

ปีที่ 42 ฉบับที่ 1 : มีนาคม 2567



วารสารกฎหมาย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN LAW JOURNAL

บทความวิชาการ

ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับศาลที่มีเขตอำนาจตาม
พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545
อรธัมภา ไวยมุกข์
มุกกระจำจ จรณี

บทความวิจัย

ความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ
อินทัช ศิริวัลลภ

ปัญหาการกำหนดความผิดฐานเหยียดหยามองชาติ
จินต์จุฑา บำเพ็ญวัฒนา

การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมของขบวนการเรียกร้องประชาธิปไตย
ระหว่างปี พ.ศ. 2563 - 2564
พัชร นิยมศิลป์

ข้อความคิดบางประการที่ได้จากการวิเคราะห์สถานะทางกฎหมาย
และลักษณะการดำเนินงานของตลาดหลักทรัพย์ในต่างประเทศ
วรพล มาลสุขุม

สิทธิปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ให้สิ้นไป
ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1337
นริศกานต์ ทองสิน

ปัญหาการแสวงหาพยานหลักฐานในการป้องกันและปราบปรามทุจริต
ของสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ
รณิเทพ เร็ยประสิทธิ์

มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามข่าวเท็จออนไลน์
ชัชกฤษณ์ ชูช่วย

บทวิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3296/2566 ค่าใช้จ่ายในการถ่ายภาพพรืดตั้งเป็นค่าใช้จ่าย
ในการเตรียมการสมรส เรียกค่าทดแทนได้
ไพโรจน์ กับพวกรู้

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

CHULALONGKORN LAW JOURNAL

วารสารกฎหมาย

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีที่ 42 ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2567)

คณะที่ปรึกษา

ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ	ศาสตราจารย์ ดร.ไพฑูริศ เอกเจริญกร
ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.วิษณุ เครืองาม	ศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์ ใจหาญ
ศาสตราจารย์กิตติคุณวิทิต มันทาภรณ์	รองศาสตราจารย์ธิตินันท์ เชื้อบุญชัย
ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.สุรเกียรติ์ เสถียรไทย	รองศาสตราจารย์พิเศษ เสตเสถียร
ศาสตราจารย์พิเศษประสิทธิ์ ไขว้โลกุล	คณบดีคณะนิติศาสตร์
ศาสตราจารย์ ดร.จตุรนต์ ธีระวัฒน์	(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปารีณา ศรีวนิชย์)

บรรณาธิการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภาวิวัฒน์ สัตยานุรักษ์	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
--	---

รองบรรณาธิการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สิริกัญญา ไขว้โลกุล	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วรพล มาลสุขุม	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
อาจารย์ ดร.ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

กองบรรณาธิการ

ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุรัชดา รัตติ	คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
รองศาสตราจารย์ ดร.บุญญรัตน์ โชคบัณฑิตชัย	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร
ดร.วรวงศ์ อัจฉรววงศ์ชัย	ศาลยุติธรรม
นางสันทนี ดิษยบุตร	สำนักงานอัยการสูงสุด
ดร.สุพรรณวษา โชติปัญญาณ ด้ง	กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ
ดร.อภิชน จันทร์เสน	ธนาคารแห่งประเทศไทย

กองจัดการ

สุพิชา จินณวาโส	วรลักษณ์ ทองใบ
วรินทร์ทิพย์ สายมงคลเพชร	นภััสสร อยู่สำราญ

Chulalongkorn Law Journal

Volume 42 Issue 1 (March 2024)

Advisory Board

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

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

Editor-in-Chief

Assistant Professor Dr.Pawat SATAYANURUG

Lecturer, Faculty of Law Chulalongkorn University

Deputy Editor

Assistant Professor Dr.Sirikanya KOVILAIKOOL
Assistant Professor Dr.Voraphol MALSUKHUM
Dr.Pramote SERMSILATHAM

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

Editorial Board

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

Dr.Apichon CHANTARASEN

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

Management Team

Supicha CHINNAVASO
Warintip SAIMONGKONPET

Vorraluk THONGBAI
Naphatsorn YUSAMRAN

วัตถุประสงค์

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

กำหนดการพิมพ์

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มีกำหนดการตีพิมพ์ปีละ 3 ฉบับ ราย 4 เดือน ดังนี้

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

ประเภทของผลงานทางวิชาการที่รับตีพิมพ์

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย จะพิจารณาตีพิมพ์ผลงานที่มีลักษณะดังต่อไปนี้

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

บทความหรือความคิดเห็นใด ๆ ที่ปรากฏใน “วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย” เป็นวรรณกรรมและความรับผิดชอบของผู้เขียนโดยเฉพาะ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย บรรณาธิการ และกองบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วยหรือร่วมรับผิดชอบใด ๆ

ภาษาที่รับตีพิมพ์

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย รับตีพิมพ์ผลงานที่เขียนเป็นภาษาไทย และ/หรือ ภาษาอังกฤษ

ลักษณะการประเมินบทความ

บทความวิชาการและบทความวิจัยทุกชิ้นจะต้องผ่านการประเมินโดยผู้ทรงคุณวุฒิอย่างน้อย 3 ท่าน ที่กองบรรณาธิการพิจารณาคัดเลือกแล้วเห็นว่าเป็นผู้ทรงคุณวุฒิที่มีความเชี่ยวชาญตรงตามสาขาวิชาของเนื้อหาที่นำเสนอในบทความ และการประเมินดังกล่าวเป็นการประเมินลับทั้งสองทาง (Double-blinded peer review)

การเผยแพร่วารสาร

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ทำการเผยแพร่บทความทั้งในรูปแบบตัวเล่มและรูปแบบออนไลน์

แหล่งสนับสนุนการจัดทำวารสาร

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ได้รับการสนับสนุนการจัดพิมพ์จากคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Aim and Scope

“Chulalongkorn Law Journal” is an academic journal of Faculty of Law, Chulalongkorn University which publishes scholarly works within the scope of or relating to law. The aim is to disseminate academic articles and research articles that fall within the scope of the journal whose contents are, in the view of the editorial board, interesting, timely, creative, as well as containing recommendations which are useful for legal academia and the general public.

Publication Frequency

Chulalongkorn Law Journal is published every four months as follows:

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

Categories of Accepted Manuscripts

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

- **Academic articles** must illustrate new information in the scope of or relating to law and provide analysis or critique of such information from theoretical, policy-oriented or practical perspectives, as well as providing recommendations that are useful for legal academia and the general public. Academic articles should contain introduction and contents, which are divided into main issues, subordinate issues and conclusion.
- **Research articles** must be based on legal research and illustrate one or more of the findings from such research in a systematic manner. Research articles should contain introduction, illustration of the importance of the issue, research objective, hypothesis (if applicable), research scope, expected contributions, related research or literatures, research methodology (such as population, sample, data collection, data analysis), research findings, conclusion and recommendations.

Any opinions presented in Chulalongkorn Law Journal solely belongs to and is under the responsibility of the respective authors, with which Faculty of Law, Chulalongkorn University, Editor-in-Chief and the Editorial Board do not have to agree.

Language

Chulalongkorn Law Journal welcomes submissions of manuscripts in Thai and/or English language.

Peer Review

Each academic and research articles shall be peer reviewed using the double-blinded process by at least three qualified individuals, whom the Editorial Board carefully select owing to their expertise corresponded with the substance presented in the articles.

Methods of Publication

Chulalongkorn law journal is published in both printed and online versions.

Source of Support

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

บทบรรณาธิการ

สวัสดีผู้อ่านทุกท่าน วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยฉบับนี้เป็นฉบับที่ 1 (มีนาคม 2567) ซึ่งเนื้อหาของวารสารกฎหมายฉบับนี้ยังคงมีเนื้อหาสาระที่เกี่ยวกับกฎหมายในสาขาต่าง ๆ ทั้งในรูปแบบบทความวิชาการและบทความวิจัยจากผู้เขียนที่ทางกองบรรณาธิการได้ทำการเลือกสรรเพื่อนำมาเสนอให้แก่ผู้อ่านทุกท่าน ดังนี้

บทความแรกเป็นบทความวิชาการเรื่อง “ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับศาลที่มีเขตอำนาจตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545” เขียนโดย ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อรรัมภา ไวยมุข์ และ อาจารย์มุกกระจำจ จรณี อาจารย์ประจำคณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา

บทความที่สองเป็นบทความวิจัยเรื่อง “ความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ” เขียนโดย คุณอินทัช ศิริวัลลภ นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความที่สามเป็นบทความวิจัยเรื่อง “ปัญหาการกำหนดความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติ” เขียนโดย คุณจินต์จุฑา บำเพ็ญวัฒนา นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความที่สี่เป็นบทความวิจัยเรื่อง “การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมของขบวนการเรียกร้องประชาธิปไตย ระหว่างปี พ.ศ. 2563 - 2564” เขียนโดย อาจารย์ ดร.พัชร นิยมศิลป์ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความที่ห้าเป็นบทความวิจัยเรื่อง “ข้อความคิดบางประการที่ได้จากการวิเคราะห์สถานะทางกฎหมายและลักษณะการดำเนินงานของตลาดหลักทรัพย์ในต่างประเทศ” เขียนโดย ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วรพล มาลสุขุม อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความที่หกเป็นบทความวิจัยเรื่อง “สิทธิปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ให้สิ้นไป ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1337” เขียนโดย คุณนริกันต์ ทองสัน นักศึกษาในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

บทความที่เจ็ดเป็นบทความวิจัยเรื่อง “ปัญหาการแสวงหาพยานหลักฐานในการป้องกันและปราบปรามทุจริตของสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ” เขียนโดย อาจารย์ ดร.ธนเทพ เจริญประสิทธิ์ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

บทความที่แปดเป็นบทความวิจัยเรื่อง “มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามข่าวเท็จออนไลน์” เขียนโดย คุณชัชภิญญา ชูช่วย นักศึกษาในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

บทความที่เก้าเป็นบทวิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3296/2566 เรื่อง “ค่าใช้จ่ายในการถ่ายภาพปริเวตตั้งเป็นค่าใช้จ่ายในการเตรียมการสมรส เมื่อผิดสัญญาหมั้น เรียกค่าทดแทนได้” เขียนโดย ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ อาจารย์พิเศษผู้บรรยายวิชากฎหมายลักษณะครอบครัวและมรดก ณ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

กองบรรณาธิการวารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย หวังว่าผู้อ่านทุกท่านจะได้รับประโยชน์จากผลงานที่ได้ตีพิมพ์เผยแพร่ในวารสารฉบับนี้ กองบรรณาธิการฯ ขอขอบพระคุณผู้ทรงคุณวุฒิทุกท่านที่มีส่วนในการดำเนินงานของวารสารตลอดปีที่ผ่านมา และผู้อ่านทุกท่านที่ติดตามและสนับสนุนวารสารกฎหมายมาโดยตลอด หากผู้อ่านมีข้อเสนอแนะติชมประการใด กองบรรณาธิการยินดีอย่างยิ่งที่จะรับฟังและนำไปพัฒนาปรับปรุงวารสารฉบับต่อไป พบกันใหม่ฉบับหน้า

บรรณาธิการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภาวิวัฒน์ สัตยานุรักษ์

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีที่ 42 ฉบับที่ 1

(มีนาคม 2567)

สารบัญ

• บทความวิชาการ

- 1-21 ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับศาลที่มีเขตอำนาจตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545
อรรัมภา ไวยมุข
มุกกระจำจ จรณี

• บทความวิจัย

- 23-61 ความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ
อินทัช ศิริวัลลภ
- 63-90 ปัญหาการกำหนดความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติ
จินต์จุฑา บำเพ็ญวัฒนา
- 91-121 การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมของขบวนการเรียกร้องประชาธิปไตย
ระหว่างปี พ.ศ. 2563 – 2564
พัชร์ นิยมศิลป์
- 123-170 ข้อความคิดบางประการที่ได้จากการวิเคราะห์สถานะทางกฎหมาย
และลักษณะการดำเนินงานของตลาดหลักทรัพย์ในต่างประเทศ
วรพล มาลสุขุม
- 171-203 สิทธิปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ให้สิ้นไป
ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1337
นริگانต์ ทองสัน
- 205-255 ปัญหาการแสวงหาพยานหลักฐานในการป้องกันและปราบปรามทุจริต
ของสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ
ธนัทเทพ เขียวประสิทธิ์
- 257-292 มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามข่าวเท็จออนไลน์
ชัจจกฤษฏี ชูช่วย

• บทวิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกา

293-297 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3296/2566 ค่าใช้จ่ายในการถ่ายภาพรีเวดดิ้งเป็นค่าใช้จ่าย
ในการเตรียมการสมรส เรียกค่าทดแทนได้
ไพโรจน์ กัมพูสิริ

* บทความและความคิดเห็นใดๆ ใน “วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย” ฉบับนี้
เป็นวรรณกรรมของผู้เขียนโดยเฉพาะ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยและกองบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

Chulalongkorn Law Journal

Vol.42 No.1

(March 2024)

Contents

- *Academic articles*

- 1-21 **Some Observations on Competent Courts according to the Arbitration Act B.E. 2545 (2002)**
Awnrumpa Waiyamuk
Mookkrachang Charani

- *Research articles*

- 23-61 **Jurisdictional Immunities of States in the Enforcement of Arbitral Rulings**
Intouch Siriwallop
- 63-90 **Problems of Criminalizing Flag Desecration**
Jinjutha Bumpenvattana
- 91-121 **Restrictions on Freedom of Peaceful Assembly on Democratisation Movements between 2020-2021**
Pat Niyomsilp
- 123-170 **Some Thoughts Derived from an Analysis of Legal Status and Operating Characteristics of Stock Exchange in Foreign Countries**
Voraphol Malsukhum
- 171-203 **The right of an immovable's owner to have inconvenience or injury abated under the civil and commercial code section 1337**
Nareekarn Tongsan
- 205-255 **Problems Regarding the Obtaining of Evidence for the Prevention and Suppression of Corruption of the Office of the National Anti-Corruption Commission of Thailand**
Tanatthep Tianprasit
- 257-292 **Legal measures to prevent and suppress online fake news**
Chatjakrit Choochuay

- *Case comments*

293-297 **Supreme Court Decision Number 3296/2566 Compensation granted for expenses in pre-wedding photoshoot incurred in the preparation of the marriage by the betrothed**

Pairojana Kampusiri

* 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.

ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับศาลที่มีเขตอำนาจตามพระราชบัญญัติ
อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

Some Observations on Competent Courts according to the
Arbitration Act B.E. 2545 (2002)

อรรัมภา ไวยมุข
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
Corresponding author Email : awnrumpa@gmail.com

มุกกระจ่าง จรณี
Mookkrachang Charani

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
Corresponding author Email : mookcharani@gmail.com

(Received: November 21, 2023; Revised: January 23, 2024; Accepted: February 2, 2024)

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาประเด็นที่เกี่ยวกับศาลที่มีเขตอำนาจตามมาตรา 9 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เพื่อพยายามตอบคำถามว่าสิทธิของคู่กรณีในการเลือกศาลที่มีเขตอำนาจตามพระราชบัญญัติดังกล่าวมีมากน้อยเพียงใด โดยวิเคราะห์แนวทางการวินิจฉัยตีความบทบัญญัติดังกล่าวจากศาลไทย คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล และกฎหมายต้นแบบของคณะกรรมการสิทธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ

จากการศึกษาพบว่าคู่กรณีไม่สามารถเลือกศาลใดศาลหนึ่งในศาลที่บัญญัติไว้ในมาตรา 9 ได้โดยอิสระ การพิจารณาเขตอำนาจของศาลแต่ละศาลในมาตราดังกล่าวยังคงจำเป็นต้องพิจารณากฎหมายฉบับอื่นประกอบด้วย นอกจากนี้การขาดบทบัญญัติที่ชัดเจนของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เกี่ยวกับขอบเขตสภาพบังคับทางภูมิศาสตร์ ส่งผลให้เกิดประเด็นคำถามทางกฎหมายและข้อพิพาทเกี่ยวกับ “ศาลที่มีเขตอำนาจ” ตามพระราชบัญญัติดังกล่าวในกรณีที่มีการอนุญาโตตุลาการมีลักษณะระหว่างประเทศโดยไม่จำเป็น

บทความนี้มีข้อเสนอแนะว่า พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ควรกำหนดขอบเขตสภาพบังคับทางภูมิศาสตร์ให้ชัดเจนในลักษณะเดียวกันกับกฎหมายต้นแบบเพื่อกำหนดเขตอำนาจของศาลไทยในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ สำหรับเขตอำนาจระหว่างศาลภายในประเทศ ควรกำหนดเขตอำนาจระหว่างศาลยุติธรรมและศาลปกครอง และของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ รวมทั้งกำหนดศาลที่มีเขตอำนาจในขั้นตอนการให้ความช่วยเหลือกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และในการเพิกถอนหรือบังคับคำชี้ขาดแยกจากกันให้มีความชัดเจน

คำสำคัญ : ศาลที่มีเขตอำนาจ, อนุญาโตตุลาการ, พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ

Abstract

This article aims to study issues related to competent courts under Article 9 of the Arbitration Act B.E. 2545 (2002) to answer the question of how much discretion parties have in choosing a competent court under the mentioned act. The analysis considers the interpretation of the provisions by Thai courts, the Committee on Jurisdiction of Courts, and the Model Arbitration Law provided by the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL).

The study reveals that parties cannot freely choose any of the four designated competent courts in Article 9. The assessment of the jurisdiction of each competent court mentioned in Article 9 still requires consideration of other applicable laws. Furthermore, the lack of clear provisions in the Arbitration Act B.E. 2545 (2002) regarding geographical jurisdiction issues leads to unnecessary legal questions and disputes concerning competent courts under the Act, especially in cases involving international arbitration.

The article suggests that the Arbitration Act B.E. 2545 (2002) should clearly define the geographical scope of jurisdiction of Thai courts, aligning it with international legal standards. For domestic jurisdiction, the article proposes clearly designating the jurisdiction of the Courts of Justice and Administrative Courts, as well as specifying the jurisdiction of the Intellectual Property and International Trade Court. Additionally, it recommends clearly specifying the competent court in granting assistance in arbitration proceedings and in the annulment or enforcement of arbitral awards.

Keywords : Competent Courts, Arbitration, Arbitration Act

บทนำ

การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) เป็นการระงับข้อพิพาทที่คู่กรณีตกลงกันเสนอข้อพิพาทของตนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้บุคคลภายนอกซึ่งเรียกว่า อนุญาโตตุลาการ ให้ทำการชี้ขาดข้อพิพาทโดยอาจเป็นการตัดสินชี้ขาดโดยอาศัยกฎหมายหรืออาศัยหลักความสุจริต และเป็นธรรม (ex aequo et bono) โดยคำชี้ขาดเป็นที่สุดและผูกพันคู่พิพาท สำหรับกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการนอกศาลของไทยในปัจจุบันได้แก่ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งในการยกร่างก็ได้มีการนำเอากฎหมายต้นแบบ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “UNCITRAL Model Arbitration Law”) มาเป็นต้นแบบในการยกร่าง¹ อย่างไรก็ตามความแตกต่างที่สำคัญจากกฎหมายต้นแบบดังกล่าวคือ กฎหมายอนุญาโตตุลาการของไทยมีลักษณะเป็นกฎหมายอนุญาโตตุลาการแบบเดี่ยว

¹ รัชชชัย สุวรรณพานิช, คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2558), หน้า 41.

ใช้บังคับกับทั้งการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (Domestic Arbitration) และการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International arbitration) ในขณะที่ UNCITRAL Model Arbitration Law กำหนดขอบเขตไว้ที่การอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ (International Commercial Arbitration) เท่านั้น

สำหรับข้อได้เปรียบของการอนุญาโตตุลาการเมื่อเทียบกับการใช้กระบวนการทางศาลของรัฐคือ หากคู่พิพาทให้ความร่วมมือในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ กระบวนการระงับข้อพิพาทก็จะสามารถดำเนินไปได้อย่างรวดเร็ว และสามารถรักษาความลับของข้อพิพาทได้ นอกจากนี้ การบังคับคำชี้ขาดในต่างประเทศก็สามารถทำได้ง่ายกว่าการบังคับคำพิพากษาของศาลของรัฐ รวมถึงเป็นที่ยอมรับได้ง่ายกว่าการระงับข้อพิพาททางศาลในข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนต่างชาติกับรัฐผู้รับการลงทุน (Host state) ดังนั้นการอนุญาโตตุลาการจึงเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่นิยมใช้ในการระงับข้อพิพาททางธุรกิจและการลงทุนระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตามกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยก็ไม่ได้จำกัดขอบเขตการใช้วิธีการระงับข้อพิพาทดังกล่าวไว้เฉพาะสำหรับข้อพิพาทที่มีลักษณะระหว่างประเทศเท่านั้น การอนุญาโตตุลาการสำหรับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์ที่ไม่ได้มีองค์ประกอบต่างประเทศ (Foreign elements) เข้ามาเกี่ยวข้องก็อาจเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการได้

ถึงแม้การอนุญาโตตุลาการจะเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกที่คณะอนุญาโตตุลาการสามารถวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทได้ โดยคำชี้ขาดที่คณะอนุญาโตตุลาการทำขึ้นนั้นผูกพันคู่กรณีที่จะต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น แต่ในบางกรณีศาลของรัฐอาจเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ในหลายบทบาทซึ่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของไทยในปัจจุบันได้บัญญัติรับรองอำนาจหน้าที่ไว้ อาทิเช่น

1) ในขั้นตอนการบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 14) กล่าวคือ หากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้นำข้อพิพาทที่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการมายื่นฟ้องต่อศาลของรัฐ โดยหลักแล้วศาลของรัฐที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีที่รับฟ้องคดีในวันนั้น หากคู่กรณีอีกฝ่ายเข้ามายื่นคำร้องคัดค้านก็จะต้องจำหน่ายคดีเพื่อให้คู่กรณีไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการก่อน

2) เมื่อมีการเริ่มกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการแล้ว ในระหว่างดำเนินกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ กฎหมายบัญญัติให้ศาลของรัฐมีหน้าที่ให้ความช่วยเหลือคู่กรณีและคณะอนุญาโตตุลาการในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ได้แก่ การออกคำสั่งเกี่ยวกับการคุ้มครองชั่วคราว (มาตรา 16) การตั้งอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 18) การวินิจฉัยกรณีมีการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 20) การวินิจฉัยการสิ้นสุดการเป็นอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 21) การ

วินิจฉัยเกี่ยวกับอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 24) การออกหมายเรียกพยาน มีคำสั่งให้ส่งเอกสารหรือวัตถุ (มาตรา 33) การสั่งเรื่องค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในชั้นอนุญาโตตุลาการ และคำป้วยการอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 46)

3) เมื่อมีคำสั่งขาดอนุญาโตตุลาการออกมาแล้ว ฝ่ายที่แพ้ตามคำสั่งขาดอาจต้องการใช้สิทธิเพิกถอนคำสั่งขาดซึ่งต้องยื่นคำร้องขอต่อศาลของรัฐ (มาตรา 40) หรือกรณีคู่กรณีฝ่ายที่ชนะตามคำสั่งขาดต้องการพึ่งอำนาจศาลในการบังคับตามคำสั่งขาด (มาตรา 41-42)

สำหรับศาลที่มีเขตอำนาจที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการนอกศาล พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 25 ได้กำหนดให้ ศาลที่มีเขตอำนาจตามพระราชบัญญัติดังกล่าวได้แก่ 1) ศาลที่มีการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการอยู่ในเขต 2) ศาลที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขต 3) ศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทซึ่งเสนอต่ออนุญาโตตุลาการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

มาตรา 9 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 บัญญัติไว้เพียงว่า “ให้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง หรือศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศภาค หรือศาลที่มีการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการอยู่ในเขตศาลหรือศาลที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทซึ่งได้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการนั้น เป็นศาลที่มีเขตอำนาจตามพระราชบัญญัตินี้”

จากการที่บทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดศาลที่มีเขตอำนาจไว้หลายศาลและใช้คำว่า “หรือ” คั่นระหว่างศาลต่าง ๆ อาจทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการที่กฎหมายให้สิทธิคู่กรณีเลือกศาลที่จะยื่นคำร้องในเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการได้ขอแค่เพียงเป็นศาลใดศาลหนึ่งตามที่มาตรา 9 บัญญัติไว้ อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติได้เป็นเช่นนั้น เนื่องจากศาลแต่ละศาลที่ระบุไว้ในมาตรา 9 ไม่อาจเป็น “ศาลที่มีเขตอำนาจ” ได้ในทุกกรณี และเกิดประเด็นพิพาทเกี่ยวกับศาลที่มีเขตอำนาจในชั้นตอนต่าง ๆ

สำหรับ “ศาลที่มีเขตอำนาจ” ในขั้นตอนการบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 14 นั้นเป็นเรื่องที่ไม่มีประเด็นปัญหาเนื่องจาก ศาลที่รับฟ้องคดีที่อาจอยู่ภายใต้สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทซึ่งอยู่ภายใต้ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้น ส่วนในชั้นกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ และการเพิกถอนและบังคับคำสั่งขาดยังคงมีประเด็นให้ต้องพิจารณาว่า ศาลใดในประเทศไทยเป็นศาลที่มีเขตอำนาจตามพระราชบัญญัตินี้ ในกรณีใดบ้าง บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อรวบรวมแนวทางการวินิจฉัยขอบเขตอำนาจระหว่าง

ศาลของหน่วยงานต่าง ๆ ในประเด็นที่เกี่ยวกับ “ศาลที่มีเขตอำนาจ” ตามมาตรา 9 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เพื่อพยายามตอบคำถามว่าสิทธิของคู่กรณีในการเลือก “ศาลที่มีเขตอำนาจ” ตามพระราชบัญญัติดังกล่าวมีมากน้อยเพียงใด รวมถึงระบุปัญหาที่เกิดขึ้นจากความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติดังกล่าว เพื่อเป็นฐานสำหรับการนำเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาคืบต่อไป โดยเริ่มจากแนวทางการตีความมาตรา 9 สำหรับกรณีการอนุญาโตตุลาการสำหรับข้อพิพาทจากสัญญา ระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน (1) ตามด้วยแนวทางการตีความเรื่องเขตอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศในคดีอนุญาโตตุลาการ (2) สำหรับการอนุญาโตตุลาการที่มีสถานที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ (Place of arbitration) ในต่างประเทศ มีประเด็นที่ยังรอความชัดเจนทางกฎหมาย ได้แก่ “ศาลที่มีเขตอำนาจ” ในการช่วยเหลือกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (3) รวมถึง “ศาลที่มีเขตอำนาจ” สำหรับการบังคับคำชี้ขาดที่ทำขึ้นในต่างประเทศ (4)

1. “ศาลที่มีเขตอำนาจ” เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการสำหรับข้อพิพาทจากสัญญา ระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน

ข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐและเอกชนเป็นข้อพิพาทที่กฎหมายไทยรับรองให้เป็นข้อพิพาทที่สามารถใช้การอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทได้ โดยพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 15 ได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่า “ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน ไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา”

กรณีสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน หากเกิดข้อพิพาทอาจเป็นคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองก็ได้ โดยข้อพิพาทจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง หากเป็นข้อพิพาทจากสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งบัญญัติให้ “สัญญาทางปกครอง” หมายถึง “สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ”

ประเด็นคำถามที่เกิดขึ้นคือ หากกรณีเป็นการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนที่เข้าลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองแล้ว “ศาลที่มีเขตอำนาจ” ตามมาตรา 9 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 จะประกอบไปด้วยศาลใดบ้าง จำเป็นหรือไม่ว่า “ศาลที่มีเขตอำนาจ” ตามกฎหมายฉบับนี้จะต้องเป็นศาลปกครองเท่านั้น หรือบทบัญญัติ

ดังกล่าวกำหนดให้เป็นสิทธิของคู่กรณีที่จะเลือกยื่นคำร้องต่อศาลใดก็ได้ในศาล 4 ประเภทที่กำหนดไว้ เพราะในบทบัญญัติดังกล่าวก็ไม่ปรากฏว่ามีการระบุต่ออำนาจของศาลยุติธรรม รวมถึงศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศแต่อย่างใด ในทางกลับกันหากสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนที่เป็นฐานแห่งข้อพิพาทไม่เข้าลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองแล้ว คู่กรณีจะใช้สิทธิเลือกศาลปกครองเป็น “ศาลที่มีเขตอำนาจ” ได้หรือไม่ โดยบทบัญญัติดังกล่าวก็ไม่ได้ตัดอำนาจของศาลปกครองแต่อย่างใด

ต่อประเด็นพิพาทเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ดังกล่าวจากการสำรวจคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลพบว่า แนวทางการวินิจฉัยค่อนข้างชัดเจนแล้วในปัจจุบันว่า หากสัญญาที่พิพาทไม่ใช่สัญญาทางปกครอง อันทำให้คดีไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ศาลปกครองก็จะไม่ใช่ “ศาลที่มีเขตอำนาจ” ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มีตัวอย่างคำวินิจฉัยของคณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล เช่น คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 49/2562 คดีที่หน่วยงานทางปกครอง ยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอันเกิดจากข้อพิพาทตามสัญญาจ้างปรับปรุงห้องน้ำชาย-หญิง อาคารสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของอาคารสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาสำหรับให้บุคลากรของสำนักงานกฤษฎีกาได้ใช้ประโยชน์ คณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลวินิจฉัยว่า กรณีไม่มีลักษณะจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคโดยตรง หรือมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติที่จะถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อันจะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง คดีนี้จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางแพ่งที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม การบังคับตามคำขอให้คู่ความปฏิบัติตามคำสั่งชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีนี้จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลศาลยุติธรรม (ศาลแพ่ง) มิใช่ศาลปกครอง (ศาลปกครองกลาง)

สำหรับกรณีที่สัญญาพิพาทเข้าลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้วินิจฉัยว่า ศาลปกครองเท่านั้นเป็น “ศาลที่มีเขตอำนาจ” ตามพระราชบัญญัตินี้ มีตัวอย่างคำวินิจฉัยของคณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลดังนี้

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 2/2555 กรณีมีข้อพิพาทซึ่งได้รับการวินิจฉัยว่าเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามบทนิยามในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คดีจึงอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ดังนั้นการที่หน่วยงานทางปกครองยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ

อันเกิดจากข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครอง (สัญญาจ้างงานก่อสร้างอาคารปฏิบัติการสถาบันมาตรฐาน
วิทยาแห่งชาติ) จึงเป็นคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9
วรรคหนึ่ง (6) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542
ประกอบมาตรา 9 และมาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 55/2565 (ระหว่าง ศาลแพ่งตลิ่งชัน และศาล
ปกครองกลาง) บริษัทเอกชนซึ่งเป็นคู่กรณีฝ่ายที่ชนะตามคำชี้ขาดยื่นคำร้องต่อศาลแพ่งตลิ่งชัน
ขอให้บังคับหน่วยงานของรัฐให้ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 42 พระราช
บัญญัติอนุญาโตตุลาการ มีประเด็นให้ต้องพิจารณาเรื่องศาลที่มีเขตอำนาจในการบังคับตามคำชี้ขาด
คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเริ่มจากการวินิจฉัยว่า สัญญาจ้างซึ่งเป็น
ข้อพิพาทตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง เมื่อวินิจฉัย
แล้วว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาที่ให้เข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะ อันมีลักษณะเป็นสัญญาทาง
ปกครองตามบทนิยามในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี
ปกครอง พ.ศ. 2542 ข้อพิพาทระหว่างผู้ร้องกับผู้คัดค้านตามสัญญาจ้างดังกล่าวจึงเป็นข้อพิพาท
เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ดังนั้นการ
ที่ผู้ร้องยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ผู้คัดค้านปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ
อันเกิดจากข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครองจึงต้องเสนอต่อศาลปกครองซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจ
พิจารณาพิพากษาข้อพิพาทซึ่งได้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการนั้น ตามมาตรา 9 ประกอบมาตรา 42
วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

เมื่อคดีอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง โดยหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาล
ปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 การฟ้องคดีที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองชั้นต้น
ใด ต้องยื่นฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นที่ผู้ฟ้องมีภูมิลำเนาหรือมูลคดีเกิดขึ้นในศาลเขตศาลชั้นต้นนั้น
(มาตรา 47) ซึ่งเขตอำนาจศาลปกครองชั้นต้นอันได้แก่ ศาลปกครองกลางและศาลปกครองชั้นต้น
ในส่วนภูมิภาคเป็นไปตามมาตรา 8 และ มาตรา 94 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธี
พิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ตามลำดับ² สำหรับกรยื่นคำร้องขอให้บังคับหรือเพิกถอนคำชี้ขาด
อนุญาโตตุลาการต่อศาลปกครองชั้นต้นที่ผู้ร้องมีภูมิลำเนาก็จะสอดคล้องกับศาลที่มีเขตอำนาจอีก
เงื่อนไขหนึ่งตามมาตรา 9 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้แก่ “ศาลที่คู่พิพาท
ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล” อีกด้วย

² อำพน เจริญชีวินทร์, คำอธิบายการฟ้องและการดำเนินคดีในศาลปกครอง ภาค 1 เขตอำนาจศาล.
(กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2564).

มีข้อสังเกตว่า กรณีเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (6) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กล่าวคือ “คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง” ศาลปกครองมีอำนาจทั้งในกรณีการเพิกถอนหรือบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ และการช่วยเหลืออื่น ๆ ระหว่างการพิจารณาคดีด้วย กรณีสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐและเอกชน มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ ให้ดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม ซึ่งตั้งอยู่ที่กรุงเทพมหานคร ศาลปกครองกลางมีอำนาจให้การช่วยเหลือกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ในฐานะ “ศาลที่มีการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการอยู่ในเขตศาล” ตัวอย่างเช่น

- คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 685/2550 ระหว่าง บริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) (ผู้ร้อง) และ สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี (ผู้คัดค้าน) ซึ่งเป็นกรณีผู้ร้องขอให้ศาลปกครองตั้งอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 18 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

- คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ค.1/2559 กรณีคำร้องอุทธรณ์คำสั่งศาลปกครองกลาง ยกคำร้องคัดค้านอนุญาโตตุลาการในประเด็นเรื่องความเป็นกลางและอิสระตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ตามมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

- คำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 1303/2561 คดีหมายเลขแดงที่ 993/2562 กรณีหน่วยงานของรัฐ (องค์การบริหารส่วนตำบลหนองบุนนาค) ยื่นคำร้องขอให้ศาลปกครองกลาง แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายผู้คัดค้าน ตามมาตรา 18 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ศาลปกครองกลางวินิจฉัยว่า เนื่องจากข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญานี้เป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (6) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ประกอบกับการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม ตั้งอยู่ในกรุงเทพมหานคร จึงอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองกลาง ตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

กรณีสัญญาพิพาทมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่ในระหว่างกระบวนการอนุญาโตตุลาการ คู่พิพาทได้เคยขอให้ศาลแพ่งออกคำสั่งเพื่อช่วยเหลือกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เช่น ออกหมายเรียกบุคคลให้มาเป็นพยานแก่อนุญาโตตุลาการ การตั้งประธานอนุญาโตตุลาการ ฯลฯ ในฐานะ “ศาลที่มีการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการอยู่ในเขตศาล” ต่อมามีข้อพิพาทเกี่ยวกับศาลที่มีเขตอำนาจ

ในชั้นการบังคับหรือเพิกถอนคำชี้ขาดว่าเป็นศาลปกครองในฐานะ “ศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทซึ่งได้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการนั้น” หรือ ศาลยุติธรรมซึ่งได้เคยมีบทบาทในกระบวนการอนุญาโตตุลาการมาก่อนหน้าแล้ว สำหรับประเด็นดังกล่าว คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 24/2559 ได้เคยวินิจฉัยเกี่ยวกับ ข้อพิพาทจากสัญญาวางท่อส่งก๊าซธรรมชาติระหว่าง บริษัทปตท.ฯ กับ บริษัทนาแคปฯ บริษัทนาแคปฯ เสนอข้อพิพาทต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการสำนักเร่งข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยให้บริษัทปตท.ฯ ชำระค่าจ้างแก่บริษัทนาแคปฯ แต่บริษัทปตท.ฯ ไม่ชำระ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ของบริษัทนาแคปฯ จึงยื่นคำร้องขอให้ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ มีประเด็นให้ต้องพิจารณาว่าคดีอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม มีข้อสังเกตว่าคดีนี้เป็นข้อพิพาทจากสัญญาวางท่อส่งก๊าซธรรมชาติซึ่งถือเป็นสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลที่มีเขตอำนาจตามปกติเหนือคดีจึงได้แก่ ศาลปกครอง แต่เนื่องจากในชั้นพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ คู่ความได้เคยขอให้ศาลแพ่งออกหมายเรียกบุคคลมาให้เป็นพยานก่อนอนุญาโตตุลาการและมีคำสั่งแต่งตั้งประธานอนุญาโตตุลาการให้แก่คู่ความมาก่อนแล้ว จึงวินิจฉัยว่าศาลแพ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจ โดยให้เหตุผลว่า ศาลแพ่งเป็น “ศาลที่ใช้อำนาจเหนือคดีนี้มาโดยตลอด” ประกอบกับเป็นศาลที่มีการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการอยู่ในเขตศาลตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 คดีจึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม อย่างไรก็ตาม ต่อมามีแนวคำวินิจฉัยที่กลับแนวคำวินิจฉัยดังกล่าวใน คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 112/2561 (ระหว่าง ศาลแพ่ง และ ศาลปกครองกลาง) เมื่อสัญญาที่พิพาท คือ สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารอุบัติเหตุและฉุกเฉิน โรงพยาบาลหัวหิน ได้รับการวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนั้นกรณีบริษัทเอกชนซึ่งเป็นคู่กรณีที่ชนะตามคำชี้ขาดยื่นคำร้องต่อศาลแพ่ง ขอให้บังคับหน่วยงานของรัฐ (จังหวัดประจวบคีรีขันธ์) ให้ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอันสืบเนื่องมาจากสัญญาทางปกครอง จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ถึงแม้ในระหว่างดำเนินกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ คู่ความได้เคยร้องขอให้ศาลแพ่งออกหมายเรียกบุคคลให้มาเป็นพยานก่อนอนุญาโตตุลาการ ในฐานะ “ศาลที่มีการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการอยู่ในเขตศาล” มาแล้ว แต่คำวินิจฉัยนี้ได้เน้นย้ำถึง “เจตนารมณ์ของการจัดตั้งศาลในระบบศาลคู่เป็นสำคัญยิ่งกว่าเขตอำนาจศาลที่ได้มีการออกหมายเรียกบุคคลให้มาเป็นพยานก่อนอนุญาโตตุลาการ” ทั้งนี้เพื่อให้ “ประชาชนได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีจากศาลที่มีความเชี่ยวชาญในคดีพิพาทนั้นๆ” ประกอบกับ

