

ปีที่ 41 ฉบับที่ 1 : มีนาคม 2566



วารสารกฎหมาย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN LAW JOURNAL

บทความวิชาการ

ร่องรอยกฎหมายเก่าในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บสพ 6
ไชยพัฒน์ ธรรมชุตินันท์

“บัญญัติแห่งเบียร์บริสุทธิ์ (Bierreinheitgebot)” กับปัญหาบางประการ
ภายใต้กฎหมายสหภาพยุโรปและกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมัน
ปุนเทพ ศิริบุพผะ

บทความวิจัย

กฎหมายไทยเกี่ยวกับผู้โดยสารประพาศิตนไม่เหมาะสมในอากาศยาน:
ศึกษาเฉพาะประเด็นเขตอำนาจรัฐและโทษทางปกครอง
ลลิล ก่อวุฒิกุลรังษี

การยกเลิกความผิดอาญา: ศึกษากรณีการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคโดย
ไม่มีใบอนุญาต
จิรายุ เสรีภินันท์

แนวทางการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวน
และสอบสวนคดีอาญา
รติมา สุระรัตน์ชัย

ขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญาตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติ
ป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542
ตริภพ โสวรรณรัตน์

กำหนดออกปีละ 3 ฉบับ (มีนาคม กรกฎาคม พฤศจิกายน)

สมัครได้ที่ คุณวรลักษณ์ ทองใบ

ติดต่อ โทร. +662-218-2017 ต่อ307 หรือ

อีเมล: journal@law.chula.ac.th

พิมพ์ที่ : โรงพิมพ์เดือนตุลา โทร. 0-2996-7392-4

E-mail: octoberprint50@hotmail.com

CHULALONGKORN LAW JOURNAL

วารสารกฎหมาย

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีที่ 41 ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2566)

คณะที่ปรึกษา

ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ	ศาสตราจารย์ ดร.ไพฑูริย์ เอกเจริญกร
ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.วิชัญ เจริญงาม	ศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์ ใจหาญ
ศาสตราจารย์กิตติคุณวิทิต มันทาภรณ์	รองศาสตราจารย์ธิดิพันธุ์ เชื้อบุญชัย
ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.สุรเกียรติ์ เสถียรไทย	รองศาสตราจารย์พิเศษ เสตเสถียร
ศาสตราจารย์พิเศษประสิทธิ์ ไขว้ไกลกุล	คณบดีคณะนิติศาสตร์
ศาสตราจารย์ ดร.จตุรนต์ ธีระวัฒน์	(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)

บรรณาธิการ

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

รองบรรณาธิการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สิริภิญญา ไขว้ไกลกุล	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภาวิณี สัตยานุรักษ์	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วรพล มาลสุชุม	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

กองบรรณาธิการ

ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุรัชดา ธีศรี	คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
รองศาสตราจารย์ ดร.บุญรัตน์ โชคบัณฑิตชัย	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร
ดร.วรวิทย์ อัจฉรวาณิชชัย	ศาลยุติธรรม
นางสนั่น ดิษยบุตร	สำนักงานอัยการสูงสุด
ดร.สุพรรณวษา โชติญาณ ถัง	กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ
ดร.อภิชน จันทระเสน	ธนาคารแห่งประเทศไทย

กองจัดการ

สุพิชา จินฉนวนโส	วรลักษณ์ ทองใบ
กรณัฐ อัครธนบูลย์	นภัสสร อยู่สำราญ

Chulalongkorn Law Journal

Volume 41 Issue 1 (March 2023)

Advisory Board

Professor Emeritus Dr.Borwornsak UWANNO
Professor Emeritus Dr.Wissanu KREA-NGAM
Professor Emeritus Vitit MUNTARBHORN
Professor Dr.Surakiart SATHIRATHAI
Professor Prasit KOVILAIKOOL
Professor Dr.Jaturon THIRAWAT

Professor Dr.Pathachit EAGJARIYAKORN
Professor Dr.Narong JAIHARN
Associate Professor Thitiphan CHUABOONCHAI
Associate Professor Piset SETSATHIRA
Dean of Faculty of Law
(Assistant Professor Dr.Pareena SRIVANIT)

Editor-in-Chief

Dr.Pramote SERMSILATHAM

Lecturer, Faculty of Law Chulalongkorn University

Deputy Editor

Assistant Professor Dr.Sirikanya KOVILAIKOOL
Assistant Professor Dr.Pawat SATAYANURUG
Assistant Professor Dr.Voraphol MALSUKHUM

Lecturer, Faculty of Law Chulalongkorn University
Lecturer, Faculty of Law Chulalongkorn University
Lecturer, Faculty of Law Chulalongkorn University

Editorial Board

Professor Dr.Pairojana KAMPUSIRI
Assistant Professor Dr.Surutchada REEKIE
Associate Professor Dr.Boonyarat CHOKBANDANCHAI
Dr.Worrawong ATCHARAWONGCHAI
Mrs.Santanee DITSAYABUT
Dr.Suphanvasa Chotikajan TANG

Dr.Apichon CHANTARASEN

Faculty of Law Thammasat University
Faculty of Law Chulalongkorn University
Faculty of Law Naresuan University
Court of Justice
Office of the Attorney General
Department of Treaties and Legal Affairs
Ministry of Foreign Affairs
Bank of Thailand

Management Team

Supicha CHINNAVASO
Koranutth AKRATHANABOON

Vorralluk THONGBAI
Naphatsorn YUSAMRAN

วัตถุประสงค์

“วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย” เป็นวารสารทางวิชาการด้านนิติศาสตร์ จัดพิมพ์โดย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มีเป้าหมายและขอบเขตเพื่อเผยแพร่ความรู้ทางวิชาการด้านนิติศาสตร์หรือความรู้ที่เกี่ยวข้องกับนิติศาสตร์ที่มีเนื้อหาที่น่าสนใจ ทันสมัย ริเริ่มสร้างสรรค์ และมีข้อเสนอที่เป็นประโยชน์ต่อวงการวิชาการด้านนิติศาสตร์ และต่อสังคม

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” เป็นวรรณกรรม และความรับผิดชอบของผู้เขียนโดยเฉพาะ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย บรรณาธิการ และกองบรรณาธิการ ไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วยหรือร่วมรับผิดชอบใด ๆ

ภาษาที่รับตีพิมพ์

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย รับตีพิมพ์ผลงานที่เขียนเป็นภาษาไทย และ/หรือ ภาษาอังกฤษ

ลักษณะการประเมินบทความ

บทความวิชาการและบทความวิจัยทุกชิ้นจะต้องผ่านการประเมินโดยผู้ทรงคุณวุฒิอย่างน้อย 3 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 three 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 2566) ซึ่งเนื้อหาของวารสารกฎหมายฉบับนี้ยังคงมีเนื้อหาสาระที่เกี่ยวกับกฎหมายในสาขาต่าง ๆ ทั้งในรูปแบบบทความวิชาการและบทความวิจัยจากผู้เขียนที่ทางกองบรรณาธิการได้ทำการเลือกสรรเพื่อนำมาเสนอให้แก่ผู้อ่านทุกท่าน ดังนี้

บทความแรกเป็นบทความวิชาการเรื่อง “ร่องรอยกฎหมายเก่าในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6” เขียนโดย คุณไชยพัฒน์ ธรรมชุตินันท์ นักศึกษาในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

บทความที่สองเป็นบทความวิชาการเรื่อง ““บัญญัติแห่งเบียร์บริสุทธิ์ (Bierreinheitsgebot)” กับปัญหาบางประการภายใต้กฎหมายสหภาพยุโรปและกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมัน” เขียนโดย ดร.ปุนเทพ ศิริพงษ์ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

บทความที่สามเป็นบทความวิจัยเรื่อง “กฎหมายไทยเกี่ยวกับผู้โดยสารประพุดิตนไม่เหมาะสมในอากาศยาน: ศึกษาเฉพาะประเด็นเขตอำนาจรัฐและโทษทางปกครอง” เขียนโดย ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ลลิต ก่อวุฒิกุลรังษี อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

บทความที่สี่เป็นบทความวิจัยเรื่อง “การยกเลิกความผิดอาญา: ศึกษากรณีการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคโดยไม่มีใบอนุญาต” เขียนโดย คุณจิรายุ เสรีภินันท์ นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความที่ห้าเป็นบทความวิจัยเรื่อง “แนวทางการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญา” เขียนโดย คุณรติมา สุระรัตน์ชัย นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความที่หกเป็นบทความวิจัยเรื่อง “ขอบเขตความรับผิดทางอาญาตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542” เขียนโดย คุณตรีภพ ไสวรรณรัตน์ นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

กองบรรณาธิการวารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย หวังเป็นอย่างยิ่งว่าผู้อ่านทุกท่าน
จะได้รับประโยชน์จากผลงานที่ได้ตีพิมพ์เผยแพร่ในวารสารฉบับนี้ หากผู้อ่านมีข้อเสนอแนะติชม
ประการใด กองบรรณาธิการยินดีอย่างยิ่งที่จะรับฟังและนำไปพัฒนาปรับปรุงวารสารฉบับต่อ ๆ ไป
พบกันใหม่ฉบับหน้า

บรรณาธิการ

อ.ดร.ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีที่ 41 ฉบับที่ 1

(มีนาคม 2566)

สารบัญ

• บทความวิชาการ

- 1-26 ร่องรอยกฎหมายเก่าในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6
ไชยพัฒน์ ธรรมชุตินันท์
- 27-53 “บัญญัติแห่งเบียร์บริสุทธิ์ (Bierreinheitsgebot)” กับปัญหาบางประการภายใต้กฎหมาย
สหภาพยุโรปและกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมัน
ปุนเทพ ศิริบุบผะ

• บทความวิจัย

- 55-75 กฎหมายไทยเกี่ยวกับผู้โดยสารประพาดิตนไม่เหมาะสมในอากาศยาน: ศึกษาเฉพาะประเด็น
เขตอำนาจรัฐและโทษทางปกครอง
ลลิต ก่อวุฒิกุลรังษี
- 77-102 การยกเลิกความผิดอาญา: ศึกษากรณีการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคโดยไม่มีใบอนุญาต
จิรายุ เสรีอภินันท์
- 103-137 แนวทางการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญา
รติมา สุระรัตน์ชัย
- 139-173 ขอบเขตความรับผิดทางอาญาตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปราม
การฟอกเงิน พ.ศ. 2542
ตรีภพ โสวรรณรัตน์

* บทความและความคิดเห็นใดๆ ใน “วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย” ฉบับนี้ เป็นวรรณกรรม
ของผู้เขียนโดยเฉพาะ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยและกองบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

Chulalongkorn Law Journal

Vol.41 No.1

(March 2023)

สารบัญ

- *Academic articles*

- 1-26 **Thai traditional law in Civil and Commercial code, Book VI**
Chaipat Thumchutinun

- 27-53 **The Beer Purity Law and Its Problems under European Union and German Constitutional Law**
Poonthep Sirinupong

- *Research articles*

- 55-75 **The Thai Law Concerning Unruly Passengers on Board: A study on Jurisdiction and Administrative Sanctions**
Lalin Kovudhikulrungsri

- 77-102 **Decriminalization of Beer Brewer: A Case Study of Brewing for Consumption Without Homebrewing License**
Jirayu Seriapinant

- 103-137 **The guidelines for personal data protection in criminal investigation**
Ratima Suraratchai

- 139-173 **Scope of Criminal Liability under section 5 of The Anti-Money Laundering Act B.E. 2542**
Treephop Sowannarat

* 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.

ร่องรอยกฎหมายเก่าในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6^{*}

Thai traditional law in Civil and Commercial code, Book VI

ไชยพัฒน์ ธรรมชุตินันท์
Chaipat Thumchutinun

นักศึกษาในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ถนนพระจันทร์ เขตพระนคร กรุงเทพฯ 10200
LL.M Candidate
Faculty of Law, Thammasat University, Pharachan Road, Phra Nakhon, Bangkok 10200
Corresponding author e-mail: chaipat.thu@dome.tu.ac.th
(Received: October 22, 2022; Revised: December 17, 2022; Accepted: December 26, 2022)

บทคัดย่อ

นับแต่การประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 กฎหมายมรดกมักถูกกล่าวอ้างในวงวิชาการไทยว่าเป็นหนึ่งในกฎหมายที่ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายไทยเดิมเสียมาก แต่ไม่ปรากฏว่ามีการยกตัวอย่างเชิงประจักษ์ว่ากฎหมายเก่าเหล่านี้ได้แก่หลักกฎหมายเรื่องใดบ้าง ต่างจากกฎหมายครอบครัวที่มักจะถูกอ้างถึงคู่กับกฎหมายลักษณะมรดกในฐานะกฎหมายที่มีที่มาจากจารีตประเพณีไทยเป็นสำคัญ โดยบทความฉบับนี้จะพูดถึงพัฒนาการกฎหมายลักษณะมรดกในไทย โดยสังเขป ตั้งแต่พระไอยการลักษณะมรดกจนถึงการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 พร้อมยกตัวอย่างหลักกฎหมายในปัจจุบันที่มีที่มาจากกฎหมายมรดกเก่า พร้อมทั้งเปรียบเทียบเพื่อชี้ให้เห็นจุดร่วมและจุดต่างระหว่างกฎหมายทั้ง 2 ฉบับ เพื่อประโยชน์ในการใช้และตีความกฎหมายลักษณะมรดกของไทยในอนาคต

คำสำคัญ: กฎหมายมรดก, ประวัติศาสตร์กฎหมาย, การปฏิรูปกฎหมาย

* อนึ่ง เนื่องจากเอกสารอ้างอิงโดยมากมีทั้งเอกสารตำราเก่าและเอกสารสมัยหลัง ๆ สอดคล้องว่า “มรดก” หลายรูปแบบ ทั้ง “มรดก” บ้าง “มฤตก” บ้าง “มรฎก” บ้าง ผู้เขียนจึงขอสะกดการันต์เป็นอย่างเดียวกันว่า “มรดก” นอกเหนือจากชื่อกฎหมายที่จะสะกดการันต์ตามต้นฉบับ กรณีของ “พินัยกรรม” และ “พินัยกรรม” ก็เป็นไปในทำนองเดียวกัน

ทั้งนี้ บทบัญญัติในพระไอยการลักษณะมรดก ผู้เขียนอ้างอิงจากประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 ฉบับที่จัดทำโดยมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง ซึ่งมีการกล่าวอ้างจากผู้รวบรวมว่าคัดมาจากตัวกฎหมายตราสามดวงฉบับหลวง โดยถอดมาจากฉบับดั้งเดิมครั้งแรกจัดทำ ไม่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนสาระสำคัญ

Abstract

Since the proclamation of Thai Civil and Commercial code Book VI, succession law may be referred by Thai lawyer that it is one of the law conserve Thai traditional laws like family law in Book V but No one can instance those traditional law. This article will explain about brief history of Thai succession law since old Thai succession law (Phra Aiyakarn Laksana Marudok) and instance legal principle in present that come from old law or be like old law and comparative to indicate similarity and difference between old law and present law for benefit for use and interpret Thai succession law in future

Keywords: Succession law, Legal history, Legal reformation

1. บทนำ

กฎหมายลักษณะมรดกเป็นกฎหมายที่ได้รับการกล่าวอ้างอยู่เสมอว่าเป็นกฎหมายที่ได้รับอิทธิพลจากพื้นประเพณีไทยเดิมเสียมาก โดยมีเหตุผลสนับสนุนว่าเรื่องกฎหมายมรดกเป็นเรื่องการจัดการทรัพย์สินภายหลังบุคคลถึงแก่ความตาย เรื่องธรรมเนียมเกี่ยวกับการตายย่อมเป็นเรื่องแล้วแต่วิถีชีวิตคนจนเกิดเป็นประเพณีเกี่ยวกับการปันทรัพย์มรดกในลักษณะที่เป็นเอกลักษณ์ของตนเอง¹ ไม่จำเป็นต้องเปลี่ยนแปลงตามชาติอื่นแต่ประการใด สอดคล้องกับความเห็นของหนึ่งในคณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่มองว่าขณะที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ถึงบรรพ 4 มุ่งเน้นรับหลักการกฎหมายจากต่างประเทศเป็นสำคัญเพื่อให้เป็นที่ยอมรับแก่นานาชาติว่าไทยก็มีกฎหมายที่ได้มาตรฐานทัดเทียมอารยประเทศ และมีนักกฎหมายชาวต่างชาติร่วมเป็นคณะกรรมการในการยกร่างและมีการยกร่างเป็นภาษาอังกฤษก่อนที่จะแปลเป็นภาษาไทย² ขณะที่บรรพ 5 และบรรพ 6 อันเป็นเรื่องครอบครัวมรดกกลับถูกมองว่าเป็นกฎหมายส่วนบุคคลที่ใช้บังคับกับพลเมืองในราชอาณาจักรเป็นหลัก โดยมุ่งเน้นการรับหลักการมาจากวัฒนธรรมประเพณีเดิมเป็นสำคัญ³ ทั้งปรากฏว่าคณะกรรมการร่างส่วนใหญ่เป็นคนไทยสามารถยกร่างได้เอง โดยไม่ต้องพึ่งพาการยกร่างโดยนักกฎหมายชาวต่างประเทศดังบรรพก่อนหน้านี้ โดยเริ่มยกร่างเป็นภาษาไทยก่อนและค่อยแปลกลับเป็นภาษาอังกฤษ⁴

¹ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว มรดก, (พระนคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2508), หน้า 1.

² พัทธินทร เปี่ยมสมบูรณ์, การปฏิรูปกฎหมายของประเทศไทย ตั้งแต่ พ.ศ. 2411 จนถึง พ.ศ. 2478, วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะอักษรศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, หน้า 94-95.

³ สุรพล ไตรเวทย์, การร่างประมวลกฎหมายในประเทศไทย (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2550), หน้า 159-160.

⁴ พัทธินทร เปี่ยมสมบูรณ์, การปฏิรูปกฎหมายของประเทศไทย ตั้งแต่ พ.ศ. 2411 จนถึง พ.ศ. 2478, หน้า 95

โดยบทความฉบับนี้จะเริ่มจากการกล่าวถึงพัฒนาการกฎหมายลักษณะมรดกในไทยตามมาด้วยการยกบทบัญญัติหลักการในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 6 ที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับหลักการในกฎหมายเก่าหรือถูกอ้างว่านำมาจากหลักกฎหมายเก่าและเปรียบเทียบกับกฎหมายเก่าว่ามีจุดร่วมและจุดต่างมากน้อยเพียงใด เพื่อเป็นประโยชน์ในการศึกษาเจตนารมณ์ของกฎหมายเพื่อประกอบการใช้และการตีความกฎหมายลักษณะมรดกของไทยต่อไป

2. พัฒนาการกฎหมายมรดกไทย

ก่อนจะกล่าวถึงร่องรอยหลักกฎหมายไทยเดิมที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 6 จำเป็นต้องอธิบายพัฒนาการเกี่ยวกับกฎหมายลักษณะมรดกในไทยตั้งแต่สมัยก่อนการปฏิรูปกฎหมายจนถึงการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 เสียก่อน เพื่อชี้ให้เห็นถึงพัฒนาการและจุดเด่นของกฎหมายมรดกในแต่ละยุคแต่ละสมัยโดยผู้เขียนจะแบ่งเป็น 2 ยุคใหญ่ ได้แก่ สมัยก่อนการปฏิรูปกฎหมายและสมัยปฏิรูปกฎหมาย โดยใช้ปีที่ก่อตั้งโรงเรียนกฎหมายเป็นตัวแบ่งตรงกับพ.ศ. 2440

2.1 สมัยก่อนการปฏิรูปกฎหมาย

หลักกฎหมายมรดกไทยในสมัยก่อนส่วนใหญ่จะอยู่ในพระไอยการลักษณะมรดกซึ่งเป็นกฎหมายเก่าตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยา ประกาศใช้ในรัชกาลสมเด็จพระเอกาทศรถ⁵ มีที่มาจากพระธรรมศาสตร์ที่รับมาจากอินเดียโดยผ่านมอญมาอีกทีโดยพระไอยการลักษณะมรดกมี 2 ส่วน ส่วนแรกตราใน พ.ศ. 2155 มี 48 บท ต่อมาใน พ.ศ. 2158 มีการบัญญัติเพิ่มเติมในส่วนของการทำพินัยกรรมและการแบ่งมรดกของผู้มีศักดิ์ต่ำกว่า 400 ไร่ เพิ่มเติมมาอีก 3 บท⁶ ซึ่งพระไอยการลักษณะมรดกมีสาระสำคัญดังนี้

1. แบ่งมรดกเป็น 4 ภาค ได้แก่มรดกภาคหลวง ภาคบิดามารดา ภาคญาติ และภาคภริยา⁷ ซึ่งญาติและภริยาแต่ละคนจะได้สัดส่วนไม่เท่ากัน ทั้งนี้การแบ่งมรดกยังขึ้นกับสถานะเจ้ามรดกเช่น การแบ่งมรดกชาย การแบ่งมรดกหญิง การแบ่งมรดกหญิงมีสามี การแบ่งมรดกพราหมณ์และการแบ่งมรดกพระอีกด้วย ทั้งนี้ ในกรณีเจ้ามรดกมีศักดิ์ต่ำกว่า 400 ไร่ก็ไม่ต้องแบ่งเข้าภาคหลวง⁸

⁵ พรชัย สุนทรพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะมรดก, พิมพ์ครั้งที่ 11. (กรุงเทพฯ ฯ; เนติบัณฑิตยสภา, 2562), หน้า 1.

อนึ่งมีข้อสังเกตว่าหากเทียบศักราชตามที่ตราในตัวพระไอยการลักษณะมรดกน่าจะหมายถึงสมเด็จพระเจ้าทรงธรรม (ครองราชย์ พ.ศ. 2153 - พ.ศ. 2171) มากกว่า

⁶ มนัสวี เพชรน้อย, การจำกัดสิทธิของพระภิกษุในการเรียกร้องเอาทรัพย์มรดก วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิตศึกษาคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558, หน้า 44.

⁷ พระไอยการลักษณะมรดก บทที่ 3

⁸ พระไอยการลักษณะมรดก บทที่ 51

2. เหตุกำเนิดมิให้ได้มรดก ได้แก่ เหตุกำเนิดเพราะยกย้ายปิดบังทรัพย์มรดก⁹ รวมทั้งเหตุกำเนิดมิให้รับมรดกฐานเป็นผู้ไม่สมควรได้แก่กรณีไม่รักษาพยาบาลไม่ปลงศพเจ้ามรดก¹⁰ ไม่เชื่อฟังญาติผู้ใหญ่ ทอดทิ้งบิดามารดาผู้เป็นเจ้ามรดก

3. การทำพินัยกรรมให้ทำเป็นหนังสือ และถือจำนวนพยานเป็นสาระสำคัญ โดยจำนวนพยานในการทำพินัยกรรมขึ้นอยู่กับฐานะผู้ทำพินัยกรรม ว่าหากผู้ทำพินัยกรรมมีศักดินา 10,000 ไร่ขึ้นไป ให้มีพยานในพินัยกรรม 9-10 คน หากผู้ทำพินัยกรรมมีศักดินา 800-10,000 ไร่ ให้มีพยานในพินัยกรรม 7-8 คน และหากผู้ทำพินัยกรรมเป็นพระภิกษุหรือไพร่ ให้มีพยานในพินัยกรรม 3 คน¹¹ และกรณีผู้ทำพินัยกรรมบางกลุ่ม มีการกำหนดคุณสมบัติพยานแตกต่างกัน เช่น พินัยกรรมพระสงฆ์ต้องมีพยานเป็นผู้เฒ่าผู้แก่ พินัยกรรมของพราหมณ์ต้องมีพยานเป็นพระสงฆ์หรือพราหมณ์¹²

โดยพยานจะมีหน้าที่สอบถามผู้ทำพินัยกรรม 3 ครั้ง 3 หนและเล็งดูว่าผู้ทำพินัยกรรมอยู่ในฐานะอันสามารถทำพินัยกรรมได้มากน้อยเพียงใด¹³ ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าการทำพินัยกรรมตามพระไอยการลักษณะมรดกจะเป็นเรื่องการทำบุญทำทานอุทิศมรดกให้พระสงฆ์เป็นสำคัญ¹⁴ พินัยกรรมอย่างนี้ ภาษาแต่โบราณเรียกว่า “พินัยกรรมลูกนึ่ง”¹⁵

4. ให้มีเจ้าพนักงานเรียกว่าสมุหมรดกทำหน้าที่จัดทำบัญชีทรัพย์สินและแบ่งทรัพย์มรดก¹⁶ มีอำนาจดำเนินการส่งทรัพย์มรดกเข้าภาคหลวงและปันทรัพย์มรดกที่เหลือแก่ทายาท¹⁷ สมุหมรดกนี้เองที่พัฒนามาเป็นผู้จัดการมรดกในเวลาต่อมา

นอกจากพระไอยการลักษณะมรดกแล้ว ยังปรากฏว่ามีหลักกฎหมายมรดกกระจายตามพระไอยการลักษณะอื่นอยู่ด้วยเช่นพระไอยการลักษณะเบ็ดเสร็จที่วางหลักเรื่องการตกทอดของที่ดินมรดกสู่ทายาท พระไอยการลักษณะกัณฑ์ที่กำหนดเรื่องความรับผิดชอบของทายาทในหนี้กองมรดก และพระไอยการลักษณะรับฟ้องที่ปรากฏเรื่องอายุความคดีมรดก เป็นต้น

⁹ พระไอยการลักษณะมรดก บทที่ 43 ก และ 44

¹⁰ พระไอยการลักษณะมรดก บทที่ 26-29

¹¹ ชนิสา จามอภิน, คำอธิบายว่าด้วยกฎหมายมรดก (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2565), หน้า 15.

¹² พระไอยการลักษณะมรดก บทที่ 49

¹³ พระไอยการลักษณะมรดก บทที่ 48-49

¹⁴ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, “แบบของพินัยกรรมในกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสและกฎหมายไทย”, วารสารนิติศาสตร์ 40, 1 (มีนาคม 2554), หน้า 27.

¹⁵ กิรีติ กาญจนรินทร์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 มรดก, (พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ : เนติบัณฑิตยสภา, 2563), หน้า 229.

¹⁶ พิจารณาปฐมาตย์, พระยา, คำอธิบายลักษณะมรดก, (พระนคร: โรงพิมพ์พิศาลบรรณินดี, 2468), หน้า 3.

¹⁷ ณัฐฤดี วัจนวงศ์, ผู้มีส่วนได้เสียในการร้องขอตั้งผู้จัดการมรดกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1713. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530, หน้า 20.

ต่อมาในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ พระราชกำหนดกฎหมายกระจัดกระจายอยู่มากเนื่องจากเหตุการณ์เสียกรุงศรีอยุธยาครั้งที่ 2 พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกจึงมีพระราชดำริให้จัดการชำระกฎหมายเกิดเป็นกฎหมายตราสามดวง โดยเป็นเพียงการรวบรวมบรรดาพระราชกำหนดกฎหมายเพื่อสะดวกแก่การใช้งาน (Classification) ไม่ใช่การจัดทำเป็นประมวลกฎหมายสมัยใหม่ (Codification) แต่ประการใด¹⁸ ในเชิงเนื้อหา พระไอยการลักษณะมรดกจึงได้รับการเปลี่ยนแปลงในเชิงเนื้อหาสาระสำคัญจนกระทั่งสมัยปฏิรูปกฎหมาย

2.2 สมัยปฏิรูปกฎหมาย

พระไอยการลักษณะมรดกในกฎหมายตราสามดวงถูกใช้เรื่อยมาจนกระทั่งกระบวนการปฏิรูปกฎหมายเริ่มต้นขึ้นในรัชกาลพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ซึ่งกฎหมายมรดกก็เป็นหนึ่งในบรรดาพระราชกำหนดกฎหมายที่ถูกแก้ไขเพิ่มเติมเช่นเดียวกัน โดยมีการปรับปรุงกฎหมายมรดกให้ทันสมัยขึ้นโดยแบ่งได้เป็น 3 ระยะ ดังนี้

2.2.1 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมลักษณมรฎก รัตนโกสินทรศก 121

ในรัชกาลพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว มีพระราชดำริว่าพระไอยการลักษณะมรดกบางมาตรามีข้อความขัดกับกาลสมัย เมื่อได้พิพากษาไปตามนั้นแล้ว พาให้เสียความยุติธรรมไป จึงเห็นสมควรที่จะแก้ไขเพิ่มเติมเฉพาะข้อที่ควรแก้ เพื่อให้เป็นประโยชน์แก่ความยุติธรรม¹⁹ โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมลักษณมรฎก รัตนโกสินทรศก 121 มีเพียง 4 มาตราอันมีสาระสำคัญดังนี้

1. เปลี่ยนแปลงวิธีแบ่งมรดกระหว่างญาติและการแบ่งมรดกหญิงมีสามี²⁰ มีการรับหลักการญาติสนิทตติญาติห่างและหลักการรับมรดกแทนที่²¹มาใช้ในระบบกฎหมายไทยเป็นครั้งแรกในยุคนี
2. แบ่งมรดกเข้าภาคหลวงเฉพาะผู้มีศักดินา 400 ไร่ขึ้นไปเท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง ทรัพย์มรดกสามัญชนไม่ต้องแบ่งเข้าภาคหลวง²²
3. ยกเลิกเหตุกำจัดมิให้รับมรดกเพราะไม่ได้รักษาใช้ปลงศพเจ้ามรดก²³

¹⁸ สมเกียรติ วรปัญญานันต์, *ความรู้กฎหมายทั่วไป กฎหมายในชีวิตประจำวัน*, (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562), หน้า 2.

¹⁹ โปรดดู คำปรารภพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมลักษณมรฎก รัตนโกสินทรศก 121 ใน ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 19 วันที่ 8 มิถุนายน ร.ศ. 121 หน้า 150.

²⁰ รามบัณฑิตสิทธิเศรณี, พระยา, *กฎหมายมรดก*, พิมพ์ครั้งที่ 4. (พระนคร: โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร, 2472), หน้า 4.

²¹ มาตรา 1 ข้อ 1 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมลักษณมรฎก รัตนโกสินทรศก 121

²² พิจารณาปฤชามาตย์, พระยา, *คำอธิบายลักษณมรฎก*, หน้า 6.

²³ มาตรา 3 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมลักษณมรฎก รัตนโกสินทรศก 121

อนึ่ง ไม่ปรากฏหลักฐานว่าหลักการในพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมลักษณมรฎก รัตนโกสินทรศก 121 ได้รับแนวทางมาจากบทกฎหมายต่างประเทศหรือมีเค้าโครงจากจารีตประเพณีไทยมากนักน้อยเพียงใด ด้วยในชั้นการเสนอร่างก็ไม่มีกรอ้างอิงที่มาของบทบัญญัติ ซึ่งในส่วนนี้ ผู้เขียนเห็นว่า พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมลักษณมรฎก รัตนโกสินทรศก 121 น่าจะรับแนวทางจากกฎหมายต่างประเทศเป็นสำคัญ นอกจากนี้ในชั้นการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 บทบัญญัติที่ว่าด้วยการรับมรดกแทนที่²⁴ และหลักญาติสนิททดแทน²⁵ ก็ไม่ปรากฏการอ้างอิงถึงพระไอยการลักษณะมรดกเดิม แม้กระทั่งความเห็นของนักวิชาการที่มองว่ากฎหมายมรดกไทยในปัจจุบันรับอิทธิพลจากจารีตประเพณีไทยแต่เดิมก็อ้างแต่เพียงว่ารับหลักการจากพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระไอยการลักษณะมรดก ร.ศ. 121 เท่านั้น²⁶ สอดคล้องกับความเห็นของพรชัย สุนทรพันธุ์ที่มองว่าพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระไอยการลักษณะมรดก รัตนโกสินทรศก 121 น่าจะรับหลักการมาจากหลักกฎหมายต่างประเทศ²⁷

อนึ่ง มีข้อพิจารณาในเรื่องหลักญาติสนิททดแทน แม้จะมีบทบัญญัติในพระไอยการลักษณะมรดก ที่กำหนดเรื่องแบ่งมรดกภาคญาติว่าให้แบ่งมรดกแก่ญาติพี่น้องตามสนิทแลห่าง²⁸ ซึ่งอาจจะมีผู้เห็นว่าน่าจะเทียบกับหลักญาติสนิททดแทนในพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมลักษณมรดก ร.ศ. 121 ได้ แต่ผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติในพระไอยการลักษณะมรดกแต่เดิมน่าจะเป็นเรื่องการจัดสรรปันส่วนทรัพย์สินมรดกแก่ทายาทมากกว่า เป็นต้นว่าญาติสนิทได้ส่วนแบ่งมาก ญาติห่างได้ส่วนแบ่งน้อย มากกว่าที่จะเป็นเรื่องการมีตัวของญาติใกล้เคียงเป็นการตัดสินใจในการรับมรดกของญาติใกล้เคียง แม้จะปรากฏว่ามีคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยว่าหากเจ้ามรดกมีบุตรอยู่แล้ว พี่น้องญาติอื่นจะมาเรียกร้องเอาทรัพย์สินมรดก

²⁴ ในชั้นร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 บทบัญญัติว่าด้วยการรับมรดกแทนที่ที่มีการอ้างอิงกฎหมายต่างประเทศได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 740 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 1924 วรรค 2 ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 995 และประมวลกฎหมายแพ่งสวิตเซอร์แลนด์ มาตรา 457 วรรค 3 (อนึ่ง เลขมาตราที่กล่าวถึงเป็นบทบัญญัติร่วมสมัยกับการร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมลักษณมรฎก รัตนโกสินทรศก 121 และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ก่อนที่ประมวลกฎหมายของทั้ง 4 ประเทศจะมีการชำระสะสางครั้งใหญ่ในภายหลัง) พิจารณาบริบทการตราพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมลักษณมรฎก รัตนโกสินทรศก 121 ผู้เขียนเห็นว่า มาตรา 1 ข้อ 1 วรรคสอง

พระราชบัญญัตินี้กล่าวน่าจะรับแนวทางมาจากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส เพราะมีบทบัญญัติที่คล้ายคลึงในแง่ที่กำหนดกรณีเหตุรับมรดกแทนที่เมื่อเฉพาะกรณีผู้ที่จะมรดกตายก่อนเจ้ามรดก ไม่กล่าวถึงกรณีสันนิษฐานด้วยเหตุอื่นอย่างในเยอรมันหรือญี่ปุ่น ในขณะที่ประมวลกฎหมายแพ่งสวิตเซอร์แลนด์ใช้หลังพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมลักษณมรฎก รัตนโกสินทรศก 121 จึงไม่น่าจะมีอิทธิพลอะไรในชั้นนี้

²⁵ ในชั้นร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 บทบัญญัติว่าด้วยหลักญาติสนิททดแทน ไม่มีการอ้างอิงถึงพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมลักษณมรฎก รัตนโกสินทรศก 121 แต่อ้างอิงประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 1930 ซึ่งบัญญัติไปในทำนองเดียวกันกับมาตรา 1 ข้อ 1 วรรคท้าย พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมลักษณมรฎก รัตนโกสินทรศก 121

²⁶ โปรตดู เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว มรดก, หน้า 529, 561.

²⁷ พรชัย สุนทรพันธุ์, ปัญหาเกี่ยวกับการรับมรดกแทนที่ รายงานวิจัย, (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ, 2559), หน้า 11.

²⁸ พระไอยการลักษณะมรดก บทที่ 51

ด้วยมิได้ ก็ไม่ปรากฏว่ามีการอ้างตัวบทพระไอยการลักษณะมรดกเดิม และอ้างแต่ “ประเพณีที่มีอยู่ทุกวันนี้” ทั้งหวัคำพิพากษาที่มีการรวบรวมขึ้นมาภายหลังยังระบุด้วยว่าเป็นกรณีที่ศาลวินิจฉัยแยกไปจากพระไอยการลักษณะมรดกเดิม²⁹ ผู้เขียนจึงเห็นว่ายังไม่เพียงพอที่จะรับฟังได้ว่าหลักญาติสนิทตัดญาติห่างเป็นหลักที่มีมาตั้งแต่สมัยพระไอยการลักษณะมรดก แต่คำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวอาจจะเป็นหลักฐานของการก่อรูปของหลักญาติสนิทตัดญาติห่างในระบบกฎหมายไทยที่แน่ชัดเป็นครั้งแรก ๆ ก็ได้ เพียงแต่ยังไม่สามารถอนุมานได้อย่างแน่ชัดว่าก่อนหน้าที่จะมีคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวนี้ ไทยได้ใช้ญาติสนิทตัดญาติห่างมาปรับแก้คดีอยู่แล้ว

นอกจากนี้ยังมีกฎหมายเปิดโอกาสให้ศาลมีอำนาจนำความขึ้นกราบบังคมทูลพระกรุณาขอพระราชทานพระบรมราชวินิจฉัยเป็นพิเศษได้ แต่ในทางปฏิบัติศาลก็มักวินิจฉัยเองมิได้นำความขึ้นกราบบังคมทูลบ่อยครั้งนัก³⁰ หลักการนี้ ภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองในวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้อำนาจหน้าที่ในการพิพากษาอรรถคดีเป็นขององค์กรศาล แต่เพียงผู้เดียว กระบวนการกราบบังคมทูลพระมหากษัตริย์ดังกล่าวจึงถูกลบลงไปในเวลาต่อมา³¹

หลังจากนั้น ปรากฏว่าตลอดสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ กฎหมายมรดกก็ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมหลายครั้ง แต่ก็ยังเป็นเพียงเรื่องรายละเอียดเพียงเล็กน้อยเท่านั้นเช่น โดยมีการออกกฎหมายแก้ปัญหาเป็นการเฉพาะหน้าไป

1. กฎเสนาบดี กระทรวงยุติธรรมที่ 51 ว่าด้วยบุตรบุญธรรมที่ไม่ได้มรฎก เว้นแต่มีพินัยกรรม ลง ณ ร.ศ. 124 (พ.ศ. 2448)
2. กฎเสนาบดีกระทรวงเกษตรธิการที่ 17 ว่าด้วยเรื่องการแก้ทะเบียนชื่อในโฉนดแผนที่โดยมิได้รับมรดก
3. กฎเสนาบดีกระทรวงเกษตรธิการที่ 19 ว่าด้วยเรื่องมรฎกผู้รับจำนำและรับซื้อฝาก ลง พ.ศ. 2459
4. ประกาศยกเลิกกฎหมายลักษณะมรดก บทที่ 21 ลง พ.ศ. 2471 ที่เป็นหลักที่ให้ภริยาเจ้ามรดกที่ไม่มีบุตรกับเจ้ามรดกส่งมอบสินเดิมคืนญาติเจ้ามรดกเป็นอาทิ³²

²⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 46/ร.ศ. 118 อ้างถึงใน ราชบุรีดิเรกฤทธิ์, พระเจ้าลูกยาเธอ กรมหมื่น, คำพิพากษากรรมการฎีกา บางเรื่อง ปี 117 ถึง ปี 120, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์กองหลวง, ร.ศ. 120), หน้า 68-70.

³⁰ รามบัณฑิตสิทธิเสรี, พระยา, กฎหมายมรดก, หน้า 6.

³¹ พลังกูรธรรมพิชัย, พระยา, คำบรรยายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก, (พระนคร: มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, 2482), หน้า 5.

³² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, มานิตย์ จุมปา แก้ไขเพิ่มเติม, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก, พิมพ์ครั้งที่ 2. (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2548), หน้า 103.

2.2.2 พระราชบัญญัติว่าด้วยการทำพินัยกรรม พ.ศ. 2475

สืบเนื่องจากพินัยกรรมตามพระโอัยการลักษณะมรดกมีวิธีการที่เคร่งครัดยุ่งยากและซับซ้อน³³ ทั้งยังขาดหลักเกณฑ์ที่กฎหมายต่างประเทศให้ความสำคัญเช่นวัน เดือน ปีที่ทำพินัยกรรม การลงลายมือชื่อของพยานในพินัยกรรมและผู้ทำพินัยกรรม³⁴ ซึ่งอาจจะทำให้เกิดการฉ้อฉลได้โดยง่าย ประกอบกับภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองในวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 ระบบศักดินาถูกยกเลิกเสียทำให้การแบ่งวิธีการทำพินัยกรรมตามจำนวนศักดินาเป็นเรื่องที่ไม่จำเป็นอีกต่อไป เพื่อให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์และนโยบายของรัฐบาลใหม่ อนุโลมตามความมุ่งหมายของกฎหมายใหม่ในที่นี้คือรัฐธรรมนูญซึ่งได้ยกเลิกความผิดแผกกันโดยถือเอาตามจำนวนไร่ศักดินา³⁵ จึงมีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการทำพินัยกรรม พ.ศ. 2475 ขึ้นเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์การทำพินัยกรรมให้ทันสมัย ไม่ยุ่งยากดังพินัยกรรมตามกฎหมายเก่า³⁶ โดยร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการทำพินัยกรรมเริ่มจัดทำตั้งแต่เดือนธันวาคม พ.ศ. 2475³⁷ และมีการประกาศใช้ในวันที่ 30 มีนาคม พ.ศ. 2475 (หากนับตามปฏิทินใหม่ก็ พ.ศ. 2476)³⁸ รวมระยะเวลาดำเนินการจัดทำร่างเพียง 2 เดือนเท่านั้น

โดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการทำพินัยกรรม พ.ศ. 2475 มีสาระสำคัญดังนี้

1. แบ่งประเภทของพินัยกรรมเป็น 7 ประเภทได้แก่พินัยกรรมแบบธรรมดา³⁹ พินัยกรรมแบบเขียนเองทั้งฉบับ⁴⁰ พินัยกรรมเอกสารมหาชน⁴¹ พินัยกรรมเอกสารลับ⁴² พินัยกรรมของผู้ตกอยู่ในอันตรายใกล้ความตาย⁴³ พินัยกรรมคนไทยในต่างประเทศ⁴⁴ พินัยกรรมที่ข้าราชการทหารทำระหว่างสงคราม⁴⁵

³³ พลากรธรรมพิชัย, พระยา, คำบรรยายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก, หน้า 70.

³⁴ ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 0061/2475 อ้างถึงใน เสกสรรค์ เอกวิริยะวิทย์, แบบของพินัยกรรม (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2556), หน้า 27.

³⁵ หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, ม-สคก/143 ร่างกฎหมายและความเห็นทางกฎหมาย ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการทำพินัยกรรม พ.ศ. 2475 กับ กฎกระทรวง (30 ธันวาคม 2475 - 12 กุมภาพันธ์ 2475).

³⁶ ไพโรจน์ กัมพูศิริ, หลักกฎหมายมรดก, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563), หน้า 14.

³⁷ หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, ม-สคก/143 ร่างกฎหมายและความเห็นทางกฎหมาย ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการทำพินัยกรรม พ.ศ. 2475 กับ กฎกระทรวง (30 ธันวาคม 2475 - 12 กุมภาพันธ์ 2475).

³⁸ สมัยนั้นขึ้นปีใหม่วันที่ 1 เมษายน

³⁹ มาตรา 5 พ.ร.บ.ว่าด้วยการทำพินัยกรรม พ.ศ. 2475

⁴⁰ มาตรา 6 พ.ร.บ.ว่าด้วยการทำพินัยกรรม พ.ศ. 2475

⁴¹ มาตรา 7-8 พ.ร.บ.ว่าด้วยการทำพินัยกรรม พ.ศ. 2475

⁴² มาตรา 9 พ.ร.บ.ว่าด้วยการทำพินัยกรรม พ.ศ. 2475

⁴³ มาตรา 13 พ.ร.บ.ว่าด้วยการทำพินัยกรรม พ.ศ. 2475

⁴⁴ มาตรา 17 พ.ร.บ.ว่าด้วยการทำพินัยกรรม พ.ศ. 2475

⁴⁵ มาตรา 19 พ.ร.บ.ว่าด้วยการทำพินัยกรรม พ.ศ. 2475

2. ห้ามทำพินัยกรรมร่วม⁴⁶ กล่าวคือการห้ามทำบุคคลหลายคนทำพินัยกรรมในฉบับเดียวกัน หากฝ่าฝืน พินัยกรรมตกเป็นโมฆะ⁴⁷ เพื่อคุ้มครองผู้ทำพินัยกรรมให้สามารถแสดงเจตจำนงของตนได้อย่างเสรี ไม่ต้องอยู่ภายใต้การครอบงำของผู้ใด รวมถึงผู้ทำพินัยกรรมร่วมอีกคนด้วย

3. การลงลายมือชื่อของผู้ทำพินัยกรรมต่อหน้าพยานเป็นสาระสำคัญของการทำพินัยกรรม พยานไม่ต้องคอยเล็งดูอาการผู้อาพาธและถาม 3 ครั้ง 3 หนอีกต่อไป

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาในชั้นร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการทำพินัยกรรม พ.ศ. 2475 จะเห็นว่าแทบไม่มีกลิ่นอายของหลักกฎหมายไทยเดิมเหลืออยู่เลย ส่วนมากรับหลักการจากกฎหมายต่างประเทศมา ทั้งฝรั่งเศส เยอรมัน สวิตเซอร์แลนด์ ญี่ปุ่น สเปน บราซิล โปรตุเกส⁴⁸ แม้ว่าในกรณีพินัยกรรมแบบธรรมดา ผู้ร่างจะอ้างว่าเป็นการเอาหลักกฎหมายลักษณะมรดกเดิมมาปรับปรุงให้สอดคล้องกับกาลสมัย⁴⁹ แต่ผู้เขียนก็เห็นว่าหลักเกณฑ์รูปแบบของพินัยกรรมแบบธรรมดาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการทำพินัยกรรม พ.ศ. 2475 ก็แทบจะไม่เหลือเค้าเดิมของพินัยกรรมตามพระไอยการลักษณะมรดกแล้ว เช่นเดียวกัน

มีข้อสังเกตว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยการทำพินัยกรรม พ.ศ. 2475 มีลักษณะเป็นกฎหมายที่ให้ประกาศใช้ไปพลางก่อน ก่อนที่จะประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6⁵⁰ และมีเนื้อหาว่าด้วยหลักเกณฑ์และรูปแบบการทำพินัยกรรมเป็นสำคัญ โดยมีหลักการใหม่ ๆ ที่ไม่เคยมีในพระไอยการลักษณะมรดกเช่นการทำพินัยกรรมของคนไข้ หูหนวก การทำพินัยกรรมของบุคคลที่อยู่ในอันตราย ใกล้ความตายและกรณีคนไทยทำพินัยกรรมในต่างประเทศ⁵¹ หลักเกณฑ์เรื่องการลงลายมือชื่อของผู้ทำพินัยกรรมและพยานในพินัยกรรม แต่ก็ยังคงขาดบทบัญญัติสำคัญบางอย่างเช่น ผลของพินัยกรรม และการตีความพินัยกรรม การยกเลิกเพิกถอนและความเสียเปล่าของพินัยกรรม เป็นต้น นอกจากนี้ หลักเกณฑ์การทำพินัยกรรมบางรูปแบบก็ยังคงมีความยุ่งยากซับซ้อนจนไม่คำนึงถึงความเป็นจริงนัก เช่นการทำพินัยกรรมในพฤติการณ์พิเศษที่ต้องมีตัวผู้ใหญ่บ้าน กำนันหรือตำรวจอยู่ในขณะทำพินัยกรรม และต้องใช้พยานถึง 3 คน⁵² ซึ่งโดยสภาพ ผู้เขียนเห็นว่าในภาวะฉุกเฉินเช่นนั้นผู้ทำพินัยกรรมไม่น่าจะ

⁴⁶ มาตรา 23 พ.ร.บ.ว่าด้วยการทำพินัยกรรม พ.ศ. 2475

⁴⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 814/2493 อ้างถึงใน กิริติ กาญจนรินทร์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 มรดก, 2.

⁴⁸ หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, ม-สศก/143 ร่างกฎหมายและความเห็นทางกฎหมาย ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการทำพินัยกรรม พ.ศ. 2475 กับ กฎกระทรวง (30 ธันวาคม 2475 - 12 กุมภาพันธ์ 2477).

⁴⁹ หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, ม-สศก/198 ร่างกฎหมายและความเห็นทางกฎหมาย ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการทำพินัยกรรม พ.ศ. 2475 กับ กฎกระทรวง (30 ธันวาคม 2475 - 12 กุมภาพันธ์ 2477).

⁵⁰ พลังกูรธรรมพิจัย, พระยา, คำบรรยายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก, หน้า 90.

⁵¹ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, รวมบทความกฎหมายลักษณะครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 4. (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2559), หน้า 210.

⁵² มาตรา 13 (1) พ.ร.บ.ว่าด้วยการทำพินัยกรรม พ.ศ. 2475

สามารถหาพยานได้ครบถ้วนตามกฎหมายกำหนดได้ทันการณ่นั้น นำมาซึ่งการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายในชั้นการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 6 ต่อไป

2.2.3 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6

แนวความคิดจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เริ่มก่อรูปขึ้นมาตั้งแต่รัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ใน พ.ศ. 2451 แต่กระบวนการจัดทำก็ล่าช้าไปจนถึง พ.ศ. 2468 โดยทยอยประกาศใช้ทีละบรรพจนกระทั่งการประกาศใช้บรรพ 6 ใน พ.ศ. 2478

เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 มักจะถูกกล่าวถึงในฐานะกฎหมายที่รับหลักการมาจากจารีตประเพณีไทยเป็นสำคัญ⁵³ นักกฎหมายที่ออกมาสนับสนุนความเห็นนี้เช่น ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช⁵⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ⁵⁵ พรชัย สุนทรพันธุ์⁵⁶ พินัย ญ นคร⁵⁷ เป็นต้น

อย่างไรก็ดี สอาด นาวิเจริญเห็นว่านอกจากจะรับแนวทางจากจารีตประเพณีเดิมของไทยแล้ว ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ยังรับแนวทางจากหลักกฎหมายต่างประเทศด้วย ทั้ง อังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมัน ญี่ปุ่น สวิตเซอร์แลนด์ และบราซิล⁵⁸ นอกจากนี้ ไพโรจน์ กัมพูสิริยังให้ข้อสังเกตว่าบทบัญญัติว่าด้วยแบบพินัยกรรมไทยน่าจะรับหลักการมาจากกฎหมายฝรั่งเศส⁵⁹ จึงอาจกล่าวได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 เป็นการนำเอาหลักกฎหมายต่างประเทศมาปรับให้เข้ากับกฎหมายของประเทศไทยที่มีมาแต่ก่อนมากกว่า⁶⁰ สอดคล้องกับบันทึกรายงานการประชุมการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ที่ส่วนใหญ่อ้างอิงถึงแต่บทกฎหมายต่างประเทศ น้อยมาตราที่จะอ้างถึงพระไอยการลักษณะมรดก

ทั้งนี้ กฎหมายมรดกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็มีหลักการที่เพิ่มเติมและเปลี่ยนไปจากพระไอยการลักษณะมรดกและพระราชบัญญัติว่าด้วยการทำพินัยกรรม พ.ศ. 2475 หลายประการ⁶¹

⁵³ พรชัย สุนทรพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะมรดก, หน้า 4.

⁵⁴ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว มฤตก, หน้า 1.

⁵⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, มานิตย์ จุมปา แก้ไขเพิ่มเติม, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก, หน้า 4-5.

⁵⁶ พรชัย สุนทรพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะมรดก, หน้า 3.

⁵⁷ พินัย ญ นคร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะมรดก พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ ฯ: วิญญูชน, 2555), หน้า 24.

⁵⁸ สอาด นาวิเจริญ, คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ว่าด้วยมรดก (พระนคร: แสงทองการพิมพ์, 2510), หน้า 4.

⁵⁹ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, “แบบของพินัยกรรมในกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสและกฎหมายไทย”, หน้า 16.

⁶⁰ รวิมล ด้านวิวัฒน์, การจำกัดมิให้รับมรดก: ศึกษากรณีการกระทำต่อพินัยกรรม, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556, หน้า 42.

⁶¹ พระยาพหลโยธินพิชัยให้ข้อสังเกตว่าเดิมทีหลักการในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ว่าด้วยพินัยกรรมที่จะประกาศใช้ก็คงเป็นทำนองเดียวกับพระราชบัญญัติว่าด้วยการทำพินัยกรรม เพียงแต่ตัดทอนแก้ไขเพื่อความสะดวกแก่การใช้ โปรดดู พหลโยธินพิชัย, พระยา, คำบรรยายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมฤตก, หน้า 94

ในส่วนของการจัดสรรปันส่วนมรดกแก่ทายาทโดยธรรม มีการตัดเรื่องการแบ่งมรดกภาคหลวงออกไป ทั้งยังแก้ไขการจัดสรรปันส่วนมรดกให้สอดคล้องกับระบบครอบครัวสมัยใหม่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 เช่นการเปิดให้บุตรบุญธรรมมีสิทธิรับมรดกจากเดิมที่กฎหมายเก่าไม่ให้สิทธิ⁶² สิทธิในการรับมรดกของบุตรที่บิดาให้การรับรองโดยพลตินัย⁶³ เพื่อรองรับแนวคิดการทำให้บุตรเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายที่มีขึ้นมาใหม่ คู่สมรสที่มีสิทธิรับมรดกต้องจดทะเบียนสมรสกับเจ้ามรดก นอกจากนี้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ยังเพิ่มหลักเกณฑ์การสละมรดก⁶⁴ เหตุกำจัดมิให้รับมรดกฐานเป็นผู้ไม่สมควรที่ต่างไปจากเหตุตามกฎหมายเก่า⁶⁵ โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับพินัยกรรม หลักเกณฑ์การตั้งผู้จัดการมรดก การชำระหนี้มรดก การมอบหมายหน้าที่ผู้จัดการศพ⁶⁶ เป็นต้น

ในส่วนของพินัยกรรมมีการแก้ไขข้อความด้วยบทบัญญัติให้รัดกุม ชัดเจนยิ่งขึ้นและเพิ่มเติมบทบัญญัติในส่วนของผลของพินัยกรรม และการตีความพินัยกรรม คุณสมบัติและประเภทของผู้รับพินัยกรรม ความสามารถของผู้ทำพินัยกรรม นอกจากนี้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ยังตัดบทบัญญัติเดิมของพระราชบัญญัติว่าด้วยการทำพินัยกรรม พ.ศ. 2475 ไป 2 เรื่องได้แก่เรื่องการห้ามทำพินัยกรรมร่วมกันในเอกสารฉบับเดียวกันโดยให้เหตุผลว่าเป็นเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญา และบทบัญญัติที่ว่าถ้าพินัยกรรมที่ทำไม่ถูกต้องตามแบบหนึ่ง อาจสมบูรณ์เป็นพินัยกรรมในแบบอื่น⁶⁷ โดยให้ไปว่าตามหลักทั่วไปว่าด้วยนิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะแปลงรูปในบรรพ 1 นั้นเอง⁶⁸ นอกจากนี้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

⁶² พรชัย สุนทรพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะมรดก, หน้า 118.

อนึ่ง ตามพระไอยการลักษณะมรดก บทที่ 12 กฎหมายเปิดให้บุตรบุญธรรมที่อายุไม่ถึง 7 ปีขณะที่เจ้ามรดกตายมีสิทธิรับมรดกก่อนที่จะมีการตัดสิทธิของบุตรบุญธรรมเป็นการเด็ดขาดในพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมลักษณมรดก ร.ศ. 121

⁶³ มาตรา 1627 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

บุตรนอกกฎหมายที่บิดาได้รับรองแล้วและบุตรบุญธรรมนั้น ให้ถือว่าเป็นผู้สืบสันดาน เหมือนกับบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายตามความหมายแห่งประมวลกฎหมายนี้

⁶⁴ มีข้อสังเกตว่าการสละมรดกไม่เคยบัญญัติโดยตรงในกฎหมายลักษณะมรดก ทั้งยังปรากฏว่าก่อนการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ศาลฎีกายังวางแนวคำพิพากษาดำเนินการว่าการสละมรดกจะกระทำมิได้ เพราะจะเป็นปฏิปักษ์ต่อกฎหมายโปรตุเกสคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 530/2468 อ้างถึงใน สติธ โพธิ์ระ, การสูญเสียสิทธิในการรับมรดก (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2512), หน้า 72.

⁶⁵ สติธ โพธิ์ระ, การสูญเสียสิทธิในการรับมรดก. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2512, หน้า 19.

⁶⁶ หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 886/2479 ของหยุด แสงอุทัย โปรตุเกส หยุด แสงอุทัย, ไพโรจน์ กัมพูสิริ รวบรวม, กฎหมายลักษณะครอบครัว : รวมหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกา, พิมพ์ครั้งที่ 2 (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2565), หน้า 103.

⁶⁷ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, รวมบทความกฎหมายลักษณะครอบครัว, หน้า 213

⁶⁸ หมายถึงมาตรา 174 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การใดเป็นโมฆะแต่เข้าลักษณะเป็นนิติกรรมอย่างอื่นซึ่งไม่เป็นโมฆะ ให้ถือตามนิติกรรมซึ่งไม่เป็นโมฆะ ถ้าสันนิษฐานได้โดยพฤติการณ์แห่งกรณีว่า หากคู่กรณีได้รู้ว่าการนั้นเป็นโมฆะแล้ว ก็คงจะได้ตั้งใจมาตั้งแต่แรกที่จะทำนิติกรรมอย่างอื่นซึ่งไม่เป็นโมฆะนั้น

บรรพ 6 ยังเพิ่มเติมบทบัญญัติห้ามจัดตั้งทรัสต์โดยพินัยกรรมด้วย ซึ่งก่อนหน้าการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 การทำพินัยกรรมเพื่อก่อตั้งทรัสต์นั้นสามารถทำได้ แม้ไม่มีกฎหมายกำหนดเรื่องการทำพินัยกรรมก่อก่อตั้งทรัสต์โดยตรงแต่ก็จะว่าไปตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา และก็ปรากฏว่ามีกฎหมายร่วมสมัยที่เปิดให้ระบุชื่อทรัสต์ในที่ดินได้⁶⁹

ภายหลังประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ก็ปรากฏว่ามีการแก้ไขเพิ่มเติมในเรื่องเล็กน้อยเท่านั้น โดยปรากฏว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 มีการแก้ไขเพิ่มเติม 5 ครั้ง โดยมีการแก้ไขในสาระสำคัญในตัวบรรพ 6 เองเพียง 3 ครั้ง ดังนี้

1. พ.ศ. 2479 บัญญัติเพิ่มอำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย กลาโหม และต่างประเทศ ในการกำหนดอัตราค่าอาชกรรมเนียม ตามมาตรา 1672 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁷⁰ จากเดิมมีเพียงอำนาจในการออกกฎกระทรวง แต่ไม่มีอำนาจกำหนดค่าอาชกรรมเนียม เพื่อประโยชน์ในการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ในราชการต่างประเทศและราชการทหาร ตลอดจนการวางระเบียบเข้าหาตัวบทเกี่ยวกับการทำพินัยกรรม⁷¹

2. พ.ศ. 2495 มีการบัญญัติเพิ่มเติมเกี่ยวกับการทำพินัยกรรมในกรณีฉุกเฉินตามมาตรา 1669 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁷² โดยเพิ่มหลักการกรณีการทำพินัยกรรมระหว่างอยู่ในการรบหรือการสงครามทั้งในและต่างประเทศด้วย จากเดิมที่บัญญัติเพียงกรณีข้าราชการทหารหรือผู้เกี่ยวข้องกับราชการทหารจะทำพินัยกรรมเท่านั้น⁷³

3. พ.ศ. 2535 แก้ไขเลขมาตราในบรรพ 1 ที่ปรากฏในบทบัญญัติในบรรพ 6 เพื่อสอดคล้องกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1 ที่ได้ตรวจชำระใหม่และประกาศใช้เวลานั้น

4. พ.ศ. 2548 แก้ไขเพื่อให้สอดคล้องกับประเพณีสงฆ์หรือพิธีอันอาจจดทะเบียนได้ในบรรพ 4

5. พ.ศ. 2551 แก้ไขเพื่อผ่อนคลายบทบัญญัติการก่อตั้งทรัสต์ จากเดิมที่เป็นข้อห้ามเด็ดขาดมิให้จัดตั้ง ทรัสต์โดยพินัยกรรม ก็เพิ่มความว่า “เว้นแต่จะอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติเพื่อการก่อตั้งทรัสต์

⁶⁹ ดู มาตรา 8 พ.ร.บ.ออกโฉนดที่ดิน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2459 ประกอบ

⁷⁰ มาตรา 1672 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย กลาโหมและ ต่างประเทศ มีอำนาจและหน้าที่เท่าที่เกี่ยวกับกระทรวงนั้น ๆ ที่จะออกกฎกระทรวง เพื่อให้การเป็นไปตามประมวลกฎหมายบรรพนี้ รวมทั้งกำหนด อัตราค่าอาชกรรมเนียมอันเกี่ยวกับการนั้น

⁷¹ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว มรดก, หน้า 632

⁷² เสนอ บุญเกียรติ, คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยมรดก, (พระนคร: วัชรินทร์การพิมพ์, 2503), หน้า 3

⁷³ ชนิสา จามอภิน, คำอธิบายว่าด้วยกฎหมายมรดก, หน้า 17.

เท่านั้น”⁷⁴ โดยหลักการดังกล่าวบัญญัติในมาตรา 1686 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁷⁵ โดยปัจจุบัน มีกฎหมายก่อตั้งรหัสเพียงฉบับเดียวคือพระราชบัญญัติรหัสเพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550

3. ร่องรอยกฎหมายเก่าในกฎหมายมรดกของไทย

พิจารณาพัฒนาการกฎหมายลักษณะมรดกโดยสังเขป แม้ว่าจะมีข้อกล่าวอ้างว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 รับหลักการมาจากพระไอยการลักษณะมรดกเดิมเป็นหลัก แต่ก็ปรากฏหลักฐานว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 6 ก็ถูกเจือปนด้วยหลักกฎหมายต่างประเทศมาพอสมควร แต่ก็เชื่อว่าละทิ้งหลักกฎหมายเก่าไปเสียทั้งหมด หลักการในส่วนที่เหลือก็ยังมีร่องรอยกฎหมายเก่าอยู่บ้าง หากพิจารณาโครงสร้างของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 สามารถบ่งชี้ร่องรอยหลักฐานการสงวนไว้ซึ่งหลักการตามพระไอยการลักษณะมรดกโดยจำแนกประเด็นได้ดังนี้

3.1 การตกทอดแห่งทรัพย์มรดก

หลักการตกทอดแห่งมรดกตามกฎหมายเก่ามีหลักว่าเมื่อเจ้ามรดกตาย มรดกตกทอดแก่ทายาท โดยธรรมดาที่โดยไม่ต้องมีการสนองรับ⁷⁶ หลักการนี้สะท้อนอยู่พระไอยการลักษณะเบ็ดเสร็จ บทที่ 55 อันเป็นหลักว่าด้วยการตกทอดซึ่งที่ดินไปสู่ทายาท ซึ่งหลักการในพระไอยการลักษณะเบ็ดเสร็จนี้ ก็มีความคล้ายคลึงกับมาตรา 1599 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการตกทอดของกองมรดก⁷⁷ ซึ่งจะแตกต่างจากหลักการของกฎหมายบางประเทศเช่นกฎหมายอังกฤษที่เปิดช่องให้ทายาทสามารถตัดสินใจได้ว่า จะรับทรัพย์มรดกหรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การตกทอดแห่งกองมรดกจะเกิดได้ก็ต่อเมื่อมีการสนองรับจากทายาทนั่นเอง⁷⁸

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่าเมื่อมีการตกทอดแห่งกองมรดก กฎหมายเก่าจะเรียกร้องให้ทายาทต้องเข้าครอบครองอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นทรัพย์มรดก เข้าใจว่ามีเหตุสืบเนื่องมาจากว่าในสมัยกฎหมายตราสามดวงยังไม่มีหลักคิดเรื่องกรรมสิทธิ์ เพราะมีฐานคิดที่ว่าที่ดินทั้งหมดเป็นของพระมหากษัตริย์ อาณาประชาราษฎร์มีเพียงสิทธิครอบครองเท่านั้น ซึ่งการครอบครองก็ต้องมีการยึดถือเพื่อประโยชน์แห่งตน

⁷⁴ พินัย ณ นคร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะมรดก, หน้า 355-356.

⁷⁵ มาตรา 1686 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

อันว่ารหัสต้นนั้น จะก่อตั้งขึ้นโดยตรงหรือโดยทางอ้อมด้วยพินัยกรรมหรือด้วยนิติกรรมใด ๆ ที่มีผลในระหว่างชีวิตก็ดีหรือเมื่อตายแล้วก็ดี หากมีผลไม่ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อการก่อตั้งรหัสเท่านั้น

⁷⁶ รัตน์ เจริญวรรณ, ปัญหาการได้มาซึ่งที่ดินของวัดโดยพินัยกรรม : ศึกษากรณีของวัดธรรมิการามวรวิหาร, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิตศึกษาศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (2546), หน้า 31.

⁷⁷ มาตรา 1599 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

เมื่อบุคคลใดตาย มรดกของบุคคลนั้นตกทอดแก่ทายาท ทายาทอาจเสียไปซึ่งสิทธิในมรดกได้แต่โดยบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น

⁷⁸ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว มรดก, หน้า 421.

ตามความจริงด้วย ขณะที่สมัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เริ่มมีการรับรองหลักกรรมสิทธิ์ จึงมีหลักการการโอนไปซึ่งกรรมสิทธิ์โดยผลของกฎหมาย โดยที่ผู้รับโอนคือทายาท ไม่จำเป็นต้องเข้าไปครอบครองที่ดินมรดกนั้นก็ได้รับกรรมสิทธิ์ในที่ดินมรดกแล้ว

ขณะที่กรณีทรัพย์สินอื่นนอกจากอสังหาริมทรัพย์ ไม่มีกฎหมายกำหนดเป็นเฉพาะว่าด้วยการตกทอดโดยมรดก แต่กำหนดในพระไอยการลักษณะมรดกกว่าเมื่อเจ้ามรดกถึงแก่ความตายก็ให้ดำเนินการแบ่งมรดกตามที่กฎหมายกำหนดเลย⁷⁹ ซึ่งเรื่องนี้น่าจะพออนุมานได้ว่าทรัพย์มรดกน่าจะตกทอดแก่ทายาททันทีได้เช่นเดียวกัน

3.2 หลักการทายาทรับผิติดหนี้เจ้ามรดกไม่เกินกองมรดก

หลักการนี้ปัจจุบันบัญญัติอยู่ในมาตรา 1601 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ความว่า “ทายาทไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบเกินกว่าทรัพย์มรดกที่ตกทอดได้แก่ตน” ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับหลักการในพระไอยการลักษณะมรดกบทที่ 3 กฎหมายเก่ากำหนดให้ทายาทนำมรดกไปชำระหนี้เจ้าหนี้กองมรดกเสียก่อนแล้วจึงนำทรัพย์มาแบ่งปันตามกฎหมาย⁸⁰ มาจากฐานคิดว่าทายาทมิได้รับโอนความรับผิดชอบจากผู้ตาย ความรับผิดชอบดังกล่าวเพียงแต่ตกติดมากับกองมรดกเท่านั้น⁸¹ สอดคล้องกับหลักการในพระไอยการลักษณะกฐิน บทที่ 33 ที่กำหนดให้ทายาทต้องใช้หนี้ให้ผู้ตายเท่าทรัพย์ที่รับมาเท่านั้น⁸² อย่างไรก็ตาม ในการกล่าวอ้างกฎหมายในที่ประชุมกรรมการร่างกับไม่ปรากฏว่ามีการอ้างกฎหมายเก่ามีเพียงการอ้างหลักกฎหมายต่างประเทศเป็นสำคัญ

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่าขณะที่หนี้ตามพระไอยการลักษณะกฐินมีนิยามความหมายถึงหนี้เงินตามสัญญาเป็นสำคัญ⁸³ ขณะที่หนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีความหมายที่กว้างขวางกว่านั้น กล่าวคือ หนี้หมายถึงความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิหน้าที่ของบุคคล 2 ฝ่ายกล่าวคือเจ้าหนี้และลูกหนี้ ที่กฎหมายให้สิทธิเจ้าหนี้ที่จะเรียกร้องให้ลูกหนี้ปฏิบัติการชำระหนี้ให้ถูกต้องตามความประสงค์ที่แท้จริงของมูลหนี้⁸⁴ สอดคล้องกับนิยามความหมายของกองมรดกตามมาตรา 1600⁸⁵ ที่วางหลักว่ากองมรดก

⁷⁹ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, รายงานผลการวิจัย วัฒนการของกฎหมายไทยในรอบ 200 ปี ภาคกฎหมายสาระบัญญัติ, (กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525), หน้า 243.

⁸⁰ พิศลยสารนิติ, หลวง, ลักษณะผู้มรดกและลักษณะมรดก โดยย่อ, (พระนคร: โรงเรียนกฎหมาย, 2456), หน้า 63.

⁸¹ รามบัณฑิตสิทธิเสรี, พระยา, กฎหมายมรดก, หน้า 6.

⁸² สิทธิชัย พูนเกษม, การชำระหนี้กองมรดก, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530, หน้า 27.

⁸³ ร. แลงการ์ด, ชาญวิทย์ เกษตรศิริ และวิมลย์ พงศ์พินิตานนท์ บรรณาธิการ, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 207.

⁸⁴ ดารารพร ธีระวัฒน์, กฎหมายหนี้: หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562), หน้า 14.

⁸⁵ มาตรา 1600 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ประกอบไปด้วย 2 ส่วนใหญ่ได้แก่ส่วนที่เป็นทรัพย์สินและสิทธิ กับส่วนที่เป็นหน้าที่ความรับผิดชอบ ซึ่งส่วนหลังนี้ก็หมายถึงหนี้ที่เจ้ามรดกก่อขึ้นระหว่างมีชีวิตอยู่นั่นเอง⁸⁶

3.3 ความสามารถในการเป็นทายาท

โดยทั่วไป ความสามารถในการเป็นทายาทได้แก่การที่มีสภาพบุคคลขณะเป็นทายาท เรื่องความสามารถในการเป็นทายาทมีข้อที่ที่น่าสนใจประการหนึ่งคือ พระโอยการลักษณะมรดกเปิดโอกาสให้ทารกในครรภ์มารดาอาจมีสิทธิในฐานะทายาทได้ โดยกำหนดให้สมุหมรดกแบ่งปันทรัพย์สินให้แก่ทารกในครรภ์มารดาตั้งกล่าวด้วย⁸⁷ ซึ่งหลักการนี้คล้ายคลึงกับหลักในมาตรา 1604 วรรค 2 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁸⁸ แต่มาตรา 1604 จะบัญญัติรัดกุมกว่าในแง่ของระยะเวลาภายใน 310 วันนับแต่เวลาที่เจ้ามรดกถึงแก่ความตาย และทารกในครรภ์มารดานั้นต้องคลอดและอยู่รอดเป็นทารก

3.4 การเสียสิทธิในการรับมรดก

ในประเด็นการเสียสิทธิในการรับมรดกนี้สามารถจำแนกได้เป็น 2 กรณีได้แก่การถูกจำกัดมิให้รับมรดกซึ่งการเสียสิทธิในการรับมรดกโดยผลของกฎหมายกับการถูกตัดมิให้รับมรดกซึ่งเป็นการเสียสิทธิมิให้รับมรดกโดยเจตนาของเจ้ามรดกเอง ในส่วนของการเสียสิทธิในการรับมรดกโดยการสละสิทธิของทายาทเอง กล่าวคือการสละมรดก เป็นหลักการใหม่ที่รับมาจากกฎหมายต่างประเทศ จึงไม่ขอยกมาอธิบาย ณ ที่นี้

3.4.1 การถูกจำกัดมิให้ได้มรดก

หลักการตามกฎหมายเก่าอันเกี่ยวกับการถูกจำกัดมิให้ได้มรดกนี้ปัจจุบันอยู่ในมาตรา 1605 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁸⁹ เป็นเรื่องการที่ทายาทยกย้ายปิดบังทรัพย์สินมรดกภายหลังเจ้ามรดก

ภายใต้บังคับของบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ กองมรดกของผู้ตายได้แก่ทรัพย์สินทุกชนิดของผู้ตาย ตลอดทั้งสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบต่าง ๆ เว้นแต่ตามกฎหมายหรือว่าโดยสภาพแล้ว เป็นการเฉพาะตัวของผู้ตายโดยแท้

⁸⁶ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, **หลักกฎหมายมรดก**, หน้า 18.

⁸⁷ พระโอยการลักษณะมรดก บทที่ 48

⁸⁸ มาตรา 1604 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

บุคคลธรรมดาจะเป็นทายาทได้ก็ต่อเมื่อมีสภาพบุคคลหรือสามารถมีสิทธิได้ตามมาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายนี้ในเวลาเจ้ามรดกถึงแก่ความตาย

เพื่อประโยชน์แห่งมาตรานี้ ให้ถือว่าเด็กที่เกิดมารอดอยู่ภายในสามร้อยสิบวันนับแต่เวลาที่เจ้ามรดกถึงแก่ความตายเป็นทารกในครรภ์มารดาอยู่ในเวลาที่เจ้ามรดกถึงแก่ความตาย

⁸⁹ มาตรา 1605 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ทายาทคนใดยกย้าย หรือปิดบังทรัพย์สินมรดกเท่าส่วนที่ตนจะได้หรือมากกว่านั้นโดยฉ้อฉลหรือรู้ฉ้อฉลว่า ตนทำให้เสื่อมประโยชน์ของทายาทคนอื่น ทายาทคนนั้นต้องถูกจำกัดมิให้ได้มรดกเลย แต่ถ้าได้ยกย้ายหรือปิดบังทรัพย์สินมรดกน้อยกว่าส่วนที่ตนจะได้ ทายาทคนนั้นต้องถูกจำกัดมิให้ได้มรดก เฉพาะส่วนที่ได้ยกย้ายหรือปิดบังไว้

มาตรานี้มิให้ใช้บังคับแก่ผู้รับพินัยกรรม ซึ่งผู้ตายได้ทำพินัยกรรมยกทรัพย์สินให้เฉพาะสิ่งเฉพาะอย่าง ในอันที่จะได้รับทรัพย์สินนั้น

ถึงแก่ความตาย โดยมีหลักการลักษณะทำนองเดียวกับพระไอยการลักษณะมรดก บทที่ 43 ก และ 44 อันเป็นกรณีทายาทยกย้ายปิดบังทรัพย์มรดกเช่นเดียวกัน โดยกฎหมายมุ่งลงโทษทายาทผู้ยกย้ายปิดบังทรัพย์มรดก⁹⁰ ด้วยเห็นว่าบุคคลเหล่านี้โลภและไม่ซื่อตรงต่อญาติพี่น้อง พฤติการณ์ยกย้ายปิดบังเช่นนี้ย่อมถือว่าทายาทหรือผู้รักษทรัพย์มรดกมีเจตนาฉ้อฉลให้ทายาทหรือผู้มีสิทธิรับมรดกอื่นเสื่อมเสียซึ่งผลประโยชน์⁹¹

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่ามาตรา 1605 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีการเพิ่มเติมหลักการให้ชัดเจนขึ้นของประเภทของทายาทที่ถูกจำกัดมิให้ได้มรดกที่นอกจากจะกำหนดถึงทายาทโดยธรรมแล้ว ผู้รับพินัยกรรมก็สามารถถูกจำกัดมิให้รับมรดกฐานยกย้ายปิดบังทรัพย์มรดกได้ ยกเว้นกรณีผู้รับพินัยกรรมในลักษณะเฉพาะ ขณะที่พระไอยการลักษณะมรดกกล่าวถึงเฉพาะกรณีทายาทโดยธรรมยกย้ายปิดบังทรัพย์มรดกเท่านั้น

ในส่วนผลของการยกย้ายปิดบังทรัพย์มรดกตามมาตรา 1605 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นั้น กรณีทายาทยกย้ายปิดบังทรัพย์มรดกน้อยกว่าจำนวนที่ควรได้ ทายาทผู้ยกย้ายปิดบังก็ยังมีสิทธิรับมรดกในส่วนที่เหลือ ขณะที่พระไอยการลักษณะมรดกให้ตัดสิทธิทายาทผู้ยกย้ายปิดบังไม่ให้มีการแบ่งมรดกให้เลยโดยไม่สนใจว่าจะยกย้ายปิดบังทรัพย์มรดกมากน้อยเพียงใด⁹²

ในส่วนที่ว่าทรัพย์มรดกที่ทายาทโดยธรรมยกย้ายปิดบังไปนั้นจะตกแก่ใคร ยังมีความเห็นทางวิชาการที่แตกต่างกันไป 3 ทาง ดังนี้

แนวทางที่ 1 เมื่อทายาทโดยธรรมคนใดถูกจำกัดมิให้ได้มรดก กฎหมายเปิดให้ผู้สืบสันดานของทายาทโดยธรรมผู้ยกย้ายปิดบังทรัพย์มรดกขึ้นสืบมรดกในส่วนที่ถูกยกย้ายปิดบัง⁹³ เพราะเป็นกรณีที่ทายาทถูกจำกัดมิให้รับมรดกหลังเจ้ามรดกถึงแก่ความตาย

แนวทางที่ 2 พิจารณาจากถ้อยคำของบทบัญญัติขณะที่มาตรา 1605 ใช้คำว่า “ถูกจำกัดมิให้ได้มรดก” ขณะที่มาตรา 1607 วางหลักถึงกรณี “การถูกจำกัดมิให้รับมรดก” ดังนั้นย่อมชี้ว่า หลักการเรื่องการสืบมรดกจึงเป็นกรณีทายาทโดยธรรมถูกจำกัดมิให้รับมรดกฐานเป็นผู้ไม่สมควรตามมาตรา 1606 เท่านั้น มิอาจเอาเรื่องสืบมรดกมาใช้กับกรณียกย้ายปิดบังทรัพย์มรดกได้⁹⁴ ดังนั้นทรัพย์มรดกที่ถูกยกย้ายปิดบังก็ให้ตกแก่ทายาทโดยธรรมที่ไม่ถูกจำกัดมิให้ได้มรดก⁹⁵

⁹⁰ พินัย ณ นคร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะมรดก, หน้า 159.

⁹¹ ศูนย์ข้อมูลกฎหมายกลาง คณะกรรมการกฤษฎีกา, 200 ปี กฎหมายตราสามดวง. (เอกสารอิเล็กทรอนิกส์), หน้า 28

⁹² ศิริศักดิ์ ศุภมนตรี, การรับมรดกแทนที่, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524, หน้า 14.

⁹³ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว มรดก, หน้า 463.

⁹⁴ กิริติ กาญจนรินทร์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 มรดก, หน้า 153-154.

⁹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 135.

แนวทางที่ 3 ให้แบ่งเป็น 2 กรณีกล่าวคือ ในกรณีที่ทายาทโดยธรรมยกย้ายปิดบังเกินกว่าหรือเท่ากับทรัพย์สินมรดกที่ควรจะได้ ก็ให้ถือเสมือนว่าทายาทโดยธรรมผู้นั้นได้ตายไปแล้วพร้อมกับเจ้ามรดก ผู้สืบสันดานโดยตรงของทายาทโดยธรรมผู้ยกย้ายปิดบังนั้นสามารถเข้ารับมรดกแทนที่ได้ ขณะที่กรณียกย้ายปิดบังทรัพย์สินมรดกน้อยกว่าส่วนที่ควรจะได้รับ ต้องนำทรัพย์สินมรดกส่วนที่ทายาทโดยธรรมที่ยกย้ายปิดบังมาปันแก่ทายาทคนอื่นที่มีสิทธิรับมรดกร่วมกับทายาทโดยธรรมคนนั้น⁹⁶

แต่ไม่ว่าความเห็นจะเป็นไปในแนวทางใด มาตรา 1605 ก็เปิดให้ส่วนที่ถูกยกย้ายปิดบังนั้นกลับคืนสู่เครือญาติแห่งเจ้ามรดก ไม่ว่าจะอยู่ในรูปการแบ่งทรัพย์สินระหว่างทายาทโดยธรรมหรือการสืบมรดก ขณะที่พระไอยการลักษณะมรดกกำหนดให้ส่วนที่ทายาทยกย้ายปิดบังก็ให้แบ่งเป็น 3 ส่วน 2 ส่วนให้ทำบุญให้เจ้ามรดก อีก 1 ส่วนแบ่งเข้าภาคหลวง⁹⁷

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่ากฎหมายเก่ากำหนดเหตุกีดกันไม่ให้รับมรดกฐานเป็นผู้ไม่สมควรอีกเช่นทายาทที่ทอดทิ้งบิดามารดาและไม่รักษาใช้ปลงศพ ซึ่งเหตุไม่รักษาใช้ปลงศพไม่มีในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 6 แล้ว และพอมีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 หลักการกีดกันมิให้รับมรดกฐานเป็นผู้ไม่สมควรก็ถูกเปลี่ยนแปลงหลักการใหม่ทั้งหมด โดยมีลักษณะที่ใกล้เคียงกับกฎหมายต่างประเทศ เช่น มาตรา 969 (เดิม) ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นที่ปรากฏว่ากำหนดเหตุกีดกันไม่ให้มรดกฐานเป็นผู้ไม่สมควรคล้ายคลึงกับมาตรา 1606 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย⁹⁸ ขณะที่เหตุตัดไม่ให้รับมรดกเพราะไม่เชื่อฟังบิดามารดาจนถูกไล่ออกจากบ้านถูกแยกออกไปเป็นอีกหลักหนึ่งในการเสียสิทธิมิให้รับมรดก คือการตัดมิให้รับมรดก

⁹⁶ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก, พิมพ์ครั้งที่ 2 (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), หน้า 201

⁹⁷ พระไอยการลักษณะมรดก บทที่ 44

⁹⁸ Article 969 Civil code of Japan 1898 (สำนวนแปลของ Ludwig Hermann Lönholm)

The following persons cannot be heir to a house : —

1. A person who has been sentenced to punishment for having intentionally caused or attempted to cause the death of the ancestor or of a person who had a prior right to the succession to the house
2. A person who had knowledge of the murder of the ancestor and did not give information or institute an action for it; but this does not apply, if such person had not sufficient mental capacity to distinguish between right and wrong, or if the murderer was the husband, wife or a lineal blood relative of such person;
3. A person who by fraud or coercion has prevented the ancestor from making, revoking or changing a will relating" to the succession;
4. A person who by fraud or coercion has caused the ancestor to make, revoke or change a will relating to the succession;
5. A person who has falsified, forged, destroyed or concealed a will of the ancestor relating to the succession.

3.4.2 การตัดมิให้รับมรดก

การตัดมิให้รับมรดกมีหลักการสืบเนื่องมาจากกฎหมายลักษณะมรดก บทที่ 23 และ 24 ซึ่งบทที่ 23 เป็นเรื่องลูกไม่เคารพเชื่อฟังพ่อแม่จนพ่อแม่ไล่ออกจากบ้าน ส่วนบทที่ 24 เป็นกรณีหลานไม่เคารพเชื่อฟังปู่ตายาย ซึ่งบทบัญญัติทั้ง 2 มาตราเป็นเรื่องการตัดญาติ กระทำได้โดยการบอกศาลา⁹⁹ สืบเนื่องจากในสมัยโบราณถ้าลูกหลานคนในครอบครัวไปกระทำความผิดอันใด หัวหน้าครอบครัวต้องร่วมรับผิดชอบด้วย ถ้าบ้านใดมีบุตรหลานเป็นคนเกกมะเหรกเกเร หัวหน้าครอบครัวสามารถไปแจ้งเรื่องต่อศาลาลูกขุน ศาลาลูกขุนก็จะปิดประกาศแจ้งสาธารณะว่าผู้นั้นผู้นี้ถูกตัดขาดจากสมาชิกครอบครัวแล้ว¹⁰⁰ ซึ่งการถูกตัดขาดเช่นนี้มีผลไปถึงการที่บุคคลผู้ถูกตัดขาดนั้นเสียสิทธิในการรับมรดกด้วย ซึ่งหลักการนี้ต่อมาก็พัฒนามาเป็นเรื่องการตัดมิให้รับมรดกโดยการทำหนังสือตัดจากการเป็นทายาทต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 1608 (2) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั่นเอง นอกจากนี้ มาตรา 1608 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹⁰¹ ยังเพิ่มวิธีการตัดมิให้รับมรดกอีก 2 วิธีคือการตัดมิให้รับมรดกโดยกำหนดชัดแจ้งในพินัยกรรม และโดยการจำหน่ายทรัพย์สินทั้งหมดของตนไปโดยพินัยกรรม¹⁰² ซึ่งเป็นหลักการใหม่ที่ไทยรับมาจากต่างประเทศนั่นเอง

3.5 กฎหมายมรดกกับพระภิกษุ

กฎหมายมรดกกับพระภิกษุเป็นหลักกฎหมายที่สามารถยอมรับได้ว่ารับหลักการมาจากพระไอยการลักษณะมรดกโดยตรงโดยไม่มีหลักกฎหมายต่างประเทศมาเจือปนเลย โดยรับแนวทางมาจากพระไอยการลักษณะมรดก บทที่ 36 ซึ่งต่อมา เมื่อมีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 6 แล้ว จึงมีการจำแนกหลักการในพระไอยการลักษณะมรดกได้เป็น 2 กรณี 3 มาตราได้แก่พระภิกษุในฐานะทายาทกับพระภิกษุในฐานะเจ้ามรดก

3.5.1 พระภิกษุในฐานะทายาท

กรณีภิกษุเป็นทายาท มีปรากฏในมาตรา 1622 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันบัญญัติว่า “พระภิกษุนั้น จะเรียกร้องเอาทรัพย์มรดกในฐานะที่เป็นทายาทโดยธรรมไม่ได้ เว้นแต่จะได้สีก

⁹⁹ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว มฤตก, หน้า 466.

¹⁰⁰ พลังกูรธรรมพิชัย, พระยา, คำบรรยายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมฤตก, หน้า 19-20.

