ปีที่ 41 ฉบับที่ 2 : กรกฎาคม 2566

วารสารกฎหมาย
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN LAW JOURNAL

บทความวิชาการ

การกำกับดูแลการประกอบกิจการดักจับ ใช้ประโยชน์ และกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์:วิเคราะห์ขอบเขตและบทบาทของพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514

ปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ

ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การใช้กฎหมายที่ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ทศพร แสนสวัสดิ์

การศึกษาเปรียบเทียบภาพรวมของการเป็นทนายความในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและไทย

ณัฐวุฒิ คล้ายขำ
เจสสิกา ลากลาส

บทความวิจัย

ความสามารถในการให้ความยินยอมของผู้เยาว์ในฐานะเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล

ดลญา แสงดาว

ทิศทางการเปลี่ยนแปลงสู่ระเบียบภาษีโลกใหม่ในยุคเศรษฐกิจดิจิทัล

ธิดาพร ศิริถาพร

ปัญหาการปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เพื่อวินิจฉัยความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

อรรัมภา ไวยมุกข์
ทรงสรร ศรีจำรัส

ISSN : 2773-8604
ISSN (Online) : 2773-8736

CHULALONGKORN LAW JOURNAL

วารสารกฎหมาย

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีที่ 41 ฉบับที่ 2 (กรกฎาคม 2566)

คณะที่ปรึกษา

ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ
ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.วิษณุ เครืองาม
ศาสตราจารย์กิตติคุณวิทิต มันตาภรณ์
ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.สุรเกียรติ์ เสถียรไทย
ศาสตราจารย์พิเศษประสิทธิ์ โฆวิไลกูล
ศาสตราจารย์ ดร.จตุรนต์ ถิระวัฒน์
ศาสตราจารย์ ดร.ไผทชิต เอกจริยกร
ศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์ ใจหาญ
รองศาสตราจารย์ธิติพันธุ์ เชื้อบุญชัย
รองศาสตราจารย์พิเศษ เสตเสถียร
คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปารีณา ศรีวนิชย์)

บรรณาธิการ

อาจารย์ ดร.ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม — อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รองบรรณาธิการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สิริกัญญา โฆวิไลกูล — อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภาวัฒน์ สัตยานุรักษ์ — อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วรพล มาลสุขุม — อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

กองบรรณาธิการ

ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ — คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุรัชดา รีคี — คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
รองศาสตราจารย์ ดร.บุญญรัตน์ โชคบันดาลชัย — คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร
ดร.วรวงศ์ อัจฉราวงศ์ชัย — ศาลยุติธรรม
นางสันทนี ดิษยบุตร — สำนักงานอัยการสูงสุด
ดร.สุพรรณวษา โชติกญาณ ถัง — กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ
ดร.อภิชน จันทรเสน — ธนาคารแห่งประเทศไทย

กองจัดการ

สุพิชา จิณณวาโส — วรลักษณ์ ทองใบ
นภัสสร อยู่สำราญ

Chulalongkorn Law Journal
Volume 41 Issue 2 (July 2023)

Advisory Board

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

Editor-in-Chief

Dr.Pramote SERMSILATHAM	Lecturer, Faculty of Law Chulalongkorn University

Deputy Editor

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

Editorial Board

Professor Dr.Pairojana KAMPUSIRI	Faculty of Law Thammasat University
Assistant Professor Dr.Surutchada REEKIE	Faculty of Law Chulalongkorn University
Associate Professor Dr.Boonyarat CHOKBANDANCHAI	Faculty of Law Naresuan University
Dr.Worrawong ATCHARAWONGCHAI	Court of Justice
Mrs.Santanee DITSAYABUT	Office of the Attorney General
Dr.Suphanvasa Chotikajan TANG	Department of Treaties and Legal Affairs Ministry of Foreign Affairs
Dr.Apichon CHANTARASEN	Bank of Thailand

Management Team

Supicha CHINNAVASO	Vorraluk THONGBAI
Naphatsorn YUSAMRAN	

วัตถุประสงค์

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

กำหนดการพิมพ์

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มีกำหนดการตีพิมพ์ปีละ 3 ฉบับ ราย 4 เดือน ดังนี้

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

ประเภทของผลงานทางวิชาการที่รับตีพิมพ์

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย จะพิจารณารับตีพิมพ์ผลงานที่มีลักษณะดังต่อไปนี้

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

บทความหรือความคิดเห็นใด ๆ ที่ปรากฏใน “วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย” เป็นวรรณกรรมและความรับผิดชอบของผู้เขียนโดยเฉพาะ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย บรรณาธิการ และกองบรรณาธิการไม่จำต้องเห็นพ้องด้วยหรือร่วมรับผิดชอบใด 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 2 (กรกฎาคม 2566) ซึ่งเนื้อหาของวารสารกฎหมายฉบับนี้ยังคงมีเนื้อหาสาระที่เกี่ยวกับกฎหมายในสาขาต่าง ๆ ทั้งในรูปแบบบทความวิชาการและบทความวิจัยจากผู้เขียนที่ทางกองบรรณาธิการได้ทำการเลือกสรรเพื่อนำมาเสนอให้แก่ผู้อ่านทุกท่าน ดังนี้

บทความแรกเป็นบทความวิชาการเรื่อง **"การกำกับดูแลการประกอบกิจการดักจับ ใช้ประโยชน์และกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์: วิเคราะห์ขอบเขตและบทบาทของพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514"** เขียนโดย ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความที่สองเป็นบทความวิชาการเรื่อง **"ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การใช้กฎหมายที่ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์"** เขียนโดย อาจารย์ ดร. ทศพร แสนสวัสดิ์ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

บทความที่สามเป็นบทความวิชาการเรื่อง **"A Comparative Study of the Route for Lawyers to Access the French and Thai Legal Systems"** เขียนโดย อาจารย์ ณัฐวุฒิ คล้ายขำ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอุบลราชธานี และ คุณ Jessica Laglasse

บทความที่สี่เป็นบทความวิจัยเรื่อง **"ความสามารถในการให้ความยินยอมของผู้เยาว์ในฐานะเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล"** เขียนโดย คุณดลญา แสงดาว นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความที่ห้าเป็นบทความวิจัยเรื่อง **"ทิศทางการเปลี่ยนแปลงสู่ระเบียบภาษีโลกใหม่ในยุคเศรษฐกิจดิจิทัล"** เขียนโดย อาจารย์ ธิดาพร ศิริถาพร อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความที่หกเป็นบทความวิจัยเรื่อง **"ปัญหาการปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เพื่อวินิจฉัยความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน"** เขียนโดย ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. อรรัมภา ไวยมุกข์ อาจารย์ประจำคณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา และ คุณทรงสรร ศรีจำรัส นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา

กองบรรณาธิการวารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย หวังว่าผู้อ่านทุกท่านจะได้รับประโยชน์จากผลงานที่ได้ตีพิมพ์เผยแพร่ในวารสารฉบับนี้ หากผู้อ่านมีข้อเสนอแนะติชมประการใด กองบรรณาธิการยินดีอย่างยิ่งที่จะรับฟังและนำไปพัฒนาปรับปรุงวารสารฉบับต่อ ๆ ไป พบกันใหม่ฉบับหน้า

บรรณาธิการ

อ.ดร.ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีที่ 41 ฉบับที่ 2 (กรกฎาคม 2566)

สารบัญ

• บทความวิชาการ

1-27 **การกำกับดูแลการประกอบกิจการดักจับ ใช้ประโยชน์ และกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์: วิเคราะห์ขอบเขตและบทบาทของพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514**
ปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ

29-55 **ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การใช้กฎหมายที่ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์**
ทศพร แสนสวัสดิ์

57-85 **การศึกษาเปรียบเทียบภาพรวมของการเป็นทนายความในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและไทย**
ณัฐวุฒิ คล้ายขำ
เจสสิกา ลากลาส

• บทความวิจัย

87-113 **ความสามารถในการให้ความยินยอมของผู้เยาว์ในฐานะเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล**
ดลญา แสงดาว

115-142 **ทิศทางการเปลี่ยนแปลงสู่ระเบียบภาษีโลกใหม่ในยุคเศรษฐกิจดิจิทัล**
ธิดาพร ศิริถาพร

143-174 **ปัญหาการปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เพื่อวินิจฉัยความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน**
อรรัมภา ไวยมุกข์
ทรงสรร ศรีจำรัส

* บทความและความคิดเห็นใดๆ ใน “วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย” ฉบับนี้ เป็นวรรณกรรมของผู้เขียนโดยเฉพาะ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยและกองบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

Chulalongkorn Law Journal

Vol.41 No.2 (July 2023)

สารบัญ

• *Academic articles*

1-27 **Regulation on Carbon Capture Utilisation and Storage Activities: Analysis on Scope and Roles of the Petroleum Act B.E. 2514 (1971)**
Piti Eiamchamroonlarp

29-55 **A Brief Commentary on the Methods of Application of Law stipulated in Section 4 of the Civil and Commercial Code**
Thossaporn Saensawatt

57-85 **A Comparative Study of the Route for Lawyers to Access the French and Thai Legal Systems**
Nuttawut Klaikham
Jessica Laglasse

• *Research articles*

87-113 **Legal Capacity to Consent of Minor as a Data Subject**
Donlaya Sangdao

115-142 **The Trajectory of a New World Tax Order in the Digital Economy Era**
Thidaporn Sirithaporn

143-174 **Problems Concerning the Application of Conflict of Laws Act, B.E. 2481 (1938) for the Determination of Legal Parenthood of Children Born out of Surrogacy**
Awnrumpa Waiyamuk
Songsan Seejamraj

* 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.

การกำกับดูแลการประกอบกิจการดักจับ ใช้ประโยชน์ และกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์: วิเคราะห์ขอบเขตและบทบาทของพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514

Regulation on Carbon Capture Utilisation and Storage Activities: Analysis on Scope and Roles of the Petroleum Act B.E. 2514 (1971)

ปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ
Piti Eiamchamroonlarp

อาจารย์ประจำ
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330
Full-time Lecturer
Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phyathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330
Corresponding author Email: piti.e@chula.ac.th
(Received: December 16, 2022; Revised: May 3, 2023; Accepted: May 8, 2023)

บทคัดย่อ

ประเทศไทยมีพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศที่ไม่อาจปล่อยให้มีการดำเนินการเพื่อสำรวจหาแหล่งสะสมและการอัดคาร์บอนลงในแหล่งสะสมในทะเลอาณาเขต เขตเศรษฐกิจจำเพาะหรือเขตไหล่ทวีปของรัฐโดยปราศจากการอนุญาตและกำกับการประกอบการได้ แม้ว่าพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 จะไม่ได้ถูกตราขึ้นเพื่อนั้นไม่สามารถถูกใช้เป็นฐานทางกฎหมายในการให้สิทธิและกำกับดูแลการดำเนินกิจกรรมกักเก็บคาร์บอนโดยตรง อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 สามารถถูกตีความให้รับรองถึงสิทธิของผู้รับสัมปทานปิโตรเลียมในการ “ใช้ประโยชน์จากคาร์บอนไดออกไซด์” ที่เกิดจากกระบวนการผลิตเพื่อประโยชน์ในการเพิ่มประสิทธิภาพการผลิตได้ อย่างไรก็ตาม การสำรวจและขุดเจาะหลุมเพื่อกักเก็บคาร์บอนและการอัดคาร์บอนไดออกไซด์ที่ดักจับได้ลงในหลุมกักเก็บนั้นมิได้เป็นการดำเนินการเพื่อให้ทราบถึงความมีอยู่ของปิโตรเลียมและมิใช่การนำปิโตรเลียมขึ้นจากแหล่งสะสมแต่เป็นการนำคาร์บอนกลับไปยังแหล่งสะสม (reservoir) การสำรวจพื้นที่และการดำเนินการเพื่อกักเก็บคาร์บอนซึ่งถูกดักจับมาจากพื้นที่นอกแปลงสำรวจและผลิตปิโตรเลียม

จึงมิใช่สิ่งที่ต้องขอรับสิทธิตามมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 และไม่ตกอยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ส่งผลให้หน่วยงานรัฐตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ไม่อาจอาศัยพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ในการให้สิทธิและกำกับดูแลการประกอบกิจการดักจับและกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์ได้ ดังนั้น จึงควรมีการตรากฎหมายเฉพาะเพื่อการอนุญาตและกำกับดูแลการประกอบกิจการดักจับและกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์เป็นการเฉพาะตลอดจนจัดตั้งหน่วยงานเฉพาะที่มีหน้าที่และอำนาจในการกำกับดูแลกิจกรรมดังกล่าวเป็นการเฉพาะ อย่างไรก็ตาม ระหว่างที่ยังไม่มีการตรากฎหมายและจัดตั้งหน่วยงานเฉพาะดังกล่าว คณะรัฐมนตรีอาจมอบหมายให้กรมเชื้อเพลิงธรรมชาติให้มีหน้าที่และอำนาจการดำเนินการหรือร่วมดำเนินการกับบุคคลผู้ชำนาญการเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลทางธรณีวิทยาในบริเวณอ่าวไทยเพื่อประโยชน์ในการสร้างฐานข้อมูลที่จำเป็นต่อการพัฒนาประกอบกิจการดักจับและกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์ต่อไป

คำสำคัญ : การดักจับและกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์, ทุ่มทิ้ง, ทิ้งเท, สิ่งปลูกสร้างในทะเล

Abstract

Thailand is bound by international obligations to prevent operational activities relating to exploration for suitable reservoirs and injection of captured carbon steams into reservoirs located in its territorial waters, exclusive economic zones, and continental shelfs without permission and regulation. Although the Petroleum Act B.E. 2514 (1971) was not enacted to directly regulate carbon storage activities, it recognizes a right of a petroleum operator under the law to utilize the carbon captured from the petroleum production to enhance the production process. However, carbon storage exploration and storage of carbon captured from the place or site outside of petroleum exploration or production blocks are neither activities conducted to identify existence of petroleum resources *in situ* nor extraction of the discovered petroleum reservoir, but, conversely, to examine and inject the captured carbon steamed into the reservoir. Hence, carbon capture activities are not subject to Section 23 of the Petroleum Act B.E. 2514 (1971) and its regulatory regime. To overcome this regulatory gap, it is recommended that a special law with capability to serve as a legal basis for authorization of carbon capture and storage activities as well as to establish a regulatory vested with regulatory powers to regulate relating operational activities. Prior to promulgation of the special law,

the Cabinet may empower the Department of Mineral Fuels to carry out operational activities or collaborate with other competent entities for acquisition of geological data and information for database development necessary to develop a database for carbon capture and storage activities in the future.

Keywords: Carbon Capture Storage, Dumping, Disposal, Offshore structures

1. บทนำ

ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีกรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ หรือ United Nations Framework Convention on Climate Change (หรือที่เรียกกันโดยทั่วไปว่า “UNFCCC”) เมื่อปี พ.ศ. 2537[1] เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม 2558 ประเทศไทยได้จัดส่งข้อเสนอการมีส่วนร่วมของประเทศในการลดก๊าซเรือนกระจกและการดำเนินงานด้านการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศภายหลังปี พ.ศ. 2563 (Intended Nationally Determined Contribution: INDC) ไปยังสำนักเลขาธิการอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ และได้ระบุถึงเป้าหมายการลดก๊าซเรือนกระจกของประเทศไทย ภายหลังปี พ.ศ. 2563 ให้ลดลงร้อยละ 20 - 25 จากกรณีปกติ[2]

คณะรัฐมนตรีได้มอบหมายให้สำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม (สผ.) จัดทำแผนที่นำทางการลดก๊าซเรือนกระจกของประเทศ ปี พ.ศ. 2564 – 2573 (Thailand’s Nationally Determined Contribution Roadmap on Mitigation 2021 – 2030: NDC Roadmap) เพื่อเป็นกรอบในการดำเนินการลดก๊าซเรือนกระจกให้บรรลุเป้าหมายที่กำหนด และคณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบต่อ NDC Roadmap ดังกล่าว เมื่อวันที่ 23 พฤษภาคม 2560 ตาม NDC Roadmap ดังกล่าวระบุว่าสาขาหลักที่มีการปล่อยก๊าซเรือนกระจกสูง ได้แก่สาขาพลังงาน (รวมการผลิตและใช้พลังงานในภาคส่วนต่างๆ) คิดเป็นร้อยละ 71.21 ในปี พ.ศ. 2543 และร้อยละ 74.35 ในปี พ.ศ. 2556[3] และพบว่าการปล่อยก๊าซเรือนกระจกส่วนใหญ่มาจากการเผาไหม้เชื้อเพลิงจากกิจกรรมการผลิตไฟฟ้าและความร้อน คิดเป็นร้อยละ 41.59 ของสัดส่วนการปล่อบก๊าซเรือนกระจกในสาขาพลังงานในปี พ.ศ. 2556

การหยุดผลิตและใช้พลังงาน เช่น ลดกำลังการผลิตไฟฟ้าจากถ่านหินอย่างกระทันหันนั้นเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นได้ยากและส่งผลกระทบต่อการพัฒนาประเทศตลอดจนการดำรงชีวิตของคนในสังคม

---

[1] Depositary, “United Nations Framework Convention on Climate Change,” [Online] Available from : https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXVII-7&chapter=27&Temp=mtdsg3&clang=_en [4 April 2023]

[2] สำนักงานนโยบายและแผน แผนที่นำทางการลดก๊าซเรือนกระจกของประเทศ ปี พ.ศ. 2564-2573, หน้า 3.

[3] เรื่องเดียวกัน, หน้า 9.

เนื่องจากตามค่าพยากรณ์ความต้องการไฟฟ้าตามที่ปรากฏในแผนพัฒนากำลังผลิตไฟฟ้าของประเทศไทย (พ.ศ. 2561 - 2580) ฉบับปรับปรุงครั้งที่ 1 (ได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ. 2563) ระบุว่าความต้องการใช้ไฟฟ้าสูงสุดในปี พ.ศ. 2561 จะเพิ่มจาก 29,969 เมกะวัตต์ เป็น 53,997 เมกะวัตต์ในปี พ.ศ. 2580[4]

ในช่วงเปลี่ยนผ่านทางพลังงาน (energy transition) ไปสู่สังคมคาร์บอนต่ำซึ่งให้ความสำคัญกับการผลิตพลังงานที่เป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อมการใช้พลังงานอย่างยั่งยืน (sustainable consumption) การดักจับและกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์จึงเป็นทางเลือกหนึ่งที่จะช่วยให้ประเทศยังมีความมั่นคงทางพลังงานในขณะที่ยังสามารถลดการปล่อยคาร์บอนไดออกไซด์ได้ เช่น การดักจับคาร์บอนจากโรงไฟฟ้าที่ใช้เชื้อเพลิงฟอสซิล และนำเอาคาร์บอนไดออกไซด์ที่ดักจับได้ไปกักเก็บอย่างถาวรในแหล่งสะสมที่เหมาะสม

ประเทศไทยตระหนักถึงประโยชน์จากการดักจับและกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์ในการบรรลุถึงเป้าหมายการลดการปล่อบก๊าซเรือนกระจกและขับเคลื่อนประเทศไปสู่เป้าหมายด้านความเป็นกลางทางคาร์บอน โดยได้แต่งตั้งคณะกรรมการนโยบายการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศแห่งชาติขึ้น คณะกรรมการดังกล่าวได้แต่งตั้งคณะอนุกรรมการการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศด้านการขับเคลื่อนการลดก๊าซเรือนกระจกจากการประยุกต์ใช้เทคโนโลยีเพื่อการดักจับ การใช้ประโยชน์และการกักเก็บคาร์บอนของประเทศ

กระบวนการในการดักจับ ขนส่ง และกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์ที่ถูกดักจับนั้นเป็นกิจกรรมที่มีความเสี่ยงทั้งต่อสิ่งแวดล้อมและบุคคลที่เกี่ยวข้อง[5] และมีความจำเป็นที่รัฐจะต้องกำหนดมาตรฐานการประกอบการและกำกับดูแล (regulate) เช่น กำกับมาตรฐานการก่อสร้างและใช้งานระบบการดักจับ กำกับการผลิตและครอบครองคาร์บอนเข้มข้นที่ได้จากกระบวนการดักจับ กำกับการขนส่งคาร์บอน กำกับการเลือกพื้นที่ที่จะถูกใช้เพื่อเป็นแหล่งสะสม และที่สำคัญกำกับให้เกิดมาตรฐานความปลอดภัยในการอัดคาร์บอนลงในแหล่งสะสมและป้องกันการรั่วไหลของคาร์บอนไดออกไซด์[6]

บทความนี้จะเสนอบทวิเคราะห์เกี่ยวกับการกำกับเฉพาะในส่วนของการกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์ โดยมุ่งที่จะตอบคำถามว่าผู้รับสัญญาสำรวจและผลิตปิโตรเลียมตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ได้แก่ ผู้รับสัมปทานปิโตรเลียม ผู้รับสัญญาแบ่งปันผลผลิต หรือผู้รับสัญญาจากบริการตามมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 นั้นจะมีสิทธิตามกฎหมายที่จะดำเนินการสำรวจเพื่อค้นหา

---

[4] แผนพัฒนากำลังผลิตไฟฟ้าของประเทศไทย (พ.ศ. 2561 - 2580) ฉบับปรับปรุงครั้งที่ 1, หน้า 4.

[5] IPCC, **Carbon Dioxide Capture and Storage**, (New York: Cambridge University Press 2005), p.34.

[6] International Energy Agency (IEA), "Carbon Capture and Storage: Legal and Regulatory Review (edition 2)," [Online] Available from : https://iea.blob.core.windows.net/assets/22a9ef17-868c-4dd4-8881-ffa2b888a695/ccs_legal.pdf [13 October 2022]

พื้นที่ที่จะถูกใช้เพื่อเป็นแหล่งสะสม สามารถขุดเจาะหลุมเพื่อประโยชน์ในการกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์ที่ถูกดักจับ และสามารถดำเนินการอัดคาร์บอนไดออกไซด์ดังกล่าวลงในหลุมกักเก็บนอกชายฝั่ง โดยอาศัย “สิทธิ” ตามสัญญาที่ได้รับและกรอบในการกำกับดูแลตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ได้หรือไม่

เมื่อการสำรวจและขุดเจาะหลุมเพื่อกักเก็บคาร์บอนมิได้เป็นการดำเนินการเพื่อให้ทราบถึงความมีอยู่ของปิโตรเลียมและมิใช่การนำปิโตรเลียมขึ้นจากแหล่งสะสมแต่เป็นการนำคาร์บอนกลับไปยังแหล่งสะสม (reservoir) การสำรวจพื้นที่และการดำเนินการเพื่อกักเก็บคาร์บอนจึงมิใช่การดำเนินการหรือการประกอบกิจการที่จะต้องขอรับสิทธิตามมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยไม่อาจปล่อยให้มีการสำรวจ ขุดเจาะ และใช้ประโยชน์จากหลุมกักเก็บโดยอิสระ เนื่องจากการดำเนินการดังกล่าวมีความเสี่ยงที่จะทำลายสิ่งแวดล้อมและเป็นอันตรายต่อบุคคลที่เกี่ยวข้อง นอกจากนี้ ประเทศไทยยังมีพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล (United Nations Convention on the Law of the Sea : UNCLOS 1982) และพิธีสาร ค.ศ. 1996 ของอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันมลภาวะทางทะเลเนื่องจากการทิ้งวัสดุเหลือใช้และวัสดุอย่างอื่น ค.ศ. 1972 (1996 Protocol to the Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter, 1972: London Protocol 1996) จะต้องกำกับดูแลการอัดคาร์บอนไดออกไซด์ในฐานะเป็นกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการทิ้งเทของเสียหรือวัสดุลงในทะเล

เพื่อประโยชน์ในการเสนอบทวิเคราะห์ทางกฎหมาย บทความนี้เริ่มต้นจากการอธิบายลักษณะทางเทคนิคการดักจับและกักเก็บก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ และอธิบายถึงความจำเป็นในการกำกับดูแลการกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์เพื่อแสดงให้เห็นถึงความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องกับการดักจับและกักเก็บก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ เมื่อมีความจำเป็นที่รัฐจะต้องกำกับดูแลการประกอบการดังกล่าว บทความนี้จะได้ประเมินศักยภาพของพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ในการกำกับดูแลการดักจับและกักเก็บก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ และเสนอกฎหมายและองค์กรกำกับดูแลการดักจับและกักเก็บก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ในสหราชอาณาจักร และสหภาพยุโรป เพื่อประโยชน์ในการพัฒนาตัวบทกฎหมายและพัฒนาองค์กรกำกับดูแลการดักจับและกักเก็บก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์

2. ลักษณะทางเทคนิคการดักจับและกักเก็บก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์

การดักจับและกักเก็บก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ (Carbon Capture and Storage : CCS) เป็นเทคโนโลยีในการบรรเทาผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (climate change mitigation) กระบวนการในการดักจับและกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์เป็นเทคโนโลยีที่ผ่านการพิสูจน์แล้ว (proven

technologies) ว่ามีศักยภาพในการ “ดักจับ” คาร์บอนจากแหล่งกำเนิด (sources) การ “ขนส่ง” คาร์บอนที่ดักจับได้ และ การ “กักเก็บ” คาร์บอนดังกล่าวอย่างปลอดภัยและถาวรใต้พื้นพิภพ[7]

2.1 การดักจับคาร์บอนไดออกไซด์

“การดักจับคาร์บอนไดออกไซด์ (CO_2)” มีวัตถุประสงค์คือการทำให้ได้มาซึ่งคาร์บอนไดออกไซด์ที่ได้จากกระบวนการดักจับคาร์บอนไดออกไซด์ (และสสารอื่นจากแหล่งกำเนิดและสสารที่ใช้เพื่อกระบวนการดักจับ) ที่เข้มข้นและอยู่ในรูปแบบที่พร้อมจะถูกขนส่งไปยังแหล่งสะสมต่อไป โรงไฟฟ้าขนาดใหญ่ซึ่งเป็นแหล่งกำเนิดมลพิษทางอากาศนั้นสามารถดำเนินการดักจับคาร์บอนไดออกไซด์เพื่อวัตถุประสงค์ของการนำไปกักเก็บต่อ[8]

การดักจับคาร์บอนนั้นอาจเป็นการดักจับจากสถานที่ที่ผลิตคาร์บอนขึ้นโดยตรง ดักจับคาร์บอนหลังจากมีการเผาไหม้ (post-combustion) เช่น หลังจากมีการเผาเชื้อเพลิงเพื่อเดินเครื่องจักร ดักจับคาร์บอนโดยการนำคาร์บอนออกจากเชื้อเพลิงดิบ (pre-combustion) และการดักจับคาร์บอนในกระบวนการเผาไหม้ในออกซิเจน (Oxyfuel combustion) การดักจับเหล่านี้ย่อมช่วยให้ลดการปล่อยคาร์บอนขึ้นสู่ชั้นบรรยากาศ

2.2 การขนส่งคาร์บอนไดออกไซด์ที่ถูกดักจับ

คาร์บอนที่ถูกดักจับแล้วจะถูกขนส่งโดยผ่านท่อส่งหรือการขนส่งรูปแบบอื่น ๆ คาร์บอนที่ถูกดักจับสามารถถูกแปลงเป็นของเหลวในรูปแบบของคาร์บอนไดออกไซด์วิกฤตยิ่งยวด (supercritical carbon dioxide) โดยการขนส่งคาร์บอนไดออกไซด์วิกฤตยิ่งยวดซึ่งอยู่ในรูปของเหลวนี้จะถูกส่งโดยท่อส่งที่มีความหนาหรือเรือขนส่งที่ถูกออกแบบมาโดยเฉพาะไปยังสถานที่กักเก็บ

กรณีมีข้อสังเกตว่าการขนส่งคาร์บอนที่ถูกดักจับได้นั้นสามารถถูกขนส่งได้โดยทางถนน (เช่น โดยรถบรรทุก) หรือโดยการเรือ อย่างไรก็ตาม การขนส่งด้วยวิธีการเหล่านี้จะเหมาะสำหรับการขนส่งคาร์บอนในปริมาณไม่มาก การขนส่งคาร์บอนที่ถูกดักจับในปริมาณมากมักจะดำเนินโดยอาศัยระบบท่อ (pipeline transport) ซึ่งเป็นวิธีการที่สามารถรองรับการขนส่งคาร์บอนในปริมาตรมากกว่า[9]

2.3 การใช้ประโยชน์และกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์

สถานที่กักเก็บคาร์บอนที่ถูกดักจับได้จะต้องมีลักษณะทางธรณีวิทยาที่เหมาะสม เช่น มีชั้นหินที่สามารถป้องกันมิให้คาร์บอนที่ถูกกักเก็บแล้วถูกปล่อยขึ้นมาได้อีก โดย IEAGHG (*International*

---

[7] IEAGHG, “What is CCS?,” [Online] Available from : https://ieaghg.org/ccs-resources/what-is-ccs# [13 October 2022]

[8] IPCC (อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5), p.107.

[9] Karl W. Bandilla, “Carbon Capture and Storage” in Trevor M. Letcher (ed) **Future Energy: Improved, Sustainable and Clean Options for our Planet** (Candice Janco 2020) 670.

Energy Agency Green Gas R&D Programme) ได้ตั้งข้อสังเกตว่าสถานที่กักเก็บคาร์บอนนั้นมักจะต้องมีความลึกกว่า 800 เมตร ทั้งนี้ เพื่อให้การกักเก็บนั้นเป็นไปอย่างปลอดภัยและเป็นโดยถาวร ในทางปฏิบัติ บ่อปิโตรเลียมมีศักยภาพในการกักเก็บคาร์บอน ด้วยเหตุนี้ “ผู้ประกอบการในอุตสาหกรรมปิโตรเลียม”อาจกลายเป็นผู้ดำเนินการในธุรกิจ CCS ได้

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าการนำเอาคาร์บอนไดออกไซด์ที่ถูกดักจับแล้วไปกักเก็บอย่างถาวรในแหล่งสะสมแบบถาวรนั้นมิใช่ทางเลือกเดียวในการจัดการคาร์บอนไดออกไซด์ดังกล่าว คาร์บอนไดออกไซด์ที่ถูกดักจับแล้วสามารถถูกนำมาใช้ในกระบวนการผลิตและสามารถถูกใช้เพื่อส่งเสริมกระบวนการผลิตน้ำมันได้[10] โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ประกอบกิจการสำรวจและผลิตปิโตรเลียม กระบวนการช่วยเพิ่มปริมาณการผลิตไฮโดรคาร์บอน (ซึ่งรวมไปถึงการผลิตน้ำมันหรือที่เรียกกันโดยทั่วไปว่า Enhanced Oil Recovery หรือ “EOR”) นั้นเป็นกระบวนการผลิตไฮโดรคาร์บอนเหลว (liquid hydrocarbon) โดยก๊าซหรือน้ำแทนพลังงานของแหล่งกักเก็บ (reservoir energy) และการเพิ่มแรงกดกันโดยพลังงานของแหล่งกักเก็บ (reservoir repressurizing scheme)[11]

การอัดน้ำหรือก๊าซเข้าไปในแหล่งกักเก็บ เพื่อให้น้ำหรือก๊าซนั้นไปแทนน้ำมันดิบ และไล่น้ำมันดิบมาเข้าหลุมผลิตซึ่งก๊าซสามารถใช้ได้ทั้งก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ ก๊าซธรรมชาติ และไนโตรเจน แต่ก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์จะเป็นที่นิยมมากที่สุดเนื่องจากก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์เมื่อผสมอยู่กับสารประกอบไฮโดรคาร์บอนจะช่วยลดความหนืด และยังมีราคาถูกกว่ามาก แต่ข้อจำกัด คือ ก๊าซที่อัดลงไปจะต้องอยู่ในสภาพเป็นของไหลภายใต้สภาวะวิกฤตยิ่งยวด เพื่อให้สามารถละลายเป็นเนื้อเดียวได้ ดังนั้นโดยทั่วไปกระบวนการอัดก๊าซมักจะใช้ได้ดีกับหลุมที่มีความลึกมากกว่า 2,000 ฟุต และน้ำมันดิบที่ถูกดันขึ้นมาได้ส่วนใหญ่จะเป็นน้ำมันชนิดเบาและชนิดหนักปานกลางเพราะใช้ก๊าซซึ่งมีน้ำหนักเบา[12]

3. ความจำเป็นในการกำกับดูแลการกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์

ความเสี่ยงที่ “คาร์บอนได้ออกไซด์จะรั่วไหล” หากเกิดการรั่วไหลขึ้น โครงการดักจับและกักเก็บก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ย่อมกลายเป็นการดำเนินการที่ไม่ได้ช่วยแก้ไขปัญหา Climate Change หากแต่จะกลายเป็นสิ่งที่สร้างปัญหา Climate Change เสียเอง ความเสี่ยงนี้สามารถเรียกได้ว่าเป็น “global risks” ของโครงการ CCS นอกจากนี้ หากคาร์บอนได้ออกไซด์เกิดรั่วไหลจากแหล่งสะสมยังก่อความเสี่ยง

---

[10] เรื่องเดียวกัน.

[11] Ronald E. Terry, “Enhanced Oil Recovery” in Robert A. Meyers (eds) **Encyclopedia of Physical Science and Technology** (3rd Edition) (Academic Press 2001) 503.

[12] กุลนันทน์ วีรณรงค์กร และอมรชัย อาภรณ์วิชานพ, “แนวทางการนำก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์มาใช้ประโยชน์” (TPA, 2017) [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://www.tpa.or.th/publisher/pdfFileDownloadS/TN%20255p30-34.pdf [20 กุมภาพันธ์ 2566.]

ต่อชุมชนและสิ่งแวดล้อม ณ บริเวณที่ตั้งโครงการ เช่น การก่ออันตรายแก่ผู้คน ระบบนิเวศ และระบบน้ำใต้ดิน ซึ่งอาจเรียกได้ว่าเป็น “local risks” อีกด้วย[13]

3.1 การรั่วไหลของคาร์บอนไดออกไซด์ที่ถูกกักเก็บ

การรั่วไหลของคาร์บอนไดออกไซด์นั้นอาจเกิดขึ้นในขั้นตอนการอัดคาร์บอนไดออกไซด์ลงในแหล่งสะสมและอาจเกิดขึ้นหลังจากที่คาร์บอนถูกกักเก็บแล้วเพื่อบริหารจัดการความเสี่ยงดังกล่าว ระบบการกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์ (storage system) จะต้องถูกออกแบบอย่างระมัดระวัง และมีความจำเป็นที่ระบบกักเก็บนั้นจะต้องมีระบบตรวจจับการรั่วไหลที่มีประสิทธิภาพและสามารถตรวจจับการรั่วไหลของคาร์บอนได้ก่อนที่คาร์บอนไดออกไซด์จะรั่วขึ้นมาถึงผิวดิน

การรั่วไหลของคาร์บอนไดออกไซด์อาจเกิดจากความผิดพลาดในกระบวนการการอัดคาร์บอนไดออกไซด์ลงในแหล่งสะสม[14] ในระหว่างการอัดคาร์บอนไดออกไซด์ลงแหล่งสะสมผู้ประกอบการจะต้องป้องกันมิให้เกิดสภาวะการมีแรงดันมากเกินไป (overpressure)[15] การรั่วไหลประเภทนี้สามารถก่ออันตรายให้กับผู้ปฏิบัติงาน ณ จุดและเวลาที่มีการรั่วไหล เนื่องจากการที่คาร์บอนไดออกไซด์มีความเข้มข้นมากกว่า 7-10% จะเป็นอันตรายต่อชีวิตและร่างกายของมนุษย์ได้

นอกจากนี้ การรั่วไหลอาจเกิดขึ้นจากการรั่วไหลจากความผิดพลาดที่ไม่ถูกตรวจพบรอยแตกหรือแหล่งสะสมที่มีรูรั่ว ซึ่งจะเป็นกรณีที่การรั่วไหลนั้นมีลักษณะค่อยเป็นค่อยไปและฟุ้งกระจายมากกว่าการรั่วไหลแบบแรก[16] การรั่วไหลลักษณะนี้สามารถทำให้แหล่งน้ำ (ทั้งผิวดินและใต้ดิน) และระบบนิเวศปนเปื้อน โดยอาจส่งผลให้เกิดสภาวะความเป็นกรดในดิน (acidification of soils) และการกำจัดออกซิเจนออกจากดิน (displacement of oxygen in soils)

3.2 พันธกรณีระหว่างประเทศ

การนำเอาคาร์บอนไดออกไซด์ที่ถูกดักจับและขนส่งมาอัดกับลงในแหล่งสะสมในทะเล (ไม่ว่าจะเป็นแหล่งสะสมที่ตั้งอยู่ในบริเวณทะเลอาณาเขต เขตเศรษฐกิจจำเพาะ หรือไหล่ทวีป) ย่อมมีความเกี่ยวข้องกับเขตอำนาจรัฐของรัฐชายฝั่ง เช่น ประเด็นทางกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญได้แก่ การพิจารณาถึงสิทธิของรัฐชายฝั่งในการอนุญาตให้มีการก่อสร้างและใช้งานสิ่งปลูกสร้างเพื่อการ

---

[13] IPCC (อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5), p.34.

[14] House of Representatives Standing Committee on Science and Innovation, **Between a rock and a hard place: The science of geosequestration** (Australia: The Parliament of the Commonwealth of Australia, 2007), p.60.

[15] Nelson Barros, Gisela M. Oliveira, M. J. Lemos de Sousa, “Environmental Impact Assessment of Carbon Capture and Sequestration: General overview,” [online] Available from : https://conferences.iaia.org/2012/pdf/uploadpapers/Final%20papers%20review%20process/Oliveira,%20Gisela.%20%20Environmental%20Impact%20Assessment%20of%20Carbon%20Capture%20and%20Sequestration.pdf [12 October 2022]

[16] Supra Note 12 House of Representatives Standing Committee on Science and Innovation, p.60.

อัดคาร์บอนลงในแหล่งสะสม การอัดคาร์บอนไดออกไซด์ลงในพื้นที่ทางทะเลเป็นสิ่งที่ทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากดำเนินการได้รัฐชายฝั่งมีหน้าที่ในการควบคุมและกำกับการดำเนินการอัดคาร์บอนไดออกไซด์หรือไม่และจะต้องดำเนินการใด

3.2.1 UNCLOS 1982

UNCLOS เป็นฐานทางกฎหมายรับรองสิทธิของรัฐสมาชิกในการแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติรวมถึงการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมในเขตเศรษฐกิจจำเพาะหรือไหล่ทวีป ในขณะเดียวกัน UNCLOS ก็ได้บัญญัติหน้าที่ของรัฐชายฝั่งในการดำเนินการให้การรื้อถอนสิ่งก่อสร้างในเขตเศรษฐกิจจำเพาะและไหล่ทวีปเป็นไปโดยคำนึงถึงการประมง การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมทางทะเล และสิทธิและหน้าที่ของรัฐอื่น ๆ

รัฐชายฝั่งจะมีสิทธิแต่ผู้เดียวที่จะก่อสร้างตลอดจนอนุญาตและวางระเบียบการก่อสร้าง การปฏิบัติงานของ และการใช้สิ่งติดตั้งและสิ่งก่อสร้างเพื่อการสำรวจและแสวงประโยชน์จากทรัพยากรปิโตรเลียมซึ่งอยู่ใต้ผิวดินท้องทะเลในบริเวณเขตเศรษฐกิจจำเพาะและไหล่ทวีป[17] โดยบัญญัติถึงหน้าที่ของรัฐชายฝั่งดังกล่าวเอาไว้ในมาตรา 60 (ซึ่งว่าด้วยเกาะเทียม สิ่งติดตั้ง และสิ่งก่อสร้างในเขตเศรษฐกิจจำเพาะ) เอาไว้ว่า

> *"จะต้องประกาศให้ทราบตามควรเกี่ยวกับการก่อสร้างเกาะเทียม สิ่งติดตั้ง หรือสิ่งก่อสร้างดังกล่าว และจะต้องคงให้มีวิธีการถาวรเพื่อเตือนให้ทราบว่ามีสิ่งเหล่านี้อยู่ สิ่งติดตั้งหรือสิ่งก่อสร้างใดที่ถูกทิ้งร้างหรือไม่ใช้แล้ว จะต้องรื้อถอนออกไปเพื่อประกันความปลอดภัยในการเดินเรือหรือโดยคำนึงถึงมาตรฐานระหว่างประเทศอันเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปซึ่งองค์การระหว่างประเทศที่มีอำนาจกำหนดขึ้นในเรื่องนี้ การรื้อถอนดังกล่าวจะต้องคำนึงถึงการประมง การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมทางทะเล และสิทธิและหน้าที่ของรัฐอื่น ๆ ด้วย จะต้องประกาศให้ทราบตามความเหมาะสมถึงความลึก ตำแหน่ง และขนาดของสิ่งติดตั้งหรือสิ่งก่อสร้างใด ๆ ที่ยังไม่ได้รื้อถอนออกอย่างสิ้นเชิง"*

ทั้งนี้ มาตรา 80 ของ UNCLOS ยังกำหนดให้สิทธิและหน้าที่ของรัฐชายฝั่งตามมาตรา 60 ใช้บังคับโดยอนุโลมกับเกาะเทียม สิ่งติดตั้ง และสิ่งก่อสร้างบนไหล่ทวีปอีกด้วย อย่างไรก็ตาม เมื่อกระบวนการดักจับและกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์นั้นจะต้องมีการอัดคาร์บอนที่ถูกจับและขนส่งมาได้ลงในแหล่งสะสมกลางทะเล กรณีย่อมมีคำถามทางกฎหมายตามมาว่านอกจากรัฐชายฝั่งจะมีสิทธิอธิปไตยในการอนุญาตให้การก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างเพื่อประโยชน์ในการขนส่งและกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์แล้ว รัฐชายฝั่งจะมีหน้าที่ในการป้องกันและลดผลกระทบจากกิจกรรมดังกล่าวหรือไม่

---

[17] Article 60 & Article 80 of United Nations Convention on the Law of the Sea 1982

มาตรา 210 วรรคสองแห่ง UNCLOS กำหนดให้รัฐสมาชิกมีหน้าที่ออกกฎหมายและข้อบังคับเพื่อป้องกัน ลดและควบคุมมลพิษต่อสิ่งแวดล้อมโดยการ “ทิ้งเท”[18] การทิ้งเทนั้นเป็นคำที่มีความหมายเฉพาะคือ “การทิ้งของเสียต่าง ๆ หรือสสารอื่นอย่างจงใจจากเรือ อากาศยาน ฐานขุดเจาะ หรือสิ่งก่อสร้างอื่นที่มนุษย์สร้างขึ้นในทะเล”[19] หรือ “การทิ้งเรือ อากาศยาน ฐานขุดเจาะ หรือสิ่งก่อสร้างอื่นที่มนุษย์สร้างขึ้นในทะเลอย่างจงใจ”[20]

อย่างไรก็ตาม “การทิ้งเท” ตามนิยามของ UNCLOS นั้นไม่รวมถึง “การทิ้งของเสียหรือสสารอื่นที่สืบเนื่องหรือเกิดจากการปฏิบัติการโดยปกติของเรืออากาศยาน ฐานขุดเจาะ หรือสิ่งก่อสร้างอื่นที่มนุษย์สร้างขึ้นในทะเล และอุปกรณ์ ของสิ่งเหลวนั้น นอกจากของเสียหรือสสารอื่นที่ขนโดยหรือส่งไปยังเรืออากาศยาน ฐานขุดเจาะ หรือสิ่งก่อสร้างอื่นที่มนุษย์สร้างขึ้นในทะเล ซึ่งปฏิบัติงานเพื่อความมุ่งประสงค์ที่จะทิ้งสสารเช่นว่านั้น หรือเกิดจากการบำบัดของเสียเช่นว่านั้นหรือสสารอื่นบนเรือ อากาศยาน ฐานขุดเจาะ หรือสิ่งก่อสร้างเช่นว่านั้น”[21] นอกจากนี้ ยังไม่รวมถึง “การจัดวางสสารเพื่อความมุ่งประสงค์อื่นนอกเหนือไปจากการทิ้งเท่านั้น ทั้งนี้การจัดวางเช่นว่านั้นจะต้องไม่ขัดกับความมุ่งหมายของอนุสัญญานี้”[22]

นอกจากนี้ มาตรา 210 วรรคห้าแห่ง UNCLOS บัญญัติให้ห้ามมิให้มีการทิ้งเทภายในทะเลอาณาเขตและเขตเศรษฐกิจจำเพาะหรือบนไหล่ทวีป จะกระทำมิได้หากไม่ได้รับความเห็นชอบล่วงหน้าอย่างชัดแจ้งจากรัฐชายฝั่งซึ่งมีสิทธิอนุญาต ออกข้อบังคับ และควบคุมการทิ้งเทดังกล่าว หลักจากได้พิจารณาในเรื่องนั้นตามควรกับรัฐอื่นๆ

เมื่อพิจารณามาตรา 210 แห่ง UNCLOS แล้วสามารถกล่าวได้ว่าการดำเนินการกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์โดยเฉพาะอย่างยิ่งในขั้นตอนการอัดคาร์บอนไดออกไซด์ลงแหล่งสะสมในพื้นที่ทางทะเล (ไม่ว่าในทะเลอาณาเขต เขตแศรษฐกิจจำเพาะ หรือไหล่ทวีป) ที่ตกอยู่ในเขตอำนาจรัฐของประเทศไทย เป็นการดำเนินกิจกรรมที่จะต้อง “ขอรับความเห็นชอบล่วงหน้า” จากประเทศไทยในฐานะรัฐชายฝั่งก่อนการดำเนินการ และจะตกอยู่ในบังคับของกฎหมายและข้อบังคับเพื่อป้องกัน ลดและควบคุมมลพิษอันเกิดจากการอัดคาร์บอนไดออกไซด์ซึ่งนับได้ว่าเป็นการทิ้งเทประเภทหนึ่ง

3.2.2 London Convention 1972 และ London Protocol 1996

อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันมลพิษทางทะเลเนื่องจากการทิ้งวัสดุเหลือใช้และวัสดุอย่างอื่น (Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and other

---

[18] เรื่องเดียวกัน, Article 210 para 1.

[19] เรื่องเดียวกัน, Article 1(5)(a)(1).

[20] เรื่องเดียวกัน, Article 1(5)(a)(2).

[21] เรื่องเดียวกัน, Article 1(5)(b)(1).

[22] เรื่องเดียวกัน, Article 1(5)(b)(2).

Matter 1972) ซึ่งมักถูกเรียกโดยทั่วไปว่า “London Convention 1972” ซึ่งบัญญัติให้รัฐภาคีส่งเสริมในแต่ละรัฐและร่วมกันระหว่างรัฐ การควบคุมอย่างมี ประสิทธิภาพของแหล่งกำเนิดมลภาวะทางทะเล และให้สัญญาว่าจะดำเนินทุกขั้นตอนที่เป็นไปได้ในทางปฏิบัติเพื่อป้องกันมลภาวะทางทะเล ซึ่งเกิดจากการทิ้งของเสียและสารอื่น ๆ ที่มีแนวโน้มจะเป็นอันตรายต่อ สุขภาพมนุษย์ สิ่งมีชีวิตหรือสิ่งมีชีวิตทางทะเล ที่จะทำลายความเจริญหูเจริญตาหรือส่งผลกระทบต่อการใช้ทะเลอย่างชอบธรรม[23]

London Convention 1972 บัญญัติ “หน้าที่” แก่รัฐภาคีที่จะต้องห้ามการทิ้งของเสียใด ๆ หรือวัสดุอื่น ๆ ไม่ว่าในรูปแบบใด ของเสียหรือวัสดุที่ห้ามมิให้การทิ้งจะเป็นไปตามภาคผนวก I[24] เช่น น้ำมันดิบและของเสียที่เกิดจากน้ำมันดิบ ผลิตภัณฑ์ที่ได้จากการกลั่นปิโตรเลียม ปิโตรเลียม วัสดุเหลือจากการกลั่น และ สารผสมที่มีสิ่ง ต่าง ๆ เหล่านี้ ที่ถูกนำขึ้นไปบนเรือเพื่อนำไปทิ้ง[25] การทิ้งของเสียหรือวัสดุอื่น ๆ ที่กำหนดในภาคผนวก II จำเป็นต้องมีใบอนุญาตพิเศษล่วงหน้า[26] เช่น สารหนู เบริลเลียม โครเมียม ทองแดง ตะกั่ว นิกเกิล วานาเดียม สังกะสี สารประกอบอันทรีย์ซิลิคอน ไซยาไนด์ ฟลูออไรด์ ยาฆ่าแมลงในปริมาณมาก[27] และการทิ้งของเสียหรือวัสดุอื่นทั้งหมดจำเป็นต้องมีใบอนุญาตทั่วไปล่วงหน้า[28]

“การทิ้ง” ตามนิยามของ London Convention 1972 นั้นมีสาระสำคัญตรงกับนิยามของ “การทิ้งเท” ของ UNCLOS กล่าวคือ การทิ้งอย่างจงใจลงในทะเลของของเสียหรือวัสดุอื่น ๆ จากเรือ อากาศยาน แท่นลอยน้ำ หรือโครงสร้างต่าง ๆ ที่สร้างโดยมนุษย์ใน ทะเล และการทิ้งอย่างจงใจลงในทะเลของเรือ อากาศยาน แท่นลอยน้ำ หรือ โครงสร้างต่าง ๆ ที่สร้างโดยมนุษย์ในทะเล[29] เมื่อพิจารณานิยามของการทิ้งข้างต้นแล้วสามารถกล่าวได้ว่าการอัดคาร์บอนที่ถูกดักจับลงในแหล่งสะสมในทะเลผ่านแท่นขุดเจาะปิโตรเลียมนั้นมีลักษณะเป็นการทิ้งตาม London Convention 1972 อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยยังไม่ได้ให้สัตยาบันแก่ London Convention 1972

ต่อมาในปี ค.ศ. 1996 ได้มีการจัดทำ London Protocol 1996 เพื่อกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการทิ้งของเสียและวัสดุในลงทะเลเพื่อสนับสนุนการดำเนินการตาม London Convention 1972 โดยให้ความสำคัญกับการปรับใช้หลักการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมโดยอาศัยหลักระวังไว้ก่อน (precautionary approach) จากการทิ้งเทของเสียหรือวัสดุอื่น[30] และกำหนดให้ผู้ก่อมลพิษ (polluter) มีหน้าที่ต้อง

---

[23] Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and other Matter 1972, Article 1.

[24] เรื่องเดียวกัน Article IV paragraph 1(a).

[25] เรื่องเดียวกัน, Annex I para 5.

[26] เรื่องเดียวกัน Article IV paragraph 1(b).

[27] เรื่องเดียวกัน, Annex II (a).

[28] เรื่องเดียวกัน, Article IV paragraph 1(c).

[29] เรื่องเดียวกัน, Article III paragraph 1(a)

[30] Article 3 paragraph 1 of Protocol to the Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter 1996.

รับผิดชอบต้นทุนที่เกิดจากมลพิษ[31] London Protocol 1996 บัญญัติให้รัฐภาคีมีหน้าที่ห้ามมิให้มีการทิ้งเทของเสียหรือวัสดุอื่น เว้นแต่จะเป็นของเสียหรือวัสดุอื่นที่กำหนดในภาคผนวก I. ของพิธีสารนี้[32] นอกจากนี้ การทิ้งเทที่ได้รับการยกเว้นจะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐภาคี โดยรัฐภาคีจะต้องปรับใช้มาตรการในทางการบริหารจัดการ (administrative measure) หรือทางนิติบัญญัติ (legislative measure) เพื่อการให้อนุญาตหรือกำหนดเงื่อนไขการอนุญาตให้สอดคล้องกับภาคผนวก II.[33]

ภาคผนวก I. ของ London Protocol 1996 (ถูกแก้ไขในปี ค.ศ. 2006) ระบุให้คาร์บอนไดออกไซด์ที่ถูกดักจับเป็นของเสียหรือวัสดุอื่นประเภทหนึ่งที่อาจถูกทิ้งเทได้[34] โดยคาร์บอนไดออกไซด์ที่จะถูกทิ้ง (อัดลงแหล่งสะสม) ได้ก็ต่อเมื่อเป็นการอัดลงในโพรงทางธรณีวิทยา (geological formation) ที่อยู่ใต้พื้นทะเล (sub-seabed)[35] เป็นคาร์บอนเข้มข้น (ซึ่งอาจมีสสารจากแหล่งกำเนิดและที่ได้จากกระบวนการดักจับและกระบวนการแยกคาร์บอนได้)[36] จะต้องไม่มีของเสียหรือวัสดุอื่นที่ถูกเพิ่มเติมเข้ามาเพื่อวัตถุประสงค์ในการทิ้งเท[37]

เมื่อคณะรัฐมนตรีมีมติในวันที่ 7 เมษายน พ.ศ. 2563 ให้สัตยาบันเพื่อเข้าเป็นภาคีของ London Protocol 1996 แล้ว ประเทศไทยย่อมมีพันธกรณีที่จะต้องอนุวัติการตามให้เป็นตามพิธีสารดังกล่าว เช่น หากจะมีการอัดคาร์บอนลงในแหล่งสะสมในทะเลอาณาเขต เขตเศรษฐกิจจำเพาะ หรือไหล่ทวีปซึ่งเขตอำนาจรัฐของประเทศไทยในฐานะรัฐชายฝั่งประเทศไทยย่อมไม่อาจปล่อยให้มีการดำเนินการดังกล่าวโดยปราศจากการอนุญาตและกำกับการประกอบการได้

3.3 ความจำเป็นของกฎหมายจากมุมมองของผู้ประกอบการ

บริษัท ปตท.สำรวจและผลิตปิโตรเลียม จำกัด (มหาชน) (ปตท.สผ.) มีความมุ่งมั่นที่จะร่วมเป็นส่วนหนึ่งในการจัดการปัญหาก๊าซเรือนกระจกและภาวะโลกร้อน จึงได้ตั้งเป้าหมายและแผนการดำเนินงานของบริษัท เพื่อลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกเป็นศูนย์ภายในปี 2593 ผ่านแนวคิด EP Net Zero 2050 โดยหนึ่งในแผนงานที่สำคัญดังกล่าว คือการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกจากกระบวนการผลิตปิโตรเลียมด้วยการพัฒนาโครงการดักจับและกักเก็บก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ หรือ Carbon Capture and Storage (CCS) ซึ่งเป็นเทคโนโลยีที่หลาย ๆ ประเทศวางแผนให้เป็นเทคโนโลยีหลักในการลดการ

---

[31] เรื่องเดียวกัน, Article 3 paragraph 2.

[32] เรื่องเดียวกัน, Article 4 paragraph 1.1

[33] เรื่องเดียวกัน, Article 4 paragraph 1.2

[34] เรื่องเดียวกัน, Annex I. paragraph 1.8

[35] เรื่องเดียวกัน, Annex I. paragraph 4.1.

[36] เรื่องเดียวกัน, Annex I. paragraph 4.2.

[37] เรื่องเดียวกัน, Annex I. paragraph 4.3.

ปล่อยก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์สู่ชั้นบรรยากาศได้ในปริมาณมากกว่าเทคโนโลยีแบบอื่น[38]

ปตท.สผ. อธิบายว่าบริษัทได้นำองค์ความรู้และประสบการณ์ด้านธรณีวิทยาและวิศวกรรมศาสตร์ของการสำรวจและผลิตปิโตรเลียม มาประยุกต์ใช้ในการดำเนินโครงการ CCS โดยได้ริเริ่มศึกษาและพัฒนาโครงการ CCS เป็นครั้งแรกในประเทศไทย ตั้งแต่ปี 2564 โดยขณะนี้ได้เสร็จสิ้นการศึกษาความเป็นไปได้ (Feasibility study) ซึ่งครอบคลุมด้านการตรวจสอบและประเมินความสามารถในการกักเก็บคาร์บอนของชั้นหินใต้ดินเบื้องต้น ด้านการออกแบบกระบวนการดักจับและกักเก็บ ด้านแผนการเจาะหลุมสำหรับกักเก็บ เป็นต้น และขณะนี้อยู่ระหว่างการศึกษาทางวิศวกรรมเบื้องต้น (Pre-FEED study) ปตท.สผ. คาดว่าจะสามารถเริ่มใช้เทคโนโลยี CCS ที่แหล่งก๊าซธรรมชาติอาทิตย์ได้ในปี 2569 ซึ่งจะช่วยลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกจากกระบวนการผลิตปิโตรเลียมได้ในปริมาณมาก อย่างไรก็ตาม ปตท.สผ. ได้ตั้งข้อสังเกตว่า

> *“โครงการ CCS ในประเทศไทยจะเกิดขึ้นได้ ต้องอาศัยองค์ประกอบอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น ด้านนโยบาย ด้านกฎหมาย และปัจจัยส่งเสริมการลงทุน ซึ่งจะต้องได้รับการสนับสนุนจากทั้งภาครัฐและองค์กรหลาย ๆ ฝ่ายในการผลักดันและส่งเสริมการนำเทคโนโลยี CCS มาใช้ในประเทศไทยอย่างเป็นรูปธรรมตามเป้าหมาย”*[39]

เมื่อกล่าวถึง “องค์ประกอบทางกฎหมาย” บทความนี้ตั้งคำถามว่าการที่บุคคลคนหนึ่งประสงค์ที่จะสำรวจ ขุดเจาะ และใช้ประโยชน์จากหลุมกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์นั้นจะต้องขออนุญาตจากรัฐหรือไม่ และหากเป็นกรณีที่การดำเนินกิจกรรมดังกล่าวจะเกิดขึ้นนอกชายฝั่งแล้ว รัฐชายฝั่งที่เป็นสมาชิกของ UNCLOS ซึ่งรวมถึงประเทศไทยนั้นจะต้องกำกับดูแลการประกอบกิจการดังกล่าวหรือไม่และเพียงใด

4. ศักยภาพของพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ในการรับรองสิทธิและกำกับดูแลการประกอบกิจการดักจับและกักเก็บก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์

กฎหมายเป็นเครื่องมือที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อเป้าหมายบางประการ (purposive tool)[40] กฎหมายที่ปราศจากเป้าหมายย่อมส่งผลให้กฎหมายนั้นกลายเป็นเรื่องของอำเภอใจและฝ่าฝืนต่อหลักนิติธรรม[41]

---

[38] PTTEP, “ปตท.สผ. นำร่องศึกษาและพัฒนาโครงการ CCS ครั้งแรกในประเทศไทย หนุนเป้าหมายลดปล่อยก๊าซเรือนกระจกเป็นศูนย์,” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://www.pttep.com/th/Newsandnmedia/News/Pttep-Initiates-Thailand-First-Ccs-Project-Pushing-Towards-Net-Zero-Green-House-Gas-Emissions.aspx [13 ตุลาคม 2565]

[39] เรื่องเดียวกัน.

[40] Maria Mousmouti, “Making Legislative Effectiveness an Operational Concept: Unfolding the Effectiveness Test as a Conceptual Tool for Lawmaking” (2018) in **European Journal of Risk Regulation** 9(3), p.445-452.

[41] เรื่องเดียวกัน.

ด้วยเหตุนี้ การประเมินศักยภาพของกฎหมายในการป้องกันและบริหารจัดการความเสี่ยงที่เกี่ยวกับการกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์นั้นจึงสามารถเริ่มต้นได้จากการวิเคราะห์ถึง “เป้าหมาย” หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนั้น ๆ ในมิติของการดักจับและกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์นั้นบทความนี้ตั้งประเด็นการวิเคราะห์ถึงศักยภาพของกฎหมายในการป้องกันและบริหารจัดการความเสี่ยงที่เกี่ยวกับการกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์โดยเฉพาะอย่างยิ่งการป้องกันและลดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมจากการอัดคาร์บอนไดออกไซด์ ด้วยเหตุนี้ การประเมินศักยภาพของพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ในการรับรองสิทธิและกำกับดูแลการประกอบกิจการดักจับและกักเก็บก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์จึงสามารถเริ่มต้นจากการวิเคราะห์ถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้

4.1 วัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514

เมื่อกระบวนการ CCS เป็นการนำเอาคาร์บอน “กลับคืน” สู่แหล่งกำเนิดใต้พื้นพิภพ มิใช่การ “สำรวจและผลิต” ปิโตรเลียมจากแหล่งกำเนิด กรณีจึงมีคำถามทางกฎหมายว่ากฎหมายเกี่ยวกับการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมของประเทศไทยในปัจจุบันจะสามารถเปิดโอกาสให้มีการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับ CCS และสามารถกำกับดูแลการประกอบกิจการดังกล่าวตามมาตรฐานของพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นรัฐภาคี เช่น UNCLOS 1982 และ London Protocol 1996 ได้หรือไม่เพียงใด

4.1.1 การให้สิทธิสำรวจและผลิตปิโตรเลียม ณ แหล่งกำเนิด

ตามมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 “ปิโตรเลียมเป็นของรัฐ” ดังนั้นบุคคลที่ประสงค์จะสำรวจและผลิตปิโตรเลียมจึงมีหน้าที่จะต้องขอรับสิทธิในการแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรปิโตรเลียมของรัฐ (โดยการขอรับสัมปทาน สัญญาแบ่งปันผลผลิต หรือสัญญาจ้างบริการ) โดยมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ได้ให้นิยามของ “ปิโตรเลียม” เอาไว้ว่า

> *“น้ำมันดิบ ก๊าซธรรมชาติ ก๊าซธรรมชาติเหลว สารพลอยได้ และสารประกอบไฮโดรคาร์บอนอื่น ๆ ที่เกิดขึ้นโดยธรรมชาติ และอยู่ในสภาพอิสระ ไม่ว่าจะมีลักษณะเป็นของแข็ง ของหนืด ของเหลว หรือก๊าซ และให้หมายความรวมถึงบรรดาไฮโดรคาร์บอนหนักที่อาจนำขึ้นมาจากแหล่งโดยตรง โดยใช้ความร้อนหรือกรรมวิธีทางเคมี แต่ไม่หมายความรวมถึง ถ่านหิน หินน้ำมัน หรือหินอื่นที่สามารถนำมากลั่นเพื่อแยกเอาน้ำมันด้วยการใช้ความร้อนหรือกรรมวิธีทางเคมี”*

จากข้อกฎหมายข้างต้น หาก ปตท.สผ. ประสงค์จะสำรวจและผลิตปิโตรเลียม ปตท.สผ. ย่อมมีหน้าที่จะต้องขอรับสิทธิในการประกอบกิจการดังกล่าวจากกระทรวงพลังงานตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ในกรณีของการให้สัมปทานปิโตรเลียมนั้นพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 บัญญัติถึงกรอบระยะเวลาในการให้สัมปทาน กระบวนการขั้นตอนต่าง ๆ ในการให้สัมปทาน หน้าที่ต่าง ๆ

ของผู้รับสัมปทาน อำนาจของรัฐในการเพิกถอนสัมปทาน สิทธิเก็บรักษาและมีสิทธิขนส่งปิโตรเลียม และหน้าที่ต่าง ๆ ของผู้รับสัมปทานในการชำระผลประโยชน์ให้กับรัฐ

4.1.2 การกำกับดูแลการประกอบกิจการสำรวจและผลิตปิโตรเลียม

มาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ยังได้ให้อำนาจแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพลังงานในการออกกฎกระทรวงที่จำเป็นต่อการกำกับดูแลการประกอบกิจการปิโตรเลียม เช่น กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการสำรวจ ผลิต และอนุรักษ์ปิโตรเลียม ซึ่งกฎกระทรวงนี้สามารถกำหนดหน้าที่ต่าง ๆ ให้ผู้รับสัมปทานปิโตรเลียมต้องปฏิบัติ เช่น กำหนดให้ผู้รับสัมปทานรายงานแผนการบริหารจัดการด้านความปลอดภัยและสิ่งแวดล้อมสำหรับการสำรวจปิโตรเลียมก่อนดำเนินการสำรวจปิโตรเลียม หรือกำหนดผู้รับสัมปทานต้องจัดให้มีการออกแบบและก่อสร้างสถานีผลิต ปิโตรเลียมบนบกหรือแท่นประกอบการผลิตปิโตรเลียมในทะเลที่ประกอบด้วยโครงสร้าง สิ่งติดตั้ง กลอุปกรณ์ และระบบควบคุมที่จำเป็นต่อการผลิต การกักเก็บ การวัดปริมาณ และการขนส่งปิโตรเลียมที่มีความคงทนถาวรและปลอดภัยตามมาตรฐานทางเทคนิคและวิธีการปฏิบัติงานปิโตรเลียมที่ดี

4.2 โอกาสและข้อจำกัดที่เกิดจากพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514

แม้ว่าพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 จะไม่ได้ถูกตราขึ้นเพื่อเป็นฐานทางกฎหมายในการให้สิทธิและกำกับดูแลการดำเนินกิจกรรม CCS โดยตรง อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 สามารถถูกตีความให้รับรองถึงสิทธิของผู้รับสัมปทานปิโตรเลียมในการ “ใช้ประโยชน์จากคาร์บอนไดออกไซด์” (Carbon Capture and Utilization : CCU) ที่เกิดจากกระบวนการผลิตเพื่อประโยชน์ในการเพิ่มประสิทธิภาพการผลิตได้ ถึงกระนั้น กฎหมายในปัจจุบันก็ยังไม่อาจถูกใช้เพื่อเป็นฐานในการกำกับดูแลการให้บริการกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์ที่ถูกดักจับและขนส่งมาจากสถานที่อื่นนอกจากที่เกิดจากกระบวนการผลิตของผู้รับสัมปทานปิโตรเลียมของตนเองได้

4.2.1 การใช้ประโยชน์จากคาร์บอนไดออกไซด์ที่ถูกดักจับในการผลิตในฐานะสารพลอยได้ตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514

ผู้รับสิทธิในการสำรวจและผลิตปิโตรเลียม เช่น ผู้รับสัมปทานสำรวจและผลิตปิโตรเลียมและผู้รับสัญญาแบ่งปันผลผลิตตามมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 สามารถเพิ่มปริมาณการผลิตปิโตรเลียมโดยอาศัยการอัดคาร์บอนไดออกไซด์ลงในหลุมผลิต คาร์บอนที่ถูกใช้นั้นสามารถเป็น “คาร์บอนไดออกไซด์ที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติในแหล่งสะสม (naturally-occurring reservoirs)” โดยไม่ได้มีการดักจับมาจากแหล่งกำเนิดคาร์บอนอื่น ๆ[42]

[42] Office of Fossil Energy and Carbon Management, “Enhanced Oil Recovery” (OFECM) [online] Available from : https://www.energy.gov/fecm/enhanced-oil-recovery [23 February 2023]

สิทธิของผู้รับสัญญาสำรวจและผลิตปิโตรเลียมตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 รวมถึงสิทธิในการ “ผลิต” ซึ่งการผลิตนั้นหมายถึง การดำเนินการใด ๆ เพื่อนำปิโตรเลียมขึ้นจากแหล่งสะสม และให้หมายความรวมถึง ใช้กรรมวิธีใด ๆ เพื่อทำให้ปิโตรเลียมอยู่ในสภาพที่จะขาย หรือจำหน่ายได้ แต่ไม่หมายความถึงกลั่น ประกอบอุตสาหกรรมเคมีปิโตรเลียม ประกอบอุตสาหกรรมโรงแยกก๊าซ โรงทำก๊าซให้เป็นของเหลวหรือโรงอัดก๊าซ”[43] การนำเอาคาร์บอนไดออกไซด์ที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติในหลุมผลิตมาใช้เพื่อเพิ่มปริมาณการผลิตนั้นถือได้ว่าเป็นกรรมวิธีที่ทำให้ปิโตรเลียมถูกสกัดขึ้นมาเพิ่มเติมและอยู่ในสภาพที่จะขายหรือจำหน่าย นอกจากนี้ คาร์บอนไดออกไซด์ยังถูกรับรวมเป็น “ปิโตรเลียม” ในฐานะของ “สารพลอยได้” ซึ่งมีนิยามว่า “ก๊าซฮีเลียม คาร์บอนไดออกไซด์ กำมะถัน และสารอื่นที่ได้จากการผลิตปิโตรเลียม” ดังนั้น การดำเนินการดังกล่าวจึงเป็นการดำเนินกิจกรรมที่ผู้รับสัญญามีสิทธิตามกฎหมาย

4.2.2 การให้บริการกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์ที่ถูกดักจับและขนส่งมาจากแหล่งอื่น

นอกเหนือจากการใช้ประโยชน์จากคาร์บอนไดออกไซด์ที่ถูกดักจับในกระบวนการผลิตแล้ว ผู้รับสัมปทานสำรวจและผลิตปิโตรเลียมยังอาจประสงค์จะประกอบกิจการให้บริการดักจับและกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์ที่เกิดขึ้นและถูกขนส่งมาจากแหล่งอื่น (ที่มิใช่หลุมการผลิต) เช่น โรงไฟฟ้าหรือโรงงานอุตสาหกรรมมิได้เป็นการดำเนินการโดยตัวผู้รับสัญญาสำรวจและผลิตปิโตรเลียม

การดำเนินการที่ผู้ประกอบการจะต้องขอรับสิทธิสำรวจและผลิตตามมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ได้แก่การสำรวจและผลิต “ปิโตรเลียม” มิใช่ “คาร์บอน” (ซึ่งอาจเป็นผลจากการเผาปิโตรเลียมก็ได้) นอกจากนี้ พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ยังได้บัญญัติถึงนิยามของการสำรวจและผลิตเอาไว้อย่างชัดเจนว่า “สำรวจ” หมายความว่า ดำเนินการตามมาตรฐานในการค้นหาปิโตรเลียม โดยใช้วิธีการทางธรณีวิทยา ธรณีฟิสิกส์ และอื่น ๆ และให้หมายความรวมถึงเจาะเพื่อทดสอบชั้นหินเพื่อให้ทราบว่ามีปิโตรเลียมอยู่หรือไม่เพียงใด เพื่อกำหนดวงเขตแหล่งสะสมปิโตรเลียม หรือเพื่อให้ได้ข้อมูลอย่างอื่นอันเป็นสาระสำคัญที่จำเป็นแก่การผลิตปิโตรเลียมด้วย

ส่วน “ผลิต” หมายความว่า ดำเนินการใด ๆ เพื่อนำปิโตรเลียมขึ้นจากแหล่งสะสม และให้หมายความรวมถึงใช้กรรมวิธีใด ๆ เพื่อทำให้ปิโตรเลียมอยู่ในสภาพที่จะขายหรือจำหน่ายได้ แต่ไม่หมายความรวมถึงกลั่นหรือประกอบอุตสาหกรรมเคมีปิโตรเลียม เมื่อการกักเก็บคาร์บอนมิได้เป็นการดำเนินการเพื่อให้ทราบถึงความมีอยู่ของปิโตรเลียมและมิใช่การนำปิโตรเลียมขึ้นจากแหล่งสะสม แต่เป็นการนำคาร์บอนกลับไปยังแหล่งสะสม (หากเป็นกรณีที่จะใช้หลุมปิโตรเลียมเป็นสถานที่กักเก็บคาร์บอน) ดังนั้น การสำรวจพื้นที่และการดำเนินการเพื่อกักเก็บคาร์บอนจึงมิใช่สิ่งที่ต้องขอรับสิทธิตามมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514

[43] มาตรา 4 พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514

นอกจากนี้ ตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ผู้รับสัมปทานมีสิทธิเก็บรักษาและมีสิทธิขนส่งปิโตรเลียม อย่างไรก็ตาม การ “เก็บรักษา” หมายความว่า ดำเนินการใด ๆ เพื่อรวมและรักษาปิโตรเลียมที่ผู้รับสัมปทานผลิตได้ ส่วนการ “ขนส่ง” หมายความว่า ดำเนินการใด ๆ เพื่อนำปิโตรเลียมที่ผู้รับสัมปทานผลิตได้จากแหล่งผลิตไปยังสถานที่เก็บรักษา สถานที่ขายหรือจำหน่าย สถานที่รับซื้อ และสถานที่ส่งออกนอกราชอาณาจักร และให้หมายความรวมถึงขนส่งปิโตรเลียมนั้นระหว่างสถานที่ดังกล่าวด้วย จากนิยามข้างต้น ผู้รับสัปทานปิโตรเลียมจะดำเนินการเก็บรักษาและขนส่งปิโตรเลียมที่ “ผลิต” ได้ มิใช่นำเอาคาร์บอนไดออกไซด์อัดลงแหล่งสะสม

การที่พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ไม่รองรับสิทธิในการใช้หลุมหรือแหล่งสะสมปิโตรเลียมเพื่อกักเก็บคาร์บอนย่อมก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายว่าผู้รับสัมปทานปิโตรเลียมจะสามารถให้บริการกักเก็บคาร์บอนที่ถูกดักจับและขนส่งมาจากแหล่งอื่นได้โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หรือจะสามารถประกอบการได้โดยไม่ต้องขอรับสิทธิจากรัฐโดยถือว่าเป็นกิจการที่อยู่นอกการกำกับดูแลโดยรัฐ

ในมิติของการกำกับดูแลพฤติกรรมการประกอบการนั้น กิจกรรมเกี่ยวกับ CCS นั้นยังไม่ตกอยู่ในการกำกับดูแลของกฎหมายที่กำหนดมาตรฐานเฉพาะอาจก่อความเสี่ยงด้านความปลอดภัยและสิ่งแวดล้อมขึ้นได้ โดยสามารถเปรียบเทียบกับการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพลังงานออกกฎกระทรวงกำหนดให้ผู้รับสัมปทานปิโตรเลียมมีหน้าที่ออกแบบและก่อสร้างสถานีผลิตปิโตรเลียมบนบกหรือแท่นประกอบการผลิตปิโตรเลียมมาตรฐานทางเทคนิคและวิธีการปฏิบัติงานปิโตรเลียมที่ดี หากนำเอาแนวทางดังกล่าวมาปรับใช้กับการกักเก็บคาร์บอนย่อมหมายความว่าการออกแบบและก่อสร้างสถานีเพื่ออัดคาร์บอนกลับไปยังแหล่งสะสมปิโตรเลียมย่อมควรมีการกำหนดมาตรฐานเช่นกัน

สิทธิในการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมในเขตอำนาจรัฐของประเทศไทยเป็นสิ่งที่ผู้ประกอบการจะต้องได้รับจากรัฐบาลไทย และจะตกอยู่ในการกำกับดูแลขององค์กรกำกับดูแลที่เกี่ยวข้อง เช่น กรมเชื้อเพลิงธรรมชาติ อย่างไรก็ตาม เมื่อพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ไม่ได้ถูกออกแบบมาเพื่อรองรับการกำกับดูแลการอัดคาร์บอนไดออกไซด์ลงในหลุมปิโตรเลียม กรณีจึงเกิดประเด็นให้ต้องพิจารณาและวิเคราะห์ในเชิงเปรียบเทียบว่าประเทศที่กำหนดให้การสำรวจและผลิตปิโตรเลียมเป็นกิจกรรมที่ต้องขอรับสิทธิจากรัฐก่อน และเป็นประเทศที่จะเปิดโอกาสให้มีการประกอบกิจการกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์ลงในหลุมปิโตรเลียมนั้นประสบความท้าทายในลักษณะเดียวกับประเทศไทยหรือไม่

5. แนวทางในการพัฒนากฎหมายและองค์กรกำกับดูแล

เพื่อประโยชน์ในการศึกษาและวิเคราะห์ในเชิงเปรียบเทียบทั้งในมิติของกฎหมายและข้อเท็จจริงเกี่ยวการประกอบกิจการกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์ ผู้เขียนได้เลือกกฎหมายปิโตรเลียมของสหราชอาณาจักร (Petroleum Act 1998) และกรอบทางกฎหมายของสหภาพยุโรป (EC Directive 2009/31/

EC on the Geological Storage of Carbon Dioxide ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “CCS Directive”) เพื่อประโยชน์ในการวิเคราะห์และเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศไทย

5.1 แนวทางการพัฒนากฎหมายในสหราชอาณาจักร

สหราชอาณาจักรอาศัย Petroleum Act 1998 ในการประกาศอำนาจรัฐในการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมในเขตอำนาจรัฐของตน[44] บุคคลที่ประสงค์จะดำเนินการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมในเขตอำนาจรัฐของสหราชอาณาจักรจะต้องขอรับใบอนุญาตจากรัฐมนตรี[45] Petroleum Act 1998 นั้นเป็นกฎหมายที่มีหลักการเทียบได้กับพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514

มาตรา 3(1) แห่ง Petroleum Act 1998 นั้นเปรียบเทียบได้กับมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ซึ่งเป็นฐานทางกฎหมายในการให้สิทธิและกำกับดูแลการ “ทำให้ได้มา” ซึ่งปิโตรเลียม อย่างไรก็ตาม ทั้ง Petroleum Act 1998 และพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 มิได้เป็นฐานทางกฎหมายในการให้สิทธิและกำกับดูแล “การดักจับและกักเก็บคาร์บอนได้ออกไซด์”

สหราชอาณาจักรได้ตรา UK Energy Act ขึ้นในปี ค.ศ. 2008 โดยมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์ (storage of carbon dioxide) โดยเฉพาะ โดยบัญญัติให้กิจกรรม เช่น การใช้สถานที่เพื่อกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์อย่างถาวร หรือการสำรวจพื้นที่เพื่อการก่อสร้างและใช้งานระบบกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์ดังกล่าว (มาตรา 17(2)) เป็นการประกอบกิจการที่จะต้องขอรับใบอนุญาต (มาตรา 17(1)) ตามมาตรา 19 แห่ง UK Energy Act บัญญัติให้หน่วยงานรัฐผู้ให้ใบอนุญาตมีอำนาจในการกำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่จะขอรับอนุญาต ขั้นตอนการขอรับใบอนุญาต นอกจากนี้มาตรา 20 แห่ง UK Energy Act ยังได้บัญญัติให้ใบอนุญาตมีข้อกำหนดและเงื่อนไขที่ผู้รับใบอนุญาตต้องปฏิบัติตาม เช่น หน้าที่ในการวางหลักประกันทางการเงิน (financial security) ข้อห้ามหรือหน้าที่ที่ผู้รับใบอนุญาต้องปฏิบัติตาม[46]

5.2 การจัดตั้งองค์กรกำกับดูแลในสหภาพยุโรป

Article 23 ของ CCS Directive บัญญัติให้รัฐสมาชิกมีหน้าที่ต้องจัดตั้งหรือมอบหมายภารกิจในการปฏิบัติการตาม CCS Directive แก่หน่วยงานที่มีศักยภาพในการดำเนินการ (ซึ่งอาจจะมีมากกว่าหนึ่งหน่วยงานก็ได้) ตาม UK Energy Act ผู้ทรงอำนาจในการออกใบอนุญาตได้แก่รัฐมนตรีซึ่งรับผิดชอบงานยุทธศาสตร์สำหรับธุรกิจ พลังงาน และอุตสาหกรรม (Secretary of State for Business, Energy and Industrial Strategy) และรัฐมนตรีของสกอตแลนด์ (Scottish Ministers)