การที่ผู้คัดค้าน (จังหวัดประจวบคีรีขันธ์) ได้ยื่นคำร้องให้เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการดังกล่าวต่อศาลปกครองเพชรบุรีไว้ด้วย ด้วยเหตุผลดังกล่าวประกอบกัน คณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลจึงวินิจฉัยว่า ศาลที่มีเขตอำนาจในชั้นการบังคับคำชี้ขาดคือศาลปกครอง มิใช่ศาลยุติธรรม

2. เขตอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศในคดีอนุญาโตตุลาการ

ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ เป็นหนึ่งในศาลชำนาญพิเศษที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 (พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ) เพื่อพิจารณาคดีที่มีลักษณะเฉพาะ โดยมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดเขตอำนาจศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ตามประเภทหรือเนื้อหาของข้อพิพาท (Subject matter jurisdiction) ไว้สำหรับคดีดังต่อไปนี้

- 1) คดีอาญาเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ และสิทธิบัตร
- 2) คดีอาญาเกี่ยวกับความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 271 ถึงมาตรา 275
- 3) คดีแพ่งเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และคดีพิพาทตามสัญญาถ่ายทอดเทคโนโลยี หรือสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ
- 4) คดีแพ่งอันเนื่องมาจากการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 271 ถึงมาตรา 275
- 5) คดีแพ่งเกี่ยวกับการซื้อขาย แลกเปลี่ยนสินค้า หรือตราสารการเงินระหว่างประเทศ หรือการให้บริการระหว่างประเทศ การขนส่งระหว่างประเทศ การประกันภัยและนิติกรรมอื่นที่เกี่ยวข้อง
- 6) คดีแพ่งเกี่ยวกับเลตเตอร์ออฟเครดิตที่ออกเกี่ยวเนื่องกับกิจกรรมตาม (5) การส่งเงินเข้ามาในราชอาณาจักรหรือส่งออกไปนอกราชอาณาจักร ทรัสต์รีซีท รวมทั้งการประกันเกี่ยวกับกิจการดังกล่าว
- 7) คดีแพ่งเกี่ยวกับการกักเรือ
- 8) คดีแพ่งเกี่ยวกับการทุ่ทุลาต และการอุดหนุนสินค้าหรือการให้บริการจากต่างประเทศ

9) คดีแพ่งหรือคดีอาญาที่เกี่ยวกับข้อพิพาทในการออกแบบวงจรรวม การค้นพบทางวิทยาศาสตร์ ชื่อทางการค้า ชื่อทางภูมิศาสตร์ที่แสดงถึงแหล่งกำเนิดของสินค้า ความลับทางการค้าและการคุ้มครองพันธุ์พืช

10) คดีแพ่งหรือคดีอาญาที่มีกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ

11) คดีแพ่งเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทตาม (3) ถึง (10)

ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศเป็นศาลที่จัดตั้งขึ้นภายหลังการประกาศใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 จึงไม่ปรากฏว่าศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศเป็นหนึ่งในศาลที่มีเขตอำนาจตามพระราชบัญญัติดังกล่าว ต่อมามีการประกาศใช้ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 โดยในมาตรา 9 ได้บัญญัติให้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางและศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศภาคเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเพิ่มเติม ทำให้เกิดคำถามว่า พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้บัญญัติเพิ่มเติมเขตอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศจากมาตรา 7(11) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ เพื่อให้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศมีเขตอำนาจเกี่ยวกับคดีอนุญาโตตุลาการทั้งหมด อันเป็นการกำหนดให้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศเป็นศาลพิเศษมีเขตอำนาจเหนือกระบวนการอนุญาโตตุลาการทั้งหมดหรือไม่ เพราะหากถือว่าศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศมีเขตอำนาจในฐานะ “ศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทซึ่งได้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการ” เช่นเดียวกับศาลปกครอง แต่เพราะเหตุใด มาตรา 9 จึงบัญญัติถึงศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศไว้โดยชัดแจ้ง แต่ไม่ได้บัญญัติถึงศาลปกครองไว้ด้วย³

ในประเด็นนี้ได้มี คำวินิจฉัยประธานศาลฎีกาที่ ทก.23/2549 วินิจฉัยเกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศว่า “ลักษณะของสัญญาระหว่างผู้ร้องกับผู้คัดค้านทั้งสี่ดังกล่าวเป็นเพียงสัญญาต่างตอบแทนอย่างหนึ่ง ไม่ใช่สัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ หรือสัญญาซื้อขายตราสารการเงินระหว่างประเทศ เมื่อคดีนี้ผู้ร้องยื่นคำร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งวินิจฉัยข้อพิพาทตามสัญญาดังกล่าว คดีตามคำร้องของผู้ร้องจึงมิใช่คดีแพ่งเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทตามสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ หรือสัญญาซื้อขายตราสารการเงินระหว่างประเทศ อันอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาล

³ รัชชัย สุวรรณพานิช, คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545. หน้า 72

ทรัพย์สินทางปัญญาฯ ตามพ.ร.บ. จัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ พ.ศ. 2539 มาตรา 7(11) ประกอบด้วยมาตรา 7(5) ประกอบพ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 9 คดีนี้จึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ”

คำวินิจฉัยดังกล่าวจำกัดอำนาจศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการให้มีเขตอำนาจเหนือคดีที่โดยเนื้อหาแล้วอยู่ในเขตอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศเท่านั้น กล่าวคือ ในฐานะ “ศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทซึ่งได้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการนั้น” ดังนั้นหากคู่กรณีเลือกใช้การอนุญาโตตุลาการในคดีแพ่งทั่วไปหรือคดีที่อาจอยู่ในเขตอำนาจของศาลชำนาญพิเศษอื่นแทนกระบวนการทางศาล ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศก็ไม่ใช่ “ศาลที่มีเขตอำนาจ” ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศจึงไม่มีอำนาจบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการในกรณีข้อพิพาทไม่ได้อยู่ในเขตอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศแต่อย่างใด ดังนั้นจากคำวินิจฉัยนี้จึงสรุปได้ว่า ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ไม่ได้อยู่ในสถานะของศาลที่มีเขตอำนาจเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการเป็นการทั่วไปที่คู่กรณีไม่ว่ามีข้อพิพาทลักษณะใดก็สามารถเลือกศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศให้เป็นศาลที่มีอำนาจตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้

3. “ศาลที่มีเขตอำนาจ” ในการช่วยเหลือกระบวนการอนุญาโตตุลาการ กับข้อพิจารณาเรื่อง “สถานที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ” (Place of Arbitration)

สถานที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ (Place of arbitration) มีความสำคัญเป็นอย่างมากในกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะในกรณีที่การอนุญาโตตุลาการมีลักษณะระหว่างประเทศ เนื่องจากถือเป็นสถานที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการในเชิงนิตินัย (Judicial seat of arbitration) ซึ่งมีผลเป็นการกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (*lex arbitri*)⁴ เช่น หากกำหนดให้ประเทศไทยเป็นสถานที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ก็จะเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้น แต่หากกำหนดให้ประเทศสิงคโปร์เป็นสถานที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ ในกรณีที่เป็นอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ International Arbitration Act (IAA) 1994 ก็จะเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น ความสำคัญประการต่อมาคือ เป็นสถานที่

⁴ ไชยวัฒน์ บุนนาค, อนุญาโตตุลาการ : ทฤษฎีและปฏิบัติ. (กรุงเทพมหานคร: ทรัพย์สุรีย์, 2552), หน้า 114.

ที่กฎหมายถือว่าได้มีการทำคำชี้ขาด⁵ ดังนั้นศาลของประเทศดังกล่าวจึงมีอำนาจในการเพิกถอนคำชี้ขาดนั้น ๆ ได้ และใช้ในการวินิจฉัยสถานะของความเป็นคำชี้ขาดที่ทำขึ้นในต่างประเทศ (Foreign arbitral award) อันจะอยู่ในขอบเขตสภาพบังคับของอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ 1958 (อนุสัญญานิววยอร์ก) นอกจากนี้ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทความนี้ การเลือกสถานที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการในประเทศใดจะมีผลทำให้ศาลของประเทศนั้นมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบและให้ความช่วยเหลือแก้ไขข้อขัดข้องต่าง ๆ แก่กระบวนการอนุญาโตตุลาการอีกด้วย⁶

โดยกฎหมายการอนุญาโตตุลาการ ทั้ง ในมาตรา 26 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545⁷ และ มาตรา 20 UNCITRAL Model Arbitration Law⁸ ก็ได้บัญญัติเกี่ยวกับสถานที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการไว้โดยรับรองหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่พิพาทในการเลือกสถานที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ และมีแนวทางการกำหนดสถานที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ

⁵ มาตรา 37 วรรคสาม พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 “คำชี้ขาดต้องระบุวันและสถานที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 26 วรรคหนึ่ง และให้ถือว่าคำชี้ขาดดังกล่าวได้ทำขึ้น ณ สถานที่เช่นนั้น” ซึ่งสอดคล้องกับ Article 31(3) of UNCITRAL Model Arbitration Law “The award shall state its date and the place of arbitration as determined in accordance with article 20(1). The award shall be deemed to have been made at that place.

⁶ Frank-Bernd Weigand and Antje Baumann, *Practitioner’s Handbook on International Commercial Arbitration*, (Oxford University Press, 2019), p. 1495 ; รัชชัย สุวรรณพานิช, *คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545*, หน้า 208

⁷ มาตรา 26 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 “คู่พิพาทอาจตกลงกำหนดสถานที่ในการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการไว้ก็ได้ ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงเช่นนั้น ให้คณะอนุญาโตตุลาการกำหนดสถานที่โดยคำนึงถึงสภาพแห่งข้อพิพาท และความสะดวกของคู่พิพาท

ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คณะอนุญาโตตุลาการอาจกำหนดสถานที่อื่นใดนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ตามวรรคหนึ่งเพื่อดำเนินการปรึกษาหารือ เพื่อสืบพยานบุคคล ผู้เชี่ยวชาญหรือคู่พิพาท หรือเพื่อตรวจสอบวัตถุ สถานที่หรือเอกสารใด ๆ ก็ได้”

⁸ Article 20 of UNCITRAL Model Arbitration Law

Place of Arbitration

(1) The parties are free to agree on the place of arbitration. Failing such agreement, the place of arbitration shall be determined by the arbitral tribunal having regard to the circumstances of the case, including the convenience of the parties.

(2) Notwithstanding the provision of paragraph (1) of this article, the arbitral tribunal may, unless otherwise agreed by the parties, meet at any place it considers appropriate for consultation among its members, for hearing witnesses, experts or the parties, or for inspection of goods, other property of documents.

ไว้ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้กำหนดไว้ รวมถึงรับรองไว้อย่างชัดเจนว่าสถานที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ (Place of arbitration) อาจแตกต่างจาก สถานที่ดำเนินกระบวนการพิจารณา หรือ “place of hearing” ก็ได้ โดยข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ⁹ รวมถึง UNCITRAL Arbitration Rules ข้อ 18 ก็กำหนดสอดคล้องกับหลักการดังกล่าว

จึงนำมาสู่คำถามที่ว่า “ศาลที่มีการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการอยู่ในเขตศาล” ตามมาตรา 9 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 หมายความว่าเฉพาะกรณีที่ “สถานที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ” (Place of arbitration) อยู่ในประเทศไทยหรือไม่ หรือศาลไทยมีอำนาจให้ความช่วยเหลือกระบวนการอนุญาโตตุลาการทุกกรณีที่มีการยื่นคำร้องขอถึงแม้ว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้นจะมีสถานที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการอยู่ในต่างประเทศก็ตาม ซึ่งกรณีดังกล่าวก็มีความเป็นไปได้ในทางทฤษฎีกล่าวคือ ถึงแม้กระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการอาจเกิดขึ้นในประเทศไทยในรูปแบบ Ad hoc Arbitration หรือเป็นการใช้บริการสถาบันอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย แต่คู่กรณีหรือคณะอนุญาโตตุลาการอาจเลือกกำหนดสถานที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ (Place of arbitration) ให้อยู่ในประเทศอื่นก็ได้ ในกรณีดังกล่าวศาลไทยจะเป็น “ศาลที่มีเขตอำนาจ” ในการให้ความช่วยเหลือกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เช่น การตั้งประธานอนุญาโตตุลาการ การคัดค้านอนุญาโตตุลาการ ฯลฯ ได้หรือไม่

ต่อประเด็นดังกล่าว กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของไทยไม่ได้บัญญัติเรื่องขอบเขตบังคับกฎหมายทางภูมิศาสตร์ไว้¹⁰ แต่หากตีความโดยเทียบเคียงจากบทบัญญัติของ UNCITRAL Model Arbitration Law พบว่าศาลที่มีอำนาจในการให้การช่วยเหลือกระบวนการ

⁹ ตัวอย่าง เช่น

- ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ (TAI) ข้อ 31

“เว้นแต่คู่พิพาทจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ให้อธิบายสถานที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ ได้แก่ กรุงเทพมหานคร แต่เมื่อคำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อมแห่งคดี คณะอนุญาโตตุลาการอาจกำหนดสถานที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการเป็นสถานที่แห่งอื่นก็ได้”

คณะอนุญาโตตุลาการอาจกำหนดสถานที่ดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อดำเนินการปรึกษาหารือเพื่อสืบพยานบุคคลหรือผู้เชี่ยวชาญ หรือเพื่อตรวจสอบวัตถุ สถานที่หรือเอกสารใด ๆ ก็ได้ ทั้งนี้เพื่อความสะดวกในการพิจารณา คณะอนุญาโตตุลาการอาจกำหนดให้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางจอภาพ หรือวิธีการอื่นตามที่เห็นสมควร”

- ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยการให้ใช้ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2558 (THAC) ข้อ 49

“ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ให้ราชอาณาจักรไทยเป็นสถานที่ทำอนุญาโตตุลาการ

คณะอนุญาโตตุลาการอาจมีคำสั่งให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาทั้งหมดหรือแต่บางส่วนนอกราชอาณาจักรก็ได้ เมื่อได้คำนึงถึงสภาพแห่งข้อพิพาททั้งปวงแล้วเห็นว่าการพิจารณาคดีนอกราชอาณาจักรจะสะดวกกว่า”

¹⁰ รัชชัย สุวรรณพานิช, คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, หน้า 46.

อนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นศาลของประเทศที่เป็นสถานที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ (Place of arbitration) เท่านั้น โดยหลักการที่ปรากฏใน UNCITRAL Model Arbitration Law 1985 Art 1(2) คือการให้กฎหมายการอนุญาโตตุลาการของรัฐหนึ่ง ๆ ใช้บังคับเฉพาะกรณีที่สถานที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ (Place of arbitration) อยู่ในรัฐนั้นเท่านั้น โดยได้บัญญัติยกเว้นหลักการดังกล่าวเพื่อให้กฎหมายอนุญาโตตุลาการใช้บังคับกับกรณีที่สถานที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการอยู่ในต่างประเทศไว้เพียง 4 กรณี ได้แก่ มาตรา 8 เรื่องการบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการ มาตรา 9 เรื่องมาตรการชั่วคราวโดยศาล มาตรา 35 และ มาตรา 36 เรื่องการบังคับคำชี้ขาด¹¹ ซึ่งไม่ปรากฏกรณีการให้ความช่วยเหลือกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยศาลแต่อย่างใด

สำหรับกรณีศาลที่มีเขตอำนาจเกี่ยวกับมาตรการชั่วคราวก่อนคำชี้ขาด หรือการขอให้ศาลมีคำสั่งเรียกพยานเอกสารหรือพยานวัตถุหรือออกหมายเรียกพยานบุคคล สำหรับข้อพิพาทที่มีลักษณะระหว่างประเทศ โดยมากมักเลือกดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการในประเทศที่ไม่ใช่ประเทศของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง แต่ในกรณีที่คู่พิพาทต้องการให้ศาลของรัฐมีคำสั่งเรื่องมาตรการชั่วคราว คำสั่งเรียกพยานเอกสารหรือพยานวัตถุหรือออกหมายเรียกพยานบุคคล มักต้องกระทำในรัฐที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีทรัพย์สินหรือตั้งสถานที่ทำการอยู่ ซึ่งประเทศดังกล่าวอาจไม่ใช่สถานที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ (Place of arbitration) ตัวอย่างเช่น กรณีสถานที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการอยู่ที่ประเทศสิงคโปร์ แต่คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งต้องการให้ศาลไทยมีคำสั่งเกี่ยวกับมาตรการชั่วคราวหรือมีคำสั่งเรียกพยานเอกสาร ศาลไทยจะเป็น “ศาลที่มีเขตอำนาจ” ได้หรือไม่

ต่อประเด็นดังกล่าว พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ไม่ได้ให้คำตอบเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจน สำหรับบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้องกับมาตรการชั่วคราวก่อนมีคำชี้ขาดโดยศาลของรัฐ มาตรา 16¹² ได้บัญญัติรับรองสิทธิในการยื่นคำร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครอง

¹¹ Article 1(2) of UNCITRAL Model Arbitration Law 1985 “The provisions of this Law, except articles 8, 9, 35 and 36, apply only if the place of arbitration is in the territory of this State.”

¹² มาตรา 16 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

“คู่สัญญาที่ได้ทำสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้อาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจ ให้มีคำสั่งใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของตนก่อน หรือขณะดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการได้ ถ้าศาลเห็นว่ากระบวนการพิจารณานั้นหากเป็นการพิจารณาของศาลแล้วศาลทำให้ได้ก็ให้ศาลจัดการให้ตามคำร้องนั้น ทั้งนี้ ให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาล ในส่วนที่เกี่ยวกับการนั้นมาใช้บังคับโดยอนุโลม”

คู่สัญญาที่ได้ทำสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้อาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจ ให้มีคำสั่งใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของตนก่อน หรือขณะดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการได้ ถ้าศาลเห็นว่ากระบวนการพิจารณานั้นหากเป็นการพิจารณาของศาลแล้วศาลทำให้ได้ก็ให้ศาลจัดการให้ตามคำร้องนั้น ทั้งนี้ ให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาล ในส่วนที่เกี่ยวกับการนั้นมาใช้บังคับโดยอนุโลม”

ประโยชน์ของตนแม้ในกรณีที่มีการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ทั้งก่อนและขณะดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ บทบัญญัติดังกล่าวให้การรับรองเพียงว่าความมีอยู่ของสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่ตัดสิทธิคู่พิพาทที่จะยื่นคำร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของตน และจากการที่มาตรา 16 วรรคสอง บัญญัติไว้ว่า “ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งตามคำร้องดังกล่าวแล้ว ถ้าคู่สัญญาฝ่ายที่ยื่นคำร้องมิได้ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งหรือภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนดให้ถือว่าคำสั่งนั้นเป็นอันยกเลิกเมื่อครบกำหนดดังกล่าว” ถึงแม้ว่ามาตรา 16 จะไม่ได้บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะอย่างชัดเจน แต่จากถ้อยคำของบทบัญญัติดังกล่าวสามารถตีความได้ว่าการยื่นคำร้องขอต่อศาลในกรณีดังกล่าวนี้ไม่ถือว่าเป็นการสละข้อตกลงอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด ส่วนประเด็นว่าศาลไทยสามารถเป็น “ศาลที่มีเขตอำนาจ” ในกรณีที่สถานที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ (Place of arbitration) อยู่ในต่างประเทศ หรือไม่นั้น นักกฎหมายไทยมีความเห็นสอดคล้องกันว่า ศาลไทยเป็น “ศาลที่มีเขตอำนาจ” ในกรณีดังกล่าวได้ เนื่องจากหากเป็นเรื่องเกี่ยวกับทรัพย์สินที่อยู่ในประเทศไทยศาลไทยเท่านั้นที่จะมีอำนาจสั่ง¹³ ซึ่งสอดคล้องกับ UNCITRAL Model Arbitration Law ทั้งฉบับปี 1985¹⁴ และ 2006¹⁵ ซึ่งโดยหลักกำหนดขอบเขตสภาพบังคับของกฎหมายอนุญาโตตุลาการให้ใช้บังคับเฉพาะกรณีที่สถานที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ (Place of arbitration) อยู่ในดินแดนของรัฐนั้น ๆ เท่านั้น แต่ได้ระบุข้อยกเว้นเอาไว้บางประการ ซึ่งหนึ่งในนั้นคือ ข้อ 9 เกี่ยวด้วย “สัญญาอนุญาโตตุลาการและวิธีการชั่วคราวโดยศาลของรัฐ” (Arbitration agreement and interim measures by court) นอกจากนี้ใน UNCITRAL Model Arbitration Law 2006 ซึ่งมีการปรับปรุงเพิ่มบทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการชั่วคราวไว้เป็นจำนวนมาก Article 17J. Court-ordered interim measures¹⁶ ได้ระบุเกี่ยวกับอำนาจของศาลของรัฐไว้อย่างชัดเจนว่าศาลของรัฐมีอำนาจสั่งเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวไม่ว่า

¹³ ธวัชชัย สุวรรณพานิช, คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, หน้า 108. ; ไชยวัฒน์ บุณนาค, อนุญาโตตุลาการ : ทฤษฎีและปฏิบัติ, หน้า 66.

¹⁴ Article 1(2) of UNCITRAL Model Arbitration Law 1985 “The provisions of this Law, except articles 8, 9, 35 and 36, apply only if the place of arbitration is in the territory of this State.”

¹⁵ Article 1(2) of UNCITRAL Model Arbitration Law 2006 “The provisions of this Law, except articles 8, 9, 17H, 17 I, 17J, 35 and 36, apply only if the place of arbitration is in the territory of this State.”

¹⁶ Art 17 J. of UNCITRAL Model Arbitration Law 2006

Court-ordered interim measures

“A court shall have the same power of issuing an interim measure in relation to arbitration proceedings, irrespective of whether their place is in the territory of this State, as it has in relation to proceedings in courts. The court shall exercise such power in accordance with its own procedures in consideration of the specific features of international arbitration.”

กระบวนการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration proceedings) จะมีขึ้นในดินแดนของรัฐเจ้าของศาลหรือไม่

สำหรับการออกคำสั่งเรียกพยานนั้น UNCITRAL Model Arbitration Law 2006 มาตรา 27¹⁷ ได้กำหนดให้อยู่ในอำนาจของศาลของรัฐที่มีสถานที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ (Place of arbitration) อยู่ในรัฐเจ้าของศาลนั้นเท่านั้น¹⁸ เนื่องจากผู้ร่างกฎหมายต้นแบบเห็นว่าการกระบวนการดังกล่าวในกรณีที่เป็นการขอความช่วยเหลือทางศาลข้ามประเทศนั้นควรต้องดำเนินการในรูปแบบอื่น เช่น อนุสัญญาหรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศ มากกว่าในรูปแบบของกฎหมายอนุญาโตตุลาการของรัฐผ่านทางกฎหมายต้นแบบ¹⁹ ดังนั้นการขอให้ศาลที่มีเขตอำนาจออกหมายเรียกพยาน หรือมีคำสั่งให้ส่งเอกสารหรือวัตถุตามมาตรา 33 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545²⁰ นั้น หากตีความถ้อยคำในมาตรา 33 โดยอาศัย UNCITRAL Model Arbitration Law ประกอบย่อมหมายความว่า เป็นกรณีที่ใช้ได้เฉพาะสำหรับการอนุญาโตตุลาการที่มีสถานที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ (Place of Arbitration) อยู่ในประเทศไทยเท่านั้น

4. “ศาลที่มีเขตอำนาจ” สำหรับการบังคับคำชี้ขาดที่ทำขึ้นในต่างประเทศ

กรณีมีการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการที่มีสถานที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ (Place of arbitration) ในต่างประเทศ จนกระทั่งคู่พิพาทฝ่ายเสนอข้อพิพาทชนะคดีและได้คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการแล้ว แต่คู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีตามคำชี้ขาดไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดเป็นเหตุ

¹⁷ Article 27 of UNCITRAL Model Arbitration Law 2006

Court assistance in taking evidence

“The arbitral tribunal of a party with the approval of the arbitral tribunal may request from a competent court of this State assistance in taking evidence. The court may execute the request within its competence and according to its rules on taking evidence.

¹⁸ Margaret L. Moses. “Judicial Assistance for Arbitration,” in **The Principles and Practice of International Commercial Arbitration**; 87-121 (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), p.119.

¹⁹ Weigand and Baumann, **Practitioner’s Handbook on International Commercial Arbitration**, p. 1516-1517.

²⁰ มาตรา 33 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 “คณะอนุญาโตตุลาการหรืออนุญาโตตุลาการคนใดคนหนึ่ง หรือคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโดยความยินยอมของคณะอนุญาโตตุลาการเสียงข้างมาก อาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้ออกหมายเรียกพยาน หรือมีคำสั่งให้ส่งเอกสารหรือวัตถุใดก็ได้

ในกรณีที่ศาลเห็นว่าการดำเนินการพิจารณาตามคำร้องตามวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการพิจารณาของศาลแล้ว ศาลอาจทำได้ ก็ให้ศาลจัดการให้ตามคำร้องนั้น ทั้งนี้ ให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการนั้นมาใช้บังคับโดยอนุโลม”

ทำให้ฝ่ายที่ชนะตามคำชี้ขาดต้องขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดในประเทศไทย ด้วยเหตุว่าคู่กรณีฝ่ายที่แพ้ตามคำชี้ขาดมีทรัพย์สินที่อาจบังคับได้ในประเทศไทย

สำหรับกรณีคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการที่ขึ้นในต่างประเทศที่นำมาให้บังคับในประเทศไทย ข้อพิพาทจึงเข้าลักษณะเป็นสัญญาระหว่างประเทศ ดังนั้นศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศจึงเป็นศาลที่มีอำนาจ ตัวอย่างเช่น คดีหมายเลขดำที่ กค. 89/2562 คดีหมายเลขแดงที่ กค. 68/2563 ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางบังคับคำชี้ขาดคณะอนุญาโตตุลาการแห่งสิงคโปร์ คอมโมดีตี เอ็กซ์เชนจ์ “SICOM” โดยอ้างอิงเขตอำนาจตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศฯ มาตรา 7(11)

ศาลอื่นที่อาจเป็นศาลที่มีเขตอำนาจตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้คือ “ศาลที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล” ตัวอย่างเช่น คดีหมายเลขดำที่ พ 1091/2563 คดีแดงหมายเลขแดงที่ พ 2381/2563 ศาลจังหวัดสมุทรปราการเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในฐานะศาลที่ผู้คัดค้านมีถิ่นอันเป็นที่ตั้งสำนักงานใหญ่ (ตำบลบางพลีใหญ่ อำเภอบางพลี จังหวัดสมุทรปราการ) ซึ่งถือเป็นภูมิลำเนาของผู้คัดค้านตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 68 เป็นศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อบังคับตามคำชี้ขาดคณะอนุญาโตตุลาการ ศูนย์อนุญาโตตุลาการนานาชาติสิงคโปร์ (Singapore International Arbitration Centre-SIAC)

เนื่องจากเป็นคำชี้ขาดที่ขึ้นในต่างประเทศในทางปฏิบัติจึงไม่มีศาลที่มีการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการอยู่ในเขตศาล

สำหรับประเด็นเรื่องการเพิกถอนคำชี้ขาดที่ขึ้นในต่างประเทศ เป็นที่ยอมรับกันในปัจจุบันว่า ศาลของรัฐที่เป็นสถานที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ (Place of Arbitration) เท่านั้นที่อำนาจในการเพิกถอนคำชี้ขาด ถึงแม้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 จะไม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้โดยชัดแจ้ง สำหรับแนวคำพิพากษาของศาลไทยนั้น มีพัฒนาการการตีความที่น่าสนใจกล่าวคือ ได้เคยวินิจฉัยว่าศาลไทยสามารถเพิกถอนคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการที่ขึ้นในต่างประเทศได้ ส่วนหนึ่งเป็นผลมาจากการขาดบทบัญญัติที่ชัดเจนของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เกี่ยวกับขอบเขตสภาพบังคับทางภูมิศาสตร์ เมื่อไม่มีบทบัญญัติในกฎหมายไทยกำหนดขอบเขตของอำนาจศาลไทยตามกฎหมายดังกล่าวในเรื่องการเพิกถอนคำชี้ขาดซึ่งทำขึ้นในต่างประเทศ ศาลไทยก็ได้เคยวินิจฉัยว่าศาลไทยมีอำนาจในการเพิกถอนคำชี้ขาดซึ่งทำขึ้นในต่างประเทศ ซึ่งขัดกับหลักการซึ่งได้รับการยอมรับเป็นสากลรวมถึง UNCITRAL Model Arbitration Law ด้วย ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5511-5512/2552 ต่อมาในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 13534/2556 ได้ตีความจำกัดขอบเขตว่าศาลไทยสามารถเพิกถอนคำชี้ขาด

ที่เพิ่มขึ้นในต่างประเทศเฉพาะกรณีที่เป็นคำชี้ขาดที่เพิ่มขึ้นในประเทศที่ไม่ได้เป็นภาคีอนุสัญญา
นิวยอร์ก และในท้ายที่สุดโดยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9476/2558 และ คำพิพากษาศาลฎีกา
ที่ 8539/2560 ก็ได้ตีความกฎหมายอนุญาโตตุลาการของไทยว่าไม่สามารถรับคำร้องขอเพิกถอน
คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศได้ ซึ่งสอดคล้องกับแนวทางตาม UNCITRAL Model
Arbitration Law จึงไม่มีประเด็นในการพิจารณาเรื่องศาลไทยที่มีเขตอำนาจในการเพิกถอนคำชี้ขาด
ที่เพิ่มขึ้นในต่างประเทศอีกต่อไป

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาแนวคำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้องกับ “ศาลที่มีเขตอำนาจ” ตามพระราชบัญญัติ
อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 พบว่า คู่กรณีไม่ได้มีสิทธิเลือก “ศาลที่มีเขตอำนาจ” ตามมาตรา 9
โดยอิสระ เนื่องจากขอบเขตอำนาจของศาลตามมาตราดังกล่าวจำเป็นต้องพิจารณาบทบัญญัติ
กฎหมายฉบับอื่นประกอบด้วยดังต่อไปนี้

หากข้อพิพาทเป็นคดีที่อยู่ในเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามพระราช
บัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ พ.ศ. 2542 แล้ว ศาลปกครองก็จะเป็น “ศาลที่มีเขตอำนาจ” ตามพระ
ราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เท่านั้น ดังนั้นศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่าง
ประเทศหรือศาลอื่นในระบบศาลยุติธรรมจึงมักได้รับการวินิจฉัยว่าไม่ใช่ “ศาลที่มีเขตอำนาจ”
ตามพระราชบัญญัตินี้สำหรับคดีลักษณะดังกล่าว

สำหรับคดีที่โดยปกติแล้วต้องอยู่เขตอำนาจของศาลยุติธรรม ศาลต่าง ๆ ในระบบศาล
ยุติธรรมก็ย่อมเป็น “ศาลที่มีเขตอำนาจ” ตามพระราชบัญญัติดังกล่าว โดยหากเป็นคดีที่อยู่ในเขต
อำนาจของศาลชำนาญพิเศษต่าง ๆ เช่น ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศหรือ
ศาลแรงงาน ศาลดังกล่าวก็ย่อมเป็น “ศาลที่มีเขตอำนาจ” ตามพระราชบัญญัตินี้ด้วย ทั้งนี้ศาล
ชำนาญพิเศษจะเป็นศาลที่มีเขตอำนาจตามมาตรา 9 เฉพาะกรณีที่ข้อพิพาทนั้นอยู่ในเขตอำนาจ
ของศาลดังกล่าวเท่านั้น ดังนั้น สำหรับคดีแพ่งอื่นทั่วไปที่ไม่ได้อยู่ในเขตอำนาจของศาลทรัพย์สิน
ทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ย่อมไม่สามารถให้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้า
ระหว่างประเทศเป็น “ศาลที่มีเขตอำนาจ” ตามกฎหมายฉบับนี้ได้

อย่างไรก็ตามในกรณีที่ข้อพิพาทอยู่ในเขตอำนาจของศาลชำนาญพิเศษ เช่น ศาลทรัพย์สิน
ทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ หรือ ศาลแรงงาน มีประเด็นคำถามว่าศาลยุติธรรมธรรมดา
เช่น ศาลแพ่งและศาลจังหวัดต่าง ๆ สามารถเป็น “ศาลที่มีเขตอำนาจ” ตามพระราชบัญญัตินี้ได้
หรือไม่ โดยหากพิจารณาถ้อยคำของบทบัญญัติของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ก็ไม่ปรากฏว่ามีการ

บัญญัติจำกัดขอบเขตอำนาจของศาลยุติธรรมธรรมดาแต่อย่างใด อย่างไรก็ตามหากพิจารณาเรื่องความเหมาะสม สำหรับกรณีที่เป็นกรให้ความช่วยเหลือในชั้นการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ การให้ศาลอื่นที่ไม่ได้มีความเชี่ยวชาญเหนือคดีเป็นศาลที่มีเขตอำนาจตามมาตรา 9 ก็อาจไม่ปรากฏปัญหาแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่เป็นกรพิจารณาการเพิกถอนหรือการบังคับคำชี้ขาด การให้ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีที่มีคำชี้ขาดน่าจะเป็นกรที่เหมาะสมกว่า เนื่องกรในการพิจารณาเหตุเพิกถอนหรือเหตุปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดจะต้องใช้ความเข้าใจในบริบทของข้อพิพาทประกอบด้วย การให้ศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดีเช่นศาลชำนาญพิเศษต่าง ๆ เป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาในกรณีดังกล่าวจึงเป็นการเหมาะสมกว่า บทความนี้จึงมีข้อเสนอแนะว่า กฎหมายการอนุญาโตตุลาการของไทย ควรบัญญัติ “ศาลที่มีเขตอำนาจ” ไว้ให้ชัดเจนมากกว่านี้ โดยกำหนด “ศาลที่มีเขตอำนาจ” ในกรณีที่เป็น ศาลที่ให้การช่วยเหลืออนุญาโตตุลาการ (Support judge, juge d'appui) และ “ศาลที่มีเขตอำนาจ” สำหรับการเพิกถอนและบังคับตามคำชี้ขาดแยกออกจากกัน อย่างชัดเจน

นอกจากนี้การขาดบทบัญญัติที่ชัดเจนของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เกี่ยวกับขอบเขตสภาพบังคับทางภูมิศาสตร์ ส่งผลให้เกิดประเด็นคำถามทางกฎหมายและข้อพิพาทเกี่ยวกับ “ศาลที่มีเขตอำนาจ” ตามพระราชบัญญัติดังกล่าวในกรณีที่มีการอนุญาโตตุลาการมีลักษณะระหว่างประเทศ โดยเฉพาะในประเด็นเรื่องการให้ความช่วยเหลือแก่กระบวนการอนุญาโตตุลาการที่มีสถานที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการอยู่ในต่างประเทศ เช่น การขอให้ศาลไทยสั่งเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราว และการออกคำสั่งเรียกพยาน เป็นต้น

บทความนี้มีข้อเสนอแนะว่า พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ควรกำหนดขอบเขตสภาพบังคับทางภูมิศาสตร์ให้ชัดเจนในลักษณะเดียวกันกับกฎหมายต้นแบบเพื่อให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลไทยในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ สำหรับเขตอำนาจระหว่างศาลภายในประเทศก็ควรกำหนดเขตอำนาจระหว่างศาลยุติธรรมและศาลปกครอง และของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ รวมทั้งกำหนดศาลที่มีเขตอำนาจในขั้นตอนการให้ความช่วยเหลือกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และในการเพิกถอนหรือบังคับคำชี้ขาดให้มีความชัดเจน

ความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการบังคับ
ตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ*

Jurisdictional Immunities of States in the Enforcement of
Arbitral Rulings

อินทัช ศิริวัลลภ

Intouch Siriwallop

นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

LL.M. Candidate

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

Corresponding author E-mail: intouch.siriwallop@gmail.com

(Received: April 30, 2023; Revised: May 26, 2023; Accepted: June 1, 2023)

บทคัดย่อ

แม้ว่าการอนุญาโตตุลาการจะเป็นการระงับข้อพิพาทแบบเอกชนก็ตาม แต่ศาลภายในก็มีบทบาทในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการดังกล่าว ในกรณีที่รัฐต่างประเทศเป็นคู่กรณีในการอนุญาโตตุลาการ รัฐต่างประเทศนั้นอาจกล่าวอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวได้ ทั้งความคุ้มกันจากการพิจารณาคดีและความคุ้มกันจากมาตรการบังคับ ทั้งนี้ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลมีผลผูกพันแต่เพียงในหลักการเท่านั้นและปราศจากความเฉพาะเจาะจง รัฐของศาลที่จะบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการจึงอาจมีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในรายละเอียดเพื่อให้ผลแก่กฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยในปัจจุบันยังไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐ ทำให้ศาลไทยปราศจากหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการพิจารณาประเด็นเรื่องความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศจากเขตอำนาจ

* บทความวิจัยนี้เป็นส่วนหนึ่งและเรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์เรื่อง “ความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ศาลไทยในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ บทความนี้จึงมุ่งศึกษาวิเคราะห์แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนแนวทางของกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศในเรื่องดังกล่าว เพื่อเสนอแนะแนวทางสำหรับศาลไทยในการพิจารณาประเด็นเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

คำสำคัญ : ความคุ้มกันของรัฐ, คำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ, ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ

Abstract

Although arbitration is a private system of dispute settlement, domestic courts play a role in enforcing arbitral rulings. Where a foreign state is a party to an arbitral proceeding, that state may invoke immunity, both from adjudication and from measures of constraint, to bar a competent court from enforcing the rulings against the state. In this respect, customary international law regarding jurisdictional immunities of states is merely binding in principle without particularity. A forum state may accordingly have its legal rules in detail, giving effect to such a principle of international law. Nevertheless, Thailand has currently no legislative law on state immunity, making Thai court lack certain legal rules in determining the issue of state immunity in the enforcement of an arbitral ruling before the Thai court. This paper thus analyses the relevant concepts and theories, as well as approaches of international and foreign laws to this subject. This paper aims to propose guidelines for the Thai judiciary in determining the matter of jurisdictional immunities of states in the enforcement of arbitral rulings.