¹⁰¹ มาตรา 1608 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

เจ้ามรดกจะตัดทายาทโดยธรรมของตนคนใดมิให้รับมรดกก็ได้แต่ด้วยแสดงเจตนาชัดแจ้ง

(1) โดยพินัยกรรม

(2) โดยทำเป็นหนังสือมอบไว้แก่พนักงานเจ้าหน้าที่

ตัวทายาทผู้ถูกตัดมิให้รับมรดกนั้นต้องระบุไว้ให้ชัดเจน

แต่เมื่อบุคคลใดได้ทำพินัยกรรมจำหน่ายทรัพย์มรดกเสียทั้งหมดแล้ว ให้ถือว่าบรรดาทายาทโดยธรรมผู้ที่มีได้รับประโยชน์จากพินัยกรรม เป็นผู้ถูกตัดมิให้รับมรดก

¹⁰² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, มานิตย์ จุมปา แก้ไขเพิ่มเติม, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก, หน้า 103.

จากสมณเทศมาเรียกร้องภายในกำหนดอายุความตามมาตรา 1754 แต่พระภิกษุนั้น อาจเป็นผู้รับพินัยกรรมได้”

หลักการนี้สอดคล้องกับพระโอัยการลักษณะมรดก บทที่ 36 ที่มีให้ทายาทที่เป็นพระภิกษุไปร่วมแบ่งทรัพย์มรดก เนื่องจากเป็นบุตรพระเจ้าแล้ว¹⁰³ ในที่นี้ก็คือการเป็น“บุตรพระพุทธเจ้า” ถือเป็นสงฆ์สาวกของพระผู้มีพระภาคเจ้าในพระพุทธศาสนานั้นเอง¹⁰⁴ อย่างไรก็ตามหากเจ้ามรดกอุทิศถวายทรัพย์แก่พระภิกษุนั้น พระภิกษุจึงรับเอาเป็นเจ้าของทรัพย์นั้นได้ ซึ่งหลักการในส่วนนี้เทียบได้กับกรณีพระภิกษุเป็นผู้รับพินัยกรรม

โดยหลักการนี้สอดคล้องกับแนวคิดในทางพุทธศาสนาและนิตินโยบายที่ไม่ประสงค์จะให้พระภิกษุในบวรพุทธศาสนามีภาพลักษณ์ในทางโลภะจริต ฟ้องร้องเรียกเอาทรัพย์คืนจากใคร¹⁰⁵ เพราะพระภิกษุได้ชื่อว่าเป็นผู้ละเสียแล้วซึ่งกิเลสโลภะจริตทั้งปวง¹⁰⁶

3.5.2 พระภิกษุในฐานะเจ้ามรดก

กรณีภิกษุเป็นเจ้ามรดก มีปรากฏในมาตรา 1623 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันบัญญัติว่า “ทรัพย์สินของพระภิกษุที่ได้มาในระหว่างเวลาที่อยู่ในสมณเพศนั้น เมื่อพระภิกษุนั้นถึงแก่มรณภาพให้ตกเป็นสมบัติของวัดที่เป็นภูมิลำเนาของพระภิกษุนั้น เว้นไว้แต่พระภิกษุนั้นจะได้จำหน่ายไปในระหว่างชีวิตหรือโดยพินัยกรรม”

นอกจากนี้หลักการเกี่ยวกับมรดกของพระภิกษุยังมีการบัญญัติในมาตรา 1624 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹⁰⁷ อันเป็นเรื่องมรดกของพระภิกษุที่ได้มาก่อนอยู่ในสมณเพศ ให้ทรัพย์สินนั้นตกแก่ทายาทโดยธรรม

โดยหลักการนี้ก็ยกมาจากตอนท้ายของพระโอัยการลักษณะมรดก บทที่ 36 ที่กำหนดว่าเมื่อพระภิกษุมรณภาพให้ทรัพย์สินที่พระภิกษุได้ตกเป็นมรดกแก่อารามเว้นแต่พระภิกษุมีการมอบให้คฤหัสถ์ระหว่างพระภิกษุมีชีวิตอยู่นอกจากนี้ยังสอดคล้องกับพระโอัยการลักษณะมรดกบทที่ 2 ที่วางหลักว่าหากผู้ตายนำทรัพย์ไปฝากวัดโดยสั่งเสียให้ทำบุญให้ทาน หรือถวายแก่พระ ให้ทรัพย์สินเหล่านั้นตกแก่วัด

¹⁰³ พระโอัยการลักษณะมรดก บทที่ 36

¹⁰⁴ มนสิวิ เพชรชัย, การจำกัดสิทธิของพระภิกษุในการเรียกร้องเอาทรัพย์มรดก, หน้า 46

¹⁰⁵ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว มรดก, หน้า 505

¹⁰⁶ อัมพร ณ ตะกั่วทุ่ง, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย มรดก, ม.ป.พ. (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2542), หน้า 68

¹⁰⁷ มาตรา 1624 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ทรัพย์สินใดเป็นของบุคคลก่อนอุปสมบทเป็นพระภิกษุ ทรัพย์สินนั้นหากตกเป็นสมบัติของวัดไม่ และให้เป็นมรดกตกทอดแก่ทายาทโดยธรรมของบุคคลนั้น หรือบุคคลนั้นจะจำหน่ายโดยประการใดตามกฎหมายก็ได้

ที่เป็นเช่นนี้เพราะในสังคมไทย ทรัพย์สินที่ชาวบ้านนำไปถวายพระนั้นเป็นของทำบุญ เพื่อทำนุบำรุงพระพุทธศาสนา มิได้ให้ไปเพื่อประโยชน์ส่วนตัวของพระภิกษุรูปนั้น¹⁰⁸ ประกอบกับประเพณีไทยมีความเชื่อว่าของถวายวัดแล้วเป็นของมีอาถรรพณ์ ใครเอาของออกจากอารามจะไม่มีความสำเร็จ ไม่พ้นจากจตุรบาบคืออบายมุขทั้ง 4 ได้แก่สุรา นารี พาสี กีฬาบัตร¹⁰⁹

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่ามาตรา 1623 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ระบุชัดเจนว่าวัดที่ได้มรดกของพระภิกษุที่มีรณภาพต้องเป็นวัดที่พระภิกษุนั้นมีภูมิลำเนาอยู่ขณะที่กฎหมายเก่ากล่าวแต่เพียงลอย ๆ ว่ามรดกตกแก่อาราม ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าน่าจะเป็นกฎหมายไทยเดิมน่าจะยังไม่มีแนวคิดเรื่องภูมิลำเนา ประกอบกับผู้ร่างอาจจะเห็นว่าเป็นที่เข้าใจว่าอารามในที่นี้ก็คือวัดที่พระภิกษุรูปนั้นจำพรรษาและสังกัดอยู่นั่นเอง

อนึ่ง เรื่องกฎหมายมรดกของพระภิกษุอาจยกได้ว่าเป็นหลักกฎหมายที่เป็นเอกลักษณ์ของกฎหมายไทยในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 เทียบได้กับหลักการเรื่องคดีอุทลุมที่มักได้รับการกล่าวถึงในฐานะเอกลักษณ์ของกฎหมายไทยในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5¹¹⁰ เพราะไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายต่างประเทศโดยเฉพาะกฎหมายตะวันตกเข้ามาเจือปนเลย

3.6 สิทธิของบุพการีในฐานะทายาทโดยธรรมที่จะไม่ถูกตัดโดยผู้สืบสันดาน

โดยหลักการรับมรดกของทายาทโดยธรรมอยู่ภายใต้หลักญาติสนิทตัดญาติห่างกล่าวคือ หากญาติลำดับที่ใกล้ชิดเจ้ามรดกยังมีตัวอยู่ ย่อมเป็นตัดสิทธิทายาทโดยธรรมลำดับหลังในการรับมรดกต่อไป แต่มาตรา 1630 วรรคสอง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดยกเว้นกรณีบิดามารดาให้บิดามารดาในฐานะทายาทโดยธรรมลำดับ 2 มีสิทธิรับมรดกเสมอไม่ว่าเจ้ามรดกจะมีตัวผู้สืบสันดานหรือไม่ หลักการนี้คล้ายคลึงกับหลักในพระไอยการลักษณะมรดก บทที่ 3 ที่กำหนดให้แบ่งมรดกภาคบิดามารดา แยกจากภาคญาติ สะท้อนเรื่องความกตัญญูต่อบิดามารดา¹¹¹ แม้ภายหลังไทยจะมีการรับเอาหลักเรื่องญาติสนิทตัดญาติห่างมาใช้ในพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระไอยการลักษณะมรดก ร.ศ. 121 แต่บิดามารดาก็ยังคงเป็นบุคคลยกเว้นที่ไม่อยู่ภายใต้หลักญาติสนิทตัดญาติห่าง สอดคล้องกับเจตนารมณ์มาตรา 1630 วรรคสอง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่มีฐานคิดว่าบุตรมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาจนแก่เฒ่า¹¹² เมื่อบุตรมาตายเสียก่อนบิดามารดา บิดามารดาอย่ามขาดผู้อุปการะเลี้ยงดู กฎหมายจึงเห็นควรที่จะกันทรัพย์มรดกให้บิดามารดาได้ใช้สอยยังชีพในบั้นปลายชีวิตด้วย

¹⁰⁸ อัมพร ฤๅณ ฤๅณ, คำอธิบาย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย มรดก, หน้า 70

¹⁰⁹ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว มรดก, หน้า 507.

¹¹⁰ ขวเลิศ โสภณวิทย์. ความเป็นบิดามารดาและบุตร. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523, หน้า 52.

¹¹¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, มานิตย์ จุมปา แก้ไขเพิ่มเติม, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก, หน้า 4-5.

¹¹² พินัย ฤๅณ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะมรดก, หน้า 76.

อย่างไรก็ดี ในชั้นของการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ไทยเกือบจะมีบทบัญญัติที่มีลักษณะที่ทายาทชั้นบิดามารดาอาจถูกตัดสิทธิในการรับมรดกตามหลักญาติสนิททดแทนห่างได้ ซึ่งในชั้นกรรมาธิการ มีการโต้แย้งว่าการตราบทบัญญัติในลักษณะนี้จะเป็นทายาทในลำดับผู้สืบสันดานตัดไม่ให้บิดามารดาได้รับมรดกนั้น เป็นการขัดกับความรู้สึกในทางกตัญญูที่อันเป็นศีลธรรมของประชาชนชาวไทย¹¹³ แต่ก็มีข้อความเห็นของเลขานุการกรรมาธิการร่างที่น่าสนใจ โดยให้เหตุผลว่าการที่กำหนดบทบัญญัติดังกล่าวไม่มีลักษณะเป็นการฝ่าฝืนคดีเรื่องความกตัญญูในไทยแต่ประการใด เพราะคนไทยโดยมากย่อมรู้จักบุญคุณบิดามารดาและย่อมเตรียมการไว้เผื่อกรณีบิดามารดาตนเกิดต้องมายุวร้าง เพราะบุตรตายก่อนเช่นจัดหาให้ซึ่งทรัพย์สินหรือทำพินัยกรรมยกทรัพย์สินให้เป็นการล่วงหน้า และคนโดยมากก็มักจะทำพินัยกรรมยกทรัพย์สินมรดกให้แก่บุตรจำนวนมากกว่าที่จะยกให้บิดามารดา ความรู้สึกของคนที่รักบุตรหลานมากกว่าบิดามารดามีอยู่จริง แม้จะเห็นว่าไม่ชอบด้วยศีลธรรมก็ช่วยไม่ได้¹¹⁴

อย่างไรก็ดี คณะกรรมาธิการก็มีมติให้แก้ไขเพิ่มเติมมาตรานี้โดยเกิดเป็นหลักตามมาตรา 1630 วรรคสองในปัจจุบัน ซึ่งเป็นหลักที่ไม่ปรากฏในมาตรา 1930 (เดิม) ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งถูกอ้างถึงว่าเป็นต้นแบบในการร่างที่มีลักษณะที่ตัดทายาทเด็ดขาดกว่ามาตรา 1630 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย¹¹⁵

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่าขณะที่พระไอยการลักษณะมรดกกำหนดให้แยกส่วนแบ่งของบิดามารดาออกต่างหากจากบุตร แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดให้บิดาและมารดามีสิทธิรับมรดกเสมือนบุตร นั่นก็เพื่อมิให้ส่วนแบ่งมรดกยิบย่อยเกินไปจนเป็นเบี้ยหัวแตกจนไม่เป็นประโยชน์แก่ทายาทที่เป็นบุตรนั่นเอง¹¹⁶ นอกจากนี้ ในกรณีเจ้ามรดกเป็นหญิงมีสามี พระไอยการลักษณะมรดกตัดสิทธิบิดามารดาหญิงมีสามีนั้นมิให้รับมรดกของหญิงมีสามีนั้น¹¹⁷ ขณะที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บิดามารดาของหญิงมีสามีที่มิให้รับมรดกจากเจ้ามรดกเสมอ ไม่สนใจว่าเจ้ามรดกเป็นชาย หญิงมีสามีหรือไม่มีสามีก็ตาม

3.7 พินัยกรรม

แม้ว่ากฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมของไทยนั้นถูกทำให้เป็นตะวันตก (westernization) ตั้งแต่ในชั้นของพระราชบัญญัติว่าด้วยการทำพินัยกรรม พ.ศ. 2475 ไปแล้ว แต่ในชั้นร่างก็ยังคงมีการอ้างถึง

¹¹³ ความเห็นของหลวงวรนาถปรีชา กรรมาธิการ โปรดดู สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, AC 52/3 130 CIVIL AND COMMERCIAL CODE BOOK VI: SUCCESSIONS VOL. VII (FINAL) รายงานการประชุมกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ครั้งที่ 5 (16 พฤศจิกายน 2477) อ้างถึงใน ฐานันดร จันทรวงศ์, *สิทธิโดยธรรมในการรับมรดกในระบบกฎหมายไทย : ศึกษาเชิงประวัติศาสตร์*, การค้นคว้าอิสระ ปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2564, หน้า 110

¹¹⁴ เป็นความเห็นของ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช โปรดดู *เพ็ญอวั*

¹¹⁵ Article 1930 The Civil Code of the German Empire (สำนวนแปลโดย Walter Loewy)

A relative is not entitled to succession, as long as there is a relative of a preceding class.

¹¹⁶ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., *กฎหมายสมัยอยุธยา*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ ฯ: วิญญูชน, 2559), หน้า 92.

¹¹⁷ พระไอยการลักษณะมรดก บทที่ 20

พระไอยการลักษณะมรดกอยู่เรื่องหนึ่งคือเรื่องพินัยกรรมแบบธรรมดาตามมาตรา 1656¹¹⁸ ที่มีการอ้างตั้งแต่ในชั้นที่เป็นมาตรา 6 พระราชบัญญัติว่าด้วยการทำพินัยกรรม พ.ศ. 2475 ว่ามีที่มาจากพระไอยการลักษณะมรดกโดยผู้ร่างให้ความเห็นว่า เพื่อที่จะไม่ต้องยกเลิกวิธีการทำพินัยกรรมตามกฎหมายเก่าซึ่งใช้กันเป็นประเพณีแล้ว เพียงแต่แก้ไขหลักเกณฑ์เรื่องพยานให้มีความเหมาะสมแก่กาลสมัยเท่านั้น¹¹⁹ ซึ่งเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่าหากมาตรา 1656 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นการสงวนหลักการตามพระไอยการลักษณะมรดกบทที่ 48 และ 48 ก นั้น ก็คงสงวนไว้ได้น้อยมากเพราะหลักเกณฑ์เรื่องจำนวนพยาน คุณสมบัติพยาน การลงลายมือชื่อ เปลี่ยนไปทั้งหมด โดยจำนวนพยานที่กำหนดให้ใช้ 2 คน ก็คล้ายคลึงกับหลักกฎหมายอังกฤษที่กำหนดให้พินัยกรรมทุกฉบับจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร และลงนามโดยผู้ทำพินัยกรรมต่อหน้าพยาน 2 คนในคราวเดียว¹²⁰ ผู้เขียนจึงเห็นว่าพินัยกรรมแบบธรรมดาของไทยน่าจะรับแนวทางจากกฎหมายอังกฤษมากกว่า

แม้ในภาพรวมหลักกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมในไทยจะถูกแทนที่ด้วยหลักกฎหมายตะวันตกเกือบทั้งหมดแล้ว แต่ก็อาจอ้างได้ว่าหลักการหนึ่งที่ยังเป็นหลักกฎหมายไทยที่ยังเหลืออยู่เป็นหลักเรื่องการให้สิทธิขาดเจ้ามรดกในการจะทำพินัยกรรมยกมรดกให้ผู้ใดก็ได้โดยไม่ต้องมีการกันส่วนแก่ทายาทโดยธรรม เป็นการกำหนดเสรีภาพในการทำพินัยกรรมอย่างไม่มีข้อจำกัด โดยเหตุผลเพื่อยืนยันสิทธิเด็ดขาดของกรรมสิทธิ์ และผู้เขียนมองว่าน่าจะเป็นเหตุผลด้านวัฒนธรรมประเพณีให้บุตรหลานคนในครอบครัวดูแลเอาใจใส่เจ้ามรดก เพราะหากเจ้ามรดกไม่ได้รับการดูแลเท่าที่ควรก็อาจทำพินัยกรรมยกทรัพย์มรดกให้ผู้อื่นที่มีบุตรหลานหรือบริจาคแก่องค์กรทางกุศลก็ได้ ซึ่งต่างจากบางประเทศเช่นฝรั่งเศส เยอรมันที่มีกฎหมายกำหนดให้กันส่วนทรัพย์มรดกแก่ทายาทโดยธรรมด้วย¹²¹ ซึ่งผู้เขียน

¹¹⁸ มาตรา 1656 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

พินัยกรรมนั้น จะทำตามแบบดังนั้นก็ ได้ กล่าวคือต้องทำเป็นหนังสือลงวัน เดือน ปี ในขณะที่ทำขึ้น และผู้ทำพินัยกรรมต้องลงลายมือชื่อไว้ต่อหน้าพยานอย่างน้อยสองคนพร้อมกัน ซึ่งพยานสองคนนั้นต้องลงลายมือชื่อรับรองลายมือชื่อของผู้ทำพินัยกรรมไว้ในขณะนั้น การขุดลบ ตก เติม หรือการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอย่างอื่นซึ่งพินัยกรรมนั้นย่อมไม่สมบูรณ์ เว้นแต่จะได้ปฏิบัติตามแบบอย่างเดียวกับการทำพินัยกรรมตามมาตรา

¹¹⁹ หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, ม-สคก1/201 ร่างกฎหมายและความเห็นทางกฎหมาย ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 (ลักษณะมรดก) ตอน 3 (31 มีนาคม 2475 - 7 พฤษภาคม 2478).

¹²⁰ Wills Act 1837 Article 9 (เดิม)

And be it further enacted, That no Will shall be valid unless it shall be in Writing and executed in manner herein-after mentioned; (that is to say,) it shall be signed at the Foot or End thereof by the Testator, or by some other Person in his Presence and by his Direction; and such Signature shall be made or acknowledged by the Testator in the Presence of Two or more Witnesses present at the same Time, and such Witnesses shall attest and shall subscribe the Will in the Presence of the Testator, but no Form of Attestation shall be necessary.

¹²¹ ปียัตร์ ศักดิ์ศรีเวชกุล, การทำพินัยกรรม : ศึกษากรณีการกันส่วนมรดกให้แก่ทายาทโดยธรรม, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิตศึกษาศาสตร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551, หน้า 39

เห็นว่า หากจะนับเรื่องนี้เป็นหนึ่งในร่องรอยหลักกฎหมายเก่าที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ก็คงเป็นร่องรอยที่เลือนรางเต็มที

3.8 ผู้จัดการมรดก

หลักการเรื่องผู้จัดการมรดกอาจสืบย้อนได้ถึงแนวคิดเรื่องสมุหมรดกในสมัยกรุงศรีอยุธยา ทั้งนี้ โดยสมุหมรดกเป็นเจ้าพนักงานมีอำนาจหน้าที่ 5 ประการ ดังนี้¹²²

1. จัดทำบัญชีทรัพย์สินมรดก
2. พิจารณามรดกบางรายการไม่ควรเข้าจัดการ
3. กราบบังคมทูลพระมหากษัตริย์พร้อมด้วยบัญชีทรัพย์สิน
4. เรียกทรัพย์พิพาทคืนคลังหลวง
5. จัดแบ่งเข้าภาคหลวง

ในชั้นการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ก็ปรากฏว่ามีการอ้างถึงหลักกฎหมายลักษณะมรดก บทที่ 3 ในบทบัญญัติเรื่องหน้าที่การจัดทำบัญชีทรัพย์สินมรดกของผู้จัดการมรดก¹²³ ซึ่งบัญญัติอยู่ในมาตรา 1728 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งตรงกับหนึ่งในลักษณะหน้าที่ของสมุหมรดก

ทั้งนี้ แม้ผู้จัดการมรดกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กับสมุหมรดกจะมีลักษณะงานทำนองเดียวกันคือการจัดทำบัญชีทรัพย์สินมรดกและทำให้การแบ่งมรดกเป็นไปด้วยความเรียบร้อย แต่ที่มาและวัตถุประสงค์ในการทำงานนั้นต่างกัน ขณะที่ผู้จัดการมรดกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีที่มาโดยการแต่งตั้งโดยพินัยกรรมหรือคำสั่งศาล¹²⁴ แต่สมุหมรดกตามพระไอยการลักษณะมรดกเป็นเจ้าพนักงานเพื่อควบคุมดูแลการแบ่งมรดกของผู้มีบรรดาศักดิ์และคหบดีเข้าภาคหลวงเป็นสำคัญ ขณะที่เมื่อประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การแบ่งมรดกเข้าภาคหลวงนั้นได้ยกเลิกเสียแล้ว คงเหลือแต่หน้าที่ในการจัดการมรดกให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อย นอกจากนี้ในสมัยกรุงศรีอยุธยา สมุหมรดกมีลักษณะเป็นบพบังค้ำว่าต้องมีเสมอ แต่ตอนหลังก็คลายความเคร่งครัดลงไป ขณะที่กรณีผู้จัดการมรดก ถ้าทายาทรักใคร่กลมเกลียวกันดี แบ่งมรดกได้โดยไม่มีข้อขัดข้อง ก็ไม่ต้องตั้งผู้จัดการมรดกก็ได้¹²⁵

¹²² ฌักฐนิชา สุวรรณพงษ์, ผู้จัดการมรดกโดยพินัยกรรม : ปัญหาบางประการ, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543, หน้า 37

¹²³ หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, ม-สคก1/201 ร่างกฎหมายและความเห็นทางกฎหมาย ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 (ลักษณะมรดก) (31 มีนาคม 2475- 7 พฤษภาคม 2478).

¹²⁴ มาตรา 1711 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ผู้จัดการมรดกนั้นรวมตลอดทั้งบุคคลที่ตั้งขึ้นโดยพินัยกรรมหรือโดยคำสั่งศาล

¹²⁵ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, หลักกฎหมายมรดก, หน้า 207

3.9 มรดกที่ไม่มีผู้รับ

ตามพระไอยการลักษณะมรดก หากผู้ตายมีทรัพย์มรดกและไม่มีทายาทผู้รับมรดกตามกฎหมาย หรือหากเจ้ามรดกที่ตายโดยที่ยังไม่มีคู่สมรส และไม่มีญาติที่สมควรจะได้รับมรดกตามกฎหมาย และผู้ตาย ไม่ได้ทำพินัยกรรมแบ่งทรัพย์สินให้แก่ผู้ใด ให้ทรัพย์มรดกตกเป็นของพระคลังหลวง¹²⁶ หลักการนี้อยู่ใน พระไอยการลักษณะมรดก บทที่ 14 ตอนท้ายว่าด้วยการแบ่งมรดกของบุคคลทั่วไปและบทที่ 48 ตอนต้น อันว่าด้วยการแบ่งมรดกของคหบดี หลักการนี้ปัจจุบันอยู่ในมาตรา 1753 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันวางหลักว่าถ้าเจ้ามรดกไม่มีทายาท ให้ทรัพย์มรดกตกแก่แผ่นดิน¹²⁷

อย่างไรก็ดี มีปัญหาว่าในระบบกฎหมายไทย แผ่นดินไม่มีสภาพบุคคล จึงต้องให้หน่วยงานรัฐ ที่มีอำนาจหน้าที่ในเรื่องการดูแลทรัพย์สินของแผ่นดินเข้ามาดูแลนั่นคือกระทรวงการคลังนั่นเอง¹²⁸ ซึ่ง กระทรวงการคลังก็มีพัฒนาการมาจากท้องพระคลังหลวงนั่นเอง ในฐานะหน่วยงานที่จัดเก็บรายได้และ ดูแลสมบัติของแผ่นดินเป็นการทั่วไป

3.10 อายุความคดีมรดก

หลักการเรื่องอายุความในคดีมรดกตามมาตรา 1754 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คล้ายคลึงกับหลักการในพระไอยการลักษณะรับฟ้อง บทที่ 21 ที่ห้ามมิให้รับฟ้องคดีมรดกเมื่อพ้นกำหนด 1 ปี หลังเจ้ามรดกตาย¹²⁹ หากปรากฏว่ามีการฝ่าฝืนขึ้นฟ้องเข้ามาก็ให้ศาลยกฟ้องเสีย¹³⁰ โดยมาตรา 1754 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีการเพิ่มเติมหลักเกณฑ์กรณีอายุความเรียกร้องสิทธิในฐานะ ผู้รับพินัยกรรมแยกต่างหากไปอีกจากอายุความมรดกในกรณีทั่วไป คือภายใน 1 ปีนับแต่รู้หรือควรรู้ถึง สิทธิของตนตามพินัยกรรม และกรณีเจ้าหนี้มรดกที่อายุความเรียกร้องไม่เกิน 1 ปีนับแต่เจ้าหนี้ได้รู้หรือ ควรรู้ถึงความตายของเจ้ามรดก ทั้งนี้บุคคลทั้งหมดที่กล่าวมาต้องใช้สิทธิเรียกร้องภายใน 10 ปีนับแต่ เจ้ามรดกตาย¹³¹ และมาตรา 1755 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็รับแนวทางมาจากพระไอยการ

¹²⁶ พระไอยการลักษณะมรดก บทที่ 48

¹²⁷ มาตรา 1753 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ภายใต้บังคับแห่งสิทธิของเจ้าหนี้มรดก เมื่อบุคคลใดถึงแก่ความตายโดยไม่มีทายาทโดยธรรมหรือผู้รับพินัยกรรม หรือ การตั้งมูลนิธิตามพินัยกรรม มรดกของบุคคลนั้นตกทอดแก่แผ่นดิน

¹²⁸ บรรศักดิ์ อูวรรณโณ, มานิตย์ จุมปา แก้ไขเพิ่มเติม, *คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก*, หน้า 179.

¹²⁹ รามบัณฑิตสิทธิเสรี, พระยา, *กฎหมายมรดก*, หน้า 13.

¹³⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 129.

¹³¹ มาตรา 1754 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ห้ามมิให้ฟ้องคดีมรดกเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งปี นับแต่เมื่อเจ้ามรดกตาย หรือนับแต่เมื่อทายาทโดยธรรมได้รู้ หรือควรได้รู้ถึง ความตายของเจ้ามรดก

คดีฟ้องเรียกตามข้อกำหนดพินัยกรรม มิให้ฟ้องเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งปีนับแต่เมื่อผู้รับพินัยกรรมได้รู้หรือควรได้รู้ถึงสิทธิของตน มีอยู่ตามพินัยกรรม

ลักษณะรับฟ้อง บทที่ 21 เช่นเดียวกัน¹³² โดยกำหนดว่าผู้มีสิทธิยกอายุความตามมาตรา 1754 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นข้อต่อสู้ได้แก่ ทายาท ผู้ซึ่งชอบจะใช้สิทธิของทายาท และผู้จัดการมรดก

ในส่วนเหตุผลเบื้องหลังทางกฎหมาย สาเหตุที่พระไอยการลักษณะรับฟ้องที่กำหนดอายุความฟ้องร้องคดีมรดกไว้เพียง 1 ปีส่วนหนึ่งเป็นเพราะในสมัยก่อนต้องมีการส่งมรดกเข้าภาคหลวงด้วย ดังนั้นกฎหมายจึงกำหนดให้ต้องดำเนินการจัดการมรดกให้เร็วที่สุดเพื่อประโยชน์ของฝ่ายบ้านเมืองเอง ขณะที่กฎหมายในปัจจุบันเนื่องจากไม่มีหลักการเรื่องการแบ่งมรดกภาคหลวงแล้ว เจตนารมณ์ส่วนนี้จึงหายไป เหลือเพียงหลักการเพื่อลงโทษทายาทและเจ้านั้นมรดกที่ไม่เอาใจใส่ติดตามสิทธิของตน และเป็นไปเพื่อประโยชน์แก่ทายาทและเป็นผลดีแก่เศรษฐกิจบ้านเมืองโดยรวม¹³³ นอกจากนี้การที่กฎหมายกำหนดอายุความมรดกค่อนข้างสั้น ก็เพื่อมิให้ต้องเกิดปัญหาทายาททอดทิ้งปัญหาการราคาซัง จนเป็นเหตุหน่วงเหนี่ยวให้ผู้รับทรัพย์มรดกไม่สามารถจัดการทรัพย์ได้อย่างเต็มที่นัก แต่สำหรับทายาทที่ไม่รู้ถึงความตายของของเจ้ามรดก กฎหมายก็มีความเห็นใจทายาทเหล่านี้เหมือนกัน จึงให้นับอายุความนับแต่รู้หรือควรรู้ถึงความตายของเจ้ามรดก¹³⁴

4. สรุป

จากที่แถลงมาข้างต้น จะเห็นว่าแม้นักวิชาการหลายท่านจะหยิบยกประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ในฐานะกฎหมายที่รับแนวทางจากจารีตประเพณีไทยเป็นสำคัญ แต่เมื่อศึกษาพัฒนาการทั้งในภาพรวมแล้วในการเจาะตัวบทบัญญัติแล้วก็จะพบว่า กฎหมายมรดกไทยได้รับการเจือปนด้วยกฎหมายต่างประเทศมาหลายระลอกตั้งแต่การออกกฎหมายเพื่อแก้ปัญหาเฉพาะหน้าเป็นเรื่อง ๆ ไป เช่นการออกพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะมรดก รัตนโกสินทร์ศก 121 พระราชบัญญัติว่าด้วยการทำพินัยกรรม พ.ศ. 2475 จนถึงการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 6 ซึ่งแก้ไขและเพิ่มเติมหลักการใหม่ ๆ ที่ไม่เคยมีในพระไอยการลักษณะมรดกไว้มากมายจนอาจกล่าวได้ว่าสัดส่วนอิทธิพลกฎหมายต่างประเทศอาจจะมีมากกว่ากฎหมายไทยเดิมเสียด้วยซ้ำ ในส่วนของบทบัญญัติที่ได้รับการกล่าวอ้างว่ารับอิทธิพลมาจากกฎหมายไทยเดิมเป็นสำคัญ แต่เมื่อนำบทบัญญัติมาเปรียบเทียบกับจะ

ภายใต้บังคับแห่งมาตรา 193/27 แห่งประมวลกฎหมายนี้ ถ้าสิทธิเรียกร้องของเจ้านั้นมีต่อเจ้ามรดกมีกำหนดอายุความยาวกว่าหนึ่งปี มิให้เจ้านั้นฟ้องร้องเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งปีนับแต่เมื่อเจ้านั้นได้รู้ หรือควรได้รู้ถึงความตายของเจ้ามรดก

ถึงอย่างไรก็ดี สิทธิเรียกร้องตามที่ว่ามาในวรรคก่อน ๆ นั้น มิให้ฟ้องร้องเมื่อพ้นกำหนดสิบปีนับแต่เมื่อเจ้ามรดกตาย

¹³² มาตรา 1755 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

อายุความหนึ่งปีนั้น จะยกขึ้นต่อสู้ได้ก็แต่โดยบุคคลซึ่งเป็นทายาท หรือบุคคลซึ่งชอบที่จะใช้สิทธิของทายาท หรือโดยผู้จัดการมรดก

¹³³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, มานิตย์ จุมปา แก้ไขเพิ่มเติม, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก, หน้า 464.

¹³⁴ สอาด นาวิเจริญ, คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ว่าด้วยมรดก, หน้า 338.

พบว่าไม่เหมือนกันเสียทีเดียว ไม่ว่าจะเป็นแง่หลักเกณฑ์ ผล การใช้ถ้อยคำที่กว้างขวางรัดกุมไม่เหมือนกัน เจตนารมณ์ทางกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงไปเพื่อให้สอดคล้องกับระบบกฎหมายสมัยใหม่และบริบททางสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งก็ปฏิเสธไม่ได้ว่าจุดแตกต่างดังกล่าวนี้ ส่วนหนึ่งก็มาจากอิทธิพลกฎหมายตะวันตกในสมัยแห่งการปฏิรูปกฎหมายนั่นเอง ทั้งบางหลักการที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับหลักกฎหมายเก่าก็เป็นร่องรอยของหลักกฎหมายเก่าที่เลือนรางเต็มที จนอาจจะกล่าวได้ว่ากฎหมายมรดกในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 อาจจะมีความเป็นตะวันตกมากกว่าไทยเป็นสำคัญ เพราะกฎหมายมรดกของไทยในปัจจุบันนั้นก็ถูกกฎหมายต่างประเทศกลืนไปมากพอสมควร จนอาจจะแทบไม่เหลือเค้าโครงความเป็นไทยแล้วนั่นเอง

“บัญญัติแห่งเบียร์บริสุทธิ์ (Bierreinheitsgebot)” กับปัญหาบางประการ
ภายใต้กฎหมายสหภาพยุโรปและกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมัน

The Beer Purity Law and Its Problems under European Union
and German Constitutional Law

ปุนเทพ ศิรินพวงศ์
Poonthep Sirinupong

อาจารย์ประจำ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ถนนพระจันทร์ เขตพระนคร กรุงเทพฯ 10200

Full-time Lecturer

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

Corresponding Author E-mail: poonthep@tu.ac.th

(Received: January 30, 2023; Revised: February 21, 2023; Accepted: February 27, 2023)

บทคัดย่อ

“บัญญัติแห่งความบริสุทธิ์” คือกฎเกณฑ์ที่กำหนดว่าการต้มเบียร์ในประเทศเยอรมนีจะใช้วัตถุดิบได้เพียงสี่อย่างคือ มอลต์ ฮอปส์ ยีสต์และน้ำ ในช่วงไม่กี่ทศวรรษที่ผ่านมา ข้อจำกัดอายุกว่าครึ่งสหัสวรรษนี้ต้องเผชิญกับความท้าทายต่อการดำรงอยู่อย่างมาก ผลกระทบจากการเข้าเป็นสมาชิกประชาคมยุโรปตลอดจนถึงพัฒนาการของกฎหมายรัฐธรรมนูญภายในประเทศทำให้กฎเกณฑ์ดังกล่าวต้องผ่อนคลายความเคร่งครัดลง ไข้แต่เท่านั้น การเติบโตของกระแสกราฟเบียร์ในช่วงไม่กี่ปีที่ผ่านมานำไปสู่ข้อเรียกร้องถึงขนาดว่าให้ยกเลิกกฎเกณฑ์ดังกล่าวไปเสียเลยแล้วเปลี่ยนมาใช้เป็น “บัญญัติแห่งความเป็นธรรมชาติ” แทน

คำสำคัญ: บัญญัติแห่งเบียร์บริสุทธิ์, หลักการเคลื่อนย้ายสินค้าเสรี, เสรีภาพในการประกอบอาชีพ, กราฟเบียร์

Abstract

The “Purity Law” is a regulation limiting the ingredients in beer in Germany. It is stipulated that beer be brewed using only malt, hops, yeast and water. Over the past few decades, this half-millennium-old rule has faced enormous challenges to its existence. The impact of accession to the European Community and the development of internal constitutional law have forced such limitation to be loosened. Moreover, the craft beer boom in the past few years has led to proposals to repeal the law and replace it with the “Naturalness Law”.

Keywords: Beer Purity Law, Free movement of goods, Freedom of Occupation, Craft Beer

1. บทนำ

“บัญญัติแห่งความบริสุทธิ์” คือกฎเกณฑ์ที่มีอายุกว่าครึ่งสหัสวรรษซึ่งกำหนดเอาไว้ให้การต้มเบียร์ในประเทศเยอรมนีจะสามารถใช้วัตถุดิบได้เพียงสี่ประการคือ มอลต์ ฮอปส์ ยีสต์และน้ำเท่านั้น บทความนี้จะนำเสนอประวัติศาสตร์ความเป็นมาของข้อบัญญัติดังกล่าวและพัฒนาการที่สำคัญจนถึงสมัยปัจจุบัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นผลกระทบจากการเข้าเป็นสมาชิกประชาคมยุโรป ผลกระทบจากพัฒนาการความคิดเรื่องสิทธิเสรีภาพในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญ และผลกระทบจากการเติบโตของกระแสคราฟเบียร์ในประเทศ โดยในส่วนสุดท้ายของบทความนี้ก็จะมีการนำเสนอมุมมองเปรียบเทียบกับกฎหมายเบียร์ไทยบางประเด็นที่น่าสนใจด้วย

2. ประวัติศาสตร์ครึ่งสหัสวรรษบัญญัติแห่งเบียร์บริสุทธิ์

วันที่ 23 เมษายน ค.ศ. 1516 ดยุกวิลเฮล์มที่สองและลูตวิกที่สิบแห่งบาเยิร์นได้ประกาศข้อบัญญัติว่าด้วยการต้มและเสิร์ฟเบียร์ในราชอาณาจักรแคว้นบาเยิร์นช่วงฤดูร้อนและฤดูหนาวโดยมีถ้อยความดังต่อไปนี้ “โดยการปรึกษากับสภาแห่งแคว้นของเรา เราขอบัญญัติ กำหนดและเรียกร้องให้นับแต่นี้ต่อไปตลอดทั่วทั้งราชอาณาจักรบาเยิร์น ไม่ว่าจะในชนบท เขตนคร ตลอดจนย่านการค้าทั้งหลายที่ปราศจากข้อกำหนดอย่างอื่นเป็นการเฉพาะ จะเสิร์ฟเบียร์หนึ่งเหยือกหรือหนึ่งถ้วยระหว่างช่วงวันฉลองอัครทูตสวรรค์มีคาเอล¹ถึงวันนักบุญจอร์จ²ได้ในราคาไม่เกินหนึ่งเฟนนิกมิวนิกเท่านั้น ส่วนระหว่างวันนักบุญจอร์จถึงวันฉลองอัครทูตสวรรค์มีคาเอล เบียร์หนึ่งเหยือกต้องมีราคาไม่เกินสองเฟนนิกมิวนิก

¹ ตรงกับวันที่ 29 กันยายน

² ตรงกับวันที่ 23 พฤษภาคม

และเบียร์หนึ่งถ้วยต้องไม่เกินสามเฮลเลอร์ มิเช่นนั้นจะต้องรับโทษตามที่กำหนดไว้ แต่สำหรับผู้ดื่มหรือมีเบียร์อื่นที่ไม่ใช่เมอร์เซิน³ จะขายหรือเลืกรเบียร์ดังกล่าวเกินกว่าเหยือกละหนึ่งเพนนิคไม่ได้ไม่ว่าในกรณีใดๆ ยิ่งไปกว่านั้นจากนี้ต่อไปเราไม่ประสงค์ให้อาณาบริเวณของเราไม่ว่าจะเป็นเขตนคร ย่านการค้า หรือพื้นที่ชนบทใด มีการดื่มเบียร์โดยใช้วัตถุดิบอย่างอื่นที่นอกเหนือไปจากข้าวบาร์เลย์ ฮอปส์ และน้ำอีก หากผู้ใดใจฝืนไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดนี้ เจ้าหน้าที่ตุลาการจะลงทัณฑ์ด้วยการเข้ายึดถึงเบียร์ดังกล่าวในทุกกรณีโดยปราศจากข้อยกเว้น [...]”

กาลเวลาหลายศตวรรษล่วงเลยมา ข้อบัญญัติข้างต้นโดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่ขีดเส้นใต้ว่าด้วยข้อจำกัดเกี่ยวกับวัตถุดิบที่ได้รับอนุญาตให้ใช้ในการต้มเบียร์นั้นกลายมาเป็นสโลแกนหรือกลยุทธ์การตลาดของอุตสาหกรรมเบียร์เยอรมันที่รู้จักกันทั่วไปในชื่อ “บัญญัติแห่งความบริสุทธิ์” (Reinheitsgebot, Purity Law) ที่ได้รับการกล่าวขวัญถึงอย่างกว้างขวางว่าเป็นกฎหมายด้านอาหารที่บังคับใช้มายาวนานเก่าแก่ที่สุดในโลก⁴ โดย ค.ศ. 2016 มลรัฐบาเยิร์นและสมาพันธ์คนต้มเบียร์แห่งเยอรมัน (Deutscher Brauer-Bund e.V.) ได้มีการจัดงานเฉลิมฉลองอย่างยิ่งใหญ่อันเปี่ยมล้นด้วยความภาคภูมิใจในโอกาสวันครบรอบ “ครึ่งสหัสวรรษบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์”⁵

ทว่าหากพิจารณาเชิงประวัติศาสตร์แล้ว แท้ที่จริง “ครึ่งสหัสวรรษ” ของ “บัญญัติแห่งความบริสุทธิ์” นี้ต้องนับว่าเป็นตัวเลขอายุที่อาจจะทั้ง “มาก” และ “น้อย” กว่าความเป็นจริง กล่าวคือ ในแง่หนึ่งการประดิษฐ์ใช้คำว่า “บัญญัติแห่งความบริสุทธิ์” เพื่อเรียกกฎเกณฑ์เกี่ยวกับวัตถุดิบในการต้มเบียร์นั้นมีหลักฐานปรากฏบันทึกย้อนหลังครั้งแรกกลับไปได้เพียงเมื่อ ค.ศ. 1918 ในถ้อยแถลงของนายฮันส์ เราค์ หัวหน้าฝ่ายบัญชีของสถาบันการเกษตรและการต้มเบียร์ไวเอนสเตฟาน (Akademie für Landwirtschaft und Brauerei, Weihenstephan) ระหว่างการประชุมสภามลรัฐบาเยิร์นในวาระว่าด้วยภาษีเบียร์เมื่อวันที่ 4 มีนาคมของปีดังกล่าว โดยก่อนหน้านี้จะมี “การตั้งชื่อ” ในช่วงต้นคริสต์ศตวรรษที่ 20 นี้ กฎเกณฑ์เกี่ยวกับปัจจัยการผลิตเบียร์เคยเป็นที่รู้จักด้วยชื่อซึ่งแห้งแล้งไร้สีสันอย่าง “ข้อห้ามสิ่งทดแทน” (Surrogatverbot)⁶ ในอีกแง่หนึ่งนั้น กฎเกณฑ์ควบคุมวัตถุดิบสำหรับการต้มเบียร์ที่จริงแล้วก็มีหลักฐาน

³ เบียร์เมอร์เซินคือเบียร์หมักนอกรันจากมอลต์ข้าวบาร์เลย์ มีเนื้อของเบียร์ที่เข้มข้นกว่าเบียร์หมักนอกรันทั่วไป โดยเน้นรสชาติของมอลต์และฮอปส์กว่าปกติเพื่อให้เก็บรักษาได้นานขึ้น ทั้งนี้ชื่อเมอร์เซินมาจากเดือนมีนาคมในภาษาเยอรมัน เพราะแต่เดิมนั้นเป็นเบียร์ที่ต้มขึ้นในเดือนมีนาคมก่อนจะเข้าสู่หน้าร้อนซึ่งการต้มเบียร์เป็นเรื่องต้องห้ามเพื่อป้องกันเหตุอัคคีภัย.

⁴ Daniel Brandauer, “Food quality in history – the genesis of the Bavarian Purity Law (beer) from 1516 until today,” in **Food Security, Food Safety, Food Quality**, ed. Ines Härtel and Roman Budzinowski (Baden-Baden: Nomos, 2016), p.153.

⁵ เทศกาล “Festival 500 Jahre Bayerisches Reinheitsgebot” จัดขึ้นระหว่างวันที่ 22 ถึง 24 กรกฎาคม ค.ศ. 2016 ณ เมืองมิวนิค.

⁶ Horst Dornbusch and Karl-Ullrich Heyse, “Reinheitsgebot,” in **The Oxford Companion to Beer**, ed. Garrett Oliver (New York: Oxford University Press, 2011), p.692.

ทางประวัติศาสตร์ที่ย้อนไปได้ไกลกว่าข้อบัญญัติแคว้นบาเยิร์น ค.ศ. 1516 กล่าวคือ มีเอกสารที่มีสาระสำคัญเช่นเดียวกันปรากฏมาตั้งแต่หลายทศวรรษก่อนหน้านี้ในหลายเขตนครของแคว้นบาเยิร์น อาทิ มติของสภาเมืองมิวนิค ค.ศ. 1447 หรือข้อบัญญัติเมืองรูนเนอเบิร์กว่าด้วยโรงเตี๊ยม ค.ศ. 1434 ที่ต่างก็ได้กล่าวถึงข้อกำหนดห้ามมิให้ใช้วัตถุดิบในการต้มเบียร์ที่เกินไปกว่า “ข้าวบาร์เลย์ ฮอปส์ และน้ำ” หรือข้อบัญญัติของแคว้นบาเยิร์น-ลันท์ฮูท ค.ศ. 1493 ที่มีการกล่าวถึงวัตถุดิบสามประการเช่นกัน แต่ใช้คำว่า “มอลต์” แทน “ข้าวบาร์เลย์” เพื่อขยายขอบเขตของชนิดเมล็ดธัญพืชที่ได้รับอนุญาตให้สามารถใช้ในการต้มเบียร์ได้ให้รวมถึงประเภทอื่นๆ ด้วย⁷

เหตุปัจจัยสำคัญซึ่งส่งผลให้บรรดาเจ้านครหรือผู้ปกครองแคว้นทั้งหลายในสมัยนั้นต้องบัญญัติกฎหมายเช่นว่าขึ้นมาก็คือการตั้งรกรากถิ่นฐานในยุคกลางที่พัฒนากลายมาเป็นรูปแบบเมืองพร้อมกับการกิจของผู้ปกครองที่มีหน้าที่ดูแลความปลอดภัยและโภชนาการของประชากรผู้อยู่อาศัย การกำหนดให้ใช้ได้เฉพาะฮอปส์ก็เพื่อป้องกันการใช้พืชหรือสมุนไพรชนิดอื่นที่อาจไม่เพียงด้อยคุณภาพกว่าแต่ยังเป็นอันตรายต่อสุขภาพ อาทิ เฮนเบนที่อาจส่งผลต่อระบบกล้ามเนื้อและสมอง⁸ ในขณะเดียวกันฮอปส์ยังมีคุณสมบัติในการฆ่าเชื้อแบคทีเรียและถนอมเบียร์ให้เก็บรักษาได้นานขึ้น⁹ ทั้งนี้ การกำหนดให้ใช้ได้แต่เฉพาะข้าวบาร์เลย์นั้นก็เพื่อจะควบคุมให้ปริมาณวัตถุดิบที่จำเป็นสำหรับการทำขนมปังอย่างข้าวสาลีและข้าวไรย์มีอยู่อย่างเพียงพอ¹⁰

แม้ข้อบัญญัติว่าด้วยการต้มและเสิร์ฟเบียร์ในราชอาณาจักรแคว้นบาเยิร์นช่วงฤดูร้อนและฤดูหนาว ค.ศ. 1516 จะไม่ใช่กฎหมายฉบับแรกที่มีเนื้อหาว่าด้วย “บัญญัติแห่งความบริสุทธิ์” ดังที่ได้กล่าวมา แต่สาเหตุที่ข้อบัญญัตินี้ได้รับการยอมรับว่าเป็นหมุดหมายแห่งพัฒนาการของกฎหมายว่าด้วยการต้มเบียร์ที่สำคัญที่สุดสืบเนื่องต่อมาจนถึงปัจจุบันก็คงเพราะเหตุความกว้างใหญ่ของดินแดนที่อยู่ภายใต้บังคับอย่างไม่เคยมีมาก่อนคือทั่วทั้งแคว้นบาเยิร์นหาใช่เพียงเขตนครหรือเมืองใดเมืองหนึ่ง¹¹ อนึ่ง เหตุที่ข้อบัญญัติในสมัยดังกล่าวยังไม่ได้กล่าวถึงยีสต์ก็เพราะว่าการทำปฏิกิริยาของยีสต์ใน

⁷ Peter Hahn, “500 Jahre Reinheitsgebot für Bier – Entstehung, Entwicklung und Bedeutung,” *Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht*, no. 2 (2016): p.134.

⁸ Moritz Hagenmeyer, “Gedanken zum Reinheitsgebot – und zur „Craft Beer“ Hyperbel,” *Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht*, no. 2 (2016): p.151.

⁹ Klaus Rupprecht, “Reinheitsgebot, 1516,” in *Historisches Lexikon Bayerns* (2016) [online] Available from : https://www.historisches-lexikon-bayerns.de/Lexikon/Reinheitsgebot,_1516 [26 January 2023].

¹⁰ Ibid.

¹¹ Karin Hackel-Stehr, *Das Brauwesen in Bayern vom 14. Bis 16. Jahrhundert, insbesondere die Entstehung und Entwicklung des Reinheitsgebotes (1516)* (Berlin: Gesellschaft für Öffentlichkeitsarbeit der Deutschen Brauwirtschaft e.V, 1987), p.22; Daniel Brandauer, “Food quality in history – the genesis of the Bavarian Purity Law (beer) from 1516 until today,” p.157.

กระบวนการหมักเป็นปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นเองในระหว่างขั้นตอนการต้มเบียร์จากยีสต์ที่อยู่ตามธรรมชาติหรือบริเวณแวดล้อมของสถานที่ที่มีการหมักเบียร์เอาไว้ มนุษย์เพิ่งจะรู้จักการดำรงอยู่ของจุลินทรีย์และบทบาทของยีสต์ในกระบวนการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ก็โดยการค้นพบอันยิ่งใหญ่ของหลุยส์ ปาสเตอร์ในช่วงกลางศตวรรษที่ 19 เท่านั้น

อย่างไรก็ตาม ในบางช่วงเวลาบทบัญญัติเกี่ยวกับการต้มเบียร์ในแคว้นบาเยิร์นก็มีการผ่อนคลายให้สามารถใช้วัตถุดิบบางชนิดเพิ่มเติมในส่วนผสมของเบียร์ได้โดยไม่มีผลขัดตามกฎหมาย อาทิ ผักชี ใบกระวาน เกลือ จูนิเปอร์เบอร์รี่ หรือยี่ห่วย¹² นอกจากนี้ใน ค.ศ. 1548 บารอนแห่งเดเกินแบร์คก็ได้รับมอบเอกสิทธิ์ซึ่งเป็นข้อยกเว้นพิเศษในการต้มเบียร์ไวเซ็นที่มีมอลต์จากข้าวสาลีเป็นส่วนประกอบก่อนที่ใน ค.ศ. 1602 เอกสิทธิ์ดังกล่าวจะตกกลับไปยังดยุคมัคซิมิเลียนที่หนึ่งและพระองค์ก็จัดให้มีโรงต้มไวเซ็นเบียร์ขึ้นมาเพิ่มเติมอีกจำนวนมาก¹³

ช่วงสองศตวรรษหลังจากนั้น กฎหมายหลายฉบับในถิ่นแคว้นแดนใต้ของดินแดนเยอรมันได้กลับไปบัญญัติข้อห้ามการใช้วัตถุดิบของการต้มเบียร์ที่นอกเหนือไปจาก “มอลต์ ฮอปส์ และน้ำ” แบบเคร่งครัดอีกครั้ง¹⁴ ขณะที่การต้มเบียร์ทางอาณานิคมตอนเหนือถูกตีกรอบน้อยกว่าและอาจจะใช้วัตถุดิบที่แตกต่างได้ เมื่อมีการรวมชาติเยอรมันขึ้นใน ค.ศ. 1871 ความแตกต่างนี้ยังคงดำเนินต่อไปอีกหลายทศวรรษเพราะดินแดนเยอรมันทางใต้ได้ขอสงวนสิทธิเกี่ยวกับกฎหมายเบียร์ไว้เป็นเงื่อนไขของการรวมชาติ ส่งผลให้กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีและการผลิตเบียร์ในจักรวรรดิเยอรมันยุคนั้นแบ่งออกเป็นกฎหมายของเยอรมนีตอนเหนือและตอนใต้ กฎหมายของเยอรมนีตอนเหนือในช่วงแรกได้บัญญัติไว้อย่างเข้มงวดถึงการใช้วัตถุดิบเพื่อทดแทนมอลต์ได้ อาทิ น้ำตาล ข้าว หรือน้ำเชื่อม ก่อนที่จะมีการห้ามใช้วัตถุดิบประเภทอื่นเพื่อทดแทนมอลต์อย่างเด็ดขาดในเวลาต่อมาแต่ก่อนอนุญาตให้อาจใช้มอลต์สกัดในกระบวนการต้มได้¹⁵

ในกฎหมายภาษีเบียร์ฉบับ ค.ศ. 1906, 1909 และ 1918 มีการปรับปรุงบทบัญญัติให้ชัดเจนยิ่งขึ้นโดยกำหนดเอาไว้อย่างชัดเจนว่าการผลิตเบียร์หมักนอกรั้วนั้นจะสามารถใช้วัตถุดิบได้เพียงมอลต์ ข้าวบาร์เลย์ ฮอปส์ ยีสต์และน้ำเท่านั้น ส่วนเบียร์หมักลอยผิวนั้นก็ต้องใช้วัตถุดิบสั้ประเภทดังกล่าวเป็นหลักเช่นกัน แต่อาจใช้มอลต์ประเภทอื่นหรือใช้น้ำตาลบางชนิดเป็นส่วนผสมได้¹⁶ แต่ทั้งนี้ข้อจำกัดดังกล่าวไม่ใช้กับเบียร์ชนิดพิเศษ (Besondere Biere) หรือเบียร์ที่ต้มเพื่อการส่งออก (Bier, das nachweislich zur Ausfuhr bestimmt ist)

¹² Peter Hahn, “500 Jahre Reinheitsgebot für Bier – Entstehung, Entwicklung und Bedeutung,” p.137.

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid, p.137-138.

¹⁵ Ibid, p.141-142.

¹⁶ Ibid, p.142.

แม้กระทั่งสมัยหลังสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่หนึ่งซึ่งได้มีการจัดตั้งสาธารณรัฐขึ้นมาใน ค.ศ. 1919 และก็ได้มีการตรากฎหมายเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีเบียร์ที่เป็นเอกภาพใช้บังคับตลอดทั่วอาณาเขตประเทศเยอรมนีเป็นครั้งแรกโดยครอบคลุมถึงเรื่องวัตถุดิบที่อนุญาตให้ใช้ในการต้มเบียร์ด้วย แต่มลรัฐทางตอนใต้คือบาเยิร์น บาเดน และเวือร์ทเทิมแบร์กก็ยังเลือกที่จะสงวนสิทธิและยึดถือตามบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์แบบเคร่งครัดในดินแดนของตนต่อไป ช้อยกเว้นที่อาจใช้น้ำตาลเป็นวัตถุดิบของเบียร์หมักลอยผิวได้จึงถูกปฏิเสธและไม่ให้ใช้บังคับกับเบียร์ที่ผลิตในเขตการปกครองเหล่านี้¹⁷

เมื่อเข้าสู่ยุคของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีหลังสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่สอง และหลังการประกาศใช้กฎหมายพื้นฐานใน ค.ศ. 1949 ช่วงต้นทศวรรษที่หกสิบได้มีการปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการผลิตและจัดจำหน่ายเบียร์โดยมีการประกาศใช้กฎหมายภาษีเบียร์ฉบับใหม่ใน ค.ศ. 1952 อันมีเนื้อความรวมถึงข้อจำกัดเกี่ยวกับวัตถุดิบที่ได้รับอนุญาตให้ใช้ในการผลิตเบียร์ซึ่งผูกโยงต่อไปยังกฎเกณฑ์ว่าด้วยการวางจำหน่ายผลิตภัณฑ์สินค้าที่มีข้อบ่งชี้บนสลากว่าเป็นเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ประเภทเบียร์ในตลาดด้วย โดยในมาตรา 10 บัญญัติเกี่ยวกับการแปรรูปเรียกสินค้าที่เป็น “เบียร์” ตลอดจนการใช้ชื่อเรียกอย่างอื่นหรือใช้รูปประกอบที่ให้เข้าใจได้ว่าเป็นสินค้าเบียร์ในการจัดจำหน่ายในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นน่าจะทำได้เฉพาะแต่ผลิตภัณฑ์ที่ต้มขึ้นตามหลักเกณฑ์ของมาตรา 9 เท่านั้น โดยในมาตรา 9 กำหนดเอาไว้ว่าการต้มเบียร์หมักนอนก้นจะใช้วัตถุดิบได้เพียงข้าวบาร์เลย์ ฮอปส์ น้ำ และยีสต์เท่านั้น แต่สำหรับการต้มเบียร์หมักลอยผิว แม้โดยหลักการแล้วก็ต้องใช้เฉพาะวัตถุดิบสี่อย่างที่กล่าวมาเช่นกัน แต่อาจใช้มอลต์ชนิดอื่นหรือน้ำตาลบางประเภทได้ อย่างไรก็ตามข้อจำกัดนี้ไม่ใช้กับกรณีการต้มเบียร์เพื่อบริโภคในครัวเรือน (Hausbrauer) การต้มเบียร์เพื่อการส่งออก หรือกรณีที่มีการได้รับอนุญาตให้ต้มเบียร์ชนิดพิเศษ¹⁸ อย่างไรก็ตามนี้ไม่มีผลในสามดินแดนทางใต้ กล่าวคือ ด้วยการยืนยันข้อสงวนที่มีมาแต่เดิม การต้มเบียร์ในบาเยิร์น บาเดน และเวือร์ทเทิมแบร์กนั้นยังคงต้องเป็นไปตามบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์แบบเคร่งครัดเท่านั้น โดยไม่อนุญาตให้ใช้วัตถุดิบอื่นที่นอกเหนือไปจาก “มอลต์ ฮอปส์ ยีสต์ และน้ำ” ไม่ว่าจะเป็นการต้มเบียร์หมักนอนก้นหรือหมักลอยผิว ตลอดจนไม่สามารถขออนุญาตยกเว้นเป็นการเฉพาะสำหรับการต้มเบียร์ชนิดพิเศษได้

ต่อมาได้มีการปรับปรุงข้อบัญญัติเกี่ยวกับอาหารครั้งใหญ่ในประเทศเยอรมนีโดยมีการประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยสินค้าประเภทอาหารและบริโภคภัณฑ์ใน ค.ศ. 1974 แม้ผลของการปฏิรูปนี้จะไม่ได้เป็นการยกเลิกหรือแก้ไขข้อบัญญัติเกี่ยวกับการต้มเบียร์ที่อยู่ในกฎหมายภาษีเบียร์โดยตรง แต่ก็มีกฎเกณฑ์บางประการที่เกี่ยวข้องหรือขยายความข้อกำหนดว่าด้วยบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์โดยเฉพาะกฎเกณฑ์ว่าด้วยการห้ามวางตลาดผลิตภัณฑ์ที่มีการใช้วัตถุดิบปรุงแต่งที่ไม่ได้รับอนุญาตหรือไม่ใช่สิ่งจำเป็นใน

¹⁷ Ibid.

¹⁸ มาตรา 9 และ 10 กฎหมายภาษีเบียร์ (Biersteuergesetz) ฉบับ ค.ศ. 1952.

กรรมวิธีการผลิตที่มีข้อพิสูจน์อย่างชัดเจนแล้วว่าไม่มีผลกระทบต่อผู้บริโภค¹⁹ อันส่งผลให้การวางจำหน่ายเบียร์ที่ผลิตขึ้นด้วยวัตถุดิบปรุงแต่งอื่นที่ไม่เป็นไปตามบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์ตามหลักเกณฑ์ในกฎหมายภาษีเบียร์จะทำได้ ข้อจำกัดดังกล่าวนี้ครอบคลุมไปถึงผลิตภัณฑ์เบียร์จากต่างประเทศด้วย

3. คำวินิจฉัยศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปคดีบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์

ค.ศ. 1957 ประเทศเยอรมนีและอีกห้าประเทศในยุโรป ได้แก่ เบลเยียม ฝรั่งเศส อิตาลี ลักเซมเบิร์ก และเนเธอร์แลนด์ ได้ร่วมกันจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรปขึ้นบนวัตถุประสงค์เพื่อสร้างตลาดร่วมในการแลกเปลี่ยนสินค้าอุปโภคบริโภคและเพื่อสร้างมาตรฐานกฎเกณฑ์ทางการค้าของแต่ละประเทศสมาชิกให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน ทั้งนี้ภายใต้สนธิสัญญาจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรปหรือที่เรียกกันโดยทั่วไปว่าสนธิสัญญากรุงโรม รัฐสมาชิกมีพันธะอย่างหนึ่งบนหลักการเคลื่อนย้ายสินค้าอย่างเสรีที่จะต้องไม่ออกมาตรการจำกัดปริมาณการนำเข้าสินค้าจากรัฐสมาชิกอื่นหรือกำหนดมาตรการอย่างอื่นที่มีผลอย่างเดียวกัน ยกเว้นเฉพาะกรณีเป็นมาตรการบนเหตุผลด้านศีลธรรมสาธารณะ ด้านความมั่นคงสาธารณะ ด้านความปลอดภัยสาธารณะ หรือเป็นมาตรการเพื่อปกป้องชีวิตและสุขภาพของคน สัตว์หรือพืช หรือเพื่อปกป้องสมบัติชาติอันทรงคุณค่าทางศิลปะ ประวัติศาสตร์ หรือโบราณคดี หรือเพื่อปกป้องทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมและการค้า โดยการใช้มาตรการตามเหตุยกเว้นดังกล่าวจะต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจหรือเป็นการกีดกันทางการค้าโดยแอบแฝงระหว่างรัฐสมาชิก²⁰

ค.ศ. 1982 บริษัทส่งออกเบียร์สัญชาติฝรั่งเศสเจ้าหนึ่งได้ยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการการประชาคมยุโรปว่าประเทศเยอรมนีละเมิดหลักการเคลื่อนย้ายสินค้าเสรีจากการที่ปฏิเสธไม่ให้มีการนำเข้าและจัดจำหน่ายสินค้าเบียร์ที่ผลิตขึ้นอย่างถูกต้องตามกฎหมายของประเทศสมาชิกอื่นโดยอ้างว่าผลิตภัณฑ์ดังกล่าวไม่เป็นไปตามเงื่อนไขของบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์ คณะกรรมการการประชาคมยุโรปได้รับคำร้องไว้และพิจารณาว่าเรื่องดังกล่าวมีมูล จึงแจ้งเรื่องเป็นหนังสือไปยังประเทศเยอรมนีว่าทบัญญัติตามกฎหมายภาษีเบียร์มาตรา 9 และ 10 นั้นมีผลเป็นอุปสรรคต่อการนำเข้าเบียร์ที่ผลิตโดยชอบด้วยกฎหมายจากประเทศอื่นอันเป็นการละเมิดหลักการเคลื่อนย้ายสินค้าอย่างเสรี ต่อมาประเทศเยอรมนีได้ชี้แจงว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวมีขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคจากการผสมวัตถุดิบปรุงแต่งที่ไม่จำเป็นในการผลิตเบียร์และป้องกันไม่ให้ผู้บริโภคเข้าใจผิดหรือคลาดเคลื่อนเกี่ยวกับส่วนผสมของเบียร์ คณะกรรมการการประชาคมยุโรปพิจารณาแล้วเห็นว่าข้อชี้แจงดังกล่าวฟังไม่ขึ้นจึงกำหนดให้ประเทศเยอรมนีแก้ไขปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องภายในเวลาที่กำหนด กระนั้นก็ตามประเทศเยอรมนีก็ไม่ได้มีการดำเนินการแต่อย่างใด

¹⁹ ดู Ulrich Klinke, "Bier in der Bundesrepublik: Einige Bemerkungen zum deutschen Lebensmittelrecht," *Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht*, no. 3 (1987): p.300-305.

²⁰ มาตรา 30 และ 36 Treaty establishing the European Economic Community (Rome, 25 March 1957).

ในที่สุดคณะกรรมการการค้าประชาคมยุโรปจึงยื่นฟ้องประเทศเยอรมนีว่าการละเมิดพันธกรณีตามสนธิสัญญาประชาคมเศรษฐกิจยุโรปต่อศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปใน ค.ศ. 1984²¹

ค.ศ. 1987 ศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปได้มีคำวินิจฉัยเห็นตามคำฟ้องของคณะกรรมการประชาคมยุโรปว่าประเทศเยอรมนีละเมิดพันธกรณีเกี่ยวกับหลักการเคลื่อนย้ายสินค้าอย่างเสรีของสนธิสัญญาจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรปในข้อ 30 ว่าด้วยการห้ามเลือกปฏิบัติระหว่างสินค้าภายในและต่างประเทศจากกรณีซึ่งกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการจำกัดการวางจำหน่ายสินค้าที่อาจบ่งชี้บนฉลากว่าเป็นผลิตภัณฑ์เบียร์ของประเทศเยอรมนีมีผลเป็นการกีดกันสินค้าเบียร์ที่ผลิตขึ้นโดยชอบตามกฎหมายของสมาชิกประชาคมประเทศอื่นให้ไม่สามารถวางจำหน่ายในตลาดเยอรมันภายใต้ฉลากสินค้าว่าเป็นผลิตภัณฑ์เบียร์ได้หากว่าเบียร์ดังกล่าวนั้นต้มขึ้นด้วยส่วนผสมที่แตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ตามมาตรา 9 ของกฎหมายภาษีเบียร์ โดยศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปเห็นว่ากฎเกณฑ์ในส่วนของการแปะฉลากเรียกสินค้าว่าเป็น “เบียร์” ตามมาตรา 10 ของกฎหมายภาษีเบียร์เยอรมันไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองด้านสุขภาพแต่เป็นไปเพียงเพื่อประโยชน์ของการคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งจุดมุ่งหมายประการดังกล่าวตามแนวคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปที่ผ่านมาในอดีต ศาลเองเคยวางหลักการเอาไว้ว่าอาจจะกระทำได้อีกเฉพาะต่อเมื่อเป็นมาตรการที่จำเป็นอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ในคดีนี้ศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปเห็นว่าข้อต่อสู้ของรัฐบาลเยอรมันที่กล่าวอ้างว่าการจำกัดประเภทสินค้าที่จะสามารถระบุบนฉลากว่าเป็น “เบียร์” ในประเทศเยอรมนีมีความจำเป็นเพื่อคุ้มครองความคาดหวังของผู้บริโภคชาวเยอรมันที่มีภาพของเบียร์ว่าเป็นสินค้าซึ่งผลิตจากวัตถุดิบตามที่มาตรา 9 ของกฎหมายภาษีเบียร์อนุญาตไว้เท่านั้นยังเป็นเหตุผลที่รับฟังได้ไม่เพียงพอ ด้วยเหตุว่าการคุ้มครองความคาดหวังของผู้บริโภคดีังที่กล่าวอ้างนี้อาจกระทำได้ด้วยวิธีทางหรือมาตรการอย่างอื่นที่ไม่จำเป็นต้องถึงขนาดเป็นการขัดขวางการนำเข้าสินค้าที่มีการผลิตและจัดจำหน่ายได้โดยชอบด้วยกฎหมายในรัฐสมาชิกอื่น ๆ ของประชาคมเศรษฐกิจ โดยศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปได้ชี้ให้เห็นว่าการกำหนดให้ต้องมีการระบุวัตถุดิบซึ่งใช้ในกระบวนการต้มเบียร์ไว้อย่างชัดเจนบนฉลากย่อมถือได้ว่าเป็นการให้ข้อมูลข้อเท็จจริงแก่ผู้บริโภคอย่างเพียงพอสำหรับการตัดสินใจด้วยตนเองในการจะเลือกซื้อสินค้าเบียร์ในท้องตลาดแล้ว²²

²¹ Daniel Brandauer, “Food quality in history – the genesis of the Bavarian Purity Law (beer) from 1516 until today,” p.161; Mimi Y. Lee, “Commission v. Germany and Article 36 Protection of Human Life and Health,” in *Northwestern Journal of International Law & Business* 9, no. 2 (Fall 1988): p.447; Markus G. Puder, “Beer Wars—A Case Study: Is the Emerging European Private Law Civil or Common or Mixed or Sui Generis?,” in *TULANE EUROPEAN & CIVIL LAW FORUM* 20 (2005): p.41-43.

²² European Court of Justice, “Case 178/84: Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany,” (12 March 1987), p.1268-1272 [online] Available from : https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:r:5f5c9051-9c0c-45a2-8bbf-d7093b96a26b.0002.03/DOC_1&format=PDF [26 January 2023].

ในขณะเดียวกัน ศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปก็ยังได้วินิจฉัยถึงประเด็นตามมาตรา 9 ของกฎหมายภาษีเบียร์เยอรมันที่เชื่อมโยงกับกฎหมายว่าด้วยสินค้าประเภทอาหารและบริโภคภัณฑ์ของเยอรมันซึ่งกำหนดห้ามการวางตลาดผลิตภัณฑ์เบียร์ที่มีการใช้วัตถุดิบปรุงแต่งอันครอบคลุมไปถึงการห้ามวางตลาดสินค้าเบียร์ของสมาชิกประชาคมประเทศอื่นที่มีการใช้วัตถุดิบปรุงแต่งด้วยแม้ว่าการใช้วัตถุดิบปรุงแต่งดังกล่าวจะเป็นไปโดยชอบตามกฎหมายของสมาชิกประชาคมประเทศที่ผลิตเบียร์นั้นก็ตาม โดยในประเด็นนี้ศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปเห็นว่าการกำหนดกฎเกณฑ์ของประเทศเยอรมนีที่กำหนดการห้ามใช้วัตถุดิบปรุงแต่งในเบียร์เอาไว้เป็นหลักการทั่วไปโดยไม่ได้อำนาจขอบเขตเฉพาะการห้ามวัตถุดิบปรุงแต่งที่มีข้อพิสูจน์อย่างชัดเจนว่าเป็นอันตรายหรืออาจมีความเสี่ยงต่อสุขภาพของผู้บริโภคโดยไม่เปิดโอกาสให้อาจออมนุ่มดีเพื่อยกเว้นให้ใช้วัตถุดิบปรุงแต่งอย่างใดอย่างหนึ่งได้เลยนั้นถือเป็นกฎเกณฑ์ซึ่งกระทบกับหลักการเคลื่อนย้ายสินค้าอย่างเสรีที่ไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน (principle of proportionality) ด้วย²³

กล่าวโดยสรุปก็คือศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปวินิจฉัยว่าประเทศเยอรมนีมีพันธกรณีตามสนธิสัญญาจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรปที่จะต้องยอมรับให้ผลิตภัณฑ์เบียร์ซึ่งผลิตขึ้นมาโดยถูกต้องตามกฎหมายของสมาชิกประชาคมประเทศอื่นสามารถวางจำหน่ายในตลาดเยอรมันได้และยังต้องสามารถใช้ฉลากสินค้าระบุบนผลิตภัณฑ์ว่าเป็น “เบียร์” ได้ด้วย

คำวินิจฉัยศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปใน ค.ศ. 1987 ส่งผลให้ผลิตภัณฑ์เบียร์ในตลาดเยอรมันเปิดกว้างมากยิ่งขึ้นทำให้ชั้นวางสินค้าของร้านค้าทั้งหลายอาจจะมีเบียร์ซึ่งไม่ได้ผลิตขึ้นตามบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์วางขายปะปนอยู่คละเคล้ากันไปด้วยได้ แม้กระนั้นก็ตามคำวินิจฉัยนี้ก็ไม่ได้กระทบกับหลักเกณฑ์ว่าด้วยการห้ามและการจำหน่ายผลิตภัณฑ์สำหรับเบียร์ที่ผลิตในประเทศเยอรมนีแต่อย่างใด กล่าวคือ การผลิตและวางตลาดสินค้าภายใต้ฉลากว่า “เบียร์” สำหรับผลิตภัณฑ์ที่ผลิตในประเทศเยอรมนีนั้นยังคงจำกัดเฉพาะผลิตภัณฑ์ที่สอดคล้องกับหลักการบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์ตามที่กำหนดเอาไว้ในมาตรา 9 และ 10 ของกฎหมายภาษีเบียร์เยอรมันอยู่เช่นเดิม

เพื่อปรับปรุงแก้ไขหลักเกณฑ์ของกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป รัฐบาลเยอรมันได้ประกาศใช้ข้อบังคับว่าด้วยเบียร์ (Bierverordnung) ขึ้นมาใน ค.ศ. 1990 โดยมีสาระสำคัญในมาตรา 1 ที่แม้จะยังคงยึดหลักการว่าการใช้ฉลากที่ระบุว่าเป็นสินค้าเบียร์นั้นจะสามารถทำได้เฉพาะสำหรับผลิตภัณฑ์ที่ใช้วัตถุดิบเป็นไปตามกฎหมายภาษีเบียร์เท่านั้น แต่ก็ได้กำหนดข้อยกเว้นเอาไว้อย่างชัดเจนว่ากรณีเบียร์ซึ่งผลิตขึ้นในต่างประเทศที่สามารถวางจำหน่ายในประเทศดังกล่าวโดยใช้ฉลากสินค้าว่าเป็นเบียร์ได้นั้น ก็อาจวางขายในตลาดเยอรมันว่าเป็น “เบียร์” ได้

²³ Ibid, p.1272-1276.

แม้เปียร์ดังกล่าวอาจจะมิว่าตฤติบหลักซึ่งไม่สอดคล้องกับที่กฎหมายภาษีเปียร์กำหนดไว้ก็ตาม แต่จะต้องมีการระบุถึงตฤติบที่ใช้แสดงไว้บนฉลากสินค้าด้วย²⁴

ผลกระทบจากความตกลงร่วมมือกันของประเทศในยุโรปส่งผลต่อกฎหมายเปียร์ของเยอรมันอีกครั้งใน ค.ศ. 1992-1993 เมื่อมีการจัดตั้งสหภาพยุโรปขึ้นเพื่อสร้างเขตเศรษฐกิจที่เป็นเอกภาพไร้ซึ่งพรมแดนภายในโดยมีการวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับระบบการจัดเก็บภาษีสองชาติสมาชิกให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน²⁵ ทั้งนี้กฎหมายของสหภาพยุโรปที่กระทบกับกฎหมายเปียร์เยอรมันโดยตรงก็คือข้อกำหนดที่เกี่ยวกับภาษีสองชาติซึ่งกำหนดหลักการว่าด้วยการแยกกันระหว่างบทบัญญัติเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยภาษีสองชาติและกฎหมายว่าด้วยอาหารทำให้ประเทศเยอรมนีต้องปฏิรูปกฎหมายว่าด้วยเปียร์ครั้งใหญ่ในหลายมิติอันรวมถึงการประกาศใช้กฎหมายภาษีสองชาติฉบับใหม่ที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับกฎเกณฑ์ว่าด้วยการผลิตเปียร์ และการตรากฎหมายสำหรับเปียร์ในเชิงการควบคุมอาหารขึ้นมาใหม่โดยเฉพาะ ประกอบด้วยกฎหมายเปียร์ฉบับชั่วคราว (Vorläufiges Biergesetz) และข้อบังคับว่าด้วยการใช้กฎหมายเปียร์ฉบับชั่วคราว (Verordnung zur Durchführung des Vorläufigen Biergesetzes) ใน ค.ศ. 1993 เพื่อใช้ร่วมกับข้อบังคับว่าด้วยเปียร์ที่เพิ่งจะถูกประกาศใช้ก่อนหน้านี้ไม่กี่ปี

กฎหมายเปียร์ฉบับชั่วคราวยังคงยืนยันหลักการว่าด้วยบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์ไว้อยู่เช่นเดิมแต่มีการปรับปรุงเพิ่มเติมในบางส่วนให้สอดคล้องกับบริบทของตลาดที่เปลี่ยนแปลงไปภายใต้หลักการเคลื่อนย้ายสินค้าอย่างเสรีของสหภาพยุโรปและภายใต้ความก้าวหน้าทางด้านวิทยาศาสตร์การอาหารโดยบทบัญญัติที่สำคัญที่สุดก็คือมาตรา 9 ที่กำหนดรายละเอียดต่าง ๆ เกี่ยวกับการดื่มเปียร์เอาไว้โดยอนุญาตให้การดื่มเปียร์หมักนอกร้านนั้นยังคงใช้ตฤติบได้เพียงข้าวบาร์เลย์ ฮอปส์ น้ำ และยีสต์เท่านั้นในส่วนของการดื่มเปียร์หมักลอยผิว กฎหมายเปียร์ฉบับชั่วคราวก็ยืนยันหลักการว่าก็ต้องใช้ตฤติบเพียงสี่อย่างที่กล่าวมาเช่นกัน แต่ก็กำหนดข้อยกเว้นไว้ด้วยว่าสามารถใช้มอลต์ชนิดอื่นและน้ำตาลบริสุทธิ์จากอ้อยหรือปีทูท น้ำตาลอินเวิร์ต น้ำตาลกลูโคส หรือสารแต่งสีที่ทำจากน้ำตาลชนิดที่ได้กล่าวมาด้วยก็ได้ อนึ่งในกฎหมายเวอร์ชันนี้ยังได้มีการกล่าวถึงการอนุญาตให้ใช้ตฤติบสกัดเพื่อทดแทนตฤติบตามธรรมชาติในกระบวนการผลิตเปียร์เอาไว้ด้วย กล่าวคือ อนุญาตให้ผู้ดื่มเปียร์สามารถใช้มอลต์สกัดชนิดน้ำ ฮอปส์แปรรูป หรือสารสกัดจากฮอปส์ในกระบวนการดื่มเปียร์ได้ นอกจากนี้ยังสามารถใช้สารตกตะกอนน้ำเพื่อทำให้ใสใสในน้ำหวานจากมอลต์ก่อนกระบวนการหมักหรือในเปียร์ได้ถ้าการ

²⁴ มาตรา 1 แห่งข้อบังคับว่าด้วยเปียร์ (Bierverordnung) ค.ศ. 1990.

²⁵ Peter Hahn, “500 Jahre Reinheitsgebot für Bier – Entstehung, Entwicklung und Bedeutung,” p.143; Konrad Roth, “Das deutsche und das bayerische Reinheitsgebot für Bier – Grundrechtskonformität von Rechtsvorschriften zur deutschen Brautradition unter Berücksichtigung der sogenannten „craft beer“-Braucher,” *Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht*, no. 2 (2016): p.801.

ใช้สารดังกล่าวไม่เหลือสารตกค้างที่มีผลกระทบต่อรสชาติ กลิ่น หรือสุขอนามัยของผู้บริโภคในเบียร์ ขณะเดียวกัน ในมาตรา 9 นี้ก็ยังกล่าวถึงการขออนุญาตผลิตเบียร์ที่ไม่เป็นไปตามบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์ไว้ด้วย โดยจะต้องขออนุญาตเป็นรายกรณีว่าประสงค์จะต้มเบียร์ชนิดพิเศษหรือเป็นการต้มเบียร์เพื่อการส่งออกหรือเพื่อการทดลองทางวิทยาศาสตร์ ทั้งนี้ อำนาจในการอนุญาตเป็นของเจ้าหน้าที่ระดับมณฑลตามที่กฎหมายระดับมณฑลจะกำหนดเอาไว้²⁶

สำหรับข้อบังคับว่าด้วยการใช้กฎหมายเบียร์ฉบับชั่วคราวนั้นก็มิพบบัญญัติที่ขยายความและกำหนดรายละเอียดของกฎหมายเบียร์ฉบับชั่วคราวเอาไว้หลายประเด็น เช่น เกี่ยวกับการวัดค่าความเข้มข้นของเบียร์ การกำหนดบทนิยามของ “การทำเบียร์” “น้ำ” “เบียร์หมักนอนก้น” และ “เบียร์หมักลอยผิว” รวมถึงการกำหนดยกเว้นไว้ไม่ให้เห็นว่าเมล็ดข้าว, เมล็ดข้าวโพด และเมล็ดข้าวฟ่างเป็นมอลต์ชนิดอื่นที่อาจใช้ได้ กระบวนการผลิตเบียร์หมักลอยผิว นอกจากนี้ก็ยังมีข้อกำหนดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ซึ่งใช้บังคับสำหรับมณฑลบาเยิร์น และดินแดนที่เคยเป็นแคว้นบาเดนและเวือร์ทเทิมแบร์กว่าจะยังคงเป็นไปตามกฎหมายฉบับ ค.ศ. 1919 ที่ยึดถือตามบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์แบบเคร่งครัดตามข้อสงวนตั้งแต่สมัยที่มีการตรากฎหมายภาษีเบียร์แบบเป็นเอกภาพทั้งประเทศเป็นครั้งแรกต่อไป²⁷

อีกหนึ่งประเด็นซึ่งกฎหมายของสหภาพยุโรปส่งผลต่อกฎหมายเบียร์ของประเทศเยอรมนีก็คือ การต้องยอมรับให้การผลิตเบียร์ภายในประเทศสามารถใช้วัตถุดิบปรุงแต่งต่าง ๆ ที่ได้รับอนุญาตตามข้อกำหนดของสหภาพยุโรปว่าด้วยวัตถุดิบปรุงแต่งอาหาร (Regulation of the European Parliament and of the Council on Food Additives) ได้ อาทิ สีคาราเมล กรดเบนโซอิก กรดซอร์บิก ก๊าซซัลเฟอร์ไดออกไซด์ กรดแลคติก กรดแอสคอร์บิก โซเดียมแอสคอร์เบต กรดซิตริก กัมอะคาเซีย แอซีลซัลเฟมโพแทสเซียม แอสปาร์แตม ซันทสกร ซูคราโลส นิโอเฮสเพอริดินไดไฮโดรซาลิโคน นิโอแตม เป็นต้น อย่างไรก็ตามแม้ผลิตภัณฑ์ที่ใช้วัตถุดิบปรุงแต่งเหล่านี้จะใช้ชื่อเรียกสินค้าว่าเป็น “เบียร์” ได้ แต่ก็จะต้องไม่ระบุบนฉลากว่าเป็นเบียร์ซึ่งผลิตขึ้นตามบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์ เนื่องจากว่าการบ่งชี้ว่าเป็นเบียร์ตามบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์นั้นได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษและมีผลยกเว้นการอนุญาตให้ใช้วัตถุดิบปรุงแต่งอาหารตามข้อกำหนดของสหภาพยุโรปในฐานะที่เป็น “อาหารเชิงวัฒนธรรม” (Traditional foods) โดยเบียร์ที่จะระบุบนฉลากว่าเป็นเบียร์ตามบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์นั้นจะต้องไม่ใช่วัตถุดิบปรุงแต่งอาหารใดเลย นอกจากกรดคาร์บอนิกและก๊าซไนโตรเจนที่ได้รับอนุญาตเป็นพิเศษให้ใช้ได้²⁸

²⁶ มาตรา 9 (1)-(8) กฎหมายเบียร์ฉบับชั่วคราว (Vorläufiges Biergesetz) ค.ศ. 1993

²⁷ มาตรา 3, 16, 19, 20 และ 21 ข้อบังคับว่าด้วยการใช้กฎหมายเบียร์ฉบับชั่วคราว (Verordnung zur Durchführung des Vorläufigen Biergesetzes) ค.ศ. 1993.

²⁸ Peter Hahn, “500 Jahre Reinheitsgebot für Bier – Entstehung, Entwicklung und Bedeutung,” p.145-146.

ในส่วนของสารโพรพิลีนไกลคอลอัลจิเนตซึ่งใช้กันอย่างแพร่หลายในอุตสาหกรรมเบียร์ที่ช่วยในการคัดแยกสารตะกอนออกจากเบียร์ที่ดื่มสำเร็จนั้นถูกจัดเป็นสารช่วยในกระบวนการผลิต (processing aids) ซึ่งยอมรับให้ใช้ได้โดยยังคงถือว่าเป็นการต้มเบียร์ตามบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์ และด้วยเหตุที่สารชนิดนี้สามารถกรองแยกออกจากเบียร์ได้โดยสมบูรณ์เมื่อสิ้นสุดกระบวนการ ผู้ผลิตจึงไม่ถูกบังคับให้จำต้องแสดงบนฉลากว่าเบียร์ของตนมีการใช้สารโพรพิลีนไกลคอลอัลจิเนตในการผลิตด้วยแต่อย่างใด²⁹

4. ข้อพิจารณาประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการจำกัดเสรีภาพการประกอบอาชีพ

นอกจากปัจจัยภายนอกที่ทำนายการดำรงอยู่ของบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์ในช่วงเข้าสู่วาระครึ่งสหัสวรรษแล้ว บริบทกฎหมายภายในของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเองก็ส่งผลให้มีการตั้งคำถามถึงความสอดคล้องของหลักเกณฑ์ที่มีอายุกว่าห้าร้อยปีนี้กับระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ถูกสถาปนาขึ้นบนความคิดการรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่พัฒนาอย่างต่อเนื่องมานับแต่การประกาศใช้กฎหมายพื้นฐานใน ค.ศ. 1949 ด้วยเช่นกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของหลักเกณฑ์บัญญัติแห่งความบริสุทธิ์กับเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามรัฐธรรมนูญซึ่งรับรองไว้ในกฎหมายพื้นฐานมาตรา 12 วรรคหนึ่ง (Art. 12 Abs. 1 GG)

ในกฎหมายพื้นฐานของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีการรับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพเอาไว้แก่ชาวเยอรมันทั้งหลายให้มีสิทธิในการเลือกอาชีพ เลือกสถานที่ทำงาน และเลือกสถานที่ศึกษาฝึกอบรมได้อย่างเสรี โดยความหมายของ “อาชีพ” ที่อยู่ในขอบเขตซึ่งรัฐธรรมนูญรับรองนี้คือกิจการงานทั้งหลายที่ทำอย่างต่อเนื่องเป็นเวลานานเพื่อสร้างและรักษาการดำรงชีพ ไม่ว่าจะเป็นงานอิสระหรือเป็นลูกจ้าง ไม่ว่าจะเป็นงานอาชีพหลัก อาชีพเสริมหรืออาชีพพิเศษช่วงวันหยุด ไม่ว่าจะเป็นงานเอกชนหรืองานแผ่นดิน แต่ไม่หมายรวมถึงงานอดิเรกหรือกิจกรรมยามว่างซึ่งขาดลักษณะของวัตถุประสงค์เพื่อการดำรงชีพ³⁰ ทั้งนี้กิจการงานที่อยู่ในขอบเขตความหมายของ “อาชีพ” ตามรัฐธรรมนูญนี้จะต้องไม่มีลักษณะที่เป็นอันตรายต่อสังคมและการอยู่ร่วมกัน เช่น การหารายได้จากการลักขโมย หรือฆาตกรรับจ้าง ด้วยเหตุว่าเสรีภาพในการประกอบอาชีพนั้นมีเนื้อแท้ของการดำรงอยู่ในฐานะสิทธิซึ่งส่งเสริมปัจเจกบุคคลเพื่อการอยู่ร่วมกันเป็นสังคม³¹

ประเด็นว่าบทบัญญัติกฎหมายพื้นฐานมาตรา 12 วรรคหนึ่งคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพในมิติใดบ้างนั้น เมื่อพิจารณาจากประโยคที่หนึ่งของมาตราดังกล่าวที่ว่า “ชาวเยอรมันทั้งหลาย

²⁹ Welt der Wunder Redaktion, “Plastik im Bier: ein Gesundheitsrisiko?,” (18 September 2022) [online] Available from : <https://www.weltderwunder.de/wie-viel-plastik-steckt-in-bier/> [26 January 2023].