---

[44] Section 2(1) of Petroleum Act 1998

[45] เรื่องเดียวกัน, Section 3(1)

[46] Section 20(3) of UK Energy Act

ดังนั้น นอกจากจะต้องมีการพัฒนากรอบทางกฎหมายในการกำกับดูแลการประกอบกิจการดักจับและกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์แล้วยังมีความจำเป็นที่จะต้องหาหน่วยงานรัฐที่จะเป็นผู้ใช้อำนาจในการกำกับดูแลตามกฎหมายที่ถูกพัฒนาขึ้นอีกด้วย ในกรณีของประเทศไทยนั้น หน่วยงานรัฐที่เกี่ยวข้องกับการกิจการปิโตรเลียมและพลังงานมีอยู่หลายหน่วยงาน เช่น กระทรวงพลังงาน กรมเชื้อเพลิงธรรมชาติ กรมธุรกิจพลังงาน ตลอดจนคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน

5.2.1 ศักยภาพที่องค์กรกำกับดูแลควรมี

ในการพิจารณาว่าหน่วยงานรัฐใดจะเป็นผู้กำกับดูแลการดักจับและกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์ สิ่งที่ควรจะตอบให้ได้เสียก่อนย่อมมีอยู่ว่าการกำกับดูแลนั้นมีเนื้อหาอย่างไร เพื่อจะได้ทราบถึง “ศักยภาพ” หรือ “ความเชี่ยวชาญ” ที่องค์กรกำกับดูแลพึงมี Article 7 ของ CCS Directive ระบุว่าในการพิจารณาเพื่อ “ให้อนุญาต” การกักเก็บคาร์บอนที่ดักจับมาได้นั้นจะต้องมีการพิจารณาและพิสูจน์ได้ถึง “ความสามารถด้านเทคนิคของผู้ประกอบการ” ผู้พิจารณาคำขอรับอนุญาตนั้นจะต้องพิจารณาถึงปริมาณคาร์บอนไดออกไซด์ที่จะมีการอัดลงในแหล่งสะสม ต้นกำเนิดของคาร์บอนไดออกไซด์และวิธีการขนส่ง องค์ประกอบของการไหลของสสารที่เป็นผลมาจากกระบวนการดักจับคาร์บอนไดออกไซด์ (CO2 streams) อัตราการอัดและแรงดัน ตลอดจนตำแหน่งที่เป็นไปได้ของแหล่งสะสม นอกจากนี้พิจารณาคำขอรับอนุญาตนั้นยังจะต้องพิจารณาถึงแผนการแก้ไขในกรณีเกิดเหตุรั่วไหล และแผนการดำเนินการภายหลังการประกอบกิจการ

ในการพิจารณาพื้นที่ทางธรณีวิทยาที่เหมาะสมนั้น Article 4 ของ CCS Directive บัญญัติว่ารัฐจะต้องมีอำนาจในการพิจารณาพื้นที่ดังกล่าว การพิจารณาความเหมาะสมของพื้นที่ที่จะถูกใช้เพื่อใช้เป็นแหล่งสะสมคาร์บอนไดออกไซด์นั้นจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และขั้นตอนที่ Annex I ของ CCS Directive ซึ่งประกอบด้วยขั้นตอนที่สำคัญสามขั้นตอนได้แก่ ขั้นที่ 1 เก็บรวบรวมข้อมูล ขั้นที่ 2 สร้างแบบจำลองสามมิติ และ ขั้นที่ 3 กำหนดลักษณะพลวัตพฤติกรรมของการกักเก็บ (storage dynamic behavior) กำหนดลักษณะของความไว (sensitivity characterization) และประเมินความเสี่ยง

ผู้เขียนมีความเห็นว่าทั้งการพิจารณาเพื่ออนุญาตให้มีการกักเก็บคาร์บอนตามมาตรา 7 แห่ง CCS Directive และการพิจารณาเพื่อกำหนดพื้นที่ที่มีลักษณะทางธรณีวิทยาที่เหมาะสมสำหรับการใช้เป็นแหล่งสะสมคาร์บอนนั้นเป็นเรื่องที่มีลักษณะ “เทคนิค” เป็นอย่างยิ่ง การใช้ดุลพินิจของหน่วยงานรัฐที่จะทำหน้าที่ดังกล่าวจะต้องมีความเข้าใจถึงขั้นตอนการดำเนินการในการดักจับและการกักเก็บอย่างถ่องแท้ เข้าใจถึงสภาพทางธรณีวิทยาที่เหมาะสมกับการกักเก็บคาร์บอนได้ออกไซด์และสามารถประเมินความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องได้

5.2.2 วิเคราะห์อำนาจหน้าที่และบทบาทองค์กรกำกับดูแลอุตสหากรรมปิโตรเลียมในปัจจุบัน

ในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีหน่วยงานเฉพาะที่มีศักยภาพในการกำกับดูแลการประกอบกิจการดักจับและกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์โดยเฉพาะ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นว่าหน่วยงานที่น่าจะมีศักยภาพมากที่สุดในปัจจุบัน ได้แก่ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพลังงาน คณะกรรมการปิโตรเลียม และกรมเชื้อเพลิงธรรมชาติตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 แม้ว่ากฎหมายจะไม่ได้ถูกออกแบบมาให้รองรับการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจดักจับและกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์ในประเทศไทยก็ตาม

5.2.2.1 องค์กรกำกับดูแลอุตสาหกรรมสำรวจและผลิตปิโตรเลียม

ในการให้สิทธิการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมผ่านสัมปทานปิโตรเลียมนั้น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพลังงานมีอำนาจให้สัมปทาน “โดยคำแนะนำของคณะกรรมการปิโตรเลียม”[47] ส่วนกรมเชื้อเพลิงธรรมชาติมีอำนาจกำหนดเขตพื้นที่แปลงสำรวจปิโตรเลียมทั้งที่อยู่ในทะเลและไม่ได้อยู่ในทะเล[48] โดยอธิบดีกรมเชื้อเพลิงธรรมชาติมีอำนาจสั่งพนักงานเจ้าหน้าที่ทำการรังวัดกำหนดเขตหรือตรวจสอบเขตเพื่อประโยชน์ในการกำหนดแปลงสำรวจและพื้นที่ผลิต[49]

หากพิจาณาตามกฎหมายในปัจจุบัน ผู้เขียนเห็นว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงพลังงาน คณะกรรมการปิโตรเลียม และกรมเชื้อเพลิงธรรมชาติเป็นหน่วยงานที่มีภารกิจในการกำกับดูแลกิจกรรมที่ “ใกล้ชิด” กับการกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์โดยการอัดคาร์บอนไดออกไซด์ลงในหลุมกักเก็บปิโตรเลียมมากที่สุด เนื่องจากเป็นการพิจารณาถึงลักษณะทางธรณีวิทยาของแหล่งสะสมปิโตรเลียม และการพิจารณาถึงคุณสมบัติของผู้ประกอบการที่ดำเนินการเกี่ยวกับหลุมผลิตปิโตรเลียม โดยมีความใกล้ชิดมากกว่าองค์กรกำกับดูแลอื่นเช่นกรมธุรกิจพลังงานซึ่งจะได้แสดงถึงบทวิเคราะห์ในหัวข้อถัดไป

5.2.2.2 องค์กรกำกับดูแลการขนส่งและค้าน้ำมันเชื้อเพลิง

ตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติการค้าน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ. 2543 “ผู้ค้าน้ำมัน” ที่มีปริมาณการค้าแต่ละชนิด หรือรวมกันทุกชนิดปีละตั้งแต่หนึ่งแสนเมตริกตันขึ้นไป หรือเป็นผู้ค้าน้ำมันชนิดก๊าซปิโตรเลียมเหลวแต่เพียงชนิดเดียวที่มีปริมาณการค้าปีละตั้งแต่ห้าหมื่นเมตริกตันขึ้นไป ต้องได้รับใบอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพลังงาน และตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติการค้าน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ. 2543 ผู้ใดเป็นผู้ค้าน้ำมันซึ่งดำเนินกิจการค้าน้ำมันโดยจัดตั้งเป็นสถานีบริการ ต้องยื่นขอจดทะเบียนต่ออธิบดีกรมธุรกิจพลังงาน

47 มาตรา 22(1) พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514

48 เรื่องเดียวกัน, มาตรา 28

49 เรื่องเดียวกัน, มาตรา 29

การค้าน้ำมันเชื้อเพลิงตามพระราชบัญญัติการค้าน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ. 2543 ได้แก่ซื้อนำเข้ามาในราชอาณาจักร หรือได้มาไม่ว่าด้วยประการใดเพื่อจำหน่าย และให้หมายความรวมถึงการกลั่นหรือผลิตน้ำมันเชื้อเพลิง (แต่ทั้งนี้ ไม่รวมถึงผู้ได้รับสัมปทานตามกฎหมายว่าด้วยปิโตรเลียม) ส่วนสถานีบริการหมายถึงสถานที่สำหรับจำหน่ายน้ำมันเชื้อเพลิงให้แก่ประชาชนโดยวิธีเติมหรือใส่ลงในที่บรรจุน้ำมันเชื้อเพลิงของยานพาหนะ โดยใช้มาตรวัดน้ำมันเชื้อเพลิงตามกฎหมายว่าด้วยมาตราชั่งตวงวัดที่ติดตั้งไว้เป็นประจำ

จะเห็นได้ว่าการใช้อำนาจเพื่อกำกับดูแลของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพลังงานและกรมธุรกิจพลังงานตามพระราชบัญญัติการค้าน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ. 2543 นั้นเป็นเรื่องการดำเนินการเชิงพาณิชย์กับน้ำมันเชื้อเพลิงและสร้างความปลอดภัยในการให้บริการสถานีบริการน้ำมันเชื้อเพลิงซึ่งกล่าวได้ว่าเป็นการกำกับดูแลอุตสาหกรรมใน “ปลายน้ำ (downstream)” ของอุตสาหกรรมปิโตรเลียม

การพิจารณาคุณสมบัติทางเทคนิคของบุคคลที่จะนำเข้าน้ำมันย่อมแตกต่างไปจากการพิจารณาคุณสมบัติทางเทคนิคของบุคคลที่จะทำการอัดคาร์บอนไดออกไซด์ลงในแหล่งสะสมพลังงาน เช่น หลุมผลิตปิโตรเลียมในทะเล หรืออาจกล่าวได้ว่าการพิจารณาคุณสมบัติของผู้ขอรับใบอนุญาตค้าน้ำมันเชื้อเพลิงนั้นไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับศักยภาพในการดำเนินการทางธรณีวิทยาและการใช้หลุมผลิตปิโตรเลียมแต่ประการใด

5.2.2.3 กรมเจ้าท่า

นอกเหนือจากองค์กรกำกับดูแลอุตสาหกรรมปิโตรเลียมแล้ว การวิเคราะห์ถึงหน้าที่และอำนาจขององค์กรกำกับดูแลยังควรรวมไปถึงองค์กรกำกับดูกิจกรรมที่กระทำลงในพื้นที่ทางน้ำของประเทศไทย เนื่องจากการอัดคาร์บอนไดออกไซด์ที่ถูกดักจับได้นั้นอาจเป็นการดำเนินการที่เกิดขึ้นในพื้นที่ทางน้ำ เช่น ทะเลอาณาเขต เขตเศรษฐกิจจำเพาะ และไหล่ทวีปก็เป็นได้ ในประเทศไทยองค์กรที่มีอำนาจในการกำกับดูแลกิจกรรมในเชิงพาณิชย์ในพื้นน้ำโดยเฉพาะอย่างยิ่งการขนส่งทางน้ำได้แก่กรมเจ้าท่า

กรมเจ้าท่ามีภารกิจเกี่ยวกับการกำกับดูแล การส่งเสริม การพัฒนาระบบการขนส่งทางน้ำและการพาณิชยนาวี ให้มีการเชื่อมต่อกับระบบการขนส่งอื่น ๆ ทั้งการขนส่งผู้โดยสารและสินค้า ท่าเรือ อู่เรือ กองเรือไทย และกิจการเกี่ยวเนื่อง เพื่อให้ประชาชนได้รับความสะดวกรวดเร็ว ทั่วถึง และปลอดภัย ตลอดจนการสนับสนุนภาคการส่งออกให้มีความเข้มแข็ง[50]

ตามร่างพระราชบัญญัติการป้องกันมลพิษทางทะเลเนื่องจากการทิ้งเทของเสียหรือวัสดุอื่นลงทะเล พ.ศ. .... (เสนอและเผยแพร่เพื่อการแสดงความคิดเห็นโดยกรมเจ้าท่าเมื่อวันที่ 10 ตุลาคม พ.ศ. 2565) กำหนดให้การทุ่มทิ้งซึ่งมิได้เป็นผลจากการทำซึ่งเป็นผลมาจากการกระทำที่เกิดจากการ

[50] ข้อ 2 กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมเจ้าท่า กระทรวงคมนาคม พ.ศ. 2558.

สำรวจ การใช้ประโยชน์หรือกระบวนการผลิตทรัพยากรแร่ใต้ทะเล ตามกฎหมายว่าด้วยปิโตรเลียมหรือกฎหมายว่าด้วยการนั้นต้องขออนุญาตจากอธิบดีกรมเจ้าท่า[51]

การกำกับดูแลการกักเก็บคาร์บอนได้ออกไซด์นั้นเป็นการดำเนินการที่แตกต่างไปจากการกำกับดูแลการขนส่งทางน้ำ การกำกับดูแลการขนส่งทางน้ำมีประเด็นในการกำกับดูแลที่สำคัญคือ การส่งเสริมการพัฒนาระบบการขนส่งทางน้ำและการพาณิชยนาวี ให้มีการเชื่อมต่อกับระบบการขนส่งอื่น ๆ ทั้งการขนส่งผู้โดยสารและสินค้า ท่าเรือ อู่เรือ กองเรือไทย และกิจการเกี่ยวเนื่อง เพื่อให้ประชาชนได้รับความสะดวกรวดเร็ว ทั่วถึง และปลอดภัย ตลอดจนการสนับสนุนภาคการส่งออกให้มีความเข้มแข็ง[52] แต่ขณะที่การกำกับดูแลการกักเก็บ ขนส่ง และอัดคาร์บอนไดออกไซด์ที่ถูกดักจับและขนส่งนั้นองค์กรกำกับดูแลจะพิจารณาถึงความปลอดภัยในกระบวนการดักจับและขนส่ง ในส่วนของของการอัดคาร์บอนไดออกไซด์ลงแหล่งสะสมนั้น องค์กรกำกับดูแลจะต้องพิจารณาถึงลักษณะทางธรณีวิทยาของแหล่งสะสม เช่น ศักยภาพในการกักเก็บ (เพื่อมิให้เกิดการรั่วไหล) ลักษณะทางกายภาพและองค์ประกอบของคาร์บอนที่กำลังจะถูกอัดลงในแหล่งสะสม จะเห็นได้ว่าประเด็นในการกำกับดูแลที่สำคัญเหล่านี้มิได้เป็นเรื่องการกำกับดูแลการขนส่งทางน้ำ

6. แนวทางการพัฒนาตัวบทกฎหมายและพัฒนาองค์กรกำกับดูแลการดักจับและกักเก็บก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์

เมื่อตัวบทกฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งพระราชบัญญัติการปิโตรลียมนั้นไม่ได้ถูกตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรับรองสิทธิในการประกอบกิจการกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์ และเมื่อธุรกิจและการลงทุนเพื่อโครงการ CCUS (*Carbon Capture, Utilization and Storage*) นั้นกำลังเกิดขึ้นโดยประเทศไทยมีความจำเป็นที่จะต้องกำกับดูแลการประกอบกิจการดังกล่าวกรณีจึงมีความสมเหตุสมผลที่จะต้องพัฒนาตัวบทกฎหมายและองค์กรกำกับดูแลการดักจับและกักเก็บก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์

6.1 กฎหมายเฉพาะเพื่อรับรองสิทธิและกำกับดูแลการขุดเจาะและใช้ประโยชน์จะหลุมกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์

จากการศึกษาบทบัญญัติที่ปรากฏตาม UK Energy Act ผู้เขียนมีความเห็นว่าหากรัฐบาลไทยประสงค์จะส่งเสริมการลงทุนและการประกอบกิจการดักจับและกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์ในประเทศไทย รัฐบาลควรพัฒนากรอบทางกฎหมายในการให้สิทธิและกำกับดูแลการประกอบกิจการนี้โดยคำนึงลักษณะเฉพาะและความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการ “ดักจับและกักเก็บ

---

[51] มาตรา 4(3) ประกอบมาตรา 16 ร่างพระราชบัญญัติการป้องกันมลพิษทางทะเลเนื่องจากการทิ้งเทของเสียหรือวัสดุอื่นลงทะเล พ.ศ. .... (เสนอและเผยแพร่เพื่อการแสดงความคิดเห็นโดยกรมเจ้าท่าเมื่อวันที่ 10 ตุลาคม พ.ศ. 2565)

[52] ข้อ 2 กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมเจ้าท่า กระทรวงคมนาคม พ.ศ. 2558

คาร์บอนไดออกไซด์” โดยไม่อาจอาศัยเพียงกรอบทางกฎหมายเพื่อการกำกับดูแล “การสำรวจและผลิตปิโตรเลียม” ตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ได้

อย่างไรก็ตาม ในระหว่างที่ยังไม่มีการบังคับใช้กฎหมายเฉพาะและปรากฏว่ามีความจำเป็นที่ประเทศไทยจะต้องสร้างฐานข้อมูลที่จำเป็นต่อการพัฒนาประกอบกิจการดักจับและกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์ต่อไป โดยจะต้องการดำเนินการสำรวจเพื่อค้นหาแหล่งสะสมที่เหมาะสมกับการกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์ ซึ่งอาจจะต้องมีการสำรวจและขุดเจาะในพื้นที่ทางทะเลซึ่งอยู่ในเขตอำนาจรัฐของประเทศไทย กรณีจะเกิดคำถามขึ้นว่าประเทศไทยจะต้องดำเนินการอย่างไร เนื่องจากประเทศไทยมีพันธกรณีที่ไม่อาจปล่อยให้มีการดำเนินการดังกล่าวโดยปราศจากการตรวจสอบและอนุญาตเนื่องจากจะเป็นการผิดต่อพันธกรณีระหว่างประเทศตามมาตรา 210 แห่ง UNCLOS 1982 และ มาตรา 4 แห่ง London Protocol 1996

ผู้เขียนเห็นว่าหน่วยงานของรัฐที่มีศักยภาพมากที่สุดในปัจจุบันในการ “ลงมือ” ดำเนินการสำรวจเพื่อค้นหาแหล่งสะสมที่เหมาะสมกับการกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์ในประเทศไทยได้แก่กรมเชื้อเพลิงธรรมชาติ อย่างไรก็ตาม การดำเนินการของกรมเชื้อเพลิงธรรมชาตินั้นจะต้องมีกฎหมายรองรับหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือต้องมีกฎหมายให้อำนาจในการดำเนินการ หน้าที่และอำนาจของกรมจะถูกกำหนดขึ้นตามกฎกระทรวงที่ออกตามความในมาตรา 8 ฉ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2535 โดยในปัจจุบันกฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมเชื้อเพลิงธรรมชาติ กระทรวงพลังงาน พ.ศ. 2562 กำหนดให้กรมเชื้อเพลิงธรรมชาติมีภารกิจเกี่ยวกับ

> *“การส่งเสริม สนับสนุน และเร่งรัดการจัดหาพลังงาน โดยการส่งเสริมและเร่งรัดการสำรวจและพัฒนาแหล่งเชื้อเพลิงธรรมชาติในประเทศจัดทำแผนการจัดหาเชื้อเพลิงธรรมชาติเพื่อความมั่นคงด้านพลังงานของประเทศ บริหารจัดการก๊าซธรรมชาติที่ถูกทำให้เหลว (Liquefied Natural Gas) ส่งเสริมและสนับสนุนการใช้เชื้อเพลิงธรรมชาติทางเลือกส่งเสริมและสนับสนุนการใช้ถ่านหินที่นำเข้ามาเพื่อใช้ผลิตพลังงานไฟฟ้าให้ได้ตามมาตรฐานสากลและส่งเสริมความร่วมมือด้านการสำรวจและพัฒนาแหล่งเชื้อเพลิงธรรมชาติกับประเทศเพื่อนบ้านและประเทศอื่น”*[53]

โดยเมื่อพิจารณาถึง “หน้าที่และอำนาจ” ของกรมเชื้อเพลิงธรรมชาติตามข้อ 2 แห่งกฎกระทรวงแล้ว จะไม่ปรากฏว่ากฎกระทรวงได้ให้อำนาจของกรมเชื้อเพลิงธรรมชาติในการดำเนินการสำรวจเพื่อค้นหาแหล่งสะสมที่เหมาะสมกับการกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์โดยตรง ข้อ 2(3) ของกฎกระทรวงกำหนดให้กรมเชื้อเพลิงธรรมชาติมีหน้าที่และอำนาจในการ *“วิเคราะห์ วิจัย และประเมินศักยภาพและปริมาณ*

[53] ข้อ 2 กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมเชื้อเพลิงธรรมชาติ กระทรวงพลังงาน พ.ศ. 2562

สำรอง และพัฒนาแหล่งเชื้อเพลิงธรรมชาติ" ซึ่งย่อมมีสาระสำคัญคือการวิเคราะห์วิจัยเพื่อประโยชน์ในการสำรวจและผลิตปิโตรเลียม โดยอาจไม่รวมถึงการลงมือดำเนินการสำรวจเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลสำรวจเพื่อค้นหาแหล่งสะสมที่เหมาะสมกับการกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์ ความไม่ชัดเจนดังกล่าวอาจส่งผลให้การลงมือดำเนินการของกรมเชื้อเพลิงธรรมชาติกลายเป็นการกระทำที่ปราศจากฐานทางกฎหมายรองรับ

เพื่อให้กรมเชื้อเพลิงธรรมชาติสามารถ "ลงมือ" ดำเนินการดังกล่าวได้โดยชอบด้วยกฎหมาย คณะรัฐมนตรีอาจมอบหมายให้กรมเชื้อเพลิงธรรมชาติมีอำนาจในการอนุญาตการอัดคาร์บอนไดออกไซด์ลงในหลุมกักเก็บในทะเลได้ นอกจากนี้ ยังอาจให้อำนาจแก่กรมเชื้อเพลิงธรรมชาติในการมอบหมายหรือร่วมมือกับหน่วยงานหรือองค์กรเอกชนให้สนับสนุนการดำเนินการดังกล่าวได้ โดยกรมเชื้อเพลิงธรรมชาติยังคงมีหน้าที่ต้องกำกับดูแลการดำเนินการขององค์กรดังกล่าว

อนึ่ง เมื่อการกำกับดูแลการอัดคาร์บอนไดออกไซด์ที่ถูกดักจับและขนส่งเพื่อการอัดลงหลุมสะสมในทะเลอาณาเขต เขตเศรษฐกิจจำเพาะ หรือไหล่ทวีปนั้นมิได้มีประเด็นสำคัญเป็นเรื่องการขนส่งหรือการพาณิชย์นาวี ซึ่งให้ความสำคัญกับเชื่อมโยงของการขนส่งทางน้ำ คุณภาพของการขนส่งผู้โดยสารและสินค้า การมอบหมายอำนาจในการกำกับดูแลเพื่ออนุญาตการอัดคาร์บอนไดออกไซด์ลงในหลุมกักเก็บในทะเลนั้นจึงไม่น่าจะเป็นการมอบอำนาจให้กรมเจ้าท่า (เช่นเดียวกับกรมเชื้อเพลิง กรมเจ้าท่ามีหน้าที่และอำนาจในการดำเนินการใดที่คณะรัฐมนตรีมอบหมาย[54]) มีอำนาจในการอนุญาตและกำกับดูแลการอัดคาร์บอนไดออกไซด์ลงในหลุมกักเก็บในทะเล

6.2 องค์กรกำกับดูแลการขุดเจาะและใช้ประโยชน์จะหลุมกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์

แม้ว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงพลังงาน คณะกรรมการปิโตรเลียม และกรมเชื้อเพลิงธรรมชาติจะนับได้ว่าเป็นหน่วยงาน "ที่น่าจะมีศักยภาพมากที่สุด" และ "ใกล้เคียง" อย่างไรก็ตาม ผู้ยังมีความเห็นต่อไปว่าความใกล้เคียงดังกล่าวอาจไม่เพียงพอ ศักยภาพในการสกัดเอาน้ำมันและปิโตรเลียมขึ้นมาเปลือกโลกโดยการเจาะหลุมผลิตโดยแท่นขุดเจาะ ไม่ได้หมายความว่าบุคคลดังกล่าวจะสามารถอัดคาร์บอนไดออกไซด์ลงในหลุมผลิตดังกล่าวได้อย่างปลอดภัยเสมอไป บุคคลที่ครอบครองเทคโนโลยีการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมอาจไม่ได้ครอบครองเทคโนโลยีการอัดคาร์บอนลงในแหล่งสะสมก็เป็นได้ ด้วยเหตุนี้ จึงมีความเห็นว่าการสร้างหน่วยงานที่มีศักยภาพเฉพาะในการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจดักจับและกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์จึงเป็นทางเลือกที่ดีกว่าคำถามที่ตามมาคือหากจะมีการจัดตั้งองค์กรกำกับดูแลแล้วองค์กรกำกับดูแลดังกล่าวควรถูกออกแบบอย่างไร มีอำนาจหน้าที่ใดบ้าง และที่สำคัญคือจะต้องมีความเชี่ยวชาญในด้านใด ความเชี่ยวชาญที่จำเป็นมีด้านใดบ้าง

---

[54] เรื่องเดียวกัน, ข้อ 2(6).

ผู้เขียนเห็นว่าการออกแบบอาจเริ่มจากการศึกษาถึงองค์ประกอบขององค์กรตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 เป็นแนวทาง เช่น องค์ประกอบของคณะกรรมการปิโตรเลียมตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 “คณะกรรมการปิโตรเลียม” ประกอบด้วยปลัดกระทรวงพลังงานเป็นประธานกรรมการ อธิบดีกรมที่ดิน อธิบดีกรมประมง อธิบดีกรมป่าไม้ อธิบดีกรมสรรพากร เลขาธิการสำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ผู้อำนวยการสำนักงานนโยบายและแผนพลังงาน ผู้แทนกระทรวงกลาโหม ผู้แทนกระทรวงการคลัง ผู้แทนกระทรวงอุตสาหกรรม และผู้ทรงคุณวุฒิอีกไม่เกินห้าคนซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งจากบุคคลซึ่งมีความรู้ ความเชี่ยวชาญ และประสบการณ์ในสาขาธรณีวิทยา วิศวกรรมศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ การเงิน กฎหมาย หรือสาขาอื่นอันจะเป็นประโยชน์ต่อกิจการปิโตรเลียมเป็นกรรมการ

หน่วยงานเฉพาะด้านนี้อาจถูกจัดตั้งขึ้นโดยมีองค์ประกอบคล้ายกับคณะกรรมการปิโตรเลียม หากแต่มีการปรับองค์กรประกอบให้เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการดักจับและกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์ เช่น กำหนดให้ผู้ทรงคุณวุฒินั้นมีความเชี่ยวชาญในสาขาที่เป็นประโยชน์กับการควบคุมกับกิจการดักจับและกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์ นอกจากนี้ ยังสามารถกำหนดบทบาทของกรมเชื้อเพลิงธรรมชาติในการมีส่วนร่วมกำกับดูแลการประกอบธุรกิจให้ชัดเจน เช่น บทบาทในการติดตามตรวจสอบการปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดในใบอนุญาตตลอดจนมาตรฐานการประกอบกิจการเป็นต้น

7. บทสรุป

การพัฒนาระบบการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจดักจับ ใช้ประโยชน์ และกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์นั้นเป็นเรื่องที่มีความจำเป็นอย่างยิ่ง หากรัฐบาลไทยประสงค์จะส่งเสริมให้มีการลงทุนและการประกอบธุรกิจอันเป็นส่วนหนึ่งที่นำไปสู่สังคมที่มีการปล่อยคาร์บอนสุทธิเป็นศูนย์เพื่อป้องกันมิให้โครงการดักจับและกักเก็บก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ย่อมกลายเป็นการดำเนินการที่ไม่ได้ช่วยแก้ไขปัญหา Climate Change หากแต่จะกลายเป็นสิ่งที่สร้างปัญหา Climate Change เสียเอง

การสำรวจพื้นที่ทางทะเลและใช้พื้นสมุทรซึ่งอยู่ในบริเวณของเขตเศรษฐกิจจำเพาะหรือไหล่ทวีปที่ประเทศไทยมีเขตอำนาจรัฐและสิทธิอธิปไตย (sovereign right) เพื่อประโยชน์ในการดำเนินโครงการกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์ ประเทศไทยในฐานะรัฐสมาชิกของ UNCLOS ย่อมมีพันธกรณีที่จะกำหนดหลักเกณฑ์และกำกับการดำเนินการดังกล่าวโดยคำนึงถึงการประมง การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมทางทะเลและสิทธิและหน้าที่ของรัฐอื่น ๆ นอกจากนี้ ประเทศไทยยังมีหน้าที่ตาม London Protocol 1996 ที่จะให้ต้องให้อนุญาตการอัดคาร์บอนไดออกไซด์ลงแหล่งสะสมตามเงื่อนไขที่กำหนดในภาคผนวกของพิธีสาร

แม้ว่าพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 จะไม่ได้ถูกตราขึ้นเพื่อนั้นไม่สามารถถูกใช้เป็นฐานทางกฎหมายในการให้สิทธิและกำกับดูแลการดำเนินกิจกรรม CCS โดยตรง อย่างไรก็ตาม

พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 สามารถถูกตีความให้รับรองถึงสิทธิของผู้รับสัมปทานปิโตรเลียมในการ “ใช้ประโยชน์จากคาร์บอนไดออกไซด์” (Carbon Capture and Utilization : CCU) ที่เกิดจากกระบวนการผลิตเพื่อประโยชน์ในการเพิ่มประสิทธิภาพการผลิตได้

อย่างไรก็ตาม กฎหมายในปัจจุบันก็ยังไม่อาจถูกใช้เพื่อเป็นฐานในการกำกับดูแลการสำรวจหาแหล่งกักเก็บที่มีความเหมาะสมได้ การสำรวจและขุดเจาะหลุมเพื่อกักเก็บคาร์บอนมิได้การดำเนินการเพื่อให้ทราบถึงความมีอยู่ของปิโตรเลียมและมิใช่การนำปิโตรเลียมขึ้นจากแหล่งสะสมแต่เป็นการนำคาร์บอนกลับไปยังแหล่งสะสม (reservoir) การสำรวจพื้นที่และการดำเนินการเพื่อกักเก็บคาร์บอนจึงมิใช่สิ่งที่ต้องขอรับสิทธิตามมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 และไม่ตกอยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ส่งผลให้หน่วยงานรัฐตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ไม่อาจอาศัยพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ในการกำกับดูแลมาตรฐานการประกอบกิจการการสำรวจและขุดเจาะหลุมเพื่อกักเก็บคาร์บอนได้ นอกจากนี้ การให้บริการกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์ที่ถูกดักจับและขนส่งมาจากสถานที่อื่นนอกจากที่เกิดจากกระบวนการผลิตของผู้รับสัมปทานปิโตรเลียมของตนเองนั้นก็ยังมิใช้สิทธิในการประกอบกิจการปิโตรเลียมตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ในปัจจุบัน

ในมิติขององค์กรกำกับดูแลนั้น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพลังงาน คณะกรรมการปิโตรเลียม และกรมเชื้อเพลิงธรรมชาติเป็นหน่วยงาน “ที่น่าจะมีศักยภาพมากที่สุด” และ “ใกล้ชิด” กับการประกอบกิจการกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์มากที่สุด เมื่อเปรียบเทียบกับหน่วยงานกำกับดูแลอื่นในประเทศไทย เช่น การใช้อำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพลังงานและกรมธุรกิจพลังงานตามพระราชบัญญัติการค้าน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ. 2543 อย่างไรก็ตาม การกำกับดูแลการสำรวจ เลือกพื้นที่ที่มีความเหมาะสม การอนุญาต และการติดตามตรวจสอบผลกระทบจากการกักเก็บคาร์บอนไดออกไซต์นั้นมีความแตกต่างไปจากการให้สิทธิและกำกับดูแลการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมอย่างมีนัยสำคัญ

การพิจารณาเพื่อกำหนดพื้นที่ที่มีลักษณะทางธรณีวิทยาที่เหมาะสมสำหรับการใช้เป็นแหล่งสะสมคาร์บอนนั้นเป็นเรื่องที่มีลักษณะ “เทคนิค” เป็นอย่างยิ่ง การใช้ดุลพินิจของหน่วยงานรัฐที่จะทำหน้าที่ดังกล่าวจะต้องมีความเข้าใจถึงขั้นตอนการดำเนินการในการดักจับและการกักเก็บอย่างถ่องแท้ เข้าใจถึงสภาพทางธรณีวิทยาที่เหมาะสมกับการกักเก็บคาร์บอนได้ออกไซด์ และสามารถประเมินความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องได้ซึ่งมีความแตกต่างไปจากการพิจารณาถึงความอุดมสมบูร์ของแหล่งปิโตรเลียมที่จะมีการอนุญาตให้สำรวจและผลิตควรจะกำหนดรอบในการพิจารณาให้อนุญาตโดยสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ เช่น ความสามารถในการพิจารณาว่าสิ่งที่จะถูกอัดลงหลุมกักเก็บได้นั้นจะต้องเป็นคาร์บอนเข้มข้น (ซึ่งอาจมีสสารจากแหล่งกำเนิดและที่ได้จากกระบวนการดักจับและกระบวนการแยกคาร์บอนได้) โดยจะต้องไม่มีของเสียหรือวัสดุอื่นที่ถูกเพิ่มเติมเข้ามาเพื่อวัตถุประสงค์ในการทิ้งเท

ด้วยเหตุนี้ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องพัฒนาทั้งตัวบทกฎหมายและองค์กรที่จะทำหน้าที่ในการกำกับดูแลการประกอบกิจการกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากว่าการดำเนินกิจกรรมดังกล่าวจะเกิดขึ้นนอกชายฝั่ง ในส่วนของตัวบทกฎหมายนั้น ประเทศไทยควรพัฒนากรอบทางกฎหมายในการให้สิทธิและกำกับดูแลการประกอบกิจการนี้โดยคำนึงลักษณะเฉพาะและความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการ “ดักจับและกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์” โดยไม่อาจอาศัยเพียงกรอบทางกฎหมายเพื่อการ “ให้สิทธิ” การสำรวจและผลิตปิโตรเลียมตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ได้

อย่างไรก็ตาม ในระหว่างที่รอการตรากฎหมายเฉพาะดังกล่าวคณะรัฐมนตรีอาจมอบหมายให้กรมเชื้อเพลิงธรรมชาติมีอำนาจในการลงมือดำเนินการสำรวจเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลสำรวจเพื่อค้นหาแหล่งสะสมที่เหมาะสมกับการกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์เพื่อสร้างฐานข้อมูลที่จำเป็นต่อการพัฒนาประกอบกิจการดักจับและกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์ต่อไป และให้มีอำนาจในการอนุญาตการอัดคาร์บอนไดออกไซด์ลงในหลุมกักเก็บในทะเลได้ โดยควรจะกำหนดรอบในการพิจารณาให้อนุญาตโดยสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ และเมื่อการกำกับดูแลการอัดคาร์บอนไดออกไซด์ที่ถูกดักจับและขนส่งเพื่อการอัดลงหลุมสะสมในทะเลนั้นมิได้มีประเด็นสำคัญเป็นเรื่องการขนส่งหรือการพาณิชย์นาวีซึ่งให้ความสำคัญกับเชื่อมโยงของการขนส่งทางน้ำ คุณภาพของการขนส่งผู้โดยสารและสินค้าการมอบหมายของคณะรัฐมนตรีจึงควรมอบหมายให้กรมเชื้อเพลิงธรรมชาติมิใช่กรมเจ้าท่า

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นว่าในท้ายที่สุดแล้ว เมื่อมีการตรากฎหมายเฉพาะเพื่ออนุญาตและให้สิทธิการประกอบการดักจับและกักเก็บคาร์บอนได้ออกไซด์ตลอดจนการกำกับดูก็ควรมีการตั้งหน่วยงานที่มีศักยภาพเฉพาะในการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจดักจับและกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์โดยเฉพาะ และอาจกำหนดบทบาทของกรมเชื้อเพลิงธรรมชาติในการมีส่วนร่วมกำกับดูแลการประกอบธุรกิจให้ชัดเจน เช่น บทบาทในการติดตามตรวจสอบการปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดในใบอนุญาตตลอดจนมาตรฐานการประกอบกิจการเป็นต้น

ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การใช้กฎหมายที่ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

A Brief Commentary on the Methods of Application of Law stipulated in Section 4 of the Civil and Commercial Code

ทศพร แสนสวัสดิ์

Thossaporn Saensawatt

อาจารย์ประจำ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร 10240

Full-time Lecturer

Faculty of Law, Ramkhamhaeng University, Hua Mak, Bang Kapi, Bangkok, 10240

Corresponding author E-mail: thossaporn.s@rumail.ru.ac.th

(Received: January 24, 2023; Revised: May 4, 2023; Accepted: May 8, 2023)

บทคัดย่อ

บทความฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อค้นหาคำตอบว่า ระบบกฎหมายไทยมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนด “วิธีการตีความกฎหมาย” ไว้เป็นการเฉพาะหรือไม่ โดยมุ่งศึกษาและวิเคราะห์หลักเกณฑ์การใช้กฎหมายและการอุดช่องว่างของกฎหมายซึ่งปรากฏเป็นรูปธรรมอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จากการศึกษาพบว่า มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ใช่บทบัญญัติที่กำหนด “วิธีการตีความกฎหมาย” ของระบบกฎหมายไทย แต่เป็นบทบัญญัติว่าด้วย “การใช้กฎหมาย” กล่าวคือ เป็นบทบัญญัติที่แสดงถึงขอบเขตการปรับใช้กฎหมาย ระบุบ่อเกิดของกฎหมายในระบบกฎหมายไทยและกำหนดลำดับการใช้กฎหมายตามบ่อเกิด รวมถึงรับรองวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมายที่เรียกว่า “การเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” ไว้อย่างชัดแจ้ง นอกจากนี้บทความฉบับนี้ยังได้วิเคราะห์ถึงความสัมพันธ์เชิงโครงสร้างระหว่างมาตรา 4 วรรคหนึ่งและวรรคสองแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ผ่านข้อความคิดที่เรียกว่า “การอุดช่องว่างของกฎหมาย” และอธิบายถึงหลักการทำงานของนักกฎหมายเมื่อค้นพบช่องว่างของกฎหมายไว้โดยสังเขป

คำสำคัญ: กฎหมาย, การใช้และการตีความกฎหมาย, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

Abstract

This academic paper has a purpose to inquire whether there exists in the Thai legal system any legal provision which specifically stipulated "methods of interpretation of law". The analysis focuses mainly on the concrete rules for applying the law provided by Section 4 of the Civil and Commercial Code. The results suggest that Section 4 of the Civil and Commercial Code is not a provision which laid down the "methods of interpretation of law" of the Thai legal system, but rather a provision regarding the "application of law", that is, the provisions which determines the applicable scope of law, sources of law in the Thai legal system and the sequence of application, as well as recognized *expressis verbis* a methodological solution to the gap of law called "analogy". In addition, this article contains an analysis of the logical connection between both subsections of Section 4 of the Civil and Commercial Code, delineated through the concept of the fulfilment of "the gap in the law", as well as discusses certain principles to be relied upon when a gap or potential gap in the law was found.

Keywords: Law, Application and Interpretation of law, Civil and Commercial Code

1. บทนำ

บ่อยครั้งที่อุปสรรคในการศึกษาวิชากฎหมายรวมถึงการทำงานในฐานะนักกฎหมายไม่ได้เกิดจากการที่เราไม่สามารถค้นหาคำตอบของคำถามหรือปัญหาใดปัญหาหนึ่งได้ หากแต่เกิดจากสภาพการณ์ที่เรามักจะพบ "คำตอบหลายคำตอบ" ในแต่ละคำถามหรือปัญหาทางนิติศาสตร์ ตามวลีที่นักกฎหมายคุ้นเคยว่า "สองนักกฎหมาย สามความเห็น" ตัวอย่างเช่น แม้กระทั่งในปัจจุบันนักกฎหมายยังคงเข้าใจและอธิบายคำว่า "กฎหมาย" แตกต่างกันออกไป ทั้งที่นิยามของคำว่ากฎหมายเป็นส่วนประกอบ (building block) ที่พื้นฐานที่สุดของวิชานิติศาสตร์ ในด้านหนึ่งสำนักกฎหมายธรรมชาติอธิบายว่ากฎหมายเป็นบางสิ่งบางอย่างที่มีลักษณะคล้ายกับกฎเกณฑ์ของธรรมชาติที่มีความมั่นคงถาวรและเป็นสากล[1] หากยึดถือความคิดดังกล่าวโดยเคร่งครัดจะเห็นได้ว่ากฎเกณฑ์หลายอย่างที่ในปัจจุบันจัดว่าเป็น "กฎหมาย" นั้น จะไม่ถือว่าเป็นกฎหมายที่แท้จริงตามคำอธิบายดังกล่าว เนื่องจากกฎเกณฑ์

[1] แนวความคิดดังกล่าวปรากฏตัวให้เห็นอย่างชัดเจนตั้งแต่ในงานเขียนของ Marcus Tullius Cicero (106–43 ก่อนคริสตกาล) ซึ่งได้กล่าวไว้ว่า กฎหมายที่แท้จริงหรือกฎหมายในอุดมคติ (true law) ไม่ขึ้นอยู่กับกาลเวลาและสถานที่ ไม่เปลี่ยนแปลงไปในแต่ละสังคมและยุคสมัย "กฎหมายจะต้องไม่เป็นอย่างหนึ่งที่เอเธนส์แต่กลับเป็นอีกอย่างที่กรุงโรม" โปรดดู Marcus Tullius Cicero, **De Re Publica** (Massachusetts: Harvard University Press, 1928), Book III, p.33.

เหล่านั้นขาดคุณลักษณะที่สำคัญที่กฎหมายต้องมี ได้แก่ ความเป็นสากล (universality) เช่น กฎหมายจราจรซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมายเทคนิคอาจได้รับการกำหนดแตกต่างกันออกไปในแต่ละสังคมได้ หรือการกระทำอย่างหนึ่งอาจเป็นความผิดในสังคมหนึ่งแต่กลับไม่เป็นความผิดในอีกสังคม เมื่อประสบปัญหาเช่นว่า นักกฎหมายอีกกลุ่มหนึ่งจึงหันมาอธิบายว่า กฎหมายคือคำสั่งของผู้มีอำนาจสูงสุดที่แท้จริงของรัฐ (sovereignty) ดังนั้น กฎหมายจึงไม่ได้จำเป็นต้องมั่นคงถาวรหรือกำหนดไว้เหมือนกันในทุกสังคม หากแต่ถูกต้องแล้วที่จะต้องแตกต่างกันออกไปขึ้นอยู่กับเจตจำนงของผู้มีอำนาจสูงสุดที่แท้จริงของรัฐหรือผู้มีอำนาจบัญญัติกฎหมายในความเป็นจริง เป็นต้น

ในกรณีที่นักกฎหมายมีคำตอบหรือความเห็นที่ขัดแย้งกันต่อปัญหาใดปัญหาหนึ่ง โดยปกติแล้วนักกฎหมายมักหาทางออกโดยการประสานคำตอบหรือความเห็นที่แตกต่างกันดังกล่าวให้สอดรับกันให้ได้มากที่สุด (synthesis) กระบวนการดังกล่าวมักนำไปสู่ความเห็นใหม่ที่มีลักษณะเป็นคำตอบหรือความเห็น “ตรงกลาง” หรือ “ประนีประนอม” (compromise) ระหว่างความเห็นที่ขัดแย้งกันทั้งสองฝ่าย (กระบวนการข้างต้นอาจเป็นที่มาของวลีที่ว่า “สองนักกฎหมาย สามความเห็น”) เช่น เมื่อนักกฎหมายแต่ละสำนักมีความเห็นที่ขัดแย้งหรือแตกต่างกันออกไปต่อคำถามที่ว่า “กฎหมายคืออะไร?” และการยึดถือคำตอบของสำนักใดสำนักหนึ่งจะส่งผลทำให้เราไม่สามารถอธิบายปรากฏการณ์ที่สังคมต่าง ๆ มองว่าเป็น “กฎหมาย” ได้ทั้งหมด[2] ดังนั้น ในปัจจุบันนักกฎหมายจึงมักให้คำนิยามคำว่า “กฎหมาย” ไว้เพียงกว้าง ๆ เช่น อธิบายว่า “กฎหมายคือบรรดาปทัสถาน (norms) ที่ได้รับการประกันผลใช้บังคับโดยอำนาจเชิงองค์กร”[3] ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นนิยามที่รัดกุมเพียงพอที่จะครอบคลุมบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นวัตถุแห่งการศึกษาในวิชานิติศาสตร์ทั้งหมดและสามารถแยกปรากฏการณ์ที่เป็นกฎหมายออกจากบรรทัดฐานอื่นที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎหมายได้ดีระดับหนึ่ง[4]

อย่างไรก็ตาม วิธีการค้นหาความเห็นตรงกลางที่กล่าวข้างต้นอาจไม่ใช่วิธีการที่เหมาะสมจะนำมาใช้เพื่อค้นหาคำตอบว่า “นักกฎหมายต้องใช้กฎหมายอย่างไร” เนื่องจากในแต่ละระบบกฎหมายย่อมต้องมีวิธีการหรือแนวทางในการปรับใช้กฎหมายที่ได้รับการยอมรับว่าถูกต้องและสอดคล้องกับวัตถุประสงค์

---

[2] ตัวอย่างเช่น หากมองว่ากฎหมายคือกฎเกณฑ์ที่มั่นคงถาวรและเป็นสากล ย่อมไม่อาจอธิบายกฎหมายเทคนิคที่แตกต่างกันออกไปในแต่ละสังคมได้ หรือหากมองว่ากฎหมายคือคำสั่งของผู้มีอำนาจสูงสุดที่แท้จริงของรัฐ จะทำให้หลักการบางอย่างที่มิได้ปรากฏตัวในคำสั่งของผู้มีอำนาจสูงสุดไม่มีสถานะเป็นกฎหมายทันที ซึ่งมีผลเป็นการปฏิเสธความมีอยู่ของกฎหมายจารีตประเพณีและหลักกฎหมายทั่วไปจำนวนมาก.

[3] Manfred Rehbinder, **Einführung in die Rechtswissenschaft** (Berlin: Walter de Gruyter, 1983), p.56.

[4] โดยทั่วไปแล้ว ปรากฏการณ์ที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎหมายมีอยู่สามประการ ได้แก่ ศาสนา ศีลธรรม และจารีตประเพณี โปรดดู หยุด แสงอุทัย, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ประกายพรึก, 2548), 68–75 ปัญหาว่าศาสนา ศีลธรรม และจารีตประเพณีเป็นที่มาหรือ “นำไปสู่” การเกิดขึ้นของกฎหมายได้หรือไม่นั้น เป็นปัญหาที่อยู่ในขอบเขตหัวข้อว่าด้วยบ่อเกิดของกฎหมาย (Sources of Law) ไม่ใช่หัวข้อว่าด้วยความหมายหรือนิยามของกฎหมายซึ่งกำลังพิจารณาอยู่ในที่นี้.

และเจตนารมณ์ของกฎหมายอยู่ แม้วิธีการหรือแนวทางในการใช้การตีความกฎหมายอาจแตกต่างกันออกไปในแต่ระบบกฎหมาย แต่ในระบบกฎหมายหนึ่ง ๆ ย่อมจะต้องมีความชัดเจนแน่นอนระดับหนึ่งและไม่เปลี่ยนไปมาตามความเห็นส่วนตัวของนักกฎหมายกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง ข้อความคิดดังกล่าวนำมาสู่ปัญหาเบื้องต้นที่ว่า นักกฎหมายจะค้นหาวิธีการหรือแนวทางในการใช้การตีความกฎหมายในระบบกฎหมายของตนได้จากแหล่งใด **บทความฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อค้นหาคำตอบว่า ระบบกฎหมายไทยมีบทบัญญัติที่กำหนด "วิธีการ" ใช้และตีความกฎหมายไว้เป็นการเฉพาะหรือไม่** โดยมุ่งศึกษาและวิเคราะห์หลักเกณฑ์การใช้กฎหมายและการอุดช่องว่างของกฎหมายซึ่งปรากฏเป็นรูปธรรมอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยอาศัยทฤษฎีว่าด้วยบ่อเกิดของกฎหมาย การใช้การตีความกฎหมาย และการอุดช่องว่างของกฎหมายที่ได้รับการพัฒนาขึ้นในวิชานิติศาสตร์ ทั้งนี้โดยมีที่มา หลักการ และเหตุผลอันเป็นที่มาของการศึกษาโดยสังเขป ดังต่อไปนี้

2. บทวิเคราะห์มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นหนึ่งในตัวบทกฎหมายสมัยใหม่ของประเทศไทยและมีบทบาทสำคัญในกระบวนการปฏิรูประบบกฎหมายไทยให้ทันสมัยทัดเทียมประเทศตะวันตก[5] นับตั้งแต่วันที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีผลใช้บังคับจนถึงปัจจุบันเป็นระยะเวลากว่า 97 ปี ประมวลกฎหมายฉบับนี้ก็ได้รับการปรับปรุงและแก้ไขเพิ่มเติมให้ทันสมัยสอดคล้องกับสภาพการณ์ปัจจุบันของสังคมไทยมาโดยตลอด อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติจำนวนมากที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปัจจุบันยังคงไว้ซึ่งหลักการที่ได้รับการบัญญัติไว้ตั้งแต่ในตัวบทฉบับดั้งเดิมที่ประกาศใช้ในปี พ.ศ. 2468 หนึ่งในบทบัญญัติดังกล่าวได้แก่ มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันเป็นบทบัญญัติที่ได้รับการวางตำแหน่งไว้เป็นมาตราแรกของลักษณะ 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป ของบรรพ 1 หลักทั่วไป ดังนั้นบทบัญญัติมาตรานี้จึงเป็นกฎหมายในทางเนื้อหา (material law) มาตราแรกของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การวางตำแหน่งบทบัญญัติข้างต้นย่อมแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของมาตรา 4 ในสายตาของผู้จัดทำประมวลกฎหมายฉบับนี้ได้เป็นอย่างดี

ทั้งนี้ สมควรพิจารณาเปรียบเทียบบทบัญญัติมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน[6] กับบทบัญญัติที่ปรากฏในตัวบทฉบับดั้งเดิม ดังนี้

---

[5] โปรดดู สุรพล ไตรเวทย์, **การร่างประมวลกฎหมายในประเทศสยาม** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), หน้า 82–98.

[6] แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2535

มาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ตัวบทปัจจุบัน)	มาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ตัวบทเดิม)
“กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นว่านั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”	“อันกฎหมายนั้น ท่านว่าต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ เมื่อใดไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ท่านให้วินิจฉัยคดีนั้นตามคลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าและไม่มีจารีตประเพณีเช่นว่านั้น ท่านให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนี้ก็ไม่มีด้วยไซร้ ท่านให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

จากการพิจารณาเปรียบเทียบบทบัญญัติข้างต้นจะเห็นได้ว่า บทบัญญัติมาตรา 4 ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันมิได้เปลี่ยนแปลงไปจากหลักการในตัวบทฉบับดั้งเดิม (ใช้บังคับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2468 จนถึงปี พ.ศ. 2535) ในสาระสำคัญแต่ประการใด ความแตกต่างระหว่างบทบัญญัติทั้งสองปรากฏเพียงในส่วนของการใช้ถ้อยคำและการยุบรวมข้อความในวรรคสามของตัวบทดั้งเดิมเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของวรรคสองของตัวบทปัจจุบันเท่านั้น ข้อเท็จจริงดังกล่าวส่งผลให้การศึกษาและวิเคราะห์มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันยังสามารถนำบริบททางประวัติศาสตร์ของการจัดทำกฎหมาย (genesis of law) อันเป็นส่วนหนึ่งของการตีความกฎหมายตามประวัติความเป็นมา (historical interpretation) มาพิจารณาประกอบการใช้และการตีความบทบัญญัติดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพ รวมถึงการศึกษาและวิเคราะห์วรรณกรรมและคำอธิบายที่ตีพิมพ์เผยแพร่ในขณะที่ตัวบทฉบับดั้งเดิมยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ด้วยเช่นเดียวกัน

นอกจากจะเป็นกฎหมายในทางเนื้อหามาตราแรกของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 ยังเป็นบทบัญญัติที่วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้กฎหมายในระบบกฎหมายไทยไว้อย่างเป็นรูปธรรม ด้วยเหตุนี้ ความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับขอบเขตและภารกิจของมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อวิชานิติศาสตร์ไทย ดังจะเห็นได้จากการที่หลักสูตรการศึกษาของคณะนิติศาสตร์มักกำหนดให้ผู้เข้าศึกษาเริ่มต้นศึกษาหลักการทั่วไปของกฎหมายแพ่งจากการทำความเข้าใจบทบัญญัติต่าง ๆ ในบรรพ 1 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งรวมถึงมาตรา 4 ด้วย เมื่อพิจารณาในแง่นี้ มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงเปรียบเสมือน “ประตูบานแรกสู่วิชานิติศาสตร์ไทย” บทบาทและความสำคัญข้างต้นเป็นที่มาของการศึกษาและวิเคราะห์หลักเกณฑ์

การใช้กฎหมายและการอุดช่องว่างของกฎหมายที่ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนี้

2.1 มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์วางหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายของระบบกฎหมายไทยไว้หรือไม่?

2.1.1 พิจารณาจากมาตรา 4 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

สมควรกล่าวเบื้องต้นในที่นี้ว่า การใช้กฎหมาย (application of law) กับการตีความกฎหมาย (interpretation of law) แม้จะมีความสัมพันธ์กันแต่ก็ไม่ใช่สิ่งเดียวกัน[7] การใช้กฎหมายเป็นการนำข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในโลกความเป็นจริงมาปรับเข้ากับองค์ประกอบทางกฎหมายของตัวบทเพื่อสรุปผลในทางกฎหมาย นักกฎหมายมักเรียกว่า “การปรับบท” (subsumption) วิธีการใช้กฎหมายเป็นสิ่งที่นิสิตและนักศึกษาคณะนิติศาสตร์เรียนและฝึกฝนเป็นหลักในหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต (เช่น การเขียนตอบข้อสอบอุทาหรณ์) ในขณะที่การตีความกฎหมายเป็นการค้นหาความหมายหรือความต้องการที่แท้จริงของบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยอาศัย “วิธีการตีความกฎหมาย” ที่ได้รับการพัฒนาขึ้นและเป็นที่ยอมรับในวิชานิติศาสตร์ ดังนั้น การตีความกฎหมายจึงเป็นเงื่อนไขของการใช้กฎหมาย การที่นักกฎหมายจะใช้กฎหมายได้อย่างถูกต้องจะต้องตีความกฎหมายนั้นก่อนเสมอ[8]

วิธีการตีความกฎหมายที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ในปัจจุบัน (โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศเยอรมนี) ได้รับการพัฒนาขึ้นและสืบทอดมาจากแนวความคิด

---

[7] ปรีดี เกษมทรัพย์, “การใช้การตีความกฎหมาย”, **วารสารนิติศาสตร์** ปีที่ 15 ฉบับที่ 1 (มกราคม 2530), หน้า 65; สมยศ เชื้อไทย, **คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), หน้า 160.

[8] ผู้เขียนไม่เห็นพ้องด้วยกับแนวความคิดที่ว่า “ถ้ากฎหมายชัดเจนแล้วก็ไม่จำเป็นต้องตีความ” (interpretatio cessat in claris – Interpretation stops in the face of clarity.) ในทรรศนะของผู้เขียน ไม่มีสิ่งที่เรียกว่าความชัดเจนโดยปราศจากการตีความ ถ้อยคำในกฎหมายทุกคำมีความหมายเฉพาะตามวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของกฎหมายและของผู้บัญญัติกฎหมายเนื่องจากกฎหมายเป็นสิ่งที่มนุษย์สร้างขึ้นเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการ ดังนั้น ถ้อยคำในกฎหมายทุกคำ (ไม่ว่าจะดูชัดเจนหรือธรรมดาสามัญเพียงใด) ย่อมเป็นเพียงเครื่องหมายแสดงออก (representation) ซึ่งข้อมูลข่าวสาร (information) ที่ผู้บัญญัติกฎหมายได้เข้ารหัส (encode) ไว้ การจะเข้าใจตัวบทกฎหมายอย่างถ่องแท้จึงต้องมีการถอดรหัส (decode) โดยอาศัยการตีความกฎหมายเท่านั้น ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นพ้องด้วยกับ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, **ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), หน้า 97- 98: “ไม่มีถ้อยคำในตัวบทกฎหมายที่นักกฎหมายอ่านแล้วเข้าใจได้ทันทีแม้ว่าถ้อยคำหรือวลีดังกล่าวจะมีความชัดเจนอยู่ในตัวแล้วหรือไม่คลุมเครือก็ตามเพราะว่าถ้อยคำมิได้มีความหมายสมบูรณ์ในตัวเอง แต่ขึ้นอยู่กับบริบท (context) ที่แวดล้อมข้อความหรือถ้อยคำนั้น กฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่สามารถอธิบายตัวมันเองได้ แต่ต้องมีคนมาอธิบายและคนที่จะมาทำหน้าที่นี้ก็จะต้องเป็นผู้ที่มีความสามารถที่จะหยั่งทราบถึงเจตนารมณ์ของกฎหมาย (ratio legis) และรู้จักตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับสภาพของสังคมที่แปรเปลี่ยนไป” และนักนิติศาสตร์อื่นที่มีความเห็นในแนวทางเดียวกัน เช่น ปรีดี เกษมทรัพย์, **กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป** (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525), หน้า 62–63; กิตติศักดิ์ ปรกติ, **การปฏิรูประบบกฎหมายไทยภายใต้อิทธิพลยุโรป** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), หน้า 281–287; สมยศ เชื้อไทย, **คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป**, หน้า 165-167.

ของ Friedrich Carl von Savigny[9] คำอธิบายของซาวินยีได้รับการพัฒนาต่อโดยนักนิติศาสตร์จนกลายมาเป็น “วิธีการทั่วไปในการตีความกฎหมาย” ซึ่งผู้ตีความกฎหมายจะต้องพิจารณาประกอบการตีความ ดังนี้[10]

1) การพิจารณาความหมายของถ้อยคำหรือการตีความตามหลักภาษาและไวยากรณ์

2) การพิจารณาบริบททางประวัติศาสตร์ของการจัดทำกฎหมาย

3) การตีความตามประวัติความเป็นมาของกฎหมาย

4) การตีความโดยพิจารณาความสัมพันธ์เชิงระบบและโครงสร้าง

5) การตีความโดยพิจารณาเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

ผู้เขียนเห็นว่า แม้มาตรา 4 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะปรากฏถ้อยคำ “ตามตัวอักษร” และ “ตามความมุ่งหมายของบทบัญญัติ” ซึ่งในแง่หนึ่งคล้ายคลึงกับวิธีการในการตีความกฎหมายในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ข้างต้น[11] อย่างไรก็ตาม เมื่อเราพิจารณามาตรา 4 วรรคหนึ่งอีกครั้ง จะพบว่า ไม่ปรากฏคำว่า “ตีความ” (interpret หรือ construe) หรือ “การตีความ” ในบทบัญญัตินี้แต่ประการใด หากแต่ปรากฏเพียงคำว่า “ใช้” (apply) ในถ้อยบัญญัติส่วนที่ว่า “กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณี...” เท่านั้น[12] ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่ามาตรา 4 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมาย

---

[9] ฟรีดริช คาร์ล ฟอน ซาวินยี (ค.ศ. 1779–1861) นักกฎหมายสำนักประวัติศาสตร์และนักนิติศาสตร์ชาวเยอรมันผู้ได้รับการยกย่องว่าเป็นนักกฎหมายที่ทรงอิทธิพลที่สุดท่านหนึ่งในประวัติศาสตร์กฎหมายเยอรมัน โปรดดูประวัติโดยสังเขปและผลงานของซาวินยีใน Franz Wieacker, **A History of Private Law in Europe** (Oxford: Clarendon Press, 1995), p.303–316; บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, **21 นักนิติศาสตร์เยอรมัน** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2564), หน้า 155–171. ในประเทศไทยเราพบการอ้างถึง “หลักในการแปลความในกฎหมาย” ของซาวินยีตั้งแต่ในคำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของพระยาจินดาภิรมย์ฯ (จิตร ณสงขลา) พระยาเทพวิทุรฯ (บุญช่วย วณิกกุล) พระยามานวราชเสวี (ปลอดวิเชียร ณสงขลา) ซึ่งตีพิมพ์ในปี พ.ศ. 2476.

[10] โปรดดูคำอธิบายวิธีการทั่วไปในการตีความกฎหมายใน Bernd Rüthers/Christian Fischer/Axel Birk, **Rechtstheorie und Juristische Methodenlehre** (München: Verlag C.H.Beck, 2022), § 22; Thomas M.J. Möllers, **Legal Methods** (München: Verlag C.H.Beck, 2020), 109ff.; Hartmut Maurer, **Staatsrecht I** (München: Verlag C.H.Beck, 2010), § 1, Rn. 50ff.

[11] นักกฎหมายที่เห็นว่า มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นบทบัญญัติที่กำหนดหลักการหรือวิธีการตีความกฎหมายของระบบกฎหมายไทย อาทิ หยุด แสงอุทัย, **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป**, หน้า 133: “หลักการตีความในกฎหมายทั่วไปมีอยู่สองประการคือ การตีความตามอักษร และการตีความตามเจตนารมณ์ ทั้งนี้ จะเห็นได้จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติไว้ว่า ‘กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษรหรือตามความมุ่งหมาย (คือ Spirit หรือเจตนารมณ์) ของบทบัญญัตินั้น ๆ’ ซึ่งแสดงว่า การตีความมีหลักเกณฑ์สองประการดังกล่าวแล้ว คือ การตีความตามตัวอักษรและการตีความตามเจตนารมณ์นั่นเอง”; ดิเรก ควรสมาคม, **ความรู้ทั่วไปและหลักการพื้นฐานทางกฎหมาย** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2564), หน้า 214: “ส่วนการตีความนั้น มีหลักตามมาตรานี้ว่า ตีความตามตัวอักษรควบคู่ไปกับการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย”; กรณ์กมล ประเสริฐศักดิ์. **ปัญหาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง**. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2563; หน้า 62–63.

[12] โปรดพิจารณาประกอบกับบทบัญญัติมาตรา 4 วรรคหนึ่ง ฉบับภาษาอังกฤษ ใน กรมร่างกฎหมาย, **การตรวจแก้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1–2 พ.ศ. 2468** (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2468), 79/14: “The law must be applied in all cases which come within the letter or the spirit of any of its provisions.”

แพ่งและพาณิชย์ไม่ใช่บทบัญญัติที่กำหนด “วิธีการ” หรือ “หลักการ” ในการตีความกฎหมายของระบบกฎหมายไทยไว้เป็นการเฉพาะ[13] วัตถุประสงค์ของมาตรา 4 วรรคหนึ่งตามความเห็นของผู้เขียน ได้แก่ การกำหนดให้นักกฎหมายมีหน้าที่ต้องปรับใช้กฎหมายหากข้อเท็จจริงหรือปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นในโลกความเป็นจริง (“บรรดากรณี”) เข้ากรณีใดกรณีหนึ่งในสองกรณีที่มาตรา 4 วรรคหนึ่งบัญญัติไว้ คือ (1) กรณีที่ข้อเท็จจริงหรือปัญหาทางกฎหมายอยู่ในขอบเขตของกฎหมายตามตัวอักษร หรือ (2) กรณีที่ข้อเท็จจริงหรือปัญหาทางกฎหมายอยู่ในขอบเขตตามความมุ่งหมายของกฎหมาย ส่วนปัญหาว่าข้อเท็จจริงหรือปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นในโลกความเป็นจริงจะถือได้ว่าเข้ากรณีใดกรณีหนึ่งในสองกรณีข้างต้นหรือไม่นั้น จะต้องหาคำตอบโดยการปรับใช้วิธีการทั่วไปในการตีความกฎหมายที่ได้กล่าวถึงแล้วข้างต้น ซึ่งไม่ได้จำกัดอยู่เพียงการพิจารณาตัวอักษรและความมุ่งหมายของกฎหมายดังที่ปรากฏในถ้อยบัญญัติมาตรา 4 วรรคหนึ่ง เท่านั้น

ในอีกด้านหนึ่งอาจมีผู้โต้แย้งความเห็นข้างต้นว่า เป็นการวิเคราะห์ที่อาศัยแต่เพียงการพิจารณา “ถ้อยบัญญัติ” (wording หรือ text) ของมาตรา 4 วรรคหนึ่ง โดยไม่ได้คำนึงถึงเจตนารมณ์ของผู้จัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือความมุ่งหมายของบทบัญญัติดังกล่าวประกอบ เนื่องจากผู้เขียนสรุปความแบบตรงไปตรงมาว่า เมื่อไม่ปรากฏคำว่า “ตีความ” ในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บทบัญญัติมาตรานี้จึงไม่ใช่บทบัญญัติที่กำหนด “วิธีการในการตีความกฎหมาย” ของระบบกฎหมายไทย ข้อโต้แย้งดังกล่าวแม้อาจมีน้ำหนักอยู่บ้าง แต่ผู้เขียนเห็นว่าถ้อยคำที่ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้แสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของผู้จัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไว้อย่างชัดเจนอยู่แล้วในตัว กล่าวคือ การที่ผู้จัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เลือกบัญญัติคำว่า “ใช้” ไว้ในมาตรา 4 วรรคหนึ่ง ในขณะเดียวกันก็บัญญัติคำว่า “ตีความ” หรือ “การตีความ” ไว้ในบทบัญญัติอื่น ๆ ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์[14] ย่อมแสดงให้เห็นถึง

---

[13] โปรดดูความเห็นในทางเดียวกันใน จินดา ชัยรัตน์, “การตีความในกฎหมายไทย”, **วารสารนิติศาสตร์** ปีที่ 1 ฉบับที่ 2 (ธันวาคม 2515), หน้า 11: “เมื่อพิเคราะห์ดูแล้วจะเห็นได้ว่ามาตรา 4 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยที่มาของกฎหมายหรือปรับบทใช้กฎหมาย หาใช่เป็นบทว่าด้วยการตีความในกฎหมายไม่”; ประกอบ หุตะสิงห์, “การตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษร เทียบเคียงกับหลักกฎหมายเยอรมัน”, **รวมสารคดีการใช้การตีความกฎหมาย รวบรวมโดย ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์**, บรรณาธิการโดยจำปี หยกอุบล (โครงการปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), หน้า 6: “ส่วนการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น กฎหมายมิได้มีบัญญัติไว้ดังเช่นการตีความแสดงเจตนาของบุคคลในทางแพ่ง มาตรา 4 วรรค 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้แต่เพียงว่า ‘อันกฎหมายนั้นท่านว่าต้องใช้ในบรรดากรณี ซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายแห่งบทบัญญัตินั้น’ แต่ถ้าบทบัญญัตินั้น ๆ คลุมเครือไม่ชัดแจ้งวิธีและหลักเกณฑ์ที่จะตีความบทบัญญัตินั้น ให้ได้ความชัดเจนและถูกต้องในการที่จะนำมาปรับเข้ากับกรณีซึ่งมีอยู่เฉพาะหน้าได้อย่างไรนั้น กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ ย่อมเป็นหน้าที่ของนักกฎหมายที่จะค้นคว้าหาวิธีและหลักเกณฑ์ในการที่จะตีความบทบัญญัตินั้น ๆ เพื่อให้ได้ใช้กฎหมายให้ถูกต้องเสมอ”.

[14] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 10 “เมื่อความข้อใดข้อหนึ่งในเอกสารอาจตีความได้สองนัย นัยไหนจะทำให้เป็นผลบังคับได้ ให้ถือเอาตามนัยนั้นดีกว่าที่จะถือเอานัยที่ไร้ผล” มาตรา 11 “ในกรณีที่มีข้อสงสัย ให้ตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่คู่กรณีฝ่ายซึ่งจะเป็นผู้ต้องเสียในมูลหนี้นั้น” มาตรา 171 “ในการตีความการแสดงเจตนานั้น ให้เพ่งเล็งถึงเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนหรือตัว

เจตนารมณ์ของผู้จัดทำได้อย่างชัดเจนว่า มาตรา 4 วรรคหนึ่งเป็นเรื่องของการใช้กฎหมายมิใช่การตีความกฎหมาย[15] นอกจากนี้ หากพิจารณามาตรา 4 วรรคหนึ่งเปรียบเทียบกับบทบัญญัติที่กำหนดวิธีการในการตีความกฎหมายไว้อย่างชัดแจ้งในประมวลกฎหมายแพ่งของต่างประเทศ เช่น มาตรา 3 วรรคหนึ่งแห่งประมวลกฎหมายแพ่งสเปน[16] จะเห็นได้ถึงความแตกต่างในสาระสำคัญของการเลือกใช้ถ้อยบัญญัติให้ถูกต้องระหว่าง “การใช้” (apply) กับ “การตีความ” (construe) กฎหมาย

ตามแนวทางการวิเคราะห์ข้างต้น มาตรา 4 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงไม่มีความเกี่ยวข้องกับข้อถกเถียงของนักกฎหมายบางส่วนเกี่ยวกับประเด็นที่ว่า กฎหมายนั้นจะต้องตีความตามตัวอักษรหรือตีความตามเจตนารมณ์ (ความมุ่งหมาย) แต่ประการใด สาเหตุหนึ่งที่ก่อให้เกิดข้อถกเถียงข้างต้นมาจากถ้อยบัญญัติของมาตรา 4 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ใช้คำว่า “หรือ” ซึ่งนักกฎหมายส่วนหนึ่งเห็นว่าไม่สอดคล้องกับหลักการที่ถูกต้องในการตีความกฎหมายที่จะต้องพิจารณาทั้งตัวอักษรและความมุ่งหมายของกฎหมายประกอบกันเสมอ และสรุปต่อไปว่าถ้อยบัญญัติของมาตรา 4 วรรคหนึ่ง ก่อให้เกิดปัญหาในการตีความกฎหมาย เนื่องจากถ้อยบัญญัติที่เหมาะสมควรจะต้องใช้คำว่า “และ” มิใช่คำว่า “หรือ” อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าข้อถกเถียงดังกล่าวตั้งอยู่บนฐานความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนตั้งแต่ต้นเกี่ยวกับความหมายและภารกิจของมาตรา 4 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ใช่บทบัญญัติที่กำหนดวิธีการในการตีความกฎหมาย หากแต่เป็นบทบัญญัติว่าด้วย “การใช้กฎหมาย”[17] เมื่อพิจารณา

อักษร” มาตรา 368 “สัญญานั้นท่านให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปรกติประเพณีด้วย” และมาตรา 1684 “เมื่อความข้อใดข้อหนึ่งในพินัยกรรมอาจตีความได้เป็นหลายนัย ให้ถือเอาตามนัยที่จะสำเร็จผลตามความประสงค์ของผู้ทำพินัยกรรมนั้นได้ดีที่สุด”.

[15] อย่างไรก็ตาม ประเด็นที่บทความฉบับนี้ต้องการนำเสนอ ได้แก่ มาตรา 4 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ใช่บทบัญญัติที่ “กำหนดวิธีการ” ในการตีความกฎหมายไว้โดยชัดแจ้ง แต่มิได้หมายความว่าการใช้กฎหมายตามมาตรา 4 วรรคหนึ่งไม่เกี่ยวข้องกับการตีความกฎหมาย ในทางกลับกัน การตีความกฎหมายเป็นขั้นตอนที่จำเป็นและขาดไปเสียมิได้สำหรับการปรับใช้กฎหมายตามที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น โปรดดู Carlos de la Vega Benayas, “Judicial Method of Interpretation of Codes”, **Louisiana Law Review** Vol. 42 No. 5 (Special Issue 1982), p.1651: “[I]n truth, interpretation is no more than one part of the overall application of the law.”

[16] Ministerio de Justicia, **Spanish Civil Code** (2012), p.1: “Art. 3 1. Rules shall be construed according to the proper meaning of their wording and in connection with the context, with their historical and legislative background and with the social reality of the time in which they are to be applied, mainly attending to their spirit and purpose.”

[17] ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นพ้องด้วยกับ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, **ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย**, หน้า 100-101: “การตีความกฎหมายเป็นนิติวิธี (juristic method) หรือเป็นศาสตร์โดยตัวมันเอง มิใช่เป็นบทบัญญัติที่มีเนื้อหาทางกฎหมาย ดังนั้น จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมาย แต่คำสอนว่าด้วยวิธีการตีความกฎหมายนั้นจะปรากฏอยู่ในงานเขียนของนักนิติศาสตร์ และตัวอย่างของการตีความกฎหมายจะปรากฏอยู่ในคำพิพากษาของศาล อย่างไรก็ตามนักกฎหมายบางท่านเห็นว่า หลักการตีความกฎหมายไทยบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอยู่ในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่แท้ที่จริงแล้ว มาตรา 4 วรรคแรก มิใช่เป็นเรื่องของการตีความกฎหมายว่าให้ศาลต้องตีความกฎหมายตามตัวอักษรก่อน หากผลที่ได้ออกมาไม่ยุติธรรมแล้วจึงค่อยตีความ

ในแง่นี้การที่มาตรา 4 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ” จึงเป็นการเลือกใช้ถ้อยคำที่ถูกต้องแล้ว[18] กล่าวอีกนัยหนึ่ง มาตรา 4 วรรคหนึ่ง เกี่ยวข้องกับขั้นตอนการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริง ซึ่งเป็นขั้นตอนที่ล่วงเลยการตีความกฎหมายมาแล้ว โดยการบัญญัติให้เห็นถึงขอบเขตการปรับใช้กฎหมายสองเขตแดนที่ทับซ้อนกันอยู่ ได้แก่ เขตแดนที่เรียกว่า “ความมุ่งหมายของบทบัญญัติ” และเขตแดนที่เรียกว่า “ตามตัวอักษร”[19] หากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นกรณีหนึ่งเข้ามาอยู่ในบริเวณเขตแดน

ตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ มาตรา 4 เป็นเรื่องบ่อเกิดของกฎหมายที่เป็น ‘legal sources’ และลำดับการใช้กฎหมาย ไม่ใช่เรื่องการตีความกฎหมาย”; โปรดดูความเห็นของ จินดา ชัยรัตน์, “การตีความในกฎหมายไทย”, **วารสารนิติศาสตร์** ปีที่ 1 ฉบับที่ 2 (ธันวาคม 2515), หน้า 24: “การตีความเป็นหลักทางวิชา โดยเหตุผล จึงไม่เป็นเรื่องที่ควรจะตราลงไว้เป็นตัวบทกฎหมาย แต่ใครจะเป็นผู้ตีความอาจจะตราไว้ได้ เพราะฉะนั้นการตีความจึงต้องอาศัยเหตุผลทางวิชากฎหมายเป็นหลัก แต่ก็ไม่มีอะไรห้ามที่จะตรากฎหมายว่าด้วยการตีความ” ทั้งนี้ ผู้เขียนมีข้อสังเกตจากการค้นคว้าวรรณกรรมที่เกี่ยวข้องในประเด็นนี้ว่า ในตำรา **กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป** ของท่านศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ (อ้างแล้วในเชิงอรรถ 8) ได้กล่าวถึงมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าเป็น “บทบัญญัติอันสำคัญว่าด้วยการตีความ” (64) ซึ่งสอดคล้องกับความเห็นของบทความฉบับนี้และบรรดานักกฎหมายที่อ้างถึงข้างต้น เนื่องจาก “บทบัญญัติอันสำคัญว่าด้วยการตีความ” ไม่ได้มีความหมายเป็นอย่างเดียวกันกับ “บทบัญญัติที่กำหนดวิธีการในการตีความกฎหมาย” ดังจะเห็นได้อย่างชัดเจนในคำอธิบายของท่านศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ ในส่วนถัดมาของหน้าเดียวกันว่า “มาตรานี้บัญญัติไว้ในวรรคต้นว่า ‘อันกฎหมายนั้นท่านว่าต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ’ ข้อนี้หมายความว่า**การใช้กฎหมาย**นั้นไม่ใช่บังคับแต่เพียงกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น แต่ยังคงต้อง**ใช้บังคับ**ในบรรดากรณีซึ่งกฎหมายประสงค์จะบัญญัติไว้ด้วย” (เน้นข้อความโดยผู้เขียน) เมื่อมาตรา 4 วรรคหนึ่ง บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้กฎหมาย และเมื่อการใช้กฎหมายหมายความรวมถึงการตีความกฎหมายอยู่ด้วยในตัว การอธิบายว่า “มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นบทบัญญัติอันสำคัญว่าด้วยการตีความ” จึงไม่ได้ขัดหรือแย้งกับข้อสรุปของบทความที่ว่า “มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ใช่บทบัญญัติที่กำหนดวิธีการในการตีความกฎหมาย” แต่ประการใด.

[18] โปรดพิจารณาเปรียบเทียบกับความเห็นของ ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, **คำอธิบายหลักพื้นฐานของกฎหมายเอกชน** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2566), หน้า 184: “ในวรรคแรกกล่าวชัดเจนถึงการใช้กฎหมายว่าต้องใช้ตามบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร ในขณะเดียวกันก็กำหนดว่า ‘หรือ’ ตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ หากพิจารณาการใช้ซึ่งต้องพิจารณากฎหมายลายลักษณ์อักษรและความมุ่งหมายของกฎหมายก็คือหลักในการตีความกฎหมายในระบบซีวิลลอว์ ซึ่งประเทศที่อยู่ในระบบซีวิลลอว์ก็จะมีการใช้การตีความแบบเดียวกันเช่นนี้ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 4 จึงทำให้เข้าใจว่า คำว่า ‘หรือ’ ในมาตรา 4 ความจริงคือ ‘และ’ เพราะการพิจารณาตัวอักษรและเจตนารมณ์ต้องไปพร้อมกัน [...] บทบัญญัติในมาตรา 4 วรรคหนึ่งจึงเป็นทั้งการปรับใช้และการตีความกฎหมายไปด้วยในตัวนั่นเอง” เมื่อพิจารณาความเห็นข้างต้นในประเด็นการตีความคำว่า “หรือ” ให้กลายเป็นคำว่า “และ” ผู้เขียนเห็นว่าความเห็นดังกล่าวอาจตั้งคำถามต่อไปได้ว่า หากเป็นเช่นนั้นจริง (คำว่า “หรือ” ความจริงคือ “และ”) เพราะเหตุใดผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงเลือกที่จะใช้คำว่า “หรือ” ในมาตรา 4 วรรคหนึ่ง และเพราะเหตุใดผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งสวิสจึงใช้คำว่า “or” ในมาตรา 1 วรรคหนึ่ง (“The law applies according to its wording or interpretation to all legal questions for which it contains a provision.”) แทนที่จะใช้คำว่า “และ” หรือ “and” ทั้งที่สามารถใช้ได้.