Keywords : State immunity, Arbitral rulings, Arbitration agreement

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การอนุญาโตตุลาการ (arbitration) เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทซึ่งเป็นที่นิยมระหว่างรัฐกับเอกชน เนื่องจากสามารถป้องกันผลทางกฎหมายที่ไม่พึงประสงค์อันเกิดขึ้นจากการระงับข้อพิพาทในศาลได้ กล่าวคือ คู่กรณีฝ่ายเอกชนมักกังวลเกี่ยวกับความเป็นกลาง (impartiality) และ

ความเป็นอิสระ (independence) ของศาลภายในของรัฐคู่กรณี ในขณะที่รัฐคู่กรณีมักไม่ยอมรับการระงับข้อพิพาทโดยศาลภายในของรัฐเจ้าของสัญชาติของเอกชนคู่กรณี (home state) หรือศาลภายในของรัฐที่สาม อนึ่ง ในกรณีที่คู่กรณีตกลงระงับข้อพิพาทโดยศาลภายในที่ไม่ใช่ของรัฐคู่กรณี ความคุ้มกันของรัฐคู่กรณียังอาจทำให้ศาลภายในดังกล่าวต้องปฏิเสธเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทได้¹

กระนั้นก็ตาม เนื่องจากการอนุญาตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทแบบเอกชน (private system of adjudication) ที่ปราศจากอำนาจบังคับ (coercive power) ในตัวเอง คำวินิจฉัยของอนุญาตตุลาการ (arbitral rulings) ไม่ว่าจะ เป็นคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาตตุลาการ (arbitration-ordered interim measure) กิติ หรือคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ (arbitral award) กิติ จึงต้องอาศัยการบังคับโดยศาลภายใน² รัฐคู่กรณีจึงอาจกล่าวอ้างความคุ้มกันเพื่อปฏิเสธเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยดังกล่าวได้

ศาลภายในของหลายประเทศมักถือว่าการที่รัฐยินยอมตกลงให้ระงับข้อพิพาทกับเอกชน โดยการอนุญาตตุลาการ มีผลเป็นการยอมรับกระบวนการในศาลเกี่ยวกับการยอมรับคำวินิจฉัยของอนุญาตตุลาการนั้น จึงถือว่ารรัฐนั้นได้สละความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลเช่นว่านี้โดยการทำข้อตกลงอนุญาตตุลาการ³ ในขณะที่ศาลภายในของบางประเทศกลับเห็นว่าการสละความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลดังกล่าวมีเงื่อนไขที่เคร่งครัดกว่า⁴ ทำให้เห็นว่าแนวทางตามกฎหมายภายในเกี่ยวกับเรื่องความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการยอมรับคำวินิจฉัยของอนุญาตตุลาการ มีความแตกต่างกัน

อนึ่ง แม้ว่าศาลภายในของหลายประเทศจะถือว่าการที่รัฐยินยอมให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการเป็นการสละความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลในกระบวนการยอมรับคำวินิจฉัยของอนุญาตตุลาการก็ตาม แต่มักไม่ครอบคลุมถึงการสละความคุ้มกันจากการมาตรการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาตตุลาการ ซึ่งเป็นความคุ้มกันอีกประเภทหนึ่ง เว้นแต่รัฐได้สละความคุ้มกัน

¹ Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2 ed. (Oxford University Press, 2012), p. 235-36.

² ดู Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009), p. 2019.

³ Bernardo Sepúlveda-Amor and Meryll Lawry-White, "State Responsibility and the Enforcement of Arbitral Awards," in *Arbitration International* 33, 1 (2016), p.52. ตัวอย่าง *Société Européenne d'Études et d'Entreprises v. France*, Cass. civ. (1), 18 November 1986, 82 ILR 58, 74; *Svenska Petroleum Exploration AB v Government of the Republic of Lithuania* [2006] EWCA Civ 1529 (CA) [117].

⁴ ดู *Democratic Republic of the Congo v FG Hemisphere Associates LLC* [2011] 4 HKC 151 (CFA).

โดยชัดแจ้งจากมาตรการบังคับนั้น หรือทรัพย์สินของรัฐที่จะตกอยู่ภายใต้มาตรการบังคับเป็นทรัพย์สินที่มีวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์⁵ ดังนั้น ความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับในชั้นนี้จึงเปรียบเสมือน “ปราการด่านสุดท้าย” (the last fortress, the last bastion) ในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ⁶ ทั้งนี้ แต่ละประเทศก็มีแนวทางตามกฎหมายภายในเกี่ยวกับเรื่องความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับที่แตกต่างกันอีกเช่นกัน⁷

สำหรับประเทศไทย ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐ หากมีคดีขึ้นสู่ศาลไทยเกี่ยวกับการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐต่างประเทศกับเอกชน ศาลไทยอาจปราศจากแนวทางที่ชัดเจนในการพิจารณาประเด็นดังกล่าวได้ ทั้งนี้ นอกจากการยอมรับความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศจะจำเป็นต่อการดำรงไว้ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างประเทศอันดีแล้ว การยอมรับสิทธิของรัฐต่างประเทศในการกล่าวอ้างความคุ้มกันยังเป็นการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศอีกด้วย หากศาลไทยไม่ปฏิบัติตามแล้วอาจทำให้ประเทศไทยต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศได้⁸

2. ระเบียบวิธีวิจัย

2.1 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

- 1) เพื่อวิเคราะห์ความสัมพันธ์ระหว่างความคุ้มกันของรัฐกับเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ
- 2) เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศและแนวทางเชิงเปรียบเทียบของกฎหมายต่างประเทศในการยอมรับหรือปฏิเสธความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลภายในในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

⁵ Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), p. 350-351.

⁶ Report of the International Law Commission on the Work of Its Thirty-Eighth Session (5 May-11 July 1986) (Document A/41/10), p. 17.

⁷ ดู *Creighton Ltd. V. Minister of Finance of Qatar*, Cass. Civ. (1), 6 July 2000, 127 ILR 154-55; *Orascom Holding SAE v Republic of Chad* [2008] EWHC Civ 1116 (QB) [49].

⁸ การเคารพความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศเป็นพันธกรณีระหว่างประเทศภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและการฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศดังกล่าวนำมาซึ่งความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศ. ดู *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy : Greece intervening)*, Judgment, ICJ Reports (2012), paras. 55-57.

3) เพื่อเสนอแนะแนวทางสำหรับศาลไทยในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ รวมถึงแนวทางสำหรับประเทศไทยในการพัฒนากฎหมายว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

2.2 สมมติฐานการวิจัย

ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐ ทำให้ศาลไทยไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการพิจารณาบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับเอกชน ประเทศไทยจึงควรมีแนวทางในการพิจารณาเรื่องความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการโดยคำนึงถึงกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและแนวปฏิบัติของต่างประเทศ

2.3 ขอบเขตของการศึกษา

บทความฉบับนี้มุ่งศึกษากฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงแนวคิด กฎหมาย และแนวปฏิบัติของประเทศไทยต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และฝรั่งเศส เกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งได้แก่ความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการยอมรับคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ และความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ โดยศึกษาอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 (UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property 2004: UNCSI) รวมถึงกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และฝรั่งเศส

2.4 วิธีในการดำเนินงานวิจัย

บทความฉบับนี้ใช้วิธีวิจัยเอกสาร (documentary research) โดยศึกษา ค้นคว้า และรวบรวมข้อมูลจากตัวบทกฎหมาย คำพิพากษา หนังสือ บทความ งานวิจัย และวิทยานิพนธ์ ทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ ซึ่งปรากฏทั้งที่เป็นภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ เพื่อนำมาศึกษาวิเคราะห์และจัดทำข้อเสนอแนะต่อไป

2.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1) ทำให้ทราบความสัมพันธ์ระหว่างความคุ้มกันของรัฐกับเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

2) ทำให้ทราบหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศและแนวทางเชิงเปรียบเทียบของกฎหมายต่างประเทศในการยอมรับหรือปฏิเสธความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลภายในในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

3) ทำให้ได้ข้อเสนอแนะและแนวทางสำหรับศาลไทยในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนข้อเสนอแนะและแนวทางสำหรับประเทศไทยในการพัฒนากฎหมายว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

3. แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

เนื่องจากการอนุญาโตตุลาการเป็นรูปแบบการระงับข้อพิพาทแบบเอกชน แตกต่างจากการระงับข้อพิพาทโดยศาลในฐานะองค์กรตุลาการของรัฐ คำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการจึงไม่มีอำนาจบังคับในตัวเอง และต้องอาศัยกลไกของศาลภายในในการบังคับการให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการดังกล่าว⁹ แต่เมื่อศาลภายในของประเทศหนึ่งอาจใช้เขตอำนาจในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการได้ หากคู่กรณีที่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการเป็นรัฐต่างประเทศ รัฐคู่กรณีจึงอาจกล่าวอ้างความคุ้มกันของรัฐเพื่อปฏิเสธเขตอำนาจศาลดังกล่าว

3.1 ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในฐานะความยินยอมให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ

เนื่องจากการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเกิดจากความสมัครใจของคู่กรณี ในฐานะวิธีการระงับข้อพิพาทนอกศาล เขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ (arbitral jurisdiction) จึงเกิดจากความยินยอมให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ (consent to arbitrate) ระหว่างคู่กรณีทั้งสองฝ่ายในข้อพิพาท ในบริบทของการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับเอกชนนั้น ความยินยอมของรัฐอาจปรากฏอยู่ในรูปแบบสัญญา (contract) สนธิสัญญา (treaty) หรือกฎหมายภายในของรัฐคู่กรณีนั้น (national legislation) ก็ได้¹⁰

⁹ ดู Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, p. 2019.

¹⁰ Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, p. 254.

ในกรณีสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน คู่กรณีอาจตกลงกันให้ระงับข้อพิพาทตามสัญญา โดยการอนุญาโตตุลาการในข้อสัญญาที่เรียกว่า “ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ” (arbitration agreement) ซึ่งอาจทำขึ้นก่อนเวลาที่เกิดข้อพิพาทขึ้น (pre-dispute submissions to arbitration) หรืออาจเป็นรูปแบบข้อตกลงพิเศษ (*compromis*) ในภายหลังเวลาที่เกิดข้อพิพาทขึ้นแล้วก็ได้¹¹ ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าความยินยอมของทั้งฝ่ายรัฐและฝ่ายเอกชนให้ระงับข้อพิพาท โดยการอนุญาโตตุลาการมักเกิดขึ้นในรูปแบบ “ข้อตกลง” (agreement) ในคราวเดียวกัน แตกต่างจากกรณีความยินยอมของรัฐคู่กรณีในสนธิสัญญาและกฎหมายภายใน

สำหรับกรณีที่ความยินยอมของรัฐปรากฏอยู่ในสนธิสัญญาหรือกฎหมายภายใน โดยเฉพาะอย่างยิ่งสนธิสัญญาทวิภาคีว่าด้วยการลงทุน (bilateral investment treaty: BIT) นั้น ความยินยอม เช่นว่านี้มีได้มีลักษณะเป็นข้อตกลงอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับเอกชนโดยตรง เนื่องจากเป็นเพียง การแสดงเจตนาของรัฐฝ่ายเดียวให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ (unilateral submission to arbitration) โดยที่เอกชนไม่ได้เข้ามาเป็นคู่สัญญากับรัฐด้วยตั้งแต่แรกแต่ประการใด แต่ความยินยอมของรัฐในสนธิสัญญาและกฎหมายภายในเช่นว่านี้ ถือว่าเป็นคำเสนอของรัฐว่าจะระงับข้อพิพาทกับเอกชนโดยการอนุญาโตตุลาการ หากเอกชนผู้มีคุณสมบัติตามสนธิสัญญาหรือกฎหมายภายใน ริเริ่มเสนอข้อเรียกร้องต่ออนุญาโตตุลาการตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขแห่งสนธิสัญญาหรือกฎหมายภายในนั้นแล้ว จึงถือเป็นการสนองรับคำเสนอของรัฐให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ และเกิดเป็นข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอันเป็นฐานอำนาจของอนุญาโตตุลาการได้เช่นกัน¹²

3.2 การบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

ในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการนั้น อนุญาโตตุลาการจะมีคำชี้ขาดในท้ายที่สุดเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนและให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตาม โดยก่อนหน้านี้ที่อนุญาโตตุลาการจะมีคำชี้ขาดดังกล่าว อนุญาโตตุลาการอาจมีคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อประโยชน์ในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ด้วย อย่างไรก็ตาม เนื่องจากอนุญาโตตุลาการเป็นกลไกการระงับข้อพิพาทแบบเอกชน คำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

¹¹ Christopher F. Dugan *et al.*, *Investor-State Arbitration*, (New York: Oxford University Press, 2011), p. 242.

¹² Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, p. 257-58.

ดังกล่าวจึงไม่สามารถมีอำนาจบังคับได้ในตัวเอง แต่ต้องอาศัยอำนาจบังคับของศาลภายในเพื่อให้การเป็นไปตามคำวินิจฉัยนั้น¹³

ในกรณีการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น ศาลภายในอาจทบทวนคำชี้ขาดดังกล่าว (*exequatur*) เสียก่อน ต่อเมื่อศาลเห็นว่าไม่มีเหตุให้ต้องปฏิเสธการยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ และศาลสามารถบังคับการให้เป็นไปตามคำชี้ขาดนั้นได้ ศาลจะมีคำพิพากษายอมรับคำชี้ขาดเช่นว่านี้ (recognition of an arbitral award) เพื่อเปลี่ยนแปลงสถานะของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นคำพิพากษาศาล แล้วจึงจะกำหนดมาตรการบังคับ (measures of constraint) ตามคำพิพากษาที่ยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวต่อไป¹⁴

จะเห็นได้ว่ากระบวนการที่ศาลมีคำพิพากษายอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เป็นการใช้เขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดี (adjudicative jurisdiction) แตกต่างจากการกำหนดมาตรการบังคับหลังจากนั้น ซึ่งเป็นการใช้เขตอำนาจศาลในการบังคับ (enforcement jurisdiction)¹⁵ การจำแนกระหว่างเขตอำนาจในการพิจารณาคดีและเขตอำนาจในการบังคับดังกล่าวจะมีความเกี่ยวข้องกับการพิจารณาประเด็นเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจทั้งสองประเภทที่แตกต่างกัน

ส่วนกรณีการบังคับตามคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการนั้น จะเห็นได้ว่าคำสั่งดังกล่าวมีลักษณะเป็นคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการที่ปราศจากอำนาจบังคับในตัวเองและจำเป็นต้องอาศัยอำนาจบังคับโดยศาลภายในในทำนองเดียวกันกับการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ แต่คำสั่งของอนุญาโตตุลาการเช่นว่านี้จะสามารถได้รับการบังคับตามอย่างไรรัน ขึ้นอยู่กับหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ

กฎหมายในบางประเทศยอมรับว่าคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการอาจมีลักษณะเป็นคำชี้ขาด เนื่องจากเป็นการวินิจฉัยชี้ขาดในประเด็นเกี่ยวกับสิทธิทางวิธีสบัญญัติ (procedural right) ของคู่กรณีในการร้องขอรับความคุ้มครองชั่วคราวอย่างถึงที่สุดแล้ว ทำให้คำสั่งเช่นว่านี้อาจถูกเพิกถอนหรือยอมรับและบังคับตามได้ในฐานะคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ¹⁶

¹³ ดู Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, p. 2019. ตัวอย่าง Chapter VIII of the UNCITRAL Model Law 2006.

¹⁴ ดู Satya Talwar Moulant, “Immunities and Arbitration: A New Lex Specialis Regime,” in *German Law Journal* 22, 8 (2021), p.1561.

¹⁵ Karl M. Meessen, “State Immunity in the Arbitral Process,” in *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects* 19 (2004), p.389.

¹⁶ ตัวอย่าง *Pac. Reinsurance Mgmt. Corp. v. Ohio Reinsurance Corp.*, 935 F.2d 1019 (9th Cir. 1991) at 1023. ดูเพิ่มเติม Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, p. 2022-23.

ในขณะที่กฎหมายของบางประเทศกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขสำหรับการบังคับตามคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการเอาไว้โดยเฉพาะ¹⁷

ในทำนองเดียวกันกับการบังคับตามคำสั่งชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ศาลภายในอาจทบทวนคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการเสียก่อนเพื่อพิจารณาว่ามีเหตุให้ศาลไม่ควรบังคับตามคำวินิจฉัยดังกล่าวหรือไม่ การใช้เขตอำนาจศาลในการทบทวนคำวินิจฉัยเช่นว่านี้เป็นลักษณะของการใช้เขตอำนาจในการพิจารณาคดี มิใช่เขตอำนาจในการบังคับ ศาลจะใช้เขตอำนาจในการบังคับต่อเมื่อศาลทบทวนคำวินิจฉัยดังกล่าวแล้วเห็นว่าไม่มีเหตุให้ปฏิเสธการบังคับตามแต่ประการใด¹⁸

ทั้งนี้ การบังคับตามคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการในที่นี้แตกต่างจากการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยศาลภายในเอง เนื่องจากการที่ศาลกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวนั้น เป็นกรณีที่คู่กรณีในการอนุญาโตตุลาการร้องขอให้ศาลภายในมีคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเองโดยตรงเพื่อสนับสนุนกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (judicial assistance to arbitral proceedings) การใช้เขตอำนาจศาลในกรณีดังกล่าวจึงเป็นการใช้เขตอำนาจศาลในการบังคับโดยตรง¹⁹

3.3 ความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาล

ความคุ้มกันของรัฐ (state immunity หรือ sovereign immunity) เป็นสิทธิที่รัฐต่างประเทศ (foreign state) มีตามกฎหมายระหว่างประเทศ ในการที่จะไม่ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจ (jurisdiction) ของรัฐเจ้าของดินแดน (forum state หรือ territorial state)²⁰ ในปัจจุบัน เป็นที่

¹⁷ ตัวอย่าง Articles 17H and 17I of the UNCITRAL Model Law 2006; Section 42 of the Arbitration Act 1996 (UK). ดูเพิ่มเติม UNCITRAL Model Law 2006, Explanatory Note, A.2, para. 2. เทียบ Article 17 of the UNCITRAL Model Law (original 1985 version).

¹⁸ ดู Articles 17H and 17I of the UNCITRAL Model Law 2006. ดูเพิ่มเติม *Banco de Seguros del Estado v. Mut. Marine Office, Inc.*, 344 F.3d 255 (2d Cir. 2003); *Pearl Petroleum Company Ltd v Kurdistan Regional Government of Iraq* [2015] EWHC 3361 (QB) [39]-[40].

¹⁹ ดู Articles 17J of the UNCITRAL Model Law 2006. ดูเพิ่มเติม *Libancell S.A.L. v. Republic of Leb.*, 2006 U.S. Dist. LEXIS 29442 at **8-9 (S.D.N.Y. May 16, 2006); *ETI Euro Telecom International NV v Republic of Bolivia* [2008] EWCA Civ 880 (CA) [114].

²⁰ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2003), p. 320; Peter-Tobias Stoll, "State Immunity," in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, ed. Anne Peters and Rüdiger Wolfrum (2011), para. 1; Hazel Fox and Philippa Webb, *The Law of State Immunity*, 3rd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2015), p.11, 20.

ยอมรับกันว่ากฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐดังกล่าวมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณี (customary international law)²¹

ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐ รัฐต่างประเทศอุปโลกความคุ้มกันจากเขตอำนาจของรัฐเจ้าของดินแดน และในทางกลับกัน รัฐเจ้าของดินแดนมีพันธกรณีระหว่างประเทศในการเคารพต่อความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศในดินแดนของตนเอง²² ในการที่รัฐเจ้าของดินแดนจะปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศดังกล่าว รัฐเจ้าของดินแดนจำเป็นต้องวางหลักเกณฑ์ทางกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับกฎหมายว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศดังกล่าว เนื่องจากกฎหมายที่จะกำกับหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้เขตอำนาจของศาลดังกล่าวหรือยอมรับความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศนั้น ขึ้นอยู่กับกฎหมายของรัฐเจ้าของดินแดนของศาลที่พิจารณาประเด็นดังกล่าวนั่นเอง²³ แต่เนื่องจากกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐมีผลผูกพันแต่เพียงในฐานะหลักการทางกฎหมาย (legally binding concept) และยิ่งปราศจากความเฉพาะเจาะจงที่ชัดเจน (particularity) โดยที่แต่ละรัฐยังมีความเห็นที่แตกต่างกันในรายละเอียดของหลักการเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐ รัฐจึงมีดุลพินิจในการกำหนดหลักเกณฑ์ที่มีความเฉพาะเจาะจงภายใต้กรอบของกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าว²⁴

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่ารัฐในอดีตอุปโลกความคุ้มกันอย่างเด็ดขาด (absolute immunity) ศาลของรัฐหนึ่งจึงไม่สามารถใช้เขตอำนาจเหนือรัฐต่างประเทศหรือทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศได้ ไม่ว่าจะเป็นกรณีใด ๆ ก็ตาม แต่ต่อมารัฐเริ่มมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางพาณิชย์มากขึ้น ทำให้ความเห็นของประชาคมระหว่างประเทศค่อย ๆ เปลี่ยนแปลงไป โดยเริ่มแยกแยะกิจกรรมทางรัฐบาล (*acta jure imperii*) กับกิจกรรมทางพาณิชย์ (*acta jure gestionis*) ออกจากกัน และรัฐต่างประเทศจะสามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันได้เฉพาะกรณีที่รัฐนั้นดำเนินกิจกรรมทางรัฐบาลหรือเหนือทรัพย์สินที่มีวัตถุประสงค์ทางรัฐบาลเท่านั้น เนื่องจากการที่รัฐดำเนินกิจกรรมทางพาณิชย์ทำให้รัฐอยู่ในสถานะไม่แตกต่างจากเอกชนคนหนึ่ง อาจกล่าวได้ว่ารัฐได้สละความคุ้มกันโดยปริยาย

²¹ Jasper Finke, “Sovereign Immunity: Rule, Comity or Something Else?,” in *European Journal of International Law* 21, 4 (2010), p.874; Hazel Fox and Philippa Webb, *The Law of State Immunity*, p.13-14.

²² *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, paras. 56, 106. ดูเพิ่มเติม Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law*, p. 36.

²³ ดู Peter-Tobias Stoll, “State Immunity,” para. 14.

²⁴ Jasper Finke, “Sovereign Immunity: Rule, Comity or Something Else?,” in *European Journal of International Law*, p.856-857; Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law*, p. 35. ดูเพิ่มเติม Hazel Fox and Philippa Webb, *The Law of State Immunity*, p.17.

โดยลดสถานะของรัฐอธิปไตยมาดำเนินกิจกรรมทางพาณิชย์นั่นเอง (implied consent by trading)²⁵ ความคุ้มกันของรัฐในเวลาต่อมาจึงค่อย ๆ พัฒนามาเป็นความคุ้มกันของรัฐอย่างจำกัด (restrictive immunity)

อนึ่ง ความคุ้มกันของรัฐสามารถจำแนกออกเป็นความคุ้มกันจากการพิจารณาคดี (immunity from adjudication) ประการหนึ่ง และความคุ้มกันจากมาตรการบังคับ (immunity from measures of constraint) อีกประการหนึ่ง การจำแนกความคุ้มกันของรัฐเช่นนี้มีความสัมพันธ์กับลักษณะการใช้เขตอำนาจศาลในกระบวนการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ ดังนี้

1) การทบทวนคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ ทั้งคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เพื่อมีคำพิพากษายอมรับคำวินิจฉัยดังกล่าวเป็นการใช้เขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดี ซึ่งรัฐต่างประเทศอาจกล่าวอ้างความคุ้มกันจากการพิจารณาคดีได้ในกระบวนการเช่นว่านี้

2) การกำหนดมาตรการบังคับ ทั้งมาตรการบังคับก่อนมีคำพิพากษาตามคำขอของคู่กรณีโดยตรง และมาตรการบังคับหลังมีคำพิพากษายอมรับคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการแล้ว เป็นการใช้เขตอำนาจศาลในการบังคับ ซึ่งมีผลเป็นการจำกัดสิทธิของรัฐต่างประเทศทางกายภาพเหนือทรัพย์สินโดยตรง และรัฐต่างประเทศอาจกล่าวอ้างความคุ้มกันจากมาตรการบังคับได้ในกระบวนการเช่นว่านี้²⁶

ผลที่ตามมาจากการจำแนกความคุ้มกันจากมาตรการบังคับออกจากความคุ้มกันจากการพิจารณาคดีนั้น ได้แก่ เหตุที่รัฐไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันจากการพิจารณาคดี ไม่ทำให้ศาลต้องปฏิเสธความคุ้มกันของรัฐนั้นจากมาตรการบังคับเสมอไป²⁷ ในการบังคับตามคำวินิจฉัยของ

²⁵ Sompong Sucharitkul, "Immunities of Foreign States before National Authorities," *Recueil des Cours: Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 149 (1976-I): 190; Hazel Fox and Philippa Webb, *The Law of State Immunity*, pp. 35-36.

²⁶ ดู Karl M. Meessen, "State Immunity in the Arbitral Process," *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects*: 389.

²⁷ Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law*, pp. 347-48. ดูเพิ่มเติม Article 20 of the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004 (UNCIS); *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy : Greece intervening)*, para. 113; Andrea K. Bjorklund, "State Immunity and the Enforcement of Investor-State Arbitral Awards," in *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, eds. Christina Binder, et al. (Oxford: Oxford University Press, 2009), p. 303.

อนุญาโตตุลาการนั้น แม้ว่าศาลในหลายประเทศจะยอมรับว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่รัฐต่างประเทศทำขึ้นมีผลเป็นการสละความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีเพื่อยอมรับคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการก็ตาม แต่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเช่นนี้ก็ไม่ได้มีผลต่อการสละความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับเหนือทรัพย์สินตามไปด้วยเสมอไป หลักเกณฑ์และเงื่อนไขเกี่ยวกับกรณีที่รัฐไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันจากมาตรการบังคับจึงเป็นอีกกรณีหนึ่งแยกต่างหากจากกรณีที่รัฐไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันจากการพิจารณาคดีได้

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของกฎหมายในหลาย ๆ ประเทศเกี่ยวกับกรณีที่รัฐไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันจากมาตรการบังคับมีความเคร่งครัดยิ่งกว่ากรณีที่รัฐไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันจากการพิจารณาคดี เพราะการกำหนดมาตรการบังคับเหนือทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศเป็นการกระทำที่ไม่เป็นมิตรต่อรัฐต่างประเทศอย่างร้ายแรงมากกว่ากรณีที่ศาลไม่ยอมรับความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศนั้นจากกระบวนการพิจารณาคดีในศาล²⁸

4. ความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐ ค.ศ. 2004

เนื่องจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐที่มีผลผูกพันรัฐในประชาคมระหว่างประเทศเป็นการทั่วไปนั้น มีสารัตถะแต่เพียงในหลักการว่ารัฐต่างประเทศมีสิทธิในการกล่าวอ้างความคุ้มกันเพื่อปฏิเสธเขตอำนาจศาลของรัฐที่พิจารณาคดีนั้น ๆ ได้ แต่หลักการเช่นนี้ยังคงปราศจากความชัดเจนที่เฉพาะเจาะจง ทำให้กฎหมายภายในของแต่ละประเทศอาจวางหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของหลักความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศในรายละเอียดไว้อย่างแตกต่างกัน จึงเกิดความพยายามในเวทีระหว่างประเทศในการจัดทำประมวลหลักเกณฑ์ (codification of rules) ว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐเพื่อเป็นแนวทางแก่การพัฒนาหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายภายในทิศทางเดียวกัน²⁹ หนึ่งในผลงานขององค์การระหว่างประเทศในการจัดทำประมวลหลักเกณฑ์ดังกล่าวที่มีความเป็นสากลที่สุด ได้แก่ UNCSI ซึ่งจัดทำขึ้นโดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission: ILC) แห่งสหประชาชาติ แม้ว่า UNCSI จะยังไม่มี

²⁸ ดู Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law*, p.362; Hazel Fox and Philippa Webb, *The Law of State Immunity*, p.486.

²⁹ Hazel Fox and Philippa Webb, *The Law of State Immunity*, p.287.

ผลบังคับใช้เวลานี้ก็ตาม³⁰ แต่ก็เห็นว่ามีความค้ำในฐานะตราสารทางกฎหมายที่ประมวลหลักเกณฑ์จากการศึกษาแนวทางตามกฎหมายในหลายประเทศอย่างครบถ้วนสมบูรณ์ที่สุดและมีความเป็นสากลที่สุดในขณะนี้³¹

4.1 ความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการยอมรับคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

เนื่องจากกระบวนการอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจบังคับให้คู่กรณีปฏิบัติตามคำวินิจฉัยต่าง ๆ ได้ในตัวเอง ศาลภายในจึงมีเขตอำนาจในการกำกับดูแลกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (supervisory jurisdiction) เป็นธรรมดา ด้วยเหตุนี้ การที่รัฐตกลงยินยอมให้ระงับข้อพิพาทกับเอกชนโดยอนุญาโตตุลาการ จึงเป็นกรณีที่นอกจากรัฐจะยอมรับเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการแล้ว ยังถือว่ารัฐได้ยินยอมต่อเขตอำนาจในการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการ ในฐานะ “ผลที่ตามมา” (consequences) ของการยอมรับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเช่นว่านี้ด้วย รัฐจึงไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันจากกระบวนการในศาลเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งรวมถึงกระบวนการยอมรับคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากรัฐได้แสดงความยินยอมโดยปริยาย (implied consent) ต่อเขตอำนาจศาลในกระบวนการดังกล่าวโดยการทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเอาไว้แล้วนั่นเอง³²

หลักการและเหตุผลดังกล่าวนำมาสู่ข้อบทที่ 17 แห่ง UNCSI ว่าด้วยผลของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการต่อความคุ้มกันของรัฐจากกระบวนการในศาลเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ³³ โดย

³⁰ ข้อบทที่ 30(1) แห่ง UNCSI กำหนดให้ผลใช้บังคับ (entry into force) ของอนุสัญญาขึ้นอยู่กับเงื่อนไขของการให้สัตยาบันโดยรัฐจำนวน 30 ประเทศเป็นอย่างน้อย ในขณะที่ปัจจุบันมีรัฐให้สัตยาบันเป็นภาคีแก่ UNCSI เพียงจำนวน 23 ประเทศเท่านั้น ดูเพิ่มเติม United Nations, “United Nations Treaty Collection” [Online], Available from: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-13&chapter=3&clang=_en [9 December 2022].

³¹ ดู Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law*, p.441.

³² Report of the International Law Commission on the Work of Its Forty-Third Session (29 April-19 July 1991) (Document A/46/10), p.54.

³³ Article 17 of the UNCSI: “If a State enters into an agreement in writing with a foreign natural or juridical person to submit to arbitration differences relating to a commercial transaction, that State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to:

- (a) the validity, interpretation or application of the arbitration agreement;
- (b) the arbitration procedure; or
- (c) the confirmation or the setting aside of the award, unless the arbitration agreement otherwise provides.”

ข้อบทที่ 17 แห่ง UNCSI ให้ลักษณะแก่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการดังกล่าวเอาไว้ว่าเป็นข้อตกลงที่รัฐเข้าผูกพันเป็นลายลักษณ์อักษรกับบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลต่างชาติเพื่อยอมรับให้อนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับธุรกรรมทางพาณิชย์ ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าข้อบทดังกล่าวจำกัดลักษณะของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ให้ผลเป็นการสละความคุ้มกันของรัฐโดยปริยายเอาไว้ ความยินยอมใด ๆ ของรัฐในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการจึงไม่ได้มีผลเป็นการสละความคุ้มกันของรัฐจากกระบวนการในศาลเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการตาม UNCSI เสมอไป

มีข้อสังเกตว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการตามข้อบทที่ 17 แห่ง UNCSI จะต้องเป็นข้อตกลงที่รัฐเข้าผูกพันกับเอกชน ข้อตกลงลักษณะดังกล่าวค่อนข้างมีความชัดเจนว่าหมายถึงข้อตกลงในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนอย่างแน่นอน แต่ประเด็นพิจารณามีอยู่ว่าข้อตกลงตามข้อบทแห่ง UNCSI จะครอบคลุมกรณีที่รัฐแสดงความยินยอมให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเอาไว้ในสนธิสัญญาและกฎหมายภายในด้วยหรือไม่ เนื่องจากความยินยอมของรัฐเช่นนี้ในสนธิสัญญาและกฎหมายภายในก็ควรจะต้องถือว่าเป็นการแสดงเจตนาสละความคุ้มกันของรัฐโดยปริยายได้เช่นเดียวกับกรณีที่รัฐทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการกับเอกชนโดยตรง แต่เมื่อพิจารณาถ้อยคำแห่ง UNCSI และเอกสารประกอบการร่าง UNCSI แล้ว พบว่า ILC มีความเห็นไปในทำนองที่จำกัดว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการตามข้อบทที่ 17 แห่ง UNCSI ต้องทำขึ้นระหว่างรัฐกับบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลเท่านั้น มิใช่ระหว่างรัฐด้วยกันเองแต่อย่างใด³⁴

ทั้งนี้ “กระบวนการในศาลเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ” ที่รัฐไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันตามข้อบทที่ 17 แห่ง UNCSI ได้ จำกัดอยู่แต่เพียงกระบวนการที่ UNCSI กำหนดไว้เท่านั้น หนึ่งในกระบวนการในศาลเช่นนี้ ได้แก่ “การยืนยัน” (confirmation) คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ กระบวนการดังกล่าวค่อนข้างมีความชัดเจนว่าหมายถึงกระบวนการที่ศาลภายในทบทวนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเพื่อมีคำพิพากษายอมรับคำชี้ขาดดังกล่าว³⁵ แต่ประเด็นพิจารณามีอยู่ว่า “การยืนยันคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ” ข้างต้น รวมถึงการยอมรับคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการด้วยหรือไม่

³⁴ Report of the International Law Commission on the Work of Its Forty-Third Session (29 April-19 July 1991) (Document A/46/10), p.55.

³⁵ ในสหรัฐอเมริกา “การยืนยันคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ” (confirmation of an arbitral award) มีความหมายในทำนองเดียวกันกับ “การยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ” (recognition of an arbitral award). ดูเพิ่มเติม Ben Juratowitch, “Waiver of State Immunity and Enforcement of Arbitral Awards,” in *Asian Journal of International Law* 6, 2 (2016): 217.

อาจเป็นไปได้ว่าเรื่องการยอมรับคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการ ยังไม่เป็นที่ถกเถียงกันในบริบทของการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับเอกชน แม้แต่ในกฎหมายแม่แบบของคณะกรรมการสิทธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศว่าด้วยอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: กฎหมายแม่แบบ UNCITRAL) เอง ก็เพิ่งมีข้อบทว่าด้วยการบังคับตามคำสั่งของอนุญาโตตุลาการเช่นนี้เพิ่มเติมเข้ามาเมื่อปี ค.ศ. 2006 นี้เอง³⁶ หากคู่กรณีเอกชนขอให้ศาลภายในยอมรับคำสั่งของอนุญาโตตุลาการดังกล่าว ข้อบทที่ 17 แห่ง UNCSI จึงไม่ได้ให้คำตอบว่าศาลจะสามารถปฏิเสธความคุ้มกันของรัฐตามข้อบทนี้ได้หรือไม่

4.2 ความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

UNCSI วางหลักว่ารัฐอุปโภคความคุ้มกันจากมาตรการบังคับเหนือทรัพย์สินของรัฐ เว้นแต่กรณีใดกรณีหนึ่งดังต่อไปนี้

- 1) รัฐแสดงความยินยอมโดยชัดแจ้งต่อการดำเนินมาตรการบังคับ
- 2) รัฐจัดสรรหรือระบุทรัพย์สินเอาไว้เป็นการเฉพาะเพื่อการปฏิบัติตามข้อเรียกร้องของคู่กรณีเอกชนโดยเฉพาะ
- 3) ทรัพย์สินของรัฐที่จะตกอยู่ภายใต้มาตรการบังคับหลังมีคำพิพากษาเป็นทรัพย์สินที่รัฐใช้หรือมีไว้ใช้เพื่อวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์โดยเฉพาะ แต่ข้อยกเว้นในกรณีนี้ใช้บังคับเฉพาะกรณีมาตรการบังคับ “หลัง” มีคำพิพากษาแล้วเท่านั้น

กรณียกเว้นที่รัฐยินยอมโดยชัดแจ้งต่อการดำเนินมาตรการบังคับซึ่งถือเป็นการสละความคุ้มกันอย่างชัดแจ้งจากมาตรการบังคับดังกล่าวมานี้ ใช้บังคับกับทั้งกรณีมาตรการบังคับก่อนมีคำพิพากษา (pre-judgment measures of constraint) และมาตรการบังคับหลังมีคำพิพากษา (post-judgment measures of constraint) โดย UNCSI ยอมรับว่าการสละความคุ้มกันโดยชัดแจ้งดังกล่าวอาจอยู่ในรูปแบบข้อสัญญา รวมถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการก็ได้³⁷ จึงมีประเด็น

³⁶ Articles 17H, 17I of the UNCITRAL Model Law 2006.

³⁷ Articles 18(a) and 19(a) of the UNCSI: “No [measures of constraint] against property of a State may be taken in connection with a proceeding before a court of another State unless and except that: (a) the State has expressly consented to the taking of such measures as indicated:

(i) by international agreement;

(ii) by an arbitration agreement or in a written contract; or

(iii) by a declaration before the court or by written communication after a dispute between the parties has arisen”.

พิจารณาว่าการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของการสละความคุ้มกันโดยชัดแจ้งตาม UNCSI เช่นนี้ จะส่งผลให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการถือว่าเป็นความยินยอมโดยชัดแจ้งต่อการดำเนินมาตรการบังคับหรือไม่

ในประเด็นนี้ ILC ไม่ได้มีความเห็นในรายละเอียดเกี่ยวกับผลของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ในการสละความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับ นอกจากความเห็นแต่เพียงว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็น “หนึ่งในความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติ” (one practical possibility) ที่รัฐอาจยินยอมโดยชัดแจ้งต่อมาตรการบังคับโดยข้อตกลงหรือสัญญา³⁸ ในความเห็นของผู้เขียน ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในตัวเองไม่น่าจะถือว่าเป็นการสละความคุ้มกันโดยชัดแจ้งจากมาตรการบังคับได้ เนื่องจากสาระสำคัญของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่รัฐทำขึ้นมีเพียงการแสดงเจตนา ยินยอมให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเท่านั้น หากแต่ความเป็นไปได้ที่รัฐอาจยินยอมต่อมาตรการบังคับโดยข้อตกลงอนุญาโตตุลาการตามความเห็นของ ILC นั้น น่าจะหมายถึงข้อกำหนดสละความคุ้มกันของรัฐ (waiver clause) โดยชัดแจ้งที่อาจปรากฏอยู่ในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ แต่ไม่น่าจะหมายถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในตัวเองแต่โดยลำพัง

5. ความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และฝรั่งเศส

กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐ ในฐานะกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ วางหลักการทั่วไปเอาไว้ในเบื้องต้นเท่านั้น หากแต่หลักการของกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวยังปราศจากความเฉพาะเจาะจงที่ชัดเจน ทำให้กฎหมายภายในของรัฐแห่งศาลที่พิจารณาคดีจำเป็นต้องวางหลักเกณฑ์ภายใต้แนวคิดตามกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าว โดยที่แต่ละรัฐอาจมีแนวทางที่แตกต่างกันในรายละเอียดเกี่ยวกับหลักความคุ้มกันของรัฐเช่นนี้³⁹ จึงจำเป็นต้องศึกษาและวิเคราะห์กฎหมายภายในประกอบกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐด้วย ในการนี้ ผู้เขียนเลือกกฎหมายภายในจำนวน 3 ประเทศมาศึกษา ได้แก่ กฎหมายสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และฝรั่งเศส เนื่องจากศาลของทั้ง 3 ประเทศได้เคยวินิจฉัยประเด็นเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการในคดีจำนวนมาก โดยที่สหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักรได้ประมวลหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความ

³⁸ Third Report on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, by Mr. Motoo Ogiso, Special Rapporteur (Document A/CN.4/431), p.20.