³⁰ Volker Epping, *Grundrechte*, 3rd ed. (Berlin: Springer, 2019), p.192.

³¹ Jörn Ipsen, *Staatsrecht II - Grundrechte*, 15th ed. (München: Franz Vahlen, 2012), p.183-184.

มีสิทธิอย่างเสรีในการเลือกอาชีพ เลือกสถานที่ทำงาน และเลือกสถานที่ศึกษาฝึกอบรม” ซึ่งตามมาด้วย ประโยคที่สองว่า “การประกอบอาชีพนั้นอาจถูกกำหนดกฎเกณฑ์โดยกฎหมายหรือโดยเจตนารมณ์ของ กฎหมายได้” อาจนำไปสู่คำถามว่าประโยคทั้งสองมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันเพียงใด กล่าวคือ เฉพาะ แต่การเลือกอาชีพเท่านั้นหรือไม่ที่เป็นสิทธิในเมื่อถ้อยคำของประโยคที่สองไม่ได้รับรองสิทธิการประกอบ อาชีพเอาไว้ หรือการเลือกอาชีพนั้นจะถูกกำหนดกฎเกณฑ์ได้เช่นเดียวกับการประกอบอาชีพหรือไม่ ในเมื่อถ้อยคำดังกล่าวไม่ได้ประกอบอยู่ในส่วนของประโยคที่หนึ่ง ต่อประเด็นนี้ศาลรัฐธรรมนูญ แห่งสหพันธ์ได้วินิจฉัยวางหลักเอาไว้ว่าเสรีภาพตามมาตรา 12 วรรคหนึ่งจะต้องพิจารณาร่วมกัน ทั้งสองประโยคอย่างเป็นเอกภาพในฐานะเสรีภาพอย่างเดียวกันที่ครอบคลุมทั้งมิติของการเลือกและ การประกอบอาชีพด้วย โดยที่เสรีภาพในการเลือกอาชีพนั้นรับรองอำนาจในการตัดสินใจที่จะเลือกอาชีพ อย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งมีความหมายครอบคลุมถึงการที่จะไม่เลือกด้วย นอกจากนี้ยังขยายความไปถึง การที่จะเปลี่ยนหรือยุติการประกอบอาชีพใด ๆ ด้วย สำหรับในส่วนขอเสรีภาพในการประกอบอาชีพ นั้นสิ่งที่มุ่งคุ้มครองก็จะเป็นในส่วนขอวิธีการในการดำเนินการนั้น ๆ³²

อนึ่ง มาตรการที่จะถือได้ว่าเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพที่รับรองไว้ในมาตรา 12 วรรคหนึ่งนั้น จะต้องเป็นมาตรการที่กำหนดออกมาเพื่อมุ่งใช้ในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ โดยเฉพาะ กล่าวคือเป็นมาตรการที่กำหนดโดยตรงเกี่ยวกับการประกอบอาชีพหรือเป็นการกำหนดที่เมื่อ พิจารณาอย่างเป็นภววิสัยแล้วมีลักษณะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการประกอบอาชีพ ไม่ใช่เป็น เพียงมาตรการที่กระทบหรืออาจกระทบต่อกิจการงานโดยอ้อม³³ อย่างเช่นกรณีของการจำกัดความเร็ว บนทางด่วนเป็นการทั่วไปที่แม้จะกระทบกับผู้ขับขี่บางคนว่าการขับขี่รถยนต์บนท้องถนนของพวกเขา ถือเป็นการประกอบอาชีพอย่างใดอย่างหนึ่งอยู่ แม้กระนั้นกฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้ก็หาได้มุ่งหมายที่จะจำกัด เสรีภาพในการประกอบอาชีพหรือกำหนดกฎเกณฑ์ในการประกอบอาชีพของผู้ขับขี่เหล่านั้นโดยตรงหรือ โดยเจาะจงแต่อย่างใด

ในส่วนขอข้อพิจารณาเกี่ยวกับประเด็นขอบเขต “กรอบจำกัดของการจำกัด” (Schranken-Schranke) เสรีภาพในการประกอบอาชีพนั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้พัฒนา “ทฤษฎีลำดับขั้น” (Stufentheorie) ขึ้นมาในคดีร้านขายยา (Apotheken-Urteil) ค.ศ. 1958 เพื่อปรับใช้ในการตรวจสอบ เป้าประสงค์อันชอบธรรม (Legitimer Zweck) ของมาตรการที่มีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการ ประกอบอาชีพโดยใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาความชอบธรรมของเป้าประสงค์อย่างเข้มข้นมากขึ้น แตกต่างกันไปตามลำดับขั้นอย่างแปรผันตรงกับความรุนแรงของผลกระทบที่เกิดขึ้นจากมาตรการ

³² ดู Christian Bumke and Andreas Voßkuhle, *Casebook Verfassungsrecht* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2013), p.265; Volker Epping, *Grundrechte*, p.193.

³³ Volker Epping, *Grundrechte*, p.202-203.

ซึ่งจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ กล่าวคือ หากเป็นเพียงมาตรการซึ่งกระทบแค่เพียงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประกอบอาชีพที่เป็นการกำหนดรายละเอียดว่าการประกอบอาชีพจะต้องทำแบบไหนหรืออย่างไรนั้น ลำพังสามารถอธิบายได้ว่ามาตรการดังกล่าวมีขึ้นโดยเป็นไปอย่างสมเหตุสมผลเพื่อคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมได้อย่างไร้เพียงพอที่จะถือว่าวัตถุประสงค์ดังกล่าวมีความชอบธรรมแล้ว แต่หากเป็นมาตรการซึ่งเข้าไปจำกัดเสรีภาพในการเลือกอาชีพในเชิงอัตวิสัยกล่าวคือเป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดเกี่ยวกับลักษณะคุณสมบัติของผู้ประสงค์จะเลือกประกอบอาชีพดังกล่าวไม่ว่าจะเป็นคุณสมบัติซึ่งผู้ถูกกระทบสามารถควบคุมได้อย่างเช่นการศึกษาหรือฝึกอบรม หรือคุณสมบัติที่อยู่เหนือการควบคุม อาทิ อายุหรือเพศ มาตรการในลักษณะนี้จะต้องได้ความว่าเป็นไปเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของส่วนรวมที่สำคัญยิ่งเท่านั้น สำหรับมาตรการซึ่งเข้าไปจำกัดเสรีภาพในการเลือกอาชีพอย่างเป็นภววิสัย คือ เป็นการกำหนดเกี่ยวกับสิ่งที่พ้นไปจากคุณลักษณะเฉพาะตัวของผู้ประสงค์จะเลือกประกอบอาชีพ อาทิ การกำหนดยอดขั้นสูงของจำนวนผู้อาจได้รับใบอนุญาตประกอบอาชีพเอาไว้ตายตัว การจำกัดเสรีภาพในลักษณะเช่นนี้จะกระทำได้อีกต่อเมื่อเพียงปรากฏว่าเป็นไปเพื่อป้องกันภัยอันตรายอย่างร้ายแรงที่สามารถพิสูจน์ได้หรือมีความเป็นไปได้สูงว่าจะเกิดขึ้นกระทบต่อประโยชน์ส่วนรวมที่สำคัญอย่างยิ่งยวดเท่านั้น³⁴

การกำหนดหลักเกณฑ์ว่าด้วยบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์ไว้ในกฎหมายเบียร์ซึ่งกระทบกับผู้มีความประสงค์จะประกอบกิจการต้มและจำหน่ายเบียร์เพื่อหารายได้ในการดำรงชีวิตอย่างเป็นอาชีพนั้นย่อมสามารถพิจารณาได้ว่าเป็นกรณีที่รัฐเข้าไปกำหนดรายละเอียดของการประกอบอาชีพว่าการผลิตและจำหน่ายเบียร์เพื่อวางตลาดจะต้องทำอย่างไร กล่าวคือ จะกระทำได้อีกต่อเมื่อได้ใช้วัดดูติบตามที่กฎหมายอนุญาตไว้เท่านั้น แต่ยังไม่ถึงขนาดเป็นการกำหนดข้อจำกัดซึ่งกระทบกับเสรีภาพในการเลือกอาชีพไม่ว่าจะในทางอัตวิสัยหรือภววิสัย อย่างไรก็ตามลำพังประเด็นที่ว่ามีการกำหนดรายละเอียดของการประกอบอาชีพก็เพียงพอแล้วที่จะทำให้เกิดข้อถกเถียงเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของหลักเกณฑ์บัญญัติแห่งความบริสุทธิ์ว่าเป็นการจำกัดเสรีภาพที่สอดคล้องกับหลักการของกฎหมายพื้นฐานและทฤษฎีที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วางแนวทางเอาไว้หรือไม่

ค.ศ. 1997 โรงเบียร์อารามน้อยเซลเลอร์ (Neuzeller Klosterbrauerei) ได้ยื่นเรื่องขออนุญาตวางตลาดจำหน่ายสินค้าของตนภายใต้ฉลากว่าเป็น “เบียร์” โดยเป็นเบียร์ดำแบบหมักนอนก้นซึ่งใช้วัตถุดิบคือข้าวบาร์เลย์ ฮอปส์ น้ำ ยีสต์ และน้ำเชื่อมน้ำตาลอินเวิร์ทที่ใส่ลงไปหลังจากมีการกรองตะกอนออกจากเบียร์เสร็จสิ้นแล้ว ผลปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ของมลรัฐบรันเดินบวร์คที่มีอำนาจพิจารณาคำร้องดังกล่าวปฏิเสธคำขอของโรงเบียร์อารามน้อยเซลเลอร์เพราะเห็นว่าเครื่องต้มดังกล่าวไม่ได้ต้มขึ้นตามบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์จึงไม่สามารถนับว่าเป็นเบียร์ได้ ทางโรงเบียร์จึงยื่นคำร้องต่อศาลปกครองเมืองแฟรงก์เฟิร์ต (โอเดอร์) ได้แย้งคำปฏิเสธของเจ้าหน้าที่โดยอธิบายว่าสูตรต้มเบียร์ของตนนั้นเป็นเบียร์

³⁴ ดู Christian Bumke and Andreas Voßkuhle, Casebook Verfassungsrecht, p.266-268.

ชนิดพิเศษซึ่งใช้น้ำเชื่อมน้ำตาลอินเวิร์ทเพื่อปรุงแต่งรสชาติ ไม่ใช่การใส่ลงไปเพื่อทดแทนการใช้มอลต์ ซึ่งเจ้าหน้าจะต้องอนุญาตให้โรงเบียร์สามารถจำหน่ายเครื่องดื่มดังกล่าวในฐานะ “เบียร์” ได้ มิเช่นนั้นจะทำให้ระบบกฎหมายเกิดความไม่ลงรอยกันเนื่องจากเครื่องดื่มสูตรดังกล่าวถูกคิดคำนวณภาษีในฐานะที่เป็นเบียร์แต่กลับไม่อาจขายในฐานะที่เป็นเบียร์ได้ นอกจากนี้โรงเบียร์ยังยกประเด็นขึ้นด้วยว่าหากการต้มเบียร์ตามสูตรของตนเกิดขึ้นนอกประเทศเยอรมนีแต่เป็นในประเทศสมาชิกประชาคมยุโรปอื่น ก็จะสามารถวางขายในตลาดเยอรมันโดยใช้ฉลากว่า “เบียร์” ได้ การห้ามขายเบียร์สูตรของตนภายใต้ฉลากว่า “เบียร์” จึงขัดหรือแย้งต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพและหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ³⁵

ศาลปกครองเมืองแฟรงก์เฟิร์ต (โอเดอร์) ยกคำร้องของโรงเบียร์อารามน้อยเซลเลอร์ใน ค.ศ. 2003 โดยเห็นว่าสูตรต้มเบียร์ของโรงเบียร์อารามน้อยเซลเลอร์ไม่เป็นไปตามบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์และไม่อาจถือว่าเป็นการผลิตเบียร์ชนิดพิเศษได้ ศาลได้อธิบายเอาไว้ว่าเบียร์ชนิดพิเศษนั้นหมายถึงเฉพาะเครื่องดื่มซึ่งมีลักษณะเป็นเบียร์ที่มีการใช้ส่วนผสมเพิ่มเติมจากที่บัญญัติแห่งความบริสุทธิ์กำหนดไว้เพื่อขบขันหรือส่งเสริมรสชาติของเบียร์ตัวดังกล่าวเป็นพิเศษเท่านั้น แต่ไม่รวมถึงการใช้ส่วนผสมอย่างอื่นเพื่อทดแทนการใช้มอลต์หรือฮอปส์ สำหรับการใส่น้ำเชื่อมลงไปในครั้งนี้ ศาลปกครองเมืองแฟรงก์เฟิร์ต (โอเดอร์) พิจารณาว่าเป็นการใช้วัตถุดิบทดแทนการใช้มอลต์เพราะการใช้น้ำเชื่อมนอกจากมีผลปรุงแต่งรสชาติแล้วยังส่งผลต่อค่าความหนาแน่นของเบียร์ด้วย จึงไม่เป็นไปตามคุณสมบัติของกรณี “เบียร์ชนิดพิเศษ” ตามข้อยกเว้น อนึ่ง ศาลยังกล่าวต่อไปอีกด้วยว่าต่อให้ถ้าจะนับเครื่องดื่มสูตรตามฟ้องนี้ว่าเป็นเบียร์ชนิดพิเศษได้ก็ตาม ผลลัพธ์นี้ก็จะไม่สามารถที่จะวางขายในท้องตลาดภายใต้ฉลากว่าเป็น “เบียร์” ได้อยู่ดี โดยศาลอธิบายว่าข้อยกเว้นในการให้ผลิตเบียร์ที่อาจแตกต่างไปจากบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์ตามกฎหมายเบียร์ฉบับชั่วคราวไม่ว่าจะเป็นกรณีการผลิตเบียร์ชนิดพิเศษ เบียร์เพื่อการทดลอง หรือเบียร์เพื่อการส่งออกได้นั้นเป็นแค่เรื่องของการพิจารณาว่าสินค้าดังกล่าวจะวางตลาดภายใต้ฉลากว่าเป็น “เบียร์” ได้หรือไม่ โดยกรณีหลังนี้ศาลปกครองเมืองแฟรงก์เฟิร์ต (โอเดอร์) เห็นว่าการใช้ฉลากสินค้าว่าเป็น “เบียร์” ในตลาดเยอรมนีจะใช้ได้เฉพาะก็แต่ผลิตภัณฑ์ที่เป็นไปตามบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์เท่านั้น ไม่รวมถึง “เบียร์” อื่น ๆ ที่เข้ากรณียกเว้นตามกฎหมายเบียร์ฉบับชั่วคราวแต่อย่างใด ทั้งนี้ศาลปกครองยังกล่าวต่อไปว่าข้อต่อสู้ของผู้ร้องในประเด็นเรื่องเสรีภาพในการประกอบอาชีพและหลักความเสมอภาคที่อ้างการเปรียบเทียบกับผลิตภัณฑ์จากต่างประเทศก็ฟังไม่ขึ้นเช่นกัน เนื่องจากตามกฎหมายประชาคมยุโรปไม่ได้ห้ามการจะเลือกปฏิบัติต่อคนในชาติให้แตกต่างจากการปฏิบัติกับคนต่างชาติจากรัฐสมาชิกประชาคมไปในทางที่ส่งผลลบต่อคนในชาติ (Inländerdiskriminierung) แต่อย่างใด³⁶

³⁵ Bundesverwaltungsgericht, “Schwarzbier,” *Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht*, no. 4 (2005): p.459-460.

³⁶ Ibid, p.460.

ต่อมาโรงเปียร์อารามน้อยเซลเลอร์ก็อุทธรณ์คำวินิจฉัยของศาลปกครองเมืองแฟรงก์เฟิร์ต (โอเดอร์) ขึ้นไปยังศาลปกครองแห่งสหพันธ์ และใน ค.ศ. 2005 ศาลปกครองแห่งสหพันธ์ก็มีคำวินิจฉัยให้กลับคำวินิจฉัยของศาลปกครองเมืองแฟรงก์เฟิร์ต (โอเดอร์) โดยเห็นว่าผู้ร้องมีสิทธิที่จะได้รับอนุมัติให้ผลิตเครื่องดื่มตามสูตรของตนในฐานะเปียร์ชนิดพิเศษได้ พร้อมทั้งมีสิทธิที่จะนำเครื่องดื่มดังกล่าวออกวางตลาดภายใต้ฉลากว่าเป็น “เปียร์” ได้ด้วย

ศาลปกครองแห่งสหพันธ์เริ่มต้นคำวินิจฉัยด้วยความพยายามที่จะค้นหานิยามตามกฎหมายของ “เปียร์” แต่ก็ไม่พบว่าไม่มีบทบัญญัติที่ได้ให้ความหมายเอาไว้ ในส่วนข้อความที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 9 ของกฎหมายเปียร์ฉบับชั่วคราวนั้น ศาลปกครองแห่งสหพันธ์เห็นว่าไม่ใช่บทนิยามของเปียร์ที่สามารถใช้อธิบาย “เปียร์” เป็นการทั่วไปได้ แต่เป็นการกล่าวถึงจำกัดเพียงเปียร์แขนงหนึ่ง กล่าวคือ หมายถึงเฉพาะแต่เครื่องดื่มอันมีรูป รส และกลิ่น ตามที่วิญญูชนเข้าใจว่าเป็นเปียร์ที่ผลิตโดยกระบวนการใช้ยีสต์หมักส่วนผสมจากน้ำ ฮอปส์ และมอลต์หรือวัตถุดิบทดแทนมอลต์ที่ทำจากพืชเท่านั้น โดยศาลปกครองแห่งสหพันธ์เห็นว่าหากมีการดื่มเปียร์ที่ไม่ได้เป็นไปตามลักษณะของมาตรา 9 เกิดขึ้นมา เปียร์ดังกล่าวก็ยังคงเป็นเปียร์อยู่แม้ว่าจะขัดต่อข้อกำหนดของกฎหมาย เพราะคุณลักษณะของความเป็นเปียร์ไม่ได้ขึ้นอยู่กับว่าจะต้องมีการผลิตขึ้นตามบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์แต่อย่างใด³⁷

ศาลปกครองแห่งสหพันธ์อธิบายต่อไปว่าการใส่น้ำเชื่อมน้ำตาลอินเวิร์ทผสมในเปียร์ดำแบบหมักนอนก้นดังที่โรงเปียร์อารามน้อยเซลเลอร์ได้ทำนี้ โดยหลักแล้วเป็นสิ่งต้องห้ามตามข้อกำหนดของมาตรา 9 วรรคหนึ่ง กฎหมายเปียร์ฉบับชั่วคราวที่รับรองการดื่มเปียร์ตามข้อบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์เอาไว้ ปัญหาว่าการกำหนดข้อบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์นี้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้นศาลปกครองแห่งสหพันธ์เห็นว่ายังคงเป็นที่ถกเถียงอยู่โดยมีประเด็นต้องคำนึงเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพที่กฎหมายพื้นฐานมาตรา 12 วรรคหนึ่งรับรองเอาไว้ ทั้งนี้ เมื่อการจำกัดเสรีภาพในเรื่องนี้เป็นเพียงการกำหนดหลักเกณฑ์ของการประกอบอาชีพว่าจะต้องทำเช่นไร กรณีจึงเป็นการจำกัดที่สามารถกระทำได้โดยง่ายที่สุดเมื่อพิจารณาจากทฤษฎีลำดับขั้น กล่าวคือ เป็นกรณีของการคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมอย่างใดอย่างหนึ่งพอสมควรแก่เหตุ³⁸

ประเด็นประโยชน์ส่วนรวมที่บัญญัติแห่งความบริสุทธิ์มุ่งคุ้มครองนั้นศาลปกครองแห่งสหพันธ์พิจารณาว่าไม่ใช่เรื่องของการคุ้มครองสุขภาพของผู้บริโภค แต่เป็นไปเพื่อธำรงรักษาไว้ซึ่งวัฒนธรรมประเพณีของศาสตร์การดื่มเปียร์เยอรมันและเพื่อเป็นการประกันมาตรฐานคุณภาพของสินค้า ศาลเห็นว่าเหตุผลทั้งสองนี้ยังไม่สามารถเป็นข้อสนับสนุนที่เพียงพอสำหรับการจะห้ามจำหน่ายเปียร์อื่น ๆ ที่ไม่เป็นไปตามข้อบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์อย่างเด็ดขาดได้ ศาลปกครองแห่งสหพันธ์เห็นว่า การห้ามเด็ดขาด

³⁷ Ibid, p.461.

³⁸ Ibid, p.461-462.

เพื่อประโยชน์การธำรงรักษาไว้ซึ่งประเพณีการต้มเบียร์เยอรมันนั้นเป็นมาตรการที่เกินความจำเป็นตามหลักความพอสมควรแก่เหตุ เพราะยังมีมาตรการอื่น ๆ ที่เป็นไปได้ซึ่งกระทบเสรีภาพน้อยกว่า อาทิ การรับรองการใช้สัญลักษณ์พิเศษ หรือการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอบรมเพื่อเป็นนักต้มเบียร์สำหรับข้ออ้างเรื่องมาตรฐานสินค้านั้นศาลก็เห็นว่าควรจะเป็นเรื่องของ การบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับอาหารในภาพรวมอย่างเคร่งครัดมากกว่า ทั้งการใช้ส่วนผสมที่แตกต่างออกไปในการต้มเบียร์เองก็ไม่อาจกล่าวได้อย่างเป็นสรณะว่าจะทำให้ได้มาซึ่งผลิตภัณฑ์ที่คุณภาพด้อยลง³⁹

อย่างไรก็ตาม จากการที่กฎหมายเบียร์ฉบับชั่วคราวได้เปิดช่องให้มีการขออนุญาตต้มเบียร์ที่ไม่เป็นไปตามบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์เอาไว้แล้ว ศาลปกครองแห่งสหพันธ์จึงเห็นว่าประเด็นเรื่องหลักความพอสมควรแก่เหตุที่ได้ตั้งข้อสงสัยเกตข้างต้นนั้นไม่ใช่เรื่องที่จะต้องมาหาคำตอบในคดีนี้ แต่กระนั้นศาลปกครองแห่งสหพันธ์ก็ได้เรียกร้องไว้ในคำวินิจฉัยโดยชัดเจนว่าการใช้ข้อยกเว้นของการต้มเบียร์ที่ไม่เป็นไปตามบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์นั้นจะต้องตีความเป็นไปอย่างกว้างในทางที่ส่งเสริมเสรีภาพด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีการขออนุญาตต้ม “เบียร์ชนิดพิเศษ” ที่จำเป็นต้องมีการใช้วัตถุดิบอย่างอื่นเป็นส่วนประกอบเพื่อปรุงแต่งรสชาติ ซึ่งในคดีนี้ศาลปกครองแห่งสหพันธ์เห็นว่าการใช้น้ำเชื่อมน้ำตาลอินเวิร์ทผสมในเบียร์ภายหลังจากการกรองเสร็จสิ้นแล้วของโรงเบียร์ผู้ฟ้องคดีนั้นอยู่บนเป้าประสงค์ในการปรุงแต่งรสชาติเท่านั้น ถึงแม้ว่าวัตถุดิบดังกล่าวโดยทั่วไปอาจใช้ในฐานะที่เป็นวัตถุดิบทดแทนมอลต์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความหนาแน่นของเบียร์ได้ก็ตาม แต่เมื่อผู้ฟ้องไม่ได้ใช้วัตถุดิบดังกล่าวเพื่อการเช่นนั้นโดยตรง ก็ไม่มีเหตุเพียงพอที่จะปฏิเสธไม่ให้ผู้ฟ้องคดีสามารถต้มเบียร์ตามสูตรดังเช่นที่กล่าวมาได้⁴⁰

ในส่วนประเด็นที่สองว่าเบียร์ชนิดพิเศษที่ได้รับอนุญาตให้ต้มขึ้นได้ตามข้อยกเว้นของกฎหมายเบียร์ฉบับชั่วคราวจะสามารถใช้ฉลากสินค้าในการวางตลาดว่าเป็น “เบียร์” ได้หรือไม่ ศาลปกครองแห่งสหพันธ์เห็นว่าการตีความตามแบบที่ศาลปกครองเมืองแฟรงก์เฟิร์ต (โอเดอร์) ได้วินิจฉัยเอาไว้เป็นการยึดติดกับบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรมากเกินไป จนละเลยประวัติศาสตร์ความเป็นมาของบทบัญญัติและไม่ได้คำนึงถึงวัตถุประสงค์ของเรื่องอย่างเพียงพอ กล่าวคือ ศาลปกครองแห่งสหพันธ์เห็นว่าการที่บทบัญญัติข้อ 1 วรรคหนึ่งของข้อบังคับว่าด้วยเบียร์ไม่ได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่าการวางตลาดสินค้าด้วยฉลาก “เบียร์” รวมถึงเบียร์ชนิดพิเศษที่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 9 วรรคเจ็ดของกฎหมายเบียร์ฉบับชั่วคราวด้วยนั้นเป็นสาเหตุมาจากความผิดพลาดในกระบวนการนิติบัญญัติที่เมื่อย้อนไปดูประวัติการร่างกฎหมายตั้งแต่ในอดีตมาแล้วจะพบว่าเดิมในกฎหมายภาษีเบียร์ฉบับ ค.ศ. 1909 ก็เคยได้รับรองเอาไว้ว่าการใช้ฉลาก “เบียร์” นี้ครอบคลุมรวมไปถึงเบียร์ชนิดพิเศษด้วย แต่เมื่อมีการจัดทำกฎหมายใหม่ใน ค.ศ. 1918 กลับมีการแยกบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวออกเป็นสองมาตราซึ่งส่งผลให้ตามถ้อยคำ

³⁹ Ibid, p.462.

⁴⁰ Ibid, p.462-463.

ลายลักษณ์อักษรนั้นการใช้ฉลาก “เปียร์” ไม่ได้ครอบคลุมรวมไปถึงเปียร์ชนิดพิเศษอีกต่อไป โดยที่ไม่ปรากฏเหตุผลอย่างใดเลยว่าเพราะอะไรผู้ร่างกฎหมายจึงต้องการเปลี่ยนแปลงหลักการในเรื่องดังกล่าว ศาลปกครองแห่งสหพันธ์จึงพิจารณาว่าการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวไม่น่าที่จะเป็นเจตจำนงของผู้ร่างกฎหมาย⁴¹

เมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ศาลปกครองแห่งสหพันธ์เห็นว่าการจะตีความให้การใช้ฉลากสินค้า “เปียร์” ไม่รวมถึง “เปียร์ชนิดพิเศษ” ที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายนั้นไม่สอดคล้องกับความมุ่งหมายของการกำหนดจำกัดการใช้ฉลากสินค้าเปียร์ที่มีขึ้นเพื่อป้องกันความเข้าใจผิดของผู้บริโภคว่าอะไรคือ “เปียร์” เพราะ “เปียร์ชนิดพิเศษ” เป็นแขนงหนึ่งของเปียร์ซึ่งมีคุณสมบัติความเป็นเปียร์ครบถ้วนในตัวเอง การที่ “เปียร์ชนิดพิเศษ” วางตลาดด้วยฉลาก “เปียร์” จึงไม่ได้เป็นการหลอกลวงหรือทำให้ผู้บริโภคเข้าใจผิดแต่อย่างใด การจะอ้างว่าการใช้ฉลาก “เปียร์” มีขึ้นเพื่อให้ผู้บริโภคมั่นใจว่าสินค้าที่มีฉลากดังกล่าวคือสินค้าที่เป็นไปตามบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์เท่านั้นเป็นเหตุผลที่ฟังไม่ขึ้น เพราะในปัจจุบันตลาดเยอรมันก็มีสินค้าเปียร์จำนวนมากที่วางตลาดอยู่ภายใต้ฉลากว่า “เปียร์” ทั้ง ๆ ที่ไม่ได้เป็นไปตามบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์ และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเปียร์ก็อนุญาตให้เปียร์ที่ไม่ได้ทำตามบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์สามารถวางตลาดภายใต้ฉลากว่าเปียร์ได้โดยชัดแจ้ง เช่นนี้ ผู้บริโภคย่อมคาดหมายได้ว่า “เปียร์” ที่อยู่บนฉลากนั้นเป็นคนละความคาดหวังกับ “เปียร์ตามบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์” ที่ในกรณีอย่างหลังนั้นกฎหมายเองก็ได้คุ้มครองไว้เป็นพิเศษแล้ว ทั้งโดยการสงวนการใช้ถ้อยคำบนฉลากว่า “ต้มขึ้นตามบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์เยอรมัน” เพิ่มเติมเอาไว้เฉพาะกับเปียร์ที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวเท่านั้น และโดยการกำหนดให้มีการระบุส่วนผสมหรือวัตถุดิบปรุงแต่งอื่นที่นอกเหนือออกไปจากส่วนผสมตามบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์ไว้บนฉลากโดยชัดแจ้ง⁴²

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาประเด็นดังกล่าวในเชิงกฎหมายรัฐธรรมนูญประกอบกับกฎหมายอาหาร การจะปฏิเสธไม่ให้ “เปียร์ชนิดพิเศษ” ซึ่งผลิตขึ้นอย่างถูกต้องตามกฎหมายไม่สามารถวางจำหน่ายภายใต้ชื่อว่าเป็น “เปียร์” ได้บนเหตุผลเพื่อคุ้มครองความเข้าใจผิดของผู้บริโภคนั้นนับว่าเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพที่ไม่จำเป็น เพราะถือว่ามีการอื่นที่เหมาะสมอย่างเท่าเทียมกันแต่เป็นการจำกัดสิทธิโดยวิธีทางที่น้อยกว่า นั่นก็คือการกำหนดกฎเกณฑ์ให้บนฉลากมีการให้ข้อมูลอื่น ๆ เพิ่มเติมประกอบไปด้วย⁴³

ศาลปกครองแห่งสหพันธ์ได้กล่าวเพิ่มเติมในตอนท้ายด้วยว่าในการพิจารณาอนุญาตให้ผลิตและจำหน่ายเปียร์ชนิดพิเศษภายใต้ฉลากว่า “เปียร์” เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอาจกำหนดข้อกำหนด

⁴¹ Ibid, p.464-465.

⁴² Ibid, p.466.

⁴³ Ibid.

ประกอบคำสั่งทางปกครองที่อนุญาตไว้เสริมขึ้นมาเพื่อให้มั่นใจได้ว่าสินค้าดังกล่าวจะไม่สร้างความเข้าใจผิดอย่างใด ๆ ให้ปรากฏด้วยก็ได้ แต่กระนั้นมาตรการดังกล่าวที่เสริมขึ้นมาจะต้องไม่ส่งผลกระทบต่อภาพลักษณ์ของสินค้าให้เป็นไปในทางลบและยังจะต้องคำนึงถึงหลักการปฏิบัติบนความเสมอภาคด้วยเช่นกัน⁴⁴

โดยสรุป คำวินิจฉัยในคดีนี้เปิดหนทางสำหรับอาชีพต้มเบียร์ในเยอรมนีให้มีช่องทางสร้างสรรค์เบียร์ที่อาจแตกต่างไปจากบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์เพื่อสามารถแข่งขันกับเบียร์จากชาติสมาชิกสหภาพยุโรปอื่นที่เข้ามาทำตลาดในประเทศเยอรมนีได้มากขึ้น อย่างไรก็ตาม ยังคงมีปัญหาทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์อีกหลายประเด็นที่ดูเหมือนว่าจะยังไม่ได้รับคำตอบที่ชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ตัวข้อกำหนดว่าด้วยบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์ในภาพรวมเองที่คดีนี้ศาลปกครองแห่งสหพันธ์เลือกใช้วิธีตีความข้อยกเว้นให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญเพื่อเลี่ยงประเด็นที่ต้องวินิจฉัยเรื่องดังกล่าวโดยตรง นอกจากนั้นแล้วยังมีประเด็นที่เกี่ยวกับขอบเขตของข้อยกเว้นที่ศาลปกครองแห่งสหพันธ์ได้เปิดช่องโดยผลของคดีนี้ด้วยว่าในท้ายที่สุดแล้วเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาการขออนุญาตต้มเบียร์ชนิดพิเศษจะต้องอนุญาตให้ต้มเบียร์ที่แตกต่างออกไปจากบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์ได้ถึงระดับไหน เช่น หากมีการขออนุญาตเพื่อต้มเบียร์จากข้าว เช่นนี้ก็จะต้องอนุญาตให้ทำได้ภายใต้แนวทางที่ศาลปกครองแห่งสหพันธ์วางเอาไว้ด้วยหรือไม่⁴⁵

5. ความท้าทายร่วมสมัยได้กระแส “คราฟเบียร์เยอรมัน”

ในช่วงไม่กี่ปีที่ผ่านมา กระแสคราฟเบียร์จากประเทศสหรัฐอเมริกาได้คืบคลานเข้ากระทบตลาดเบียร์เยอรมันอันทำให้ข้อถกเถียงเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและความทันสมัยของบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์กลับมาเป็นที่ถกเถียงกันอีกครั้ง อนึ่ง สมควรกล่าวไว้ในที่นี้เพื่อความชัดเจนก่อนเป็นเบื้องต้นว่าความหมายของคำว่า “คราฟเบียร์” ที่เข้าใจกันในประเทศเยอรมนีนั้นอาจไม่เหมือนกันเสียทีเดียวกับกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ ในขณะที่อุตสาหกรรมเบียร์อเมริกันให้คำจำกัดความของคราฟเบียร์ไว้ว่าหมายถึงเบียร์ที่ผลิตด้วยวิถีแบบดั้งเดิมไม่ว่าจะเป็นสูตรตามขนบเก่าหรือสูตรใหม่จากความคิดริเริ่มโดยโรงงานซึ่งเป็นอิสระและมีขนาดเล็กที่มีปริมาณการผลิตไม่เกินหกล้านบาร์เรลต่อปีหรือมีส่วนแบ่งในตลาดเบียร์อเมริกันไม่เกินร้อยละสาม⁴⁶ นิยามดังกล่าวนี้กลับไม่สามารถใช้อธิบายอุตสาหกรรมวงการคราฟเบียร์เยอรมันได้เนื่องจากข้อคุณสมบัติว่าด้วยเงื่อนไขของความเป็นอิสระและจำนวนปริมาณการผลิตเช่นในอเมริกานั้นเป็นเรื่องปกติธรรมดาของตลาดอุตสาหกรรมเบียร์เยอรมัน

⁴⁴ Ibid, p.466-467.

⁴⁵ Carsten John, “Bier nach deutschem Reinheitsgebot – oder doch nicht?,” *Der Grüne Bote*, no. 2 (2005): p.12.

⁴⁶ Randy Mosher, *Tasting Beer*, 2nd. (North Adams: Storey, 2017), p.308.

ที่มีความหลากหลายและมีความเป็นท้องถิ่นหรือภูมิภาคนิยมอันเอื้อให้มีผู้ประกอบการรายย่อยดำรงอยู่เป็นจำนวนมากที่ต่างก็มีประวัติศาสตร์หรือความเก่าแก่ยาวนานเป็นของตนเอง จนถ้าใช้เกณฑ์เช่นเดียวกันเป็นหลักในการพิจารณาแล้วโรงเบียร์ส่วนใหญ่ในเยอรมนีก็ต่างล้วนจะตกอยู่ภายใต้คำจำกัดความของคราฟเบียร์ได้แทบทั้งสิ้น⁴⁷ เมื่อเป็นเช่นนี้ ความเข้าใจเกี่ยวกับกระแสดราฟเบียร์ในประเทศเยอรมนีจึงเป็นการมุ่งเน้นไปที่ความสร้างสรรค์ทดลองสิ่งแปลกใหม่หรือความแตกต่างที่มีลักษณะเฉพาะของผลิตภัณฑ์ ดังที่สมาพันธ์คนดื่มเบียร์แห่งเยอรมันได้พยายามอธิบายนิยามในบริบทของประเทศเยอรมนี ว่า“คราฟเบียร์” นั้นหมายถึงเบียร์อันมีลักษณะเฉพาะตัวซึ่งอุดมไปด้วยกลิ่นหอมพร้อมกับการขับเน้นรสชาติของมอลต์หรือฮอปส์โดยมักเป็นผลผลิตมาจากความกระหายใคร่ทดลองหรืออิทธิพลพื้นถิ่น⁴⁸

ในทัศนะของสมาพันธ์คนดื่มเบียร์แห่งเยอรมัน กระแสดราฟเบียร์ที่น่าพาหรือก่อให้เกิดเบียร์ใหม่ๆ ในวงการเบียร์เยอรมันมากมายโดยเฉพาะเบียร์ประเภทหมักลอยผิวสไตลอังกฤษหรืออเมริกันแบบเพเลเอลหรืออินเดียเพเลเอลนั้นหาได้เป็นอุปสรรคหรือสิ่งที่จะมาบั่นทอนการดำรงอยู่อย่างภาคภูมิของบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์ที่เป็นสัญลักษณ์ทางวัฒนธรรมของเบียร์เยอรมันแต่อย่างใดไม่ ด้วยเหตุว่า “คราฟเบียร์” ส่วนใหญ่ก็ต่างใช้วัตถุดิบเฉพาะแค่เพียง “มอลต์ ฮอปส์ ยีสต์และน้ำ” อยู่แล้ว เช่นนี้ภายใต้กรอบสร้างสรรค์ตามบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์ ผู้ดื่มเบียร์สามารถจะสร้างรสชาติอันมีลักษณะเฉพาะต่างกันได้อย่างเหลือคณานับจากการทดลองผสมผสานสูตรด้วยฮอปส์ชนิดต่างๆ ซึ่งมีอยู่กว่า 170 ประเภทกับมอลต์กว่า 40 ชนิด ยีสต์อีกกว่า 200 สายพันธุ์ และน้ำซึ่งประกอบไปด้วยแร่ธาตุที่แตกต่างหรือมีที่มาจากแหล่งอันหลากหลาย จนอาจกล่าวได้ว่ามีความเป็นไปได้ที่มากกว่าหนึ่งล้านรูปแบบสำหรับการจะดื่มเบียร์ที่ยังคงเป็นไปภายใต้บัญญัติแห่งความบริสุทธิ์อยู่⁴⁹ คราฟเบียร์และบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์จึงดูเหมือนจะเป็นสิ่งที่สามารถเดินไปด้วยกันได้ หรือหากจะดื่มเบียร์ที่อาจมีการทดลองใช้วัตถุดิบตามธรรมชาติอย่างอื่น เช่น เครื่องเทศ สมุนไพร หรือผลไม้ เพื่อสร้างรสชาติที่พิเศษขึ้นมาก็ยังสามารถขออนุญาตได้ตามเงื่อนไขการดื่มเบียร์ชนิดพิเศษที่กฎหมายมีการเปิดช่องเอาไว้แล้ว⁵⁰

อย่างไรก็ตามการอยู่ร่วมกันระหว่างกระแสดราฟเบียร์กับบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์ก็เชื่อว่าจะเป็นไปอย่างราบรื่นไร้ปัญหาเสียทั้งหมด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในมัลรัฐบาเยิร์นที่จนถึงปัจจุบันยังมีข้อสงวน

⁴⁷ Moritz Hagenmeyer, “Gedanken zum Reinheitsgebot – und zur „Craft Beer“ Hyperbel,” p.161.

⁴⁸ Deutscher Brauer Bund e.V., “Was ist Craftbier?,” in **Fragen und Antworten** [online] Available from : <https://brauer-bund.de/reinheitsgebot/fragen-und-antworten/> [26 January 2023].

⁴⁹ Deutscher Brauer Bund e.V., “Wird das Reinheitsgebot durch Craftbiere aufgeweicht?,” in **Fragen und Antworten** [online] Available from : <https://brauer-bund.de/reinheitsgebot/fragen-und-antworten/> [26 January 2023].

⁵⁰ Deutscher Brauer Bund e.V., “Behindert das Reinheitsgebot die Entstehung neuer Craftbiere?,” in **Fragen und Antworten** [online] Available from : <https://brauer-bund.de/reinheitsgebot/fragen-und-antworten/> [26 January 2023].

ในเรื่องข้อยกเว้นของบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์ที่ไม่ยอมเปิดช่องให้มีการขออนุญาตเป็นพิเศษได้⁵¹ ทำให้การทดลองต้มเบียร์สูตรใหม่ ๆ ที่ใช้วัตถุดิบผันไปจาก “มอลต์ ฮอปส์ ยีสต์และน้ำ” เพื่อจำหน่ายยังคงเป็นเรื่องที่ต้องห้ามตามกฎหมายโดยสิ้นเชิงในอาณาบริเวณนี้ ดังที่ปรากฏรายงานข่าวว่าเมื่อ ค.ศ. 2014 เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองระดับมลรัฐบาเยิร์นผู้รับผิดชอบด้านความปลอดภัยของอาหารได้เข้าตรวจสอบเบียร์มิลค์สเตาต์ของโรงเบียร์คัมบา บาวาเรีย (Camba Bavaria) ซึ่งมีส่วนผสมของน้ำตาลแลคโตสและข้าวโอ๊ตรีดแบน ก่อนที่จะมีคำสั่งห้ามจำหน่ายและให้ทำลายเบียร์ดังกล่าวในเวลาต่อมาโดยให้เหตุผลว่าผลิตภัณฑ์ดังกล่าวไม่อาจถือได้ว่าเป็น “เบียร์” เพราะไม่เป็นไปตามบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์ โดยต้องจัดว่าเป็นเครื่องดื่มประเภทอื่น การวางจำหน่ายสินค้าชนิดนี้ภายใต้ชื่อ “มิลค์สเตาต์” จึงไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นการหลอกลวงผู้บริโภคเพราะผู้ผลิตใช้ชื่อประเภทของเบียร์ที่แพร่หลายอยู่ในประเทศที่ใช้ภาษาอังกฤษซึ่งอาจส่งผลให้เกิดความเข้าใจผิดได้ว่า “มิลค์สเตาต์” ของโรงเบียร์คัมบา บาวาเรียนี้เป็น “เบียร์”⁵²

โรงเบียร์คัมบา บาวาเรียได้พยายามหาทางออกในเรื่องนี้ด้วยการทำการตลาดสินค้าที่เป็นปัญหาดังกล่าวใหม่โดยจะวางจำหน่ายสินค้าเป็นประเภท “เครื่องดื่มชนิดอื่น” แทนและจะใช้ชื่อใหม่ว่า “KLIM TOUTS” เมื่อตัดสินใจเช่นนี้พวกเขายื่นคำร้องต่อรัฐบาลเพื่อไม่ให้มีการจัดเก็บภาษีสินค้าดังกล่าวในฐานะที่เป็นเบียร์อีกเพราะถือว่าสินค้านี้ไม่ตกอยู่ภายใต้ความเป็นเบียร์ตามกฎหมาย อย่างไรก็ตามเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องปฏิเสธคำร้องดังกล่าวและให้เหตุผลว่าในทางกฎหมายภาษีนั้นผลิตภัณฑ์ดังกล่าวยังถือว่าเป็น “เบียร์” ที่ต้องชำระภาษีในส่วนนี้ คำตอบดังกล่าวทำให้โรงเบียร์คัมบา บาวาเรียพบตนเองบนสภาวะย่อนแอ้งที่ในด้านหนึ่งนั้นไม่สามารถทำการตลาดมิลค์สเตาต์ของตนว่าเป็นเบียร์ได้แต่อีกด้านหนึ่งก็ต้องเสียภาษีเบียร์เต็มอัตรา เมื่อเป็นเช่นนั้นโรงเบียร์คัมบา บาวาเรียจึงตัดสินใจยุติการผลิตและจัดจำหน่ายสินค้ามิลค์สเตาต์ของตนทั้งหมดลงในที่สุด นอกจากนี้ก็ยังยุติการผลิตและจัดจำหน่าย “เบียร์” ชนิดอื่นๆ ที่อาจมีปัญหาประเด็นเช่นเดียวกันอีกด้วย อาทิ เบียร์คอฟฟีฟอเตอร์ที่มีส่วนผสมของกาแฟและเบียร์คริสต์เฟอร์เอลที่มีส่วนผสมของเปลือกส้มและผักชี⁵³

⁵¹ สำหรับดินแดนที่เคยเป็นมลรัฐบาเดน และเวือร์ทเทมแบร์กซึ่งปัจจุบันรวมกันเป็นมลรัฐบาเดน-เวือร์ทเทมแบร์กนั้น เมื่อ ค.ศ. 1995 มีการตรากฎหมายยกเลิกข้อสงวนเกี่ยวกับบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์แบบเคร่งครัด ทำให้ในปัจจุบันนี้การต้มเบียร์ในมลรัฐบาเดน-เวือร์ทเทมแบร์กสามารถต้มเบียร์ที่ไม่เป็นไปตามบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์ได้เช่นเดียวกับมลรัฐอื่น ๆ หากเข้ากรณีที่กฎหมายเบียร์ฉบับชั่วคราวเปิดข้อยกเว้นไว้ Kurt-Dietrich Rathke and Martin Feuerbach, “Vorläufiges Biergesetz - Vorbemerkung,” in *Kommentar zum Lebensmittelrecht*, ed. Walter Zipfel and Kurt-Dietrich Rathke (München: C.H.Beck, 2009), recital 9.

⁵² The Beer Spy, “German Government Sours on Milk Stout, Bans the Beer Style,” (20 August 2015) [online] Available from : <https://thebeerspy.com/2015/08/20/german-government-sours-on-milk-stout-bans-the-beer-style/> [26 January 2023]; Redaktion Bierologie, “Camba „Milk Stout“ von Den Behörden Verboten,” (4 August 2015) [online] Available from : <https://www.bierologie.de/biere/milk-stout-verboden/> [26 January 2023].

⁵³ Wolfgang Ranft, “Warum ist unser leckeres Honig-Bier nicht erlaubt?,” in *Bild* (22 April 2016) [online] Available from : <https://www.bild.de/regional/muenchen/bier/reinheitsgebot-macht-unser-bier-kaputt-45477784.bild.html> [26 January 2023].

นอกจากความย้อนแย้งในประเด็นที่โรงเบียร์คัมบา บาวาเรียไม่อาจวางตลาดสินค้าว่าเป็นเบียร์ แต่จะต้องเสียภาษีเบียร์สำหรับผลิตภัณฑ์ดังกล่าว เรื่องนี้ยังสะท้อนสถานะอันย้อนแย้งของตลาดเบียร์มลรัฐบาเยิร์นที่เป็นผลมาจากความเคร่งครัดเป็นพิเศษของกฎหมายที่ว่าการผลิตเบียร์ของมลรัฐเองที่แตกต่างไปจากมลรัฐอื่นๆ ทำให้บนแผงสินค้าเครื่องดื่มในมลรัฐบาเยิร์นอาจมีเบียร์ที่ไม่เป็นไปตามบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์วางจำหน่ายได้หากผลิตขึ้นในมลรัฐอื่นโดยได้รับอนุญาตในฐานะเบียร์ชนิดพิเศษหรือหากผลิตขึ้นจากประเทศสหภาพยุโรปอื่น แต่สำหรับโรงเบียร์ที่ตั้งอยู่ในมลรัฐบาเยิร์นเองกลับไม่สามารถผลิตสินค้าเช่นนั้นเพื่อวางขายด้วยได้เพราะข้อจำกัดของกฎหมาย สภาพการณ์เช่นนี้จึงก่อให้เกิดข้อถกเถียงขึ้นมาใหม่ว่าแท้จริงแล้วบทบัญญัติว่าด้วยบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งคำถามนี้อาจจำเป็นที่จะต้องแยกพิจารณาระหว่างกฎหมาย “บัญญัติแห่งความบริสุทธิ์แบบเด็ดขาด” ที่ไม่อนุญาตให้มีค่าชอยกเว้นได้แบบกรณีมลรัฐบาเยิร์นและกฎหมายบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์แบบที่อาจชอยกเว้นเพื่อผลิตเบียร์ชนิดพิเศษได้ในมลรัฐอื่นๆ อนึ่ง จนถึงปัจจุบันยังไม่มีคดีข้อพิพาทที่อาจนำไปสู่การวินิจฉัยเป็นที่ยุติด้วยองค์กรตุลาการโดยเฉพาะอย่างยิ่งในชั้นศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เกี่ยวกับประเด็นเรื่องนี้ มีก็แต่เพียงบทความวิชาการจำนวนหนึ่งที่ได้พยายามวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าวโดยละเอียด⁵⁴ ซึ่งอาจจะสรุปประเด็นข้อพิจารณาที่สำคัญเพื่อนำมาเสนอ ณ ที่นี้ได้ดังต่อไปนี้

ไม่เป็นที่สงสัยว่าบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์มีการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพโดยเป็นการกระทบในชั้นของเรื่องการกำหนดกฎหมายการประกอบกิจการว่าต้องมีลักษณะอย่างไร การที่จะกล่าวได้ว่าการจำกัดนี้เป็นไปโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญจึงจะต้องได้ความว่ากรณีนี้เป็นการจำกัดสิทธิที่อยู่บนเหตุเพื่อคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมที่สมเหตุสมผลและอย่างพอสมควรแก่เหตุ โดยเมื่อพิจารณาจากเป้าประสงค์ของการจำกัดสิทธิว่าเป็นไปอย่างชอบธรรมหรือไม่นั้นจะเห็นว่ามีเหตุผลหลายประการที่สนับสนุนให้การจำกัดสิทธิในกรณีนี้มีความชอบธรรมอยู่โดยเฉพาะการคุ้มครองสุขอนามัยและการคุ้มครองผู้บริโภค ตลอดจนถึงการคุ้มครองมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมหรือมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในเรื่องของประเพณีการดื่มเบียร์ ทั้งนี้เมื่อวิเคราะห์ความเหมาะสมของวัตถุประสงค์ทั้งสามประการแล้วอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าข้อกำหนดบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์นี้เป็นวิธีการที่เหมาะสมต่อทั้งสามวัตถุประสงค์ กล่าวคือ การกำหนดจำกัดวัตถุดิบที่อาจใช้ได้ย่อมเป็นการตัดความเสี่ยงของการใช้วัตถุดิบที่อาจส่งผลร้ายต่อสุขภาพ การกำหนดวัตถุดิบเฉพาะตามบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์ย่อมเป็นการคุ้มครองความคาดหวังของผู้บริโภคว่าจะได้บริโภคเบียร์ที่เป็นไปตามบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์ซึ่งเป็นมาตรฐานของเบียร์เยอรมัน

⁵⁴ Konrad Roth, “Das deutsche und das bayerische Reinheitsgebot für Bier – Grundrechtskonformität von Rechtsvorschriften zur deutschen Brautradition unter Berücksichtigung der sogenannten „craft beer“-Brauerei,” p.804-818; Markus Möstl and Katja Brzezinski, “Das Reinheitsgebot für Bier – Überlegungen zur Zukunftsfähigkeit eines traditionsreichen Rechtsinstituts,” *Bayerische Verwaltungsblätter*, no. 8 (2016): p.257-260.

และการกำหนดให้การต้มเบียร์จะต้องรักษาขนบธรรมเนียมประเพณีแบบดั้งเดิมเอาไว้ก็เป็นมาตรการที่เหมาะสมสำหรับการจะรักษาการส่งมอบวัฒนธรรมในเรื่องนี้ต่อไปเอาไว้ อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาต่อในประเด็นความจำเป็นกลับไม่อาจที่จะถือได้ว่าเหตุผลเรื่องการคุ้มครองสุขภาพและการคุ้มครองผู้บริโภคนี้มีความจำเป็น เพราะในส่วนของ การคุ้มครองสุขภาพนั้นมีบทบัญญัติเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์อาหารกำหนดไว้เป็นการทั่วไปอยู่แล้วจึงไม่จำเป็นต้องมาคุ้มครองเป็นกรณีเฉพาะอีกในแต่อย่างใด สำหรับการคุ้มครองความเข้าใจหรือความคาดหวังของผู้บริโภคนั้นก็อาจป้องกันด้วยการกำหนดหน้าที่ให้มีการแสดงข้อมูลและสัญลักษณ์ที่ชัดเจนบนผลิตภัณฑ์ได้ซึ่งเป็นมาตรการที่กระทบต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพน้อยกว่า⁵⁵

การคุ้มครองประโยชน์สาธารณะในประเด็นการรักษาไว้ซึ่งมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมจึงเป็นวัตถุประสงค์เพียงอย่างเดียวที่เหลือซึ่งอาจต้องมาพิจารณาต่อโดยละเอียด ปัญหาว่ามีมาตรการอื่น ๆ ที่อาจบรรลุเป้าประสงค์ได้ในระดับที่ทัดเทียมกันแต่กระทบสิทธิอื่นน้อยกว่าหรือไม่นั้น เมื่อพิจารณามาตรการอื่นที่อาจเป็นไปได้ในที่นี้คือการกำหนดการใช้เครื่องหมายการค้าหรือสัญลักษณ์บ่งชี้เป็นการเฉพาะสำหรับเบียร์ที่ผลิตโดยเป็นไปตามบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์อาจถือไม่ได้ว่าจะสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการในระดับเดียวกัน เพราะการปล่อยให้การต้มเบียร์เป็นไปโดยเสรีและคงเหลือไว้เพียงความสมัครใจในการเลือกใช้ลักษณะบ่งชี้พิเศษนั้นอาจเป็นการลดทอนหรือทำลายคุณค่าทางประเพณีที่ดำรงอยู่ให้หายไปได้ คำถามสุดท้ายคือแล้วมาตรการนี้เป็นไปได้โดยได้สัดส่วนหรือไม่ มีแนวความเห็นสำหรับกรณีนี้ที่ฝ่ายนิติบัญญัติเองได้เปิดช่องให้มีการขอยกเว้นได้ในกรณีของมลรัฐอื่นๆ ที่ไม่ใช่บาเยิร์นว่าอาจถือได้ว่าการคำนึงถึงเสรีภาพของปัจเจกชนด้วยอย่างพอสมควรแก่เหตุแล้ว⁵⁶ สำหรับกรณีของแคว้นบาเยิร์นมีความเห็นกันว่าหากพิจารณายึดเอาตามแนวทางที่ศาลปกครองแห่งสหพันธ์ได้วางไว้ในคำวินิจฉัยปี 2005 นั้น กรณีของแคว้นบาเยิร์นที่ไม่มีขอยกเว้นเลยก็จะต้องถือว่าเป็นการจำกัดสิทธิที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ⁵⁷ แต่ก็มีความเห็นอีกด้านหนึ่งที่พิจารณาวัฒนธรรมดังกล่าวในบาเยิร์นว่าอาจต้องนับเป็นมรดกที่สำคัญและมีคุณค่าที่เข้มข้นกว่าในมลรัฐอื่น ๆ โดยเฉพาะเมื่อคำนึงถึงประเพณีการดื่มกินและการจัดเทศกาลเฉลิมฉลองจนกลายเป็นอัตลักษณ์ทางวัฒนธรรมของมลรัฐที่ได้รับการคุ้มครองในระดับรัฐธรรมนูญภายใต้หลักการพื้นฐานของการปกครองแบบสหพันธรัฐเป็นพิเศษ จนถือเป็นเหตุผลในระดับรัฐธรรมนูญที่อาจใช้เป็นคำอธิบายสำหรับการจำกัดสิทธิในมลรัฐบาเยิร์นที่เข้มข้นขึ้นกว่าในที่อื่น ๆ ได้⁵⁸

⁵⁵ Konrad Roth, “Das deutsche und das bayerische Reinheitsgebot für Bier – Grundrechtskonformität von Rechtsvorschriften zur deutschen Brautradition unter Berücksichtigung der sogenannten „craft beer“-Braucher,” p.806-808.

⁵⁶ Ibid, p.812-813.

⁵⁷ Markus Möstl and Katja Brzezinski, “Das Reinheitsgebot für Bier – Überlegungen zur Zukunftsfähigkeit eines traditionsreichen Rechtsinstituts,” p.259.

⁵⁸ Konrad Roth, “Das deutsche und das bayerische Reinheitsgebot für Bier – Grundrechtskonformität von Rechtsvorschriften zur deutschen Brautradition unter Berücksichtigung der sogenannten „craft beer“-Braucher,” p.814-815.

จากที่ได้วิเคราะห์มาข้างต้นจะเห็นว่าหากมีคดีข้อพิพาทเกิดขึ้นในอนาคตที่ไปสู่การพิจารณาขององค์กรตุลาการ ก็ย่อมมีความเป็นไปได้ที่ศาลอาจจะวินิจฉัยไปในทางที่เป็นผลลบต่อกฎเกณฑ์บัญญัติแห่งความบริสุทธิ์ในรูปแบบที่เป็นอยู่โดยเฉพาะอย่างยิ่งในลักษณะที่ไร้ข้อยกเว้นแบบมลรัฐบาเยิร์น หรือแม้แต่องค์กฎหมายที่ดำรงอยู่ในมลรัฐอื่นๆ ที่มีข้อยกเว้นให้ขออนุญาตพิเศษได้นั้นก็มีการตั้งประเด็นเหมือนกันว่าการกำหนดห้ามไว้เป็นหลักแล้วปล่อยให้ความเป็นไปได้ของการยกเว้นอยู่บนดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งแม้จากแนวของคำวินิจฉัยศาลปกครองแห่งสหพันธ์จะต้องใช้ดุลพินิจดังกล่าวไปในทางที่เอื้อต่อการอนุญาตเพื่อส่งเสริมเสรีภาพก็อาจยังไม่ใช่หลักประกันที่เพียงพอในทางกฎหมายสำหรับผู้ต้องการใช้เสรีภาพดังกล่าว นอกจากนี้ ประเด็นว่าขอบเขตอย่างกว้างที่ฝ่ายปกครองต้องอนุญาตตามแนวศาลปกครองนั้นมีความหมายขนาดไหนก็ยังไม่มีความชัดเจน จะถึงขนาดย้อนไปถึงการใช้ส่วนผสมอื่น ๆ ได้ทั้งสิ้นราวกับว่าไม่มีหลักเรื่องบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์อยู่เลย หากว่าส่วนผสมนั้นสามารถใช้ได้โดยชอบด้วยกฎหมายเมื่อพิจารณาข้อกฎหมายอื่น ๆ ด้านอาหารที่เกี่ยวข้องแล้วหรือไม่⁵⁹

ด้วยเหตุนี้จึงมีข้อเสนอจากหลายภาคส่วนให้มีการปฏิรูปกฎหมายเบียร์ในประเด็นเกี่ยวกับบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์นี้ให้เป็นระบบและสอดคล้องกับยุคสมัยมากขึ้น นอกจากข้อเสนอให้ปรับปรุงที่ตั้งฐานจากข้อกังวลเชิงกฎหมายแล้ว ในส่วนของผู้ประกอบการจำนวนหนึ่งก็เสนอให้มีการกำหนดกระบวนการขออนุญาตในกฎหมายให้ชัดเจนยิ่งขึ้นสำหรับกรณีเบียร์ที่ไม่เป็นไปตามบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์พร้อมทั้งเสนอให้มีการกำหนดเงื่อนไขอันเป็นกรอบจำกัดการยกเว้นไว้ด้วยก็คือสำหรับเบียร์ที่ไม่เป็นไปตามบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์นั้นควรจะต้องเป็นไปตาม “บัญญัติแห่งความเป็นธรรมชาติ” (Natürlichkeitsgebot, Naturalness law) กล่าวคือ ส่วนผสมทั้งหมดที่ใช้จะต้องเป็นวัตถุดิบตามธรรมชาติที่เหมาะสมสำหรับการบริโภคของมนุษย์ ไม่ใช่วัตถุดิบที่ผ่านกระบวนการดัดแปลงพันธุกรรม และโดยทั่วไปก็จะไม่อนุญาตให้มีการใช้สารแต่งสี ผลิตภัณฑ์สกัดเข้มข้น หรือสารเติมแต่งสังเคราะห์ในกระบวนการผลิตได้⁶⁰

6. สะท้อนมุมมองเปรียบเทียบกฎหมายเบียร์ของประเทศไทย

การเติบโตของกระแสดร็อปเบียร์ในประเทศไทยช่วงทศวรรษที่ผ่านมาทำให้เกิดข้อถกเถียงเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยการผลิตและจำหน่ายเบียร์อย่างกว้างขวางในหลายมิติ กระแสเรียกร้องให้

⁵⁹ Markus Möstl and Katja Brzezinski, “Das Reinheitsgebot für Bier – Überlegungen zur Zukunftsfähigkeit eines traditionsreichen Rechtsinstituts,” p.260.

⁶⁰ Oliver Wesseloh, *Bier Leben – Die neue Braukultur* (Reinbek: Rowohlt, 2015), p.113; Deutsche Kreativbrauer e.V., “Das Natürlichkeitsgebot – Hopfen, Malz und frische Ideen,” [online] Available from : <https://deutschekreativbrauer.de/das-natuerlichkeitsgebot/> [26 January 2023]; Gergely Szolnoki et al., “Craft beer in the land of the purity law—the German beer industry and the purity requirement in the course of time,” in *Case Studies in the Beer Sector*, ed. Roberta Capitello and Natalia Maehle (Cambridge: Woodhead Publishing, 2021), p.277.

มีการปฏิรูปเพื่อ “ปลดล็อกเบียร์เสรี” นำไปสู่ข้อเสนอร่างพระราชบัญญัติ “สุราก้าวหน้า” เป็นวาระพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร แม้ร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวจะตกไปเพราะไม่ได้รับเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎร⁶¹ อย่างไรก็ตาม กระแสที่เกิดขึ้นก็ส่งผลให้รัฐบาลต้องพิจารณาปรับปรุงหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว โดยคณะรัฐมนตรีได้ประกาศใช้กฎกระทรวงการผลิตสุราฉบับใหม่ซึ่งผ่อนคลายนข้อจำกัดเรื่องทุนจดทะเบียนและกำลังการผลิตขั้นต่ำจากที่เป็นอยู่เดิมในส่วนการผลิตเบียร์เพื่อการค้ารวมถึงเปิดช่องให้มีการขออนุญาตต้มเบียร์เพื่อบริโภคในครัวเรือนได้⁶² แต่กระนั้นดูเหมือนว่าความเปลี่ยนแปลงดังกล่าวนี้ก็ยังไม่เป็นที่พึงใจของฝ่ายซึ่งเรียกร้องเสนอให้ปรับปรุงแก้ไขเพื่อ “เปิดเสรี” มากนัก ด้วยเพราะแม้จะมีการผ่อนคลายนหลักเกณฑ์ของกฎหมายในบางประเด็นไปแล้วก็จริงอยู่ แต่ทว่าก็ยังคงมีกฎหมายหลายเรื่องต่าง ๆ หลายประการที่อาจจะเป็นอุปสรรคในทางปฏิบัติได้อีก อาทิ การกำหนดที่มีลักษณะเป็นการสร้างต้นทุนอันไม่จำเป็นให้กับผู้ผลิตรายย่อย และปัญหาความไม่ชัดเจนของหลาย ๆ ถ้อยคำที่อาจจำเป็นต้องมีการกำหนดขยายความเพิ่มเติมต่อไป⁶³

แม้สถานการณ์ที่เป็นอยู่ในประเทศไทยปัจจุบันจะมีข้อที่น่าพิจารณาในทางกฎหมายมหาชนเกี่ยวกับกฎหมายเบียร์นานับประการ แต่บทความนี้คงอาจไม่ใช่พื้นที่ที่เหมาะสมซึ่งจะลงไปถกเถียงในทุกรายละเอียดที่เป็นปัญหาอย่างลึกซึ้ง อย่างไรก็ตามก็ดีเนื้อหาต่อไปนี้ก็จะพยายามลองนำเสนอข้อพิจารณาที่น่าสนใจบางประการโดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องทางกฎหมายรัฐธรรมนูญที่มีมุมมองอันเกี่ยวข้องกับสัมพันธ์เชิงเปรียบเทียบกักฎหมายเบียร์ในเยอรมนีตามที่ได้กล่าวมาก่อนหน้านี้ในประเด็นที่สำคัญเท่านั้น กล่าวคือ

ขณะที่กฎหมายเบียร์เยอรมันมีกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตเบียร์เอาไว้ว่าโดยหลักแล้วจะต้องเป็นไปตามบัญญัติแห่งความบริสุทธิ์ กฎหมายเบียร์ไทยนั้นหาได้มีข้อจำกัดหรือบทบัญญัติเฉพาะเกี่ยวกับเรื่องเช่นนี้แต่อย่างใด การเลือกใช้วัตถุดิบในกระบวนการผลิตเบียร์ไทยจึงดูเหมือนว่าจะมีความเป็นไปได้ที่เปิดช่องให้พัฒนาความคิดสร้างสรรค์อย่างเป็นอิสระมากกว่าทั้งในแง่การทดลองเพื่อให้ได้สูตรตามแบบของต่างประเทศหรือเพื่อต่อยอดสร้างสูตรใหม่ที่ผสมเอกลักษณ์หรือวัตถุดิบท้องถิ่นร่วมอยู่ด้วย

ในเชิงรูปแบบนั้น กฎหมายเบียร์เยอรมันมีพัฒนาการจากที่เคยบัญญัติกฎหมายทั้งหลายที่เกี่ยวข้องทั้งหมดเอาไว้ในกฎหมายว่าด้วยภาษีเบียร์ฉบับเดียวกลายมาเป็นการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

⁶¹ บีบีซีไทย, “สุราก้าวหน้า : สภาผู้แทนราษฎรโหวตคว่ำร่าง พ.ร.บ. สุราก้าวหน้า ด้วยคะแนน 196 ต่อ 194 เสียง,” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://www.bbc.com/thai/articles/c97j3pd38y7o> [26 มกราคม 2566].

⁶² กฎกระทรวงการผลิตสุรา พ.ศ.2565 ในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 139 ตอนที่ 68 ก วันที่ 1 พฤศจิกายน 2565.

⁶³ ดู เจมส์ ทฤษฎีคุณ, “กฎกระทรวงใหม่ช่วยปลดล็อก ‘คราฟเบียร์’ ได้จริง ๆ หรือไม่”, *Thammasat Law Alumni E-Newsletter* 4, 1 (ธันวาคม 2565), หน้า 19-24; แนวหน้า, “ก้าวไกล โวยมติดรณ.แก้กฎกระทรวงข้ออ้างหลอกลวงคว่ำ‘พ.ร.บ.สุราก้าวหน้า’,” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://www.naewna.com/politic/689622> [26 มกราคม 2566].

กับการผลิตเบียร์แยกออกจากกฎเกณฑ์ทางด้านภาษีเป็นกฎหมายคนละฉบับ สำหรับกฎหมายเบียร์ไทย นั้นกฎเกณฑ์ทั้งสองด้านดำรงอยู่ในกฎหมายฉบับเดียวกันโดยตลอดมาจนถึงปัจจุบัน อย่างไรก็ตามมีความเปลี่ยนแปลงซึ่งเกิดขึ้นเมื่อไม่นานมานี้ที่ส่งผลให้กฎหมายเกี่ยวกับการผลิตและการภาษีเบียร์ไทย จากที่เคยมีบัญญัติรวมเอาไว้ในกฎหมายหนึ่งฉบับที่ตราขึ้นสำหรับสินค้าประเภทสุราโดยเฉพาะ⁶⁴ กลับกลายเป็นว่าบทบัญญัติว่าด้วยสุรานั้นได้ถูกจัดระบบใหม่ให้เข้ามาอยู่ในกฎหมายฉบับเดียวกันกับเรื่องอื่น ๆ ที่เป็นอำนาจหน้าที่ของกรมสรรพสามิตด้วย นั่นก็คือรวมเอาไว้ในพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560

ข้อพิจารณาเชิงรูปแบบอีกประการหนึ่งก็คือ ในกฎหมายเบียร์เยอรมันนั้นกฎเกณฑ์อันมีผลกระทบต่อเสรีภาพของประชาชนที่จะผลิตเบียร์ได้ถูกบัญญัติเอาไว้อยู่ในชั้นของกฎหมายฝ่ายนิติบัญญัติโดยตรง ทั้งนี้ เนื่องจากกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมันมีหลัก “ทฤษฎีสิ่งที่เป็นสาระสำคัญ” (Wesentlichkeitstheorie) ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้พัฒนาขึ้นมาจากฐานรากของหลักประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐสำหรับใช้ตีกรอบฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายมอบอำนาจต่อให้ฝ่ายบริหารไปออกกฎหมายลำดับรองเพื่อไม่ให้เกิดการมอบอำนาจเป็นไปอย่างกว้างขวางไร้ขอบเขตมากเกินไปจนส่งผลกระทบต่อ “หลักการต้องมียกกฎหมายให้อำนาจ” (Vorbehalt des Gesetzes) ขนาดที่ทำให้หลักการนี้ไร้ความหมายลง โดย “ทฤษฎีสิ่งที่เป็นสาระสำคัญ” นี้เรียกร้องว่าฝ่ายนิติบัญญัติมีหน้าที่ต้องตัดสินใจเกี่ยวกับกฎเกณฑ์สำคัญอันมีผลกระทบต่อเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญด้วยตัวเอง จะมอบอำนาจในการตัดสินใจต่อให้แก่ฝ่ายบริหารไม่ได้⁶⁵ ขณะที่หลักเกณฑ์กฎหมายเบียร์ที่มีผลเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ที่แท้จริงเกี่ยวกับการผลิตเบียร์ไทยต่างอยู่ในชั้นของกฎหมายลำดับรองทั้งสิ้น กฎหมายระดับพระราชบัญญัติเพียงแต่บัญญัติ “ดีเซ็คเปลา” เอาไว้ให้ฝ่ายบริหารไปออกกฎกระทรวงเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขอันมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญได้เอง⁶⁶ แม้ว่าแนวคิดเรื่อง “ทฤษฎีสิ่งที่เป็นสาระสำคัญ” จะเคยมีการกล่าวถึงบ้างในทางวิชาการ⁶⁷ แต่ในทางปฏิบัติดูเหมือนว่าแนวคิดนี้จะยังไม่ได้ปรากฏลงฐานในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยอย่างเป็นรูปเป็นร่างมากนัก

ประเด็นเปรียบเทียบที่น่าสนใจอีกประการซึ่งสืบเนื่องต่อมาจากข้อพิจารณาในเชิงรูปแบบ ประการหลังนั้นก็คือความแตกต่างในการดำรงอยู่ของวาทกรรมเรื่องสิทธิเสรีภาพเมื่อมีข้อต้องพิจารณา

⁶⁴ ดู พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ.2493.

⁶⁵ ดู Hans. Herbert v. Arnim, “Zur »Wesentlichkeitstheorie« des Bundesverfassungsgerichts,” *Deutsches Verwaltungsblatt* 102, 24 (December 1987): p.1241.

⁶⁶ มาตรา 153 วรรคสอง พระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560.

⁶⁷ ดู บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2547), หน้า 258.

เกี่ยวกับการจำกัดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ในขณะที่ระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมัน มีการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญอย่างเป็นระบบ อีกทั้งยังได้มีการพัฒนาหลักการสำคัญอย่าง “หลักความพอสมควรแก่เหตุ” ขึ้นมาในฐานะที่เป็นกรอบจำกัดของการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญอนุญาตให้กระทำได้ที่จะมีการนำไปปรับใช้กับทุก ๆ กรณีเมื่ออำนาจรัฐได้เข้าไปกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนดังจะเห็นได้จากกรณีตามบทความนี้ข้างต้นว่าในข้อโต้แย้งเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ที่ว่าด้วยการผลิตและจำหน่ายเบียร์เยอรมันต่างล้วนมีวาทกรรมเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพในประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพปรากฏอยู่ในทุกอณูของเรื่องทั้งสิ้น ขณะที่ในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยนั้นแม้จะมีความพยายามรับเอาแนวความคิดเรื่องการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพแบบระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมันอันรวมไปตลอดถึงการรับเอาหลักความพอสมควรแก่เหตุเข้ามาด้วยก็ตาม⁶⁸ แต่ในทางปฏิบัติแล้ววาทกรรมเรื่องสิทธิเสรีภาพกลับยังมีบทบาทไม่มากนัก เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารจะออกกฎเกณฑ์ที่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพ หรือเมื่อองค์กรตุลาการเข้าไปทำหน้าที่ตรวจสอบพิจารณาวินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

⁶⁸ Poonthep Sirinupong, *Same Same But Different: Grundgesetzimport und Verfassungsmutation in Thailand* (Baden-Baden: Nomos, 2022), p.145-147.

กฎหมายไทยเกี่ยวกับผู้โดยสารประพฤติตนไม่เหมาะสมในอากาศยาน:
ศึกษาเฉพาะประเด็นเขตอำนาจรัฐและโทษทางปกครอง*

The Thai Law Concerning Unruly Passengers on Board:
A study on Jurisdiction and Administrative Sanctions

ลลิล ก่อวุฒิกุลรังษี
Lalin Kovudhikulrungsri

อาจารย์ประจำ
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ถนนพระจันทร์ เขตพระนคร กรุงเทพฯ 10200
Full-time Lecturer
Faculty of Law, Thammasat University, Prachan Road, Phra Nakhon, Bangkok 10200
Corresponding Author E-mail: lalin@tu.ac.th
(Received: February 10, 2023; Revised: March 10, 2023; Accepted: March 15, 2023)

บทคัดย่อ

ผู้โดยสารประพฤติตนไม่เหมาะสมในอากาศยานเป็นปัญหาที่ได้รับการกล่าวถึงในพิธีสารแก้ไขอนุสัญญาว่าด้วยความผิดและการกระทำอื่น ๆ บางประการซึ่งกระทำบนอากาศยาน ค.ศ.2014 (พิธีสารมอนตรียอล ค.ศ.2014) และเอกสารอื่น ๆ ที่องค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศออกเพื่อให้คำแนะนำแก่รัฐในประเด็นหลัก 2 ประเด็น คือ เพิ่มเขตอำนาจรัฐ และการเปลี่ยนโทษทางอาญาเป็นโทษทางปกครอง ประเทศไทยไม่ได้เป็นภาคีพิธีสารมอนตรียอล ค.ศ.2014 บทความนี้จึงมุ่งพิจารณาว่ากฎหมายไทยในสองประเด็นข้างต้นสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศและเอกสารที่องค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศออกเพียงใด

คำสำคัญ: ผู้โดยสารประพฤติตนไม่เหมาะสม, พิธีสารแก้ไขอนุสัญญาว่าด้วยความผิดและการกระทำอื่น ๆ บางประการซึ่งกระทำบนอากาศยาน ค.ศ.2014, เขตอำนาจรัฐ, โทษทางปกครอง

* บทความนี้ดัดแปลงจากรายงานวิจัยเรื่อง “ปัญหาของกฎหมายที่อนุวัติการให้เป็นไปตามอนุสัญญาการบินพลเรือนที่เกี่ยวกับความผิดอาญา” ได้รับทุนจากสถาบันพระปกเกล้า ในปี พ.ศ. 2563.

Abstract

The unruly passenger on board is a problem addressed in the Protocol to Amend the Convention on Offences and Certain Other Acts Committed on Board 2014 (Montreal Protocol 2014) and other documents published by the International Civil Aviation Organization. Their main objective is to advise States on expanding the scope of jurisdiction and converting criminal penalties to administrative sanctions. Thailand is not a party to the Montreal Protocol 2014. Therefore, this paper aims to examine to what extent Thai law on both mentioned issues is consistent with both international law and documents published by the International Civil Aviation Organization.

Keywords: Unruly passenger, Protocol to Amend the Convention on Offences and Certain Other Acts Committed on Board, Jurisdiction, Administrative Sanction

1. บทนำ

การประพฤติดนของผู้โดยสารอาจกระทบต่อการรักษาความปลอดภัยในการเดินทางทางอากาศเพราะสภาพการเดินทางทางอากาศภายในห้องโดยสารเองที่อยู่ในพื้นที่จำกัดเป็นระยะเวลานานอาจทำให้ผู้โดยสารเกิดความเครียดได้ รวมถึงการบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในอากาศยานก็อาจมีส่วนทำให้ผู้โดยสารประพฤติดนไม่เหมาะสม สภาพแวดล้อมเหล่านี้จึงอาจก่อให้เกิดการทะเลาะวิวาทระหว่างผู้โดยสาร หรือระหว่างผู้โดยสารกับพนักงานต้อนรับบนเครื่องบิน หรือเกิดการทำลายทรัพย์สินในอากาศยานขึ้น ประเด็นทางกฎหมายที่ต้องพิจารณาในการเดินทางระหว่างประเทศจากกรณีผู้โดยสารประพฤติดนไม่เหมาะสม (unruly passenger) บนอากาศยานมีทั้งประเด็นเขตอำนาจของรัฐและประเด็นกระบวนการลงโทษผู้โดยสารที่กำหนดไว้โดยองค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศ (International Civil Aviation Organization) บทความนี้มุ่งพิจารณาเนื้อหากฎหมายและเอกสารระหว่างประเทศในสองประเด็นดังกล่าวเพื่อวิเคราะห์ว่ากฎหมายไทยมีเนื้อหาครอบคลุมทัดเทียมเนื้อหาที่กำหนดในทางระหว่างประเทศหรือไม่ เพียงใด บทความแบ่งเป็น 5 หัวข้อ คือ บทนำ กฎหมายและเอกสารระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการประพฤติดนไม่เหมาะสมในอากาศยานในหัวข้อสอง กฎหมายไทยในหัวข้อที่สาม บทวิเคราะห์และสรุปตามลำดับ

2. กฎหมายและเอกสารระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการประพาดดินไม่เหมาะสมในอากาศยาน

ในขณะที่อากาศยานนั้นบินอยู่ที่น่านฟ้าเหนือดินแดนที่ไม่อยู่ภายในอำนาจของรัฐใด เช่น อากาศยานบินอยู่เหนือทะเลหลวง คำถามที่เกิดขึ้นคือจะดำเนินการและลงโทษผู้ประพาดดินไม่เหมาะสมในอากาศยานได้หรือไม่ ศาลในบางประเทศได้เคยตอบคำถามดังกล่าว เช่น ศาลสหรัฐอเมริกาเคยตัดสินในคดี *US v. Cordova et al.* ในปีค.ศ. 1950 ข้อเท็จจริงในคดี คือ จำเลย นาย Cordova ทำร้ายร่างกายนักบิน และพนักงานต้อนรับสายการบินพาณิชย์ในขณะที่ทำการบินเหนือทะเลหลวงในเที่ยวบินจากเปอร์โตริโก ไปนิวยอร์ก และนาย Cordova ยังได้ทำร้ายร่างกายนาย Santano ในวันเวลาและสถานที่เดียวกันกับข้อหาข้างต้น ส่วนนาย Santano จำเลยร่วมก็ถูกตั้งข้อหาว่าทำร้ายร่างกายนาย Cordova ในวันเวลาและสถานที่เดียวกัน ศาลมลรัฐนิวยอร์กได้ตัดสินว่า ในขณะที่เกิดเหตุไม่มีกฎหมายบัญญัติให้ “อากาศยาน” เป็นยานพาหนะตามกฎหมายอาญาที่ให้อำนาจสหรัฐอเมริกามีเขตอำนาจลงโทษได้ เมื่อเหตุการณ์เกิดขึ้นเหนือทะเลหลวง จึงต้องพิจารณาว่ามีกฎหมายขยายเขตอำนาจทางอาญาให้รัฐลงโทษหรือไม่ ศาลจึงต้องพิจารณาเขตอำนาจทางทะเล (admiralty and maritime jurisdiction) ในคดีนี้ ศาลเห็นว่าศาลไม่มีเขตอำนาจเหนือคดีอาญาที่เกิดขึ้นในอากาศยานสัญชาติอเมริกันที่กำลังบินอยู่เหนือทะเลหลวง¹ คดีนี้สะท้อนให้เห็นช่องว่างด้านเขตอำนาจรัฐในการกำกับดูแลการกระทำผิดในอากาศยาน จึงเกิดการประชุมทางทูตเพื่อออกกฎหมายระหว่างประเทศด้านการบินเพื่อกำกับดูแล คือ อนุสัญญาว่าด้วยความผิดและการกระทำอื่น ๆ บางประการที่กระทำบนอากาศยาน ค.ศ. 1963 (อนุสัญญากรุงโตเกียว)² ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองความปลอดภัยบนอากาศยานพลเรือนที่จดทะเบียนสัญชาติไว้กับรัฐภาคี³ อนุสัญญากรุงโตเกียวมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 4 ธันวาคม พ.ศ. 2512 และนับว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป (general international law)⁴ อนุสัญญากรุงโตเกียวกำหนดให้รัฐ

¹ United States v. Cordova, 89 F. Supp. 298 (E.D.N.Y. 1950).

² อนุสัญญาว่าด้วยความผิดและการกระทำอื่น ๆ บางประการที่กระทำบนอากาศยาน (Convention on Offences and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft) มีผลใช้บังคับวันที่ 4 ธันวาคม ค.ศ. 1969 [ต่อไปเรียกว่า อนุสัญญากรุงโตเกียว]. ประเทศไทยให้สัตยาบัน 6 มีนาคม ค.ศ. 1972.

³ ประเสริฐ ป้อมป้องศึก, **ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายอากาศระหว่างประเทศ**, (กรุงเทพ:วิญญูชน, 2545), หน้า 74. นักวิชาการยังถกเถียงอยู่ว่าอนุสัญญากรุงโตเกียวเป็นอนุสัญญาลับแรกที่มีวัตถุประสงค์เพื่อต่อต้านการก่อการร้ายที่ได้ใช้บังคับจริงหรือไม่ Jiefang Huang เห็นว่าเป็นเช่นนั้น ในขณะที่ Michael Milde เห็นว่าข้อบ่งเกี่ยวกับการยึดอากาศยานโดยมิชอบด้วยกฎหมายในอนุสัญญากรุงโตเกียวเป็นเพียงการกล่าวถึงขั้นตอนการนำอากาศยานกลับคืนและช่วยเหลือผู้โดยสารหลังการยึดอากาศยานเท่านั้น ดู Jiefang Huang, **Aviation Safety Through the Rule of Law: ICAO's Mechanisms and Practices**, (Dordrecht: Kluwer Law International, 2009), p.116; Michael Milde, **International Air Law and ICAO**, (The Hague: Eleven International Publishing, 2008), p.217-218.

⁴ Michael Milde, *ibid.*, p.224.

ที่มีเขตอำนาจเหนือการกระทำตามอนุสัญญากรุงโตเกียว คือ รัฐที่มีการจดทะเบียนอากาศยาน เนื่องจากรัฐดังกล่าวเป็นรัฐที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับอากาศยานที่สุด⁵ ส่วนรัฐอื่น ๆ จะมีเขตอำนาจเฉพาะที่อนุสัญญากรุงโตเกียวกำหนดให้เขตอำนาจไว้เท่านั้น⁶ Michael Milde ศาสตราจารย์ด้านกฎหมายอากาศและอดีตผู้อำนวยการฝ่ายกฎหมายแห่งองค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศจึงเห็นว่าอนุสัญญากรุงโตเกียวสามารถใช้บังคับกับกรณีการประทุติตนไม่เหมาะสมในอากาศยาน เช่น การสูบบุหรี่ในอากาศยานหากมีการห้ามสูบบุหรี่ การใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ในอากาศยานหากมีการห้ามใช้ เป็นต้น⁷ เมื่อผู้ควบคุมอากาศยานเห็นว่าผู้โดยสารมีพฤติกรรมในลักษณะที่ไม่เหมาะสม ผู้ควบคุมอากาศยานย่อมมีอำนาจออกคำสั่งให้ผู้โดยสารหยุดการกระทำนั้น ๆ ได้⁸

อย่างไรก็ตามการปรับใช้อนุสัญญากรุงโตเกียวแก่กรณีผู้โดยสารประทุติตนไม่เหมาะสมอาจยังไม่เพียงพอที่จะกำกับดูแล เนื่องจากอนุสัญญากรุงโตเกียวมิได้กำหนดพันธกรณีให้รัฐใด ๆ มีเขตอำนาจ⁹ ด้วยเหตุนี้องค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศจึงได้ออกพิธีสารแก้ไขอนุสัญญาว่าด้วยความผิดและการกระทำอื่น ๆ บางประการซึ่งกระทำบนอากาศยาน ค.ศ. 2014 (พิธีสารมอนตรียอล ค.ศ. 2014) เพื่อแก้ไขอนุสัญญากรุงโตเกียวและพยายามเสนอมาตรการดำเนินการในรูปของเอกสารอื่น ๆ ที่ไม่ได้มีค่าบังคับเป็นสนธิสัญญาเพื่อให้ครอบคลุมกรณีผู้โดยสารประทุติตนไม่เหมาะสม ในหัวข้อนี้จะพิจารณาเอกสารเหล่านี้ตามลำดับเวลา

2.1 กฎหมายต้นแบบว่าด้วยความผิดบางประการที่กระทำในอากาศยานพลเรือน

ข้อดีของสมัชชาใหญ่แห่งองค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศที่มีมาตลอดคือเรื่องนโยบายเกี่ยวกับกฎหมาย โดยในข้อมติมีเอกสารแนบเพื่อขอให้รัฐสมาชิกออกกฎหมายภายในเกี่ยวกับการกระทำผิดบางประการบนอากาศยาน (ผู้โดยสารประทุติตนไม่เหมาะสมและก่อความวุ่นวาย)¹⁰ เนื่องจากข้อเท็จจริงที่ว่ากฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายภายในและข้อบังคับในหลายประเทศไม่ครอบคลุมเพียงพอที่จะจัดการกับปัญหานี้อย่างมีประสิทธิภาพ

ใน พ.ศ. 2544 องค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศจึงได้ออกกฎหมายต้นแบบว่าด้วยความผิดบางประการที่กระทำในอากาศยานพลเรือน (Model Legislation on Certain Offences

⁵ อนุสัญญากรุงโตเกียว, ข้อ 3.