[19] กรณีสมควรกล่าวในที่นี้ว่า ขอบเขตการปรับใช้กฎหมายทั้งสองเขตแดนของบทบัญญัติแห่งกฎหมายหนึ่งจะกว้างหรือแคบเพียงใด หรือแตกต่างกันมากน้อยแค่ไหน ย่อมขึ้นอยู่กับการเลือกใช้ถ้อยบัญญัติของผู้ร่างกฎหมายและการตีความบทกฎหมายนั้น ในบางกรณีเขตแดนการใช้บังคับ “ตามตัวอักษร” กับเขตแดนการใช้บังคับตาม “ความมุ่งหมายของบทบัญญัติ” ของบทบัญญัติหนึ่งอาจไม่ได้แตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ หากผู้ร่างกฎหมายได้เลือกใช้ถ้อยคำที่สามารถสื่อความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นออกมาได้อย่างครบถ้วนสมบูรณ์ อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีบทบัญญัติหนึ่งอาจมีเขตแดนการใช้บังคับตาม “ความมุ่งหมายของบทบัญญัติ” ที่กว้างหรือแคบกว่า

การปรับใช้กฎหมายไม่ว่าจะขอบเขตใดก็ตาม (เป็นที่มาของคำว่า “หรือ” ในมาตรา 4 วรรคหนึ่ง) นักกฎหมายย่อมต้องปรับใช้กฎหมายดังกล่าวกับข้อเท็จจริงนั้น ด้วยเหตุนี้ แม้ข้อเท็จจริงนั้นจะยังไม่เข้ามาถึงเขตแดนชั้นใน (ไม่ว่าเขตแดนชั้นในนั้นจะเป็นเขตแดน “ตามตัวอักษร” หรือเขตแดน “ความมุ่งหมายของบทบัญญัติ” ก็ตาม) ขอเพียงแค่เข้ามาอยู่ในเขตแดนชั้นนอกก็เป็นกรณีที่ต้องใช้กฎหมายบังคับกับข้อเท็จจริงนั้นแล้ว[20]

2.1.2 พิจารณาจากมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

กรณียังคงมีประเด็นต้องพิจารณาต่อไปว่า มาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นว่านั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป” เกี่ยวข้องกับวิธีการตีความกฎหมายหรือไม่ หากพิจารณาบทบัญญัติข้างต้นจะเห็นได้ว่า มาตรา 4 วรรคสองกล่าวถึง “ลำดับการใช้กฎหมาย” โดยพิจารณาตามบ่อเกิดของกฎหมายและวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมายในระบบกฎหมายไทย ดังนี้[21]

1) ให้ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร (“บทกฎหมาย”) เป็นลำดับแรก

2) ถ้าไม่มีบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้ใช้กฎหมายจารีตประเพณี[22]

เขตแดนการใช้บังคับ “ตามตัวอักษร” ก็ได้ ตัวอย่างเช่น บทบัญญัติที่ใช้ถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง การแยกเขตแดนทั้งสองออกจากกันเป็นเงื่อนไขพื้นฐานของการปรับใช้กฎหมายตามหลักนิติวิธีในระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ โปรดดู ปรีดี เกษมทรัพย์, “การใช้การตีความกฎหมาย”, **วารสารนิติศาสตร์** ปีที่ 15 ฉบับที่ 1 (มกราคม 2530), หน้า 69-70: “ความจริงนั้นความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์อาจจะกว้าง แต่ไม่ใช่ว่าเข้าในความมุ่งหมายแล้วก็เข้าตัวบท ขึ้นอยู่กับว่าถ้าเจตนารมณ์กว้างแต่ตัวบทแคบ จะทำให้ตัวบทกว้างไปตามความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ได้หรือไม่ [...] ถ้าถ้อยคำตรงกับความมุ่งหมายพอดี ก็ไม่มีปัญหา แต่ถ้าความมุ่งหมายแคบกว่าถ้อยที่ใช้ก็ต้องตีความแคบเท่าความมุ่งหมาย [*sic*!]”.

[20] เพื่อให้เห็นภาพเราอาจอธิบายข้อความคิดดังกล่าวเปรียบเทียบกับการที่มีผู้บุกรุกเข้ามาในบริเวณที่ดินผืนหนึ่งซึ่งมีสิ่งปลูกสร้างตั้งอยู่ภายในที่ดินนั้น ผู้บุกรุกย่อมกระทำความผิดฐานบุกรุกตามกฎหมายตั้งแต่ที่ได้เข้าไปในที่ดินของผู้อื่นแล้ว โดยไม่จำเป็นที่ต้องรอให้เข้าไปข้างในสิ่งปลูกสร้างที่อยู่ภายในที่ดินนั้นถึงจะเป็นความผิดแต่ประการใด ตามตัวอย่างเปรียบเทียบนี้ที่ดินย่อมเทียบเคียงได้กับเขตแดนการปรับใช้กฎหมายชั้นนอกและสิ่งปลูกสร้างย่อมเทียบเคียงได้กับเขตแดนการปรับใช้กฎหมายชั้นใน.

[21] ตัวอย่างบทบัญญัติที่รับรองบ่อเกิดของกฎหมาย (sources of law) ไว้ในทำนองเดียวกันกับมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น มาตรา 1 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสเปน ซึ่งบัญญัติว่า “The sources of the Spanish legal system are statutes, customs and general legal principles.” กรณีมีข้อสังเกตว่า ประมวลกฎหมายแพ่งสเปนได้แยกการเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (analogy) ออกไปบัญญัติไว้ในมาตรา 4 วรรคหนึ่ง ซึ่งอยู่ในหัวข้อว่าด้วย “การปรับใช้กฎหมาย” (Application of legal rules) โปรดดูลำดับการปรับใช้กฎหมายตามบ่อเกิดของกฎหมายใน Carlos de la Vega Benayas, “Judicial Method of Interpretation of Codes”, **Louisiana Law Review** Vol. 42 No. 5 (Special Issue 1982), p.1649.

[22] แม้มาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะใช้ถ้อยบัญญัติว่า “จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น” ก็ตาม แต่ผู้เขียนเห็นว่า “จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น” ในที่นี้หมายถึงบรรดาจารีตประเพณีที่มีสถานะหรือค่าบังคับเป็นกฎหมายหรือ “กฎหมายจารีตประเพณี” เท่านั้น เนื่องจากมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นบทบัญญัติที่กำหนดวิธีการใช้และลำดับการปรับใช้ “กฎหมาย” ดังนั้น หากตีความคำว่า “จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น” ตามมาตรา 4 วรรคสอง ให้หมายความรวมไปถึงบรรดาจารีตประเพณี

3) ถ้ากรณีนั้นไม่มีกฎหมายจารีตประเพณี ให้อุดช่องว่างโดยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

4) ถ้าไม่สามารถหากฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งมาเทียบได้ ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป

เนื่องจากระบบกฎหมายไทยจัดอยู่ในกลุ่มระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์[23] ดังนั้น บ่อเกิดของกฎหมายที่สำคัญที่สุดในระบบกฎหมายไทยย่อมได้แก่ “กฎหมายที่บัญญัติขึ้น” หรือกฎหมายลายลักษณ์อักษร กล่าวคือ เมื่อมีข้อพิพาทในทางกฎหมายเกิดขึ้นศาลหรือองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทในทางกฎหมายจะต้องค้นหาและนำเอากฎหมายลายลักษณ์อักษรมาวินิจฉัยข้อพิพาทหรือตัดสินคดีนั้นก่อน ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่สามารถใช้ปรับกับคดีนั้นได้เท่านั้นศาลจึงจะสามารถพิจารณากฎหมายที่กำเนิดมาจากบ่อเกิดอื่น ๆ ได้ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากบ่อเกิดของกฎหมายในระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์นั้นโดยทั่วไปแล้วมีอยู่ด้วยกันหลายบ่อเกิด หากศาลไม่สามารถค้นหากฎหมายจากบ่อเกิดลำดับแรกได้ (ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรในเรื่องนั้น) กรณีจึงมีประเด็นต้องพิจารณาต่อไปว่าศาลต้องค้นหากฎหมายจากบ่อเกิดใดเป็นลำดับถัดไป ผู้วางรากฐานระบบกฎหมายไทยได้ให้คำตอบในประเด็นนี้ไว้ในมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยการกำหนดให้ใช้กฎหมายตามลำดับที่ได้กล่าวข้างต้น จากข้อพิจารณาดังกล่าวจะเห็นได้ว่า มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นไม่ได้บัญญัติกำหนด “วิธีการในการตีความกฎหมาย” ของระบบกฎหมายไทยไว้ ไม่ว่าจะในวรรคหนึ่งหรือวรรคสองก็ตาม

ในหัวข้อถัดไปของบทความฉบับนี้จะได้กล่าวถึงข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้แก่ การรับรองหลักการอุดช่องว่างของกฎหมายโดยการ “เทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” อันเป็นประเด็นที่สมควรได้รับการอภิปรายประกอบการศึกษาและทำความเข้าใจความหมายและภารกิจของมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

2.2 มาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์วางหลักเกณฑ์การใช้กฎหมายไว้อย่างไร?

ตามที่ได้อธิบายในข้อ 2.1.2 ข้างต้นแล้วว่า มาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นบทบัญญัติที่กำหนดลำดับการใช้กฎหมายตามบ่อเกิดของกฎหมาย นั้น หากพิจารณาโดยละเอียดจะพบว่า สิ่งที่เรียกว่า “การเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” นั้นไม่ถือเป็นบ่อเกิดของกฎหมายในความหมายโดยแท้ หากแต่เป็นวิธีการหนึ่งในการอุดช่องว่างของกฎหมาย

ทั่วไปที่มิได้มีค่าบังคับเป็นกฎหมายด้วย ย่อมเป็นการตีความที่ขัดกับหลักการตีความตามระบบและโครงสร้างของกฎหมาย (systematical interpretation) และหลักการตีความตามความมุ่งหมายของกฎหมาย (teleological interpretation).

[23] ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, **ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย**, หน้า 126 ให้ข้อสังเกตไว้อย่างน่าสนใจว่า “ประเทศไทยใช้ระบบกฎหมาย (legal system) ซีวิลลอว์ แต่มีธรรมเนียมปฏิบัติทางกฎหมาย (legal tradition) เป็นคอมมอนลอว์” ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นคำอธิบายที่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงรวมถึงทัศนคติของนักกฎหมายไทยมากกว่าการอธิบายแต่เพียงว่า ประเทศไทยจัดอยู่ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์.

เหตุผลสนับสนุนข้อสรุปข้างต้นนั้นตั้งอยู่บนคำอธิบายข้อความคิดว่าด้วย “บ่อเกิดของกฎหมาย” ที่ได้รับการยอมรับเป็นสากลในวิชานิติศาสตร์ กล่าวโดยสรุป **บ่อเกิดของกฎหมายหมายความถึงบรรดาสื่อกลาง (agencies) ที่ส่งผลทำให้กฎเกณฑ์ต่าง ๆ ซึ่งเคลื่อนไหวผ่านสื่อกลางเหล่านั้นได้รับสถานะความเป็นกฎหมายขึ้นเป็นครั้งแรก**[24] กล่าวอีกนัยหนึ่ง สิ่งที่จะถือเป็นบ่อเกิดของกฎหมายได้นั้นจะต้องมีคุณสมบัติที่สำคัญประการหนึ่ง ได้แก่ จะต้องสามารถแปลงสภาพ (transform) สิ่งที่เดิมไม่ใช่กฎหมาย เช่น จารีตประเพณี ธรรมเนียมปฏิบัติ หรือเจตจำนงทางการเมืองของประชาชน ให้กลายมาเป็นกฎหมายได้ จากความหมายของบ่อเกิดของกฎหมายข้างต้นจะเห็นได้ว่า “การเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” มิได้มีคุณสมบัติของความเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย เนื่องจากการเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นการนำกฎหมาย “ที่มีอยู่แล้ว” มาปรับใช้กับกรณีปัญหาที่ยังไม่มีกฎหมายใช้บังคับ (หรือที่เรียกว่าช่องว่างของกฎหมาย) โดยกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งดังกล่าวย่อมมีสถานะ “เป็นกฎหมายอยู่แล้ว” ก่อนที่จะนำมาปรับใช้โดยเทียบเคียง ดังนั้น การเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงไม่มีผลทำให้สิ่งที่เดิม “ไม่เป็นกฎหมาย” แปลงสภาพกลายเป็นกฎหมาย แต่ประการใด

มาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่เพียงแต่เป็นบทบัญญัติที่ระบุบ่อเกิดของกฎหมายในระบบกฎหมายไทยและกำหนดลำดับการใช้กฎหมายตามบ่อเกิดเท่านั้น หากแต่ยังเป็นบทบัญญัติที่รับรองวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมายที่เรียกว่า “การเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” ไว้อย่างชัดแจ้ง (*expressis verbis*) โดยกำหนดให้ผู้ใช้กฎหมายต้องเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่อวินิจฉัยข้อพิพาทเสียก่อนในกรณีที่ไม่พบกฎหมายจากบ่อเกิดสองลำดับแรก ได้แก่ กฎหมายลายลักษณ์อักษรและกฎหมายจารีตประเพณี ต่อเมื่อไม่อาจเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้แล้วเท่านั้นจึงจะสามารถวินิจฉัยโดยใช้ “หลักกฎหมายทั่วไป” ซึ่งเป็นบ่อเกิดลำดับที่สามและลำดับสุดท้ายได้

เพื่อประโยชน์ในการทำความเข้าใจความหมายและขอบเขตของการเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บทความฉบับนี้จะกล่าวถึงข้อความคิดทั่วไปว่าด้วยการอุดช่องว่างของกฎหมาย รวมถึงหลักการทำงานของนักกฎหมายเมื่อค้นพบช่องว่างของกฎหมายโดยสังเขป ในหัวข้อถัดไป

---

[24] Sir Carleton Kemp Allen, **Law in the Making** (Oxford: Oxford University Press, 1964), p.1; คำอธิบายในแนวทางเดียวกัน เช่น Sheldon Amos, **A Systematic View of the Science of Jurisprudence** (London: Longmans, Green, and Co., 1872), p.52: “immediate group of circumstances through which a legal rule acquires its essential character as such”; Lasse Oppenheim, **International Law: A Treatise** Vol. I (London: Longmans, Green, and Co., 1948), p.24: “an historical fact out of which rules of conduct rise into existence and legal force”; P. J. Fitzgerald, **Salmond on Jurisprudence** (London: Sweet & Maxwell, 1966), 110: “gates through which new principles can find entrance into the law”.

3. ข้อความคิดทั่วไปว่าด้วยการอุดช่องว่างของกฎหมาย

3.1 ความหมายของ “ช่องว่างของกฎหมาย”

ในเบื้องต้นสมควรกล่าวถึงคำอธิบายในทางตำราของคำว่า “ช่องว่างของกฎหมาย” ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้กล่าวถึง “ช่องว่างแห่งกฎหมาย” (Gap in the Law) ไว้ในตำรา *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป* ของท่านว่า “หมายถึงกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือกฎหมายจารีตประเพณีที่จะนำไปใช้ปรับแก่ข้อเท็จจริงได้ กล่าวคือ ผู้ใช้กฎหมายหากฎหมายเพื่อมาใช้ปรับแก่กรณีไม่พบ”[25] โดยปกติแล้วมักเป็นกรณีที่เกิดข้อพิพาททางกฎหมายขึ้น (เช่น คดีในศาล) แต่ปรากฏว่ายังไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าจะต้องวินิจฉัยกรณีดังกล่าวอย่างไร หรืออาจเป็นกรณีที่มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นแต่กลับไม่ครอบคลุมถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีที่จะต้องวินิจฉัยดังกล่าว สาเหตุที่ก่อให้เกิดช่องว่างของกฎหมายอาจมีได้หลายประการ ไม่ว่าจะเป็นเพราะความคาดไม่ถึงของผู้ร่างกฎหมาย เพราะพัฒนาการในเรื่องนั้นยังไม่เกิดขึ้นในขณะที่มีการตรากฎหมายนั้น หรือเพราะผู้ร่างกฎหมายเห็นว่าเป็นเรื่องที่ยังไม่สมควรบัญญัติไว้ให้ตายตัว[26]

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากคำว่า “ช่องว่างของกฎหมาย” เป็นถ้อยคำในทางนิติศาสตร์ที่มีความเข้าใจหลากหลายและยังไม่มีคำจำกัดความที่ได้รับการยอมรับตรงกันโดยนักนิติศาสตร์ทั้งหมด[27] ในบทความฉบับนี้จึงจะกล่าวถึงคำว่า “ช่องว่างของกฎหมาย” ในฐานะที่เป็นศัพท์เทคนิค (*terminus technicus*) ในความหมายของ “ช่องว่างของระบบกฎหมาย” ไม่ใช่ “ช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษร”[28] กล่าวอีกนัยหนึ่ง การที่ผู้ใช้กฎหมายจะทราบว่าข้อพิพาทในเรื่องนั้นกำลังประสบกับปัญหาช่อง

---

[2] หยุด แสงอุทัย, **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป**, หน้า 142.

[2] หยุด แสงอุทัย, **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป**, หน้า 142–143.

[27] Bernd Rüthers/Christian Fischer/Axel Birk, **Rechtstheorie und Juristische Methodenlehre**, Rn. 832ff.

[28] อย่างไรก็ตาม สมควรกล่าวในที่นี้ว่า นักกฎหมายในประเทศไทยจำนวนหนึ่งใช้คำว่า “ช่องว่างของกฎหมาย” เพื่อหมายความถึง “ช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษร” เท่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกลุ่มนักกฎหมายที่อธิบายว่า หลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นเรื่องของการอุดช่องว่างของกฎหมาย “ทั้งวรรค” กล่าวคือ ทั้ง “จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น” “[การ]เทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” และ “หลักกฎหมายทั่วไป” ในมาตรา 4 วรรคสองล้วนแต่เป็น “วิธีการอุดช่องว่างของกฎหมาย” อาทิ ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, **คำอธิบายหลักพื้นฐานของกฎหมายเอกชน**, หน้า 217-238; มานิตย์ วงศ์เสรี, **นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า 150–154 กล่าวโดยสรุป นักกฎหมายกลุ่มนี้เห็นว่าช่องว่างของกฎหมายเกิดขึ้นเมื่อ “ผู้ใช้กฎหมายไม่สามารถหาบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาปรับแก่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น” และวิธีการต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 วรรคสอง “เป็นเรื่องของการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในกรณีที่ไม่สามารถใช้บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรปรับแก่คดีที่เกิดขึ้นได้” (กรณ์กมล ประเสริฐศักดิ์, “ปัญหาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง”, 69 และ 167 ตามลำดับ) คำว่า “ช่องว่างของกฎหมาย” ตามคำอธิบายของนักกฎหมายกลุ่มนี้จึงมุ่งหมายถึงกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาปรับใช้แก่คดีเป็นสำคัญ แม้จะยังมีจารีตประเพณีที่มีค่าบังคับเป็นกฎหมายหรือหลักกฎหมายทั่วไปให้ปรับใช้แก่คดีอยู่ก็ถือว่าเกิดช่องว่างของกฎหมายขึ้นแล้ว ซึ่งเป็นคนละมโนทัศน์กับช่องว่างของกฎหมายในความหมาย “ช่องว่างของระบบกฎหมาย” ที่ใช้ในบทความฉบับนี้ เนื่องจากตามความเห็นของผู้เขียนนั้น ในกรณีที่ระบบกฎหมาย (พิจารณาในองค์รวมทั้งระบบ)

ว่างของกฎหมายอยู่หรือไม่นั้น **ผู้ใช้กฎหมายจะต้องค้นหากฎหมายจนแน่ใจเสียก่อนว่า เป็นกรณีที่ "ไม่มีกฎหมาย" บัญญัติถึงกรณีดังกล่าวไว้เลย** การที่จะแน่ใจเช่นนั้นได้ผู้ใช้กฎหมายย่อมต้องทราบเสียก่อนว่า "บ่อเกิดของกฎหมาย" ในระบบกฎหมายของตนมีอะไรบ้าง และจะต้องค้นหากฎหมายจากทุกบ่อเกิดที่มีอยู่ทั้งหมดในระบบกฎหมายไปตลอดจนแน่ใจว่าไม่มีกฎหมายที่จะปรับกับกรณีนั้นได้จริง อย่างไรก็ตาม ในอีกด้านหนึ่งผู้ใช้กฎหมายย่อมต้องคำนึงเสมอว่า ระบบกฎหมายทุกระบบย่อมมีความประสงค์ที่จะเป็นระบบที่ไร้ช่องโหว่ (lückenlos) ดังนั้น แม้จะเป็นกรณีที่ตนได้ตรวจค้นกฎหมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบันแล้วไม่พบบทบัญญัติที่สามารถนำมาปรับกับคดีได้โดยตรงก็ตาม หลักในการทำงานที่ถูกต้องของนักกฎหมายย่อมไม่ใช่การเร่งรัดด่วนสรุปทันทีว่าเป็นกรณีที่เกิดช่องว่างของกฎหมาย เนื่องจากการสรุปว่าข้อเท็จจริงกรณีหนึ่งกรณีใดเป็นกรณีที่ระบบกฎหมายมีช่องว่างอยู่จริงนั้นจะต้อง "พิสูจน์" สมมติฐานให้ได้เสียก่อนว่า ในบรรดาบทบัญญัติแห่งกฎหมาย "ทั้งหมด" ที่ใช้บังคับอยู่ในระบบกฎหมายในเวลานั้น ไม่มีบทบัญญัติใดเลยที่สามารถนำมาปรับใช้เพื่อวินิจฉัยข้อเท็จจริงดังกล่าวได้ ไม่ว่าจะเป็นการปรับใช้โดยตรงหรือโดยการตีความกฎหมาย[29]

ด้วยเหตุนี้ การที่จะพิสูจน์ว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นกรณีที่ระบบกฎหมายมีช่องว่างไม่สามารถนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายบทใดบทหนึ่งมาใช้ในการวินิจฉัยได้จริง นักกฎหมายไม่เพียงแต่จะต้องตรวจค้นกฎหมายทั้งหมดที่ใช้บังคับอยู่จริงในระบบกฎหมายเท่านั้น (ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือกฎหมายจารีตประเพณี) หากแต่ยังจะต้อง "ตีความ" บทกฎหมายที่มีอยู่ทั้งหมดโดยอาศัยวิธีการในการ

"ยังมีกฎหมาย" ที่สามารถปรับใช้กับกรณีนั้นได้ ไม่ว่ากฎหมายดังกล่าวจะมีที่มาจาก "บ่อเกิด" ใดก็ตาม (กฎหมายจารีตประเพณีหรือหลักกฎหมายทั่วไป) ย่อมยังมิใช่สถานการณ์ที่สมควรจะนำคำว่า "ช่องว่าง" มาใช้ เพราะไม่ได้มีช่องว่างเกิดขึ้นในระบบกฎหมายแต่ประการใด หากแต่เป็นกรณีที่ไม่มีกฎหมายสำหรับข้อเท็จจริงนั้นในบ่อเกิดของกฎหมายหนึ่ง แต่ยังมีอยู่ในอีกบ่อเกิดหนึ่ง นักกฎหมายย่อมมีหน้าที่ต้องนำกฎหมายที่มีอยู่ในบ่อเกิดนั้นมาปรับใช้แก่กรณีดังกล่าว หากเดินตามแนวความเห็นนี้ ในบรรดาหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 วรรคสองย่อมมีเพียงการ "เทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง" เท่านั้นที่จัดเป็นวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมาย จากเหตุผลที่ได้กล่าวข้างต้นผู้เขียนจึงไม่เห็นด้วยกับการอธิบายว่ามาตรา 4 วรรคสอง เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการอุดช่องว่างของกฎหมาย "ทั้งวรรค" เว้นเสียแต่จะได้ระบุลงไปให้ชัดแจ้งในคำอธิบายว่าหมายความถึง "ช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษร" หรือ "ช่องว่างของตัวบทกฎหมาย" ผู้ที่สนใจทรรศนะของผู้เขียนอาจเห็นภาพได้ชัดเจนมากขึ้นหากพิจารณาคำอธิบายของนักกฎหมายที่มักอธิบายข้อความคิดว่าด้วย "บ่อเกิดของกฎหมาย" ในเชิงอุปมาโวหารว่าเปรียบเสมือน "บ่อน้ำ" (เช่น ปรีดี เกษมทรัพย์, **กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป**, หน้า 16: "เมื่อเกิดปัญหาขึ้นมาใครผิดใครถูก จะไปหากฎหมายจากไหนมาตัดสินคำตอบก็คือเราต้องไปหาที่บ่อของมันเหมือนกับเราไปหาน้ำ ถ้าเราไม่รู้จักบ่อก็หาน้ำไม่พบ") เนื่องจากหากสมมติสถานการณ์ขึ้นว่าเรากระหายน้ำและหาน้ำไม่พบจากบ่อหนึ่ง แต่ยังคงมีน้ำที่ดีและใสสะอาดอยู่ในอีกบ่อหนึ่งที่ใกล้เคียงกัน คงไม่มีผู้ใดเรียกกรณีเช่นนี้ว่า "สภาพขาดแคลนน้ำ" ในทำนองเดียวกันนี้เอง ผู้เขียนจึงไม่เรียกสภาพการณ์ที่ยังมีกฎหมายจากบ่อเกิดใดบ่อเกิดหนึ่งสามารถปรับใช้กับกรณีนั้น ๆ ว่าเป็นกรณีที่เกิด "ช่องว่างของกฎหมาย".

[29] กล่าวอีกนัยหนึ่ง หากมีผู้สามารถพิสูจน์ในทางกลับกันได้ว่า ยังมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายบทใดบทหนึ่งที่สามารถปรับใช้กับข้อเท็จจริงนั้นได้ ย่อมมีผลหักล้างสมมติฐานที่ว่ากรณีนั้นเป็นกรณีช่องว่างของกฎหมายทันที อุปมาได้กับการพิสูจน์สมมติฐานที่ว่า "ไม่มีกาตัวใดเป็นกาขาว" จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่ากาทุกตัวบนโลกเป็นสีดำ (หรือสีอื่นใดที่ไม่ใช่สีขาว) การที่เราพบเห็นกาดำเป็นจำนวนมากหรือค้นพบกาดำมากขึ้นเรื่อย ๆ ย่อมไม่เพียงพอที่จะพิสูจน์สมมติฐานดังกล่าวได้ เนื่องจากหากมีผู้ค้นพบกาสีขาว "เพียงตัวเดียว" ย่อมมีผลเป็นการหักล้างสมมติฐานข้างต้นทันที การพิสูจน์ว่าสิ่งหนึ่งสิ่งใด "ไม่มี" จึงยากกว่าการพิสูจน์ว่า "มี" เสมอ.

ตีความกฎหมายที่เป็นที่ยอมรับในระบบกฎหมายนั้นจนมั่นใจเสียก่อนว่า ไม่มีบทบัญญัติใดเลยที่สามารถนำมาใช้ในการวินิจฉัยกรณีนั้นได้ ทั้งนี้ สอดคล้องกับที่ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้อธิบายว่า ช่องว่างแห่งกฎหมายนั้นทราบได้โดยการ “ตรวจค้น” และ “ตีความ” กฎหมายที่ใช้อยู่[30] กล่าวโดยสรุป “ช่องว่างของกฎหมาย” เป็นกรณีที่เกิดขึ้น (หากมี) ในขั้นตอนของการปรับใช้กฎหมาย (application) ซึ่งจะต้องผ่านขั้นตอนการตีความกฎหมาย (interpretation) มาแล้วเสียก่อน เท่านั้น[31]

ข้อพิจารณาข้างต้นช่วยให้เราเข้าใจความสัมพันธ์ระหว่างกันของมาตรา 4 วรรคหนึ่งและมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ชัดเจนยิ่งขึ้น กล่าวคือ ในกรณีที่เกิดปัญหาทางกฎหมายขึ้นผู้ใช้กฎหมายจะต้องปรับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีอยู่ในเรื่องนั้น หากไม่สามารถปรับใช้ได้ตามขอบเขตของถ้อยบัญญัติทันที (“กรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร”) ก็จะต้องตีความบทกฎหมายนั้นตามวิธีการในการตีความกฎหมาย หากการตีความนำไปสู่ผลลัพธ์ในเชิงบวก คือ บทกฎหมายนั้นสามารถนำมาปรับใช้กับปัญหาที่เกิดขึ้นได้ ผู้ใช้กฎหมายมีหน้าที่ต้องปรับใช้บทกฎหมายนั้น (“ตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ”) ที่กล่าวมาจนถึงขั้นตอนนี้เป็นกรณีตามมาตรา 4 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งตรงกับขั้นตอนแรกในการใช้กฎหมายที่ได้อธิบายข้างต้น ได้แก่ “การตรวจค้นและตีความ(กฎหมายลายลักษณ์อักษร)”[32] ในขณะที่มาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะบัญญัติหลักเกณฑ์การทำงานของนักกฎหมายในกรณีที่ขั้นตอนการตรวจค้นและตีความไม่ประสบผลสำเร็จ โดยกำหนดให้นักกฎหมายค้นหาและปรับใช้กฎหมายในบ่อเกิดลำดับถัดไป รวมถึงปรับใช้ “หลักการอุดช่องว่างของกฎหมาย” ตามที่จะได้อธิบายต่อไปในบทความฉบับนี้[33]

---

[30] โปรดดู หยุด แสงอุทัย, **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป**, หน้า 143.

[31] ผู้สนใจประวัติความเป็นมาของการกำหนดลำดับการปรับใช้กฎหมายในมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเด็นที่มาตรา 4 วรรคสอง บัญญัติให้ต้องเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งก่อนการค้นหากฎหมายจากบ่อเกิดในลำดับสุดท้าย (หลักกฎหมายทั่วไป) โปรดดู กรณ์กมล ประเสริฐศักดิ์, “ปัญหาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง”, หน้า 156–165.

[32] อย่างไรก็ตาม ผู้ศึกษาไม่ควรเข้าใจว่ามาตรา 4 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดวิธีการในการตีความกฎหมายไว้ ดังที่ได้อธิบายโดยละเอียดในบทความฉบับนี้ มาตรา 4 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บอกผู้ใช้กฎหมายแต่เพียงว่า “จงตีความกฎหมายก่อนใช้” แต่ไม่ได้อธิบายว่า “จะต้องตีความกฎหมายอย่างไร” ซึ่งสอดคล้องกับความเห็นทางวิชาการของนักนิติศาสตร์ว่า วิธีการในการตีความกฎหมายควรได้รับการพัฒนาโดยคำสอนของนักนิติศาสตร์และไม่มีความจำเป็นที่จะต้องนำไปบัญญัติไว้ในตัวบทกฎหมาย.

[33] นอกจากประวัติความเป็นมาของการยกร่างกฎหมายที่ผู้เขียนได้อ้างถึงในเชิงอรรถก่อนหน้าแล้ว ผู้เขียนยังมีข้อสังเกตว่าการที่ผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติในมาตรา 4 วรรคสองว่า หากเป็นกรณีที่ไม่มีบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรและกฎหมายจารีตประเพณีให้ผู้ใช้กฎหมาย “เทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” ทันทีและหากไม่สามารถดำเนินการได้จึงจะสามารถวินิจฉัยโดยใช้หลักกฎหมายทั่วไปได้ ทั้งที่การเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นเพียงวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมายและไม่ถือเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย อาจแสดงให้เห็นถึงความเข้าใจของผู้จัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ในขณะนั้น) ว่า หลักกฎหมายทั่วไปไม่ถือเป็น

3.2 หลักการทำงานของนักกฎหมายเมื่อค้นพบช่องว่างของกฎหมาย

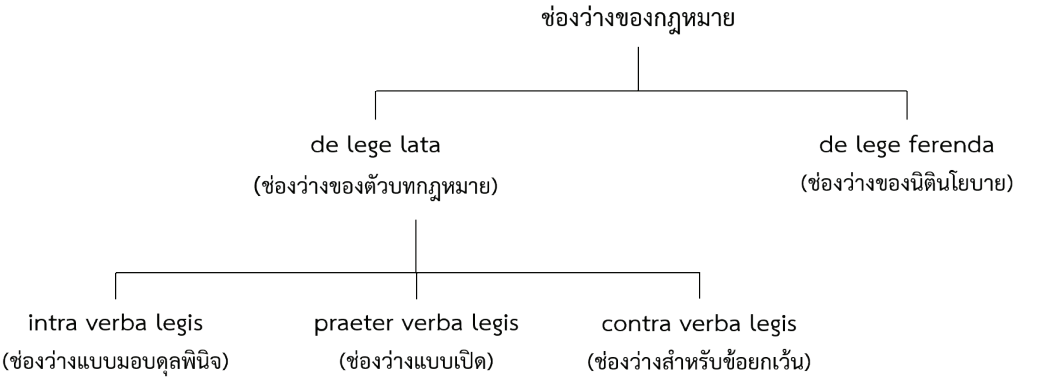
3.2.1 ขั้นตอนที่ 1 การระบุประเภทของช่องว่างของกฎหมาย

เมื่อได้ดำเนินการตามขั้นตอน “การตรวจค้นและตีความ” จนแน่ใจแล้วว่าเป็นกรณีที่กฎหมายมีช่องว่าง ผู้ใช้กฎหมายยังคงต้องพิจารณาต่อไปว่า ช่องว่างของกฎหมายดังกล่าวเป็นช่องว่างประเภทใด เนื่องจากช่องว่างของกฎหมายมีอยู่หลายประเภทและแต่ละประเภทมีวิธีการจัดการที่แตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการแบ่งประเภทช่องว่างของกฎหมายนั้นมีอยู่มากมายหลายรูปแบบขึ้นอยู่กับเกณฑ์ที่นักกฎหมายใช้ในการพิจารณา[34] เพื่อความชัดเจนผู้เขียนจึงขออ้างอิงการแบ่งประเภทช่องว่างของกฎหมายจากหนังสือ *คำสอนว่าด้วยนิติวิธี* (Juristische Methodenlehre) ของ Prof. Dr. Ernst A. Kramer ดังนี้[35]

องค์ประกอบส่วนหนึ่งของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง (positive law) ตัวอย่างเช่น อาจมีที่มาจากกฎหมายของต่างประเทศหรืออาจเป็นหลักกฎหมายที่สืบทอดมาตั้งแต่ในสมัยโบราณ ดังเช่นที่เคยปรากฏว่าศาลฎีกาได้อ้างถึงหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายของประเจ้าจัสติเนียนหรือ Corpus Iuris Civilis ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 419/129 (โปรดดู ปิติ โพธิวิจิตร, “อิทธิพลของกฎหมายต่างประเทศต่อพัฒนาการของระบบการฟ้องคดีอาญาโดยผู้เสียหายของประเทศไทย”, **วารสารนิติศาสตร์** ปีที่ 49 ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2563), หน้า 718–719) เนื่องจากในทางนิติวิธี การนำวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมายมาใช้ต้องเป็นกรณีที่ “ไม่มีกฎหมายในระบบกฎหมายที่ปรับใช้ได้แล้ว” เท่านั้น การอนุญาตให้วินิจฉัยคดีโดยใช้หลักกฎหมายทั่วไปจึงเปรียบเสมือนการนำ “สิ่งแปลกปลอม” มาใช้เพื่อป้องกันมิให้เกิดกรณีที่ไม่มีกฎหมายที่จะใช้ในการตัดสินคดี (ซึ่งเป็นผลลัพธ์ที่ร้ายแรงที่สุดอันอาจสั่นคลอนความมั่นคงของระบบกฎหมายได้) อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันหลังจากที่ระบบกฎหมายไทยได้รับการก่อตั้งและพัฒนาตนเองมาเป็นระยะเวลาหนึ่งจนเกิดการก่อตัวขึ้นของ “หลักกฎหมายทั่วไปภายในระบบกฎหมาย” อาทิ หลักกฎหมายทั่วไปในทางวิธีพิจารณาคดี หลักทั่วไปในทางกฎหมายปกครอง (ซึ่งเป็นเขตแดนทางกฎหมายที่อยู่ในขั้นตอนการพัฒนาและยังอาศัยหลักกฎหมายทั่วไปและหลักกฎหมายที่พัฒนาขึ้นจากแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลเป็นหลัก) กรณีอาจมีประเด็นที่นักนิติศาสตร์ไทยต้องพิจารณาร่วมกันว่า ลำดับการปรับใช้กฎหมายและการอุดช่องว่างของกฎหมายตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ยังคงสอดคล้องหรือเหมาะสมกับสภาพการณ์ในปัจจุบันของระบบกฎหมายอยู่หรือไม่ ตัวอย่างเช่น ในเขตแดนของกฎหมายมหาชน (โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายปกครอง) หากเป็นกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรและกฎหมายจารีตประเพณีแต่เป็นกรณีที่มีหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องนั้นอยู่ ผู้ใช้กฎหมายสามารถปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปได้เลยหรือจะต้องเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งก่อน ตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ข้อพิจารณาข้างต้นจะทวีความสำคัญขึ้นกลายเป็นปัญหาในวิชานิติศาสตร์หากทั้งสองทางนำไปสู่ผลในทางกฎหมายที่แตกต่างกันโดยสิ้นเชิง สำหรับข้ออภิปรายเกี่ยวกับลำดับขั้นตอนการปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายมหาชน โปรดดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, **คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย, 2564), หน้า 468–469 และมานิตย์ วงศ์เสรี, **นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน**, หน้า 233 ซึ่งมีความเห็นไปในแนวทางเดียวกันว่าในกฎหมายมหาชนสมควรใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรให้สิ้นเสียก่อนทั้งโดยตรงหรือโดยการเทียบเคียง ต่อเมื่อไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้ใช้จึงใช้กฎหมายจารีตประเพณีได้ อย่างไรก็ตาม ประเด็นเกี่ยวกับลำดับการปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปที่ผู้เขียนได้ยกขึ้นพิจารณาข้างต้นดูเหมือนจะยังไม่ได้มีการอภิปรายในวงวิชาการไทยเท่าที่ควร.

[34] Bernd Rüthers/Christian Fischer/Axel Birk, **Rechtstheorie und Juristische Methodenlehre**, Rn. 841.

[35] โปรดดู Ernst A. Kramer, **Juristische Methodenlehre** (Bern: Stämpfli Verlag, 2013), p.193–202.



แผนภาพ: การแบ่งประเภทช่องว่างของกฎหมายตามคำอธิบายของ Prof. Dr. Ernst A. Kramer[36]

(1) ช่องว่างของ “นิตินโยบาย” หรือช่องว่างแบบ de lege ferenda[37]

ช่องว่างของกฎหมายประเภทแรกนี้เป็นกรณีที่จริง ๆ แล้วระบบกฎหมาย “ควรจะมี” กฎหมายในเรื่องนั้นออกมาใช้บังคับ แต่ปรากฏว่าฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายการเมืองยังไม่ได้ดำเนินการออกกฎหมายที่ครอบคลุมถึงเรื่องดังกล่าว (หรือกำลังจะออกในอนาคต) ส่งผลทำให้เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นในปัจจุบันจึงไม่มีตัวบทกฎหมายใดในระบบกฎหมายที่จะนำมาใช้ในการวินิจฉัยคดีได้ แม้กรณีดังกล่าวอาจพิจารณาได้ว่าเป็นช่องว่างทางกฎหมายชนิดหนึ่งก็ตาม แต่หากพิเคราะห์ให้ถี่ถ้วนจะพบว่า การที่ไม่มีกฎหมายที่สามารถนำมาใช้บังคับกับคดีที่เกิดขึ้นได้ในกรณีนี้ไม่ใช่เรื่องเหนือความคาดหมาย เนื่องจากเป็นกรณีที่ “นิตินโยบาย” เห็นว่ายังไม่จำเป็นที่จะต้องมีกฎหมายในเรื่องนั้น ดังนั้น ในกรณีที่ผู้ใช้กฎหมายค้นพบช่องว่างแบบ de lege ferenda **ผู้ใช้กฎหมายไม่สามารถนำเอาหลักการอุดช่องว่างของกฎหมายมาใช้แก้ไขปัญหาได้** เนื่องจากช่องว่างแบบ de lege ferenda นี้ไม่เกี่ยวข้องกับนิติวิธีและไม่ใช่หน้าที่ของผู้ใช้กฎหมาย หากแต่เป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้องไปดำเนินการออกกฎหมายในเรื่องนั้น หรือหากฝ่ายนิติบัญญัติแสดงความประสงค์หรือนิตินโยบายที่ชัดเจนว่า ไม่ประสงค์จะออกกฎหมายในเรื่องนั้น กรณีดังกล่าวย่อมคงสภาพเป็นช่องว่างของนิตินโยบายต่อไป

(2) ช่องว่างของตัวบทกฎหมายหรือช่องว่างแบบ de lege lata[38]

ช่องว่างของกฎหมายประเภทนี้ ได้แก่ กรณีที่กฎหมายที่มีอยู่ทั้งหมดในปัจจุบันของระบบกฎหมายไม่สามารถนำไปปรับกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้ ทั้ง ๆ ที่กรณีดังกล่าวอยู่ในขอบเขตของ

---

[36] ที่มาของแผนภาพ Ibid., p.194.

[37] คำว่า lex ferenda หมายถึง “กฎหมายที่ควรจะเป็นในอนาคต” หรือ “กฎหมายแห่งอนาคต”.

[38] คำว่า lex lata หมายถึง “กฎหมายที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน” หรือ “กฎหมายแห่งปัจจุบัน”.

วัตถุประสงค์ที่ระบบกฎหมายต้องการคุ้มครองหรือกำหนดกฎเกณฑ์มาบังคับใช้ (เช่น ระบบกฎหมายที่ต้องการคุ้มครองเสรีภาพในชีวิตร่างกายของบุคคล ย่อมมีเจตนารมณ์คุ้มครองบุคคลจากการกระทำ “ทุกรูปแบบ” ที่อาจละเมิดเสรีภาพในชีวิตร่างกายของบุคคล “ไม่ว่าจะกระทำโดยวิธีการใด” และ “ไม่ว่าจะกระทำโดยใคร”) ช่องว่างแบบ de lege lata จึงแตกต่างจากช่องว่างแบบ de lege ferenda เนื่องจากไม่ใช่กรณีที่ “ยังไม่ได้มีการออกกฎหมาย” แต่เป็นกรณีที่ “มีการออกกฎหมายแล้วแต่กลับใช้ได้ไม่ครอบคลุมตามวัตถุประสงค์” ทั้งนี้ นักกฎหมายแยกช่องว่างของตัวบทกฎหมายหรือช่องว่างแบบ de lege lata ออกเป็น 3 รูปแบบย่อย ดังนี้

(ก) ช่องว่างแบบมอบดุลพินิจ หรือ intra verba legis

ช่องว่างแบบมอบดุลพินิจ หมายถึง กรณีที่ผู้ออกกฎหมายบัญญัติกฎหมายโดยใช้ถ้อยคำที่ไม่เฉพาะเจาะจง เช่น “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” หรือ “ความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ” เพื่อมอบ “ดุลพินิจ” (discretion) ให้ผู้ใช้กฎหมาย (ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายปกครองหรือศาล) ปรับใช้กฎหมายให้เข้ากับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้อย่างเหมาะสม มีประสิทธิภาพและยืดหยุ่นเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพสังคมที่เปลี่ยนไปได้ นักกฎหมายบางส่วนเห็นว่ากรณีเหล่านี้ไม่ถือเป็นช่องว่างของกฎหมายโดยแท้ เนื่องจากหากพิจารณาจะพบว่าเป็นกรณีที่ “มีกฎหมายให้ปรับใช้” ในขณะที่นักกฎหมายอีกส่วนหนึ่งยังคงจัดให้กรณีเหล่านี้ถือเป็นช่องว่างของกฎหมายเนื่องจากเห็นว่าการที่ผู้ใช้กฎหมายตัดสินใจว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกรณีใดบ้างถือว่าอยู่ในขอบเขตที่จะใช้บทกฎหมายดังกล่าวได้ (ตัดสินใจปรับใช้กฎหมาย) ย่อมถือเป็นการอุดช่องว่างเช่นเดียวกัน และเมื่อการปรับใช้กฎหมายเหล่านี้ถือเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมาย ดังนั้น กฎหมายเหล่านี้ในตัวของมันเองจึงต้องถือว่าเป็นที่มาของช่องว่างของกฎหมาย (หากเปลี่ยนจากคำว่า “ช่องว่างของกฎหมาย” เป็น “ช่องว่างของระบบกฎหมาย” ในกรณีนี้จะเห็นภาพชัดเจนขึ้น) ทั้งนี้ กรณีจะเห็นได้ว่าช่องว่างของกฎหมายแบบ intra verba legis มีที่มาจากความจำเป็นหรือข้อจำกัดของการนิติบัญญัติ ตัวอย่างเช่น ฝ่ายนิติบัญญัติย่อมไม่สามารถบัญญัติรายละเอียดไล่เรียงลงไปในกฎหมายได้อย่างครบถ้วนสมบูรณ์ว่า ข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ใดบ้างที่หากเกิดขึ้นแล้วจะถือว่า “ขัดความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” หรือเป็น “ความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ” เนื่องจากในความเป็นจริงจำนวนที่เป็นไปได้ของข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่จะถือว่าเข้าองค์ประกอบดังกล่าวอาจมีอยู่มากมายนับไม่ถ้วน[39]

---

[39] โปรดดู ปรีดี เกษมทรัพย์, “การใช้การตีความกฎหมาย”, **วารสารนิติศาสตร์** ปีที่ 15 ฉบับที่ 1 (มกราคม 2530), หน้า 71: “อย่างไรก็ดีตัวบทกฎหมายมีข้อจำกัด ส่วนข้อขัดแย้งที่ต้องวินิจฉัยมีมากมายสลับซับซ้อนเหนือความสามารถของนิติบัญญัติหรือนิติศาสตร์ นักกฎหมายจึงมีเครื่องมือจำกัดในการแก้ปัญหาทุกอย่าง แต่ต้องทำงานให้ได้ผล ดังนั้นนักกฎหมายจึงต้องมีฝีมือและฝีมือนี้เองที่นักกฎหมายจะต้องเรียนรู้ ฝีมือสำหรับนักกฎหมายก็คือการใช้กฎหมายซึ่งเป็นความสามารถที่ต้องเรียน”.

(ข) ช่องว่างแบบเปิด หรือ praeter verba legis

ช่องว่างแบบเปิด หมายถึง กรณีที่ระบบกฎหมายคิดว่ากฎหมายที่ตนมีอยู่ทั้งหมดนั้นครอบคลุมถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแล้ว แต่พอจะค้นหากฎหมายเพื่อมาปรับกับข้อเท็จจริงดังกล่าวกลับปรากฏว่าไม่พบตัวบทกฎหมายที่สามารถนำมาปรับกับกรณีนั้นได้ กล่าวคือ ตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องที่สุดเท่าที่มีอยู่ยังคง “แคบไป” ถึงขนาดที่ตีความไปจนสุดแล้วก็ยังครอบคลุมไปไม่ถึงกรณีที่ต้องการปรับใช้นั้น ช่องว่างลักษณะนี้มักเกิดขึ้นจากการที่ผู้ร่างกฎหมายคาดไม่ถึงว่ากรณีดังกล่าวจะหลุดรอดจากขอบเขตความหมายของตัวบทไป ดังเช่นที่ Prof. Dr. Claus-Wilhelm Canaris อธิบายว่า เป็นกรณีที่กฎเกณฑ์หายไปจากตัวบทกฎหมายนั้นโดย “ผิดไปจากแผน” (planwidrig)[40] เนื่องจากหากเราพิจารณาระบบกฎหมายอย่างเป็นองค์รวม (as a whole) จะหยั่งทราบถึงเจตนารมณ์ของระบบกฎหมายว่า ประสงค์จะให้มีกฎเกณฑ์ใช้บังคับกับข้อเท็จจริงเช่นว่านั้น ในกรณีที่พบช่องว่างแบบ praeter verba legis นักกฎหมายจะต้องดำเนินการอุดช่องว่างดังกล่าวโดยอาศัยวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมาย[41]

(ค) ช่องว่างสำหรับข้อยกเว้น หรือ contra verba legis

ช่องว่างสำหรับข้อยกเว้น หมายถึง กรณีที่กฎหมายบัญญัติเรื่องนั้นไว้โดยใช้ถ้อยคำที่ “กว้างไป” จนทำให้ขอบเขตการบังคับใช้ครอบคลุมไปจนถึงกรณีที่กฎหมายไม่ต้องการให้ครอบคลุมถึงหากพิจารณาจากเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น (overinclusive) โดยทั่วไปแล้วผู้บัญญัติกฎหมายจะป้องกันไม่ให้เกิดช่องว่างประเภทนี้โดยการบัญญัติ “ข้อยกเว้น” ไว้ในตัวบทดังกล่าวด้วย เพื่อตัด (exclude) บรรดากรณีที่กฎหมายไม่ต้องการออกจากขอบเขตของตัวบทนั้น ตัวอย่างเช่น ใช้คำว่า “เว้นแต่” หรือ “ไม่หมายความรวมถึง” เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ช่องว่างแบบ contra verba legis อาจเกิดขึ้นได้หากผู้ออกกฎหมายไม่ได้บัญญัติข้อยกเว้นไว้ (ทั้งที่ควรจะต้องบัญญัติไว้) จนทำให้ตัวบทนั้นครอบคลุมไปถึงกรณีที่อยู่นอกเหนือเจตนารมณ์ของตัวบทกฎหมาย ในกรณีนี้นักกฎหมายจะแก้ปัญหาโดยใช้หลักการอุดช่องว่างกฎหมายที่เรียกว่า “การลดรูปถ้อยคำและสร้างข้อยกเว้นให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย” (teleological reduction)[42] เพื่อปรับขอบเขตบังคับใช้ให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ที่แท้จริงของตัวบทกฎหมายนั้น

3.2.2 ขั้นตอนที่ 2 การปรับใช้หลักการอุดช่องว่างของกฎหมาย

ในกรณีที่ผู้ใช้กฎหมายดำเนินการตามขั้นตอนที่ 1 แล้วพบว่า ปัญหาที่กำลังวินิจฉัยเป็นกรณีช่องว่างของตัวบทกฎหมายแบบเปิด หรือ praeter verba legis ผู้ใช้กฎหมายต้องพิจารณาต่อไปว่า

---

[40] Ernst A. Kramer, *Juristische Methodenlehre*, หน้า 191.

[41] โปรดดูข้อ 3.2.2.

[42] โปรดดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, **คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน**, หน้า 466-467.

สามารถนำ “หลักการอุดช่องว่างของกฎหมาย” มาใช้แก้ปัญหาดังกล่าวได้หรือไม่[43] กรณีสมควรกล่าวในที่นี้ว่า หลักการอุดช่องว่างของกฎหมายเป็นส่วนหนึ่งของศาสตร์ที่เรียกว่า “นิติวิธี” ซึ่งโดยทั่วไปแล้วไม่จำเป็นต้องได้รับการนำมาบัญญัติไว้เป็นเนื้อหาของตัวบทกฎหมายตามที่ได้อธิบายข้างต้น อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีผู้ร่างกฎหมายอาจนำวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมายมาบัญญัติไว้ในตัวบทกฎหมายได้[44] ตัวอย่างเช่น ระบบกฎหมายไทยได้บัญญัติรับรองวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมายที่เรียกว่า “การเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” ไว้อย่างชัดแจ้งในมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นต้น

ผู้เขียนมีความเห็นว่า “การเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” ตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ครอบคลุมถึงวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมายที่ได้รับการพัฒนาขึ้นในวิชานิติศาสตร์อย่างน้อยที่สุดสามวิธี ได้แก่ (1) การให้เหตุผลเชิงอุปมาน หรือการเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในความหมายโดยแคบ (2) การให้เหตุผลแบบ “ยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น” และ (3) การให้เหตุผลแบบ “มิเช่นนั้นแล้ว” ซึ่งจะได้อธิบายต่อไปโดยสังเขป ดังนี้

(1) การให้เหตุผลเชิงอุปมาน[45] (argumentum a simile หรือ analogy)

วิธีการคิดที่เรียกว่า analogy นั้นเป็นหนึ่งในเครื่องมือทางปัญญาที่สำคัญของมนุษย์มาแต่โบราณกาล เช่น ในวิชาคณิตศาสตร์ analogy มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดอย่างยิ่งกับข้อความคิดเรื่อง “สัดส่วน” (proportion) ในวิชาเรขาคณิต[46] หรือในพระพุทธศาสนามีหลักที่เรียกว่า “มหาปเทส 4”

---

[43] กรณีมีข้อควรระวังว่า ในการแก้ปัญหาช่องว่างของกฎหมายผู้ใช้กฎหมายจะต้องอ้างถึงหลักการหรือวิธีการอุดช่องว่างที่พัฒนาขึ้นและได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไปโดยนักนิติศาสตร์เท่านั้น ผู้ใช้กฎหมายไม่สามารถอุดช่องว่างของกฎหมายโดยการคิดเนื้อหาหรือขยายขอบเขตของบทบัญญัติของกฎหมายตามอำเภอใจของตนได้.

[44] ผู้เขียนเห็นว่าการบัญญัติวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมายไว้ในตัวบทกฎหมายมีประโยชน์อย่างน้อยสองประการ ได้แก่ (1) เป็นการกำหนดแนวทางการแก้ปัญหาที่ชัดเจน (clear guidance) ให้แก่ระบบกฎหมายและผู้ใช้กฎหมายในกรณีที่เกิดช่องว่างที่ผู้บัญญัติกฎหมายคาดไม่ถึงขึ้น และ (2) การที่ตัวบทกฎหมายระบุวิธีการอุดช่องว่างวิธีใดวิธีหนึ่งไว้อย่างชัดเจน ยังส่งผลทำให้วิธีการดังกล่าวมีตำแหน่งของเรื่อง (sedes materiae) ที่ชัดเจนในระบบกฎหมายและทำให้การปรับใช้วิธีการดังกล่าวเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายมีความชอบธรรม (legitimacy) เหตุผลในประการที่สองนี้แตกต่างจากกรณีของการบัญญัติหรือไม่บัญญัติวิธีการตีความกฎหมาย เนื่องจากการตีความกฎหมายเป็นขั้นตอนการทำงานของนักกฎหมายที่ตั้งอยู่บนฐานของ “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนั้น โดยปกติการใช้และการตีความกฎหมายจึงมีความชอบธรรมอยู่ในตัวผ่านความชอบธรรมในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติในทางตรงกันข้าม การอุดช่องว่างของกฎหมายเป็นการปรับใช้กฎหมายกับกรณีที่ “อยู่นอกเหนือความคาดหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ” หรือหลุดรอดไปจากแผนงานด้านกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติโดย “ผิดแผน” ดังนั้น การอุดช่องว่างของกฎหมายจึงเรียกร้องความชอบธรรมมากกว่าการตีความกฎหมาย ทำให้บ่อยครั้งผู้ร่างกฎหมายมักนำเอาวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมายมาบัญญัติไว้ในตัวบทกฎหมายที่สำคัญหรือเป็นเสาหลักของระบบกฎหมายนั้น.

[45] จากการสำรวจวรรณกรรมทางกฎหมายในประเทศไทยผู้เขียนพบว่า ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.อรุณ ภาณุพงศ์ ได้ถอดความคำว่า Analogy หรือ a simile ไว้เป็นอย่างดีแล้วว่า “หลักตรรกศาสตร์เชิงอุปมาน” (โปรดดู อรุณ ภาณุพงศ์, “การตีความกฎหมาย”, **วารสารนิติศาสตร์** ปีที่ 26 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2541), หน้า 563.

[46] Edward Rothstein, **Emblems of Mind: The Inner Life of Music and Mathematics** (New York: Times Books, 1995), p.164–167.

(จตุมหาปเทสกถา) ซึ่งพระพุทธเจ้าได้ประทานไว้แก่พระภิกษุเพื่อใช้ในการพิจารณาว่าสิ่งใดควรสิ่งใดไม่ควรในกรณีที่พระพุทธเจ้าไม่ได้ห้ามหรือไม่ได้อนุญาตสิ่งนั้นไว้โดยชัดแจ้ง โดยอาศัยการพิจารณาว่าสิ่งนั้นอนุโลมเข้ากับสิ่งที่พระพุทธเจ้าห้ามไว้ว่าไม่ควรหรืออนุญาตไว้ว่าควรได้หรือไม่[47]

สำหรับในวิชานิติศาสตร์นั้น analogy เป็นเครื่องมือทางนิติวิธีที่สำคัญทั้งในระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์และในระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ เช่น การนำหลักกฎหมายที่ศาลได้พัฒนาขึ้นในคดีหนึ่งไปปรับใช้กับอีกคดีหนึ่งในระบบคอมมอนลอว์ซึ่งตั้งอยู่บนหลักการที่ว่า “คดีที่มีข้อเท็จจริงในสาระสำคัญอย่างเดียวกันก็ควรได้รับการวินิจฉัยโดยหลักกฎหมายเดียวกัน” ย่อมต้องอาศัยการให้เหตุผลแบบ analogy เพื่อวินิจฉัยว่า เมื่อใดจึงถือได้ว่าคดีทั้งสองนั้น “มีสาระสำคัญอย่างเดียวกัน” ส่วนในระบบซีวิลลอว์ซึ่งเน้นการตีความและปรับใช้ตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น analogy เป็นหนึ่งในหลักทั่วไปในการใช้กฎหมายที่ได้รับการนำมาบัญญัติไว้ใน Digest ของพระเจ้าจัสติเนียน (ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของประมวลกฎหมายของประเจ้าจัสติเนียนหรือ Corpus Iuris Civilis)[48] และมีบทบาทที่สำคัญอย่างยิ่งต่อการใช้กฎหมายในฐานะที่เป็นวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมายที่เรียกว่า argumentum a simile หรือการให้เหตุผลเชิงอุปมานมาจวบจนปัจจุบัน

การให้เหตุผลเชิงอุปมานเริ่มต้นจากการนำ “กรณี” (cases) สองกรณีมาเปรียบเทียบกัน กรณีแรกคือกรณีที่มีตัวบทกฎหมายบัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์ไว้แล้ว (ในที่นี้จะเรียกว่า “กรณีต้นแบบ”) กรณีที่สองคือข้อเท็จจริงที่ต้องได้รับการวินิจฉัยแต่ไม่ปรากฏบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่นำมาใช้วินิจฉัยได้ (ในที่นี้จะเรียกว่า “กรณีปัญหา”) เพื่อพิจารณาว่า กรณีต้นแบบกับกรณีปัญหานั้น “เหมือนกัน” (similar) หรือไม่ หาก “ไม่เหมือน” หรือเพียง “คล้ายกันอย่างยิ่ง” ย่อมไม่สามารถนำกฎหมายของกรณีต้นแบบมาใช้ในการวินิจฉัยกรณีปัญหาได้[49] อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาว่ากรณีต้นแบบกับกรณีปัญหา “เหมือนกัน” ถึงขนาดที่จะสามารถปรับใช้บทบัญญัติของกรณีต้นแบบได้หรือไม่นั้น ไม่ได้จำเป็นว่ากรณีต้นแบบกับ

---

[47] พระไตรปิฎกเล่มที่ 5 พระวินัยปิฎกเล่มที่ 5 (ฉบับมหาจุฬาฯ) มหาวรรค ภาค 2: “พระผู้มีพระภาคได้ประทานมหาปเทสไว้ 4 ข้อ คือ 1. ภิกษุทั้งหลาย สิ่งใดเราไม่ได้ห้ามไว้ว่า ‘สิ่งนี้ไม่ควร’ ถ้าสิ่งนั้นอนุโลมเข้ากับสิ่งที่ไม่ควร ขัดกับสิ่งที่ควร สิ่งนั้นไม่ควร 2. ภิกษุทั้งหลาย สิ่งใดเราไม่ได้ห้ามไว้ว่า ‘สิ่งนี้ไม่ควร’ ถ้าสิ่งนั้นอนุโลมเข้ากับสิ่งที่ควร ขัดกับสิ่งที่ไม่ควร สิ่งนั้นควร 3. ภิกษุทั้งหลาย สิ่งใดเราไม่ได้อนุญาตไว้ว่า ‘สิ่งนี้ควร’ ถ้าสิ่งนั้นอนุโลมเข้ากับสิ่งที่ไม่ควร ขัดกับสิ่งที่ควร สิ่งนั้นไม่ควร 4. ภิกษุทั้งหลาย สิ่งใดเราไม่ได้อนุญาตไว้ว่า ‘สิ่งนี้ควร’ ถ้าสิ่งนั้นอนุโลมเข้ากับสิ่งที่ควร ขัดกับสิ่งที่ไม่ควร สิ่งนั้นควร”

[48] Digest 1,3,12 (Julianus); โปรดดู Thomas M.J. Möllers, **Legal Methods**, Chapter 6, p.102.

[49] ดังนั้น ความเหมือนกัน (similarity) ของข้อเท็จจริงจึงเป็นเงื่อนไขบังคับของการให้เหตุผลเชิงอุปมาน (analogy) โดยความเหมือนกันนี้จะต้องมากกว่าความคล้ายคลึงหรือความใกล้เคียง การที่จะใช้วิธีการ analogy ได้จึงต้องเข้าใจก่อนว่าอะไรคือความเหมือนกันของสิ่งสองสิ่ง เนื่องจากเราจะเอากฎหมายของกรณี A มาใช้กับกรณี B ได้ก็ต่อเมื่อ “A เหมือนกันกับ B” เท่านั้น ในทางตรงกันข้าม หากเป็นเพียงกรณีที่ “A คล้ายกันกับ B” ย่อมไม่เพียงพอที่จะใช้วิธีการ analogy เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายได้ เนื่องจากผู้ใช้กฎหมายไม่สามารถยืนยันได้ว่า ผู้มีอำนาจบัญญัติกฎหมายย่อมประสงค์อยากให้ใช้บังคับกฎหมายต้นแบบกับกรณีที่ “เพียงแค่ใกล้เคียงกัน” ดังกล่าว ช่องว่างของกฎหมายในกรณีนั้นอาจเป็นเพียงช่องว่างของนิตินโยบายก็เป็นได้.

กรณีปัญหาจะต้องเหมือนกัน “ทุกประการ” หรือเหมือนกันใน “ทุกแง่มุม” เพราะหากเป็นเช่นนั้นแล้ว ทั้งกรณีต้นแบบและกรณีปัญหาย่อมเป็น “สิ่งเดียวกัน” (identical) และเมื่อเป็นสิ่งเดียวกันย่อมไม่มีช่องว่างของกฎหมายที่จะต้องนำเอา analogy มาใช้ การพิจารณา “ความเหมือนกัน” ในที่นี้จึงหมายถึงความเหมือนกันของคุณสมบัติ (characteristics) หรือของแง่มุม (aspects) บางประการที่ทั้งสองกรณีมีอยู่ร่วมกันและเป็นเหตุผลที่อยู่เบื้องหลังบทบัญญัติแห่งกฎหมายต้นแบบดังกล่าว

ตัวอย่างที่เคยเกิดขึ้นในสมัยสาธารณรัฐโรมัน เช่น ปัญหาว่าบทบัญญัติที่ออกมาใช้บังคับกับ “สัตว์สี่เท้า” จะนำไปปรับใช้โดยเทียบเคียงกับกรณีของ “สัตว์สองเท้า” ได้หรือไม่ กล่าวคือ ในกฎหมาย 12 โต๊ะหรือมัด (Lex Duodecim Tabularum)[50] ที่บัญญัติขึ้นในช่วง 449 ปีก่อนคริสตกาล มีแบบคำฟ้องเรียกว่า actio de pauperie ซึ่งระบุว่ากรณีที่ “สัตว์สี่เท้า” (quadrupes) ของผู้ใดก่อให้เกิดความเสียหายโดยความจงใจ (dolus) หรือประมาทเลินเล่อ (culpa) ผู้นั้นต้องรับผิดในความเสียหายที่สัตว์นั้นก่อให้เกิดขึ้น ต่อมาในช่วงหลังสงครามพิวนิก (264–146 ปีก่อนคริสตกาล) ได้มีการนำนกกระจอกเทศ (ซึ่งเป็นสัตว์สองเท้า) จากทวีปแอฟริกาเข้ามาเลี้ยงอย่างแพร่หลายในดินแดนอิตาลี ทำให้เกิดปัญหาต้องพิจารณาว่า กรณีที่นกกระจอกเทศไปก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ผู้เสียหายจะสามารถฟ้องให้เจ้าของนกกระจอกเทศต้องรับผิดโดยใช้แบบคำฟ้อง actio de pauperie ได้หรือไม่ ในกรณีนี้นักกฎหมายโรมันพิจารณาแล้วเห็นว่า แบบคำฟ้องที่เรียกว่า actio de pauperie นี้มีเจตนารมณ์กำหนดความรับผิดที่เกิดจากสัตว์ (liability for animals) ดังนั้น “ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสัตว์” และ “ความบกพร่องในการควบคุมดูแลสัตว์” ย่อมเป็นเหตุผลอันเป็นที่มาของการสร้างหลักความรับผิดนี้ขึ้น ดังนั้นคุณสมบัติทางกายภาพของสัตว์ เช่น จำนวนขา ย่อมไม่ใช่คุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญในบริบทของบทบัญญัตินี้ด้วยเหตุผลข้างต้น แม้ถ้อยบัญญัติจะระบุไว้อย่างชัดเจนว่าแบบคำฟ้องกรณีนี้ใช้บังคับกับ “สัตว์สี่เท้า” แต่หากพิจารณาตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินี้เราต้องถือว่านกกระจอกเทศมีสาระสำคัญเหมือน “สัตว์สี่เท้า” ดังนั้น จึงควรปรับใช้ actio de pauperie กับกรณีที่สัตว์สองเท้าก่อให้เกิดความเสียหายด้วยเช่นกัน[51]

---

[50] ประชุม โฉมฉาย, **ภาษาละตินสำหรับนิติศาสตร์และสังคมศึกษา** (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 14: “กฎหมายสิบสองโต๊ะมาจากคำว่า Twelve Tables ถ้าแปลเป็นโต๊ะเป็นความไขว้เขว เพราะ table ในที่นี้หมายถึงแผ่นหรือ tablet เอกสารโรมันอยู่ในแผ่นไม้ประกบกันเหมือนแฟ้มที่ใช้กันอยู่ในปัจจุบันที่พลิกไปมาได้ [...] น่าจะเรียกเป็นมัดมากกว่า มีสิบสองมัด เป็นไปได้ว่าตอนหลังมีการเอากฎหมายนี้มาตีพิมพ์ที่ศูนย์กิจกรรมของโรมเรียกว่า Forum เอามาบันทึกในแนวตั้งไว้ให้คนยืนอ่านกัน”.

[51] กรณี actio de pauperie เป็นตัวอย่างที่หนังสือตำราสากลนิยมยกขึ้นเป็นตัวอย่างของการปรับใช้หลัก analogy โดยนักกฎหมายโรมัน เช่น Ernst A. Kramer, **Juristische Methodenlehre**, p.205 เป็นต้น สำหรับการแก้ปัญหาโดยใช้ actio utilis เพื่อขยายขอบเขตการใช้บังคับไปยังสัตว์อื่นที่ไม่ใช่สัตว์สี่เท้า โปรดดู Digest 9,1,4; Richard William Leage/Alan Martin Prichard, **Leage's Roman Private Law** (London: Macmillan, 1961), p.426; William Warwick Buckland, **A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian**, 3rd Edition (Cambridge: Cambridge University Press, 1966), p.603.

กล่าวโดยสรุป **การให้เหตุผลเชิงอุปมาน หรือ analogy เปรียบเสมือนสะพานที่เชื่อมขั้นตอนการตีความกฎหมายกับขั้นตอนการใช้กฎหมายเข้าด้วยกัน** เนื่องจากการอุดช่องว่างของกฎหมายโดยวิธีนี้เป็นการปรับใช้ตัวบทกฎหมายที่มีอยู่แล้วกับกรณีที่ “แม้จะไม่อยู่ภายในขอบเขตชั้นนอกสุดของถ้อยคำตามตัวอักษรของตัวบทกฎหมายนั้น แต่เห็นได้ชัดว่าสอดคล้องกับเจตนารมณ์ที่สถิตอยู่เบื้องหลังตัวบทกฎหมายดังกล่าว”[52] ในแง่นี้ analogy จึงมีผลเป็นการขยายขอบเขตชั้นนอกสุดที่ได้จากการตีความกฎหมายนั้นออกไปอีกเพื่อให้ครอบคลุมไปถึงพื้นที่ที่ควรไปถึงหากพิจารณาเจตนารมณ์ที่แท้จริงของตัวบทกฎหมายนั้น

(2) การให้เหตุผลแบบ “ยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น” (argumentum a fortiori)

ในทางตำราอธิบายว่า การให้เหตุผลแบบ “ยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น” หรือ argumentum a fortiori เป็นรูปแบบพิเศษรูปแบบหนึ่งของการให้เหตุผลแบบ analogy[53] ดังนั้น การให้เหตุผลแบบ argumentum a fortiori ย่อมถือเป็นส่วนหนึ่งของ “การเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” ตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และเป็นวิธีการที่สามารถนำมาใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมายในระบบกฎหมายไทยได้เช่นเดียวกัน การให้เหตุผลแบบ “ยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น” มีหลักพิจารณาพื้นฐาน ดังนี้

*“การที่กฎหมายบัญญัติให้ใช้บังคับกับกรณี A หมายความในตัวว่ากฎหมายนี้**ยิ่งต้องใช้บังคับ**กับกรณี B ได้ด้วยเช่นกัน แม้ว่ากฎหมายจะมิได้บัญญัติหรือกล่าวถึงกรณี B ไว้เลย”*

หลักพื้นฐานข้างต้นที่ว่า “หากใช้บังคับกับ A ได้ ยิ่งต้องใช้บังคับกับ B ได้” หมายความว่า **โดยเหตุผลของเรื่องแล้ว A กับ B มีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันอยู่ในตัว** ดังนั้น นักกฎหมายจึงสามารถหยิบยกความสัมพันธ์ดังกล่าวมาเป็นเหตุผลในการอุดช่องว่างของกฎหมายได้ กล่าวคือ หากเกิดกรณี B ขึ้นเป็นข้อพิพาทและยังไม่มีบทบัญญัติใดในระบบกฎหมายที่สามารถนำมาใช้วินิจฉัยกรณี B ได้ แต่มีบทบัญญัติที่บัญญัติถึงกรณี A ไว้แล้ว บทบัญญัติดังกล่าวสามารถนำมาปรับใช้กับกรณี B เพื่ออุดช่องว่างของระบบกฎหมายได้ **ภายใต้เงื่อนไขว่า** A และ B เป็นกรณีที่มีสาระสำคัญเดียวกันและมีความสัมพันธ์เชิงระดับ (degree) กันในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง ดังนี้

(ก) การให้เหตุผลจากกรณีเบาไปสู่กรณีหนัก (argumentum a minori ad maius)[54]

กรณี A และกรณี B มีความสัมพันธ์กันในลักษณะที่ A มีความสำคัญน้อยกว่าหรือมีระดับความรุนแรงน้อยกว่าหรือเป็นเรื่องที่เล็กกว่า B ดังนั้น หากกฎหมายบัญญัติผลทางกฎหมายหนึ่งสำหรับกรณี A ไว้

---

[52] Edgar Bodenheimer, **Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law** (Massachusetts: Harvard University Press, 1981), p.414–415.

[53] Bernd Rüthers/Christian Fischer/Axel Birk, **Rechtstheorie und Juristische Methodenlehre**, Rn. 897; Ernst A. Kramer, **Juristische Methodenlehre**, p.211.

[54] ศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ เรียกว่า การให้เหตุผล “จากสิ่งที่เล็กกว่าไปสู่สิ่งที่ใหญ่กว่า” โปรดดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, **คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน**, หน้า 464.

กฎหมายนั้นย่อมต้องมีเจตนารมณ์ให้ใช้กับกรณี B ซึ่งมีความสำคัญมากกว่าหรือมีระดับความรุนแรงมากกว่าหรือเป็นเรื่องที่ใหญ่กว่าด้วย ตัวอย่างเช่น หากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญกำหนดให้ผู้ถูกเวนคืนอสังหาริมทรัพย์โดยชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิได้รับค่าทดแทนการเวนคืน บทบัญญัติดังกล่าวย่อมต้องยิ่งมีผลใช้บังคับ (โดยเทียบเคียง) กับกรณีการเวนคืนโดยมิชอบด้วยกฎหมายด้วยเช่นกัน[55] เนื่องจากการเวนคืนโดยมิชอบด้วยกฎหมายยิ่งจะส่งผลกระทบที่รุนแรงกว่าต่อหลักการคุ้มครองกรรมสิทธิ์ของเอกชน ดังนั้นตามเหตุผลของเรื่องผู้ถูกเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ย่อมมีสิทธิได้รับค่าทดแทนการเวนคืน ไม่ว่าการเวนคืนนั้นจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม

(ข) การให้เหตุผลจากกรณีหนักไปสู่กรณีเบา (argumentum a maiori ad minus)

เป็นกรณีที่ตรงกันข้ามกับข้อ (ก) ข้างต้น คือ ในกรณีนี้ A จะเป็นกรณีที่มีความสำคัญมากกว่าหรือมีระดับความรุนแรงมากกว่าหรือเป็นเรื่องที่ใหญ่กว่า B ตัวอย่างเช่น หากกฎหมายกำหนดให้คู่สัญญาสามารถบอกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียวโดยไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวล่วงหน้าในกรณีหนึ่ง การที่คู่สัญญาบอกเลิกสัญญาโดยการบอกกล่าวล่วงหน้าในกรณีดังกล่าวย่อมเป็นการเลิกสัญญาที่ยิ่งชอบตามกฎหมายนั้นด้วยเช่นกัน[56]

(3) การให้เหตุผลแบบ “มิเช่นนั้นแล้ว” (argumentum e contrario)[57]

การให้เหตุผลแบบ “มิเช่นนั้นแล้ว” หรือ argumentum e contrario มีหลักพิจารณาพื้นฐานดังนี้

“การที่กฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งว่าใช้บังคับกับกรณี A หมายความในตัวว่ากฎหมายไม่ต้องการผลใช้บังคับกับกรณี B หรือกรณีอื่น ๆ ที่มิใช่กรณี A ***มิเช่นนั้นแล้ว****กฎหมายก็คงจะบัญญัติถึงกรณีเหล่านั้นไว้ด้วยแล้วตั้งแต่ต้น”*

การให้เหตุผลแบบ “มิเช่นนั้นแล้ว” เป็นวิธีการให้เหตุผลที่เรียกได้ว่าเป็น “คู่ตรงข้าม” กับการให้เหตุผลแบบ analogy[58] เนื่องจากการอุดช่องว่างแบบ analogy (ไม่ว่าจะเป็น argumentum a simile หรือ argumentum a fortiori) จะให้ผลลัพธ์ในเชิงบวก (positive) คือ ผู้ใช้กฎหมายสามารถปรับใช้

---

[55] Thomas M.J. Möllers, **Legal Methods**, Chapter 6, p.117; Bernd Rüthers/Christian Fischer/Axel Birk, **Rechtstheorie und Juristische Methodenlehre**, Rn. 898.

[56] Thomas M.J. Möllers, **Legal Methods**, Chapter 6, p.115.

[57] ศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ เรียกการให้เหตุผลแบบนี้ว่า “กรณีที่กฎหมายไม่บัญญัติเท่ากับกฎหมายไม่ต้องการผลทางกฎหมายในกรณีนั้น” โปรดดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, **คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน**, หน้า 465.

[58] แม้จะเป็นคู่ตรงข้าม (inverse) แต่นักกฎหมายยังคงจัดให้ argumentum e contrario เป็นส่วนหนึ่งของการให้เหตุผลแบบ analogy เช่น James L. Dennis, “Interpretation and Application of the Civil Code and the Evaluation of Judicial Precedent”, **Louisiana Law Review** Vol. 54 No. 1 (September 1993), p.11 (Note 50) ดังนั้น argumentum e contrario จึงเป็นองค์ประกอบหนึ่งของ “การเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” ตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วยเช่นกัน

กฎหมายต้นแบบที่มีอยู่โดยเทียบเคียงเพื่ออุดช่องว่างกรณีปัญหาได้ ในขณะที่การให้เหตุผลแบบ “มิเช่นนั้นแล้ว” จะให้ผลลัพธ์ในเชิงลบ (negative) คือ ผู้ใช้กฎหมายไม่สามารถปรับใช้กฎหมายต้นแบบที่มีอยู่กับกรณีปัญหานั้นได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง argumentum e contrario มักจะถูกนำมาใช้เพื่อ “ปฏิเสธ” ว่ากรณีที่กำลังวินิจฉัยไม่ใช่ช่องว่างของกฎหมาย ดังนั้นจึงไม่สามารถนำเอาการให้เหตุผลแบบ analogy มาใช้ได้[59] ดังนั้น การให้เหตุผลแบบ “มิเช่นนั้นแล้ว” จะนำมาใช้ได้ต่อเมื่อผู้ใช้กฎหมายพิจารณาแล้วเห็นว่า “ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มีอยู่”[60] และความไม่สอดคล้องดังกล่าวเป็นผลมาจากการที่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น (กรณี B) มีคุณสมบัติหรือแง่มุมบางประการที่แตกต่างกับกรณีต้นแบบ (กรณี A) ในสาระสำคัญ “เมื่อมองจากมุมมองของจิตวิญญาณของกฎหมาย” อันส่งผลทำให้ไม่สามารถนำกฎหมายของกรณีต้นแบบมาใช้บังคับโดยเทียบเคียงได้

ตัวอย่างสมมติ เช่น เดิมมีการออกกฎหมายฉบับหนึ่งที่กำหนดโทษปรับทางปกครองกับผู้จำหน่ายสินค้าเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของสารจำพวกน้ำตาลเกินปริมาณที่กำหนด อย่างไรก็ตาม ต่อมาเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของสารจำพวกวิตามินได้รับความนิยมมากขึ้น เกิดปัญหาต้องวินิจฉัยว่า รัฐสามารถนำกฎหมายดังกล่าวมาบังคับใช้ “โดยเทียบเคียง” กับกรณีเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของสารจำพวกวิตามินได้หรือไม่ เมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของกฎหมายดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่า การกำหนดโทษปรับทางปกครองกับเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของสารจำพวกน้ำตาลเป็นไปเพื่อป้องกันไม่ให้ประชาชนบริโภคน้ำตาลเกินขนาด เนื่องจากมีผลการวิจัยทางวิทยาศาสตร์รองรับไว้อย่างชัดเจนว่าการบริโภคน้ำตาลเกินกว่าปริมาณที่ปลอดภัยจะก่อให้เกิดโทษต่อร่างกาย กรณีจึงมีประเด็นต้องพิจารณาว่า การใช้บังคับกฎหมายฉบับนี้โดยเทียบเคียงกับเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของสารจำพวกอื่นที่มิใช่น้ำตาลจะสอดคล้องกับวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายข้างต้นหรือไม่ ในตัวอย่างสมมตินี้ ข้อเท็จจริงเป็นที่ยุติว่าวิตามินเป็นสารที่ต่างจากน้ำตาลอย่างมีนัยสำคัญและยังไม่มีผลการวิจัยเรื่องโทษที่เกิดขึ้นจากการบริโภคเกินขนาดในลักษณะเดียวกันกับสารจำพวกน้ำตาล ดังนั้น ในกรณีนี้ผู้ใช้กฎหมายควรอาศัยการให้เหตุผลแบบ “มิเช่นนั้นแล้ว” เพื่อ “ปฏิเสธ” การนำบทกฎหมายดังกล่าวมาใช้โดยเทียบเคียง กล่าวคือ อาจให้เหตุผลว่าการที่กฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งว่าใช้บังคับกับ “เครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของสารจำพวกน้ำตาล” หมายความในตัวว่ากฎหมายไม่ต้องการผลใช้บังคับกับ “เครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของสารจำพวกวิตามิน” มิเช่นนั้นแล้วกฎหมายก็คงจะบัญญัติถึง “เครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของสารจำพวกวิตามิน” ไว้ด้วยแล้วตั้งแต่ต้น ส่วนคำถามว่าเพราะเหตุใดเราจึงทราบว่าผู้บัญญัติกฎหมายไม่ประสงค์ผลเช่นนั้น สามารถตอบตามหลักเหตุและผลได้ว่า เมื่อข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นไม่อยู่ในวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย กรณีดังกล่าวย่อมไม่ใช่ช่องว่างของกฎหมายแบบเปิด (praeter verba legis) และเมื่อไม่ใช่ช่องว่างของกฎหมายแบบเปิดย่อมไม่อาจแก้ไขปัญหาโดยการใช้หลักการอุดช่องว่างของกฎหมายได้ ทั้งนี้ กรณีเป็น

[59] Ernst A. Kramer, **Juristische Methodenlehre**, p.212–213.