³⁹ Jasper Finke, “Sovereign Immunity: Rule, Comity or Something Else?,” in *European Journal of International Law*, p.856-857. ดูเพิ่มเติม Hazel Fox and Philippa Webb, *The Law of State Immunity*, p.17.

คุ้มกันของรัฐในประเทศต่าง ๆ ไว้ในรูปแบบบทบัญญัติของกฎหมายอย่างเป็นระบบ ในขณะที่ศาลฝรั่งเศสมีแนวคำวินิจฉัยที่แตกต่างหลากหลายอย่างไม่แน่นอนจนกระทั่งสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้ถอดบทเรียนดังกล่าวมาเป็นบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ชัดเจน

5.1 กฎหมายสหรัฐอเมริกา

ในปี ค.ศ. 1976 สหรัฐอเมริกาได้ออกรัฐบัญญัติความคุ้มกันของรัฐอิตีโดยต่างประเทศ ค.ศ. 1976 (Foreign Sovereign Immunities Act 1976: FSIA 1976) โดยอาศัยทฤษฎีความคุ้มกันของรัฐอย่างจำกัดเป็นสำคัญ ดังที่ปรากฏในบทบัญญัติต่าง ๆ แห่ง FSIA 1976

5.1.1 ความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการยอมรับคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

ศาลสหรัฐอเมริกายอมรับว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่รัฐทำขึ้นเพื่อระงับข้อพิพาทกับเอกชนนั้น ถือว่ามีผลเป็นการสละความคุ้มกันของรัฐโดยปริยาย (implicit waiver) จากกระบวนการในศาลสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการยืนยันคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ⁴⁰ จนกระทั่งปี ค.ศ. 1988 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม FSIA 1976 โดยการเพิ่มเติมบทบัญญัติข้อ 1605(a)(6) เกี่ยวกับกรณีที่รัฐต่างประเทศไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันจากกระบวนการในศาลสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการได้⁴¹

ข้อ 1605(a)(6) แห่ง FSIA 1976 กำหนดคุณลักษณะของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ทำให้รัฐต่างประเทศไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันจากกระบวนการในศาลสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการเอาไว้ใน 2 ลักษณะดังต่อไปนี้

⁴⁰ H.R. Rpt. 94-1487 at 6617 (1976) (US).

⁴¹ Section 1605(a)(6) of the Foreign Sovereign Immunities Act 1978 (US): “A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case in which the action is brought, either to enforce an agreement made by the foreign state with or for the benefit of a private party to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between the parties with respect to a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration under the laws of the United States, or to confirm an award made pursuant to such an agreement to arbitrate, if (A) the arbitration takes place or is intended to take place in the United States, (B) the agreement or award is or may be governed by a treaty or other international agreement in force for the United States calling for the recognition and enforcement of arbitral awards, (C) the underlying claim, save for the agreement to arbitrate, could have been brought in a United States court under this section or section 1607, or (D) paragraph (1) of this subsection is otherwise applicable”.

1) ข้อตกลงที่รัฐทำขึ้น “กับเอกชน” (with a private party) ให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ หรือ

2) ข้อตกลงที่รัฐทำขึ้น “เพื่อประโยชน์ของเอกชน” (for the benefit of a private party) ให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ

ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในลักษณะประการแรกที่ทำขึ้นระหว่างรัฐ “กับเอกชน” ได้แก่ ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนโดยตรง ส่วนข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่รัฐทำขึ้น “เพื่อประโยชน์ของเอกชน” นั้น น่าจะหมายถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่เอกชนไม่ได้เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องในการตกลงด้วยมาแต่แรก แต่ได้รับประโยชน์จากการแสดงเจตนาของรัฐที่ยอมรับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ

“ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่รัฐทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของเอกชน” จึงน่าจะหมายถึงข้อบทยุติสนธิสัญญาซึ่งมีลักษณะเป็นการแสดงเจตนาของรัฐฝ่ายเดียวให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ หากต่อมาเอกชนที่มีคุณสมบัติตามข้อบทยุติสนธิสัญญาดังกล่าวเสนอข้อพิพาทภายใต้สนธิสัญญาต่ออนุญาโตตุลาการ จึงเป็นการสนองรับการแสดงเจตนาดังกล่าวของรัฐ และเกิดเป็นข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอันเป็นฐานอำนาจให้แก่อนุญาโตตุลาการที่พิจารณาข้อพิพาทนั้น ๆ ได้ แต่มีข้อสังเกตว่า “ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่รัฐทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของเอกชน” ข้างต้น ไม่น่าจะรวมถึงกรณีที่รัฐแสดงเจตนาให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการไว้ในกฎหมายภายใน เนื่องจากกฎหมายภายในไม่มีลักษณะเป็น “ข้อตกลง”

สำหรับกระบวนการในศาลสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการที่รัฐต่างประเทศไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันได้ตามข้อ 1605(a)(6) แห่ง FSIA 1976 นั้น ได้แก่ กระบวนการดังต่อไปนี้

1) การบังคับตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (enforcement of an arbitration agreement)

2) การยืนยันคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (confirmation of an arbitral award)

มีข้อสังเกตว่า “การยืนยันคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ” ตาม FSIA 1976 แห่งสหรัฐอเมริกา เทียบได้กับการยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในฐานะกระบวนการในศาลภายในเพื่อให้ผลแก่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการว่ามีสถานะเป็นคำพิพากษาของศาล⁴² อนึ่ง

⁴² ดูเพิ่มเติม Ben Juratowitch, “Waiver of State Immunity and Enforcement of Arbitral Awards,” in *Asian Journal of International Law*, p.217.

มีประเด็นพิจารณาว่า “การยืนยันคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ” ตาม FSIA 1976 ข้างต้น รวมถึงการยอมรับคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการด้วยหรือไม่

ในประเด็นนี้ ศาลสหรัฐอเมริกา เมื่อปี ค.ศ. 2003 ได้เคยวินิจฉัยว่าคำสั่งของอนุญาโตตุลาการให้รัฐคู่กรณีวางหลักประกันมีลักษณะเป็นคำชี้ขาดตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา ทำให้อาจอยู่ภายใต้กระบวนการทบทวนโดยศาลสหรัฐอเมริกาได้⁴³ อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าคดีดังกล่าวไม่ปรากฏประเด็นเรื่องความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลในการยืนยันคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด แต่ศาลในคดีข้างต้นมีทัศนะต่อคำสั่งของอนุญาโตตุลาการในคดีว่าเป็นมาตรการบังคับก่อนมีคำพิพากษาที่ต้องด้วยบทบัญญัติข้อ 1610(d) แห่ง FSIA 1976 ว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับก่อนมีคำพิพากษา ทั้งนี้ ในเมื่อศาลเห็นว่าคำสั่งของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวเป็นคำชี้ขาดที่อาจได้รับการทบทวนโดยศาลสหรัฐอเมริกาได้ หากคดีนี้มีประเด็นพิพาทเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดี จึงเป็นไปได้ว่าศาลจะไม่ยอมให้รัฐต่างประเทศกล่าวอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีดังกล่าว เนื่องจากเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีนั้นมีลักษณะเป็นการยืนยันคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั่นเอง

5.1.2 ความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

ข้อ 1610 แห่ง FSIA 1976 วางหลักเอาไว้ว่ารัฐต่างประเทศอุปโภคความคุ้มกันจากมาตรการบังคับเหนือทรัพย์สินของรัฐนั้น การกำหนดมาตรการบังคับเหนือทรัพย์สินดังกล่าวจะสามารถกระทำต่อเมื่อกรณีต้องด้วยเงื่อนไขทั้งสองดังนี้

- 1) ทรัพย์สินที่จะตกอยู่ภายใต้มาตรการบังคับ ไม่ว่าจะก่อนหรือหลังมีคำพิพากษาก็ตาม ต้องเป็นทรัพย์สินที่ใช้เพื่อกิจกรรมทางพาณิชย์ และ
- 2) รัฐต่างประเทศนั้นต้องสละความคุ้มกันโดยชัดแจ้งเท่านั้นสำหรับกรณีมาตรการบังคับก่อนมีคำพิพากษา หรือสละความคุ้มกันโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้สำหรับกรณีมาตรการบังคับหลังมีคำพิพากษา⁴⁴

จะเห็นได้จากบทบัญญัติข้อ 1610 แห่ง FSIA 1976 ว่าการกำหนดมาตรการบังคับ ไม่ว่าจะก่อนหรือหลังมีคำพิพากษาก็ตาม เหนือทรัพย์สินทางพาณิชย์ของรัฐต่างประเทศ จะต้องปรากฏว่ารัฐต่างประเทศจะได้สละความคุ้มกันมาแล้วเสมอ กรณีตาม FSIA 1976 เช่นนี้แตกต่าง

⁴³ *Banco de Seguros del Estado v. Mut. Marine Office, Inc.*, 344 F.3d 255 (2d Cir. 2003).

⁴⁴ Section 1610(a) and (d) of the Foreign Sovereign Immunities Act 1978 (US).

จากแนวทางใน UNCSI อย่างชัดเจน เนื่องจากกรณีที่รัฐไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันจากมาตรการบังคับเหนือทรัพย์สินของรัฐที่มีวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์นั้น ไม่จำเป็นต้องปรากฏการสละความคุ้มกันอีกแต่อย่างใด และข้อยกเว้นเกี่ยวกับทรัพย์สินของรัฐที่มีวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์ดังกล่าวตาม UNCSI ใช้เฉพาะในกรณีมาตรการบังคับหลังมีคำพิพากษาเท่านั้น

ในกรณีที่ FSIA 1976 กำหนดให้รัฐต้องสละความคุ้มกันโดย “ชัดแจ้ง” ถ้อยคำในข้อกำหนดในสัญญาจึงต้องมีความชัดเจนโดยปราศจากความคลุมเครือ โดยคำนึงถึงเจตนาและความมุ่งหมายอันแท้จริงของรัฐในการสละความคุ้มกันดังกล่าว เพื่อป้องกันมิให้การตีความข้อกำหนดสละความคุ้มกันส่งผลเป็นการสละความคุ้มกันของรัฐโดยไม่ได้ตั้งใจ (unintended waiver) ซึ่งฝ่าฝืนเจตนารมณ์ที่แท้จริงของรัฐต่างประเทศ แต่การสละความคุ้มกันโดยชัดแจ้งนั้นไม่จำเป็นต้องปรากฏถ้อยคำถึงขนาดเป็นการระบุถึงชนิดของมาตรการนั้น ๆ โดยเฉพาะเจาะจงแต่อย่างใด⁴⁵ ในขณะที่การสละความคุ้มกันโดย “ปริยาย” ซึ่งมีผลเป็นการสละความคุ้มกันจากมาตรการบังคับหลังมีคำพิพากษาภายใต้ FSIA 1976 ได้นั้น ศาลอาจพิจารณาจากการกระทำของรัฐที่อาจนำไปสู่การพิพากษาหรือการบังคับคดี⁴⁶

ทั้งนี้ มีประเด็นพิจารณาว่าการที่รัฐต่างประเทศทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจะถือว่าเป็นการสละความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายหรือไม่อย่างไร ในประเด็นนี้ แนวคำพิพากษาศาลสหรัฐอเมริกาแสดงให้เห็นว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในตัวเองอาจมีลักษณะเป็นการสละความคุ้มกันโดยปริยายได้ แต่ไม่ถือว่ามีชัดแจ้งถึงขนาดเป็นการสละความยินยอมของรัฐจากมาตรการบังคับก่อนมีคำพิพากษา⁴⁷

อนึ่ง ในทางปฏิบัติ หากคู่กรณีเลือกระงับข้อพิพาทโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของตัวเอง ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการดังกล่าวจะถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของ

⁴⁵ ตัวอย่าง *Libra Bank, Ltd. v. Banco Nacional de Costa Rica*, 676 F.2d 47, 50 (2d Cir. 1982); *S & S Mach. Co. v. Masinexportimport*, 706 F.2d 411, 417-418 (2d Cir. 1983); *Venus Lines Agency v. CVG Industria Venezolana de Aluminio, C.A.*, 210 F.3d 1309 (11th Cir. 2000); *Kensington Int'l Ltd. v. Rep. of Congo*, 461 F.3d 238, 243 (2d Cir. 2006).

⁴⁶ H.R. Rpt. 94-1487 at 6627 (1976) (US). ดูเพิ่มเติม *Birch Shipping Corp. v. Embassy of United Republic of Tanzania*, 507 F. Supp. 311 (1980).

⁴⁷ *Birch Shipping Corp. v. Embassy of United Republic of Tanzania*, 507 F. Supp. 311 (1980); *Enron Equip. Procurement Co. v. M/V Titan 2*, 82 F. Supp. 2d 602, 608 (W.D. La. 1999). ดูเพิ่มเติม *Libancell S.A.L. v. Republic of Leb.*, 2006 U.S. Dist. LEXIS 29442 at **13-15 (S.D.N.Y. May 16, 2006); *Preble-Rish Haiti, S.A. v. Republic*, 40 F.4th, p.368, 373-374 (5th Cir. 2022); Section 1610(a)(6) of the Foreign Sovereign Immunities Act 1978 (US).

ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการโดยการอ้างอิง (reference) และมีผลผูกพันคู่กรณีตามเนื้อหาแห่งข้อบังคับอนุญาโตตุลาการนั้นด้วย ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการบางฉบับ เป็นต้นว่าข้อบังคับอนุญาโตตุลาการหอการค้าระหว่างประเทศ (International Chamber of Commerce Arbitration: อนุญาโตตุลาการ ICC) มีข้อกำหนดในทำนองว่าคู่กรณีในการอนุญาโตตุลาการยินยอมสละสิทธิในการโต้แย้งคัดค้านการปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ⁴⁸ จึงมีประเด็นพิจารณาว่าข้อกำหนดเช่นว่านี้ในฐานะส่วนหนึ่งของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ จะถือว่าเป็นการสละความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับตาม FSIA 1976 หรือไม่

ศาลสหรัฐอเมริกาเมื่อปี ค.ศ. 2004 ได้เคยวินิจฉัยเอาไว้ว่า การที่รัฐต่างประเทศกับเอกชนตกลงระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ICC ซึ่งมีข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีข้อกำหนดข้างต้นนั้น ถือว่าเป็นการสละความคุ้มกันโดย “ชัดแจ้ง” จากเขตอำนาจศาลสหรัฐอเมริกาในการกำหนดมาตรการบังคับหลังมีคำพิพากษาตาม FSIA 1976 แล้ว⁴⁹ ส่วนเหตุผลว่าเหตุใดการอ้างอิงข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ICC ดังกล่าวถึงเป็นการสละความคุ้มกันของรัฐโดยชัดแจ้งจากมาตรการบังคับได้นั้นไม่ปรากฏ แต่ศาลสหราชอาณาจักรในอีกคดีหนึ่งในเวลาต่อมาซึ่งมีข้อเท็จจริงคล้ายคลึงกับคดีในศาลสหรัฐอเมริกานั้น ได้ตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับคำพิพากษาศาลสหรัฐอเมริกาดังกล่าวว่ารรัฐต่างประเทศได้ทำข้อตกลงสละความคุ้มกันเอาไว้โดยเฉพาะต่างหากโดยชัดแจ้งอยู่แล้ว คำวินิจฉัยเรื่องการสละความคุ้มกันของรัฐโดยผลของข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ICC จึงน่าจะเป็นเพียงข้อสนับสนุนผลของคำพิพากษาดังกล่าวมากกว่า⁵⁰

5.2 กฎหมายสหราชอาณาจักร

ในปี ค.ศ. 1978 รัฐสภาแห่งสหราชอาณาจักรได้ออกพระราชบัญญัติความคุ้มกันของรัฐ ค.ศ. 1978 (State Immunity Act 1978: SIA 1978) เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐบนพื้นฐานของทฤษฎีความคุ้มกันอย่างจำกัดในทำนองเดียวกันกับ FSIA 1976 แห่งสหรัฐอเมริกาที่มีมาก่อนหน้า SIA 1978 แห่งสหราชอาณาจักรเป็นเวลา 2 ปี

⁴⁸ ICC Arbitration Rules (2021) art 35(6): “Every award shall be binding on the parties. By submitting the dispute to arbitration under the Rules, the parties undertake to carry out any award without delay and shall be deemed to have waived their right to any form of recourse insofar as such waiver can validly be made”.

⁴⁹ *Walker Int’l Holdings Ltd. v. Republic of Congo*, 395 F.3d, p.229, 234 (5th Cir. 2004).

⁵⁰ *Orascom Telecom Holding SAE v Republic of Chad* [2008] EWHC 1841 (QB) [47].

5.2.1 ความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการยอมรับคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

บทบัญญัติมาตรา 9 แห่ง SIA 1978 ยอมรับว่ารัฐต่างประเทศไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันจาก กระบวนการในศาลสหราชอาณาจักรที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ หากรัฐนั้นได้ทำข้อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ แต่ไม่รวมถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐด้วยกันเอง⁵¹ บทบัญญัติดังกล่าวอยู่บนหลักการและเหตุผลที่ว่า การที่รัฐตกลงระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ ถือว่าเป็นกรณีที่รัฐยอมรับกระบวนการในศาลเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งรวมถึงการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ในฐานะกระบวนการที่จำเป็นต่อการทำให้การอนุญาโตตุลาการดำเนินไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ⁵² ซึ่งสอดคล้องกับหลักการและเหตุผลของข้อบทที่ 17 แห่ง UNCSI ที่ถือว่าการที่รัฐทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นการยอมรับเขตอำนาจศาลในการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการ ในฐานะผลที่ตามมาของกลไกอนุญาโตตุลาการเช่นว่านี้ด้วย⁵³

มาตรา 9 แห่ง SIA 1978 ให้ลักษณะแก่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ทำให้รัฐต่างประเทศไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันจากกระบวนการในศาลสหราชอาณาจักรเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการเอาไว้อย่างกว้าง ได้แก่ ข้อตกลงที่รัฐยินยอมให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ แต่ก็ถูกกำกับด้วยข้อจำกัดว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเช่นว่านี้ไม่รวมถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐด้วยกันเอง ประเด็นพิจารณาจึงมีอยู่ว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการตาม SIA 1978 จะหมายถึงแต่เฉพาะข้อตกลงในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนอย่างแนวทางใน UNCSI หรือรวมถึงกรณีที่รัฐแสดงความยินยอมให้ระงับข้อพิพาทกับเอกชนโดยการอนุญาโตตุลาการในสนธิสัญญาในฐานะข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเพื่อประโยชน์ของเอกชนอย่างแนวทางใน FSIA 1976 แห่งสหรัฐอเมริกา และจะรวมถึงกรณีที่รัฐแสดงความยินยอมดังกล่าวในกฎหมายภายในด้วยหรือไม่

⁵¹ Section 9 of the State Immunity Act 1978 (UK): “Where a State has agreed in writing to submit a dispute which has arisen, or may arise, to arbitration, the State is not immune as respects proceedings in the courts of the United Kingdom which relate to the arbitration.

This section has effect subject to any contrary provision in the arbitration agreement and does not apply to any arbitration agreement between States.”

⁵² *Svenska Petroleum Exploration AB v Government of the Republic of Lithuania* [2006] EWCA Civ 1529 (CA) [117].

⁵³ Report of the International Law Commission on the Work of Its Forty-Third Session (29 April-19 July 1991) (Document A/46/10), p. 54.

ในประเด็นนี้ ศาลสหราชอาณาจักรเมื่อปี ค.ศ. 2016 ได้วินิจฉัยเรื่องการตีความบทบัญญัติมาตรา 9 แห่ง SIA 1978 รัฐต่างประเทศในคดีนี้ขอให้ศาลปฏิเสธการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งระงับข้อพิพาทตาม BIT ศาลเห็นว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในคดีนี้มีได้อยู่ในข้อบทแห่ง BIT ว่าด้วยการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีกับเอกชนโดยการอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด เนื่องจากข้อบทดังกล่าวมีลักษณะเป็นเพียงคำเสนอให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเท่านั้น แต่เมื่อเอกชนได้ริเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการตามข้อบทดังกล่าวแล้ว จึงเป็นการสนองรับคำเสนอเช่นนั้นของรัฐภาคี และเกิดเป็นข้อตกลงอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐภาคีนั้นกับเอกชนขึ้น จึงถือว่าคดีนี้มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่มีได้ทำขึ้นระหว่างรัฐด้วยกันเอง และส่งผลให้รัฐต่างประเทศในคดีนี้ไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันจากกระบวนการในศาลสหราชอาณาจักรเพื่อยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้แต่ประการใด⁵⁴

ในความเห็นของผู้เขียน หากศาลสหราชอาณาจักรพิจารณาการมีอยู่ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอย่างกว้างจากกระบวนการเกิดสัญญาดังเช่นในคดีข้างต้นแล้ว เหตุผลดังกล่าวจึงน่าจะสนับสนุนให้ถือว่าความยินยอมของรัฐในกฎหมายภายในก็ควรเป็นคำเสนอให้ระงับข้อพิพาทกับเอกชนโดยการอนุญาโตตุลาการ และสามารถเกิดเป็นข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ทำให้รัฐต่างประเทศไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันได้ตามมาตรา 9 แห่ง SIA 1978 เช่นกัน

“กระบวนการในศาลสหราชอาณาจักรที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ” ที่รัฐต่างประเทศไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันตามมาตรา 9 แห่ง SIA 1978 ได้ นั้น มีขอบเขตตามตัวอักษรกว้างกว่าแนวทางใน UNCSI และ FSIA 1976 แห่งสหรัฐอเมริกา และนอกจากจะครอบคลุมการยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการแล้ว ยังรวมถึงการบังคับตามคำสั่งชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการ (peremptory order) อีกด้วย แต่ไม่รวมถึงกรณีที่ศาลสหราชอาณาจักรกำหนดมาตรการบังคับก่อนมีคำพิพากษาเพื่อสนับสนุนกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (court powers exercisable in support of arbitral proceedings) ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 แห่งสหราชอาณาจักรแต่ประการใด เนื่องจากเป็นการใช้เขตอำนาจศาลในการบังคับแต่มีใช้กระบวนการในศาลสหราชอาณาจักรเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ ในฐานะการใช้เขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีแต่ประการใด⁵⁵

⁵⁴ *Gold Reserve Inc v Bolivarian Republic of Venezuela* [2016] 1 WLR 2829 (QB) [17].

⁵⁵ *ETI Euro Telecom International NV v Republic of Bolivia* [2008] EWCA Civ 880 (CA) [114].
ดูเพิ่มเติม *Svenska Petroleum Exploration AB v Government of the Republic of Lithuania* [2006] EWCA Civ 1529 [117]; *Pearl Petroleum Company Ltd v Kurdistan Regional Government of Iraq* [2015] EWHC 3361 (QB) [39]-[40].

5.2.2 ความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

บทบัญญัติมาตรา 13 แห่ง SIA 1978 ยอมรับว่ารัฐต่างประเทศสุจริตความคุ้มกันเหนือทรัพย์สินจากมาตรการบังคับโดยศาลสหราชอาณาจักร เว้นแต่กรณีใดกรณีหนึ่งดังต่อไปนี้

1) รัฐต่างประเทศได้แสดงความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรต่อมาตรการบังคับอย่างชัดแจ้ง หรือ

2) ทรัพย์สินที่จะตกอยู่ภายใต้มาตรการบังคับหลังมีคำพิพากษา เป็นทรัพย์สินที่ใช้หรือมีไว้ใช้เพื่อวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์

สำหรับกรณีการสละความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับตาม SIA 1978 นั้น ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในตัวเองไม่น่าจะถือว่ามีผลเป็นการสละความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับตามมาตรา 13(3) แห่ง SIA 1978 แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมีสาระสำคัญแต่เพียงว่าคู่กรณีตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ แต่มิได้มีนัยต่อการยินยอมให้ศาลสามารถกำหนดมาตรการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการด้วยอย่างชัดเจน⁵⁶ อนึ่ง เนื่องจากศาลจะต้องให้น้ำหนักกับรูปแบบของการแสดงเจตนาสละความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับที่ต้องเป็นลายลักษณ์อักษร (written consent) ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในมาตรา 13(3) การแสดงเจตนาอย่างชัดแจ้งดังกล่าวจึงน่าจะต้องอยู่ในรูปแบบข้อกำหนดสละความคุ้มกันของรัฐโดยเฉพาะ

อนึ่ง ในกรณีที่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับเอกชนที่ไม่เพียงแต่ยอมรับให้อนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทเท่านั้น แต่ยังอ้างอิงข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการอย่างกรณีข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ICC ด้วยนั้น จะเห็นได้ว่าศาลสหรัฐอเมริกาเมื่อปี ค.ศ. 2004 เคยวินิจฉัยเอาไว้ว่า การที่รัฐต่างประเทศกับเอกชนตกลงระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ICC ถือว่าเป็นการสละความคุ้มกันโดยชัดแจ้งจากเขตอำนาจศาลสหรัฐอเมริกาในการกำหนดมาตรการบังคับหลังมีคำพิพากษาตามข้อ 1610(a)(1) แห่ง FSIA 1976 แล้ว⁵⁷ แต่ในทางกลับกัน ศาลสหราชอาณาจักรในปี ค.ศ. 2008 กลับ “ลังเล” (reluctant) ที่จะให้ผลแก่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการซึ่งอ้างอิงข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ICC ว่าเป็นการสละความคุ้มกันอย่างชัดแจ้งอย่างคดีใน

⁵⁶ ดู *ETI Euro Telecom International NV v Republic of Bolivia* [2008] EWCA Civ 880 (CA) [114]. ดูเพิ่มเติม *Svenska Petroleum Exploration AB v Government of the Republic of Lithuania* [2006] EWCA Civ 1529 [117].

⁵⁷ *Walker Int'l Holdings Ltd. v. Republic of Congo*, 395 F.3d 229, 234 (5th Cir. 2004).

สหรัฐอเมริกา⁵⁸ อาจเนื่องจากเหตุผลว่าการอ้างอิงข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ICC เพื่อสละความคืบกันของรัฐจากมาตรการบังคับมีลักษณะเป็นเพียงการอนุমানเจตนาในการสละความคืบกันของรัฐโดยปริยายเสียมากกว่า

5.3 กฎหมายฝรั่งเศส

ฝรั่งเศสไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ประมวลหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความคืบกันของรัฐต่างประเทศเอาไว้โดยเฉพาะอย่างเป็นทางการเป็นระบบเหมือนอย่างกรณี FSIA 1976 แห่งสหรัฐอเมริกา และ SIA 1978 แห่งสหราชอาณาจักรแต่อย่างใด กฎหมายฝรั่งเศสที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรปรากฏแต่เฉพาะเรื่องความคืบกันของรัฐต่างประเทศจากมาตรการบังคับในประมวลกฎหมายวิธีบังคับคดีแพ่ง (*code des procédures civiles d'exécution*) ซึ่งถูกแก้ไขเพิ่มเติมเมื่อปี ค.ศ. 2016 นี้เอง⁵⁹ ส่วนกฎหมายฝรั่งเศสว่าด้วยความคืบกันของรัฐต่างประเทศจากเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดี ซึ่งรวมถึงความคืบกันของรัฐจากกระบวนการในศาลฝรั่งเศสเพื่อยอมรับคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการนั้น ไม่ปรากฏกฎหมายลายลักษณ์อักษรในเรื่องดังกล่าวแต่ประการใด

5.3.1 ความคืบกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการยอมรับคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

แม้ว่ากฎหมายฝรั่งเศสจะไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็ตาม แต่ศาลฝรั่งเศสในคดีต่าง ๆ ก็ยอมรับการที่รัฐทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทกับเอกชนว่าเป็นการสละความคืบกันของรัฐนั้นโดยปริยายจากเขตอำนาจศาลในการพิจารณายอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเช่นเดียวกับกฎหมายสหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักร รวมถึงแนวทางตามข้อบทที่ 17 แห่ง UNCSI ทั้งนี้ เนื่องจากการที่รัฐต่างประเทศตกลงระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเช่นนั้น ถือว่ารัฐนั้นได้ยอมรับผลของคำชี้ขาดว่าจะได้รับการยอมรับโดยศาลภายในตนเอง⁶⁰

เนื่องจากฝรั่งเศสไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องดังกล่าว จึงไม่เป็นที่ชัดเจนว่ากฎหมายฝรั่งเศสมีแนวทางในรายละเอียดเกี่ยวกับลักษณะของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการหรือ

⁵⁸ *Orascom Telecom Holding SAE v Republic of Chad* [2008] EWHC 1841 (QB) [47], [49].

⁵⁹ Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

⁶⁰ *Société Européenne d'Études et d'Entreprises v. France*, Cass. civ. (1), 18 November 1986, 82 ILR 58, 74. ดูเพิ่มเติม *Malagasy Republic v. Société Bruynzeel (Netherlands)*, T.G.I. Paris, 3 May 1971, 65 ILR 51-52; *SAOBI v. State of Senegal*, C.A. Paris (1), 5 December 1989, 113 ILR 440-41; C.A. Paris (1), 13/11017, 6 Novembre 2013.

กระบวนการในศาลฝรั่งเศสที่รัฐต่างประเทศจะไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันได้ แต่จากการค้นคว้าแนวคำพิพากษาศาลฝรั่งเศส พบว่าศาลวินิจฉัยเอาไว้เป็นแนวทางเดียวกันว่ารัฐต่างประเทศไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันดังกล่าวจากกระบวนการในศาลเพื่อยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ หากรัฐต่างประเทศได้ทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ทั้งข้อตกลงที่รัฐทำกับเอกชนโดยตรง⁶¹ และโดยข้อบทแห่ง BIT⁶²

5.3.2 ความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีบังคับคดีแห่งในปี ค.ศ. 2016 ฝรั่งเศสไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศจากมาตรการบังคับเหนือทรัพย์สินของรัฐ อีกทั้งแนวคำพิพากษาศาลฝรั่งเศสยังปราศจากความแน่นอนสำหรับเรื่องการสละความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศจากมาตรการบังคับ กล่าวคือ ศาลเคยทั้งยอมรับกรณีการสละความคุ้มกันโดยชัดแจ้งและโดยปริยายอย่างไม่คงที่

ในปี ค.ศ. 2000 ศาลฎีกา (*cour de cassation*) ได้เคยยอมรับว่าการที่รัฐต่างประเทศสละความคุ้มกันโดยปริยายจากมาตรการบังคับเหนือทรัพย์สิน (*renonciation implicé à l'immunité d'exécution*) ถือว่าเป็นการสละความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับที่มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายฝรั่งเศสได้ โดยไม่จำเป็นต้องเป็นการสละความคุ้มกันโดยชัดแจ้งแต่อย่างใด ในคดีนี้ แม้ว่ารรัฐจะไม่ได้แสดงเจตนาสละความคุ้มกันจากมาตรการบังคับโดยชัดแจ้งก็ตาม แต่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่อ้างอิงข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ICC ถือว่ามีผลเป็นการสละความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศโดยปริยายจากการบังคับคดีแล้ว⁶³

ในทางตรงกันข้าม ศาลฎีกาในอีกคดีหนึ่งเมื่อปี ค.ศ. 2013 ได้วินิจฉัยว่าการกำหนดมาตรการบังคับเหนือทรัพย์สินของรัฐที่ใช้เพื่อวัตถุประสงค์ที่มีใช้ทางพาณิชย์ จะต้องอาศัยการสละความคุ้มกันโดย “ชัดแจ้ง” และ “เฉพาะเจาะจงเป็นพิเศษ” (*renonciation expresse et spéciale*) เท่านั้น โดยการกำหนดตัวทรัพย์สินหรือประเภทของทรัพย์สินที่รัฐยินยอมสละความคุ้มกันจากมาตรการบังคับ⁶⁴

⁶¹ *Malagasy Republic v. Société Bruynzeel (Netherlands)*, T.G.I. Paris, 3 May 1971, 65 ILR 51-52; *Société Européenne d'Études et d'Entreprises v. France*, Cass. civ. (1), 13 November 1984, 82 ILR 58, 74; *SAOBI v. Senegal*, Cass. civ., 11 June 1991, 113 ILR 440-41.

⁶² C.A. Paris (1), 13/11017, 6 novembre 2013.

⁶³ *Creighton Ltd. v. Minister of Finance of Qatar*, Cass. civ. (1), 6 July 2000, 127 ILR 154-55.

⁶⁴ Cass. Civ. (1), 10-25.938, 28 mars 2013.

จะเห็นได้ว่าแนวคำวินิจฉัยของศาลฝรั่งเศสในประเด็นดังกล่าวซึ่งเป็นไปในทิศทางที่ขัดแย้งกัน ทำให้เกิดความไม่แน่นอนอย่างยิ่งเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การพิจารณาเรื่องการสละความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศจากมาตรการบังคับ สถานितिบัญญัติแห่งชาติในปี ค.ศ. 2016 จึงได้แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีบังคับคดีแพ่งโดยกำหนดหลักเกณฑ์ว่าด้วยการสละความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศจากมาตรการบังคับเหนือทรัพย์สินเอาไว้ในบทบัญญัติข้อ L111-1-2(1°) ให้ยอมรับเฉพาะการสละความคุ้มกันโดยชัดแจ้ง (*consent expresse*) เท่านั้น ทั้งกับกรณีมาตรการบังคับก่อนมีคำพิพากษาและมาตรการบังคับหลังมีคำพิพากษา⁶⁵ จึงเท่ากับว่าแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาใน 2 คดีที่ผ่านมาได้ถูกปฏิเสธโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายใหม่ดังกล่าวแล้ว⁶⁶

ในกรณีมาตรการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการนั้น ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในตัวเองไม่น่าจะถือว่าการสละความคุ้มกันของรัฐโดยชัดแจ้งจากมาตรการบังคับแต่ประการใด และคำพิพากษาศาลฎีกาเมื่อปี ค.ศ. 2000 ที่วินิจฉัยว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่อ้างอิงข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ICC ถือว่ามีผลเป็นการสละความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศโดยปริยายจากมาตรการบังคับโดยชอบด้วยกฎหมายฝรั่งเศสนั้น จึงไม่สามารถใช้ได้อีกต่อไป⁶⁷

5.4 เปรียบเทียบกฎหมายสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และฝรั่งเศส

จากการศึกษาวิเคราะห์ สามารถจัดทำตารางสรุปเปรียบเทียบกฎหมายสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และฝรั่งเศส ว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการได้ดังนี้

⁶⁵ Article L111-1-2(1°) du code des procédures civiles d'exécution (France): « Des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution forcée visant un bien appartenant à un Etat étranger ne peuvent être autorisées par le juge que si l'une des conditions suivantes est remplie: 1° L'Etat concerné a expressément consenti à l'application d'une telle mesure ».

⁶⁶ ดู Fleur Malet-Deraedt, "The New French Legislation on State Immunities from Enforcement," *ASA Bulletin* 36, 2 (2018): 343.

⁶⁷ ดู Ibid.

เรื่อง	สหรัฐอเมริกา	สหราชอาณาจักร	ฝรั่งเศส
1. ความคุ้มกันของรัฐจากกระบวนการในศาลเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการ			
หลักการและเหตุผล	การสละความคุ้มกันโดยปริยาย	การยอมรับกระบวนการที่จำเป็นต่อการทำให้การอนุญาตตุลาการดำเนินไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ	การยอมรับผลของคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการว่าจะได้รับการยอมรับโดยศาลภายใน
ลักษณะของข้อตกลงอนุญาตตุลาการที่ทำให้รัฐสามารถกล่าวอ้างความคุ้มกัน	1) ข้อตกลงที่รัฐทำขึ้น “กับเอกชน” ให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการ หรือ 2) ข้อตกลงที่รัฐทำขึ้น “เพื่อประโยชน์ของเอกชน” ให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการ	ข้อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรที่รัฐยอมรับให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการ และไม่รวมถึงข้อตกลงอนุญาตตุลาการระหว่างรัฐด้วยกันเอง แต่รวมถึงข้อตกลงอนุญาตตุลาการโดยสนธิสัญญา	ข้อตกลงอนุญาตตุลาการในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนโดยตรง และโดยสนธิสัญญา
กระบวนการในศาลเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการที่รัฐไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกัน	การยืนยันคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ ซึ่งน่าจะรวมถึงการยืนยันคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาตตุลาการ ในฐานะคำชี้ขาดด้วย	1) การยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ และ 2) การบังคับตามคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาตตุลาการ	การยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ

เรื่อง	สหรัฐอเมริกา	สหราชอาณาจักร	ฝรั่งเศส
2. ความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ			
กรณีที่รัฐไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกัน	1) การสละความคุ้มกัน <i>และ</i> 2) ทรัพย์สินของรัฐมีวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์	1) การสละความคุ้มกัน <i>หรือ</i> 2) ทรัพย์สินของรัฐมีวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์ (เฉพาะกรณีมาตรการบังคับหลังมีคำพิพากษา)	1) การสละความคุ้มกัน 2) การจัดสรรหรือระบุทรัพย์สินเป็นการเฉพาะเพื่อการปฏิบัติตามข้อเรียกร้อง <i>หรือ</i> 3) ทรัพย์สินของรัฐมีวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์ (เฉพาะกรณีมาตรการบังคับหลังมีคำพิพากษา)
ลักษณะของการสละความคุ้มกันจากมาตรการบังคับ	ขัดแย้ง (กรณีมาตรการบังคับก่อนมีคำพิพากษา)	ขัดแย้ง	ขัดแย้ง
	ขัดแย้งหรือปริยาย (กรณีมาตรการบังคับหลังมีคำพิพากษา)		
ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในฐานะการสละความคุ้มกันจากมาตรการบังคับ	ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในตัวเองเป็นการสละความคุ้มกันโดยปริยาย	ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในตัวเองไม่น่าจะเป็นการสละความคุ้มกันโดยขัดแย้ง	ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในตัวเองไม่น่าจะเป็นการสละความคุ้มกันโดยขัดแย้ง
	ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการซึ่งอ้างอิงข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ICC เป็นการสละความคุ้มกันโดยขัดแย้ง	ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการซึ่งอ้างอิงข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ICC ไม่เป็นการสละความคุ้มกันโดยขัดแย้ง	ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการซึ่งอ้างอิงข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ICC ไม่เป็นการสละความคุ้มกันโดยขัดแย้ง

6. ข้อพิจารณาสำหรับประเทศไทยเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ หัวข้อนี้จึงมุ่งวิเคราะห์ข้อพิจารณาสำหรับประเทศไทยในเรื่องดังกล่าว โดยคำนึงถึงพันธกรณีระหว่างประเทศและกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับประเด็นเรื่องความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

6.1 พันธกรณีระหว่างประเทศและกฎหมายไทยเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

หัวข้อนี้จะศึกษาวิเคราะห์พันธกรณีระหว่างประเทศและกฎหมายไทยเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ โดยแยกอภิปรายออกเป็นเรื่องการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ และความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลไทย

6.1.1 การบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

ประเทศไทยเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958: อนุสัญญานิวยอร์ค) และมีพันธกรณีในการยอมรับว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่สร้างขึ้นในรัฐภาคีอื่นนั้นมีผลผูกพัน และจะต้องบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าว เว้นแต่จะมีเหตุให้ประเทศไทยปฏิเสธการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดต่างประเทศเช่นนี้ตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานิวยอร์ค⁶⁸ ในการนี้ ประเทศไทยได้มีพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เพื่ออนุวัติการพันธกรณีระหว่างประเทศภายใต้อนุสัญญานิวยอร์คโดยอาศัยกฎหมายแม่แบบ UNCITRAL ในการยกร่าง บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ อยู่ในหมวด 7 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

เขตอำนาจศาลไทยในการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามหมวด 7 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มีลักษณะเป็นเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีเพื่อทบทวนว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการสามารถได้รับการยอมรับและบังคับตามกฎหมายไทยได้หรือไม่ หากคู่กรณีในการอนุญาโตตุลาการเป็นรัฐต่างประเทศและตกเป็น

⁶⁸ Articles III and IV of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1956.