⁶ Michael Milde, *International Air Law and ICAO*, p.226.

⁷ Michael Milde, *ibid.*, p.225.

⁸ ข้อ 6 อนุสัญญากรุงโตเกียว

⁹ Michael Milde, *International Air Law and ICAO*, p.263.

¹⁰ INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION, “A40-28 Consolidated statement of continuing ICAO policies in the legal field Appendix” p.130 [online] Available from : https://www.icao.int/Meetings/a40/Documents/Resolutions/a40_res_prov_en.pdf [29 January 2023]

Committed on Board Civil Aircraft) และได้รับรองเป็นข้อมติแห่งสมัชชาที่ A33-4¹¹ (กฎหมายต้นแบบ ฉบับพ.ศ. 2544) เพื่อแนะนำให้รัฐสมาชิกออกกฎหมายภายในหรือกฎหมายลำดับรองเพื่อจัดการปัญหา ผู้โดยสารประพฤติตนไม่เหมาะสมและก่อความวุ่นวายในอากาศยานที่จดทะเบียนกับรัฐนั้น ๆ ตามคู่มือ ขององค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศ และตามกฎหมายต้นแบบว่าด้วยความผิดบางประการ ที่กระทำในอากาศยานพลเรือน พร้อมทั้งกำหนดมาตรการทางแพ่งและทางปกครองเพื่อกำกับดูแล การกระทำที่ไม่เหมาะสมที่ไม่รุนแรงมาก

ฐานความผิดที่กำหนดในกฎหมายต้นแบบว่าด้วยความผิดบางประการที่กระทำในอากาศยาน พลเรือนสามารถแบ่งได้เป็นสามกลุ่ม คือ การทำร้ายและการกระทำอื่นที่เป็นการรบกวนสมาชิกลูกเรือ ในอากาศยานพลเรือน การทำร้ายและการกระทำอื่นที่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยหรือฝ่าฝืนระเบียบ และวินัยในอากาศยานพลเรือน และความผิดอื่นที่กระทำในอากาศยานพลเรือน ได้แก่ เสพสิ่งมีควัน ในห้องน้ำ ทำให้ขัดข้องซึ่งเครื่องตรวจจับควันหรืออุปกรณ์เกี่ยวกับความปลอดภัย หรือใช้อุปกรณ์ อิเล็กทรอนิกส์แบบพกพา หากการกระทำนั้นต้องห้าม¹²

กฎหมายต้นแบบว่าด้วยความผิดบางประการที่กระทำในอากาศยานพลเรือนตามข้อมติ A33-4 ได้มีการแก้ไขปรับปรุงให้ทันสมัยขึ้นเป็นกฎหมายต้นแบบ ฉบับปีพ.ศ. 2562 (กฎหมายต้นแบบฉบับ พ.ศ. 2562) โดยแนบรวมในคู่มือด้านกฎหมายเกี่ยวกับผู้โดยสารประพฤติตนไม่เหมาะสมที่จะกล่าวต่อไป ในหัวข้อ 2.3 ความแตกต่างของกฎหมายต้นแบบสองฉบับ คือ ในกฎหมายต้นแบบฉบับพ.ศ. 2544 จะมี หัวข้อเกี่ยวกับเขตอำนาจของรัฐ แต่หัวข้อดังกล่าวไม่มีอยู่ในกฎหมายต้นแบบฉบับที่มีการปรับปรุงแก้ไข¹³

2.2 พิธีสารแก้ไขอนุสัญญาว่าด้วยความผิดและการกระทำอื่น ๆ บางประการซึ่งกระทำ บนอากาศยาน ค.ศ.2014

นอกจากกฎหมายต้นแบบแล้ว องค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศ ได้จัดประชุมทางทูต ที่เมืองมอนทรีออลระหว่างวันที่ 26 มีนาคม ถึง 4 เมษายน พ.ศ. 2557 เพื่อยกร่างกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ เพื่อแก้ไขอนุสัญญากรุงโตเกียว คือ พิธีสารแก้ไขอนุสัญญาว่าด้วยความผิดและการกระทำอื่น ๆ บางประการ ซึ่งกระทำบนอากาศยาน ค.ศ.2014 หรือพิธีสารมอนทรีออล ค.ศ. 2014 จัดทำขึ้นเพื่อแก้ไขอนุสัญญา กรุงโตเกียว ค.ศ. 1963 โดยระหว่างรัฐภาคีแล้วให้ถือว่าอนุสัญญากรุงโตเกียว ค.ศ. 1963 และพิธีสาร

¹¹ ICAO, "Appendix to Assembly Resolution A33-4 Adoption of national legislation on certain offences committed on board civil aircraft (unruly/disruptive passengers)" [ต่อไปเรียกว่า กฎหมายต้นแบบ พ.ศ. 2542].

¹² A40-28 Consolidated statement of continuing ICAO policies in the legal field Appendix E, p.132; Vernon Nase and Nicholas Humphrey, "Angry People in the Sky: Air Rage and the Tokyo Convention," *Journal of Air Law and Commerce*, 79(4), (2014): 718.

¹³ ICAO, "Manual on the Legal Aspects of Unruly and Disruptive Passengers," Doc 10117, (2019); Ruwantissa Abeyratne, *Legal Priorities in Air Transport*, (Cham: Springer, 2019), p.104-105.

มอนทรีออล ค.ศ. 2014 เป็นเอกสารฉบับเดียว พิธีสารมอนทรีออลมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2020¹⁴

วัตถุประสงค์ของพิธีสารมอนทรีออล ค.ศ. 2014 มีเพื่อแก้ไขปัญหาลูกเรือโดยสารประพฤติตนไม่เหมาะสม บนอากาศยานพลเรือน ดังที่ปรากฏในอารัมภบทของพิธีสารมอนทรีออล ค.ศ. 2014 ว่า “concern about the escalation of the severity and frequency of unruly behavior on board aircraft”¹⁵ วัตถุประสงค์นี้สอดคล้องกับรายงานการศึกษาของสมาคมขนส่งทางอากาศระหว่างประเทศ (International Air Transport Association: IATA) เกี่ยวกับสถิติคดีผู้โดยสารประพฤติตนไม่เหมาะสมระหว่างปี ค.ศ. 2007-2013 และในรายงานการศึกษาดังกล่าว IATA ยังได้ระบุถึงช่องว่างทางกฎหมายเรื่องเขตอำนาจรัฐในอนุสัญญากรุงโตเกียวอีกด้วย¹⁶ ซึ่งเป็นอีกหนึ่งวัตถุประสงค์ในการยกร่างพิธีสารมอนทรีออล ค.ศ. 2014

การที่ผู้โดยสารประพฤติตนไม่เหมาะสมในอากาศยานนั้น ไม่ใช่เรื่องยากที่จะหาหลักฐาน เพราะการประพฤติตนไม่เหมาะสมในอากาศยานย่อมมีผู้เห็นเหตุการณ์ แต่ปัญหาที่พบในหลายครั้งคือ ต้องปล่อยตัวผู้โดยสารประพฤติตนไม่เหมาะสมเพราะรัฐที่อากาศยานลงจอดไม่มีเขตอำนาจ¹⁷ เพราะกฎหมายภายในของรัฐในขณะก่อนที่จะมีพิธีสารมอนทรีออล ค.ศ. 2014 มักให้เขตอำนาจเฉพาะรัฐที่จดทะเบียนอากาศยานเท่านั้น เช่น ในค.ศ. 1995 ศาลอุทธรณ์ฮ่องกงได้ให้ความเห็นไว้ในคำพิพากษาว่าการที่รัฐที่อากาศยานลงสู่พื้นขาดเขตอำนาจในการพิจารณาคดีนำไปสู่ปัญหาคือไม่มีการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดในอากาศยาน¹⁸ หรือในความเห็นของ Alejandro Piera ซึ่งเป็นผู้รายงาน (rapporteur) ให้แก่คณะอนุกรรมการกฎหมายด้านผู้โดยสารประพฤติตนไม่เหมาะสมขององค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศ ได้ยกตัวอย่างกรณีที่น่าสนใจไว้ คือ เที่ยวบินที่ดำเนินการโดยการบินไทย ออกเดินทางจากท่าอากาศยานสุวรรณภูมิ เพื่อไปยังท่าอากาศยานนานาชาติคังไซ โอซากา ประเทศญี่ปุ่น ในระหว่าง

¹⁴ International Civil Aviation Organization, “Current lists of parties to multilateral air law treaties,” [online] Available from : <https://www.icao.int/secretariat/legal/lists/current%20lists%20of%20parties/allitems.aspx> [29 January 2023].

¹⁵ พิธีสารแก้ไขอนุสัญญาว่าด้วยความผิดและการกระทำอื่น ๆ บางประการซึ่งกระทำบนอากาศยาน ค.ศ.2014 (Protocol to Amend the Convention on Offences and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft), preamble [ต่อไปเรียกว่า พิธีสารมอนทรีออล ค.ศ. 2014].

¹⁶ Vernon Nase and Nicholas Humphrey, “Angry People in the Sky: Air Rage and the Tokyo Convention,” p.729; Jae Woon Lee and Andrew Harrington, “The Montreal Protocol 2014 and Unruly Passenger Cases on Board Aircraft: Is There Really a Jurisdictional Gap?,” in *Issues in Aviation Law and Policy*, 16(1) (2016), p.53-54.

¹⁷ ICAO, “Manual on the Legal Aspects of Unruly and Disruptive Passengers,” Doc 10117, (2019) p.1-2.

¹⁸ Vernon Nase and Nicholas Humphrey, “Angry People in the Sky: Air Rage and the Tokyo Convention,” p.730.

การเดินทาง พนักงานต้อนรับบนเครื่องบินพบว่าผู้โดยสารหญิงชาวมองโกเลียได้สูบบุหรี่ในห้องน้ำชั้นธุรกิจ 2 ครั้ง และขอให้เธอหยุดการสูบบุหรี่ แต่ผู้โดยสารได้ใช้คำพูดหยาดคายและทำร้ายร่างกายพนักงานต้อนรับจนได้รับบาดเจ็บ เมื่อถึงท่าอากาศยานในประเทศญี่ปุ่น เจ้าหน้าที่ตำรวจญี่ปุ่นได้นำตัวผู้โดยสารไปสอบปากคำ แต่ในท้ายที่สุดต้องปล่อยตัว เพราะเหตุการณ์เกิดขึ้นในอากาศยานที่จดทะเบียนในประเทศไทย เหตุการณ์เกิดระหว่างอากาศยานทำการบินเหนือทะเลหลวง และผู้โดยสารไม่มีสัญชาติญี่ปุ่น¹⁹ นอกจากนี้ ปัญหาเขตอำนาจรัฐในอนุสัญญากรุงโตเกียวยังมีกรณีอากาศยานได้ถูกนำไปให้เช่าทำให้รัฐที่จดทะเบียนอากาศยานไม่มีจุดเกาะเกี่ยวที่แท้จริง²⁰ ดังนั้นในการประชุมเพื่อยกร่างพิธีสารฯ จึงเสนอขยายเขตอำนาจรัฐให้แก่รัฐที่อากาศยานลงสู่พื้นด้วย แต่ผู้แทนจากประเทศเยอรมันได้ตั้งข้อสังเกตว่าการขยายเขตอำนาจรัฐให้แก่รัฐที่อากาศยานลงสู่พื้นอาจก่อให้เกิดปัญหาเนื่องจากบุคลากรในอากาศยานและผู้โดยสารประพาดิตินไม่เหมาะสมอาจไม่ได้มีสัญชาติของรัฐที่อากาศยานลงสู่พื้น และไม่รู้ภาษาและกฎหมายของรัฐที่อากาศยานลงสู่พื้น²¹ อย่างไรก็ตาม สภาพการณ์ในความเป็นจริงนั้นรัฐบางรัฐเลือกแก้ปัญหาไม่มีเขตอำนาจด้วยการออกกฎหมายภายในให้อำนาจรัฐดำเนินการกับปัญหาผู้โดยสารประพาดิตินไม่เหมาะสมก่อนที่องค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศจะแนะนำให้รัฐดำเนินการในรูปแบบเอกสารในทางระหว่างประเทศที่มีค่าบังคับอย่างอ่อนด้วยซ้ำ เช่น อังกฤษ สหรัฐอเมริกา แคนาดา และออสเตรเลีย²² ดังนั้น เมื่อชั่งน้ำหนักระหว่างข้อดีและข้อเสียแล้ว การกำหนดเขตอำนาจในระดับกฎหมายระหว่างประเทศจะเป็นการสร้างเขตอำนาจรัฐที่มีสภาพบังคับโดยชอบที่เหมาะสมและเป็นระบบกว่า ในท้ายที่สุดพิธีสารฯ ได้ขยายเขตอำนาจรัฐเพิ่มจากรัฐที่จดทะเบียนอากาศยานตามอนุสัญญากรุงโตเกียว ค.ศ. 1963 โดยให้รวมถึง รัฐที่อากาศยานลงสู่พื้น และรัฐที่เป็นผู้ดำเนินการในกรณีที่อากาศยานนั้นถูกเข้ามา²³ และพิธีสารฯได้แก้ไขนิยามช่วงเวลาที่ยานอยู่ในระหว่างบิน ให้สอดคล้องกับช่วงเวลาที่ยานควบคุมอากาศยานมีอำนาจในการจัดการ โดยกำหนดให้อากาศยานอยู่ในระหว่างบิน ตั้งแต่เวลาที่ประตูด้านนอกของอากาศยานทุกบานได้ปิดแล้วภายหลังที่ผู้โดยสารขึ้น จนถึงขณะที่ประตูบานใด ๆ นั้นได้เปิดออกเพื่อให้ผู้โดยสารลง²⁴

¹⁹ Alejandro Piera, "ICAO's Latest Efforts to Tackle Legal Issues Arising from Unruly/Disruptive Passengers: The Modernization of the Tokyo Convention 1963," in *Air and Space Law*, 37(3) (2012): 235.

²⁰ Jae Woon Lee and Andrew Harrington, "The Montreal Protocol 2014 and Unruly Passenger Cases on Board Aircraft: Is There Really a Jurisdictional Gap?," p.56.

²¹ Vernon Nase and Nicholas Humphrey, "Angry People in the Sky: Air Rage and the Tokyo Convention," p.738.

²² John Balfour and Owen Highley, "Disruptive Passengers: The Civil Aviation (Amendment) Act 1996 Strikes Back," in *Air and Space Law*, 22(4-5), (1997): 194; Alejandro Piera, "ICAO's Latest Efforts to Tackle Legal Issues Arising from Unruly/Disruptive Passengers: The Modernization of the Tokyo Convention 1963," p.242.

²³ ข้อ IV พิธีสารมอนตรียอล ค.ศ. 2014

²⁴ ข้อ II พิธีสารมอนตรียอล ค.ศ. 2014

กล่าวโดยสรุปในประเด็นเขตอำนาจรัฐ พิธีสารมอนทรีออล ค.ศ. 2014 ได้เพิ่มเขตอำนาจรัฐประเภทรัฐที่อากาศยานลงสู่พื้น และรัฐที่เป็นผู้ดำเนินการในกรณีที่อากาศยานนั้นถูกเข้ามา สำหรับกรณีรัฐที่อากาศยานลงสู่พื้นนั้น พิธีสารมอนทรีออล ค.ศ. 2014 ได้รักษาสมดุลเกี่ยวกับการดำเนินการของสายการบินที่อาจเกิดกรณีลงจอดฉุกเฉินไปยังรัฐที่ไม่ได้กำหนดในแผนการบิน โดยระบุว่า รัฐที่อากาศยานลงสู่พื้นที่สามารถใช้เขตอำนาจได้นั้นจะจำกัดเฉพาะแต่รัฐที่อยู่ในแผนที่อากาศยานจะลงจอดอยู่แล้ว รายละเอียดปรากฏตามตารางเปรียบเทียบเขตอำนาจรัฐของอนุสัญญากรุงโตเกียว ค.ศ. 1963 และพิธีสารมอนทรีออล ค.ศ. 2014

**ตารางเปรียบเทียบเขตอำนาจรัฐของอนุสัญญากรุงโตเกียว ค.ศ. 1963
และพิธีสารมอนทรีออล ค.ศ. 2014**

อนุสัญญากรุงโตเกียว ค.ศ. 1963		
รัฐที่จดทะเบียนอากาศยาน	มีความสามารถในการใช้เขตอำนาจเหนือการกระทำผิดและการกระทำบนอากาศยาน	ต้องกำหนดเขตอำนาจเหนือการกระทำผิดที่กระทำบนอากาศยานที่จดทะเบียนกับรัฐ
รัฐทุกรัฐ	อนุสัญญากรุงโตเกียวไม่ห้ามการกำหนดเขตอำนาจทางอาญาอื่นใดตามกฎหมายภายใน	
พิธีสารมอนทรีออล ค.ศ. 2014		
รัฐที่	มีความสามารถ	ต้องกำหนด
จดทะเบียนอากาศยาน	ในการใช้เขตอำนาจเหนือการกระทำผิดและการกระทำบนอากาศยาน	เขตอำนาจเหนือการกระทำผิดที่กระทำบนอากาศยานที่จดทะเบียนกับรัฐ
อากาศยานลงสู่พื้น	ในการใช้เขตอำนาจเหนือการกระทำผิดและการกระทำบนอากาศยานเมื่ออากาศยานนั้นลงสู่พื้นในดินแดนโดยผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดยังอยู่บนอากาศยาน	เขตอำนาจเหนือการกระทำผิดเมื่ออากาศยานมีจุดสุดท้ายของการบินหรือจุดต่อไปที่จะลงสู่พื้นอยู่ภายในดินแดนของรัฐ และต่อมาได้ลงสู่พื้นในดินแดน โดยผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดยังอยู่บนอากาศยาน และ ความปลอดภัยของอากาศยานหรือของบุคคล หรือทรัพย์สินในอากาศยาน หรือความเป็นระเบียบและวินัยอันดีบนอากาศยานได้ถูกรบกวน

เป็นผู้ดำเนินการในกรณี ที่อากาศยานนั้นถูก เข้ามา	ในการใช้เขตอำนาจเหนือ การกระทำ ผิดและการกระทำ บนอากาศยาน เมื่ออากาศยานถูกเข้าโดยไม่มีลูกเรือ แก่ผู้เข้าที่สถานประกอบการหลัก หรือ เมื่อผู้เข้าไม่มีสถานประกอบ การหลักเช่นว่านั้น แต่มีถิ่นที่อยู่ถาวร ในรัฐ	เขตอำนาจเหนือ การกระทำผิด ที่กระทำบนอากาศยานที่เข้าโดยไม่มี ลูกเรือแก่ผู้เข้าที่สถานประกอบการหลัก หรือ เมื่อผู้เข้าไม่มีสถานประกอบการหลัก เช่นว่านั้น แต่มีถิ่นที่อยู่ถาวรในรัฐ
รัฐทุกรัฐ	พิธีสารมอนตรียอล ค.ศ. 2014 ไม่ห้ามการกำหนดเขตอำนาจทางอาญาอื่นใดตามกฎหมายภายใน	

เพื่อแก้ไขปัญหาลูกเรือโดยสารประพาดดินไม่เหมาะสม พิธีสารฯ ได้เพิ่มข้อบทที่ครอบคลุมการกระทำผิดเกี่ยวกับการทำร้ายร่างกายหรือขู่จะทำร้ายลูกเรือ หรือ การปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายที่ออกโดยผู้ควบคุมอากาศยานหรือผู้ได้รับมอบหมายจากผู้ควบคุมอากาศยานเพื่อวัตถุประสงค์ในการปกป้องความปลอดภัยของอากาศยาน หรือของบุคคลหรือทรัพย์สินในอากาศยาน²⁵ และให้ความคุ้มครองและการรับรองทางกฎหมายแก่ “เจ้าหน้าที่รักษาความปลอดภัยอากาศยาน” (in-flight security officers: IFSOs) ซึ่งเป็นการแก้ไขที่องค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศและ IATA เสนอ²⁶

เมื่อมีการประพาดดินไม่เหมาะสมในอากาศยาน หากเจ้าหน้าที่ผู้ควบคุมอากาศยานไม่สามารถควบคุมพฤติกรรมผู้โดยสารได้ อาจนำไปสู่การเปลี่ยนเส้นทางบินเพื่อนำอากาศยานลงจอดฉุกเฉินและนำผู้โดยสารประพาดดินไม่เหมาะสมลงจากอากาศยาน การดำเนินการดังกล่าว แม้จะมีขึ้นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย และความปลอดภัยในอากาศยาน แต่สายการบินต้องแบกรับค่าใช้จ่าย เช่น ค่าชดเชยให้แก่ผู้โดยสารอื่นเนื่องจากเที่ยวบินล่าช้า ในทางปฏิบัติก่อนการยกร่างพิธีสารมอนตรียอล ค.ศ. 2014 ศาลภายในบางประเทศ เช่น ประเทศออสเตรเลีย ได้ตัดสินให้ผู้โดยสารประพาดดินไม่เหมาะสมรับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการประพาดดินไม่เหมาะสมด้วย²⁷ ดังนั้นพิธีสารฯ จึงให้สิทธิในการเรียกค่าเสียหายจากผู้กระทำผิดภายใต้กฎหมายภายในที่ความเสียหายเกิดขึ้น²⁸ และเปิดช่องในวรรคสอง ให้รัฐภาคีนำมาตราอื่นที่เหมาะสมมาใช้สำหรับผู้โดยสารประพาดดินไม่เหมาะสมในอากาศยานในการกระทำ

²⁵ ข้อ X พิธีสารมอนตรียอล ค.ศ. 2014.

²⁶ พิธีสารมอนตรียอล ค.ศ. 2014, ข้อ VII. ดูส่วนแก้ไขเนื้อหา ข้อ 6(3); Vernon Nase and Nicholas Humphrey, “Angry People in the Sky: Air Rage and the Tokyo Convention,” p.736.

²⁷ Vernon Nase and Nicholas Humphrey, “Angry People in the Sky: Air Rage and the Tokyo Convention,” p.718-719, 732.

²⁸ ข้อ XIII พิธีสารมอนตรียอล ค.ศ. 2014..

บางกรณี²⁹ แต่พิธีสารฯ ไม่มีข้อบทเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ควบคุมอากาศยานและลูกเรือจากการถูกฟ้องร้องดำเนินคดีอาญาเมื่อใช้มาตรการที่จำเป็นต้องกระทำแม้ว่าจะมีการเสนอในการประชุมเพื่อยกร่างก็ตาม³⁰

2.3 คู่มือด้านกฎหมายเกี่ยวกับผู้โดยสารประพฤติตนไม่เหมาะสม

เหตุการณ์ผู้โดยสารประพฤติตนไม่เหมาะสมในอากาศยานมีมาก่อนที่องค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศจะออกพิธีสารมอนทรีออล ค.ศ. 2014 เพื่อกำกับดูแลเรื่องดังกล่าวในรูปแบบกฎหมายระหว่างประเทศ โดยก่อนที่จะมีกฎหมายระหว่างประเทศที่มีค่าบังคับ (hard law) องค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศได้ออกกฎหมายต้นแบบว่าด้วยความผิดบางประการที่กระทำในอากาศยานพลเรือน และเอกสารเพื่อเป็นคู่มืออธิบายการดำเนินการกับผู้โดยสารประพฤติตนไม่เหมาะสมเพิ่มเติมมาตั้งแต่พ.ศ. 2545 คือ เอกสาร Circular 288 – Guidance Material on the Legal Aspects of Unruly-Disruptive Passengers ซึ่งไม่มีสถานะทางกฎหมาย³¹ ต่อมาในการประชุมทางทูตเพื่อยกร่างพิธีสารมอนทรีออล ค.ศ. 2014 ได้มีมติให้ปรับปรุงเอกสาร Circular 288 – Guidance Material on the Legal Aspects of Unruly-Disruptive Passengers ให้ทันสมัยขึ้นด้วย³² จากข้อติดดังกล่าว เมื่อมีการรับพิธีสารมอนทรีออล ค.ศ. 2014 องค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศจึงทำการปรับปรุง Circular 288 เพื่อให้สอดคล้องกับพิธีสารฯ และ ออกเอกสารคู่มือด้านกฎหมายเกี่ยวกับผู้โดยสารประพฤติตนไม่เหมาะสม (Manual on the Legal Aspects of Unruly and Disruptive Passengers) ในพ.ศ. 2562³³

พิธีสารมอนทรีออล ค.ศ. 2014 ไม่ได้ให้นิยามว่าผู้โดยสารประพฤติตนไม่เหมาะสมมีลักษณะอย่างไร แต่ในคู่มือด้านกฎหมายเกี่ยวกับผู้โดยสารประพฤติตนไม่เหมาะสมได้ให้ความหมายไว้โดยอธิบายว่าคำภาษาอังกฤษที่ใช้กล่าวถึงลักษณะผู้โดยสารกลุ่มนี้มีหลายคำ เช่น unruly passengers, disruptive passengers หรือ unruly and disruptive passengers ซึ่งเข้าใจโดยทั่วไปว่าหมายถึงผู้โดยสารที่ไม่เคารพกฎการปฏิบัติตัวบนอากาศยาน หรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของลูกเรือ และการไม่เคารพหรือไม่ปฏิบัตินั้นส่งผลต่อความปลอดภัยในการเดินอากาศ หรือรบกวนระเบียบและวินัยอันดีบนอากาศยาน³⁴

เนื้อหาของคู่มือฯ ประกอบด้วยสี่บท คือ บทนำ บัญชีรายชื่อฐานความผิดและการกระทำอื่น ๆ เขตอำนาจ มาตรการทางกฎหมายและมาตรการอื่นเพื่อจัดการปัญหาผู้โดยสารประพฤติตนไม่เหมาะสม และมีเอกสารแนบเป็นกฎหมายต้นแบบฉบับพ.ศ. 2562 และคำแนะนำเกี่ยวกับการใช้มาตรการทาง

²⁹ ข้อ XIII พิธีสารมอนทรีออล ค.ศ. 2014. ดูส่วนแก้ไขเนื้อหา ข้อ 15bis(2).

³⁰ Pablo Mendes de Leon, *Introduction to Air Law*, 10th ed. (Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2017), p.515.

³¹ Doc 10117, p.1-2.

³² Doc 10117, p.1-1.

³³ Doc 10117, p.1-3.

³⁴ Doc 10117, p. 1-1.

ปกครองสำหรับการกระทำผิดบางประการในอากาศยาน

องค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศ ได้ตั้งคณะทำงานเพื่อศึกษาและแยกความแตกต่างระหว่างกระบวนการวิธีดำเนินการทางอาญา (criminal proceedings) และทางปกครอง (administrative proceedings) ไว้สำหรับกรณีผู้โดยสารประพฤติตนไม่เหมาะสม โดยอาศัยฐานจากระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ (common law) และทางปฏิบัติของรัฐที่มีการใช้มาตรการการลงโทษทางอื่นแทนการลงโทษการพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมในอากาศยานที่อาจยังไม่ถึงขั้นเป็นความผิดอาญา³⁵ เนื่องจากปรากฏหลักฐานแก่องค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศว่า แม้จะมีรายงานถึงการประพฤติตัวไม่เหมาะสมในอากาศยาน แต่กลับมีจำนวนคดีไม่มากนัก ส่วนหนึ่งเป็นเพราะ ค่าใช้จ่ายในการนำผู้โดยสารประพฤติตนไม่เหมาะสมและพยานหลักฐานต่าง ๆ กลับไปดำเนินคดียังศาลในประเทศที่อากาศยานจดทะเบียนตามหลักการในอนุสัญญากรุงโตเกียวซึ่งอาจเป็นศาลคนละประเทศกับประเทศที่อากาศยานลงสู่พื้น³⁶ หรือแม้รัฐจะมีเขตอำนาจที่จะดำเนินคดีอาญากับผู้โดยสารประพฤติตนไม่เหมาะสมในอากาศยาน แต่การใช้มาตรการอื่น เช่น มาตรการทางปกครอง จะทำให้การดำเนินการเป็นไปได้รวดเร็วกว่า³⁷

รายการฐานความผิดที่กระทำลงบนอากาศยานได้ระบุไว้ในคู่มือฯ โดยแบ่งเป็นสามหัวข้อ คือ การกระทำที่ก่อความวุ่นวายในอากาศยาน การกระทำที่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยหรือระเบียบและวินัยในอากาศยาน และการกระทำผิดอื่นๆ ที่กระทำลงบนอากาศยาน³⁸ คู่มือฯ แนะนำให้รัฐนำฐานความผิดไปบัญญัติเป็นกฎหมายภายใน แต่ให้อิสระแก่รัฐในเรื่องรูปแบบและวิธีการทำเป็นกฎหมายภายใน เช่น บัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา หรือกฎหมายเฉพาะด้านการบิน และรัฐเลือกได้ว่าจะกำหนดเป็นโทษอาญาหรือลงโทษในรูปแบบอื่น เช่น มาตรการทางปกครอง³⁹

ในบทที่ 4 ของคู่มือฯ ได้แยกความแตกต่างตั้งแต่ลักษณะการเริ่มกระบวนการ การพิจารณาพิพากษา ลักษณะของพยานหลักฐาน ค่าใช้จ่าย สิทธิในการอุทธรณ์⁴⁰ แต่คู่มือฯ ไม่ได้บ่งชี้ว่ากระบวนการประเภทใดดีกว่าประเภทใด โดยสามารถสรุปแยกพิจารณาเป็น 7 ประเด็นดังนี้ 1) การเริ่มกระบวนการดำเนินการทางปกครองจะเริ่มจากผู้โดยสารได้รับแจ้งการบังคับหรือการแจ้งอื่นที่เทียบเท่า ระบุค่าปรับทางปกครองหรือค่าปรับที่เป็นจำนวนเงิน ผู้โดยสารอาจเลือกชำระและถือว่าเรื่องจบ หรือเลือกให้ศาลพิจารณา (ซึ่งอาจเป็นการดำเนินคดีอาญา) หรือให้เจ้าหน้าที่รัฐดำเนินการ ส่วนการดำเนินการทางอาญาผู้โดยสารจะถูกตำรวจหรือเจ้าพนักงานที่มีอำนาจจับกุมตัว และอาจถูกกักตัวเพื่อรอคำสั่งศาล ระหว่างนี้

³⁵ Ruwantissa Abeyratne, **Legal Priorities in Air Transport**, p.104.

³⁶ Doc 10117, p. 1-2.

³⁷ Doc 10117, p. 4-2.

³⁸ Doc 10117, p. 2-2.

³⁹ Doc 10117, p. 3-4.

⁴⁰ Doc 10117, p. 4-3.

ผู้โดยสารอาจเลือกรับสารภาพเพื่อยุติกระบวนการ 2) ภาระการพิสูจน์ การดำเนินการทางปกครองอาจใช้หลัก “การชั่งน้ำหนักความเป็นไปได้ของพยานหลักฐานของคู่ความทั้งสองฝ่าย” (balance of probabilities) แต่การดำเนินการทางอาญาจะหลักต้องพิสูจน์จนสิ้นสงสัย (beyond reasonable doubt) ซึ่งเป็นมาตรฐานที่สูงกว่าการดำเนินการทางปกครอง 3) พยานหลักฐาน ข้อกำหนดเรื่องพยานหลักฐานในการดำเนินการทางปกครองจะมีความยืดหยุ่นกว่า เช่น คำให้การพยานเป็นแบบไม่เป็นทางการ ไม่จำเป็นต้องสาบานหรือปฏิญาณ ส่วนการดำเนินการทางอาญามีความเคร่งครัดเรื่องพยานหลักฐาน ต้องไปที่ศาล มีการสาบาน หรือยืนยันความถูกต้องของพยานหลักฐานตามกฎหมายเรื่องพยานในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา 4) กระบวนการปกป้องคุ้มครอง การดำเนินการทางปกครองมีกระบวนการยกข้อต่อสู้และการประเมินข้อต่อสู้โดยเจ้าหน้าที่อื่น ผู้โดยสารอาจเลือกที่จะโต้แย้งประเด็นการบังคับหรือการแจ้งอื่น ๆ ในกระบวนการทางปกครอง ผู้โดยสารอาจเลือกให้ศาลเป็นผู้พิจารณาประเด็นข้อเท็จจริง ส่วนการดำเนินการทางอาญา ผู้โดยสารมีสิทธิในการพิจารณาภายใต้ระบบกระบวนการยุติธรรมในด้านวิธีพิจารณาคดี พยานหลักฐาน สิทธิในการอุทธรณ์ ผู้โดยสารอาจต้องไปแสดงตนที่ศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดี 5) ค่าใช้จ่าย การดำเนินการทางปกครองมักมีค่าใช้จ่ายน้อยกว่าเพราะไม่มีขั้นตอนทางการเมื่อเทียบกับการดำเนินการทางอาญาที่มีค่าใช้จ่ายในกรณีที่ต้องไปศาล 6) สิทธิอุทธรณ์ การดำเนินการทางปกครอง ถ้าเลือกให้ศาลเป็นผู้จัดการจะมีสิทธิอุทธรณ์ต่อ ส่วนการดำเนินการทางอาญา สิทธิอุทธรณ์จะมีตามฐานความผิดที่กระทำ 7) ผลที่ตามมา การดำเนินการทางปกครองจะไม่มีประวัติความผิดอาญา แต่การดำเนินการทางอาญาจะมีประวัติอาชญากรรมและการลงโทษแล้วแต่ฐานความผิด⁴¹

3. พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดบางประการต่อการเดินอากาศ พ.ศ. 2558

หากกล่าวถึงกฎหมายอาญาที่เกี่ยวกับการบินหรือการเดินอากาศของไทย กฎหมายหลักที่ไม่อาจไม่กล่าวถึงย่อมเป็นพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดบางประการต่อการเดินอากาศ พ.ศ. 2558 แต่พระราชบัญญัติฉบับนี้มีใช้กฎหมายไทยฉบับแรกที่บัญญัติความผิดอาญาต่อการเดินอากาศ และไม่ใช้กฎหมายไทยฉบับแรกก่อนที่อนุวัติการสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับอาญาการบิน ดังนั้นในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงประวัติความเป็นมาและความจำเป็นในการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดบางประการต่อการเดินอากาศ พ.ศ. 2558 แทนที่กฎหมายฉบับก่อนๆ และเนื้อหาโดยสังเขปเพื่อให้เห็นภาพรวม

3.1. ประวัติความเป็นมา

กฎหมายด้านอาญาการบินฉบับแรกของไทย คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดบางประการต่อการเดินอากาศ พ.ศ. 2521 (พระราชบัญญัติความผิดบางประการฯ พ.ศ. 2521) มีทั้งหมด 19 มาตรา

⁴¹ Doc 10117, p. 4-3.

ออกเพื่ออนุวัติการอนุสัญญากรุงโตเกียว และเพื่อจะเข้าเป็นกฎหมายระหว่างประเทศอื่น ๆ ด้านอาญาการบิน⁴² ต่อมาในเดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ. 2535 เมื่อคณะรัฐมนตรีอนุมัติให้ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีพิธีสารเพื่อการปราบปรามการกระทำอันรุนแรงอันมิชอบด้วยกฎหมาย ณ ท่าอากาศยานซึ่งให้บริการการบินพลเรือนระหว่างประเทศเพิ่มเติมต่อจากอนุสัญญาเพื่อการปราบปรามการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายต่อความปลอดภัยของการบินพลเรือน ค.ศ. 1971 (พิธีสารมอนทรีออล ค.ศ. 1988) ดังนั้นจึงจำเป็นต้องแก้พระราชบัญญัติความผิดบางประการฯ พ.ศ. 2521 ให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามพิธีสารมอนทรีออล ค.ศ. 1988⁴³ คณะกรรมการกฤษฎีกาได้ตรวจพิจารณาร่างพระราชบัญญัติฯ เสร็จและส่งให้คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบเพื่อส่งให้คณะกรรมการประสานงานสภาผู้แทนราษฎรพิจารณาก่อนนำเสนอสภาผู้แทนราษฎรพิจารณา⁴⁴ พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดบางประการต่อการเดินอากาศ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2538 ได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาในวันที่ 21 มิถุนายน พ.ศ. 2538 โดยมีมาตราทั้งหมด 5 มาตรา เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติความผิดบางประการฯ พ.ศ. 2521⁴⁵

ต่อมาในปีพ.ศ. 2544 องค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศมีข้อมติสมัชชาที่ A33-4 เพื่อเร่งรัดให้รัฐสมาชิกออกกฎหมายและระเบียบเกี่ยวกับปัญหาผู้โดยสารประพฤติตนไม่เหมาะสมบนอากาศยานพลเรือน โดยออกกฎหมายต้นแบบว่าด้วยความผิดบางประการที่กระทำในอากาศยานพลเรือน⁴⁶ เพื่อเพิ่มเขตอำนาจของรัฐที่อากาศยานลงจอดให้สามารถดำเนินการกับผู้โดยสารประพฤติตนไม่เหมาะสมได้ เช่น หากมีเหตุการณ์ผู้โดยสารลวนลามผู้โดยสารอื่นบนอากาศยานต่างประเทศ เมื่ออากาศยานลงจอดที่ประเทศไทย เจ้าหน้าที่ของรัฐไทยกลับไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณาดำเนินคดี ดังนั้นกรมการขนส่งทางอากาศจึงได้ยกร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดบางประการต่อการเดินอากาศ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. เพื่อแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติความผิดบางประการฯ พ.ศ. 2521 โดยเพิ่มฐานความผิดและบทกำหนดโทษสำหรับความผิดต่าง ๆ ที่มีลักษณะเป็นการประพฤติตนไม่เหมาะสมในอากาศยาน กำหนดบทบัญญัติขยายเขตอำนาจรัฐ แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการไม่ลงโทษสำหรับการกระทำความผิดครั้งเดียว และปรับปรุงอัตราโทษปรับ⁴⁷ คณะรัฐมนตรีจึงได้มีมติเมื่อวันที่ 8 พฤศจิกายน พ.ศ. 2548

⁴² พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดบางประการต่อการเดินอากาศ พ.ศ. 2521, ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ เล่ม 95 ตอนที่ 87 หน้า 9.

⁴³ มติคณะรัฐมนตรี, “ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดบางประการต่อการเดินอากาศ (ฉบับที่ ..) พ.ศ.,” (11 กุมภาพันธ์ 2535).

⁴⁴ มติคณะรัฐมนตรี, “ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดบางประการต่อการเดินอากาศ (ฉบับที่ ..) พ.ศ.,” (9 ตุลาคม 2536).

⁴⁵ พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดบางประการต่อการเดินอากาศ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2538, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 112 ตอนที่ 21ก, (21 มิถุนายน 2538) หน้า 1-3.

⁴⁶ ดูหัวข้อ 2.1.

⁴⁷ กระทรวงคมนาคม, “ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดบางประการต่อการเดินอากาศ (ฉบับที่ ..) พ.ศ.,” คค (ปคร) 0501/160, 7 กันยายน 2548, หน้า 1-2.

อนุมัติหลักการร่างพระราชบัญญัติที่กระทรวงคมนาคมเสนอ⁴⁸

สองปีต่อมา สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกามีหนังสือแจ้งในวันที่ 23 พฤศจิกายน พ.ศ. 2550 หลังจากคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 4) พิจารณาตรวจร่างพระราชบัญญัติที่กระทรวงคมนาคมเสนอ และได้ปรับปรุงใหม่ทั้งฉบับ⁴⁹ ร่างกฎหมายใช้เวลาพิจารณาหลายปี สอดคล้องกับความเห็นของสำนักงานสภาความมั่นคงแห่งชาติว่าสถิติและแนวโน้มของการกระทำความผิดเกี่ยวกับการเดินอากาศและอากาศยานเพิ่มมากขึ้น⁵⁰ จนกระทั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติได้ลงมติให้ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดบางประการต่อการเดินอากาศ พ.ศ. เป็นหนึ่งในร่างพระราชบัญญัติที่ควรเร่งรัดให้มีผลบังคับตามนโยบายคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (ครั้งที่ 4) ที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาแล้ว ตามที่ฝ่ายกฎหมายและกระบวนการยุติธรรม คณะรักษาความสงบแห่งชาติเสนอ และให้เสนอสภานิติบัญญัติแห่งชาติพิจารณาต่อไป⁵¹ ผลจากมติของคณะรักษาความสงบแห่งชาติจึงเป็นที่มาของพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดบางประการต่อการเดินอากาศ พ.ศ. 2558 (พระราชบัญญัติความผิดบางประการฯ พ.ศ. 2558) รวมเป็นระยะเวลาประมาณ 14 ปี นับตั้งแต่องค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศมีมติ

3.2 เนื้อหาที่เกี่ยวกับผู้โดยสารประพาดิตนไม่เหมาะสม

พระราชบัญญัติความผิดบางประการฯ พ.ศ. 2558 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา วันที่ 13 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2558 และมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 14 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2558⁵² ประกอบด้วยมาตราทั้งหมด 49 มาตรา แบ่งเป็น 3 หมวด ไม่รวมบทเฉพาะกาล ได้แก่ หมวด 1 ความผิดเกี่ยวกับการเดินอากาศและอากาศยาน หมวด 2 อำนาจหน้าที่ของผู้ควบคุมอากาศยาน เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับความผิดในอากาศยานและเจ้าหน้าที่ผู้รักษาความปลอดภัยในอากาศยาน หมวด 3 เขตอำนาจศาล ผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติความผิดบางประการฯ พ.ศ. 2558 ประกอบด้วย นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม และ

⁴⁸ มติคณะรัฐมนตรี, “ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดบางประการต่อการเดินอากาศ(ฉบับที่ ..) พ.ศ.....,” 8 พฤศจิกายน 2548.

⁴⁹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดบางประการต่อการเดินอากาศ (ฉบับที่ ..) พ.ศ.,” นร 0901/1927, หน้า 1-2.

⁵⁰ สำนักงานสภาความมั่นคงแห่งชาติ, “ความเห็นเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติที่ควรนำเสนอสภานิติบัญญัติแห่งชาติเพื่อพิจารณาตามนโยบายคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ครั้งที่ 4 จำนวน 14 ฉบับ” นร 0801.08/024, (5 สิงหาคม 2557).

⁵¹ มติคณะรักษาความสงบแห่งชาติ, “ร่างพระราชบัญญัติที่ควรเร่งรัดให้มีผลบังคับตามนโยบายคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (ครั้งที่ 4) รวม 14 ฉบับ,” (5 สิงหาคม 2557).

⁵² พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดบางประการต่อการเดินอากาศ พ.ศ. 2558, ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 132 ตอนที่ 10 ก หน้า 28 (ต่อไปเรียกว่า พระราชบัญญัติความผิดบางประการฯ พ.ศ. 2558).

รัฐมนตรีนว่าการกระทรวงมหาดไทย⁵³

การกำหนดประเภทของความผิดในพระราชบัญญัติความผิดบางประการฯ พ.ศ. 2558 ในหมวด 1 มาตรา 7 ถึง มาตรา 25 เป็นการนำฐานความผิดมาจากกฎหมายระหว่างประเทศที่ไทยเป็นภาคี และกฎหมายต้นแบบฉบับพ.ศ. 2544 เช่น มาตรา 8(2) การใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ในอากาศยานในระหว่างการบินในเวลาห้ามใช้ นำมาจากกฎหมายต้นแบบว่าด้วยความผิดบางประการที่กระทำในอากาศยานพลเรือน⁵⁴

หมวด 2 กำหนดอำนาจหน้าที่ของผู้ควบคุมอากาศยาน เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับความผิดในอากาศยานและเจ้าหน้าที่ผู้รักษาความปลอดภัยในอากาศยาน ตั้งแต่มาตรา 26 ถึงมาตรา 41 โดยเป็นการนำเนื้อหาจากอนุสัญญากรุงโตเกียว และกฎหมายต้นแบบฉบับพ.ศ. 2544 เนื้อหามหาหมวด 2 เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของผู้ควบคุมอากาศยานที่จะควบคุมตัวบุคคลตั้งแต่อยู่ในอากาศยานจนถึงการส่งตัวบุคคลเพื่อรับตัวบุคคลไว้ดำเนินคดีในประเทศไทย หรือส่งตัวบุคคลตามหลักการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ด้วยเหตุนี้จึงมีการออกกฎหมายลำดับรองเพื่อกำหนดรายละเอียด จนถึงเดือนพฤศจิกายน พ.ศ. 2563 มีกฎหมายลำดับรองที่ออกตามพระราชบัญญัติความผิดบางประการฯ พ.ศ. 2558 จำนวน 3 ฉบับ ได้แก่ ประกาศสำนักงานตำรวจแห่งชาติ เรื่อง แต่งตั้งเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับความผิดในอากาศยาน⁵⁵ ระเบียบว่าด้วยการส่งตัวบุคคลและการให้คำรับรองเกี่ยวกับการไม่ร้องขอให้ประเทศอื่นดำเนินคดีอาญาแก่ผู้ถูกส่งตัว พ.ศ. 2562⁵⁶ ระเบียบว่าด้วยการรับแจ้ง การรับรายงาน การยอมให้นำตัวบุคคลลงจากอากาศยาน การรับตัวบุคคลไว้ดำเนินคดีในราชอาณาจักร และการสอบสวนเบื้องต้น พ.ศ. 2562⁵⁷ อย่างไรก็ตาม ยังไม่ได้มีการออกกฎหมายกระทรวงตามมาตรา 30 เรื่องความผิดร้ายแรง ดังนั้นจึงต้องใช้ตามบทเฉพาะกาล คือ ให้ความผิดอาญาที่มีอัตราโทษจำคุกขั้นสูงตั้งแต่ห้าปีขึ้นไปเป็นความผิดร้ายแรง⁵⁸

เขตอำนาจของรัฐได้ระบุไว้ในหมวด 3 เขตอำนาจศาล ตั้งแต่มาตรา 42 ถึงมาตรา 46 อย่างไรก็ตาม นอกจากการระบุเขตอำนาจของรัฐไว้ในหมวด 3 แล้ว เขตอำนาจรัฐที่ปรากฏในพระราชบัญญัติความผิดบางประการฯ พ.ศ. 2558 สามารถแบ่งได้เป็น 6 แหล่งที่มา ได้แก่ 1) เขตอำนาจตามประมวล

⁵³ มาตรา 6 พระราชบัญญัติความผิดบางประการฯ พ.ศ. 2558.

⁵⁴ มาตรา 8(2) พระราชบัญญัติความผิดบางประการฯ พ.ศ. 2558, กฎหมายต้นแบบฉบับพ.ศ. 2544, s.3(3).

⁵⁵ ประกาศสำนักงานตำรวจแห่งชาติ เรื่อง แต่งตั้งเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับความผิดในอากาศยาน, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 135 ตอนพิเศษ 299 ง หน้า 18, หน้า 18.

⁵⁶ ระเบียบ ว่าด้วยการรับแจ้ง การรับรายงาน การยอมให้นำตัวบุคคลลงจากอากาศยาน การรับตัวบุคคลไว้ดำเนินคดีในราชอาณาจักร และการสอบสวนเบื้องต้น พ.ศ. 2562 , ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 136, ตอนพิเศษ 196 ง, หน้า 3, หน้า 3.

⁵⁷ ระเบียบ ว่าด้วยการรับแจ้ง การรับรายงาน การยอมให้นำตัวบุคคลลงจากอากาศยาน การรับตัวบุคคลไว้ดำเนินคดีในราชอาณาจักร และการสอบสวนเบื้องต้น พ.ศ. 2562, หน้า 3.

⁵⁸ มาตรา 49 พระราชบัญญัติความผิดบางประการฯ พ.ศ. 2558.

กฎหมายอาญา มาตรา 4 คือการกระทำความผิดในอากาศยานไทยซึ่งใช้กับฐานความผิดตามมาตรา 7-17 แห่งพระราชบัญญัติความผิดบางประการฯ พ.ศ. 2558 2) เขตอำนาจตามหลักดินแดน คือ ความผิดตามมาตรา 19-21 3) เขตอำนาจตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติความผิดบางประการฯ พ.ศ. 2558 คือการกระทำความผิดตามมาตรา 18 22-25 ต่ออากาศยานไทยที่อยู่นอกราชอาณาจักร ส่วนกรณี 4) ถึง 6) เป็นกรณีเขตอำนาจที่ไม่เกี่ยวกับประเทศไทยโดยตรงแต่เป็นการอนุวัติการตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือเอกสารระหว่างประเทศได้แก่ 4) เขตอำนาจตามหลักรัฐที่อากาศยานลงจอด ตามมาตรา 43 ใช้บังคับกับอากาศยานต่างประเทศที่ได้ลงสู่พื้นในประเทศไทยเป็นแห่งแรกหลังจากที่มีการกระทำความผิด 5) หลักเขตอำนาจสากลตามมาตรา 44 และ 6) เขตอำนาจตามมาตรา 45 ซึ่งให้เขตอำนาจของรัฐที่พบตัวผู้กระทำความผิดในราชอาณาจักรและมีได้มีการส่งตัวผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน โดยเขตอำนาจที่เกี่ยวข้องกับผู้โดยสารประพบัติดินไม่เหมาะสม คือ เขตอำนาจตามมาตรา 43 อันเป็นการบัญญัติตามกฎหมายต้นแบบฉบับพ.ศ. 2544 มาตรา 4 วรรคหนึ่ง (4)(a) คือให้รัฐมีเขตอำนาจต่ออากาศยานพลเรือนอื่นใดในระหว่างการบินอยู่นอกราชอาณาจักร หากเป็นไปตามเงื่อนไขว่าอากาศยานที่จดทะเบียนที่รัฐอื่นนั้นได้ลงจอดที่ประเทศไทยเป็นที่แรก เช่น นายฉี คนจีน เดินทางโดยสารการบินของประเทศจีน ได้ใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ในเวลาที่ห้ามใช้ขณะอากาศยานบินอยู่เหนือทะเลหลวง เมื่ออากาศยานลงจอดที่ประเทศไทย ประเทศไทยมีเขตอำนาจตามมาตรา 43 ประกอบมาตรา 8(2) แห่งพระราชบัญญัติความผิดบางประการฯ พ.ศ. 2558

4. บทวิเคราะห์ปัญหา

ประเทศไทยยังไม่เข้าเป็นภาคีพิธีสารมอนทรีออล ค.ศ. 2014 มีข้อสังเกตว่าเหตุผลที่ประเทศไทยไม่เข้าเป็นภาคีอาจเป็นเพราะปัญหาความไม่สงบเรียบร้อยภายในประเทศไทยเองในช่วงรับพิธีสาร⁵⁹ ดังนั้นในการวิเคราะห์จึงมุ่งพิจารณาว่าพระราชบัญญัติความผิดบางประการฯ พ.ศ. 2558 มีเนื้อหาครอบคลุมทัดเทียมเนื้อหาที่กำหนดในพิธีสารมอนทรีออล ค.ศ. 2014 กฎหมายต้นแบบที่ได้มีการแก้ไขในปีค.ศ. 2019 และคู่มือด้านกฎหมายเกี่ยวกับผู้โดยสารประพบัติดินไม่เหมาะสมหรือไม่ เพียงใด และเนื่องจากประเทศไทยยังไม่ได้เข้าเป็นภาคีพิธีสารมอนทรีออล ค.ศ. 2014 และยังไม่มีการร่างกฎหมายเพื่อเตรียมเข้าเป็นภาคี ดังนั้นการวิเคราะห์จึงพิจารณาเฉพาะเพียงประเด็นหลักในเรื่องเขตอำนาจของรัฐและกระบวนการลงโทษผู้โดยสารเท่านั้น หาได้พิจารณาข้อบทรายมาตราแต่อย่างใด

⁵⁹ ภาณุมาส สุภาพ, ปัญหาการปรับใช้กฎหมายในการต่อต้านการกระทำความผิดเกี่ยวกับอากาศยานตามอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยความผิดและการกระทำอื่นๆบางประการซึ่งกระทำบนอากาศยาน ค.ศ. 1963 และ พิธีสารแก้ไขอนุสัญญา ค.ศ. 2014. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559 ; หน้า 60.

4.1 เขตอำนาจรัฐ

เขตอำนาจรัฐตามพิธีสารมอนทรีออล ค.ศ. 2014 และกฎหมายต้นแบบฉบับพ.ศ. 2544 ให้เขตอำนาจแก่รัฐที่อากาศยานลงสู่พื้น แนวคิดให้เขตอำนาจรัฐแก่รัฐแรกที่อากาศยานลงจอดถูกเสนอขึ้น โดยคณะกรรมการกฎหมายอากาศของสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศ (*Comité de droit Aérien de l' International Law Association*)⁶⁰ เพราะเห็นว่ารัฐดังกล่าวมีความเหมาะสมในการใช้เขตอำนาจรัฐเมื่ออากาศยานลงสู่พื้นเป็นรัฐแรก พยานหลักฐาน รวมถึงตัวผู้กระทำความผิดยังคงอยู่ในอากาศยาน⁶¹ หลักรัฐที่อากาศยานลงสู่พื้นมีข้อดี คือ เมื่อให้เขตอำนาจแก่รัฐที่อากาศยานลงสู่พื้น ผู้ควบคุมอากาศยานย่อมสามารถติดต่อสื่อสารเพื่อประสานงานกับเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อากาศยานลงสู่พื้นเพื่อเตรียมดำเนินการต่อผู้กระทำความผิดในอากาศยาน หรือดำเนินการอื่น ๆ ที่เหมาะสมได้⁶² นอกจากนี้ข้อดีในด้านการกระบวนการทางอาญาแล้ว การดำเนินการดังกล่าวมีข้อดีต่อการดำเนินการของสายการบิน คือ จะกระทบตารางการบินน้อย เพราะมีการประสานงานก่อนอากาศยานลงจอด อย่างไรก็ตามการให้เขตอำนาจรัฐแก่รัฐที่อากาศยานลงสู่พื้น ย่อมเพิ่มอำนาจให้แก่ผู้ควบคุมอากาศยานในการเลือกรัฐที่จะลงจอดซึ่งหมายถึงเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับได้ หากผู้ควบคุมอากาศยานทราบความแตกต่างของกฎหมายของแต่ละรัฐโดยปกติแล้วรัฐที่อากาศยานจะลงสู่พื้นย่อมเป็นรัฐที่มีกำหนดไว้ตามแผนการบิน แต่ผู้ควบคุมอากาศยานย่อมมีอำนาจในการพิจารณาว่าจะลงจอดในดินแดนของรัฐที่ใกล้ที่สุดที่เป็นไปได้ หากเป็นเหตุฉุกเฉิน⁶³ เขตอำนาจตามมาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติความผิดบางประการฯ พ.ศ. 2558 นำมาจากกฎหมายต้นแบบฉบับพ.ศ. 2544 อันสอดคล้องกับพิธีสารมอนทรีออล ค.ศ. 2014 แล้ว

4.2 การกำหนดโทษทางปกครองแทนโทษทางอาญา

ตามที่ได้ระบุในหัวข้อ 2.1 ว่าประเทศหลายประเทศได้กำหนดให้การประพฤติตนไม่เหมาะสมในอากาศยานเป็นความผิดอาญาตามกฎหมายภายในก่อนที่จะลงจอดระหว่างประเทศจะขยายเขตอำนาจของรัฐให้ครอบคลุมการกระทำดังกล่าว และก่อนที่จะลงจอดระหว่างประเทศจะแนะนำให้รัฐสามารถใช้มาตรการการกำหนดโทษทางปกครองมาใช้แทนโทษทางอาญาได้ ดังนั้นความท้าทายของรัฐต่างๆ รวมถึงประเทศไทย คือ การแก้ไขกฎหมายภายในจากโทษทางอาญาให้มีความยืดหยุ่นในการลงโทษได้หลากหลายประเภทขึ้น ดังนั้นในหัวข้อนี้จึงยกตัวอย่างฐานความผิดตามในพระราชบัญญัติความผิดบางประการฯ พ.ศ. 2558 เพื่อเป็นตัวอย่างเปรียบเทียบกับพิธีสารมอนทรีออล ค.ศ. 2014

⁶⁰ ชะลอ ว่องวัฒนาภิกุล, *กฎหมายอากาศ*, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2537), หน้า 228.

⁶¹ ทศนีย์ จรรยาชุกุลม, *เขตอำนาจรัฐทางอาญาของรัฐผู้ให้สัญชาติอากาศยาน*. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544 ; หน้า 55.

⁶² Pablo Mendes de Leon, *Introduction to Air Law*, p. 492

⁶³ Ibid.

กฎหมายต้นแบบ ประกอบคู่มือด้านกฎหมายเกี่ยวกับผู้โดยสารประพัตินไม่เหมาะสม เพื่อพิจารณาว่ากฎหมายไทยมีความสอดคล้องกับพัฒนาการกฎหมายอาญาการบินในทางระหว่างประเทศเพียงใด

มาตรา 1 แห่งกฎหมายต้นแบบเกี่ยวกับการทำร้ายและการกระทำอื่นที่เป็นการรบกวนสมาชิกลูกเรือในอากาศยานพลเรือน ซึ่งล้อกับข้อ 15 bis แห่งพิธีสารมอนตรียอล ค.ศ. 2014 เนื้อหาของมาตรา 1 แห่งกฎหมายต้นแบบฉบับพ.ศ. 2544 ระบุแตกต่างจากกฎหมายต้นแบบฉบับพ.ศ. 2562 ในการแบ่งอนุมาตรา แต่เนื้อหายังมีความคล้ายคลึงกัน ส่วนกฎหมายไทยนั้นได้แยกบัญญัติเป็นสองมาตรา คือ มาตรา 13 และมาตรา 7 วรรคสอง ในข้อ 15bis แห่งพิธีสารมอนตรียอล ค.ศ. 2014 ที่ประเทศไทยยังไม่ได้เข้าเป็นภาคี เปิดช่องให้รัฐเลือกลงโทษทางปกครองได้ในบางกรณีที่เป็นการกระทำที่เหมาะสมกับการใช้มาตรการที่เบากว่าอย่างโทษทางปกครอง โดยกำหนดว่า

(1) Each Contracting State is encouraged to take such measures as may be necessary to initiate appropriate criminal, administrative or any other forms of legal proceedings against any person who commits on board an aircraft an offence or act referred to in Article 1, paragraph 1, in particular⁶⁴

ในขณะที่กฎหมายไทยกำหนดฐานความผิดกรณีรบกวนการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ควบคุมอากาศยานหรือเจ้าหน้าที่ประจำอากาศยานไว้ในมาตรา 13 โดยมีระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปีและโทษปรับไม่เกิน 280,000 บาทหรือทั้งจำทั้งปรับ⁶⁵ ข้อ 15bis แห่งพิธีสารมอนตรียอล ค.ศ. 2014 ได้ระบุชัดแจ้งให้รัฐภาคีสามารถใช้มาตรการทางปกครองในการดำเนินการทางกฎหมายสำหรับผู้กระทำความผิดประกอบในข้อ 15bis แต่พระราชบัญญัติความผิดบางประการฯ พ.ศ. 2558 กำหนดเฉพาะโทษจำคุกและปรับซึ่งเป็นโทษทางอาญา การกำหนดดังกล่าวย่อมหมายความว่ากฎหมายไทยไม่ได้เปิดช่องไว้ในพระราชบัญญัติความผิดบางประการฯ พ.ศ. 2558 ให้ดำเนินการเป็นอย่างอื่น

ในประเทศไทย มีแนวคิดการใช้การกำหนดโทษทางปกครองแทนโทษทางอาญาเช่นกัน เพราะประเทศไทยจะมีแนวคิดการนำโทษทางปกครองมาใช้แทนโทษทางอาญาในความผิดบางฐานมาหลายสิบปีแล้ว จนแนวคิดได้กลายมาเป็นกฎหมายในมาตรา 77 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เนื่องจากกฎหมายพระราชบัญญัติความผิดบางประการฯ พ.ศ. 2558 ได้ออกและมีผลใช้บังคับก่อนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย กฎหมายระหว่างประเทศเปิดช่องให้รัฐแต่ละรัฐกำหนดอัตราโทษสำหรับความผิดที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดให้เป็นความผิดเองเนื่องจากเคารพอำนาจอธิปไตยของแต่ละรัฐ พระราชบัญญัติความผิดบางประการฯ พ.ศ. 2558 จึงกำหนดอัตราโทษ

⁶⁴ ข้อ 15bis (1) พิธีสารมอนตรียอล ค.ศ. 2014, เน้นข้อความโดยผู้เขียน.

⁶⁵ มาตรา 13 พระราชบัญญัติความผิดบางประการฯ พ.ศ. 2558.

ไว้เองโดยมีทั้งโทษปรับและโทษจำคุก เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. 2565 อันเป็นกฎหมายที่ยกเว้นเพื่อบังคับการตามมาตรา 77 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้ระบุรายชื่อพระราชบัญญัติที่สามารถปรับเปลี่ยนโทษทางอาญาบางประการเป็นการปรับเงินโดยเรียกว่า มาตราการปรับเป็นพินัยอันเป็นมาตรการที่สร้างขึ้นใหม่ไม่ให้มีสภาพเป็นโทษอาญา⁶⁶ อย่างไรก็ตามอัตราโทษตามพระราชบัญญัติความผิดบางประการฯ พ.ศ. 2558 มีอัตราโทษจำคุก ไม่ใช่ความผิดที่มีอัตราโทษปรับสถานเดียว และในการบัญญัติไม่มีการแยกให้ชัดเจนว่าความผิดใดเป็นความผิดตามกฎหมายระหว่างประเทศและความผิดใดเป็นความผิดตามกฎหมายภายในดังนั้นจึงไม่สามารถกำหนดให้โทษตามพระราชบัญญัติความผิดบางประการฯ พ.ศ. 2558 เป็นโทษปรับเป็นพินัย

ยิ่งไปกว่านั้น หลักการคดีอาญาเล็กน้อยของไทย ไม่สอดคล้องกับคู่มือคู่มือด้านกฎหมายเกี่ยวกับผู้โดยสารที่ประพาดิตนไม่เหมาะสมขององค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศ ข้อ 4.3.1 ที่แนะนำว่า พิธีสารมอนตรียอล ค.ศ. 2014 ไม่ได้บัญญัติประเภทของการลงโทษไว้ การลงโทษอาจทำได้หลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นโทษทางแพ่งและปกครองขึ้นอยู่กับความร้ายแรงของการกระทำความผิดหรือการกระทำ (civil and administrative sanctions depending on the seriousness of the offence or act)⁶⁷ ทั้งนี้เพราะการกระทำที่ไม่เหมาะสมในอากาศยานของผู้โดยสารมีได้หลายลักษณะ เช่น กรณีผู้โดยสารไม่ปฏิบัติตามป้ายคำสั่งให้คาดเข็มขัดนิรภัยในขณะที่เครื่องบินบินผ่านบริเวณที่สภาพอากาศแปรปรวน การไม่คาดเข็มขัดนิรภัยดังกล่าว สามารถปรับเข้าองค์ประกอบของมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติความผิดบางประการฯ พ.ศ. 2558 กล่าวคือ ผู้โดยสารคือผู้อยู่ในอากาศยานในระหว่างการบิน ได้กระทำการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่ง คำสั่งในกรณีตัวอย่างคือให้คาดเข็มขัดนิรภัย และคำสั่งนี้เป็นไปเพื่อรักษากฎ ระเบียบ และความเรียบร้อยในอากาศยาน เมื่อไม่ปฏิบัติตามย่อมต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ แต่กรณีการไม่คาดเข็มขัดนิรภัยนั้น องค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศให้ความเห็นว่าเป็นกรณีที่ไม่ร้ายแรง (a less serious case)⁶⁸ และมีรัฐที่ดำเนินกระบวนการเพื่อสิ้นสุดคดีโดยเร็วด้วยการให้ผู้ถูกกล่าวหาเลือกทางเลือกในการชำระเงินจำนวนหนึ่ง แทนการดำเนินคดีซึ่งอาจจะต้องชำระค่าปรับที่สูงกว่าการเลือกชำระเงินจำนวนที่เสนอเป็นทางเลือก⁶⁹

⁶⁶ พระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. 2565 บัญชี 1 ท้ายพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย; “ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ.” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.krisdika.go.th/th/detail-law-draft-under-consideration-by-the-office-of-the-council-of-state?billCode=241&type=billDetail>. [29 January 2023]. รายงานวิจัยได้ทำการศึกษาในขณะที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. 2565 ยังไม่ประกาศใช้ อย่างไรก็ตามเนื้อหาของพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. ไม่แตกต่างจากพระราชบัญญัติที่ประกาศใช้.

⁶⁷ Doc 10117, p.4-2.

⁶⁸ Doc 10117, p.4-2.

⁶⁹ Doc 10117, p.4-2.

จากข้อความข้างต้น เห็นได้ว่ากรณีแตกต่างจากบทบัญญัติเรื่องคดีอาญาเล็กน้อยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กล่าวคือ คดีอาญาจะเล็กน้อยในกรณีคดีมีโทษปรับสถานเดียว เมื่อผู้กระทำความผิดยินยอมเสียค่าปรับในอัตราอย่างสูงสำหรับความผิดนั้นแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ก่อนศาลพิจารณา การบัญญัติว่า “เสียค่าปรับในอัตราอย่างสูง” ย่อมแตกต่างจากข้อแนะนำขององค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศที่ให้ดุลพินิจในการปรับจำนวนเท่าใดก็ได้ กรณีของไทยนั้นจึงเป็นการบีบบังคับให้ผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดไปศาลเพื่อมีโอกาสในการเสียค่าปรับที่น้อยลงหรืออาจไม่เสียเลย

ยิ่งไปกว่านั้นกรณีความผิดตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติความผิดบางประการฯ พ.ศ. 2558 เป็นกรณีที่มืออัตราโทษสูงกว่าอัตราโทษตามความผิดมูลเหตุโทษดังนั้นจึงเปรียบเทียบปรับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ได้ อีกทั้งพระราชบัญญัติความผิดบางประการฯ พ.ศ. 2558 เองก็ไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจแก่บุคคลใดในการเปรียบเทียบปรับไว้เช่นกัน

ทั้งนี้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาอาญา มาตรา 37 แม้จะได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 16) พ.ศ. 2529 แต่การแก้ไขดังกล่าวเป็นเรื่องการแก้ไขจำนวนเงินในโทษปรับ มิใช่เรื่องค่าปรับในอัตราอย่างสูง ที่ยังคงเดิมตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษาตั้งแต่ พ.ศ. 2478⁷⁰

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

พระราชบัญญัติความผิดบางประการฯ พ.ศ. 2558 ได้เพิ่มเขตอำนาจให้แก่รัฐที่อากาศยานลงสู่พื้นซึ่งเป็นหลักการที่สอดคล้องกับพิธีสารมอนทรีออล ค.ศ. 2014 แม้ประเทศไทยยังไม่ได้เข้าเป็นภาคี อย่างไรก็ตามการกำหนดให้รัฐที่ลงสู่พื้นมีเขตอำนาจอาจทำให้รัฐไทยมีเขตอำนาจในการดำเนินการกับผู้โดยสารที่ประพฤติตนไม่เหมาะสมในอากาศยานได้ แต่จากการพิจารณาเนื้อหาพระราชบัญญัติความผิดบางประการฯ พ.ศ. 2558 พบว่ายังไม่ได้นำแนวคิดการกำหนดโทษทางปกครองแทนโทษอาญาตามพิธีสารมอนทรีออล ค.ศ. 2014 ประกอบกับกฎหมายต้นแบบฉบับพ.ศ. 2562 และคู่มือด้านกฎหมายเกี่ยวกับผู้โดยสารประพฤติตนไม่เหมาะสมไว้ แต่กลับกำหนดโทษทางอาญาทั้งจำคุกและโทษปรับไว้ ทั้งนี้การกำหนดโทษทางปกครองในทางการบินพลเรือนมีแนะนำไว้สำหรับกรณีผู้โดยสารประพฤติตนไม่เหมาะสม และเป็นไปในทิศทางที่สอดคล้องกับนโยบายทางกฎหมายของประเทศไทยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 77 และเมื่อพิจารณาความเป็นศูนย์กลางการบินของประเทศไทยที่มีโอกาสที่ผู้โดยสารจะแวะเปลี่ยนเครื่องเพื่อต่อเครื่องไปยังประเทศอื่นๆ หากคงโทษทางอาญาไว้ ย่อมมีโอกาสที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะได้รับเรื่องพิจารณาในทางอาญาได้เพราะมีจุดเกาะเกี่ยวในฐานะรัฐที่อากาศยาน

⁷⁰ พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พุทธศักราช 2477.

ลงสู่พื้นเป็นแห่งแรก ดังนั้นเห็นว่าจำเป็นต้องแก้กฎหมายไทย ไม่ว่าประเทศไทยจะมีแผนเข้าเป็นภาคีพิธีสารมอนทรีออล ค.ศ. 2014 หรือไม่ก็ตาม เพราะประเทศไทยร่างกฎหมายไทยโดยอาศัยฐานจากกฎหมายต้นแบบฉบับพ.ศ. 2544 ซึ่งได้ปรับปรุงใหม่แล้วใน พ.ศ. 2562 เมื่อกฎหมายต้นแบบปรับปรุงใหม่ประเทศไทยก็ควรจะต้องพิจารณาปรับปรุงตาม นอกจากนี้หากมีความกังวลว่าจะมีการสมคบกันระหว่างผู้มีอำนาจพิจารณาโทษทางปกครองกับผู้กระทำผิด เพราะไม่มีกระบวนการตรวจสอบในชั้นศาล ผู้เขียนเห็นว่าผู้ร่างกฎหมายสามารถกำหนดอัตราค่าปรับทางปกครองไว้ได้ โดยสามารถพิจารณาคู่มือขององค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศประกอบระหว่างการปรับปรุงกฎหมาย

การยกเลิกความผิดอาญา: ศึกษากรณีการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภค
โดยไม่มีใบอนุญาต*

Decriminalization of Beer Brewer: A Case Study of Brewing for
Consumption Without Homebrewing License

จिरายู เสรีภินันท์
Jirayu Seriapinant

นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330
LL.M Candidate
Faculty of law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330
Corresponding author E-mail: jirayu18964@gmail.com
(Received: November 11, 2022; Revised: December 15, 2022; Accepted: December 18, 2022)

บทคัดย่อ

ถึงแม้ว่ากฎกระทรวงการผลิตสุรา พ.ศ. 2565 ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 2 พฤศจิกายน พ.ศ. 2565 อนุญาตให้บุคคลที่มีอายุตั้งแต่ 20 ปีบริบูรณ์ผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคได้ แต่การผลิตในลักษณะดังกล่าว ยังคงควบคุมด้วยใบอนุญาตและการจัดเก็บค่าธรรมเนียม โดยหากฝ่าฝืนทำการผลิตโดยไม่มีใบอนุญาต จะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 1 แสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ จากการศึกษา พบว่าสาเหตุหลักของการนำใบอนุญาตมาใช้ในการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคเป็นเพราะภาครัฐต้องการที่จะจัดเก็บภาษีให้ได้มากยิ่งขึ้น เมื่อทำการศึกษารูปแบบการควบคุมการผลิตสินค้าที่มีลักษณะใกล้เคียงกัน เช่น ยาสูบ พบว่าการผลิตยาสูบเพื่อการบริโภคไม่ต้องขอใบอนุญาตหรือเสียค่าธรรมเนียมแต่อย่างใด ดังนั้นหากมีการผลิตยาสูบเพื่อการบริโภคโดยไม่มีใบอนุญาตไม่มีความผิดอาญา การผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคโดยไม่มีใบอนุญาตก็ไม่ควรเป็นความผิดอาญาเช่นกัน เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญาทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศพบว่าการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคโดยไม่มีใบอนุญาต

* บทความวิจัยนี้เป็นส่วนหนึ่งและเรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์เรื่อง “การยกเลิกความผิดอาญา: ศึกษากรณีการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคโดยไม่มีใบอนุญาต” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญา และเมื่อพิจารณามาตรการที่ใช้บังคับกับการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคในต่างประเทศพบว่าแม้ในอดีตประเทศอังกฤษและประเทศสิงคโปร์เคยนำโทษทางอาญามาใช้กับการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคโดยไม่มีใบอนุญาต แต่ปัจจุบันประเทศดังกล่าวได้ยกเลิกกฎหมายเหล่านั้นแล้วโดยอนุญาตให้ผลิตโดยไม่ต้องขอใบอนุญาต ดังนั้นบทความนี้จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาแนวทางการนำโทษทางอาญาออกจากการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคโดยไม่มีใบอนุญาต

คำสำคัญ: การผลิตเบียร์เพื่อการบริโภค, ใบอนุญาตในการผลิตเบียร์, โทษจำคุก

Abstract

Although the Ministry of Liquor Production Regulations B.E.2565, which came into force on November 2, 2022, allowing persons over 20 years of age to produce beer for consumption, such production is still subject to permits and fees. A production without a license will be subject to imprisonment for not more than 6 months or a fine of not more than 100,000 baht, or both imprisonment and a fine. According to the study, the main reason for enforcing licenses requirement for brewing for consumption is to collect more taxes. When examining patterns of control over the production of similar commodities such as tobacco it was found that the production of tobacco for consumption does not require a license or fee. Therefore, if producing tobacco for consumption without a license is not a crime, it shouldn't be a crime to brew beer for consumption either. When considering the criteria for defining criminal offenses both in Thailand and abroad, it was found that brewing beer for consumption without a license is inconsistent with the criminal assignment. And when examining the enforcement measure to the production of beer for consumption abroad, it was found that although UK and Singapore have imposed criminal penalties on brewing beer for unlicensed consumption in the past, they have now repealed those laws by allowing production without a license. This article aims to explore ways to remove criminal penalties from brewing beer for unlicensed consumption.

Keywords: Brewing for consumption, Homebrewing license, Imprisonment

1. ความนำ

เครื่องดื่มแอลกอฮอล์สามารถจำแนกได้เป็น 2 ประเภท คือ สุราแช่และสุรากลั่น พระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560 ได้นิยามความหมายของสุราทั้งสองประเภทไว้ดังนี้ สุราแช่ คือ สุราที่ยังไม่ได้กลั่นและให้หมายความรวมถึงสุราแช่ที่ได้ผสมกับสุรากลั่นแล้วแต่ยังมีแรงแอลกอฮอล์ไม่เกิน 15 ดีกรี เช่น เบียร์ ไวน์ สาโท เป็นต้น และสุรากลั่น คือ สุราที่ได้กลั่นแล้วและให้หมายความรวมถึงสุรากลั่นที่ได้ผสมกับสุราแช่แล้วแต่มีแรงแอลกอฮอล์เกินกว่า 15 ดีกรี เช่น วิสกี้ บรั่นดี ยิน เป็นต้น

จุดเริ่มต้นของเครื่องดื่มที่มีแอลกอฮอล์เกิดขึ้นมานานกว่า 6,000 ปี¹ โดยเบียร์เป็นเครื่องดื่มที่มีแอลกอฮอล์ชนิดแรกของโลก ในช่วง 3,000 ปีก่อนคริสต์ศักราชชาวเซมิติกในเปอร์เซียเรียนรู้การทำเบียร์และมีการแกะสลักวิธีการทำเบียร์บนกระดานเพื่ออุทิศให้กับเทพีแห่งการทำฟาร์ม ในช่วง 2,800 ปีก่อนคริสต์ศักราช ยุคเมโสโปเตเมีย (Mesopotamia) มีการบันทึกการแจกจ่ายเบียร์และขนมปังให้กับทาสที่ใช้แรงงานในสมัยนั้น ต่อมาได้มีการนำเบียร์เข้ามาในทวีปยุโรปในช่วงปี ค.ศ. 600 เนื่องจากเชื่อกันว่าเบียร์เป็นยาวิเศษชนิดหนึ่ง ประกอบกับน้ำประปาในทวีปยุโรปในสมัยนั้นไม่สะอาดหากมีการบริโภคเข้าไปอาจก่อให้เกิดโรคร้ายได้ง่าย ทำให้คนในสมัยนั้นนิยมบริโภคเบียร์แทนน้ำเปล่า ต่อมาเบียร์ได้เข้ามามีบทบาทในคริสตจักรโดยมีการใช้เบียร์ในการประกอบพิธีกรรมต่าง ๆ และแจกจ่ายให้กับผู้คนที่เข้าร่วมงานทางศาสนา

ประเทศไทยได้มีการนำเข้าเบียร์ครั้งแรกในปี พ.ศ. 2230 โดยชาวโปรตุเกสและชาวอังกฤษ² ซึ่งได้รับความนิยมมากขึ้นเรื่อย ๆ แต่ในขณะนั้นประเทศไทยยังไม่สามารถผลิตเบียร์ได้เอง ต่อมาในช่วงปี พ.ศ. 2476 ได้มีการตั้งโรงงานผลิตเบียร์ขึ้นเป็นครั้งแรกโดยพระยาภิรมย์ภักดี (บุญรอด เศรษฐบุตร) ส่งผลให้ในเวลาต่อมาได้มีการตั้งโรงงานผลิตเบียร์ขึ้นเป็นจำนวนมากภายในประเทศ ในส่วนการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคภาครัฐได้มีการออกมาตรการมาควบคุมการกระทำดังกล่าวแตกต่างกันในแต่ละยุคสมัย โดยสามารถแบ่งออกเป็น 3 ช่วง ดังนี้ ช่วงที่หนึ่ง เป็นช่วงที่พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มีผลใช้บังคับ ในช่วงนี้ผู้ที่ประสงค์ทำการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคจะต้องขอใบอนุญาตหากฝ่าฝืนจะต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 200 บาท ช่วงที่สอง เป็นช่วงที่พระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560 และกฎกระทรวงการอนุญาตผลิตสุรา พ.ศ. 2560 มีผลใช้บังคับ ในช่วงนี้เป็นช่วงที่ห้ามทำการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคโดยเด็ดขาด ช่วงที่สาม เป็นช่วงที่พระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560 และกฎกระทรวงการผลิตสุรา พ.ศ. 2565 โดยมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 2 พฤศจิกายน พ.ศ. 2565 ในช่วงนี้ผู้ที่ประสงค์ทำการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคจะต้องขอใบอนุญาตและเสียค่าธรรมเนียมให้กรมสรรพสามิต หาก

¹ Cocktailthai, “เบียร์มาจากไหน “ [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://bit.ly/3HPaUBL> [1 สิงหาคม 2564]

² SARAKADEE LITE, “เบียร์โบราณ จากสวัสดิการแรงงานทาสสู่เครื่องดื่มสันทนาการ “ [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://www.sarakadeelite.com/lite/beer-history/> [8 พฤศจิกายน 2565]

ไม่เสียค่าธรรมเนียมให้ถือว่าผู้นั้นสละสิทธิในการขอใบอนุญาต และหากทำการผลิตโดยไม่มีใบอนุญาตจะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 1 แสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560 มาตรา 193

จากการศึกษาเหตุผลของการใช้ระบบใบอนุญาตในการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคพบว่า เหตุผลหลักของภาครัฐในการใช้ใบอนุญาตกับการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคคือต้องการที่จะจัดเก็บภาษีให้ได้มากยิ่งขึ้น ถึงแม้ว่าเบียร์จะเป็นสินค้าที่สมควรถูกควบคุมในกระบวนการผลิต แต่อย่างไรก็ตามการผลิตในลักษณะดังกล่าวยังอยู่ในกรอบของการผลิตเพื่อการบริโภคเองมิได้นำออกจำหน่ายหรือเพื่อการค้า ย่อมไม่ก่อให้เกิดรายได้ต่อผู้ผลิต ดังนั้นจึงไม่ควรที่จะจัดเก็บภาษีหรือค่าธรรมเนียมกับผู้ผลิตในลักษณะดังกล่าว เมื่อพิจารณามาตรการควบคุมการผลิตยาสูบเพื่อการบริโภคพบว่าภาครัฐมิได้มีการใช้ใบอนุญาตกับการผลิตยาสูบเพื่อการบริโภคแต่อย่างใดทั้งที่เป็นสินค้าที่มีลักษณะที่คล้ายคลึงกัน เพราะฉะนั้นแม้ไม่ขอใบอนุญาตจากภาครัฐสำหรับการผลิตยาสูบเพื่อการบริโภคก็ไม่เป็นความผิดแต่อย่างใด ซึ่งแตกต่างกับการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคโดยไม่ขอใบอนุญาต และเมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญาทั้งตามกฎหมายไทยไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 มาตรา 77 หรือ คำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย เรื่องการกำหนดโทษอาญา และพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 พบว่าการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคโดยไม่มีใบอนุญาต ไม่เข้าหลักเกณฑ์ในข้อใดข้อหนึ่งในการกำหนดความผิดอาญาของบทบัญญัติดังกล่าว ประกอบกับเมื่อพิจารณามาตรการทางกฎหมายที่ใช้ควบคุมการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคในครัวเรือนของต่างประเทศพบว่า แม้ประเทศอังกฤษและประเทศสิงคโปร์เคยกำหนดให้การผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคโดยไม่มีใบอนุญาตเป็นความผิดอาญา แต่ในปัจจุบันทั้งสองประเทศได้ยกเลิกกฎหมายดังกล่าวแล้วและอนุญาตให้ผู้ที่ประสงค์ผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคสามารถกระทำได้โดยไม่ต้องขอใบอนุญาตจากภาครัฐ เพียงแต่ต้องมีอายุถึงเกณฑ์ที่กำหนดและห้ามนำเบียร์ที่ผลิตออกจำหน่าย

2. ระเบียบวิธีวิจัย

วัตถุประสงค์ของการวิจัย สมมติฐานของการวิจัย ขอบเขตการศึกษาวิจัย วิธีดำเนินการวิจัย มีดังนี้

2.1 วัตถุประสงค์ของการวิจัย การศึกษาวิจัยนี้ได้กำหนดวัตถุประสงค์ไว้ 4 ประการ คือ

- 1) เพื่อศึกษาลักษณะ รูปแบบและวิเคราะห์ปัญหาการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคของประเทศไทย
- 2) เพื่อวิเคราะห์ปัญหาและอุปสรรคของการกำหนดโทษทางอาญาสำหรับการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคโดยไม่มีใบอนุญาต
- 3) เพื่อเปรียบเทียบกฎหมายและมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคของประเทศไทยและต่างประเทศ

4) เพื่อกำหนดแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวกับการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภค

2.2 สมมติฐานของการวิจัย ถึงแม้ว่ากฎกระทรวงการผลิตสุรา พ.ศ. 2565 ซึ่งเป็นกฎหมายที่แก้ไขใหม่ อนุญาตให้บุคคลที่อายุตั้งแต่ 20 ปีบริบูรณ์ สามารถทำการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคได้ แต่อย่างไรก็ตามการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคก็ยังถูกควบคุมด้วยระบบใบอนุญาตซึ่งหากฝ่าฝืนทำการผลิตโดยไม่มีใบอนุญาตจะต้องระวางโทษทางอาญา เมื่อศึกษาเหตุผลหลักของการนำใบอนุญาตมาใช้ในการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภค พบว่าเป็นเพราะภาครัฐต้องการจัดเก็บภาษีให้ได้มากขึ้น ซึ่งเห็นว่าเหตุผลดังกล่าวไม่เพียงพอที่จะนำมาใช้กับระบบใบอนุญาตสำหรับการผลิตเครื่องดื่มไว้เพื่อการบริโภคเอง จึงส่งผลให้การไม่ปฏิบัติตามย่อมไม่ควรเป็นความผิดอาญาเนื่องจากการนำโทษทางอาญามาใช้กับการกระทำที่ไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางอาญา ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 77 และยังเป็นบทบัญญัติที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตของประชาชน ดังนั้นจึงสมควรยกเลิกความผิดทางอาญาสำหรับการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคโดยไม่มีใบอนุญาตโดยใช้มาตรการอื่นทดแทนเพื่อแก้ไขปัญหการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคโดยไม่มีใบอนุญาต

2.3 ขอบเขตการศึกษาวิจัย วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับความผิดทางอาญาที่เกี่ยวกับการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคโดยไม่มีใบอนุญาต ตามพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560 และกฎกระทรวงการผลิตสุรา พ.ศ. 2565 โดยศึกษาเปรียบเทียบระหว่างมาตรการอนุญาตให้ผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคเองในครัวเรือนของต่างประเทศ และศึกษาแนวคิดในการกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญาในประเทศไทยและในต่างประเทศ และหาแนวทางหรือมาตรการอื่นที่นำมาใช้กับการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคโดยไม่มีใบอนุญาต เพื่อทดแทนโทษทางอาญาที่มีอยู่ในปัจจุบัน และเพื่อให้ประชาชนมีสิทธิและเสรีภาพในการบริโภคมากยิ่งขึ้น

2.4 วิธีดำเนินการวิจัย การศึกษาวิจัยในการแสวงหามาตรการอื่นเพื่อทดแทนโทษทางอาญากรณีผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคโดยไม่มีใบอนุญาต โดยศึกษาวิจัยจากเอกสาร (Documentary Research) ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ได้แก่ ตัวบทกฎหมาย หนังสือ หนังสือกฎหมาย วารสารทางวิชาการ วารสารต่างประเทศ บทความ กฎหมายของต่างประเทศ และข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตที่เกี่ยวข้องกับการผลิตเบียร์ เพื่อนำข้อมูลที่ได้มาวิเคราะห์ว่าสมควรใช้หลักการหรือแนวทางใดเพื่อแก้ไขปัญหการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคโดยไม่มีใบอนุญาต

3. แนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความผิดอาญา

ในหัวข้อนี้จะทำการศึกษาแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความผิดอาญาทั้งในต่างประเทศและในประเทศไทย เพื่อเป็นแนวทางในการวิเคราะห์ความเหมาะสมในการกำหนดความผิดอาญาสำหรับการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคโดยไม่มีใบอนุญาตในหัวข้อถัด ๆ ไป

3.1 แนวคิดในการกำหนดความผิดอาญาของต่างประเทศ

แนวคิดในการกำหนดความผิดอาญาของไนเจล วอล์กเกอร์ (Nigel Walker) มีแนวคิดว่าการกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญาจะต้องบรรลุวัตถุประสงค์หลักอย่างน้อย 6 ประการ³ ดังนี้

- 1) ค้ำครองและป้องกันปัจเจกชนจากการกระทำโดยเจตนา อันเป็นเจตนาที่ชั่วร้าย
- 2) ค้ำครองสภาวะจิตใจของคนในสังคมให้พ้นจากความกระทบกระเทือน
- 3) ค้ำครองและป้องกันทรัพย์สินส่วนตัวของปัจเจกชน
- 4) ค้ำครองและป้องกันสาธารณชนจากความไม่สะดวกสบายต่าง ๆ เช่น การกีดขวางทางสัญจร
- 5) อารักขาไว้ซึ่งสถาบันทางสังคม เช่น ชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์
- 6) เพื่อบังคับให้บุคคลกระทำการหรือมิให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งที่จำเป็นเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ เช่น การขัดคำสั่งเจ้าพนักงาน การให้การเท็จ

แนวคิดในการกำหนดความผิดอาญาของเฮอร์เบิร์ต แอล แพกเกอร์ (Herbert L. Packer) ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการกระทำใดควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญาทั้งหมด 6 ประการ⁴ ดังนี้

- 1) การกระทำนั้นเป็นที่เห็นได้ชัดของคนในสังคมว่าเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคมและประชาชนส่วนใหญ่ไม่ให้อภัยแก่การกระทำเช่นนั้น
- 2) ถ้าการกระทำดังกล่าวถูกกำหนดให้เป็นความผิดอาญาแล้ว จะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ
- 3) ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแล้วจะไม่มีผลทำให้สังคมลดความเห็นว่าการกระทำนั้นเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง⁵
- 4) หากกำหนดให้เป็นความผิดอาญาแล้ว จะมีการใช้กฎหมายอย่างเสมอภาคและเป็นธรรม
- 5) การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำดังกล่าวจะต้องไม่เกินขีดความสามารถทั้งในด้านคุณภาพและด้านปริมาณ
- 6) ไม่มีมาตรการควบคุมอย่างอื่นที่เหมาะสมและได้ผลแล้วนอกเหนือจากการใช้โทษทางอาญากับการกระทำดังกล่าว

³ อภิรัตน์ เพชรศิริ, ทฤษฎีอาญา ทฤษฎีโทษและกระบวนการขึ้นพื้นฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2562), หน้า.49-50.