[60] Thomas M.J. Möllers, **Legal Methods**, Chapter 6, p.119.

ไปได้ว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวอาจเป็นช่องว่างของนิตินโยบาย (de lege ferenda) ซึ่งเป็นเรื่องที่ต้องแก้ไขหรืออุดช่องว่างผ่านกระบวนการนิติบัญญัติต่อไป

ทั้งนี้ ช่องว่างของกฎหมายบางกรณีสามารถแก้ไขได้ไม่ว่าจะโดยวิธีการให้เหตุผลแบบ “ยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น” หรือการให้เหตุผลแบบ “มิเช่นนั้นแล้ว” โดยที่การปรับใช้วิธีการอุดช่องว่างทั้งสองวิธีต่างนำไปสู่ข้อสรุปที่สมเหตุสมผลทั้งคู่ (ไม่ว่าจะสรุปผลโดยวิธีใดวิธีหนึ่งย่อมไม่ถือเป็นการให้เหตุผลที่ทำให้เกิดตรรกวิบัติ หรือ fallacy) อย่างไรก็ตาม ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า การให้เหตุผลทั้งสองวิธีจัดเป็นการให้เหตุผลที่เป็นคู่ตรงข้ามกันเนื่องจากนำไปสู่ผลลัพธ์ที่ขัดแย้งกันในตัว (การ “ใช้” หรือ “ไม่ใช้” กฎหมายนั้นโดยเทียบเคียง) จึงไม่สามารถนำมาปรับใช้พร้อมกันในกรณีเดียวกันได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง มีเพียงวิธีการเดียวที่เป็นการให้เหตุผลที่ถูกต้องสำหรับปัญหาช่องว่างของกฎหมายปัญหาหนึ่ง ๆ ในกรณีเช่นว่านี้เมื่อหลักตรรกศาสตร์อนุญาตให้ทั้งสองวิธีเป็นการให้เหตุผลที่สมเหตุสมผลทั้งคู่ สิ่งที่นักกฎหมายจะต้องนำมาพิจารณาประกอบการวินิจฉัยชี้ขาดย่อมได้แก่ “วัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของกฎหมาย” นั่นเอง กล่าวคือ นักกฎหมายต้องพิจารณาว่า การให้เหตุผลโดยวิธีการใดจะนำไปสู่ผลทางกฎหมายที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายของกรณีต้นแบบนั้นมากกว่า

4. บทส่งท้าย

การปรับใช้กฎหมายมีลักษณะเป็นทั้งศาสตร์และศิลป์ ในด้านหนึ่งผู้ใช้กฎหมายต้องมีความรู้ความเข้าใจที่ถูกต้องเกี่ยวกับนิติวิธี อันเป็นศาสตร์แขนงหนึ่งในเขตแดนของวิชานิติศาสตร์ การปรับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกรณีหนึ่งเปรียบเสมือนจุดหมายปลายทางของการเดินทางของผู้ใช้กฎหมาย ซึ่งเริ่มต้นตั้งแต่การหยั่งทราบบ่อเกิดของกฎหมายในระบบกฎหมายของตน การค้นหากฎหมายตามลำดับบ่อเกิดเพื่อปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น การตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งต้องพิจารณาทั้งขอบเขตความหมายของถ้อยบัญญัติตามตัวอักษร เจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมาย ประวัติความเป็นมาของการจัดทำกฎหมาย วัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของตัวบทบัญญัตินั้นเอง ในกรณีที่ผู้ใช้กฎหมายไม่สามารถค้นหาตัวบทกฎหมายมาวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้ ผู้ใช้กฎหมายยังต้องตรวจสอบต่อไปว่าเป็นกรณีที่เกิดช่องว่างของกฎหมายขึ้นหรือไม่ ในขั้นตอนนี้ผู้ใช้กฎหมายต้องระบุประเภทของช่องว่างของกฎหมายและปรับใช้หลักการอุดช่องว่างของกฎหมายได้อย่างถูกต้องตามหลักวิชานิติศาสตร์ ในอีกด้านหนึ่ง การตีความกฎหมายรวมถึงการปรับใช้หลักการอุดช่องว่างของกฎหมายยังต้องอาศัยความสามารถในการคิดวิเคราะห์และการให้เหตุผลของผู้ใช้กฎหมาย ดังนั้น ประสบการณ์ มุมมอง และทัศนคติรวมถึงปรัชญาที่ผู้ใช้กฎหมายแต่ละคนมีอยู่แตกต่างกันย่อมส่งผลต่อการใช้กฎหมายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้ ขั้นตอนการทำงานทั้งหมดที่กล่าวมาข้างต้นคือความหมายและภารกิจที่แท้จริงของมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บทบัญญัติที่เป็นดั่งประตูบานแรกสู่วิชานิติศาสตร์ไทย

A Comparative Study of the Route for Lawyers to Access the French and Thai Legal Systems
การศึกษาเปรียบเทียบภาพรวมของการเป็นทนายความในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและไทย

Nuttawut Klaikham
ณัฐวุฒิ คล้ายขำ

Full-time Lecturer
Faculty of Law, Ubon Ratchathani University,
Sathonlamark Road, Warin Chamrap, Ubon Ratchathani, Thailand 34190
อาจารย์ประจำ
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอุบลราชธานี ถนนสถลมาร์ค อำเภอวารินชำราบ จังหวัดอุบลราชธานี 34190
Corresponding author E-mail: nuttawut.k@ubu.ac.th

Jessica Laglasse
เจสสิกา ลากลาส

Trainee Lawyer
Goodwin Procter Luxembourg
41 Bis Rue de l'Abbé Henrion, Longwy, France, 54400
นักศึกษาทนายความ
Corresponding author E-mail: jessica.laglasse@gmail.com
(Received: December 14, 2022; Revised: May 8, 2023; Accepted: June 6, 2023)

Abstract

To become a lawyer, certain conditions must be fulfilled in all countries: a legal degree, citizenship, academic background, moral requirements, training, etc. Some similarities and differences can be highlighted depending on the country's legal and regulatory frameworks. The objective of this article is to analyze and compare how

to become a fully-qualified lawyer in both France and Thailand in order to provide observations to improve the access to legal professions in Thailand.

This article was written by using the literature review method from primary legal documents (such as legal provisions) and related regulations from France and Thailand.[1] Secondary legal documents (law books, official administrative reports, etc.) were also used in order to analyze and offer observations and recommendations concerning access to the legal profession in Thailand.

This study demonstrates that becoming a lawyer in Thailand is similar to the French legal system in many aspects though differences between the two countries' systems certainly exist. Today, the process of accessing legal professions in Thailand is subject to major concerns and Thai jurists request reform. This study is relevant because access to the profession is currently being discussed in Thailand.

Keywords: Lawyer, Avocat, Attorney, Barrister at Law, Legal Education

บทคัดย่อ

ในทุกประเทศ ผู้ที่ประสงค์ที่จะประกอบวิชาชีพทนายความต้องมีคุณสมบัติทั้งด้านปริญญาบัตรทางการศึกษา ประวัติการศึกษา สัญชาติ การอบรมทางจริยธรรม การฝึกปฏิบัติ และคุณสมบัติอื่น ๆ เหล่านี้เป็นเงื่อนไขของผู้ที่ประสงค์ที่จะเป็นผู้ประกอบวิชาชีพทนายความซึ่งมีความเหมือนและความแตกต่างกัน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับกฎหมายและข้อบังคับของแต่ละประเทศ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์ที่จะทำการวิเคราะห์และเปรียบเทียบการเป็นทนายความระหว่างประเทศฝรั่งเศสและประเทศไทยเพื่อนำไปสู่การให้ข้อเสนอในการพัฒนาความเป็นทนายความในประเทศไทยที่กำลังเป็นประเด็นถกเถียงกันในสังคมในปัจจุบัน

บทความนี้กระทำโดยวิธีการศึกษาเอกสารปฐมภูมิทางกฎหมาย ได้แก่ พระราชบัญญัติ และกฎหมายลำดับรองที่เกี่ยวข้องของทั้งสองประเทศ รวมถึงเอกสารทุติยภูมิทางกฎหมาย ได้แก่ หนังสือและตำราทางนิติศาสตร์และรายงานของหน่วยงานราชการ รวมถึงการสัมภาษณ์ทนายความ เพื่อวิเคราะห์และให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการปรับปรุงกฎหมายหรือระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการสอบทนายความในประเทศไทย

[1] Due to the difference of dating systems in this article, the authors will indicate the year in the Anno Domini (A.D.) system in parentheses.

ผลการศึกษาพบว่า การเป็นทนายความของประเทศฝรั่งเศสมีความคล้ายคลึงกับระบบกฎหมายไทยในหลายประเด็น อย่างไรก็ตาม พบว่ามีความแตกต่างสำคัญระหว่างสองระบบเช่นกัน ขณะนี้ กระบวนการของการสอบเป็นทนายความในประเทศไทยกำลังเป็นประเด็นสำคัญในสังคม ซึ่งมีนักนิติศาสตร์หลายภาคส่วนกำลังเรียกร้องให้มีการปฏิรูป บทความนี้จึงอาจเป็นประโยชน์ต่อการปฏิรูปกระบวนการสอบทนายความของประเทศไทยที่กำลังเป็นที่ถกเถียงกันในขณะนี้

คำสำคัญ: ทนายความ, เนติบัณฑิต, การศึกษานิติศาสตร์

Introduction

Lawyer is one of the oldest and most honorable of all professions. The principle that a person has the right to choose another person to plead his case has long been recognized. Many of the great Greek and Roman orators, though in a manner different from that of modern times, performed the duties of advocates, and many of their most famous orations were composed for this purpose[2]. According to the judge Sharswood[3]: “In all countries advanced in civilization, and where laws and manners have attained any degree of refinement, there has arisen an order of advocates devoted to prosecuting or defending the lawsuits of others”.

The legal profession has been developed from ancient Greece to the present day according to the legal requirements of each country. In modern times, lawyers have become part of a unique profession with a specific organization to supervise their activities. Becoming a lawyer is complex and depends on the legal provisions of each country.

In France, the origin of the current profession of lawyer dates back to the 13th century. At that time, the main activities of a lawyer were those of advice and defense. The profession was abolished in 1790 and re-established under Napoleon in 1810. It was not until 1900 that women could enter the profession. Then, in 1941, a certificate of aptitude for the profession of lawyer (C.A.P.A) was introduced in addition to a law degree to gain access to the profession. In 2022, a modern lawyer combines legal and

---

[2] E. W. Timberlake Jr., “Origin and Development of Advocacy as a Profession,” in **Virginia Law Review**, Vol. 9, No. 1 (Nov 1922), p.25.

[3] G. Sharswood, **An Essay on Professional Ethics**, (Philadelphia: T. & J. W. Johnson & co., 1860), p. 80, cited in Ibid.

judicial activities, advises and defends individuals and companies[4] and is now a liberal and independent profession.

In France, to become a lawyer, certain conditions must be met. Thus, applicants must be French nationals, never have been subject to criminal, administrative or judicial sanctions, have a minimum of a Master's 1 in law, have passed the entrance exam to one of the eleven regional centers for professional training in the legal profession (C.R.F.P.A.) and, at the end of this training, have passed the C.A.P.A. exam.

In Thailand, to become a lawyer, candidates must meet the requirements of the laws and regulations. Applicants must be Thai nationals[5], be at least 20 years old at the inscription date[6], hold a Bachelor of law or equivalent degree recognized by the Lawyers Council of Thailand[7], be a member of the Barristers of Thailand[8], and pass examinations on the deontology of the legal profession and its fundamental principles[9]. Lastly, they must complete an operational internship in a law firm[10]. The main authority responsible for the tenure of lawyers is not a government authority but a private authority, called the Lawyers Council.

Recently and concomitantly with the reform of the judicial system in Thailand[11], the path to becoming a lawyer in Thailand is now being debated for the following reasons: the diversity of the composition of the jurists and lawyers, the diversity of organizations charged with producing jurists as well as the quality of the current training. The development of lawyers requires reformation. Many academics are giving their opinions and suggesting reforms. For example, Associate Professor Dr. Munin Pongsapan, Former President of the Faculty of Law at Thammasat University, explained that the

---

[4] Avocats Barreau de Paris, "Du Moyen-Âge à nos jours, découvrez l'histoire de notre barreau," [online]. Paris: Barreau de Paris, 2021. Available from: https://www.avocatparis.org/qui-sommes-nous/un-peu-dhistoire#:~:text=Du%20Moyen%2DAge%20%C3%A0%20la [9 September 2022]

[5] Section 35 of Lawyer Act B.E. 2528 (1985)

[6] Ibid.

[7] Ibid.

[8] Ibid.

[9] Section 38 of Lawyer Act B.E. 2528

[10] Ibid.

[11] Section 258 c. (2) of Constitution of the Kingdom of Thailand

legal education in Thailand is the only professional development that is distinct and non-uniform[12]. Assistant Professor Sutthichai Ngamchuensuwan, the President of the Prince Songkla University's Faculty of Law, explained that[13] the "Barrister-model" of legal education must be eliminated in order to establish the uniformity of legal education by fixing the minimum indicators of quality and by enhancing the professional education of the jurists so that legal students might acquire expertise(s) and professional skills.

One of the major actors of this reform is the "Sub-Committee of the National Council of Legal Education", which is composed of the presidents of each faculty of law across the country[14]. This sub-committee is responsible for providing observations and suggestions for legal education reform. In this regard, the development of lawyers is at the center of discussion.

On the other hand, there are also objections raised by the Lawyers Council, for example, a headline from *Thairath Online*[15] states, "Lawyers' Council protests the fact that the Committee of the National Council of Legal Education would have the power to authorize lawyers" and a headline from *Matichon*[16] alleges that "Lawyers Council protests the proposition of the National Council of Legal Education for authorizing the barristers to proceed with the lawsuit without training".

The French legal system played an important role in the beginning of the legal reform in Thailand; therefore, this article compares the French and Thai systems regarding access to the legal profession and highlights the commonalities as well as the differences

---

[12] Munin Phongsapan, "Reform of the legal education in Thailand, Change 'Deaf lawyer' into 'People's rights protectors'," [online] Available from: https://www.the101.world/legal-education-reform/ [1 August 2022]

[13] Sutthichai Ngamchuensuwan, "Preliminary recommendation for reforming national legal educations," [online] Available from: https://www.the101.world/legal-education-reform-recommendation/ [1 August 2022]

[14] The Sub-Committee of the National Council of Legal Education, "Guideline of the National Council of Legal Education (public version)," p.2-3. [online] Available from: http://law.tu.ac.th/news-11-feb-2022/ [1 August 2022]

[15] Thairath, "Lawyers Council protests the fact that the Committee of the National Council of Legal Education would have the power to authorize lawyers," [online] Available from: https://www.thairath.co.th/news/local/2317965 [1 August 2022]

[16] Matichon Online, "Lawyers Council protests the proposition of the National Council of Legal Education for authorizing the barristers to proceed with the lawsuit without training," [online] Available from: https://www.matichon.co.th/politics/news_3186067 [1 August 2022]

between the systems. The results of this comparison may provide useful solutions for the current debate on legal education reform in Thailand. This article focuses primarily on the problems of access to the lawyer profession arising from Thai legal stipulations. Moreover, the objective of this article is to provide suggestions which could finalize some current discussions happening in Thailand.

1. How to become a lawyer in the French legal system

In France, the legal profession is regulated. It can only be exercised under certain conditions. The legal profession, in France, is governed by the following laws and regulations:

- Law no 71-1130 of 31 December 1971: reforming certain judicial and legal professions - (*Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971*[17] *portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques*);
- The decree no. 91-1197 of 27 November 1991: organising the lawyer's profession - (*Le décret n°91-1197 du 27 novembre 1991*[18] *organisant la profession d'avocat*);
- Decree no 2005-790 of 12 July 2005: on the rules of ethics of the lawyer's profession - (*Le décret n°2005-790 du 12 juillet 2005*[19] *relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat*);
- The decision of a normative nature no 2005-003: adopting national internal regulations (RIN) of the lawyer's profession - (*La décision à caractère normatif n° 2005-003*[20] *portant adoption du règlement intérieur national (RIN) de la profession d'avocat*).
- The Related ethical rules of the bar association of Paris (Règles déontologiques connexes du barreau de Paris)

---

[17] Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, "Portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques," [online] Available from: https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGITEXT000006068396/ [1 August 2022]

[18] Le Décret n°91-1197 du 27 novembre 1991, "Organisant la profession d'avocat," [online] Available from: https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000356568/ [1 August 2022]

[19] Le D*écret* n°2005-790 du 12 juillet 2005, "relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat," [online] Available from: https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000633327/2022-07-24/ [1 August 2022]

[20] "La décision à caractère normatif n° 2005-003 portant adoption du règlement intérieur national (RIN) de la profession d'avocat," [online] Available from: https://www.cnb.avocat.fr/fr/reglement-interieur-national-de-la-profession-davocat-rin [1 August 2022]

1.1 Conditions of access to the lawyer profession in France

Access to the legal profession is only possible under certain conditions of ethics, character, degree, and training.

1.1.1 Personal qualifications of lawyer

1.1.1.1 Nationality requirements[21]

To be a lawyer in France, an applicant must be a French national. However, there are certain exceptions concerning nationals of a Member State of the European Union or the European Economic Area who may also enter the profession. The same applies to persons who are refugees or stateless persons recognized by the French Office for the Protection of Refugees and Stateless Persons.

Lawyers may also be nationals of a state or territorial unit that grants French nationals the right to practice under the same conditions of professional activity that the person concerned proposes to practice in France, subject to the decisions of the Council of the European Union concerning the association of overseas countries and territories with the European Union.

1.1.1.2 Morality requirements

In addition to the above nationality requirements, the following morality requirements must be met.[22]

• The applicant must not have been convicted of acts contrary to honor, probity, or morality[23];

• The applicant must not have been the object of a disciplinary or administrative sanction of dismissal, striking, revocation, withdrawal of approval or authorization[24];

---

[21] Article 11 1° de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971

[22] Conseil National des Barreaux, "Toutes les conditions d'accès à la profession, " [online] Available from: https://www.cnb.avocat.fr/fr/toutes-les-conditions-dacces-la-profession#:~:text=La%20profession%20d'avocat%20est%20en%20principe%20r%C3%A9serv%C3%A9e%20aux%20titulaires,d'avocats%20(CRFPA) [1 August 2022]

[23] Article 11 4° de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971

[24] Article 11 5° de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971

• Finally, the applicant must not have been subject to personal bankruptcy or the prohibition provided for in Article L. 653-8 of the Commercial Code[25].

1.1.1.3 Degree and training requirements

To practice as a lawyer, it is necessary to have at least a Master 1[26] in law as well as a certificate of aptitude for the profession of lawyer (CAPA) issued by a regional center for professional training of lawyers (CRFPA)[27].

Entry into a CRFPA is conditional upon passing an entrance exam, called "pré-CAPA" or "CRFPA", which can be taken by all students who hold a Master 1 in law. The regional centers for professional training of lawyers provide compulsory initial training which takes place over a period of 18 months. It is a professional education program and is practical in nature. The current rules on the initial training of lawyers arise from implementing the Decree of 21 December 2004[28]. The 18-month training is planned around courses and internships and is divided into three terms:

• Six months of training provided by one of the 11 bar schools which is devoted to acquiring the fundamentals, with particular emphasis on statutes, professional ethics, and the practical aspects of practicing law, this training is taken in common by all trainee lawyers.

• An internship from six to eight months which is devoted to carrying out an Individual Pedagogical Project (PPI), the purpose of this term is to encourage trainee lawyers to define their personal choices and prepare for their integration into professional life. This internship can be done in France or abroad.

• A six-month internship in a law office is required, with at least 3 months in a French law firm (3 months can be done in another European country)[29].

---

[25] Article 101 3° de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971

[26] In the French Higher Education system, degrees can be classified as follows: *Licence*, Master I, Master II, and *Doctorat*. *Licence* in France is equivalent to Bachelor's Degree in Thailand.

[27] เนื้อความของทั้งย่อหน้านี้มาจาก Article 52 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat et Article 11 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971

[28] Décret n°2004-1386 du 21 décembre 2004, "relatif à la formation professionnelle des avocats *(Decree* n°2004-1386 of 21 December 2004 on the professional training of lawyers)," [online] Available from: https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000805388/ [1 August 2022]

[29] Article 58 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat

1.2 Access requirements to CRFPA

There are 11 regional centers for the professional training of lawyers[30], more commonly known as "**bar schools**". These centers are located in the cities of Poitiers, Bordeaux, Montpellier, Bruz, Lyon, Marseille, Toulouse, Issy-les-Moulineaux (Paris), Strasbourg, Versailles and Lille. Access requirements to the regional professional training centers for lawyers are detailed below.

The end of the initial training at the bar school is sanctioned by the CAPA which includes various oral and written tests. This examination is organized in accordance with article 11 of the law of 31 December 1971[31], articles 68 to 70 of the decree no. 91-1197 of 27 November 1991[32] and the decree of 7 December 2005[33] fixing the program and the methods of the examination of aptitude for the profession of lawyer. The CAPA exam was recently reformed by an order of 9 May 2022[34] amending the order of 7 December 2005 and includes the following exams:

- continuous assessment during the first six months of training;
- a written test lasting 5 hours consisting of writing a legal consultation and a judicial act in either administrative, business, labor, or criminal law (at the candidate's choice);
- a pleading (subject of your choice: administrative, business, labor, or criminal law) lasting 15 minutes with 3 hours of preparation;
- a 20-minute interview with the examination board, focusing on professional regulations and ethics with 1 hour of preparation;
- a 20 minutes oral examination in a foreign language with 20 minutes of preparation;

---

[30] "Directory of French bar's schools," [online] Available from: https://www.cnb.avocat.fr/fr/annuaire-ecoles [1 August 2022]

[31] Supra note 17

[32] Supra note 18

[33] Supra note 19

[34] Arrêté du 9 mai 2022, "modifiant l'arrêté du 7 décembre, 2005 fixant le programme et les modalités de l'examen d'aptitude à la profession d'avocat," [online] Available from : https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000045780414 [1 August 2022]

• a discussion with the examination board lasting approximately 40 minutes, based on two reports drawn up by the candidate for the two internship periods with reference to his/her observations and reflections about professional practice.

Once trainee lawyers passed the Certificate of Aptitude for the Legal Profession (CAPA) examination, they then take an oath before the Court of Appeal and register in the bar association of their choice. Only then do they have the right to the title of *avocat* (a fully qualified lawyer).

The *Ordre des Avocats* is a professional, administrative and jurisdictional body that defends and regulates the legal profession, whereas the "*Barreau*" (*bar association*), collectively designates all lawyers who practice before a court of first instance. Indeed, in order to practice, a lawyer must be registered with a bar association. In France, there is a bar association for each court of first instance (*tribunal judiciaire*). Each bar association determines the amount of the registration fee (for instance, registration fee for the Metz bar is 1,500€[35] whereas it is free to register in the Bayonne bar except when the lawyer has less than one year of service, then it is 200€[36]). In addition to these costs, there is a membership fee (*cotisation ordinale*), National Bar Council (*Conseil national des Barreaux*) contribution and CARPA contribution which must be paid every year.

1.3 Exceptional access routes

There are three exceptional access routes to the profession.

1.3.1 Professors and members of certain legal professions

Article 97 of the decree no. 91-1197 of 27 November 1991[37] provides that university professors and members of certain legal professions (such as magistrates) are exempt from the degree and training requirements, completing internship requirements and passing the CAPA exam.

---

[35] Please see an example: https://www.avocats-metz.com/doc/inscription/formulaire-et-liste-avocat-ext.pdf [1 August 2022]

[36] Please see an example: https://www.avocats-bayonne.org/le-barreau/inscription.html [1 August 2022]

[37] Supra note 17

Also, according to article 98 of the decree no. 91-1197 of 27 November 1991[38], legal counsel for companies or labor unions, law office employees, and certain other judicial professionals are exempt from theoretical and practical training and the CAPA, if they can prove that they have at least eight years of professional experience. They must take an examination assessing their knowledge of professional ethics.

1.3.2 European nationals

According to article 99 of the decree no. 91-1197 of 27 November 1991[39], European nationals are exempt from practical training and the CAPA if they meet certain conditions regarding education and professional practice, but they may, in certain situations, be required to take an aptitude test. Candidates must prove that they meet all the requirements to be a fully qualified lawyer in their country of origin, and that when required, they have completed a legal internship in addition to university studies and professional qualification or competency examinations.

France has also incorporated Directive 98/5/CE[40], which allows European community nationals who are fully qualified in their own countries to practice in France under their original titles and represent their clients in court. After three years of actual regular practice in France, they may apply for the title of *avocat* and be registered in a French bar association.

1.3.3 Non-European nationals

Non-European nationals are exempt from practical training and the CAPA if they meet the education and professional practice requirements, but they are required to take an examination assessing their knowledge of French law (article 100 of the decree no. 91-1197 of 27 November 1991[41]). The assessment exam consists of:

---

[38] Supra note 17

[39] Supra note 17

[40] "Directive 98/5/EC of the European Parliament and of the Council of 16 February 1998 to facilitate practice of the profession of lawyer on a permanent basis in a Member State other than that in which the qualification was obtained," [online] Available from : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=celex%3A31998L0005 [1 August 2022]

[41] Supra note 17

• Two written tests: a test on pleading in civil matters, and a written test on a legal consultation in a subject chosen by the candidate in either administrative, business, labor, or criminal law; and

• Two oral tests**:** a report on a subject drawn at random by the candidate on the French civil, criminal, or administrative procedures, or the French legal system, and an interview with the examination board, focusing on professional regulations and ethics.

In addition, by virtue of a Mutual Recognition Arrangement (ARM) lawyers registered with the Québec bar[42] are required only to take an examination assessing their basic knowledge of French Law.

1.4 Toward a reform of the French system?

The duration of the training (18 months) raises both the issue of financing professional legal training, and the related issue of equal access to the profession. However, students receive an honorarium during their law office internships, and this may also be true of their "Projet Pédagogique Individuel (PPIs)[43]". The reform projects also want to make the training more practical[44].

The National Council of Bar Associations (Conseil national des barreaux) is now considering an in-depth reform of lawyer formation on various aspects[45]: degree requirement, period of training and internship, modality of examination, obligation to be accompanied by a seasoned lawyer during the examination, etc. The proposition has already been sent to the Ministry of Justice and the Government. However, it also depends on the legislative process to make the reform proposition applicable.

---

[42] Please see: https://www.cnb.avocat.fr/fr/admission-dun-avocat-inscrit-au-barreau-du-quebec#:~:text=Le%20candidat%20doit%20avoir%20obtenu,profession%20d'avocat%20au%20Qu%C3%A9bec. [1 August 2022]

[43] The Projet Pédagogique Individuel (PPIs) can be translated into English as "The Individual Pedagogical Projet", known as PPIs. It is an internship carried out for 6 months in a different setting from that of a law firm registered with a French Bar.

[44] Please see: https://www.dalloz-actualite.fr/node/professionnaliser-formation-initiale-des-avocats#.YwNqAHZByUk [1 August 2022]

[45] Please see: https://www.cnb.avocat.fr/sites/default/files/cnb-re2018-11-16_for_reforme_formation_initialefinal-p.pdf [1 August 2022]

2. Conditions of access to the lawyer profession in Thailand

Before discussing how to become a lawyer in Thailand, the history of legal education in Thailand needs to be detailed (2.1) because the development of the professional lawyer is part of this history. Then, we will discuss the history of lawyers in Thailand (2.2) and understand legal and regulatory conditions to become a lawyer in the current era (2.3).

2.1 Brief evolution of legal education in Thailand

As it is said in Latin, "*ubi societas ibi jus*" which means "where there is a society, there is a law". Having laws implies having a legal education. Therefore, legal education in Thailand exists at the same time as the existence of Thai society. However, going back to the beginning of Thai society is a bit too far and off-topic. Thus, this article will start at the beginning of modern legal education in Thailand.

Modern legal education began during the reign of King Chulalongkorn, hereinafter referred to as "Rama V". Due to the crisis of colonization, Siam became the center of the quarrel between two major colonizing countries: England, who colonized the territories on the left side of Siam (modern Burma), and France, who colonized the territories on the right side of Siam (modern Vietnam, Lao and Cambodia).

Moreover, other factors at the origin of the Rattanakosin Era[46] such as international trade and especially the loss of judicial power in case of the litigation of foreign citizens obliged Siam to reform its administration and especially the judicial system. Hence, the Thai government decided to reform its judicial system based on the European model. At the beginning, it seemed that the "Anglo Saxon-model" played an important role in the Thai judicial system as Prince Rapee Pattanasak[47], son of King Rama V, had graduated from Oxford University and upon his return to Thailand, was promoted to become the Minister of Justice, working hard to lay a firm foundation for a Thai legal system adhering to international standards[48]. In 1897, he also took initiatives on the establishment of the

---

[46] The Rattanakosin Era is when Bangkok became the capital of Thailand from 1782 until the present.

[47] Translated by the Information and Public Relations Division, Court of Justice

[48] Information and Public Relations Division, Court of Justice, "7th August Rapee Day Podcast," [online] Available from: https://iprd.coj.go.th/th/content/category/detail/id/10/cid/10720/iid/205879 [1 August 2022]

first law school[49] in the country, writing up a syllabus and teaching the students himself while having Monsieur Gustave Rolin-Jacquemyns as his advisor[50].

However, the tendency changed in favor of a "European-model" with the creation of the "Penal Code R.E. 127 (A.D. 1908)[51]" which was written using European-style codification. Monsieur George Padoux, a French jurist, was hired as a Legislative Advisor and was nominated as head of the committee for the creation of the code. The code has been inspired by many European penal codes such as the French Penal Code of 1810, the German Penal Code of 1870 etc[52]. Since then, the Thai judicial system has become a "civil law system" where many codes and stipulations have been enacted, as and when required.

Even if the foreign countries were satisfied with the fact that Siam has as modern and civilized codes as most foreign nations, they could not be certain that the Thai jurists would live up to expectations[53]. That was the reason why many foreign consulates did not accept the fact that their people and citizens were to be prosecuted and judged by the Thai judiciary. Hence, the Thai government must educate their jurists to be as professional as the European jurists.

For that purpose, Thai legal education has been reformed by establishing many legal educational institutions: the Thai Bar Under the Royal Patronage[54], the Faculty of Law and political science at Chulalongkorn University[55] and also the Lawyers Council of Thailand[56]. Consequently, Thai legal education has been classified into two types of legal

---

[49] The First Law School of Thailand changed its name as "Thai Bar" in 1914

[50] Nikon Thatsaro, **Prince Rapee Pattanasak the Father of Thai Law**, 1st edition, (Bangkok: Nanmeebook, 2006), p.108.

[51] R.E. represents "Rattanakosin Era"

[52] Sawaeng Boonchalermvipas, **The Thai Legal History**, 19th edition (Bangkok: Winyuchon Publication House, 2020), p. 249.

[53] National Archives of Thailand, the Fine Arts Department, **Documents of Ministry of Justice in the reign of Rama VI No Ror 6 Yor 2/7 Padoux's memo presented to the Minister of Justice**, cited in *Charnchai Sawangsagdi*, **France's Influence in the Thai Legal Reform**, 2nd edition (Bangkok: Winyuchon Publication House, 2015), p.135.

[54] Established on 1915

[55] Established on 1933

[56] Established on 1958

education: 1) legal education in the university and 2) legal education in non-university organizations.

2.2 A Brief history of Thai lawyers and Lawyer Councils

After the reform of the Thai legal system, jurists must be trained professionally in order to meet international standards. A lawyer was one of the significant legal professions to develop concomitantly with legal reform. In the last century, laws concerning the issue of lawyer licensing and ethics had been changed, amended and reformed many times. Institutions charging lawyers' affairs had consequently been changed due to legal reforms.

Beginning with the reign of King Rama V, the Act on Judicial Administration of the Courts of Justice R.E. 111 (A.D. 1892)[57] was promulgated. Section 7 of this Act indicated that[58] "Citizens having legal problems could consult **'one who knows the laws'** to prepare a legal lawsuit for him based on the cause of action that he believed with honesty and in accordance with the laws....". This means that the lawyer profession officially existed in the Thai legal system since the enactment of this law. In other words, this is the first law that allows the parties to have a lawyer as a legal specialist to file a lawsuit on their behalf[59]. The profession of lawyer became increasingly popular, consequently, more and more people were working as lawyers across the country because of the establishment of new courts in other provinces, and consequently, some lawyers acted in an inappropriate way[60]. Thus, there was the promulgation of the Law of Civil Procedure R.E. 127 (A.D. 1908)[61] to control lawyers' behavior. Section 127 of the law indicated that "If any **attorney** shall be guilty of improper conduct, the Court may forbid such attorney to plead in any one or more Courts and for any length of time, provided always such

---

[57] Translated by the authors by comparing to the translation of the Act on Judicial Administration of the Courts of Justice B.E. 2543

[58] Section 7 of the Act on Judicial Administration of the Courts of Justice R.E. 111 (A.D. 1892), translated by authors

[59] Thawee Kasiyapong, "Lawyer Act B.E. 1985: Act for Self-Governance among Lawyers," in Bot Bundit Law Journal of the Thai Bar, 42nd Year, Vol. 1, March 1986, p.7, cited in the Law Practice Training Center of the Lawyers Councils, **Lawyers' Ethics and Manners**, (Bangkok: Borpit Printing Co., LTD, 2001), p.12.

[60] Ibid, p.13.

[61] Translated by the Ministry of Justice, **the law of organization of the court of justice and the law of civil procedure of the year 127**, 2nd edition, (Bangkok: Bamrung Nukunkit Print Shop, 1908), p.N/A

prohibition shall be in writing[62]." In brief, under the reign of Rama V, the profession of lawyer existed due to the Act on Judicial Administration of the Courts of Justice R.E. 111 (A.D. 1892) and it was controlled by the Law of Civil Procedure R.E. 127 (A.D. 1908).

Under the reign of King Vajiravudh (hereinafter referred to "King Rama VI"), laws current in that era were not sufficient to enforce lawyer ethics. So, the King promulgated the first "Lawyer Act" in Thailand called Lawyer Act B.E. 2457 (A.D. 1914). This act classified lawyers into two different types:[63] one who has graduated from the Thai Bar and the other who was authorized by the president of the Bangkok Court of Appeal. In terms of control, the president of the Bangkok Court of Appeal had the authority to enforce and investigate lawyer ethics by providing sanctions such as a prohibition from working for three years or revocation of licensure.[64] Thus, the reign of King Rama VI was the first time Thailand has had a specific law for lawyers' affairs.

Under the reign of King Prajadhipok (hereinafter referred to "King Rama VII"), the Lawyer Act B.E. 2477 (A.D. 1934) was promulgated and replaced Lawyer Act B.E 2457 (A.D. 1914). In general, the Lawyer Act B.E. 2477 (A.D. 1934) kept the main ideas of the replaced Act. The sole significant change was Article 4 of the text concerning lawyer qualifications[65]:

"A lawyer is one who has a license issued by the president of the Court of Appeal to have the right to represent parties.

There are two types of lawyers;

The first types are:

(1) One who passed the Barrister examination or one who graduated with a bachelor's degree and serves as a regular member of the Thai Bar;

(2) One who was a judge or prosecutor for at least 10 years and has been honored as a special member of the Thai Bar;

---

[62] Ibid.

[63] Section 3 of Lawyer Act B.E. 2457 (A.D. 1914)

[64] Section 9 ibid.

[65] Section 4 ibid.

(3) A second type of lawyer who has worked as a lawyer for at least 10 years and has been honored as a special member of the Thai Bar;

(4) A special member of the Thai Bar who was accredited as a lawyer of the first type prior to the promulgation date of this act.

A 'second-type' lawyer is one who is authorized to work as a lawyer by the president of the Court of Appeal after investigating his qualifications and competencies, and he must be a special member of the Thai Bar."

Under the reign of King Bhumibol (hereinafter referred to "King Rama IX"), the Association of Lawyers had been established on the 20th Feb B.E. 2500 (A.D. 1957). However, even with the establishment of the Association of Lawyers, the authority which issued the lawyer license was still in accordance with the Lawyer Act B.E. 2477 (A.D. 1934): the president of the Court of Appeals. There was even a new Lawyer Act B.E. 2508 (A.D. 1965), where the authority of issuing lawyer licenses was transferred from the president of the Court of Appeals to the Thai Bar instead of the Association of Lawyers. Hence, the Thai Bar became the "sole" authority to issue lawyer licenses and enforce lawyer ethics[66].

According to the Act of 2508 (A.D. 1965), there were still two types of lawyers: first- and second types. The difference is that the first type of lawyer can work all across the country but the second type of lawyer can work only in certain indicated areas. Moreover, the first type of lawyer was a lawyer who graduated from university and passed the bar exam. Hence, jurist students graduating only from university could not be the first type of lawyer. So, there were protests from university-educated lawyers[67] and consequently, a change in the law B.E. 2514 (A.D. 1971) so that lawyers who graduated from university can be classed among the first type of lawyers.

After a legislative amendment in B.E. 2514 (A.D. 1971), there was an idea of "self-governance among the lawyers" which meant they do not want to be controlled

---

[66] Section 4 of Lawyer Act B.E. 2508 (A.D. 1965)

[67] Law Practice Training Center of the Lawyers Councils, **Lawyers' Ethics and Manners**, (Bangkok: Borpit Printing Co., LTD, 2001), p.17.

by the Thai Bar. Hence, the draft of the Lawyer Act which was proposed in B.E. 2517 finally became law in B.E. 2528 (A.D. 1985) and was named the "Lawyer Act B.E. 2528 (A.D. 1985)" which is the current law governing the lawyers' affairs in Thailand. The Lawyer Act B.E. 2528 (A.D. 1985) establishes *in concreto* the Lawyers Council and provides the council powers to issue lawyer's licenses and control lawyers' ethics. Since then, the Lawyers Council of Thailand has become the major authority providing legal education and operational practice and the "sole" organization charged with authorizing a lawyer license.

Hence, the uniqueness of the lawyer profession in Thailand is not something that comes about by chance or happens by itself. But it was the evolution of legal provisions driven by an external factor - colonization - and internal factors - manifestation, development of legal education and enthusiasm for proper development.

Table 1: Table representing laws and regulations on Lawyers in Thailand

Reign	Terms	Laws and regulations	Vocabulary representing "Lawyer"	Types of lawyers	Institutions to issue the license	Institutions to enforce lawyer ethics
Rama V	Existence of lawyers	Act on Establishment of the Court of Justice R.E. 111 (A.D. 1892)	"One who knows the laws"	-	-	Judges
	Lawyers' ethics	Law of Civil Procedure R.E. 127 (A.D. 1908)	"Attorney"			

Rama VI	Existence of lawyer and Lawyers' ethics	Lawyer Act B.E. 2457 (A.D. 1914)	"Lawyer"	1) First-type lawyers	Graduation from Thai Bar	The president of the Court of Appeal
				2) Second-typed lawyers	The president of the Court of Appeals	
Rama VII	Existence of lawyers and Lawyers' ethics	Lawyer Act B.E. 2477 (A.D. 1934)	"Lawyer"	1) First-type lawyers	The president of the Court of Appeal	The president of the Court of Appeal
				2) Second-type lawyers		
Rama IX	Existence of lawyers and Lawyers' Ethics	Lawyer Act B.E. 2508 (A.D. 1965)	"Lawyer"	1) First-typed lawyers	The Thai Bar	The Thai Bar
				2) Second-type lawyers		
	Existence of lawyers and Lawyers' Ethics	Lawyer Act B.E. 2528 (A.D. 1985)	"Lawyer"	"Lawyer"	Lawyers Council	Lawyers Council

2.3 Conditions of access to the Lawyer Profession in Thailand

The Lawyer Act B.E. 2528 (A.D. 1985) abolished the idea of different types of lawyers and presents the sole definition of "lawyer" as a person that the Lawyers Council has accepted at the end of his or her registration and has issued a license to be a lawyer. The Act also indicates the conditions of access to the profession of lawyer and establishes the Lawyers Council as an organization responsible for affairs related to lawyers including the examination. Hence, the following part concerns the conditions that must be met to become a lawyer in Thailand. The following developments explain this into two parts: 1) qualifications of lawyers, and 2) their training sessions and examinations.

2.3.1 Personal qualifications of lawyers

A person who requests the Lawyers Council to issue him a Lawyer's license must have met the qualifications required by the Lawyer Act B.E. 2528 (A.D. 1985). Section 35 of the Act states that[68] "a person applying for registration and receipt of a license shall possess the following qualifications:

(1) having Thai nationality;

(2) being not less than twenty years of age on the day of applying for registration and receipt of a license;

(3) having graduated with a Bachelor's degree or diploma in law or certificate in law equivalent to Bachelor's degree or diploma from an educational institution accredited by the Lawyers Council and being a member of the Thai Bar;

(4) not being a person with disgraceful behavior or moral turpitude and not being a person who has taken any action indicating dishonesty;

(5) not being sentenced by a final judgment to imprisonment;

(6) not having been sentenced by a final judgment to imprisonment in a case deemed by the committee as a case that brings disgrace to the honor of the profession;

(7) not being sentenced by a final judgment to be bankrupt;

(8) not being a person with social disapproval because of a contagious disease;

(9) not being a person with physical or mental disability as a cause of incompetence for pursuing a legal profession;

(10) not being a government official or an employee attached to a local administration with a salary and holding a permanent position except for political officials;

(11) not being a person prohibited from applying for registration and receipt of a license under section 71".

These qualifications provide some of the details of being a lawyer in Thailand. Section 35 (3) requires that the lawyer applicant must "be a member of the Thai Bar". This requirement is to allow lawyers to wear Advocate's gowns in the Court because

[68] Section 35 of Lawyer Act B.E. 2528 (A.D. 1985), translated by the Office of the Council of State

only members of the Thai Bar Association can wear the gowns according to Thai Bar Regulations.[69] This represents the relationship between the Lawyer Council and the Thai Bar Association in terms of lawyer activity. However, to become a lawyer in Thailand, there is no need to be a barrister at law as in the French system, the applicant must only be a member of the Thai bar.

A Bachelor's degree in law in Thailand can be accessed after finishing the Mathayom 6 (equivalent of a *Baccalauréat* in France). The Bachelor of Law lasts four years in general.[70] Students must study all kinds of legal subjects, especially civil and penal laws. Some universities oblige their students to complete a summer legal internship. The student who successfully completes the four-year program will receive a Bachelor's degree in law.

2.3.2 Training session

A person who wishes to become a lawyer must pass training on lawyers' ethics, basic principles in advocacy and conduct in the legal profession.[71] Details of the training and conduct of the legal profession are stipulated in a regulatory statute named "Rules of the Lawyers Council of Thailand regarding the Law Practice Training Center B.E. 2529 (A.D. 1986)"[72].

Nandana Indananda and Manaswee Wongsuryrat explain that[73] there are two different routes of lawyer training in order to receive a lawyer's license: 1) a training route and 2) an internship route._

2.3.2.1. The Training Route

The Training Route is a training course organized by a subsidiary organization of the Lawyers Council named the "Law Practice Training Center". In order

---

[69] Clause 17 of Thai Bar Regulation B.E. 2507 (A.D. 1964)

[70] The French equivalent of the Bachelor of Law is the "*Licence en droit*" which is a three-year program.

[71] Section 37 of Lawyer Act B.E. 2528 (A.D. 1985)

[72] Translated by Nandana Indananda and Manaswee Wongsuryrat in "An Overview of the Legal Profession in Thailand," Taipei Bar Law Journal [Online] Available from: https://www.tba.org.tw/media/1495/an-overview-of-the-legal-profession-in-thailand.pdf [1 August, 2022]

[73] Ibid, p.8.

to apply for the course, applicants must fulfill five criteria according to the Rules of the Lawyers Council of Thailand regarding the Law Practice Training Center B.E. 2529 (A.D. 1986).[74] First, the applicant must have Thai nationality. Second, he or she must have a Bachelor of Law or equivalent diploma. Third, he or she must never have committed a legally dishonorable, immoral, or dishonest act. Fourth, he or she must never have served in prison after being sentenced by a final judgment. Fifth, he or she must not be infected by a contagious disease that is socially unacceptable.

This route can be classified into three steps: 1) **an academic section, 2) a practical session** and **3) an oral examination.**

The academic session consists of 90 hours of seminars addressing various subjects such as Professional Ethics and Legal Etiquette, Methods of Court Procedure for Civil Cases, Methods of Court Procedure for Criminal Cases, Methods of Court Procedure for Other Types of Cases, and Principles of Legal Consultancy.[75]

When an applicant has passed the academic section, he or she will be able to continue his or her **practical session**. This session lasts for 6 months and the applicant must complete a mandatory internship in a law firm and be mentored by a seasoned lawyer. After the internship, the applicant will be assessed by his or her mentor and, if he or she passes, he or she can continue his or her journey to the practical examination. If the applicant earns 50 percent or more, he or she will participate in the 3) **oral examination**.

2.3.2.2. The Internship Route

This route is different from the training route because applicants must complete **a one-year internship.** They must apply for this internship on their own, without assistance. After working during the internship period, applicants must attend **the final written examination** which combines both academic and practical examinations simultaneously and which is generally more difficult than the training route[76]. If they

[74] Ibid.

[75] Clause 13 of Rules of the Lawyers Council of Thailand regarding the Law Practice Training Center B.E. 2529 (A.D. 1986)

[76] Nandana Indananda and Manaswee Wongsuryrat, op. cit., p. 11

pass, they can proceed with their **oral examination**.

2.3.2.3. Oral Examination

An oral examination will be organized by the Law Practice Training Center every year. After the applicant passes written examinations, they will attend the oral examination where they will be tested by experienced lawyers. If they pass, they will have to attend the Professional Ethics and Legal Ethics training session which is generally held two weeks after the oral examination.

When the applicant possesses all the qualifications, passes all the examinations, and participates in all training and internships, they can proceed with their Lawyer's registration process and become a fully-licensed lawyer.

3. A Comparison of the French and Thai legal systems on the process of lawyer education and training

After discussing the conditions of access to the legal profession in France and in Thailand, the following is a comparison of the two systems. The authors would like to present the commonalities and differences between the two systems as well as observations and recommendations for the future reform of the Thai system.

3.1 Commonalities and differences between the French and Thai system

There are commonalities between the French and Thai systems concerning the conditions of access to the legal profession: personal conditions, educational background, and the obligations of training and mandatory examinations. However, there are nuanced differences within each similar category.

Personal conditions: To become a lawyer in France and in Thailand, the applicant must have the nationality of the country. However, in the French legal system, there is an exception that allows a person from another European Union member state to become an authorized lawyer in France. In Thailand, even with the establishment of the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN), people of other nationalities cannot become lawyers in Thailand yet.

Educational background: To become a lawyer in France and in Thailand, the applicant must generally have passed a degree of higher education in law. The difference is the details of the level of educational background. In France, it is necessary to have at least a Master's I in law. In addition, students must pass the CRFPA exam in order to matriculate at one of the eleven French bar schools. But, in Thailand, the applicant must have a Bachelor's degree in law in general and there is no entrance examination. Concerning this point, it may be observed that if one applies the "title" of the degree as an indicator, it could be said that to become a lawyer in France requires a higher educational qualification than in Thailand. However, if one applies "years of higher education" as an indicator, it could be said that to become a lawyer in France and in Thailand require the same level of educational background.

Obligations of training: To become a lawyer in France and in Thailand, laws, and regulations require the applicant to participate in, complete, and pass training sessions. **However, a training session in France is longer than a training session in Thailand**. The period of internship sessions is 12 months in total in France which is longer than the practical session which lasts for 6 months (explained in 2.3.2.1) and an internship session which lasts 12 months (explained in 2.3.2.2) in Thailand. Nonetheless, it is evident that to become a lawyer in both states, mandatory training is required in order to acquire professional skills.

Examinations: Even if there are some minor differences between the two systems, it is clear that examinations are applied in both countries in order to find well-trained and skillful lawyers for their country. In France, examinations to obtain the CAPA exam are as follows: continuous assessment during the first six months of training, a written test lasting (a legal consultation and a judicial act), a pleading, a 20-minute interview with the examination board focusing on professional regulations and ethics, a 20-minute oral examination in a foreign language, and a discussion with the examination board lasting approximately 40 minutes, based on two reports drawn up by the candidate on the two internship periods referred to his/her observations and reflections on professional practice.

In Thailand, an applicant taking the training route must consecutively pass three examinations: an academic examination, a practical examination and an oral examination

(explained in 2.3.2.1). One who chooses the internship route must consecutively pass two examinations: a final written examination and an oral examination. According to the statistics provided by the Lawyers Council of Thailand, only 1,051 people passed the academic examination in March 2022 out of 5,882 registered applicants[77] and only 945 people passed the practical examination in August 2022 out of 2,472 registered applicants.[78]

3.2 Barrister at law: major differences between the French and Thai systems

It is clear that the significant differences between the two systems are institutional. In France, to become a lawyer, the processes are run by the National Barristers' Association (*Conseil National des Barreaux*). In Thailand, the examinations are operated by the Lawyers Council of Thailand.

In France, the legal profession is regulated by law and there is no separation of institutions charged with lawyer affairs as there is only one institution: the "*Conseil National des Barreaux*".

In Thailand, the Thai Bar Association is responsible for providing advanced legal education for Thai jurists and issuing a certificate after the jurists pass all the examinations classified into four types of examinations: (1) Criminal Law, Tax Law, Labour Law and Labour Procedural Law, Constitutional Law and Administrative Law (2) Civil and Commercial Law, International Trade Law and Intellectual Property Law (3) Civil Procedural Law, Bankruptcy Law and Court System and the Law for the Organization of Courts of Justice (4) Criminal Procedural Law, Human Right in Justice Procedure, Evidence Law, Litigation, Interrogation of Witness, Legal Document Preparation and English for Lawyers. One who has passed all the examinations will be issued a certificate and can call him or herself a "Barrister at Law". The Lawyers' Council is responsible for issuing a "lawyer license" and regulating lawyer behavior. The Council is independent from the Bar Association. The only liaison between the two institutions is the obligation for any lawyer to be a member of the Thai Bar in order to be legally authorized to wear the gowns

[77] Announcement of the Law Practice Training Center of the Lawyers Councils on Academic Examination of the applicant of the Law Practice Training Center Generation 58th, dated 12 April 2022.

[78] Announcement of the Law Practice Training Center of the Lawyers Councils on Practical Examination of the applicant of the Law Practice Training Center Generation 57th, dated 22 August 2022.

mentioned in 2.3.1. It can be said that in Thailand, there is a separation of the Bar and the Lawyers Council.

Table 2: the comparison of the two systems

Conditions/ Requirements	France	Thailand
Nationality	French citizenship, but European citizenship and non-European citizenship are possible for some conditions.	Thai citizenship
Educational background in law	In France, a lawyer must graduate with a Master I. Students must pass the CRFPA exam in order to matriculate into one of the eleven French Bar Schools (except for derogatory routes detailed in the developments above).	In Thailand, a lawyer generally graduates with a Bachelor's degree in law.
Academic and Practical Examinations	Yes	Yes
Oral Examination	Yes	Yes
Training Session / Internship	18 months of mandatory training	6 months of internship for an applicant choosing the Training Route (Please see in 2.3.2.1) Or 6 months of internship for an applicant selecting the Internship Route (Please see in 2.3.2.2)

License and Registration	In France, one must register with a Barrister Association of the jurisdiction in which the lawyer wishes to practice.	In Thailand, registration will be offered through the Lawyers Council.
Lawyers Council		Yes
Barrister Association	Yes	Yes

3.3 Observations and Recommendations for future reform in Thailand

Clearly, there are similarities and differences between the French and Thai systems regarding access to the legal profession. The following developments provide observations regarding the current system in Thailand and propose three recommendations for future reform. It should be emphasized that in order to find the best solutions for the reform, more in-depth studies, research, and comparisons with other foreign systems are also needed, which are not the subject of this article.

3.3.1 The Separation of the Barrister Association and the Lawyers Council: an understandable peculiarity of the Thai legal education system

As discussed in 3.2, it is clear that, in the Thai legal system, there is a separation of the Barrister Association and the Lawyers Council. This results in a peculiarity of Thai legal education. However, this peculiarity is comprehensible for the following reasons:

Firstly, the peculiarity of legal education exists in every country. For example, the "Law School System" in the United States of America allows only one who has graduated with at least a bachelor's degree to study in a law school. The "*Staatsexamen* System" in Germany requires that law students must study and pass specific examinations to become lawyers. In France, the *Étude Supérieure* is a parallel higher education system which can form legal specialists for the country. Thus, the existence of the Thai Bar Association and the Lawyers Council as separate institutions providing legal education is an understandable peculiarity.

Secondly, the Thai Bar Association and the Lawyers Council do not have the same purpose. The **Thai Bar** aims to form jurists after they graduate from universities to educate them in the law, while the certificate of the Thai Bar Association is a requirement for applying for a **judgeship and a prosecutor examination** in the future. On the other hand, the **Lawyers Council** has the objective to form a **professional lawyer** who can commit to their mission in any procedural incident in the courtroom. Thus, the objectives of the two institutions are different and there is no need to merge the institutions in the Thai legal system.

3.3.2 The possibility of expanding the training period

Learning from France shows that becoming a lawyer is not an easy course: 18 months of mandatory training is required. In the Thai system, the practical session lasts for only 6 months (explained in 2.3.2.1) and the internship session lasts 12 months (explained in 2.3.2.2). The authors think it may not be enough for forming proficient lawyers. In modern times, legal problems can be various and different. Institutionally, there are other types of cases outside of penal and civil cases, for example, constitutional, administrative, or disciplinary litigation. Today litigation seems to be more and more complicated due to globalization and internationalization. It seems that 6 months or even 1 year of training is not adequate for becoming a skillful lawyer in this era. However, the authors could not specify the proper period of time to fully educate and train a lawyer. If we learn from the French system, 18 months could be sufficient time for development. It must be the Lawyers Council to commit a further study to find the right answer for the proper development of Thai lawyers. Moreover, future studies must go deeper into related issues such as payments and social security systems for the trainees, etc.

In addition, it is shameful to raise this issue but there are incidences of training fraud. This can be explained by understanding Thai culture. After passing the Academic Examination, the applicant must generally participate in a 6-month practical session in a law firm. However, to prove to the Lawyers Council that one has participated in the session, it needs only paperwork signed by a lawyer.[79] There is the possibility that the

[79] Nandana Indananda and Manaswee Wongsuryra, ibid: 9.

mentoring lawyer would sign the document confirming that the applicant had already committed his/her training but, in reality, he/she hadn't. Unfortunately, an in-depth study on this theme remains unpublished and unstudied. The authors can only offer suggestions concerning this problem, and that is to establish a control system for the training session. For example, instead of training with only one law firm for 6 months, it could be divided into two different law firms for 3 months in each firm. To prevent this fraudulent incident, French lawyer training could be helpful to the Thai system by obligating the lawyer to provide an internship report. This way, students are obliged to carry out an internship since, in the report, they have to present the structure and write a whole section on a problem they faced during their internship.

If the period of training can be expanded and the control of training sessions can be established, it could help to develop lawyers in Thailand while keeping the peculiarities of Thai legal education. The Bar Association and the Lawyers Council will improve and develop all jurists in Thailand to be as professional as per the expectations of society.

4. Conclusion

Each country has legal and regulatory texts concerning access to the legal profession. This academic study presents a comparison between the French and Thai systems in this regard. It demonstrates that there are common points between the two systems such as nationality, educational background in law, academic and practical examinations, oral examinations, training sessions, licensing, and registration.

However, there are also differences between these two systems such as the separation of the Barrister Association and the Lawyers Council and the length of training. At the center of the discussion about the legal education reform in Thailand, is the reform of access to the legal profession, for this is part of the discussion as well. In comparison with the French system, this article suggests that the separation of the Barrister Association and the Lawyers Council in Thailand is understandable in terms of the peculiarity of the Thai legal education system, and there is no need to merge the institutions. However, the expansion of the period of training and the control of the training could be the answer for the reform of the legal profession in Thailand.

ความสามารถในการให้ความยินยอมของผู้เยาว์ในฐานะเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล*

Legal Capacity to Consent of Minor as a Data Subject

ดลญา แสงดาว

Donlaya Sangdao

นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพมหานคร 10330
LL.M Candidate
Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330
Corresponding author E-mail: donlaya.sangdao@gmail.com
(Received: October 3, 2022; Revised: December 28, 2022; Accepted: December 28, 2022)

บทคัดย่อ

ผู้เยาว์เป็นบุคคลเปราะบาง เนื่องจากมีความสามารถอย่างจำกัดในการให้ความยินยอมอย่างอิสระ ซึ่งการให้ความยินยอมในการประมวลข้อมูลส่วนบุคคลเป็นเรื่องที่มีความซับซ้อน บทความฉบับนี้จึงมีวัตถุประสงค์ที่จะศึกษาว่ากิจกรรมใดที่ผู้เยาว์สามารถให้ความยินยอมในการประมวลข้อมูลส่วนบุคคลได้โดยลำพัง รวมถึงความเหมาะสมของกำหนดอายุของผู้เยาว์ที่สามารถให้ความยินยอมด้วยตนเองตามมาตรา 20 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ตลอดจนการนำบทบัญญัติเรื่องนิติกรรมที่ผู้เยาว์สามารถทำได้โดยลำพัง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 22 มาตรา 23 และมาตรา 24 มาใช้เป็นข้อยกเว้นกรณีที่ผู้เยาว์สามารถให้ความยินยอมในการประมวลข้อมูลส่วนบุคคลด้วยตนเองได้

ผลการศึกษาพบว่า กิจกรรมที่ผู้เยาว์สามารถให้ความยินยอมได้โดยลำพัง ได้แก่ การให้ความยินยอมแก่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลในการอนุญาตให้ผู้ปกครองเข้าถึงหรือขอสำเนาข้อมูลส่วนบุคคลแทนผู้เยาว์ ในขณะที่กำหนดอายุของผู้เยาว์ยังมีความไม่สอดคล้องกับหลักการศึกษาทางการแพทย์เกี่ยวกับพัฒนาการด้านความคิดสติปัญญาของผู้เยาว์ และการตีความเพื่อปรับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 22 มาตรา 23 และมาตรา 24 ยังมีความไม่ชัดเจนอยู่มาก ผู้เขียนจึงเห็นควรให้มี

* บทความวิจัยนี้เป็นส่วนหนึ่งและเรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์เรื่อง “ความสามารถในการให้ความยินยอมของผู้เยาว์ในฐานะเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

การนำหลักการของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศอังกฤษ และประเทศจีน ซึ่งมุ่งคุ้มครองการทำกิจกรรมออนไลน์ของผู้เยาว์ ในเรื่องความสามารถและกำหนดอายุในการให้ความยินยอมของผู้เยาว์ ตลอดจนมาตรฐานในการตรวจสอบความยินยอมของผู้ปกครอง มาพัฒนาและปรับปรุงพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ของประเทศไทยต่อไป

คำสำคัญ: ข้อมูลส่วนบุคคล, ความสามารถในการทำสัญญา, ความสามารถในการให้ความยินยอม, ผู้เยาว์

ABSTRACT

Minors are the vulnerable persons and lack the ability to freely consent, while consent to the processing of personal data is complicated. This article, therefore, aims to research activities, which minors can provide consent to the processing of personal data without parental consent. It also includes a study of the appropriateness of minors' age prescribed in the Personal Data Protection Act B.E. 2562 as well as the adoption of Section 22, Section 23, and Section 24 of the Civil and Commercial Code as an exception to the case in which the minors have the legal capacity to provide consent on their own.

According to the findings of the study, it appears that the activity that minors can independently do is providing consent to the data controller for allowing parents to access or request a copy of personal data on behalf of minors. However, there is an inconsistency between the defined minors' age and medical research concerning cognitive development in children. In addition, the interpretation of Section 22, Section 23, and Section 24 of the Civil and Commercial Code to the case is still unclear. Therefore, the author suggests that there should be improvements on the Personal Data Protection Act B.E. 2562: by adopting and implementing the doctrines of legal capacity; and age of minors; including the standard for obtaining verifiable parental consent from the data protection law of the United States of America, European Union, England, and China.

Keywords: Personal Data, Capacity to Contract, Capacity to Consent, Minor

1. บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในยุคปัจจุบันที่โลกถูกขับเคลื่อนด้วยเทคโนโลยีดิจิทัลที่มีความก้าวหน้าอย่างรวดเร็ว และอินเทอร์เน็ตได้เข้ามามีบทบาทที่สำคัญและจำเป็นต่อการดำเนินชีวิต กิจกรรมประจำวันของผู้คนส่วนใหญ่จึงมีความเกี่ยวข้องกับข้อมูลส่วนบุคคลอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ไม่ว่าจะเป็นการใช้สื่อสังคมออนไลน์ การใช้สิ่งของทั่วไปที่สามารถเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ตได้ (internet of things) เช่น โทรศัพท์มือถือ (smart phone) หรือของเล่นเด็ก ซึ่งมีการติดตั้งไมโครโฟน กล้อง หรือเซนเซอร์อื่น ๆ ที่ส่งผลให้มีการเข้าถึงและเก็บรวบรวมข้อมูลได้โดยง่าย

อย่างไรก็ตาม ผู้ที่เป็นเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลอาจมิได้ตระหนักหรือรู้ว่าข้อมูลส่วนบุคคลของตนกำลังถูกเข้าถึง เก็บรวบรวม หรือถูกนำไปใช้แสวงหาประโยชน์นอกขอบเขตวัตถุประสงค์ที่ตนได้เคยให้ความยินยอมไว้ รวมถึงอาจถูกส่งต่อให้แก่บุคคลที่สามโดยไม่ได้รับความยินยอมของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวดังกล่าวอาจก่อให้เกิดอันตรายหรือความเสียหายแก่ผู้เป็นเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเป็นผู้เยาว์ ซึ่งยังขาดวุฒิภาวะ ความรู้ และประสบการณ์ที่จำเป็น ตลอดจนมีทักษะและระดับความสามารถในการเข้าใจไม่เท่าผู้ใหญ่ ที่ย่อมจะเป็นอุปสรรคต่อการทำความเข้าใจและพิจารณาให้ความยินยอมด้วยตนเองอยู่นั่นเอง ผู้เยาว์จึงควรได้รับการดูแลและช่วยเหลือจากผู้ปกครอง

โดยมาตรา 20 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ได้มีการกำหนดความสามารถและอายุของผู้เยาว์ที่สามารถให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลข้อมูลส่วนบุคคลไว้ ซึ่งผู้เขียนพบว่ามีประเด็นปัญหาที่จำเป็นต้องศึกษาและค้นหาบรรทัดฐานเพิ่มเติมในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมที่ผู้เยาว์สามารถให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล[1] ได้โดยลำพัง รวมถึงความสามารถและกำหนดอายุของผู้เยาว์ที่สามารถให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลได้โดยลำพัง ตลอดจนมาตรฐานในการตรวจสอบความยินยอมของผู้ปกครองของผู้เยาว์ ซึ่งทั้งสามประเด็นดังกล่าวเป็นปัจจัยที่สำคัญในการพัฒนามาตรา 20 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ให้มีความสอดคล้องกับมาตรฐานสากลได้ กล่าวคือ

ประเด็นแรก การนำบทบัญญัติมาตรา 22 มาตรา 23 และมาตรา 24 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มากำหนดเป็นหลักในการพิจารณากิจกรรมที่ผู้เยาว์อายุตั้งแต่ 10 ปี สามารถให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลโดยลำพังได้นั้น อาจสร้างความสับสนและไม่แน่นอนในการพิจารณาว่ากิจกรรมใดเป็นกิจกรรมที่ผู้เยาว์สามารถทำได้ เนื่องจากการปรับใช้และการพิจารณา

[1] การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล หมายถึง การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล

ขอบเขตของนิติกรรมที่ตกอยู่ในบังคับของมาตรา 22 มาตรา 23 และมาตรา 24 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ยังมีความไม่ชัดเจนอยู่มาก ผู้เขียนจึงมีความประสงค์ที่จะศึกษาและค้นคว้าเกี่ยวกับกิจกรรมที่ผู้เยาว์สามารถทำได้โดยลำพัง รวมถึงกิจกรรมที่ผู้เยาว์สามารถให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลโดยลำพัง ตลอดจนมาตรฐานความสามารถของผู้เยาว์ในการให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล

โดยประเด็นที่สองจะเกี่ยวข้องกับกำหนดอายุของผู้เยาว์ที่สามารถให้ความยินยอมได้ด้วยตนเอง เมื่อการให้ความยินยอมในการประมวลข้อมูลส่วนบุคคลเป็นเรื่องที่มีความซับซ้อนในการพิจารณาทำความเข้าใจ การกำหนดอายุของผู้เยาว์ที่สามารถให้ความยินยอมด้วยตนเองไว้ต่ำเกินไปอาจส่งผลให้ผู้เยาว์ไม่มีความพร้อมที่จะพิจารณาผลดีหรือผลเสียของการยินยอมให้มีการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของตนได้อย่างเหมาะสม แต่หากมีการกำหนดอายุของผู้เยาว์ไว้สูงเกินไป ก็อาจทำให้ผู้เยาว์ขาดอิสระและไม่มีส่วนร่วมในการตัดสินใจ ทั้งยังเป็นการเปิดช่องให้ผู้ปกครองสามารถเข้าสอดส่องหรือรุกล้ำความเป็นส่วนตัวของผู้เยาว์จนเกินสมควรได้ ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความประสงค์ที่จะศึกษาและค้นคว้าเกี่ยวกับกำหนดอายุที่เหมาะสมของผู้เยาว์ในการให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลด้วยตนเอง

สำหรับประเด็นสุดท้าย เนื่องจากในมาตรา 20 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ได้มีการกล่าวถึงการขอความยินยอมของผู้ปกครองของผู้เยาว์ แต่มิได้มีการกำหนดเกี่ยวกับมาตรฐานในการพิสูจน์หรือตรวจสอบการให้ความยินยอมของผู้ปกครองไว้อย่างชัดเจน ซึ่งอาจทำให้มีประเด็นปัญหาว่า การพิสูจน์หรือตรวจสอบความยินยอมของผู้ปกครองโดยผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลนั้นเป็นไปอย่างมีมาตรฐานที่เหมาะสมหรือไม่ ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความประสงค์ที่จะศึกษาและค้นคว้าเกี่ยวกับการกำหนดมาตรฐานในการตรวจสอบความยินยอมของผู้ปกครองของผู้เยาว์

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

เพื่อศึกษาและค้นหาบรรทัดฐานกิจกรรมที่ผู้เยาว์สามารถทำได้โดยลำพัง กิจกรรมที่ผู้เยาว์สามารถให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลได้โดยลำพัง รวมถึงเสนอแนะมาตรฐานความสามารถและกำหนดอายุของผู้เยาว์ที่สามารถให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลได้โดยลำพัง ตลอดจนมาตรฐานในการตรวจสอบความยินยอมของผู้ปกครอง

1.3 สมมติฐานของการวิจัย

มาตรา 20 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ไม่ได้แตกต่างจากบรรทัดฐานของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของต่างประเทศ ซึ่งสามารถค้นหาบรรทัดฐานและเทียบเคียงกิจกรรมที่ผู้เยาว์สามารถทำได้โดยลำพัง รวมถึงกิจกรรมที่ผู้เยาว์สามารถให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลโดยลำพังได้

ดังนั้น จึงสามารถที่จะพัฒนามาตรา 20 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ให้มีความชัดเจน และมีมาตรฐานเกี่ยวกับความสามารถและกำหนดอายุของผู้เยาว์ รวมถึงการตรวจสอบความยินยอมของผู้ปกครองของผู้เยาว์ ให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากลได้

1.4 ขอบเขตของบทความ

บทความฉบับนี้มุ่งศึกษาและค้นหาบรรทัดฐานกิจกรรมที่ผู้เยาว์สามารถทำได้โดยลำพัง กิจกรรมที่ผู้เยาว์สามารถให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของตนได้โดยลำพัง รวมถึงมาตรฐานความสามารถและกำหนดอายุของผู้เยาว์ ตลอดจนการตรวจสอบความยินยอมของผู้ปกครองของผู้เยาว์ ภายใต้ขอบเขตของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 โดยศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศอังกฤษ ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน และประเทศญี่ปุ่น

1.5 วิธีดำเนินการวิจัย

ผู้เขียนศึกษาและค้นคว้าด้วยวิธีวิจัยเชิงเอกสาร (documentary research) โดยรวบรวมข้อมูลจากบทบัญญัติของกฎหมาย คำพิพากษาของศาล บทความวิชาการ ฐานข้อมูลออนไลน์ ทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ ตลอดจนตำราและหนังสือกฎหมาย รวมถึงวิทยานิพนธ์ที่เกี่ยวข้อง

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

ทำให้ทราบเกี่ยวกับบรรทัดฐานกิจกรรมที่ผู้เยาว์สามารถทำได้โดยลำพัง และกิจกรรมที่ผู้เยาว์สามารถให้ความยินยอม ตลอดจนมีมาตรฐานความสามารถและกำหนดอายุของผู้เยาว์ซึ่งสามารถให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลได้โดยลำพังที่เหมาะสม รวมถึงมาตรฐานในการตรวจสอบความยินยอมของผู้ปกครองที่ชัดเจนมากยิ่งขึ้น

2. กิจกรรมที่มีการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของผู้เยาว์

2.1 กิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับผู้เยาว์

เพื่อที่จะศึกษาเกี่ยวกับความสามารถในการให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของผู้เยาว์ ผู้เขียนจึงรวบรวมกิจกรรมที่ผู้เยาว์สามารถทำได้หรือกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับผู้เยาว์ โดยแบ่งเป็นกิจกรรมที่ผู้เยาว์สามารถทำได้ตามคำพิพากษาศาลฎีกาของประเทศไทย กิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับผู้เยาว์จากเว็บไซต์ LawStuff และกิจกรรมที่ได้รับความนิยมจากผู้เยาว์

2.1.1 กิจกรรมที่ผู้เยาว์สามารถทำได้ตามคำพิพากษาศาลฎีกาของประเทศไทย

เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 22 มาตรา 23 และมาตรา 24 ได้กล่าวถึงหลักการของนิติกรรมที่ผู้เยาว์สามารถทำได้โดยลำพังไว้อย่างกว้าง ๆ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องสืบค้น

กิจกรรมดังกล่าวจากคำพิพากษาศาลฎีกา[2] เพื่อที่จะทราบว่ากิจกรรมใดบ้างที่ผู้เยาว์สามารถทำได้ตามกฎหมายไทย ซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็น 7 กิจกรรม

(1) นิติกรรมที่ผู้เยาว์ได้สิทธิหรือหลุดพ้นจากหน้าที่ หรือเป็นประโยชน์แก่ผู้เยาว์ฝ่ายเดียว[3]

ผู้เขียนยังไม่พบคำพิพากษาของศาลฎีกาเกี่ยวกับนิติกรรมที่ผู้เยาว์ได้สิทธิหรือหลุดพ้นจากหน้าที่หรือเป็นประโยชน์แก่ผู้เยาว์ฝ่ายเดียว

(2) นิติกรรมที่ผู้เยาว์ต้องทำเองเฉพาะตัว[4]

ผู้เขียนพบคำพิพากษาของศาลฎีกาเกี่ยวกับนิติกรรมที่ผู้เยาว์ต้องทำเองเฉพาะตัว ดังต่อไปนี้

(ก) การฟ้องคดีต่อศาลขอให้บิดารับผู้เยาว์เป็นบุตร

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3434/2558 - ในการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรนั้น ถ้าเด็กมีอายุยังไม่ครบ 15 ปีบริบูรณ์ ผู้แทนโดยชอบธรรมของเด็กต้องเป็นผู้ฟ้องแทน แต่เมื่อเด็กมีอายุ 15 ปีบริบูรณ์แล้ว เด็กต้องฟ้องเอง โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม ดังนั้น เมื่อขณะยื่นคำร้องขอคดีนี้ ผู้เยาว์มีอายุ 15 ปีบริบูรณ์แล้ว ผู้เยาว์ต้องยื่นคำร้องขอเอง ผู้แทนโดยชอบธรรมจะเป็นผู้ยื่นคำร้องขอแทนในนามของผู้เยาว์ไม่ได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1556

(ข) การให้ความยินยอมต่อการจดทะเบียนรับรองบุตรของบิดา[5]

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1177/2540 - เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1548 วรรคแรก ประสงค์ให้เด็กเป็นผู้ให้ความยินยอมเป็นการเฉพาะตัว ดังนั้น กรณีที่โจทก์ที่ 3 ต้องให้ความยินยอมในการที่โจทก์ที่ 1 จะจดทะเบียนโจทก์ที่ 3 เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1548 วรรคแรก เป็นกรณีที่โจทก์ที่ 3 ต้องกระทำด้วยตนเอง

(ค) การเพิกถอนการสมรส (กรณีสำคัญผิดตัว ถูกกลฉ้อฉล หรือถูกข่มขู่)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3528/2553 - คดีนี้โจทก์ทั้งเจ็ดมิใช่ผู้ถูกข่มขู่ จึงไม่มีอำนาจฟ้องขอเพิกถอนการสมรสได้

---

[2] ผู้เขียนค้นหาคำพิพากษาของศาลฎีกาจากเว็บไซต์ http://deka.supremecourt.or.th/ โดยใช้มาตรา 21 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นคำหลักในการสืบค้นกิจกรรมที่ผู้เยาว์สามารถทำได้โดยลำพัง ซึ่งผู้เขียนพบคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้องจำนวน 14 คำพิพากษาในช่วงปี พ.ศ. 2477 ถึง พ.ศ. 2559 (ซึ่งอาจมีคำพิพากษาศาลฎีกาอื่นที่ไม่ได้ถูกระบุไว้ในบทความนี้)

[3] มาตรา 22 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

[4] มาตรา 23 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

[5] คำพิพากษาศาลฎีกาในเรื่องเดียวกัน เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1416/2505, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5982/2551, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 13745/2553, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5661/2559 (ประชุมใหญ่ครั้งที่ 7/2559)

(3) นิติกรรมที่เป็นเรื่องสมแก่ฐานะและความจำเป็นในการดำรงชีวิตของผู้เยาว์[6]

ผู้เขียนพบคำพิพากษาของศาลฎีกาเกี่ยวกับนิติกรรมที่เป็นเรื่องสมแก่ฐานะและความจำเป็นในการดำรงชีวิตของผู้เยาว์ ดังนี้

(ก) การให้บุคคลอื่นนำที่ดินไปจัดหาผลประโยชน์ เพื่อนำเงินไปใช้จ่ายในการศึกษา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 856 - 857/2497 - การที่ผู้เยาว์เรียกรับผลประโยชน์จากนิติกรรมที่โจทก์นำที่ดินไปจัดหาผลประโยชน์มาแบ่งกัน นิติกรรมนั้นไม่ต้องห้ามตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1546 จึงสมบูรณ์ตามมาตรา 21 และมาตรา 24

(4) กิจกรรมอื่นที่ผู้เยาว์สามารถทำได้โดยลำพัง

นอกจากนิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 22 มาตรา 23 และมาตรา 24 ผู้เขียนพบว่า ผู้เยาว์สามารถทำกิจกรรมอื่นซึ่งมิใช่นิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 22 มาตรา 23 และมาตรา 24 ได้โดยลำพังอีกด้วย เช่น

(ก) การร้องทุกข์[7]

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 214/2477 - ตามประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 248 เด็กหญิงมีอำนาจบริบูรณ์ที่จะร้องทุกข์ด้วยตนเองต่อเจ้าพนักงานเพื่อขอให้ฟ้องร้องจำเลยได้ ถึงแม้ว่าจะยังเป็นผู้เยาว์ ก็ไม่ต้องได้รับอนุญาตจากผู้ปกครอง

(ข) การฟ้องร้องบุพการีต่อศาล

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 244/2511 - พนักงานอัยการสามารถยกคดีขึ้นว่ากล่าวได้โดยไม่ต้องให้บุตรผู้เยาว์ได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมก่อน ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 21 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะไม่เช่นนั้นบุตรผู้เยาว์ย่อมจะไม่ได้รับความยินยอมจากบิดามารดา และจะทำให้พนักงานอัยการไม่มีทางจะยกคดีขึ้นว่ากล่าวเอากับบิดามารดาของบุตรผู้เยาว์ได้

(ค) การเป็นผู้รับมอบอำนาจ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 598/2506 - แม้จำเลยยังไม่บรรลุนิติภาวะ ก็เป็นผู้รับมอบอำนาจได้

2.1.2 กิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับผู้เยาว์ตามเว็บไซต์ LawStuff

เนื่องจากกิจกรรมที่ผู้เยาว์สามารถทำได้ตามคำพิพากษาศาลฎีกาของประเทศไทยที่รวบรวมไว้ในข้อ 2.1.1 มีจำนวนเพียง 7 กิจกรรม จึงอาจทำให้ไม่สามารถศึกษาเกี่ยวกับบรรทัดฐานกิจกรรมที่

---

[6] มาตรา 24 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

[7] คำพิพากษาศาลฎีกาในเรื่องเดียวกัน เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1074/2477, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 214/2494, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3915/2551

ผู้เยาว์สามารถให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลได้อย่างครอบคลุมตามวัตถุประสงค์ของบทความฉบับนี้ ผู้เขียนจึงได้ทำการสืบค้นเพิ่มเติมและพบเว็บไซต์ LawStuff (https://lawstuff.org.uk/)[8] ของสหราชอาณาจักร ที่ได้มีการรวบรวมสิทธิทางกฎหมายและกิจกรรมที่ผู้เยาว์สามารถทำได้ในช่วงอายุต่าง ๆ ไว้อย่างหลากหลาย ซึ่งครอบคลุมทั้งกิจกรรมในชีวิตประจำวันและกิจกรรมทางกฎหมาย พร้อมทั้งได้มีการระบุกฎหมายที่เกี่ยวข้องไว้ด้วย เว็บไซต์ LawStuff จึงเป็นแหล่งข้อมูลทั่วไปที่เป็นประโยชน์อันจะสามารถนำมาใช้อ้างอิงในการศึกษาได้ โดยมีจำนวนกิจกรรมทั้งสิ้น 112 กิจกรรม[9]

2.1.3 กิจกรรมที่ได้รับความนิยมจากผู้เยาว์

เมื่อพิจารณากิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับผู้เยาว์ในข้อ 2.1.1 และข้อ 2.1.2 แล้ว ผู้เขียนเห็นว่ายังขาดกิจกรรมที่ได้รับความนิยมจากผู้เยาว์ในยุคปัจจุบัน[10] จึงได้เลือกกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับผู้เยาว์มาศึกษาเพิ่มเติมอีกจำนวน 2 กิจกรรม ได้แก่ การเช่าหรือซื้อเกม และการสมัครใช้บริการสังคมออนไลน์

2.2. ความสามารถของผู้เยาว์ในการทำกิจกรรม

ผลจากการศึกษากิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับผู้เยาว์ในข้อ 2.1.1 ข้อ 2.1.2 และข้อ 2.1.3 จำนวนทั้งสิ้น 121 กิจกรรม ซึ่งได้พิจารณาตามความสามารถของผู้เยาว์ตามกฎหมายไทยโดยใช้เกณฑ์อายุและเงื่อนไขในการทำกิจกรรมที่กฎหมายกำหนดมาเป็นหลักในการพิจารณา ผู้เขียนพบว่ากิจกรรมที่ผู้เยาว์สามารถทำได้ (ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่ผู้เยาว์สามารถทำได้โดยลำพัง หรือสามารถทำได้เมื่อได้รับความยินยอม) และกิจกรรมที่กฎหมายไทยไม่ได้กำหนดความสามารถของผู้เยาว์ไว้[11] เมื่อนำมาจำแนกตามประเภทความสามารถของผู้เยาว์ตามกฎหมายไทยและตามฐานการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลแล้ว สามารถแบ่งแต่ละกรณีออกเป็น 5 กลุ่ม[12] ดังนี้

---

[8] LawStuff เป็นเว็บไซต์ที่จัดตั้งขึ้นเพื่อให้คำแนะนำและข้อมูลด้านกฎหมายแก่เยาวชน เพื่อให้เยาวชนสามารถเข้าถึงและค้นหาสิทธิทางกฎหมาย รวมถึงได้รับคำแนะนำเกี่ยวกับกิจกรรมที่สามารถทำได้ โดย LawStuff ได้รับทุนสนับสนุนจาก The Queen's Commonwealth Trust ซึ่งเป็นองค์กรการกุศลที่ช่วยเหลือโครงการของผู้ให้การสนับสนุนเยาวชนทั่วทั้งเครือจักรภพ โดยมีสมเด็จพระราชินีนาถเอลิซาเบธที่ 2 แห่งสหราชอาณาจักรเป็นผู้อุปถัมภ์

[9] ดูรายละเอียดของกิจกรรมเพิ่มเติมที่วิทยานิพนธ์ของ ดลญา แสงดาว. **ความสามารถในการให้ความยินยอมของผู้เยาว์ในฐานะเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2565.