ลูกหนี้ตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ รัฐคู่กรณีนั้นก็อาจตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลไทยเช่นว่านี้ได้ รัฐคู่กรณีจึงอาจกล่าวอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลไทยในการพิจารณาคดีได้ ซึ่งจะเป็นประเด็นพิจารณาต่อไปว่าศาลไทยควรจะวินิจฉัยประเด็นเรื่องความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศดังกล่าวอย่างไร

ส่วนกรณีการยอมรับและบังคับตามคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการนั้น พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ไม่ได้กล่าวถึงเรื่องนี้แต่อย่างใด แต่เมื่อแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเป็นไปในทางยอมรับลักษณะของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการว่าต้องถึงที่สุดแล้วเท่านั้น⁶⁹ ประกอบกับลักษณะของคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการที่มีผลเพียงชั่วคราว (provisional nature) และไม่มีผลผูกพันอย่างถึงที่สุด (preclusionary effect) ต่อการวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการในชั้นเนื้อหาสาระตัดสินแห่งคดี (merits phase) แต่อย่างใด⁷⁰ ผู้เขียนจึงเห็นว่าคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการไม่น่าจะถือว่าเป็นคำชี้ขาดที่อาจได้รับการยอมรับและบังคับตามได้ภายใต้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 คู่กรณีในการอนุญาโตตุลาการที่ประสงค์จะได้รับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวจากศาลไทย จึงต้องอาศัยช่องทางให้การขอให้ศาลมีมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยตรงตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เท่านั้น

ในทางปฏิบัติ หากอนุญาโตตุลาการได้มีคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวแล้ว และคู่กรณีประสงค์จะให้ศาลไทยบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งของอนุญาโตตุลาการดังกล่าว คู่กรณีฝ่ายนั้นอาจอาศัยช่องทางตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 โดยอาจยื่นคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการเป็นพยานหลักฐานประกอบ

ทั้งนี้ มาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวให้นำเอาบทบัญญัติแห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลในส่วนที่เกี่ยวกับการนั้นมาใช้บังคับโดยอนุโลม โดยที่บทบัญญัติมาตรา 253 ถึงมาตรา 270 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ก็ปรากฏรูปแบบของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่มีลักษณะเป็นมาตรการบังคับก่อนมีคำพิพากษา ซึ่งเป็นการใช้เขตอำนาจศาลไทยในการบังคับรูปแบบหนึ่ง เป็นต้นว่าคำสั่งยึดหรืออายัดทรัพย์สินไว้ก่อนพิพากษา ตามมาตรา 254(1) หรือคำสั่งห้ามชั่วคราวมิให้จำเลยโอน ขาย ยักย้ายหรือจำหน่ายซึ่งทรัพย์สินของจำเลยตามมาตรา 254(2)

⁶⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1772/2542; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2611/2562.

⁷⁰ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, p. 1988-89.

การขอให้ศาลไทยมีมาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ถือว่าเป็นการใช้เขตอำนาจศาลในการกำหนดมาตรการคุ้มครอง ชั่วคราวเองโดยตรง มีใช้ในฐานะการยอมรับและบังคับตามคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครอง ชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด การใช้เขตอำนาจตามมาตรา 16 เช่นว่านี้จึงเป็นการใช้เขตอำนาจ ศาลไทยในการบังคับที่รัฐต่างประเทศอาจกล่าวอ้างความคุ้มกันจากมาตรการบังคับได้ แต่มีใช้เขต อำนาจศาลในการพิจารณาคดีแต่อย่างใด

ส่วนเมื่ออนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดและศาลไทยได้ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด นั้นแล้ว คำชี้ขาดเช่นว่านี้จึงมีสถานะเป็นคำพิพากษาของศาล การกำหนดมาตรการบังคับตาม คำพิพากษาดังกล่าวจึงต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง⁷¹ โดยที่การบังคับคดีตามประมวลกฎหมายเช่นว่านี้ มีผลเป็นการจำกัดสิทธิของรัฐต่างประเทศเหนือ ทรัพย์สิน จึงมีลักษณะเป็นมาตรการบังคับหลังมีคำพิพากษาทำให้รัฐนั้นอาจกล่าวอ้างความคุ้มกัน เหนือทรัพย์สินของรัฐจากมาตรการบังคับดังกล่าวได้

6.1.2 ความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลไทย

เนื่องจากความคุ้มกันของรัฐเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ประเทศไทย จึงมีพันธกรณีตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐข้างต้นในการ เคารพต่อความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศในศาลไทย โดยการระงับใช้เขตอำนาจศาลเหนือรัฐ ต่างประเทศหรือทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศ⁷² อนึ่ง ประเทศไทยไม่มีพันธกรณีระหว่างประเทศ ภายใต้อันตราสนธิสัญญา เนื่องจาก UNCSI ยังไม่มีผลใช้บังคับ อีกทั้งประเทศไทยยัง ไม่ได้เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาดังกล่าวอีกด้วย

สำหรับกฎหมายภายในของประเทศไทยนั้น ไม่ปรากฏกฎหมายลายลักษณ์อักษร ว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศแต่อย่างใด คงมีแต่เพียงความคุ้มกันประเภทอื่นที่ไม่ใช่ ความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศเท่านั้น⁷³ ด้วยเหตุนี้ ประเด็นพิจารณาต่อมาสำหรับการใช้กฎหมาย

⁷¹ สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์ และ กิตติ ตูจันทา, “การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ,” ใน รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ ฉบับ 15 ปี สถาบันอนุญาโตตุลาการ, (กรุงเทพฯ: 2549), หน้า 90.

⁷² ดู *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy : Greece intervening)*, paras. 56, 106. ดูเพิ่มเติม Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law*, p. 36.

⁷³ ตัวอย่าง พระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางทูต พ.ศ. 2527; พระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิ์ และความคุ้มกันทางกงสุล พ.ศ. 2541; พระราชบัญญัติเอกสิทธิ์และความคุ้มกันสำหรับองค์การระหว่างประเทศและการประชุม ระหว่างประเทศในประเทศไทย พ.ศ. 2561.

ว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศในประเทศไทยจึงมีอยู่ว่าศาลไทยจะสามารถใช้บังคับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศดังกล่าวอย่างไรเมื่อกฎหมายไทยที่เป็นลายลักษณ์อักษรไม่ปรากฏบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องความคุ้มกันของรัฐโดยตรง

นิติวิธีในระบบกฎหมายไทยที่น่าจะสามารถนำมาใช้เพื่ออาศัยกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในการวินิจฉัยประเด็นปัญหาทางกฎหมาย ได้แก่ การอุดช่องว่างของกฎหมายโดยการวินิจฉัยตาม “หลักกฎหมายทั่วไป” ตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งควรรวมถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในเรื่องดังกล่าวด้วย⁷⁴ แต่เนื่องจาก “หลักกฎหมายทั่วไป” ตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีลักษณะเป็นแนวคิดหรือหลักการทั่วไป⁷⁵ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐในฐานะหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวจึงปราศจากความเฉพาเจาะจงในฐานะหลักเกณฑ์ทางกฎหมายการพิเคราะห์ประเด็นเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐจึงจำเป็นต้องมีหลักเกณฑ์ที่เฉพาะเจาะจงมากกว่าหลักการทางกฎหมายอย่างกว้าง มิเช่นนั้นแล้ว หากมีคดีขึ้นสู่ศาลไทยแล้ว ศาลไทยอาจปราศจากแนวทางที่ชัดเจนในการพิจารณาประเด็นดังกล่าวได้ จึงนำมาสู่การเสนอแนะแนวทางสำหรับศาลไทยในการพิจารณาคดีที่มีประเด็นเรื่องความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการในศาลไทยในหัวข้อต่อไปนี้

6.2 ความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการยอมรับคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

โดยหลักการแล้ว หากรัฐต่างประเทศตกเป็นจำเลยหรือถูกร้องโดยคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งในศาลไทย ศาลไทยควรจะต้องยกฟ้องหรือคำร้องของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง เพราะรัฐต่างประเทศอุบิภคความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลไทยตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐ เว้นแต่รัฐต่างประเทศนั้นจะได้สละความคุ้มกันดังกล่าว

สำหรับกรณีการยอมรับคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการนั้น ผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวทางของ UNCSI และกฎหมายต่างประเทศที่ได้ศึกษามาว่า การที่รัฐต่างประเทศตกลงยินยอมให้ระงับข้อพิพาทกับเอกชนโดยการอนุญาโตตุลาการเป็นการสละความคุ้มกันของรัฐนั้นโดยปริยายจาก

⁷⁴ ดู วิษณุ เครืองาม, การใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในของไทย (2520), หน้า 122-27; Sompong Sucharitkul, “Immunities from Attachment and Execution in Respect of Property of Foreign States - Thailand,” *Malaya Law Review* 22, 1 (1980): 188; จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2565), หน้า 89; ดวงเด่น สีหราช, หลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2565), หน้า 162. เทียบ ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), หน้า 26-27; หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, หน้า 131.

⁷⁵ ดู วิษณุ เครืองาม, การใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในของไทย, หน้า 126.

กระบวนการในศาลที่อาจมีเขตอำนาจในการยอมรับคำชี้ขาดเช่นว่านี้ เนื่องจากการที่รัฐต่างประเทศทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอันเป็นการแสดงเจตนายินยอมให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ ถือว่ารัฐนั้นได้เล็งเห็นถึงผลของการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการที่จะได้มีคำชี้ขาดให้รัฐต้องปฏิบัติตามหรือให้สามารถเป็นที่ยอมรับโดยกลไกของศาลภายในในประเทศต่าง ๆ ได้⁷⁶

อนึ่ง กรณีที่รัฐต่างประเทศไม่ควรสามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลไทยในการยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้นั้น จะต้องปรากฏมาก่อนว่าการยอมรับคำชี้ขาด เช่นว่านี้อยู่ในเขตอำนาจศาลไทยตามหมวด 7 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เนื่องจากความคุ้มกันของรัฐเป็นการปฏิเสธเขตอำนาจศาล รัฐจึงควรกล่าวอ้างความคุ้มกันต่อเมื่อศาลอาจมีเขตอำนาจได้เท่านั้น มิเช่นนั้นแล้ว หากศาลไทยไม่มีเขตอำนาจตามหมวด 7 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวมาแต่แรก โดยหลักการแล้วศาลไทยก็จะมีเขตอำนาจให้รัฐต่างประเทศกล่าวอ้างความคุ้มกันได้ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาเรื่องความคุ้มกันของรัฐคู่กรณีในการอนุญาโตตุลาการนั้นแต่อย่างใด⁷⁷

สำหรับลักษณะของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ทำให้รัฐต่างประเทศไม่ควรกล่าวอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลไทยในการยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น ผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวทางของกฎหมายสหราชอาณาจักรที่พิจารณาข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอย่างกว้างและรวมถึงกระบวนการเกิดข้อตกลงอนุญาโตตุลาการด้วย⁷⁸ เนื่องจากหลักการและเหตุผลของการสละความคุ้มกันของรัฐโดยปริยายจากเขตอำนาจศาลในเรื่องดังกล่าว ได้แก่ ความยินยอมของรัฐ หากแต่การกำกับลักษณะของความยินยอมดังกล่าวว่าอยู่ในรูปแบบ “ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ” นั้น ก็เป็นไปเพื่อค้นหาขอบเขตของความยินยอมดังกล่าวว่ารัฐต่างประเทศได้ยินยอมสละความคุ้มกันสำหรับกรณีข้อพิพาทกับใครและในเรื่องอะไร

“ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ” ดังกล่าวตามกฎหมายไทย ไม่ควรจำกัดแต่เพียงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนที่ตกลงด้วยกันในคราวเดียวกันเท่านั้น แต่ควรมีขอบเขตครอบคลุมข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่อาจเกิดขึ้นในความหมายอย่างกว้างแต่ยังคงลักษณะของความเป็นข้อตกลงอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับเอกชนอยู่ ได้แก่ กรณีที่เอกชนเสนอข้อพิพาท

⁷⁶ ดู *Svenska Petroleum Exploration AB v Government of the Republic of Lithuania* [2006] EWCA Civ 1529 (QB) [117]; Report of the International Law Commission on the Work of Its Forty-Third Session (29 April-19 July 1991) (Document A/46/10), p.54.

⁷⁷ ดูเพิ่มเติม Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law*, p.64.

⁷⁸ ดู *Gold Reserve Inc v Bolivarian Republic of Venezuela* [2016] 1 WLR 2829 (QB) [17].

ให้แก่อนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทตามสนธิสัญญาหรือกฎหมายภายในของรัฐคู่กรณีในฐานะ การสนองรับคำเสนอของรัฐให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการจนเกิดเป็นข้อตกลง อนุญาโตตุลาการขึ้นนั่นเอง

กระบวนการในศาลไทยเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการที่รัฐต่างประเทศไม่ควรสามารถ กล่าวอ้างความคุ้มกันได้ ได้แก่ การยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามหมวด 7 แห่งพระราช บัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เนื่องจากกระบวนการดังกล่าวเป็นผลตามธรรมดาประการ หนึ่งของการที่รัฐยินยอมให้ระงับข้อพิพาทกับเอกชนโดยการอนุญาโตตุลาการ และมีลักษณะเป็น เขตอำนาจศาลไทยในการพิจารณาคดี

อนึ่ง สำหรับการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 นั้น แม้ว่าในทางปฏิบัติแล้วผู้เขียนเห็นว่าคู่กรณีอาจนำเอาคำสั่งของ อนุญาโตตุลาการมาใช้ประกอบการขอให้ศาลไทยกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าวได้ก็ตาม แต่ลักษณะของการใช้เขตอำนาจศาลไทยตามมาตรา 16 เช่นว่านี้ เป็นการใช้เขตอำนาจในการบังคับ ที่รัฐต่างประเทศอาจกล่าวอ้างความคุ้มกันจากมาตรการบังคับของศาลไทยโดยตรง มิใช่ความ คุ้มกันจากเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีแต่ประการใด การกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 จึงไม่ควรถือว่าเป็นกระบวนการ ในศาลไทยเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการที่รัฐต่างประเทศไม่สามารถกล่าวอ้างได้อย่างกรณีการ ยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามหมวด 7 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

6.3 ความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

มาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และการบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มีลักษณะเป็นมาตรการบังคับที่รัฐ ต่างประเทศอาจกล่าวอ้างความคุ้มกันได้ แม้ว่ารัฐต่างประเทศจะไม่ควรสามารถกล่าวอ้างความ คุ้มกันจากกระบวนการในศาลไทยในการยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามหมวด 7 แห่ง พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการดังที่ได้อภิปรายมาแล้วก็ตาม แต่รัฐนั้นก็อาจกล่าวอ้างความคุ้มกัน ได้อีกครั้งหนึ่งในฐานะความคุ้มกันจากมาตรการบังคับในกรณีที่ศาลไทยจะบังคับคดีให้เป็นไปตาม คำชี้ขาดที่ศาลไทยได้ยอมรับมาแล้ว

ในกรณีเช่นนี้ ผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวทางตาม UNCIS และกฎหมายสหราชอาณาจักรและ ฝรั่งเศส ที่ปฏิเสธความคุ้มกันของรัฐจากมาตรการบังคับ หากรัฐนั้นสละความคุ้มกันโดยชัดแจ้ง หรือ ทรัพย์สินที่อาจตกอยู่ภายใต้มาตรการบังคับนั้นเป็นทรัพย์สินที่มีวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์ กรณีใด

กรณีหนึ่ง ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับแนวทางตามกฎหมายสหรัฐอเมริกาที่กำหนดให้รัฐนั้นทั้งต้องแสดงความคุ้มกันและต้องปรากฏว่าทรัพย์สินมีวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์เสมอ เนื่องจากหากรัฐต่างประเทศแสดงความยินยอมอย่างชัดแจ้งต่อมาตรการบังคับแล้ว ก็นับว่ามีเหตุผลเพียงพอที่จะวินิจฉัยได้ว่ารัฐนั้นยินยอมต่อมาตรการบังคับเหนือทรัพย์สินแล้ว โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์ในทรัพย์สินของรัฐอีก การปะปนหลักเกณฑ์ว่ารัฐจะต้องแสดงความคุ้มกันและทรัพย์สินของรัฐจะต้องมีวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์ด้วยนั้น จะเป็นการคุ้มครองรัฐต่างประเทศมากเกินไปจนความจำเป็นและอาจเป็นอุปสรรคขัดขวางความพยายามของเอกชนคู่กรณีในการอนุญาโตตุลาการในการบังคับตามสิทธิของตนเองอย่างไม่เหมาะสม

สำหรับลักษณะของการแสดงความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศจากมาตรการบังคับนั้น เนื่องจากมาตรการบังคับแตกต่างจากการใช้เขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดี เพราะมาตรการบังคับมีผลเป็นการจำกัดสิทธิเหนือทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศโดยตรง จึงเป็นการกระทำที่ไม่เป็นมิตรกับรัฐต่างประเทศอย่างร้ายแรงยิ่งกว่าการใช้เขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดี⁷⁹ ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นด้วยกับแนวทางตาม UNCSI และกฎหมายสหราชอาณาจักรและฝรั่งเศส ให้การแสดงความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศจากมาตรการบังคับเช่นว่านี้จะต้องมีความชัดแจ้ง และไม่สามารถยอมรับการแสดงความคุ้มกันแต่เพียงโดยปริยายได้⁸⁰

ในบริบทของการอนุญาโตตุลาการนั้น ผู้เขียนเห็นว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในตัวเองไม่ควรถือว่าเป็นการแสดงความคุ้มกันโดยชัดแจ้งจากมาตรการบังคับที่ศาลไทยจะกำหนดแต่ประการใด ทั้งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ในฐานะมาตรการบังคับก่อนมีคำพิพากษา และการบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในฐานะมาตรการบังคับหลังมีคำพิพากษา เนื่องจากสาระสำคัญของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมีแต่เพียงว่ารัฐตกลงยินยอมให้ระงับข้อพิพาทกับเอกชนโดยการอนุญาโตตุลาการเท่านั้น แต่ไม่ได้แสดงให้เห็นความยินยอมของรัฐโดยชัดแจ้งต่อการกำหนดมาตรการบังคับดังกล่าวแต่อย่างใดเลย

อนึ่ง สำหรับกรณีที่รัฐต่างประเทศเลือกระงับข้อพิพาทโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการอย่างกรณีสถาบันอนุญาโตตุลาการ ICC นั้น การสละ “สิทธิในการโต้แย้งคัดค้านการปฏิบัติตามคำวินิจฉัย

⁷⁹ ดู Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law*, p. 362; Hazel Fox and Philippa Webb, *The Law of State Immunity*, p.486.

⁸⁰ Section 13(3) of the State Immunity Act 1978 (UK); Articles 18(a) and 19(a) of the UNCSI; Article L111-1-2(1°) du code des procédures civiles d'exécution (France).

ของอนุญาโตตุลาการ” ภายใต้ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ICC หมายถึง การสละสิทธิในการขอให้ศาลเพิกถอนหรือปฏิเสธการยอมรับคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ⁸¹ เนื่องจากถ้อยคำตามข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ICC มีขอบเขตกว้างขวางและไม่ชัดเจนว่ารวมถึงความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศจากมาตรการบังคับเหนือทรัพย์สินหรือไม่ ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการซึ่งอ้างอิงข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ICC นั้น จึงไม่ควรถือว่าเป็นการสละความคุ้มกันของรัฐโดยชัดแจ้งจากมาตรการบังคับตามกฎหมายไทยแต่อย่างใด

7. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ความคุ้มกันของรัฐเป็นพันธกรณีระหว่างประเทศที่กำหนดให้รัฐต้องละเว้นจากการใช้เขตอำนาจศาลเหนือรัฐต่างประเทศและทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศนั้น โดยที่กฎหมายระหว่างประเทศเพียงแต่กำหนดหลักการเอาไว้ในเบื้องต้นเท่านั้น หากแต่หลักเกณฑ์ในรายละเอียดจะเป็นไปตามกฎหมายภายในของศาลที่แต่ละประเทศจะกำหนด⁸² กฎหมายว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐดังกล่าวมีความสัมพันธ์กับกระบวนการอนุญาโตตุลาการเช่นกัน แม้ว่าการอนุญาโตตุลาการจะเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนนอกศาลก็ตาม แต่ศาลภายในของรัฐก็ยังคงมีบทบาทในการกำกับดูแลกระบวนการอนุญาโตตุลาการและบังคับการให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ⁸³ ทั้งนี้ ในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ ศาลภายในจะใช้เขตอำนาจในการพิจารณาคดีโดยการทบทวนคำวินิจฉัยดังกล่าวเพื่อยอมรับและบังคับตามคำวินิจฉัยเช่นว่านี้ ตลอดจนใช้เขตอำนาจในการกำหนดมาตรการบังคับตามคำวินิจฉัยดังกล่าวด้วย เป็นเหตุให้รัฐต่างประเทศอาจกล่าวอ้างความคุ้มกัน ทั้งจากการพิจารณาคดี และจากมาตรการบังคับได้

ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐ หากคู่กรณีฝ่ายเอกชนในกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐต่างประเทศกับเอกชนขอให้ศาลไทยบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการดังกล่าว ศาลไทยอาจไม่มีหลักเกณฑ์และแนวทางที่ชัดเจนในการพิจารณาประเด็นเรื่องความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการได้ และอาจเป็นเหตุให้ประเทศไทยฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศ ประเทศไทยจึงควรมีแนวทาง

⁸¹ กฎหมายอนุญาโตตุลาการของบางประเทศอนุญาตให้คู่กรณีสละสิทธิคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้เป็นต้นว่าเบลเยียม สวิตเซอร์แลนด์ สวีเดน ตูนิเซีย และฝรั่งเศส. ดูเพิ่มเติม Herman Verbist, Erik Schäfer, and Christophe Imhoos, *ICC Arbitration in Practice*, 2 ed. (Kluwer Law International, 2015), p. 190-191.

⁸² Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law*, p.35.

⁸³ Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis, and Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, p.631.

ที่ชัดเจนในการพิจารณาประเด็นเรื่องความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการดังต่อไปนี้

1) ในกรณีที่รัฐต่างประเทศทำข้อตกลงให้ระงับข้อพิพาทกับเอกชนโดยการอนุญาโตตุลาการ รัฐต่างประเทศนั้นไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันจากกระบวนการในศาลไทยเกี่ยวกับการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นได้

“ข้อตกลงที่รัฐต่างประเทศทำขึ้นให้ระงับข้อพิพาทกับเอกชนโดยการอนุญาโตตุลาการ” ข้างต้น ได้แก่ ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนโดยตรง รวมถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่เกิดจากการที่เอกชนคู่กรณีเสนอข้อพิพาทแก่อนุญาโตตุลาการอันเป็นการสนองรับคำเสนอให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการของรัฐต่างประเทศในสนธิสัญญาและกฎหมายภายในด้วย โดยถือว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเช่นนี้มีผลเป็นการสละความคุ้มกันโดยปริยายจาก “กระบวนการในศาลไทยเกี่ยวกับการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ” ในฐานะการใช้เขตอำนาจศาลไทยในการพิจารณาคดี ซึ่งได้แก่ กระบวนการตามหมวด 7 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

2) รัฐต่างประเทศอุปโลกความคุ้มกันจากมาตรการบังคับของศาลไทยเหนือทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศนั้น เว้นแต่กรณีใดกรณีหนึ่งดังต่อไปนี้ (1) รัฐต่างประเทศได้สละความคุ้มกันโดยชัดแจ้งจากมาตรการบังคับของศาลไทยเหนือทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศ หรือ (2) ทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศที่จะตกอยู่ภายใต้มาตรการบังคับของศาลไทยมีวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์

ข้อตกลงที่รัฐต่างประเทศยินยอมให้ระงับข้อพิพาทกับเอกชนโดยการอนุญาโตตุลาการ ไม่ถือว่าส่งผลเป็นการสละความคุ้มกันของรัฐนั้นจากมาตรการบังคับของศาลไทยซึ่งเป็นความคุ้มกันแยกต่างหากจากความคุ้มกันจากการพิจารณาคดีโดยศาลไทยแต่อย่างใด ในกรณีที่ศาลไทยจะกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 หรือบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเพื่อบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ศาลไทยจะต้องพิจารณาความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศจากมาตรการบังคับใหม่อีกครั้งหนึ่งภายใต้หลักเกณฑ์และเงื่อนไขในหัวข้อนี้ อนึ่ง กรณีที่รัฐต่างประเทศไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันจากมาตรการบังคับได้นั้น อาจเกิดขึ้นได้ในหนึ่งในสองกรณีข้างต้น โดยไม่จำเป็นต้องปรากฏกรณีทั้งสองด้วยกันเสมอไป ทั้งนี้ ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในตัวเองหรือโดยการอ้างอิงข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการซึ่งมีข้อกำหนดในทำนองว่าคู่กรณีในการอนุญาโตตุลาการยินยอมสละสิทธิ์ในการโต้แย้งคัดค้านการปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการนั้น ไม่ถือว่า

เป็นการสละความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศโดยชัดแจ้งจากมาตรการบังคับของศาลไทย การสละความคุ้มกันโดยชัดแจ้งเช่นนี้จึงมักปรากฏอยู่ในรูปแบบข้อกำหนดสละความคุ้มกันโดยเฉพาะ ซึ่งศาลไทยควรพิจารณาถ้อยคำและเจตนาโดยสุจริตของรัฐต่างประเทศในการให้ผลแก่ข้อกำหนดดังกล่าวว่าเป็นการสละความคุ้มกันโดยชัดแจ้งจากมาตรการบังคับหรือไม่

ปัญหาการกำหนดความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติ*

Problems of Criminalizing Flag Desecration

จินต์จุฑา บำเพ็ญวัฒนา
Jinjutha Bumpenvattana

นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330
LL.M Candidate
Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330
Corresponding author E-mail: bumpenvatt@gmail.com
(Received: May 3, 2023; Revised: June 30, 2023; Accepted: July 18, 2023)

บทคัดย่อ

การเหยียดหยามธงชาติถูกกำหนดเป็นความผิดอาญาเพื่อคุ้มครองธงชาติในฐานะเครื่องหมายทางการแทนรัฐประชาชาติที่มีอำนาจอธิปไตยในตนเองและประชาชนผู้เป็นสมาชิกของชนชาตินั้น อย่างไรก็ตาม ความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของประเทศไทยตามมาตรา 118 แห่งประมวลกฎหมายอาญาและมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 มีข้อบกพร่อง 4 ประการ กล่าวคือ บทบัญญัติไม่สอดคล้องกับบริบททางสังคมและการเมืองในปัจจุบัน ขัดกับหลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญา มีความเป็นอาญาเกินสมควรและจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชนเกินสมควร เมื่อพิจารณาการกำหนดความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของต่างประเทศพบว่า กฎหมายของสาธารณรัฐอินเดีย สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและสาธารณรัฐเกาหลีมีรูปแบบและขอบเขตของความผิดที่ชัดเจนแน่นอนและสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในการกำหนดความรับผิดมากกว่ากฎหมายไทย บทความนี้จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาแนวทางที่เหมาะสมในการปรับปรุงแก้ไขความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของประเทศไทย

คำสำคัญ : ธงชาติ, การเหยียดหยาม, ความผิดเกี่ยวกับธง, ระเบียบการใช้ธงชาติไทย

* บทความวิจัยนี้เป็นส่วนหนึ่งและเรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์เรื่อง “ปัญหาการกำหนดความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติ” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Abstract

Desecration of national flag is criminalized in order to protect national flag as an official symbol of sovereign nation-state and people who belong to such nation. However, crimes of flag desecration prescribed in article 118 of Thai penal code and article 54 of Flag Act B.E. 2522 have four problems. First, the laws are not in accordance with present social and political context. Second, their wordings are contrary to the principal of legality namely, *lex certa*. Third, they are overcriminalized and fourth, they disproportionately violate freedom of expression. Comparative study of flag desecration in Republic of India, Federal Republic of Germany and Republic of Korea shows that their laws are more consistent with *lex certa* and principles of criminalization. The purpose of this research is hence to find suitable alterations to crimes of flag desecration in Thailand.

Keywords : National flag, Desecration, Crime against flag, Thai flag etiquette

1. บทนำ

ธงอันมีความหมายถึงรัฐ หรือ ธงชาติ มีความสำคัญในฐานะสัญลักษณ์ทางการที่แสดงถึงรัฐประชาชาติ (Nation State) ที่มีอำนาจอธิปไตยในตนเอง ชุมชนทางการเมืองที่เรียกว่า “รัฐ” (State) และ “ชาติ” (Nation) มีลักษณะเป็นนามธรรม จึงต้องอาศัยสิ่งที่จับต้องได้อย่าง “ธง” เป็นเครื่องหมายแทนให้รัฐหนึ่ง ๆ สามารถได้รับการจดจำและยอมรับจากประชาชนของตนและประชาคมโลก¹ ด้วยนโยบายเชิงสัญลักษณ์ ธงชาติกลายเป็นเครื่องหมายที่มีความศักดิ์สิทธิ์และส่วนหนึ่งของอัตลักษณ์ของชาติที่ประชาชนให้ความเคารพและมีความรู้สึกผูกพัน อันส่งผลให้ประชาชนเกิดความสำนึกหรือภาคภูมิใจในชาติ ธงชาติจึงเป็นแหล่งที่มาของอำนาจและอิทธิพลทางการเมือง มีพลังขับเคลื่อนให้ประชาชนมีความสามัคคีและพร้อมใจกันกระทำการเพื่อผลประโยชน์ของรัฐ² การเหยียดหยามธงชาติจึงเป็นการลดทอนคุณค่าของสัญลักษณ์ที่ช่วย

¹ Gabriella Elgenius, *Symbols of Nations and Nationalism: Celebrating Nationhood*, (Palgrave Macmillan, 2011), pp. 2-3.

² Robert T. Schatz and Howard Lavine, “Waving the Flag: National Symbolism, Social Identity, and Political Engagement,” in *Political Psychology* 28, 3 (2007), pp. 329-355.

เสริมสร้างให้รัฐมีความมั่นคง รวมทั้งสร้างความคุ้นเคยให้กับประชาชนจนอาจนำไปสู่ความไม่สงบเรียบร้อยในสังคม หลายประเทศจึงกำหนดความผิดอาชญาฐานเหยียดหยามธงชาติ รวมถึงประเทศไทยที่บัญญัติความผิดไว้ในมาตรา 118 แห่งประมวลกฎหมายอาญา และมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522

อย่างไรก็ตาม กฎหมายอาญาเป็นมาตรการทางกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยห้ามมิให้บุคคลกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ผู้ที่ฝ่าฝืนจะมีความผิดและได้รับบทลงโทษอันมีลักษณะเป็นการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของผู้กระทำอย่างรุนแรง แสดงออกถึงความน่าตำหนิจากสาธารณะและการตีตรา (Stigmatize) ให้ผู้กระทำต้องมีมลทิน อีกทั้ง กฎหมายอาญายังให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่รัฐในการละเมิดสิทธิเสรีภาพด้วยการจับ คั่นและควบคุมตัวประชาชนเพื่อการสืบสวนสอบสวน³ ด้วยเหตุเหล่านี้ รัฐจึงควรบัญญัติกฎหมายอาญาเท่าที่จำเป็นต่อการบรรลุวัตถุประสงค์ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม ดังนั้น บทความนี้จึงศึกษาว่า การกำหนดความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติในปัจจุบันมีความเหมาะสมหรือไม่ และควรมีแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขอย่างไรให้กฎหมายเหมาะสมกับบริบททางสังคมและการเมืองของประเทศไทย ในปัจจุบัน มีความชัดเจนแน่นอนตามหลักความชอบด้วยกฎหมายอาญา สอดคล้องกับหลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดทางอาญาและไม่ละเมิดสิทธิเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชนเกินสมควร

2. ระเบียบวิธีวิจัย

การศึกษาวิจัยปัญหาการกำหนดความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติ ใช้วิธีศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยวิจัยจากเอกสาร (Documentary Research) ได้แก่ หนังสือ ตำรา งานวิจัย วิทยานิพนธ์ ตำบฏกฎหมาย คำพิพากษา วารสาร บทความ รายงานและข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตที่เกี่ยวข้องทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ เพื่อให้ทราบถึงแนวคิด ทฤษฎีและหลักการที่เกี่ยวข้อง เพื่อนำมาวิเคราะห์ปัญหาและความเหมาะสมของการกำหนดความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของประเทศไทย จากนั้น จึงศึกษากฎหมายของสาธารณรัฐอินเดีย สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและสาธารณรัฐเกาหลีเพื่อให้ทราบว่า ต่างประเทศกำหนดความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติอย่างไร แล้วจึงนำข้อมูลมาเปรียบเทียบและวิเคราะห์กับกฎหมายไทย เพื่อหาแนวทางปรับปรุงแก้ไขความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของประเทศไทยให้มีความเหมาะสมกับบริบททางการเมืองและสังคมในปัจจุบัน เป็นไปตามหลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญา

³ Douglas Husak, *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, (Oxford University Press, 2009), pp. 12-13.

สอดคล้องกับหลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดทางอาญาและการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชน

3. แนวคิด หลักการและทฤษฎีทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติ

การกำหนดความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติมีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่สำคัญ 3 ประการ ได้แก่ ประการแรก หลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญา (Principle of Legal Certainty) ประการที่สอง หลักเกณฑ์ว่าด้วยการกำหนดความผิดอาญา (Principles of Criminalization) และ ประการที่สาม หลักเกณฑ์การออกกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชนตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights หรือ ICCPR)

3.1 หลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมาย

หลักความชัดเจนแน่นอน (*lex certa*) เป็นส่วนหนึ่งของหลักความชอบด้วยกฎหมายอาญา มีสาระสำคัญว่า ถ้อยคำในกฎหมายอาญาต้องบัญญัติทั้งความผิดและโทษไว้อย่างชัดเจนแน่นอน โดยพิจารณาจากมุมมองของประชาชนและรัฐ กล่าวคือ ถ้อยคำต้องชัดเจนแน่นอนเพียงพอให้ประชาชนทั่วไปสามารถทราบได้ว่าสิ่งใดกระทำได้หรือกระทำไม่ได้และหากฝ่าฝืนจะมีบทลงโทษอย่างไร เพื่อเป็นการเตือนล่วงหน้าที่เป็นธรรม (Fair Warning) มิฉะนั้น ประชาชนย่อมไม่สามารถเข้าใจและไม่อาจปฏิบัติให้เป็นไปตามที่กฎหมายมุ่งประสงค์ได้⁴ ถ้อยคำต้องชัดเจนแน่นอนเพียงพอสำหรับเจ้าหน้าที่รัฐผู้บังคับใช้กฎหมายด้วย โดยเฉพาะฝ่ายตุลาการผู้ทำหน้าที่ตีความกฎหมาย จึงควรบัญญัติด้วยถ้อยคำที่อำนวยความสะดวกให้ศาลสามารถตีความได้อย่างสมเหตุสมผลและหลีกเลี่ยงการตัดสินคดีตามอำเภอใจ⁵ ระดับความชัดเจนแน่นอนจึงต้องสมดุลระหว่างเสรีภาพกับความยืดหยุ่น โดยเสรีภาพ หมายถึง ถ้อยคำต้องอำนวยความสะดวกประชาชนสามารถคาดการณ์ได้ถึงผลทางกฎหมายของการกระทำของตน⁶ จึงควรใช้ภาษาที่บุคคลทั่วไปเข้าใจได้ง่าย กระชับและไม่

⁴ Wayne R. LaFare, *Criminal Law 5th Ed.*, (Thompson Reuters, 2010), p. 110 อ้างถึงใน เกียรติชจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบาย กฎหมายอาญา ภาค 1 เล่ม 1, (กรุงเทพฯ, 2562), หน้า 9.

⁵ Krisztina Ficsor, "Certainty and Uncertainty in Criminal Law and the 'Clarity of Norms' Doctrine," in *Hungarian Journal of Legal Studies* 59, 3 (2018), pp. 271-289.

⁶ Elina Paunio, "Beyond Predictability – Reflection on Legal Certainty and the Discourse Theory of Law in the EU Order," in *German Law Journal* 10, 11 (2009), pp. 1469-1493.

คลุมเครือ⁷ ไม่เกินความกว้างจนเกินไป (Overbreadth Doctrine)⁸ ในขณะที่ความยืดหยุ่น หมายถึง ถ้อยคำต้องสอดคล้องกับบริบททางสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป⁹ ดังนั้น จึงไม่ควรเฉพาเจาะจงเกินไปเพื่อเปิดช่องให้ศาลตีความได้ตามสมควรให้สอดคล้องกับสภาพสังคม “แต่ควรบัญญัติให้สามารถใช้ได้เป็นการทั่วไปตามเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมาย”¹⁰

3.2 หลักเกณฑ์ว่าด้วยการกำหนดความผิดอาญา

การพิจารณาในทางเนื้อหาว่า การกระทำหรือการไม่กระทำการใดควรถูกกำหนดให้เป็นความผิดอาญาหรือไม่จำเป็นต้องอาศัยหลักเกณฑ์ว่าด้วยการกำหนดความผิดอาญาเพื่อสร้างความชอบธรรมในการกำหนดความผิดอาญาและเพิ่มประสิทธิภาพในการบัญญัติกฎหมายอาญาให้สามารถบรรลุภารกิจได้¹¹ จากหลากหลายทฤษฎี ผู้เขียนเลือกศึกษาหลักเกณฑ์ว่าด้วยการกำหนดความผิดอาญา 4 หลักเกณฑ์ที่ผู้เขียนเห็นว่า เกี่ยวข้องกับการกำหนดความผิดฐานเหยียดหยามชนชาติ ดังนี้

3.2.1 ทฤษฎีภัยอันตรายที่เหมาะสม (Harm Principle)

ทฤษฎีภัยอันตรายที่เหมาะสมของ John Stuart Mill อยู่บนพื้นฐานของการคุ้มครองเสรีภาพของปัจเจกชนจากการถูกกำกับควบคุมอย่างไม่เป็นธรรมจากผู้ปกครอง มีสาระสำคัญว่า รัฐจะสามารถจำกัดเสรีภาพของบุคคลโดยการกำหนดให้การกระทำหรือการไม่กระทำการใดของเขาเป็นความผิดอาญาได้ก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นส่งผลเป็นภัยอันตรายต่อผู้อื่นเท่านั้น¹² นอกจากการ

⁷ Montesquieu, *The Spirit of the Law* XXIX, (Thomas Nugent trans., 1892), pp. 263-264. Cited in Mark L. Rienzi and Stuart Buck, “Federal Courts, Overbreadth, and Vagueness: Guiding Principles for Constitution Challenges to Uninterpreted State Statutes for Constitution Challenges to Uninterpreted State Statutes,” in *Utah Law Review* (2002), pp.381-471.

