรมทางการเงิน
ตามประกาศนี้ ให้ดำเนินการโดยศูนย์แลกเปลี่ยนข้อมูลกระบวนการยุติธรรม อยู่ภายใต้การกำกับ
ดูแลของสำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม

- กำหนดให้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐมีหน้าที่ในการประสานงาน ดำเนินการ และติดตาม
ผลการดำเนินงานให้เป็นไปตามประกาศนี้

4.2.2 กำหนดประเภทของอาชญากรรมทางการเงิน

เพื่อให้เป็นไปตามร่างประกาศคณะกรรมการพัฒนารัฐบาลดิจิทัลเรื่อง การจัดเก็บข้อมูล
การกระทำความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมทางการเงินเพื่อประโยชน์ต่อการบริหารงานยุติธรรม
ในข้อ 2 ที่นิยามคำว่า “อาชญากรรมทางการเงิน” หมายความว่า ความผิดที่กระทำโดยมี
วัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใดในลักษณะทรัพย์สินและเป็นการกระทำ
ความผิดตามกฎหมายที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายประกาศนี้

จึงได้เสนอให้กำหนดบัญชีท้ายความผิดอาชญากรรมทางการเงิน โดยพิจารณาจากกฎหมาย
ที่เกี่ยวข้องที่ผู้วิจัยได้นำมาวิเคราะห์และกรณีศึกษาอาชญากรรมทางการเงินที่มีความสำคัญและ
ส่งผลกระทบต่อประเทศ ดังต่อไปนี้

- (1) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยธุรกิจสถาบันการเงิน
- (2) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์
- (3) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยสัญญาซื้อขายล่วงหน้า
- (4) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล
- (5) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน
- (6) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน
- (7) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์

ทั้งนี้ คณะกรรมการพัฒนารัฐบาลดิจิทัลอาจพิจารณาออกประกาศเพิ่มเติมความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมทางการเงินได้ เพื่อรองรับรูปแบบอาชญากรรมทางการเงินใหม่ ๆ ที่มีความสำคัญและกฎหมายที่เกี่ยวข้องในอนาคต

4.2.3 กำหนดแบบฟอร์มมาตรฐาน (Single form) ในการจัดเก็บข้อมูลอาชญากรรมทางการเงิน

เพื่อแก้ไขปัญหาของการจัดเก็บข้อมูลของแต่ละหน่วยงานที่มีความแตกต่างกันตามภารกิจของหน่วยงานและจัดทำในลักษณะที่แยกประเภทข้อมูลที่แตกต่างกันอย่างชัดเจน ทำให้ยากต่อการเชื่อมโยงข้อมูลระหว่างหน่วยงาน จึงเสนอให้กำหนดแบบการจัดเก็บข้อมูลรายละเอียดอาชญากรรมทางการเงินที่มีลักษณะเป็นแบบฟอร์มมาตรฐาน (Single form) ออกตามร่างประกาศฯ ข้อ 5 เพื่อให้หน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับอาชญากรรมทางการเงินใช้ในการจัดเก็บข้อมูล จะทำให้มีข้อมูลอยู่ในระบบและสามารถนำข้อมูลมาใช้วิเคราะห์ฐานความผิดและสภาพการเกิดอาชญากรรมต่อไป

4.2.4 ข้อเสนอแนะในการศึกษาครั้งต่อไป

ข้อเสนอแนะในการศึกษาวิจัยครั้งต่อไปคือ ประเด็นการเตรียมความพร้อมของหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมและหน่วยงานภาครัฐที่เกี่ยวข้องเพื่อการจำแนกและจัดเก็บข้อมูลอาชญากรรมทางการเงินที่มีประสิทธิภาพ สอดคล้องกับมาตรฐานสากล โดยศึกษาการนำเทคโนโลยี Blockchain มาปรับใช้กับการจัดเก็บข้อมูลและเชื่อมโยงข้อมูล รวมทั้งศึกษาถึงการเตรียมความพร้อมด้านบุคลากร การพัฒนาเทคโนโลยีในการรักษาความมั่นคงปลอดภัย การพัฒนาระบบการใช้เทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์ (Artificial intelligence) มาช่วยในการวิเคราะห์ข้อมูลขนาดใหญ่ (Big data) เพื่อการวิเคราะห์ข้อมูลเพื่อสนับสนุนงานสืบสวน งานสอบสวน การบริหารจัดการคดีและการติดตามความคืบหน้าของคดีอาชญากรรมทางการเงิน