[10] สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์, "ETDA เผย Gen Y ทวงบัลลังก์ ใช้เน็ตมากสุด เกือบ 8 ชั่วโมงต่อวัน ฮิตสุด ดู LIVE COMMERCE ข้าราชการ-จนท.รัฐ ชนะขาดทุกอาชีพ ใช้เน็ตเกือบ 12 ชั่วโมงต่อวัน" [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://www.etda.or.th/th/pr-news/iub2022.aspx [13 ธันวาคม 2565]

[11] สำหรับกิจกรรมที่ผู้เยาว์ไม่สามารถทำได้ และกิจกรรมที่ไม่มีในกฎหมายไทย จะไม่อยู่ในขอบเขตของการศึกษากิจกรรมการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล เนื่องจากโดยหลักแล้วผู้เยาว์จะไม่สามารถทำกิจกรรมประเภทดังกล่าวได้หากยังไม่บรรลุนิติภาวะ หรือไม่มีกฎหมายไทยรองรับ

[12] ฐานการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล แบ่งออกเป็น ฐานสัญญา ฐานภารกิจของรัฐ ฐานหน้าที่ตามกฎหมาย ฐานความยินยอม และไม่มีการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล

(1) กิจกรรมที่ผู้เยาว์สามารถทำได้โดยลำพัง เป็นกิจกรรมที่เมื่อผู้เยาว์มีอายุถึงเกณฑ์ที่กำหนดหรือปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดครบถ้วน ผู้เยาว์จะสามารถทำกิจกรรมนั้นได้โดยไม่ต้องขอความยินยอมของผู้ปกครอง ศาล หรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง (แล้วแต่กรณี) ก่อนทำกิจกรรมนั้น

ตารางที่ 1 กิจกรรมที่ผู้เยาว์สามารถทำได้โดยลำพัง

รายชื่อกิจกรรม	อายุ (ปี)	ฐานการประมวลผลข้อมูล
การมีความรับผิดในทางอาญา (M002)	12	ภารกิจของรัฐ
การชมภาพยนตร์ เรต 13 ในโรงภาพยนตร์ (M004)	13	ไม่มีการประมวลผลข้อมูล
การเช่าภาพยนตร์ เรต 13 (M005)	13	สัญญา
การซื้อภาพยนตร์ เรต 13 (M005)	13	ไม่มีการประมวลผลข้อมูล
การถูกควบคุมตัว เมื่อถูกจับกุม (M006)	12	ภารกิจของรัฐ
การคาดเข็มขัดนิรภัย (M011)	ไม่มีกำหนด[13]	ไม่มีการประมวลผลข้อมูล
การกล่าวคำสาบานในการเป็นพยาน (M012)	15	ไม่มีการประมวลผลข้อมูล
การชมภาพยนตร์ เรต 15 ในโรงภาพยนตร์ (M013)	15	ไม่มีการประมวลผลข้อมูล
การเช่าภาพยนตร์ เรต 15 (M014)	15	สัญญา
การซื้อภาพยนตร์ เรต 15 (M014)	15	ไม่มีการประมวลผลข้อมูล
การถูกควบคุมตัวและเข้าฝึกอบรม (M015)	12	ภารกิจของรัฐ
การสมัครเป็นทหารเรือ (M016)	18	ภารกิจของรัฐ
การสมัครเป็นทหารอากาศ (M017)	18	ภารกิจของรัฐ
การมีสิทธิได้รับยารักษาโรคฟรี (M018)	แรกเกิด	ไม่มีการประมวลผลข้อมูล
การดื่มเบียร์ ไซเดอร์ ไวน์ (M024)	18	ไม่มีการประมวลผลข้อมูล
การทำใบอนุญาตขับรถจักรยานยนต์ขนาดเล็ก (M027)	15	ภารกิจของรัฐ
การขอความช่วยเหลือทางกฎหมาย (M032)	ไม่มีกำหนด	ภารกิจของรัฐ

[13] คำว่า “ไม่มีกำหนด” ในตารางที่ 1 หมายความถึง กฎหมายไม่ได้มีการกำหนดอายุของผู้เยาว์ที่สามารถทำกิจกรรมนั้น

รายชื่อกิจกรรม	อายุ (ปี)	ฐานการประมวลผลข้อมูล
การให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล (M035)	ไม่มีกำหนด	สัญญา, ภารกิจของรัฐ, หน้าที่ตามกฎหมาย
การเปิดบัญชีออมทรัพย์ส่วนบุคคลแบบปลอดภาษี (M038)	ไม่มีกำหนด	สัญญา, หน้าที่ตามกฎหมาย
การให้ความยินยอมเกี่ยวกับกิจกรรมทางเพศ (M041)	15	ไม่มีการประมวลผลข้อมูล
การบริจาคโลหิต (M046)	18	ภารกิจของรัฐ
การสิ้นสุดการอยู่ในความดูแลของหน่วยงานท้องถิ่น (M047)	18	ไม่มีการประมวลผลข้อมูล
การทำใบอนุญาตขับรถยนต์ (M048)	18	ภารกิจของรัฐ
การทำใบอนุญาตขับรถบรรทุกสินค้าขนาดเล็ก (M049)	18	ภารกิจของรัฐ
การทำใบอนุญาตขับรถแทรกเตอร์ (M050)	18	ภารกิจของรัฐ
การเป็นทหารเรือ (M051)	18	ภารกิจของรัฐ
การสมัครเป็นเจ้าหน้าที่หน่วยดับเพลิง (M052)	18	ภารกิจของรัฐ
การเป็นทหารอากาศ (M053)	18	ภารกิจของรัฐ
การเป็นทหารบก (M054)	18	ภารกิจของรัฐ
การมีสิทธิรักษาทันตกรรมฟรี (M056)	แรกเกิด	ไม่มีการประมวลผลข้อมูล
การบริจาคอวัยวะ (M057)	ไม่มีกำหนด	ภารกิจของรัฐ
การจำนำสิ่งของที่โรงรับจำนำ (M063)	15	หน้าที่ตามกฎหมาย
การทำใบอนุญาตขับรถขนส่งสินค้าขนาดกลาง (M064)	18	ภารกิจของรัฐ
การชมภาพยนตร์ เรต 18 ในโรงภาพยนตร์ (M065)	18	ไม่มีการประมวลผลข้อมูล
การเช่าภาพยนตร์ เรต 18 (M066)	18	สัญญา

รายชื่อกิจกรรม	อายุ (ปี)	ฐานการประมวลผลข้อมูล
การซื้อภาพยนตร์ เรต 18 (M066)	18	ไม่มีการประมวลผลข้อมูล
การเป็นเจ้าหน้าที่หน่วยดับเพลิง (M067)	18	ภารกิจของรัฐ
การซื้อดอกไม้เพลิง (M068)	14	ไม่มีการประมวลผลข้อมูล
การถูกพิจารณาคดีอาญาในศาลผู้ใหญ่ (M072)	18	ภารกิจของรัฐ
การทำพินัยกรรม (M074)	15	ไม่มีการประมวลผลข้อมูล
การเป็นตำรวจ (M078)	18	ภารกิจของรัฐ
การลงคะแนนเสียงในการเลือกตั้งทั่วไป (M079)	18	ภารกิจของรัฐ
การลงคะแนนเสียงในการเลือกตั้งท้องถิ่น (M080)	18	ภารกิจของรัฐ
การทำใบอนุญาตขับรถโดยสารขนาดใหญ่ (M089)	18	ภารกิจของรัฐ
การทำใบอนุญาตขับรถบรรทุกขนาดใหญ่ (M090)	18	ภารกิจของรัฐ
การเข้าทำสัญญาเพื่อสิ่งจำเป็น (M095)	ไม่มีกำหนด	สัญญา
การร้องเรียนกรณีถูกเลือกปฏิบัติ (M096)	ไม่มีกำหนด	ภารกิจของรัฐ
การชมภาพยนตร์ เรต U ในโรงภาพยนตร์ (M097)	ไม่มีกำหนด	ไม่มีการประมวลผลข้อมูล
การเช่าภาพยนตร์ เรต U (M098)	ไม่มีกำหนด	สัญญา
การซื้อภาพยนตร์ เรต U (M098)	ไม่มีกำหนด	ไม่มีการประมวลผลข้อมูล
การขอบันทึกข้อมูลสุขภาพ (M101)	ไม่มีกำหนด	ภารกิจของรัฐ, หน้าที่ตามกฎหมาย, ความยินยอม
การขอบันทึกข้อมูลการศึกษา (M102)	ไม่มีกำหนด	ภารกิจของรัฐ, หน้าที่ตามกฎหมาย, ความยินยอม
การขอข้อมูลที่อยู่ในความครอบครองของเจ้าพนักงานท้องที่ (M103)	ไม่มีกำหนด	ภารกิจของรัฐ, ความยินยอม

รายชื่อกิจกรรม	อายุ (ปี)	ฐานการประมวลผลข้อมูล
การเป็นพยานในคดีอาญา (M104)	ไม่มีกำหนด	ภารกิจของรัฐ
การเป็นพยานในคดีแพ่ง (M105)	ไม่มีกำหนด	ภารกิจของรัฐ
การถูกฟ้องเป็นจำเลย (M107)	ไม่มีกำหนด	ภารกิจของรัฐ
การเปิดบัญชีธนาคาร (M109)	ไม่มีกำหนด	สัญญา, ภารกิจของรัฐ, หน้าที่ตามกฎหมาย
การเลือกศาสนา (M110)	ไม่มีกำหนด	ไม่มีการประมวลผลข้อมูล
การฟ้องคดีต่อศาลขอให้บิดารับผู้เยาว์เป็นบุตร (M115)	15	ภารกิจของรัฐ
การให้ความยินยอมต่อการจดทะเบียนรับรองบุตรของบิดา (M116)	ไม่มีกำหนด	ภารกิจของรัฐ
การเพิกถอนการสมรส กรณีสำคัญผิดตัว ถูกกลฉ้อฉล หรือถูกข่มขู่ (M117)	ไม่มีกำหนด	ภารกิจของรัฐ
การให้บุคคลอื่นนำที่ดินไปจัดหาผลประโยชน์ (M118)	ไม่มีกำหนด	สัญญา
การร้องทุกข์ (M119)	ไม่มีกำหนด	ภารกิจของรัฐ
การฟ้องร้องบุพการีต่อศาล (M120)	ไม่มีกำหนด	ภารกิจของรัฐ
การเป็นผู้รับมอบอำนาจ (M121)	ไม่มีกำหนด	สัญญา

ที่มา: รวบรวมโดยผู้เขียน

(2) กิจกรรมที่ผู้เยาว์ไม่สามารถทำได้โดยลำพัง เป็นกิจกรรมที่ผู้เยาว์ต้องได้รับความยินยอมของผู้ปกครอง ศาล หรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง (แล้วแต่กรณี) ก่อนทำกิจกรรมนั้น

ตารางที่ 2 กิจกรรมที่ผู้เยาว์ไม่สามารถทำได้โดยลำพัง

รายชื่อกิจกรรม	อายุ (ปี)	ฐานการประมวลผลข้อมูล
การได้รับศึกษาภาคบังคับ (M001)	7-16	ภารกิจของรัฐ, หน้าที่ตามกฎหมาย
การลงชื่อในแบบฟอร์มขอหนังสือเดินทาง (M007)	15	ภารกิจของรัฐ
การทำงานไม่เต็มเวลา (M009)	15	สัญญา
การทำงานเต็มเวลา (M029)	15	สัญญา
การสมรส (คู่สมรสต่างเพศ) (M033)	17	ภารกิจของรัฐ
การซื้อพันธบัตรออมทรัพย์พิเศษ (M037)	15	ภารกิจของรัฐ
การขอหนังสือเดินทาง (M043)	ไม่มีกำหนด[14]	ภารกิจของรัฐ
การถูกรับเป็นบุตรบุญธรรม (M055)	ไม่มีกำหนด	ภารกิจของรัฐ
การเข้าทำสัญญา (M061)	ไม่มีกำหนด	สัญญา
การเป็นโจทก์ฟ้องคดี (M106)	ไม่มีกำหนด	ภารกิจของรัฐ

ที่มา: รวบรวมโดยผู้เขียน

(3) กิจกรรมที่ผู้เยาว์ไม่สามารถทำได้ เป็นกิจกรรมที่ผู้บรรลุนิติภาวะ หรือผู้ที่มีอายุ 20 ปีบริบูรณ์ หรือผู้บรรลุนิติภาวะที่มีอายุถึงเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดแล้วเท่านั้นจึงจะสามารถทำได้ ผู้เยาว์จึงไม่สามารถทำกิจกรรมกลุ่มนี้ได้ ไม่ว่าจะได้รับความยินยอมของผู้ปกครอง ศาล หรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง (แล้วแต่กรณี) หรือไม่ก็ตาม เช่น การเข้าผับ/บาร์ (M023) การทำหน้าที่ผู้จัดการมรดก (M062) การเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (M081) การรับบุตรบุญธรรม (M088)

(4) กิจกรรมที่กฎหมายไทยไม่ได้กำหนดความสามารถของผู้เยาว์ เป็นกิจกรรมที่กฎหมายไทยไม่ได้กำหนดเกี่ยวกับความสามารถหรืออายุของผู้เยาว์ที่สามารถทำกิจกรรมนั้นไว้ ดังนั้น การพิจารณาความสามารถของผู้เยาว์ในการทำกิจกรรมดังกล่าวจึงต้องนำมาตรา 21 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาพิจารณาและปรับใช้ ซึ่งโดยหลักแล้วผู้เยาว์จะไม่สามารถทำกิจกรรมในกลุ่มนี้ได้ หากไม่ได้รับ

[14] คำว่า “ไม่มีกำหนด” ในตารางที่ 2 หมายความถึง กฎหมายไม่ได้มีการกำหนดอายุของผู้เยาว์ที่สามารถทำกิจกรรมนั้น

ความยินยอมจากผู้ปกครองก่อน เว้นแต่กิจกรรมนั้นเป็นนิติกรรมที่ผู้เยาว์สามารถทำได้โดยลำพัง[15] ตามมาตรา 22 มาตรา 23 หรือมาตรา 24 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ตารางที่ 3 กิจกรรมที่กฎหมายไม่ได้กำหนดความสามารถของผู้เยาว์

รายชื่อกิจกรรม	อายุ (ปี)	ฐานการประมวลผลข้อมูล
การซื้อสีสเปรย์ (M022)	ไม่มีกำหนด[16]	ไม่มีการประมวลผลข้อมูล
การซื้อยาคุมกำเนิดฉุกเฉิน (M036)	ไม่มีกำหนด	ไม่มีการประมวลผลข้อมูล
การซื้อสัตว์เลี้ยง (M039)	ไม่มีกำหนด	สัญญา
การจ่ายหนี้เงินกู้ (M075)	ไม่มีกำหนด	ไม่มีการประมวลผลข้อมูล
การเจาะร่างกาย (M094)	ไม่มีกำหนด	ไม่มีการประมวลผลข้อมูล
การซ้อนท้ายรถจักรยานยนต์ (M112)	ไม่มีกำหนด	ไม่มีการประมวลผลข้อมูล
การเช่าเกม (M113)	ไม่มีกำหนด	สัญญา
การซื้อเกม (M113)	ไม่มีกำหนด	ไม่มีการประมวลผลข้อมูล

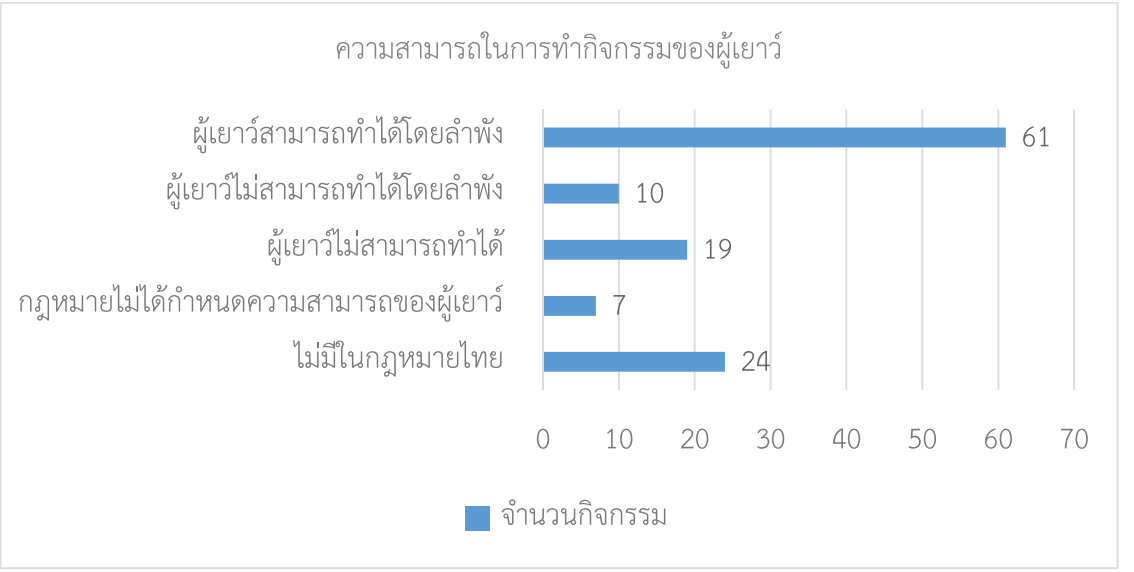
ที่มา: รวบรวมโดยผู้เขียน

(5) กิจกรรมที่ไม่มีในกฎหมายของประเทศไทย เป็นกิจกรรมที่ไม่มีกฎหมายไทยกำหนดไว้ หรือไม่สามารถทำได้ตามกฎหมายไทย เช่น การเข้ากาสิโน (M069) การทำงานในกาสิโน (M070) การขอใบรับรองการเปลี่ยนเพศ (M071) การเป็นลูกขุน (juror) (M073) ซึ่งโดยสภาพแล้วผู้เยาว์ไม่สามารถทำกิจกรรมดังกล่าวได้เลย

[15] เนื่องจากมาตรา 22 มาตรา 23 และมาตรา 24 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ยังมีประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณา ซึ่งผู้เขียนจะกล่าวต่อไปในหัวข้อ 3.2 นอกจากนี้ ความสามารถของผู้เยาว์ในการทำกิจกรรมกลุ่มนี้อาจต้องมีการพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นรายกรณี จึงจะสามารถระบุได้ว่าผู้เยาว์สามารถทำได้โดยลำพังหรือไม่ เช่น การพิจารณากรณีตามมาตรา 24 ซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตการศึกษาของบทความฉบับนี้

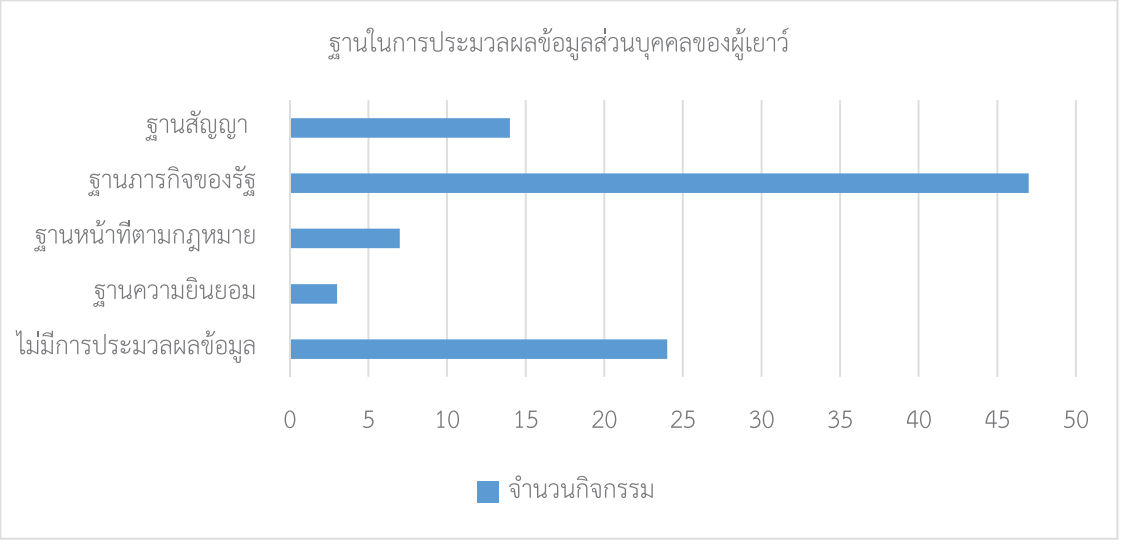
[16] คำว่า “ไม่มีกำหนด” ในตารางที่ 3 หมายความถึง กฎหมายไม่ได้มีการกำหนดอายุของผู้เยาว์ที่สามารถทำกิจกรรมนั้น

แผนภาพที่ 1 จำนวนกิจกรรมแบ่งกลุ่มตามความสามารถในการทำกิจกรรมของผู้เยาว์



ที่มา: รวบรวมโดยผู้เขียน

แผนภาพที่ 2 จำนวนกิจกรรมแบ่งกลุ่มตามฐานในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของผู้เยาว์[17]



ที่มา: รวบรวมโดยผู้เขียน

[17] จำนวนของกิจกรรมซึ่งแบ่งกลุ่มตามฐานการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของผู้เยาว์ อาจไม่เท่ากันกับจำนวนของกิจกรรมซึ่งแบ่งกลุ่มตามความสามารถของผู้เยาว์ เนื่องจากแต่ละกิจกรรมอาจอาศัยฐานในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลได้มากกว่าหนึ่งฐาน

3. การให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของผู้เยาว์

3.1 กิจกรรมที่ผู้เยาว์สามารถให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลได้โดยลำพัง

กิจกรรมที่ผู้เยาว์สามารถให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลได้โดยลำพัง ได้แก่ การขอบันทึกข้อมูลสุขภาพ (M101) การขอบันทึกข้อมูลการศึกษา (M102) และการขอข้อมูลที่อยู่ในความครอบครองของเจ้าพนักงานท้องที่ (M103) โดยกิจกรรมดังกล่าวเป็นการใช้สิทธิเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคล (right of access) ผู้ที่เป็นเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลมีสิทธิขอเข้าถึงและขอรับสำเนาข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวกับตนเองซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลได้ โดยกิจกรรมดังกล่าวไม่ได้มีการกำหนดอายุขั้นต่ำของผู้เยาว์ที่สามารถใช้สิทธิข้างต้นของตนได้

อย่างไรก็ดี ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจะสามารถปฏิเสธตามคำขอของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้เฉพาะกรณีที่เป็นการปฏิบัติตามกฎหมายหรือคำสั่งศาล หรือเป็นกรณีที่การเข้าถึงหรือขอรับสำเนาข้อมูลส่วนบุคคลนั้นจะส่งผลกระทบที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นเท่านั้น[18]

สำหรับกิจกรรมที่ผู้เยาว์สามารถให้ความยินยอมได้โดยลำพังในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลจากกิจกรรมการขอบันทึกข้อมูลสุขภาพ (M101) การขอบันทึกข้อมูลการศึกษา (M102) และการขอข้อมูลที่อยู่ในความครอบครองของเจ้าพนักงานท้องที่ (M103) นั้น จะเป็นกรณีที่ผู้เยาว์ให้ความยินยอม (consent) แก่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลที่เป็นหน่วยงานของรัฐในการอนุญาตให้ผู้ปกครองสามารถเข้าถึงหรือขอสำเนาข้อมูลส่วนบุคคลแทนผู้เยาว์ได้ กล่าวคือ เมื่อผู้ปกครองขอเข้าถึงหรือขอสำเนาข้อมูลส่วนบุคคลแทนผู้เยาว์ที่มีอายุตั้งแต่ 15 ปี[19] ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลที่เป็นหน่วยงานของรัฐต้องได้รับความยินยอมของผู้เยาว์ก่อน จึงจะสามารถดำเนินการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของผู้เยาว์ต่อผู้ปกครองได้

ทั้งนี้ แม้ว่าตามมาตรฐานของพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 จะกำหนดให้ผู้เยาว์ที่มีอายุตั้งแต่ 15 ปี ต้องให้ความยินยอมแก่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลที่เป็นหน่วยงานของรัฐก็ตาม แต่โดยปกติแล้วผู้ปกครองมีหน้าที่ปกป้องและคุ้มครองผู้เยาว์ ซึ่งสอดคล้องกับหลักการในมาตรา 21 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่บัญญัติให้การทำนิติกรรมใด ๆ ของผู้เยาว์ ต้องได้รับความยินยอมของผู้ปกครองก่อน เว้นแต่กิจกรรมนั้นเป็นนิติกรรมที่ผู้เยาว์สามารถทำได้โดยลำพัง ตามมาตรา 22 มาตรา 23 หรือมาตรา 24 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น สำหรับการเข้าถึงหรือขอสำเนาข้อมูลส่วนบุคคลแทนผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปี หรือกรณีที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลไม่ใช่หน่วยงานของรัฐ[20]

---

[18] มาตรา 30 พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

[19] มาตรา 25 พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540
ข้อ 1 กฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ.2541) ออกตามความในพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540

[20] กรณีการขอบันทึกข้อมูลสุขภาพ (M101) และการขอบันทึกข้อมูลการศึกษา (M102)

ผู้ปกครองของผู้เยาว์ย่อมที่จะสามารถดำเนินการดังกล่าวได้ โดยไม่ต้องขอความยินยอมของผู้เยาว์ก่อน[21]

3.2 ความสามารถของผู้เยาว์ในการให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล

มาตรา 20 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ได้นำข้อยกเว้นเรื่องความสามารถในการทำนิติกรรมของผู้เยาว์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 22 มาตรา 23 และมาตรา 24 มาใช้เป็นหลักในการพิจารณากิจกรรมที่ผู้เยาว์อายุตั้งแต่ 10 ปี สามารถให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล โดยไม่ต้องขอความยินยอมจากผู้ปกครองของผู้เยาว์

ทั้งนี้ จากการที่ผู้เขียนได้ทำการสืบค้นคำพิพากษาของศาลฎีกาเกี่ยวกับกิจกรรมดังกล่าว พบว่าในประเทศไทยยังไม่มีคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ตัดสินเกี่ยวกับประเด็นความสามารถของผู้เยาว์ในการให้ความยินยอมแก่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล รวมถึงการตีความและการปรับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 22 มาตรา 23 และมาตรา 24 ซึ่งเป็นนิติกรรมที่ผู้เยาว์สามารถทำได้เองโดยลำพังนั้น ยังคงมีประเด็นปัญหาที่มีการถกเถียงกัน และคำพิพากษาศาลฎีกาของประเทศไทยที่วินิจฉัยเกี่ยวกับนิติกรรมดังกล่าวมีจำนวนน้อยมาก (สามารถดูรายละเอียดเพิ่มเติมได้ในข้อ 2.1.1) ส่งผลให้ไม่มีคำอธิบายเกี่ยวกับแนวทางการปรับใช้และตีความบทบัญญัติดังกล่าวที่จะสามารถนำมาใช้เป็นบรรทัดฐานในการอ้างอิงได้ โดยสามารถแบ่งประเด็นปัญหาออกเป็น 4 ประเด็น ดังนี้

(1) ปัญหาเกี่ยวกับกิจกรรมที่ผู้เยาว์ได้สิทธิหรือหลุดพ้นจากหน้าที่ หรือเป็นประโยชน์แก่ผู้เยาว์ฝ่ายเดียว[22]

นอกจากที่ผู้เขียนไม่พบคำพิพากษาของศาลฎีกาเกี่ยวกับกิจกรรมประเภทนี้แล้ว ยังมีประเด็นปัญหาที่น่าสนใจเกี่ยวกับนิติกรรมที่ผู้เยาว์ได้ประโยชน์ทางเศรษฐกิจ แต่ต้องชำระหนี้ตอบแทน ว่าจะถือเป็นนิติกรรมตามมาตรา 22 นี้หรือไม่ เช่น ในกรณีการรับที่ดินซึ่งก่อให้เกิดภาระทางภาษีตามมา หรือที่ดินซึ่งติดภาระจำยอมหรือติดจำนองอันอาจถูกบังคับขายทอดตลาดได้ จะถือว่าเป็นการได้มาซึ่งสิทธิหรือจะถือเป็นภาระ ซึ่งยังคงเป็นประเด็นที่ถกเถียงกัน[23]

(2) ปัญหาเกี่ยวกับนิติกรรมที่ผู้เยาว์ต้องทำเองเฉพาะตัว[24]

จากการศึกษาคำพิพากษาของศาลฎีกา มีข้อสังเกตประการหนึ่งว่า นิติกรรมที่ผู้เยาว์ต้องทำเองเฉพาะตัวนั้นเป็นนิติกรรมที่เป็นการใช้สิทธิตามกฎหมาย กล่าวคือ เป็นกรณีที่มีกฎหมายกำหนดไว้อยู่แล้ว

---

[21] มาตรา 8, 9 คำประกาศสิทธิและข้อพึงปฏิบัติของผู้ป่วย พ.ศ. 2558 - กรณีการขอบันทึกข้อมูลสุขภาพ (M101) ผู้ปกครองอาจดำเนินการแทนผู้เยาว์ที่มีอายุไม่เกิน 18 ปีบริบูรณ์ได้

[22] มาตรา 22 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

[23] กิตติศักดิ์ ปรกติ, **คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป ว่าด้วยบุคคลธรรมดา**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2550), หน้า 57-58.

[24] มาตรา 23 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ว่า ผู้เยาว์ต้องเป็นผู้ให้ความยินยอมด้วยตนเองเท่านั้น ซึ่งในการประมวลข้อมูลส่วนบุคคลของผู้เยาว์นั้น ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลอาจอาศัยฐานตามกฎหมายอื่นในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของผู้เยาว์ เช่น ฐานภารกิจของรัฐ มิใช่การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลตามฐานความยินยอม

(3) ปัญหาเกี่ยวกับกิจกรรมที่เป็นเรื่องสมแก่ฐานะและความจำเป็นในการดำรงชีวิตของผู้เยาว์[25]

ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับนิติกรรมตามมาตรา 24 ของประมวลกฎหมายและพาณิชย์ ได้แก่ ปัญหาการตีความคำว่า “สมแก่ฐานานุรูปแห่งตน” ว่าจะต้องพิจารณาฐานะของบุคคลใด ระหว่างฐานะที่แท้จริงของผู้เยาว์เพียงบุคคลเดียวเท่านั้น หรือควรรวมถึงฐานะของบุคคลผู้ปกครองของผู้เยาว์ด้วย และสำหรับคำว่า “เป็นการอันจำเป็นในการดำรงชีพตามสมควร” ควรมีความหมายเช่นไร จะต้องพิจารณาถึงความจำเป็นในการดำรงชีพเมื่อไหร่ มีขอบเขตเพียงใด และการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับเทคโนโลยี ถือเป็นกรณีที่จำเป็นในการดำรงชีพตามสมควรด้วยหรือไม่[26] ในสภาพสังคมปัจจุบัน

โดยการที่จะพิจารณาว่ากิจกรรมใดเป็นนิติกรรมที่สมแก่ฐานานุรูปแห่งตน ต้องพิจารณาว่าเป็นนิติกรรมที่สมแก่ฐานะทางการเงินและฐานะทางสังคมของผู้เยาว์หรือไม่ ซึ่งจะต้องเป็นการพิจารณาเป็นรายกรณี ๆ ไป และการอันจำเป็นในการดำรงชีพ ซึ่งอาจหมายถึงการกระทำใด ๆ ที่ปกติผู้เยาว์จำเป็นต้องทำ โดยพิจารณาจากฐานะของผู้เยาว์แต่ละบุคคล และพิจารณาตามเหตุการณ์เป็นกรณี ๆ ไป เช่นเดียวกัน โดยคำนึงถึงปริมาณและราคาที่สมเหตุสมผลด้วย[27] ซึ่งอาจทำให้เกิดความไม่แน่นอน และไม่สามารถนำมาเป็นมาตรฐานที่จะปรับใช้กับผู้เยาว์ทุกรายได้ และมีข้อสังเกตอีกประการหนึ่งว่า หากนิติกรรมนั้นเป็นนิติกรรมที่เกี่ยวกับการพักผ่อนหย่อนใจ เช่น การดูหนัง ดูละคร คอนเสิร์ต หรือเล่นเกม ถือเป็นความฟุ่มเฟือยหรือไม่[28] หรือยังอยู่ในขอบเขตของการอันจำเป็นในการดำรงชีพตามสมควรและสมแก่ฐานานุรูปแห่งตน

(4) ปัญหาเกี่ยวกับกิจกรรมที่ไม่มีฐานะเป็นนิติกรรม

สำหรับกิจกรรมที่ไม่มีฐานะเป็นนิติกรรมซึ่งโดยปกติผู้เยาว์สามารถทำได้โดยลำพังนั้น ย่อมมีประเด็นปัญหาที่ว่า ผู้เยาว์ยังสามารถให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลได้ด้วยตนเองหรือไม่ เนื่องจากมาตรา 20 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 กำหนดข้อยกเว้นให้เฉพาะกิจกรรมตามมาตรา 22 มาตรา 23 และมาตรา 24 เท่านั้น ซึ่งจะส่งผลให้ผู้เยาว์ไม่สามารถให้

---

[25] มาตรา 24 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

[26] มนมาศ สุมโนทยาน. **นิติกรรมที่สมแก่ฐานานุรูปแห่งตนและจำเป็นในการดำรงชีพตามสมควรของผู้เยาว์.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559 ;

[27] Ibid.

[28] ศศิวิมล เสมอใจ, “ปัญหาเกี่ยวกับการจำกัดความสามารถของผู้เยาว์ในการทำนิติกรรมสัญญา,” **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร,** (ก.ค. - ธ.ค. 2563), หน้า 162.

ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลเกี่ยวกับกิจกรรมที่ไม่มีฐานะเป็นนิติกรรมได้ จนกว่าผู้เยาว์จะบรรลุนิติภาวะ

ดังนั้น เมื่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 22 มาตรา 23 และมาตรา 24 ยังมีประเด็นปัญหาในแง่ของการปรับใช้และตีความดังกล่าวมาข้างต้น ย่อมส่งผลต่อการพิจารณาว่ากิจกรรมใดบ้างที่ผู้เยาว์อายุตั้งแต่ 10 ปี สามารถให้ความยินยอมในการประมวลข้อมูลส่วนบุคคลได้โดยลำพัง

ทั้งนี้ เมื่อได้ศึกษากฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศอังกฤษ และประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของผู้เยาว์ที่ทำกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับอินเทอร์เน็ตหรือกิจกรรมทางออนไลน์โดยเฉพาะ โดยแต่ละประเทศใช้เกณฑ์อายุของผู้เยาว์เป็นหลักในการพิจารณาความสามารถของผู้เยาว์ว่าสามารถให้ความยินยอมแก่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของตนได้ ดังนี้

ประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดให้ผู้ให้บริการออนไลน์หรือเว็บไซต์ต้องได้รับความยินยอมที่ตรวจสอบได้ (verifiable parental consent) จากผู้ปกครองของผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่า 13 ปี[29] ทั้งนี้ กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของประเทศสหรัฐอเมริกามีการกำหนดข้อยกเว้นสำหรับกรณีที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลไม่ต้องขอความยินยอมจากผู้ปกครองของผู้เยาว์ไว้ด้วยเช่นกัน ซึ่งข้อมูลที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจะสามารถเก็บรวบรวมได้จะเป็นไปอย่างจำกัดตามที่กฎหมายกำหนด และไม่สามารถเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวต่อบุคคลที่สามได้ ตลอดจนต้องมีการแจ้งเตือนข้อมูลสำคัญให้ผู้ปกครองของผู้เยาว์ทราบอย่างชัดแจ้ง

โดยมีข้อสังเกตว่า แม้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีการกำหนดข้อยกเว้นสำหรับกรณีที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลไม่ต้องขอความยินยอมจากผู้ปกครองของผู้เยาว์ไว้ด้วยเช่นกัน แต่ก็ได้มีการระบุกิจกรรมและวัตถุประสงค์ที่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องขอความยินยอมจากผู้ปกครองไว้อย่างชัดเจน

ในส่วนของสหภาพยุโรปได้กำหนดให้ผู้ให้บริการประเภท Information Society Services ที่มุ่งให้บริการแก่ผู้เยาว์โดยตรง เช่น บริการเกมออนไลน์ การขายสินค้าออนไลน์ ที่ใช้ความยินยอมเป็นฐานในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของผู้เยาว์ ต้องได้รับความยินยอมที่ตรวจสอบได้ (verifiable parental consent) จากผู้ปกครองของผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่า 13-16 ปี (ขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในของรัฐสมาชิก)[30] ซึ่งประเทศอังกฤษได้กำหนดเงื่อนไขการให้ความยินยอมของผู้เยาว์ไว้เช่นเดียวกับสหภาพยุโรป เพียงแต่กำหนดอายุของผู้เยาว์ที่สามารถให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลได้โดยลำพังไว้ที่ 13 ปี[31]

---

[29] Section 312.2 of 16 CFR Part 312 - Children's Online Privacy Protection Act 1998

[30] Article 8 of Regulation (EU) 2016/679 (General Data Protection Regulation)

[31] Section 9 of Data Protection Act 2018

ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนได้กำหนดให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องแจ้งให้ผู้ปกครองของผู้เยาว์ทราบอย่างชัดเจน และต้องได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองของผู้เยาว์ในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี[32]

สำหรับประเทศญี่ปุ่น แม้ว่ากฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลจะไม่ใช่กฎหมายที่คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของผู้เยาว์ที่ทำกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับอินเทอร์เน็ตหรือกิจกรรมทางออนไลน์โดยเฉพาะ แต่ก็ได้ใช้กำหนดอายุของผู้เยาว์เพียงอย่างเดียวในการพิจารณาความสามารถของผู้เยาว์ในการให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลเพียงปัจจัยเดียวเช่นกัน โดยกำหนดให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลที่จำเป็นต้องประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของผู้เยาว์ที่มีอายุ 12 ถึง 15 ปี หรือต่ำกว่า ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองของผู้เยาว์[33]

3.3 กำหนดอายุของผู้เยาว์ในการให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล

จากบทบัญญัติในมาตรา 20 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 สามารถแบ่งกรณีเกี่ยวกับกำหนดอายุในการให้ความยินยอมของผู้เยาว์ได้ออกเป็น 2 กรณี ดังนี้

(1) ผู้เยาว์ที่มีอายุไม่เกิน 10 ปี ไม่สามารถให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลได้ ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องขอความยินยอมจากผู้ปกครองของผู้เยาว์ทุกกรณี

(2) ผู้เยาว์ที่มีอายุตั้งแต่ 10 ปี แต่ไม่ถึง 20 ปี หรือมิได้บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส หรือมิได้มีฐานะเสมือนดังบุคคลซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้ว ตามมาตรา 27 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่สามารถให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลได้ ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องขอความยินยอมจากผู้ปกครองของผู้เยาว์ทุกกรณี เว้นแต่กิจกรรมที่ขอความยินยอมนั้นเป็นการใด ๆ ที่ผู้เยาว์สามารถกระทำได้ด้วยตนเองตามมาตรา 22 มาตรา 23 หรือ มาตรา 24 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้เยาว์สามารถให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลได้โดยลำพัง

เมื่อสืบค้นที่มาของกำหนดอายุ 10 ปีของผู้เยาว์[34] พบว่า “อายุ 10 ปีของผู้เยาว์ มีที่มาจากประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งกำหนดให้ผู้ที่กระทำความผิดที่มีอายุตั้งแต่ 10 ปี ถึง 15 ปี จะไม่ต้องรับโทษ[35] และเนื่องจากผู้เยาว์อายุเพียง 10 ปี ยังไม่รู้เรื่องราว กระทั่งการกระทำความผิดอาญาก็ไม่ต้องรับโทษ ดังนั้น ในกรณีเช่นนี้ การขอความยินยอมก็ควรจะต้องขอจากผู้ปกครอง”

---

[32] Article 31 of Provisions on Online Protection of Children’s Personal Information

[33] Baker McKenzie, “Minors,” [Online] Available from : https://resourcehub.bakermckenzie.com/en/resources/data-privacy-security/asia-pacific/japan/topics/minors [5 March 2022]

[34] รายงานการประชุมคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 11) ครั้งที่ 5 (30/2561) 24/2561 วันที่ 6 สิงหาคม 2561

[35] มาตรา 74 ประมวลกฎหมายอาญา

อย่างไรก็ดี ปัจจุบันการมีแก้ไขเกณฑ์อายุของผู้เยาว์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 73 ของประมวลกฎหมายอาญา[36] ซึ่งเป็นที่มาของกำหนดอายุ 10 ปีของผู้เยาว์ ในมาตรา 20 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2565 ด้วยเหตุผลจากการศึกษาทางการแพทย์[37] ที่ว่า เด็กที่มีอายุระหว่าง 7 ปี ถึงไม่เกิน 12 ปี มีพัฒนาการด้านความคิดสติปัญญาและจริยธรรมยังไม่สมบูรณ์ ขาดความรู้สึกผิดชอบชั่วดี และไม่สามารถคาดการณ์ผลที่จะเกิดจากการกระทำของตนได้ อายุขั้นต่ำของผู้เยาว์ที่ต้องเริ่มรับผิดทางอาญาจึงควรมีการแก้ไข จากเดิมที่กำหนดไว้ที่อายุไม่เกิน 10 ปี เป็นอายุไม่เกิน 12 ปี[38]

โดยหากพิจารณาถึงเกณฑ์อายุของผู้ที่จะสามารถให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงเงื่อนไขตามมาตรา 22 มาตรา 23 หรือ มาตรา 24 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น จะเห็นได้ว่าประเทศไทยได้ใช้อายุบรรลุนิติภาวะ หรืออายุ 20 ปี[39] เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาและกำหนดความสามารถของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล[40] จึงเป็นกรณีที่ผู้เยาว์ไม่สามารถให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลได้ด้วยตนเองเลย หากไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองก่อน ซึ่งแม้ว่าการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลและสิทธิความเป็นส่วนตัวของผู้เยาว์จะเป็นเรื่องที่สำคัญและจำเป็น และการขอความยินยอมของผู้ปกครองนั้นเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ในการปกป้องคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวของผู้เยาว์จากความเสี่ยงหรืออันตรายต่าง ๆ ก็ตาม แต่การดำเนินการดังกล่าวย่อมต้องมีการสอดส่องหรือรุกล้ำความเป็นส่วนตัวของผู้เยาว์จากผู้ปกครองในแง่ใดแง่หนึ่งด้วยเช่นกัน ดังนั้น การกำหนดอายุของผู้ที่สามารถให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลไว้ที่ 20 ปี ย่อมส่งผลกระทบต่อการมีส่วนร่วมและการมีอิสระในการตัดสินใจของผู้เยาว์อย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อความต้องการหรือการตัดสินใจของผู้เยาว์ (private autonomy / self-determination) ขัดหรือแย้งกับความต้องการหรือการตัดสินใจของผู้ปกครอง

เมื่อย้อนกลับไปในอดีต สังคมไทยมีแนวคิดว่าผู้เยาว์เป็นทรัพย์สินของบิดามารดา และกฎหมายจารีตประเพณีขาดการกำหนดเงื่อนไขในการใช้อำนาจของบิดามารดาต่อบุตรที่ชัดเจน ทำให้บิดามารดาแสวงหาผลประโยชน์จากผู้เยาว์โดยอาศัยอำนาจปกครอง[41] จนกระทั่งเมื่อประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคี

---

[36] มาตรา 73 ประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย มาตรา 3 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 29) พ.ศ. 2565

[37] ทฤษฎีพัฒนาการทางด้านความคิด (theory of cognitive development) ของฌอง เพียเจท์ (Jean Piaget) นักจิตวิทยาชาวสวิส

[38] บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาประกอบร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... (การกำหนดอายุของเด็กที่เป็นผู้กระทำความผิดทางอาญา) เรื่องเสร็จที่ 485/2550

[39] มาตรา 19 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

[40] มาตรา 20 พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

[41] ภัทริดา สุคุณณี, **“บทวิเคราะห์รัฐธรรมนูญ เรื่อง สิทธิเด็ก เยาวชน และบุคคลในครอบครัว,”** (ม.ป.ป.).

สมาชิกของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child) จึงได้ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิของผู้เยาว์มากขึ้น และส่งผลให้ต้องมีความผูกพันในการปฏิบัติตามพันธกรณีที่เกิดขึ้น โดยอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิเด็กได้กำหนดหลักพื้นฐานสำคัญของเด็ก 4 ประการ ที่ต้องนำมาพิจารณาในการตีความและการดำเนินการตามสิทธิอื่น ๆ ได้แก่ หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (non-discrimination) สิทธิที่จะมีชีวิตและการพัฒนา (right to life survival and development) สิทธิที่จะได้รับการรับฟัง (right to be heard) และการคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็ก (best interest of the child)

โดยหลักการ 4 ประการดังกล่าวข้างต้น ฝังอยู่ในกรอบความคิดเรื่องสิทธิของเด็ก 4 ด้าน ซึ่งควรใช้เป็นหลักในการวิเคราะห์ความยินยอมของผู้เยาว์ เพื่อให้แน่ใจว่าหลักพื้นฐานดังกล่าวสมดุลกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล คือ การมีชีวิตรอด (survival) การได้รับการปกป้องคุ้มครอง (protection) การพัฒนา (development) และการมีส่วนร่วมและการมีอิสระ (participation and emancipation) อันเป็นปัจจัยที่ได้รับการพิจารณาว่าสามารถพัฒนาความสามารถของผู้เยาว์ได้[42]

ดังนั้น การขอความยินยอมของผู้ปกครองอาจมีผลกระทบต่อการพัฒนาตัวตนหรือความสามารถของผู้เยาว์ได้ โดยความเป็นอิสระหรือความต้องการของผู้เยาว์นั้นควรจะต้องมีความสมดุลกับความจำเป็นในการได้รับการป้องกันความเสี่ยงและอันตราย (protection) เพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้เยาว์ด้วย

อย่างไรก็ดี จากการศึกษากฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศอังกฤษ ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน และประเทศญี่ปุ่น พบว่าประเทศส่วนใหญ่พิจารณาและกำหนดอายุของผู้เยาว์ที่สามารถให้ความยินยอมได้ด้วยตนเองบนพื้นฐานของระดับความรู้ความเข้าใจและวุฒิภาวะของผู้เยาว์ โดยทุกประเทศดังกล่าวข้างต้นไม่อิงอายุของผู้เยาว์ที่สามารถให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลกับอายุที่บรรลุนิติภาวะ ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

ประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดอายุบรรลุนิติภาวะของผู้เยาว์ไว้ที่ 18 - 21 ปี[43] (ซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายของแต่ละมลรัฐ) และกำหนดอายุของผู้เยาว์ที่สามารถให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลไว้ที่ 13 ปี[44]

---

[42] Simone Van Der Hof, “I Agree, or Do I: A Rights-Based Analysis of the Law on Children’s Consent in the Digital World,” in **Wisconsin International Law Journal**, 2016), p.10-11.

[43] Legal Information Institute: Cornell Law School, “Legal Age,” [Online] Available from : https://www.law.cornell.edu/wex/legal_age [14 January 2022]

[44] Section 6501(1) of Children’s Online Privacy Protection Act, 15 U.S.C.

สหภาพยุโรปกำหนดอายุบรรลุนิติภาวะของผู้เยาว์ไว้ที่ 16 ปี[45] และกำหนดอายุของผู้เยาว์ที่สามารถให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลไว้ที่ 13-16 ปี[46] (ขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในของรัฐสมาชิก)

ในขณะที่ประเทศอังกฤษ[47] ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน[48] และประเทศญี่ปุ่น[49] กำหนดอายุบรรลุนิติภาวะของผู้เยาว์ไว้ที่ 18 ปี และกำหนดอายุของผู้เยาว์ที่สามารถให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลไว้ที่ 13 ปี[50] 14 ปี[51] และ 12-15 ปี[52] ตามลำดับ

ตารางที่ 4 เปรียบเทียบอายุบรรลุนิติภาวะกับอายุของผู้เยาว์ที่สามารถให้ความยินยอมได้

ประเทศ	อายุบรรลุนิติภาวะ (ปี)	อายุให้ความยินยอม (ปี)
ไทย	20	10[53]
		20
สหรัฐอเมริกา	18-21	13
สหภาพยุโรป	16	13-16
อังกฤษ	18	16
จีน	18	14
ญี่ปุ่น	18	12-15

ที่มา: รวบรวมโดยผู้เขียน

[45] European Union Agency for Fundamental Rights, “Age of Majority,” [Online] Available from : https://fra.europa.eu/en/content/age-majority [14 January 2022]

[46] Recital 38 of Regulation (EU) 2016/679 (General Data Protection Regulation)

[47] Section 1 of Family Law Reform Act 1969

[48] Article 17 of Civil Code of the People’s Republic of China

[49] Ministry of Justice, “The Act Partially Amending the Civil Code (Related to Age of Majority),” [Online] Available from : https://www.moj.go.jp/EN/MINJI/minji07_00218.html#:~:text=On%20June%2013%2C%202018%2C%20a,20%20to%2018%20years%20old [6 March 2022]

[50] Section 9 of Data Protection Act 2018

[51] Article 28 of Personal Information Protection Law of the People’s Republic of China

[52] Baker McKenzie, “Minors,” [Online] Available from : https://resourcehub.bakermckenzie.com/en/resources/data-privacy-security/asia-pacific/japan/topics/minors [5 March 2022]

[5] สำหรับการให้ความยินยอมเพื่อการใด ๆ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 22 มาตรา 23 หรือมาตรา 24 เท่านั้น

3.4 การตรวจสอบความยินยอมของผู้ปกครอง

แม้โดยหลักแล้วการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของผู้เยาว์จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองของผู้เยาว์ แต่พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ก็มิได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขอื่นใดสำหรับการขอความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของผู้เยาว์เป็นการเฉพาะ มีเพียงเงื่อนไขการขอความยินยอมในมาตรา 19 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 เท่านั้น ตลอดจนมิได้มีการกำหนดมาตรฐานในการตรวจสอบความยินยอมของผู้ปกครองของผู้เยาว์ไว้อย่างชัดเจน ซึ่งอาจทำให้เกิดประเด็นปัญหาว่า การตรวจสอบความยินยอมของผู้ปกครองโดยผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลนั้นเป็นไปอย่างมีมาตรฐานที่เหมาะสมหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากการขอความยินยอมนั้นดำเนินการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือแบบไม่พบหน้า (non face-to-face) ซึ่งยากต่อการตรวจสอบการให้ความยินยอมของผู้ปกครอง และอาจเป็นช่องว่างที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลอาศัยประโยชน์ในการประมวลข้อมูลส่วนบุคคลของผู้เยาว์โดยไม่ชอบได้

เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของต่างประเทศ พบว่าสามารถแบ่งได้ออกเป็น 2 กลุ่ม คือ ประเทศที่กำหนดมาตรฐานการตรวจสอบความยินยอมของผู้ปกครองไว้อย่างชัดเจน ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศอังกฤษ และประเทศที่ไม่ได้มีการกำหนดมาตรฐานการตรวจสอบไว้อย่างชัดเจนเช่นเดียวกับประเทศไทย ได้แก่ ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน และประเทศญี่ปุ่น

โดยประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องดำเนินการอย่างสมเหตุสมผล (โดยพิจารณาจากเทคโนโลยีที่มีอยู่) ทั้งยังได้กำหนดตัวอย่างมาตรการหรือวิธีการในการตรวจสอบความยินยอมของผู้ปกครอง เพื่อให้ผู้ควบคุมส่วนบุคคลสามารถนำไปใช้เป็นแนวทางปฏิบัติไว้อย่างชัดเจนอีกด้วย[54] เช่น การให้ผู้ปกครองลงนามในแบบฟอร์มความยินยอมและส่งกลับมาให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลทางโทรสาร ไปรษณีย์ หรือสแกนทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือการให้ผู้ปกครองติดต่อกับบุคลากรที่ผ่านการฝึกอบรมผ่านการประชุมทางวิดีโอ[55]

สำหรับสหภาพยุโรป[56] และประเทศอังกฤษ[57] ได้กำหนดให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องดำเนินการอย่างสมเหตุสมผล (โดยพิจารณาจากเทคโนโลยีที่มีอยู่) ในการตรวจสอบความยินยอมที่ได้รับ

---

[54] Section 312.5 of 16 CFR Part 312 - Children's Online Privacy Protection Act 1998

[55] Federal Trade Commission, "Children's Online Privacy Protection Rule: A Six-Step Compliance Plan for Your Business," [Online] Available from : https://www.ftc.gov/business-guidance/resources/childrens-online-privacy-protection-rule-six-step-compliance-plan-your-business#step4 [14 January 2022]

[56] Article 8 of Regulation (EU) 2016/679 (General Data Protection Regulation)

[57] Section 9 of Data Protection Act 2018

จากผู้ปกครองของผู้เยาว์ โดยประเทศอังกฤษได้กำหนดเพิ่มเติมให้ต้องมีการประเมินผลกระทบการปกป้องข้อมูล (data protection impact assessments) โดยคำนึงถึงกำหนดอายุความสามารถ และความต้องการที่แตกต่างกันของผู้เยาว์อีกด้วย

ในขณะที่ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน แม้จะมีการกำหนดให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลสามารถประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวได้ต่อเมื่อมีมาตรการป้องกันความปลอดภัยของข้อมูลส่วนบุคคลที่เข้มงวด[58] แต่ก็มิได้มีการกำหนดมาตรฐานในการตรวจสอบความยินยอมของผู้ปกครองของผู้เยาว์ไว้อย่างชัดเจน เช่นเดียวกับประเทศญี่ปุ่นที่กำหนดไว้เพียงว่า ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลที่จำเป็นต้องประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของผู้เยาว์ ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองของผู้เยาว์[59] แต่ก็มิได้มีการกำหนดมาตรฐานในการตรวจสอบความยินยอมของผู้ปกครองของผู้เยาว์ไว้อย่างชัดเจนเช่นเดียวกัน

4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลนั้นถือเป็นการคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัว ซึ่งเป็นสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560[60] สิทธิส่วนบุคคลจึงเป็นสิ่งสำคัญที่บุคคลทุกคนควรได้รับความคุ้มครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเด็กหรือผู้เยาว์ซึ่งยังขาดทั้งวัยวุฒิ คุณวุฒิ และประสบการณ์ต่าง ๆ ในการตัดสินใจเกี่ยวกับการให้ความยินยอมในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของตน

จากการศึกษาเกี่ยวกับความสามารถ กำหนดอายุ และฐานในการประมวลข้อมูลส่วนบุคคลของกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับผู้เยาว์ในหัวข้อที่ 2 ผู้เขียนสามารถแบ่งกิจกรรมจากการพิจารณาตามความสามารถของผู้เยาว์ตามกฎหมายไทยโดยใช้เกณฑ์อายุและเงื่อนไขในการทำกิจกรรมที่กฎหมายกำหนดมาเป็นหลักในการพิจารณา ได้ออกเป็น 5 กลุ่ม คือ กิจกรรมที่ผู้เยาว์สามารถทำได้โดยลำพัง กิจกรรมที่ผู้เยาว์ไม่สามารถทำได้โดยลำพัง กิจกรรมที่ผู้เยาว์ไม่สามารถทำได้ กิจกรรมที่กฎหมายไม่ได้กำหนดความสามารถของผู้เยาว์ และกิจกรรมที่ไม่มีในกฎหมายไทย

โดยฐานที่ใช้ในการประมวลผลกิจกรรมที่ผู้เยาว์สามารถทำได้ (ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่ผู้เยาว์สามารถทำได้โดยลำพัง หรือสามารถทำได้เมื่อได้รับความยินยอม) และกิจกรรมที่กฎหมายไม่ได้กำหนดความสามารถของผู้เยาว์ไว้ ได้แก่ ฐานสัญญา ฐานภารกิจของรัฐ ฐานหน้าที่ตามกฎหมาย และฐานความยินยอม โดยมีบางกิจกรรมที่ไม่มีการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของผู้เยาว์

---

[58] Article 28 of Personal Information Protection Law of the People's Republic of China

[59] Baker McKenzie, "Minors," [Online] Available from : https://resourcehub.bakermckenzie.com/en/resources/data-privacy-security/asia-pacific/japan/topics/minors [5 March 2022]

[60] มาตรา 32 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

สำหรับกิจกรรมที่ผู้เยาว์สามารถให้ความยินยอมในการประมวลข้อมูลส่วนบุคคลได้โดยลำพัง มีจำนวน 3 กิจกรรม ได้แก่ การขอบันทึกข้อมูลสุขภาพ (M101) การขอบันทึกข้อมูลการศึกษา (M102) และการขอข้อมูลที่อยู่ในความครอบครองของเจ้าพนักงานท้องที่ (M103) ซึ่งเป็นกรณีการให้ความยินยอม (consent) แก่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลที่เป็นหน่วยงานของรัฐ ในการอนุญาตให้ผู้ปกครองสามารถเข้าถึงหรือขอสำเนาข้อมูลส่วนบุคคลแทนผู้เยาว์

ในส่วนความสามารถของผู้เยาว์ มีเพียงประเทศไทยเท่านั้นที่นำข้อยกเว้นเรื่องความสามารถในการทำนิติกรรมของผู้เยาว์[61] มาใช้เป็นหลักในการพิจารณากิจกรรมที่ผู้เยาว์อายุตั้งแต่ 10 ปี สามารถให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล โดยไม่ต้องขอความยินยอมจากผู้ปกครองของผู้เยาว์ ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงปัญหาของมาตรา 22 มาตรา 23 หรือมาตรา 24 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ไม่ยังไม่มีบรรทัดฐานที่ชัดเจนในการปรับใช้และตีความนิติกรรมที่ผู้เยาว์สามารถทำได้โดยลำพัง ประกอบกับการจำกัดให้ผู้เยาว์ที่มีอายุตั้งแต่ 10 ปี สามารถให้ความยินยอมได้ด้วยตนเองเฉพาะกรณีที่เป็นการใด ๆ ตามมาตรา 22 มาตรา 23 และมาตรา 24 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ย่อมเป็นการกำหนดที่แคบเกินไป ซึ่งส่งผลกระทบต่อความเป็นอิสระและการมีส่วนร่วมในการตัดสินใจของผู้เยาว์ กล่าวคือ หากกิจกรรมที่ผู้เยาว์ต้องให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลนั้นไม่ใช่นิติกรรมมาตรา 22 มาตรา 23 และมาตรา 24 ดังกล่าว ผู้เยาว์จะไม่สามารถให้ความยินยอมได้ด้วยตนเอง จนกว่าผู้เยาว์จะบรรลุนิติภาวะ

สำหรับอายุของผู้เยาว์ เมื่อการศึกษาทางการแพทย์[62] ได้ระบุว่า ผู้เยาว์ที่มีอายุตั้งแต่ 12 ปี ถือว่าเป็นผู้มีที่พัฒนาการด้านสติปัญญาที่สมบูรณ์ และประเทศไทยได้การแก้ไขอายุขั้นต่ำของผู้เยาว์ที่ต้องเริ่มรับผิดทางอาญาเป็นอายุ 12 ปี[63] ซึ่งเป็นที่มาของอายุผู้เยาว์ในมาตรา 20 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ประกอบการคำนึงถึงความสามารถในการทำความเข้าใจอย่างเพียงพอการใช้สติปัญญาในการตัดสินใจเกี่ยวกับการเลือกต่าง ๆ รวมถึงความสามารถในการแสดงออกซึ่งความต้องการของผู้เยาว์นั้น กำหนดอายุของผู้เยาว์ที่สามารถให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลได้โดยลำพัง จึงควรมีการแก้ไขเป็น 12 ปี

อย่างไรก็ดี ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลแต่ละรายควรมีการประเมินผลกระทบการปกป้องข้อมูล (data protection impact assessments) ก่อนดำเนินการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของผู้เยาว์

---

[61] มาตรา 22 มาตรา 23 และมาตรา 24 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

[62] ทฤษฎีพัฒนาการทางด้านความคิด (theory of cognitive development) ของฌอง เพียเจท์ (Jean Piaget) นักจิตวิทยาชาวสวิส

[63] บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาประกอบร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... (การกำหนดอายุของเด็กที่เป็นผู้กระทำความผิดทางอาญา) เรื่องเสร็จที่ 485/2550

เพื่อพิจารณาความเสี่ยงหรือผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของตนว่าส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้เยาว์มากน้อยเพียงใด และกำหนดอายุ 12 ปีนั้น มีความเหมาะสมและได้สัดส่วนกับความเสี่ยงหรือผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับสิทธิและเสรีภาพของผู้เยาว์หรือไม่ ซึ่งหากผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลพิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้เยาว์ที่มีอายุ 12 ปี ยังไม่มีวุฒิภาวะเพียงพอสำหรับการให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อวัตถุประสงค์ที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลร้องขอ ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลควรพิจารณากำหนดอายุของผู้เยาว์สูงขึ้นเพื่อให้เหมาะสมตามระดับความเสี่ยงหรือผลกระทบที่เกิดขึ้นด้วย

แม้กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศอังกฤษ และประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน จะมีวัตถุประสงค์เพื่อมุ่งคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของผู้เยาว์จากการทำกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับอินเทอร์เน็ตหรือกิจกรรมออนไลน์ก็ตาม แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่า กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของประเทศดังกล่าวจะเป็นประโยชน์ต่อการนำมาปรับใช้ พัฒนา และปรับปรุงพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ของประเทศไทยให้ดียิ่งขึ้นต่อไปได้

ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงปัญหาของมาตรา 22 มาตรา 23 และมาตรา 24 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ รวมถึงการแก้ไขกำหนดอายุของผู้เยาว์ในมาตรา 73 ของประมวลกฎหมายอาญาประกอบการคำนึงถึงความสามารถในการทำความเข้าใจอย่างเพียงพอ การใช้สติปัญญาในการตัดสินใจเกี่ยวกับการเลือกต่าง ๆ รวมไปถึงความสามารถในการแสดงออกซึ่งความต้องการของผู้เยาว์แล้วนั้น ผู้เขียนจึงเสนอให้มีการแก้ไขกำหนดอายุของผู้เยาว์ที่สามารถให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลได้โดยลำพัง เป็นอายุ 12 ปี และใช้กำหนดอายุเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาความสามารถของผู้เยาว์เป็นสำคัญ เพื่อให้ผู้เยาว์มีอิสระและมีส่วนร่วมในการตัดสินใจ ตลอดจนมิให้ความเป็นส่วนตัวของผู้เยาว์ถูกละเมิดหรือถูกรุกล้ำจนเกินสมควร ไม่ว่าจะจากบุคคลภายนอกหรือผู้ปกครองของผู้เยาว์เอง

สำหรับการกำหนดมาตรฐานในการตรวจสอบความยินยอมของผู้ปกครองของผู้เยาว์นั้น ควรมีการคำนึงถึงปัจจัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องเป็นสำคัญ เช่น กระบวนการเดิมที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลมีอยู่แล้ว ความสามารถในการจัดหาหรือนำเทคโนโลยีมาใช้ของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล ความสมเหตุสมผลและความได้สัดส่วนกันของวิธีการที่ใช้กับระดับความเสี่ยงหรือผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการประเมินผลกระทบการปกป้องข้อมูล (data protection impact assessments) โดยคำนึงถึงอายุ ความสามารถและความต้องการที่แตกต่างกันของผู้เยาว์ ความยากง่ายในการเข้าถึงของผู้ปกครองของผู้เยาว์ รวมถึงความยืดหยุ่นหรือการเปิดช่องให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลสามารถเลือกใช้วิธีการต่าง ๆ ในการตรวจสอบความยินยอมที่เหมาะสมกับธุรกิจหรือบริการของตนเองได้ เพื่อให้เกิดภาระแก่ทั้งผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลและผู้ปกครองของผู้เยาว์น้อยที่สุด และต้องไม่เป็นการปิดกั้นหรือปิดโอกาสในการทำกิจกรรมของผู้เยาว์อีกด้วย

ทิศทางการเปลี่ยนแปลงสู่ระเบียบภาษีโลกใหม่ในยุคเศรษฐกิจดิจิทัล
The Trajectory of a New World Tax Order in the Digital Economy Era

ธิดาพร ศิริถาพร
Thidaporn Sirithaporn

อาจารย์ประจำ
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330
Full-time Lecturer
Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phyathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330
Corresponding author Email: thidaporn.s@chula.ac.th
(Received February 22, 2023; Revised: February 28, 2023; Accepted: February 28, 2023

บทคัดย่อ

การพัฒนาเทคโนโลยีดิจิทัลในหลายด้านอย่างฉับพลัน (disruptive technology) ทำให้โลกก้าวเข้าสู่ยุคเศรษฐกิจดิจิทัล (digital economy) อย่างเต็มรูปแบบ โดยมีระบบเทคโนโลยีดิจิทัลเป็นแกนหลักที่ขับเคลื่อนระบบเศรษฐกิจ พัฒนาการของระบบเศรษฐกิจดิจิทัลดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจและสังคมอย่างกว้างขวางในหลากหลายมิติ รวมถึงมิติของการจัดเก็บภาษีอากร จึงทำให้เกิดประเด็นว่าหลักการจัดเก็บภาษีอากรที่ใช้อยู่ในปัจจุบันในประเทศต่าง ๆ โดยเฉพาะการจัดเก็บภาษีจากกิจการข้ามชาติ มีลักษณะที่ล้าสมัย และไม่สามารถรองรับสภาพแวดล้อมที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างฉับพลัน (disruptive environment) ในยุคเศรษฐกิจดิจิทัลได้ ดังนั้นในช่วงทศวรรษที่ผ่านมาจึงเกิดกระแสการปฏิรูปหลักการภาษีอากร (tax reform) ขึ้นทั่วโลก เพื่อให้การจัดเก็บภาษีอากรในยุคเศรษฐกิจดิจิทัลเป็นไปอย่างเหมาะสม งานวิจัยนี้จึงมุ่งศึกษาถึงกระแสการปฏิรูปหลักการภาษีอากรดังกล่าวที่ทำให้เกิดการบูรณาการด้านภาษี (tax harmonisation) ทั้งนี้เมื่อศึกษาถึงการเปลี่ยนแปลงด้านภาษีที่เกิดขึ้นทั้งในระดับประเทศ (national level) ระดับภูมิภาค (regional level) และระดับสากล (global level) แล้วพบว่ากระแสการปฏิรูปและการบูรณาการดังกล่าวมีทิศทางการเปลี่ยนแปลงเป็นวิถีสู่ระเบียบภาษีโลกใหม่ (new world tax order) ที่มุ่งสร้างปทัสถานสากลด้านภาษี (global tax norms) มารองรับการจัดเก็บภาษีอากรในยุคเศรษฐกิจดิจิทัลให้เป็นไปอย่างสอดคล้องและเหมาะสม งานวิจัยนี้ได้ทำการวิเคราะห์ทิศทางการเปลี่ยนแปลงดังกล่าว และได้นำเสนอว่าถึงแม้กระแสการปฏิรูปและการบูรณาการด้านภาษีดังกล่าวจะมีวิถีแห่งการเปลี่ยนแปลงไปสู่ระเบียบภาษีโลกใหม่ แต่ก็ยังพัฒนาไป

ไม่ถึงขั้นการกำหนดหลักเกณฑ์ที่บังคับใช้ร่วมกันเป็นหนึ่งเดียวอย่างเป็นเอกรูป (unification) ผ่านองค์กรเหนือรัฐ (supranationalism) ทั้งนี้ทิศทางการเปลี่ยนแปลงในปัจจุบันยังคงอยู่ในลักษณะของความร่วมมือระหว่างรัฐ (intergovernmental approach) ที่มีมาตรการบูรณาการที่เกี่ยวข้องหลายระดับขั้นการบูรณาการ (degree) ทั้งในรูปแบบทวิภาคี (bilateral approach) และรูปแบบพหุภาคี (multilateral approach) โดยดำเนินไปแบบผสมผสานควบคู่กับการใช้มาตรการฝ่ายเดียว (unilateral approach) โดยอาศัยเครื่องมือการบูรณาการทั้งที่อยู่ในรูปแบบ “ไม้แข็ง” ที่มีผลผูกพันตามกฎหมาย (hard law) และในรูปแบบ “ไม้นวม” ที่ไม่ได้มีผลผูกพันทางกฎหมาย (soft law) ทั้งนี้แนวทางการบูรณาการระเบียบภาษีโลกใหม่จะเน้นให้ความสำคัญกับมาตรการแบบพหุภาคี (multilatearl approach) มากกว่ายุคดั้งเดิมอย่างมีนัยสำคัญ นอกจากนี้งานวิจัยนี้ได้นำเสนอว่าทิศทางการเปลี่ยนแปลงสู่ระเบียบภาษีโลกใหม่จากกระแสปฏิรูปและการบูรณาการด้านภาษีดังกล่าวส่งผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญต่อเขตอำนาจรัฐในการจัดเก็บภาษี (tax jurisdiction) รวมถึงอำนาจอธิปไตยของรัฐในการจัดเก็บภาษี (national tax sovereignty) ด้วย ซึ่งอาจก่อให้เกิดทั้งจุดแข็งและจุดอ่อนอันนำไปสู่ปัญหาอุปสรรคและโอกาสที่แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ จึงควรศึกษาวิจัยสืบเนื่องต่อไปในอนาคต

คำสำคัญ: กฎหมายภาษีระหว่างประเทศ, ระเบียบภาษีโลกใหม่, อำนาจอธิปไตยของรัฐในการจัดเก็บภาษี, การกร่อนอำนาจอธิปไตยของรัฐในการจัดเก็บภาษี, เขตอำนาจรัฐในการจัดเก็บภาษี, การบูรณาการด้านภาษี, ปทัสถานสากลด้านภาษี, เศรษฐกิจดิจิทัล, เทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงอย่างฉับพลัน

Abstract

The disruptive development of digital technology (disruptive technology) has driven the world to enter a full-fledged digital economy era with digital technology at its core. The ubiquity of the digital economy will inevitably consequentially affect the economy and society in a myriad of dimensions, including within the domain of taxation. This raises the issue that the current principles of taxation in various countries, especially the collection of taxes from multinational enterprises, are outdated and unable to adequately cope with the disruptive environment within the digital economy era. Thus, over the past decade, there has been a wave of taxation reforms around the world so that tax collection in the digital economy is more aligned and appropriate. This research therefore aims to study the trend of tax reforms as a result of tax harmonisation. Looking

at the changes in taxation at the national, regional, and global levels, it is found that the reform and integration trend has shifted towards a new world tax order which aims to establish global tax norms to support appropriate tax collection in the digital economy era. This research analysed the direction of such changes and contends that although the trend of tax reform and integration is moving towards a new world tax order, it has not yet developed to the unification level where there is a unified set of principles. It remains at the level of intergovernmental cooperation, in both bilateral and multilateral approach, emphasising on the use of both hard and soft laws. However, comparing to the old approach, the new world tax order focuses heavily more on employing multilateral instruments. In addition, this research presents how the shift toward a new world tax order as a result of such tax reform and integration trends has had significant implications for tax jurisdiction as well as national tax sovereignty. This creates both strengths and weaknesses that lead to problems, obstacles and opportunities that differ from country to country.