⁸ *Thornhill v. Alabama*, 6310 U.S. 88 (1940). Cited in Mark L. Rienzi and Stuart Buck, “Federal Courts, Overbreadth, and Vagueness: Guiding Principles for Constitution Challenges to Uninterpreted State Statutes for Constitution Challenges to Uninterpreted State Statutes,” in *Utah Law Review* (2002), pp.381-471.

⁹ Elina Paunio, “Beyond Predictability – Reflection on Legal Certainty and the Discourse Theory of Law in the EU Order.”

¹⁰ คณพล จันทน์หอม, *หลักพื้นฐานกฎหมายอาญาเล่ม 1*, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2563), หน้า 73.

¹¹ Johannes Keiler and Davis Roef, “Principles of Criminalisation and the Limits of Criminal Law,” in *Comparative Concepts of Criminal Law 3rd Edition*, eds. Johannes Keiler and Davis Roef (Intersentia, 2019), p.35.

¹² John Stuart Mill, *On Liberty*, (1859), p.13.

กระทำที่จะก่ออันตรายอย่างแน่แท้ รัฐยังมีความชอบธรรมที่จะจำกัดเสรีภาพในการกระทำที่อาจก่ออันตราย¹³ โดยการกระทำต้องก่อความเสี่ยงภัยอย่างเป็นรูปธรรม (Substantial) จึงจะมีความใกล้ชิดเพียงพอ¹⁴ ภัยอันตรายจากการกระทำต้องก่อผลเสียหายที่เห็นได้ทางกายภาพ ลำพังเพียงการกระทำที่ล่วงละเมิดต่อความรู้สึกของบุคคลอย่างการก่อความรำคาญหรือความไม่น่าพึงใจยังไม่มี ความร้ายแรงเพียงพอที่จะก่อให้เกิดอันตรายได้¹⁵ ภัยอันตรายไม่จำกัดเฉพาะภัยอันตรายต่อสิทธิ เสรีภาพของปัจเจกชนเท่านั้น แต่อาจรวมถึงภัยอันตรายต่อประโยชน์สาธารณะหรือรัฐด้วย อย่างไรก็ดีตามประโยชน์สาธารณะหรือรัฐต้องส่งผลกระทบต่อปัจเจกชนโดยไม่ชอบอย่างชัดเจนด้วย¹⁶ และต้องเป็นประโยชน์ที่บุคคลทั้งหลายในสังคมมีส่วนร่วมกันอย่างกว้างขวาง (widely shared) เท่านั้น¹⁷

3.2.2 ทฤษฎี Offense Principle

ทฤษฎี Offense Principle ของ Joel Feinberg มีหลักอยู่ว่า การกระทำที่ก่อความ ระรานอย่างร้ายแรง (Serious Offense) ต่อผู้อื่น แม้ไม่ถึงขนาดก่อให้เกิดอันตราย แต่ก็สมควร ถูกกำหนดเป็นความผิด เมื่อกฎหมายอาญาเป็นวิถีทางที่มีประสิทธิภาพสำหรับการห้ามปราม การกระทำนั้น การระราน (To offend) เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดภาวะทางจิตใจในด้านลบ อาทิ ความรำคาญ ความลำบาก ความอับอาย ความวิตกกังวล เป็นต้น และต้องเป็นการกระทำที่มีขอบ ในตัวเองด้วย (Wrong)¹⁸ การกระทำที่ก่อความระรานอย่างร้ายแรงต้องเป็นการกระทำที่ก้าวล่วง เข้าไปในพื้นที่สาธารณะด้วย กล่าวคือ กรณีต้องมีผู้เสียหายจากการกระทำนั้นโดยตรง หากการ กระทำเพียงแค่เกิดขึ้นในพื้นที่ส่วนตัวที่ไม่มีผู้เสียหายมารองรับผลของการกระทำ รัฐก็ไม่มี ความชอบธรรมที่จะกำหนดการกระทำนั้นเป็นความผิด เพราะหลัก Offense Principle มุ่งคุ้มครอง ประโยชน์ของปัจเจกชนเป็นสำคัญ¹⁹

¹³ Nina Peršak, *Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, Its Limits and Continental Counterparts*, (Springer, 2007), p.41.

¹⁴ D.R. Knowles, "A Reformulation of the Harm Principle," in *Political Theory* 6, 2 (1978), pp.233–246. Cited in Nina. *Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, Its Limits and Continental Counterparts*, (Springer, 2007), p.44.

¹⁵ Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law Volume 1: Harm to Others*, (Oxford University Press: 1986), p.45.

¹⁶ Nina Peršak, *Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, Its Limits and Continental Counterparts*, pp. 48-56.

¹⁷ Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law Volume 1: Harm to Others*, p. 223.

¹⁸ Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law Volume 2: Offense to Others*, (Oxford University Press, 1988), pp. 1-2.

¹⁹ *Ibid*, pp. 68-69.

3.2.3 หลักว่าด้วยศีลธรรม (Legal Moralism)

หลักว่าด้วยศีลธรรม คือ การกำหนดความผิดอาญาโดยมีศีลธรรมเป็นพื้นฐาน ศีลธรรม คือ มาตรฐานความประพฤติที่ดีหรือชั่วที่มนุษย์เรียนรู้ผ่านการขัดเกลาทางสังคมเพื่อให้สามารถอยู่ร่วมกันได้อย่างสงบสุข ศีลธรรมของแต่ละบุคคลจึงแตกต่างกันตามสังคมที่เขาอยู่อาศัย และอาจเปลี่ยนแปลงไปได้ตามกาลสมัย²⁰ Lord Devlin กล่าวว่า สังคมประกอบด้วยความคิดทางการเมืองและศีลธรรมที่บุคคลในชุมชนหนึ่ง ๆ มีร่วมกัน หากปัจเจกชนไม่มีความเข้าใจพื้นฐานร่วมกันว่า สิ่งใดดีหรือชั่วร้าย สังคมย่อมไม่อาจคงอยู่ได้เนื่องจากปราศจากพันธะเชื่อมโยงให้สังคมเป็นปึกแผ่นและสงบสุข²¹ จากคำอธิบายดังกล่าว ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า รัฐจะกำหนดการกระทำใดเป็นความผิดด้วยเหตุผลของศีลธรรมโดยลำพังได้ การกระทำนั้นต้องเป็นการละเมิดคุณค่าพื้นฐานที่อยู่เบื้องหลังศีลธรรม กล่าวคือ ต้องเป็นศีลธรรมในระดับสามัญสำนึกซึ่งหากกฎหมายไม่คุ้มครองเสีย ย่อมส่งผลต่อการดำรงอยู่ของสังคม ทั้งนี้จะสังเกตได้ว่า การพิจารณาศีลธรรมไม่อาจหลีกเลี่ยงที่จะต้องคำนึงถึงผลกระทบของการกระทำนั้นต่อสังคม ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ศีลธรรมโดยลำพังไม่อาจสร้างความชอบธรรมให้รัฐกำหนดความรับผิดทางอาญาได้ แต่ต้องนำมาซึ่งน้ำหนักด้วยเสมอและหากศีลธรรมนั้นมีคุณค่ามากพอก็อาจมีน้ำหนักมากกว่าการคุ้มครองเสรีภาพของปัจเจกชน

3.2.4 หลักการกำหนดความรับผิดทางอาญาเป็นวิถีทางสุดท้าย

การใช้กฎหมายอาญาเป็นวิถีทางสุดท้าย (*Ultima ratio* หรือ *Ultimum remedium*) มีหลักการว่า หากมีวิถีทางอื่นอันมีสภาพบังคับที่รุนแรงน้อยกว่าการบังคับโทษทางอาญาและมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะบรรลุลวัตถุประสงค์ของรัฐ ก็ควรใช้วิถีทางดังกล่าวเสียก่อน²² การกิจในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมไม่ได้จำกัดอยู่ที่กฎหมายอาญา อีกทั้ง ไม่ใช่ประโยชน์อันชอบธรรมทุกประการที่สมควรได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายอาญา²³ การลงโทษทางแพ่งหรือ

²⁰ Jean Decety and Jason M. Cowell, "Our Brains Are Wired for Morality: Evolution, Development, and Neuroscience," [Online] Available from : <https://kids.frontiersin.org/articles/10.3389/frym.2016.00003>. [9 December 2022]

²¹ Patrick Devlin, "The Enforcement of Morals," (1959). [Online] Available from : <https://psi329.cankaya.edu.tr/uploads/files/Devlin%20The%20Enforcement%20of%20Morals%20%281959%29%281%29.pdf>. [9 December 2022]

²² Piet Hein van Kempen, "Criminal Justice and the Ultima Ratio Principle: Need for Limitation, Exploration and Consideration," in *Overuse in the Criminal Justice System: On Criminalization, Prosecution and Imprisonment*, eds. Piet Hein van Kempen and M. Jendly (Intersentia, 2019), pp.5-6.

²³ Claus Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen*, (München: Beck, 1997). Cited

ทางปกครองอาจเป็นวิธีการที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพมากกว่า หรืออาจใช้วิธีการควบคุมทางสังคมอย่างไม่เป็นทางการ อาทิ ยุติธรรมชุมชนหรือการกดดันทางสังคม เป็นต้น²⁴ เมื่อยังมีวิถีทางอื่นก็แสดงว่ากฎหมายอาญาไม่จำเป็นหรือไม่ใช้วิธีทางสุดท้าย (Necessity/Subsidiary) หลักการนี้ยังต้องคำนึงถึงความได้สัดส่วนของการใช้กฎหมายอาญา (Proportionality) โดยต้องมีการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ของปัจเจกชนที่จะต้องเสียไปกับประโยชน์ของสาธารณะที่กฎหมายต้องการคุ้มครอง

3.3 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966

ICCPR เป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศซึ่งวางหลักเกณฑ์การจำกัดสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองของประชาชนเพื่อสร้างหลักประกันสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนจากการใช้อำนาจของรัฐ ประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีในสนธิสัญญาโดยการภาคยานุวัติ ส่งผลให้ประเทศไทยมีพันธกรณีทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามหลักเกณฑ์ของ ICCPR การเหยียดหยามรังชาติเป็นการใช้เสรีภาพในการแสดงออกตาม ข้อ 19 อย่างไรก็ตาม เสรีภาพดังกล่าวไม่ใช่สิทธิสัมบูรณ์เพราะอาจสร้างผลกระทบต่อสาธารณะได้ จึงสามารถถูกจำกัดได้ตามหลักเกณฑ์ 3 ประการที่เรียกว่า Three-Part Test ได้แก่ ประการแรก การจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกต้องบัญญัติเป็นกฎหมาย รัฐไม่อาจจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกของบุคคลโดยอาศัยธรรมเนียมปฏิบัติ หลักศาสนาหรือกฎหมายจารีตประเพณีได้²⁵ ประการที่สอง การจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกต้องมีจุดมุ่งหมายเพื่อเคารพสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความมั่นคงของชาติ ความสงบเรียบร้อย การสาธารณสุขหรือศีลธรรมของประชาชนเท่านั้น และ ประการที่สาม การจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกต้องจำเป็นและได้สัดส่วนเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์โดยชอบ รัฐต้องแสดงให้เห็นโดยเจาะจงว่า การใช้เสรีภาพในการแสดงออกมีลักษณะเป็นภัยอันตรายโดยตรงและใกล้จะถึงอย่างไร²⁶

in Nina Peršak, *Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, Its Limits and Continental Counterparts*, (Springer, 2007), p.54.

²⁴ Joxerramon Bengoetxea, "Ultima Ratio and the Judicial Application of Law," in *Oñati Socio-Legal Series* 3, 1 (2013), pp. 107-124.

²⁵ UN Human Rights Committee, General Comment No. 34, 12 September 2011, CCPR/C/GC/34, para 24.

²⁶ Ibid, para 35.

4. ความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของประเทศไทย

ในส่วนนี้จะแบ่งออกเป็น 3 ส่วน ได้แก่ ส่วนแรกเป็นการศึกษาถึงองค์ประกอบความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติตามมาตรา 118 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ส่วนที่สองเป็นการศึกษาถึงองค์ประกอบความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 และส่วนที่สามจะเป็นการวิเคราะห์ปัญหาการกำหนดความผิดทั้งสองมาตราโดยอาศัยแนวคิดหลักการและทฤษฎีทางกฎหมายที่ได้กล่าวถึงในส่วนก่อนหน้า

4.1 ความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติตามมาตรา 118 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 118 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำการใด ๆ ต่อธงหรือเครื่องหมายอื่นใดอันมีความหมายถึงรัฐ เพื่อเหยียดหยามประเทศชาติ ต้องระวางโทษ...”

องค์ประกอบความผิดในส่วนของการกระทำ คือ “กระทำการใด ๆ” ไม่จำกัดลักษณะหรือรูปแบบการกระทำ อาทิ เอาธงชาติมาฉีก มากระทุบ ลดธงชาติลงจากเสาภายหลังที่ได้ชักขึ้นสู่เสาไว้แล้ว²⁷ หรือทำให้เปราะเปื้อน²⁸ ดังนั้น การกระทำที่ไม่ได้แตะต้องตัวธงชาติ²⁹ หรือไม่ได้ทำให้เกิดความเสียหายทางกายภาพแก่ผืนธงชาติโดยตรงอย่างการใช้วาจาหรือแสดงกิริยาท่าทางใด ๆ ก็อาจมีความผิดฐานนี้ได้ ข้อสำคัญ คือ องค์ประกอบภายในที่ผู้กระทำได้กระทำการโดยมีเจตนาธรรมดาและมูลเหตุชกใจ “เพื่อเหยียดหยามประเทศชาติ” เจตนาธรรมดา คือ ผู้กระทำได้กระทำไปโดยรู้ข้อเท็จจริงว่าวัตถุแห่งการกระทำ คือ “ธงหรือเครื่องหมายอื่นใดอันมีความหมายถึงรัฐ”

ธงอันมีความหมายถึงรัฐ คือ ธงชาติไทยอันมีลักษณะเป็นไปตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 อันได้แก่ ธงไตรรงค์และธงราชนาวี³⁰ เครื่องหมายอื่นใดอันมีความหมายถึง

²⁷ หยุต แสงอุทัย, *กฎหมายอาญา ภาค 2-3*, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 35.

²⁸ จิตติ ดิงศภิตย์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1*, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: จีริชการพิมพ์, 2548), หน้า 36.

²⁹ เรื่องเดียวกัน.

³⁰ มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 บัญญัติว่า “ธงที่มีความหมายถึงประเทศไทยและชาติไทย ได้แก่ (1) ธงชาติ มีลักษณะเป็นรูปสี่เหลี่ยมผืนผ้า กว้าง 6 ส่วน ยาว 9 ส่วน ด้านกว้างแบ่งเป็น 5 แถบตลอดความยาวของผืนธง ตรงกลางเป็นแถบสีน้ำเงินแก่ กว้าง 2 ส่วน ต่อจากแถบสีน้ำเงินแก่ออกไปทั้งสองข้างเป็นแถบสีขาวกว้างข้างละ 1 ส่วน ต่อจากแถบสีขาวออกไปทั้งสองข้างเป็นแถบสีแดงกว้างข้างละ 1 ส่วน ธงชาตินี้เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “ธงไตรรงค์”

(2) ธงราชนาวี มีลักษณะอย่างเดียวกับธงชาติ แต่ตรงกลางของผืนธงมีดวงกลมสีแดง ขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางยาว 4 ใน 6 ส่วนของความกว้างของผืนธง โดยให้ขอบของดวงกลมจดขอบแถบสีแดงของผืนธง ภายในดวงกลมมีรูปข้างเผือกทรงเครื่องยืนแท่นหันหน้าเข้าหาเสาธงหรือคันทรง”

รัฐ ได้แก่ เครื่องหมายที่รัฐใช้เป็นตราแผ่นดิน อาทิ ตราครุฑที่ทางกระทรวงต่าง ๆ ติดอยู่บนำสถาน ที่ทำงาน³¹ หรือสิ่งอื่น ๆ เช่น แผนที่ประเทศไทยหรือรูปช้างซึ่งได้ทำขึ้นเพื่อให้มีความหมายถึง รัฐไทย³² หากผู้กระทำไม่ทราบว่าเป็นธงชาติหรือเครื่องหมายอันมีความหมายถึงรัฐไทยก็ ย่อมขาดเจตนา ในส่วนของมูลเหตุชกุงใจหรือเจตนาพิเศษ “เพื่อเหยียดหยามประเทศชาติ” คณิต ฒ นคร อธิบายว่า อย่างไรก็ตามการกระทำโดยมีมูลเหตุชกุงใจดังกล่าวเป็นปัญหาข้อเท็จจริง³³ หยุด แสงอุทัยอธิบายคำว่า “เหยียดหยาม” ว่าหมายถึงการดูหมิ่น โดยอาจเป็นการดูหมิ่น ประเทศไทยหรือชาติไทยก็ได้³⁴

จากการศึกษารายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา พบว่า กฎหมายมุ่งคุ้มครองสถาบัน “ชาติ” หมายถึง ราษฎรชาวไทยทั้งหมดโดยรวม ดังนั้น ผู้เขียน จึงมีความเห็นว่า หากการกระทำเป็นไปเพื่อแสดงออกทางการเมืองหรือเพื่อเหยียดหยามคนไทย คนใดคนหนึ่งหรือรัฐบาลหรือสถาบันใดสถาบันหนึ่งก็ย่อมไม่มีความผิดฐานนี้ อีกทั้ง ประมวล กฎหมายอาญามีบทบัญญัติคุ้มครองบุคคล รัฐบาลและสถาบันที่สำคัญของประเทศ อาทิ พระมหากษัตริย์และศาลยุติธรรม ต่างหากโดยเฉพาะอยู่แล้ว โดยสรุป หากผู้กระทำได้กระทำไป โดยไม่มีมูลเหตุชกุงใจที่จะเหยียดหยามประเทศชาติก็ย่อมไม่มีความผิดตามมาตรา 118³⁵ อย่างไรก็ตาม การกระทำยังอาจเป็นการเหยียดหยามตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 ซึ่งไม่มีเจตนาพิเศษเป็นองค์ประกอบภายใน³⁶ แต่อย่างไร

4.2 ความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522

พระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 มาตรา 54 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำการใด ๆ อันมีลักษณะ เป็นการเหยียดหยามต่อธง รูปจำลองของธง หรือแถบสีธงที่ได้บัญญัติกำหนดลักษณะไว้ใน พระราชบัญญัตินี้ หรือตามที่กำหนดในกฎกระทรวงซึ่งออกตามพระราชบัญญัตินี้ ต้องระวางโทษ...”

องค์ประกอบความผิดในส่วนของการกระทำ คือ “กระทำการใด ๆ อันมีลักษณะเป็นการ เหยียดหยาม” โดย “การกระทำการใด ๆ” ย่อมไม่จำกัดลักษณะและรูปแบบของการกระทำ

³¹ หยุด แสงอุทัย, *กฎหมายอาญา ภาค 2-3*, หน้า 35.

³² จิตติ ดิงศภัทย์, *คำอธิบาย ประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1*, หน้า 36.

³³ คณิต ฒ นคร, *กฎหมายอาญาภาคความผิด*, หน้า 862-863.

³⁴ หยุด แสงอุทัย, *กฎหมายอาญา ภาค 2-3*, หน้า 35.

³⁵ ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 588/2509 จำเลยเมาสุราใช้อาวุธปืนยิงธงชาติไทยเนื่องด้วยฤทธิ์สุรา มีเจตนา จะเหยียดหยามประเทศชาติ จึงไม่มีความผิดตามมาตรา 118 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

³⁶ จิตติ ดิงศภัทย์, *คำอธิบาย ประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1*, หน้า 36.

การกระทำไม่จำเป็นต้องมีการแตะต้องหรือทำให้เกิดความเสียหายทางกายภาพแก่ตัวธง รูปจำลองของธง หรือแถบสีธงแต่อย่างใด การใช้วาทะหรือแสดงกิริยาท่าทางใด ๆ ก็อาจมีความผิดฐานนี้ได้ ทั้งนี้ กรณีต้องเป็นการกระทำที่ “มีลักษณะเป็นการเหยียดหยาม” เป็น “พฤติการณ์ประกอบกรกระทำ” อันไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิด ผู้กระทำจึงไม่จำเป็นต้อง “รู้” ว่า การกระทำของตนมีลักษณะเป็นการเหยียดหยาม แต่ใช้มาตรฐานของวิญญูชนในการพิจารณา หากวิญญูชนมองว่า การกระทำมีลักษณะเป็นการเหยียดหยามก็ครบองค์ประกอบภายนอกความผิด เพราะฉะนั้น แม้บุคคลกระทำการโดยไม่มีเจตนาที่จะเหยียดหยามประเทศชาติ อาทิ เพื่อแสดงออกทางการเมือง บุคคลก็ย่อมมีความผิดตามมาตรา 54 การบัญญัติให้การเหยียดหยามเป็น “พฤติการณ์ประกอบกรกระทำ” ตามพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 มีลักษณะที่เหมือนกับ ความผิดฐานเหยียดหยามศาสนาตามมาตรา 206 แห่งประมวลกฎหมายอาญา³⁷

วัตถุประสงค์ของการกระทำของมาตรา 54 ได้แก่ “ธง รูปจำลองของธง หรือแถบสีธงที่ได้บัญญัติกำหนดลักษณะไว้ในพระราชบัญญัตินี้ หรือตามที่กำหนดในกฎกระทรวงซึ่งออกตามพระราชบัญญัตินี้” มาตรานี้ จึงไม่ได้มุ่งหมายคุ้มครองเฉพาะธงชาติ แต่รวมถึงธงประเภทอื่นตามพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 อาทิ ธงพระอิสริยยศหรือธงทหาร ทั้งนี้ บทความนี้มุ่งศึกษาเฉพาะความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติเท่านั้น ธง รูปจำลองของธง หรือแถบสีธง จึงหมายถึงความถึง ธงชาติ รูปจำลองของธงชาติ หรือแถบสีธงชาติเท่านั้น โดยธงชาติ หมายถึง ธงชาติไทยตามมาตรา 5 ธงต่างประเทศ ไม่ได้กำหนดลักษณะไว้ในพระราชบัญญัตินี้ จึงไม่ได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 54 ในส่วนขององค์ประกอบภายใน ผู้กระทำต้องมีเจตนาธรรมดา กล่าวคือ ผู้กระทำไปโดยรู้ว่ วัตถุประสงค์ของการกระทำคือ ธงชาติ รูปจำลองของธงชาติ หรือแถบสีธงชาติ หากไม่รู้ก็จะไม่มีความผิด³⁸

ข้อสังเกตประการสำคัญ ความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติตามกฎหมายทั้งสองฉบับมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ มาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 มุ่งหมายคุ้มครองตัวธงชาติ รูปจำลองของธงชาติ หรือแถบสีธงชาติอันเป็นวัตถุประสงค์โดยตรงให้ธงชาติมีความศักดิ์สิทธิ์เป็นที่เคารพของประชาชน แต่มาตรา 118 แห่งประมวลกฎหมายอาญามีได้คุ้มครองตัวธงชาติหรือเครื่องหมายของรัฐ แต่มุ่งคุ้มครองความมั่นคงของรัฐและความสงบเรียบร้อยของประชาชนอันเป็นผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นสืบเนื่องจากการกระทำ

³⁷ มาตรา 206 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำการด้วยประการใด ๆ แก้วัดหรือสถานอันเป็นที่เคารพในทางศาสนาของหมู่ชนใด อันเป็นการเหยียดหยามศาสนานั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงเจ็ดปีหรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงหนึ่งแสนสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

³⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2097/2497

มาตรา 118 ประมวลกฎหมายอาญา	มาตรา 54 พระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522
ผู้ใด	ผู้ใด
กระทำการใด ๆ	กระทำการใด ๆ อันมีลักษณะเป็นการเหยียดหยาม
ต่อธงหรือเครื่องหมายอื่นใดอันมีความหมายถึงรัฐ	ต่อธง รูปจำลองของธง หรือแถบสีธงที่ได้บัญญัติกำหนดลักษณะไว้ในพระราชบัญญัตินี้ หรือตามที่กำหนดในกฎกระทรวงซึ่งออกตามพระราชบัญญัตินี้
เจตนาพิเศษเพื่อเหยียดหยามประเทศชาติ	เจตนาธรรมดา
วัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองความมั่นคงของรัฐและความสงบเรียบร้อยของประชาชน	วัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองความศักดิ์สิทธิ์ของธงชาติ

4.3 ปัญหาการกำหนดความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติในกฎหมายไทย

การกำหนดความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของประเทศไทยตามที่ปรากฏในมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 และมาตรา 118 แห่งประมวลกฎหมายอาญาประสบปัญหา 4 ประการ ดังนี้

ประการแรก การกำหนดความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของประเทศไทยไม่สอดคล้องกับบริบททางสังคมและการเมืองในปัจจุบัน จากการศึกษาประวัติศาสตร์พบว่า สถานการณ์ทางสังคมและการเมืองที่ผลักดันให้ประเทศไทยกำหนดความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติเกี่ยวข้องกับความมั่นคงของรัฐ กล่าวคือ พระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2479 บัญญัติขึ้นมาเพื่อสร้างความมั่นคงให้แก่สยามในฐานะรัฐสมัยใหม่ภายใต้ระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยภายหลังการปฏิวัติในปี พ.ศ. 2475 ความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติตามประมวลกฎหมายอาญาได้รับการเพิ่มโทษเป็นสองเท่าเพื่อยกระดับความมั่นคงให้แก่การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขและสนองตอบการเคลื่อนไหวของกลุ่มคอมมิวนิสต์ อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันประเทศไทยไม่ได้ประสบกับสภาวะการณ์ที่กระทบต่อความมั่นคงของรัฐในระดับที่รุนแรงดังสมัยก่อน ขอบเขตของความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติที่กินความกว้างจึงเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยไม่จำเป็น

ประการที่สอง การกำหนดความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของประเทศไทยขัดกับหลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมาย “การกระทำใด ๆ” ตามมาตรา 118 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เป็นถ้อยคำที่กินความกว้างเกินไป (Overbroad) เพราะครอบคลุมทุกการกระทำโดยไม่จำกัดรูปแบบ ทั้งการแสดงออกกับกิริยาต่าง ๆ การใช้วาจาหรือกำลังทางกายภาพ รวมถึงการใช้ ชักหรือแสดงธงชาติก็อาจเป็นความผิดได้ หากผู้กระทำได้กระทำไปโดยมีเจตนาพิเศษเพื่อเหยียดหยามประเทศไทย

นอกจากนี้ “กระทำการใด ๆ อันมีลักษณะเป็นการเหยียดหยาม” ตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 กินความกว้างเกินไปและไม่ชัดเจนแน่นอนเช่นกัน แม้จะอาศัยความเห็นของวิญญูชนเป็นหลักเกณฑ์ว่า การกระทำมีลักษณะเหยียดหยามหรือไม่ แต่ความเห็นของวิญญูชนก็มีความหลากหลายแตกต่างกันไป ไม่อาจคาดเดาได้อย่างแน่นอน “ธงชาติ” ตามมาตรา 118 แห่งประมวลกฎหมายอาญาและ “ธง รูปจำลองของธง หรือแถบสีธง” ตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 ไม่มีนิยามกำหนดแน่นอนว่า หมายความว่ารวมถึงธงชาติที่ประดิษฐ์ขึ้นด้วยวัสดุชนิดใดบ้าง มีรูปร่างแบบใดบ้าง รวมถึงธงชาติที่มีลักษณะเป็นนามธรรมหรือไม่ หรือบรรจุอยู่ในสื่อดิจิทัลและสื่อประเภทใดบ้าง ความไม่ชัดเจนแน่นอนส่งผลให้ประชาชนไม่อาจคาดเดาได้ว่า การกระทำของตนมีความผิดหรือไม่และเป็นอุปสรรคในการทำงานของผู้บังคับใช้กฎหมายด้วยเช่นเดียวกัน

ประการที่สาม ความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของประเทศไทยมีความเป็นอาญาเกินสมควร (Overcriminalization) ทั้งมาตรา 118 แห่งประมวลกฎหมายอาญาและมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 ครอบคลุมถึงการใช้กิริยาท่าทางและวาจาหรือการใช้ ชักหรือแสดงธงชาติซึ่งไม่ได้ก่อความเสียหายทางกายภาพของธงชาติโดยตรง ลักษณะการกระทำไม่ได้รุนแรงถึงขนาดก่อความเสียหายอย่างเป็นรูปธรรมต่อปัจเจกชนหรือสาธารณะตามหลักเกณฑ์ของทฤษฎีภัยอันตรายที่เหมาะสม ขอบเขตของความผิดยังครอบคลุมถึงการกระทำในพื้นที่ส่วนตัว ผู้กระทำจึงมีความผิดแม้จะไม่มีบุคคลอื่นหรือสาธารณชนเป็นผู้เสียหายโดยตรงจากการกระทำจึงไม่สอดคล้องกับทฤษฎี Offence Principle อีกทั้ง แม้ว่าการให้ความเคารพต่อธงชาติจะเป็นปทัสถาน (Norm) ในสังคมไทย แต่สำหรับประชาชนบางกลุ่มก็เป็นเพียงระเบียบทางสังคมอย่างหนึ่งเท่านั้นไม่ใช่ศีลธรรมในระดับมโนสำนึก (Conscience) ของประชาชนทุกคน จึงไม่เป็นไปตามหลักว่าด้วยศีลธรรม ยิ่งไปกว่านั้น ยังมีมาตรการอื่นที่มีความรุนแรงน้อยกว่าและอาจมีประสิทธิภาพมากกว่าในการป้องกันไม่ให้เกิดการเหยียดหยามธงชาติด้วยการใช้กิริยาท่าทางและวาจาหรือส่งเสริมการใช้ ชักหรือแสดงธงชาติที่เหมาะสม อาทิ การโฆษณาหรือณรงค์ผ่านสื่อของรัฐและนโยบายทางการศึกษา จึงไม่เป็นตามหลักการกำหนดความรับผิดทางอาญาเป็นวิธีทางสุดท้าย

ประการที่สี่ ความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของประเทศไทยจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกเกินสมควร ทั้งมาตรา 118 แห่งประมวลกฎหมายอาญาและมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 มีขอบเขตของความผิดที่กว้างขวาง ทำให้เป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกเกินจำเป็นและไม่ได้สัดส่วน กล่าวคือ เนื้อหาของกฎหมายทั้งสองมาตรามีความซ้ำซ้อนกัน เพียงมาตราใดมาตรานึงก็เพียงพอต่อการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ขอบเขตของความผิดที่กินความกว้างของทั้งสองมาตรายังกระทบถึงสาระสำคัญของเสรีภาพในการแสดงออกเนื่องจากบทบัญญัติครอบคลุมการกระทำที่ไม่ได้ก่ออันตรายต่อปัจเจกชนหรือสาธารณะแต่อย่างใด ทำให้ผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนมีมากกว่าผลประโยชน์ที่รัฐจะได้รับการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกจึงไม่ได้สัดส่วน

5. ความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของต่างประเทศ

ส่วนนี้จะเป็นการกล่าวถึงผลการศึกษาคความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของกฎหมายต่างประเทศ 3 ประเทศ ได้แก่ สาธารณรัฐอินเดีย สหพันธรัฐเยอรมนีและสาธารณรัฐเกาหลี เพื่อให้ทราบถึงองค์ประกอบความผิดและการปรับใช้ตลอดจนการตีความกฎหมายโดยศาลของประเทศดังกล่าว

5.1 สาธารณรัฐอินเดีย

ความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของสาธารณรัฐอินเดียบัญญัติอยู่ใน Prevention of Insults to National Honour Act 1971 (Act No. 69 of 1971) ดังนี้

“2. ความผิดฐานดูหมิ่นธงชาติอินเดียและรัฐธรรมนูญแห่งอินเดีย – ผู้ใดในที่สาธารณะใดหรือที่อื่นใดซึ่งสาธารณชนสามารถมองเห็นได้ เผา ตัดหรือฉีก ขีดเขียน ทำให้แปดเปื้อน ทำให้เสียรูปทรง ทำลาย เหยียดหย่าหรือแสดงความไม่เคารพหรือการดูหมิ่นโดยประการอื่นต่อ (ไม่ว่าด้วยถ้อยคำผ่านการพูดหรือการเขียน หรือการกระทำ) ธงชาติอินเดียหรือรัฐธรรมนูญแห่งอินเดียแม้แต่ส่วนหนึ่งส่วนใด ต้องได้รับโทษ...”³⁹

³⁹ Prevention of Insults to National Honour Act, 1971 (Act No. 69 of 1971)

“2. Insult to Indian National Flag and Constitution of India. – Whoever in any public place or in any other place within public view burns, mutilates, defaces, defiles, disfigures, destroys, tramples upon or otherwise shows disrespect to or brings into contempt (whether by words, either spoken or written, or by acts) the Indian National Flag or the Constitution of India or any part thereof, shall be punished...”

องค์ประกอบความผิดในส่วนของการกระทำสามารถแบ่งได้เป็นสองส่วน ส่วนแรก คือ การกระทำที่ส่งผลก่อให้เกิดความเสียหายทางกายภาพแก่ธงชาติโดยตรง ได้แก่ “การเผา ตัดหรือฉีก ขีดเขียน ทำให้แปดเปื้อน ทำให้เสียรูปทรง ทำลาย เหยียบย่ำ” โดยกฎหมายได้แจกแจงการกระทำอย่างเฉพาะเจาะจง ส่วนที่สอง คือ การกระทำที่อาจไม่ได้สัมผัสเนื้อตัวธงชาติ ได้แก่ “การแสดงความไม่เคารพหรือการดูหมิ่นโดยประการอื่น” โดยมีการขยายความเพิ่มเติมว่า “การแสดงความไม่เคารพโดยประการอื่น” หมายความว่าถึงการกระทำดังต่อไปนี้

- “ (a) ดูหมิ่นอย่างร้ายแรงหรือทำให้เสื่อมเกียรติของธงชาติอินเดีย หรือ
- (b) จุ่มธงชาติอินเดียเพื่อแสดงความเคารพต่อบุคคลหรือสิ่งใด หรือ
- (c) การลดธงชาติครึ่งเสา ยกเว้นเป็นคำสั่งของรัฐบาล หรือ
- (d) ใช้ธงชาติอินเดียเป็นผ้าปูที่นอน ยกเว้นในงานศพที่จัดโดยรัฐ หรือกองกำลังติดอาวุธ หรืองานศพของกองกำลังทหารอื่น ๆ หรือ
- (e) ใช้ธงชาติอินเดีย
- (i) เป็นส่วนหนึ่งของเครื่องแต่งกาย เครื่องแบบ หรือเครื่องประดับใด ๆ ซึ่งสวมใส่ได้เอวของบุคคลใด ๆ
- (ii) ปัก หรือพิมพ์ลงบนหมอนอิง ผ้าเช็ดหน้า ผ้าเช็ดปาก ชุดชั้นใน หรือวัสดุเครื่องแต่งกายใด ๆ
- (f) ติดอักษรใด ๆ ลงบนธงชาติอินเดีย หรือ
- (g) ใช้ธงชาติอินเดียเป็นที่รับ ส่ง หรือ ถือสิ่งใด ๆ ยกเว้นกลีบดอกไม้ในการเฉลิมฉลองในวันชาติ หรือวันการประกาศอิสรภาพของอินเดีย
- (h) ใช้ธงชาติอินเดียคลุมรูปปั้น หรืออนุสาวรีย์ หรือโต๊ะลำโพง แทนลำโพง หรือ
- (i) ปลอ่ยให้ธงชาติอินเดียแตะพื้น หรืออยู่บนพื้น หรือจมน้ำ โดยเจตนา หรือ
- (j) ประดับธงชาติอินเดียเหนือประตู หน้าต่าง ด้านบน ด้านข้าง หรือด้านหลัง หรือบนยานพาหนะ รถไฟ เรือ หรือเครื่องบิน หรือวัตถุอื่นใดที่คล้ายคลึงกัน หรือ
- (k) ใช้ธงชาติอินเดียคลุมตึก หรือ
- (l) เจตนาแสดงธงชาติอินเดียโดยให้สีเหลืองของธงอยู่ด้านล่าง (แสดงธงชาติกลับหัว)”⁴⁰

⁴⁰ Prevention of Insults to National Honour Act, 1971 (Act No. 69 of 1971), Explanation 4. แปลโดย ชมนัส เหลืองไตรรัตน์. ใน ชมนัส เหลืองไตรรัตน์, วิเคราะห์คำว่า “เหยียดหยาม” ในประมวลกฎหมายอาญา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2564, หน้า 64-65.

องค์ประกอบความผิดในส่วนของวัตถุประสงค์แห่งการกระทำ “ธงชาติอินเดีย” หมายความว่ารวมถึงรูปภาพ ภาพจิตรกรรม ภาพวาดหรือภาพถ่าย หรือการแสดงในรูปแบบอื่นที่สามารถมองเห็นได้ว่าเป็นธงชาติอินเดียหรือส่วนหนึ่งส่วนใด ธงชาติจะทำมาจากวัสดุใดหรือแสดงอยู่บนวัสดุใดก็ได้⁴¹ ความผิดต้องกระทำลงใน “ที่สาธารณะใดหรือที่อื่นใดซึ่งสาธารณชนสามารถมองเห็นได้” โดย “ที่สาธารณะ” หมายถึง สถานที่ใด ๆ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ประชาชนทั่วไปได้ใช้ประโยชน์และเข้าถึงได้ รวมถึง การขนส่งสาธารณะ⁴²

ในส่วนขององค์ประกอบภายใน หากพิจารณาเพียงบทบัญญัติจะพบว่า กฎหมายไม่ได้กำหนดว่า ผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาพิเศษเพื่อดูหมิ่นเหยียดหยามธงชาติอินเดีย อย่างไรก็ตาม ศาลสูงในอินเดีย (High Court of Judicature at Madras) ในคดี State Rep.by The Inspector of Police v. D.Senthilkumar (2020) ได้ตัดสินว่า *Actus* ของความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติ ได้แก่ การกระทำใด ๆ ที่กฎหมายไว้มาตรา 2 และ *Mens rea* คือ เจตนาที่จะดูหมิ่นหรือเหยียดหยาม โดยอธิบายว่า เจตนาที่อยู่เบื้องหลังการกระทำเป็นเงื่อนไขสำคัญ แม้จะเป็นไปได้ที่การกระทำในตัวเองจะบ่งชี้เจตนาที่อยู่เบื้องหลัง แต่กรณีจำเป็นต้องพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องทั้งหมดเพื่อหาคำตอบว่า ผู้กระทำมีความรู้สึกที่แท้จริงอย่างไร⁴³

5.2 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีบัญญัติอยู่ในมาตรา 90a แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ดังนี้

“มาตรา 90a ความผิดฐานเหยียดหยามรัฐและเครื่องหมายแทนรัฐ

(1) ผู้ใดโดยเปิดเผยในที่สาธารณะ ในที่ประชุมหรือโดยเผยแพร่ซึ่งเนื้อหาตาม มาตรา 11 (3) ...