⁴ Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (California: Stanford University, 1968). p.296.

⁵ ธีรวัฒน์ สุทธิโยธิน, กฎหมายอาญาและอาญาวิทยาขั้นสูง (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2555), หน้า.19.

แนวคิดในการกำหนดความผิดอาญาของจอห์น สจ๊วจ มิลล์ (John Stuart Mill) ได้เสนอหลักอันตราย (Harm Principle) โดยมีหลักเกณฑ์อยู่ว่ารัฐมีความชอบธรรมที่จะกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญาเฉพาะการกระทำที่เป็นอันตรายต่อบุคคลอื่นเท่านั้น กล่าวได้ว่าหลักเกณฑ์การกำหนดความผิดอาญาของจอห์น สจ๊วจ มิลล์ ยึดหลักอิสรภาพและเสรีภาพของบุคคลเป็นสำคัญ รัฐมีอำนาจเข้าไปควบคุมหรือจำกัดการกระทำของบุคคลใด การกระทำนั้นจะต้องก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้อื่นหรือสังคมส่วนรวม⁶

3.2 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญาตามกฎหมายไทย

หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญาของประเทศไทยได้มีการกำหนดเอาไว้ในมาตรา 77 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 โดยเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์อย่างกว้างซึ่งได้มีการนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาอธิบายในพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 โดยมีหลักเกณฑ์ดังนี้

ประการแรก การกระทำนั้นต้องกระทบต่อความมั่นคง หรือความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง หรือมีผลกระทบต่อส่วนรวม

การพิจารณาว่าการกระทำใดส่งผลให้เกิดความไม่มั่นคง⁷ หรือส่งผลกระทบต่อความปลอดภัยของประเทศ การกระทำนั้นต้องเป็นการกระทำที่ส่งผลร้ายต่อประชาชนในวงกว้างในด้านเศรษฐกิจสังคม การเมืองการปกครอง สิ่งแวดล้อม หรือส่งผลกระทบต่อสถาบันหลักของประเทศ ในส่วนการพิจารณาในเรื่องศีลธรรมอันดีของประชาชน⁸ ศีลธรรมอันดีของประชาชน คือกฎเกณฑ์ที่คนในสังคมส่วนใหญ่ถือปฏิบัติตามความเชื่อตามประเพณีหรือตามศาสนาและถือว่าเป็นเครื่องวินิจฉัยความประพฤติของคนในสังคมว่าถูกต้องหรือไม่ แต่อย่างไรก็ตามการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมมิได้หมายความว่าจะต้องเป็นความผิดอาญาเสมอไป เช่น การมีชู้หรือเป็นชู้ในประเทศไทยไม่เป็นความผิดอาญาเป็นเพียงการผิดศีลธรรมเท่านั้น โดยการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนจะเป็นความผิดอาญาต่อเมื่อการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ร้ายแรงและมีผลกระทบต่อการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมอันส่งผลให้สังคมเกิดความไม่สงบสุขหรือความวุ่นวาย สุดท้ายการกระทำที่มีผลกระทบต่อส่วนรวม คือการกระทำที่ส่งผลร้ายต่อประชาชนในวงกว้างหรือผลกระทบที่เป็นผลร้ายอื่นที่ไม่เพียงแต่เป็นการกระทบต่อปัจเจกบุคคล⁹

⁶ ดิศรณ์ ลิขิตวิทยาวุฒิ, “การกำหนดความผิดอาญาให้สอดคล้องกับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 77: ศึกษากรณีความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2534,” วารสารกระบวนการยุติธรรม 11, 3 (กันยายน - ธันวาคม 2564), หน้า 9-10.

⁷ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, คำอธิบายสาระสำคัญของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: กองพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2562), หน้า 29.

⁸ เรื่องเดียวกัน.

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 30-31.

ประการที่สอง เป็นกรณีที่ไม่สามารถใช้มาตรการอื่นใดเพื่อบังคับใช้กฎหมายอย่างได้ผลและมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายได้

กล่าวคือหากมีมาตรการอื่นนอกเหนือจากมาตรการทางอาญาที่สามารถทำให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายได้เห็นสมควรให้ใช้มาตรการนั้นก่อน¹⁰ ตัวอย่างการใช้บังคับมาตรการอื่นแทนโทษทางอาญา เช่น การกำหนดโทษปรับเป็นพินัย เป็นต้น เนื่องจากการกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดทางอาญาเป็นการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล แต่อย่างไรก็ตามหากมาตรการอื่นไม่อาจทำให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายอย่างได้ผลหรือไม่มีมาตรการอื่นใดที่จะใช้บังคับกับการกระทำนั้น กรณีนี้จึงสมควรนำมาตรการทางอาญามาใช้กับบังคับกับการกระทำเช่นนั้น

สรุปจากหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญาตามแนวคิดของต่างประเทศและตามกฎหมายไทยสามารถสรุปหลักเกณฑ์ในการกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญาได้ดังนี้

1. การกระทำความผิดมีลักษณะเป็นการกระทำที่ร้ายแรง
2. การกระทำความผิดมีลักษณะเป็นการกระทบกระเทือนผู้อื่นหรือสังคม หรือกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ หรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง
3. เป็นกรณีที่ไม่มีมาตรการควบคุมอย่างอื่นที่เหมาะสมและได้ผลแล้วนอกเหนือจากการใช้โทษอาญา

4. การกำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคโดยไม่มีใบอนุญาต

ในหัวข้อนี้จะทำการศึกษารูปแบบหรือมาตรการในการควบคุมการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคว่าภาครัฐมีการควบคุมอย่างไร และเปรียบเทียบกับยาสูบซึ่งเป็นสินค้าที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับเบียร์ว่าภาครัฐมีการควบคุมในลักษณะเดียวกันหรือไม่ ในลำดับถัดไปเป็นการศึกษาหาสาเหตุและความจำเป็นที่ภาครัฐห้ามมิให้ประชาชนผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคโดยไม่มีใบอนุญาต สุดท้ายเป็นการศึกษาตัวบทกฎหมายที่ใช้บังคับสำหรับการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภค โดยมีรายละเอียดดังนี้

4.1 รูปแบบในการควบคุมสินค้าบาปที่ผลิตเพื่อการบริโภคในประเทศไทย

สินค้าบาป¹¹ เป็นสินค้าที่ถูกควบคุมในกระบวนการผลิต การจำหน่าย และการบริโภคโดยภาครัฐ เนื่องจากภาครัฐมองว่าสินค้าบาปประเภทต่าง ๆ เช่น สุรา ยาสูบ เป็นต้น เป็นสิ่งที่ไม่จำเป็นต่อการ

¹⁰ ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม, หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางอาญา ภายใต้โครงการสนับสนุนสารสนเทศเพื่อการทำงานของสมาชิกรัฐสภา (พิพิธภัณฑสถานสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว สถาบันพระปกเกล้า, 2564), หน้า 38.

¹¹ Phachern Thammasarangkoon, “เหล้า บุหรี่ คาเฟอีน: สินค้าบาป” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://www.gotoknow.org/posts/509932> [10 สิงหาคม 2565]

ดำรงชีวิต กล่าวได้ว่าเป็นสินค้าฟุ่มเฟือยประกอบกับสินค้าดังกล่าวให้โทษต่อร่างกายของผู้บริโภค ซึ่งผู้วิจัยได้ทำการศึกษามาตรการควบคุมการผลิตสินค้าบาป¹²เพื่อการใช้หรือการบริโภคเอง ดังนี้

เบียร์ เป็นเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ชนิดหนึ่งที่ภาครัฐมีการควบคุมการผลิตมากที่สุดในด้านการผลิตเพื่อการค้า และในส่วนของกาผลิตเพื่อการบริโภคก็ถูกควบคุมอย่างเข้มข้นกัน เนื่องจากภาครัฐได้นำระบบใบอนุญาตและค่าธรรมเนียมมาใช้ในการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภค ตามกฎกระทรวงการผลิตสุรา พ.ศ. 2565 ข้อที่ 7 ถึงข้อที่ 10 โดยหากฝ่าฝืนทำการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคโดยไม่มีใบอนุญาตผู้นั้นจะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 1 แสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ยาสูบ เป็นสินค้าบาปที่ถูกควบคุมมิให้ผลิตได้อย่างเสรีเช่นเดียวกับเบียร์ โดยกฎหมายที่ควบคุมการผลิตยาสูบมี 2 ฉบับ คือ พระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560 และกฎกระทรวงการอนุญาตผลิตยาสูบ พ.ศ. 2560 พระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560 มาตรา 163 มีหลักเกณฑ์ว่า ผู้ใดประสงค์จะผลิตยาสูบจะต้องขอใบอนุญาตจากอธิบดีกรมสรรพสามิต โดยหากไม่ปฏิบัติตามจะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 1 แสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560 มาตรา 193 แต่อย่างไรก็ตามมีข้อยกเว้นสำหรับการผลิตยาสูบเพื่อการบริโภค

¹² พืชกระท่อมและกัญชาถูกจัดให้เป็นสินค้าบาปเช่นเดียวกับเบียร์หรือยาสูบเช่นกัน โดยทางภาครัฐได้มีมาตรการควบคุมการผลิตพืชกระท่อมและกัญชาเพื่อการบริโภคนั้น

พืชกระท่อม เคยถูกจัดให้เป็นยาเสพติดให้โทษประเภท 5 มาก่อน แต่นับแต่วันที่ 24 สิงหาคม 2564 พืชกระท่อมได้ถูกยกเลิกจากการเป็นยาเสพติดให้โทษ ตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2564 จึงทำให้ประชาชนสามารถทำการผลิต (ปลูก) พืชกระท่อมได้ ไม่ว่าจะเป็นการผลิตเพื่อการบริโภคเอง หรือผลิตเพื่อจำหน่ายประชาชนก็สามารถทำได้โดยไม่ผิดกฎหมายห้ามเอาไว้แต่อย่างใด โดยมีการห้ามไว้เพียง 2 เรื่อง คือ 1. เรื่องการนำเข้าหรือส่งออกจากประเทศไทยโดยผู้ที่ประสงค์นำกระท่อมเข้ามาภายในประเทศไทยหรือส่งออกนอกประเทศผู้นั้นจะต้องขอใบอนุญาตก่อนจึงจะสามารถทำได้โดยไม่ผิดกฎหมาย ตามมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติพืชกระท่อม พ.ศ. 2565 2. เรื่องการจำหน่ายแก่บุคคลบางประเภทหรือในบางสถานที่ เช่น ห้ามจำหน่ายให้แก่บุคคลซึ่งมีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี สตรีมีครรภ์ เป็นต้น หรือ ห้ามจำหน่ายในสถานที่ศึกษา หอพัก สวนสาธารณะ เป็นต้น โดยหากฝ่าฝืนจะต้องระวางโทษปรับ 3 หมื่นบาท และ 5 หมื่นบาท ตามลำดับ ตามมาตรา 33 และ มาตรา 34 เห็นได้ว่ากระทรวงผลิตกระท่อมเพื่อการบริโภคหรือเพื่อจำหน่ายสามารถทำได้โดยไม่ต้องขอใบอนุญาตต่อภาครัฐแต่อย่างใด

กัญชา เคยถูกจัดให้เป็นยาเสพติดประเภท 5 เช่นเดียวกับกับพืชกระท่อม แต่ต่อมาเมื่อวันที่ 8 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2565 ได้มีการออกประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่องระบุชื่อยาเสพติดให้โทษในประเภท 5 พ.ศ. 2565 โดยได้ถอดถอนพืชกัญชาที่มีสารสกัดเตตราไฮโดรแคนนาบินอล (THC) ไม่เกินร้อยละ 0.2 โดยน้ำหนัก และสารสกัดจากเมล็ดของพืชกัญชาซึ่งได้ปลูกภายในประเทศ ออกจากการเป็นยาเสพติดให้โทษ ต่อมารัฐบาลได้ออกประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง สมุนไพรควบคุม (กัญชา) พ.ศ. 2565 โดยกำหนดให้บุคคลที่มีอายุตั้งแต่ 20 ปีขึ้นไปสามารถปลูก ครอบครอง ใช้ประโยชน์ ดูแล เก็บรักษา ขนย้าย จำหน่ายได้ ในส่วนการปลูก (ผลิต) เพื่อการบริโภคเอง หรือเพื่อจำหน่าย ผู้ประสงค์จะกระทำการดังกล่าวก็สามารถทำได้โดยไม่ต้องขอใบอนุญาตจากภาครัฐแต่ประการใด เพียงแต่ต้องทำการจดแจ้งลงในแอปพลิเคชัน “ปลูกกัญ” ซึ่งออกตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 อย่างไรก็ตามผู้ที่ทำการผลิตกัญชาเพื่อการบริโภค ซึ่งมีได้ทำการจดแจ้งลงในแอปพลิเคชันดังกล่าวก็ไม่ได้มีความผิดทางอาญาแต่ประการใด เนื่องจากกฎหมายมิได้กำหนดโทษของการฝ่าฝืนสำหรับผู้ผลิตเพื่อการบริโภค แต่เป็นความผิดอาญาสำหรับผู้ผลิตเพื่อจำหน่ายโดยไม่ได้จดแจ้งเท่านั้น โดยต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 2 หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 มาตรา 78

ว่า การผลิตยาสูบจำนวนไม่เกินห้าร้อยกรัมหรือยาสูบประเภทยาเส้นจำนวนไม่เกินหนึ่งกิโลกรัมเพื่อการบริโภคเอง ผู้นั้นไม่ต้องขอใบอนุญาตต่ออธิบดีกรมสรรพสามิตกล่าวคือสามารถทำการผลิตได้โดยไม่ต้องขอใบอนุญาตและไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมให้ภาครัฐ

4.2 สาเหตุและความจำเป็นที่ภาครัฐห้ามมิให้ประชาชนผลิตสุราเพื่อการบริโภคโดยไม่มีใบอนุญาต

การบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เป็นปัจจัยสำคัญที่ส่งผลกระทบต่อสุขภาพ¹³ และส่งผลกระทบต่อสังคมส่วนรวม โดยก่อให้เกิดผลเสียต่อสุขภาพและร่างกายของผู้ที่บริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ เช่น โรคพิษสุราเรื้อรัง โรคตับแข็ง มะเร็ง เป็นต้น และยังก่อให้เกิดผลกระทบและความเสียหายต่อผู้ที่ไม่บริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ เช่น การทะเลาะวิวาท การใช้ความรุนแรง อาชญากรรมและอุบัติเหตุบนท้องถนน จากที่ผู้วิจัยได้ทำการศึกษาพบว่าสาเหตุที่ภาครัฐเข้ามาควบคุมการผลิตสุราเพื่อการบริโภค มีดังนี้

เหตุผลในด้านสุขภาพและความสะอาดปลอดภัย การผลิตสุราไม่ว่าจะเป็นสุราแช่ หรือสุรากลั่น หากผลิตโดยกระบวนการที่ไม่ได้มาตรฐานอาจก่อให้เกิดความอันตรายต่อร่างกาย¹⁴ เช่น การใช้ถังพลาสติก PVC ในการหมักเบียร์หรือดองเหล้า อาจทำให้สารเคมีหรือสีจากตัวถังเจือปนลงไปในน้ำสุราซึ่งหากบริโภคเข้าไปจะทำให้เป็นพิษต่อร่างกายได้¹⁵ ประกอบทั้งการดื่มเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในปริมาณที่มากอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อสุขภาพของผู้บริโภคได้ทั้งในระยะฉับพลันและในระยะเรื้อรัง ดังนี้

ผลกระทบต่อสุขภาพในระยะฉับพลัน เช่น เมื่อระดับแอลกอฮอล์ในเลือดอยู่ที่ 50 (mg/dL) ผู้ที่บริโภคจะเกิดอาการตัดสินใจที่ช้าลงหรือผิดพลาด หรือ 100 (mg/dL) ส่งผลให้เกิดปัญหาการบังคับกล้ามเนื้อไม่สัมพันธ์กับการสั่งการของสมอง หรือหากเกิน 500 (mg/dL) ผู้นั้นอาจโคม่าหรือเสียชีวิตได้¹⁶

ผลกระทบต่อสุขภาพในระยะเรื้อรัง หากมีการบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในปริมาณมากติดต่อกันเป็นเวลานานอาจส่งผลเสียต่อร่างกายในทุก ๆ ส่วน¹⁷ อาทิ สมอง ตับ ระบบทางเดินอาหาร ระบบสืบพันธุ์ ผลต่อวงจรการนอน ซึ่งอาจทำให้เกิดโรคต่าง ๆ เช่น โรคสมองเสื่อม โรคความจำบกพร่อง โรคตับแข็ง โรคตับวาย โรคกระเพาะอาหารอักเสบ โรคหลอดเลือดหัวใจอุดตัน โรคความดันโลหิตสูง เป็นต้น

¹³ Hfocus, “เจาะลึกระบบสุขภาพ พฤติกรรมการดื่มแอลกอฮอล์ของคนไทยและปัจจัยส่งเสริม” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://www.hfocus.org/content/2017/10/14639> [28 พฤศจิกายน 2564]

¹⁴ กรมควบคุมโรค, “เหล้าเถื่อน มหันตภัยร้าย คร่าชีวิต,” *วารสารจิตเวชและสุขภาพ* 7, 4 (กันยายน 2563): หน้า 1-4.

¹⁵ ไทยพีบีเอส, “โอกาส ความหวัง สุราชุมชนไทย” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://news.thaipbs.or.th/content/274055> [28 พฤศจิกายน 2564]

¹⁶ วราพร ชลออำไพ และ วัชรชัย รุจิโรจน์กุล, “ระดับแอลกอฮอล์ในเลือดและอุบัติเหตุจราจรทางบก เขตระยองเศรษฐกิจภาคตะวันออกปี พ.ศ. 2560,” *วารสารพิษวิทยาไทย* (กันยายน 2562): หน้า 15-16.

¹⁷ สำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ, “ผลของสุราและแอลกอฮอล์ที่มีต่อร่างกาย” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://bit.ly/3GtktHW> [29 พฤศจิกายน 2564]

เหตุผลในการการจัดเก็บภาษี กฎกระทรวงการผลิตสุรา พ.ศ. 2565 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับการผลิตสุราเพื่อการบริโภคระบุหมายเหตุของการประกาศใช้กฎหมายดังกล่าวว่า “เหตุผลในการประกาศใช้กฎกระทรวงฉบับนี้เพื่อปรับปรุงขั้นตอนและวิธีการขอใบอนุญาตและการออกใบอนุญาตผลิตสุราทั้งการผลิตสุราที่มีใช้เพื่อการค้า และการผลิตสุราเพื่อการค้าให้เกิดความชัดเจน อันจะทำให้การบริหารการจัดเก็บภาษีและการควบคุมคุณภาพและมาตรฐานการผลิตสุราเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ” ประกอบกับสถิติการจัดเก็บภาษีสุราและยาสูบ หรือที่เรียกว่าภาษีบาป (Sin Tax) ตลอดระยะเวลา 15 ปีที่ผ่านมากรมสรรพสามิตเก็บภาษิดังกล่าวเป็นจำนวนกว่า 2.21 ล้านล้านบาท¹⁸ ประกอบด้วยภาษียาสูบ 730,310 ล้านบาท ภาษีเหล้า 626,263 ล้านบาท และภาษีเบียร์ 852,779 ล้านบาท ซึ่งในปี พ.ศ. 2557 ผู้ผลิตเบียร์เสียภาษีให้กรมสรรพสามิต 76,559 ล้านบาท ในปี พ.ศ. 2558 เสียภาษี 80,114 ล้านบาท ซึ่งจะเห็นได้ว่าทุก ๆ ปีภาษีในส่วนนี้จะเพิ่มขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ หากทางภาครัฐอนุญาตให้ประชาชนสามารถผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคได้โดยไม่เสียค่าธรรมเนียมหรือภาษี อาจส่งผลให้รายได้ของรัฐในส่วนที่กล่าวมาลดน้อยลง จึงทำให้ภาครัฐนาระบบใบอนุญาตซึ่งมีการจัดเก็บค่าธรรมเนียมมาใช้กับการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภค อีกหนึ่งสาเหตุที่บ่งชี้ว่าเหตุผลที่ภาครัฐไม่อนุญาตให้ประชาชนผลิตสุราเพื่อการบริโภคโดยไม่มีใบอนุญาตเป็นเรื่องของภาษี คือคำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 376/2552¹⁹ ซึ่งมีใจความสำคัญดังนี้ “พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 เป็นกฎหมายสรรพสามิตที่บัญญัติเกี่ยวกับการบริหาร การจัดการ การควบคุมดูแล และการจัดเก็บภาษีสรรพสามิต จึงบัญญัติห้ามมิให้ผู้ใดทำสุรา เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากอธิบดีกรมสรรพสามิต เพื่อไม่ให้ประชาชนทำสุราขึ้นเอง แต่รัฐประสงค์ให้การผลิตสุราอยู่ในความควบคุมของรัฐเพื่อประโยชน์ในทางภาษีอากร และมีได้มีเจตนารมณ์ที่จะให้ประชาชนทำสุราใช้เองโดยไม่ต้องเสียภาษี”

4.3 กฎหมายที่ใช้บังคับกับการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภค

กฎหมายที่ใช้บังคับเกี่ยวกับการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคในปัจจุบันมี 2 ฉบับ คือ พระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560 และกฎกระทรวงการผลิตสุรา พ.ศ. 2565 โดยมีรายละเอียดดังนี้

พระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการผลิตสุราเอาไว้ในมาตรา 153 โดยมีหลักการดังนี้

“ผู้ใดประสงค์จะผลิตสุราหรือมีเครื่องกลั่นสำหรับผลิตสุราไว้ในครอบครองให้ยื่นคำขออนุญาตต่ออธิบดี และต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่อธิบดีประกาศกำหนด

¹⁸ ไทยพับลิก้า, “ทางข้อมูลรายได้ภาษีเหล้า-บุหรี่ ก้อนใหญ่อยู่ในมือใคร? “ [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://thaipublica.org/2017/09/sin-tax-who-is-the-big-one/> [29 พฤศจิกายน 2564]

¹⁹ คำพิพากษาศาลปกครองกลาง, คดีหมายเลขแดงที่ 376/2552

การขออนุญาตและการออกใบอนุญาตตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง”

โดยหากฝ่าฝืนทำการผลิตสุราโดยไม่ขอใบอนุญาตตามมาตรา 153 จะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 100,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามมาตรา 193 ทั้งนี้หลักเกณฑ์ในการขอใบอนุญาตผลิตสุราเพื่อการบริโภคได้บัญญัติเอาไว้ในกฎกระทรวงการผลิตสุรา พ.ศ. 2565 โดยมีรายละเอียดดังนี้

กฎกระทรวงการผลิตสุรา พ.ศ. 2565 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการยื่นขอใบอนุญาตผลิตสุราที่ไม่ใช่เพื่อการค้า เอาไว้ในข้อที่ 7 และข้อที่ 8 โดยมีรายละเอียดดังนี้

- 1) ผู้ที่ขอใบอนุญาตผลิตสุราจะต้องมีอายุไม่น้อยกว่า 20 ปี
- 2) ผู้ที่ขอจะต้องแสดงเลขประจำตัวประชาชนหรือเลขทะเบียนนิติบุคคลของผู้ยื่นคำขอรับใบอนุญาต
- 3) ผู้ที่ขอต้องแสดงแผนที่หรือพิกัดแสดงที่ตั้งของสถานที่ที่จะใช้ผลิตสุราที่ไม่ใช่เพื่อการค้า
- 4) ผู้ที่ขอต้องแสดงรายละเอียดของเครื่องกลั่นสำหรับผลิตสุรา ชนิดสุราที่จะผลิต ส่วนผสมหรือส่วนประกอบที่ใช้ในการผลิต ขั้นตอนการผลิต และปริมาณการผลิต
- 5) ผลิตสุราได้ไม่เกิน 200 ลิตรต่อปี
- 6) สถานที่ที่จะผลิตสุรามีพื้นที่เพียงพอที่จะผลิตสุราโดยไม่ก่อให้เกิดอันตรายหรืออาจก่อเหตุเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้อื่น

เมื่อทำการยื่นคำขอแล้วให้เจ้าพนักงานสรรพสามิตผู้ที่อธิบดีมอบหมายให้ตรวจสอบรายละเอียดคำขอตามข้อ 9 และ 10 และให้ผู้ขอใบอนุญาตชำระค่าธรรมเนียม หากไม่ชำระค่าธรรมเนียมให้ถือว่าผู้นั้นสละสิทธิการเป็นผู้ได้รับใบอนุญาตผลิตสุรา และหากผลิตสุราเพื่อการบริโภคไม่ว่าจะเป็นเบียร์ วิสกี้ บรั่นดี ฯ โดยไม่ได้รับใบอนุญาตเท่ากับเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 153 ตามพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560 ซึ่งจะต้องระวางโทษทางอาญาตามมาตรา 193

5. มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคในครัวเรือนในต่างประเทศ

ในหัวข้อนี้จะทำการศึกษาทบทวนนิติกฎหมายที่เกี่ยวกับการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภค รวมทั้งมาตรการต่าง ๆ ที่ใช้ในการควบคุมการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคของต่างประเทศ โดยจะทำการศึกษาทั้งประเทศที่อนุญาตให้ผลิตเบียร์เพื่อการบริโภค และประเทศที่กำหนดให้การผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคเป็น

ความผิดอาญา เพื่อให้เห็นว่าประเทศที่อนุญาตให้ประชาชนสามารถผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคและประเทศที่ไม่อนุญาตให้ประชาชนผลิตเบียร์เพื่อการบริโภค มีแนวคิดในเรื่องนี้อย่างไร โดยมีรายละเอียดดังนี้

5.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ถึงแม้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ให้สิทธิและเสรีภาพในด้านต่าง ๆ แก่ประชาชนเป็นอย่างมาก แต่ในช่วงปี ค.ศ. 1919 ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ออกกฎหมาย Volstead Act²⁰ ซึ่งบัญญัติห้ามการผลิต การจำหน่าย และการนำเข้าเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ อันเนื่องมาจากแนวคิดเรื่องของสุขภาพ กฎหมายดังกล่าวส่งผลให้การผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคถูกห้ามตามไปด้วย โดยหากมีการฝ่าฝืนจะต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 1,000 ดอลลาร์ หรือจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ²¹ เห็นได้ว่า Volstead Act มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากเกินไป อีกทั้งยังสร้างผลกระทบในด้านต่าง ๆ เช่น การนำสุราเถื่อนเข้ามาจำหน่ายโดยองค์กรอาชญากรรมส่งผลให้เกิดปัญหาองค์กรอาชญากรรมตามมา ทำให้ในเดือนมีนาคม ค.ศ. 1933 ประธานาธิบดีแฟรงคลิน ดี รูสเวลต์ (Franklin D. Roosevelt) ได้ลงนามแก้ไข Volstead Act โดยอนุญาตให้ผลิตและจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่มีแอลกอฮอล์ไม่เกิน 4 เปอร์เซ็นต์²² โดยยังคงห้ามการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคเองในครัวเรือน ต่อมาในปี ค.ศ. 1978 ประธานาธิบดีจิมมี คาร์เตอร์ (Jimmy Carter) ได้ลงนามใน Bill HR 1337²³ ซึ่งอนุญาตให้ประชาชนสามารถผลิตเบียร์และไวน์เพื่อการบริโภคในครัวเรือนได้ เป็นผลให้ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีกฎหมายระดับรัฐบาลกลางอนุญาตให้ประชาชนสามารถผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคได้ การอนุญาตนี้มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1979 โดยกฎหมายฉบับนี้มีแนวคิดมาจาก 1. เพื่อเป็นการลดทอนอาชญากรรมเนื่องจากการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคได้เป็นการกระทำที่ร้ายแรงอันจะต้องกำหนดให้เป็นความผิดอาญา 2. เป็นการให้สิทธิและเสรีภาพแก่ผู้ผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคที่จะสามารถทำเบียร์และไวน์ในแบบที่ประชาชนต้องการ สำหรับกฎหมายรัฐบาลกลางในเรื่องการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคบัญญัติอยู่ในข้อบัญญัติแห่งรัฐบาลกลาง (Code of Federal Regulation) มาตรา 25.205 ซึ่งบัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอนุญาตผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคไว้ดังนี้ 1.บุคคลผู้บรรลุนิติภาวะสามารถผลิตเบียร์เพื่อ

²⁰ American Homebrewers Association, “The Long Journey to Homebrew Legalization “ [Online] Available from: <https://www.homebrewersassociation.org/homebrewcommunity-culture/long-journey-homebrew-legalization/> [11 December 2021]

²¹ Christopher J. Fraga, “A Room with a Brew: A Comparative Look at Homebrewing Laws in Japan & the United States “ [Online] Available from: <https://bit.ly/3J3DH75> [12 March 2022]

²² American Homebrewers Association, “The Long Journey to Homebrew Legalization “ [Online] Available from: <https://www.homebrewersassociation.org/homebrewcommunity-culture/long-journey-homebrew-legalization/> [11 December 2021]

²³ BROOKSTON BEER BULLETIN, “Historic Beer Birthday: Alan Cranston,” [Online] Available from: <https://brookstonbeerbulletin.com/historic-beer-birthday-alan-cranston/> [15 June 2022]

การบริโภคภายในครัวเรือนได้โดยไม่ต้องเสียภาษี 2.การผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคจะต้องผลิตไม่เกินกว่า 200 แกลลอนต่อปี สำหรับกรณีภายในครัวเรือนมีผู้บรรลุนิติภาวะตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป หรือ 100 แกลลอนต่อปี สำหรับกรณีภายในครัวเรือนมีผู้บรรลุนิติภาวะคนเดียว

กฎหมายดังกล่าวมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดเอาไว้อย่างกว้างเท่านั้น มลรัฐต่าง ๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกาจะนำไปใช้หรือไม่ก็ได้ ซึ่งตั้งแต่ปีค.ศ. 2013 ทั้ง 50 มลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกาได้นำข้อบัญญัติแห่งรัฐบาลกลางดังกล่าวไปบัญญัติเป็นกฎหมายในมลรัฐของตนทั้งหมด เพียงแต่หลักเกณฑ์บางประการอาจบัญญัติแตกต่างกันออกไป เช่น บางมลรัฐกำหนดเป็นความผิดอาญาสำหรับผู้ผลิตเบียร์เกินปริมาณที่กำหนดแต่ในขณะเดียวกันในบางมลรัฐไม่ได้กำหนดให้การกระทำเช่นนั้นเป็นความผิดอาญา เนื่องจากข้อบัญญัติแห่งรัฐบาลกลางไม่ได้กำหนดบทลงโทษของการผลิตที่ฝ่าฝืนปริมาณดังกล่าว เช่น รัฐนอร์ท ดาโคตา ได้บัญญัติบทลงโทษของการผลิตเบียร์ที่ฝ่าฝืนปริมาณที่กำหนดเอาไว้ว่าเป็นความผิดอาญาประเภท A ซึ่งต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 360 วัน หรือปรับไม่เกิน 3,000 ดอลลาร์ เห็นได้ว่าในปัจจุบันการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคในครัวเรือนเป็นสิ่งที่ถูกกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้วสามารถทำการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคได้โดยไม่ต้องขอใบอนุญาตจากหน่วยงานของรัฐ ดังนั้นจึงไม่มีกรณีสำหรับการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคโดยไม่มีใบอนุญาตอันจะเป็นความผิดอาญา โดยใบอนุญาตการผลิตใช้สำหรับกรณีการผลิตสุรากลั่นเพื่อการบริโภค หรือการผลิตสุราเพื่อการค้าเท่านั้น

5.2 ประเทศสิงคโปร์

ก่อนปี ค.ศ. 2004 การผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคในครัวเรือนในประเทศสิงคโปร์เป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย ต่อมาในปี ค.ศ. 2004 รัฐบาลสิงคโปร์ผ่อนปรนให้บุคคลที่มีอายุมากกว่า 18 ปี สามารถทำการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคได้ โดยมีเงื่อนไขว่าต้องขอใบอนุญาตจากภาครัฐ ตาม CUSTOMS (AMENDMENT) REGULATIONS 2004 ซึ่งมีค่าธรรมเนียมอยู่ที่ 100 ดอลลาร์²⁴ โดยใบอนุญาตดังกล่าวมีอายุ 2 ปี นับจากวันที่ออก แต่อย่างไรก็ตามหากมีการฝ่าฝืนกล่าวคือทำการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคโดยไม่มีใบอนุญาต ยังคงกำหนดให้เป็นความผิดอาญา โดยต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 5,000 ดอลลาร์ ต่อมาในปี ค.ศ. 2008 รัฐบาลสิงคโปร์ได้ยกเลิกระบบใบอนุญาตสำหรับการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคในครัวเรือน ส่งผลให้บุคคลที่มีอายุมากกว่า 18 ปี สามารถทำการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคได้โดยไม่ต้องขอใบอนุญาตจากภาครัฐ เพียงแต่มีการกำหนดปริมาณในการผลิตว่าห้ามผลิตเบียร์เกิน 30 ลิตรต่อเดือน

หลักเกณฑ์การผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคในครัวเรือนได้บัญญัติเอาไว้ใน Custom Act, Chapter 70 section 13(1) Customs (Home-brewing of fermented liquors) (Exemption) Order โดยกำหนด

²⁴ Home Brew Co-op, "License to Brew," [Online] Available from: <http://homebrewco.com.sg/resources.html> [3 March 2022]

หลักเกณฑ์ไว้ดังนี้ 1. ต้องเป็นผู้มีอายุมากกว่า 18 ปี 2. กระบวนการผลิตต้องทำโดยการหมัก ไม่ใช่การกลั่น 3. ปริมาณการผลิต ต้องไม่เกินกว่า 30 ลิตรต่อครัวเรือนของบุคคลต่อเดือน 4. การผลิตเบียร์ต้องทำเพื่อการบริโภคภายในครัวเรือนและต้องไม่ใช่เพื่อการค้า หากประสงค์จะผลิตเบียร์หรือไวน์หรือสุราอย่างอื่นเพื่อการค้า จะต้องขอใบอนุญาตจากภาครัฐเสียก่อน หากฝ่าฝืนจะต้องระวางโทษดังนี้ กล่าวคือ ในการกระทำความผิดครั้งแรกจะถูกปรับไม่น้อยกว่า 10 เท่าของจำนวนภาษีที่จะต้องเสีย หรือ 5,000 ดอลลาร์ แล้วแต่จำนวนใดจะน้อยกว่า และในการกระทำความผิดครั้งต่อ ๆ ไป จะต้องถูกปรับไม่น้อยกว่า 10 เท่าของจำนวนภาษีที่จะต้องเสีย หรือ 5,000 ดอลลาร์ แล้วแต่จำนวนใดจะน้อยกว่า หรือจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ ตาม CUSTOM ACT 1960 มาตรา 128L(2) และ 128L(3) ตามลำดับ

จากที่กล่าวไปเห็นได้ว่าการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคในครัวเรือนของประเทศสิงคโปร์เคยมีการนำใบอนุญาตมาใช้ในการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคและกำหนดโทษอาญาสำหรับผู้ผลิตที่ฝ่าฝืนแต่อย่างไรก็ตามเนื่องจากปัญหาต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องค่าธรรมเนียม หรือสร้างภาระให้กับประชาชนเกินสมควร หรือปัญหาในการบังคับใช้ในทางปฏิบัติ ทำให้ในเวลาต่อมาประเทศสิงคโปร์ได้ยกเลิกใบอนุญาตดังกล่าวไป ส่งผลให้ผู้ที่มีอายุมากกว่า 18 ปี สามารถทำการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคได้โดยไม่ต้องขอใบอนุญาต อันส่งผลให้การผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคโดยไม่มีใบอนุญาตไม่เป็นความผิดอาญาอีกต่อไป

5.3 ประเทศอังกฤษ

ในอดีตประชาชนในประเทศอังกฤษสามารถผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคได้อย่างเสรี แต่ต่อมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1880 วิลเลียม แกลดสโตน (William Gladstone) นายกรัฐมนตรีในขณะนั้น ต้องการเก็บภาษีให้ได้มากขึ้นจึงออกกฎหมาย Inland Revenue Act 1880 ซึ่งบัญญัติให้การผลิตเบียร์หรือไวน์เพื่อการบริโภคจะกระทำได้อีกเมื่อได้รับใบอนุญาตจากภาครัฐ โดยใบอนุญาตดังกล่าวมีการจัดเก็บค่าธรรมเนียมเป็นรายปี หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามผู้นั้นจะต้องระวางโทษทางอาญา แต่อย่างไรก็ตามประชาชนส่วนใหญ่ประสงค์ที่จะผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคโดยไม่เสียค่าธรรมเนียมจึงส่งผลให้ประชาชนดังกล่าวไม่ขอใบอนุญาตการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคแต่กลับแอบผลิตเบียร์หรือไวน์เพื่อการบริโภคกันอย่างผิดกฎหมาย จากข้อมูลปี ค.ศ. 1960 พบว่ามีประชากรในประเทศอังกฤษเพียง 250 คนเท่านั้นที่ได้รับอนุญาตให้ผลิตเบียร์และไวน์เพื่อการบริโภคอย่างถูกกฎหมาย ต่อมาในปี ค.ศ. 1963 รัฐมนตรีกระทรวงการคลัง เรจินัลด์ โมลลิง (Reginald Maudling) ได้ยกเลิกใบอนุญาตการผลิตเบียร์และไวน์เพื่อการบริโภค โดยให้เหตุผลว่ารัฐบาลเก็บค่าธรรมเนียมได้น้อยไม่คุ้มกับค่าใช้จ่ายในการที่ภาครัฐต้องแบกรับและเพื่อให้ประชาชนมีสิทธิและเสรีภาพในการบริโภคเบียร์²⁵

²⁵ Boak & Bailey, “Happy Maudlingsday Home Brewers “ [Online] Available from: <https://boakandbailey.com/2013/04/maudling-homebrewers/> [3 March 2022]

หลักเกณฑ์ในการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคในครัวเรือนถูกบัญญัติเอาไว้ใน Alcoholic Liquor Duties Act 1979 มาตรา 47(5) โดยมีรายละเอียดดังนี้

“(1) ห้ามมิให้ผู้ใดผลิตเบียร์ เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตสรรพสามิตตามมาตรา ๕ ในการผลิตเบียร์ หรือได้รับการยกเว้นตามอนุมาตรา 5

(5) ในกรณีดังต่อไปนี้ผู้ผลิตเบียร์ไม่จำเป็นต้องมีใบอนุญาตในการผลิตเบียร์—

(a) สำหรับการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคในครัวเรือนของผู้ผลิตเบียร์เท่านั้นหรือเพื่อการบริโภคโดยคนงานในฟาร์มซึ่งจ้างโดยผู้ผลิตเบียร์ในระหว่างการทำงานหรือการจ้างงาน”

จากที่กล่าวไปเห็นได้ว่าการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคในครัวเรือนของอังกฤษมีความคล้ายคลึงกับประเทศสิงคโปร์ เนื่องจากในอดีตเคยมีการนำใบอนุญาตมาใช้บังคับกับการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคในครัวเรือนและกำหนดโทษอาญาสำหรับผู้ฝ่าฝืน แต่ต่อมาภาครัฐของประเทศอังกฤษได้มีการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวเนื่องจากเห็นว่าเป็นการกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และเห็นว่าการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคไม่ควรจะต้องเสียค่าธรรมเนียมให้กับรัฐ ส่งผลให้ในปัจจุบันบุคคลที่มีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไปสามารถผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคได้โดยไม่ต้องขอใบอนุญาตจากภาครัฐ และการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคโดยไม่มีใบอนุญาตย่อมไม่เป็นความผิดอาญาอีกต่อไป อีกทั้งสิ่งที่เด่นชัดในการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคของประเทศไทย คือ ประเทศไทยไม่ได้กำหนดปริมาณขั้นสูงสำหรับกรณีการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคเอาไว้ ดังนั้นจึงสามารถผลิตเบียร์เป็นจำนวนเท่าใดก็ได้เพียงแค่ห้ามนำออกจำหน่ายโดยหากต้องการที่จะจำหน่ายเบียร์ที่ผลิตเองหรือต้องการผลิตสุรากลั่น เช่น บรันดี้ ยิน วิสกี้ รัม เป็นต้น จะต้องได้รับใบอนุญาตจากหน่วยงานของรัฐก่อนจึงจะสามารถทำการดังกล่าวได้

5.4 ประเทศมาเลเซีย

ประเทศมาเลเซียมีชาวมุสลิมเป็นประชากรส่วนใหญ่ ประมาณ 60 เปอร์เซ็นต์²⁶ของประชากรทั้งหมดประมาณ 27 ล้านคน ชาวมุสลิมในประเทศมาเลเซียถูกห้ามไม่ให้ทำการผลิต จำหน่าย หรือบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์²⁷ เนื่องจากสาเหตุหลักสองประการ คือ คัมภีร์อัลกุรอานและกฎหมายชารีอะห์ โดย SYARIAH CRIMINAL OFFENCES (FEDERAL TERRITORIES) ACT 1997 มาตรา 19 ได้บัญญัติเอาไว้ดังนี้

²⁶ THE WALL STREET JOURNAL, “Severity of Islamic Law Fuels Debate in Malaysia,” [Online] Available from: <https://www.wsj.com/articles/SB125097405997351597> [2 March 2022]

²⁷ The Straits Times, “Liquor Control Bill: How Other Countries and Cities in Asia Tackle Drinking “ [Online] Available from: <https://www.straitstimes.com/singapore/liquor-control-bill-how-other-countries-and-cities-in-asia-tackle-drinking> [25 December 2021]

“(1) ผู้ใดเสฟเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสามพันริงกิตหรือจำคุกไม่เกินสองปี หรือทั้งจำทั้งปรับ

(2) ผู้ใดผลิต จำหน่าย เสนอจำหน่าย เครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันริงกิต หรือจำคุกไม่เกินสามปี หรือทั้งจำทั้งปรับ”

เนื่องจากประชากรส่วนใหญ่ในประเทศมาเลเซียเป็นชนมุสลิมกฎหมายที่เกี่ยวกับเครื่องดื่มแอลกอฮอล์จึงมีลักษณะเข้มงวดกว่าหลายประเทศทั่วโลก ถึงแม้ประเทศมาเลเซียจะมีได้ห้ามการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์อย่างเด็ดขาดโดยอนุญาตให้ทำการผลิตในรูปแบบโรงงานอุตสาหกรรมเพื่อการค้าที่ได้รับใบอนุญาตได้ แต่อย่างไรก็ตามการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคในประเทศมาเลเซียถูกบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาตาม Malaysian Legislation Excise Act 1976 มาตรา 20 (1) มีรายละเอียดดังนี้

“มาตรา 20(1) ภายใต้งบบังคับส่วนนี้ ห้ามมิให้ผู้ใดกลั่น หมัก หรือผลิตสินค้าที่ต้องเสียภาษี หรือผลิตยาสูบหรือสุรา เว้นแต่ได้รับใบอนุญาตตามแบบที่อธิบดีกำหนดและที่โรงกลั่นโรงเบียร์หรือสถานที่ผลิตอื่นที่ระบุไว้ในใบอนุญาตดังกล่าว”

หากผู้ใดฝ่าฝืนโดยทำการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์โดยไม่ได้รับใบอนุญาต หรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับการผลิต การกลั่น การหมัก หรือนำเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เข้ามาในประเทศโดยไม่ได้รับอนุญาต จะต้องระวางโทษตามมาตรา 74 กล่าวคือ หากกระทำความผิดในครั้งแรกจะต้องระวางโทษปรับไม่น้อยกว่า 10 เท่าของจำนวนภาษีที่จะต้องเสีย หรือ 10,000 ริงกิต แล้วแต่จำนวนใดจะน้อยกว่า และหากกระทำความผิดซ้ำอีกจะต้องระวางโทษหนักขึ้นโดยระวางโทษปรับไม่น้อยกว่า 20 เท่าของจำนวนภาษีที่จะต้องเสีย หรือ 10,000 ริงกิต แล้วแต่จำนวนใดจะน้อยกว่า หรือจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ

จากที่กล่าวไปเห็นได้ว่าในประเทศมาเลเซีย การผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย จึงไม่อนุญาตให้ผู้ใดไม่ว่าจะบรรลุนิติภาวะแล้วหรือไม่หรือเป็นชนมุสลิมหรือไม่ก็ตามทำการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคในครัวเรือน ซึ่งใบอนุญาตการผลิตเบียร์นั้นนำไปใช้กับการผลิตเบียร์เพื่อการค้าในรูปแบบของโรงงานอุตสาหกรรมเท่านั้น โดยหากฝ่าฝืนทำการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคจะต้องระวางโทษอาญา

6. วิเคราะห์ความผิดของการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคโดยไม่มีใบอนุญาต

ในหัวข้อนี้ผู้วิจัยจะทำการวิเคราะห์แบ่งออกเป็นสี่ประเด็น ดังนี้ ประเด็นแรก เป็นการวิเคราะห์ถึงรูปแบบในการควบคุมการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคในประเทศไทยว่าการนำใบอนุญาตมาควบคุมการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคมีความเหมาะสมหรือไม่ โดยเปรียบเทียบกับยาสูบซึ่งเป็นสินค้าที่มีลักษณะใกล้เคียงกัน และวิเคราะห์สถานะของกฎหมายที่ใช้บังคับเกี่ยวกับการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคว่า มีลักษณะเป็นอย่างไร มีความเหมาะสมหรือไม่ ประเด็นที่สอง เป็นการวิเคราะห์ถึงเหตุผลและความจำเป็น

ที่ภาครัฐห้ามการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคโดยไม่มีใบอนุญาตว่าเหตุผลดังกล่าวมีน้ำหนักหรือความเหมาะสมเพียงพอหรือไม่ ประเด็นที่สามเป็นการวิเคราะห์ความเหมาะสมของการกำหนดความผิดอาญาฐานการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคโดยไม่มีใบอนุญาตว่าสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดทางอาญาหรือไม่ และประเด็นสุดท้าย เป็นการวิเคราะห์มาตรการควบคุมการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคในครัวเรือนของต่างประเทศ

6.1 วิเคราะห์ถึงรูปแบบในการควบคุมการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคในประเทศไทย

ในหัวข้อนี้เป็นการวิเคราะห์รูปแบบของการนำใบอนุญาตมาควบคุมการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคและวิเคราะห์รูปแบบการควบคุมสินค้าชนิดอื่นที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับเบียร์ เพื่อพิจารณาว่าเป็นการเหมาะสมหรือไม่ ที่นำใบอนุญาตมาใช้ในการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภค และในลำดับถัดไปเป็นการวิเคราะห์ถึงสถานะของกฎกระทรวงการผลิตสุรา พ.ศ. 2565 ที่ใช้บังคับกับการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภค

วิเคราะห์การควบคุมสินค้าบาปที่ผลิตเพื่อการบริโภค จากที่กล่าวมาในหัวข้อที่ 4 เห็นได้ว่า แม้เบียร์และยาสูบเป็นสินค้าควบคุมที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน และต่างมีผลกระทบต่อร่างกายและสุขภาพของผู้บริโภคเช่นกัน และเมื่อพิจารณาในส่วนกฎหมายที่ใช้บังคับกับการผลิตยาสูบพบว่าเบียร์และยาสูบมีการใช้กฎหมายฉบับเดียวกันในการควบคุมคือพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560 อีกทั้งหลักเกณฑ์ในการขอใบอนุญาตสำหรับการผลิตสินค้าทั้งสองเพื่อการค้ามีลักษณะคล้ายคลึงกัน แต่ภาครัฐกลับนำระบบใบอนุญาตและโทษทางอาญามาใช้ในการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคแต่เพียงอย่างเดียว ในขณะที่การผลิตยาสูบเพื่อการบริโภคภาครัฐอนุญาตให้ทำการผลิตได้โดยไม่ต้องขอใบอนุญาตแต่เพียงแต่มีข้อกำหนดเรื่องปริมาณขั้นสูงที่สามารถผลิตได้และห้ามนำออกจำหน่ายเท่านั้น จึงเห็นสมควรว่าไม่ควรนำระบบใบอนุญาตมาใช้ในการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคในครัวเรือนเช่นกัน ซึ่งจะส่งผลให้การผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคในครัวเรือนโดยไม่มีใบอนุญาตไม่เป็นความผิดอาญา

วิเคราะห์สถานะกฎหมายที่อนุญาตให้ผลิตเบียร์เพื่อการบริโภค กฎหมายที่อนุญาตให้ผลิตเบียร์เพื่อการบริโภค คือกฎกระทรวงการผลิตสุรา พ.ศ. 2565 ซึ่งเป็นกฎหมายในระดับกฎกระทรวง ซึ่งมีปัญหา คือความไม่แน่นอนของตัวบทกฎหมายเนื่องจากกฎกระทรวงสามารถออก เพิกถอน หรือแก้ไขอย่างไรและเมื่อใดก็ได้ โดยรัฐมนตรีเพียงคนเดียว ซึ่งไม่ต้องผ่านการพิจารณาโดยสภาผู้แทนราษฎรถึง 3 วาระเหมือนกับกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ดังนั้นหากต้องการแก้ไขปัญหาดังกล่าวเกี่ยวกับการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคอย่างแท้จริง ผู้วิจัยเห็นสมควรที่จะให้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์ดังกล่าวเอาไว้ในพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทของเรื่องการผลิตสุราดังเช่นร่างพระราชบัญญัติสุราก้าวหน้าของพรรคก้าวไกลได้เคยเสนอเอาไว้ ประกอบกับในประเทศที่อนุญาตให้ผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคแล้วแต่มีการบัญญัติหลักเกณฑ์ดังกล่าวเอาไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรือรัฐธรรมนูญด้วยกันทั้งสิ้น เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และประเทศสิงคโปร์ ซึ่งผู้วิจัย

เห็นว่ากฎกระทรวงควรกำหนดแต่เพียงรายละเอียดปลีกย่อย เช่น เกณฑ์อายุที่สามารถผลิตได้ ปริมาณขั้นสูงที่จะผลิตได้ เป็นต้น ไม่ควรนำหลักการสำคัญมาบัญญัติเอาไว้ในกฎหมายระดับกฎกระทรวง

6.2 วิเคราะห์ถึงเหตุผลและความจำเป็นในการควบคุมการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภค

จากที่ได้กล่าวไปในหัวข้อที่ 5 เห็นได้ว่า เหตุผลที่ภาครัฐเข้ามาควบคุมการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภค คือ 1.การจัดเก็บภาษี และ 2.ความสะอาดปลอดภัยของน้ำสุรา ผู้วิจัยเห็นว่าแม้เบียร์จะเป็นสินค้าบาปอันสมควรที่จะถูกจัดเก็บภาษี แต่การจัดเก็บภาษีดังกล่าวควรจะต้องจัดเก็บเฉพาะกรณีการผลิตเพื่อการค้าหรือเพื่อจำหน่ายเท่านั้น เนื่องจากการกระทำดังกล่าวยังอยู่ในกรอบของการผลิตเพื่อใช้หรือบริโภคเอง ย่อมไม่ก่อให้เกิดรายได้ต่อผู้ผลิตจึงไม่ควรที่จะถูกจัดเก็บภาษีหรือค่าธรรมเนียม ประกอบกับการผลิตสินค้าซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกันอย่างสาบั้นนั้นไม่ต้องเสียภาษีหรือค่าธรรมเนียมให้แก่ภาครัฐแต่อย่างใด และเมื่อพิจารณาการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคของต่างประเทศพบว่าไม่ต้องเสียภาษีหรือค่าธรรมเนียมให้ภาครัฐเช่นกัน ดังนั้นเหตุผลที่มีการห้ามการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคโดยไม่มีใบอนุญาตเพียงเพราะว่าภาครัฐต้องการจัดเก็บภาษีให้ได้มากยิ่งขึ้น ย่อมไม่น่าหนักเพียงพอนำโทษอาญา และใบอนุญาตมาใช้ในการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภค

ในส่วนเรื่องสุขภาพและความสะอาดปลอดภัย เนื่องจากกระบวนการผลิตสุรากลั่นจำพวก วิสกี้ บรั่นดี ยิน กับเบียร์ซึ่งเป็นสุราแช่ มีความแตกต่างกันเนื่องจากแอลกอฮอล์ของเบียร์เกิดจากการกระบวนการบ่มหรือการหมักน้ำตาลที่อยู่ในพวกธัญพืช แต่แอลกอฮอล์ของสุรากลั่นเกิดจากการกระบวนการกลั่นแอลกอฮอล์ ดังนั้นปริมาณแอลกอฮอล์ที่ได้จึงต่างกันโดยเบียร์มีแอลกอฮอล์โดยปริมาตร (ABV) ประมาณร้อยละ 4 ถึง 6 แต่แอลกอฮอล์ที่เกิดจากการกลั่นจะสูงถึงประมาณร้อยละ 28 ถึง 50 ซึ่งส่งผลกระทบต่อร่างกายและความมีเม้าของผู้บริโภคที่แตกต่างกัน และเฉพาะกระบวนการกลั่นเท่านั้นที่หากทำโดยไม่ได้มาตรฐานอาจก่อให้เกิดเมทานอลซึ่งเป็นแอลกอฮอล์ชนิดที่ไม่สามารถบริโภคได้หากมีการบริโภคเข้าไปอาจเป็นพิษต่อร่างกาย ขณะที่กระบวนการบ่มหรือหมักเบียร์จะไม่ก่อให้เกิดเมทานอลแต่จะก่อให้เกิดเอทานอลซึ่งเป็นแอลกอฮอล์ชนิดที่สามารถบริโภคเท่านั้น และถึงแม้เบียร์ที่ผลิตจะเกิดการปนเปื้อนหรือเสีย ก็สามารถรับรู้ได้โดยง่ายไม่ว่าจะสังเกตจากสี กลิ่น หรือรสชาติ และถึงแม้จะมีการบริโภคเบียร์ที่เสียเข้าไปก็มิได้แตกต่างกับการบริโภคอาหารที่หมดอายุเข้าไป จากที่กล่าวไปเห็นว่าการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคนั้นไม่ได้ก่อให้เกิดปัญหาต่อสุขภาพและความสะอาดปลอดภัยจนถึงขนาดที่รัฐจะต้องเข้ามาควบคุมโดยใช้ใบอนุญาตและโทษทางอาญา

6.3 วิเคราะห์ความเหมาะสมในการกำหนดให้การผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคโดยไม่มีใบอนุญาตเป็นความผิดอาญา

กฎกระทรวงการผลิตสุราพ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้บุคคลที่มีอายุไม่น้อยกว่า 20 ปีบริบูรณ์สามารถขอใบอนุญาตผลิตเบียร์ที่มีใช้เพื่อการค้าได้ โดยกฎกระทรวงการผลิตสุรา พ.ศ. 2560 ออกโดย

อาศัยอำนาจพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560 มาตรา 153 วรรค 2 โดยหากผู้ใดทำการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคโดยไม่ขอใบอนุญาตจากอธิบดีกรมสรรพสามิตตามกฎหมายกระทรวงการผลิตสุราก็ถือว่าผู้นั้นไม่ปฏิบัติตามมาตรา 153 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 100,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามมาตรา 193

เมื่อพิจารณาแนวคิดและหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดทางอาญาสำหรับการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคโดยไม่มีการขอใบอนุญาตตามแนวคิดและทฤษฎีทางนิติศาสตร์พบว่าการบัญญัติให้การกระทำความผิดดังกล่าวเป็นความผิดทางอาญาไม่สอดคล้องกับแนวคิดและทฤษฎีการกำหนดความผิดอาญาที่ตั้งอยู่บนพื้นฐาน ดังนี้

การกระทำความผิดดังกล่าวมีลักษณะเป็นการกระทำที่ร้ายแรง อันสมควรถูกบัญญัติให้เป็นความผิดอาญา ซึ่งการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคไม่ได้มีลักษณะเป็นการกระทำอันร้ายแรงหรือมีลักษณะที่รุนแรง อันกระทบต่อสังคมส่วนรวมอันจะต้องกำหนดให้เป็นความผิดอาญา เนื่องจากการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคเองโดยไม่มีการขอใบอนุญาตเป็นการกระทำที่มีได้เกิดจากเจตนาชั่วร้ายของผู้กระทำแต่อย่างใด เป็นเพียงแต่การทำเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เพื่อการบริโภคเองเพื่อการสังสรรค์หรือการผ่อนคลายแต่เพียงเท่านั้นและการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคในหลายประเทศก็อนุญาตให้ประชาชนสามารถทำการผลิตได้

การกระทำความผิดดังกล่าวมีลักษณะขัดต่อหลักศีลธรรมอันดีของประชาชน ถึงแม้ว่าการบริโภคสุราจะถูกห้ามตามศีล 5 ข้อที่ 5 ของพุทธศาสนา แต่อย่างไรก็ตามหลักธรรมคำสอนของพุทธศาสนาในข้อดังกล่าวมิได้เป็นกฎหมายและมีผลบังคับให้ประชาชนต้องปฏิบัติตามอย่างเด็ดขาดดังเช่นประเทศที่ปกครองด้วยระบอบศาสนา เช่น ประเทศมาเลเซีย ประเทศบรูไน เป็นต้น ที่มีการนำหลักธรรมคำสอนของศาสนาอิสลามมาบังคับใช้เป็นกฎหมายโดยห้ามชาวมุสลิมบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์โดยเด็ดขาด ประกอบกับในปัจจุบันการบริโภคเบียร์มิใช่สิ่งที่มีศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใดเนื่องจากเป็นสิ่งปกติที่พบเห็นได้โดยทั่วไปในสังคมปัจจุบัน

การกระทำความผิดดังกล่าวมีลักษณะเป็นภัยอันตรายต่อบุคคลอื่น การผลิตหรือทำเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เพื่อการบริโภคผู้ที่ได้รับผลกระทบคือตัวผู้บริโภค ซึ่งในวิจัยเล่มนี้ได้จำกัดขอบเขตอยู่ที่การผลิตเพื่อการบริโภคเท่านั้นมิได้รวมถึงการยกเลิกความผิดอาญาสำหรับการผลิตเพื่อจำหน่ายโดยไม่มีการขอใบอนุญาตด้วย ดังนั้นเมื่อเป็นการผลิตเพื่อการบริโภคเองย่อมไม่เป็นภัยอันตรายต่อผู้อื่นแต่อย่างใด ในส่วนสุราที่อยู่ในขอบเขตของการวิจัยเล่มนี้คือสุราแข็งชนิดเบียร์แต่เพียงเท่านั้น ไม่รวมถึงสุรากลั่นจำพวก วิสกี้ บรั่นดี ดิน ด้วย เมื่อพิจารณาถึงกระบวนการผลิตตามที่ได้กล่าวไปแล้วในหัวข้อที่ 5 เห็นได้ว่าผลผลิตสุราที่เกิดจากการหมักหรือการบ่ม เช่น เบียร์นั้นมีได้อันตรายดังกรณีสุรากลั่น เนื่องจากผลกระทบจากการหมักหรือการบ่มจะไม่ก่อให้เกิดแอลกอฮอล์ชนิดที่บริโภคไม่ได้ แต่การกลั่นสุราหากทำโดยกระบวนการที่ไม่ได้

มาตรฐานอาจก่อให้เกิดแอลกอฮอล์ชนิดที่บริโภคไม่ได้ ซึ่งหากบริโภคเข้าไปอาจเป็นอันตรายต่อตัวผู้บริโภค

จากที่ได้กล่าวไปเห็นได้ว่าการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคโดยไม่มีใบอนุญาตไม่ได้มีลักษณะที่เป็นการกระทำร้ายแรงหรือเกิดจากเจตนาชั่วร้าย หรือมีลักษณะเป็นการขัดต่อหลักศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือมีลักษณะเป็นภัยอันตรายต่อบุคคลอื่นหรือกระทบต่อสังคมส่วนรวม จึงไม่ควรที่จะกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญา และเห็นได้ว่ากฎหมายที่ออกมาดังกล่าวไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ในปัจจุบัน จึงก่อให้เกิดปัญหากฎหมายอาญาฟ้อ (Over Criminalization) ทำให้ภาครัฐต้องสิ้นเปลืองทรัพยากรมาใช้ควบคุมกับการกระทำที่ไม่สมควรกำหนดให้เป็นความผิด อีกทั้งการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคควรเป็นสิทธิและเสรีภาพของของประชาชนที่พึงกระทำได้ ประกอบกับตามพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560 มาตรา 4 นั้นอนุญาตให้ประชาชนสามารถผลิตยาสูบจำนวนไม่เกินห้าร้อยกรัมหรือยาสูบประเภทยาเส้นจำนวนไม่เกินหนึ่งกิโลกรัมเพื่อการบริโภคเองได้โดยไม่ต้องขอใบอนุญาต ทำให้เห็นว่าแท้จริงแล้วกฎหมายต่าง ๆ ที่ออกมาเพื่อควบคุมการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ไม่ว่าจะเป็นการผลิตเพื่อจำหน่ายหรือการผลิตเพื่อการบริโภค ล้วนแล้วแต่มีเพื่อการจัดเก็บภาษีและแนวคิดที่จะผูกขาดการผลิตให้อยู่ในกลุ่มคนเพียงไม่กี่กลุ่มในประเทศไทย โดยเห็นว่าเหตุผลอื่น เช่น เรื่องสุขภาพและความสะอาดปลอดภัยเป็นเพียงเหตุผลรองในการกำหนดห้ามมิให้ผลิตสุราเพื่อการบริโภคเองโดยไม่มีใบอนุญาต

พิจารณาหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญาตามมาตรา 77 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 พบว่าการจะกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญาจะต้องเป็นกรณีที่เป็นกล่าวคือไม่สามารถนำมาตราการอื่นใดมาใช้ในการกระทำนั้นได้ และต้องเป็นการกระทำที่ร้ายแรงอันสมควรถูกกำหนดให้เป็นความผิดอาญา เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ตามมาตรา 77 ประกอบกับหลักเกณฑ์การกำหนดโทษอาญา ตามคำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย ซึ่งอธิบายนิยามของคำว่า การกระทำที่ร้ายแรง พบว่าการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคโดยไม่มีใบอนุญาตมิใช่การกระทำที่ร้ายแรงอันสมควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญา และมิได้มีกรณีจำเป็นที่จะต้องกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแต่อย่างใด และจากที่ได้พิจารณาหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญาตามพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 เห็นว่าการกระทำดังกล่าวมิใช่การกระทำที่มีลักษณะกระทบกระทั่งต่อความมั่นคงหรือความปลอดภัยของประเทศ หรือเป็นการกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง หรือมีผลเป็นการกระทบต่อสังคมส่วนรวม อีกทั้งยังเป็นกรณีที่สามารถนำมาตราการอื่นมาใช้บังคับกับการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคได้อย่างมีประสิทธิภาพแทนการนำโทษทางอาญามาใช้บังคับ

6.4 วิเคราะห์มาตรการควบคุมการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคในครัวเรือนของต่างประเทศ

จากการศึกษาค้นคว้ากฎหมายเกี่ยวกับการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคในต่างประเทศ ทั้ง 4 ประเทศ อันได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศสิงคโปร์ และประเทศมาเลเซีย พบว่าในอดีต ประเทศอังกฤษและสิงคโปร์เคยมีการออกกฎหมายที่จะต้องขอใบอนุญาตสำหรับการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคในครัวเรือน และมีการใช้โทษทางอาญาสำหรับการผลิตที่ฝ่าฝืนข้อห้ามดังกล่าว แต่ในเวลาต่อมาทั้งประเทศสิงคโปร์และประเทศอังกฤษได้มีการยกเลิกกฎหมายดังกล่าว ประเทศสหรัฐอเมริกา ในสมัยอดีตเคยมีการห้ามการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคแต่ในปัจจุบันได้ยกเลิกกฎหมายดังกล่าวและอนุญาตให้สามารถผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคได้โดยไม่ต้องขอใบอนุญาตในการผลิต จากทั้ง 4 ประเทศ มีเพียงประเทศมาเลเซียเท่านั้นที่ยังคงมีการใช้โทษทางอาญาบังคับกับการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคในครัวเรือน โดยมีรายละเอียดดังนี้

ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ให้บุคคลที่บรรลุนิติภาวะสามารถทำการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภค เอาไว้ในข้อบัญญัติแห่งรัฐบาลกลาง (Code of Federal Regulation) มาตรา 25.205 ซึ่งอนุญาตให้บุคคลที่บรรลุนิติภาวะผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคโดยไม่ต้องขอใบอนุญาตหรือเสียค่าธรรมเนียมให้หน่วยงานของรัฐ เพียงแต่มีการกำหนดปริมาณขั้นสูงที่ผลิตได้ดังนี้ 1.100 แกลลอน ต่อปีกรณีภายในครัวเรือนมีผู้บรรลุนิติภาวะเพียงคนเดียว 2.200 แกลลอนต่อปีกรณีภายในครัวเรือนมีผู้บรรลุนิติภาวะตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป และเบียร์ที่ผลิตได้ห้ามนำออกจำหน่ายโดยไม่ได้รับใบอนุญาต ในส่วนปริมาณขั้นสูงที่ผลิตได้หากมีการผลิตโดยฝ่าฝืนปริมาณดังกล่าวจะมีโทษหรือไม่อย่างไรขึ้นอยู่กับกฎหมายของแต่ละรัฐ ยกตัวอย่างเช่นรัฐแคลิฟอร์เนียไม่ได้กำหนดโทษสำหรับการผลิตที่ฝ่าฝืนปริมาณขั้นสูง ในขณะที่รัฐนอร์ท ดาโคตา ได้กำหนดโทษเอาไว้ใน North Dakota Century Code § 5-01-04 โดยหากฝ่าฝืนจะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 360 วัน หรือปรับไม่เกิน 3,000 ดอลลาร์สหรัฐ แต่อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติเจ้าหน้าที่มิได้ตรวจสอบว่าบ้านหลังใดมีการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคเกินปริมาณขั้นสูงที่กำหนดหรือไม่

ประเทศสิงคโปร์ ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ให้บุคคลที่มีอายุมากกว่า 18 ปี สามารถทำการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภค เอาไว้ใน Custom Act, Chapter 70 section 13(1) Customs (Home-brewing of fermented liquors) (Exemption) Order ซึ่งอนุญาตให้บุคคลที่อายุมากกว่า 18 ปี สามารถผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคได้โดยไม่ต้องขอใบอนุญาตหรือเสียค่าธรรมเนียมให้หน่วยงานของรัฐ เพียงแต่มีการกำหนดปริมาณขั้นสูงที่จะผลิตได้ โดยห้ามผลิตเกิน 30 ลิตรต่อเดือนและเบียร์ที่ผลิตได้ห้ามนำออกจำหน่ายโดยไม่ได้รับใบอนุญาต อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติเจ้าหน้าที่มิได้ตรวจสอบว่าบ้านหลังใดมีการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคเกินปริมาณขั้นสูงที่กำหนดหรือไม่เช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งใบอนุญาตและโทษอาญาสำหรับการฝ่าฝืนจะนำไปใช้กับการผลิตสุราเพื่อการค้าหรือผลิตสุรากลั่นเพื่อการบริโภค

ประเทศอังกฤษ ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ให้บุคคลที่มีอายุตั้งแต่ 18 ขึ้นไปสามารถทำการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภค เอาไว้ใน Alcoholic Liquor Duties Act 1979 ซึ่งอนุญาตให้ผู้ผลิตสามารถทำได้โดยไม่ต้องขอใบอนุญาตหรือเสียค่าธรรมเนียมให้หน่วยงานของรัฐ อีกทั้งยังได้มีการกำหนดปริมาณขั้นสูงที่จะผลิตได้ดังเช่นประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศสิงคโปร์ เพียงแต่กำหนดห้ามมิให้นำเบียร์ที่ผลิตได้ออกจำหน่ายเท่านั้น

ประเทศมาเลเซีย ไม่ว่าบุคคลจะมีอายุเท่าใดก็ไม่สามารถทำการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคเองได้เนื่องจากภาครัฐได้กำหนดให้การกระทำเช่นนั้นเป็นความผิดอาญา ซึ่งได้มีการบัญญัติหลักการดังกล่าวเอาไว้ใน Malaysian Legislation Excise Act 1976 โดยกำหนดให้ผลิตเบียร์ในรูปแบบโรงงานอุตสาหกรรมเพื่อการค้านั้น และผู้ที่ทำการผลิต จำหน่าย และบริโภค จะต้องไม่ใช่คนมุสลิม โดยหากฝ่าฝืนจะต้องระวางโทษตาม SYARIAH CRIMINAL OFFENCES (FEDERAL TERRITORIES) ACT 1997

จากที่ได้กล่าวไปเห็นได้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และประเทศสิงคโปร์ ล้วนแล้วแต่เคยมีการควบคุมการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคด้วยกันทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นการห้ามผลิตโดยเด็ดขาดแบบประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งต่อมาก็ได้มีการยกเลิกความผิดอาญาสำหรับการกระทำความผิดอันเนื่องมาจากแนวคิดในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของบุคคล หรือเคยมีการควบคุมโดยการใช้ใบอนุญาตและกำหนดโทษอาญาสำหรับการ ฝ่าฝืนเอาไว้ดังเช่นในประเทศอังกฤษและประเทศสิงคโปร์ ซึ่งต่อมาได้มีการยกเลิกการใช้ระบบใบอนุญาตกับการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภค อันเนื่องมาจากแนวคิดในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของบุคคลและภาครัฐเห็นว่ารายได้จากค่าธรรมเนียมที่ภาครัฐได้รับไม่เพียงพอกับรายจ่ายที่ภาครัฐเสียไป ส่งผลให้บุคคลที่อายุถึงเกณฑ์ที่กำหนดสามารถทำการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคได้โดยไม่เป็นความผิดอาญาแม้ไม่ขอใบอนุญาตจากภาครัฐ

7. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

บทสรุป สรุปจากที่ได้กล่าวไปในข้างต้นผู้วิจัยเห็นว่าการนำใบอนุญาตมาใช้บังคับกับการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคนั้นไม่มีความเหมาะสมเนื่องจากการกระทำความผิดดังกล่าวยังอยู่ในกรอบของการผลิตเพื่อใช้หรือเพื่อการบริโภคเอง มิได้ทำเพื่อการค้าหรือนำออกจำหน่าย ประกอบกับการศึกษาพบว่าสินค้าในลักษณะเดียวกันอย่างยาสูบภาครัฐมิได้นำใบอนุญาตมาใช้บังคับกับการผลิตเพื่อการบริโภคแต่อย่างใด จากการศึกษาพบว่าสาเหตุหลักที่ภาครัฐนำใบอนุญาตมาใช้บังคับกับการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคเป็นเรื่องของการจัดเก็บภาษี อีกทั้งเมื่อพิจารณารูปแบบการควบคุมการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคในต่างประเทศพบว่าไม่มีประเทศใดบังคับให้การผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคต้องขอใบอนุญาตหรือเสียค่าธรรมเนียมให้แก่รัฐ ผู้วิจัยจึงเห็นสมควรที่จะยกเลิกการนำใบอนุญาตมาใช้บังคับกับการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภค และเมื่อพิจารณาฎกระทรวงการผลิตสุรา พ.ศ. 2565 ประกอบกับพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560

ที่กำหนดให้การผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคโดยไม่มีใบอนุญาตเป็นความผิดอาญานั้นเห็นว่าไม่สอดคล้องกับแนวคิดและทฤษฎีในการกำหนดความผิดอาญาทั้งในต่างประเทศและในประเทศไทย และเมื่อศึกษากฎหมายของหลาย ๆ ประเทศทั่วโลกพบว่าในปัจจุบันได้มีการยกเลิกความผิดอาญาสำหรับการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคโดยไม่มีใบอนุญาตแล้วทั้งสิ้น ยกเว้นบางประเทศที่ปกครองด้วยศาสนาอิสลามซึ่งไม่อนุญาตให้ผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคทุกกรณี ดังนั้นเพื่อให้สอดคล้องกับแนวคิดและทฤษฎีในการกำหนดความผิดอาญาและเพื่อให้กฎหมายเกี่ยวกับการผลิตเบียร์ของประเทศไทยทัดเทียมกับนานาประเทศ ผู้วิจัยจึงเห็นสมควรยกเลิกความผิดอาญาสำหรับการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคโดยไม่มีใบอนุญาตและอนุญาตให้ผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคได้โดยไม่ต้องขอใบอนุญาตจากภาครัฐ โดยมีหลักเกณฑ์ดังที่จะอธิบายต่อไปในข้อเสนอแนะ

ข้อเสนอแนะ ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะคือ เพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560 เพื่อมิให้มาตรา 153 พระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560 และกฎกระทรวงการผลิตสุรา พ.ศ. 2565 มีผลใช้บังคับกับการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภค

“มาตรา 153 บัญญัติว่า ผู้ใดประสงค์จะผลิตสุราหรือมีเครื่องกลั่นสำหรับผลิตสุราไว้ในครอบครองให้ยื่นคำขออนุญาตต่ออธิบดี และต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่อธิบดีประกาศกำหนด

การขออนุญาตและการออกใบอนุญาตตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข ที่กำหนดในกฎกระทรวง”

ผู้วิจัยขอเสนอให้มีการเพิ่มเติมมาตรา 153/1 โดยมีรายละเอียดดังนี้

“มาตรา 153/1 บทบัญญัตินี้มิให้นำมาตรา 153 แห่งพระราชบัญญัตินี้มาใช้บังคับกับผู้ผลิตเบียร์เพื่อการบริโภค โดยมีเงื่อนไขดังต่อไปนี้

- (1) ผู้ที่ประสงค์จะผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคจะต้องเป็นผู้ที่มีอายุไม่ต่ำกว่า 20 ปีบริบูรณ์
- (2) กระบวนการผลิตจะต้องเป็นการบ่มหรือหมักเท่านั้น ห้ามเกิดจากการกลั่น
- (3) เบียร์ที่ได้จากการผลิตตามมาตรานี้ห้ามนำออกขายโดยมิได้รับใบอนุญาตตาม 153
- (4) เบียร์ที่ผลิตได้ตามข้อที่สองอาจบริโภคภายในครัวเรือนที่ผลิต หรืออาจนำออกจากสถานที่ซึ่งผลิตเพื่อใช้ส่วนตัวหรือใช้ในครอบครัว หรือใช้ในกิจการที่จัดนิทรรศการ หรือการประกวด
- (5) การผลิตสุราต้องไม่ก่อให้เกิดความรบกวนต่อสาธารณะหรือส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม”

บทบัญญัติมาตรา 153/1 เป็นบทบัญญัติที่ผู้วิจัยได้นำหลักการของ Alcoholic Liquor Duties Act 1979 ของประเทศอังกฤษ และ Code of Federal Regulation section 25.205 ของประเทศสหรัฐอเมริกา มาผสมผสานกัน

เกณฑ์อายุไม่ต่ำกว่า 20 ปีบริบูรณ์ ตาม 153/1 (1) มาจากหลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 มาตรา 29 ซึ่งอนุญาตให้จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์แก่ผู้ที่อายุไม่น้อยกว่า 20 ปีบริบูรณ์

ผู้วิจัยเสนอให้อนุญาตผลิตสุราชนิดเบียร์เพื่อการบริโภค ตาม 153/1 (2) เพราะเห็นว่าเบียร์เป็นเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่มีการบริโภคมากที่สุดและมีมูลค่าสูงสุด จากสถิติสัดส่วนมูลค่าตลาดของอุตสาหกรรมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในประเทศไทย พ.ศ. 2562 เบียร์มีสัดส่วนตลาดคิดเป็นร้อยละ 72 ของปริมาณเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ทั้งหมด ในขณะที่สุรากลั่นมีสัดส่วนตลาดคิดเป็นร้อยละ 25.9 และไวน์มีสัดส่วนตลาดคิดเป็นร้อยละ 0.9 ซึ่งในส่วนสุรากลั่นผู้วิจัยเห็นว่าไม่สมควรอย่างยิ่งที่จะอนุญาตให้ผลิตเพื่อการบริโภคในครัวเรือนเนื่องจากปริมาณแอลกอฮอล์ที่สูง และกระบวนการผลิตจะต้องใช้การกลั่นหากการกลั่นไม่ได้มาตรฐานอาจส่งผลร้ายแรงต่อผู้บริโภคตามที่ได้กล่าวไปในหัวข้อที่ 5 และอีกเหตุผลสำคัญที่อนุญาตให้ผลิตเบียร์เนื่องจากเมื่อทำการศึกษาพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560 และ กฎกระทรวงการสุรา พ.ศ. 2565 พบว่าเบียร์เป็นเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่ถูกผูกขาดมากที่สุดเมื่อเทียบกับเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ชนิดอื่น โดยสุราแช่ชนิดอื่นยกเว้นเบียร์ สหกรณ์ชุมชน เกษตรกร หรือกลุ่มคนที่มีคุณสมบัติตามกฎหมายการสุรา พ.ศ. 2565 สามารถรวมตัวกันขออนุญาตผลิตในรูปแบบของโรงงานอุตสาหกรรมขนาดเล็กได้ ไม่ว่าจะเป็น ไวน์ สาโท กะแช่ อุ เป็นต้น แต่เบียร์ไม่สามารถผลิตโดยโรงงานอุตสาหกรรมขนาดเล็กได้เลย ผู้วิจัยจึงเห็นว่าควรอนุญาตบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้วสามารถผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคได้ตามหลักเกณฑ์มาตรา 153/1 และหากภายภาคหน้าการอนุญาตให้ผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคเป็นไปโดยราบรื่น ผู้วิจัยเห็นสมควรที่จะมีการอนุญาตให้ผลิตสุราแช่ประเภทอื่น เช่น ไวน์ สาโท กะแช่ อุ เพื่อบริโภคเช่นกัน

การผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคตามมาตรา 153/1 (3) มิได้มีการกำหนดปริมาณขั้นสูงในการผลิต ดังเช่นประเทศสหรัฐอเมริกา หรือประเทศสิงคโปร์ แต่กำหนดเอาไว้เหมือนกับประเทศอังกฤษที่ได้กำหนดปริมาณขั้นสูงในการผลิตโดยกำหนดห้ามส่งออกจำหน่ายเท่านั้น เนื่องจากการตรวจสอบว่าครัวเรือนใดผลิตเกินปริมาณที่กำหนดหรือไม่นั้นไม่อาจทำได้ในทางปฏิบัติและเห็นว่าหากมีการกำหนดเกณฑ์ปริมาณขั้นสูงเอาไว้จะก่อให้เกิดภาระแก่ภาครัฐมากเกินไปหรืออาจเปิดช่องให้เจ้าหน้าที่ทำการทุจริตได้ ผู้วิจัยเห็นว่าอนุญาตให้ทำการผลิตได้โดยไม่มีปริมาณขั้นสูงมาควบคุมโดยมีการกำหนดไว้เพียงว่าห้ามส่งออกจำหน่ายโดยไม่มีใบอนุญาตเพียงพอแล้วต่อการควบคุมการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภค

ผู้วิจัยขอเสนอมาตรา 153/2 และ 153/3 เพื่อให้การผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคมีมาตรการควบคุมที่รัดกุมยิ่งขึ้น

“มาตรา 153/2 บุคคลที่ผลิตเบียร์โดยฝ่าฝืน มาตรา 153/1 (2) หรือ (3) ให้ถือว่าผู้นั้นผลิตเพื่อการค้า”

“มาตรา 153/3 ในกรณีที่ผู้ยังไม่บรรลุนิติภาวะทำการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคในครัวเรือนให้นำพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 45 และ 44 มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

มาตรา 153/2 มี 2 กรณีที่ให้อถือว่าเป็นการผลิตเพื่อการค้า คือ 1.การผลิตโดยใช้กระบวนการกลั่นเนื่องจาก 153/1 อนุญาตให้ผลิตเฉพาะเบียร์ซึ่งเป็นสุราแช่แต่เพียงเท่านั้น ไม่ได้รวมถึงสุรากลั่นจำพวกวิสกี้ บรั่นดี ยิน วอดก้า ฯ 2.การนำเบียร์ที่ผลิตตามมาตรา 153/1 ออกจำหน่ายโดยไม่มีใบอนุญาต เมื่อถือว่าเป็นการผลิตเพื่อการค้าหากไม่มีใบอนุญาตย่อมเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 153 ซึ่งจะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 1 แสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามมาตรา 193

มาตรา 153/3 นำมาใช้กับกรณีบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 20 ปีบริบูรณ์ทำการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภค เพราะหากไม่มีการกำหนดเอาไว้ในลักษณะ 153/3 จะเป็นช่องโหว่ให้บุคคลที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะสามารถทำการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคได้ ผู้วิจัยจึงเห็นว่าควรมีมาตรการบางอย่างมาควบคุมและอุดช่องโหว่ดังกล่าว ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าสมควรใช้มาตรการสำหรับเด็กเนื่องจากเห็นว่าการผลิตเบียร์เพื่อการบริโภคมิใช่ความผิดร้ายแรง และผู้กระทำความผิดที่อยู่ในช่วงอายุที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะอาจทำด้วยความคะนองหรือยังรู้เท่าไม่ถึงการณ์ จึงเห็นว่าไม่สมควรนำโทษทางอาญามาใช้บังคับกับบุคคลที่ยังอยู่ในช่วงอายุดังกล่าว โดยผู้วิจัยขอพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 45 และ 44 มาใช้บังคับโดยอนุโลม โดยมีหลักการดังนี้ กล่าวคือ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่อาจมีหนังสือเรียกผู้ปกครองมาร่วมประชุมเพื่อปรึกษาหารือว่ากล่าวตักเตือน ให้ทำทัณฑ์บน หรือมีข้อตกลงร่วมกันเกี่ยวกับวิธีการและระยะเวลาในการจัดให้เด็กทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์ โดยอาจวางข้อกำหนดเพื่อป้องกันไม่ให้บุคคลดังกล่าวมีความประพฤติที่เสียหาย หรือเสี่ยงต่อการกระทำความผิดซ้ำอีก

สุดท้ายกรณีทำการผลิตเบียร์ตาม 153/1 โดยนำเบียร์ที่ผลิตได้ไปให้เด็กบริโภค ย่อมถือว่าเป็นการกระทำอันไม่สมควรต่อเด็ก อันเป็นการส่งเสริมหรือยินยอมให้เด็กประพฤติตนไม่สมควรหรือน่าจะทำให้เด็กมีความประพฤติเสี่ยงต่อการกระทำความผิด ตามมาตรา 26(3) พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 เดือน หรือปรับไม่เกิน 3 หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เมื่อพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ได้กำหนดมาตรการควบคุมสำหรับการกระทำความผิดกล่าวไว้แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องบัญญัติหลักการดังกล่าวเอาไว้ในพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560 ซ้ำอีก

แนวทางการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญา*

The guidelines for personal data protection in criminal investigation

รติมา สุระรัตน์ชัย

Ratima Suraratchai

นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

LL.M Candidate

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

Corresponding author E-mail: rsuraratchai@gmail.com

(Received: November 14, 2022; Revised: December 18, 2022; Accepted: December 26, 2022)

บทคัดย่อ

การสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาได้รับยกเว้นไม่ให้อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 เว้นแต่ส่วนที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของข้อมูลส่วนบุคคล ทำให้การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาต้องอาศัยมาตรการทางกฎหมายที่มีอยู่เดิม ซึ่งมีข้อจำกัดและมีมาตรฐานไม่เทียบเท่ากับพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 เป็นเหตุให้ข้อมูลส่วนบุคคลไม่ได้รับการคุ้มครองจากการดำเนินงานในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาอย่างเหมาะสม และอาจส่งผลให้ประเทศไทยถูกพิจารณาได้ว่ามีระดับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่ไม่เพียงพอตามมาตรฐานของสากล บทความนี้จึงมุ่งศึกษาวิเคราะห์แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนแนวทางการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาตามกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศ ทั้งนี้ เพื่อกำหนดแนวทางการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาที่เหมาะสมและสอดคล้องกับบริบทของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไทยต่อไป

คำสำคัญ: การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล, สิทธิส่วนบุคคล, การสืบสวนและสอบสวนคดีอาญา

* บทความวิจัยนี้เป็นส่วนหนึ่งและเรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์เรื่อง “แนวทางการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญา” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Abstract

Criminal investigations are exempt from being subject to the Personal Data Protection Act B.E. 2562 (2019), except for the security of personal data. As a result, the protection of personal data in criminal investigations relies on existing legal measures. This is limited and has standards not comparable to the Personal Data Protection Act B.E. 2562 (2019). This may result in Thailand being considered to have inadequate personal data protection by international standards. This paper, therefore, focuses on the study, and analysis of relevant concepts and theories, as well as approaches to the protection of personal data in the criminal investigation of international law and foreign law. In this regard, to establish guidelines for the protection of personal data in criminal investigations that are appropriate and consistent with the context of the Thai criminal justice system.