Keywords: International Tax Law, New World Tax Order, National Tax Sovereignty, Erosion of Tax Sovereignty, Tax Jurisdiction, Tax Harmonisation, Global Tax Norm, Digital Economy, Disruptive Technology

1. บทนำ

ปัจจุบันถือเป็นช่วงเวลาสำคัญในประวัติศาสตร์โลกที่เกิดการพัฒนาเทคโนโลยีดิจิทัลในหลายด้านอย่างฉับพลัน (disruptive technology) โดยเฉพาะเทคโนโลยีสารสนเทศและอินเทอร์เน็ต รวมถึงเทคโนโลยีการสื่อสารและโทรคมนาคม ทำให้โลกก้าวเข้าสู่ยุคเศรษฐกิจดิจิทัล (digital economy) อย่างเต็มรูปแบบ โดยมีระบบเทคโนโลยีดิจิทัลเป็นแกนหลักที่ขับเคลื่อนระบบเศรษฐกิจในโลกยุคปัจจุบัน ทั้งนี้พัฒนาการของระบบเศรษฐกิจดิจิทัลดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจและสังคมอย่างกว้างขวางในหลากหลายมิติ รวมถึงมิติของการจัดเก็บภาษีอากร จึงทำให้เกิดประเด็นว่าหลักการจัดเก็บภาษีอากรที่ใช้อยู่ในปัจจุบันของประเทศต่าง ๆ โดยเฉพาะการจัดเก็บภาษีจากกิจการข้ามชาติ ไม่ว่าจะเป็นการจัดเก็บภาษีทางตรง (direct tax) หรือภาษีทางอ้อม (indirect tax) อาจมีลักษณะที่ล้าสมัย และไม่สามารถรองรับสภาพแวดล้อมที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างฉับพลัน (disruptive environment) ในยุคเศรษฐกิจดิจิทัลได้ ดังนั้นในช่วงทศวรรษที่ผ่านมาจึงเกิดกระแสการปฏิรูปหลักการภาษีอากร (tax reform) ขึ้นทั่วโลก เพื่อให้การจัดเก็บภาษีอากรในยุคเศรษฐกิจดิจิทัลเป็นไปอย่างเหมาะสม

ซึ่งกระแสการปฏิรูปดังกล่าวเกิดขึ้นอย่างกว้างขวาง ทั้งในระดับประเทศ (national level) และระดับภูมิภาค (regional level) รวมทั้งถูกผลักดันขึ้นเป็นวาระหลักในระดับสากล (global level) ด้วยเหตุผลว่าปัญหาดังกล่าวเป็นประเด็นที่ไม่มีประเทศหรือกลุ่มประเทศใดจะสามารถบริหารจัดการแก้ไขได้โดยลำพังเฉพาะตนหรือเฉพาะกลุ่ม ทั้งนี้ กระแสการปฏิรูปหลักการภาษีอากรที่เกิดขึ้นในปัจจุบันถือเป็นส่วนหนึ่งของ การบูรณาการด้านภาษี (tax harmonisation) ที่สำคัญอันนำไปสู่วิถีแห่งการจัดระเบียบ “*ภาษี*” โลกใหม่ (new world “*tax*” order) ซึ่งการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นจากกระแสการปฏิรูปและการบูรณาการดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อเขตอำนาจรัฐในการจัดเก็บภาษี (tax jurisdiction) รวมถึงอำนาจอธิปไตยของรัฐในการจัดเก็บภาษี (national tax sovereignty) ของประเทศต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องอย่างมีนัยสำคัญ ดังนั้นงานวิจัยนี้จึงมุ่งศึกษาวิจัยเกี่ยวกับกระแสการปฏิรูปและการบูรณาการหลักการภาษีอากรดังกล่าวเพื่อวินิจฉัยว่าปัจจุบันทิศทางการเปลี่ยนแปลงสู่ระเบียบภาษีโลกใหม่ในยุคเศรษฐกิจดิจิทัลเป็นอย่างไร และสถานการณ์ดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อเขตอำนาจรัฐในการจัดเก็บภาษี รวมถึงอำนาจอธิปไตยของรัฐในการจัดเก็บภาษีของประเทศต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องอย่างไร

2. วัตถุประสงค์ของงานวิจัย

งานวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์หลัก ดังนี้

(1) เพื่อศึกษาให้ทราบถึงผลกระทบของพัฒนาการของระบบเศรษฐกิจดิจิทัลที่มีต่อการจัดเก็บภาษีอากร อันนำไปสู่กระแสการปฏิรูปและการบูรณาการหลักการภาษีอากรในปัจจุบันที่มุ่งให้การจัดเก็บภาษีอากรในยุคเศรษฐกิจดิจิทัลเป็นไปอย่างเหมาะสม ทั้งในระดับประเทศ ระดับภูมิภาค และระดับสากล

(2) เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ทิศทางการเปลี่ยนแปลงสู่ระเบียบภาษีโลกใหม่ที่เกิดขึ้นจากกระแสการปฏิรูปและการบูรณาการหลักการภาษีอากรตาม (1)

(3) เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ผลกระทบของทิศทางการเปลี่ยนแปลงสู่ระเบียบภาษีโลกใหม่ตาม (2) ต่อเขตอำนาจรัฐในการจัดเก็บภาษี และอำนาจอธิปไตยของรัฐในการจัดเก็บภาษี

(4) เพื่อสามารถนำผลการศึกษาวิจัยไปใช้เป็นพื้นฐานของการศึกษาวิจัยในโครงการวิจัยอื่นสืบเนื่องต่อไปในอนาคตอันจะนำไปสู่การเสนอข้อเสนอแนะเชิงนโยบายต่อจุดยืนและเป้าหมายของประเทศไทยที่เหมาะสมต่อทิศทางการเปลี่ยนแปลงสู่ระเบียบภาษีโลกใหม่ที่เกิดขึ้นในระยะสั้นและระยะกลาง รวมทั้งแนวทางการปรับปรุงกฎหมายและเครื่องมืออื่นที่เกี่ยวข้องเพื่อให้สอดคล้องกับจุดยืนและเป้าหมายดังกล่าว

3. ระเบียบวิธีวิจัย

งานวิจัยมุ่งเน้นศึกษากระแสการปฏิรูป (tax reform) และการบูรณาการด้านภาษี (tax harmonisation) โดยสำรวจ (exploratory) และเปรียบเทียบ (comparative) กรอบการกำกับดูแลด้านภาษี (tax regulatory framework) ในระดับประเทศ (national level) ระดับภูมิภาค (regional level) และระดับสากล (global level) โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรอบการกำกับดูแลด้านภาษีที่เกี่ยวข้องกับการจัดเก็บภาษีจากบริษัทข้ามชาติในยุคเศรษฐกิจดิจิทัล โดยศึกษากรอบนโยบายและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับภาษีเงินได้เป็นหลัก เพื่อประเมินเปรียบเทียบให้ทราบถึงทิศทางการเปลี่ยนแปลงของกระแสการปฏิรูป (tax reform) และการบูรณาการด้านภาษี (tax harmonisation) ในหลากหลายมิติ จึงเป็นการศึกษาเชิงคุณภาพ (qualitative research) ผ่านการศึกษาข้อมูลเอกสาร (documentary research) ทั้งในรูปแบบของข้อมูลปฐมภูมิ (primary data) และข้อมูลทุติยภูมิ (secondary data) ที่เกี่ยวข้อง โดยเริ่มพิจารณาสภาพปัญหาและความท้าทายในการจัดเก็บภาษีที่เกิดขึ้นจากพัฒนาการของเทคโนโลยีดิจิทัลในยุคปัจจุบัน จากนั้นจึงวิเคราะห์กระแสการปฏิรูปและการบูรณาการด้านภาษีเพื่อจัดการกับปัญหาและความท้าทายดังกล่าว โดยนำกรอบการกำกับดูแลด้านภาษีที่เกี่ยวข้องกับการจัดเก็บภาษีจากบริษัทข้ามชาติมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกัน และประเมินผลอย่างครอบคลุม (comprehensive evaluation)[1] แบบผสมผสาน (compound comparative research)[2] ในหลายมิติ โดยมีรูปแบบการวิจัยเชิงเปรียบเทียบแบบผสมผสานในงานวิจัยนี้ตามรายละเอียดที่ปรากฏในแผนภาพ 1 กล่าวคือ เป็นการวิจัยเชิงเปรียบเทียบในมิติต่าง ๆ ดังนี้ (1) การเปรียบเทียบเชิงองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดหลักเกณฑ์หรือปทัสถานสากลด้านภาษี (institutional approach) ทั้งจากตัวอย่างข้อมูลที่เก็บในระดับประเทศ (national) ระดับภูมิภาค (regional) และระดับสากล (global) (2) การเปรียบเทียบเชิงประเภทภาษี (tax policy

---

[1] เนื่องจากความแตกต่างโดยธรรมชาติของแนวคิดด้านภาษีในระบบภาษีของแต่ละประเทศที่แตกต่างกัน ดังนั้นการจะเข้าใจและวิเคราะห์ภาษีอากรได้ดีจึงจำเป็นต้องใช้แนวทางการประเมินผลอย่างครอบคลุมที่สามารถวิเคราะห์ผลของการใช้บังคับกฎหมายทั้งระบบโดยรวมได้ ทั้งนี้ Garbarino มองว่าแนวทางการประเมินผลการวิจัยอย่างครอบคลุม (comprehensive approach) ในการศึกษากฎหมายภาษีอากร จำเป็นต้องศึกษาทั้งองค์ประกอบเชิงโครงสร้างของระบบภาษีทั้งระบบที่เชื่อมโยงกับหลักการกฎหมายหลายกลุ่ม (systemic elements/structures) และกระบวนการหรือพัฒนาการในการออกกฎหมายและบังคับใช้กฎหมายในแต่ละช่วงเวลาที่เกี่ยวข้อง (processes/evolutions) (ดู Carlo Garbarino. (2009). "An Evolutionary Approach to Comparative Taxation: Methods and Agenda for Research," 57 *American Journal of Comparative Law* 677, 681 & 683-685)

[2] การวิจัยเชิงเปรียบเทียบแบบผสมผสาน (compound comparative research) เป็นการวิจัยที่รวบรวมแนวทางการวิจัยเชิงเปรียบเทียบหลายมิติไว้ด้วยกัน ทั้งนี้ Van der Heijden เห็นว่าการวิจัยเชิงเปรียบเทียบแบบผสมผสานมีข้อดีหลายประการ เช่น ทำให้เข้าใจความสัมพันธ์ระหว่างตัวแปรต้นและตัวแปรตามได้ดีขึ้น ไม่ว่าจะอยู่ในสภาพแวดล้องที่คล้ายคลึงกันหรือแตกต่างกัน หรือทำให้เพิ่มโอกาสในการทดสอบตัวแปรตามที่หลากหลายในบริบทต่าง ๆ ส่งผลให้เพิ่มความถูกต้องของการผลการวิจัย (ดู Jeroen van der Heijden, *"Selecting Cases and Inferential Types in Comparative Public Policy Research" in* Engeli, I. and Allison, C.R. (eds), *Comparative Policy Studies.* Research Methods Series. London: Palgrave Macmillan, 2014: 35-56.)

sectoral approach) โดยในงานวิจัยนี้จะศึกษาครอบคลุมเฉพาะภาษีเงินได้ (income tax) จากบริษัทข้ามชาติเท่านั้น (3) การเปรียบเทียบแนวทางการออกนโยบายและเครื่องมือบูรณาการด้านภาษี (tax harmonisation policies and instruments) เพื่อวิเคราะห์ความแตกต่างของระดับขั้นการบูรณาการ (degree) และรูปแบบการบูรณาการ (format) ของแต่ละกรณีศึกษา (4) การเปรียบเทียบทิศทางการออกนโยบายและเครื่องมือบูรณาการด้านภาษีตามมิติที่ (1) (2) และ (3) ข้างต้นในสองช่วงระยะเวลา (temporal approach) คือ ช่วงเวลาตั้งแต่หลังสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 1 ในปี ค.ศ. 1918 จนถึงก่อนเวลาที่เกิดโครงการป้องกันการกัดกร่อนฐานภาษีและการโอนกำไรไปต่างประเทศขององค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (OECD's Base Erosion and Profit Shifting: OECD BEPS) ที่มุ่งกำหนดแผนปฏิบัติการเพื่อแก้ไขสภาพปัญหาเกี่ยวกับการกร่อนฐานภาษีและการโอนกำไรไปต่างประเทศไว้ในปี ค.ศ. 2013[3] และช่วงเวลาหลังจากที่เกิดโครงการ OECD BEPS ดังกล่าวตั้งแต่ปี ค.ศ. 2013 จนถึงปัจจุบัน โดยสำรวจกรอบการกำกับดูแลด้านภาษีที่เกี่ยวข้องกับการจัดเก็บภาษีจากบริษัทข้ามชาติ ทั้งการสำรวจในเชิง ณ จุดหนึ่งจุดใดของเวลา (synchronic) และในเชิงวิวัฒนาการ (dischronic) ระหว่างช่วงสองระยะเวลาที่กำหนดดังกล่าว

การวิจัยเชิงเปรียบเทียบแบบผสมผสาน (Compound Comparative Research)			
Institutional Approach	**Tax Policy Sectoral Approach**	**Tax Harmonisation Policies & Instruments**	**Temporal Approach**
Global Level	*Corporate Income Tax*	*Degree*	*Pre-OECD BEPS*
Regional Level		*Format*	*Post-OECD BEPS*
National Level			
ผลลัพธ์ (Outcome) *ทิศทางการเปลี่ยนแปลงสู่ระเบียบภาษีโลกใหม่*			

แผนภาพ 1. แผนผังงานวิจัยเชิงเปรียบเทียบแบบผสมผสาน (compound comparative research design)

[3] OECD (2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting* แหล่งข้อมูล: <https://doi.org/10.1787/9789264192744-en> สืบค้นเมื่อ 7 พฤศจิกายน 2565.

4. สภาพปัญหา: ความท้าทายของการจัดเก็บภาษีระหว่างประเทศในยุคเศรษฐกิจดิจิทัล

ในโลกยุคปัจจุบันที่กระแสโลกาภิวัตน์ทำให้การเคลื่อนย้ายการค้าและทุนระหว่างประเทศเสรีมากขึ้น รวมทั้งมีการพัฒนาเทคโนโลยีแนวหน้าในหลายด้านอย่างฉับพลัน (disruptive technology)[4] ทำให้โลกก้าวเข้าสู่ยุคเศรษฐกิจดิจิทัล (digital economy) อย่างเต็มรูปแบบ โดยมีเทคโนโลยีดิจิทัลต่าง ๆ เป็นแกนหลักที่ขับเคลื่อนระบบเศรษฐกิจ[5] อาทิ การใช้เทคโนโลยีดิจิทัลเข้ามาช่วยเพื่อเพิ่มผลผลิตหรือสร้างมูลค่าเพิ่มให้กับสินค้าและบริการต่าง ๆ โดยใช้เวลาหรือต้นทุนน้อยลง ไม่ว่าจะเป็นต้นทุนด้านการผลิตหรือด้านการขาย การใช้เครื่องมือติดต่อสื่อสารผ่านเครือข่ายไร้สายความเร็วสูงเพื่อการทำธุรกิจในวงกว้างก็ทำให้เกิดการขยายตัวของการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (e-commerce) การขยายตัวของเครือข่ายการค้าและการลงทุนทั่วโลก รวมถึงการขยายตัวของการจ้างงานและสร้างการจ้างงานรูปแบบใหม่ที่เอื้ออำนวยและส่งเสริมต่อการทำธุรกิจข้ามพรมแดน นอกจากนี้เทคโนโลยีดิจิทัลที่ส่งเสริมการแลกเปลี่ยนข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จำนวนมหาศาลก็ช่วยสนับสนุนการเรียนรู้และเพิ่มทักษะให้แก่ผู้ประกอบการผ่านระบบการเรียนรู้ผ่านระบบเครือข่ายไร้สายอินเทอร์เน็ต (e-learning) ที่ถูกพัฒนามากขึ้น

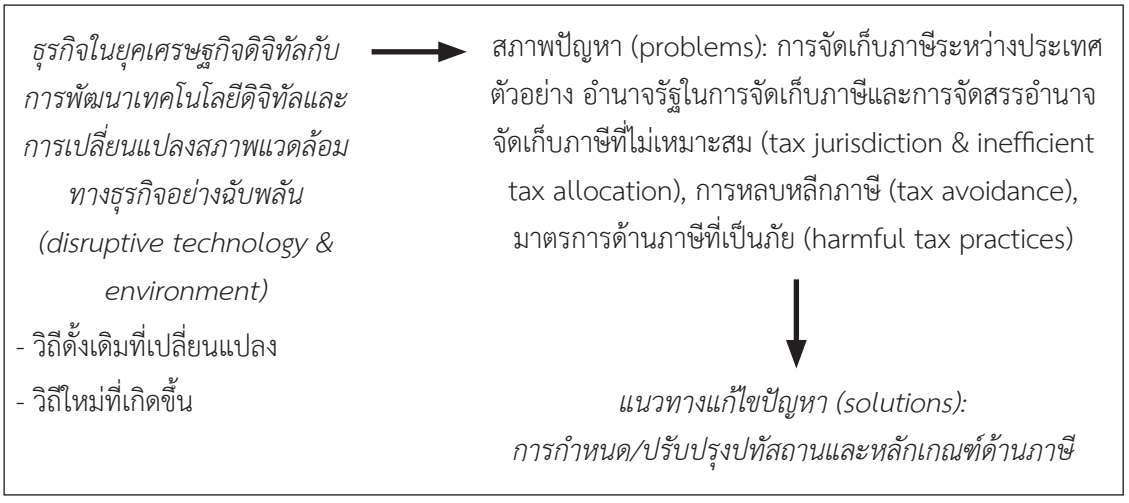
พัฒนาการของเทคโนโลยีดิจิทัลอย่างฉับพลันในด้านต่าง ๆ ส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจโลกทั้งหมด โดยไม่ได้จำกัดเฉพาะภาคส่วนใดของระบบเศรษฐกิจ หรือจำกัดเฉพาะประเทศใดหรือภูมิภาคใดเป็นพิเศษ ซึ่งผลกระทบดังกล่าวไม่เพียงแต่เปลี่ยนแปลงวิถีการทำธุรกิจแบบดั้งเดิมเท่านั้น แต่ยังทำให้เกิดวิถีการทำธุรกิจรูปแบบใหม่ขึ้นบนโลกอีกด้วย ทั้งนี้เทคโนโลยีดิจิทัลได้เข้ามาเป็นส่วนประกอบหนึ่งในวิถีการ

---

[4] ในรายงานของที่ประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนา (UNCTAD) ได้สรุปและแบ่งกลุ่มของเทคโนโลยีแนวหน้าแห่งยุคดิจิทัลที่สำคัญ (frontier techonologies) ออกเป็น 11 ด้าน ได้แก่ (1) ระบบปัญญาประดิษฐ์ (Artificial Intelligence: AI), (2) อุปกรณ์กายภาพที่เชื่อมต่อกับระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Internet of Things: IoT), (3) ข้อมูลขนาดใหญ่ (Big Data), (4) การประมวลผลและจัดเก็บข้อมูลแบบกระจายศูนย์หรือบล็อกเชน (Blockchain), (5) ระบบการสื่อสารไร้สายยุคที่ 5 (5G), (6) การพิมพ์สามมิติ (3D Printing), (7) วิทยาการหุ่นยนต์ (Robotics), (8) อากาศยานไร้คนขับ (Drone), (9) การปรับแต่งยีน (Gene Editing), (10) นาโนเทคโนโลยี (Nanotechonology) และ (11) เซลล์แสงอาทิตย์ (Solar Photovoltaic) (ดู United Nations (2021), *Technology and Innovation Report 2021 - Catching Technological Waves: Innovation with Equality* (UNCTAD/TIR/2020), 25 กุมภาพันธ์ 2564, Annex 2.)

[5] เทคโนโลยีดิจิทัล (digital technology) เป็นเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับการเข้ารหัสข้อมูลเลขฐานสอง (binary-digit data-encoding) ซึ่งช่วยให้สามารถถ่ายโอนข้อมูลได้ในทันที ดังนั้นเทคโนโลยีใดที่เกี่ยวข้องกับการเข้ารหัสข้อมูลดังกล่าวย่อมอาจถือเป็นเทคโนโลยีดิจิทัลได้ทั้งสิ้น และในทำนองเดียวกันกิจกรรมทางเศรษฐกิจใดที่อาศัยการใช้เทคโนโลยีการเข้ารหัสข้อมูลเลขฐานสองนี้ก็ย่อมถือว่ามีองค์ประกอบดิจิทัล (digital element) ซึ่งหากธุรกิจใดมีองค์ประกอบดิจิทัลนี้เป็นส่วนหนึ่งของการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ไม่ว่าจะเป็นในขั้นตอนของการสื่อสารข้อมูล การจัดจำหน่าย การชำระราคา หรือในขั้นตอนใดก็ตาม ธุรกิจดังกล่าวย่อมถือว่ามีความเป็นดิจิทัล และถือเป็นส่วนหนึ่งของระบบเศรษฐกิจแบบดิจิทัล (digital economy) (Cristian Óliver Lucas-Mas and Raúl Fêlix Junquera-Varela, *Tax Theory Applied to the Digital Economy: A Proposal for a Digital Data Tax and a Global Internet Tax Agency*. Washington: World Bank Group, 2021: 17)

ทำธุรกิจยุคปัจจุบันผ่านรูปแบบของกิจกรรมทางเศรษฐกิจต่าง ๆ ที่หลากหลาย[6] ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบของการสื่อสารแบบดิจิทัล (digital communication)[7] สินค้าและบริการดิจิทัล (digital content)[8] ระบบอัตโนมัติของกระบวนการดิจิทัล (digital automation)[9] การจัดจำหน่ายแบบดิจิทัล (digital distribution)[10] และระบบการชำระเงินแบบดิจิทัล (digital payment)[11]



แผนภาพ 2. ความสัมพันธ์ระหว่างสภาพปัญหากับแนวทางการแก้ไขปัญหาภาษีระหว่างประเทศ

---

[6] Cristian Óliver Lucas-Mas and Raúl Fêlix Junquera-Varela, **Tax Theory Applied to the Digital Economy: A Proposal for a Digital Data Tax and a Global Internet Tax Agency.** (Washington: World Bank Group, 2021), p.18.

[7] เทคโนโลยีการใช้โครงสร้างเครือข่ายพื้นฐานระหว่างคู่สัญญาเพื่อทำธุรกรรมทางเศรษฐกิจและสื่อสารระหว่างกัน เช่น การสื่อสารผ่านระบบอินเทอร์เน็ตในรูปแบบของอีเมล โทรศัพท์ผ่านโปรแกรมทางอินเทอร์เน็ต หรือการถ่ายทอดสดออนไลน์ (streaming)

[8] สินค้าและบริการที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลดิจิทัลที่ไม่มีลักษณะทางกายภาพที่จับต้องได้ และต้องอาศัยเทคโนโลยีดิจิทัลเพื่อมีตัวตน เช่น หนังสืออิเล็กทรอนิกส์ (e-book) ซอฟต์แวร์ (software) โดเมนเนม โปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือโปรแกรมมือถือ เสียงดิจิทัล ภาพดิจิทัล พื้นที่เก็บหรือแสดงข้อมูลดิจิทัลหรือเว็บไซต์ (website/webpage) ระบบจัดเก็บข้อมูลบนเซิร์ฟเวอร์ที่อยู่ในระยะไกล (cloud storage) เครื่องมือการค้นหาข้อมูล (search engine) ตลาดดิจิทัลหรือแพลตฟอร์มดิจิทัล (digital market/platform)

[9] กระบวนการดิจิทัลที่ช่วยผู้ประกอบการตัดสินใจและดำเนินการทางธุรกิจโดยอัตโนมัติในรูปแบบที่ผู้ประกอบการไม่ได้เข้าไปมีส่วนร่วมโดยตรง แต่เป็นรูปแบบที่ระบบดิจิทัลของผู้ประกอบการประมวลผลข้อมูลที่ได้รับจากผู้บริโภคแล้วนำไปใช้ตัดสินใจหรือดำเนินการทางธุรกิจต่อไปโดยอัตโนมัติ กระบวนการดังกล่าวสามารถพบได้ในรูปแบบธุรกิจต่าง ๆ มากมาย อาทิ เครื่องมือการค้นหาข้อมูล (search engines) ระบบการจองออนไลน์ (online booking) การแปลภาษา (translation) การวิเคราะห์ข้อมูลลูกจ้างหรือผู้บริโภค

[10] การจัดจำหน่ายสินค้าและบริการผ่านระบบออนไลน์โดยใช้เทคโนโลยีต่าง ๆ (เช่น อินเทอร์เน็ต บลูทูธ) ซึ่งไม่ต้องอาศัยการจัดจำหน่ายทางกายภาพแบบดั้งเดิมเพียงอย่างเดียว เป็นวิถีการทำธุรกิจที่พบได้ในธุรกิจต่าง ๆ ที่หลากหลาย เช่น การพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ การเรียนรู้ผ่านระบบออนไลน์ การซื้อขายสินค้าและบริการดิจิทัล

[11] การชำระเงินแบบดิจิทัลจะอาศัยเทคโนโลยีการเข้ารหัสข้อมูลเลขฐานสองเป็นหลัก ซึ่งเป็นเทคโนโลยีดิจิทัลหลักของการโอนเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ รวมไปจนถึงธุรกิจด้านการเงินต่าง ๆ เช่น ธุรกิจบัตรเครดิจและเดบิต การโอนเงินผ่านเครื่อง ATM หรือผ่านระบบอินเทอร์เน็ต การสะสมแต้มหรือระบบเติมเงินออนไลน์ การชำระบิลออนไลน์

วิถีการทำธุรกิจที่เปลี่ยนแปลงไปจากพัฒนาการของเศรษฐกิจดิจิทัลย่อมส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจและสังคมอย่างกว้างขวางในหลากหลายมิติ[12] โดยผลกระทบของเศรษฐกิจดิจิทัลที่สำคัญในมิติหนึ่งที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ก็คือผลกระทบในมิติของการจัดเก็บภาษีอากร[13] ทั้งนี้มีข้อสังเกตเบื้องต้นว่าการเปลี่ยนแปลงของวิถีการทำธุรกิจจากพัฒนาการของเทคโนโลยีดิจิทัลอาจไม่ได้ส่งผลกระทบต่อการจัดเก็บภาษีอากรเสมอไปทุกกรณี ดังนั้นในการพิจารณาจึงจำเป็นต้องแยกความแตกต่างระหว่างเทคโนโลยีดิจิทัลที่ส่งผลเป็นการเปลี่ยนวิถีธุรกิจและมีผลกระทบด้านภาษีออกจากเทคโนโลยีดิจิทัลที่ไม่มีผลกระทบด้านภาษี[14] กล่าวคือ เทคโนโลยีดิจิทัลบางอย่างอาจส่งผลเป็นเพียงการเพิ่มประสิทธิภาพของการดำเนินธุรกิจผ่านวิถีการทำธุรกิจที่เปลี่ยนแปลงไปแต่ไม่ได้ส่งผลกระทบด้านภาษี[15] ในขณะที่เทคโนโลยีดิจิทัลบางอย่างอาจทำให้เกิดทั้งวิถีใหม่ของการทำธุรกิจซึ่งส่งผลกระทบด้านภาษีอย่างมีนัยสำคัญ หรือที่เรียกว่าเป็นรูปแบบธุรกิจดิจิทัลที่สร้างความท้าทายด้านภาษี (tax-disruptive digital business model)[16] ซึ่งมักเป็นวิถีธุรกิจรูปแบบใหม่ที่เกี่ยวข้องกับสินค้าและบริการดิจิทัล รวมถึงการจัดจำหน่ายแบบดิจิทัล เช่น การขายสินค้าหรือบริการดิจิทัลผ่านแพลตฟอร์มออนไลน์โดยใช้ระบบการชำระเงินแบบดิจิทัล ไม่ว่าจะอยู่ในรูปของตลาดออนไลน์ (online marketplaces) หรือผู้จัดจำหน่ายออนไลน์ (online retailers of digital content) การให้บริการด้านสื่อบันเทิง (digital media service) เป็นต้น[17]

---

[12] ดู United Nations (2021), *Technology and Innovation Report 2021 - Catching Technological Waves: Innovation with Equality* (UNCTAD/TIR/2020), 25 กุมภาพันธ์ 2564

[13] European Parliament, *"Impact of Digitalisation on International Tax Matters: Challenges and Remedies,* Study Requested by the TAX3 Committee," [online] Available from : https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/161104/ST%20Impact%20of%20Digitalisation%20publication.pdf [8 October 2022]

[14] Cristian Óliver Lucas-Mas and Raúl Fêlix Junquera-Varela, **Tax Theory Applied to the Digital Economy: A Proposal for a Digital Data Tax and a Global Internet Tax Agency.** (Washington: World Bank Group, 2021), p.19-27.

[15] เช่น การเปลี่ยนแปลงรูปแบบของการสื่อสารจากรูปแบบดั้งเดิมเป็นรูปแบบดิจิทัลย่อมทำให้การสื่อสารระหว่างผู้ประกอบการและลูกค้ามีประสิทธิภาพมากขึ้นผ่านต้นทุนที่ลดลงหรือระยะเวลาการสื่อสารที่สั้นขึ้น โดยที่ไม่ได้ส่งผลต่อภาระภาษีหรือหน้าที่ในการยื่นภาษีของผู้ประกอบการแต่อย่างใด, การเปลี่ยนแปลงรูปแบบของการชำระเงินจากรูปแบบดั้งเดิมที่ชำระด้วยเงินสดมาเป็นรูปแบบดิจิทัลผ่านการโอนเงินผ่านระบบออนไลน์หรือการใช้บัตรเครดิตหรือเดบิต แม้จะทำให้เกิดการชำระเงินที่มีประสิทธิภาพขึ้น รวมทั้งทำให้การบริหารจัดเก็บภาษีทำได้สะดวกขึ้นโดยผู้เสียภาษีมีทางเลือกในการชำระภาษีมากขึ้น ในขณะที่หน่วยงานจัดเก็บภาษีก็สามารถตรวจสอบธุรกิจได้ง่ายขึ้น แต่การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวก็ไม่ได้ส่งผลต่อภาระภาษีหรือหน้าที่เสียภาษีของผู้ประกอบการอย่างมีนัยสำคัญแต่อย่างใด

[16] Cristian Óliver Lucas-Mas and Raúl Fêlix Junquera-Varela, **Tax Theory Applied to the Digital Economy: A Proposal for a Digital Data Tax and a Global Internet Tax Agency.** (Washington: World Bank Group, 2021), p.20-24.

[17] รูปแบบของธุรกิจที่สร้างความท้าทายด้านภาษีอาจแบ่งได้หลายประเภทตามลักษณะของธุรกิจที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ (1) กลุ่มธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับสินค้าและบริการดิจิทัล (content-related business) เช่น ธุรกิจการขาย การอนุญาตให้ใช้สิทธิ และการเป็นสมาชิกของแพลตฟอร์มที่เกี่ยวข้องกับสินค้าและบริการดิจิทัล (2) กลุ่มธุรกิจที่ถูกกำกับดูแล (regulated business) เช่น ธนาคารเสมือนจริง (virtual banking) ประกันภัยเสมือนจริง (virtual insurance) การพนันออนไลน์ (online gambling) (3) กลุ่มธุรกิจแพลตฟอร์มที่ประกอบธุรกิจหลายด้าน (multisided platforms) เช่น ตลาดพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (e-commerce marketplace) (4) กลุ่มธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับผู้ใช้งาน (user-related business) เช่น การขายข้อมูลของผู้ใช้บริการออนไลน์ (sale of user-related data/user-contributed digital

วิถีธุรกิจเหล่านี้มักส่งผลให้เกิดการขายสินค้าและให้บริการที่ผู้ประกอบการไม่จำเป็นต้องปรากฏตัวทางกายภาพ (physical presence) หรือสถานประกอบการถาวร (permanent establishment) ในรัฐต่างประเทศที่เป็นรัฐแหล่งเงินได้ (source jurisdiction) หรือในรัฐที่เป็นรัฐแหล่งที่ตั้งของกิจกรรมทางเศรษฐกิจซึ่งลูกค้าหรือผู้ใช้งานอาศัยอยู่ (market jurisdiction) จึงก่อให้เกิดความท้าทายต่อการจัดเก็บภาษีอย่างมีนัยสำคัญ เนื่องจากเมื่อผู้ประกอบการไม่ปรากฏตัวเชิงกายภาพและไม่มีสถานประกอบการถาวรในรัฐที่เป็นแหล่งเงินได้หรือแหล่งที่ตั้งของกิจกรรมทางเศรษฐกิจ โดยทั่วไปเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจัดเก็บภาษีในรัฐดังกล่าวย่อมตรวจสอบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับธุรกรรมดิจิทัลดังกล่าวที่เกิดขึ้นได้ยากหรืออาจไม่สามารถตรวจสอบได้เลย เว้นแต่จะมีเครื่องมือหรือเทคโนโลยีดิจิทัลอื่นใดเข้ามาช่วยตรวจสอบกรณีดังกล่าวเป็นการเฉพาะ

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจำแนกปัญหาที่เกิดขึ้นจากผลกระทบของวิถีธุรกิจที่เปลี่ยนแปลงไปในยุคเศรษฐกิจดิจิทัลในมิติของการจัดเก็บภาษีอากรระหว่างประเทศแล้ว อาจสรุปสภาพปัญหาที่สำคัญได้ 3 ประการ ดังนี้

1. ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจรัฐในการจัดเก็บภาษีและการจัดสรรอำนาจจัดเก็บภาษีที่ไม่เหมาะสม (tax jurisdiction & inefficient tax allocation)

การที่ธุรกิจจำนวนมากในยุคเศรษฐกิจดิจิทัลมีลักษณะและรูปแบบที่เอื้อต่อการดำเนินธุรกิจในประเทศเป้าหมาย (market country) ได้ผ่านธุรกรรมดิจิทัล โดยไม่ต้องมีการปรากฏตัวทางกายภาพ (physical presence) ย่อมถือเป็นปัจจัยหลักที่สำคัญประการหนึ่งที่ท้าทายการจัดเก็บภาษีในยุคนี้ เพราะหลักการภาษีระหว่างประเทศที่ใช้อยู่ในปัจจุบันเพื่อจัดสรรอำนาจจัดเก็บภาษีระหว่างรัฐแหล่งเงินได้ (source jurisdiction) และหลักถิ่นที่อยู่ (residence jurisdiction) นั้น โดยหลักจะนำหลักการปรากฏตัวทางกายภาพ (physical presence) มาใช้พิจารณาประกอบว่าบุคคลมีกิจกรรมทางเศรษฐกิจในรัฐแหล่งเงินได้หรือไม่[18] ดังนั้นเมื่อเทคโนโลยีดิจิทัลถูกพัฒนาจนทำให้ธุรกิจสามารถดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจในรัฐที่กิจกรรมทางเศรษฐกิจตั้งอยู่ (market jurisdiction) ได้อย่างมีนัยสำคัญ (substantial

---

content) การโฆษณาออนไลน์ต่อกลุ่มผู้ใช้บริการเป้าหมาย (online user-targeted advertising) (Cristian Óliver Lucas-Mas and Raúl Fêlix Junquera-Varela, **Tax Theory Applied to the Digital Economy: A Proposal for a Digital Data Tax and a Global Internet Tax Agency.** (Washington: World Bank Group, 2021), p.23)

[18] ดูตัวอย่าง เช่น ข้อ 7 ประกอบข้อ 5 ในอนุสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนและการป้องกันการเลี่ยงรัษฎากรในส่วนที่เกี่ยวกับภาษีเก็บจากเงินได้, ข้อ 7 ประกอบข้อ 5 ในความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนและการป้องกันการเลี่ยงรัษฎากรในส่วนที่เกี่ยวกับภาษีเก็บจากเงินได้, ข้อ 7 ประกอบข้อ 5 ในอนุสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งสหพันธรัฐรัสเซียเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนและการป้องกันการเลี่ยงรัษฎากรในส่วนที่เกี่ยวกับภาษีเก็บจากเงินได้, OECD (2019) *Model Tax Convention on Income and on Capital 2017*. Paris: OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/g2g972ee-en.> Article 7, 5.

economic activities) โดยที่ไม่จำเป็นต้องปรากฏตัวทางกายภาพหรือมีสถานประกอบการถาวรในรัฐนั้น รัฐดังกล่าวย่อมไม่มีจุดเกาะเกี่ยวในเชิงกายภาพกับธุรกิจดังกล่าว รัฐดังกล่าวจึงไม่ถือเป็นรัฐแหล่งเงินได้ตามหลักการจัดเก็บภาษีระหว่างประเทศปัจจุบันที่ยังใช้ปทัสถานแบบดั้งเดิม ดังนั้นผู้ประกอบการจึงไม่ต้องเสียภาษีให้แก่รัฐนั้น ทั้งที่มีความสัมพันธ์เชิงเศรษฐกิจกับรัฐดังกล่าวอย่างมีนัยสำคัญจากการที่รัฐดังกล่าวเป็นแหล่งที่ตั้งของกิจกรรมทางเศรษฐกิจซึ่งมีลูกค้าหรือผู้ใช้บริการอยู่ ดังนี้หลักการภาษีระหว่างประเทศตามปทัสถานและหลักเกณฑ์ดั้งเดิมที่ยึดโยงกับจุดเกาะเกี่ยวทางกายภาพ (physical nexus) จึงถูกมองว่าสร้างความไม่เป็นธรรมในการจัดเก็บภาษี และไม่สามารถนำมาใช้เพื่อจัดสรรกำไรระหว่างรัฐต่าง ๆ ได้อย่างเหมาะสม เพราะไม่รองรับรูปแบบการประกอบธุรกิจดิจิทัลในปัจจุบัน[19]

2. ปัญหาการหลบหลีกภาษีระหว่างประเทศของกิจการข้ามชาติ (tax avoidance)

กระแสโลกาภิวัตน์ที่ทำให้การเคลื่อนย้ายการค้าและทุนระหว่างประเทศที่เสรีมากขึ้นประกอบกับการเปลี่ยนแปลงอย่างฉับพลันของเทคโนโลยีดิจิทัลได้กลายเป็นเหตุหนึ่งที่สำคัญที่สร้างปัจจัยแวดล้อมที่เอื้อต่อการหลบหลีกภาษีให้แก่บริษัทข้ามชาติซึ่งสามารถวางแผนภาษีในลักษณะที่กร่อนฐานภาษีและเคลื่อนย้ายหรือถ่ายโอนกำไร (base erosion and profit shifting) จากรัฐที่มีภาระภาษีสูงไปยังรัฐที่มีภาระภาษีต่ำกว่าหรือไม่มีภาระภาษี เพื่อให้กิจการไม่ต้องเสียภาษีหรือเสียภาษีโดยรวมในสัดส่วนที่ต่ำลง ผ่านการวางแผนภาษีในรูปแบบต่าง ๆ[20] ซึ่งแม้จะสอดคล้องกับกฎหมายภาษีของรัฐที่เกี่ยวข้อง แต่ก็มีลักษณะเป็นการหลบหลีกภาษีที่ยอมรับไม่ได้ (unacceptable tax avoidance) ปัญหาการหลบหลีกภาษีเป็นปัญหาดั้งเดิมที่มีปรากฏอยู่แล้วตั้งแต่ก่อนที่โลกจะเคลื่อนเข้าสู่ยุคเศรษฐกิจดิจิทัลจากกระแสโลกาภิวัตน์และความแตกต่างของกฎหมายภาษีอากรของแต่ละประเทศ แต่พัฒนาการของเทคโนโลยีดิจิทัลและวิถีการทำธุรกิจรูปแบบใหม่ที่เกิดขึ้นจากพัฒนาการดังกล่าวได้ทำให้ปัจจัยแวดล้อมที่เอื้ออำนวยต่อการหลบหลีกภาษีระหว่างประเทศของกิจการข้ามชาติเพิ่มสูงขึ้น ซึ่งการเคลื่อนย้ายเงินทุนจำนวนมหาศาลโดยอาศัยปัจจัยแวดล้อมที่เอื้อต่อการหลบหลีกภาษีในยุคเศรษฐกิจดิจิทัลนี้ได้ส่งผลกระทบต่อรายได้และความสามารถในการแข่งขันของแต่ละประเทศในตลาดโลกอย่างมีนัยสำคัญ ดังนั้นปัญหาการหลบหลีกภาษีระหว่างประเทศของกิจการข้ามชาติจึงถือเป็นหนึ่งในปัญหาด้านนโยบายภาษีและการบังคับใช้กฎหมายภาษีที่ท้าทายที่สุดเท่าที่รัฐต่าง ๆ ทั่วโลกเคยเผชิญมาในรอบศตวรรษ โดยเฉพาะ

---

[19] ดู Guglielmo Maisto (ed.) **New Trends in the Definition of Permanent Establishment**. (Amsterdam: IBFD, 2019)

[20] เช่น การกำหนดราคาโอนที่ไม่เหมาะสมระหว่างบริษัทในเครือหรือระหว่างบุคคลที่มีความสัมพันธ์กัน (transfer pricing arrangement) การใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (treaty abuse/treaty shopping) การใช้ประโยชน์จากหลักเกณฑ์ที่แตกต่างเพื่อสร้างทวิลักษณะในด้านภาษีของกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้น (hybrid mismatch arrangement) การจัดตั้งบริษัทที่ไม่มีกิจกรรมทางเศรษฐกิจ (บริษัทที่มีแต่เปลือก (shell company), บริษัทกระดาษ (paper company)) ในรัฐที่จัดเก็บภาษีในอัตราที่ต่ำไม่จัดเก็บภาษีเลย หรือให้สิทธิประโยชน์ด้านภาษีจำนวนมาก

ในช่วงทศวรรษที่ผ่านมาซึ่งรัฐจำนวนมากทั่วโลกมีรายได้และความมั่งคั่งที่ลดลงสืบเนื่องมาจากวิกฤติเศรษฐกิจและวิกฤติโควิด-19 ที่แต่ละรัฐต่างก็ต้องเผชิญและรับมือกับวิกฤติดังกล่าวภายใต้ปัจจัยที่แตกต่างกัน ดังนี้หลายประเทศจึงมองว่าหลักเกณฑ์และแนวปทัสถานเกี่ยวกับกฎหมายภาษีอากรที่เปิดช่องว่างให้บริษัทข้ามชาติสามารถใช้ประโยชน์เพื่อหลบหลีกภาษีได้นั้นสมควรที่จะต้องถูกเพื่อปิดช่องว่างดังกล่าว

3. ปัญหามาตรการด้านภาษีที่เป็นภัย (harmful tax practices)

ในยุคเศรษฐกิจดิจิทัล รัฐอาจกำหนดนโยบายของประเทศที่ส่งเสริมการใช้และพัฒนาเทคโนโลยี รวมถึงการให้สิทธิประโยชน์ด้านภาษีแก่ธุรกิจดิจิทัลทำให้อาจมีมาตรการจูงใจด้านภาษีต่าง ๆ ออกมามากมาย โดยบางมาตรการก็อาจเป็นมาตรการภาษีโดยตรงที่ส่งเสริมการใช้และพัฒนาเทคโนโลยี และการประกอบธุรกิจดิจิทัล เช่น การลดอัตราภาษีให้กับธุรกิจเป้าหมาย หรือการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีกับการใช้ทรัพย์สินทางปัญญาหรือทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง (patent box) ในขณะที่บางมาตรการก็อาจเป็นมาตรการอื่นที่ส่งเสริมโดยอ้อม เช่น การเปิดช่องให้ตั้งบริษัทที่มีแต่เปลือก (shell companies) การลดค่าใช้จ่ายดอกเบี้ย มาตรการยกเว้นภาษีต่างประเทศ มาตรการยกเว้นภาษีให้ธุรกิจในเขตเศรษฐกิจพิเศษ การกำหนดราคาโอนล่วงหน้า การตอบข้อหารือล่วงหน้า ทั้งนี้ การออกมาตรการจูงใจด้านภาษี (tax incentive) หรือการให้สิทธิประโยชน์ด้านภาษี (preferential tax regime) ของรัฐต่าง ๆ โดยหลักเมื่อผ่านกระบวนการตราหรือการออกกฎหมายที่เกี่ยวข้องแล้วย่อมถือว่าเป็นมาตรการที่ชอบด้วยกฎหมายในตัวเอง อย่างไรก็ดีหากมาตรการเหล่านี้เป็นหลักเกณฑ์ที่มีลักษณะเปิดช่องให้เกิดการกร่อนฐานภาษีและถ่ายโอนกำไรจนกระทบต่อฐานภาษีของรัฐอื่น เป็นหลักเกณฑ์ที่สร้างผลกระทบด้านการเงินโดยที่ไม่มีจุดเกาะเกี่ยวทางเศรษฐกิจกับรัฐที่เกี่ยวข้องอย่างแท้จริง หรือเป็นหลักเกณฑ์ที่มีลักษณะบิดเบือนการจัดสรรทรัพยากรตามธรรมชาติอย่างไม่เหมาะสม มาตรการเหล่านั้นอาจถูกมองว่าเป็นมาตรการที่ทำให้เกิดการแข่งขันด้านภาษีที่เป็นภัยต่อรัฐอื่นและถือเป็นการบิดเบือนกลไกตลาดได้[21]

5. แนวทางการกำหนดปทัสถานและหลักเกณฑ์ด้านภาษีเพื่อแก้ไขปัญหาภาษีอากรระหว่างประเทศ

สภาพปัญหาของการจัดเก็บภาษีอากรระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในยุคเศรษฐกิจดิจิทัลตามที่กล่าวไปแล้วข้างต้นในหัวข้อ 4. ทำให้เกิดประเด็นว่าหลักการจัดเก็บภาษีอากรดั้งเดิมที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน (traditional tax rules) ในประเทศต่าง ๆ โดยเฉพาะการจัดเก็บภาษีจากกิจการข้ามชาตินั้นมีลักษณะที่

[21] ดู Elly Van de Verde and Francesco Cannas, **Harmful Tax Practices within the EU: Definition, Identification and Recommendations**, Publication for the subcommittee on Tax Matters, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, (Luxembourg: European Parliament, 2021.)

ล้าสมัย และไม่สามารถรองรับสภาพแวดล้อมที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างฉับพลัน (disruptive environment) ในยุคเศรษฐกิจดิจิทัลได้อย่างเหมาะสม ดังนั้นรัฐบาลของประเทศต่าง ๆ ที่ตระหนักถึงปัญหาและความท้าทายดังกล่าวจึงพยายามกำหนดปทัสถานและหลักเกณฑ์ด้านภาษีเพื่อแก้ไขปัญหาภาษีอากรระหว่างประเทศเหล่านี้ คำถามหลัก คือ มีแนวทางการกำหนดปทัสถานและหลักเกณฑ์ด้านภาษีรูปแบบใดที่จะทำให้สามารถแก้ปัญหาภาษีระหว่างประเทศเหล่านี้ได้สำเร็จหรือไม่

หากพิจารณาจากทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับอำนาจอธิปไตยของรัฐ[22] พบว่าได้มีการนำเสนอแนวทางที่สามารถนำมาปรับใช้เพื่อพิจารณาถึงแนวทางการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐในการจัดเก็บภาษีเพื่อกำหนดปทัสถานและหลักเกณฑ์ด้านภาษีใหม่มาจัดการกับปัญหาการเก็บภาษีระหว่างประเทศในยุคเศรษฐกิจดิจิทัลได้หลายแนวทาง ทั้งนี้แนวทางสุดโต่งด้านหนึ่งภายใต้แนวคิดแบบสัจนิยม (realist)[23] ก็คือ การใช้มาตรการฝ่ายเดียว (unilateral approach) ซึ่งจะทำให้รัฐสามารถใช้อำนาจอธิปไตยของตนในการกำหนดหลักเกณฑ์หรือปทัสถานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับภาษีระหว่างประเทศตามที่รัฐตนต้องการได้โดยใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐด้านภาษีอย่างเด็ดขาด (absolute tax sovereignty) ภายใต้กลไกการออกหลักเกณฑ์โดยชอบด้วยกฎหมายของรัฐาธิปัตย์ในแต่ละรัฐ โดยที่ไม่ถูกแทรกแซงจากรัฐอื่น[24]

---

[22] แนวคิดเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยไม่ใช่แนวคิดที่ตายตัว แต่มีการเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลาเพื่อสอดคล้องกับบทบาทของแต่ละสังคมที่เกี่ยวข้อง เช่น มุมมองแบบ Westphalian State ซึ่งมีมาตั้งแต่ยุคคริสตวรรษที่ 17 ซึ่งมองว่ารัฐต่างย่อมมีอำนาจอธิปไตยแต่เพียงผู้เดียวภายในพรมแดนทางภูมิศาสตร์ของตนและสามารถกำหนดนโยบายด้วยตนเอง โดยพิจารณาแต่ผลประโยชน์ของพลเมืองของตนเป็นหลัก (ดู Leo Gross (1948). "The Peace of Westphalia," 42 *American Journal of International Law* 1, 20-41; David Armstrong, "The Evolution of International Society" in **Baylis**, J., Smith, S. & Owens, P. (eds) **The Globalisation of World Politics: An Introduction to International Relations**. (Oxford: Oxford University Press, 2010: Chapter 2.) หรือมุมมองแบบ Intermediary State ในยุคใหม่ที่มองว่าอำนาจอธิปไตยของรัฐนั้นไม่สามารถพิจารณาแต่องค์ประกอบภายในได้ แต่จะต้องนำผู้มีส่วนได้เสียกับรัฐทั้งภายในและภายนอกทั้งหมดมาเป็นปัจจัยในการพิจารณาควบคู่ไปกับผลประโยชน์ของชาติ (Inge Kaul, "Blending External and Domestic Policy Demands - The Rise of the Intermediary State," **in Inge Kaul & Pedro** Conceicao (*eds*) The New Public Finance: Responding to Global Challenges. (New York: OUP, 2006: 73), p.77-78))

[23] แนวคิดแบบ realist เป็นทฤษฎีที่เชื่อว่ารัฐเป็นศูนย์กลางทุกอย่าง (state-centric) ทั้งนี้นักสัจนิยมเชื่อว่ารัฐแต่ละรัฐที่มีอำนาจอธิปไตยย่อมเป็นผู้มีบทบาทหลักที่กระทำการโดยอิสระจากรัฐอื่นเพื่อแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตน และด้วยเหตุนี้อำนาจอธิปไตยจึงเป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์ ดังนั้นจึงไม่มีรัฐอื่นหรือองค์กรเหนือรัฐใดที่จะควบคุมรัฐดังกล่าวได้ (ดู Thucydides, **The Peloponnesian War: A New Translation by Martin Hammond, Rhodes**, P.J. (ed). (Oxford: Oxford University Press, 2009); Thomas Hobbes, **Leviathan**, Edited by Gaskin, J.C.A. Oxford World's Classics. London, (Oxford University Press, 2008); Chris Brown, Terry Nardin & Nicholas Rengger, **International Relations in Political Thought: Texts from the Ancient Greeks to the First World War**. (Cambridge: Cambridge University Press, 2002), p.34-61, 335-341))

[24] แม้ว่ามาตรการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐในการแก้ปัญหาภาษีระหว่างประเทศจะมีประสิทธิภาพในระดับหนึ่ง แต่ก็มีข้อจำกัดบางประการเช่นกัน เพราะในทางปฏิบัติย่อมเป็นไปไม่ได้ที่ทุกรัฐจะใช้ระบบภาษีที่มีหลักเกณฑ์และแนวปทัสถานเดียวกันทั้งหมด ดังนั้นหากผู้เสียภาษีต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภาษีในประเทศมากกว่าหนึ่งประเทศ ก็ย่อมจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกัน ดังนั้นจึงทำให้อาจสร้างปัญหาภาษีระหว่างประเทศได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเก็บภาษีซ้อน นอกจากนี้ยังกระทบกับหลักความเป็นกลางด้านภาษีที่ส่งผลต่อการตัดสินใจของผู้เสียภาษีว่าจะลงทุนที่ใด ดังนั้นหากทุกประเทศเลือกใช้มาตรการฝ่ายเดียวย่อมเป็นไปไม่ได้ที่จะสามารถสร้างความเป็นกลางในมิติของภาษีอากรระหว่างประเทศได้อย่างแท้จริง

ในขณะที่แนวทางสุดโต่งอีกด้านหนึ่งของการจัดการกับปัญหาภาษีระหว่างประเทศภายใต้แนวคิดเชิงอุดมคติ (idealist)[25] ก็คือ การที่รัฐสละอำนาจอธิปไตยของรัฐด้านภาษี (absence of tax sovereignty) ทั้งหมดเพื่อบูรณาการกำหนดหลักเกณฑ์เดียวที่ทุกประเทศใช้ร่วมกันทั้งหมดแบบเป็นเอกรูป (unification approach) ในการแก้ไขปัญหาภาษีอากรระหว่างประเทศร่วมกัน โดยจัดตั้งหน่วยงานหรือองค์กรภาษีระดับโลกเพื่อใช้บังคับหลักเกณฑ์ดังกล่าวในลักษณะของการใช้อำนาจเหนือรัฐผ่านองค์กรเหนือรัฐ (supranationalism)[26] อย่างไรก็ดีนอกเหนือจากแนวทางที่สุดโต่งทั้งสองด้านนี้แล้ว ในทางทฤษฎียังมีการเสนอแนวทางอื่น ๆ ที่อาจสามารถช่วยแก้ปัญหาภาษีอากรระหว่างประเทศได้และเป็นแนวคิดที่อยู่ระหว่างสองแนวทางดังกล่าวโดยประเทศที่เกี่ยวข้องยอมลดหรือกร่อนอำนาจอธิปไตยด้านภาษีลงบางส่วนแต่ไม่ถึงกับสูญเสียอำนาจอธิปไตยด้านภาษีไปโดยสิ้นเชิง (erosion of tax sovereignty) ทั้งนี้แนวทางดังกล่าวมักอยู่ในรูปแบบของการที่รัฐยอมเจรจากับรัฐอื่นเพื่อบรรลุข้อตกลงในการกำหนดหรือบูรณาการหลักเกณฑ์ร่วมกันโดยที่มีการคำนึงถึงผลประโยชน์แลกเปลี่ยนกับรัฐอื่นในการเจรจา ซึ่งการเจรจาดังกล่าวอาจอยู่ในรูปแบบของแนวทางการบูรณาการหลักเกณฑ์ร่วมกันแบบหลายฝ่าย ไม่ว่าจะเป็นรูปแบบทวิภาคี (bilateral approach) หรือเป็นรูปแบบพหุภาคี (multilateral approach)

---

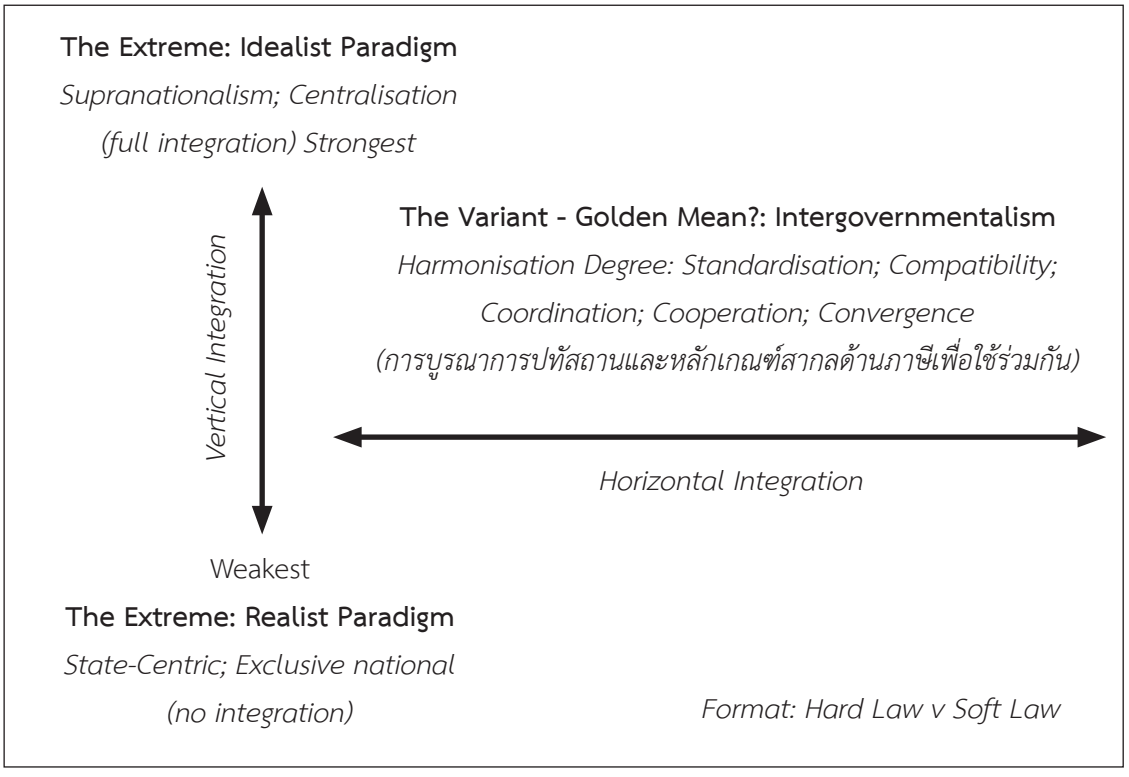
[25] แนวคิดเชิงอุดมคติหรือรู้จักกันในอีกชื่อว่า Wilsonianism เป็นแนวคิดที่ถูกพูดถึงช่วงกระแสของลัทธิเสรีนิยม ทั้งนี้ในปี ค.ศ. 1918 ประธานาธิบดี Wilson ได้นำเสนอเกี่ยวกับแนวคิดนี้ในปาฐกถาของเขา (ดู Woodrow Wilson, "President Woodrow Wilson's Fourteen Points, The Avalon Project," [online] Available from : http://avalon.law.yale.edu/20th_century/wilson14.asp [11 December 2022] และในช่วงของการก่อตั้ง League of Nations ระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 1 และ 2 ทั้งนี้แนวคิดเชิงอุดมคตินี้มีรากฐานที่เกี่ยวข้องกับงานเขียนชั้นต้นในยุคก่อนหน้าจำนวนมากซึ่งรวมถึงงานเขียนของ Kant เรื่อง Perpetual Peace ในปี ค.ศ. 1795 (Immanuel Kant, **Perpetual Peace: A Philosophical Essay**. Translated by Mary Campbell Smith, (London: Allen & Unwin, 1903)

[26] Sawyer แนะนำแนวทางการบูรณาการด้านภาษีในรูปแบบของการจัดตั้งองค์กรภาษีโลกขึ้น อย่างไรก็ดีในข้อเสนอของ Sawyer นั้นในระยะเริ่มต้นการมีเขตอำนาจเหนือรัฐในทุกมิติของหลักเกณฑ์ภาษีอากรระหว่างประเทศเป็นเรื่องที่เป็นไปไม่ได้ในทางปฏิบัติ ดังนั้น Sawyer จึงเสนอแนะให้องค์กรภาษีโลกมีเขตอำนาจที่จำกัดในระยะเริ่มต้นก่อน โดยครอบคลุมแค่การจัดทำข้อกำหนดราคาโอนล่วงหน้า (advance pricing agreement) และการทำหนังสือตอบข้อหารือที่มีผลผูกพันล่วงหน้า (binding advance ruling) ก่อนที่จะขยายเขตอำนาจออกเพิ่มเติมหลังจากที่องค์กรดังกล่าวได้เริ่มดำเนินการไประยะหนึ่งแล้ว (Adrian J. Sawyer, **Developing a World Tax Organisation: The Way Forward.** (UK: Fiscal Publications, 2009.)

แผนภาพ 3. แนวทางกำหนดปทัสถานและหลักเกณฑ์ด้านภาษีเพื่อแก้ไขปัญหาภาษีอากรระหว่างประเทศ

ดังนั้นในทางทฤษฎีการกำหนดระเบียบภาษีโลกใหม่ที่มีปทัสถานและหลักเกณฑ์แตกต่างไปจากระเบียบภาษีโลกดั้งเดิมนั้นย่อมสามารถทำได้หลายแนวทาง อย่างไรก็ดีเมื่อพิจารณาสภาพปัญหาเกี่ยวกับภาษีระหว่างประเทศในยุคเศรษฐกิจดิจิทัลที่เกิดขึ้นจริงในทางปฏิบัติแล้วพบว่าปัญหาดังกล่าวไม่สามารถแก้ไขได้ผ่านมาตรการฝ่ายเดียวแต่เพียงอย่างเดียว แต่ต้องอาศัยความร่วมมือระหว่างประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกประกอบด้วย โดยเฉพาะกลุ่มประเทศที่มีความเกี่ยวข้องกับกิจการข้ามชาติที่ทำธุรกิจดิจิทัลเพื่อบูรณาการหลักเกณฑ์ด้านภาษีมาบังคับใช้ร่วมกัน เช่น หากร้อยละ 80 ของรัฐทั่วโลกยอมตกลงใช้หลักเกณฑ์เดียวกันแล้ว แต่กลับมีรัฐบางส่วนจำนวนร้อยละ 20 ยังคงเลือกที่จะใช้อำนาจอธิปไตยเด็ดขาดด้านภาษี โดยออกหลักเกณฑ์จัดเก็บภาษีโดยไม่คำนึงถึงจุดเกาะเกี่ยวทางเศรษฐกิจที่เหมาะสม (economic allegiance) หรือออกมาตรการภาษีที่เป็นภัยต่อรัฐอื่น และเอื้อต่อการหลบหลีกภาษีของบริษัทข้ามชาติ ปัญหาภาษีอากรระหว่างประเทศเหล่านี้ก็จะยังคงอยู่ต่อไป โดยบริษัทข้ามชาติก็อาจพัฒนารูปแบบการวางแผนภาษีระหว่างประเทศเพื่อกร่อนฐานภาษีและถ่ายโอนกำไรไปกลุ่มประเทศส่วนน้อยเหล่านั้น ดังนั้นเมื่อประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกตระหนักถึงความท้าทายที่เกิดขึ้นในยุคเศรษฐกิจดิจิทัลในมิติของปัญหาภาษีอากรระหว่างประเทศแล้ว ในทางปฏิบัติจึงเกิดความพยายามร่วมกันที่จะยกระดับความร่วมมือเพื่อกำหนดปทัสถานและหลักเกณฑ์เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวขึ้นสู่ระดับสากล (global level) ด้วยมุมมองว่ามาตรการแก้ไขปัญหาที่กำหนดขึ้นโดยประเทศใดเพียงประเทศเดียว (unilateral approach) ย่อมไม่สามารถแก้ไขปัญหาภาษีอากรระหว่างประเทศเหล่านี้ได้สำเร็จ ดังนั้นจึงต้องมีการปฏิรูปและจัดระเบียบภาษีโลกใหม่ทั่วโลกผ่านกระบวนการบูรณาการด้านภาษีในระดับสากล (global tax harmonisation) โดยเชื่อว่าแนวทาง

การ*ร่วมมือ*กันระหว่างประเทศต่าง ๆ (intergovernmentalism) เพื่อกำหนดระเบียบภาษีโลกใหม่ย่อมจะสามารถแก้ไขปัญหาภาษีอากรระหว่างประเทศและเป็นประโยชน์ต่อรัฐทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง (win-win approach) ดังนี้ เมื่อการแก้ไขปัญหาเหล่านี้จำเป็นต้องอาศัยการบูรณาการด้านภาษี ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อมาก็คือแนวทางการบูรณาการด้านภาษีสู่ระเบียบภาษีโลกใหม่ที่เหมาะสมควรเป็นอย่างไร



แผนภาพ 4. แนวทางการบูรณาการปทัสถานและหลักเกณฑ์ด้านภาษีสู่ระเบียบภาษีโลกใหม่

เมื่อสำรวจแนวคิดเกี่ยวกับการบูรณาการด้านภาษี (tax integration/harmonisation) พบว่ามีผู้เสนอแนวทางการบูรณาการปทัสถานและหลักเกณฑ์ไว้หลายแนวทาง อาทิ:

(1) Faria (1995) ได้แบ่งแนวทางการบูรณาการด้านภาษีเป็นสองระดับ (degree) คือ ระดับของ “การประสานงานด้านภาษี (tax coordination)” ซึ่งเป็นกระบวนการในขั้นตอนก่อนที่จะถึงระดับของ “การบูรณาการด้านภาษี (tax harmonisation)” โดยอาจแยกย่อยได้เป็นการประสานงานฝ่ายเดียว (unilateral tax coodination) หรือการร่วมมือประสานงาน (cooperative tax coordination)[27]

[27] Angelo G.A. Faria, “Tax Coordination and Harmonisation,” **in Parthasarathi Shome** (ed) *Tax Policy Handbook,* (Washington: IMF, 1995), p.229. Pistone ก็ได้แบ่งระดับขั้นของการบูรณาการด้านภาษีออกเป็น 2 ประเภทย่อยคล้าย

(2) Cano (1996) ได้แบ่งแนวทางการบูรณาการด้านภาษีเป็นสองระดับคล้ายกับ Faria แต่มองว่าการบูรณาการด้านภาษีสามารถแบ่งได้เป็นระดับที่ถือว่ามี “ความเป็นหนึ่งเดียว (uniformity)” โดยรัฐต่าง ๆ ใช้หลักเกณฑ์เดียวกันซึ่งจะเกิดขึ้นในขั้นตอนสุดท้ายของการบูรณาการด้านภาษี กับระดับที่ว่ามี “ความสอดคล้อง (compatibility)” โดยรัฐต่าง ๆ ใช้หลักเกณฑ์ที่สอดคล้องกันซึ่งจะเกิดขึ้นในขั้นตอนช่วงต้นของการบูรณาการด้านภาษี[28]

(3) James (2000) ได้แบ่งแนวทางการบูรณาการด้านภาษีออกเป็นหลายระดับ ตั้งแต่ระดับขั้นที่ “ไม่มีการบูรณาการ (no harmononisation)” ไปจนถึงขั้นตอนสุดท้ายของการบูรณาการที่มี “หลักเกณฑ์ที่เป็นมาตรฐานเดียวกัน (standardisation)” โดยก่อนถึงขั้นตอนสุดท้ายก็อาจมีระดับของการบูรณาการด้านภาษีหลายรูปแบบ เช่น การบูรณาการด้านภาษีบางประเภท (partial harmonisation) การบูรณาการฐานภาษี (tax base harmonisation)[29]

(4) Velayos และคณะ (2008) ได้แบ่งแนวทางการบูรณาการด้านภาษีออกเป็น 5 ระดับ ได้แก่ 1. ระดับที่มี “การกำหนดมาตรฐานเดียวกัน (standardisation)” ถือเป็นระดับการบูรณาการที่อยู่ในระดับสูงสุด โดยประเทศต่าง ๆ บูรณาการใช้หลักเกณฑ์ภาษีเดียวกันภายใต้สถานการณ์เดียวกัน เช่น กรณีของการออกหลักเกณฑ์ร่วมกันระดับภูมิภาคของสมาชิกสหภาพยุโรปเรื่องอากรขาออก 2. ระดับที่มี “ความสอดคล้องกัน (compatibility)” ถือเป็นขั้นตอนที่มีระดับการบูรณาการต่ำกว่าการกำหนดมาตรฐานเดียวกัน แต่โดยทั่วไปจำเป็นต้องมีแนวทางร่วมกันระหว่างประเทศต่าง ๆ เพื่อให้ประเทศต่าง ๆ ใช้เป็นแนวทางกำหนดหลักเกณฑ์ภายในของตนให้สอดคล้องกัน เพื่อหลีกเลี่ยงผลกระทบที่อาจเกิดจากความแตกต่างของหลักเกณฑ์ด้านภาษี แต่ไม่จำเป็นต้องกำหนดหลักเกณฑ์ทุกองค์ประกอบให้เหมือนกันทั้งหมด (เช่น คำสั่งของ สหภาพยุโรปว่าด้วยการบูรณาการภาษีมูลค่าเพิ่ม (EU Directive on VAT Harmonisation)) 3. ระดับที่มี “การประสานงาน (coordination)” ถือเป็นระดับขั้นตอนการบูรณาการที่อยู่ในระดับกลาง โดยรูปแบบการบูรณาการใดที่ไม่สามารถจัดเข้าในระดับอื่นได้ก็ถือว่าถูกจัดให้อยู่ในระดับนี้ 4. ระดับที่มี “ความร่วมมือ (cooperation)” ถือเป็นระดับที่ไม่ได้มีนโยบายหรือ

Faria แต่ให้นิยามแตกต่างกันโดย Pistone กำหนดขอบเขตของการบูรณาการด้านภาษีในมิติของกฎหมายแห่งสหภาพยุโรปโดยมองว่าการบูรณาการด้านภาษี (harmonisation) เป็นเรื่องของการออกมาตรการภาษีในระดับสหภาพยุโรปที่ใช้บังคับกับรัฐสมาชิกทุกประเทศ ในขณะที่การประสานงานด้านภาษี (coordination) เป็นการออกมาตรการภาษีในระดับรัฐสมาชิก (Pasquale Pistone,“Steering the Development of Direct Taxes towards a Fair Mix of Positive and Negative Integration,” *in* Michael Lang *et al* (eds) *Horizontal Tax Coordination*. (Amsterdam: IBFD, 2012.)

[28] Cano, G.J. (1996), *Armonización tributaria del Mercosur.* Buenos Aires: Instituto Universitario de Finanzas Públicas Argentinas, *cited in* Fernando Velayos, Alberto Barreix & Luiz Villela, “Regional Integration and Tax Harmonisation: Issues and Recent Experiences” in **Vito Tanzi**, Alberto Barreix & Luiz Villela, *(eds) Taxation and Latin American Integration.* (Washington D.C.: Inter-American Development Bank, 2008), p.82.

[29] Simon James (2000) “Can We Harmonise Our Views on European Tax Harmonisation?” 54 *Bulletin for International Fiscal Documentation* 263, 263-269.

หลักเกณฑ์ในการจัดเก็บภาษีร่วมกัน แต่มีความตกลงในการให้ความช่วยเหลือระหว่างกัน ไม่ว่าจะเป็นความร่วมมือในลักษณะต่างตอบแทน หรือการมีผลประโยชน์ร่วมกัน 5. ระดับที่มี “แนวทางที่บรรจบกัน (convergence)” คือ เป็นระดับการบูรณาการที่แต่ละรัฐต่างฝ่ายต่างก็กำหนดนโยบายและหลักเกณฑ์เองโดยไม่ได้มีเจตจำนงค์ทางการเมืองที่จะบูรณาการหลักเกณฑ์ร่วมกัน เพียงแต่รัฐได้รับผลกระทบจากปัจจัยภายนอกที่คล้ายกัน เช่น กระแสโลภาภิวัตน์ แรงกดดันจากการแข่งขันด้านเศรษฐกิจ ทำให้ต้องกำหนดนโยบายและหลักเกณฑ์ดังกล่าว จึงทำให้ผลของการกำหนดนโยบายและหลักเกณฑ์ของแต่ละรัฐเป็นไปในทิศทางเดียวกัน[30]

งานวิจัยนี้ได้กำหนดระดับขั้นการบูรณาการ (degree) เพื่อประโยชน์ในการวิเคราะห์ผลการศึกษาตามแนวทางของ Velayos และคณะ เนื่องจากเมื่อเปรียบเทียบกับแนวทางอื่นแล้วถือเป็นแนวทางที่ละเอียดและสามารถอธิบายปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นในยุคต่าง ๆ ของการบูรณาการด้านภาษี รวมถึงในยุคเศรษฐกิจดิจิทัลปัจจุบันที่มีการบูรณาการด้านภาษีเพื่อแก้ปัญหาภาษีอากรระหว่างประเทศอันเนื่องมาจากพัฒนาการของเทคโนโลยีดิจิทัลได้ดีที่สุด นอกจากระดับขั้นการบูรณาการแล้วในการพิจารณาทิศทางของการบูรณาการด้านภาษีสู่ระเบียบภาษีโลกใหม่จำเป็นที่จะต้องวิเคราะห์ความแตกต่างของรูปแบบของเครื่องมือที่ใช้เพื่อการบูรณาการ (format) ของแต่ละกรณีศึกษาด้วย ซึ่งรูปแบบของการบูรณาการปทัสถานและหลักเกณฑ์ด้านภาษีในงานวิจัยนี้โดยทั่วไปหมายถึงปฏิสัมพันธ์ระหว่างเครื่องมือสองรูปแบบ ได้แก่ เครื่องมือในรูปแบบของ “ไม้แข็ง” (hard law approach) ที่มีผลผูกพันทางกฎหมายและมีสภาพบังคับ และเครื่องมือในรูปแบบของ “ไม้นวม” (soft law approach) ที่เป็นเครื่องมือการบูรณาการที่ไม่ได้มีผลผูกพันทางกฎหมายและไม่มีสภาพบังคับ จึงไม่ได้มีลักษณะเป็นกฎหมายในตัวเอง (law *per se*) แต่มีลักษณะเป็นแนวทางหรือคำแนะนำที่เป็นทางการจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง[31]

---

[30] Fernando Velayos, Alberto Barreix & Luiz Villela, “Regional Integration and Tax Harmonisation: Issues and Recent Experiences” in **Vito Tanzi**, Alberto Barreix & Luiz Villela, *(eds) Taxation and Latin American Integration.* (Washington D.C.: Inter-American Development Bank, 2008), p.79-126.

[31] Daniel Thürer (2000), “Soft Law,” *in* Red Bernhardt (ed) *Encyclopedia of Public International Law* 4, 452-54, Allison Christians (2012). ”How Nations Share.” *Indiana Law Journal*: Fall, 2012, Vol.87(4), 1407, 1410 & n.12. ดูเพิ่มเติม Allison Christians (2007). ”Hard Law, Soft Law, and International Taxation,” *25 Wisc. Int‘l L.J.* 325; Christine M. Chinkin (1989). ”The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law,” 38 I*nt‘l & Comp.L.Q.* 850; David M. Trubek, Patrick Cottrell, Mark Nance, ”Soft Law, Hard Law, and European Integration,” *in* Grainne De Búrca & Joanne Scott (*eds.*) *Law and New Governance in the EU and the US.* Oxford: Hart, 2006. อย่างไรก็ดีมีข้อสังเกตว่านักกฎหมายบางคนก็ไม่ให้ความสำคัญกับแหล่งที่มาของกฎหมายในรูปแบบของไม้นวม เช่น Klabbers ได้ตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับบทบาทของเครื่องมือที่ไม่ได้มีผลผูกพันทางกฎหมายหรือวิธีการใช้ไม้นวมว่าไม่มีนัยแตกต่างประการใดจากภาวะที่ไม่มีกฎหมาย (non-law) ดังนั้นการแบ่งประเภทกฎหมายเป็นแบบ Hard Law และ Soft Law จึงไม่มีประโยชน์แต่ประการใด เพราะท้ายที่สุดแล้วเวลาที่บังคับใช้กฎหมายก็จะต้องพิจารณาอยู่ดีว่ามีกฎหมายที่มีผลผูกพันและสภาพบังคับ (hard law) ที่สามารถปรับใช้กับกรณีที่เกิดขึ้นจริงหรือไม่ (Jan Klabbers (1996). ”The Redundancy of Soft Law,” *65 Nordic J. Int‘l L.* 167; Kal Raustiala (2005). ”Form and Substance in International Agreements,” *99 Am.J.Int‘l L.* 581.)