2. เหยียดหยามแถบสี ธง ตราแผ่นดิน หรือเพลงชาติของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หรือรัฐหนึ่งรัฐใด

ต้องได้รับโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับ

(2) ผู้ใดปลด ทำลาย ทำให้เสียหาย ทำให้ไร้ประโยชน์หรือลบล้าง หรือทำให้เสียหาย ทรัพย์สินต่อธงของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หรือรัฐหนึ่งรัฐใด ที่แสดงโดยเปิดเผยในที่สาธารณะ หรือตราแผ่นดินที่เจ้าพนักงานของรัฐของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หรือ

⁴¹ Prevention of Insults to National Honour Act, 1971 (Act No. 69 of 1971), Explanation 2.

⁴² Prevention of Insults to National Honour Act, 1971 (Act No. 69 of 1971), Explanation 3.

⁴³ State Rep. by The Inspector of Police v. D.Senthilkumar (2020). [Online] Available from: <https://indiankanoon.org/doc/62732482/>. [9 December 2022]

รัฐหนึ่งรัฐใด ตั้งไว้โดยเปิดเผยในที่สาธารณะ ต้องได้รับโทษเช่นเดียวกัน ความพยายามกระทำความผิดฐานนี้ต้องได้รับโทษ

(3) หากผู้หนึ่งได้กระทำความผิดไปโดยมีเจตนาเพื่อสนับสนุนการต่อต้านความมีอยู่ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีหรือรัฐธรรมนูญ ผู้หนึ่งต้องได้รับโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับ”⁴⁴

ในส่วนของมาตรา 90a (1) “การเหยียดหยาม” ครอบคลุมถึงการกระทำทุกรูปแบบ ทั้งการเหยียดหยามด้วยการใช้กำลังทางกายภาพ วาจาหรืออากัปภิกิริยาต่าง ๆ ต่อแถบสี ธง ตราแผ่นดิน หรือเพลงชาติ การกระทำต้องมีลักษณะเป็นการการหมิ่นเกียรติอย่างมาก หากการกระทำเพียงแสดงความไม่เคารพ กรณีจะเป็นการเหยียดหยามได้ต้องเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นโดยมีพฤติการณ์แวดล้อมที่รุนแรงด้วย⁴⁵ โดยศาลเยอรมันวางแนววินิจฉัยว่า ธงชาติจะได้รับความคุ้มครองตราบเท่าที่เป็นสัญลักษณ์แทนลักษณะพื้นฐานของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเท่านั้น⁴⁶ จึงต้องคำนึงว่าการกระทำส่งผลเป็นการทำลายการมีอยู่ของระบอบประชาธิปไตยภายใต้รัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีหรือไม่ อย่างไร⁴⁷ หากการกระทำไม่ส่งผลดังกล่าว กรณีก็ถือว่า การกระทำยังไม่มีพฤติการณ์แวดล้อมที่รุนแรงพอจะเป็นความผิดตามมาตรา 90a (1)

⁴⁴ StGB § 90a Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole. [Online] Available from : https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_90a.html. [9 December 2022]

“§ 90a Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole

(1) Wer öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten eines Inhalts (§ 11 Absatz 3) ...

2. die Farben, die Flagge, das Wappen oder die Hymne der Bundesrepublik Deutschland oder eines ihrer Länder verunglimpft,

wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer eine öffentlich gezeigte Flagge der Bundesrepublik Deutschland oder eines ihrer Länder oder ein von einer Behörde öffentlich angebrachtes Hoheitszeichen der Bundesrepublik Deutschland oder eines ihrer Länder entfernt, zerstört, beschädigt, unbrauchbar oder unkenntlich macht oder beschimpfenden Unfug daran verübt. Der Versuch ist strafbar.

(3) Die Strafe ist Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe, wenn der Täter sich durch die Tat absichtlich für Bestrebungen gegen den Bestand der Bundesrepublik Deutschland oder gegen Verfassungsgrundsätze einsetzt.”

⁴⁵ Urteil vom 16.11.1959, 3 StR 45/59. [Online] Available from : <http://www.juralib.de/entscheidungen/bgh-3-str-45/59-16.11.1959>. [9 December 2022]

⁴⁶ BVerfGE 81, 278, 1 BvR 266/86 and 913/87 (Mar. 7, 1990). Cited in Kevin W. Saunders, “The Desecration of National Symbols and *Lèse Majesté*,” in **Free Expression and Democracy a Comparative Analysis** (Cambridge University Press, 2017), pp. 173-200.

⁴⁷ BVerfG, Beschluss vom 15. 9. 2008 – 1 BvR 1565/05. [Online] Available from : <https://lexetius.com/2008, 2807>. [9 December 2022]

การกระทำตามมาตรา 90a (1) กระทำลง “โดยเปิดเผยในที่สาธารณะ” หรือ “ในที่ประชุม” หรือ “ผ่านการเผยแพร่ซึ่งเนื้อหาตามมาตรา 11 (3)” เนื้อหา หมายถึง สิ่งใดที่ถูกบันทึกในงานเขียน สื่อโสตทัศน์ สิ่งจัดส่งข้อมูล รูปภาพหรือเนื้อหาที่จับต้องได้อื่นใด หรือสิ่งใดที่สามารถถูกส่งผ่านได้อย่างอิสระโดยไม่ต้องถูกจัดเก็บผ่านการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือการสื่อสาร⁴⁸ ดังนั้น วัตถุแห่งการกระทำที่ตามมาตรา 90a(1) มุ่งคุ้มครองจึงไม่ใช่เพียงธงชาติในฐานะผ้าหรือวัตถุชิ้นหนึ่งที่จับจ้องได้ แต่รวมถึงธงชาติในเชิงนามธรรมด้วย

มาตรา 90a (2) เป็นการเหยียดหยามธงชาติด้วยการใช้กำลังในลักษณะที่ก่อความเสียหายต่อตัวเครื่องหมายแทนรัฐ ดังนั้น วัตถุแห่งการกระทำในส่วนนี้ ได้แก่ ธงชาติและตราแผ่นดินจึงมีลักษณะที่จับต้องได้เท่านั้น ไม่ใช่นามธรรมดังในอนุมาตรา (1) โดยธงชาติต้องเป็นธงชาติแสดงโดยเปิดเผยในที่สาธารณะ และตราแผ่นดินต้องเป็นตราแผ่นดินที่เจ้าพนักงานของรัฐตั้งไว้โดยเปิดเผยในที่สาธารณะ การกระทำที่เข้าขอบเขตการเหยียดหยามได้แก่ “ปลด ทำลาย ทำให้เสียหาย ทำให้ไร้ประโยชน์หรือลบเลือน หรือทำให้เสียทรัพย์” โดยองค์ประกอบภายในต้องการเพียงเจตนาธรรมดาเท่านั้น

ส่วนมาตรา 90a (3) เป็นเหตุฉกรรจ์ว่า หากการเหยียดหยามธงชาติเป็นไปเพื่อสนับสนุนการล้มล้างสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีหรือรัฐธรรมนูญ ผู้กระทำก็จะได้รับโทษหนักขึ้น

5.3 สาธารณรัฐเกาหลี

ความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของสาธารณรัฐเกาหลีบัญญัติอยู่ใน มาตรา 105 และ มาตรา 106 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเกาหลี ดังนี้

มาตรา 105 ความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติหรือตราแผ่นดิน บัญญัติว่า “บุคคลผู้ซึ่งทำให้เสียหาย ปลดหรือทำให้เปราะเปื้อนซึ่งธงชาติหรือตราแผ่นดินโดยมีเจตนาเพื่อดูหมิ่นสาธารณรัฐเกาหลีต้องได้รับโทษ...”⁴⁹

องค์ประกอบความผิดในส่วนของการกระทำกำหนดให้ “ทำให้เสียหาย ปลดหรือทำให้เปราะเปื้อน” เท่านั้นเป็นความผิด “ทำให้เสียหาย” และ “ทำให้เปราะเปื้อน” มีลักษณะเป็นการ

⁴⁸ StGB § 11 (3). [Online] Available from: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/. [9 December 2022]

⁴⁹ Criminal Act (Act No. 11731, Apr. 5, 2013)

“Article 105 (Profanation of National Flag or National Emblem)

A person who damages, removes or stains the national flag or the national emblem for the purpose of insulting the Republic of Korea shall be punished...”

กระทำให้เกิดความเสียหายในทางกายภาพแก่เนื้อตัวธงชาติ ส่วน “ปลด” หมายถึง การลดธงชาติลงจากเสาหรือเคลื่อนย้ายธงชาติไปจากที่ธงชาติถูกเชิญขึ้นไว้ โดยต้องเป็นการกระทำที่มีเจตนาพิเศษเพื่อดูหมิ่นสาธารณรัฐเกาหลีด้วยจึงจะมีความผิด หากเป็นการกระทำโดยไม่ได้มีเจตนาพิเศษเพื่อดูหมิ่นสาธารณรัฐเกาหลีหรือกระทำไปเพื่อแสดงออกทางการเมือง การกระทำก็จะเป็นการกระทำที่ไม่มีความผิด ด้านองค์ประกอบความผิดในส่วนของวัตถุแห่งการกระทำ ธงชาติ หมายถึง ธงชาติที่ใช้โดยทางราชการเท่านั้น⁵⁰

มาตรา 106 ความผิดฐานหมิ่นประมาทธงชาติหรือตราแผ่นดิน บัญญัติว่า “บุคคลผู้ซึ่งหมิ่นประมาทธงชาติหรือตราแผ่นดิน โดยมีเจตนาดังที่ได้บัญญัติไว้ในมาตราก่อนหน้าต้องได้รับโทษ...”⁵¹

ในขณะที่มาตรา 105 เป็นการกระทำต่อธงชาติโดยใช้กำลังกายอันส่งผลต่อเนื้อตัวธงชาติ มาตรา 106 เป็นการกระทำต่อธงชาติโดยใช้วาจาหรือคำพูดโดยการหมิ่นประมาท “การหมิ่นประมาท” ตามความผิดฐานหมิ่นประมาทบุคคลอื่นในมาตรา 307 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของสาธารณรัฐเกาหลี หมายถึง การกล่าวยืนยันข้อเท็จจริงทำให้ชื่อเสียงของบุคคลอื่นได้รับความเสียหายแม้ข้อเท็จจริงจะเป็นความจริงก็ตาม⁵² ดังนั้น การหมิ่นประมาทธงชาติจึงหมายถึงการกล่าวยืนยันข้อเท็จจริงทำให้ชื่อเสียงของธงชาติความเสียหายโดยไม่จำกัดว่าจะเป็นการหมิ่นประมาทด้วยวิธีการอย่างไร ในส่วนขององค์ประกอบภายใน “เจตนาดังที่ได้บัญญัติไว้ในมาตราก่อนหน้า” หมายถึง เจตนาพิเศษเพื่อดูหมิ่นสาธารณรัฐเกาหลีตามมาตรา 105 ดังนั้น ผู้ที่กล่าวยืนยันข้อเท็จจริงทำให้ชื่อเสียงของธงชาติความเสียหายต้องมีมูลเหตุจูงใจที่จะดูหมิ่นสาธารณรัฐเกาหลีด้วย

กรณีมีข้อสังเกตที่น่าสนใจว่า “ดูหมิ่น” ในความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติอยู่ในส่วนขององค์ประกอบภายในซึ่งต่างจาก “การดูหมิ่น” อันเป็นการกระทำที่อยู่ในส่วนขององค์ประกอบภายนอก “การดูหมิ่น” ตามความผิดฐานดูหมิ่นบุคคลอื่นในมาตรา 307 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

⁵⁰ Constitutional Court of Korea, “Case No. 2012Hun-Ba37 (June 27, 2013)” [Online] Available from : <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/wp-content/uploads/2017/08/Punishment-of-Insult-as-Criminal-Offense-Case.pdf>. [2 January 2023]

⁵¹ Criminal Act (Act No. 11731, Apr. 5, 2013)

“Article 106 (Defamation of National Flag or National Emblem)

A person who defames the national flag or the national emblem for the purpose mentioned in the preceding Article shall be punished...”

⁵² Korea Legislation Research Institute (KLRI), “Criminal Act (Act No. 11731, 5 April 2013)” [Online] Available from : <https://elaw.klri.re.kr>. [2 January 2023]

ของสาธารณรัฐเกาหลี หมายถึง การแสดงอาการดูถูกลดทอนบุคคลอื่นโดยไม่มีมูลทางข้อเท็จจริง และวิญญูชนมองว่า จะทำให้เสียหายต่อชื่อเสียงทางสังคมของเขา การแสดงอาการอาจเป็นการกระทำด้วยวาจาหรืออากัปกริยาใดก็ได้⁵³ เช่นนี้ เพียงการดูหมิ่นธงชาติแม้มีเจตนาดูหมิ่นสาธารณรัฐเกาหลีด้วยก็ย่อมไม่เป็นความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติตามมาตรา 106 การกระทำต้องเป็นการหมิ่นประมาทจึงจะเข้าองค์ประกอบความผิด

6. บทวิเคราะห์เปรียบเทียบความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของประเทศไทยและต่างประเทศ

เมื่อธงชาติเป็นสัญลักษณ์ที่มีความสำคัญต่อรัฐและประชาชน การเหยียดหยามธงชาติในบางกรณีจึงอาจส่งผลเป็นการยุยงให้เกิดการเผชิญหน้าหรือความรุนแรงและยังอาจเป็นส่วนหนึ่งของประทุษวาจา (Hate Speech) ที่มุ่งแสดงความเกลียดชังต่อกลุ่มบุคคลด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ผู้เขียนจึงเห็นว่า การกำหนดความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติยังมีความจำเป็นสำหรับประเทศไทย เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม แต่ต้องมีการแก้ไขบทบัญญัติเพื่อให้สอดคล้องกับบริบททางสังคมและการเมืองของประเทศไทย มีความชัดเจนแน่นอน ไม่กำหนดความรับผิดทางอาญา และจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชนเกินสมควร ส่วนนี้จึงเป็นการเปรียบเทียบความเหมือนและความแตกต่างระหว่างความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของประเทศไทยกับต่างประเทศ พร้อมทั้งวิเคราะห์ว่า ความเหมือนและความแตกต่างแต่ละข้อเป็นข้อดีที่ประเทศไทยควรนำมาปรับใช้หรือเป็นข้อเสียที่ไม่ควรนำมาเป็นแบบในการปรับปรุงกฎหมายหรือไม่ เพียงใด เพื่อหาแนวทางในการแก้ไขความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของประเทศไทย

สาธารณรัฐอินเดีย ความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติตามกฎหมายอินเดียมีส่วนที่คล้ายคลึงกับประเทศไทยสองประการ ประการแรก องค์ประกอบความผิดในส่วนของกรกระทำมีขอบเขตที่กว้างเช่นเดียวกัน กล่าวคือ ลักษณะของการเหยียดหยามครอบคลุมทั้งการกระทำด้วยการใช้กำลังที่ก่อความเสียหายทางกายภาพต่อธงชาติและการใช้วาจาหรืออากัปกริยาต่าง ๆ ซึ่งไม่ได้ก่อให้ความเสียหายต่อธงชาติหรือไม่ได้สัมผัสธงชาติ รวมถึงการใช้ ชักหรือแสดงธงที่ไม่เหมาะสมในข้อนี้ กฎหมายอินเดียประสบปัญหาเช่นเดียวกับกฎหมายไทย คือ มีความเป็นอาญาเกินสมควร เพราะขอบเขตครอบคลุมถึงการกระทำที่ไม่ก่อภัยอันตรายต่อปัจเจกชนหรือสาธารณะ จึงไม่เป็น

⁵³ Constitutional Court of Korea, “Case No. 2012Hun-Ba37 (June 27, 2013)” [Online] Available from : <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/wp-content/uploads/2017/08/Punishment-of-Insult-as-Criminal-Offense-Case.pdf>. [2 January 2023]

ไปตามทฤษฎีภัยอันตรายที่เหมาะสมและไม่ควรนำมาเป็นแบบอย่าง ประการที่สอง ศาลอินเดียได้ตัดสินว่า ผู้กระทำต้องมีเจตนาพิเศษเพื่อดูหมิ่นเหยียดหยามประเทศชาติ องค์ประกอบภายในของความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของอินเดียจึงมีเช่นเดียวกับมาตรา 118 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย แต่แตกต่างจากมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 ในข้อนี้ การตัดสินของศาลอินเดียมีความเหมาะสมแล้วเพราะ การวางหลักว่า ผู้กระทำต้องมีเจตนาพิเศษทำให้ศาลต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไปโดยอาศัยพฤติการณ์แวดล้อมและบริบทของสังคม ณ ขณะนั้น ปัจจัยในการพิจารณาที่หลากหลายย่อมทำให้การวินิจฉัยของศาลมีความรอบคอบและชัดเจนมากขึ้นกว่าการอาศัยเพียงการประเมินความนึกคิดของวิญญาณซึ่งหลากหลายและไม่แน่นอน จึงสอดคล้องกับหลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญาและควรนำมาเป็นแบบอย่างสำหรับกฎหมายไทย

ในด้านของความแตกต่าง ความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติตามกฎหมายอินเดียแตกต่างจากกฎหมายไทยสามประการ ประการแรก กฎหมายอินเดียบัญญัติโดยเฉพาะเจาะจงว่า การกระทำใดบ้างที่เข้าข่ายการเหยียดหยามธงชาติ สำหรับถ้อยคำที่คลุมเครืออย่าง “การไม่แสดงความเคารพ” ก็มีการบัญญัติขยายความโดยแจ่มแจ้งเป็นข้อ ๆ ว่าหมายถึงการกระทำในลักษณะใดบ้าง ประชาชนสามารถคาดเดาได้ว่า ควรหรือไม่ควรกระทำการใดจึงสอดคล้องกับหลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญาและแบบอย่างที่ดี ประการที่สอง กฎหมายอินเดียกำหนดนิยามของวัตถุประสงค์แห่งการกระทำไว้ชัดเจนว่า “ธงชาติอินเดีย” หมายความว่าถึงสิ่งใดบ้างจึงสอดคล้องกับหลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญาเช่นกันและสมควรนำมาเป็นแบบอย่าง ประการที่สาม กฎหมายอินเดียกำหนดพฤติการณ์ประกอบการกระทำเพื่อให้องค์ประกอบความผิดแคบลง คือ ความผิดต้องกระทำลงในที่สาธารณะใดหรือที่อื่นใดซึ่งสาธารณชนสามารถมองเห็นได้ ขณะที่ตามกฎหมายไทย การกระทำจะกระทำลง ณ ที่ใดก็เป็นความผิด ในข้อนี้ กฎหมายอินเดียสอดคล้องกับทฤษฎีภัยอันตรายที่เหมาะสมกับทฤษฎี Offense Principle เพราะกำหนดให้การกระทำเป็นความผิดเมื่อได้ก้าวล่วงมายังพื้นที่สาธารณะและอาจส่งผลกระทบต่อความเป็นรูปธรรม จึงเป็นข้อดีที่ควรนำมาปรับใช้

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กฎหมายเยอรมันมีส่วนที่คล้ายคลึงกับกฎหมายไทย คือ องค์ประกอบความผิดในส่วนของการกระทำมีขอบเขตที่กว้างเช่นเดียวกัน กล่าวคือ ลักษณะของการเหยียดหยามครอบคลุมทั้งการกระทำด้วยการใช้กำลังที่ก่อความเสียหายทางกายภาพต่อธงชาติและการใช้วาจา การเขียนหรืออากัปกิริยาต่าง ๆ ซึ่งไม่ได้ก่อความเสียหายต่อธงชาติหรือไม่ได้สัมผัสธงชาติโดยตรง ในข้อนี้ กฎหมายเยอรมันประสบปัญหาเช่นเดียวกับกฎหมายไทย คือ ความเป็นอาญา

เกินสมควรเพราะขอบเขตครอบคลุมถึงการกระทำที่ไม่ก่อภัยอันตรายต่อปัจเจกชนหรือสาธารณะ จึงไม่เป็นไปตามทฤษฎีภัยอันตรายที่เหมาะสมและไม่ควรนำมาเป็นแบบอย่าง

สำหรับความแตกต่าง กฎหมายเยอรมันแตกต่างกับกฎหมายไทยหกประการ ประการแรก กฎหมายเยอรมันแบ่งแยกความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติออกเป็นสองส่วนตามลักษณะของการกระทำและวัตถุประสงค์แห่งการกระทำ มาตรา 90a(1) ครอบคลุมถึงการเหยียดหยามด้วยวาจาหรือ อากัปกิริยาต่อธงชาติในเชิงนามธรรม ในขณะที่มาตรา 90a(2) กำหนดเฉพาะการเหยียดหยามด้วยการใช้กำลังทางกายภาพต่อธงชาติที่จับต้องได้เท่านั้น พร้อมทั้งแจกแจงการกระทำอย่างชัดเจน กฎหมายจึงสอดคล้องกับหลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญาและสมควรนำมาปรับใช้กับกฎหมายไทย ประการที่สอง กฎหมายเยอรมันคุ้มครองเพลงชาติจากการเหยียดหยามด้วย ในขณะที่มาตรา 118 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เพลงชาติอาจได้รับความคุ้มครองหากมีการตีความว่า เพลงชาติเป็นเครื่องหมายอื่นใดอันมีความหมายถึงรัฐและมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 คุ้มครองเฉพาะธงเท่านั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า การกำหนดเพลงชาติเป็นวัตถุประสงค์แห่งการกระทำส่งผลให้บทบัญญัติมีความคลุมเครือ กรณียากที่จะระบุว่า การกระทำใดบ้างเป็นการเหยียดหยามเพลงชาติเพราะเพลงชาติไม่อาจจับต้องได้เหมือนอย่างธงชาติ จึงไม่สมควรนำมาปรับใช้กับกฎหมายไทย

ประการที่สาม กฎหมายเยอรมันกำหนดเฉพาะการกระทำที่ได้ก้าวล่วงมายังพื้นที่สาธารณะ เป็นความผิด กล่าวคือ การกระทำตามมาตรา 90a(1) ต้องกระทำลง “โดยเปิดเผยในที่สาธารณะ” หรือ “ในที่ประชุม” หรือ “ผ่านการเผยแพร่ซึ่งเนื้อหา” ในสื่อต่าง ๆ และการกระทำตามมาตรา 90a (2) ต้องกระทำต่อธงชาติที่แสดงโดยเปิดเผยในที่สาธารณะเท่านั้น ข้อนี้จึงสอดคล้องกับทฤษฎีภัยอันตรายที่เหมาะสมกับทฤษฎี Offense Principle และสมควรนำมาปรับใช้กับกฎหมายไทย ประการที่สี่ องค์ประกอบภายในของความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันประกอบด้วยเจตนาธรรมดา ในขณะที่มาตรา 118 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย ผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาพิเศษเพื่อเหยียดหยามประเทศชาติด้วย จึงจะมีความผิด ในข้อนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ไม่สมควรนำมาเป็นแนวทางการปรับปรุงกฎหมายไทย เนื่องจาก “การเหยียดหยาม” โดยมีเจตนาธรรมดาตามมาตรา 90a (1) มีความคลุมเครือ ประชาชนไม่อาจทราบได้อย่างแน่ชัดว่า การเหยียดหยามหมายถึงการกระทำในลักษณะใดบ้าง จึงขัดกับหลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญา สำหรับมาตรา 90a (2) แม้กฎหมายจะแจกแจงรูปแบบการกระทำให้ความชัดเจน แต่การกำหนดให้ผู้กระทำความผิดแม้ไม่มีเจตนาพิเศษอาจส่งผลให้บุคคลถูกลงโทษแม้จะไม่ได้มีเจตนาร้าย

ประการที่ห้า ศาลเยอรมันได้วางหลักว่า การกระทำจะถือเป็นการเหยียดหยามหรือไม่ต้องพิจารณาจากพฤติการณ์ที่แวดล้อมการกระทำเป็นรายกรณีไป โดยการกระทำต้องเกิดขึ้นภายใต้พฤติการณ์แวดล้อมที่รุนแรงอันส่งผลเป็นการทำทารุณกรรมอยู่ของระบอบประชาธิปไตยภายใต้รัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ในขณะที่ศาลไทยไม่ได้วางหลักอย่างชัดเจนว่า พฤติการณ์ในลักษณะใดที่แสดงว่า ผู้กระทำมีเจตนาเพื่อเหยียดหยามประเทศชาติ แนวการวินิจฉัยของศาลส่งผลให้บทบัญญัติเยอรมันที่มีขอบเขตกว้างมีหลักเกณฑ์ที่เข้มงวดมากขึ้น อีกทั้งเป็นการพิจารณาถึงความสามารถในการก่อกำเนิดของการกระทำ ทำให้สอดคล้องกับทฤษฎีภัยอันตรายที่เหมาะสมสมควรที่ศาลไทยจะนำมาปรับใช้เป็นแนวทางการตัดสิน ประการที่หก กฎหมายเยอรมันมีการกำหนดผู้กระทำรับโทษหนักขึ้นในกรณีที่มีการเหยียดหยามธงชาติเป็นไปเพื่อสนับสนุนการล้มล้างสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีหรือรัฐธรรมนูญ ในขณะที่กฎหมายไทยไม่ได้กำหนดเหตุฉกรรจ์ ผู้เขียนมีความเห็นว่า เหตุฉกรรจ์ดังกล่าวสอดคล้องกับบริบททางประวัติศาสตร์ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่เคยเป็นรัฐเผด็จการภายใต้การนำของพรรคนาซี การเหยียดหยามธงชาติอันเป็นสัญลักษณ์ของระบอบประชาธิปไตยภายใต้รัฐธรรมนูญเพื่อสนับสนุนการล้มล้างสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีหรือรัฐธรรมนูญย่อมมีความน่าตำหนิอย่างมาก ในขณะที่ประเทศไทยมีบริบททางประวัติศาสตร์ดังกล่าวและหากมีการเหยียดหยามธงชาติเพื่อทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงการปกครองก็สามารถลงโทษบุคคลได้อยู่แล้วตามความผิดฐานยุยงปลุกปั่นตามมาตรา 116 แห่งประมวลกฎหมายอาญา กฎหมายไทยจึงไม่สมควรกำหนดเหตุฉกรรจ์ดังกฎหมายเยอรมัน

สาธารณรัฐเกาหลี กฎหมายเกาหลีมีลักษณะที่เหมือนกับกฎหมายไทยสองประการ ประการแรก ความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของสาธารณรัฐเกาหลีครอบคลุมถึงทั้งการกระทำในที่สาธารณะและพื้นที่ส่วนตัว จึงไม่สอดคล้องกับทฤษฎีภัยอันตรายที่เหมาะสมกับทฤษฎี Offense Principle และไม่สมควรนำมาปรับใช้กับกฎหมายไทย ประการที่สอง มีลักษณะที่เหมือนกับมาตรา 118 แห่งประมวลกฎหมายอาญา แต่เป็นส่วนที่แตกต่างจากมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 คือ การกำหนดเจตนาพิเศษ ในข้อนี้ กฎหมายเกาหลีมีความเหมาะสมแล้วเพราะการวินิจฉัยว่า ผู้กระทำมีเจตนาพิเศษหรือไม่ ศาลต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไปโดยอาศัยพฤติการณ์แวดล้อมและบริบทของสังคม ณ ขณะนั้น ปัจจัยในการพิจารณาที่หลากหลายย่อมทำให้การวินิจฉัยของศาลมีความรอบคอบและชัดเจนมากขึ้นกว่าการอาศัยเพียงการประเมินความนึกคิดของวิญญูชน ซึ่งหลากหลายและไม่แน่นอน จึงสอดคล้องกับหลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญาและควรนำไปเป็นแบบอย่างสำหรับกฎหมายไทย

สำหรับความแตกต่าง กฎหมายเกาหลีกับกฎหมายไทยแตกต่างกันสามประการ คือ ประการแรก องค์ประกอบความผิดในส่วนของกรกระทำมีการแจกแจงโดยชัดแจ้ง จึงสอดคล้องกับหลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญาและควรนำมาเป็นแบบอย่างสำหรับกฎหมายไทย ประการที่สอง ขอบเขตของการกระทำแคบกว่ากฎหมายไทยมาก การกระทำที่เป็นความผิด ได้แก่ ทำให้เสียหาย ปลดหรือทำให้เปราะเปื้อนและการหมิ่นประมาทธงชาติเท่านั้น ในส่วนแรกเป็นการกระทำโดยใช้กำลังให้เกิดความเสียหายทางกายภาพต่อธงชาติ ลักษณะของการกระทำสามารถก่อกวนอันตรายอย่างเป็นรูปธรรมต่อปัจเจกชนหรือสาธารณะเพราะความเสียหายสามารถจับต้องได้ จึงสอดคล้องกับโทษกักขังที่เหมาะสม แต่ในส่วนที่สอง การหมิ่นประมาทก่อความเสียหายต่อชื่อเสียงของธงชาติอันเป็นความเสียหายในเชิงนามธรรม จึงไม่ก่อกวนอันตรายอย่างเป็นรูปธรรมต่อปัจเจกชนหรือสาธารณะ ต่างจากชื่อเสียงของบุคคลที่มีมูลค่าในทางทรัพย์สิน ดังนั้น ส่วนแรกเท่านั้นที่สมควรนำมาเป็นแบบอย่าง ประการที่สาม ศาลเกาหลีได้วางหลักว่า ธงชาติอันเป็นวัตถุแห่งการกระทำที่ได้รับความคุ้มครอง คือ ธงชาติที่ใช้โดยทางราชการเท่านั้น ต่างจากความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของประเทศไทยที่คุ้มครองครอบคลุมถึงทั้งธงชาติที่ใช้โดยทางราชการและเอกชน รวมถึงรูปจำลองหรือแถบสีธงชาติในกรณีของมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 การวางหลักดังกล่าวของศาลไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการคุ้มครองสถาบัน “ชาติ” ที่แสดงออกผ่านธงชาติไม่ว่าจะใช้โดยทางราชการและเอกชนก็ตาม ไม่สมควรนำมาปรับใช้กับกฎหมายไทย

7. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ธงชาติเป็นเครื่องหมายอย่างเป็นทางการแทนชาติและรัฐสมัยใหม่ รวมทั้ง ทำหน้าที่สร้างความสัมพันธ์เชื่อมโยงระหว่างประชาชนในประเทศ ระหว่างประชาชนกับรัฐและระหว่างรัฐกับรัฐ ธงชาติจึงเป็นสัญลักษณ์ที่ทรงพลังและมีอิทธิพลต่อการกระทำของบุคคลหรือของรัฐ อีกทั้งการเหยียดหยามธงชาติย่อมกระทบต่อความรู้สึกของผู้คนที่ผูกอัตลักษณ์ของตนเข้ากับธงชาติและอาจส่งผลให้เกิดความรุนแรงจนนำไปสู่ความไม่สงบเรียบร้อยในสังคมและความเสียหายต่อร่างกายและทรัพย์สินได้ การกำหนดความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติจึงยังมีความจำเป็นอยู่สำหรับประเทศไทยเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่า ความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติตามมาตรา 118 แห่งประมวลกฎหมายอาญาและมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 มีข้อบกพร่อง 4 ประการ คือ ขอบเขตของกฎหมายที่กว้างไม่สอดคล้องกับบริบททางสังคมในปัจจุบัน ขัดกับหลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญา มีความเป็นอาญาและจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชนเกินสมควร ผู้เขียนจึงเสนอแนวทางแก้ไขปรับปรุงกฎหมายโดยการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ ดังนี้

ประการแรก ขอบเขตขององค์ประกอบความผิดในส่วนของการกระทำควรครอบคลุมเฉพาะ การกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ธงชาติในเชิงกายภาพเช่นเดียวกับมาตรา 105 แห่งประมวลกฎหมายของสาธารณรัฐเกาหลี เนื่องจากการกระทำในลักษณะดังกล่าวสร้างความเสียหายที่สามารถเห็นได้ชัดเจนอย่างเป็นรูปธรรมและสามารถก่อให้เกิดความขุ่นเคืองในหมู่ประชาชนที่พบเห็นได้มากกว่าการเหยียดหยามด้วยวาจาหรืออากัปกิริยาที่ไม่ได้สัมผัสธงชาติโดยตรง จึงมีความเสี่ยงสูงที่จะนำไปสู่การเผชิญหน้าหรือความไม่สงบเรียบร้อยในสังคมได้ จึงสอดคล้องกับทฤษฎีภัยอันตรายที่เหมาะสม ทั้งนี้เพื่อให้กฎหมายปราศจากความคลุมเครือ องค์ประกอบความผิดในส่วนของการกระทำควรมีการแจกแจงว่า มีกระทำใดบ้างเช่นเดียวกับความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของต่างประเทศทั้งสามประเทศ ผู้เขียนขอเสนอว่า การกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ธงชาติในเชิงกายภาพ ได้แก่ การปลด การทำลาย การทำให้เสียหาย การทำให้ไร้ประโยชน์และการทำให้เปื้อน เนื่องจากถ้อยคำดังกล่าวมีความชัดเจนเพียงพอสำหรับบุคคลทั่วไปว่า หมายถึงการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ธงชาติในเชิงกายภาพ ในขณะเดียวกันก็ไม่เจาะจงเกินไป ศาลจึงสามารถตีความให้สอดคล้องกับบริบทของสังคมและวิธีการทำความผิดที่หลากหลายได้

ประการที่สอง ขอบเขตของความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติควรครอบคลุมเฉพาะการกระทำที่ได้กระทำลงในพื้นที่สาธารณะเช่นเดียวกับกฎหมายต่างประเทศทั้งสามประเทศ เนื่องจากการเหยียดหยามที่กระทำลงในที่สาธารณะหรือที่ประชุมมีโอกาสสูงที่บุคคลทั่วไปหรือคนหมู่มากสามารถพบเห็นได้และอาจนำไปสู่การเผชิญหน้าและความไม่สงบเรียบร้อยของประชาชนได้ จึงสอดคล้องกับทฤษฎีภัยอันตรายที่เหมาะสมและ Offense Principle ต่างจากการเหยียดหยามธงชาติซึ่งกระทำลงในพื้นที่ส่วนตัวที่อาจไม่มีผู้ใดรู้เห็นถึงการกระทำดังกล่าวนอกจากตัวผู้กระทำเอง ภัยอันตรายจึงยังห่างไกล ผู้เขียนจึงเสนอให้กำหนดองค์ประกอบความผิดในส่วนของการกระทำประกอบกรกระทำว่า ต้องเป็นการกระทำที่กระทำลงในที่สาธารณะหรือในที่ประชุม ทั้งนี้ไม่ครอบคลุมถึงการเหยียดหยามธงชาติที่กระทำลงในที่รโหฐานหรือเคหสถานที่บุคคลทั่วไปสามารถพบเห็นได้

ประการที่สาม ขอบเขตของวัตถุแห่งการกระทำควรครอบคลุมเฉพาะผืนธงชาติเท่านั้น เนื่องจากการทำให้เสียหายต่อวัตถุที่ประดิษฐ์หรือแสดงธงชาติมีลักษณะของการทำให้เสียทรัพย์มากกว่าจะเป็นการเหยียดหยามธงชาติในฐานะเครื่องหมายแทนชาติเพราะวัตถุดังกล่าวไม่ได้ทำหน้าที่อย่าง “ธง” อีกทั้ง รูปจำลองและแถบสีธงชาติได้รับการคุ้มครองอยู่แล้วตามมาตรา 53

แห่งพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522⁵⁴ การกำหนดความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติให้ครอบคลุมถึงรูปจำลองและแถบสีธงชาติด้วยย่อมเกินจำเป็นและขัดกับหลักการกำหนดความรับผิดทางอาญาเป็นวิธีทางสุดท้าย และเพื่อให้กฎหมายปราศจากความคลุมเครือ จึงควรมีการกำหนดนิยามของธงชาติเช่นเดียวกับความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของทั้งสามประเทศ

นอกจากนี้ ผู้เขียนยังมีความเห็นว่า ธงอันมีความหมายถึงรัฐไม่ควรครอบคลุมถึงธงราชนาวีจากการศึกษาพบว่า ธงราชนาวี ใช้สำหรับชักที่ท้ายเรือและสถานที่ราชการต่าง ๆ ของราชนาวี จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อสื่อให้เห็นว่า เรือหรือสถานที่ราชการหนึ่ง ๆ สังกัดราชนาวีไทยเท่านั้น มิได้ต้องการสื่อความหมายถึงประเทศไทยในฐานะ “ชาติ” อย่างตรงไตรรงค์ การกำหนดให้ธงอันมีความหมายถึงรัฐครอบคลุมถึงธงราชนาวีจึงเกินเจตนารมณ์ของมาตรา 118 ผู้เขียนจึงขอเสนอบทนิยามว่า ธงชาติ หมายถึง ผืนธงที่มีความหมายถึงประเทศไทยและชาติไทยตามมาตรา 5 (1) แห่งพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 ไม่ว่าจะมิขนาดใดและทำมาจากวัสดุใด การกำหนดนิยามทำให้บทบัญญัติสอดคล้องกับหลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายมากขึ้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าไม่ควรจำกัดขอบเขตให้ธงอันมีความหมายถึงรัฐครอบคลุมเฉพาะธงชาติที่ใช้โดยทางราชการดังกฎหมายของสาธารณรัฐเกาหลี เนื่องจากสิ่งที่กฎหมายต้องการคุ้มครอง คือ สถาบัน “ชาติ” ที่สื่อผ่านธงชาติซึ่งเป็นความหมายของส่วนรวม (Collective meaning) ประชาชนทุกคนในชาติย่อมเป็นเจ้าของ ไม่ว่าผืนธงชาติจะเป็นทรัพย์สินของทางราชการหรือเอกชนก็ตาม

สำหรับ “เครื่องหมายอื่นใด” ผู้เขียนมีความเห็นว่า ความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติไม่ควรครอบคลุมถึงการกระทำต่อเครื่องหมายอื่นใดอันมีความหมายถึงรัฐ เนื่องจากประเทศไทยไม่มีเครื่องหมายอันเป็นสัญลักษณ์แทนชาติไทยที่ได้รับความสำคัญและความเคารพจากประชาชนเช่นเดียวกับธงชาติ ตราแผ่นดินของประเทศไทย (State Emblem) คือ เครื่องหมายครุฑพาว์ มักใช้แสดงถึงกิจการงานในราชการและแสดงถึงห้างร้านหรือบริษัทซึ่งได้รับพระราชทานเครื่องหมาย

⁵⁴ มาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดต่อธงตามมาตรา 5 หรือมาตรา 6 ดังต่อไปนี้

(1) ประดิษฐ์รูป ตัวอักษร ตัวเลข หรือเครื่องหมายอื่นใดในผืนธง รูปจำลองของธง หรือในแถบสีธง นอกจากที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่น

(2) ใช้ ชัก หรือแสดงธง รูปจำลองของธง หรือแถบสีธงอันมีลักษณะตาม (1)

(3) ใช้ ชัก หรือแสดงธง รูปจำลองของธง หรือแถบสีธงไว้ ณ ที่หรือโดยวิธีอันไม่สมควร

(4) ประดิษฐ์ธง รูปจำลองของธง หรือแถบสีธงไว้ ณ ที่หรือสิ่งใด ๆ โดยไม่สมควร

(5) แสดงหรือใช้สิ่งใด ๆ ที่มีรูปธง รูปจำลองของธง หรือมีแถบสีธงอันมีลักษณะตาม (4) โดยไม่สมควร ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ตราตั้งจากพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว⁵⁵ รัฐบาลไทยไม่ได้ให้ความสำคัญและประชาชนชาวไทย ไม่ได้มีความผูกพันหวงแหนในฐานะสัญลักษณ์ประจำชาติ การกระทำต่อเครื่องหมายอื่นใดจึง ไม่อาจสร้างความชื่นเคืองใจแก่ประชาชนทั่วไปได้เท่าการกระทำต่อธงชาติ โอกาสที่การกระทำ จะนำไปสู่ภัยต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนยังมีน้อย เมื่อภัยอันตรายยังห่างไกล การทำจึง ไม่สมควรกำหนดเป็นความผิด อีกทั้งยังไม่ปรากฏกรณีว่า เคยมีการเหยียดหยามเครื่องหมายอื่นใด ต่างจากการเหยียดหยามธงชาติซึ่งพบการกระทำความผิดและมีคดีขึ้นสู่ศาลบ่อยครั้งกว่า

ประการที่สี่ ความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติควรกำหนด คำว่า “เหยียดหยาม” เป็นเจตนา พิเศษมากกว่าพฤติการณ์ประกอบการกระทำเช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศสาธารณรัฐอินเดีย และประเทศสาธารณรัฐเกาหลี เนื่องจากพฤติการณ์ประกอบการกระทำอาศัยความเห็นของวิญญาณชน เป็นเกณฑ์ซึ่งหลากหลายและยากต่อการหาฉันทมติ จึงไม่สอดคล้องกับหลักความชัดเจนแน่นอน ของกฎหมายอาญา นอกจากนี้ การเหยียดหยามมักขึ้นอยู่กับความเชื่อทางอัตวิสัยของบุคคลที่มีต่อ กลุ่มของผู้อื่น⁵⁶ การเหยียดหยามจึงมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับความคิดที่อยู่ภายในจิตใจของผู้กระทำ เพราะฉะนั้น ความน่าตำหนิของการกระทำจึงสมควรพิจารณาจากมูลเหตุชกใจของผู้กระทำ มากกว่าความเห็นของบุคคลทั่วไป เพียงบุคคลพลด ทำให้เสียหาย ทำให้ไร้ประโยชน์หรือทำให้ เปราะเปื้อนซึ่งธงชาติ ไม่ได้หมายความว่าเขาเหยียดหยามประเทศชาติเสมอไป อาทิ บุคคลอาจ กระทำไปเพื่อจำหน่าย (dispose) ธงชาติซึ่งการกระทำนั้นไม่สมควรถูกดำเนินจนต้องถูกลงโทษ ทางอาญา หรือบุคคลอาจกระทำไปเพื่อแสดงออกทางการเมืองซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ในสังคมประชาธิปไตย เป็นต้น ทั้งนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า ศาลไทยควรดำเนินตามแนวทางการ ตีความของศาลสูงเยอรมันซึ่งได้วางหลักว่า กรณีต้องเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นโดยมีพฤติการณ์ แวดล้อมที่รุนแรงจนถึงขนาดที่จะก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยของประชาชนได้ เช่นนี้จึงจะถือว่า ผู้กระทำมีเจตนาพิเศษ

ประการที่ห้า ผู้เขียนเสนอให้ยกเลิกความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติในมาตรา 54 แห่ง พระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 เนื่องจากมีความซ้ำซ้อนกับมาตรา 118 แห่งประมวลกฎหมายอาญา และวัตถุประสงค์ของมาตรา 54 ในการสร้างและรักษาความศักดิ์สิทธิ์ของธงชาติขาดความชอบธรรม เพราะในปัจจุบันประชาชนให้ความสำคัญและให้ความเคารพธงชาติเป็นการทั่วไป จึงไม่มีความจำเป็น

⁵⁵ พระราชบัญญัติเครื่องหมายครุฑพ่าห์ พ.ศ. 2534

⁵⁶ Michael A. Hogg, “Social Identity Theory,” in *Understanding Peace and Conflict through Social Identity Theory: Contemporary Global Perspectives*, eds. by Reeshma Haji, Neil Ferguson and Shelley McKeown (Springer, 2016), pp. 3-17.