Keywords: Personal data protection, Privacy right, Criminal investigation

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ท่ามกลางกระแสความตื่นตัวจากการประกาศใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 หลายภาคส่วนในประเทศไทยกลับให้น้ำหนักไปที่การคุ้มครองข้อมูลของผู้บริโภคเป็นหลัก ทั้งที่ในความเป็นจริง ปัญหาการละเมิดข้อมูลส่วนบุคคลมีอยู่ด้วยกันสองประเด็นหลัก ได้แก่ การใช้ประโยชน์จากข้อมูลของกลุ่มธุรกิจประการหนึ่ง และการที่รัฐต้องการควบคุมประชาชนผ่านการสอดแนมข้อมูลอีกประการหนึ่ง¹ ซึ่งในประเด็นของการสอดแนมข้อมูลโดยรัฐ มีข้อสังเกตว่า การสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาเป็นเหตุผลหนึ่งที่รัฐมักนำมาใช้เพื่อสร้างความชอบธรรมในการก้าวล่วงข้อมูลส่วนบุคคลของประชาชน² แต่การสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาของประเทศไทยกลับได้รับยกเว้นมิให้อยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 เพียงแต่ต้องจัดการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของข้อมูลส่วนบุคคลให้เป็นไปตามมาตรฐานเท่านั้น³ เป็นเหตุให้การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาในประเทศไทยจำต้องอาศัยมาตรการทางกฎหมายที่มีอยู่เดิมเป็นหลัก คือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับวิธีพิจารณาความอาญา (ซึ่งต่อไป

¹ นคร เสรีรักษ์, “ความเป็นส่วนตัวภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ “ต้องจับตา” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://ilaw.or.th/node/4255> [23 กันยายน 2564]

² สวตริ สุขศรี, กฎหมายว่าด้วยอาชญากรรมคอมพิวเตอร์และอาชญากรรมไซเบอร์, (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563), หน้า 396-400.

³ มาตรา 4 วรรคหนึ่ง (2) และ (5) ประกอบกับวรรคสาม พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

บทความฉบับนี้จะเรียกรวมว่า “กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา”) และหมวด 3 พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540

เมื่อการสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาในประเทศไทยยังคงต้องอาศัยมาตรการทางกฎหมายที่มีอยู่เดิม การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาจึงมีมาตรฐานที่ไม่เทียบเท่ากับการดำเนินการประเภทอื่น ที่ได้ยกระดับมาตรฐานไปตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ซึ่งสภาพปัญหาดังกล่าวไม่เพียงส่งผลกระทบต่อความเป็นส่วนตัวในข้อมูลของประชาชนชาวไทย แต่ยังอาจมีผลกระทบต่อการแลกเปลี่ยนถ่ายโอนข้อมูลระหว่างประเทศอีกด้วย จึงมีความจำเป็นที่ประเทศไทยจะต้องกำหนดแนวทางในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากลต่อไป

ทั้งนี้ การศึกษาแนวทางการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาในบทความนี้ประกอบด้วย 6 หัวข้อหลัก โดยเริ่มศึกษาตั้งแต่ (1) แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง ในหัวข้อที่ 3 (2) บทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาของประเทศไทย ในหัวข้อที่ 4 จากนั้นจึงจะศึกษาเปรียบเทียบกับ (3) แนวทางการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาของสหภาพยุโรป ในหัวข้อที่ 5 และ (4) กรณีศึกษาแนวทางการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาของต่างประเทศ ในหัวข้อที่ 6 (5) เพื่อวิเคราะห์ความเหมาะสมของการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญา ในหัวข้อที่ 7 ก่อนจะนำมาสู่ (6) ข้อเสนอแนะในหัวข้อที่ 8 ต่อไป

2. ระเบียบวิธีวิจัย

ระเบียบวิธีวิจัยจะประกอบด้วย วัตถุประสงค์การวิจัย (หัวข้อที่ 2.1) สมมติฐานการวิจัย (หัวข้อที่ 2.2) วิธีดำเนินงานวิจัย (หัวข้อที่ 2.3) รวมถึงขอบเขตการวิจัย (หัวข้อที่ 2.4) ดังนี้

2.1 วัตถุประสงค์การวิจัย

- 1.) เพื่อให้คนในสังคมไทยตระหนักถึงความจำเป็นของการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญา ในฐานะหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐาน
- 2.) เพื่อวิเคราะห์แนวทางการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญา โดยศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศ
- 3.) เพื่อเสนอแนวทางการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาที่เหมาะสมกับลักษณะของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในประเทศไทย

2.2 สมมติฐาน

แม้การสืบสวนและสอบสวนคดีอาญามีความจำเป็นต้องเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลจำนวนมาก แต่ประเทศไทยกลับไม่มีมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมเพียงพอในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในกระบวนการดังกล่าว เป็นเหตุให้ความเป็นส่วนตัวของประชาชนถูกละเมิดเกินกว่าที่จำเป็น จึงสมควรกำหนดแนวทางการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาเป็นการเฉพาะ พร้อมกำหนดให้องค์กรอิสระมีบทบาทตรวจสอบกำกับดูแลการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นนี้เพิ่มเติม

2.3 วิธีดำเนินงานวิจัย

การศึกษาวิจัยนี้เป็นการศึกษาวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) โดยค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาจากแหล่งข้อมูลทั้งภายใน ประเทศไทยและต่างประเทศมาวิเคราะห์เปรียบเทียบเพื่อนำมาสู่ข้อเสนอแนะต่อไป

2.4 ขอบเขตการวิจัย

บทความฉบับนี้เป็นการวิจัยทางนิติศาสตร์ ซึ่งมุ่งศึกษาแนวทางในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญา โดยจำกัดขอบเขตการศึกษาเฉพาะมาตรการทางกฎหมายที่มีลักษณะเป็นหลักเกณฑ์กลางทั่วไป มิได้ทำการศึกษาในรูปแบบเป็นรายกิจกรรมหรือรายกรณีไป

3. แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง

การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลนั้นถือเป็นส่วนหนึ่งของการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวของบุคคล สิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลจึงเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน ทั้งยังเป็นสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองที่ได้รับการรับรองในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights: “ICCPR”) ความว่า “บุคคลจะถูกแทรกแซงความเป็นส่วนตัว ครอบครัว เคหสถาน หรือการติดต่อสื่อสารโดยพลการหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายมิได้ และจะถูกลบลู่เกียรติและชื่อเสียงโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายมิได้ และบุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายมิให้ถูกแทรกแซงหรือลบลู่”⁴

แม้สิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลจะได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไปว่าเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน แต่ก็ไม่ใช่อิทธิพลเด็ดขาด⁵ สิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลจึงอาจถูกจำกัดเพื่อให้ความคุ้มครองคุณค่าอื่นที่เหนือกว่า ซึ่งรวมถึงการจำกัดในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญา เพราะเมื่อพิจารณาถึงความจำเป็นด้านประโยชน์

⁴ Article 17 International Covenant on Civil and Political Rights

⁵ คณาธิป ทองรวีวงศ์, คำอธิบาย หลักกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2565), หน้า 16.

สาธารณะ การเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลก็เป็นส่วนหนึ่งของการแสวงหาข้อเท็จจริง และพยานหลักฐาน

อย่างไรก็ตาม มิได้หมายความว่าพนักงานสืบสวนและสอบสวนจะสามารถเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลได้อย่างไร้ขอบเขต เพราะหลักการพื้นฐานของกระบวนการยุติธรรมอาญาคือการรักษาสมดุลระหว่างการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมกับหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน การใช้อำนาจสืบสวนและสอบสวนจึงต้องเลือกมาตรการที่เหมาะสม ซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบที่น้อยที่สุด และประโยชน์สำคัญที่ได้จากการใช้อำนาจนั้นจะต้องมีน้ำหนักมากกว่าผลร้ายที่เกิดขึ้นจากการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตาม “หลักความได้สัดส่วน” (Principle of Proportionality)⁶

ดังนั้น ความท้าทายของการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาจึงเป็นเรื่องของการรักษาสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะกับสิทธิส่วนบุคคล ไม่ให้น้ำหนักเอียงไปทางใดทางหนึ่งจนเกินไป โดยสำนักงานข้าหลวงใหญ่เพื่อสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (OHCHR) ได้ให้ข้อเสนอแนะในรายงาน เรื่อง สิทธิความเป็นส่วนตัวในยุคดิจิทัลว่า รัฐต้องประกันระดับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตามมาตรฐานขั้นต่ำตามกติการะหว่างประเทศหรือแนวปฏิบัติระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง⁷ ซึ่งในประเทศไทย แนวปฏิบัติขององค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (OECD Guidelines) และกฎหมายสหภาพยุโรป (EU Directives) จะอิทธิพลต่อการร่างกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของประเทศไทยเป็นอย่างมาก แม้จะไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายก็ตาม เนื่องจากมาตรฐานระหว่างประเทศทั้งสองเรียกร้องให้รัฐอื่นที่ติดต่อสัมพันธ์กับรัฐสมาชิกจะต้องมีกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลไม่ต่ำกว่ามาตรฐานที่กำหนด⁸

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่าในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการสืบสวนและสอบสวนคดีอาญา OECD Guidelines และ EU Directives ต่างให้ข้อเสนอแนะว่ารัฐอาจกำหนดเป็นกฎหมายเฉพาะสำหรับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาให้มีความยืดหยุ่นกว่าหลักเกณฑ์ทั่วไปได้⁹ เพื่อป้องกันไม่ให้การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลลดประสิทธิภาพของรัฐในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม

⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) ในการตรวจสอบขอบเขตอำนาจรัฐ ตามมาตรา 23 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550), (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2558), หน้า 17-20; ปรียาชาติ หาลำเจียก, การตรวจสอบและถ่วงดุล: ศึกษากรณีการสะกดรอยด้วยเครื่องมือสื่อสารโทรคมนาคมและเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาตรา 21, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557; หน้า 28-29.

⁷ United Nations Human Rights Council, “The Right to Privacy in the Digital Age (a/Hrc/39/29),” (2018)

⁸ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, รายงานผลการดำเนินการ โครงการพัฒนามาตรการในการดำเนินการ การพิจารณาความเหมาะสม ความเป็นไปได้ เพื่อจัดทำแนวทาง ขั้นตอนและวิธีการในการเข้าร่วมหรือทำความตกลงตามกรอบว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของ Apec (คณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของราชการ, ธันวาคม 2557)

⁹ “The OECD Privacy Framework 2013”, Paragraph 4: Exceptions to the Guidelines.; “Law Enforcement Directive.” (LED), Recital (11)

4. มาตรการทางกฎหมายและข้อจำกัดเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาของประเทศไทย

สำหรับประเทศไทย ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองด้วยเช่นกัน ประเทศไทยจึงมีพันธกรณีในการคุ้มครองสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล ในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของความเป็นอยู่ส่วนตัวตามกติการะหว่างประเทศดังกล่าว ซึ่งปัจจุบัน ประเทศไทยได้มีพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 เป็นกฎหมายกลางว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลแต่พระราชบัญญัติดังกล่าวกลับมีผลบังคับใช้ในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาเพียงบางส่วนเท่านั้น จึงทำให้การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาต้องอาศัยมาตรการที่มีอยู่เดิมเป็นหลัก อันได้แก่ (1) กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา คือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับวิธีพิจารณาความอาญา และ (2) กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล คือ พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 และพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของข้อมูลส่วนบุคคล สรุปเป็นภาพรวมได้ ดังนี้

หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้อง	กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา	กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล
ขอบเขตของข้อมูลส่วนบุคคล	ไม่มีนิยามคำว่าข้อมูลส่วนบุคคล เนื่องจากกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยไม่ได้มีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลโดยเฉพาะ แต่ถึงกระนั้น กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาก็เป็นกฎหมายว่าด้วยกฎเกณฑ์และวิธีการค้นหาความจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิด รวมถึงการนำตัวผู้กระทำความผิดมาดำเนินคดีและลงโทษอาญา ¹⁰ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจึงเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่รัฐรู้กลัสิทธิและเสรีภาพของบุคคล แต่ในอีกด้านหนึ่ง หลักเกณฑ์ต่าง ๆ ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาก็เป็นกฎเกณฑ์ที่ควบคุมอำนาจรัฐไม่ให้ก้าวล่วงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกินกว่าขอบเขต ¹¹ ซึ่งรวมไปถึงสิทธิ	มีนิยามแตกต่างกันตามกฎหมายแต่ละฉบับ กล่าวคือ (1) พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 นิยามคำว่า “ข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล” ว่าเป็นข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสิ่งเฉพาะตัวของบุคคลธรรมดา ไม่ว่าจะถึงแก่กรรมหรือไม่ก็ตาม แต่ต้องมีสัญชาติไทยหรือมีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย ¹² (2) พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 นิยามคำว่า “ข้อมูลส่วนบุคคล” ให้หมายถึงข้อมูลที่ระบุถึงตัวบุคคลธรรมดาได้ แต่ไม่รวมถึงข้อมูลของผู้ถึงแก่กรรม ¹³

¹⁰ ณรงค์ ใจหาญ, *หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1*, พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2565), หน้า 15-16.

¹¹ ธาณิศ เกศพิทักษ์, *คำอธิบาย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1*, พิมพ์ครั้งที่ 16 (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2564), หน้า 317-318.

¹² มาตรา 4 และมาตรา 21 พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540

¹³ มาตรา 6 พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้อง	กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา	กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล
	ในความเป็นอยู่ส่วนตัวและข้อมูลส่วนบุคคล กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจึงมีความ เชื่อมโยงกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในแง่	
การเก็บรวบรวม ข้อมูลส่วนบุคคล	มีบทบัญญัติกำหนดกรอบการใช้อำนาจสืบสวน และสอบสวนคดีอาญาสามรูปแบบใหญ่ ได้แก่ (1) เหตุแห่งการใช้อำนาจ โดยระบุสถานการณ์ที่ เจ้าหน้าที่รัฐอาจเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลได้ ¹⁴ (2) วิธีการใช้อำนาจ โดยระบุขั้นตอนการดำเนิน งานรวมถึงข้อจำกัดการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วน บุคคล ¹⁵ (3) ตรวจสอบถ่วงดุลโดยองค์กรอื่น โดยทั่วไปคือ การให้ศาลตรวจสอบก่อนออกหมายหรือคำสั่ง ซึ่งในปัจจุบัน จะมีการค้นในโทรศัพท์และการ ค้นเอกสารซึ่งส่งทางไปรษณีย์และโทรเลข ¹⁶ ตลอดจนการได้มาซึ่งเอกสารหรือข้อมูลข่าวสารที่ ส่งผ่านสิ่งติดต่อสื่อสาร ¹⁷ ที่อยู่ในบังคับจะต้องได้ รับหมายหรือคำสั่งจากศาล	อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของ ราชการ พ.ศ. 2540 ซึ่งกำหนดให้หน่วยงาน ของรัฐมีหน้าที่ ¹⁸ (1) จัดให้มีระบบข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลเพียง เท่าที่เพียงพอและจำเป็น (2) พิมพ์รายการแสดงรายละเอียดของข้อมูล ข่าวสารส่วนบุคคลที่อยู่ในความครอบครองลง ในราชกิจจานุเบกษา (3) พยายามเก็บข้อมูลข่าวสารโดยตรง (4) แจ้งรายละเอียดเกี่ยวกับการใช้ข้อมูล

¹⁴ ตัวอย่างเช่น มาตรา 92 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กำหนดให้การค้นในโทรศัพท์จะกระทำได้อต่อเมื่อมี
หมายค้นหรือคำสั่งของศาล เว้นแต่พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจเป็นผู้ค้น เมื่อปรากฏเหตุยกเว้นอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย อาทิต
เมื่อมีเสียงร้องให้ช่วยมาจากข้างในโทรศัพท์ หรือเมื่อปรากฏความผิดซึ่งหน้ากำลังกระทำลงในโทรศัพท์ หรือมาตรา 134 วรรคสอง
ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กำหนดว่าการแจ้งข้อหาและการสอบสวนผู้ต้องหาจะกระทำได้อต่อเมื่อมีหลักฐานตามสมควรว่า
ผู้นั้นน่าจะได้กระทำความผิดตามข้อกล่าวหา เป็นต้น

¹⁵ ตัวอย่างเช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131/1 กำหนดว่าการตรวจพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ ด้วย
วิธีการเก็บตรวจส่วนประกอบของร่างกายให้กระทำเท่าที่จำเป็นและสมควร โดยใช้วิธีการที่ไม่เป็นอันตราย และก่อให้เกิดความเจ็บปวด
น้อยที่สุดเท่าที่จะกระทำได้ หรือมาตรา 134 - 134/4 กำหนดว่าในการสอบสวนผู้ต้องหา ต้องแจ้งข้อหาประกอบกับข้อเท็จจริงเกี่ยวกับ
การกระทำความผิด รวมถึงแจ้งสิทธิต่าง ๆ ให้ผู้ต้องหาทราบและดำเนินการให้เป็นไปตามสิทธิดังกล่าว ทั้งนี้ ห้ามมิให้ถามคำให้การในลักษณะที่
เป็นการให้คำมั่นสัญญา ขู่เชิญ หลอกลวง ทรมาน ใช้กำลังบังคับ หรือกระทำให้โดยมิชอบประการใด หรือมาตรา 133 ทวิ และมาตรา 134/2
มีการกำหนดวิธีการสอบสวนสำหรับผู้เสียหาย พยาน หรือผู้ต้องหาที่เป็นเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปีเป็นการเฉพาะ เป็นต้น

¹⁶ มาตรา 92 และมาตรา 105 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

¹⁷ อาทิต มาตรา 19 วรรคหนึ่ง พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 กำหนดให้การใ
อำนาจตามมาตรา 18 (4) (5) (6) (7) (8) ของพนักงานเจ้าหน้าที่ต้องยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อมีคำสั่งอนุญาตให้ดำเนินการ

¹⁸ มาตรา 23 พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540

หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้อง	กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา	กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล
การใช้และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล	มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยตรงไม่มากนัก โดยมักจะพบในพระราชบัญญัติเฉพาะ ¹⁹ หรือระเบียบภายใน ²⁰ มากกว่าในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งเป็นบทบัญญัติหลัก	อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ซึ่งห้ามมิให้มีการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล เว้นแต่ได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากเจ้าของข้อมูลหรือเข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัตินี้ ²¹ อาทิ (1) เปิดเผยในหน่วยงาน เพื่อใช้ตามอำนาจหน้าที่ (2) เป็นการใช้ข้อมูลตามปกติภายในวัตถุประสงค์ (3) เปิดเผยต่อเจ้าหน้าที่รัฐ เพื่อป้องกันการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย หรือเพื่อการสืบสวนสอบสวน หรือฟ้องคดี (4) เป็นการจำเป็นเพื่อป้องกันหรือระงับอันตรายต่อชีวิตหรือสุขภาพของบุคคล (5) เปิดเผยศาล และเจ้าหน้าที่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐหรือบุคคลที่มีอำนาจตามกฎหมาย
การเก็บรักษาข้อมูลส่วนบุคคล	ทำนองเดียวกับการใช้และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล จะมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยตรงไม่มากนัก โดยจะพบในพระราชบัญญัติเฉพาะ ²² หรือระเบียบภายใน ²³ มากกว่าในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งเป็นบทบัญญัติหลัก	อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ซึ่งกำหนดให้หน่วยงานของรัฐมีหน้าที่ ²⁴ (1) ตรวจสอบแก้ไขข้อมูลให้ถูกต้องเสมอ (2) จัดระบบรักษาความปลอดภัย (3) ยกเลิกระบบข้อมูล เมื่อหมดความจำเป็น

¹⁹ อาทิ พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 กำหนดว่าการใช้ประโยชน์จากข้อมูลข่าวสารในสิ่งสื่อสารซึ่งได้มาในคดีพิเศษ จะต้องเป็นไปเพื่อการสืบสวนหรือใช้เป็นพยานหลักฐานเฉพาะในการดำเนินคดีพิเศษที่ได้รับอนุญาตตามคำสั่งศาลเท่านั้น (มาตรา 25) และกำหนดให้การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่ได้มาโดยมิชอบมีความรับผิดชอบทางอาญา (มาตรา 26 ประกอบกับมาตรา 39) เป็นต้น

²⁰ อาทิ คำสั่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ที่ 465/2550 (แก้ไขเพิ่มเติม) ลงวันที่ 15 สิงหาคม พ.ศ. 2550 เรื่อง การปฏิบัติเกี่ยวกับการให้ข่าว การแถลงข่าว การให้สัมภาษณ์ การเผยแพร่ภาพต่อสื่อมวลชน และการจัดทำสื่อประชาสัมพันธ์

²¹ มาตรา 24 (1), (2), (6), (7), และ (8) พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540

²² อาทิ มาตรา 17 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 กำหนดให้รักษาเฉพาะข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำความผิด ส่วนข้อมูลข่าวสารอื่นให้ทำลายตามข้อบังคับที่อธิการสูงสุดกำหนด

²³ อาทิ คำสั่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติที่ 419/2556 ลงวันที่ 1 กรกฎาคม พ.ศ. 2556 เรื่อง การอำนวยความสะดวกธุรกรรมในคดีอาญา การทำสำนวนสอบสวน และมาตรฐานการควบคุม ตรวจสอบ เฝ้าระวังการสอบสวนคดีอาญา

²⁴ มาตรา 23 พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540

หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้อง	กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา	กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล
		นอกจากนี้ การรักษาความมั่นคงปลอดภัยจะอยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 อีกส่วนหนึ่ง โดยจะมีหน้าที่ ²⁵ (1) จัดมาตรการรักษาความมั่นคงปลอดภัยที่เหมาะสม และทบทวนมาตรการดังกล่าว (2) แจ้งเหตุการละเมิดข้อมูลส่วนบุคคล
สิทธิของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล	ไม่มีบทบัญญัติรับรองสิทธิของเจ้าของข้อมูลโดยตรง จะมีเพียงการรับรองสิทธิในกระบวนการยุติธรรมอย่างใดก็ได้ สิทธิในกระบวนการยุติธรรมก็อาจมีความเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลได้ในบางบริบท อาทิ สิทธิของจำเลยในการตรวจดูคัดสำเนา หรือถ่ายรูปลิงที่ยื่นเป็นพยานหลักฐาน ²⁶ ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล เนื่องจากเป็นการอนุญาตให้จำเลยสามารถเข้าถึงและรับสำเนาข้อมูลอันเกี่ยวกับตนในฐานะเจ้าของข้อมูลได้ เพียงแต่มีข้อสังเกตว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจะมุ่งเน้นการประกันสิทธิในการต่อสู้คดีของจำเลยเป็นหลัก จึงไม่ได้มีเจตนารมณ์เช่นเดียวกับกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล	ได้รับการรับรองสิทธิของเจ้าของข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 อยู่สองประการ อันได้แก่ ²⁷ (1) สิทธิที่จะรู้ข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลที่เกี่ยวกับตน (2) สิทธิแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือลบข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลที่เกี่ยวกับตน ในส่วนที่ไม่ถูกต้อง
สภาพบังคับและบทกำหนดโทษ	ในแง่ของการพิจารณาคดี ข้อมูลข่าวสารที่ได้มาโดยไม่ชอบ ไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ เว้นแต่ศาลเลือกที่จะใช้ดุลพินิจรับฟัง ²⁸ ส่วนในแง่ความรับผิดและบทกำหนดโทษ จะมีเพียงพระราชบัญญัติเฉพาะที่กำหนดความรับผิด	ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนหมวด 3 ของพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 จะไม่มีบทกำหนดความรับผิดไว้โดยเฉพาะ แต่จะใช้ระบบการตรวจสอบด้วยการอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการ ²⁹

²⁵ มาตรา 37 (1) และ (4) พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

²⁶ มาตรา 7 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

²⁷ มาตรา 25 พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540

²⁸ มาตรา 226/1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

²⁹ วิริยะ รามสมภพ, “ความสัมพันธ์เชิงวิเคราะห์ของร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล พ.ศ. ... กับพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540,” (สำนักงานคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของราชการ, 2562).

หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้อง	กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา	กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล
	สำหรับการเปิดเผยข้อมูลโดยไม่ชอบ ความรับผิดกรณีอื่น ๆ จึงต้องอาศัยบททั่วไปแทน เช่น ความผิดตามมาตรา 157 ประมวลกฎหมายอาญา ฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ ทั้งนี้ ในกรณีที่เกิดความเสียหาย ผู้เสียหายก็มีสิทธิที่จะนำคดีไปฟ้องร้องทางแพ่งเพื่อให้มีการเยียวยาความเสียหายต่อไป	แต่หากการฝ่าฝืนหน้าที่ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 นอกเหนือจากการร้องเรียนต่อคณะกรรมการเพื่อให้คณะกรรมการมีคำสั่งให้ปฏิบัติหรือห้ามกระทำการที่ทำให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเสียหาย ผู้ที่ฝ่าฝืนยังอาจมีความรับผิดทางแพ่งและทางปกครองได้อีกด้วย ³⁰

อย่างไรก็ดี จากการศึกษาพบว่ามาตรการทางกฎหมายที่มีอยู่มีข้อจำกัดบางประการ อันเป็นช่องว่างในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญา กล่าวคือ

4.1 ข้อจำกัดของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ข้อจำกัดที่หนึ่ง กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยมีบทบัญญัติเปิดช่องให้เจ้าหน้าที่รัฐมีอำนาจในการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนอย่างกว้างขวาง โดยมีข้อสังเกตดังนี้

(1) การค้นที่ผ่านกระบวนการตรวจสอบจากศาลในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีขอบเขตจำกัดเฉพาะการค้นภายในที่รื้อฐาน และการค้นเอกสารซึ่งส่งทางไปรษณีย์และโทรเลข ทำให้การแสวงหาพยานหลักฐานในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาโดยส่วนใหญ่เป็นอำนาจดุลพินิจของพนักงานสืบสวนและสอบสวนเป็นหลัก อาทิ มาตรา 131 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาบัญญัติให้พนักงานสอบสวนรวบรวมหลักฐานทุกชนิดเท่าที่จะทำได้ โดยไม่มีข้อจำกัดอำนาจที่ชัดเจน³¹

(2) การได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารตามพระราชบัญญัติเฉพาะมีขอบเขตการใช้อำนาจอย่างกว้าง เนื่องจากบทบัญญัติขาดความเฉพาะเจาะจง คือไม่ระบุสถานการณ์หรือเหตุปัจจัยที่ชัดเจน แต่จะใช้ถ้อยคำกว้าง ๆ ว่าเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสาร³² อันเป็นการเปิดช่องให้เกิดการเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคลโดยไม่จำกัดวิธีการ โดยเฉพาะพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ซึ่งไม่เพียงแต่ไม่มีการระบุมาตรการที่เฉพาะเจาะจง แต่ยังขยายขอบเขตไปถึงความผิดอื่นที่มีคอมพิวเตอร์

³⁰ มาตรา 73 และมาตรา 74 พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

³¹ พิสิษฐ์ สีกากี, “ปัญหาและอุปสรรคการใช้อำนาจดุลพินิจของพนักงานสอบสวนในการรวบรวมพยานหลักฐาน,” วารสารมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏสุรินทร์ 20, 1 (2018).

³² โปรดดู มาตรา 25 พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 และ มาตรา 30 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าย พ.ศ. 2551

เกี่ยวข้อง³³ ทั้งที่การกระทำความผิดปัจจุบันมักเกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์โดยสภาพ จึงเป็นการกำหนดที่กว้างขวางเกินไป³⁴

(3) การขอข้อมูลข่าวสารจากภาคเอกชนในทางปฏิบัติ มักกระทำในรูปแบบหมายเรียกพยานเอกสารหรือหนังสือขอความร่วมมือ เพราะถือเป็นอำนาจสอบสวนทั่วไปตามมาตรา 132 (3) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา³⁵ ซึ่งไม่มีข้อจำกัดอำนาจ และไม่อยู่ในบังคับที่จะต้องผ่านกระบวนการตรวจสอบจากศาล

ข้อจำกัดที่สอง กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยไม่ได้ถูกออกแบบให้สอดคล้องกับธรรมชาติของความเป็นส่วนตัวในข้อมูลหรือแนวคิดว่าการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล เนื่องจากกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการค้นหาความจริงเกี่ยวกับการกระทำผิด รวมถึงการนำตัวผู้กระทำความผิดมาดำเนินคดีและลงโทษ³⁶ จึงมิได้มุ่งคุ้มครองเฉพาะข้อมูลส่วนบุคคลเป็นเหตุให้กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ได้มีการบัญญัติมาตรการที่จำเป็นในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลได้อย่างเพียงพอ อันได้แก่

(1) กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่มีกฎเกณฑ์ครอบคลุมรูปแบบการดำเนินการต่อข้อมูลครบถ้วนทุกลักษณะ เนื่องจากกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามุ่งเน้นการควบคุมการแสวงหาข้อเท็จจริงและรวบรวมพยานหลักฐาน ซึ่งหากพิจารณาในแง่พฤติกรรมต่อข้อมูล จะเป็นในขั้นตอนการเก็บรวบรวมเป็นสำคัญ ในขณะที่การใช้เปิดเผย และเก็บรักษานั้นจะมีกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องโดยตรงไม่มากนัก

(2) กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ได้มีบทบัญญัติรับรองสิทธิเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล

(3) กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่มีสภาพบังคับและบทกำหนดโทษที่เหมาะสม เนื่องจากสภาพบังคับหลักของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นเรื่องของการไม่รับฟังหรือไม่ให้น้ำหนักกับพยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แตกต่างจากกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่สภาพบังคับอาจอยู่ในรูปแบบการออกคำสั่งให้มีการปฏิบัติ แก้ไข หรือระงับการดำเนินการใด ๆ เพื่อให้เป็นไปตามมาตรฐานขั้นต่ำที่กฎหมายกำหนด โดยไม่จำเป็นต้องรอให้เกิดความเสียหายเกิดขึ้น³⁷ อันเป็นมาตรการเชิงป้องกัน

³³ มาตรา 18 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

³⁴ อนุสิษฐ คุณากร และคณะ, การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลกับสังคมไทย, (กรุงเทพฯ: สถาบันนโยบายการศึกษา ภายใต้มูลนิธิส่งเสริมนโยบายการศึกษา, 2563), หน้า 51.

³⁵ เรื่องเสรีจที่ 343/2549 บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจในการปิดกั้นเว็บไซต์ที่ไม่เหมาะสมทางอินเทอร์เน็ต และของพนักงานสอบสวนตามมาตรา 132 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา.

³⁶ ณรงค์ ใจหาญ, หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1, หน้า 15-16.

³⁷ คณาธิป ทองรวีวงศ์, คำอธิบาย หลักกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล, หน้า 522-525.

อีกทั้ง กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่มีบทกำหนดความรับผิดชอบและโทษเกี่ยวกับการละเมิดข้อมูลส่วนบุคคลอย่างครอบคลุม โดยในปัจจุบัน จะมีเพียงโทษฐานเปิดเผยข้อมูลข่าวสารโดยไม่ชอบเท่านั้น แต่ไม่มีพระราชบัญญัติใดเลยที่กำหนดโทษฐานนำข้อมูลไปใช้ประโยชน์อื่น นอกเหนือจากการปฏิบัติหน้าที่³⁸ และหากพิจารณาด้านการเยียวยาความเสียหาย แม้ผู้เสียหายจะมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายทางแพ่ง แต่ก็ต้องตกเป็นผู้มีภาระพิสูจน์ตามหลักทั่วไป³⁹ ที่ว่าฝ่ายใดกล่าวอ้าง ฝ่ายนั้นก็มีหน้าที่นำสืบภาระการพิสูจน์จึงตกแก่ผู้เสียหาย ซึ่งเป็นการยากที่ผู้เสียหายจะต่อสู้คดี

4.2 ข้อจำกัดของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

โดยที่หมวด 3 ว่าด้วยข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ได้รับการยกร่างขึ้นตั้งแต่ปี พ.ศ. 2540 และมีบทบัญญัติอยู่เพียง 5 มาตรา กฎเกณฑ์ในพระราชบัญญัติดังกล่าวจึงอาจมีข้อจำกัดในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 โดยมีข้อสังเกตดังนี้

(1) ขอบเขตข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลตามหมวด 3 พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 แตกต่างจากพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ทำให้การบังคับใช้กฎหมายกับหน่วยงานของรัฐที่อยู่ภายใต้กฎหมายทั้งสองฉบับมีความลักลั่น⁴⁰

(2) โดยส่วนใหญ่ เกณฑ์การเก็บรวบรวม ใช้ เปิดเผย และเก็บรักษาข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลตามหมวด 3 พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 จะเป็นเพียงหลักการกว้าง ๆ จึงขาดรายละเอียดปฏิบัติที่ชัดเจน เมื่อเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562⁴¹

(3) หมวด 3 พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 มีการรับรองสิทธิเจ้าของข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลอยู่เพียงสองประการ ได้แก่ สิทธิที่จะรู้ข้อมูลอันเกี่ยวกับตนและสิทธิที่จะแก้ไขหรือลบข้อมูลที่ไม่ถูกต้อง นอกจากนี้ ในการปฏิเสธไม่ดำเนินการตามคำขอ ก็ไม่ได้มีการบัญญัติเหตุแห่งการปฏิเสธไว้ชัดเจน การปฏิเสธสิทธิจึงขึ้นอยู่กับดุลพินิจของหน่วยงานของรัฐเป็นรายกรณีไป

(4) แม้ว่าหมวด 3 พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 จะมีระบอบอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการ แต่คณะกรรมการดังกล่าวมีเพียงอำนาจในการเรียกบุคคลมาให้อภัยคำส่งวัตถุ เอกสาร

³⁸ มติชนออนไลน์, “เปิดร่างป.วิอาญา’ดักฟัง’ อัยการเทียบเนื้อหาพ.ร.บ. 7 ฉบับ ชี้ข้อมูลลักลั่น” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: https://www.matichon.co.th/local/crime/news_552146 [20 กุมภาพันธ์ 2565]

³⁹ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, “การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในประเทศไทย”, วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 34, 4 (ธันวาคม 2547), หน้า 627-652.

⁴⁰ ตัวอย่างเช่น บุคคลที่ไม่มีสัญชาติไทยหรือไม่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยจะไม่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 แต่จะได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ในขณะที่ผู้ถึงแก่กรรมจะไม่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 แต่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 แทน

⁴¹ บุญชู ณ ป้อมเพชร, “คำอธิบายกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการ”, (PUB HTML5), หน้า 261-263.

หรือพยานหลักฐานประกอบการพิจารณา โดยที่ไม่มีอำนาจสืบสวนและสอบสวน (Investigation power) แต่อย่างใด⁴² ประกอบกับพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่มีบทกำหนดความรับผิดชอบและโทษสำหรับการฝ่าฝืนบทบัญญัติในหมวด 3 การดำเนินการที่ผ่านมาจึงเป็นการฟ้องร้องทางแพ่งและอาญา⁴³ เป็นเหตุให้การบังคับใช้พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลไม่ประสบผลสำเร็จเท่าที่ควร

เมื่อการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในประเทศไทยยังคงมีข้อจำกัด ในการเสนอแนะแนวทางแก้ไข ปัญหา จึงสมควรศึกษาแนวทางตามกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศที่มีพัฒนาการด้านการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลก้าวหน้ากว่าประเทศไทย โดยในส่วนกฎหมายระหว่างประเทศ (หัวข้อที่ 5) จะเป็นการศึกษากฎหมายของสหภาพยุโรป ซึ่งเป็นต้นแบบในการร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ทั้งยังมีอิทธิพลต่อกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในหลายประเทศ และในส่วนกฎหมายต่างประเทศ (หัวข้อที่ 6) จะมีบทบัญญัติเป็นกรณีศึกษาอยู่สามประเทศ อันได้แก่ สหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา และสาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) เพื่อให้เห็นถึงความหลากหลายของ แนวทางการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาของแต่ละประเทศที่มีบริบทแตกต่างกันออกไป

5. แนวทางการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาของสหภาพยุโรป

หากพิจารณาขอบเขตในทางเนื้อหาของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรป กล่าวคือ GDPR (General Data Protection Regulation) จะพบว่ามิใช่ออกเว้นไม่ให้นำข้อกำหนดนี้ไปบังคับใช้แก่การประมวลผลข้อมูลที่เกิดจากการดำเนินการโดยหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ เพื่อวัตถุประสงค์ในการป้องกัน สืบสวน ตรวจสอบ ดำเนินคดี ลงโทษอาญา รวมถึงป้องกันความมั่นคงปลอดภัยของสาธารณะ⁴⁴ ด้วยเหตุนี้ การสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาจึงไม่ตกอยู่ภายใต้ GDPR ในทำนองเดียวกันกับที่กฎหมายไทยกำหนด

อย่างไรก็ตาม การยกเว้นตาม GDPR นี้ไม่ใช่การยกเว้นโดยเด็ดขาด แต่เป็นการยกเว้นเพื่อให้กิจการที่เกี่ยวข้องกับการป้องกัน สืบสวน ตรวจสอบ ดำเนินคดี ลงโทษอาญา และความมั่นคงปลอดภัยของสาธารณะอยู่ภายใต้มาตรการทางกฎหมายที่มีความเฉพาะเจาะจงมากยิ่งขึ้น ได้แก่ (1) เกณฑ์

⁴² นคร เสรีรักษ์, ความเป็นส่วนตัว: ความคิด ความรู้ ความจริง และพัฒนาการเรื่องการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในประเทศไทย, พิมพ์ครั้งที่ 2 (แพร่: พี.เพรส, 2563), หน้า 254.

⁴³ เรื่องเดียวกัน

⁴⁴ Article 2 General Data Protection Regulation.” (GDPR)

ตรวจสอบความสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน ซึ่งใช้ในการประเมินความชอบด้วยกฎหมายของบทบัญญัติที่มีผลกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคล (หัวข้อที่ 5.1) และ Directive (EU) 2016/680 หรือ LED (Law Enforcement Directive) ซึ่งวางกฎระเบียบคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในการดำเนินการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อบังคับใช้กฎหมายอาญา (Law enforcement) เป็นการเฉพาะ⁴⁵ (หัวข้อที่ 5.2) โดยมีสาระสำคัญดังนี้

5.1 เกณฑ์การตรวจสอบความสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน

แม้ว่าอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (European Convention on Human Rights: “ECHR”) จะวางหลักไว้ว่าสิทธิความเป็นส่วนตัวของบุคคลนั้นอาจถูกจำกัดได้โดยกฎหมาย⁴⁶ แต่กฎหมายดังกล่าวก็ต้องอยู่ภายใต้หลักสิทธิมนุษยชน ที่เรียกว่า “หลักเกณฑ์ปกป้องสิทธิ” (Safeguard principle) ซึ่งเป็นมาตรการหรือกลไกในการป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่รัฐใช้อำนาจโดยอำเภอใจ ดังจะเห็นได้จากการที่ LED รับรองให้การคุ้มครองบุคคลธรรมดาที่เกี่ยวกับการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามข้อ 8 (1) กฎบัตรว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานของสหภาพยุโรป (The Charter of Fundamental Rights of the European Union) และตามข้อ 16 (1) ของสนธิสัญญาว่าด้วยการทำหน้าที่ของสหภาพยุโรป (The Treaty on the Functioning of the European Union: “TFEU”)⁴⁷ พร้อมกำหนดให้การจำกัดสิทธิใด ๆ ของเจ้าของข้อมูลจะต้องสอดคล้องกับหลักการในกฎบัตรว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานของสหภาพยุโรป และ ECHR ตามที่ศาลยุติธรรมหรือศาลสิทธิมนุษยชนตีความ⁴⁸ โดยมีตัวอย่างหลักเกณฑ์สำคัญ ๆ ดังนี้⁴⁹

(ก.) **หลักความเฉพาะเจาะจง** กฎหมายควรมีขอบเขตที่ชัดเจนและไม่กว้างขวางเกินไป ทั้งในแง่ของเหตุแห่งการใช้อำนาจ มาตรการที่ใช้ กลุ่มเป้าหมาย และระยะเวลา หรืออีกนัยหนึ่งคือควรระบุเงื่อนไขและสถานการณ์ที่จะมีการใช้อำนาจอย่างชัดเจนเพียงพอให้ประชาชนคาดหมายได้ (Foreseeability)

(ข.) **หลักการตรวจสอบถ่วงดุล** กฎหมายควรอยู่ภายใต้การตรวจสอบขององค์กรอิสระที่แยกต่างหากจากองค์กรบังคับใช้กฎหมายนั้น เช่น การกำหนดให้มีการขอหมายศาลก่อนการเข้าถึงข้อมูล

(ค.) **หลักความจำเป็นและได้สัดส่วน** กฎหมายควรชั่งน้ำหนักระหว่างความจำเป็นกับประโยชน์สำคัญที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองให้เป็นไปโดยได้สัดส่วนกัน

⁴⁵ Ibid., Recital (19)

⁴⁶ Article 8 The European Convention on Human Rights.” (ECHR)

⁴⁷ Recital (1) Law Enforcement Directive

⁴⁸ Ibid., Recital (46)

⁴⁹ คณาธิป ทองรวีวงศ์, “การปฏิรูปกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของไทยเพื่อเข้าสู่ประชาคมอาเซียน,” (2560); คณาธิป ทองรวีวงศ์, “สิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลที่ไม่ได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 : การเก็บรวบรวมใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล ตามกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ”, วารสารกฎหมายสิทธิมนุษยชน 1, 1 (มกราคม - เมษายน 2563): 49-58; อนุสิษฐ คุณากร และคณะ, การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลกับสังคมไทย, หน้า 49-58.

ดังนั้น แม้สหภาพยุโรปจะได้ขีดขวางการมีกฎหมายให้อำนาจเจ้าพนักงานสืบสวนสอบสวนในการเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล แต่พลเมืองยุโรปก็มีสิทธิหน้าที่ให้ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปพิจารณาว่ากฎหมายที่ให้อำนาจสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาดังกล่าวขัดแย้งกับสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลตาม ECHR หรือไม่ ประการใด เกณฑ์การตรวจสอบความสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนของสหภาพยุโรปจึงเป็นกลไกสำคัญที่ทำให้รัฐไม่อาจอ้างการรักษาความมั่นคงปลอดภัยหรือการรักษาความสงบเรียบร้อย เพื่อตรากฎหมายแทรกแซงข้อมูลส่วนบุคคลของประชาชนอย่างกว้างขวางได้⁵⁰

นอกจากนี้ หลักเกณฑ์ดังกล่าวยังมีความเชื่อมโยงกับการประเมินระดับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของประเทศอื่น นอกเหนือจากรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปอีกด้วย กล่าวคือ หากประเทศใดมีกฎหมายที่ให้อำนาจรัฐขัดแย้งกับหลักสิทธิมนุษยชน ประเทศที่สามนั้นก็อาจถูกพิจารณาได้ว่ามีระดับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่ไม่เพียงพอ เพราะการประเมินระดับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรปเป็นการประเมินจากปัจจัยแวดล้อมทั้งหมดของการโอนข้อมูลส่วนบุคคล⁵¹ ซึ่งศาลยุติธรรมแห่งยุโรป (European court of justice) ได้ตีความบนพื้นฐานของ ECHR เอาไว้ว่ากฎหมายดังกล่าวจะต้องผ่านการทดสอบระดับ “ความเทียบเท่าที่จำเป็น” (Essential equivalence) ซึ่งประกอบด้วย⁵²

(1) การให้อำนาจรัฐแทรกแซงข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องได้รับการบัญญัติในกฎหมายโดยชัดแจ้ง และกฎหมายดังกล่าวต้องมีการกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจที่ชัดเจน

(2) การแทรกแซงข้อมูลส่วนบุคคลต้องกระทำเท่าที่จำเป็นในสังคมประชาธิปไตย เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ด้านประโยชน์สาธารณะเทียบเท่ากับที่รับรองใน ECHR และเพื่อควบคุมการใช้อำนาจกฎหมายซึ่งให้อำนาจรัฐแทรกแซงข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องมีกฎหมายที่ชัดเจน โดยระบุว่าการใช้อำนาจดังกล่าวจะกระทำได้ในสถานการณ์ใด ด้วยเงื่อนไขอย่างไร พร้อมมีมาตรการเชิงป้องกันรองรับให้เป็นตามหลักความได้สัดส่วน

(3) กฎหมายต้องมีผลผูกพันระบบกฎหมายภายใน และมีผลบังคับใช้ โดยไม่จำต้องรอให้ศาลวินิจฉัยถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมาย อีกทั้ง ควรรับรองให้เจ้าของข้อมูลมีสิทธิที่จะเข้าถึง แก้ไข ลบข้อมูลเกี่ยวกับตน ตลอดจนมีสิทธิที่จะดำเนินคดีทางศาล

อนึ่ง แม้กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจะมีความเกี่ยวพันโดยอ้อมกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาในฐานะที่เป็นกรอบการใช้อำนาจสืบสวนและสอบสวน

⁵⁰ เรื่องเดียวกัน

⁵¹ คณาธิป ทองรวีวงศ์, “การปฏิรูปกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของไทยเพื่อเข้าสู่ประชาคมอาเซียน.”

⁵² European Commission, “Commission Implementing Decision of 28.6.2021 Pursuant to Regulation (Eu) 2016/679 of the European Parliament and of the Council on the Adequate Protection of Personal Data by the United Kingdom.”

แต่โดยที่กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ใช่กฎหมายที่มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเป็นการเฉพาะ ดังนั้น กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาโดยทั่วไปจึงมีข้อจำกัดโดยสภาพในการให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล เนื่องจากมิได้มีมาตรการที่ออกแบบมาให้สอดคล้องกับลักษณะธรรมชาติของข้อมูลส่วนบุคคลอย่างเพียงพอ จึงจำเป็นที่การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาต้องอาศัยการบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลควบคู่ไปกับกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเพิ่มเติม ซึ่งจะได้อธิบายในหัวข้อถัดไป

5.2 กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (LED)

ในการปฏิรูประบบกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล สหภาพยุโรปได้ออกคำสั่ง LED ซึ่งวางกฎเกณฑ์การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลสำหรับการบังคับใช้กฎหมาย (Law enforcement) ไว้เป็นการเฉพาะ บังคับใช้คู่ขนานกันไปกับ GDPR ที่เป็นกฎเกณฑ์การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลทั่วไป โดย LED จะมีขอบเขตการบังคับใช้แก่การประมวลผลข้อมูลที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการป้องกัน สืบสวน ตรวจสอบ ดำเนินคดี ลงโทษอาญา หรือรักษาความมั่นคงปลอดภัยสาธารณะ ซึ่งดำเนินการโดยหน่วยงานผู้มีอำนาจหน้าที่นั้น⁵³ อย่างไรก็ตาม LED ไม่ได้ขยายขอบเขตการบังคับใช้ในเชิงพื้นที่ครอบคลุมไปถึงนอกสหภาพยุโรป เนื่องจากการสืบสวนและสอบสวนคดีอาญามีความสัมพันธ์กับอำนาจอธิปไตยของแต่ละรัฐโดยเฉพาะ

ทั้งนี้ โครงสร้างและเนื้อหาของ LED นั้นจะมีความคล้ายคลึงกับ GDPR เนื่องจากสหภาพยุโรปต้องการให้หลักเกณฑ์ของกฎหมายทั้งสองฉบับมีมาตรฐานที่สอดคล้องกันให้มากที่สุด และให้มีกฎเกณฑ์เฉพาะในกรณีที่มีความจำเป็น เพื่อให้สอดคล้องกับลักษณะของการบังคับใช้กฎหมายเท่านั้น โดยมีสาระสำคัญดังนี้

(ก.) ขอบเขตของข้อมูลส่วนบุคคลที่ได้รับความคุ้มครอง LED มุ่งคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (Personal data) หรือข้อมูลใด ๆ เกี่ยวกับบุคคล ที่ระบุหรือทำให้ระบุถึงบุคคลธรรมดาผู้เป็นเจ้าของข้อมูลได้ (Data subject) ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมก็ตาม⁵⁴ ซึ่งเป็นนิยามเดียวกับ GDPR

(ข.) หลักการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล LED มุ่งเน้นการควบคุมกำกับ “การประมวลผล” หรือการดำเนินการใด ๆ ต่อข้อมูลส่วนบุคคล⁵⁵ โดยมีหลักการพื้นฐาน 7 ประการสำคัญ⁵⁶ ได้แก่

(1) *หลักความชอบด้วยกฎหมายและเป็นธรรม (Lawfulness and Fairness)* กำหนดให้การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลต้องมีฐานทางกฎหมาย คือมีบทบัญญัติกฎหมายให้อำนาจและเป็น

⁵³ Article 2 (1) Law Enforcement Directive.” (LED)

⁵⁴ Ibid., Article 3 (1)

⁵⁵ Ibid., Article 3 (2)

⁵⁶ Ibid., Article 4 (1)

การดำเนินการที่จำเป็นในการบังคับใช้กฎหมายอาญา⁵⁷ อีกทั้ง หากข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าวเป็นข้อมูลอ่อนไหว การประมวลผลจะกระทำได้เฉพาะกรณีที่มีความจำเป็นอย่างยิ่ง โดยจัดให้มีการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพอย่างเหมาะสม⁵⁸

(2) *หลักการจำกัดวัตถุประสงค์ (Purpose Limitation)* กำหนดให้การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลต้องมีวัตถุประสงค์ที่ชัดเจนเฉพาะเจาะจง โดยห้ามมิให้ประมวลผลข้อมูลไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้⁵⁹ เว้นแต่การใช้ข้อมูลดังกล่าวมีอยู่ในความคาดการณ์ของกฎหมาย (Subsequent processing)⁶⁰

(3) *หลักการใช้ข้อมูลให้น้อยที่สุด (Data Minimisation)* กำหนดให้การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลต้องจำกัดให้น้อยที่สุดเท่าที่เพียงพอ จำเป็น และเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับการกระทำความผิดที่สืบสวนและสอบสวน⁶¹

(4) *หลักความถูกต้องสมบูรณ์ (Accuracy)* กำหนดให้ข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องถูกรักษาให้ถูกต้อง สมบูรณ์ เป็นปัจจุบัน โดยคำนึงถึงธรรมชาติและบริบทการบังคับใช้กฎหมาย เช่น ความถูกต้องของข้อมูลจากการสอบปากคำพยานอาจเป็นข้อเท็จจริงที่ว่าพยานระบุถึงข้อมูลดังกล่าวเท่านั้น⁶² นอกจากนี้ LED ได้กำหนดหน้าที่พิเศษในการแยกแยะประเภทข้อมูลส่วนบุคคล (Categorization of Individuals) โดยให้แยกแยะเจ้าของข้อมูลว่าเป็นผู้ต้องหา ผู้เสียหาย พยาน หรือบุคคลอื่นใด และให้แยกแยะคุณภาพของข้อมูลระหว่างข้อเท็จจริงกับข้อคิดเห็น ซึ่งจะเป็นประโยชน์สำหรับการประเมินความน่าเชื่อถือในการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างหน่วยงานหรือระหว่างรัฐด้วยกัน⁶³

(5) *หลักการจำกัดการเก็บรักษา (Storage Limitation)* กำหนดให้ข้อมูลส่วนบุคคลต้องถูกเก็บรักษาในรูปแบบที่ระบุตัวตนของเจ้าของข้อมูลได้ไม่นานเกินกว่าที่จำเป็นเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ในการบังคับใช้กฎหมายอาญา⁶⁴

(6) *หลักความสมบูรณ์และเป็นความลับ (Integrity and Confidentiality)* กำหนดให้การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องมีมาตรการที่ประกันความมั่นคงปลอดภัย⁶⁵ และหากการ

⁵⁷ Ibid., Article 8

⁵⁸ Ibid., Article 10

⁵⁹ Ibid., Article 4 (1) (b) and Recital 29

⁶⁰ Council of Europe, “Practical Guide on the Use of Personal Data in the Police Sector.”

⁶¹ Article (1) (c) Law Enforcement Directive.” (LED)

⁶² Ibid., Article 4 (1) (d) and Recital (30)

⁶³ Ibid., Article 6-7 and Recital (31)

⁶⁴ Ibid., Article 4-5

⁶⁵ Ibid., Article 29

ประมวลผลข้อมูลมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดความเสี่ยงสูงต่อสิทธิและเสรีภาพ อย่างการใช้เทคโนโลยีสมัยใหม่ที่ซับซ้อน ก็จะต้องมีการประเมินความเสี่ยงผลกระทบ (Data protection impact assessment: “DPIA”) เพื่อจะจัดการกับความเสี่ยงนั้น โดยปรึกษารื้อกับหน่วยงานกำกับดูแลก่อนการประมวลผล (Prior consultation of the supervisory authority)⁶⁶ ในขณะที่เมื่อเกิดเหตุข้อมูลรั่วไหล ก็ให้แจ้งเหตุต่อหน่วยงานกำกับดูแลภายใน 72 วัน นับตั้งแต่ทราบเหตุ รวมถึงให้แจ้งต่อเจ้าของข้อมูล เมื่อการรั่วไหลของข้อมูลมีความเสี่ยงสูงที่จะกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพ⁶⁷

(7) *หลักความรับผิดชอบ (Accountability)* ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลมีความรับผิดชอบในการปฏิบัติตามหลักการข้างต้น โดยผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล (Data controller) หมายถึงหน่วยงานผู้มีอำนาจรับผิดชอบ ซึ่งมีอำนาจตัดสินใจเกี่ยวกับการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล โดยกำหนดวัตถุประสงค์และวิธีการประมวลผลข้อมูลนั้น⁶⁸

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า LED ไม่ได้บัญญัติรับรองถึงหลักความโปร่งใส (Transparency) ไว้อย่างชัดเจน แตกต่างจาก GDPR เพราะด้วยธรรมชาติของการสืบสวนและสอบสวนคดีอาญา การดำเนินการในบางลักษณะก็จำเป็นต้องดำเนินการโดยลับ จึงยากที่จะมีความโปร่งใสอย่างสมบูรณ์⁶⁹

(ค.) *สิทธิของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล* นอกเหนือจากหลักการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลโดยหลัก ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลย่อมมีหน้าที่ตอบสนองการใช้สิทธิของเจ้าของข้อมูล เว้นแต่การใช้สิทธินั้นไม่สมเหตุสมผล (Unfounded) ฟุ่มเฟือยเกินความจำเป็น (Excessive)⁷⁰ หรือมีเหตุในการปฏิเสธตามกฎหมาย โดย LED ได้บัญญัติรับรองสิทธิของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลอยู่สามประการ อันได้แก่

(1) *สิทธิที่จะได้รับแจ้งข้อมูล (Right to be Informed)* โดยการแจ้งรายละเอียดเกี่ยวกับการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลให้เจ้าของข้อมูลทราบ จำแนกได้เป็นข้อมูลทั่วไปซึ่งเปิดเผยต่อสาธารณะ และข้อมูลจำเพาะเพื่อประกอบการใช้สิทธิอื่น⁷¹

(2) *สิทธิที่จะเข้าถึงข้อมูล (Right to Access)* โดยยืนยันแก่บุคคลว่าข้อมูลส่วนบุคคลของบุคคลนั้น ๆ ถูกนำไปประมวลผลหรือไม่ และมีรายละเอียดอย่างไร⁷²

⁶⁶ Ibid., Article 28-29

⁶⁷ Ibid., Article 30-31

⁶⁸ Ibid., Article 3 (8)

⁶⁹ Mark Leiser and Bart Custers, “The Law Enforcement Directive: Conceptual Challenges of Eu Directive 2016/680,” in *European Data Protection Law Review* 5, 3 (October 2019).

⁷⁰ Article 12 (4) Law Enforcement Directive.” (LED)

⁷¹ Ibid., Article 13; Council of Europe, “Practical Guide on the Use of Personal Data in the Police Sector.”

⁷² Article 14 Law Enforcement Directive.” (LED)

(3) สิทธิที่จะแก้ไข ลบ หรือจำกัดการประมวลผล (*Right to Rectification or Erasure of Personal Data and Restriction of Processing*) โดยแก้ไขข้อมูลส่วนบุคคลที่ไม่ถูกต้องสมบูรณ์ และลบข้อมูลส่วนบุคคลที่ถูกประมวลผลโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือพ้นระยะเวลาเก็บรักษา แต่หากมีความจำเป็นที่จะต้องเก็บรักษาข้อมูลเพื่อเป็นหลักฐาน หรือเป็นกรณีไม่สามารถยืนยันความถูกต้องของข้อมูลส่วนบุคคล ก็ให้จำกัดการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลแทนการลบได้⁷³

อย่างไรก็ตาม การใช้สิทธิของเจ้าของข้อมูลจะต้องไม่กระทบการสืบสวนและสอบสวนคดีอาญา หน่วยงานผู้มีอำนาจหน้าที่จึงอาจปฏิเสธการใช้สิทธิของเจ้าของข้อมูล หากมีเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้⁷⁴

- (1) เพื่อไม่ให้เป็นการอุปสรรคต่อการป้องกัน สืบสวน ตรวจับ ดำเนินคดีหรือลงโทษอาญา
- (2) เพื่อรักษาความมั่นคงปลอดภัยของชาติหรือสาธารณะ
- (3) เพื่อปกป้องสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นใด

โดยในการปฏิเสธ ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องแจ้งเหตุผลให้เจ้าของข้อมูลทราบ เว้นแต่การแจ้งนั้นจะเป็นอุปสรรคต่อการสืบสวนและสอบสวนคดีอาญา ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลอาจไม่ให้เหตุผลได้ (Neutral reply) แต่เจ้าของข้อมูลย่อมมีสิทธิที่จะร้องเรียนต่อหน่วยงานกำกับดูแล เพื่อให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งถือว่าเป็นการใช้สิทธิ “โดยอ้อม”⁷⁵

(ง.) กลไกการบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

กลไกการบังคับใช้ LED ของสหภาพยุโรป จะอยู่ในรูปแบบหน่วยงานกำกับดูแลที่มีความเป็นอิสระ (Independent supervisory authorities)⁷⁶ ทำหน้าที่ควบคุมกำกับดูแลให้มีการปฏิบัติตาม LED ตั้งแต่ให้คำแนะนำ วินิจฉัยเรื่องร้องเรียน ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการประมวลผลข้อมูล และในกรณีที่มีการฝ่าฝืน หน่วยงานดังกล่าวจะมีอำนาจออกคำเตือน สั่งแก้ไขปรับปรุง กระทั่งจำกัดหรือระงับการประมวลผล โดยหน่วยงานกำกับดูแลนี้จะจัดตั้งให้เป็นหน่วยงานเดียวกับหน่วยงานกำกับดูแลตาม GDPR ได้ เพียงแต่สำหรับการบังคับใช้กฎหมาย จะมีเงื่อนไขเพิ่มเติมว่าการควบคุมกำกับดูแลต้องไม่กระทบความเป็นอิสระของศาล⁷⁷

⁷³ Ibid., Article 16

⁷⁴ Ibid., Article 13 (3), 15 and 16 (4)

⁷⁵ Ibid., Article 17; Emmanuel Salami, “The Impact of Directive (Eu) 2016/680 on the Processing of Personal Data by Competent Authorities for the Purposes of the Prevention, Investigation, Detection or Prosecution of Criminal Offences or the Execution of Criminal Penalties and on the Free Movement of Such Data on the Existing Privacy Regime,” (2017).

⁷⁶ Article 41-42 Law Enforcement Directive.,” (LED)

⁷⁷ Ibid., Article 45 (2) and 46-47

นอกจากนี้ LED ยังได้กำหนดเงื่อนไขการโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศ⁷⁸ ได้แก่

(1) การโอนนั้นมีความจำเป็นเพื่อการป้องกัน สืบสวน ตรวจสอบ ดำเนินคดี ลงโทษอาญา หรือรักษาความปลอดภัยสาธารณะ

(2) เป็นการโอนไปยังผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการป้องกัน สืบสวน ตรวจสอบ ดำเนินคดี ลงโทษทางอาญา หรือรักษาความปลอดภัยสาธารณะ

(3) ในกรณีที่ข้อมูลส่วนบุคคลได้รับมาจากรัฐสมาชิกอื่น ต้องได้รับอนุญาตล่วงหน้าตามที่กฎหมายของรัฐสมาชิกลูกกำหนด เว้นแต่มีความจำเป็นเพื่อความมั่นคงหรือประโยชน์สาธารณะ และการอนุญาตล่วงหน้าไม่อาจกระทำได้ในเวลาที่เหมาะสม

(4) ประเทศปลายทางต้องมีการคุ้มครองข้อมูลที่เพียงพออย่างน้อยอย่างใด ต่อไปนี้

- ได้รับวินิจฉัยถึงระดับการคุ้มครองข้อมูลที่เพียงพอ (Adequacy decision)⁷⁹
- มีมาตรการป้องกันที่เหมาะสม (Appropriate safeguards)⁸⁰
- เฉพาะในสถานการณ์พิเศษ (Derogations for specific situations)⁸¹

(5) ในกรณีที่มีการโอนข้อมูลส่วนบุคคลต่อ ต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงานซึ่งดำเนินการโอนเดิมหรือรัฐสมาชิกอื่นที่มีอำนาจ โดยให้คำนึงถึงปัจจัยที่เกี่ยวข้องทั้งหมด

สุดท้าย เพื่อประกันว่า LED จะมีผลบังคับใช้ได้จริงในทางปฏิบัติ การฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ใน LED จึงต้องมีบทกำหนดความรับผิดและโทษทั้งสำหรับบุคคลธรรมดาและหน่วยงานที่เป็นนิติบุคคลอีกด้วย⁸²

6. กรณีศึกษาแนวทางการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาของต่างประเทศ

จากการศึกษาแนวทางตามกฎหมายของสหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา และสาธารณรัฐเกาหลี พบว่า การดำเนินงานในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาของทั้งสามประเทศอยู่ในบังคับที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาควบคู่กับกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล โดยอาจสรุปได้โดยสังเขป ดังนี้

⁷⁸ Ibid., Article 35

⁷⁹ Ibid., Article 36

⁸⁰ Ibid., Article 37

⁸¹ Ibid., Article 38

⁸² Ibid., Article 57 and Recital (39)

6.1 กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในต่างประเทศ

เพื่อเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน กฎหมายของประเทศต่าง ๆ ข้างต้นจึงมีการกำหนดกรอบการใช้อำนาจสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาอยู่หลายประการ อาทิ

หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้อง	สหราชอาณาจักร	สหรัฐอเมริกา	สาธารณรัฐเกาหลี
การค้นและยึดทั่วไป	จะต้องได้รับหมายหรือคำสั่งศาล ⁸³	ห้ามมิให้ค้นและยึดโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร และห้ามมิให้ออกหมายโดยไม่มีเหตุอันควร ⁸⁴	จะต้องได้รับหมายหรือคำสั่งศาล แม้เป็นกรณีเร่งด่วน ก็จำเป็นต้องขอหมายหรือคำสั่งศาลย้อนหลัง ⁸⁵
การได้มาซึ่งข้อมูล	ผ่านกระบวนการ Double-lock หรือการตรวจสอบถ่วงดุลสองชั้น ทั้งจากหน่วยงานผู้มีอำนาจหน้าที่และศาล ⁸⁶ โดยกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจสืบสวนและสอบสวนที่ชัดเจน พร้อมบัญญัติ General privacy protection เพื่อคุ้มครองสิทธิบุคคล ⁸⁷	ได้รับคุ้มครองตาม The Fourth Amendment ด้วยหลักความคาดหมายความเป็นส่วนตัว ⁸⁸ อันเป็นการเปิดโอกาสให้ศาลสามารถตีความเพื่อคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลได้ตามอย่างกว้างขวาง ตามแต่ละบริบทที่เกิดขึ้น นอกจากนี้ ในกฎหมายเฉพาะก็จะมีหลักเกณฑ์การขออนุญาตและเปิดโอกาสให้ผู้ได้รับผลกระทบโต้แย้งความถูกต้อง ⁸⁹ อีกด้วย	จะต้องได้รับหมายหรือคำสั่งศาล โดยแบ่งข้อมูลเป็นสองระดับได้แก่ - ข้อมูลที่ยืนยันการติดต่อสื่อสาร - เนื้อหาของการติดต่อสื่อสาร โดยบัญญัติหลักเกณฑ์การเข้าถึงเนื้อหาการติดต่อสื่อสารให้มีความเคร่งครัดมากกว่า ⁹⁰

⁸³ มีข้อสังเกตว่า ระบบกฎหมายของสหราชอาณาจักร รายละเอียดของบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวอาจมีความแตกต่างกันไปตามแต่ละพื้นที่ เช่น บทบัญญัติเกี่ยวกับการค้นในอังกฤษและเวลส์จะเป็นไปตาม Article 4 Police and Criminal Evidence Act 1984 (“PACE 1984”) ในขณะที่ไอร์แลนด์เหนือจะเป็น Police and Criminal Evidence Order Article 10 (โปรดดู “Regulation (Eu) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the Protection of Natural Persons with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, and Repealing Directive 95/46/Ec (General Data Protection Regulation).”; UK Department for Digital Culture Media & Sport, “Explanatory Framework for Adequacy Discussion, Section F: Law Enforcement,”(2020).Section F: Law Enforcement,"(2020)

⁸⁴ “The Fourth Amendment.”

⁸⁵ Article 215 Criminal Procedure Act (CPA), Article 12 (3) Constitution of the Republic of Korea.

⁸⁶ Article 18-25 Investigatory Powers Act 2016

⁸⁷ Ibid., Article 2

⁸⁸ “Katz V. United States,” (1967).

⁸⁹ ปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ, “กฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดให้รัฐเข้าถึง หรือได้มาซึ่งข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกัน : กรณีศึกษาประเทศสหรัฐอเมริกา,”(ธันวาคม 2561).

⁹⁰ Article 6 The Communication Privacy Protection Act

หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้อง	สหราชอาณาจักร	สหรัฐอเมริกา	สาธารณรัฐเกาหลี
การขอข้อมูลจาก เอกชน	ถือเป็นการค้นและยึดทั่วไป จึงต้องได้รับหมายหรือ คำสั่งศาล ⁹¹	ไม่ได้รับความคุ้มครอง เนื่องจาก “The third-party doctrine” วางหลักว่าบุคคลไม่อาจ คาดหวังความเป็นส่วนตัวส่วนตัวจาก ข้อมูลที่ให้บุคคลที่สามด้วยความ สมัครใจ ⁹² อย่างไรก็ตาม ข้อมูลส่วนบุคคลที่อยู่ใน ครอบครองของเอกชนอาจได้รับความ คุ้มครองตามกฎหมาย คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเฉพาะ ภาคส่วน ⁹³ ในแง่นี้ การคุ้มครอง ดังกล่าวจึงเป็นเสมือนข้อยกเว้น ของ The third-party doctrine ⁹⁴	เป็นการขอความร่วมมือบนพื้นฐาน ความสมัครใจ ⁹⁵ โดยภาคเอกชน ที่เปิดเผยข้อมูลจะมีหน้าที่ในการ แจ้งข้อเท็จจริงให้เจ้าของข้อมูล ทราบอีกด้วย ⁹⁶

6.2 กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในต่างประเทศ

จากการศึกษากฎหมายของสหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา และสาธารณรัฐเกาหลี พบว่าไม่มีกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของประเทศใดที่กำหนดบทยกเว้นให้การสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาเป็นการทั่วไปในลักษณะเดียวกับพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 การสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาของทั้งสามประเทศจึงยังคงอยู่ภายใต้กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล โดยมีหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องต่อไปนี้

⁹¹ European Commission, “Commission Implementing Decision of 28.6.2021 Pursuant to Regulation (Eu) 2016/679 of the European Parliament and of the Council on the Adequate Protection of Personal Data by the United Kingdom.”

⁹² “Smith V. Maryland,” (1979).

⁹³ ยกตัวอย่างเช่น The Right to Financial Privacy Act of 1978 (RFPA) หรือ Health Insurance Portability and Accountability Act of 1996 (HIPAA) หรือ The Cable Communication Policy Act of 1984 (Cable Act) ฯลฯ

⁹⁴ Rebecca Lipman, “The Third Party Exception: Reshaping an Imperfect Doctrine for the Digital Age,” *Harvard Law & Policy Review* 8(2014); Erin Murphy, “The Politics of Privacy in the Criminal Justice System: Information Disclosure, the Fourth Amendment, and Statutory Law Enforcement Exemptions,” in *Michigan Law Review* 111, 4 (2013).

⁹⁵ Article 83 (3) The Telecommunications Business Act

⁹⁶ Article 2 Personal Information Protection Act

หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้อง	สหราชอาณาจักร	สหรัฐอเมริกา	สาธารณรัฐเกาหลี
ขอบเขตของข้อมูลส่วนบุคคล	Personal data (ข้อมูลส่วนบุคคล) หมายถึงข้อมูลเกี่ยวกับบุคคล ซึ่งระบุหรือทำให้อาจระบุถึงบุคคลธรรมดาที่มีชีวิตอยู่ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม ⁹⁷	Record (บันทึกข้อมูล) คือชุดหรือกลุ่มของข้อมูลเกี่ยวกับบุคคลที่มีสัญชาติอเมริกันหรือมีถิ่นที่อยู่ในสหรัฐอเมริกา ซึ่งอยู่ในครอบครองของหน่วยงานรัฐบาลระดับสหพันธรัฐ ⁹⁸	Personal Information (ข้อมูลส่วนบุคคล) หมายถึงข้อมูลเกี่ยวกับบุคคลที่มีชีวิตอยู่ ไม่ว่าจะระบุถึงตัวบุคคลโดยตรง หรือประกอบกับข้อมูลอื่นเพื่อระบุถึงบุคคล โดยให้รวมถึงข้อมูลแฝง ⁹⁹
เกณฑ์การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล	อยู่ภายใต้บังคับของ PART 3: Law Enforcement Processing The Data Protection Act 2018 (The UK DPA) ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะสำหรับการบังคับใช้กฎหมายอาญา โดยมีสาระสำคัญเหมือน LED ของสหภาพยุโรป เว้นแต่มีการยอมรับให้ “ความยินยอม” เป็นฐานการประมวลผลข้อมูล ¹⁰⁰	มีกฎหมายเฉพาะเรื่องเฉพาะกรณีการจัดกระจายอยู่จำนวนมาก แต่สำหรับการบังคับใช้กฎหมายของหน่วยงานระดับสหพันธรัฐ จะอยู่ภายใต้ The Privacy Act of 1974 ซึ่งไม่ได้มีหลักเกณฑ์เฉพาะสำหรับการสืบสวนและสอบสวนคดีอาญา มีเพียงข้อยกเว้นเป็นรายบทยกเว้น โดยมักยกเว้นให้การสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาสามารถเก็บรวบรวมและเปิดเผยบันทึกข้อมูลได้มากกว่ากรณีทั่วไป ¹⁰¹	อยู่ภายใต้บังคับ The Personal Information Protection Act (South Korea’s PIPA) แต่ไม่ได้มีหลักเกณฑ์เฉพาะสำหรับการสืบสวนและสอบสวนคดีอาญา เพียงแต่กำหนดให้การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาต้องมีกฎหมายเป็นฐานอำนาจ และกำหนดข้อยกเว้นเป็นรายมาตราสำหรับการสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาเป็นการเฉพาะ ¹⁰²

⁹⁷ Article 3 (2) Data Protection Act 2018

⁹⁸ “§ 552a. (the Privacy Act of 1974).”, (a)(4)

⁹⁹ Article 2 Personal Information Protection Act

¹⁰⁰ Article 35 (2) Data Protection Act 2018 European Commission, “Commission Implementing Decision of 28.6.2021 Pursuant to Directive (Eu) 2016/680 of the European Parliament and of the Council on the Adequate Protection of Personal Data by the United Kingdom.”

¹⁰¹ Murphy, E., “The Politics of Privacy in the Criminal Justice System: Information Disclosure, the Fourth Amendment, and Statutory Law Enforcement Exemptions,” in *Michigan Law Review*

¹⁰² ยกตัวอย่างเช่น การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาของสาธารณรัฐเกาหลีได้รับยกเว้นไม่จำเป็นต้องจดทะเบียนแฟ้มข้อมูลส่วนบุคคล และไม่ต้องบันทึกฐานทางกฎหมาย เมื่อใช้ข้อมูลแตกต่างจากวัตถุประสงค์ดั้งเดิม และได้รับยกเว้นให้สามารถใช้กล้องตรวจจับภาพในพื้นที่สาธารณะได้ (โปรดดู “Personal Information Protection Act.”, Article 18, 25 (1) and 32 (2).)

หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้อง	สหราชอาณาจักร	สหรัฐอเมริกา	สาธารณรัฐเกาหลี
สิทธิของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล	แยกบัญญัติสิทธิเจ้าของข้อมูลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาใน PART 3: Law Enforcement Processing โดยรับรองสิทธิน้อยกว่าการประมวลผลข้อมูลทั่วไป รวมถึงกำหนดกลไกในการใช้สิทธิทางอ้อมผ่านหน่วยงานกำกับดูแลเช่นเดียวกับ LED ¹⁰³	The Privacy Act of 1974 รับรองสิทธิของเจ้าของข้อมูลในการเข้าถึงและโต้แย้งความถูกต้องของบันทึกข้อมูล เช่นเดียวกับการดำเนินการทั่วไป อย่างไรก็ตาม บังคับใช้กฎหมายอาจใช้อำนาจกำหนดข้อยกเว้นการเข้าถึงบันทึกข้อมูลได้เพิ่มเติม ¹⁰⁴ นอกจากนี้ พลเมืองสหรัฐอเมริกายังมีสิทธิที่จะโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาตาม The Fourth Amendment ซึ่งอาจรวมถึงการใช้สิทธิขอให้ระงับหรือทำลายข้อมูลส่วนบุคคลที่ได้มาโดยไม่ชอบอีกด้วย	รับรองสิทธิเจ้าของข้อมูลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญา เช่นเดียวกับการดำเนินงานทั่วไป แต่การใช้สิทธินั้นอาจถูกปฏิเสธได้ หากการปฏิเสธเป็นไปตามกฎหมาย หรือการใช้สิทธิจะทำให้เสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน หรือประโยชน์ของบุคคลอื่นใด ¹⁰⁵
กลไกการบังคับใช้	กำหนดความรับผิดชอบทางอาญาและโทษปรับทางปกครองสำหรับการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ ¹⁰⁶ และบัญญัติ ข้อจำกัดการโอนข้อมูลส่วนบุคคลไปยังต่างประเทศตามแนวทางของ LED โดยมี	กำหนดความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ ¹⁰⁷ ในขณะที่การบังคับใช้กฎหมายจะไม่ได้อยู่ในรูปแบบองค์กรอิสระ แต่จะเป็นองค์กรต่าง ๆ ที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายเฉพาะประกอบกับกลไกกำกับดูแลตนเอง ¹⁰⁸	กำหนดความรับผิดชอบทางอาญาและโทษปรับทางปกครองสำหรับการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ พร้อมบัญญัติข้อกำหนดในการโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศ โดยมีองค์กรอิสระคือ Personal Information Protection Commission (PIPC)

¹⁰³ Article 51 Data Protection Act 2018

¹⁰⁴ “§ 552a. (the Privacy Act of 1974).”, (j)(2) and (k)(2)

¹⁰⁵ “Personal Information Protection Act.”, Chapter V. guarantee of rights of data subjects.

¹⁰⁶ Article 170-173 Data Protection Act 2018

¹⁰⁷ “§ 552a. (the Privacy Act of 1974).”, (i)

¹⁰⁸ นคร เสรีรักษ์, ความเป็นส่วนตัว: ความคิด ความรู้ ความจริง และพัฒนาการเรื่องการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในประเทศไทย,

หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้อง	สหราชอาณาจักร	สหรัฐอเมริกา	สาธารณรัฐเกาหลี
	Information Commissioner's Office (ICO) เป็นองค์กรอิสระทำหน้าที่ควบคุมและกำกับดูแลการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลในทุกกิจการ ¹⁰⁹		ทำหน้าที่ควบคุมและกำกับดูแลการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลในกิจการทุกประเภท ¹¹⁰

7. บทวิเคราะห์ความเหมาะสมของการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญา

เมื่อการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาในสหภาพยุโรปและต่างประเทศล้วนแล้วแต่บังคับใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาควบคู่กับกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล การวิเคราะห์ความเหมาะสมของแนวทางการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาของประเทศไทยจึงต้องทำการวิเคราะห์มาตรฐานทางกฎหมายเชิงควบคู่ แบ่งเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (หัวข้อที่ 7.1) และกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (หัวข้อที่ 7.2) โดยนำแนวทางของสหภาพยุโรปมาเป็นเกณฑ์พื้นฐานในการประเมิน เนื่องจากแนวทางการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรปเป็นมาตรฐานที่ได้รับการยอมรับจากนานาประเทศ และเป็นต้นแบบของการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของประเทศไทยในปัจจุบัน

7.1 บทวิเคราะห์กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

จากการศึกษาพบว่า แม้กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากับกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลจะเป็นกฎหมายคนละฉบับ แต่กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาก็เป็นกฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่รัฐเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญา ซึ่งเป็นมาตรการที่กระทบต่อข้อมูลส่วนบุคคล กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจึงมีความเชื่อมโยงกับระดับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล เพราะหากกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่มีกรอบจำกัดอำนาจที่เหมาะสมหลักประกันสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลของประชาชนก็ย่อมถูกลดทอนลงเมื่ออยู่ในชั้นสืบสวนและสอบสวน

¹⁰⁹ European Commission, "Commission Implementing Decision of 28.6.2021 Pursuant to Directive (Eu) 2016/680 of the European Parliament and of the Council on the Adequate Protection of Personal Data by the United Kingdom."

¹¹⁰ European Commission, "Commission Implementing Decision of 17.12.2021 Pursuant to Regulation (Eu) 2016/679 of the European Parliament and of the Council on the Adequate Protection of Personal Data by the Republic of Korea under the Personal Information Protection Act."

คดีอาญา จึงมีความจำเป็นที่รัฐแต่ละรัฐจะต้องออกแบบให้กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญารักษาสมดุลระหว่างการป้องปรามอาชญากรรมกับการคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวของบุคคลให้มีความเหมาะสม และได้สัดส่วนกัน

อย่างไรก็ตาม เมื่อนำกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยมาประเมินกับหลักเกณฑ์ปกป้องสิทธิของสหภาพยุโรป กลับพบว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยมีแนวโน้มที่จะถูกพิจารณาว่าไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ดังกล่าว โดยมีข้อควรพิจารณาสามประการคือ

(1) ขอบเขตการค้นในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ผ่านกระบวนการตรวจสอบจากศาลนั้นมีขอบเขตจำกัด จึงไม่สอดคล้องกับ “หลักการตรวจสอบถ่วงดุล” เพราะหากเป็นการใช้อำนาจลักษณะอื่น นอกเหนือจากการค้นในที่เรือนหรือการค้นเอกสารซึ่งส่งทางไปรษณีย์โทรเลข¹¹¹ ก็มีแนวโน้มที่เจ้าหน้าที่รัฐจะกล่าวอ้างว่าเป็นอำนาจสอบสวนทั่วไปเพื่อไม่ให้ยุ่งยากได้บังคับที่จะต้องได้รับอนุญาตจากศาล เช่น การค้นหาตำแหน่งจากเสาสัญญาณโทรศัพท์ บันทึกภาพด้วยโดรน หรือใช้เทคโนโลยีตรวจจับใบหน้า เป็นต้น

(2) บทบัญญัติให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารตามพระราชบัญญัติเฉพาะมักใช้ถ้อยคำอย่างกว้าง ๆ จึงไม่สอดคล้องกับ “หลักความเฉพาะเจาะจง” กล่าวคือ

- แม้โดยทั่วไป การได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารตามพระราชบัญญัติเฉพาะจะจำกัดขอบเขตประเภทความผิดเพื่อการสืบสวนและสอบสวนหรือบังคับใช้กฎหมายนั้น ๆ แต่พระราชบัญญัติบางฉบับ เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ก็ขยายขอบเขตไปถึงความผิดอื่นที่มีคอมพิวเตอร์เกี่ยวข้อง ทำให้ในปัจจุบัน ความผิดอาญาแทบทุกประเภทจึงอาจถูกพิจารณาได้ว่าอยู่ในขอบเขตความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ได้ จึงไม่มีความเฉพาะเจาะจงในแง่เหตุแห่งการใช้อำนาจ¹¹²

- พระราชบัญญัติเฉพาะมักบัญญัติให้อำนาจด้วยถ้อยคำที่ว่า “เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสาร” เท่านั้น โดยไม่ระบุมาตรการที่จะใช้อย่างชัดเจน จึงเป็นการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่รัฐใช้มาตรการตามอำเภอใจ โดยไม่จำกัดวิธีการ ซึ่งไม่มีความเฉพาะเจาะจงในแง่มาตรการที่ใช้¹¹³

¹¹¹ มาตรา 32 และมาตรา 105 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

¹¹² คณาธิป ทองรวีวงศ์, “การปฏิรูปกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของไทยเพื่อเข้าสู่ประชาคมอาเซียน.”; คณาธิป ทองรวีวงศ์, “สิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลที่ไม่ได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 : การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล ตามกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ”, วารสารกฎหมายสิทธิมนุษยชน.

¹¹³ ตัวอย่างเช่น มาตรา 25 พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 และ มาตรา 30 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551.

- การได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารของประเทศไทย ไม่ได้มีการกำหนดขอบเขตในแง่เป้าหมายที่ตัวบุคคล แต่จะเป็นการกำหนดขอบเขตที่ข้อมูลข่าวสาร ที่ถูกใช้เพื่อกระทำความผิด ข้อมูลที่เจ้าหน้าที่รัฐอาจเข้าถึงจึงไม่ได้จำกัดเฉพาะข้อมูลของผู้ต้องสงสัยหรือผู้กระทำความผิด¹¹⁴ จึงไม่มีความเฉพาะเจาะจงในแง่เป้าหมาย

- ในบรรดาพระราชบัญญัติเฉพาะ พบว่าพระราชบัญญัติบางฉบับก็ไม่ได้มีการกำหนดขอบเขตของระยะเวลาในการใช้อำนาจที่ชัดเจน เช่น การตรวจสอบหรือเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 จึงไม่มีความเฉพาะเจาะจงในแง่ระยะเวลา

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศจะพบว่าประเทศไทยไม่มีมาตรการเพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลแต่อย่างใด จึงแตกต่างจากกฎหมายต่างประเทศที่ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิของผู้ได้รับผลกระทบจากการใช้มาตรการเหล่านี้

(3) การขอข้อมูลส่วนบุคคลจากภาคเอกชนในรูปแบบหมายเรียกพยานเอกสารหรือหนังสือขอความร่วมมือ ไม่สอดคล้องกับ “หลักความเฉพาะเจาะจง” และ “หลักการตรวจสอบถ่วงดุล” เพราะไม่ว่าการกระทำความผิดประเภทใด ในสถานการณ์อย่างไร เจ้าหน้าที่รัฐก็อาจขอตรวจดูข้อมูลข่าวสารได้ โดยที่ไม่มีข้อจำกัดอำนาจและไม่จำเป็นต้องได้รับคำสั่งหรือหมายจากศาลในทำนองเดียวกันกับสหรัฐอเมริกา¹¹⁵ ซึ่งบริบทแวดล้อมทางกฎหมายดังกล่าวเป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้สหภาพยุโรปประเมินว่าสหรัฐอเมริกา มีระดับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่ไม่เพียงพอ เป็นเหตุให้การโอนข้อมูลระหว่างสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปไม่อาจกระทำได้โดยเสรี และต้องอาศัยการทำข้อตกลงระหว่างประเทศระดับทวิภาคี¹¹⁶

¹¹⁴ คณาธิป ทองรวิวงศ์, “การปฏิรูปกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของไทยเพื่อเข้าสู่ประชาคมอาเซียน.”; คณาธิป ทองรวิวงศ์, “สิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลที่ไม่ได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 : การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล ตามกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ”, วารสารกฎหมายสิทธิมนุษยชน.