ซึ่งการใช้เครื่องมือในรูปแบบไม้นวมเพื่อการบูรณาการด้านภาษีก็มีข้อดีหลายประการ กล่าวคือ การใช้เครื่องมือในรูปแบบไม้นวมจะช่วยให้มีโอกาสที่จะบรรลุข้อตกลงในประเด็นที่ละเอียดอ่อนด้วยเหตุที่เป็นเครื่องมือที่ไม่ได้จำกัดอำนาจอธิปไตยของรัฐโดยตรง นอกจากนี้ถึงแม้เครื่องมือในรูปแบบนี้จะไม่มีผลผูกพันตามกฎหมาย แต่ก็มีผลผูกพันในเชิงปทัสถาน (normative force) ที่กำหนดแนวทางที่พึงปฏิบัติ ซึ่งการใช้เครื่องมือในรูปแบบไม้นวมนี้อาจพัฒนาสู่ความตกลงระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันคู่สัญญาหรือได้รับการพัฒนาจนกลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศต่อไป

6. อภิปรายผลการศึกษา

6.1. ทิศทางการเปลี่ยนแปลงสู่ระเบียบภาษีโลกใหม่

ในช่วงหลายทศวรรษที่ผ่านมาพบว่าเกิดกระแสการเปลี่ยนแปลงหลักการภาษีอากรระหว่างประเทศขึ้นทั่วโลก ทั้งในระดับประเทศ (national level) ระดับภูมิภาค (regional level) และระดับสากล (global level) เพื่อให้การจัดเก็บภาษีอากรเป็นไปอย่างเหมาะสมและรองรับกับปัญหาภาษีอากรระหว่างประเทศที่เกิดขึ้น ทั้งานวิจัยนี้ได้แบ่งยุคแห่งการเปลี่ยนแปลงออกได้เป็นสองช่วงเวลา คือ ช่วงเวลาก่อนที่จะเกิดโครงการ OECD BEPS ในปี ค.ศ. 2013 (Pre-OECD BEPS) และช่วงเวลาภายหลังจากที่เกิดการริเริ่มดำเนินโครงการ OECD BEPS แล้ว (Post-OECD BEPS) ทั้งนี้การตัดสินใจร่วมกันของประเทศกลุ่ม G20 และ OECD ที่ริเริ่มโครงการ BEPS ในปี ค.ศ. 2013 ถือเป็นจุดเปลี่ยนสำคัญในประวัติศาสตร์ของระเบียบภาษีโลก โดยเปลี่ยนจากระเบียบภาษีโลกดั้งเดิมที่มุ่งเน้นการแก้ไขปัญหาการจัดเก็บภาษีซ้ำซ้อนระหว่างรัฐถิ่นที่อยู่และรัฐแหล่งเงินได้เพื่อบรรเทาภาระภาษีซ้ำซ้อนของกิจการข้ามชาติ เป็นระเบียบภาษีโลกใหม่ที่มุ่งเน้นการแก้ไขปัญหาการหลบหลีกภาษีของกิจการข้ามชาติ และการออกมาตรการด้านภาษีที่เป็นภัย รวมถึงการแก้ไขปัญหาการจัดสรรอำนาจในการจัดเก็บภาษีระหว่างรัฐให้เหมาะสมในยุคเศรษฐกิจดิจิทัล

Pre-OECD BEPS

เมื่อพิจารณาแนวทางของระเบียบภาษีโลกเดิมในช่วง Pre-OECD BEPS แล้วพบว่าระเบียบภาษีโลกเดิมมุ่งเน้นการให้ความสำคัญกับปัญหาภาษีอากรระหว่างประเทศในมิติของการจัดเก็บภาษีซ้ำซ้อนระหว่างรัฐแหล่งเงินได้และรัฐถิ่นที่อยู่เป็นหลัก โดยจะเห็นได้ว่าตั้งแต่หลังสงครามโลกครั้งที่ 1 ที่ประเทศต่าง ๆ เริ่มกำหนดอัตราภาษีที่สูงขึ้น ซึ่งสาเหตุส่วนหนึ่งก็เป็นเพราะความจำเป็นที่ต้องหางบประมาณให้เพียงพอต่อรายจ่ายของประเทศหลังสงครามโลก และในขณะเดียวกันประเทศต่าง ๆ ก็เริ่มเก็บภาษีเงินได้อย่างจริงจัง โดยหลายประเทศออกกฎเกณฑ์ที่ให้อำนาจรัฐจัดเก็บภาษีเงินได้ทั้งในฐานะรัฐแหล่งเงินได้และรัฐถิ่นที่อยู่ ดังนั้นเมื่อต่อมาการค้าการลงทุนเริ่มขยายตัวจากแนวคิดเรื่องการค้าเสรี (free trade) ทำให้กิจการข้ามชาติเกิดขึ้นมากมาย ปัญหาที่ตามมาในมิติของกฎหมายภาษีอากร

ระหว่างประเทศก็คือเกิดการจัดเก็บภาษีซ้ำซ้อนขึ้นโดยรัฐที่มีอำนาจจัดเก็บภาษีมากกว่าหนึ่งรัฐขึ้นไป (juridical double taxation) ส่งผลให้ระเบียบภาษีโลกในระยะแรกนี้มุ่งเน้นการออกหลักเกณฑ์เพื่อป้องกันและขจัดปัญหาการจัดเก็บภาษีซ้อนระหว่างรัฐถิ่นที่อยู่และรัฐแหล่งเงินได้เป็นหลัก โดยจะเห็นได้จากการที่องค์การระหว่างประเทศหลายแห่งในยุคนั้น อาทิ สันนิบาตชาติ องค์การสหประชาชาติ (UN) รวมถึงองค์การความร่วมมือทางเศรษฐกิจยุโรป (OEEC) หรือที่รู้จักกันต่อมาว่าคือองค์การเพื่อความร่วมมือและพัฒนาการทางเศรษฐกิจ (OECD) ได้ออกต้นแบบอนุสัญญาภาษีซ้อนออกมาเพื่อช่วยสนับสนุนการเจรจาทำอนุสัญญาภาษีซ้อนในรูปแบบทวิภาคีของประเทศต่าง ๆ ซึ่งในยุคนี้การเจรจาเพื่อจัดทำอนุสัญญาภาษีซ้อนก็ได้รับความนิยมจากประเทศต่าง ๆ ซึ่งหากพิจารณาแล้วก็จะพบว่ามีอนุสัญญาภาษีซ้อนเกิดขึ้นระหว่างประเทศต่าง ๆ ในช่วงเวลานี้มากกว่า 3,000 ฉบับ ทั้งนี้แม้ข้อเท็จจริงปรากฏว่าหลักเกณฑ์ภาษีระหว่างประเทศที่ออกมาในระยะนี้โดยกลุ่มตัวอย่างที่ศึกษาในระดับประเทศ ระดับภูมิภาค และระดับโลกได้กล่าวถึงการแก้ไขปัญหาภาษีอากรระหว่างประเทศอื่นนอกเหนือจากปัญหาการจัดเก็บภาษีซ้ำซ้อนบ้าง แต่ประเด็นอื่นเหล่านี้ได้รับความสนใจเป็นส่วนน้อย เช่น หากพิจารณาข้อบทต่าง ๆ ที่ปรากฏอยู่ในอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างประเทศต่าง ๆ รวมถึงในต้นแบบของอนุสัญญาภาษีซ้อนขององค์การระหว่างประเทศที่สำคัญคือ OECD Model และ UN Model ที่ออกมาในช่วง Pre-OECD BEPS ก็จะพบว่าข้อบทส่วนใหญ่จะเกี่ยวข้องกับการขจัดภาษีซ้อน มีเพียงบางข้อบทอื่นเป็นส่วนน้อยเท่านั้นที่มุ่งจัดการกับปัญหาอื่นในมิติของภาษีอากรระหว่างประเทศ นอกจากนี้หากพิจารณาแนวทางการออกปทัสถานหรือหลักเกณฑ์เพื่อป้องกันการหลบหลีกภาษีอากรทั้งในรูปแบบของมาตรการทั่วไปเพื่อป้องกันการหลบหลีกภาษี (General Anti-Avoidance Rule: GAAR) หรือมาตรการเฉพาะเพื่อป้องกันการหลบหลีกภาษี (Specific Anti-Avoidance Rule: SAAR) ที่ออกมาเป็นการเฉพาะ ก็พบว่าแนวทางดังกล่าวปรากฏอยู่แค่เพียงในบางกลุ่มตัวอย่างเท่านั้น ไม่ปรากฏว่าได้รับความสนใจหรือได้รับความร่วมมือจากประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกอย่างจริงจังในวงกว้างแต่อย่างใด

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่าในช่วงปลายของยุค Pre-OECD BEPS ได้ปรากฏว่าเริ่มมีกระแสที่ให้ความสนใจแนวทางการออกหลักเกณฑ์เพื่อป้องกันการหลบหลีกภาษีมากขึ้น โดยเฉพาะหลังจากเกิดวิกฤตการณ์ทางการเงินในปี ค.ศ. 2008 ที่กระทบรายรับของประเทศต่าง ๆ ประกอบกับปัญหาความไม่โปร่งใสของข้อมูลทางการเงินของกิจการข้ามชาติทั้งหลาย ส่งผลให้กลุ่มประเทศ G20 และ OECD ให้ความสำคัญกับเรื่องภาษีและเป็นผู้นำในการแก้ไขปัญหาการหลบหลีกภาษีของกิจการข้ามชาติ[32]

[32] ตัวอย่างในระดับภูมิภาค เช่น โครงการของกลุ่มงานจรรยาบรรณ (Code of Conduct Group) แห่งสหภาพยุโรประหว่างปี ค.ศ. 1998 ถึงปี ค.ศ. 2013 ที่มุ่งศึกษาปัญหาและแนวทางการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการแข่งขันด้านภาษีที่ไม่เป็นธรรม (Harmful Tax Competition) หรือการออกแผนปฏิบัติการของยุโรปในการจัดการกับปัญหาการหลบหลีกภาษีในปี ค.ศ. 2012 (Action Plan against Tax Fraud and Tax Evasion and Recommendation on Tax Havens and on Aggressive Tax Planning) ตัวอย่างในระดับประเทศ เช่น การออกกฎหมาย Foreign Account Tax Compliance Act ของประเทศสหรัฐอเมริกาใน ปี ค.ศ. 2010 ซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมาย

โดยในปี ค.ศ. 2009 ที่ประชุม G20 ได้ให้ความสำคัญกับการแก้ไขปัญหาการหลบหลีกภาษีของกิจการข้ามชาติในรูปแบบของการสร้างปทัสถานและหลักเกณฑ์เพื่อสร้างความโปร่งใสของข้อมูลภาษี (transparency) จึงจัดตั้ง Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes (Global Forum) ซึ่งเป็นเวทีเฉพาะของ OECD ขึ้นเพื่อเป็นเวทีความร่วมมือระหว่างประเทศที่มุ่งพัฒนาปทัสถานและหลักเกณฑ์ในมิติดังกล่าว ต่อมาในปี ค.ศ. 2012 OECD ได้ออกรายงานปัญหาเกี่ยวกับการหลบหลีกภาษีระหว่างประเทศที่อาศัยความไม่สอดคล้องกันของกฎหมายภาษีแต่ละประเทศ เรื่อง Hybrid Mismatch Arrangement ขึ้น[33] และในเดือนมิถุนายน 2012 ผู้นำกลุ่ม G20 ได้หารือเกี่ยวกับความจำเป็นในการตอบโต้ปัญหาการกร่อนฐานภาษีและการถ่ายโอนกำไร (Base Erosion and Profit Shirting: BEPS) ของบริษัทข้ามชาติในการประชุมที่เม็กซิโก จึงได้กำหนดให้ OECD รายงานให้ที่ประชุมฯ ทราบเกี่ยวกับปัญหาดังกล่าว ในปี ค.ศ. 2013 OECD จึงได้เผยแพร่รายงานเรื่อง Addressing Base Erosion and Profit Shifting[34] ที่สรุปปัญหาและกำหนดแผนงานการดำเนินการจัดทำแผนปฏิบัติการเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวต่อไป ทั้งนี้กระแสการปฏิรูปและบูรณาการปทัสถานและหลักเกณฑ์ด้านภาษีระหว่างประเทศในช่วงปลายยุค Pre-OECD BEPS นี้นำไปสู่การพัฒนาระเบียบภาษีโลกใหม่ในช่วง Post-OECD BEPS อย่างมีนัยสำคัญ

Post-OECD BEPS

เมื่อพิจารณาแนวทางของระเบียบภาษีโลกใหม่ในช่วงยุค Post-OECD BEPS นับตั้งแต่ที่มีการเผยแพร่รายงานเรื่อง Addressing Base Erosion and Profit Shifting ในปี ค.ศ. 2013 ที่ถือเป็น

ภายในที่เป็นมาตรการฝ่ายเดียวที่มีวัตถุประสงค์ในการป้องกันการหลีกเลี่ยงภาษีของบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลของสหรัฐอเมริกาที่ทำธุรกรรมทางการเงินระหว่างประเทศตามแนวคิดและหลักการในการจัดเก็บภาษีตามหลักแหล่งเงินได้ทั่วโลก อย่างไรก็ดีแม้กฎหมายฉบับนี้จะเป็นกฎหมายภายในแต่มีการกำหนดให้สถาบันทางการเงินในต่างประเทศที่ดำเนินงานในลักษณะที่เป็นการสร้างรายได้หรือกำไรให้กับชาวสหรัฐฯ มีหน้าที่ต้องรายงานข้อมูลทางบัญชีของลูกค้าชาวสหรัฐฯ ต่อกรมสรรพากรของสหรัฐฯ โดยหากสถาบันการเงินใดหรือเจ้าของบัญชีชาวสหรัฐฯ รายใดไม่ปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าว ผลจะเงินที่จ่ายเข้าบัญชีของชาวสหรัฐฯ ในสถาบันการเงินนั้น ต้องถูกหักภาษี ณ ที่จ่ายในอัตราร้อยละ 30 ของรายได้ทั้งหมดที่มีแหล่งที่มาจากสหรัฐฯ ทั้งนี้เมื่อเป็นกฎหมายภายใน สหรัฐฯ จึงไม่สามารถบังคับสถาบันการเงินที่ตั้งอยู่ในรัฐต่างประเทศให้ส่งข้อมูลทางบัญชีของชาวสหรัฐฯ ให้แก่สหรัฐฯ ได้โดยตรง ดังนั้นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายดังกล่าว สหรัฐฯ จึงเจรจาทำความตกลงกับประเทศอื่นในรูปแบบของ Interim Government Agreement (IGA) เพื่อขอให้มีการแลกเปลี่ยนข้อมูลทางบัญชีของผู้เสียภาษีโดยอาจอยู่ในรูปแบบของความตกลงที่กำหนดให้รัฐคู่สัญญารวบรวมข้อมูลและรายงานข้อมูลผ่านระบบอัตโนมัติฝ่ายเดียว (non-reciprocal) (Model1B) หรือสหรัฐฯ ตกลงจะแลกข้อมูลให้ต่างตอบแทนด้วย (reciprocal) (Model1A) หรืออาจอยู่ในรูปแบบของความตกลงที่รัฐคู่สัญญาตกลงออกกฎหมายเพื่ออนุญาตและชี้นำให้สถาบันการเงินต่างประเทศที่ตั้งอยู่ในรัฐคู่สัญญาเป็นผู้รายงานต่อสหรัฐฯ โดยตรงผ่านระบบอัตโนมัติ (Model2)

[33] OECD (2012), “Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues,” [online] Available from : https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/hybrids_eng_final_october2012.pdf [8 November 2022]

[34] OECD (2013), “Addressing Base Erosion and Profit Shifting,” [online] Available from : https://doi.org/10.1787/9789264192744-en [7 November 2022].

การเริ่มต้นโครงการ OECD BEPS อย่างเป็นรูปธรรมแล้ว จะเห็นได้ว่าระเบียบภาษีโลกใหม่ในยุคนี้ให้ความสำคัญกับปัญหาการหลบหลีกภาษีของกิจการข้ามชาติ รวมถึงปัญหาการจัดสรรอำนาจในการจัดเก็บภาษีระหว่างรัฐให้เหมาะสมในยุคเศรษฐกิจดิจิทัลเป็นหลัก ทั้งนี้แม้ปัญหาเหล่านี้จะมีการพิจารณากันมาก่อนแล้วระหว่างประเทศต่าง ๆ ในเวทีระดับภูมิภาคและระดับโลกก่อนยุคนี้ แต่ประเด็นปัญหาเหล่านี้กลับได้รับความสนใจจากประเทศต่าง ๆ อย่างจริงจังในช่วงยุค Post-OECD BEPS สาเหตุหนึ่งอาจเป็นเพราะภายหลังจากที่ได้เริ่มดำเนินโครงการ OECD BEPS ไปแล้วในปี ค.ศ. 2013 ต่อมาได้เกิดปรากฏการณ์ข้อมูลในเอกสารลับทางการเงินในรัฐที่มีการจัดเก็บภาษีต่ำหลุดออกมาสู่สาธารณชนอย่างต่อเนื่อง[35] ซึ่งปรากฏการณ์เหล่านี้ถือเป็นชนวนสำคัญที่ทำให้ประเทศต่าง ๆ รวมถึงประชาชนทั่วโลกเริ่มให้ความสนใจกับปัญหาการหลบหลีกภาษีของกิจการข้ามชาติอย่างจริงจัง รวมทั้งขยายผลไปจนถึงการให้ความสำคัญกับปัญหาภาษีระหว่างประเทศที่เกิดจากการเข้าสู่ยุคเศรษฐกิจดิจิทัล เนื่องจากเป็นปัญหาที่เชื่อมโยงกันเพราะเทคโนโลยีดิจิทัลต่าง ๆ ถือเป็นส่วนหนึ่งที่ช่วยสร้างสภาพแวดล้อมที่เอื้ออำนวยต่อการหลบหลีกภาษีของกิจการข้ามชาติ นอกจากนี้อีกสาเหตุหนึ่งที่ทำให้ประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกสนใจประเด็นการหลบหลีกภาษีระหว่างประเทศมากขึ้นในมิติของการแลกเปลี่ยนข้อมูลและความโปร่งใสก็คือแนวทางการขอแลกเปลี่ยนข้อมูลทางบัญชีของผู้เสียภาษีตามความตกลง Interim Government Agreement (IGA) ระหว่างสหรัฐอเมริกากับรัฐคู่สัญญาแบบทวิภาคี เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย Foreign Account Tax Compliance Act ของสหรัฐอเมริกา[36] ซึ่งถือเป็นปัจจัยหนึ่งที่ผลักดันให้ประเทศต่าง ๆ เข้าสู่การเจรจาในเวทีการเจรจาแบบพหุภาคีใน Global Forum เพื่อที่จะได้รับผลประโยชน์ต่างตอบแทนจากประเทศต่าง ๆ ที่เข้าเป็นภาคีในความตกลงแบบพหุภาคีที่เป็นผลจากการเจรจาในเวทีดังกล่าว

---

[35] อาทิ ปรากฏการณ์ Luxembourg Leak หรือ Lux Leaks ในปี ค.ศ. 2014 ปรากฏการณ์ Panama Papers ในปี ค.ศ. 2016 และปรากฏการณ์ The Paradise Papers ในปี ค.ศ. 2017

[36] เช่น กรณีที่ประเทศไทยเจรจาและลงนามในความตกลง IGA กับสหรัฐในรูปแบบของ Model1A (ดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน *อ้างอิง 12* ข้างต้น) ส่งผลให้ประเทศไทยต้องออกพระราชบัญญัติการปฏิบัติการตามความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาเพื่อความร่วมมือในการปรับปรุงการปฏิบัติตามการภาษีอากรระหว่างประเทศ พ.ศ. 2560 ขึ้นเพื่อให้สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีในความตกลงดังกล่าวได้ ทั้งนี้กระบวนการเจรจาและลงนามดังกล่าวตลอดจนถึงการออกกฎหมายภายในเพื่อรองรับการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศตามความตกลงสองฝ่ายนั้นจำเป็นต้องใช้ทรัพยากรจำนวนมาก ทั้งในเชิงต้นทุนด้านเวลาและบุคลากร ดังนั้นหากประเทศไทยต้องดำเนินการเจรจารายประเทศกับประเทศคู่ค้าที่สำคัญต่าง ๆ ของไทยเพื่อขอแลกเปลี่ยนข้อมูลทางการเงินระหว่างกันในลักษณะต่างตอบแทน ทรัพยากรของรัฐที่จะต้องถูกใช้ไปในกระบวนการเจรจากับประเทศต่างๆ เหล่านั้นย่อมต้องมีจำนวนมหาศาล ดังนั้นแนวทางการตกลงเพื่อแลกเปลี่ยนข้อมูลทางการเงินระหว่างกันในรูปแบบพหุภาคีจึงถูกมองว่าเป็นทางเลือกที่เหมาะสมในสถานการณ์ดังกล่าว นอกจากนี้แนวทางการเจรจาแบบพหุภาคีดังกล่าวยังถูกมองว่าเป็นทางเลือกหนึ่งที่สามารถช่วยเพิ่มอำนาจในการเจรจาต่อรองให้แก่รัฐที่มีอำนาจเจรจาต่อรองที่ไม่สูงนักในเวทีการเจรจาแบบทวิภาคีได้อีกด้วย

ทั้งนี้กระแสการปฏิรูปและบูรณาการปทัสถานและหลักเกณฑ์ด้านภาษีระหว่างประเทศเพื่อนำไปสู่ระเบียบภาษีโลกใหม่ที่เน้นการแก้ไขปัญหาการหลบหลีกภาษีของกิจการข้ามชาติในยุคนี้ นอกเหนือจากการปรับปรุงกฎหมายภายใน และการจัดทำความตกลงรูปแบบทวิภาคีแล้ว พบว่ามีพัฒนาการของแนวทางการบูรณาการด้านภาษีระหว่างประเทศในระดับสากลที่สำคัญและแตกต่างจากยุคก่อน คือ มีการใช้เครื่องมือบูรณาการด้านภาษีระหว่างประเทศในรูปแบบของอนุสัญญาพหุภาคีควบคู่กับมาตรการฝ่ายเดียวและมาตรการสองฝ่ายอื่น ๆ ตามระเบียบภาษีโลกดั้งเดิมที่ปรากฏตั้งแต่ยุค Pre-OECD BEPS ทั้งนี้กรอบความร่วมมือในรูปแบบพหุภาคี (Multilateral Instruments) ที่สำคัญในยุค Post-OECD BEPS มีหลายกรณี เช่น Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters (MAC), OECD BEPS Action Plans (15 Action Plans)[37] และกรอบความตกลง Inclusive Framework on BEPS, Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosonand Profit Shifting (BEPS MLI), OECD BEPS Taskforce on Digital Economy (BEPS Action Plan 1: Pillar 1 - การเก็บภาษีจากธุรกิจดิจิทัล), OECD BEPS Working Party 11 (BEPS Action Plan 1: Pillar 2 - ภาษีขั้นต่ำของโลก), Multilateral Competent Authority Agreement on the Exchange of Country-by-Country Report, UN BEPS เป็นต้น ทั้งนี้เมื่อวิเคราะห์เครื่องมือที่ถูกนำมาใช้ในยุค Post-OECD BEPS เหล่านี้แล้วพบว่า เป้าหมายหลักนอกเหนือจากมุ่งแก้ไขปัญหาการหลบหลีกภาษีของกิจการข้ามชาติแล้ว เครื่องมือเหล่านี้ยังมุ่งปฏิรูปและบูรณาการปทัสถานและหลักเกณฑ์ด้านภาษีเพื่อต่อต้านมาตรการด้านภาษีที่เป็นภัยและสร้างความเป็นธรรมในการจัดเก็บภาษีด้วยการทำให้การจัดสรรอำนาจรัฐในการจัดเก็บภาษีระหว่างรัฐในยุคเศรษฐกิจดิจิทัลเป็นไปอย่างเหมาะสม โดยพยายามกำหนดปทัสถานใหม่ที่เปลี่ยนไปจากระเบียบภาษีโลกดั้งเดิมที่เน้นยึดหลักการปรากฏตัวทางกายภาพทำให้จำกัดอำนาจของรัฐแหล่งเงินได้ กล่าวคือ ระเบียบภาษีโลกใหม่พยายามวางแนวทางที่ขยายอำนาจของรัฐแหล่งเงินได้หรือแหล่งที่ตั้งของกิจกรรมทางเศรษฐกิจเพื่อให้สามารถจัดเก็บภาษีเงินได้กับกิจการข้ามชาติหรือธุรกิจดิจิทัลได้อย่างเหมาะสม ตามข้อเสนอแนวทางการจัดเก็บภาษีใน Pillar 1 ที่กำหนดแนวทางการจัดเก็บภาษีตามการปันส่วนกำไรมายังประเทศแหล่งที่ลูกค้าอยู่หรือแหล่งที่ตั้งของกิจกรรมทางเศรษฐกิจ และแนวทางใน Pillar 2 ที่กำหนดให้ธุรกิจข้ามชาติต้องมีการเสียภาษีขั้นต่ำ (Global Minimum Tax) ที่อัตราอย่างน้อยร้อยละ 15 ซึ่งแม้ปัจจุบันการดำเนินการแนวทางตาม Pillar 1 และ 2 ยังอยู่ในขั้นตอนระหว่างการดำเนินการ แต่หากสามารถเจรจาและได้รับความร่วมมือจากประเทศ

[37] แผนปฏิบัติการ BEPS ประกอบด้วย 15 มาตรการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้รัฐบาลของประเทศต่าง ๆ มีหลักเกณฑ์และเครื่องมือทั้งในประเทศและระหว่างประเทศที่สามารถใช้แก้ไขปัญหาการหลบหลีกภาษีระหว่างประเทศของกิจการข้ามชาติได้ และเพื่อให้แน่ใจว่าผลกำไรของกิจการข้ามชาติจะถูกจัดเก็บภาษีในรัฐที่ตั้งของกิจกรรมทางเศรษฐกิจ (market jurisdiction) ที่ก่อให้เกิดผลกำไรได้และเป็นรัฐซึ่งเป็นแหล่งที่มูลค่าถูกสร้างขึ้น (value creation)

ต่าง ๆ ดำเนินการจนบรรลุวัตถุประสงค์ได้แล้ว ย่อมสามารถช่วยป้องกันการกร่อนฐานภาษีและการโอนย้ายกำไรไปยังประเทศที่มีอัตราภาษีต่ำได้ อีกทั้งยังสร้างความเป็นธรรมในการจัดเก็บภาษี และป้องกันการแข่งขันให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีเพื่อดึงดูดนักลงทุนจากต่างชาติในลักษณะที่บิดเบือนกลไกตลาด[38]

ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงกระแสการปฏิรูปหลักการภาษีอากรที่เกิดขึ้นในยุค Post-OECD BEPS ที่เกิดขึ้นทั้งในระดับประเทศ (national level) ระดับภูมิภาค (regional level) และระดับสากล (global level) แล้วพบว่ามีลักษณะเป็นความพยายามที่จะทำให้เกิดการบูรณาการด้านภาษี (tax harmonisation) ขึ้น เพื่อนำไปสู่ระเบียบภาษีโลกใหม่ (new world tax order) ที่มุ่งสร้างปทัสถานสากลด้านภาษี (global tax norms) มารองรับการจัดเก็บภาษีอากรในยุคเศรษฐกิจดิจิทัลให้เป็นไปอย่างเหมาะสม เพื่อให้สามารถแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับอำนาจรัฐในการจัดเก็บภาษีและการจัดสรรอำนาจจัดเก็บภาษีที่ไม่เหมาะสม (tax jurisdiction & inefficient tax allocation) ปัญหาการหลบหลีกภาษีของกิจการข้ามชาติ (tax avoidance) และปัญหามาตรการด้านภาษีที่เป็นภัย (harmful tax practices) ทั้งนี้ลักษณะของการบูรณาการหลักการภาษีอากรดังกล่าวยังพัฒนาไปไม่ถึงขั้นการกำหนดหลักเกณฑ์ที่บังคับใช้ร่วมกันเป็นหนึ่งเดียวอย่างเป็นเอกรูป (unification) ผ่านองค์กรเหนือรัฐ (supranationalism) ทั้งนี้ทิศทางการเปลี่ยนแปลงในปัจจุบันยังคงอยู่ในลักษณะของความร่วมมือระหว่างรัฐ (intergovernmental approach) ที่มีมาตรการบูรณาการที่เกี่ยวข้องหลายระดับขั้นการบูรณาการ (degree) ทั้งในรูปแบบทวิภาคี (bilateral approach) และรูปแบบพหุภาคี (multilateral approach) โดยดำเนินไปแบบผสมผสานควบคู่กับการใช้มาตรการฝ่ายเดียว โดยอาศัยเครื่องมือการบูรณาการทั้งที่อยู่ในรูปแบบไม้แข็งที่มีผลผูกพันตามกฎหมาย (hard law) และในรูปแบบไม้นวมที่ไม่ได้มีผลผูกพันทางกฎหมาย (soft law) ในการสร้างปทัสถานสากลด้านภาษี (global tax norms) แต่แนวทางการบูรณาการระเบียบภาษีโลกใหม่ในยุค Post-OECD BEPS จะเน้นให้ความสำคัญกับมาตรการแบบพหุภาคี (multilatearl approach) มากกว่าแนวทางเดิมในยุค Pre-OECD BEPS อย่างมีนัยสำคัญ นอกจากนี้ยังพบเครื่องมือขององค์การเหนือรัฐ โดยมักเป็นกรณีของรัฐ

---

[38] อย่างไรก็ดี Cristian และคณะมองว่าแนวทางการปฏิรูประเบียบภาษีโลกใหม่ตามข้อเสนอ Pillar 1 และ 2 ของ OECD โดยกำหนดให้ความสำคัญกับรัฐที่เป็นแหล่งที่ตั้งของกิจกรรมทางเศรษฐกิจหรือเป็นถิ่นที่ลูกค้าหรือผู้ใช้งานตั้งอยู่ (market jurisdiction) นั้นแท้ที่จริงแล้วอาจมีเป้าหมายเพียงเพื่อขยายอำนาจของรัฐแหล่งเงินได้ในยุคที่รัฐต่าง ๆ ต้องการรายได้รัฐเพิ่มขึ้นโดยที่ไม่ต้องการเพิ่มต้นทุนให้แก่ผู้มีถิ่นที่อยู่ของตน ดังนั้นจึงผลักภาระไปที่ธุรกิจต่างชาติโดยสร้างแนวคิดเกี่ยวกับแหล่งที่ตั้งของกิจกรรมทางเศรษฐกิจขึ้นมาเพื่อขยายอำนาจการจัดเก็บภาษีของรัฐแหล่งเงินได้ไปยังธุรกิจดิจิทัลต่างชาติที่ไม่มีการปรากฏตัวทางกายภาพในรัฐแหล่งเงินได้เท่านั้น แต่แนวคิดเกี่ยวกับระเบียบภาษีโลกใหม่ดังกล่าวกลับขัดแย้งกับแนวคิดตามระเบียบภาษีโลกเดิม และอาจสร้างประเด็นปัญหาเพิ่มเติมในมิติอื่น ๆ ได้ ทั้งประเด็นกฎหมาย ประเด็นทางเศรษฐศาสตร์ ประเด็นนโยบายภาษี ประเด็นการบริหารการจัดเก็บภาษี ซึ่ง Cristian และคณะ จึงเสนอให้ใช้แนวทางอื่น (ได้แก่ แนวทางการกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อจัดเก็บภาษีฐานใหม่จากฐานข้อมูลดิจิทัล (Digital Data Tax: DDT) ในการแก้ไขปัญหาการจัดเก็บภาษีกับธุรกิจดิจิทัลแทนแนวทางดังกล่าวตามข้อเสนอของ OECD (Cristian Óliver Lucas-Mas and Raúl Fêlix Junquera-Varela, **Tax Theory Applied to the Digital Economy: A Proposal for a Digital Data Tax and a Global Internet Tax Agency.** (Washington: World Bank Group, 2021)

ที่มีการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจในระดับที่เข้มข้น ได้แก่ สหภาพยุโรป อย่างไรก็ดีเครื่องมือขององค์กรเหนือรัฐที่ถูกนำมาใช้ในกรณีนี้ยังไม่ได้อยู่ในระดับของการใช้หลักเกณฑ์เดียวกันกับทุกรัฐสมาชิกแบบรวมกันเป็นหนึ่งอย่างเป็นเอกรูป (unification approach) แต่มักเป็นเครื่องมือในระดับแนวทางที่บรรจบกัน (convergence) จนถึงระดับที่มีความสอดคล้องกัน (compatibility)

6.2. ผลกระทบของทิศทางการเปลี่ยนแปลงสู่ระเบียบภาษีโลกใหม่ที่อาจเกิดขึ้นและควรศึกษาวิจัยต่อไป

กระแสการปฏิรูปและบูรณาการที่เกิดขึ้นในเพื่อเข้าสู่ระเบียบภาษีโลกใหม่ในยุค Post-OECD BEPS เป็นการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นในทุกระดับ ไม่ว่าจะเป็นในระดับประเทศ ระดับภูมิภาค หรือระดับสากล แต่ระดับที่ส่งผลกระทบมากที่สุดก็คือการเปลี่ยนแปลงในระดับสากล ในรูปแบบของมาตรการพหุภาคี ไม่ว่าจะเป็นการบูรณาการที่อยู่ในระดับขั้นใด ทั้งนี้ ทิศทางการเปลี่ยนแปลงสู่ระเบียบภาษีโลกใหม่จากกระแสปฏิรูปและการบูรณาการด้านภาษี ดังกล่าวส่งผลกระทบต่อเขตอำนาจรัฐในการจัดเก็บภาษี (tax jurisdiction) รวมถึงอำนาจอธิปไตยของรัฐในการจัดเก็บภาษี (national tax sovereignty) อย่างมีนัยสำคัญ กล่าวคือ ประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกที่เข้าสู่กระแสการปฏิรูปและการบูรณาการด้านภาษีดังกล่าว ไม่ว่าเพราะเหตุที่ถูกกดดันหรือโดยเต็มใจ ย่อมมีพันธกิจแห่งรัฐที่ผูกพันให้จำต้องจำกัดเขตอำนาจรัฐในการจัดเก็บภาษี (tax jurisdictional limitation) ให้สอดคล้องกับปทัสถานสากลด้านภาษีที่ถูกกำหนดขึ้นเหล่านี้ตามข้อตกลงที่รัฐตนเข้าไปผูกพัน เช่น ประเทศภาคี (Associate Country) ทั้ง 142 รัฐ ที่ตกลงเข้าร่วมในกรอบความร่วมมือในโครงการป้องกันการกร่อนฐานภาษีและถ่ายโอนกำไรของ OECD/G20 (OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS) ย่อมมีพันธกรณีขั้นต่ำที่จะต้องปฏิบัติแผนปฏิบัติการในโครงการ BEPS อย่างน้อย 4 แผนปฏิบัติการ ตามที่ได้บทสรุปเกี่ยวกับมาตรการขั้นต่ำ (minimum standard) ได้แก่ (1) แผนปฏิบัติการ 5 (Action Plan 5) การตอบโต้มาตรการภาษีที่เป็นภัยอย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น โดยคำนึงถึงความโปร่งใสและเนื้อหา (Counter Harmful Tax Practices More Effectively, Taking Into Account Transparency and Substance), (2) แผนปฏิบัติการ 6 (Action Plan 6) ป้องกันการใช้อนุสัญญาภาษีซ้อนในทางที่ไม่ถูกต้อง (Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances), (3) แผนปฏิบัติการ 13 (Action Plan 13) จัดทำเอกสารราคาโอนและรายงาน ของแต่ละประเทศ (Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting) และ (4) แผนปฏิบัติการ 14 (Action Plan 14) ปรับปรุงกลไกในการระงับข้อพิพาทมีประสิทธิภาพมากขึ้น (Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective) เป็นต้น

ทั้งนี้ ปทัสถานและหลักเกณฑ์ที่ถูกกำหนดขึ้นในระดับภูมิภาคและในระดับสากลย่อมถือว่ามิใช่ปทัสถานที่แต่ละรัฐกำหนดขึ้นเองอย่างเป็นเอกเทศ กล่าวคือ รัฐกำหนดปทัสถานและหลักเกณฑ์

ร่วมกันกับรัฐอื่น ทั้งนี้แม้เวทีที่ใช้เจรจาเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ร่วมกันจะมีเป้าหมายเพื่อให้บรรลุผลประโยชน์ร่วมกันของทุกฝ่าย แต่ในทางปฏิบัติพบว่าหลายกรณีผู้ที่มีบทบาทหลักในการริเริ่มและดำเนินการเจรจามักมีความสัมพันธ์กับรัฐที่มีเศรษฐกิจขนาดใหญ่ตั้งอยู่ และผลการเจรจาอาจจะไม่ได้เป็นประโยชน์กับทุกฝ่ายอย่างเท่าเทียมกันอย่างแท้จริง เช่น กรณีของโครงการ OECD BEPS ที่มีการกำหนดรายงานของแผนปฏิบัติการทั้งหมดโดย OECD เรียบร้อยแล้ว (OECD BEPS Report) ก่อนที่จะเชิญประเทศต่าง ๆ เข้าร่วมในกรอบความร่วมมือ Inclusive Framework ทั้งนี้ ถึงแม้ประเทศที่มิใช่สมาชิกอาจรับรู้หรือได้รับเชิญให้เข้าร่วมแสดงความคิดเห็นระหว่างกระบวนการพัฒนาปทัสถานหรือหลักเกณฑ์ด้านภาษีเพื่อแก้ไขปัญหาภาษีระหว่างประเทศร่วมกัน แต่บทบาทของประเทศเหล่านั้นอาจถูกจำกัดเพียงการให้เข้าร่วมแสดงความคิดเห็นประกอบการพิจารณาเท่านั้น โดยหาได้มีอำนาจในการกำหนดปทัสถานหรือหลักเกณฑ์ที่จริงจังไม่[39] นอกจากนี้ยังมีข้อสังเกตที่สำคัญว่าหลายประเทศก็มีความพยายามที่จะสร้างกลไกการบูรณาการด้านภาษีบนเวทีสากลอื่นนอกเหนือจาก OECD เช่น กรณีขององค์การสหประชาชาติ (United Nations: U.N.) ที่ประเทศไนจีเรียซึ่งเป็นตัวแทนกลุ่มประเทศในทวีปแอฟริกาได้ยื่นเรื่องให้ U.N. พิจารณาการออกมติของ U.N. ในการเข้าไปมีบทบาทในกลไกการบูรณาการด้านภาษีระหว่างประเทศร่วมกัน[40] ซึ่ง U.N. ได้พิจารณาและออกมติในวันที่ 23 พฤศจิกายน 2565 เพื่อยืนยันการมีบทบาทดังกล่าวของ U.N. ในเวทีสากล ดังนั้นกลไกความร่วมมือที่นำโดย U.N. นี้อาจถือว่าเป็นความพยายามของกลุ่มประเทศบางกลุ่มที่มีบทบาทน้อยในเวทีการเจรจาของโครงการ OECD BEPS และต้องการใช้การเจรจาระหว่างประเทศผ่านการนำของ UN เพื่อเพิ่มบทบาทของกลุ่มประเทศตนในการมีส่วนร่วมกำหนดระเบียบภาษีโลกใหม่

แม้ปัจจุบันปทัสถานและหลักเกณฑ์สากลภายใต้ระเบียบภาษีโลกใหม่กำลังอยู่ระหว่างการพัฒนา*เนื้อหา* (content) ในเวทีต่าง ๆ แต่โดยภาพรวมสามารถสรุปได้ว่าทิศทางการเปลี่ยนแปลงสู่ระเบียบ

---

[39] ดู Nana Ama Sarfo & Stephanie Soong Johnston “A New World Tax Order: The Inclusive Framework and Its Future,” in **Tax Notes International,** Vol. 104, 29 November 2021: 976-979; Mindy Herzfeld “The OECD Consults on a New Tax World Order,” in **Tax Notes**, 18 February 2019: p.730-733.

[40] UN Economic and Financial Committee (Second Committee), “Promotion of Inclusive and Effective International Tax Cooperation at the United Nations,” A/C.2/77/L.11/Rev.1 (16 November 2022) อย่างไรก็ดีบางประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา มองว่าความพยายามของ UN ดังกล่าวอาจทำให้กระบวนการสู่ระเบียบภาษีโลกใหม่ที่ดำเนินการไปแล้วในเวทีสากลอื่น เช่น OECD BEPS อาจเกิดความล่าช้าหรือสะดุดหยุดลงได้ (ดู United States Mission to the United Nations, “Explanation of Position on a Second Committee Resolution on the Promotion of Inclusive and Effective International Tax Cooperation,” [online] Available from : https://usun.usmission.gov/explanation-of-position-on-a-second-committee-resolution-on-the-promotion-of-inclusive-and-effective-international-tax-cooperation/ [5 January 2023] ดู Sharon Katz-Pearlman, “Definitely Not Boring: The U.N. Tax Committee and OECD Collide,” in **Tax Notes International**, Vol. 109, 6 February 2023; Belisa F. Liotti *et al.* “U.N. Tax Committee Confident It Can Attain Ambitious Mandate,” in **Tax Note International**, Vol. 109, 13 February 2023.

ภาษีโลกใหม่ให้ความสำคัญกับการบูรณาการมาตรการด้านภาษีระดับสากลผ่านกลไกความร่วมมือด้านภาษีระหว่างประเทศแบบพหุภาคีมากขึ้นกว่ายุคก่อน ดังนี้ เมื่อทิศทางการเปลี่ยนแปลงสู่ระเบียบภาษีโลกใหม่มีลักษณะดังกล่าว จึงถือว่าเป็นกรณีที่ประเทศต่าง ๆ ถูกกร่อนอำนาจอธิปไตยของรัฐด้านภาษี (erosion of tax sovereignty) ในระดับหนึ่ง แม้จะไม่ถึงระดับที่สูญเสียอำนาจอธิปไตยด้านภาษีโดยสิ้นเชิงก็ตาม ดังนั้นประเทศต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องในกลไกการบูรณาการด้านภาษีระหว่างประเทศจำเป็นต้องชั่งน้ำหนักระหว่างการให้ความสำคัญของอำนาจอธิปไตยของรัฐด้านภาษี (national tax sovereignty) ที่คำนึงถึงผลประโยชน์ของรัฐตนเป็นหลัก กับการบูรณาการมาตรการด้านภาษีระดับสากล (global tax governance) ที่คำนึงถึงผลประโยชน์ร่วมกันของรัฐต่าง ๆ ที่เข้ามาเกี่ยวข้อง ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าบางประเทศอาจมีเป้าหมายในการเข้าร่วมในกลไกความร่วมมือด้านภาษีระหว่างประเทศเพื่อเป็นส่วนหนึ่งของการกำหนดปทัสถานและหลักเกณฑ์สากลด้านภาษีอันนำไปสู่ระเบียบภาษีโลกใหม่ แต่ในขณะที่บางประเทศอาจเพียงมีวัตถุประสงค์แค่เพียงต้องการเข้าสังเกตการณ์หรือต้องการได้รับความช่วยเหลือด้านเทคนิคในการจัดเก็บภาษีระหว่างประเทศเท่านั้น ซึ่งเป้าหมายที่แตกต่างกันย่อมส่งผลให้แรงจูงใจในการจำกัดอำนาจอธิปไตยด้านภาษีเพื่อสร้างระเบียบภาษีโลกใหม่ของแต่ละประเทศย่อมแตกต่างกันไปด้วย ทั้งนี้ ทิศทางการเปลี่ยนแปลงสู่ระเบียบภาษีโลกใหม่ต่อเขตอำนาจรัฐในการจัดเก็บภาษีและอำนาจอธิปไตยของรัฐด้านภาษีดังกล่าว อาจส่งผลกระทบนำไปสู่ปัญหาอุปสรรคและโอกาสที่แตกต่างกันในแต่ละประเทศซึ่งมีจุดแข็งและจุดอ่อน รวมถึงแนวคิดและสภาพแวดล้อมในด้านต่าง ๆ ที่แตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นด้านกฎหมาย การเมือง สังคม วัฒนธรรม หรือเศรษฐกิจ จึงควรดำเนินการศึกษาวิจัยในโครงการวิจัยอื่นเป็นรายประเทศโดยละเอียดสืบเนื่องต่อไปในอนาคต

7. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

กระแสการปฏิรูปหลักการภาษีอากร (tax reform) ในยุคเศรษฐกิจดิจิทัล (digital economy) ทำให้เกิดการบูรณาการด้านภาษี (tax harmonisation) สู่ระเบียบภาษีโลกใหม่ (new world tax order) ซึ่งในปัจจุบันการบูรณาการหลักการภาษีอากรดังกล่าวยังพัฒนาไปไม่ถึงระดับที่มีการกำหนดหลักการร่วมกันเป็นหนึ่งเดียวอย่างเป็นเอกรูป (unification) แต่ยังคงอยู่ในระดับของความร่วมมือระหว่างรัฐ (intergovernmental cooperation) ทั้งในรูปแบบทวิภาคี (bilateral cooperation) และรูปแบบพหุภาคี (multilateral cooperation) ผ่านเครื่องมือการบูรณาการที่ไม่ได้มีผลผูกพันทางกฎหมายหรือผ่านวิธีการใช้ไม้นวม (soft approach) เพื่อสร้างปทัสถานสากลด้านภาษี (global tax norms) มารองรับการจัดเก็บภาษีอากรในยุคเศรษฐกิจดิจิทัลให้เป็นไปอย่างเหมาะสม

ทั้งนี้ ทิศทางการเปลี่ยนแปลงสู่ระเบียบภาษีโลกใหม่จากกระแสปฏิรูปและการบูรณาการด้านภาษีดังกล่าวส่งผลกระทบต่อเขตอำนาจรัฐในการจัดเก็บภาษี (tax jurisdiction) รวมถึงอำนาจอธิปไตย

ของรัฐในการจัดเก็บภาษี (national tax sovereignty) อย่างมีนัยสำคัญ กล่าวคือ ประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกที่เข้าสู่กระแสการปฏิรูปและการบูรณาการด้านภาษีดังกล่าว ไม่ว่าเพราะเหตุที่ถูกกดดันหรือโดยเต็มใจ ย่อมมีพันธกิจแห่งรัฐที่ผูกพันให้จำต้องจำกัดเขตอำนาจรัฐในการจัดเก็บภาษี (tax jurisdictional limitation) ให้สอดคล้องกับปทัสถานสากลด้านภาษีซึ่งมิใช่ปทัสถานที่รัฐกำหนดขึ้นเองอย่างเป็นเอกเทศ แต่เป็นปทัสถานที่ถูกกำหนดขึ้นร่วมกันโดยประเทศต่าง ๆ ที่มีอำนาจต่อรองแตกต่างกันบนเวทีสากล กรณีดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นการกร่อนอำนาจอธิปไตยของรัฐด้านภาษี (erosion of tax sovereignty) ซึ่งอาจนำไปสู่ปัญหาอุปสรรคและโอกาสที่แตกต่างกันในแต่ละประเทศซึ่งมีจุดแข็งและจุดอ่อน รวมถึงสภาพแวดล้อมด้านต่าง ๆ ที่แตกต่างกัน

ดังนั้น จากข้อสรุปที่ค้นพบจากผลการงานวิจัยนี้ ผู้วิจัยจึงมีข้อเสนอแนะให้นำผลการศึกษาวิจัยนี้ไปใช้เป็นพื้นฐานของการศึกษาวิจัยในโครงการวิจัยอื่นในอนาคตสืบเนื่องต่อไป โดยเฉพาะการศึกษาวิจัยผลกระทบของทิศทางการเปลี่ยนแปลงสู่ระเบียบภาษีโลกใหม่ในปัจจุบันต่อประเทศไทย เพื่อวิเคราะห์จุดแข็งและจุดอ่อน รวมถึงปัญหาอุปสรรคและโอกาสของประเทศไทยภายใต้ทิศทางการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวอันจะนำไปสู่การเสนอข้อเสนอแนะเชิงนโยบายในระยะสั้นและระยะกลางต่อจุดยืนและเป้าหมายของประเทศไทยที่เหมาะสมต่อทิศทางการเปลี่ยนแปลงสู่ระเบียบภาษีโลกใหม่ที่เกิดขึ้นง รวมทั้งแนวทางการปรับปรุงกฎหมายและเครื่องมืออื่นที่เกี่ยวข้องเพื่อให้สอดคล้องกับจุดยืนและเป้าหมายดังกล่าว

ปัญหาการปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เพื่อวินิจฉัยความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน*

Problems Concerning the Application of Conflict of Laws Act, B.E. 2481 (1938) for the Determination of Legal Parenthood of Children Born out of Surrogacy

อรรัมภา ไวยมุกข์

Awnrumpa Waiyamuk

อาจารย์ประจำ
คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา
169 ถนนลงหาดบางแสน ต.แสนสุข อ.เมือง จ.ชลบุรี
Full-Time Lecturer
Faculty of Political Science and Law, Burapha University,
Long-Haad Bangsaen Road, Saensuk, Muang, Chonburi 20130
Corresponding author Email: awnrumpa@gmail.com

ทรงสรร ศรีจำรัส

Songsan Seejamraj

นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา
169 ถนนลงหาดบางแสน ต.แสนสุข อ.เมือง จ.ชลบุรี
LL.M Candidate
Faculty of Political Science and Law, Burapha University,
Long-Haad Bangsaen Road, Saensuk, Muang, Chonburi 20130
Corresponding author Email: 63920237@go.buu.ac.th

(Received: November 28, 2022; Revised: May 8, 2023; Accepted: June 6, 2023)

---

* บทความนี้เรียบเรียงและขยายความเพิ่มเติมจากงานนิพนธ์เรื่อง ปัญหาการปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เพื่อวินิจฉัยความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน" หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา

บทคัดย่อ

การวิจัยนี้มุ่งศึกษาสภาพปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นกรณีมีข้อพิพาทในศาลไทยเกี่ยวกับความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนในกรณีข้อเท็จจริงมีองค์ประกอบต่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง

จากการศึกษาพบว่า ในขณะที่กฎหมายสารบัญญัติไทยในปัจจุบันบัญญัติไว้อย่างชัดเจนให้คู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน แต่ในกรณีที่มีการปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 อาจนำไปสู่การใช้กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศที่ไม่รับรองความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของบุคคลดังกล่าวถึงแม้จะเป็นการตั้งครรภ์แทนที่ชอบด้วยกฎหมายในประเทศไทยก็ตาม เพื่อบรรเทาผลดังกล่าว การศึกษานี้มีข้อเสนอแนะว่าควรนำกลไกต่าง ๆ ของหลักกฎหมายขัดกัน เช่น การย้อนส่งหรือหลักความสงบเรียบร้อยฯ ในทางระหว่างประเทศมาปรับใช้เพื่อจำกัดผลของการใช้กฎหมายต่างประเทศนั้นในศาลไทย และควรแก้ไขเพิ่มเติมกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายให้มีบทบัญญัติเฉพาะสำหรับประเด็นการวินิจฉัยความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

คำสำคัญ : กฎหมายขัดกัน, การตั้งครรภ์แทน, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

Abstract

This documentary research examines the state of legal problems that may arise from disputes before Thai courts regarding the legal parenthood of a child born out of surrogacy in cases with foreign elements.

The findings reveal that Thai substantive law clearly states that lawful husband and wife intending to have a child shall be the legal parents of the child born out of surrogacy, whereas the application of the Conflict-of-Laws Rules Act, B.E. 2481 may lead to the application of foreign substantive law denying legal parenthood of the intending parents even in cases which the surrogacy is lawful under Thai law. To alleviate such effects, this study suggests the use of various mechanisms of Conflict-of-Laws Rules, such as renvoi, or international public order exception to limit the effects of the application of such foreign law in Thai courts. Moreover, the Conflict-of-Laws Rules should be amended to contain specific provisions for the issues of legal parenthood of children born out of surrogacy.

Keywords: Conflict of Laws, Surrogacy, Private International Law

1. ความนำ

"เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์" (Assisted reproductive technology) ซึ่งถือว่าเป็นเทคโนโลยีที่สามารถช่วยบุคคลผู้ที่ประสบภาวะการมีบุตรยากได้ วิธีการรักษาผู้มีบุตรยากมีหลายวิธีขึ้นอยู่กับสาเหตุของการมีบุตรยากของคู่สมรสแต่ละคู่ว่าต้นเหตุของการมีบุตรยากนั้นเกิดจากฝ่ายหญิงหรือฝ่ายชายหรือทั้งสองฝ่ายซึ่งจะมีวิธีการที่ต่างกันไป อาทิ การผสมเทียมโดยการฉีดอสุจิเข้าสู่โพรงมดลูกโดยตรง การทำกิ๊ฟท์ การทำซิฟท์ การปฏิสนธิภายนอกร่างกายหรือเด็กหลอดแก้ว หรือการตั้งครรภ์แทน หรือที่เรียกกันอย่างติดปากว่า "การอุ้มบุญ" เป็นต้น[1] โดยในประเทศไทยปัจจุบันมีพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ถูกร่างขึ้นและใช้บังคับเพื่อควบคุมกำกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

สำหรับการตั้งครรภ์แทนจะมีบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนประกอบไปด้วยบุคคลหลายฝ่าย โดยอย่างน้อยที่สุดในกรณีที่ชายและหญิงที่ประสงค์จะมีบุตรสามารถใช้เซลล์อสุจิและเซลล์ไข่ของตนเอง เพียงแต่หญิงที่ประสงค์มีบุตรไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ด้วยตนนั้นย่อมประกอบไปด้วย ชายที่ประสงค์จะมีบุตร หญิงที่ประสงค์จะมีบุตรและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน แต่สำหรับกรณีที่ชายหรือหญิงที่ประสงค์จะมีบุตรไม่สามารถใช้เซลล์อสุจิหรือเซลล์ไข่ของตนเอง กระบวนการตั้งครรภ์แทนย่อมมีบุคคลที่เกี่ยวข้องเพิ่มขึ้นมา ได้แก่ ชายที่ให้ใช้อสุจิของตนหรือหญิงที่ให้ใช้ไข่ของตนในกระบวนการตั้งครรภ์แทน

สำหรับเงื่อนไขการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการตั้งครรภ์แทนที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ให้การรับรองในปัจจุบันคือผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนต้องเป็นคู่สามีภริยาที่จดทะเบียนสมรสกันตามกฎหมายและอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งจะต้องมีสัญชาติไทย ในกรณีคู่สมรสฝ่ายหนึ่งไม่ได้มีสัญชาติไทยต้องจดทะเบียนสมรสกับบุคคลสัญชาติไทยมาไม่น้อยกว่า 3 ปี หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องมิใช่บุพการีหรือผู้สืบสันดานของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตร แต่ต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตร ในกรณีที่ไม่มีญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทนได้ โดยประกาศกระทรวงสาธารณสุขฉบับปัจจุบันกำหนดให้หญิงนั้นต้องมีสัญชาติเดียวกันกับสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน[2]

---

[1] ธานี วรภัทร์ และคณะ, **รายงานผลการวิจัย เรื่อง ศึกษาและวิเคราะห์การบังคับใช้กฎหมายเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์** (มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2561), หน้า 11-14.

[2] ประกาศกระทรวงสาธารณสุขเรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการให้หญิงอื่นที่มิใช่ญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายรับตั้งครรภ์แทน พ.ศ. 2558

ข้อ 5 หญิงอื่นที่มิใช่ญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่จะรับตั้งครรภ์แทนจะต้องเป็นผู้ที่มีคุณสมบัติดังต่อไปนี้

5.1 มีสัญชาติเดียวกันกับสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน

นอกจากนี้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นหญิงที่เคยมีบุตรมาก่อนแล้วเท่านั้นและถ้าหญิงนั้นมีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินฉันสามีภริยา จะต้องได้รับความยินยอมจากสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายดังกล่าวด้วย[3] โดยการตั้งครรภ์แทนจะทำได้เพียงสองวิธีคือ 1) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีและไข่ของภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน และ 2) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีหรือไข่ของภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะรับตั้งครรภ์แทนกับไข่หรืออสุจิของผู้อื่น โดยต้องห้ามใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน[4] ดังนั้นเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามกรอบของกฎหมายไทยปัจจุบัน จะต้องมีความเชื่อมโยงทางพันธุกรรมกับสามีหรือภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ดังนั้นคู่สมรสที่มีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่ายโดยหลักการแล้วจะยังไม่ได้รับสิทธิให้เข้าถึงกระบวนการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการนี้ได้[5]

นอกจากนี้ความสำคัญอีกประการหนึ่งของพระราชบัญญัติดังกล่าวคือการกำหนดความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการตั้งครรภ์แทนไว้เป็นการเฉพาะแตกต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยกำหนดให้คู่สามีภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยชัดแจ้ง ดังนั้นในกรณีที่เป็นกระบวนการตั้งครรภ์แทนที่เกิดขึ้นในประเทศไทยตามกรอบของพระราชบัญญัติดังกล่าว หากข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการตั้งครรภ์แทนไม่ได้มีองค์ประกอบต่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการตั้งครรภ์แทนมีสัญชาติไทยและอาศัยอยู่ในประเทศไทยทุกคน การวินิจฉัยความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กก็ย่อมเป็นไปตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติดังกล่าวในกรณีที่เกิดข้อพิพาทระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการตั้งครรภ์แทน

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้อนุญาตให้คู่สมรสที่เป็นชาวต่างชาติใช้วิธีการ “อุ้มบุญ” ได้ เพียงแต่คู่

5.2 มีอายุไม่ต่ำกว่า 20 ปีบริบูรณ์และไม่เกิน 40 ปีบริบูรณ์ และเคยมีบุตรมาแล้ว โดยการคลอดตามธรรมชาติไม่เกิน 3 ครั้ง หรือในกรณีที่ผ่าคลอดไม่เกิน 1 ครั้ง

5.3 เป็นผู้มีสุขภาพร่างกายและจิตใจแข็งแรงสมบูรณ์ดี โดยผ่านการตรวจและประเมินความพร้อมทางด้านร่างกายจิตใจและสภาพแวดล้อม ทั้งนี้ ตามที่แพทยสภาประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขสำหรับการตรวจประเมินความพร้อมทางด้านร่างกาย จิตใจ และสภาพแวดล้อมของผู้ขอรับบริการหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ ที่จะนำมาใช้ดำเนินการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

5.4 เป็นผู้ที่ได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินฉันสามีภริยา

5.5 มีหนังสือแสดงความยินยอมให้มีการตั้งครรภ์แทนพร้อมเอกสารตามแบบ คทพ. 1 ท้ายประกาศนี้

[3] มาตรา 21 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

[4] มาตรา 22 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

[5] ไพชยนต์ เจริญสุข และพินิจ ทิพย์มณี, “การรับรองสิทธิของคู่สมรสที่มีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่ายในการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์”, **วารสารนิติศาสตร์และสังคมท้องถิ่น** 4, 1 (ม.ค.-มิ.ย. 2563), หน้า 1-31.

สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องมีสัญชาติไทยและจดทะเบียนสมรสกับบุคคลสัญชาติไทยมาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี ซึ่งหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นในศาลไทยในเรื่องความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน เนื่องจากข้อเท็จจริงของคดีมีองค์ประกอบต่างประเทศ (Foreign elements) จึงเป็นกรณีที่สามารถปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 โดยอาจนำไปสู่การใช้กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศซึ่งอาจไม่รับรองการ “อุ้มบุญ” และปฏิเสธความเป็นบิดาหรือมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนได้ ซึ่งขัดกับเจตนารมณ์ของมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ที่ประสงค์บัญญัติให้สามีภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยไม่ได้แบ่งแยกว่าคู่สามีภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรนั้นจะเป็นบุคคลสัญชาติไทยทั้งคู่ด้วยหรือไม่ การศึกษานี้จึงมุ่งสำรวจสภาพปัญหาทางเทคนิคกฎหมายที่เกิดขึ้นในการวินิจฉัยความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีที่การ “อุ้มบุญ” มีองค์ประกอบต่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้องและนำเสนอแนวทางการแก้ปัญหาด้วยเทคนิควิธีของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

2. ขอบเขตการวิจัย

การวิจัยนี้จำกัดของเขตไว้ที่สภาพปัญหาทางกฎหมายที่เกิดจากกรณีที่อาจมีข้อพิพาทเกิดขึ้นในศาลไทยเกี่ยวกับความเป็นบิดาหรือมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนที่คู่สามีภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรฝ่ายหนึ่งไม่ได้มีสัญชาติไทย ในกรอบของการจัดให้มีการตั้งครรภ์แทนที่เป็นไปตามที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 กำหนดอยู่ในปัจจุบัน กล่าวคือ สามีและภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรต้องเป็นสามีภริยาที่จดทะเบียนสมรสตามกฎหมาย ในส่วนปัญหาการรับรองในต่างประเทศเกี่ยวกับความเป็นบิดาหรือมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยและประเด็นการขยายขอบเขตสิทธิการเข้าถึงบริการการให้กำเนิดบุตรด้วยการตั้งครรภ์แทนของคู่สมรสโดยพฤตินัย ของบุคคลที่ไม่ได้ใช้ชีวิตคู่ และในบริบทของความหลากหลายทางเพศอยู่นอกขอบเขตของการวิจัยนี้

3. วิธีการวิจัย

ศึกษาโดยวิธีการวิจัยกฎหมาย โดยใช้การวิจัยเอกสารในการศึกษาและเก็บรวบรวมข้อมูล จากเอกสารชั้นต้น ได้แก่ ตัวบทกฎหมาย คำพิพากษา คำวินิจฉัย และเอกสารชั้นรอง ได้แก่ หนังสือ ตำราทางวิชาการ งานวิจัย บทความวิชาการ และ เอกสารต่าง ๆ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายที่เกี่ยวกับความเป็นบิดามารดาและบุตรที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ในกรณีการตั้งครรภ์แทน

4. การกำหนดบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามกฎหมายไทย

ก่อนที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 จะมีผลใช้บังคับ เคยปรากฏประเด็นทางกฎหมายเกี่ยวกับการวินิจฉัยความเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 3) ได้วินิจฉัยในเรื่องเสร็จที่ 100 / 2543 และเรื่องเสร็จที่ 209 / 2550 สรุปความได้ว่า การจะถือว่าผู้ใดเป็นบิดามารดาของทารกที่คลอดออกมานั้นต้องเป็นไปตามมาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่บัญญัติว่า “สภาพบุคคลย่อมเริ่มแต่เมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก” ซึ่งต้องเป็นการคลอดตามสภาพความเป็นจริงคือสภาพในขณะที่ออกจากครรภ์มารดาและมาตรา 1546 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งบัญญัติว่า ในกรณีที่ชายหญิงไม่ได้สมรสกันเด็กที่เกิดจากหญิงให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น แต่ถ้าหญิงชายได้สมรสกันเด็กที่เกิดจากหญิงขณะที่เป็นภริยาของชายนั้น มาตรา 1536 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรของหญิงและชายนั้น แต่ถ้าหากการสมรสสิ้นสุดลงเด็กที่เกิดจากหญิงภายใน 310 วันนับแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดลงให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีด้วย ประกอบกับเด็กเกิดจากหญิงที่ไม่ได้สมรสกับชายให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงแต่ผู้เดียว จะเห็นได้ว่าผลจากการตีความประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ให้หญิงที่ตั้งครรภ์และคลอดเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ดังนั้นเด็กจึงเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ส่วนสามีภริยาที่ซึ่งต้องการมีบุตรทำได้เพียงรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมเท่านั้น

ต่อมามีการออกพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 โดยมาตรา 29[6] ได้กำหนดเรื่องความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนไว้เป็นการเฉพาะ ทำให้มีผลยกเว้นการใช้บังคับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องดังกล่าว โดยมาตราดังกล่าวกำหนดหลักเกณฑ์ให้เด็กเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรแม้ว่าสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด ดังนั้นภายหลังจากที่พระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับ เด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยี

---

[6] พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 29 “เด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้บริจาค แล้วแต่กรณี โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่าจะกระทำโดยการให้ภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีซึ่งประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้ตั้งครรภ์ หรือให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยหญิงอื่น ให้เด็กนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตร แม้ว่าสามีหรือภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด

ชายหรือหญิงที่บริจาคอสุจิหรือไข่ ซึ่งนำมาใช้ปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรภ์หรือผู้บริจาคตัวอ่อนและเด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่บริจาคดังกล่าว ไม่มีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก”

ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยวิธีการตั้งครรภ์แทนย่อมมิใช่บุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนอีกต่อไปแต่มีสถานะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดามารดาที่ประสงค์จะมีบุตร และแม้ว่าสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นจะตายก่อนเด็กเกิดก็ยังถือว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีภริยาที่ตายไป ส่วนผู้บริจาคไข่ อสุจิ หรือตัวอ่อนกับเด็กนั้นไม่มีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันในฐานะบิดามารดาและบุตรตามกฎหมาย

สำหรับการลงรายการเกิดในสูติบัตรของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทย เนื่องจากปัจจุบันได้มีพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดเงื่อนไขความเป็นบิดาและมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนและกำหนดผู้มีหน้าที่แจ้งการเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนไว้เป็นการเฉพาะและให้ผู้อำนวยการทะเบียนกลางประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการแจ้งเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 32 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 และมาตรา 8/2(1) แห่งพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 ผู้อำนวยการทะเบียนกลางออกประกาศไว้ ดังต่อไปนี้

“ผู้มีหน้าที่แจ้งการเกิด” หมายถึง สามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนตามที่ปรากฏรายการบุคคลในเอกสารข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนหรือผู้ที่ได้รับมอบอำนาจจากบุคคลดังกล่าว หรือหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน (ผู้คลอดเด็ก) ตามที่ปรากฏรายการบุคคลเอกสารข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนในกรณีสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด หรือไม่อยู่ในประเทศไทย หรือไม่ปรากฏตัวเกินกว่า 15 วันนับแต่วันที่เด็กเกิด หรือเจ้าบ้านของสถานพยาบาลที่ทำคลอดเด็กซึ่งเกิดจากตั้งครรภ์แทน ในกรณีสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน (ผู้คลอดเด็ก) ตามที่ปรากฏรายการบุคคลเอกสารข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนในกรณีสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด หรือไม่อยู่ในประเทศไทย หรือไม่ปรากฏตัวเกินกว่า 15 วันนับแต่วันที่เด็กเกิดไม่สามารถแจ้งการเกิดได้

การแจ้งการเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนให้ผู้มีหน้าที่แจ้งการเกิดยื่นคำร้องขอแจ้งเกิดที่สำนักทะเบียนอำเภอหรือสำนักทะเบียนท้องถิ่นแห่งท้องที่ที่เด็กเกิด หรือท้องที่อื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวงซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534 และที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 พร้อมยื่นพยานหลักฐานบัตรประจำตัวของผู้แจ้ง, สำเนาบัตรประจำตัวหรือเอกสารแสดงตัวของสามีและภริยาซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนหรือหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน กรณีมอบอำนาจให้บุคคลอื่นแจ้ง สำเนาทะเบียนบ้านฉบับเจ้าบ้านที่จะเพิ่ม

ชื่อเด็กเข้าในทะเบียนบ้าน หลักฐานการจดทะเบียนสมรสของสามีและภริยาซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน โดยถ้าเป็นการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายของต่างประเทศจะต้องมีหลักฐานการจดทะเบียนบันทึกฐานะแห่งครอบครัว หนังสือเดินทางของสามีหรือภริยาซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนกรณีสามีหรือภริยาเป็นคนต่างด้าวที่เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรไทยโดยได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง เอกสารข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนระหว่างสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนซึ่งจัดทำขึ้นตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขกำหนด หนังสือรับรองการเกิด (ท.ร.1/1) หนังสือมอบอำนาจ (ถ้ามี) เมื่อนายทะเบียนได้รับแจ้งการเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนแล้วให้เรียกตรวจหลักฐานจากผู้แจ้งสอบสวนสามีและภริยาซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนให้ปรากฏข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเหตุผลที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน ประวัติของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ความสัมพันธ์ระหว่างสามีหรือภริยาซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน การปกครองและการอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ความประสงค์จะให้บุคคลใดเป็นบิดาและมารดาของเด็กระหว่างสามีและภริยาซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ความประสงค์จะให้บันทึกและเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนของเด็กที่เกิดในสูติบัตรและฐานข้อมูลทะเบียนราษฎร กรณีสามีหรือภริยาซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนเป็นคนต่างด้าวให้สอบสวนบุคคลที่เกี่ยวข้องให้ปรากฏข้อเท็จจริงเกี่ยวกับประวัติภูมิลำเนาเดิมที่อยู่ อาชีพ การเดินทางเข้าออกประเทศไทย สาเหตุที่แต่งงานกับคู่สมรสที่เป็นคนสัญชาติไทย ความต้องการนำเด็กที่เกิดไปต่างประเทศ เป็นต้น

เมื่อตรวจสอบพยานหลักฐานถูกต้องแล้วให้ดำเนินการออกสูติบัตรให้แก่เด็กที่เกิดโดยลงรายการตามหนังสือรับรองการเกิด ท.ร.1/1 เว้นแต่รายการบิดาและมารดาให้เป็นไปตามข้อตกลงของสามีและภริยาซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและให้บันทึกสถานที่ เลขที่ และวันที่ที่ออกหนังสือรับรองการเกิด ท.ร.1/1 ไว้ในสูติบัตรและทะเบียนคนเกิดด้วย บันทึกจัดเก็บหนังสือรับรองการเกิด ท.ร.1/1 และเอกสารข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนรวมถึงเอกสารแสดงตนของสามีหรือภริยาซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนที่เป็นคนต่างด้าวไว้ในฐานข้อมูลการทะเบียนราษฎรด้วยระบบคอมพิวเตอร์ บันทึกความสัมพันธ์ระหว่างสามีและภริยาซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและสามี (ถ้ามี) ตามเอกสารข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนไว้ในทะเบียนประวัติราษฎรของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนรวมถึงเงื่อนไขในการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวตามความประสงค์ของผู้แจ้งการเกิดและมอบสูติบัตรให้แก่ผู้แจ้งการเกิดโดยให้ผู้รับลงชื่อรับมอบเอกสารดังกล่าวพร้อมวันเดือนปีที่รับไว้เป็นหลักฐาน

ข้อมูลเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนที่จะเก็บไว้ในฐานข้อมูลการทะเบียนราษฎรให้เก็บเป็นความลับห้ามมิให้เปิดเผยแก่บุคคลใด เว้นแต่จะได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากบิดาหรือมารดาที่ชอบด้วย

กฎหมายตามที่ระบุไว้ในสูติบัตร หรือเจ้าของข้อมูลกรณีบรรลุนิติภาวะแล้ว หรือการเปิดเผยตามมาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534

กรณีบุคคลที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนก่อนวันที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ใช้บังคับ และมีคำสั่งของศาลที่สั่งให้ผู้นั้นเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน มีความประสงค์จะขอแก้ไขรายการบิดาและมารดาในสูติบัตร ทะเบียนคนเกิด และทะเบียนบ้านให้ดำเนินการตามระเบียบสำนักทะเบียนกลางว่าด้วยการจัดทำทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534 และให้นายทะเบียนอำเภอหรือนายทะเบียนท้องถิ่นของสำนักทะเบียนที่แก้ไขรายการดังกล่าวบันทึกข้อมูลเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนไว้ในทะเบียนประวัติ ราษฎรของบุคคลที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนด้วย[7]

5. การกำหนดบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามกฎหมายต่างประเทศ

สำหรับประเทศที่กฎหมายสารบัญญัติภายในให้การรับรองการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการตั้งครรภ์แทน จากสำรวจพบว่ายังคงมีการบัญญัติเรื่องความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนไว้แตกต่างกัน[8] โดยขอยกเป็นตัวอย่าง ดังต่อไปนี้

ประเทศที่ให้ศาลเข้ามามีบทบาทในการชี้ว่าผู้ใดจะมีสิทธิ์เป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก กล่าวคือ ยังคงกำหนดให้การวินิจฉัยความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นไปตามเดิมจนกว่าจะมีคำสั่งศาลเป็นอื่น ตัวอย่างเช่น กฎหมายของรัฐ South Australia ตาม South Australia’s Surrogacy Act 2019[9] เป็นต้น

ประเทศที่กฎหมายบัญญัติให้คู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายหากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนให้ความยินยอมโดยไม่จำเป็นต้องมีคำสั่งศาลหรือมีการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม

---

[7] ข้อ 1-5 ประกาศสำนักทะเบียนกลาง เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขการแจ้งการเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

[8] General Affairs and Policy, **A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangement** (Hague Conference on Private International Law, 2014), p. 8-11.

[9] South Australia’s Surrogacy Act 2019 Part 2-8 “The presumptions and other rules as to the parentage of a child under the Family Relationships Act 1975 continue to apply to a child born as a result of a surrogacy arrangement until such time as the Court makes an order or orders as to parentage of the child under Part 4.” [online] Available from: https://www.legislation.sa.gov.au/__legislation/lz/c/a/surrogacy%20act%202019/current/2019.31.auth.pdf [10 July 2022]

เช่น กฎหมายของสหพันธรัฐรัสเซียตาม Family Code of Russia[10] เป็นต้น

ประเทศที่มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของบุคคลที่ประสงค์จะมีบุตรในลักษณะเดียวกันกับมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ตัวอย่างเช่น สาธารณรัฐแอฟริกาใต้บัญญัติให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามข้อตกลงที่มีผลใช้บังคับได้ตามกฎหมายให้ถือว่าเป็นบุตรของบิดามารดาที่ประสงค์จะมีบุตร (Commissioning parent or parents) ตั้งแต่เวลาที่เด็กเกิด หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องส่งมอบเด็กให้กับบิดามารดาที่ประสงค์จะมีบุตรโดยเร็วที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้หลังเด็กเกิด ดังนั้นหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน สามี คู่ชีวิต ญาติของหญิงนั้นจะไม่มีสิทธิ์ในเด็กนั้น และในทางตรงกันข้ามเด็กก็ไม่มีสิทธิ์เรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูหรือรับมรดกในฐานะทายาทจากบุคคลดังกล่าว แต่หากข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนดังกล่าวไม่มีผลใช้บังคับได้เนื่องจากไม่ได้เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดจะถือว่าเด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทนดังกล่าวเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของมารดาที่ให้กำเนิด[11]

นอกจากนี้กฎหมายของประเทศยูเครนบัญญัติไว้เช่นเดียวกับกฎหมายไทย โดย the Family Code, Article 123-2 กำหนดอย่างชัดเจนให้เด็กที่เกิดจากกระบวนการดังกล่าวเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดามารดาที่ประสงค์จะมีบุตร มิใช่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน[12]

---

[10] The Family Code of Russian Federation. Article 51-4. “Married persons who have given their consent in written form to the artificial fertilization or to the implantation of the embryo, shall be written down in the Register of Births if a child is born as a result of the application of these methods, as this child’s parents.

The married persons who have given their consent in written form to the implantation of an embryo in another woman for bearing it, may be written down as the child’s parents only with the consent of the woman who has given birth to the child (of the surrogate mother).” [online] Available from: https://www.refworld.org/docid/5492cbf64.html [10 July 2022]

[11] Section 297 of Children’s Act 2005. “Effect of surrogate motherhood agreement on status of child.

(1) The effect of a valid surrogate motherhood agreement is that—

(a) any child born of a surrogate mother in accordance with the agreement is for all purposes the child of the commissioning parent or parents from the moment of the birth of the child concerned;

(b) the surrogate mother is obliged to hand the child over to the commissioning parent or parents as soon as is reasonably possible after the birth;

(c) the surrogate mother or her husband, partner or relatives has no rights of parenthood or care of the child; (...)” [online] Available from : https://www.gov.za/sites/default/files/gcis_document/201409/a38-053.pdf [10 July 2022] ; พนิตสุภา สุดสงวน และคณะ, “สิทธิการลาเพื่อเลี้ยงดูบุตรที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน”, **วารสารรัฐศาสตร์รอบรู้และสหวิทยาการ** 5, 1 (มค.-ก.พ. 2565), หน้า 35.

[12] Article 123.-2 of Family Code of Ukraine. If an ovum conceived by the spouses is implanted to another woman, the spouses shall be the parents of the child. [online] Available from: https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5d667af64 [10 July 2022]

กฎหมายสาธารณรัฐอินเดียในปัจจุบัน โดย The Surrogacy (Regulation) Act, 2021 บัญญัติรับรองอย่างชัดเจนว่าเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนมีสถานะเป็นบุตรทางชีวภาพของคู่สมรสหรือหญิงที่ประสงค์จะมีบุตร[13]

สำหรับประเทศที่กฎหมายภายในไม่รับรอง “การอุ้มบุญ” ก็จะไม่มีการบัญญัติเรื่องความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีเด็กเกิดจากการตั้งครรภ์แทนไว้เป็นการเฉพาะ อย่างไรก็ตาม จากความแตกต่างของนโยบายและกฎหมายของการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการตั้งครรภ์แทนของแต่ละประเทศในโลก ทำให้ศาลของประเทศที่ไม่รับรองการตั้งครรภ์แทนก็อาจต้องวินิจฉัยความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนที่เกิดขึ้นในประเทศอื่นที่รับรองการตั้งครรภ์แทนด้วยเช่นกัน ขอยกกรณีศึกษาจากประเทศเยอรมันซึ่งมีกฎหมายกำหนดความรับผิดทางอาญาสำหรับบุคคล (บุคลากรทางการแพทย์) ที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน[14] ตัวอย่างคำพิพากษาศาลสหพันธรัฐของเยอรมนี (Bundesgerichtshof, BGH) ในปีค.ศ. 2019[15] โดยข้อเท็จจริงของคดีมีดังนี้ โจทก์ทั้งสองเป็นคู่สมรสที่ถือสัญชาติเยอรมันและอาศัยอยู่ในประเทศเยอรมนี โดยได้มีการดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยหญิงชาวยูเครนที่ประเทศยูเครนโดยใช้ไข่ของภรรยากับอสุจิของสามี ชายผู้เป็นสามีได้ดำเนินการรับรองความเป็นบิดาของเด็ก ณ สถานเอกอัครราชทูตเยอรมนี ณ กรุงเคียฟ โดยได้รับความยินยอมของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน หลังจากเด็กเกิดหญิงที่ตั้งครรภ์แทนได้รับรองต่อเจ้าหน้าที่รับรองเอกสาร ณ กรุงเคียฟว่าเด็กเกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ด้วยวิธีการตั้งครรภ์แทนและโจทก์ทั้งสองเป็นบิดามารดาทางพันธุกรรม โดยทะเบียนราษฎรของยูเครนได้จดแจ้งให้โจทก์ทั้งสองเป็นบิดามารดาของเด็กและออกสูติบัตรให้ เมื่อโจทก์ทั้งสองเดินทางกลับประเทศเยอรมนีพร้อมเด็กในเดือนมกราคม 2016 โจทก์ทั้งสองได้นำหลักฐานการเกิดในต่างประเทศตามสูติบัตรของยูเครนไปจดแจ้งกับทะเบียนราษฎร์ของประเทศเยอรมนี โดยในขณะนั้นทะเบียนราษฎร์ของเยอรมนียังไม่ได้รับทราบว่าเด็กคนดังกล่าวเกิดจากการ

---

[13] The Surrogacy (Regulation) Act, 2021. 8. A child born out of surrogacy procedure, shall be deemed to be a biological child of the intending couple or intending woman and the said child shall be entitled to all the rights and privileges available to a natural child under any law for time being in force. [online] Available from : https://dhr.gov.in/document/acts-circulars/surrogacy-regulation-act-2021 [10 July 2022]

[14] Embryonenschutzgesetz – EschG.

§ 1 Mißbräuchliche Anwendung von Fortpflanzungstechniken

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

(...)