¹¹⁵ มีข้อสังเกตว่า แม้การขอข้อมูลข่าวสารจากภาคเอกชนในประเทศไทยและสหรัฐอเมริกาก็ไม่ได้อยู่ในบังคับที่จะต้องมีคำสั่งหรือหมายจากศาลเช่นเดียวกัน แต่การเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลโดยภาคเอกชนของทั้งสองประเทศก็มีพื้นฐานทางกฎหมายที่แตกต่างกันอยู่ โดยสำหรับประเทศไทย การเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของภาคเอกชนจะอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ซึ่งจะเปิดเผยได้ต่อเมื่อมีฐานทางกฎหมาย ซึ่งในด้านที่เอกชนเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลให้รัฐนั้นจะอาศัยฐานการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลตามมาตรา 24 (6) พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 แตกต่างจากสหรัฐอเมริกา ที่การไม่เปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของภาคเอกชนจะอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเฉพาะเรื่องหรือสัญญามากกว่า

¹¹⁶ “Commission Decision of 26 July 2000 Pursuant to Directive 95/46/Ec of the European Parliament and of the Council on the Adequacy of the Protection Provided by the Safe Harbour Privacy Principles and Related Frequently Asked Questions Issued by the Us Department of Commerce (Notified under Document Number C(2000) 2441),” (2000); คณาธิป ทองรวิวงศ์, “การปฏิรูปกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของไทยเพื่อเข้าสู่ประชาคมอาเซียน.”

สุดท้าย หากนำข้อวิเคราะห์ทั้งหมดมาพิจารณาร่วมกับ “หลักความจำเป็นและได้สัดส่วน” อาจสรุปได้ว่า แม้มีความจำเป็นที่กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจะต้องให้อำนาจเจ้าหน้าที่รัฐเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลในการป้องปรามอาชญากรรม แต่เมื่อกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยไม่อาจควบคุมการใช้อำนาจสืบสวนและสอบสวนให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ปกป้องสิทธิ อันอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิความเป็นส่วนตัวในข้อมูลจนไม่ได้สัดส่วน จึงมีความเสี่ยงที่ภาพรวมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของประเทศไทยจะได้รับการวินิจฉัยได้ว่ามีระดับที่ไม่เพียงพอตามมาตรฐานของสหภาพยุโรป

7.2 บทวิเคราะห์กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

จากการศึกษาพบว่า แม้การสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาจะเป็นความชอบธรรมของรัฐประการหนึ่งที่จะจำกัดการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล แต่การกำหนดบทยกเว้นทั่วไปมิให้กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลใช้บังคับแก่การสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาโดยสิ้นเชิงนั้นอาจเป็นการยกเว้นที่กว้างขวางเกินกว่าความจำเป็น จากการศึกษากฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศ พบว่ามีหลายประเทศที่ไม่ได้กำหนดให้การสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาเป็นข้อยกเว้นของการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลโดยเด็ดขาด แต่จะกำหนดเป็นข้อยกเว้นรายมาตราหรือบัญญัติกฎเกณฑ์เฉพาะ เพื่อให้สอดคล้องกับบริบทการสืบสวนและสอบสวนคดีอาญา ทั้งนี้ เนื่องจากความเป็นส่วนตัวในข้อมูลเป็นหนึ่งในสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน รัฐจึงมีพันธกรณีที่จะต้องคุ้มครองไม่ว่าจากการดำเนินงานประเภทใด ประกอบกับสิทธิดังกล่าวมีลักษณะเฉพาะ แตกต่างไปจากสิทธิและเสรีภาพรูปแบบดั้งเดิม ทำให้กฎหมายทั่วไป รวมถึงกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มีข้อจำกัดโดยสภาพในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล จึงมีความจำเป็นที่การสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาจะต้องอยู่ในบังคับของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล เพื่อให้การประกันสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลของประชาชนมีมาตรการที่เหมาะสมและสอดคล้องกับลักษณะของความเป็นส่วนตัวในข้อมูลมารองรับเช่นเดียวกับการดำเนินงานประเภทอื่น

ด้วยเหตุนี้ บทยกเว้นตามมาตรา 4 (2) และ (5) พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ซึ่งมีผลเป็นการยกเว้นการสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาทั้งกิจการให้ไม่อยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 เว้นแต่ในส่วนของการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของข้อมูลส่วนบุคคล จึงมีขอบเขตที่กว้างขวางเกินกว่าความจำเป็นและไม่สอดคล้องกับหลักการสากล รวมถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งมาตรา 32 วางหลักให้การตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลพึงกระทำเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น โดยเฉพาะเมื่อพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 นั้นมีฐานะเป็นกฎหมายกลาง จึงควรมุ่งเน้นการคุ้มครองสิทธิมากกว่าจำกัดสิทธิเสียเอง เพราะหากมีความจำเป็น ก็อาจบัญญัติบทยกเว้นเป็นรายกรณี

ได้ตามความเหมาะสม จะเห็นได้จากมาตรา 4 วรรคสอง พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 เปิดช่องให้การยกเว้นมิให้นำพระราชบัญญัตินี้มาใช้บังคับหรือแต่บางส่วนมาใช้บังคับให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกาได้

ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อพิจารณาประกอบกับข้อเท็จจริงที่ว่าหมวด 3 ตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ซึ่งบังคับใช้แก่การสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาอยู่ในปัจจุบัน พบว่ายังคงมีข้อจำกัดจากการที่มีบทบัญญัติอยู่เพียง 5 มาตรา และได้รับยกย่องตั้งแต่ในปี พ.ศ. 2540 พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 จึงมีใช้มาตรการที่มีความเหมาะสมอีกต่อไป มิฉะนั้น การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาของประเทศไทยก็จะมีมาตรฐานที่ไม่เทียบเท่าการดำเนินการประเภทอื่นที่ปัจจุบันอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

อย่างไรก็ดี การกำหนดให้การสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาอยู่ภายใต้หลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ก็จำเป็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่า เกณฑ์การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญานั้นควรเป็นเช่นไร จึงจะรักษาสมดุลระหว่างการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลกับการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมได้อย่างเหมาะสม โดยมีข้อควรพิจารณา 4 ประการดังนี้

(1) โดยทั่วไป “ขอบเขตข้อมูลส่วนบุคคล” ที่ได้รับความคุ้มครองในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาจะมีนิยามเช่นเดียวกับกิจการทั่วไป ไม่ได้มีกฎเกณฑ์เฉพาะแต่อย่างใด จึงเห็นว่าประเทศไทยสามารถนำนิยามของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มาปรับใช้ได้ เนื่องจากบทนิยามในพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 สอดคล้องกับหลักการของสหภาพยุโรปมากกว่าพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ที่จำกัดการคุ้มครองเฉพาะผู้มีสัญชาติไทยหรือมีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย เพราะการจำกัดดังกล่าวอาจทำให้สหภาพยุโรปประเมินว่า ข้อมูลของพลเมืองยุโรปไม่ได้รับการคุ้มครองอย่างเพียงพอในบริบทของการโอนข้อมูล เช่นเดียวกับสหรัฐอเมริกา¹¹⁷

ทว่าสำหรับการขยายขอบเขตเชิงพื้นที่ หรือการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งเจ้าของข้อมูลอยู่ในประเทศไทยจากการประมวลผลข้อมูลที่เกิดขึ้นนอกประเทศ¹¹⁸ เห็นควรยกเว้นมิให้การสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาอยู่ภายใต้บังคับของการขยายขอบเขตเชิงพื้นที่ดังกล่าว ตามแนวทางของ LED เพราะการสืบสวนและสอบสวนมีความเกี่ยวข้องกับอำนาจอธิปไตยของแต่ละรัฐ จึงไม่ควรบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 แก่การสืบสวนและสอบสวนคดีอาญานอกราชอาณาจักรได้

¹¹⁷ European Parliament, “A Comparison between Us and Eu Data Protection Legislation for Law Enforcement,” (2015).

¹¹⁸ มาตรา 5 วรรคสอง พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

(2) จากการศึกษาพบว่า กฎหมายของสหภาพยุโรปและกฎหมายของต่างประเทศยอมรับให้นำ “เกณฑ์การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล” ตามมาตรฐานสากลมาใช้บังคับแก่การสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาเกือบทั้งสิ้น โดยกำหนดข้อยกเว้นเฉพาะในบางประเด็น ได้แก่

- ฐานทางกฎหมาย กล่าวคือการสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาได้รับยกเว้นให้สามารถเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลได้ โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล หากมีกฎหมายให้อำนาจ เว้นแต่ในบางบริบท กฎหมายต่างประเทศก็ยอมรับให้ใช้ความยินยอมเป็นฐานทางกฎหมายในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาได้ ซึ่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 จะมีฐานทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องคือ (1) ฐานการปฏิบัติหน้าที่เพื่อประโยชน์สาธารณะ¹¹⁹ และ (2) ฐานความยินยอม¹²⁰ แต่การอาศัยฐานความยินยอมนั้นจะต้องกระทำการอย่างจำกัด และปฏิบัติตามเงื่อนไขการขอความยินยอมโดยเคร่งครัด เพื่อประกันความเป็นอิสระในการให้ความยินยอมของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล¹²¹

- หลักการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล เห็นว่ามีเพียงหลักความโปร่งใสเท่านั้นที่การสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาไม่อาจอยู่ในบังคับได้โดยบริบูรณ์ เพราะหลักดังกล่าวเรียกร้องให้มีการเปิดเผยต่อเจ้าของข้อมูลว่า ข้อมูลส่วนบุคคลจะถูกประมวลผลอย่างไร ด้วยเหตุผลใด จึงขัดกับธรรมชาติของการสืบสวนและสอบสวนคดีอาญา ในแง่นี้ การมีข้อจำกัดอำนาจที่ชัดเจนจึงอาจมีความเหมาะสมกับบริบทของการสืบสวนและสอบสวนคดีอาญามากกว่า¹²²

ด้วยเหตุนี้ จึงเห็นควรนำแนวทางของ LED มาปรับใช้กับประเทศไทย โดยให้การสืบสวนและสอบสวนคดีอาญายังคงอยู่ในบังคับที่จะต้องปฏิบัติหลักการประมวลผลข้อมูลอื่น ๆ เว้นแต่หลักความโปร่งใส ซึ่งจะมีผลกระทบต่อการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาในสองมิติ คือในด้านหนึ่ง จะส่งผลกระทบต่อการใช้สิทธิของเจ้าของข้อมูลในการควบคุมและตัดสินใจเกี่ยวกับข้อมูล เพราะเจ้าของข้อมูลไม่มีโอกาสทราบข้อเท็จจริงและรายละเอียดที่เกี่ยวข้องแต่แรกเริ่ม

¹¹⁹ มาตรา 24 (4) พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

¹²⁰ มาตรา 19 พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

¹²¹ มีข้อสังเกตว่า LED ของสหภาพยุโรปจะไม่ได้บัญญัติรับรองให้ความยินยอมเป็นฐานการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญา เนื่องจากเห็นว่าในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญา เจ้าของข้อมูลอาจไม่ได้มีอิสระในการให้ความยินยอมอย่างแท้จริง เพราะมีความไม่เท่าเทียมอย่างชัดเจนเชิงอำนาจ (โปรดดู “General Data Protection Regulation.” (GDPR), Recital 43.) ดังนั้น การนำฐานความยินยอมมาใช้ในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาจึงควรกระทำอย่างจำกัดอย่างยิ่ง โดยอาจพิจารณาแนวทางตามคำแนะนำของ ICO สหราชอาณาจักร (โปรดดู Information Commission’s Office (ICO), “Guide to Law Enforcement Processing” [Online] Available from: <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-law-enforcement-processing/>) [14 December 2020]

¹²² Leiser, M. and B. Custers, “The Law Enforcement Directive: Conceptual Challenges of Eu Directive 2016/680,” in *European Data Protection Law Review*.

และในอีกด้านหนึ่ง ก็มีความจำเป็นที่การสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาต้องกำหนดมาตรการทดแทน เพื่อถ่วงดุลกับการยกเว้นการบังคับใช้หลักความโปร่งใสดังกล่าวตามแนวทางกฎหมายของต่างประเทศ เช่น การจัดเก็บบันทึก logs การกำหนดให้มีการประเมินความเสี่ยง หรือการตรวจถ่วงดุลการใช้อำนาจ โดยองค์กรตุลาการ เป็นต้น

(3) แม้มีความจำเป็นที่ “สิทธิเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล” ในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญา ต้องถูกจำกัดกว่ากรณีปกติ แต่ในกฎหมายต่างประเทศจะมีการบัญญัติเหตุผลการปฏิเสธการใช้สิทธิอย่าง ชัดแจ้ง เพื่อไม่ให้เกิดการปฏิเสธคำขอกลายเป็นอำนาจดุลพินิจโดยลำพัง และในขณะเดียวกัน สหภาพยุโรป และสหราชอาณาจักรก็ได้กำหนดกลไกการใช้สิทธิโดยอ้อม โดยให้หน่วยงานกำกับดูแลตรวจสอบ ความชอบด้วยกฎหมายของการประมวลผลข้อมูล¹²³ แทนการใช้สิทธิโดยตรง ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึง ความเหมาะสม แนวทางตามกฎหมายของสหภาพยุโรปและสหราชอาณาจักรจึงอาจนำมาปรับใช้ได้เพื่อ ลดความเสี่ยงที่การใช้สิทธิของเจ้าของข้อมูลจะส่งผลกระทบต่อการใช้สิทธิสืบสวนและสอบสวนคดีอาญา

(4) สำหรับ “กลไกการบังคับใช้” พบว่าแต่ละประเทศไม่ได้กำหนดกลไกการบังคับใช้เฉพาะ สำหรับการสืบสวนและสอบสวนคดีอาญา การบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในกระบวนการ ดังกล่าว จึงสามารถนำกลไกการบังคับใช้ที่มีอยู่ในพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มาปรับใช้ได้ทันที โดยไม่ต้องบัญญัติหลักเกณฑ์ขึ้นใหม่ ควบคู่ไปกับการตรวจสอบถ่วงดุลโดยองค์กร ตุลาการ

8. ข้อเสนอแนะ

เมื่อได้พิจารณาถึงความจำเป็น แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายต่างประเทศแล้ว ผู้เขียนจึงเห็นควรมีข้อเสนอแนะในการกำหนดแนวทางการคุ้มครองข้อมูล ส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาสำหรับประเทศไทย ด้วยการใช้แนวทางของ LED เป็น สำคัญ ทั้งนี้ เนื่องจากกฎหมายของสหภาพยุโรปเป็นต้นแบบแนวทางการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลใน ประเทศไทย การนำมาปรับใช้กับระบบกฎหมายไทยจึงน่าจะมีความเหมาะสม เพราะเป็นพื้นฐานทาง กฎหมายที่ประเทศไทยมีความคุ้นเคย ซึ่งจากการศึกษาพบว่า หลักการพื้นฐานประการสำคัญของ LED ในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาคือการกำหนดให้ “การประมวลผล ข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาจะกระทำได้แต่โดยมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจโดย ชัดแจ้ง บนพื้นฐานของหลักความได้สัดส่วน” จึงเห็นสมควรให้ประเทศไทยกำหนดแนวทางเพื่อคุ้มครอง ข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญา โดยแบ่งเป็น 2 ส่วน ได้แก่ ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และข้อเสนอแนะเกี่ยวกับกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ดังต่อไปนี้

¹²³ Article 51 Data Protection Act 2018. Article 17 General Data Protection Regulation

8.1 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

แม้หลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาจะอยู่บนพื้นฐานของ “การมีกฎหมายให้อำนาจโดยชัดแจ้ง” แต่ลำพังการมีอยู่ของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งเป็นบทบัญญัติหลักที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่รัฐเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาของไทย ก็มีได้เป็นหลักประกันที่เพียงพอว่าการใช้อำนาจสืบสวนและสอบสวนจะเป็นไปด้วยความเหมาะสม จึงมีความจำเป็นที่ประเทศไทยจะต้องพิจารณาแก้ไขปรับปรุงกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยให้มีความสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน โดยอาจใช้เกณฑ์ปกป้องสิทธิของสหภาพยุโรปมาเป็นแนวทาง เพื่อลดผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับข้อมูลส่วนบุคคลจากการใช้มาตรการบังคับ ในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญา เนื่องจากเกณฑ์การปกป้องสิทธิ อันประกอบด้วย (1) หลักความเฉพาะเจาะจง (2) หลักการตรวจสอบถ่วงดุล และ (3) หลักความจำเป็นและได้สัดส่วน เป็นหลักการพื้นฐานที่ปรากฏในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองที่ประเทศไทยเป็นภาคี จึงเห็นควรให้ประเทศไทยแก้ไขปรับปรุงกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาให้มีความสอดคล้องกับหลักเกณฑ์การปกป้องสิทธิดังกล่าว โดยมีข้อเสนอแนะ 3 ประการดังนี้

(1) เห็นควรให้ประเทศไทยให้พิจารณาทบทวนว่าการแสวงหาพยานหลักฐานรูปแบบใดควรจัดให้อยู่ในขอบเขตการค้นที่ต้องผ่านกระบวนการตรวจสอบถ่วงดุลจากศาล โดยเฉพาะการแสวงหาพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการใช้เทคโนโลยีสมัยใหม่ เพื่อให้สอดคล้องกับบริบททางสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป

(2) เห็นควรให้ประเทศไทยพิจารณาแก้ไขเกณฑ์การได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารในพระราชบัญญัติเฉพาะต่าง ๆ ให้ชัดเจนและเฉพาะเจาะจงเพียงพอที่ประชาชนทั่วไปสามารถคาดหมายได้ ด้วยการให้รายละเอียดเกี่ยวกับเหตุแห่งการใช้อำนาจ มาตรการที่ใช้ บุคคลเป้าหมาย และกรอบระยะเวลาให้ได้มากที่สุดเท่าที่จะกระทำได้ พร้อมทั้งกำหนดมาตรการคุ้มครองสิทธิของบุคคลเพิ่มเติม โดยอาจเริ่มต้นจากการแก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 เป็นอันดับแรก เนื่องจากพระราชบัญญัตินี้มีแนวโน้มที่จะไม่สอดคล้องกับเกณฑ์การปกป้องสิทธิของสหภาพยุโรปหลายประการ

(3) เห็นควรให้ประเทศไทยพิจารณากำหนดข้อจำกัดอำนาจในการเก็บรวบรวมข้อมูลข่าวสารจากภาคเอกชนเพิ่มเติม เพื่อมิให้เป็นอำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐโดยลำพัง อย่างไรก็ตาม การกำหนดให้การขอข้อมูลข่าวสารจากภาคเอกชนต้องได้รับอนุญาตจากศาลในทุกกรณีอาจจะทำให้การสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาขาดความคล่องตัว จึงอาจไม่เหมาะสมกับบริบทของประเทศไทย ในเบื้องต้นจึงเห็นควรให้ประเทศไทยแบ่งประเภทข้อมูลข่าวสารตามระดับความรุนแรงและผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข รวมถึงกระบวนการตรวจสอบให้สอดคล้องกับลักษณะของข้อมูล

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่าแนวทางการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาอาจไม่จำกัดเพียงวิธีการต่าง ๆ ข้างต้น เนื่องจากมีงานวิจัยในประเทศไทยอีกจำนวนมากที่มีข้อเสนอแนะเกี่ยวกับ

การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญา ซึ่งสามารถนำมาปรับใช้เพื่อส่งเสริมให้กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทยให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์การปกป้องสิทธิได้มากยิ่งขึ้นเช่นกัน¹²⁴

8.2 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

นอกเหนือจากการมีกฎหมายให้อำนาจโดยชัดแจ้ง การให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญายังต้องอยู่บนพื้นฐานของ “ความได้สัดส่วน” กล่าวคือ การเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญากระทำเท่าที่จำเป็นเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ในการสืบสวนและสอบสวนคดีอาญา และจะต้องไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิความเป็นส่วนตัวเกินกว่าสมควร เมื่อชั่งน้ำหนักกับประโยชน์สาธารณะที่ได้ สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งวางหลักให้การตรากฎหมายจำกัดสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลพึงกระทำเท่าที่จำเป็น เพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น¹²⁵

ด้วยเหตุนี้ การยกเว้นไม่นำกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลมาบังคับใช้แก่การสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาโดยสิ้นเชิงจึงอาจไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน จึงสมควรให้ประเทศไทยกำหนดให้การสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาอยู่ภายใต้หลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเช่นเดียวกับการดำเนินงานอื่น ๆ แต่เพื่อให้สอดคล้องกับธรรมชาติของการสืบสวนและสอบสวน ก็มีความจำเป็นที่ประเทศไทยจะต้องกำหนดหลักเกณฑ์การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาเป็นการเฉพาะ แยกออกมาจากพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ซึ่งนอกเหนือจากการบัญญัติกฎเกณฑ์เฉพาะหรือข้อยกเว้นบางส่วนโดยตราเป็นพระราชกฤษฎีกาตามมาตรา 4 วรรคสองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 แนวทางที่สามารถกระทำได้อย่างรวดเร็วและน่าจะเหมาะสมกับบริบทของการสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาในประเทศไทย คือการบัญญัติหลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลทั่วไปไว้ในมาตรา 131 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาด้วยการเพิ่มเติมข้อความดังต่อไปนี้ในวรรคสอง

¹²⁴ โปรดดู คณาธิป ทองรวีวงศ์, “มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ถูกตั้งข้อหาการสื่อสารข้อมูล”, วารสารกระบวนการยุติธรรม 8, 1 (2556); ประพิน ประดิษฐากร, “กฎหมายว่าด้วยการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลของบุคคล และร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131/2 “(2554); ปรียาชาติ หาลำเจียก, “การตรวจสอบและถ่วงดุล: ศึกษากรณีการสะกดรอยด้วยเครื่องมือสื่อสารโทรคมนาคมและเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาตรา 21,”; ปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ, “กฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดให้รัฐเข้าถึง หรือได้มาซึ่งข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกัน : กรณีศึกษาประเทศสหรัฐอเมริกา,”; ศศิประภา ใฝ่งาม, ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลในการสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาด้วยการใช้เทคนิคพิเศษ, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2552.

¹²⁵ มาตรา 32 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“การรวบรวมหลักฐานตามวรรคหนึ่งต้องกระทำในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด เท่าที่จำเป็นและได้สัดส่วน โดยคำนึงถึงผลกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคล ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่กฎกระทรวงและระเบียบกำหนด”

กล่าวคือ เป็นการนำสาระสำคัญของหลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญา มาบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งเป็นบทบัญญัติหลัก จากนั้นจึงจะกำหนดรายละเอียดของหลักเกณฑ์และวิธีการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในกฎกระทรวงที่ออกโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม หรือในระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติ แล้วแต่กรณี ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าสามารถนำหลักเกณฑ์ของ LED มาเป็นแนวทางในการบัญญัติเนื้อหาได้ โดยมีข้อเสนอแนะ 4 ประการดังนี้

(1) เห็นควรให้ประเทศไทยกำหนดขอบเขตของข้อมูลส่วนบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 โดยไม่จำเป็นต้องบัญญัติเป็นหลักเกณฑ์ใหม่ เพื่อให้ข้อมูลส่วนบุคคลในระบบกฎหมายไทยมีความเป็นเอกภาพและสอดคล้องกับหลักการสากล อย่างไรก็ดี เพื่อไม่ให้เป็นการก้าวล่วงอำนาจอธิปไตยของรัฐอื่น จึงเห็นควรมิให้นำหลักการขยายขอบเขตเชิงพื้นที่มาใช้บังคับแก่การสืบสวนและสอบสวนคดีอาญา เพราะหลักการดังกล่าวมีผลเป็นการขยายขอบเขตการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเจ้าของข้อมูลที่อยู่ในประเทศไทย จากการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลบางลักษณะที่เกิดขึ้นนอกราชอาณาจักรไทย

(2) เห็นควรให้ประเทศไทยกำหนดให้การสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาอยู่ภายใต้บังคับของหลักการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลทั่วไปตามแนวทางของ LED ได้ โดยกำหนดให้การสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาต้องทำการประมวลผลโดยชอบด้วยกฎหมายและเป็นธรรม อีกนัยหนึ่งคือ มีฐานทางกฎหมายรองรับและกระทำเท่าที่จำเป็นในขอบวัตถุประสงค์¹²⁶ โดยไม่นำหลักความโปร่งใสมาบังคับใช้ เพราะการสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาย่อมไม่สามารถเปิดเผยรายละเอียดของการสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาได้ในทุกกรณี มิฉะนั้น การปราบปรามอาชญากรรมก็อาจไม่บรรลุผล โดยเฉพาะในกรณีที่เจ้าของข้อมูลตกเป็นผู้ต้องสงสัยหรือผู้กระทำความผิด แต่เพื่อมิให้หลักประกันสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลถูกลดทอนเกินสมควร จึงสมควรจัดให้มีมาตรการถ่วงดุลเพิ่มเติมตามแนวทางของ LED เช่น ระบบจัดเก็บข้อมูลจราจร (Logs) ในฐานข้อมูลออนไลน์ หรือหากเป็นการสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาโดยใช้เทคโนโลยี

¹²⁶ หากเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มีข้อสังเกตว่า การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาจะสามารถอาศัยฐานการปฏิบัติหน้าที่เพื่อประโยชน์สาธารณะตามมาตรา 24 (4) พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ในการเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาได้เป็นหลัก อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่าในบางบริบท การใช้ความยินยอมเป็นฐานทางกฎหมายในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาก็มีความเหมาะสมมากกว่าได้ เช่น การเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของบุคคลอื่นที่มีผู้ต้องสงสัยหรือผู้กระทำความผิด แต่การอาศัยความยินยอมดังกล่าวก็ต้องภายใต้เงื่อนไขว่าเจ้าหน้าที่รัฐจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขการขอความยินยอมตามหลักกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลอย่างเคร่งครัด

สมัยใหม่ที่ซับซ้อน ก็ให้ประเมินความเสี่ยงและปรึกษาหารือกับคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ก่อนดำเนินการ เป็นต้น

(3) เห็นควรให้ประเทศไทยบัญญัติหลักเกณฑ์การใช้สิทธิของเจ้าของข้อมูลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาเป็นการเฉพาะ โดยให้บัญญัติเหตุแห่งการปฏิเสธการใช้สิทธิให้ชัดเจนและกำหนดกลไกการใช้สิทธิทางอ้อมของเจ้าของข้อมูล โดยให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลมีสิทธิร้องขอให้คณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการดำเนินงานในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญา แทนการใช้สิทธิโดยตรง

(4) เห็นควรให้ประเทศไทยกำหนดกลไกการบังคับใช้หลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาเป็นสองมิติ โดยในด้านหนึ่ง คณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลก็ต้องกำกับดูแลการปฏิบัติตามหลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล โดยเฉพาะในเชิงเทคนิคหรือนโยบายที่ต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน และในอีกด้านหนึ่ง ดำเนินการอื่นที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาโดยตรง ก็อาจให้ศาลทำหน้าที่เป็นองค์กรหลักในการตรวจสอบถ่วงดุลแทน นอกจากนี้ เพื่อให้เกิดสภาพบังคับ ก็จำเป็นที่ประเทศไทยต้องบัญญัติบทกำหนดความรับผิดและโทษสำหรับการฝ่าฝืน และข้อกำหนดการโอนข้อมูลส่วนบุคคลไปยังต่างประเทศเพิ่มเติมด้วย

กล่าวโดยสรุป หากดำเนินการตามข้อเสนอแนะข้างต้นแล้ว สิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาจะได้รับความคุ้มครองมากยิ่งขึ้น โดยรักษาดุลยภาพระหว่างการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลกับการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม อย่างไรก็ดี ข้อเสนอแนะที่กล่าวมานั้นเป็นเพียงแนวทางเบื้องต้นในการกำหนดเกณฑ์การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาสำหรับประเทศไทยเท่านั้น แต่องค์ความรู้สำคัญที่ได้จากการศึกษาวิจัยนี้ คือการแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลจากการดำเนินงานในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญา และพิสูจน์ให้เห็นว่า “มีความเป็นไปได้ที่ระบบกฎหมายไทยจะจัดให้มีการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญา” ด้วยการบังคับใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาควบคู่ไปกับพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 เพื่อที่ว่าอย่างน้อยที่สุด สิทธิความเป็นส่วนตัวในข้อมูลของประชาชนชาวไทยจะยังคงมีหลักประกันในกฎหมายต่อไป

ขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญาตามมาตรา 5
แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542*

Scope of Criminal Liability
under section 5 of The Anti-Money Laundering Act B.E. 2542

ตรีภพ โสวรรณรัตน์
Treephop Sowannarat

นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330
LL.M. Candidate
Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330
Corresponding author E-mail: tun_treephop@hotmail.com
(Received: November 17, 2022; Revised: December 15, 2022; Accepted: December 26, 2022)

บทคัดย่อ

การฟอกเงิน คือ การนำเงินหรือทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด มาเปลี่ยนสภาพให้เป็นเงินหรือทรัพย์สินที่ได้มาอย่างถูกต้อง ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อวงการธุรกิจและสังคม ตลอดจนเศรษฐกิจของประเทศ รัฐจึงต้องกำหนดให้การกระทำความผิดดังกล่าวเป็นความผิดเพื่อเป็นการตัดวงจรอาชญากรรมอย่างไ้ก็ดี การดำเนินคดีอาญาฟอกเงินกลับมีจำนวนน้อย เมื่อเทียบกับการดำเนินมาตรการทางแพ่งเกี่ยวกับการฟอกเงิน ทั้ง ๆ ที่ ลักษณะในการดำเนินมาตรการทางแพ่ง สำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินต้องเข้าไปข้องเกี่ยวกับทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด และย่อมต้องคาดเห็นถึงผู้ที่อาจเป็นผู้กระทำความผิดฐานฟอกเงินได้ โดยสาเหตุส่วนหนึ่งของปัญหาการบังคับใช้ความผิดฐานฟอกเงินเป็นจำนวนน้อย อาจเป็นเพราะการขาดความรู้ความเข้าใจรูปแบบของการฟอกเงินที่บัญญัติเป็นความผิดอาญา รวมถึงปัญหาความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติความผิดฐานฟอกเงิน ว่าควรตีความกว้างแค่ไหน อย่างไร

* บทความวิจัยนี้เป็นส่วนหนึ่งและเรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์เรื่อง “ขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญาตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ด้วยเหตุนี้ บทความนี้จึงมุ่งที่จะศึกษาขอบเขตของความผิดตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 โดยศึกษาปัญหาในการบังคับใช้ ศึกษาแนวความคิดและเจตนารมณ์ในการบัญญัติความผิดฐานฟอกเงิน โดยเฉพาะอย่างยิ่งความผิดตามมาตรา 5 (3) และนิยามของทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด ตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ที่แก้ไขเพิ่มเติมเมื่อปี พ.ศ. 2558 และวิเคราะห์ขอบเขตการบังคับใช้และการบัญญัติความผิดฐานฟอกเงินตามมาตรฐานสากล รวมถึงแสวงหาขอบเขตที่เหมาะสมในการบังคับใช้และบัญญัติความผิดฐานฟอกเงินของประเทศไทย เพื่อให้การป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินมีประสิทธิภาพมากขึ้น

คำสำคัญ : การฟอกเงิน, คดีอาญา, การลงโทษจำคุก

Abstract

Money laundering is a process of converting money or property derived from criminal activities into a legitimate source which may cause broad impacts on the business section, social and economic system. Therefore, the state should criminalize such an action to break the cycle of the crime. However, the number of these criminal cases proceeded by the Anti-Money Laundering Office is significantly low compared to the civil forfeiture, even though during the proceeding of civil forfeiture, the authority should involve in illegal properties and should foresee criminals who are related to the illegal properties. One of the reasons for this problem is a lack of understanding of the money laundering offence. In addition, it is also unclear in the offence how broad the interpretation of money laundering offence is.

Therefore, this article aims to study the scope of money laundering offence under section 5 of the Anti-Money Laundering Act B.E. 2542 by studying the problem of enforcement, the concept and intention of that offence especially section 5 (3) and the definition of criminal property that amended in 2015 and analyzing the scope and legislation of money laundering offence according to international standard to seek appropriate scope to amend the Anti-Money Laundering Act B.E. 2542 more effectively.

Keywords: Money Laundering, Criminal Case, Non bis in idem

1. บทนำ

ความผิดฐานฟอกเงินเป็นหนึ่งในอาชญากรรมทางธุรกิจ หรือที่เรียกกันว่า อาชญากรรมคอเชิ้ตขาว (White Collar Crime) ซึ่งมีลักษณะเป็นการกระทำความผิดโดยบุคคลที่มีผู้รับหน้าถือตา มีสถานภาพทางเศรษฐกิจและสังคม อาศัยตำแหน่งหน้าที่การงานเพื่อเป็นช่องทางในการกระทำความผิด และการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายต่อวงการธุรกิจและสังคม ตลอดจนเศรษฐกิจของประเทศ¹

การฟอกเงิน คือ การนำเงินหรือทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดหรือได้มาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย มาเปลี่ยนสภาพให้เป็นเงินหรือทรัพย์สินที่ได้มาอย่างถูกต้อง หรือเรียกได้ว่ากระบวนการทำเงินสกปรกให้เปลี่ยนสภาพเป็นเงินสะอาด² ด้วยเหตุนี้ หากปล่อยให้มีการฟอกเงินต่อไป ผู้กระทำความผิดอาจจะนำรายได้ดังกล่าวไปใช้ต่อยอดกระทำความผิดครั้งอื่น ๆ ได้ จึงจำเป็นที่จะต้องมีการกฎหมายมาควบคุมในเรื่องดังกล่าวเพื่อเป็นการตัดวงจรอาชญากรรม อย่างไรก็ตาม การจะตัดวงจรอาชญากรรมได้อย่างมีประสิทธิภาพสูงสุด จำเป็นต้องอาศัยการดำเนินการในทางกฎหมายใน 3 มิติ ได้แก่ ดำเนินคดีอาญาในความผิดมูลฐาน การดำเนินมาตรการทางแพ่งกับทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด และการดำเนินคดีอาญาฟอกเงิน³

แต่อย่างไรก็ดี จากข้อมูลของสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน ในปีงบประมาณ 2564 (ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2563 ถึง 30 กันยายน 2564) มีการพิจารณาดำเนินการดำเนินคดีอาญาฟอกเงินเพียงจำนวน 35 เรื่อง⁴ เมื่อเทียบกับการดำเนินมาตรการทางแพ่ง โดยจะเห็นได้ว่าคณะกรรมการธุรกรรมได้มีมติเห็นชอบส่งเรื่องให้พนักงานอัยการยื่นคำร้องต่อศาลให้สั่งให้ทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดตกเป็นของแผ่นดินถึง 158 เรื่อง⁵ ซึ่งเป็นจำนวนที่มากกว่าการพิจารณาดำเนินคดีอาญาฟอกเงินเป็นจำนวนมาก ทั้ง ๆ ที่ ลักษณะในการดำเนินมาตรการทางแพ่งต้องเข้าไปข้องเกี่ยวกับทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด และย่อมต้องคาดเห็นถึงผู้ที่เกี่ยวข้องข้อกับทรัพย์สินดังกล่าว อันอาจเป็นผู้กระทำความผิดฐานฟอกเงินได้ แม้ว่าอำนาจในการสอบสวนดำเนินคดีอาญาฟอกเงินโดยปกติแล้วจะอยู่ในอำนาจหน้าที่ของพนักงานสอบสวนในคดีอาญาเหมือนเช่นคดีอาญาทั่วไป หรือ

¹ Edwin H. Sutherland, **White Collar Crime**, (New York: Holt, Rinehart and Winston, 1961), pp.9-10.

² ไชยยศ เหมะรัชตะ, “กฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน,” **วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย** ปีที่ 16, ฉบับที่ 2 (2539), หน้า 8.

³ สุนทรา พลไตร, “มาตรการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดฐานทุจริตให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน”, **วารสารกระบวนการยุติธรรม** ปีที่ 11, เล่มที่ 3 (กันยายน-ธันวาคม 2561), หน้า 133.

⁴ สำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน, **รายงานประจำปี พ.ศ. 2564**, (กรุงเทพฯ: บริษัท ออนป้า จำกัด, 2565), หน้า 76.

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 63.

อยู่ในอำนาจของเจ้าหน้าที่ในกรมสอบสวนคดีพิเศษในบางกรณี⁶ แต่ทว่าในคดีอาญาฟอกเงินส่วนใหญ่ สำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน ก็ยังถือเป็นต้นน้ำในการเริ่มต้นคดี และคอยทำหน้าที่เป็นผู้กล่าวโทษเมื่อพบการกระทำที่เป็นความผิดนั้น⁷ อย่างไรก็ตาม สาเหตุส่วนหนึ่งที่ทำให้เกิดปัญหาการไม่บังคับใช้ความผิดฐานฟอกเงินนี้อาจเป็นเพราะเจ้าหน้าที่ขาดความรู้ความเข้าใจรูปแบบของการฟอกเงินที่บัญญัติเป็นความผิดอาญา รวมถึงยังไม่ชัดเจนในข้อกฎหมายว่าการตีความความหมายของความผิดฐานฟอกเงินกว้างแค่ไหน อย่างไร โดยเหตุที่ทำให้ความผิดฐานฟอกเงินตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มีขอบเขตไม่ชัดเจนนี้มีที่มาจากการแก้ไขพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2558 ที่ได้ขยายนิยามความหมายของ “ทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด” อันเป็นวัตถุแห่งการกระทำความผิดในความผิดฐานฟอกเงินให้ครอบคลุมไปถึงเงินหรือทรัพย์สินที่ได้ใช้หรือมีไว้เพื่อใช้หรือสนับสนุนการกระทำความผิด อีกทั้งยังเพิ่มลักษณะการกระทำความผิดในบทบัญญัติมาตรา 5 (3) ให้ความผิดฐานฟอกเงินรวมถึง “ได้มาครอบครอง หรือใช้ทรัพย์สิน โดยรู้ในขณะที่ได้มา ครอบครอง หรือใช้ทรัพย์สินนั้นว่าเป็นทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด” ทำให้ความผิดฐานฟอกเงินสามารถขยายขอบเขตการบังคับใช้ไปได้กว้างขึ้นอย่างมาก เกิดเป็นประเด็นปัญหาเกี่ยวกับองค์ประกอบความผิดฐานฟอกเงิน ว่าควรมีขอบเขตของวัตถุแห่งการกระทำความผิดไว้เพียงใด และเป็นประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้ความผิดฐานฟอกเงินตามมาตรา 5 (3) ที่บัญญัติเพิ่มเติมขึ้นมา ซึ่งอาจทับซ้อนกับการกระทำความผิดมูลฐาน และส่งผลให้เกิดการลงโทษซ้ำหรือการลงโทษที่ไม่ได้สัดส่วนต่อผู้กระทำความผิด อันขัดกับแนวความคิดของกฎหมายอาญาได้

2.ระเบียบวิธีวิจัย

2.1 วัตถุประสงค์ของการวิจัย การศึกษาวิจัยนี้ได้กำหนดวัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัยไว้

4 ประการ ดังนี้

(1) เพื่อศึกษาปัญหาในการบังคับใช้ความผิดฐานฟอกเงินตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ของประเทศไทย

⁶ สุนทรา พลไตร, “มาตรการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดฐานทุจริตให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน,” วารสารกระบวนการยุติธรรม, หน้า 133.

⁷ นงศิรนาถ กุศลวงษ์ “บทวิเคราะห์ปัญหาคดีอาญาฟอกเงินในประเทศไทย”, วารสารกระบวนการยุติธรรม ปีที่ 10, เล่มที่ 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2560), หน้า 104.

⁸ สัมภาษณ์ พ.ต.อ.สีหนาท ประยูรรัตน์, ที่ปรึกษาประจำสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน, 14 ธันวาคม 2559. อ้างถึงใน นงศิรนาถ กุศลวงษ์ “บทวิเคราะห์ปัญหาคดีอาญาฟอกเงินในประเทศไทย”, วารสารกระบวนการยุติธรรม, หน้า 108.

(2) เพื่อศึกษาแนวความคิดและเจตนารมณ์ในการบัญญัติความผิดฐานฟอกเงิน โดยเฉพาะอย่างยิ่งความผิดตามมาตรา 5 (3) และนิยามของทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542

(3) เพื่อวิเคราะห์ขอบเขตการบังคับใช้และการบัญญัติความผิดฐานฟอกเงินตามมาตรฐานสากล

(4) เพื่อแสวงหาขอบเขตที่เหมาะสมในการบังคับใช้และบัญญัติความผิดฐานฟอกเงินในประเทศไทย

2.2 สมมติฐานในการวิจัย ความผิดฐานฟอกเงินที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 5 (3) แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มีขอบเขตที่กว้างขวาง และไม่ชัดเจน มีลักษณะของการกระทำความผิดที่อาจไปทับซ้อนกับการกระทำความผิดมูลฐาน อันนำไปสู่การลงโทษซ้ำหรือลงโทษไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดได้ ดังนั้น จึงควรกำหนดองค์ประกอบความผิดฐานฟอกเงินในอนุมาตราดังกล่าวให้ชัดเจนมากขึ้น โดยแก้ไขบทบัญญัติแห่งการกระทำความผิดทั้งในส่วนของวัตถุแห่งการกระทำความผิดให้สอดคล้องกับพันธสัญญาระหว่างประเทศ โดยให้ความผิดฐานฟอกเงินใช้บังคับกับเฉพาะเงินหรือทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดเท่านั้น และกำหนดให้ความผิดฐานฟอกเงินตามมาตรา 5 (3) ไม่นำไปบังคับใช้กับผู้กระทำความผิดมูลฐานเพื่อป้องกันการลงโทษซ้ำ หรือการลงโทษที่รุนแรงเกินกว่าเหตุ นอกจากนี้ยังควรกำหนดเหตุยกเว้นความรับผิดทางอาญา ในกรณีบุคคลได้รับทรัพย์สินมาโดยสุจริต และมีค่าตอบแทนตามสมควร เพื่อให้การบังคับใช้ความผิดฐานฟอกเงินที่มีขอบเขตกว้างขวาง สามารถบังคับใช้ได้อย่างเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น และกำหนดเหตุยกเว้นโทษในกรณีที่ผู้กระทำความผิดแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับทรัพย์สินจากการกระทำความผิดต่อพนักงานเจ้าหน้าที่จนนำไปสู่การยึดหรืออายัดทรัพย์สินดังกล่าว เพื่อเป็นการจูงใจให้ผู้กระทำความผิดกลับตัว และเป็นการลดการบังคับใช้โทษทางอาญา

2.3 ขอบเขตของการศึกษา งานวิจัยนี้มุ่งศึกษาแนวทางการบังคับใช้และองค์ประกอบความผิดฐานฟอกเงินตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ซึ่งในปัจจุบัน (พ.ศ. 2565) ยังคงมีปัญหาและขาดความชัดเจนอยู่ ทำให้เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายเกิดความสับสน ไม่ค่อยนำมาตราการทางอาญาไปบังคับใช้ โดยงานวิจัยนี้จะศึกษาจากทฤษฎีที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดฐานฟอกเงิน แนวความคิดและเจตนารมณ์ในการบัญญัติและแก้ไข พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ข้อเสนอแนะของคณะทำงานเฉพาะกิจเพื่อดำเนินมาตรการเกี่ยวกับการฟอกเงิน (The FATF Recommendations) อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบค้ายาเสพติดและวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท ค.ศ. 1988 อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านองค์การอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000 กฎหมายเกี่ยวกับ

การป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินของสหราชอาณาจักร เครือรัฐออสเตรเลีย และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี รวมถึงแนวทางการบังคับใช้ความผิดฐานฟอกเงินในแต่ละประเทศนั้น ๆ

2.4 วิธีในการดำเนินงานวิจัย งานวิจัยนี้เป็นงานวิจัยเชิงคุณภาพ นำข้อมูลจากเหตุการณ์ สภาพความเป็นจริงมาวิเคราะห์ และเป็นงานวิจัยเกี่ยวกับสังคม วัฒนธรรม พฤติกรรมมนุษย์และสภาพแวดล้อม โดยใช้รูปแบบวิธีวิจัยในลักษณะของการวิจัยเชิงเอกสาร ค้นคว้าจากแหล่งข้อมูลต่าง ๆ เช่น เอกสาร หนังสือ วารสาร กฎหมาย คำพิพากษาของศาล งานวิจัยต่าง ๆ และสื่ออิเล็กทรอนิกส์ในระบบออนไลน์ ทั้งที่เป็นภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ เพื่อนำมาเป็นแนวทางในการวิเคราะห์หามาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมในการกำหนดแนวทางการบังคับใช้ และแก้ไขบทบัญญัติความผิดฐานฟอกเงินตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ให้เกิดความชัดเจน

2.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ มีจำนวน 4 ประการ ดังนี้

(1) ทำให้เห็นถึงปัญหาในองค์ประกอบความผิดฐานฟอกเงินตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 รวมถึงปัญหาในการนำไปบังคับใช้

(2) ทำให้ทราบถึงแนวความคิดและเจตนารมณ์ในการบัญญัติความผิดฐานฟอกเงิน และการแก้ไขบทบัญญัติเพิ่มเติมใน มาตรา 5 (3) และนิยามของทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542

(3) ทำให้เกิดองค์ความรู้เกี่ยวกับขอบเขตการบังคับใช้และการบัญญัติความผิดฐานฟอกเงินของต่างประเทศตามมาตรฐานสากล

(4) ทำให้สามารถกำหนดขอบเขตในการบังคับใช้และแก้ไขบทบัญญัติความผิดฐานฟอกเงินในประเทศไทยให้ชัดเจนและเหมาะสมได้

3. แนวคิดและทฤษฎี

ความผิดฐานฟอกเงินเกิดขึ้นในช่วงที่สังคมเปลี่ยนแปลงไป มีความสลับซับซ้อนมากขึ้น รูปแบบของอาชญากรรมเปลี่ยนแปลงไป มุ่งเน้นไปที่ผลประโยชน์อันก่อให้เกิดรายได้แก่อาชญากรจำนวนมหาศาล ส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศ และมีการนำรายได้ที่ได้มาจากการก่ออาชญากรรมไปใช้จ่ายเพื่อผลประโยชน์ของตน หรือนำไปประกอบอาชญากรรมอย่างอื่น หรือขยายองค์กรอาชญากรรมให้สามารถกระทำความผิดต่อเนื่องไปได้ ด้วยเหตุนี้ จึงจำเป็นที่จะต้องมีการกำหนดให้การฟอกเงินเป็นความผิดเพื่อที่จะแก้ไขปัญห และจัดการกับองค์กรอาชญากรรมได้อย่างมีประสิทธิภาพ⁹ อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติ

⁹ สีนาทา ประยูรรัตน์, คำอธิบายพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: ส.เอเชีย เพลส, 2542), หน้า 68-69.

ความผิดฐานฟอกเงินของประเทศไทยยังคงมีปัญหา จึงต้องทำการศึกษาลักษณะพื้นฐานของกฎหมายอาญา ทั้งในส่วนองประกอบของความผิดทางอาญา ลักษณะของกฎหมายอาญา การกำหนดเหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษ เนื่องจากการฟอกเงินถือเป็นหนึ่งในความผิดอาญา อันต้องอยู่ภายใต้หลักการเฉพาะของกฎหมายอาญา ทั้งในแง่ของการกำหนดลักษณะของการกระทำความผิด และในแง่ของการจำกัดขอบเขตอำนาจของกฎหมายอาญา เพื่อวิเคราะห์ว่าความผิดฐานฟอกเงินควรมีขอบเขตแค่ไหน และถูกบัญญัติในลักษณะใด

3.1 ประเภทของความผิดทางอาญา

การแบ่งประเภทของความผิดอาญาในแง่ของกฎหมาย สามารถแบ่งได้เป็น¹⁰

1) ความผิดในตัวเอง (Mala In se) เป็นความผิดที่วิญญูชนทั่วไปรู้ได้ว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดในตัวเอง หรือเป็นความผิดอันเป็นหนึ่งในแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายอาญาที่เป็นแนวคิดทางศีลธรรมของสังคม เพราะเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม โดยการกระทำนั้นเป็นความชั่วร้ายในตัวเอง

2) ความผิดเพราะกฎหมายห้าม (Mala Prohibita) เป็นการกระทำที่ไม่ได้เป็นความผิดในตัวเอง ไม่ผิดศีลธรรม แต่เป็นการกระทำที่สังคมควรกำหนดให้ผิด ควรลงโทษ ควรเอาผิดแก่ผู้กระทำ สังคมจึงจำเป็นต้องตรากฎหมายขึ้นเพื่อเอาผิดต่อการกระทำนั้นเพื่อรักษาประโยชน์ของสังคมอันเป็นประโยชน์สาธารณะ

เมื่อพิจารณาประเภทของความผิดในแง่ของกฎหมาย จะเห็นได้ว่าการฟอกเงินนั้นไม่ได้เป็นความผิดในตัวเอง เนื่องจากการยักยอกย้ายเท หรือซุกซ่อนทรัพย์สินไม่ได้เป็นเรื่องที่ผิดศีลธรรมหรือจารีตประเพณีของคนในสังคม หรือเป็นความชั่วร้ายแต่อย่างใด แต่หากไม่กำหนดให้การกระทำความผิดอาชญากรจะนำเงินหรือทรัพย์สินอันเป็นรายได้จากการกระทำความผิดไปต่อยอดการกระทำความผิดอื่น นำไปใช้ประโยชน์ หรือนำไปขยายวงจรอาชญากรรมของตนให้กว้างขึ้น ซึ่งหากไม่มีการบัญญัติกฎหมายมาป้องปราม จะก่อให้เกิดการกระทำความผิดในสังคมที่มากขึ้น ด้วยเหตุนี้รัฐจึงต้องมีการกำหนดให้การฟอกเงินเป็นความผิดอาญา

ความผิดประเภทที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายห้าม ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องระมัดระวังในการเลือกบัญญัติให้การกระทำใดเป็นความผิด เนื่องจากสิ่งที่รัฐต้องการจะห้าม ไม่ได้เป็นไปตามจารีตประเพณีหรือศีลธรรมของคนในสังคม ทำให้โดยปกติแล้วคนทั่วไปไม่อาจรับรู้ได้โดยจิตสำนึก ประกอบกับโทษทางอาญาเป็นโทษที่รุนแรง กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างร้ายแรง การกำหนดให้เป็นความผิดยิ่งเท่ากับเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนในการที่จะกระทำการดังกล่าว การที่รัฐ

¹⁰ โกเมศ ขวัญเมือง.; พระครูธรรมธรรฐาพร ปภสสโร และพระครูปลัดอดุล ปริบุญโน, “การแบ่งประเภทของความผิดอาญา”, วารสาร มจร สังคมศาสตร์ปริทรรศน์ ปีที่ 10, ฉบับที่ 2 (เมษายน- มิถุนายน 2564), หน้า 399.

ต้องการจะห้ามไม่ให้ประชาชนกระทำการใด ๆ โดยบัญญัติให้เป็นความผิด จึงควรที่จะมีเหตุผลหรือความจำเป็นที่เพียงพอในการห้ามการกระทำนั้น หากฝ่ายนิติบัญญัติเลือกที่จะบัญญัติทุก ๆ อย่างเป็นความผิดอาญาโดยไม่มีเหตุผลหรือความจำเป็นตามสมควร กำหนดบทลงโทษตามกฎหมายที่ไม่เหมาะสมกับความเป็นอาชญากรรมของการกระทำหรือประเภทของอาชญากรรมนั้น อาจทำให้เกิดสภาวะกฎหมายอาญาเฟ้อในสังคม (Overcriminalization) ซึ่งทำให้เกิดปัญหาดิลันดาล กระบวนการยุติธรรมใช้ระยะเวลาในการดำเนินคดีนาน นักโทษล้นคุก เกิดความแออัดในเรือนจำ ทรัพยากรไม่เพียงพอ อีกทั้งยังกระทบต่อสังคมในแง่ลบประมาณที่เพิ่มขึ้นด้วย¹¹

ในการแบ่งแยกประเภทของความผิดทางอาญาประเภทใหม่ ๆ Douglas Husak ได้แบ่งประเภทของความผิดทางอาญาที่ถูกบัญญัติไว้โดยเกินความจำเป็น ดังต่อไปนี้¹²

1) ความผิดอาญาที่เป็นความผิดทับซ้อน (Overlapping Offenses) เป็นการกำหนดความผิดอาญาที่มีอยู่แล้วบัญญัติขึ้นมาซ้ำในอีกรูปแบบหนึ่ง ทำให้การกระทำผิดครั้งเดียวอาจเป็นความผิดได้หลายฐาน ซึ่งการบัญญัติความผิดในลักษณะเช่นนี้ แม้จะไม่ได้เป็นการขยายการกระทำความผิดอาญาให้กว้างขึ้น แต่มันเป็นการนำไปสู่การลงโทษทางอาญาที่มากขึ้น ตำรวจและพนักงานอัยการมีอำนาจมากขึ้นจากการตั้งข้อหาได้จำนวนมาก ซึ่งอาจส่งผลต่อการดำเนินคดีหรืออัตราโทษของผู้กระทำความผิดได้

2) ความผิดอาญาที่เป็นการป้องกันความเสี่ยง (Crimes of Risk Prevention) เป็นการกำหนดความผิดโดยความพยายามของรัฐที่ต้องการจะป้องกันความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายจากการกระทำความผิด ผ่านการกำหนด โดยการห้ามการกระทำที่ยังไม่สำเร็จแต่มีความเป็นไปได้ว่าจะเกิดอันตรายขึ้นจากการกระทำนั้น ตัวอย่างเช่น กฎหมายจราจรเกี่ยวกับการห้ามพฤติกรรมการขับรถที่เสี่ยงอันตรายซึ่งอาจจะก่อให้เกิดอุบัติเหตุซึ่งความผิดอาญาประเภทนี้หากไม่มีการกำหนดหลักการให้ชัดเจน การป้องกันความเสี่ยงอาจเป็นการห้ามการกระทำที่ไกลเกินกว่าเหตุจนกลายเป็นการบัญญัติให้เป็นความผิดอาญามากเกินจนไม่จำเป็นได้เช่นกัน

3) ความผิดอาญาฐานสนับสนุนการกระทำความผิด (Ancillary Offenses) เป็นการบัญญัติความผิดบนพื้นฐานหรือหลักที่เชื่อว่าจำเป็นผู้กระทำความผิด แต่ไม่มีหลักฐานหรือมีหลักฐานไม่เพียงพอในการดำเนินคดีกับตัวจำเลยได้ และเพื่อให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่รัฐในการลงโทษผู้ที่เกี่ยวข้อง หรือผู้ที่อยู่เบื้องหลังในการกระทำความผิดจึงจำเป็นต้องมีบทบัญญัติความผิดประเภทนี้ขึ้นมา

¹¹ สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย, “สรุปการสัมมนาทางวิชาการ หัวข้อ ดิลันดาล นักโทษล้นคุก ปัญหาจากกระบวนการยุติธรรมไทย,” 19 สิงหาคม 2558.

¹² Douglas Husak, *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2008), pp.37-44.

ความผิดฐานฟอกเงินเป็นบทบัญญัติที่เปรียบเสมือนเป็นบทवादกรอง ป้องกันไม่ให้อาชญากรนำเงินหรือทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดไปใช้ประโยชน์หรือไปขยายวงจรการกระทำความผิด จึงทำให้ลักษณะของการบัญญัติความผิดฐานฟอกเงินมีลักษณะกว้าง จนทำให้ความผิดฐานฟอกเงินอาจเกิดขึ้นพร้อมกับความผิดมูลฐาน อันเป็นลักษณะของความผิดอาญาที่เป็นความผิดทับซ้อนได้ อีกทั้งยังเป็นความผิดอาญาที่เป็นการป้องกันความเสี่ยงและความผิดอาญฐานสนับสนุนการกระทำความผิดอีกด้วย เนื่องจากการบัญญัติความผิดฐานฟอกเงินมีวัตถุประสงค์เพื่อตัดวงจรอาชญากรรม ป้องกันไม่ให้นำรายได้จากการกระทำความผิดไปก่ออาชญากรรมต่อ และยังบัญญัติให้การสมคบหรือสนับสนุนการฟอกเงินเป็นความผิดด้วย ด้วยเหตุนี้ การบัญญัติให้การฟอกเงินเป็นความผิดอาญาจึงถือเป็นการบัญญัติกฎหมายอาญาที่เกินความจำเป็น ซึ่งก่อให้เกิดความเสี่ยงสูงที่จะทำให้เกิดสภาวะกฎหมายอาญาเฟ้อในสังคม การพิจารณากำหนดให้การฟอกเงินเป็นความผิดอาญาจึงควรที่จะมีเหตุผลหรือความจำเป็นที่เหมาะสม รมั้ดระวังในถ้อยคำด้วยบทบัญญัติให้มีความชัดเจนตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายไม่ให้ขอบเขตกว้างเกินไปเพื่อป้องกันปัญหาดังกล่าว

3.2 ลักษณะของกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญาเป็นบทบัญญัติที่มีผลกระทบกระเทือนต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ และทรัพย์สินของประชาชน เนื่องจากหากผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามที่กฎหมายบัญญัติจะต้องรับโทษ ซึ่งโทษในทางอาญานั้นประกอบด้วย ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ และริบทรัพย์สิน¹³ ด้วยเหตุนี้ กฎหมายอาญาจึงจำเป็นต้องมีลักษณะที่แตกต่างจากกฎหมายอื่น ซึ่งประกอบด้วย¹⁴

- 1) ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดในทางอาญา หากการกระทำนั้นไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ในขณะกระทำความผิด และกำหนดโทษไว้
- 2) กฎหมายอาญาจะย้อนหลังให้ผลร้ายมิได้
- 3) ถ้อยคำในกฎหมายอาญาจะต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอนปราศจากความคลุมเครือ
- 4) กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด

การบัญญัติกฎหมายอาญาตามหลักความชอบด้วยกฎหมายจำเป็นที่จะต้องบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ด้วยบทบัญญัติต้องมีข้อความชัดเจนแน่นอน และห้ามบัญญัติกฎหมายที่เป็นผลร้ายย้อนหลัง¹⁵ ซึ่งการบัญญัติกฎหมายอาญาไว้อย่างชัดเจนนั้นจะทำให้ประชาชนทราบว่าสิ่งใดสามารถ

¹³ มาตรา 18 ประมวลกฎหมายอาญา

¹⁴ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1*, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ พลสยาม พรินต์, 2551), หน้า 16.

¹⁵ คณพล จันทน์หอม, *หลักพื้นฐาน กฎหมายอาญา เล่ม 1*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), หน้า 67.

กระทำได้ หรือไม่สามรถกระทำได้ และเพื่อให้ทราบถึงผลของการฝ่าฝืนอย่างชัดเจน โดยกฎหมายอาญาต้องไม่บัญญัติขอบเขตความผิดโดยใช้ถ้อยคำที่กินความกว้างเกินความจำเป็น เพราะจะทำให้กฎหมายนั้นขาดความชัดเจนและเป็นการละเมิดหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างเกินสมควร¹⁶

หากพิจารณาความผิดฐานฟอกเงินตามมาตรา 5 (3) แห่ง พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 กับลักษณะของกฎหมายอาญาจะพบว่า ในประเด็นเรื่องถ้อยคำในกฎหมายอาญาที่ต้องบัญญัติให้ชัดเจนและปราศจากความคลุมเครือ นั้น บทบัญญัติดังกล่าวยังคงมีปัญหาเนื่องจากถ้อยคำในการบัญญัติถึงลักษณะของการกระทำความผิดที่มาตรา 5 (3) กำหนดนั้น ครอบคลุมการกระทำกว้าง ๆ ในหลาย ๆ ลักษณะ โดยไม่มีการกำหนดให้ผู้กระทำความผิดจำเป็นต้องมีเจตนาพิเศษในการกระทำความผิดเหมือนมาตรา 5 (1) หรือ (2) ทำให้เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายสามารถตีความได้อย่างกว้างขวาง ประกอบกับการไม่มีบรรทัดฐานแนวทางในการบังคับใช้บทบัญญัตินี้ที่แน่นอน ทำให้การบัญญัติกฎหมายดังกล่าวมีลักษณะไม่ตรงตามลักษณะของกฎหมายอาญา บทบัญญัติขาดความชัดเจน มีความคลุมเครือ ทำให้ประชาชนขาดหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของตน เพราะเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายสามารถตีความบทบัญญัติที่มีโทษทางอาญาได้อย่างกว้างขวางเกินไปจนอาจเกิดความไม่เป็นธรรมแก่ประชาชนได้ ด้วยเหตุนี้ จึงควรที่จะแก้ไขบทบัญญัตินี้เพื่อให้ความผิดฐานฟอกเงินมีลักษณะเป็นไปตามกฎหมายอาญาที่ดีเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

3.3 การกำหนดเหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษ

การกำหนดเหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษเป็นหนึ่งในมาตรการทางกฎหมายที่ช่วยจำกัดขอบเขตความรับผิดของบทบัญญัติกฎหมายที่มีโทษทางอาญา ซึ่งอาจนำมาตราการดังกล่าวมาแก้ไขปัญหามันในบทบัญญัติความผิดฐานฟอกเงินของประเทศไทยได้ โดยแต่เดิมแนวความคิดในการจำแนกเหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษในระบบกฎหมายไทยยังไม่ชัดเจนนัก แต่แนวความคิดดังกล่าวได้มีการเริ่มจำแนกเมื่อครั้งร่างประมวลกฎหมายอาญาจนมาถึงปัจจุบัน¹⁷ โดยเหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษล้วนแล้วแต่เป็นข้อต่อสู้ทางกฎหมายเพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดต้องรับผิดทางอาญา และเป็นเหตุให้ศาลยกฟ้องในคดีอาญา ซึ่งมีผลทางกฎหมายในท้ายที่สุดเช่นเดียวกัน จึงทำให้ระบบกฎหมายบางประเทศไม่ให้ความสำคัญในการจำแนกข้อต่อสู้ทั้งสอง เช่น สหราชอาณาจักร หรือฝรั่งเศส¹⁸ แต่อย่างไรก็ดี เนื่องด้วยตามโครงสร้างความรับผิดทางอาญาของประเทศไทยมีการจำแนกเหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษแยกไว้ต่างหากจากกัน ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังนี้

¹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 72-73.

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 364.

¹⁸ รณกรณ์ บุญมี, “ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับเหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษ”, วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 40, ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2554), หน้า 329-330.

เหตุยกเว้นความผิด เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นเมื่อผู้กระทำความผิดได้สร้างความเสียหายขึ้น แต่สิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองบางประการได้ทำให้ตกอยู่ในอันตราย ทำให้เสียหาย หรือทำลายไปโดยการกระทำที่สังคมยอมรับว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง ดังนั้น ผู้กระทำจึงไม่มีความผิด เพื่อเลือกที่จะรักษาไว้ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายอื่น ๆ ที่มีความสำคัญสูงกว่า โดยพิจารณาจากความเห็นชอบของคนในสังคมต่อการกระทำเช่นนั้น¹⁹ ตัวอย่างเช่น การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย การกระทำด้วยความยินยอมที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีงาม เป็นต้น

เหตุยกเว้นโทษ เป็นกรณีที่บุคคลได้กระทำการอันกระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายโดยไม่มีอำนาจกระทำ หรือกล่าวได้ว่าสังคมไม่สนับสนุนให้สมาชิกกระทำเช่นนั้น การกระทำดังกล่าวจึงเป็นความผิดแต่เนื่องด้วยเมื่อพิจารณาตัวผู้กระทำเป็นรายบุคคลแล้วกฎหมายเห็นว่าผู้กระทำรายนั้นได้กระทำไปโดยมีความน่าตำหนิของจิตใจ หรืออาจกล่าวได้ว่าภายใต้สภาวะหรือเงื่อนไขบางประการทำให้ไม่สมควรต้องรับผิดชอบจากผลร้ายในการกระทำของตน ซึ่งสภาวะหรือเงื่อนไขดังกล่าว อาจเป็นการที่ผู้กระทำ ความผิดกระทำลงไปเพราะไม่อาจเลือกกระทำในสิ่งที่ตนประสงค์ได้อย่างเป็นอิสระอย่างแท้จริงได้ เช่น การกระทำด้วยความจำเป็น หรือสภาวะหรือเงื่อนไขดังกล่าวอาจเป็นกรณีที่ผู้กระทำไม่มีวุฒิภาวะเพียงพอที่จะเลือกทางเลือกที่ถูกต้องตามบรรทัดฐานของสังคมก็เป็นได้ เช่น กรณีการกระทำความผิดของเด็ก การกระทำความผิดของคนวิกลจริต เป็นต้น ดังนี้ จึงอาจกล่าวได้ว่าเหตุยกเว้นโทษ คือ การกระทำที่สังคมเห็นใจและให้อภัยยกเว้นโทษให้ก็ได้ แต่อย่างไรก็ดี เหตุยกเว้นโทษอาจเกิดขึ้นโดยนโยบายของรัฐที่ต้องการไม่ให้ลงโทษบุคคลด้วยสาเหตุที่แตกต่างกัน โดยที่ไม่ได้พิจารณาถึงอติวิสัยของผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับความน่าตำหนิเลยก็ได้ เช่น เหตุยกเว้นโทษในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินของสามเณร ที่รัฐบัญญัติมาเพื่อมุ่งรักษาความสัมพันธ์ในครอบครัวไว้²⁰

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาความผิดฐานฟอกเงินของประเทศไทย จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติความผิดดังกล่าว มีขอบเขตลักษณะของการกระทำความผิดอย่างกว้างขวาง จนทำให้เกิดความไม่ชัดเจนและก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้ ด้วยเหตุนี้ การจำกัดขอบเขตของการกระทำความผิดด้วยการกำหนดเหตุยกเว้นความผิด หรือเหตุยกเว้นโทษในบางกรณี จึงอาจเป็นอีกหนึ่งวิธีที่สามารถทำให้การบังคับใช้ความผิดฐานฟอกเงิน โดยเฉพาะความผิดตามมาตรา 5 (3) มีความชัดเจนและเกิดความเป็นธรรมในการบังคับใช้มากยิ่งขึ้นได้

3.4 หลักห้ามดำเนินคดีอาญาซ้ำ

ความผิดฐานฟอกเงินเป็นความผิดทางอาญาอันมีบทลงโทษที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างร้ายแรง ความผิดฐานฟอกเงินจึงควรที่จะต้องอยู่ภายใต้หลักการห้าม

¹⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 323-326.

²⁰ เรื่องเดียวกัน.

ดำเนินคดีอาญาซ้ำ (Nemo bis punitur pro eodem delicto) อันเป็นข้อจำกัดอำนาจรัฐอย่างหนึ่งในการดำเนินคดีอาญาด้วย โดยมีหลักการสำคัญที่มีหลักว่า บุคคลไม่พึงถูกลงโทษสองครั้งในความผิดเดิม กล่าวคือ หากเป็นการกระทำที่กฎหมายเรียกว่ากรรมเดียวแล้ว ไม่ว่าผลที่เกิดจากการกระทำนั้นเป็นความผิดต่อบทกฎหมายบทเดียวหรือกฎหมายหลายบท ก็ควรที่จะลงโทษจำเลยในการกระทำความผิดครั้งเดียว²¹ โดยหลักการดังกล่าวมีองค์ประกอบทั่วไปอยู่ 2 ประการ ที่ใช้เป็นสากล ที่ถือเป็นวัตถุประสงค์ของการห้ามดำเนินคดีอาญาซ้ำ คือ การเป็นบุคคลคนเดียวกันของผู้ถูกกล่าวหา และการกระทำนั้นเป็นการกระทำเดียวกัน²²

เมื่อพิจารณาถึงประเด็นปัญหาทางกฎหมายของความผิดฐานฟอกเงินตามมาตรา 5 (3) แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 จะเห็นได้ว่าเนื่องจากลักษณะการกระทำความผิดตามมาตรา 5 (3) ที่ยังไม่มีขอบเขตที่ชัดเจนแน่นอน จึงทำให้การกระทำความผิดดังกล่าวสามารถเกิดขึ้นพร้อมกับการกระทำความผิดมูลฐาน และอาจขัดกับหลักการห้ามดำเนินคดีอาญาซ้ำได้ เพราะแม้ผู้บังคับใช้กฎหมายจะมองว่าการกระทำความผิดมูลฐานและการกระทำความผิดฐานฟอกเงินเป็นการกระทำที่ต่างกรรมกัน แต่โดยแท้จริงแล้วการที่อาชญากรกระทำความผิดมูลฐาน ก็มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ตนได้รับทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดนั้นมาตั้งแต่แรก การกระทำความผิดดังกล่าวจึงควรที่จะถือเป็นการกระทำความผิดเดียวกัน แม้ว่าอาชญากรจะได้รับ ครอบครอง หรือใช้ทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด อันเป็นลักษณะความผิดตามมาตรา 5 (3) ในภายหลัง แต่ผู้นั้นก็ไม่ควรที่จะต้องมาได้รับโทษซ้ำเนื่องจาก การกระทำที่เขามุ่งหมายมาตั้งแต่แรก ซึ่งตามพันธกรณีระหว่างประเทศ²³ หรือบทบัญญัติความผิดฐานฟอกเงินในบางประเทศ²⁴ ได้ให้ความสำคัญกับประเด็นปัญหาดังกล่าว โดยได้เปิดช่องว่างเพื่อป้องกันไม่ให้การบังคับใช้ความผิดฐานฟอกเงินไปขัดกับหลักห้ามดำเนินคดีอาญาซ้ำ แต่บทบัญญัติความผิดฐานฟอกเงินของประเทศไทยยังคงมีความไม่ชัดเจนอยู่

3.5 หลักความได้สัดส่วน

หลักความได้สัดส่วน เป็นหลักทั่วไปของกฎหมายอาญาที่ใช้ในการกำหนดโทษของความผิดแต่ละฐาน โดยมีหลักการสำคัญว่าโทษทางอาญาจะต้องได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของความผิด เพื่อให้รัฐใช้อำนาจอย่างเหมาะสมและกระทบกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด โดยประกอบด้วย

²¹ รัชพงษ์ วงษ์เหรียญทอง. การดำเนินคดีซ้ำ : ศึกษาผลคำพิพากษาศาลต่างประเทศต่อการฟ้องคดีอาญาในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558; หน้า 32.

²² สุธิดา กาญจนวงษ์. การดำเนินคดีอาญาซ้ำชั้นเจ้าพนักงาน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์ สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2550; หน้า 16.

²³ ข้อเสนอแนะของคณะทำงานเฉพาะกิจเพื่อดำเนินมาตรการเกี่ยวกับการฟอกเงิน ข้อที่ 3 และอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการฉ้อโกงอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000 ข้อ 6 (E)

²⁴ section 261 (7) Strafgesetzbuch (StGB) ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

3 หลักการย่อย ดังนี้²⁵

1) หลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล คือ การพิจารณามาตรการที่นำมาบังคับใช้ว่าจะต้องบรรลุเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น ๆ หรือไม่ หากมาตรการที่นำมาใช้ไม่สามารถทำให้บรรลุซึ่งเจตนารมณ์ในกฎหมายนั้น ๆ อย่างแน่แท้ ย่อมถือว่ามาตรการนั้นขัดต่อหลักการสัมฤทธิ์ผล

2) หลักแห่งความจำเป็น คือ การพิจารณาว่าหากมีมาตรการหลายมาตรการที่สามารถบรรลุตามเจตนารมณ์ของกฎหมายได้ รัฐจะต้องเลือกใช้มาตรการที่รุนแรงน้อยที่สุด

3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ คือ อีกสิ่งสำคัญที่ทางรัฐจะต้องคำนึงถึงโดยมาตรการดังกล่าวต้องก่อให้เกิดประโยชน์มากกว่าโทษ หากมาตรการนั้นก่อให้เกิดประโยชน์น้อยกว่าย่อมขัดต่อหลักการดังกล่าว

โดยรัฐต้องคำนึงถึงหลักการทั้ง 3 ประการ ในการกำหนดโทษของการกระทำความผิดอาญา เพื่อให้การกำหนดความผิดอาญาเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน ซึ่งในกรณีของปัญหาเกี่ยวกับความผิดฐานฟอกเงินที่สามารถเกิดขึ้นพร้อมกับการกระทำความผิดมูลฐานในบางฐานความผิด ตัวอย่างเช่น ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด หรือความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินมีลักษณะเป็นปกติธุระ หากผู้บังคับใช้กฎหมายเลือกที่จะนำความผิดฐานฟอกเงินไปบังคับใช้กับผู้กระทำความผิดแทนการบังคับใช้ความผิดมูลฐานที่มีระวางโทษเบากว่า การกระทำเช่นนั้นอาจทำให้ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษสูงกว่าโทษที่ตนสมควรจะได้รับซึ่งอาจขัดต่อหลักความได้สัดส่วนและไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายได้ ความผิดฐานฟอกเงินของประเทศไทยจึงควรที่จะถูกแก้ไข เพื่อให้บทบัญญัติดังกล่าวเป็นไปตามหลักการของกฎหมายอาญา

4. ปัญหาของความผิดฐานฟอกเงินของประเทศไทยตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542

ความผิดฐานฟอกเงินถูกกำหนดอยู่ใน มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 โดยแต่เดิมนั้นมีการกำหนดให้การกระทำความผิดฐานฟอกเงินมีแค่ 2 ลักษณะ คือ ตามมาตรา 5 (1) และ (2) แต่อย่างไรก็ดีในการแก้ไขพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน (ฉบับที่ 5) เมื่อปี พ.ศ. 2558 ได้มีการเพิ่มลักษณะการกระทำความผิดฐานฟอกเงินในบทบัญญัติตามมาตรา 5 (3) โดยแต่เดิมในชั้นก่อนการพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินที่คณะรัฐมนตรีนำเสนอ มีการกำหนดให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็น (3) ของมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542

²⁵ กรกช อัมพข. ผลกระทบของความผิดมูลฐานเรื่องสมาชิกอั้งยี่ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ต่อการประกอบธุรกิจในประเทศไทย. เอกดุษฎีนิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชากฎหมายเศรษฐกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2561; หน้า 6-8.

“(3) ได้มา ครอบครอง หรือใช้ทรัพย์สิน โดยรู้ในขณะที่ได้มา ครอบครอง หรือใช้ทรัพย์สินนั้น ว่าเป็นทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด เว้นแต่การได้มานั้นเกิดจากการทำธุรกรรมโดยสุจริตและมีค่าตอบแทนตามปกติ หรือได้แจ้งให้พนักงานเจ้าหน้าที่ทราบภายในสามวันนับแต่วันที่ได้มา ครอบครอง หรือใช้ทรัพย์สินนั้น”²⁶

โดยได้มีการบัญญัติข้อยกเว้นความผิดเพื่อมิให้กระทบบุคคลผู้กระทำการโดยสุจริตไว้ในตอนท้ายของบทบัญญัติด้วย²⁷ แต่อย่างไรก็ดีในชั้นการพิจารณาของคณะกรรมการสิทธิ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ ได้มีการตัดประโยคตอนท้ายที่ว่า “หรือได้แจ้งให้พนักงานเจ้าหน้าที่ทราบภายในสามวันนับแต่วันที่ได้มา ครอบครอง หรือใช้ทรัพย์สินนั้น” อันเป็นเหตุยกเว้นความผิดไป เนื่องจากที่ประชุมเห็นว่าแม้บทบัญญัติดังกล่าวจะเพิ่มขึ้นมาเพื่อช่วยเหลือบริสุทธิ์ที่รับทรัพย์สินจากการกระทำความผิดแล้วรู้ตัวในภายหลัง จึงสามารถแจ้งพนักงานให้ทราบภายในสามวันได้ แต่อย่างไรก็ดี บทบัญญัตินี้ดังกล่าวอาจเป็นช่องว่างของกฎหมาย เพื่อให้ผู้กระทำความผิดหลบเลี่ยงความผิดของตนได้ และอาจก่อให้เกิดผลร้าย ที่ประชุมจึงเสนอให้มีการตัดข้อความดังกล่าวทิ้ง²⁸ อีกทั้ง ในส่วนของบทบัญญัติที่มีข้อความว่า “เว้นแต่การได้มานั้นเกิดจากการทำธุรกรรมโดยสุจริต” ยังเป็นการขัดต่อข้อความในช่วงต้นที่กำหนดให้ผู้กระทำความผิดนั้นต้องรู้ในขณะที่ได้มา ครอบครอง หรือใช้ทรัพย์สินนั้น ว่าทรัพย์สินดังกล่าวเป็นทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด²⁹ และการที่จะพิสูจน์ว่าการทำธุรกรรมเป็นไปโดยสุจริตหรือไม่ ก็เป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะต้องพิสูจน์ ถือเป็นเรื่องของกฎหมายอาญา ไม่ใช่เรื่องตามกฎหมายว่าด้วยการฟอกเงิน³⁰ ที่ประชุมจึงเสนอให้มีการตัดเหตุยกเว้นความผิดดังกล่าวออกไปด้วยเช่นกัน ด้วยเหตุนี้ บทบัญญัติตามมาตรา 5 (3) จึงเหลือเพียงการกำหนดให้การได้มา ครอบครอง หรือใช้ทรัพย์สิน โดยรู้ในขณะที่ได้มา ครอบครอง หรือใช้ทรัพย์สินนั้นว่าเป็นทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด เป็นการกระทำความผิดฐานฟอกเงิน โดยไม่มีเหตุยกเว้นความผิด ซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติมลักษณะของการกระทำความผิดในบทบัญญัตินี้ดังกล่าว มีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดให้ลักษณะของการได้มา การครอบครอง หรือการใช้ทรัพย์สินที่เกี่ยวกับ

²⁶ สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, “เอกสารประกอบการพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน (ฉบับที่ ..) พ.ศ. (คณะรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอ),” 2 เมษายน 2558.

²⁷ คณะกรรมการสิทธิวิสามัญ, “บันทึกการประชุมคณะกรรมการสิทธิวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ครั้งที่ 2” 27 เมษายน 2558.

²⁸ คณะกรรมการสิทธิวิสามัญ, “บันทึกการประชุมคณะกรรมการสิทธิวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ครั้งที่ 14/2558” 17 มิถุนายน 2558.

²⁹ สำนักการงานการประชุมและขอเลข สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, “รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 51,” 21 สิงหาคม 2558.

³⁰ คณะกรรมการสิทธิวิสามัญ, “สรุปผลการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ใช้ประกอบการประชุมวันที่ 6 กรกฎาคม 2558”

การกระทำความผิด ให้ถือเป็นความผิดฐานฟอกเงินด้วยเพื่อให้เป็นไปตามมาตรฐานสากล³¹ ซึ่งการแก้ไขบทบัญญัติเช่นนี้ทำให้ลักษณะของการกระทำความผิดฐานฟอกเงินกว้างขึ้นอย่างมาก เนื่องจากแต่เดิมบทบัญญัติความผิดตามมาตรา 5 (1) และ 5 (2) ผู้กระทำความผิดจำเป็นต้องมีเจตนาพิเศษในการกระทำความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติด้วย แต่ลักษณะของการกระทำความผิดที่เพิ่มขึ้นตามมาตรา 5 (3) ไม่ได้บัญญัติถึงเจตนาพิเศษในการกระทำความผิดเช่นนั้น ประกอบกับการยกเลิกเหตุยกเว้นความผิดในชั้นการพิจารณาของคณะกรรมการธิการ ยิ่งทำให้ลักษณะของการกระทำความผิดในรูปแบบของการได้มา ครอบครอง หรือการใช้ทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด กว้างขวางยิ่งขึ้น จนอาจก่อให้เกิดปัญหาที่การกระทำความผิดเกิดขึ้นพร้อมกับการกระทำความผิดมูลฐาน อันนำไปสู่การลงโทษซ้ำ หรือนำไปสู่การลงโทษทางอาญาที่ไม่ได้สัดส่วน รุนแรงเกินไปกว่าลักษณะของการกระทำความผิดได้

นอกจากนี้ ในส่วนของ “ทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด” อันเป็นวัตถุในการดำเนินมาตรการริบทรัพย์สินทางแพ่ง และวัตถุแห่งการกระทำความผิดในองค์ประกอบความผิดฐานฟอกเงินนี้ ยังได้มีการแก้ไขมาหลายครั้ง เริ่มจากแต่เดิมในการบัญญัติพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ครั้งแรก ได้มีการกำหนดนิยามให้ทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด หมายความว่า

“(1) เงินหรือทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำซึ่งเป็นความผิดมูลฐานหรือจากการสนับสนุนหรือช่วยเหลือการกระทำซึ่งเป็นความผิดมูลฐาน

(2) เงินหรือทรัพย์สินที่ได้มาจากการจำหน่าย จ่าย โอนด้วยประการใด ๆ ซึ่งเงินหรือทรัพย์สินตาม (1) หรือ

(3) ดอกผลของเงินหรือทรัพย์สินตาม (1) หรือ (2)

ทั้งนี้ ไม่ว่าทรัพย์สินตาม (1) (2) หรือ (3) จะมีการจำหน่าย จ่าย โอน หรือเปลี่ยนสภาพไปกี่ครั้งและไม่ว่าจะอยู่ในความครอบครองของบุคคลใด โอนไปเป็นของบุคคลใด หรือปรากฏหลักฐานทางทะเบียนว่าเป็นของบุคคลใด”

จะเห็นได้ว่านิยามตาม (1) นั้นถูกกำหนดไว้ให้แคบกว่าความหมายตามที่กำหนดไว้ในปัจจุบันมาก โดยพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน (ฉบับที่ 5) ในปี พ.ศ. 2558 ได้มีการแก้ไขนิยามของทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดตาม (1) โดยเป็นการแก้ไขครั้งล่าสุดที่คงอยู่มาจนถึงปัจจุบัน (พ.ศ. 2565) กำหนดให้ทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดตาม (1) หมายความว่า “เงินหรือทรัพย์สิน

³¹ สำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน “ตารางเปรียบเทียบพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 กับร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ที่ผ่านการตรวจพิจารณาของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา”

ที่ได้มาจากการกระทำซึ่งเป็นความผิดมูลฐานหรือความผิดฐานฟอกเงินหรือจากการสนับสนุนหรือช่วยเหลือการกระทำซึ่งเป็นความผิดมูลฐานหรือความผิดฐานฟอกเงิน และให้รวมถึงเงินหรือทรัพย์สินที่ได้ใช้หรือมีไว้เพื่อใช้หรือสนับสนุนการกระทำความผิดมูลฐานหรือความผิดฐานฟอกเงิน” โดยการแก้ไขดังกล่าวเป็นการแก้ไขโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อปรับปรุงนิยามให้มีความชัดเจนเหมาะสมยิ่งขึ้น³² ซึ่งทำให้ความหมายของทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดยิ่งกว้างขึ้นอย่างมาก และส่งผลต่อการบังคับใช้ความผิดฐานฟอกเงินให้สามารถบังคับใช้ได้อย่างกว้างขวางขึ้น เนื่องจากทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดตามที่บัญญัติดังกล่าวให้นิยามไว้ เป็นองค์ประกอบความผิดในส่วนของวัตถุแห่งการกระทำความผิดในความผิดฐานฟอกเงินตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 จึงทำให้การบังคับใช้ความผิดฐานฟอกเงินตามมาตรา 5 สามารถขยายความรับผิดไปได้เกินเลยกว่าลักษณะของการกระทำความผิดตามที่ควรจะเป็นจนอาจทำให้การครอบครองทรัพย์สินที่แม้นั้นได้มาอย่างถูกต้องตามกฎหมาย แต่ต้องกลับกลายเป็นความผิดฐานฟอกเงินได้

หากพิจารณาบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ที่แก้ไขเพิ่มเติม จะสามารถพิจารณาแยกประเด็นอันเป็นต้นเหตุของปัญหาทางกฎหมายได้เป็น 3 ประการดังต่อไปนี้

4.1 ปัญหาเกี่ยวกับวัตถุแห่งการกระทำความผิดฐานฟอกเงิน

หนึ่งในสาเหตุที่ทำให้ขอบเขตของบทบัญญัติความผิดตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 กว้างเกินกว่าที่ควรจะเป็นจนทำให้เกิดความไม่ชัดเจนและอาจนำไปสู่การลงโทษทางอาญาต่อประชาชน โดยที่ไม่เหมาะสมกับลักษณะของการกระทำความผิดได้ มีสาเหตุเนื่องมาจากตัววัตถุแห่งการกระทำความผิดฐานฟอกเงินตามมาตรา 5 เอง ที่พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ของประเทศไทยนิยามคำว่า “ทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด” ให้เป็นทั้งวัตถุในการดำเนินมาตรการทางอาญา หรือความผิดฐานฟอกเงิน และยังเป็นวัตถุในการดำเนินมาตรการทางแพ่ง หรือการร้องขอให้ศาลสั่งให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดินด้วยเหตุนี้ เมื่อนิยามของทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดมีการแก้ไขให้กว้างขึ้น ขอบเขตในการบังคับใช้ความผิดตามมาตรา 5 ก็ถูกขยายให้กว้างขึ้นเช่นเดียวกัน จนอาจทำให้การบังคับใช้ความผิดฐานฟอกเงินตามมาตรา 5 สามารถขยายความรับผิดไปได้เกินเลยกว่าลักษณะของการกระทำความผิดตามที่ควรจะเป็นจนอาจทำให้การครอบครองทรัพย์สินที่แม้นั้นได้มาอย่างถูกต้องตามกฎหมาย อาจกลับกลายเป็นความผิดฐานฟอกเงินตามมาตรา 5 (3) ได้ ตัวอย่างเช่น นาย ก. ครอบครองรถยนต์คันหนึ่งที่ตนใช้เงินที่ได้จากการประกอบอาชีพสุจริตซื้อมา แต่อย่างไรก็ตาม นาย ก. ได้ใช้รถยนต์คันดังกล่าว

³² เรื่องเดียวกัน

ในการช่วยขนส่งเพื่อจำหน่ายยาเสพติด อันเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายยาเสพติด พ.ศ. 2564 ซึ่งเป็นความผิดมูลฐาน ดังนี้ รถยนต์คันดังกล่าวจึงเป็นทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด เนื่องจากเป็นทรัพย์สินที่ได้มีไว้สนับสนุนการกระทำความผิดมูลฐาน เมื่อ นาย ก. ครอบครองรถยนต์คันดังกล่าวโดยรู้ว่าเป็นทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดในขณะครอบครอง นาย ก. จึงมีความผิดตามมาตรา 5 (3) แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 แม้ว่า นาย ก. จะได้ซื้อรถยนต์คันนั้นมาด้วยเงินสุจริตของตนก็ตาม ซึ่งเป็นประเด็นปัญหาในองค์ประกอบความผิดฐานฟอกเงิน ว่าควรจะบัญญัติวัตถุแห่งการกระทำความผิดที่ขยายความกว้างออกไปจนก่อให้เกิดผลอันย้อนแย้งที่แม้แต่การครอบครองทรัพย์สินที่ตนได้มาอย่างถูกต้องตามกฎหมายต้องเป็นความผิดฐานฟอกเงินเช่นนี้หรือไม่ เนื่องจากตามพันธกรณีระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นข้อเสนอแนะของคณะทำงานเฉพาะกิจเพื่อดำเนินมาตรการเกี่ยวกับการฟอกเงิน อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบค้ายาเสพติดและวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท ค.ศ. 1988 หรืออนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000 ต่างก็กำหนดให้แต่ละประเทศกำหนดให้การกระทำเป็นความผิดฐานฟอกเงินเฉพาะกรณีทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดเท่านั้น ไม่ได้รวมถึงการฟอกเงินหรือทรัพย์สินที่ได้ใช้หรือมีไว้เพื่อใช้หรือสนับสนุนการกระทำความผิด ให้เป็นความผิดฐานฟอกเงินด้วย

4.2 ปัญหาเกี่ยวกับความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติมาตรา 5 (3)

การแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งในลักษณะของการกระทำความผิดตามมาตรา 5 (3) ที่เพิ่มขึ้นมาโดยพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2558 ทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้มากยิ่งขึ้น เนื่องจากตัวบทบัญญัติดังกล่าวมีลักษณะที่ครอบคลุมการกระทำได้อย่างกว้างขวาง ผู้กระทำความผิดไม่จำเป็นต้องมีเจตนาพิเศษในการกระทำความผิดเหมือนดังเช่นมาตรา 5 (1) และ (2) ขาดความชัดเจน จนอาจทำให้เกิดความสับสนในทางปฏิบัติ เกิดเป็นประเด็นปัญหาเรื่องการบังคับใช้ความผิดฐานฟอกเงินที่อาจเกิดขึ้นพร้อมกับความผิดมูลฐานได้ ตัวอย่างเช่น

ตัวอย่างที่ 1 นาย ก. ครอบครองยาเสพติดให้โทษประเภทที่ 5 ในปริมาณเล็กน้อย อันเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายยาเสพติด พ.ศ. 2564 และเมื่อพิจารณาบทบัญญัติความผิดฐานฟอกเงินจะเห็นได้ว่า การครอบครองยาเสพติดก็เป็นการครอบครองทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดอันเป็นความผิดฐานฟอกเงินตามมาตรา 5 (3) เช่นเดียวกัน ในกรณีเช่นนี้เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายควรที่จะดำเนินการกับผู้กระทำความผิดดังกล่าวในคดีอาญาฟอกเงินหรือไม่ และหากมีการดำเนินการคดีอาญาฟอกเงินจะเป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์ของกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติดที่ต้องการจะบำบัดฟื้นฟูผู้เสพยาเสพติดหรือไม่ เนื่องจากหากผู้ที่ครอบครองยาเสพติดเป็นผู้ต้องหาหรืออยู่ในระหว่างการดำเนินคดีในความผิดอื่นที่มีโทษจำคุก ผู้นั้นจะไม่สามารถสมัครใจเข้ารับการบำบัด

รักษา ซึ่งจะส่งผลให้ผู้นั้นได้รับยกเว้นความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดนั้นได้³³ และทำให้ผู้นั้นต้องรับโทษทางอาญาอันอาจขัดต่อวัตถุประสงค์ของกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด ที่ต้องการจะบำบัดฟื้นฟูผู้เสพยาเสพติดแทนที่จะลงโทษจำคุก

ตัวอย่างที่ 2 นาย ก. ได้กระทำความผิดฐานหลอกลวงประชาชนจนผู้เสียหายหลงเชื่อและโอนเงินให้แก่ นาย ก. ผ่านทางบัญชีเงินฝาก เมื่อ นาย ก. ได้รับเงินดังกล่าว หากพิจารณาตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 จะเห็นได้ว่าเป็นความผิดตามมาตรา 5 (3) ด้วย เพราะเป็นการได้มาซึ่งทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด โดยรู้ในขณะที่ได้มาว่าเงินนั้นเป็นทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด ด้วยเหตุนี้เมื่อเป็นกรณีที่เป็นการกระทำความผิดเดียวผิดกฎหมายหลายบท จึงต้องลงโทษฐานฟอกเงิน³⁴ ซึ่งมีอัตราโทษหนักกว่าฐานฉ้อโกงประชาชน³⁵ อีกเช่นกัน

ในความผิดมูลฐานอื่น ๆ ก็เช่นเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็น ความผิดเกี่ยวกับการลักลอบหนีศุลกากร ตามกฎหมายว่าด้วยศุลกากร หรือแม้แต่ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินที่มีลักษณะเป็นปกติฐะ ซึ่งการกระทำความผิดมูลฐานดังกล่าวแล้วแต่มีลักษณะของการได้มาหรือครอบครองทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด อันเป็นลักษณะของการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มาตรา 5 (3) ด้วยเหตุนี้ จึงเกิดเป็นประเด็นปัญหาที่ว่า การบังคับใช้ความผิดตามมาตรา 5 (3) ที่เพิ่มเข้ามาขยายลักษณะของการกระทำความผิดฐานฟอกเงินให้กว้างขึ้นนี้ ควรบังคับใช้กับกรณีลักษณะดังกล่าวด้วยหรือไม่ เพราะถ้าหากนำมาตรา 5 (3) ไปบังคับใช้กับการกระทำในลักษณะดังกล่าว ก็จะเป็นกรณีที่เป็นการกระทำความผิดเดียวผิดกฎหมายหลายบท และให้ใช้กฎหมายบทที่มีโทษหนักที่สุดลงโทษแก่ผู้กระทำความผิด ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 90 ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้ว อัตราโทษของความผิดฐานฟอกเงินมักจะมิระวางโทษสูงกว่าความผิดมูลฐานดังกล่าว อันอาจทำให้สุดท้ายแล้วการบังคับใช้กฎหมายเช่นนี้เกิดผลที่ย้อนแย้ง บุคคลผู้กระทำความผิดไม่ถูกลงโทษตามความผิดมูลฐาน แต่ต้องระวางโทษในความผิดฐานฟอกเงินอันมีอัตราโทษสูงกว่าแทน อันทำให้ไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้ แต่หากมองว่าการกระทำความผิดมูลฐานและความผิดฐานฟอกเงินตามมาตรา 5 (3) เป็นการกระทำต่างกรรมต่างวาระกัน ในกรณีเช่นนี้ หากผู้กระทำความผิดนั้นเป็นคนเดียวกัน และมีการลงโทษในความผิดฐานฟอกเงินเพราะผู้นั้นได้รับ ครอบครอง หรือใช้ทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดที่ผู้นั้นได้มาจากวัตถุประสงค์แต่เดิมในการกระทำความผิดมูลฐานอีก การบังคับใช้กฎหมายในลักษณะดังกล่าวก็อาจขัดกับหลักการห้ามดำเนินคดีอาญาซ้ำได้

³³ มาตรา 114 พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายยาเสพติด พ.ศ. 2564

³⁴ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

³⁵ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

โดยในประเด็นนี้ ศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาฎีกาที่ 283/2565 วางแนวคำวินิจฉัยว่าความผิดฐานฟอกเงินตามมาตรา 5 (1) และ (2) มีเจตนารมณ์ในการปราบปรามผู้กระทำความผิดมูลฐานที่ได้นำเงินหรือทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดมากระทำในรูปแบบต่าง ๆ อันเป็นการฟอกเงินเพื่อนำเงินหรือทรัพย์สินนั้นไปใช้ประโยชน์ในการกระทำความผิดต่อไปได้อีก และเป็นความผิดที่เกิดขึ้นภายหลังจากการกระทำความผิดมูลฐาน ศาลจึงตัดสินให้ความผิดฐานฟอกเงินเป็นความผิดอีกกรรมหนึ่งนอกเหนือจากการกระทำความผิดมูลฐาน แต่ศาลไม่ได้กล่าวถึงความผิดตามมาตรา 5 (3) แต่อย่างใด³⁶ ด้วยเหตุนี้ บทบัญญัติดังกล่าวจึงยังคงมีปัญหาความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับการกระทำที่อาจทับซ้อนกับความผิดมูลฐานอยู่ ซึ่งจะได้ทำการศึกษาในข้อต่อ ๆ ไป

4.3 ปัญหาเกี่ยวกับการไม่มีบทบัญญัติยกเว้นความผิดหรือยกเว้นโทษในความผิดฐานฟอกเงิน

ความผิดฐานฟอกเงินเป็นบทบัญญัติความผิดที่ถูกบัญญัติไว้ในลักษณะกว้าง ๆ เพื่อให้สามารถเอาผิดกับผู้ที่อยู่เบื้องหลังการกระทำความผิด หรือมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดได้ จึงทำให้ในบางกรณียกมีการบังคับใช้บทบัญญัติดังกล่าวกับทุกข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น อาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมได้ และก่อให้เกิดสภาวะกฎหมายอาญาเพื่อได้ ตัวอย่างเช่น กรณีที่ นาย ก. ซื้อกิจการมาจาก นาย ข. โดย นาย ก. ซื้อมาด้วยความสุจริต ตามราคาที่เหมาะสม แต่อย่างไรก็ดีในระหว่างที่นาย ก. ดำเนินกิจการที่ซื้อต่อมาจาก นาย ข. นั้น นาย ก. ตรวจสอบบัญชีแล้วพบว่ากิจการที่ตนซื้อมานั้นเป็นกิจการที่เป็นทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด นาย ข. ได้มาโดยการหลอกลวงการจ่ายภาษี ดังนี้ หากพิจารณาตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มาตรา 5 (3) จะพบว่าแม้ขณะที่ นาย ก. ได้รับทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดมา นาย ก. รับมาโดยสุจริตและไม่เป็นความผิดฐานฟอกเงิน เพราะ ณ ขณะนั้น นาย ก. ไม่รู้ว่ากิจการดังกล่าวเป็นทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด แต่อย่างไรก็ดี เมื่อต่อมา นาย ก. รู้ว่ากิจการดังกล่าวเป็นทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด ย่อมถือได้ว่า นาย ก. ครอบครองทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด โดยรู้ ในขณะที่ครอบครองว่าทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด อันเป็นความผิดฐานฟอกเงิน ซึ่งหากเป็นเช่นนี้ จะก่อให้เกิดผลย้อนแย้งในการบังคับใช้ความผิดฐานฟอกเงินได้ เพราะฉะนั้น ความผิดฐานฟอกเงินที่มีขอบเขตกว้างขวางเช่นนี้ จึงควรที่จะมีช่องทางกฎหมายเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเกิดความเป็นธรรมมากยิ่งขึ้นได้

³⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 283/2565

5. ความผิดฐานฟอกเงินตามกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศ

การฟอกเงินเป็นอาชญากรรมที่เกิดขึ้นทั้งในระดับภายในประเทศและระดับระหว่างประเทศ มีเครือข่ายของการประกอบอาชญากรรมที่ซับซ้อน การจะจัดการกับปัญหาดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพจำเป็นต้องอาศัยความร่วมมือกับนานาประเทศในการยับยั้งและแก้ไขปัญหายังเป็นระบบ เชื่อมโยงกันทั่วโลก³⁷ โดยผู้วิจัยได้ศึกษาความผิดฐานฟอกเงินตามพันธกรณีระหว่างประเทศ อีกทั้งยังศึกษาบทบัญญัติและแนวทางการบังคับใช้กฎหมายอาญาฟอกเงิน ทั้งของสหราชอาณาจักร เครือรัฐออสเตรเลีย และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เพื่อให้เกิดองค์ความรู้เกี่ยวกับตัวบทบัญญัติและขอบเขตการบังคับใช้ความผิดฐานฟอกเงินตามมาตรฐานสากล

5.1 ข้อเสนอแนะของคณะทำงานเฉพาะกิจเพื่อดำเนินมาตรการเกี่ยวกับการฟอกเงิน (The FATF Recommendations)

คณะทำงานเฉพาะกิจเพื่อดำเนินมาตรการเกี่ยวกับการฟอกเงินเป็นองค์การระหว่างรัฐบาล ที่บรรดารัฐมนตรีของประเทศสมาชิกร่วมกันจัดตั้งขึ้น ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2532 มีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำมาตรฐานด้าน AML/CFT ร่วมมือกับองค์กรระหว่างประเทศอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องเพื่อระบุดูเฝ้าด้าน AML/CFT ในแต่ละประเทศ³⁸

ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับความผิดฐานฟอกเงิน ปรากฏอยู่ในข้อแนะนำที่ 3 ที่กำหนดให้แต่ละประเทศ ควรกำหนดให้การฟอกเงินเป็นความผิดทางอาญา โดยอาศัยอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบค้ายาเสพติดและวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท ค.ศ. 1988 และอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านองค์การอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000 เป็นพื้นฐาน และควรนำความผิดฐานฟอกเงินไปใช้กับความผิดร้ายแรงทั้งหมด โดยกำหนดความผิดมูลฐานให้กว้างที่สุด ซึ่งอาจกำหนดด้วยวิธีการระบุประเภทลักษณะความผิดที่เป็นความผิดมูลฐาน (Listing Approach) หรือการกำหนดในลักษณะอย่างกว้างอ้างอิงกับอัตราโทษในการกระทำความผิด โดยกำหนดให้ความผิดซึ่งมีอัตราโทษตามที่กำหนดทั้งหมดเป็นความผิดมูลฐาน (Threshold Approach) หรือจะใช้ทั้งสองวิธีผสมกันก็ได้ ซึ่งไม่ว่าจะใช้วิธีใด ความผิดฐานฟอกเงินควรที่จะขยายไปถึงทรัพย์สินทุกประเภทที่ได้มาจากการกระทำความผิด ไม่ว่าจะมียุคค่าเท่าไร หรือได้มาทางตรงหรือทางอ้อมจากการกระทำความผิด และในการพิสูจน์ว่าทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดหรือไม่ ไม่จำเป็นต้องมีคำพิพากษาว่าบุคคลนั้นเป็นผู้กระทำความผิดมูลฐาน โดยแต่ละประเทศอาจกำหนดไม่ให้นำความผิด

³⁷ สีนาท ประยูรรัตน์, คำอธิบายพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542, หน้า 37.

³⁸ กรมพัฒนาธุรกิจการค้า, “ข้อมูลเบื้องต้นเกี่ยวกับมาตรการด้านการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินและการต่อต้านการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย,” 27 สิงหาคม 2562.

ฐานพอกเงินไปใช้บังคับกับผู้กระทำความผิดมูลฐานก็ได้ หากมันเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายในประเทศนั้น ๆ³⁹ โดยจะเห็นได้ว่าตามข้อเสนอแนะดังกล่าวได้กำหนดให้ความผิดฐานพอกเงินบังคับใช้กับเฉพาะทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด ที่ได้มาไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมเท่านั้น ไม่ได้กำหนดให้วัตถุแห่งการกระทำความผิดรวมไปถึงทรัพย์สินที่ได้ใช้ มีไว้เพื่อใช้ หรือสนับสนุนการกระทำความผิดเหมือนเช่นพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการพอกเงิน พ.ศ. 2542 ของประเทศไทย

เมื่อพิจารณาเรื่องการริบทรัพย์สินและมาตรการชั่วคราว อันเป็นมาตรการทางแพ่งของกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการพอกเงิน ข้อเสนอแนะที่ 4 ของคณะทำงานเฉพาะกิจเพื่อดำเนินมาตรการเกี่ยวกับการพอกเงิน ได้กำหนดให้มาตรการดังกล่าวควรเป็นไปตามที่กำหนดในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบค้ายาเสพติดและวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท ค.ศ. 1988 อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านองค์การอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000 และอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย ค.ศ. 1999 โดยให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจดำเนินการยึดทรัพย์สินที่ผ่านการพอกมาแล้ว รวมถึงทรัพย์สินที่ได้มา ทรัพย์สินที่เป็นเครื่องมือในการใช้ หรือมีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิดฐานพอกเงิน หรือความผิดมูลฐาน ทรัพย์สินที่ได้มา ทรัพย์สินที่เป็นเครื่องมือในการใช้ มีไว้เพื่อใช้ หรือจัดสรรไว้เพื่อใช้กระทำความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย หรือทรัพย์สินอื่น ๆ ที่มีมูลค่าเท่ากัน โดยการริบทรัพย์สินเหล่านี้ไม่จำเป็นต้องมีคำพิพากษาในคดีอาญามีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้นก่อน โดยแต่ละประเทศอาจพิจารณาในการพิสูจน์ให้จำเลยเป็นผู้มีภาระการพิสูจน์ในความสะอาดของทรัพย์สินนั้นก็ได้ แล้วแต่หลักการของกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ⁴⁰ โดยจะเห็นได้ว่าข้อเสนอแนะของคณะทำงานเฉพาะกิจเพื่อดำเนินมาตรการเกี่ยวกับการพอกเงินในส่วนของการมาตรการทางแพ่งได้กำหนดประเภทของทรัพย์สินที่อาจถูกยึดไว้อย่างชัดเจน ซึ่งทรัพย์สินที่อาจถูกดำเนินมาตรการทางแพ่งนั้นกว้างกว่าวัตถุแห่งการกระทำความผิดในความผิดฐานพอกเงินตามข้อเสนอแนะที่ 3 ที่ให้ดำเนินการเป็นความผิดฐานพอกเงินเฉพาะกับการกระทำที่กระทำต่อทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดเท่านั้น แต่ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการพอกเงิน พ.ศ. 2542 ของไทยกลับกำหนดนิยามของ “ทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด” เพื่อใช้เป็นทั้งวัตถุแห่งการกระทำความผิดในความผิดอาญาและเป็นวัตถุในการดำเนินมาตรการทางแพ่งด้วยถ้อยคำเดียวกัน ทั้ง ๆ ที่ตามข้อเสนอแนะของคณะทำงานเฉพาะกิจเพื่อดำเนินมาตรการเกี่ยวกับการพอกเงินในมาตรการดังกล่าวนี้เป็นคนละข้อและกำหนดไว้แตกต่างกัน

³⁹ ข้อที่ 3 ข้อเสนอแนะของคณะทำงานเฉพาะกิจเพื่อดำเนินมาตรการเกี่ยวกับการพอกเงิน

⁴⁰ ข้อที่ 4 ข้อเสนอแนะของคณะทำงานเฉพาะกิจเพื่อดำเนินมาตรการเกี่ยวกับการพอกเงิน

5.2 อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบค้ายาเสพติดและวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท ค.ศ. 1988

อนุสัญญานี้มีอีกชื่อหนึ่งที่ว่า อนุสัญญาเวียนนา ค.ศ. 1988 (Vienna Convention) โดยเป็นข้อตกลงที่เกิดขึ้นมาจากการตระหนักถึงความเชื่อมโยงของการลักลอบค้ายาเสพติดและการประกอบอาชญากรรมขององค์กรที่เกี่ยวข้อง ซึ่งทำลายเศรษฐกิจที่ถูกต้องตามกฎหมาย เป็นภัยต่อความมั่นคงปลอดภัย และอธิปไตยของประเทศ โดยในอนุสัญญาเวียนนามีหลักการสำคัญทั้งในเรื่องบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานฟอกเงิน การริบทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด รวมถึงบทบัญญัติที่สำคัญอื่น ๆ โดยประเทศที่เข้าร่วมเป็นภาคีต้องนำเอามาตรการต่าง ๆ ที่อนุสัญญากำหนดไปบังคับใช้ เพื่อต่อต้านการค้ายาเสพติดและวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท⁴¹

ในประเด็นเกี่ยวกับการกำหนดความผิดฐานฟอกเงินปรากฏอยู่ใน Article 3 Paragraph 1 b) โดยอนุสัญญาดังกล่าวได้กำหนดให้ประเทศที่เข้าร่วมเป็นภาคีต้องบัญญัติให้การกระทำดังต่อไปนี้เป็นความผิดอาญา

i) การแปลงหรือโอนทรัพย์สิน โดยรู้ว่าทรัพย์สินดังกล่าวเป็นทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดใด ๆ หรือจากความผิดตามที่ระบุในข้อ a หรือจากการมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดดังกล่าวโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะปกปิดหรืออำพรางที่มาที่ผิดกฎหมายของทรัพย์สิน หรือเพื่อช่วยเหลือบุคคลใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดดังกล่าว ให้หลีกเลี่ยงไม่ต้องรับผลจากการกระทำนั้น

ii) การปกปิดหรืออำพรางลักษณะที่แท้จริง ที่มา แหล่งที่ตั้ง การจำหน่าย รายการเคลื่อนไหว สิทธิหรือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน โดยรู้ว่าทรัพย์สินดังกล่าวเป็นทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดใด ๆ หรือความผิดตามที่ระบุในข้อ a หรือเป็นทรัพย์สินที่ได้มาจากการมีส่วนร่วมในการกระทำความผิด

ส่วนลักษณะการกระทำตาม Article 3 Paragraph 1 c) ดังต่อไปนี้ให้บัญญัติเป็นความผิดอาญาแต่ขึ้นอยู่กับหลักการตามรัฐธรรมนูญและแนวคิดพื้นฐานของระบบกฎหมายในประเทศภาคีสมาชิกรุ่น ๆ

i) การได้มา ครอบครอง หรือใช้ทรัพย์สิน โดยรู้ในขณะนั้นว่าทรัพย์สินนั้นเป็นที่ได้มาจากการกระทำความผิดใด ๆ หรือความผิดตามที่ระบุในข้อ a หรือเป็นทรัพย์สินที่ได้มาจากการมีส่วนร่วมในการกระทำความผิด

จะเห็นได้ว่าลักษณะของการกระทำความผิดตาม Article 3 Paragraph 1 b i) และ ii) มีลักษณะเหมือนกับองค์ประกอบความผิดตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มาตรา 5 (1) และ (2) ส่วนมาตรา 5 (3) อันเป็นบทบัญญัติที่แก้ไขเพิ่มเติมเข้ามา มีลักษณะเหมือนกับ Article 3

⁴¹ วีระพงษ์ บุญญาส, กระบวนการยุติธรรมกับกฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2547), หน้า 22-24.

Paragraph 1 c) i) แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบค้ายาเสพติดและวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท ค.ศ. 1988 ที่ไม่ได้บังคับให้ประเทศซึ่งเป็นภาคีต้องนำไปบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาอย่างเคร่งครัด แต่ให้ขึ้นอยู่กับหลักการตามรัฐธรรมนูญและแนวคิดพื้นฐานของระบบกฎหมายในประเทศนั้น ๆ

อีกทั้ง เมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์แห่งการกระทำความผิดตามอนุสัญญาดังกล่าว จะเห็นได้ว่าตามอนุสัญญา ความผิดฐานฟอกเงินมีการบังคับใช้เฉพาะกับทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดหรือจากการมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดเท่านั้น ต่างกับองค์ประกอบความผิดตาม มาตรา 5 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ที่บังคับใช้กับเงินหรือทรัพย์สินที่ได้ใช้มิไว้เพื่อใช้ หรือสนับสนุนการกระทำความผิดด้วย

5.3 อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านองค์การอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000

อนุสัญญานี้เป็นหนึ่งในข้อตกลงระหว่างประเทศที่กำหนดให้ประเทศภาคีสมาชิกกำหนดให้การมีส่วนร่วมในกลุ่มอาชญากรที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กรการฟอกทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำอาชญากรรม การฉ้อราษฎร์บังหลวง การขัดขวางความยุติธรรม เป็นความผิดอาญา โดยให้มีการรับและยึดทรัพย์สิน โดยประเทศที่เข้าร่วมเป็นภาคีต้องนำหลักการเหล่านี้ไปปรับใช้ตามหลักการพื้นฐานกฎหมายของประเทศของตนอย่างครอบคลุม⁴² โดยการกำหนดให้การกระทำในลักษณะที่เป็นการฟอกรายได้จากอาชญากรรมเป็นความผิดอาญา ปรากฏอยู่ใน Article 6 ของอนุสัญญาดังกล่าว มีการกำหนดลักษณะของการกระทำความผิดฐานฟอกเงินคล้ายกับอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบค้ายาเสพติดและวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท ค.ศ. 1988 ซึ่งสอดคล้องกับ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 รวมถึงในประเด็นเรื่องวัตถุประสงค์แห่งการกระทำความผิดในความผิดฐานฟอกเงินก็เช่นกัน ที่ตามอนุสัญญานี้กำหนดให้ใช้เฉพาะกับทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดหรือจากการมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดเท่านั้น ต่างกับพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ของประเทศไทยที่บัญญัติไว้กว้างเกินกว่าที่อนุสัญญากำหนดไว้

อย่างไรก็ดีในอนุสัญญานี้มีข้อกำหนดที่ว่าประเทศภาคีสมาชิกอาจไม่นำความผิดฐานฟอกเงินไปบังคับใช้ก็ได้ ในกรณีนี้ผู้กระทำความผิดฐานฟอกเงินนั้นเป็นผู้กระทำความผิดมูลฐานตาม Article 6 ข้อ (e) อันแสดงให้เห็นว่าตามพันธกรณีระหว่างประเทศดังกล่าว ไม่ได้กำหนดให้แต่ละประเทศต้องนำความผิดฐานฟอกเงินไปบังคับใช้กับทุกกรณีหรือทุกคนเสมอไป ให้ขึ้นอยู่กับหลักการพื้นฐานของแต่ละประเทศนั้น ๆ ด้วย เพราะโดยลักษณะของการกระทำความผิดฐานฟอกเงินตามที่อนุสัญญากำหนดนั้น

⁴² เรื่องเดียวกัน, หน้า 25.

มีขอบเขตในการกระทำความผิดที่กว้างขวาง ครอบคลุม หากนำไปบังคับใช้กับผู้กระทำความผิดมูลฐาน อาจก่อให้เกิดการลงโทษที่ไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด หรือขัดต่อหลักการห้ามลงโทษซ้ำได้

5.4 กฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินของสหราชอาณาจักร

ความผิดอาญาเกี่ยวกับการฟอกเงินของสหราชอาณาจักรปรากฏอยู่ใน Proceeds of Crime Act 2002 โดยกำหนดให้การปกปิด การจัดเตรียม การได้รับ การใช้ และการครอบครองทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด (มาตรา 327 - 329) เป็นความผิดฐานฟอกเงิน ซึ่งมีลักษณะคล้ายกับบทบัญญัติความผิดฐานฟอกเงินตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 แต่จะแตกต่างกันในส่วนของวัตถุแห่งการกระทำความผิด ที่ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินของประเทศไทยจะกว้างกว่าบทบัญญัติใน Proceeds of Crime Act 2002 ของสหราชอาณาจักร เนื่องจากตามมาตรา 340 (3) แห่ง Proceeds of Crime Act 2002 กำหนดให้ทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งการกระทำความผิดนั้น หมายถึงเฉพาะทรัพย์สินที่เป็นผลประโยชน์จากการกระทำความผิด หรือเป็นตัวแทนของผลประโยชน์ดังกล่าวเท่านั้น ไม่ได้รวมถึงทรัพย์สินที่ได้ใช้มิไว้เพื่อใช้ หรือสนับสนุนการกระทำความผิดเหมือนของประเทศไทย นอกจากนี้ บทบัญญัติความผิดฐานฟอกเงินของสหราชอาณาจักร ยังมีข้อยกเว้นให้ไม่ต้องรับผิดทางอาญาในบางกรณีด้วย เช่น การเป็นผู้เปิดเผยข้อมูลแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือกรณีการได้มา ใช้ หรือครอบครองทรัพย์สินนั้นโดยมีสิ่งตอบแทนไปอย่างพอสมควร ซึ่งประเทศไทยเคยมีแนวคิดที่จะกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดดังกล่าว แต่ในท้ายที่สุดก็ได้ล้มเลิกไป⁴³

อีกทั้ง ศาลในสหราชอาณาจักรได้ตีความมีแนวคำวินิจฉัยว่าความผิดฐานฟอกเงินนั้นเป็นความผิดที่เป็นอิสระแยกต่างหากจากความผิดอื่น แม้ผู้กระทำความผิดต้องรับผิดตามความผิดก่อนหน้าหรือความผิดมูลฐานแล้ว ผู้นั้นก็ยังสามารถรับผิดในความผิดฐานฟอกเงินอีกได้⁴⁴ และในกรณีที่มีการกระทำความผิดนั้นสามารถเป็นได้ทั้งความผิดฐานฟอกเงินและความผิดมูลฐานพนักงานอัยการกลับมักจะนำความผิดฐานฟอกเงินไปใช้ฟ้องแทนความผิดมูลฐานในหลาย ๆ คดี เนื่องจากความผิดฐานฟอกเงินสามารถพิสูจน์องค์ประกอบความผิดได้ง่ายกว่า⁴⁵ แม้ว่าแท้จริงแล้วหากพิจารณาตามข้อแนะนำทางกฎหมายในการดำเนินคดีอาญาฟอกเงินของสำนักงานอัยการแล้วจะไม่ควรทำเช่นนั้นก็ตาม ซึ่งแม้ศาลจะได้แสดงข้อกังวลมาว่าลักษณะของการกระทำที่พนักงานอัยการฟ้องมานั้นไม่ควรเป็นความผิดฐานฟอกเงิน แต่สุดท้ายแล้วเมื่อการกระทำดังกล่าวเข้าตามองค์ประกอบความผิด ศาลก็ตัดสินให้เป็นความผิดฐาน

⁴³ สำนักการงานการประชุมและขอเลข สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, “รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 51,” 21 สิงหาคม 2558.

⁴⁴ R v Linegar (Scott Anthony) (2009) [2009] EWCA Crim 648

⁴⁵ R (Wilkinson) v Director of Public Prosecutions [2006] EWHC 3012

พอกเงินตามที่พนักงานอัยการฟ้อง⁴⁶ โดยยังไม่มีแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานมาอย่างชัดเจนว่าในกรณีดังกล่าวพนักงานอัยการควรที่จะฟ้องในความผิดฐานใด

5.5 กฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการพอกเงินของเครือรัฐออสเตรเลีย

ความผิดฐานพอกเงินในเครือรัฐออสเตรเลียบัญญัติอยู่ใน Criminal Code Act 1995 มาตรา 400.2B – 400.9 โดยใช้เกณฑ์แยกระดับความผิดตามเจตนาของผู้กระทำความผิดและจำนวนมูลค่าของเงินหรือทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งการกระทำความผิด และในแต่ละมาตรายังได้มีการแยกระดับของความผิดโดยบทลงโทษจะรุนแรงเพิ่มขึ้นไปตามระดับเจตนาในการกระทำความผิด ซึ่งจะสังเกตได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีลักษณะค่อนข้างแตกต่างกับพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการพอกเงิน พ.ศ. 2542 ของประเทศไทยที่จะมีเพียงการบัญญัติให้การพอกเงินเป็นความผิดเฉพาะกับการกระทำที่ได้กระทำโดยเจตนา และมีระวางโทษให้ศาลใช้ดุลพินิจโดยไม่ได้แยกตามมูลค่าของทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด แต่อย่างไรก็ดี จะเห็นได้ว่าวัตถุแห่งการกระทำความผิดในความผิดฐานพอกเงินของเครือรัฐออสเตรเลียนั้น ไม่ได้กำหนดให้เป็นความผิดเฉพาะกับการกระทำกับเงินหรือทรัพย์สินที่เป็นรายได้จากการกระทำความผิดเท่านั้น แต่กำหนดให้การกระทำบางลักษณะเป็นความผิดหากเป็นการกระทำที่ทำต่อทรัพย์สินที่เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดด้วย ซึ่งเกินกว่าที่พันธกรณีระหว่างประเทศกำหนดเหมือนเช่นของประเทศไทยที่บัญญัติให้วัตถุแห่งการกระทำความผิดรวมไปถึงทรัพย์สินที่ได้ใช้ มีไว้เพื่อใช้ หรือสนับสนุนการกระทำความผิด⁴⁷

นอกจากนี้ ศาลในเครือรัฐออสเตรเลียได้มีแนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับความผิดฐานพอกเงินว่าความผิดฐานพอกเงินเป็นสิ่งที่เสี่ยงจะทำให้เกิดการลงโทษซ้ำได้ ในกรณีที่ความผิดมูลฐานและความผิดฐานพอกเงินมีความเกี่ยวข้องต่อเนื่องและมีสาระสำคัญเช่นเดียวกัน ศาลจึงสั่งลงโทษแค่เพียงการกระทำความผิดมูลฐานเท่านั้น เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้กระทำความผิดได้รับการลงโทษซ้ำ⁴⁸ อีกทั้ง ในประเด็นเกี่ยวกับการกระทำความผิดที่เข้าข่ายมีลักษณะการกระทำความผิดที่เป็นได้ทั้งความผิดมูลฐานและความผิดฐานพอกเงิน ศาลยังได้วางแนวทางการวินิจฉัยไว้ว่าความผิดฐานพอกเงินควรที่จะนำไปบังคับใช้เฉพาะกับคดีที่ไม่ทราบแหล่งที่มาของเงินทุนหรือรายได้จากการกระทำความผิดอาญา หรือกรณีที่ผู้กระทำความผิดจัดการกับเงินหรือทรัพย์สินที่ได้มาด้วยวิธีการปกปิด ซุกซ่อนลักษณะหรือแหล่งที่มาของทรัพย์สินนั้น โดยมองถึงเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติในการบัญญัติความผิดฐานพอกเงิน⁴⁹ เพื่อให้การบังคับใช้ความผิด

⁴⁶ CPS Nottinghamshire v Rose; R v Whitwam [2008] EWCA Crim 239

⁴⁷ มาตรา 3 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการพอกเงิน พ.ศ. 2542

⁴⁸ Hili v R; Jones v R (2010) 242 CLR 520; (2010) 272 ALR 465; (2010) 85 ALJR 195; (2010) 204 A Crim R 434; (2010) 78 ATR 11; [2010] HCA 45; BC201009267

⁴⁹ YOUSSEF HABIB NAHLOUS v R [2010] NSWCCA 58, BC201002045

ฐานฟอกเงินมีขอบเขตชัดเจน เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และเหมาะสมกับลักษณะของการกระทำความผิดมากยิ่งขึ้น โดยไม่นำความผิดฐานฟอกเงินไปใช้พ้องแทนความผิดอื่น ๆ อันเป็นความผิดมูลฐาน

5.6 กฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

บทบัญญัติความผิดฐานฟอกเงินของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี บัญญัติอยู่ในมาตรา 261 แห่ง Strafgesetzbuch (StGB) หรือประมวลกฎหมายอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยมีการแก้ไขครั้งล่าสุดและเริ่มบังคับใช้เมื่อวันที่ 18 มีนาคม พ.ศ. 2564 เพื่อให้สอดคล้องกับการดำเนินการตามเป้าหมายในการปฏิบัติตามพันธกรณีตามคำสั่งต่อต้านการฟอกเงินฉบับที่ 6 ของสหภาพยุโรป⁵⁰ ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาบทบัญญัติความผิดฐานฟอกเงินตามกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแล้วจะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์แห่งการกระทำความผิดตามมาตรา 261 หมายความว่าถึงเฉพาะวัตถุประสงค์ที่เป็นผลมาจากการกระทำความผิดเท่านั้น โดยมีการบัญญัติแยกต่างหากจากวัตถุประสงค์ที่อาจถูกยึดได้ ตามบทบัญญัติในส่วนที่ 3 หมวดที่ 7 ซึ่งหมายความรวมถึงวัตถุประสงค์ที่ผลิตขึ้นจากการกระทำความผิด วัตถุประสงค์ที่ใช้ในการกระทำความผิด หรือวัตถุประสงค์ที่ถูกระเตรียมที่จะกระทำเช่นนั้น อันแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างที่วัตถุประสงค์ในการกระทำความผิดฐานฟอกเงินตามมาตรา 261 จะมีลักษณะแคบกว่าวัตถุประสงค์ที่อาจถูกยึดได้ตามประมวลกฎหมายอาญาในส่วนที่ 3 หมวดที่ 7 นอกจากนี้ ความผิดฐานฟอกเงินของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียังมีลักษณะที่แตกต่างจากพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ที่เห็นได้ชัด คือ การกำหนดให้การฟอกเงินเป็นความผิดแม้ผู้กระทำได้กระทำโดยประมาท

อีกทั้ง บทบัญญัติความผิดฐานฟอกเงินของประเทศเยอรมันยังมีหลักที่น่าสนใจในมาตรา 261 (7) แห่ง Strafgesetzbuch (StGB) ที่มีไว้เพื่อเอาผิดกับผู้ที่กระทำการฟอกเงินด้วยตนเองและเป็นเสมือนเหตุยกเว้นโทษสำหรับผู้ที่มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดมูลฐานที่เคยได้รับโทษมาแล้ว เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการลงโทษซ้ำกับบุคคลนั้นจากการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียว⁵¹ หรือในเหตุยกเว้นโทษตามมาตรา 261 (8) กรณีที่ผู้กระทำความผิดสมัครใจรายงานการกระทำความผิดต่อหน่วยงานรัฐ จนนำไปสู่การยึดทรัพย์สินดังกล่าว ที่เป็นบทบัญญัติยกเว้นโทษให้ผู้กระทำความผิดเพื่อให้ผู้กระทำความผิดได้กลับใจแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำความผิดดังกล่าวให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อให้รัฐได้ดำเนินการยึดหรืออายัดทรัพย์สินนั้น โดยที่ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษทางอาญา ซึ่งส่งผลให้ความผิดฐานฟอกเงินของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีไม่ได้ใช้บังคับกับทุกคนหรือทุกกรณีเสมอไป โดยศาลได้วางแนวบรรทัดฐานไว้ว่า ผู้ที่จะได้รับการยกเว้นโทษเพราะเหตุดังกล่าว จะต้องเป็นกรณีที่สามารถกำหนดการมีส่วนร่วมใน

⁵⁰ Comply Advantage, “The new regulation of money laundering in Germany (§ 261 StGB new version),” [Online] Available from : <https://legacy.complyadvantage.com/de/knowledgebase/die-neuregelung-der-geldwaesche-in-deutschland-%C2%A7-261-stgb-n-f/> [5 March 2022]

⁵¹ Deutscher Bundestag, “Einzelfragen zur Geldwäsche Strafrechtliche Betrachtung,” 7 April 2021.

ความผิดมูลฐานดังกล่าวได้อย่างแน่นอน และศาลพิพากษาว่าบุคคลดังกล่าวมีความผิดในการมีส่วนร่วม นั้น เพราะหากในคดีดังกล่าวผู้กระทำความผิดเพียงแค่ถูกกล่าวหาโดยยังไม่มีหลักฐานที่ชัดเจน และ ไม่ได้ถูกศาลพิพากษาลงโทษ ก็ไม่ถือว่าบุคคลดังกล่าวถูกคุกคามด้วยการลงโทษซ้ำจากการกระทำ ความผิดอันเป็นวัตถุประสงค์ในการยกเว้นโทษตามมาตรา 261 แต่อย่างใด ผู้นั้นจึงสามารถรับผิดใน ความผิดฐานฟอกเงินตามมาตรา 261 ได้⁵²

6. บทวิเคราะห์ปัญหาและแนวทางการแก้ไขบทบัญญัติความผิดฐานฟอกเงิน

ความผิดฐานฟอกเงินเป็นความผิดอาญาประเภทที่กฎหมายห้าม (Mala Prohibita) และเสี่ยง ที่จะก่อให้เกิดภาวะกฎหมายอาญาเพื่อ แต่อย่างไรก็ดี ความผิดฐานฟอกเงินยังคงเป็นสิ่งจำเป็นที่รัฐพึง ต้องกำหนดให้เป็นความผิดอาญาเพื่อคุ้มครองความสงบเรียบร้อยในสังคม ตัดวงจรอาชญากรรม และ ป้องกันไม่ให้ระบบเศรษฐกิจของประเทศเสียหาย อีกทั้ง หากประเทศใดไม่กำหนดให้การฟอกเงินเป็น ความผิดอาญาอาจถูกมาตรการลงโทษจากประชาคมโลกได้อีกด้วย⁵³ ด้วยเหตุนี้ บทบัญญัติความผิด ฐานฟอกเงินจึงควรที่จะมีการแก้ไขเนื้อหาในบทบัญญัติให้มีความเหมาะสม กำหนดขอบเขตของลักษณะ การกระทำความผิดให้ชัดเจน และเป็นไปตามหลักการพื้นฐานของกฎหมายอาญาที่ต้องคำนึงถึง การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และป้องกันไม่ให้เกิดสภาวะกฎหมายอาญาเพื่อ

เมื่อพิจารณาเนื้อหาบทบัญญัติความผิดฐานฟอกเงินในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ตามโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาแล้ว จะเห็นได้ว่าองค์ประกอบ ความผิดของบทบัญญัตินี้ดังกล่าวในส่วนของผู้กระทำความผิดอันเป็นหนึ่งในองค์ประกอบภายนอก บทบัญญัติดังกล่าวใช้คำว่า “ผู้ใด” ซึ่งผู้กระทำความผิดฐานฟอกเงินตามมาตรา 5 ย่อมสามารถเป็น บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ รวมถึงผู้กระทำความผิดมูลฐานที่ทำการฟอกเงินด้วยตนเองก็อาจมี ความผิดได้เช่นกัน ซึ่งในกรณีที่เป็นการฟอกเงินด้วยตนเองเช่นนี้ จะเห็นได้ว่าตัวผู้กระทำความผิดเป็น ทั้งผู้กระทำในความผิดมูลฐานและความผิดฐานฟอกเงิน อันอาจนำไปสู่ปัญหาการลงโทษซ้ำหรือการ ลงโทษที่ไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดได้ โดยหากพิจารณาตามมาตรฐานสากลที่พันธกรณีระหว่าง ประเทศกำหนด จะเห็นได้ว่าตามข้อเสนอแนะของคณะทำงานเฉพาะกิจเพื่อดำเนินมาตรการเกี่ยวกับการ ฟอกเงิน (FATF) ได้กำหนดให้แต่ละประเทศอาจบัญญัติไม่ให้นำความผิดฐานฟอกเงินไปบังคับใช้กับ ผู้กระทำความผิดมูลฐานก็ได้ หากมันเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายในประเทศนั้น ๆ ซึ่งตามอนุสัญญา สหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000 ก็ได้

⁵² BGH 1 StR 595/15 - July 12, 2016 (LG Cottbus)

⁵³ กรมพัฒนาธุรกิจการค้า, “ข้อมูลเบื้องต้นเกี่ยวกับมาตรการด้านการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินและการต่อต้าน การสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย,” 27 สิงหาคม 2562.

กำหนดไว้ในลักษณะเช่นเดียวกัน ที่หากเป็นเพราะข้อจำกัดตามหลักการพื้นฐานทางกฎหมายของประเทศภาคีสมาชิก ความผิดฐานฟอกเงินอาจบังคับใช้ภายใต้ที่ไม่นำไปบังคับใช้กับผู้กระทำความผิดมูลฐาน แต่อย่างไรก็ดีจากการศึกษาบทบัญญัติความผิดฐานฟอกเงินทั้งของสหราชอาณาจักร เครือรัฐออสเตรเลีย รวมถึงของประเทศไทยเอง ยังคงไม่ได้นำข้อจำกัดดังกล่าวมาใช้ ซึ่งจะแตกต่างจากบทบัญญัติความผิดฐานฟอกเงินของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่โดยหลักแล้วผู้ซึ่งต้องรับโทษเพราะเป็นผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดมูลฐาน จะไม่ต้องรับผิดในความผิดฐานฟอกเงินอีก เพื่อป้องกันการลงโทษซ้ำ ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของกฎหมายอาญา⁵⁴

องค์ประกอบความผิดประการต่อมา ในส่วนของลักษณะของการกระทำความผิด บทบัญญัติตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ได้กำหนดให้การกระทำ 3 ลักษณะ ดังต่อไปนี้ เป็นความผิดฐานฟอกเงิน ได้แก่

- 1) การโอน รับโอน หรือเปลี่ยนสภาพทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด
- 2) การกระทำความผิดประการใด ๆ เพื่อปกปิดหรืออำพรางลักษณะที่แท้จริง การได้มา แหล่งที่ตั้ง การจำหน่าย การโอน การได้สิทธิใด ๆ ซึ่งทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด
- 3) การได้มา ครอบครอง หรือใช้ทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด

ซึ่งสอดคล้องกับที่ข้อเสนอแนะของคณะทำงานเฉพาะกิจเพื่อดำเนินมาตรการเกี่ยวกับการฟอกเงิน (FATF) กำหนดให้เป็นไปตามที่อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบค้ายาเสพติด และวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท ค.ศ. 1988 และอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านองค์การอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000 กำหนดไว้เป็นพื้นฐานว่าประเทศที่เข้าเป็นภาคีสมาชิกจำเป็นต้องบัญญัติให้การแปลงหรือโอนทรัพย์สิน รวมถึงการปกปิดหรืออำพรางลักษณะที่แท้จริง ที่มา แหล่งที่ตั้ง การจำหน่าย รายการเคลื่อนไหว กรรมสิทธิ์หรือสิทธิในทรัพย์สิน เป็นความผิดฐานฟอกเงิน ส่วนการได้มา การครอบครอง หรือการใช้ทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด จะบัญญัติเป็นความผิดหรือไม่ให้ขึ้นอยู่กับระบบกฎหมายของประเทศนั้น ๆ

อย่างไรก็ดี หากพิจารณาองค์ประกอบภายนอกอีกประการ คือ วัตถุประสงค์ของการกระทำความผิด จะสังเกตเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์แห่งการกระทำความผิดของความผิดฐานฟอกเงินในประเทศไทยมีลักษณะกว้างเกินไปกว่าที่พันธกรณีระหว่างประเทศกำหนดอันอาจทำให้เกิดปัญหาการบังคับใช้กฎหมายที่ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ประชาชนได้ อีกทั้ง หากพิจารณาประกอบกับบริบทแวดล้อมของสังคม ในประเทศไทยจะเห็นได้ว่า ในประเทศไทยมีคณะกรรมการพัฒนากฎหมายที่ได้ให้คำแนะนำในเรื่องของการกำหนดโทษอาญาในทางกฎหมาย เพื่อป้องกันไม่ให้รัฐบัญญัติกฎหมายที่มีโทษทางอาญาออกมา

⁵⁴ Section 261 (7) Strafgesetzbuch (StGB)

มากเกินไป จนไม่จำเป็น และก่อให้เกิดเป็นสภาวะกฎหมายอาญาเพื่อในสังคม ซึ่งในเรื่องของการกำหนดความผิดอาญาในกรณีที่มีพันธกรณีระหว่างประเทศผูกพันประเทศไทยให้ต้องบัญญัติตามนั้น คณะกรรมการพัฒนากฎหมายได้แนะนำให้กำหนดโทษอาญาตามความจำเป็นและเหมาะสม และมีเพดานโทษที่ชัดเจนด้วย โดยต้องระบุข้อความในพันธกรณีที่กำหนดให้ต้องมีโทษทางอาญาให้ชัดเจน⁵⁵ ด้วยเหตุนี้ บทบัญญัติความผิดฐานฟอกเงินตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 จึงไม่ควรที่จะบัญญัติให้วัตถุแห่งการกระทำความผิดขยายขอบเขตกว้างเกินไปกว่าที่พันธกรณีระหว่างประเทศกำหนด กล่าวคือ ความผิดฐานฟอกเงินของประเทศไทย ไม่ควรขยายความรวมไปบังคับใช้ถึงเงินหรือทรัพย์สินที่ได้ใช้ หรือมีไว้เพื่อใช้ หรือสนับสนุนการกระทำความผิดเหมือนดังเช่นการบังคับใช้มาตรการทางแพ่ง

ในส่วนขององค์ประกอบภายใน ผู้กระทำความผิดจำเป็นที่จะต้องกระทำโดยเจตนา โดยรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิด และผู้กระทำความผิดต้องประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลจากการกระทำนั้น⁵⁶ ทั้งนี้ ในบทบัญญัติความผิดฐานฟอกเงินตามมาตรา 5 (1) และ (2) แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติให้ผู้กระทำความผิดจำเป็นที่จะต้องมีเจตนาพิเศษหรือมูลเหตุจูงใจในการกระทำนั้นด้วย การกระทำดังกล่าวจึงจะถือว่าเป็นความผิดฐานฟอกเงิน ซึ่งตามมาตรา 5 (1) ผู้กระทำความผิดต้องกระทำไปโดยมีเจตนาเพื่อชุกช่อน หรือปกปิดแหล่งที่มาของทรัพย์สินนั้น หรือเพื่อช่วยเหลือผู้อื่นไม่ว่าก่อน ขณะหรือหลังการกระทำความผิด มิให้ต้องรับโทษหรือรับโทษน้อยลงในความผิดมูลฐานด้วย และในส่วนของมาตรา 5 (2) ผู้กระทำความผิดต้องกระทำไปโดยมีเจตนาเพื่อปกปิดหรืออำพรางลักษณะที่แท้จริงการได้มาแหล่งที่ตั้ง การจำหน่าย การโอน การได้สิทธิใด ๆ ซึ่งทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด ซึ่งจะแตกต่างจากมาตรา 5 (3) ที่การกระทำดังกล่าวสามารถเป็นความผิดได้ แม้ผู้กระทำความผิดจะได้กระทำลงไปโดยมีเพียงเจตนาธรรมดาเท่านั้น

อย่างไรก็ดี หากพิจารณาบทบัญญัติความผิดฐานฟอกเงินของประเทศไทยในส่วนขององค์ประกอบภายในเทียบกับบทบัญญัติความผิดฐานฟอกเงินของต่างประเทศจะสังเกตได้ว่า บทบัญญัติความผิดฐานฟอกเงินในบางประเทศ เช่น เครือรัฐออสเตรเลีย หรือสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีการบัญญัติกฎหมายให้ผู้กระทำความผิดฐานฟอกเงินต้องรับผิดแม้จะได้กระทำความผิดโดยประมาทไว้ในบางกรณีด้วย ซึ่งหากพิจารณาตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบค้ายาเสพติดและวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท ค.ศ. 1988 และอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านองค์การอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000 ก็ได้กำหนดให้แต่ละประเทศบัญญัติความผิดฐานฟอกเงินไว้ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำโดยเจตนาเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ ผู้วิจัยจึงเห็นด้วยกับบทบัญญัติ

⁵⁵ คำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย เรื่อง กำหนดโทษอาญาในทางกฎหมาย ข้อ 4

⁵⁶ เกียรติจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 149.

ความผิดฐานฟอกเงินของประเทศไทยที่กำหนดให้การกระทำความผิดเป็นความผิดเฉพาะกรณีที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดโดยเจตนาเท่านั้น ซึ่งสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ

ประการสุดท้าย คือ การพิจารณาในโครงสร้างความรับผิดทางอาญาในส่วนที่สอง คือ เหตุยกเว้นความผิด และส่วนที่สาม คือ เหตุยกเว้นโทษ ซึ่งในประเทศไทยไม่มีการบัญญัติเหตุยกเว้นความผิดหรือเหตุยกเว้นโทษในบทบัญญัติความผิดฐานฟอกเงิน ตามมาตรา 5 ไว้เป็นการเฉพาะ มีแต่แนวความคิดตามร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2558 ที่จะกำหนดเหตุยกเว้นความผิดให้แก่บุคคลผู้กระทำความผิดตามมาตรา 5 (3) แต่ก็ได้ถูกยกเลิกไป⁵⁷ ซึ่งโดยส่วนตัวแล้วผู้วิจัยมองว่า การกำหนดเหตุยกเว้นความผิดหรือเหตุยกเว้นโทษให้กับความผิดฐานฟอกเงิน โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับลักษณะความผิดตามมาตรา 5 (3) ที่มีขอบเขตความรับผิดกว้างขวาง และยังไม่ชัดเจนเช่นนี้ ยังคงเป็นสิ่งที่จำเป็นแม้ในชั้นคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจะเคยปิดตกไป แต่ผู้วิจัยมองว่าหากมีการแก้ไขถ้อยคำ โดยนำเอาแนวทางจากบทบัญญัติของต่างประเทศมาใช้ เช่น กรณีเหตุยกเว้นความผิดเพราะเป็นการได้มา ใช้ หรือครอบครองทรัพย์สินนั้นโดยมีสิ่งตอบแทนไปอย่างพอสมควร ของสหราชอาณาจักร อาจช่วยแก้ไขปัญหาดังกล่าว และทำให้ขอบเขตความรับผิดทางอาญาของมาตรา 5 (3) แคบลงและมีความชัดเจนยิ่งขึ้น โดยไม่ทำให้ประสิทธิภาพในการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินลดลง รวมถึงเหตุยกเว้นความรับผิดกรณีที่ได้แจ้งให้พนักงานเจ้าหน้าที่ทราบ ซึ่งผู้วิจัยมองว่าหากนำรูปแบบของทั้งสหราชอาณาจักรและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาใช้ อาจทำให้สามารถจำกัดขอบเขตของความผิดฐานฟอกเงินลงได้ และยังเป็นการทำเพื่อลดสถานะกฎหมายอาญาเพื่อจากการบังคับใช้ความรับผิดทางอาญาได้อีกด้วย

7. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

บทบัญญัติความผิดฐานฟอกเงินของประเทศไทยตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มีขอบเขตที่ไม่ชัดเจน ลักษณะที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดกว้างเกินไปจนอาจนำไปสู่การลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนจนเกินสมควร และเกิดการลงโทษไม่เหมาะสมกับลักษณะของการกระทำความผิดได้ จึงทำให้เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายเกิดความสับสนและมีสถิติการนำไปบังคับใช้เป็นจำนวนน้อย ทำให้การตรวจจับอาชญากรรมไม่เต็มประสิทธิภาพเท่าที่ควร ผู้วิจัยจึงขอเสนอแนะแนวทางแก้ไขบทบัญญัติ ดังนี้

7.1 แก้ไขวัตถุประสงค์แห่งการกระทำความผิดฐานฟอกเงิน

การแก้ไขบทบัญญัติความผิดฐานฟอกเงินในส่วนของวัตถุประสงค์แห่งการกระทำความผิด จำเป็น

⁵⁷ สำนักกรรมการประชุมและขอเลข สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, “รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 51,” 21 สิงหาคม 2558.

ต้องแยกนิยามของวัตถุประสงค์ในการดำเนินมาตรการทางแพ่ง และวัตถุประสงค์แห่งการกระทำความผิดในความผิดฐานฟอกเงินออกจากกัน เนื่องจากตามพันธกรณีระหว่างประเทศได้มีการกำหนดนิยามของทั้งสองสิ่งไว้แตกต่างกัน ด้วยเหตุนี้ เมื่อวัตถุประสงค์แห่งการกระทำความผิดในบทบัญญัติความผิดฐานฟอกเงินของประเทศไทย มีการกำหนดให้ความหมายเหมือนวัตถุประสงค์ในการดำเนินมาตรการทางแพ่ง จึงเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง

ผู้วิจัยเห็นควรให้แก้ไขโดยคงนิยามของ “ทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด” ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ไว้คงเดิม แต่ให้บทบัญญัติดังกล่าวนำไปบังคับใช้สำหรับเป็นวัตถุประสงค์ในการดำเนินมาตรการทางแพ่งเท่านั้น เพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ⁵⁸ ส่วนในการดำเนินมาตรการทางอาญา ให้แก้ไขวัตถุประสงค์แห่งการกระทำความผิดในบทบัญญัติตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 โดยกำหนดให้ใช้เฉพาะกับ “เงินหรือทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำซึ่งเป็นความผิดมูลฐานหรือความผิดฐานฟอกเงินหรือจากการสนับสนุนหรือช่วยเหลือการกระทำซึ่งเป็นความผิดมูลฐานหรือความผิดฐานฟอกเงิน ไม่ว่าจะเป็นการได้มาทางตรงหรือทางอ้อม และไม่ว่าจะมีการจำหน่าย จ่าย โอน หรือเปลี่ยนสภาพไปกี่ครั้ง” แต่อย่างไรก็ดี เนื่องด้วยมติคณะรัฐมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติที่ 1373 ที่กำหนดให้ทุกรัฐต้องป้องกันและปราบปรามการสนับสนุนทางการเงินแก่ผู้ก่อการร้ายและกลุ่มบุคคลที่เกี่ยวข้อง โดยกำหนดให้การจัดหาหรือรวบรวมเงินทุนไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม โดยเจตนาหรือรู้ว่าเงินทุนเหล่านั้นจะถูกนำไปใช้ในการก่อการร้าย เป็นความผิดทางอาญา⁵⁹ และตรวจสอบให้แน่ใจว่าผู้ใดที่มีส่วนร่วมในการจัดหาเงินทุนวางแผน หรือเตรียมการในความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายหรือการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย จะต้องถูกนำตัวมาลงโทษ⁶⁰ ด้วยเหตุนี้ จึงควรที่จะแก้ไขเพิ่มเติมให้วัตถุประสงค์อาญาให้รวมไปถึง “เงินหรือทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำซึ่งเป็นความผิดมูลฐานหรือความผิดฐานฟอกเงินหรือจากการสนับสนุนหรือช่วยเหลือการกระทำซึ่งเป็นความผิดมูลฐานหรือความผิดฐานฟอกเงิน และให้รวมถึงเงินหรือทรัพย์สินที่ได้ใช้ หรือมีไว้เพื่อใช้ หรือสนับสนุนการกระทำความผิดมูลฐาน ตาม (8) ของบทนิยาม คำว่าความผิดมูลฐาน หรือการกระทำความผิดฐานสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้ายตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย ไม่ว่าจะเป็นการได้มาทางตรงหรือทางอ้อม และไม่ว่าจะมีการจำหน่าย จ่าย โอน หรือเปลี่ยนสภาพไปกี่ครั้ง” อันเป็นข้อความในลักษณะเดียวกับการแก้ไข พ.ร.บ. ป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน (ฉบับที่ 4) เมื่อปี พ.ศ. 2556 เพื่อให้วัตถุประสงค์แห่งการกระทำความผิดฐานฟอกเงินไม่มีขอบเขตกว้างเกินไปกว่าตามที่พันธกรณีระหว่างประเทศกำหนดและยังเป็นการกำหนดให้การฟอกตัวเงินหรือทรัพย์สินที่ได้ใช้ หรือมีไว้เพื่อใช้ หรือ

⁵⁸ ข้อที่ 4 ข้อแนะนำของคณะทำงานเฉพาะกิจเพื่อดำเนินมาตรการเกี่ยวกับการฟอกเงิน

⁵⁹ ข้อ 1 (b) UNSC 1373 (2001)

⁶⁰ ข้อ 2 (e) UNSC 1373 (2001)

สนับสนุนการกระทำความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายหรือการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย ยังคงเป็นความผิดอาญา ตามที่มติคณะรัฐมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติที่ 1373 กำหนดไว้ด้วย

7.2 แก้ไขเนื้อหาบทบัญญัติมาตรา 5 (3)

ปัญหาความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติความผิดตามมาตรา 5 (3) แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 เกิดขึ้นเนื่องจากถ้อยคำในบทบัญญัติดังกล่าวมีลักษณะที่กว้างเกินไป ประกอบกับตัวบทบัญญัติความผิดนั้นไม่ได้กำหนดให้ผู้กระทำความผิดจำเป็นต้องมีเจตนาพิเศษเหมือนมาตรา 5 (1) และ (2) จึงทำให้สามารถนำบทบัญญัติดังกล่าวไปบังคับใช้ได้อย่างกว้างขวางด้วยเหตุนี้ ผู้วิจัยจึงขอเสนอที่จะแก้ไขบทบัญญัติ มาตรา 5 (3) โดยแยกไปบัญญัติเป็นมาตรา 5/1 เนื่องจากตามพันธกรณีระหว่างประเทศแล้วบทบัญญัติดังกล่าวมีที่มาที่แตกต่างกัน⁶¹ ผู้วิจัยจึงเห็นว่าควรที่จะบัญญัติแยกมาตรากัน โดยนำหลักที่พันธกรณีระหว่างประเทศได้เปิดช่องไว้ให้แต่ละประเทศนั้นอาจไม่นำความผิดฐานฟอกเงินไปบังคับใช้กับผู้กระทำความผิดมูลฐาน⁶² และนำต้นแบบจากสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี⁶³ มาใช้แก้ไขบทบัญญัติดังกล่าว ดังต่อไปนี้

“มาตรา 5 ผู้ใด

(1) โอน รับโอน หรือเปลี่ยนสภาพทรัพย์สิน เพื่อชุกซ่อน หรือปกปิดแหล่งที่มาของทรัพย์สินตามมาตรา 5/2 หรือเพื่อช่วยเหลือผู้อื่นไม่ว่าก่อน ขณะหรือหลังการกระทำความผิด มิให้ต้องรับโทษหรือรับโทษน้อยลงในความผิดมูลฐาน

(2) กระทำด้วยประการใด ๆ เพื่อปกปิดหรืออำพรางลักษณะที่แท้จริง การได้มา แหล่งที่ตั้ง การจำหน่าย การโอน การได้สิทธิใด ๆ ซึ่งทรัพย์สินตามมาตรา 5/2

ผู้นั้นกระทำความผิดฐานฟอกเงิน

มาตรา 5/1 ผู้ใดที่ไม่ใช่ผู้กระทำความผิดมูลฐาน หากได้มา ครอบครอง หรือใช้ทรัพย์สิน โดยรู้ในขณะที่ได้มา ครอบครอง หรือใช้ทรัพย์สินนั้นว่าเป็นทรัพย์สินตามมาตรา 5/2 ผู้นั้นกระทำความผิดฐานฟอกเงิน

มาตรา 5/2 การกระทำความผิดตามมาตรา 5 และมาตรา 5/1 ให้ใช้บังคับกับเงินหรือทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำซึ่งเป็นความผิดมูลฐานหรือความผิดฐานฟอกเงินหรือจากการสนับสนุนหรือช่วยเหลือการกระทำซึ่งเป็นความผิดมูลฐานหรือความผิดฐานฟอกเงิน และให้รวมถึงเงินหรือทรัพย์สิน

⁶¹ ข้อ 3 (1C) (i) อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบค้ายาเสพติดและวัตถุออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท ค.ศ. 1988 และข้อ 6 (B) (i) อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านองค์การอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000

⁶² ข้อ 6 (E) อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านองค์การอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000

⁶³ section 261 (7) Strafgesetzbuch (StGB)

ที่ได้ใช้ หรือมีไว้เพื่อใช้ หรือสนับสนุนการกระทำความผิดมูลฐานตาม (8) ของบทนิยามคำว่าความผิดมูลฐาน หรือการกระทำความผิดฐานสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้ายตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย ไม่ว่าจะเป็นการได้มาทางตรงหรือทางอ้อม และไม่ว่าจะมีการจำหน่าย จ่าย โอน หรือเปลี่ยนสภาพไปกี่ครั้ง”

การแก้ไขบทบัญญัติเช่นนี้จะทำให้เกิดความชัดเจนมากยิ่งขึ้นว่าสถานการณ์ไหนควรนำบทบัญญัติความผิดมูลฐานมาบังคับใช้ หรือสถานการณ์ไหนควรนำบทบัญญัติความผิดฐานฟอกเงินตามมาตรา 5/1 มาใช้ เพื่อไม่ให้ผู้บังคับใช้กฎหมายเกิดความสับสน อีกทั้งยังเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดการลงโทษซ้ำหรือลงโทษที่ไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดต่อผู้กระทำความผิดได้อีกด้วย

7.3 เพิ่มเหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษในความผิดฐานฟอกเงิน

ความผิดฐานฟอกเงินเป็นบทบัญญัติความผิดที่มีขอบเขตกว้างขวาง จนในบางครั้งอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการบังคับใช้ได้ การบัญญัติเหตุยกเว้นความผิดหรือเหตุยกเว้นโทษเป็นมาตรการหนึ่งที่จะช่วยให้ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับผิดในทางอาญา โดยบทบัญญัติความผิดอาญาฐานฟอกเงินตามมาตรา 5 แห่ง พ.ร.บ. ป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ยังไม่ได้มีการกำหนดเหตุยกเว้นความผิดหรือเหตุยกเว้นโทษไว้เป็นการเฉพาะ คงมีก็แต่เพียงแนวคิดที่จะกำหนดเหตุยกเว้นความผิดในกรณีที่ได้มา ใช้ หรือครอบครองทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดตามมาตรา 5 (3) เกิดจากการทำธุรกรรมโดยสุจริต หรือได้มีการแจ้งต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เท่านั้น แต่ก็ได้ถูกตีตกไปในชั้นนิติบัญญัติ⁶⁴ ซึ่งผู้วิจัยเองไม่เห็นด้วย และมองว่าควรที่จะกำหนดให้เหตุดังกล่าวเกี่ยวกับการได้มาใช้ หรือครอบครองทรัพย์สินนั้นโดยมีสิ่งตอบแทนไปอย่างพอสมควร เป็นเหตุยกเว้นความผิด เนื่องจากเหตุแห่งการกระทำนั้น เป็นสิ่งที่สังคมยอมรับว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องที่สมควรที่จะยกเว้นความผิดให้กับผู้กระทำ⁶⁵ เพื่อเป็นช่องว่างในการยกเว้นความรับผิดให้กับพ่อค้าแม่ค้าหรือบุคคลทั่วไปที่ทำการค้าหรือทำธุรกรรมโดยสุจริตทั่วไปกับผู้กระทำความผิด โดยนำต้นแบบจากเหตุยกเว้นความรับผิดของมาตรา 329 แห่ง Proceeds of Crime Act 2002 ของสหราชอาณาจักร ที่กำหนดให้บุคคลที่ได้มา ครอบครอง หรือใช้ทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด โดยมีสิ่งตอบแทนไปอย่างพอสมควร ไม่ถือว่าเป็นผู้กระทำความผิดฐานฟอกเงิน มาเป็นต้นแบบในการบัญญัติ เพื่อให้บทบัญญัติมาตรา 5 (3) หรือมาตรา 5/1 ตามที่ผู้วิจัยเสนอ ที่มีลักษณะเดียวกันนั้น มีขอบเขตที่แคบลง ป้องกันไม่ให้เกิดผลที่ย้อนแย้งในการบังคับใช้ด้วยเหตุนี้ ผู้วิจัยจึงขอเสนอให้นำหลักการดังกล่าวมาบัญญัติเป็นเหตุยกเว้นความผิดให้กับมาตรา 5/1

⁶⁴ สำนักการงานการประชุมและขอเลข สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, “รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 51,” 21 สิงหาคม 2558.

⁶⁵ ธรณกรณ์ บุญมี, “ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับเหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษ”, วารสารนิติศาสตร์, หน้า 329-330.

โดยบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 5/1 เป็นดังนี้

“มาตรา 5/1 ผู้ใดที่ไม่ใช่ผู้กระทำความผิดมูลฐาน หากได้มา ครอบครอง หรือใช้ทรัพย์สิน โดยรู้ในขณะที่ได้มา ครอบครอง หรือใช้ทรัพย์สินนั้นว่าเป็นทรัพย์สินตามมาตรา 5/2 ผู้นั้นกระทำความผิดฐานฟอกเงิน เว้นแต่การได้มา ครอบครอง หรือใช้ทรัพย์สินนั้นจะได้กระทำไปโดยสุจริต ผู้กระทำไม่ได้รู้ หรือสงสัยได้ว่าการกระทำนั้นอาจมีส่วนช่วยในการกระทำความผิด และมีค่าตอบแทนตามสมควร

ถ้าสิ่งที่ตอบแทนไปนั้นมีมูลค่าน้อยกว่าทรัพย์สินที่ได้รับมา ใช้ หรือครอบครองอย่างมีนัยสำคัญ ไม่ถือว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำไปโดยมีค่าตอบแทนตามสมควร”

นอกจากเหตุยกเว้นความผิดให้กับบทบัญญัติตามมาตรา 5/1 แล้ว ผู้วิจัยยังขอเสนอให้นำหลักการที่มีอยู่ทั้งในบทบัญญัติความผิดฐานฟอกเงินของสหราชอาณาจักร และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกี่ยวกับการสมัครใจรายงานการกระทำความผิด มาบัญญัติเป็นเหตุยกเว้นโทษให้การกระทำความผิดตามมาตรา 5 และมาตรา 5/1 ด้วย เพื่อหลีกเลี่ยงการนำมาตรการทางอาญาซึ่งมีโทษที่รุนแรง กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนมาใช้ อีกทั้ง ยังเป็นการนำทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดกลับเข้าสู่ระบบเศรษฐกิจ โดยยึดทรัพย์สินดังกล่าวให้ตกเป็นของแผ่นดิน ทั้งนี้ แม้ตามประมวลกฎหมายอาญาจะมีบทบัญญัติยกเว้นโทษเกี่ยวกับการยับยั้งกลับใจอันเป็นบททั่วไปแล้ว⁶⁶ แต่บทบัญญัติอันเป็นเหตุยกเว้นโทษดังกล่าวไม่สามารถนำมาใช้ในความผิดฐานฟอกเงินในกรณีเช่นนี้ได้ เนื่องจากเหตุยกเว้นโทษดังกล่าวเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดยับยั้งการกระทำของตนให้กระทำไปไม่ตลอด หรือเป็นกรณีการกลับใจแก้ไขในการกระทำของตนเพื่อให้การกระทำไม่บรรลุผลเท่านั้น แต่การกระทำความผิดฐานฟอกเงิน อาจถือว่าเป็นการกระทำความผิดที่สำเร็จไปแล้วนับแต่เวลาที่ได้รับทรัพย์สินดังกล่าวมา ประกอบกับการที่จะยกเว้นโทษให้การกระทำความผิดฐานฟอกเงินดังกล่าว การกลับใจแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับทรัพย์สินควรที่จะนำไปสู่การยึดหรืออายัดทรัพย์สินดังกล่าวด้วย ด้วยเหตุนี้ หากจะบัญญัติเหตุยกเว้นโทษในกรณีดังกล่าว จึงต้องบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ โดยบัญญัติเป็นมาตรา 5/3 ใน พ.ร.บ. ป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ว่า

“มาตรา 5/3 ถ้าผู้กระทำความผิดฐานฟอกเงินแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับทรัพย์สินจากการกระทำความผิดต่อพนักงานเจ้าหน้าที่จนนำไปสู่การยึดหรืออายัดทรัพย์สินดังกล่าว ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ”

เหตุที่กำหนดให้การกระทำความผิดดังกล่าวเป็นเหตุยกเว้นโทษเนื่องจากการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่กระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่ผู้นั้นไม่มีอำนาจกระทำ แต่เนื่องด้วยการกระทำที่เกิดขึ้นในภายหลัง ซึ่งก็คือการกลับใจแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับทรัพย์สินจากการกระทำความผิด อันเปรียบเสมือนการถอนตัวจาก

⁶⁶ มาตรา 82 ประมวลกฎหมายอาญา

การกระทำความผิด ทำให้ผู้นั้นไม่สมควรที่จะถูกลงโทษอีกต่อไป⁶⁷ อีกทั้ง การบัญญัติเหตุยกเว้นโทษเช่นนี้ จะช่วยให้ความผิดฐานฟอกเงินที่มีขอบเขตลักษณะการกระทำความผิดที่กว้างขวาง อันเป็นต้นเหตุที่ก่อให้เกิดปัญหาสภาวะกฎหมายอาญาเพื่อ มีทางเลือกในการบังคับใช้มาตรการอื่นแทนได้ เพื่อลดปัญหาที่มีความผิดอาญาบังคับใช้ในสังคมมากจนเกินไป และยังเป็นการตัดวงจรอาชญากรรมได้อย่างมีประสิทธิภาพ

การแก้ไขและเพิ่มเติมบทบัญญัติเช่นนี้จะช่วยให้ขอบเขตความผิดฐานฟอกเงินตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น เป็นไปตามลักษณะของกฎหมายอาญาที่ดี และช่วยให้เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายสามารถนำบทบัญญัติดังกล่าวไปบังคับใช้ได้มีประสิทธิภาพและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มุ่งประสงค์คุ้มครองความสงบเรียบร้อยในสังคมป้องกันไม่ให้เกิดการขยายวงจรอาชญากรรม โดยไม่กระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนทั่วไปมากจนเกินไป

⁶⁷ รณกรณ์ บุญมี, “ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับเหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษ”, วารสารนิติศาสตร์, หน้า 323-326.

คำแนะนำสำหรับผู้เขียน

การเตรียมต้นฉบับ

ในการเตรียมผลงานเพื่อขอรับการพิจารณาเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย ผู้เขียนจะต้องระบุรายละเอียดและดำเนินการตามรูปแบบ ดังต่อไปนี้

1. ข้อมูลที่ต้องระบุ

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

2. รูปแบบผลงาน

- 1) พิมพ์ด้วยโปรแกรม Microsoft Word โดยบันทึกเป็นสกุล .doc หรือ .docx
- 2) ตั้งค่าขนาดหน้ากระดาษที่ A4 (21 x 29.4 เซนติเมตร) หน้าเดียว
- 3) กั้นหน้ากระดาษบน-ล่าง อย่างละ 1 นิ้ว (2.54 เซนติเมตร) และซ้าย-ขวา อย่างละ 1 นิ้ว (2.54 เซนติเมตร)
- 4) พิมพ์เนื้อหาผลงานโดยใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK หรือ TH Sarabun New ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์
- 5) ใช้ระยะห่างระหว่างบรรทัด 1 เท่า (single space)

3. การอ้างอิง

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

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

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

- 3) ผู้เขียนสามารถศึกษาเพิ่มเติมได้ที่
 1. (ภาษาไทย)

<https://www.grad.chula.ac.th/download/thesis.pdf?fbclid=IwAR1eEgrFdVr9Icl4S E3P7Nh5wwHvHijgMKHzqupcULRQC33dewPdVjDpCuU>
 2. (ภาษาอังกฤษ)

https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html
4. ผู้เขียนควรตรวจสอบความถูกต้องของการสะกดคำ ไวยากรณ์ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ และความสม่ำเสมอของการใช้คำที่ทับศัพท์มาจากภาษาอังกฤษทั้งผลงาน
5. เนื้อหาของผลงานรวมเชิงอรรถไม่ควรเกิน 30 หน้า ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของกองบรรณาธิการ

การส่งต้นฉบับผลงาน

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

<https://www.tci-thaijo.org/index.php/lawchulajournal/about/submissions>
2. กระบวนการส่งผลงานผ่านช่องทางออนไลน์มีดังนี้
 - 1) โปรดเข้าไปยังเว็บไซต์ของวารสาร ที่ <https://www.tci-thaijo.org/index.php/lawchulajournal/index> (สามารถอ่านได้ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ โดยกดปุ่มเปลี่ยนภาษาที่มุมบนขวาของ เว็บไซต์)
 - 2) กรณีที่เป็นสมาชิก ThaiJO อยู่แล้ว สามารถเข้าสู่ระบบ (log in) ได้เลย แต่ถ้ายังไม่ได้เป็นสมาชิก จะต้องสมัครสมาชิกเสียก่อน จึงจะส่งบทความได้
 - 3) ศึกษา “คำแนะนำสำหรับผู้เขียน” อย่างละเอียด เพื่อปรับแต่งและจัดรูปแบบผลงานให้ตรงตามที่ วารสารกำหนด
 - 4) ส่งบทความมายังวารสาร
 - 5) คำอธิบายเพิ่มเติมสามารถศึกษาได้ที่

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

กระบวนการพิจารณาผลงาน

การพิจารณาผลงานเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย จะดำเนินการตามขั้นตอนดังต่อไปนี้

1. เมื่อผู้เขียนส่งผลงานมายังกองบรรณาธิการเพื่อขอรับการพิจารณาผลงานตามช่องทางที่กำหนดแล้ว ผู้เขียนจะได้รับแจ้งว่าผลงานเข้าสู่ระบบแล้ว

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

7. กองบรรณาธิการจะตีพิมพ์ผลงานของผู้เขียนที่ได้รับผลการประเมินให้ตีพิมพ์ และได้จัดรูปแบบผลงานให้เป็นไปตามที่วารสารฯ กำหนดเรียบร้อยแล้วเท่านั้น โดยกองบรรณาธิการสงวนสิทธิ์ในการพิจารณาจัดลำดับผลงานเพื่อตีพิมพ์ในวารสารฯ ในโอกาสอันควรต่อไป

ข้อกำหนดอื่น

ในการส่งผลงานเพื่อขอรับการพิจารณาเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย ผู้เขียนตกลง รับรอง ยอมรับ และรับประกันว่า

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

Author's Guidelines

Preparing Manuscript

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

1. Required information:

- 1) Title of the manuscript, both in Thai and in English, which is concise, comprehensive and clearly represents the content of the manuscript.
- 2) Author's name, both in Thai and in English.
- 3) Author's academic title (if applicable), both in Thai and in English.
- 4) Author's email, which can be either a personal account or an account belonging to author's affiliation or employer.
- 5) Name and address of author's affiliation or employer, both in Thai and in English.
- 6) Abstracts, both in Thai and in English, which do not exceed 300 words each.
- 7) Minimum of 3 keywords, both in Thai and in English.

2. Required Format:

- 1) Use Microsoft Word Processing Program and save in .doc or .docx format.
- 2) Type written on A4 size (21 x 29.4 centimeters) on one side.
- 3) Use top and bottom margin at 1 inch (2.54 centimeters) and left and right margin at 1 inch (2.54 centimeters).
- 4) Use TH SarabunPSK or TH Sarabun New fonts with font size at 16 points for content.
- 5) Use single spacing.

3. Citation Style:

- 1) Use footnote format for citation, using TH SarabunPSK or TH Sarabun New fonts with font size at 12.5 points.
- 2) Use Chicago Style Citation, which corresponds with the prescribed citation format style used for writing dissertations or thesis at Faculty of Law, Chulalongkorn University, for instance:

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

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

3) For more information, please visit:

1. (Thai)

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

2. (English)

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

4. Authors should ensure that all errors relating to spelling, Thai and English grammar, and inconsistency of using transliteration of English words be corrected throughout the manuscript.
5. Content and footnote of each manuscript should not exceed 30 pages, or under the sole discretion of the editorial board.

Submitting Manuscript

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

Review Process

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

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

2. The Editorial Board will process the manuscripts for initial screening and inform the authors of the decision without delay.
 - 1) The manuscripts that pass the initial screening will proceed to the following stage.
 - 2) The manuscripts that are rejected in the initial screening will not be considered for publication.
3. If the manuscript passes the initial screening, it will undergo reviewing process.
 - 1) Each academic and research articles shall be peer reviewed using the double-blinded process by at least two qualified individuals, whom the Editorial Board carefully select owing to their expertise corresponded with the substance presented in the articles.
 - 2) Other manuscripts shall be reviewed by the Editorial Board.
4. Having reviewed the manuscripts, the reviewers or the Editorial Board will provide expert opinions on the quality of the manuscripts, such as academic errors, use of language, content comprehensiveness, academic quality, clarity, importance to the relevant academic field, and classify the decision into one of the followings:
 - 1) Accepted for publication without any revision.
 - 2) Revision is mandatory, and the revised manuscripts shall be sent to the Editor-in-Chief to consider or returned to the reviewers for further review.
 - 3) Not accepted for publication.
5. The Editorial Board will, without delay, inform the authors of one of the following decisions.
 - 1) If the manuscripts are “accepted for publication without any revision”, they will be eligible to proceed to the following stage.
 - 2) If the manuscripts are noted as “revision is mandatory, and the revised manuscripts shall be sent to the Editor-in-Chief to consider or returned to the reviewers for further review”, they will only be eligible to proceed to the following stage after the authors have revised them, and the Editor-in-Chief or the reviewers (as the case may be) have so agreed.
 - 3) If the manuscripts are “not accepted for publication”, they will not be considered for publication.
6. After receiving the follow-up evaluation from the reviewers, the Editorial Board will perform a final check of the manuscripts before proceeding to printing. The Editorial Board reserves the right to check, revise, request for additional information, and

perform formatting in accordance with the prescribed style. The Editorial Board may request the author to perform additional revision if necessary.

7. The Editorial Board will publish the manuscripts that have been evaluated as “accepted for publication without any revision” or that, in the case of having been evaluated as “revision is mandatory, and the revised manuscripts shall be sent to the Editor-in-Chief to consider or returned to the reviewers for further review”, have been revised satisfactorily, and have been formatted in accordance with the prescribed style. The Editorial Board reserves the right to determine the order of publication in the appropriate occasion.

Other Requirements

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

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

จริยธรรมการตีพิมพ์

หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้เขียน

ผู้เขียนจะต้อง

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

หน้าที่และความรับผิดชอบของบรรณาธิการ

บรรณาธิการจะต้อง

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

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

หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ประเมิน

ผู้ประเมินจะต้อง

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

Publication Ethics

Responsibilities of Authors

Authors must:

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

Responsibilities of the Editor-in-Chief

The Editor-in-Chief must:

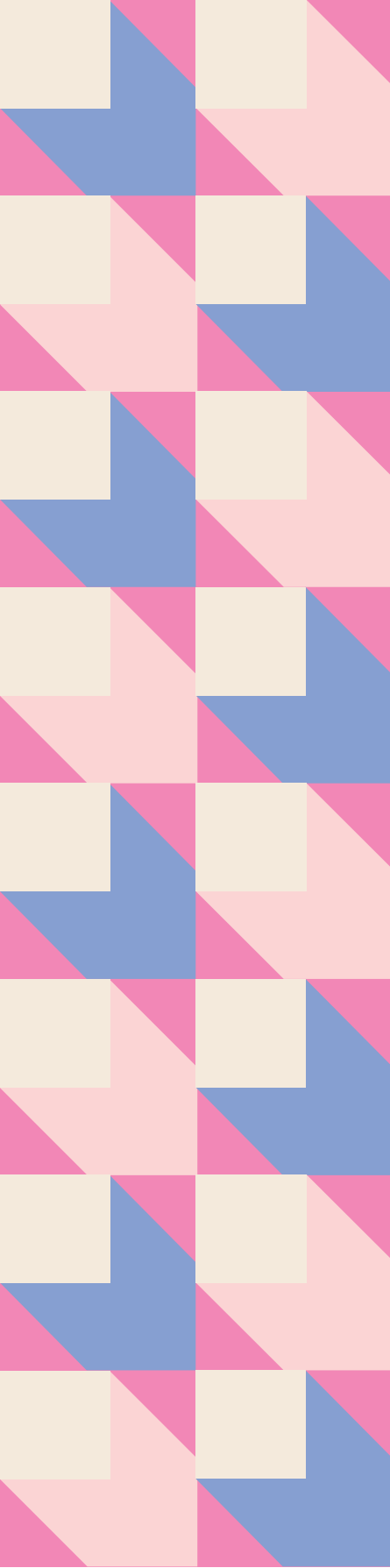
1. Ensure that the published manuscripts are in line with the aim and scope of Chulalongkorn Law Journal.
2. Ensure the quality of the published manuscripts with willingness to publish corrections and clarifications when required.
3. Ensure that no published manuscripts infringe copyrights and measures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

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

Responsibilities of Reviewers

Reviewers must:

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



CHULALONGKORN LAW JOURNAL

Academic articles

Thai traditional law in Civil and Commercial code, Book VI
Chaipat Thumchutinun

The Beer Purity Law and Its Problems under European Union and German Constitutional Law
Poonthep Sirinupong

Research articles

The Thai Law Concerning Unruly Passengers on Board:
A study on Jurisdiction and Administrative Sanctions
Lalin Kovudhikulrungsri

Decriminalization of Beer Brewer: A Case Study of Brewing
for Consumption Without Homebrewing License
Jirayu Seriapinant

The guidelines for personal data protection in criminal
investigation
Ratima Suraratchai

Scope of Criminal Liability under section 5 of
The Anti-Money Laundering Act B.E. 2542
Treephop Sowannarat