7. es unternimmt, bei einer Frau, welche bereit ist, ihr Kind nach der Geburt Dritten auf Dauer zu überlassen (Ersatzmutter), eine künstliche Befruchtung durchzuführen oder auf sie einen menschlichen Embryo zu übertragen. [online] Available from : https://www.gesetze-im-internet.de/eschg/BJNR027460990.html [10 July 2022]

[15] BGH, Mar. 20, 2019 Docket No. XII ZB 530/17 [online] Available from : https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&az=XII%20ZB%20530/17&nr=94770 [10 July 2022]

ตั้งครรภ์แทนจนกระทั่งสถานเอกอัครราชทูตเยอรมนี ณ กรุงเคียฟ ได้ส่งคำร้องขอจดแจ้งการเกิดในต่างประเทศของเด็กดังกล่าวตามมาด้วยในภายหลัง ต่อมาหน่วยงานกำกับดูแลฝ่ายทะเบียนราษฎร์จึงได้ยื่นคำร้องต่อศาลชั้นต้น (Amtsgericht, AG) เพื่อให้ศาลสั่งให้ฝ่ายทะเบียนราษฎร์ดำเนินการแก้ไขการจดแจ้งโดยให้ระบุว่าหญิงที่ตั้งครรภ์เป็นมารดาของเด็ก โจทก์อุทธรณ์คำสั่งของศาลชั้นต้นต่อศาลสูงแห่งรัฐ (Oberlandesgericht, OLG) แต่ศาลสูงแห่งรัฐไม่รับอุทธรณ์ของโจทก์เพื่อโต้แย้งการแก้ไขการจดแจ้งดังกล่าว โจทก์ทั้งสองจึงยื่นอุทธรณ์ต่อศาลสหพันธรัฐ (Bundesgerichtshof, BGH)

ในคดีนี้ศาลสหพันธรัฐวินิจฉัยว่ามาตรา 1591 ประมวลกฎหมายแพ่ง[16] (Bürgerlichen Gesetzbuches, BGB) กำหนดให้หญิงซึ่งเป็นผู้ให้กำเนิดบุตรเท่านั้นเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยในคำพิพากษานี้ศาลได้ตัดสินให้นำกฎหมายแพ่งสารบัญญัติเยอรมันมาบังคับใช้กับการระบุความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กซึ่งเป็นผลมาจากจากการปรับใช้มาตรา 19-1 แห่งกฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche-EGBGB)[17] ซึ่งปรากฏบทบัญญัติเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศเยอรมัน โดยในเรื่องดังกล่าวได้กำหนดให้วินิจฉัยความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรตามกฎหมายแห่งถิ่นที่อยู่ประจำ (Gewöhnlicher Aufenthalt) ของเด็กหรือกฎหมายของประเทศที่บิดามารดาถือสัญชาติหรือกฎหมายที่บังคับใช้กับผลของการสมรสของบิดามารดา โดยศาลได้ตีความว่าบุคคลมีถิ่นที่อยู่อาศัยประจำในสถานที่ที่พวกเขามีการใช้ชีวิตอย่างแท้จริง โดยการปรากฏตัวในสถานที่ดังกล่าวจะต้องแสดงให้เห็นถึงความเป็นอยู่อย่างถาวรในระดับที่เพียงพอและต้องไม่ใช่เป็นการอยู่อย่างชั่วคราวหรืออย่างไม่ต่อเนื่อง สำหรับการกำหนดถิ่นที่อยู่อาศัยประจำของผู้เยาว์โดยเฉพาะกรณีของทารกจำเป็นต้องพิจารณาถึงสภาพแวดล้อมทางสังคมและครอบครัวของบิดามารดาด้วย เนื่องจากโดยทั่วไปเด็กย่อมอาศัยในสภาพแวดล้อมดังกล่าวด้วยเช่นกัน ถิ่นที่อยู่อาศัยประจำของเด็กและบิดามารดาจะแตกต่างกันในเฉพาะกรณีพิเศษเท่านั้น โดยในคดีดังกล่าว ศาลวินิจฉัยว่าเด็กมีถิ่นที่อยู่อาศัยประจำในประเทศเยอรมนีเนื่องจากคู่กรณีทุกฝ่ายตกลงให้พาเด็กเดินทางไปประเทศเยอรมันพร้อมโจทก์ทั้งสองในทันทีภายหลังการเกิดและเพื่อใช้ชีวิตในประเทศเยอรมนีอย่างถาวร นอกจากนี้ทั้งกฎหมายยูเครนและเยอรมันต่างรับรองความเป็นบิดา

---

[16] Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). § 1591 Mutterschaft “Mutter eines Kindes ist die Frau, die es geboren hat.” [online] Available from: https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/ [10 July 2022]

[17] Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (EGBGB) Artikel 19(1): Die Abstammung eines Kindes unterliegt dem Recht des Staates, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Sie kann im Verhältnis zu jedem Elternteil auch nach dem Recht des Staates bestimmt werden, dem dieser Elternteil angehört. Ist die Mutter verheiratet, so kann die Abstammung ferner nach dem Recht bestimmt werden, dem die allgemeinen Wirkungen ihrer Ehe bei der Geburt nach Artikel 14 Absatz 2 unterliegen; ist die Ehe vorher durch Tod aufgelöst worden, so ist der Zeitpunkt der Auflösung maßgebend. [online] Available from: https://www.gesetze-im-internet.de/bgbeg/BJNR006049896.html#BJNR006049896BJNG032901360 [10 July 2022]

ที่ชอบด้วยกฎหมายของสามี ดังนั้นเด็กจึงมีสัญชาติเยอรมันและอาศัยอยู่ในประเทศเยอรมนีอย่างถูกต้องตามกฎหมาย และเด็กไม่เคยมีถิ่นที่อยู่อาศัยประจำในประเทศยูเครน ดังนั้นผลจากการปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติเยอรมันซึ่งเป็นกฎหมายแห่งถิ่นที่เด็กมีถิ่นที่อยู่ประจำ ทำให้หญิงชาวยูเครนที่รับตั้งครรภ์แทนและคลอดทารกเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมายไม่ใช่โจทก์ที่เป็นภริยาที่ประสงค์จะมีบุตร

6. ปัญหาการปรับใช้จุดเกาะเกี่ยวตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เพื่อวินิจฉัยความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

สำหรับการวินิจฉัยความเป็นบิดาหรือมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน การปรับใช้บทบัญญัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มีปัญหาการใช้การตีความเนื่องจากพระราชบัญญัติดังกล่าวถูกร่างขึ้นมาเป็นเวลานานแล้ว ผู้ร่างกฎหมายในขณะนั้นย่อมไม่ได้คาดการณ์ถึงกรณีการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนหญิงที่ประสงค์จะมีบุตรและประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่อาจจะเกิดขึ้นจากปรากฏการณ์ดังกล่าว

6.1 ปัญหาการระบุจุดเกาะเกี่ยวสำหรับการวินิจฉัยความเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

สำหรับกฎหมายที่ใช้บังคับกับการวินิจฉัยความเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ปรากฏบทบัญญัติเฉพาะในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างมารดาและบุตรปรากฏอยู่เพียงในมาตรา 30 ซึ่งกล่าวถึงแต่เพียงเรื่องสิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดากับบุตร โดยวรรคแรกกำหนดเรื่องสิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดากับบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนวรรคสองบัญญัติเรื่องสิทธิหน้าที่ระหว่างบุตรและมารดาในกรณีบุตรไม่มีบิดาที่ชอบด้วยกฎหมาย[18]

ในกรณีการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการตั้งครรภ์แทนในขอบเขตของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ในปัจจุบัน กล่าวคือ มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ได้แก่ ภริยาซึ่งประสงค์จะมีบุตรซึ่งได้จดทะเบียนสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายกับสามีที่ประสงค์จะมีบุตร หากมีข้อพิพาทในการอ้างสิทธิความเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างหญิงที่ประสงค์จะมีบุตรกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและข้อเท็จจริงมีองค์ประกอบต่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง

---

[18] มาตรา 30 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481
"สิทธิและหน้าที่ระหว่างบิดามารดากับบุตรชอบด้วยกฎหมาย ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบิดา
ในกรณีที่เด็กเกิดจากหญิงที่มิได้มีการสมรสกับชาย สิทธิและหน้าที่ระหว่างมารดากับบุตร ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของมารดา"

เช่น จากสัญชาติที่แตกต่างกันของหญิง 2 คน[19] อันนำไปสู่การกล่าวอ้างและปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 หากมีประเด็นพิพาทดังกล่าวในศาลไทย เช่น หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีสัญชาติของประเทศที่ไม่รับรองความเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรแต่รับรองความเป็นมารดาของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนและคลอดบุตรตามหลัก *Mater semper certa est* หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นในศาลไทยก็จะไม่มีบทบัญญัติใดที่ช่วยระบุจุดเกาะเกี่ยวสำหรับการเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับประเด็นนี้ได้อย่างชัดเจน[20] จึงน่าจะต้องนำไปสู่การใช้บทบัญญัติมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายดังกล่าวด้วย “กฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล” ซึ่งนำไปสู่ความไม่แน่นอนในการเลือกใช้จุดเกาะเกี่ยว เนื่องจากจุดเกาะเกี่ยวที่ใช้วินิจฉัยความเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายตามกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของนานารัฐแม้เป็นกรณีทั่วไปที่ไม่ใช่ข้อพิพาทในกรณีการตั้งครรภ์แทนในปัจจุบันก็ยังไม่ได้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน[21]

6.2 ปัญหาการระบุจุดเกาะเกี่ยวสำหรับการวินิจฉัยความเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

สำหรับการวินิจฉัยความเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีที่ข้อเท็จจริงมีองค์ประกอบต่างประเทศ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาตรา 29 วรรคแรก บัญญัติว่า “การเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติแห่งสามีของมารดาในขณะที่ผู้นั้นเกิด ถ้าหากในขณะที่กล่าวนั้นสามีได้ถึงแก่ความตายเสียแล้วก็ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของสามีในขณะที่ถึงแก่ความตาย”

ลักษณะข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องของบทบัญญัตินี้ถึงแม้ตัวบทจะไม่ได้เขียนไว้ชัดเจนนักแต่มีการตีความสอดคล้องกันว่าบทบัญญัตินี้ใช้บังคับกับเรื่องความเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายโดยกำหนดจุดเกาะเกี่ยว (Connecting factor) ไว้ที่ “สัญชาติของสามีของมารดาในขณะที่บุตรเกิด”

สำหรับการวินิจฉัยว่าบุคคลใดมีสัญชาติใดนั้นก็ย่อมเป็นไปตามกฎหมายของรัฐเจ้าของสัญชาตินั้น

---

[19] กรณีอาจเกิดขึ้นได้ในกรอบของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 และหลักเกณฑ์ตามกฎลูกบทที่เกี่ยวข้อง เนื่องจากหลักเกณฑ์ปัจจุบันกำหนดให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องมีสัญชาติเดียวกันกับสามีหรือภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรอย่างน้อยฝ่ายหนึ่ง เช่น สามีที่ประสงค์จะมีบุตรมีสัญชาติฝรั่งเศส ภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรมีสัญชาติไทย แต่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีสัญชาติฝรั่งเศส เป็นต้น

[20] ในประเด็นเรื่องความเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย คงมีเพียงการพยายามตีความบทบัญญัติมาตรา 30 อย่างกว้าง เพื่อให้ครอบคลุมประเด็นดังกล่าว โปรดดู สายหยุด แสงอุทัย, **การขัดกันแห่งกฎหมาย : หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและคำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เรียงมาตรา** (โรงพิมพ์สยามพณิชยการ, 2482), หน้า 335.

[21] โปรดดู หัวข้อ 6.3

ในกรณีที่บุคคลมีสัญชาติมากกว่า 1 สัญชาติหรือเป็นบุคคลไร้สัญชาติในขณะที่บุตรเกิดจะต้องนำมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาประกอบการปรับใช้มาตรา 29 เพื่อให้ทราบได้ว่าจะต้องใช้กฎหมายของประเทศใด สำหรับการวินิจฉัยว่าบุคคลใดมีสัญชาติไทยหรือไม่ก็ย่อมเป็นไปตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติสัญชาติที่ใช้บังคับในขณะที่บุคคลนั้นเกิด โดยหากบุคคลมีมากกว่า 1 สัญชาติและหนึ่งในนั้นคือสัญชาติไทยด้วยก็จะต้องปรับใช้กฎหมายไทยตามมาตรา 6 วรรคสาม และหากเป็นบุคคลไร้สัญชาติก็ต้องนำมาตรา 6 วรรคสี่มาใช้บังคับและปรับใช้กฎหมายภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ของชายผู้เป็นสามีของมารดาแทน

โดยถ้อยคำว่า “สามีของมารดา” หมายความว่าสามีของมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย มาตรานี้จึงใช้บังคับกับประเด็นความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายจากการสมรส ซึ่งหากเป็นกรณีความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบุตรที่เกิดนอกสมรสจะต้องใช้บทบัญญัติมาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวมาวินิจฉัย ดังนั้น จึงอาจมีประเด็นข้อกล่าวอ้างเกี่ยวกับปัญหาว่าสามีของมารดาได้ทำการสมรสกับมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ให้ศาลต้องพิจารณาก่อนที่จะวินิจฉัยว่าบุตรนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยศาลอาจต้องวินิจฉัยตามมาตรา 19 และมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ตามหลักการวินิจฉัยปัญหาล่วงหน้า (Incidental question) แบบ *lege fori*

ปัญหาเกี่ยวกับการเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีของมารดานั้น จากการสำรวจกฎหมายสารบัญญัติประเทศต่าง ๆ พบว่ายังมีแนวทางที่แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ[22] ดังนั้นหากศาลไทยพิจารณาพิพากษาคดีที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ โดยคู่ความกล่าวอ้างและพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศให้เป็นที่พอใจแก่ศาลตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 แล้ว ศาลก็จะต้องวินิจฉัยความเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายจากกฎหมาย “สัญชาติแห่งสามีของมารดาขณะบุตรเกิด” โดยประเด็นพิพาทที่เข้าลักษณะข้อกฎหมายตามมาตรานี้ เช่น การสันนิษฐานว่าเป็นบิดาและระยะเวลาที่เด็กอาจเกิดจากบิดาผู้นั้นได้ ปัญหาที่ว่าเด็กที่เกิดจากการสมรสอันเป็นโมฆะจะมีฐานะเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ประเด็นว่ามารดาของเด็กได้ทำการสมรสหลังจากได้หย่าขาดจากสามีเดิมและเด็กที่เกิดมานั้นอยู่ในฐานะที่อาจเป็นบุตรของสามีเดิมก็ได้ ถ้าหากสามีของมารดาทั้งสองคนมีสัญชาติอันเดียวกันความยุ่งยากจะหมดไปเพราะการสันนิษฐานว่าเป็นบิดาและระยะเวลาที่เด็กอาจเกิดจากบิดาได้ย่อมจะอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมายของประเทศเดียวกัน แต่ถ้าสามีของมารดาแต่ละคนมีสัญชาติแตกต่างกันและกฎหมายสัญชาติของสามีทั้งสองกำหนดข้อสันนิษฐานและระยะเวลาที่เด็กอาจเกิดจากบิดาไว้แตกต่างกันอีกด้วยศาลไทยก็จะต้องถือเอากฎหมายสัญชาติของสามีในขณะที่บุตรนั้นเกิดเป็นสำคัญ

---

[22] General Affairs and Policy, **A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangement**. p.14.

ถ้าหากในขณะที่เด็กเกิดสามีที่ชอบด้วยกฎหมายของมารดาถึงแก่ความตายเสียแล้วก็ให้ใช้กฎหมายสัญชาติของสามีของมารดาในขณะที่ถึงแก่ความตายวินิจฉัยว่าเด็กนั้นเป็นบุตรอันชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ทั้งนี้เพราะแม้บิดาจะถึงแก่ความตายไปแล้วก็ตาม แต่ก็ยังมีประโยชน์ได้เสียบางประการในการที่จะทราบว่าเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้ถึงแก่ความตายหรือไม่โดยอาจเป็นไปเพื่อวินิจฉัยประเด็นปัญหาตามกฎหมายมรดกหรือการได้มาซึ่งสัญชาติของเด็กตามบิดา เป็นต้น

พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาตรา 29 วรรคท้ายวางหลักสอดรับกับวรรคแรกไว้ว่า ให้ใช้กฎหมายเช่นเดียวกันบังคับการฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตร ดังนั้นเงื่อนไขในการที่สามีของมารดาจะฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรมีอะไรบ้างต้องพิจารณาจากกฎหมายสัญชาติของสามีของมารดาในขณะที่เด็กเกิดด้วยเช่นกัน

ในการปรับจุดเกาะเกี่ยว “สัญชาติสามีของมารดาขณะบุตรเกิด” ตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 กับกรณีเด็กเกิดจากการตั้งครรภ์แทนอาจมีความยุ่งยากในการตีความว่าชายคนใดคือ “สามีของมารดา” เนื่องจากในการ “อุ้มบุญ” มีหญิงที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการนี้อย่างน้อย 2 คนคือ ภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ถึงแม้การตีความบทบัญญัติของพระราชบัญญัติดังกล่าวจะอ้างอิงนิยามตามระบบกฎหมายของประเทศของศาลที่กำลังพิจารณาคดี (*lege fori*) ซึ่งก็คือระบบกฎหมายไทยแล้ว แต่ก็ยังคงไม่ชัดเจนเนื่องจากหากใช้นิยาม “มารดา” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายที่ต้องการให้ถ้อยคำต่าง ๆ ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 สอดรับกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์[23] ก็จะหมายถึงหญิงที่คลอดบุตรซึ่งก็คือหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน แต่หากตีความโดยอาศัยนิยามตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ผู้ที่เป็น “มารดา” ที่ชอบด้วยกฎหมายก็จะต้องหมายถึงภริยาที่ประสงค์จะมีบุตร การตีความว่าหญิงใดคือ “มารดา” ของเด็กมีผลต่อการวินิจฉัยความเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเนื่องจากหากตีความจุดเกาะเกี่ยวในบทบัญญัติของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 โดยอ้างอิงความหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ “สามีของมารดา” ก็จะหมายถึงสามีของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน แต่หากตีความโดยอ้างอิงมาตรา 29 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 “สามีของมารดา” ก็จะหมายถึงสามีที่ประสงค์จะมีบุตร ผู้วิจัยมีความเห็นว่าการตีความในกรณีนี้ควรจะต้องอ้างอิงการตีความโดยค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายตามทฤษฎีภาวะวิสัย (Objective theory) โดยอ้างอิงตามนิยามทั้งความเป็น

---

[23] หยุด แสงอุทัย, **คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย กฎหมายสัญชาติ** (แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ **9** พ.ศ. **2516)** พร้อมด้วยพระราชบัญญัติสัญชาติ **(Nationality Act)** พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย **(Act on Conflict of Laws)**, (นิติบรรณการ, 2516), หน้า 57-58; ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, **คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 165.

มารดาและความเป็นบิดาตามที่ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายไทยทั้งระบบโดยไม่ได้จำกัดอยู่เฉพาะนิยามตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น จึงมีความเห็นว่าสำหรับการตีความจุดเกาะเกี่ยว “สามีของมารดา” ในมาตรา 29 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายควรจะให้ความหมายคำว่า “มารดา” ว่าหมายถึงหญิงที่ประสงค์จะมีบุตรและสามีของมารดาจึงหมายถึงสามีของหญิงที่ประสงค์จะมีบุตรนั้นโดยตรง ทั้งนี้โดยไม่ต้องผ่านการวินิจฉัยประเด็นความเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างหญิงที่ตั้งครรภ์แทนและภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรก่อนในลักษณะที่เป็นปัญหาล่วงหน้า (Incidental question)

6.3 กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายต่างประเทศในประเด็นความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย

บทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องการวินิจฉัยความเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายมักบัญญัติให้ใช้จุดเกาะเกี่ยวเดียวกันสำหรับการวินิจฉัยความเป็นบิดาและมารดาตามกฎหมายเพื่อความเป็นเอกภาพของสถานะครอบครัวแต่การกำหนดจุดเกาะเกี่ยวมีหลายแนวทางโดยผู้วิจัยขอยกตัวอย่างประเทศกลุ่มยุโรปตะวันตกบางประเทศซึ่งมีระบบกฎหมายครอบครัวใกล้เคียงกัน เช่น กฎหมายเบลเยียมบัญญัติให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของมารดาในขณะที่เด็กเกิด[24] กฎหมายฝรั่งเศสในปัจจุบันบัญญัติให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของมารดาขณะเด็กเกิด หากไม่ปรากฏมารดาให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของเด็ก[25] อย่างไรก็ตามในโครงการร่างประมวลกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศของฝรั่งเศสได้บัญญัติให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของเด็กในขณะที่เด็กเกิด แต่หากกฎหมายดังกล่าวปฏิเสธนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายครอบครัวก็ให้ใช้กฎหมายฝรั่งเศสบังคับหากคดีอยู่ในเขตอำนาจของศาลฝรั่งเศสตาม (ร่าง) ประมวลกฎหมายนี้[26] กฎหมายสวิตเซอร์แลนด์บัญญัติให้เป็นไปตาม

---

[24] Art 62-1 Loi portant le Code de droit international privé. L’établissement et la contestation de paternité ou de maternité d’une personne sont régis par le droit de l’Etat dont elle a la nationalité au moment de la naissance de l’enfant ou, si cet établissement résulte d’un acte volontaire, au moment de cet acte. [online] Available from: http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2004/07/16/2004009511/justel [14 July 2022]

[25] Article 311-14 Code Civil. La filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l’enfant ; si la mère n’est pas connue, par la loi personnelle de l’enfant. [online] Available from: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/2023-02-22/ [14 July 2022]

[26] Article 59 Projet de Code de droit international privé, Si le présent code n’en dispose autrement, l’établissement et la contestation de la filiation sont régis par la loi de l’État dont l’enfant a la nationalité, au jour de sa naissance.

Cette loi s’applique au règlement des conflits de filiations.

Si, en raison d’une discrimination liée aux circonstances de sa naissance, cette loi refuse à l’enfant le droit d’établir sa filiation, le droit français est applicable, dès lors que les juridictions françaises sont compétentes en vertu du présent code. [online] Available from: http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/projet_code_droit_international_prive.pdf [14 July 2022]

กฎหมายแห่งถิ่นที่อยู่ประจำของเด็กขณะที่เด็กเกิด แต่หากไม่มีบิดาหรือมารดาคนใดเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศที่เด็กมีถิ่นที่อยู่ประจำประกอบกับบิดามารดาและเด็กมีสัญชาติเดียวกันก็ให้ใช้กฎหมายสัญชาติร่วมนั้นแทน[27] กฎหมายอิตาลีบัญญัติจุดเกาะเกี่ยวทางเลือกโดยให้ใช้กฎหมายที่เป็นประโยชน์ต่อเด็กมากกว่าระหว่างกฎหมายสัญชาติของเด็กและสัญชาติบิดามารดาในขณะที่เด็กเกิด[28] กฎหมายเยอรมันบัญญัติให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่เด็กมีถิ่นที่อยู่ประจำหรือกฎหมายของประเทศที่บิดามารดาถือสัญชาติหรือกฎหมายที่บังคับใช้กับผลของการสมรสของบิดามารดา[29] กฎหมายเนเธอร์แลนด์กำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติร่วมของมารดาและคู่สมรสหรือหุ้นส่วนชีวิต (Geregistreerd partnerschap, Registered partnership) ของมารดา หากไม่มีสัญชาติร่วมให้ใช้ถิ่นที่อยู่ประจำร่วมเป็นจุดเกาะเกี่ยว หากไม่มีถิ่นที่อยู่ประจำร่วมก็ให้ใช้ถิ่นที่อยู่ประจำของเด็กเป็นจุดเกาะเกี่ยว[30]

---

[27] Article 68 Loi fédérale sur le droit international privé

1. L'établissement, la constatation et la contestation de la filiation sont régis par le droit de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant.

2. Toutefois, si aucun des parents n'est domicilié dans l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant et si les parents et l'enfant ont la nationalité d'un même Etat, le droit de cet Etat est applicable.

Art. 69

1. Pour déterminer le droit applicable à l'établissement, à la constatation ou à la contestation de la filiation, on se fondera sur la date de la naissance.

2. Toutefois, en cas de constatation ou de contestation judiciaires de la filiation, on se fondera sur la date de l'action si un intérêt prépondérant de l'enfant l'exige.

[online] Available from: https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2018/2549/fr [14 July 2022]

[28] Art. 33- 1 Legge 31 maggio 1995, n. 218 Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Lo stato di figlio e' determinato dalla legge nazionale del figlio o, se piu' favorevole, dalla legge dello Stato di cui uno dei genitori e' cittadino, al momento della nascita. [online] Available from: https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1995-05-31;218!vig=2020-09-17 [14 July 2022]

[29] Artikel 19(1) Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (EGBGB) Die Abstammung eines Kindes unterliegt dem Recht des Staates, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Sie kann im Verhältnis zu jedem Elternteil auch nach dem Recht des Staates bestimmt werden, dem dieser Elternteil angehört. Ist die Mutter verheiratet, so kann die Abstammung ferner nach dem Recht bestimmt werden, dem die allgemeinen Wirkungen ihrer Ehe bei der Geburt nach Artikel 14 Absatz 2 unterliegen; ist die Ehe vorher durch Tod aufgelöst worden, so ist der Zeitpunkt der Auflösung maßgebend. [online] Available from: https://www.gesetze-im-internet.de/bgbeg/BJNR006049896.html#BJNR006049896BJNG032901360 [14 July 2022]

[30] Artikel 92-1 Burgerlijk Wetboek. Of een kind door geboorte in familierechtelijke betrekkingen komt te staan tot de vrouw uit wie het is geboren en de met haar gehuwde of gehuwd geweest zijnde persoon of de persoon met wie zij door een geregistreerd partnerschap is verbonden of verbonden is geweest, wordt bepaald door het recht van de staat van de gemeenschappelijke nationaliteit van de vrouw en die persoon of, indien dit ontbreekt, door het recht van de staat waar de vrouw en die persoon elk hun gewone verblijfplaats hebben, of indien ook dit ontbreekt, door het recht van de staat van de gewone verblijfplaats van het kind.

[online] Available from: https://wetten.overheid.nl/BWBR0030068/2022-10-01 [23 February 2023]

ความยุ่งยากซับซ้อนของการ “อุ้มบุญ” ข้ามประเทศนั้นทำให้ที่ประชุมกรุงเฮก ที่ประชุมแห่งกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (Hague Conference on Private International Law – HCCH) ตั้งคณะผู้เชี่ยวชาญ (Experts’ Group) เพื่อศึกษาความเป็นไปได้ในการจัดทำตราสารทางกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศในเรื่องความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย (Private International Law Instruments on Legal Parentage) โดยมีข้อพิจารณาพิเศษสำหรับกรณีเด็กเกิดจากการตั้งครรภ์แทน[31] นอกจากนี้โครงการจัดทำร่างประมวลกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศของฝรั่งเศส (Projet de code de droit international privé) ก็มีความพยายามกำหนดแนวทางการวินิจฉัยความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายสำหรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นการเฉพาะในมาตรา 63 โดยสำหรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนในประเทศที่รับรองให้มีการตั้งครรภ์แทน ศาล (ฝรั่งเศส) อาจวินิจฉัยเรื่องความเป็นบิดามารดาตามกฎหมายของประเทศดังกล่าวได้โดยให้อำนาจศาลฝรั่งเศสในการใช้ดุลพินิจชั่งน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์ต่าง ๆ โดยเฉพาะหลักผลประโยชน์สูงสุดต่อเด็กและผลของการปรับใช้กฎหมายของประเทศดังกล่าวในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ทั้งนี้ตามหลักความได้สัดส่วน[32] โดยแนวทางดังกล่าวถือเป็นความพยายามของผู้ร่างที่จะประนีประนอมระหว่างนโยบายห้ามการใช้วิธีการตั้งครรภ์แทนตามกฎหมายฝรั่งเศสซึ่งนำไปสู่การปฏิเสธการรับรองความเป็นบุตรของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยถูกต้องตามกฎหมายของต่างประเทศในต่างประเทศและหลักการต่าง ๆ ตามที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights) เรียกร้อง[33]

7. ปัญหาจากการปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ซึ่งนำไปสู่การใช้กฎหมายต่างประเทศที่กำหนดความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนแตกต่างจากกฎหมายไทย

จากการที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 29 กำหนดชัดเจนให้สามีที่ประสงค์จะมีบุตรเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายของ

---

[31] โปรดดู https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy

[32] Article 63. Lorsqu’une convention portant sur la procréation ou la gestation pour autrui a été conclue dans un État qui l’autorise, la filiation de l’enfant qui en est issu peut être établie par le juge selon la loi de cet État, si une partie en fait la demande. Le juge s’assure au préalable que la convention a été conclue et exécutée dans le respect des dispositions du droit de l’État en cause. Conformément au principe de proportionnalité, il tient compte des buts poursuivis, des intérêts en présence et notamment de l’intérêt de l’enfant, ainsi que des effets de l’application de cette loi dans l’ordre juridique français. [online] Available from: http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/projet_code_droit_international_prive.pdf [14 July 2022]

[33] Dominique Foussard, Marie-Laure Niboyet, and Cyril Nourissat, «Réflexions méthodologiques sur le projet de code de droit international privé,» **Revue critique de droit international privé**, 3 (2022), p.477-501.

เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนซึ่งหากบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนที่ดำเนินการในประเทศไทย มีสัญชาติไทยอาศัยอยู่ในประเทศไทยทั้งหมดก็จะไม่มีปัญหาใด ๆ เนื่องจากหากมีคดีพิพาทย่อมต้องปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติไทยในการวินิจฉัยคดีดังกล่าว

ในกรณีที่มีการดำเนินการให้มีการให้กำเนิดบุตรด้วยการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยโดยที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งไม่ได้มีสัญชาติไทย ปัจจุบันนายทะเบียนไทยก็จะออกหลักฐานการเกิดตามกฎหมายไทย ดังนั้นบิดามารดาที่ประสงค์จะมีบุตรคือบิดามารดาตามกฎหมาย โดยในการลงรายการทะเบียนราษฎร แม้ในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งเป็นชาวต่างชาตินายทะเบียนจะพิจารณาตามกฎหมายไทยเท่านั้นโดยไม่นำพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาประกอบการพิจารณา[34]

ดังนั้นหากคู่กรณีที่เกี่ยวข้องไม่มีข้อพิพาทระหว่างกันก็ไม่มีปัญหาการดำเนินการไม่สอดคล้องกับมาตรา 29 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 แต่ถึงแม้ว่าจะไม่มีปัญหาเรื่องความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายในมุมมองของระบบกฎหมายไทยก็ตาม ก็ยังอาจมีปัญหาการรับรองความเป็นบุตรในประเทศสัญชาติหรือภูมิลำเนาของบิดาหรือมารดา โดยอาจนำไปสู่ปัญหาว่าเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยและได้รับรองความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรในมุมมองของระบบกฎหมายไทยแล้วแต่อาจไม่ได้รับการรับรองให้เป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายในมุมมองของระบบกฎหมายต่างประเทศได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่สามีหรือภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรเป็นชาวต่างชาติซึ่งไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก

อย่างไรก็ตามในกรณีที่มีข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลไทยโดยอาจเป็นกรณีการอ้างสิทธิหรือปฏิเสธความเป็นบิดาหรือมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนของบุคคลที่เกี่ยวข้อง ช่องทางหนึ่งที่สามารถยกขึ้นต่อสู้เพื่อไม่ให้ปรับใช้หลักเกณฑ์ตามมาตรา 29 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ซึ่งบัญญัติเรื่องความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนไว้อย่างชัดแจ้งแล้วได้คือ การปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ซึ่งอาจนำไปสู่การบังคับใช้กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศเพื่อวินิจฉัยความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ตัวอย่างเช่น หากบุคคลที่ประสงค์จะมีบุตรมีสัญชาติของประเทศที่ไม่รับรองความเป็นบิดาหรือ

[34] เทียบเคียงจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1950 / 2529 ซึ่งศาลเคยวินิจฉัยว่า “การที่ผู้ร้องทั้งสองซึ่งเป็นบุคคลสัญชาติญวนร้องขอต่อศาลให้สั่งนายอำเภอในฐานะนายทะเบียนครอบครัวจดทะเบียนสมรสให้แก่ผู้ร้องทั้งสองนั้น แม้ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาตรา 10 และมาตรา 19 จะบัญญัติว่าความสามารถของบุคคลและเงื่อนไขแห่งการสมรสให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบุคคลนั้นนั้นก็ตาม แต่ตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวผู้ร้องก็หาได้มีหน้าที่พิสูจน์ถึงความสามารถและเงื่อนไขดังกล่าวแต่เพียงฝ่ายเดียวไม่และเมื่อไม่มีฝ่ายใดนำสืบว่าตามกฎหมายสัญชาติของผู้ร้องในเรื่องนี้มีอยู่อย่างไรจึงต้องบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อปรากฏว่าผู้ร้องทั้งสองมีเงื่อนไขที่จะทำการสมรสได้ครบถ้วนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว นายอำเภอก็ไม่ชอบที่จะปฏิเสธไม่ยอมจดทะเบียนสมรสให้ผู้ร้องทั้งสอง”

มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายกรณีเด็กเกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่ชายหรือหญิงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายนั้นไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน การปรับใช้กฎหมายของประเทศดังกล่าวก็มักนำไปสู่การปฏิเสธความเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของชายหรือหญิงที่ประสงค์จะมีบุตรนั้น เป็นต้น

ในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งไม่ได้มีสัญชาติไทย การปรับใช้จุดเกาะเกี่ยวและกลไกต่าง ๆ ในหลักกฎหมายขัดกันและพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 อาจนำไปสู่การปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศได้ จากการศึกษากฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการวินิจฉัยความเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนทั้งของประเทศที่รับรองให้มีการ “อุ้มบุญ” และของประเทศที่ยังคงกำหนดให้การ “อุ้มบุญ” เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายยังมีความแตกต่างกันค่อนข้างมาก โดยในหลายประเทศไม่ได้รับรองความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนให้กับคู่สมรสหรือบุคคลที่ประสงค์จะมีบุตรโดยอัตโนมัติ ดังนั้นการปรับใช้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในศาลไทยยังสามารถนำไปสู่การใช้กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศซึ่งไม่รับรองความเป็นบิดาหรือมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีนี้ได้

เนื่องจากกฎหมายของประเทศส่วนใหญ่ในปัจจุบันยังยึดหลัก *Mater semper certa est* เพื่อวินิจฉัยความเป็นมารดาของเด็ก[35] ส่งผลให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนคือมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรอาจเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายในระบบกฎหมายไทยแต่อาจไม่ได้เป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายในมุมมองของระบบกฎหมายต่างประเทศที่ภริยาอาจมีสัญชาติหรือภูมิลำเนา

สำหรับความเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีที่จัดให้มีการให้กำเนิดบุตรโดยใช้เซลล์อสุจิของชายที่ประสงค์จะมีบุตรก็อาจไม่ก่อให้เกิดปัญหามากนักเพราะเด็กย่อมมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับชายผู้ประสงค์จะมีบุตร และกฎหมายของหลายประเทศในปัจจุบันที่ถึงแม้ไม่รับรองการ “อุ้มบุญ” ในประเทศของตนเอง ก็ยังพร้อมรับรองความเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กในกรณีที่พิสูจน์ได้ว่ามีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก[36] อย่างไรก็ตามกรณีที่อาจก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายอย่างมากคือในกรณีที่ใช้อสุจิของผู้บริจาคในการดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนซึ่งกฎหมายกำหนดให้สามารถทำได้ กรณีดังกล่าวย่อมส่งผลให้เด็กไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับสามีที่ประสงค์จะมีบุตร ดังนั้นเมื่อสามีที่ประสงค์จะมีบุตรไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กและภริยาของตนเองก็ไม่ได้เป็นผู้ตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรด้วยตนเองด้วย จึงเป็นกรณีที่บุคคลที่ประสงค์จะมีบุตรไม่สามารถมีสถานะเป็นบิดามารดาตามกฎหมายของประเทศส่วนใหญ่ได้ จากสถานการณ์ดังกล่าวข้างต้น ทำให้เด็กอยู่ใน

---

[35] Yuko Nishitani. «Identité culturelle en droit international privé de la famille (Volume 401),» in **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, (Brill, 2019). p.395.

[36] Ibid., p. 393-394.

สถานะที่อาจมีมารดาหรือบิดาตามกฎหมายแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ เกิดสถานการณ์ที่เรียกว่า บุคคลสองสถานะ (Limping situation)[37]

8. การใช้นิติวิธีของหลักกฎหมายขัดกันเพื่อบรรเทาปัญหากรณีการปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 นำไปสู่การใช้กฎหมายต่างประเทศที่กำหนดความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนแตกต่างจากกฎหมายไทย

กระบวนการปรับใช้หลักกฎหมายขัดกันไม่ได้มีเพียงการปรับใช้จุดเกาะเกี่ยวเท่านั้นแต่ยังประกอบไปด้วยนิติวิธีหลายเรื่องซึ่งอาจมีผลเปลี่ยนแปลงกฎหมายสารบัญญัติที่จะต้องนำมาวินิจฉัยคดีได้ ถึงแม้โดยหลักการของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในรูปแบบบทบัญญัติพร้อมบูรณ์ (Multilateral หรือ Bilateral rules) ตามกระบวนทัศน์แบบ Savigny จะตั้งอยู่บนฐานคิดที่ว่ากฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศมีฐานะเทียบเท่ากฎหมายของประเทศของศาลที่พิจารณาคดี (lex fori) ก็ตาม จากลักษณะที่เป็นนามธรรม (Abstract) ของบทบัญญัติพร้อมบูรณ์ ทำให้บทบัญญัติพร้อมบูรณ์มีสถานะเสมือนเป็นป้ายบอกทางสำหรับผู้ปรับใช้กฎหมายว่าจะต้องนำกฎหมายสารบัญญัติของประเทศใดมาใช้บังคับ ซึ่งอาจเป็นกฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศ (lex causae) หรือกฎหมายของประเทศของศาลที่พิจารณาคดี (lex fori) ก็ได้ อย่างไรก็ตามหากพิจารณานิติวิธีของระบบกฎหมายขัดกันในภาพรวมก็จะพบว่าระบบกฎหมายขัดกันไม่ได้รับรองความเท่าเทียมระหว่างกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายของประเทศของศาลที่พิจารณาคดีอย่างแท้จริง จากการที่กลไกต่าง ๆ ในระบบกฎหมายขัดกันมักถูกใช้เป็น “เครื่องมือหลบเลี่ยง” (Escape devices) การใช้กฎหมายต่างประเทศ หรือ “เครื่องมือปิดบัง” (Cover-up devices) ของการพยายามปรับใช้กฎหมายของประเทศของศาลที่พิจารณาคดี[38] แม้ Savigny เองก็ยอมรับว่าการใช้กฎหมายต่างประเทศก็มีข้อจำกัด และต้องอยู่ภายในกรอบของความสงบเรียบร้อยฯ ของประเทศของศาลที่พิจารณาคดี[39] ในการศึกษาเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับกับการวินิจฉัยความเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนผู้วิจัยจึงสนใจศึกษาว่านิติวิธีในกฎหมายขัดกันสามารถใช้เพื่อสร้างความยืดหยุ่นให้กับกระบวนการปรับใช้กฎหมายขัดกันในกรณีที่กฎหมายที่จุดเกาะเกี่ยวชี้ให้ใช้นำไปสู่การใช้กฎหมายของประเทศที่ไม่รับรองความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของ

---

[37] Anastasia Grammaticaki-Alexiou. “Best Interests of the Child in Private International Law (Volume 412),” in **Collected Courses of the Hague Academy of International Law,** (Brill, 2020). p.408.

[38] Bernard Audit. “Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Volume 186),” in **Collected Courses of the Hague Academy of International Law,** (Brill, 1984), p.306-351.

[39] Ibid., p. 306.

เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน โดยงานวิจัยนี้เลือกศึกษาเฉพาะผลของการปรับใช้นิติวิธีที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ได้รับรองไว้อย่างชัดแจ้ง ได้แก่ การย้อนส่งตามมาตรา 4 และหลักความสงบเรียบร้อยฯ ตามมาตรา 5

8.1 การย้อนส่งตามมาตรา 4

การย้อนส่งตามที่ปรากฏในระบบกฎหมายขัดกันไทยมีลักษณะเป็นการย้อนส่งแบบชั้นเดียว (Single หรือ Partial renvoi) มิใช่การย้อนส่งทั้งหมด (Total renvoi หรือ English renvoi)[40] ผลของการปรับใช้กลไกการย้อนส่งสามารถทำให้กฎหมายสารบัญญัติที่นำมาใช้บังคับกับคดีเปลี่ยนแปลงจากกฎหมายของประเทศที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ชี้ให้ใช้โดยตรงเป็นกฎหมายของประเทศอื่นโดยอาจเป็นกฎหมายสารบัญญัติไทยในกรณีเกิดการย้อนส่งกลับ (Renvoi au premier degré, Remission) หรือกฎหมายสารบัญญัติของประเทศอื่นต่อไปอีกก็ได้ในกรณีเกิดการย้อนส่งต่อไป (Renvoi au second degré, Transmission) ดังนั้น การใช้เทคนิคการย้อนส่งจึงสามารถเปลี่ยนแปลงกฎหมายสารบัญญัติที่ใช้บังคับกับการวินิจฉัยคดีซึ่งอาจนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงผลของคดีได้

ถึงแม้การย้อนส่งจะเป็นหนึ่งในนิติวิธีของกฎหมายขัดกันที่ได้รับการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 โดยเฉพาะอย่างยิ่งการย้อนส่งกลับ (Renvoi au premier degré) แต่กลับเป็นกลไกที่ไม่ได้ถูกนำมาใช้จริงในทางปฏิบัติโดยน่าจะมีผลมาจากการที่มาตรา 8 พระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้ภาระหน้าที่นำสืบกฎหมายต่างประเทศให้เป็นที่พอใจแก่ศาลนั้นตกอยู่กับคู่ความฝ่ายที่ต้องการกล่าวอ้าง กฎหมายต่างประเทศจึงอยู่ในสถานะของข้อเท็จจริงที่ศาลไม่รู้เอง ศาลไม่สามารถยกกฎหมายต่างประเทศนั้นขึ้นได้เองแม้ในความเป็นจริงผู้พิพากษาในคดีอาจมีความรู้กฎหมายของต่างประเทศนั้นก็ตาม ดังนั้น ด้วยความที่กระบวนการใช้กลไกการย้อนส่งตามมาตรา 4 ในการต่อสู้คดีนั้น ถึงแม้จะมีบทบัญญัติกฎหมายไทยรองรับกลไกดังกล่าวไว้โดยชัดแจ้งแต่คู่ความที่ต้องการให้ปรับใช้มาตรา 4 เพื่อเปลี่ยนแปลงกฎหมายสารบัญญัติที่ใช้บังคับจากประเทศที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายชี้ให้ใช้เป็นกฎหมายของประเทศอื่นที่อาจเป็นประโยชน์ต่อฝ่ายตนมากกว่าก็จำเป็นที่จะต้องกล่าวอ้างและพิสูจน์กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศที่กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของไทยชี้ให้ใช้ ว่ากฎหมายขัดกันของประเทศดังกล่าวนั้นชี้ให้ใช้กฎหมายของประเทศใดต่อไปหรือส่งกลับมาให้ใช้กฎหมายไทย และในกรณีที่กฎหมายขัดกันของประเทศดังกล่าวระบุให้ใช้กฎหมายของประเทศที่สามต่อไปก็อาจต้องพิสูจน์กฎหมายขัดกันหรือกฎหมายสารบัญญัติของประเทศนั้น ๆ ให้เป็นที่พอใจแก่ศาลต่อไป ความยุ่งยากในการปรับใช้กระบวนการดังกล่าวทำให้มาตรา 4 ไม่ได้ถูกนำมาใช้ให้เป็นประโยชน์สำหรับคู่ความในทางปฏิบัติ ด้วย

[40] กิตติวัฒน์ จันทร์แจ่มใส, **รายงานฉบับสมบูรณ์ การยกเลิกหลักการย้อนส่งในการขัดกันแห่งกฎหมาย : ความเป็นไปได้ในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติ.** (คณะกรรมการส่งเสริมงานวิจัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559). หน้า 56

ข้อจำกัดจากการที่กฎหมายต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายหรือกฎหมายสารบัญญัติไม่ได้อยู่ในสถานะ “ข้อกฎหมาย” ศาลไทยจึงไม่สามารถยกและปรับใช้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของต่างประเทศขึ้นได้เอง ถึงแม้ผู้พิพากษาที่รับผิดชอบคดีจะมีความรู้เกี่ยวกับกฎหมายขัดกันของประเทศดังกล่าวก็ตาม[41] ทำให้กลไกการย้อนส่งจึงอาจไม่ใช่นิติวิธีที่ศาลจะนำมาปรับใช้ในฐานะ “เครื่องมือหลบเลี่ยง” (Escape device) ของกฎหมายขัดกันของไทย

8.2 ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามมาตรา 5

ในกรณีที่คู่ความกล่าวอ้างกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเพื่อนำไปสู่การใช้กฎหมายต่างประเทศนั้น หากคู่ความสามารถพิสูจน์กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศที่ต้องการให้ศาลนำมาวินิจฉัยคดีให้เป็นที่พอใจแก่ศาลตามมาตรา 8 โดยหลักแล้วศาลจะต้องวินิจฉัยคดีตามกฎหมายต่างประเทศนั้น อย่างไรก็ตามการปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศนั้นอาจไม่ถูกนำมาใช้ในการวินิจฉัยคดีเสมอไป หากศาลวินิจฉัยว่าผลของการปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยฯ ของไทยตามมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 จะเห็นได้ว่าการปรับใช้หลักความสงบเรียบร้อยฯ ตามมาตรา 5 นั้นมีความไม่แน่นอนสูงในลักษณะเดียวกันกับหลักความสงบเรียบร้อยฯ ในกฎหมายทั่วไป เนื่องจากขึ้นอยู่กับการใช้ดุลพินิจของศาลเป็นกรณี ๆ ไป สำหรับแนวทางการพิจารณาการปรับใช้หลักความสงบเรียบร้อยฯ ตามมาตรา 5 ของศาลไทยในประเด็นนี้ยังไม่ชัดเจนว่าศาลไทยตีความหลักความสงบเรียบร้อยฯ ตามมาตรา 5 สอดคล้องกับหลักการที่ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไปในหลักกฎหมายขัดกันหรือไม่ กล่าวคือ ในฐานะหลักการหรือคุณค่าทางสังคมหรือศีลธรรมอันเป็นพื้นฐานของรัฐนั้น ๆ (a clear conflict in fundamental policy) จนไม่สามารถยอมรับให้มีการละเมิดได้แม้นิติสัมพันธ์หนึ่ง ๆ จะมีความเกี่ยวพันใกล้ชิดกับรัฐที่มีการยอมรับผลที่แตกต่างกันได้ก็ตาม ดังนั้นหลักความสงบเรียบร้อยฯ ในความหมายของหลักกฎหมายขัดกัน (International public policy, Ordre public international) จึงต้องมีความแตกต่างจากหลักความสงบเรียบร้อยฯ ตามกฎหมายภายใน การปรับใช้หลักความสงบเรียบร้อยฯ เพื่อปฏิเสธการใช้กฎหมายต่างประเทศทุกครั้งไปเมื่อกฎหมายต่างประเทศนั้นมีเนื้อหาต่างจากเนื้อหาของกฎหมายของประเทศของศาลที่พิจารณาคดีหรือให้ผลที่แตกต่างจากการปรับใช้กฎหมายที่เกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยฯ ของประเทศของศาลที่พิจารณาคดีย่อมทำให้บทบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายไม่มีประโยชน์อันใดเลย[42]

---

[41] สำหรับข้อจำกัดอื่น ๆ จากการที่กฎหมายต่างประเทศอยู่ในสถานะของ “ข้อเท็จจริง” โปรดดู ยศพนธ์ นิติรุจิโรจน์ และติณเมธ วงศ์ใหญ่, “การใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทย”, **จุลนิติ** (ก.ค.-ส.ค. 2558), หน้า 73-89.

[42] Pippa Rogerson, **Collier’s Conflict of Laws**, 4th ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), p.326-329.; Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, and Pascal De Vareilles-Sommières, **Droit international privé**, 10e ed. (Paris: Dalloz, 2013). p. 356-357; Peter Hay, Patrick J. Borchers, and Symeon Symeonides, **Conflict of laws**. 5th ed. (St. Paul, MN: West, 2010), p.168-169. Marie-Laure Niboyet and Géraud de Geouffre de La Pradelle, **Droit international**

อย่างไรก็ตามหากพิจารณาถ้อยคำในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าจะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับ ให้ใช้กฎหมายนั้นเพียงที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศไทย” ไม่ปรากฏว่าผู้ร่างมีการเน้นย้ำถึงความแตกต่างหรือลักษณะเฉพาะของหลักความสงบเรียบร้อยฯ ในหลักกฎหมายขัดกันเลยซึ่งแตกต่างจากบทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของหลายประเทศ สำหรับแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาที่มีการปรับใช้มาตรา 5 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ก็ยังไม่ปรากฏแนวทางที่ชัดเจนนักเนื่องจากจำนวนคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับการปรับใช้มาตราดังกล่าวมีอยู่ไม่มากนัก

ถึงแม้หลักความสงบเรียบร้อยฯ ระหว่างประเทศ (International public policy) เป็น “escape device” ที่ถูกใช้มากที่สุดในคดีพิพาทเกี่ยวกับกฎหมายครอบครัว[43] อันเนื่องมาจากความแตกต่างหรือการขัดแย้งกันทางวัฒนธรรมของประเทศต่าง ๆ ในโลกจึงส่งผลให้มีการนำหลักความสงบเรียบร้อยฯ มาใช้เพื่อจำกัดผลของการปรับใช้กฎหมายต่างประเทศในประเทศของศาลที่พิจารณาคดี[44] แต่คดีพิพาทเกี่ยวกับครอบครัวที่มีการวินิจฉัยเรื่องหลักความสงบเรียบร้อยฯ ตามมาตรา 5 โดยศาลไทยยังปรากฏไม่มากนัก

สำหรับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2524 ซึ่งมีประเด็นที่ศาลต้องวินิจฉัยเรื่องการสมรสตามประเพณีจีนของผู้เยาว์ชาวจีนอายุ 10 และ 12 ปีที่เกิดขึ้นที่ประเทศจีนก่อนที่บุคคลทั้งสองจะเดินทางมาอาศัยอยู่ในประเทศไทย ศาลได้วินิจฉัยว่าการสมรสดังกล่าวไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยฯ ของไทย โดยผลของคำพิพากษาพอจะอธิบายได้ว่าไม่ใช่การยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้เยาว์สมรสโดยใช้เงื่อนไขการสมรสตามกฎหมายสัญชาติ (จีน) ของผู้เยาว์ในประเทศไทย แต่เป็นเพียงการยอมรับผลของสถานะทางกฎหมาย (สถานะสมรส) ที่เกิดขึ้นมานานแล้วในต่างประเทศ (ประเทศจีน) เพียงเพื่อให้โจทก์มีสถานะเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ถูกทำละเมิดซึ่งมีผลทำให้โจทก์สามารถฟ้องเรียกค่าขาดไร้อุปการะจากจำเลยผู้ทำละเมิดต่อบุตรของตนได้

สำหรับคำพิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัวกลางที่ 2561/2548 ซึ่งเป็นเรื่องการรับรองคำพิพากษาศาลสวีเดนที่ให้บิดาชาวสวีเดนเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองผู้เยาว์แต่เพียงผู้เดียว หากศาลไทยรับรองสถานะตามคำพิพากษาศาลสวีเดน บิดาก็จะมีอำนาจฟ้องคดีเรียกคืนผู้เยาว์จากจำเลย (มารดา

---

privé, 7e ed. (Paris: LGDJ, 2020), p.283.; Paul Torremans. “Exclusion of Foreign Law,” Chap. 8 in **Cheshire, North & Fawcett: Private International Law**, eds. Paul Torremans et al., 114-44 (Oxford University Press, 2017), p.133.

[43] Anastasia Grammaticaki-Alexiou, “Best Interests of the Child in Private International Law (Volume 412),” p. 266

[44] Yuko Nishitani, «Identité culturelle en droit international privé de la famille (Volume 401),» p. 317

สัญชาติไทย) หนึ่งในประเด็นที่ต้องมีการพิจารณาประกอบการพิจารณารับรองคำพิพากษาศาลสวีเดนที่ถึงที่สุดแล้วคือประเด็นที่ว่า คำพิพากษาของศาลสวีเดนขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนของหรือไม่ ในคดีนี้ศาลเยาวชนและครอบครัวกลางพิพากษาว่าคำพิพากษาของศาลสวีเดนซึ่งวินิจฉัยโดยใช้กฎหมายสวีเดนดังกล่าวไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จะเห็นได้ว่าบริบทของคำพิพากษานี้ก็ไม่ใช่การขอให้ศาลไทยวินิจฉัยความเป็นบิดาหรือมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายโดยใช้กฎหมายต่างประเทศที่บัญญัติแตกต่างจากกฎหมายไทยเพียงแต่เป็นการรับรองสถานะบุคคลตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ นอกจากนี้ผลของการรับรองสถานะตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศก็เพียงแค่ทำให้โจทก์ (บิดาชาวสวีเดน) มีอำนาจฟ้องในศาลไทยเท่านั้น ส่วนประเด็นว่าโจทก์มีสิทธิ์ฟ้องเรียกคืนผู้เยาว์จากจำเลยได้หรือไม่ก็กลับมาวินิจฉัยตามกฎหมายสารบัญญัติไทยต่อไป

สำหรับประเด็นเรื่องความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน การกำหนดความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายสารบัญญัติของประเทศต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องหรือไม่กับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนถือได้ว่าเป็นกฎหมายที่เกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยฯ ของแต่ละประเทศ อย่างไรก็ตามลำพังความแตกต่างระหว่างกฎหมายสารบัญญัติของประเทศต่าง ๆ รวมถึงกฎหมายสารบัญญัติที่เกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยฯ ของประเทศนั้น ๆ ไม่เพียงพอที่จะทำให้ศาลที่พิจารณาคดีที่มีองค์ประกอบต่างประเทศปฏิเสธการใช้กฎหมายต่างประเทศนั้นและปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติของประเทศของศาลที่พิจารณาคดีแทนโดยอัตโนมัติ เป็นที่ยอมรับกันว่าการปฏิเสธการใช้กฎหมายต่างประเทศตามหลักความสงบเรียบร้อยฯ ในกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศจะต้องเป็นกรณีที่หลักการหรือคุณค่าทางสังคมหรือศีลธรรมอันเป็นพื้นฐานของรัฐนั้น ๆ ถูกละเมิดจากผลของการปรับใช้กฎหมายต่างประเทศ จึงเป็นข้อที่ต้องพิจารณากันต่อไปว่า การกำหนดให้บิดามารดาที่ประสงค์จะมีบุตรมีสถานะเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนไม่ใช่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและสามี (ถ้ามี) เป็นสิ่งที่ระบบกฎหมายไทยให้คุณค่าอย่างไม่สามารถละเมิดได้หรือไม่ ต่อประเด็นดังกล่าวผู้วิจัยเห็นว่าลำพังการที่กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศยังคงยึดหลัก *Mater semper certa est* ในการวินิจฉัยความเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งแตกต่างจากมาตรา 29 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไม่น่าจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยฯ ในทางระหว่างประเทศของไทย อย่างไรก็ตามนโยบายของประเทศไทยในปัจจุบันที่พร้อมรับรองการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการตั้งครรภ์แทนที่ไม่ใช่เพื่อการพาณิชย์เป็นกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นมีเงื่อนไขควบคู่กับเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายที่จะคุ้มครองเด็กที่เกิดมาด้วยวิธีการดังกล่าวประกอบกันด้วย ทั้งนี้เพื่อป้องกันปัญหาจากการที่บุคคลที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนปฏิเสธความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายเมื่อเด็กอาจเกิดมาพร้อมกับความบกพร่องทางร่างกายบางประการ จะเห็นได้จากการที่มาตรา 33 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วย

การเจริญพันธุ์ทางการแพทย์บัญญัติว่า “ห้ามมิให้สามีหรือหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรโดยการตั้งครรภ์แทนปฏิเสธการรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนดังกล่าว” ดังนั้นหากเป็นกรณีที่มีบุคคลได้ใช้ประโยชน์จากกระบวนการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยตามกรอบของพระราชบัญญัติดังกล่าวแล้ว การกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศผ่านพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเพื่อให้มีผลเป็นการปฏิเสธความเป็นบุตรของเด็กที่เกิดภายใต้การรับรองคุ้มครองของกฎหมายฉบับดังกล่าว จึงเป็นสิ่งที่ไม่อาจยอมรับได้ในมุมมองของระบบกฎหมายไทย การใช้มาตรา 5 จึงเป็นช่องทางที่คู่ความและศาลสามารถเลือกใช้เพื่อหลีกเลี่ยงผลดังกล่าวได้

สำหรับกรณีที่อาจมีข้อพิพาทเกี่ยวกับความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายในศาลไทยโดยที่เด็กไม่ได้เกิดจากการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทย การใช้มาตรา 5 เพื่อจำกัดผลของกฎหมายต่างประเทศนั้นก็ยังสามารถเกิดขึ้นได้หากผลของการปรับใช้กฎหมายต่างประเทศที่กฎหมายขัดกันชี้ให้ใช้ส่งผลกระทบในทางที่ลบต่อเด็ก เช่น ทำให้เด็กไม่สามารถก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวกับบุคคลใดเลยหรือกับบุคคลเดียวที่ประสงค์จะเลี้ยงดูเด็กนั้น เป็นต้น

9. แนวทางการปรับปรุงกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย

เนื่องจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันเป็นกฎหมายที่ร่างขึ้นมาเป็นเวลานานมากแล้วจึงเป็นเรื่องธรรมดาที่จะไม่สอดคล้องกับบริบทของสังคมปัจจุบันที่มีประเด็นปัญหาทางกฎหมายใหม่ ๆ เกิดขึ้นมาก ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าหากมีการแก้ไขปรับปรุงกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศไทยก็ควรกำหนดบทบัญญัติสำหรับการวินิจฉัยความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายกรณีเด็กเกิดจากการตั้งครรภ์แทนขึ้นมาเป็นการเฉพาะในลักษณะเดียวกันกับโครงการจัดทำประมวลกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศของฝรั่งเศส

สำหรับจุดเกาะเกี่ยวที่เลือกใช้ ผู้วิจัยเห็นว่าการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวควรหลีกเลี่ยงจุดเกาะเกี่ยวที่เป็นจุดเกาะเกี่ยวเกี่ยวกับบุคคล (Personal connecting factors) ของเด็กไม่ว่าจะเป็นสัญชาติ ภูมิลำเนา หรือถิ่นที่อยู่ของเด็ก เนื่องจากกรณีเด็กเกิดจากการตั้งครรภ์แทนอาจมีประเด็นปัญหาและข้อพิพาททางกฎหมายเกี่ยวกับสัญชาติของเด็กอันเนื่องมาจากสถานะตามกฎหมายครอบครัวที่มักคลุมเครือหรืออาจไม่เป็นที่ยอมรับทำให้เด็กอาจตกอยู่ในสภาวะไร้สัญชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการได้สัญชาติตามหลักสืบสายโลหิตก็เป็นเรื่องที่กฎหมายของประเทศต่าง ๆ มักนำไปเชื่อมโยงกับความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กอีกทอดหนึ่ง[45] ดังนั้นหากกำหนดให้สัญชาติของเด็กเป็นจุดเกาะเกี่ยวสำหรับการวินิจฉัย

[45] พวงรัตน์ ปฐมสิริรักษ์, **รายงานการวิจัย เรื่อง ปัญหาการกำหนดสัญชาติของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทย** (คณะกรรมการส่งเสริมงานวิจัยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562) ; European Network on Statelessness, **No Child**

ความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กก็อาจเกิดปัญหาความยุ่งยากได้ในกรณีดังกล่าว ส่วนการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่ภูมิลำเนาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นก็อาจพบปัญหาในลักษณะเดียวกันกับปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติของเด็กเนื่องจากการตีความจุดเกาะเกี่ยวที่ปรากฏในบทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศไทยโดยหลักก็ย่อมต้องอ้างอิงนิยามความหมายตามความเข้าใจของระบบกฎหมายของไทยในเรื่องภูมิลำเนา[46] และเมื่อกฎหมายแพ่งสารบัญญัติกำหนดให้ภูมิลำเนาของผู้เยาว์ผูกพันเชื่อมโยงอยู่กับภูมิลำเนาของบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย[47] หากกำหนดให้ใช้ภูมิลำเนาของเด็กเป็นจุดเกาะเกี่ยวก็อาจทำให้ประสบปัญหาในการปรับใช้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายได้เนื่องจากการที่จะสามารถระบุภูมิลำเนาของผู้เยาว์ได้กลับต้องวินิจฉัยประเด็นความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายเสียก่อน แต่หากคู่พิพาทเกี่ยวกับสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กมีภูมิลำเนาอยู่คนละประเทศกันก็จะเกิดความยุ่งยากในการวินิจฉัยภูมิลำเนาของเด็ก และถึงแม้จะเลือกไม่อ้างอิงการตีความจุดเกาะเกี่ยวด้วยภูมิลำเนาตามกฎหมายซึ่งผูกโยงอยู่กับภูมิลำเนาของผู้แทนโดยชอบธรรมนั้นก็จะต้องค้นหาเจตนาในการก่อตั้งภูมิลำเนาของตัวเด็กเองซึ่งคงไม่สามารถกระทำได้ในกรณีที่ยังคงเป็นผู้เยาว์โดยเฉพาะกรณีที่เด็กมีอายุน้อยมาก ๆ สำหรับจุดเกาะเกี่ยวเฉพาะตัวของเด็กที่อาจพอนำมาใช้ได้นั้น คือ ถิ่นที่อยู่ประจำ (Habitual residence) ของเด็ก เนื่องจากถิ่นที่อยู่ไม่ใช่ข้อความคิดทางกฎหมาย (Legal concept) ดังเช่นกรณีของภูมิลำเนาแต่เป็นเรื่องของการวินิจฉัยข้อเท็จจริงเป็นกรณี ๆ ไปว่าในความเป็นจริงเด็กอาศัยอยู่ในประเทศใดก็น่าจะถือว่ามีถิ่นที่อยู่ในประเทศนั้น ๆ โดยถิ่นที่อยู่ประจำเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่บางประเทศเลือกใช้สำหรับการวินิจฉัยความเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย ตัวอย่างเช่น กฎหมายขัดกันของสวิตเซอร์แลนด์และเยอรมันที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น อย่างไรก็ตามผู้วิจัยเห็นว่าในกรณีผู้เยาว์โดยเฉพาะเมื่อยังอายุน้อยมาก ๆ ในทางปฏิบัติก็จะไม่สามารถเลือกถิ่นที่อยู่ได้ด้วยตนเองการกำหนดให้ใช้ถิ่นที่อยู่ของผู้เยาว์เป็นจุดเกาะเกี่ยวก็เป็นการให้ถิ่นที่อยู่ของบุคคลที่เด็กอาศัยอยู่ด้วยเป็นจุดเกาะเกี่ยวไปโดยปริยาย

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ผู้วิจัยจึงเห็นควรกำหนดจุดเกาะเกี่ยวสำหรับประเด็นดังกล่าวที่จุดเกาะเกี่ยวที่เกี่ยวกับบุคคล (Personal connecting factors) จากบิดามารดาแทน ถึงแม้ในกรณีการตั้งครรภ์แทนอาจจะมีบุคคลที่เกี่ยวข้องมากกว่าคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรแต่ผู้วิจัยเลือกกำหนด

Should be Stateless. (European Network on Statelessness, 2015). ; General Affairs and Policy, **A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangement**. p. 64.

[46] หยุด แสงอุทัย, **คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย กฎหมายสัญชาติ** (แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 9 พ.ศ. 2516) พร้อมด้วยพระราชบัญญัติสัญชาติ (Nationality Act) พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (Act on Conflict of Laws). หน้า 57-58.

[47] มาตรา 44 วรรคแรก ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ วางหลักไว้ว่า “ภูมิลำเนาของผู้เยาว์ ได้แก่ ภูมิลำเนาของผู้แทนโดยชอบธรรมซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองหรือผู้ปกครอง”

จุดเกาะเกี่ยวเกี่ยวกับบุคคลจากตัวคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตร เนื่องจากสามารถใช้บังคับได้ทั้งในกรณีที่ตัวคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรเองหรือบุคคลที่มีส่วนได้เสียเรื่องการตกทอดทรัพย์มรดกต้องการฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรรวมถึงกรณีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรและหญิงที่ตั้งครรภ์แทนและ/หรือสามีของหญิงนั้นด้วย

สำหรับจุดเกาะเกี่ยวที่เลือกใช้ เนื่องจากคู่สมรสอาจมีสัญชาติที่แตกต่างกันการปรับใช้กฎหมายสัญชาติของคู่สมรสแต่ละฝ่ายที่มีข้อพิพาท เช่น กฎหมายสัญชาติของสามีหรือของภริยา หากกฎหมายของสองประเทศนี้แตกต่างกันก็อาจทำให้สถานะความสัมพันธ์ภายในครอบครัวไม่เป็นเอกภาพได้ สำหรับการปรับใช้จุดเกาะเกี่ยว “ภูมิลำเนาคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตร” กับกรณีที่คู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรนั้นไม่ได้มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศไทย แต่หากฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติไทยก็อาจเลือกมาใช้วิธีการให้กำเนิดบุตรด้วยการ “อุ้มบุญ” ในประเทศไทยเมื่อกลับไปยังภูมิลำเนาก็อาจมีความจำเป็นให้กฎหมายของประเทศที่คู่สมรสใช้ชีวิตอยู่ดังกล่าวรับรองความบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเช่นกัน ในมุมมองของการรับรองสถานะหรือคำพิพากษาจากต่างประเทศจากประเทศที่ขอรับการรับรอง การที่ศาลต่างประเทศเจ้าของคำพิพากษาได้วินิจฉัยคดีโดยใช้กฎหมายของประเทศที่ขอรับการรับรองก็จะมีส่วนเพิ่มโอกาสให้คำพิพากษาของศาลไทยได้รับการรับรองในประเทศที่คู่สมรสมีภูมิลำเนาอีกทางหนึ่งด้วย เป็นการลดความเสี่ยงในการเกิดปัญหาบุคคลสองสถานะ (Limping situation)

นอกจากนี้การกำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่ภูมิลำเนาร่วมของคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรซึ่งจะทำให้คู่สมรสที่อาจต่างสัญชาติกัน เช่น หญิงไทยกับสามีสัญชาติต่างประเทศหรือหญิงสัญชาติต่างประเทศกับสามีสัญชาติไทยที่อาศัยอยู่ในประเทศไทยและใช้กระบวนการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยซึ่งต้องเป็นการดำเนินการในกรอบที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 รองรับ ไม่สามารถอ้างกฎหมายต่างประเทศเพื่อหลีกเลี่ยงบทบัญญัติมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวได้อีกทางหนึ่ง[48]

---

[48] การร่างบทบัญญัติพร้อมบูรณ์ในกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายโดยมีจุดประสงค์เพื่อเอื้อให้ก่อผลบางประการในทางคดีเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นในการร่างกฎหมายมาในทุกยุคสมัย โปรดดู Symeon C. Symeonides. “Private International Law: Idealism, Pragmatism, Eclecticism General Course on Private International Law (Volume 384),” in **Collected Courses of the Hague Academy of International Law** (Brill, 2017), p. 121-125. สำหรับพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 การบัญญัติจุดเกาะเกี่ยวในบางมาตราก็เพื่อเอื้อให้เกิดผลให้มีการใช้กฎหมายไทยในศาลไทย เช่น มาตรา 38 ซึ่งผู้ร่างกำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่ภูมิลำเนาของเจ้ามรดกขณะที่เจ้ามรดกถึงแก่ความตาย ไม่ใช่สัญชาติ ทั้งนี้ก็เพื่อต้องการให้การตกทอดของทรัพย์มรดกของชาวจีนที่อาศัยอยู่ในประเทศไทยให้เป็นไปตามกฎหมายไทย โปรดดู รายงานการประชุมอนุกรรมการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติวางกฎเกณฑ์วินิจฉัยข้อขัดกันระหว่างกฎหมายของนานาประเทศ ครั้งที่ 49/2481 วันพฤหัสบดีที่ 14 กรกฎาคม 2481, หน้า 172 อ้างถึงใน ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, **คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล,** (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 289 เชิงอรรถ 18

ทั้งนี้การกำหนดจุดเกาะเกี่ยวควรให้รองรับกรณีที่ศาลไทยอาจต้องพิจารณาพิพากษาคดีที่คู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรอาจมิใช่ระหว่างชายและหญิงเพียงอย่างเดียวแต่ควรต้องคำนึงถึงบริบทความหลากหลายทางเพศด้วย จึงควรหลีกเลี่ยงการบัญญัติกฎหมายโดยใช้ข้อความ “สามี” และ “ภริยา” และเลือกใช้คำว่า “คู่สมรส” แทน

นอกจากนี้ผู้วิจัยเห็นว่าควรใช้เทคนิค “บทบัญญัติพิเศษของหลักความสงบเรียบร้อยฯ” (Clauses spéciales d’ordre public หรือ Clause d’ordre public positif) ซึ่งหมายถึง การกำหนดบทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในลักษณะที่มีการกำหนดข้อยกเว้นในการปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติที่จุดเกาะเกี่ยวหลักชี้ให้ใช้ในบางกรณีที่ผู้ร่างกฎหมายเห็นสมควรโดยเฉพาะเพื่อให้การปรับใช้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายสอดคล้องกับนโยบายทางสารบัญญัติ (Substantive policy) ของรัฐ หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งคือเป็นการบัญญัติบังคับให้ศาลต้องปรับใช้หลักความสงบเรียบร้อยฯ โดยอัตโนมัติในบางกรณีโดยไม่ต้องผ่านการใช้ดุลยพินิจวินิจฉัยว่าผลของการปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศที่กฎหมายขัดกันชี้ให้ใช้จะขัดกับความสงบเรียบร้อยฯ ในทางระหว่างประเทศในปัจจุบันของประเทศของศาลที่พิจารณาคดีหรือไม่โดยผ่านบทบัญญัติทั่วไปของหลักความสงบเรียบร้อยฯ (ตัวอย่างเช่น มาตรา 5 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย) เทคนิคดังกล่าวปรากฏอยู่ในกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของบางประเทศ ตัวอย่างเช่น ในการร่างประมวลกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศของเบลเยียมฉบับปี 2004 ถึงแม้จะยังคงใช้แนวทางบทบัญญัติพร้อมบูรณ์ (Multilateral หรือ Bilateral Rules) ก็มีการใช้เทคนิค “บทบัญญัติพิเศษของหลักความสงบเรียบร้อยฯ” (Clauses spéciales d’ordre public) ในบางมาตราที่เกี่ยวกับสถานะบุคคลและครอบครัว[49] ตัวอย่างเช่น มาตรา 46 ที่ถึงแม้จะกำหนดจุดเกาะเกี่ยวหลักสำหรับเงื่อนไขการสมรสไว้ที่สัญชาติของคู่สมรสแต่ละฝ่ายในขณะที่ทำการสมรสแต่ก็มีการกำหนดให้กฎหมายสัญชาตินั้นไม่มีผลใช้บังคับหากกฎหมายสัญชาติที่กฎหมายขัดกันชี้ให้ใช้นั้นห้ามการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันในบางกรณี ได้แก่ กรณีที่คู่สมรสอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติหรือถิ่นที่อยู่ประจำอยู่ในประเทศที่รับรองการสมรสดังกล่าว[50]

---

[49] Marc Fallon. «La loi belge de droit international privé, pour un bicentenaire,» in **Travaux du Comité français de droit international privé année 2004-2006**. (Paris: Editions Pedone, 2008). p. 105-106

[50] Art. 46. Loi portant le Code de droit international privé

Sous réserve de l’article 47, les conditions de validité du mariage sont régies, pour chacun des époux, par le droit de l’Etat dont il a la nationalité au moment de la célébration du mariage.

L’application d’une disposition du droit désigné en vertu de l’alinéa 1er est écartée si cette disposition prohibe le mariage de personnes de même sexe, lorsque l’une d’elles a la nationalité d’un Etat ou a sa résidence habituelle sur le territoire d’un Etat dont le droit permet un tel mariage. [online] Available from: http://www.ejustice.just.fgov.be/loi/loi.htm [14 July 2022]

ในส่วนที่เกี่ยวกับความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนในระบบกฎหมายขัดกันไทย ผู้วิจัยเห็นว่าควรบัญญัติให้กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศที่หลักกฎหมายขัดกันของไทยชี้ให้ใช้ไม่สามารถมีผลใช้บังคับได้หากมีผลเป็นการปฏิเสธความเป็นบิดาหรือมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของบุคคลที่ประสงค์จะมีบุตรของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยกระบวนการตั้งครรภ์แทนที่เกิดขึ้นในประเทศไทยโดยชอบด้วยกฎหมายตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ข้อยกเว้นการปรับใช้กฎหมายต่างประเทศดังกล่าวมีขึ้นเพื่อป้องกันไม่ให้คู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรและเลือกใช้กระบวนการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยภายในกรอบที่กฎหมายไทยกำหนด ซึ่งผ่านกระบวนการไตร่ตรองและแสดงเจตนาอย่างชัดแจ้งแล้วว่า บุคคลใดพร้อมที่จะรับเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก โดยเป็นกรณีข้อเท็จจริงมีความเกี่ยวพันใกล้ชิดกับประเทศไทยอย่างมาก การอาศัยองค์ประกอบต่างประเทศของข้อเท็จจริงเพื่อเป็นช่องทางการปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศที่กำหนดแตกต่างจากกฎหมายไทยเพื่อปฏิเสธความเป็นบิดาหรือมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายในภายหลังจึงขัดต่อเจตนารมณ์ที่จะคุ้มครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนของกฎหมายไทย

10. ข้อเสนอแนะ

1. สำหรับการปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ในกรณีที่คดีพิพาทในประเทศไทยเพื่อวินิจฉัยความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ในสถานะของกฎหมายปัจจุบัน ไม่ว่าการตีความบทบัญญัติจะนำไปสู่การปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติของประเทศใดจากการปรับใช้พระราชบัญญัติดังกล่าวแล้วกำหนดให้ใช้กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศที่ไม่รับรองความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของคู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตร ศาลไทยอาจปรับใช้หลักความสงบเรียบร้อยฯ ตามมมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายพุทธศักราช 2481 เพื่อจำกัดผลของการใช้กฎหมายต่างประเทศนั้นในศาลไทยได้และให้ปรับใช้มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 แทน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่คู่กรณีได้เลือกใช้กระบวนการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติดังกล่าวในประเทศไทย

2. สำหรับแนวทางการแก้ไขปรับปรุงกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศไทยในอนาคต ควรมีบทบัญญัติเฉพาะสำหรับการวินิจฉัยความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายกรณีเด็กเกิดจากการตั้งครรภ์แทน โดยผู้วิจัยมีความเห็นว่าควรกำหนดจุดเกาะเกี่ยวหลักไว้ที่ ภูมิลำเนาร่วมของคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรและบัญญัติให้กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศที่หลักกฎหมายขัดกันของไทยชี้ให้ใช้ไม่สามารถมีผลใช้บังคับได้หากมีผลเป็นการปฏิเสธความเป็นบิดาหรือมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย

ของบุคคลที่ประสงค์จะมีบุตรของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยกระบวนการตั้งครรภ์แทนที่เกิดขึ้นในประเทศไทยโดยชอบด้วยกฎหมายตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

คำแนะนำสำหรับผู้เขียน

การเตรียมต้นฉบับ

ในการเตรียมผลงานเพื่อขอรับการพิจารณาเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย ผู้เขียนจะต้องระบุรายละเอียดและดำเนินการตามรูปแบบ ดังต่อไปนี้

1. ข้อมูลที่ต้องระบุ
   1) ชื่อผลงาน ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ที่กระชับ ครอบคลุม และสื่อถึงเนื้อหาสาระของผลงานอย่างชัดเจน โดยให้พิมพ์ไว้ที่ตรงกลางของหน้าแรก
   2) ชื่อ-สกุลของผู้เขียน ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
   3) ตำแหน่งทางวิชาการของผู้เขียน (ถ้ามี) ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
   4) อีเมล์ของผู้เขียน โดยผู้เขียนอาจเลือกใช้อีเมล์ส่วนตัวหรืออีเมล์ของหน่วยงานต้นสังกัดได้
   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) การอ้างอิงให้ทำเป็นเชิงอรรถ ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK หรือ TH Sarabun New ขนาดตัวอักษร 12.5 พอยต์
   2) ผู้เขียนต้องใช้รูปแบบการอ้างอิงตามแบบ ชิคาโก (Chicago Style Citation) ซึ่งตรงกับรูปแบบการอ้างอิงแบบเชิงอรรถของการเขียนวิทยานิพนธ์และสารนิพนธ์ของคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เช่น

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

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

3) ผู้เขียนสามารถศึกษาเพิ่มเติมได้ที่
   1. (ภาษาไทย)
      https://www.grad.chula.ac.th/download/thesis.pdf?fbclid=IwAR1eEgrFdVr9IcI4SE3P7Nh5wwHvHijgMKHzqupcULRQC33dewPdVjDpCuU
   2. (ภาษาอังกฤษ)
      https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html
4. ผู้เขียนควรตรวจสอบความถูกต้องของการสะกดคำ ไวยากรณ์ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ และความสม่ำเสมอของการใช้คำที่ทับศัพท์มาจากภาษาอังกฤษทั้งผลงาน
5. เนื้อหาของผลงานรวมเชิงอรรถไม่ควรเกิน 30 หน้า ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของกองบรรณาธิการ

การส่งต้นฉบับผลงาน

1. วารสารกฎหมาย เปิดรับผลงานผ่านช่องทางออนไลน์เท่านั้น เพื่อให้เป็นไปตามเกณฑ์มาตรฐานของศูนย์ดัชนีอ้างอิงวารสารไทย โดยผู้เขียนสามารถส่งผลงานผ่านเว็ปไซต์ของวารสารกฎหมายในระบบ Thai Journals Online (ThaiJO) ได้ที่
   https://www.tci-thaijo.org/index.php/lawchulajournal/about/submissions
2. กระบวนการส่งผลงานผ่านช่องทางออนไลน์มีดังนี้
   1) โปรดเข้าไปยังเว็ปไซต์ของวารสาร ที่ https://www.tci-thaijo.org/index.php/lawchulajournal/index (สามารถอ่านได้ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ โดยกดปุ่มเปลี่ยนภาษาที่มุมบนขวาของเว็ปไซต์)
   2) กรณีที่เป็นสมาชิก ThaiJO อยู่แล้ว สามารถเข้าสู่ระบบ (log in) ได้เลย แต่ถ้ายังไม่ได้เป็นสมาชิกจะต้องสมัครสมาชิกเสียก่อน จึงจะส่งบทความได้
   3) ศึกษา “คำแนะนำสำหรับผู้เขียน” อย่างละเอียด เพื่อปรับแต่งและจัดรูปแบบผลงานให้ตรงตามที่วารสารกำหนด
   4) ส่งบทความมายังวารสาร
   5) คำอธิบายเพิ่มเติมสามารถศึกษาได้ที่
      https://drive.google.com/file/d/1y217JvKwnwdevJdP2X1fjNT5OPxZ2aaZ/view)

กระบวนการพิจารณาผลงาน

การพิจารณาผลงานเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย จะดำเนินการตามขั้นตอนดังต่อไปนี้

1. เมื่อผู้เขียนส่งผลงานมายังกองบรรณาธิการเพื่อขอรับการพิจารณาผลงานตามช่องทางที่กำหนดแล้ว ผู้เขียนจะได้รับแจ้งว่าผลงานเข้าสู่ระบบแล้ว

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

7. กองบรรณาธิการจะตีพิมพ์ผลงานของผู้เขียนที่ได้รับผลการประเมินให้ตีพิมพ์ และได้จัดรูปแบบผลงานให้เป็นไปตามที่วารสารฯ กำหนดเรียบร้อยแล้วเท่านั้น โดยกองบรรณาธิการสงวนสิทธิในการพิจารณาจัดลำดับผลงานเพื่อตีพิมพ์ในวารสารฯ ในโอกาสอันควรต่อไป

ข้อกำหนดอื่น

ในการส่งผลงานเพื่อขอรับการพิจารณาเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย ผู้เขียนตกลง รับรอง ยอมรับ และรับประกันว่า

1. ผลงานที่ส่งมาเป็นผลงานใหม่ ไม่เคยถูกตีพิมพ์หรือเผยแพร่ที่ใดมาก่อนไม่ว่าในรูปแบบใดก็ตาม หรือไม่อยู่ระหว่างการพิจารณาเพื่อขอรับการตีพิมพ์หรือเผยแพร่ในวารสารอื่นภายใน 90 วันนับจากวันที่กองบรรณาธิการได้รับต้นฉบับ
2. ผลงานที่ส่งมาเป็นผลงานของผู้เขียนแต่เพียงผู้เดียว หรือเป็นผลงานของผู้เขียนและผู้เขียนร่วมตามที่ระบุไว้จริง
3. ผลงานที่ส่งมามิได้ผ่านการคัดลอกโดยปราศจากการอ้างอิงอย่างเหมาะสมหรือละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ใด
4. กองบรรณาธิการสามารถแก้ไขเพิ่มเติม และ/หรือปรับเปลี่ยนรูปแบบของผลงานให้เป็นไปตามที่กองบรรณาธิการกำหนด และนำผลงานที่ตีพิมพ์ในวารสารกฎหมายมาแปลงเป็นไฟล์อิเล็กทรอนิกส์ (PDF) เพื่อเผยแพร่ในเว็ปไซต์ของห้องสมุดระบบออนไลน์สำหรับการศึกษาค้นคว้าและอ้างอิงแก่คณาจารย์และนิสิต และเผยแพร่ผลงานต่อไปได้ในอนาคต
5. การพิจารณาผลงานที่จะได้รับการตีพิมพ์เป็นดุลพินิจของกองบรรณาธิการวารสารกฎหมาย และผลการประเมินจากกองบรรณาธิการถือเป็นที่สิ้นสุด 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 รัตนากร, *คำอธิบาย กฎหมายลักษณะพยาน*, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2553), 11.

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

3) For more information, please visit:
   1. (Thai)
      https://www.grad.chula.ac.th/download/thesis.pdf?fbclid=IwAR1eEgrFdVr9IcI4SE3P7Nh5wwHvHijgMKHzqupcULRQC33dewPdVjDpCuU
   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. รับรองว่าผลงานที่ส่งมาไม่มีส่วนใดส่วนหนึ่งที่สื่อไปในทางหมิ่นประมาทหรือละเมิดลิขสิทธิ์หรือทรัพย์สินทางปัญญาอื่นใดของบุคคลที่สาม
7. แสดงแหล่งสนับสนุนการจัดทำผลงานให้แล้วเสร็จ
8. แสดงความเป็นไปได้ในการขัดกันซึ่งผลประโยชน์ (conflicts of interest) (ถ้ามี)
9. แจ้งบรรณาธิการหรือสำนักพิมพ์หากพบข้อผิดพลาดในผลงานที่ได้รับการตีพิมพ์แล้ว

หน้าที่และความรับผิดชอบของบรรณาธิการ

บรรณาธิการจะต้อง

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

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

หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ประเมิน

ผู้ประเมินจะต้อง

1. มุ่งมั่นที่จะพัฒนาคุณภาพของผลงานด้วยความระมัดระวัง อัตวิสัย 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 is 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.