อีกต่อไป กรณีต่างจากมาตรา 118 ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงมีความชอบธรรมเพราะสอดคล้องกับความจำเป็นของสภาพการณ์ในปัจจุบันที่การเหยียดหยาม ธงชาติมีโอกาสสูงที่จะนำไปสู่ความรุนแรงในสังคม นอกจากนี้ การสร้างเสริมและรักษาความศักดิ์สิทธิ์ของธงชาติยังสามารถทำได้ด้วยมาตรการอื่นและอาจมีประสิทธิภาพยิ่งกว่ากฎหมายอาญา อาทิ นโยบายทางการศึกษาหรือการรณรงค์ของรัฐบาล อันไม่เป็นไปตามหลักการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาเป็นวิธีทางสุดท้าย ขณะที่การรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนและความมั่นคงของประเทศเป็นภารกิจโดยตรงของกฎหมายอาญา ดังนั้น จึงเห็นสมควรให้คงมาตรา 118 ไว้

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากมาตรา 54 คุ้มครองธง รูปจำลองของธง หรือแถบสีธงประเภทอื่น ๆ ที่ได้บัญญัติกำหนดลักษณะไว้ในพระราชบัญญัติธงหรือตามที่กำหนดในกฎกระทรวงซึ่งออกตามพระราชบัญญัติธงด้วยซึ่งอยู่นอกเหนือขอบเขตการศึกษาวิจัยของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนจึงเสนอให้แก้ไขมาตรา 54 โดยเพิ่มเติมเนื้อหาในวรรคสอง ดังนี้

“ผู้ใดกระทำการใด ๆ อันมีลักษณะเป็นการเหยียดหยามต่อธง รูปจำลองของธง หรือแถบสีธงที่ได้บัญญัติกำหนดลักษณะไว้ในพระราชบัญญัตินี้ หรือตามที่กำหนดในกฎกระทรวงซึ่งออกตามพระราชบัญญัตินี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

การกระทำความผิดตามวรรคแรกไม่นำมาบังคับใช้กับการกระทำความผิดต่อธงชาติตามมาตรา 118 แห่งประมวลกฎหมายอาญา”

สำหรับมาตรา 118 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บทบัญญัติควรได้รับการบัญญัติใหม่ให้มีขอบเขตที่แคบลงและถ้อยคำที่ชัดเจนแน่นอนมากขึ้นตามแนวทางการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่ผู้เขียนได้นำเสนอ ดังนี้

“ผู้ใดปลด ทำลาย ทำให้เสียหาย ทำให้ไร้ประโยชน์หรือทำให้เปราะเปื้อนซึ่งธงอันมีความหมายถึงรัฐเพื่อเหยียดหยามประเทศชาติ ในสาธารณสถานหรือที่ประชุม ต้องระวางโทษ...

ธงอันมีความหมายถึงรัฐ หมายถึง ผืนธงที่มีความหมายถึงประเทศไทยและชาติไทยตามมาตรา 5(1) แห่งพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 ไม่ว่าจะมิขนาดใดและทำมาจากวัสดุใด”

การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมของขบวนการเรียกร้องประชาธิปไตย
ระหว่างปี พ.ศ. 2563 - 2564*

Restrictions on Freedom of Peaceful Assembly on
Democratisation Movements between 2020-2021

พัทธ์ นิยมศิลป์

Pat Niyomsilp

อาจารย์ประจำ

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

Full-time Lecturer

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

Corresponding author Email: pat.n@chula.ac.th

(Received: May 2023 ,3; Revised: June 30, 2023; Accepted: July 2023 ,18)

บทคัดย่อ

เสรีภาพในการชุมนุมเป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ปัจจุบันประเทศไทยมี พ.ร.บ.การชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 เป็นกฎหมายเฉพาะสำหรับการดูแลการชุมนุมสาธารณะ แต่เมื่อมีการระบาดของโรคโควิด-19 ขึ้นในปี พ.ศ. 2563 รัฐบาลได้ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ตาม พ.ร.ก.การบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 เพื่อจัดการกับการระบาดของโรค ในการนี้ รัฐบาลได้ประกาศข้อกำหนดและกฎจำนวนมากเพื่อจำกัดเสรีภาพในการชุมนุม งานวิจัยนี้มุ่งศึกษารูปแบบการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมของขบวนการเรียกร้องประชาธิปไตยระหว่างปี 2563-2564 และวิเคราะห์อุปสรรคในการตรวจสอบการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุม จากการศึกษาพบว่าสาเหตุที่เจ้าหน้าที่รัฐใช้อำนาจจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมได้ตามอำเภอใจและไม่สอดคล้องกับมาตรฐานสากลเกี่ยวกับการดูแลการชุมนุมสาธารณะ เนื่องจากผู้มีอำนาจรัฐสามารถกำหนดฐานทางกฎหมายผ่านกฎหมายฉุกเฉินเพื่อสร้างความชอบธรรมในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมอย่างไรก็ได้ ในขณะที่กระบวนการตรวจสอบ

การจำกัดเสรีภาพที่ไม่มีประสิทธิภาพและไม่ยึดโยงกับหลักสากลอย่างเพียงพอ สภาวะเช่นนี้ส่งผลให้ขบวนการเรียกร้องประชาธิปไตยในปี 2563-2564 ต้องเผชิญกับการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมที่ไม่สอดคล้องกับหลักสากลส่งผลให้ไม่สามารถชุมนุมเพื่อแสดงออกทางการเมืองได้อย่างมีประสิทธิภาพ

คำสำคัญ : เสรีภาพในการชุมนุม, การชุมนุมสาธารณะ, การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุม, กฎหมายการชุมนุมสาธารณะ, หลักสากล, สิทธิมนุษยชน

Abstract

Freedom of assembly is one of the fundamental rights under international human rights law. In Thailand, Public Assembly Act B.E.2558 is the main legal instrument regulating such freedom. However, after Covid-19 pandemic immersed in early 2020, The government of Thailand declared state of emergency to tackle the problem. Many health-related regulations which are imposed between 2020 2021 – unduly restricted freedom of assembly significantly. This research investigates how the government restricted student-led democratisation movements between 2021 – 2020 and identifies difficulties in reviewing these health-restrictions limiting freedom of assembly. It argues that the emergency law and emergency decree gave too wide legal basis granting too much discretion to officers while the judicial review process was weakened and departed from international standards significantly. Under these circumstances, political activists in 2022-2021 were unable to exercise their freedom of assembly effectively. They face restrictions on freedom of assembly which did not comply with international standards.

Keywords : Freedom of Assembly, Public Assembly, Restrictions on Freedom of Assembly, Public Assembly Law, International Standards, Human Rights.

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ก่อนที่จะมีการประกาศใช้ พ.ร.บ. การชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 (ต่อไปจะเรียก “พ.ร.บ. ชุมนุมฯ”) มีงานวิจัยหลายชิ้นที่ระบุปัญหาของการดูแลการชุมนุมสาธารณะในประเทศไทยว่าเกิดขึ้นเพราะระบบกฎหมายไทยไม่มีกฎหมายเฉพาะในระดับพระราชบัญญัติวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการดูแลการชุมนุมสาธารณะไว้โดยตรง¹ ยกตัวอย่างเช่น งานวิจัยของ สมชาย ปรีชาศิลปกุล และคณะ² ในปี 2558 ตั้งข้อสังเกตว่าองค์กรตุลาการในประเทศไทยมีแนวคำพิพากษาคดีเสรีภาพในชุมนุมที่ไม่ชัดเจนและไม่เป็นไปในทิศทางเดียวกันเนื่องจากขาดกฎหมายเฉพาะในระดับพระราชบัญญัติในการกำหนดรายละเอียดขั้นตอน ข้อกำหนด หลักเกณฑ์ หน่วยงานรับผิดชอบ อำนาจหน้าที่ และบทลงโทษอย่างชัดเจน สอดคล้องกับรายงานการวิจัยของ สราวุธ ทับทอง³ ได้ทำการศึกษาการชุมนุมเคลื่อนไหวทางการเมืองของกลุ่มแนวร่วมประชาธิปไตยต่อต้านเผด็จการแห่งชาติ (นปช.) ที่ออกมาเรียกร้องให้รัฐบาลยุบสภาและจัดให้มีการเลือกตั้งใหม่ แต่รัฐบาลในขณะนั้นได้ใช้กองกำลังทหารเข้าสลายการชุมนุมในปี 2553 โดยการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตาม พ.ร.ก. การบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 (ต่อไปจะเรียก “พ.ร.ก.ฉุกเฉินฯ”) สราวุธตั้งข้อสังเกตว่าสาเหตุประการสำคัญที่นำไปสู่การสลายการชุมนุมด้วยความรุนแรงคือการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินและใช้กฎหมายความมั่นคงเข้าควบคุมสถานการณ์ และสรุปว่าสังคมไทย ณ เวลานั้นขาดแบบแผน กติกา และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการชุมนุมสาธารณะ ดังนั้น สราวุธจึงได้เสนอว่าประเทศไทยจำเป็นต้องมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการชุมนุมสำหรับบังคับใช้กับการชุมนุมสาธารณะ

¹ ชูธิดา รตนัดจตามณี. ปัญหาเกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556 ; ญัฐพงศ์ มหามันท์โพธิ์. บทบาทของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายที่เกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553 ; ปรีดีมณีส มุสิกษัตราจารย์. กฎหมายเกี่ยวกับการใช้กำลังควบคุมการชุมนุมสาธารณะ: ศึกษาร่างพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554 ; วาสุณี วัฒนประดิษฐ์. เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551 ; สราวุธ ทับทอง. สถานการณ์ฉุกเฉินและความรุนแรง : ศึกษาความเหมาะสมสำหรับการควบคุมและจัดการการชุมนุมประท้วงของภาคีรัฐในช่วง พ.ศ. 2552-2553 ผ่านหลักนิติรัฐ. รายงานการวิจัย กองทุนอุดหนุนการวิจัย คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557; กนกวรรณ พุ่มอยู่. เสรีภาพในการชุมนุม: กรณีศึกษาการชุมนุมของประชาชนตามพระราชบัญญัติชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558. วิทยานิพนธ์ รัฐศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง ; 2560.

² สมชาย ปรีชาศิลปกุล, เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย : รายงานการศึกษาวินิจฉัย (สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ 2015), หน้า 529-530.

³ สราวุธ ทับทอง, สถานการณ์ฉุกเฉินและความรุนแรง : ศึกษาความเหมาะสมสำหรับการควบคุมและจัดการการชุมนุมประท้วงของภาคีรัฐในช่วง พ.ศ. 2552-2553 ผ่านหลักนิติรัฐ (รายงานการวิจัย กองทุนอุดหนุนการวิจัย คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2557).

เป็นการเฉพาะเพื่อสร้างแบบแผนสำหรับการปฏิสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่รัฐกับผู้ชุมนุม⁴ ทั้งเสนออีกด้วยว่า กฎหมายเฉพาะฉบับนี้ควรมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับขั้นตอนการสลายการชุมนุมที่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน โดยอาจประยุกต์แนวทางจาก Code of Conduct for Law Enforcement Officials และ Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials.⁵

อย่างไรก็ดี เมื่อได้มีการประกาศใช้ พ.ร.บ.ชุมนุมฯ แล้ว ปรากฏว่ารัฐบาลยังมิได้เปลี่ยนแปลงทัศนคติและมิได้เปลี่ยนแปลงพฤติกรรมในการใช้กฎหมายฉุกเฉินเข้าควบคุมการชุมนุมสาธารณะที่มีเนื้อหาทางการเมือง ยกตัวอย่างเช่น งานวิจัยของ สมชาย ปรีชาศิลปกุล นัทมน คงเจริญ และ พรรณ บุญช่วย เรื่อง “บทเรียนและสภาพปัญหาเกี่ยวกับเสรีภาพในการชุมนุมเพื่อการปรับปรุงพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558” ระบุว่าบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะจะต้องมีความชัดเจนเนื่องจากเจ้าหน้าที่รัฐมีแนวโน้มที่จะขยายขอบเขตการใช้อำนาจและตีความจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมตามอำเภอใจ หากกฎหมายจะเปิดโอกาสให้มีการจำกัดการชุมนุมสาธารณะได้ก็ต้องมีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนโดยไม่เปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่รัฐฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถที่จะจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมได้อย่างกว้างขวางโดยปราศจากการตรวจสอบถึงความชอบด้วยกฎหมาย⁶ นอกจากนี้ยังเสนออีกว่า ควรมีการปรับปรุงกระบวนการโต้แย้งการใช้อำนาจในการแทรกแซงเสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะ กระบวนการจะต้องสามารถโต้แย้งได้อย่างรวดเร็วและสอดคล้องกับลักษณะพื้นฐานของการชุมนุมสาธารณะที่ต้องการคำชี้ขาดโดยไวก่อนเวลานัดหมายชุมนุมหรือก่อนที่การชุมนุมจะถูกสลาย⁷

ต่อประเด็นปัญหาในการบังคับใช้ พ.ร.บ.ชุมนุมฯ รายงานวิจัยของ สมชาย ปรีชาศิลปกุล และคณะ เรื่อง “บทเรียนและสภาพปัญหาจาก พ.ร.บ. การชุมนุมสาธารณะ และอำนาจของศาลในการคุ้มครองเสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะ”⁸ ระบุว่า พ.ร.บ. การชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 117.

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

⁶ สมชาย ปรีชาศิลปกุล นัทมน คงเจริญ และ พรรณ บุญช่วย, **บทเรียนและสภาพปัญหาเกี่ยวกับเสรีภาพในการชุมนุมเพื่อการปรับปรุงพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558** (กรุงเทพมหานคร: ธรรมดาเพรส, 2563), หน้า 285.

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 288.

⁸ สมชาย ปรีชาศิลปกุล, นัทมน คงเจริญ, อุษณีย์ เอมศิรินันท์, ปารณ บุญช่วย คณะนิติศาสตร์, สุทธิชัย งามชื่นสุวรรณ และนิติณี ทองแท้, “บทเรียนและสภาพปัญหาจาก พ.ร.บ. การชุมนุมสาธารณะ และอำนาจของศาลในการคุ้มครองเสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะ”, 25 มีนาคม 2564 [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://prachatai.com/journal/2021/03/92270> [3 กันยายน 2565].

มีปัญหาอย่างน้อย 6 ประการ ได้แก่ (1) นิยามการชุมนุมไม่ชัดเจนทำให้กิจกรรมสาธารณะทุกประเภทสามารถกลายเป็นการชุมนุมภายใต้กฎหมายนี้ได้ทั้งหมด (2) แนวทางปฏิบัติของเจ้าหน้าที่รัฐไม่เป็นไปในทิศทางเดียวกัน แม้ว่าจะมีคู่มืออย่างชัดเจน (3) การใช้อำนาจของตำรวจไม่ชัดเจนว่าเป็นคำสั่งห้ามหรือเป็นเพียงคำแนะนำ (4) กฎหมายนี้มีได้เป็น One Stop Service กล่าวคือมีกฎหมายอื่น ๆ บังคับใช้ไปพร้อม ๆ กันทำให้ผู้ชุมนุมเกิดการกระ (5) ผู้บังคับใช้กฎหมายเน้นการควบคุมมากกว่าการอำนวยความสะดวก มีการเลือกปฏิบัติบังคับใช้กฎหมายกับคนบางกลุ่มเท่านั้น และ (6) การสลายการชุมนุมที่เปิดช่องให้งดเว้นการปฏิบัติตามกฎหมายชุมนุมสาธารณะหากมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน

ในภาพรวม แม้ว่าจะได้มีรายงานการศึกษาที่วิเคราะห์ปัญหาและข้อบกพร่องของ พ.ร.บ.ชุมนุมฯ และมีการศึกษาส่วนที่สัมพันธ์กับการใช้อำนาจตาม พ.ร.ก.ฉุกเฉินฯ บ้างแล้ว แต่ยังไม่มีการศึกษาใดที่ศึกษารูปแบบการชุมนุมสาธารณะและการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมในบริบทที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อควบคุมโรคโควิด-19 (ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินด้วยเหตุผลทางสาธารณสุข) นอกจากนั้น ยังไม่เคยมีการศึกษาเกี่ยวกับกฎหมายการชุมนุมสาธารณะใดที่เปรียบเทียบกับหลักสากลในการดูแลการชุมนุมสาธารณะที่อธิบายโดย General Comment 37⁹ ซึ่งได้รับการรับรองโดยคณะกรรมการประจำกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (Human Rights Committee) ในช่วงกลางปี 2563 ซึ่งเป็นช่วงเวลาหลังจากที่ประเทศไทยได้มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อควบคุมการแพร่ระบาดของโรคโควิด-19 ได้ไม่นาน ดังนั้น การศึกษาสากลในการดูแลการชุมนุมสาธารณะในช่วงระยะเวลา พ.ศ. 2564 – 2563 จะแสดงให้เห็นถึงกลไกที่รัฐใช้ในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมชัดเจนขึ้น

2. วัตถุประสงค์การวิจัย

งานวิจัยนี้มีจุดประสงค์เพื่อศึกษารูปแบบการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมของขบวนการนิสิตนักศึกษา และประชาชนเพื่อเรียกร้องประชาธิปไตยระหว่าง ปี พ.ศ.2563-2564 ที่ต้องเผชิญกับมาตรการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมของรัฐหลากหลายรูปแบบ โดยหลาย ๆ มาตรการในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมที่รัฐนำมาใช้ไม่ได้สอดคล้องกับมาตรฐานสากลในการดูแลการชุมนุมสาธารณะเนื่องจากกฎหมายไทยและกระบวนการยุติธรรมที่มีอยู่ในปัจจุบันไม่กำหนดให้ผู้บังคับใช้กฎหมายและผู้ตรวจสอบการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมต้องพิจารณามาตรการนั้น ๆ ภายใตกรอบกติกา

⁹ Human Rights Committee, General Comment no. 37 (2020) on the right of peaceful assembly (article 21): adopted by the Committee at its 129th Session (29 June-24 July 2020).

สากล ผลที่เกิดขึ้นคือ ผู้มีอำนาจรัฐสามารถกำหนดฐานทางกฎหมายเพื่อเป็นเครื่องมือในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมอย่างไรก็ได้และเจ้าหน้าที่ก็สามารถบังคับใช้กฎหมายเหล่านี้เพื่อจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมได้ตามอำเภอใจ

เพื่อเป็นการเข้าใจถึงปัญหาในเชิงลึก งานวิจัยนี้จึงศึกษารูปแบบการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมและศึกษาอุปสรรคในกระบวนการตรวจสอบการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมในช่วงที่ประเทศไทยกำลังเผชิญกับทั้งวิกฤติด้านการเมืองการปกครอง และวิกฤติด้านสาธารณสุขพร้อม ๆ กัน เพื่อนำมาเป็นบทเรียนในการพัฒนากระบวนการคุ้มครองเสรีภาพในการชุมนุมในอนาคต ผู้วิจัยหวังเป็นอย่างยิ่งว่า องค์ความรู้ที่เกี่ยวข้องกับการใช้เสรีภาพในการชุมนุมจะได้ตระหนักถึงความสำคัญของมาตรฐานสากลและปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพในขอบเขตที่ได้รับมอบหมายสอดคล้องกับแนวปฏิบัติที่ได้รับการยอมรับในระดับนานาชาติ

3. คำถามการวิจัยและสมมติฐาน

งานวิจัยนี้ตั้งสมมติฐานว่า การชุมนุมของขบวนการนิสิต นักศึกษา และประชาชน เพื่อเรียกร้องประชาธิปไตยระหว่างปี พ.ศ. 2563-2564 ต้องเผชิญกับมาตรการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมของรัฐที่ไม่เป็นไปตามหลักสากลหลากหลายรูปแบบเนื่องจากกระบวนการยุติธรรมที่มีอยู่ตามระบบกฎหมายไทยไม่มีเกณฑ์ที่บังคับให้ผู้ใช้กฎหมายและผู้ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐต้องพิจารณามาตรการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมภายใต้กรอบกติกาสากล การที่ไม่มีความเชื่อมโยงระหว่างหลักกติกาสากลกับกฎหมายที่ใช้ดูแลการชุมนุมสาธารณะส่งผลทำให้การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมเป็นไปตามอำเภอใจของผู้บังคับใช้กฎหมาย

4. ระเบียบวิธีวิจัย

การศึกษานี้จะเป็นการศึกษาเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยจะเน้นไปที่การศึกษาวិเคราะห์จากเอกสาร (Document Analysis) ข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงที่ปรากฏบนสื่อสาธารณะ เพื่อระบุว่าเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบที่มีอยู่ในประเทศไทยระหว่างปี พ.ศ. 2563-2564 มีขอบเขตเพียงใด โดยกำหนดอาณาเขตจากการเปรียบเทียบกับขอบเขตของเสรีภาพในการชุมนุมที่ได้รับการรับรองภายใต้กรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคี จากนั้น ศึกษาฐานทางกฎหมายและรูปแบบการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมที่เจ้าหน้าที่รัฐใช้ในช่วงเวลาที่ทำการศึกษาแล้วจึงวิเคราะห์ว่าฐานทางกฎหมายและรูปแบบในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมในประเทศไทยมีความสอดคล้องกับหลักการสากลเพียงใด งานวิจัยนี้มุ่งศึกษาการจำกัด

เสรีภาพในการชุมนุมผ่านข้อจำกัดด้าน เนื้อหา เวลา สถานที่ และวิธีการในประเทศไทยระหว่างปี พ.ศ. 2563-2564 ว่าสอดคล้องกับหลักสากลหรือไม่ ผู้ที่ใช้เสรีภาพในการชุมนุมต้องเผชิญกับอุปสรรคในรูปแบบใดบ้าง และมีอุปสรรคในการตรวจสอบข้อจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมอย่างไร

5. กรอบแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องและการพิจารณาขอบเขตของเสรีภาพในการชุมนุม

การศึกษาในส่วนนี้จะเริ่มจากการค้นหาหลักสากลในการดูแลการชุมนุมสาธารณะและวิเคราะห์ว่าหลักการสากลเหล่านี้มีสถานะอย่างไรตามระบบกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ โดยจะวิเคราะห์ถึงข้อบกพร่องและที่มาของหลักการสากลตลอดจนการยอมรับและการนำมาบังคับใช้ หลักสากลเหล่านี้ในระบบกฎหมายภายในประเทศ ในหัวข้อย่อยถัดมาจะเป็นการพิจารณาหลักสากลเกี่ยวกับการดูแลการชุมนุมสาธารณะในช่วงที่มีการระบาดของโรคโควิด-19 โดยจะค้นหาแนวทางปฏิบัติและการแนะนำจากองค์กรที่มีอิทธิพลในการวางมาตรฐานสากล จากนั้น ในหัวข้อย่อยสุดท้ายจะพิจารณาถึงขอบเขตของเสรีภาพในการชุมนุมภายใต้ระบบกฎหมายไทย

5.1 หลักสากลในการดูแลการชุมนุมสาธารณะและที่มาของหลักสากล

หลักสากลเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมมีลักษณะทั้งที่มาจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรและมีลักษณะที่มาจากข้อบ่งชี้ที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งเป็นบรรทัดฐานทางกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติในลักษณะที่เป็นประโยคทางกฎหมายและเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่เป็นรากฐานของระบบกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ส่วนที่เป็นลายลักษณ์อักษรในระดับกฎหมายระหว่างประเทศนั้นจะมีที่มาจาก “ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน” (Universal Declaration of Human Rights: UDHR) ข้อ 20 โดยระบุว่า “บุคคลมีสิทธิที่จะชุมนุมโดยสงบและรวมตัวเป็นสมาคม” (Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and association) ต่อมาเมื่อประชาคมนานาชาติได้ให้การยอมรับว่าสิทธิและเสรีภาพที่ได้รับการรับรองตาม UDHR มีลักษณะเป็นสิทธิมนุษยชนสากลและถือว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย ประเทศต่าง ๆ จึงนำสิทธิเหล่านี้ไปรับรองอีกชั้นในระบบกฎหมายภายในของรัฐตน เช่น การมีกฎหมายภายในอนุวัติการหรือการให้รับรองสิทธิเสรีภาพที่ปรากฏตาม UDHR ผ่านรัฐธรรมนูญของตน¹⁰ นอกจากนี้ข้อบ่งชี้ของหลักสากลเกี่ยวกับเสรีภาพในการชุมนุมยังมีที่มาจาก

¹⁰ ยกตัวอย่าง เช่น การรับรองเสรีภาพในการชุมนุมในประเทศไทยปรากฏตั้งแต่มีรัฐธรรมนูญหลังเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 ซึ่งเป็นการรับรองสิทธิในการประชุมอย่างกว้าง ๆ ในปัจจุบันเสรีภาพในการชุมนุมได้รับการรับรองตามมาตรา 44 (รัฐธรรมนูญ 2560) โดยมีการใช้ถ้อยคำในการรับรองในลักษณะเดียวกันกับที่ปรากฏใน ICCPR ข้อ 21

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR)¹¹ โดยข้อที่ 21 ระบุว่า

“สิทธิในการชุมนุมโดยสงบย่อมได้รับการรับรอง การจำกัดการใช้สิทธินี้จะกระทำมิได้นอกจากจะกำหนดโดยกฎหมายและเพียงเท่าที่จำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตย เพื่อประโยชน์แห่งความมั่นคงของชาติหรือความปลอดภัย ความสงบเรียบร้อย การสาธารณสุข หรือศีลธรรมของประชาชนหรือการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น”

ในส่วนบ่อเกิดที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรนั้นมีที่มาจากกรณีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรขององค์กรที่ทำหน้าที่ตีความ ยกตัวอย่างเช่น แนวคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปและคำวินิจฉัยของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติตลอดจนความเห็นของผู้รายงานพิเศษแห่งสหประชาชาติด้านเสรีภาพในการชุมนุมและการสมาคม (UN Special Rapporteur on freedom of assembly and association) ต่างก็ได้สร้างแนวคำวินิจฉัยและความเห็นในคดีต่าง ๆ จำนวนมากเพียงพอที่จะเรียกได้ว่าเป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการยอมรับในระดับนานาชาติ อีกทั้งกระบวนการวินิจฉัยคดีของทั้งศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติก็มีลักษณะการดำเนินการและการให้เหตุผลทางนิติศาสตร์ (rule-based procedure) มีการอ้างอิงบรรทัดฐานของอีกองค์กรภายใต้ระบบกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่มีรากฐานมาจากปณิธานสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ดังนั้น คำวินิจฉัยของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติและศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปจึงเป็นบ่อเกิดของหลักสากลเกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะที่ชัดเจนและมีจำนวนมากที่สุดในปัจจุบัน¹² นอกจากนี้ ยังมีองค์กรอื่น ๆ ที่สามารถถือได้ว่ามีส่วนสร้างหลักสากล ยกตัวอย่างเช่น แนวคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนอเมริกา (Inter-American Court of Human Rights) และศาลสิทธิมนุษยชนแห่งแอฟริกา (African Court on Human and Peoples' Rights) แต่แนวคำพิพากษาดังกล่าวตลอดจนจำนวนของคำพิพากษาที่เกี่ยวกับเสรีภาพในการชุมนุมที่เกิดจากสององค์กรนี้ยังมีจำนวนน้อยและส่วนใหญ่เป็นการอ้างอิงถึงบรรทัดฐานที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติและศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปวางไว้แล้ว

¹¹ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีเมื่อ 29 ตุลาคม 2539 มีผลใช้บังคับ 30 มกราคม 2540

¹² Pat Niyomsilp. *Protest Law and Public Order Policing in Hybrid Regimes*. Doctoral Thesis, University of East Anglia ; p.37.

นอกจากหลักสากลจะมีบ่อเกิดจากการตีความคำพิพากษาขององค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน เช่น ศาลสิทธิมนุษยชนและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแล้ว ยังมีคำอธิบายของ คณะกรรมการประจำกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (Human Rights Committee) ที่เรียกว่า ความเห็นทั่วไป (General Comment) ที่อธิบายหลักการ เจตนารมณ์ และแนวปฏิบัติที่ควรจะเป็นโดยอ้างอิงผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นจากกลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศภายใต้พันธกรณีที่ปรากฏใน ICCPR ข้อ 21 ยกตัวอย่างเช่น ผ่านข้อสังเกตเชิงสรุป (concluding observations) มติ (resolutions) แนวทางการตีความ (interpretive guidelines)¹³ และคำตัดสินของศาล (judicial decisions)

ในเดือนกันยายน ค.ศ. 2020 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนได้เผยแพร่ ความเห็นทั่วไปฉบับที่ 37¹⁴ ซึ่งวางแนวปฏิบัติโดยละเอียดในการตีความ ICCPR ข้อที่ 21 และระบุขอบเขตของเสรีภาพในการชุมนุม พันธกรณีของรัฐ การจำกัดเสรีภาพ การดูแลการชุมนุมสาธารณะและการใช้กำลังของเจ้าหน้าที่¹⁵ ในปัจจุบันอาจถือได้ว่า ความเห็นทั่วไปฉบับที่ 37 เป็นการรวบรวมหลักสากลเกี่ยวกับเสรีภาพในการชุมนุมที่ครอบคลุมทุกมิติและสมบูรณ์ที่สุด ณ ปัจจุบัน เนื่องจากมีการอ้างอิงบรรทัดฐานจากทั้งศาลสิทธิมนุษยชนในภูมิภาคต่าง ๆ และแนวปฏิบัติที่องค์กรระหว่างประเทศต่าง ๆ ได้จัดทำขึ้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ความเห็นทั่วไปฉบับที่ 37 แม้ว่าจะไม่มีสถานะเป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศ แต่ก็มีสถานะเป็นที่มาของหลักสากลที่องค์กรที่มีหน้าที่ตีความ ICCPR สามารถอ้างอิงเพื่อวางบรรทัดฐานเกี่ยวกับเสรีภาพในการชุมนุมได้

¹³ ยกตัวอย่างเช่น (OSCE) Office for Democratic Institutions and Human Rights & European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly 3rd edition (2019); the African Commission on Human and Peoples' Rights (ACHPR), Guidelines on Freedom of Association and Assembly in Africa (2017); ACHPR, Guidelines for the Policing of Assemblies by Law Enforcement Officials in Africa (2017); Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression of the Inter-American Commission on Human Rights, Protest and Human Rights: Standards on the rights involved in social protest and the obligations to guide the response of the State (2019)

¹⁴ Human Rights Committee, General Comment No.37 On the Right of peaceful assembly (article 21) CCPR/C/GC/37, 2020).

¹⁵ Christof Heyns and Marko Milanovic, "The UN Human Rights Committee's General Comment 37 on the Right of Peaceful Assembly: A Conversation, A webinar hosted by Bonavero Institute of Human Rights 23 February 2021", Faculty of Law, University of Oxford [online] Available from : <https://www.law.ox.ac.uk/events/un-human-rights-committees-general-comment-37-right-peaceful-assembly-conversation> [13 January 2022]

ในทางปฏิบัติการหยิบยกเอาหลักการในพันธกรณีระหว่างประเทศมาประกอบการวินิจฉัยคดีภายใต้ระบบกฎหมายไทยจะอยู่ภายใต้ดุลยพินิจของผู้พิพากษาคดีนั้น ๆ ยกตัวอย่างเช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555 ลงวันที่ 28 มีนาคม 2555 ได้มีการนำเอาหลักสิทธิมนุษยชนที่ปรากฏตาม UDHR และ ICCPR มาประกอบคำอธิบาย หลักนิติธรรม (the rule of law) และหลักข้อสันนิษฐานว่าจำเลยในคดีอาญาเป็นผู้บริสุทธิ์ (presumption of innocent) ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ¹⁶ เมื่อระบบกฎหมายไทยยึดหลักทวินิยมที่ถือว่าสนธิสัญญาและข้อตกลงระหว่างประเทศจะไม่มีผลบังคับภายในประเทศจนกว่าจะมีกฎหมายภายในอนุวัติการ การนำเอาหลักสากลที่มีบ่อเกิดจากกฎหมายระหว่างประเทศมาวินิจฉัยคดีโดยตรงจึงไม่ได้ถือว่าเป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาที่จะต้องกระทำในทุกกรณี ดังนั้น หากไม่มีกฎหมายภายในสร้างเกณฑ์การพิจารณาตามหลักสากลไว้เป็นการเฉพาะ ผู้บังคับใช้กฎหมายก็อาจมองข้ามหลักสากลเหล่านี้

การที่ผู้พิพากษามองข้ามหลักสากลที่มีบ่อเกิดจากกฎหมายระหว่างประเทศจะส่งผลเสียต่อการคุ้มครองเสรีภาพในการชุมนุมสองประการ กล่าวคือ ประการแรก การคุ้มครองเสรีภาพในการชุมนุมในประเทศไทยจะไม่สอดคล้องกับหลักสากลที่นานาประเทศยึดถือ เนื่องจากธรรมชาติของแนวคิดสิทธิมนุษยชนจะขึ้นอยู่กับความเป็นสากลไร้พรมแดน แต่การคุ้มครองและพัฒนาหลักการสิทธิมนุษยชนจะเป็นหน้าที่ของแต่ละรัฐที่จะต้องไปคุ้มครองและส่งเสริมกันเอง ดังนั้น ถ้ารัฐไทยไม่ยึดถือหลักการสากลและสร้างแนวปฏิบัติของตนเอง มาตรฐานของกระบวนการยุติธรรมในประเทศไทยจะเริ่มแตกต่างจากหลักสากลและมีความแตกต่างที่เพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ ส่งผลให้การยอมรับจากประชาคมนานาชาติต่อระบบกฎหมายไทยก็จะลดลงเรื่อย ๆ เช่นกัน ประการที่สอง การไม่ยึดโยงกับหลักสากลจะทำให้ระบบกฎหมายไทยตกขบวนการพัฒนาสิทธิมนุษยชน ปรับเปลี่ยนไม่ทันอารยประเทศ เสรีภาพในการชุมนุมในฐานะส่วนหนึ่งของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศจะมีการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง ทั้งจากศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศระดับภูมิภาคและจากคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนสหประชาชาติ มีการสร้างบรรทัดฐานใหม่ ๆ ซึ่งมีผลเป็นการขยายขอบเขตการคุ้มครองหรือลบล้างหลักการเดิมอยู่เสมอ หากรัฐไทยไม่ยึดโยงกับหลักสากลก็จะส่งผลให้ระบบกฎหมายสิทธิมนุษยชนไทยมีระดับการพัฒนาด้านสิทธิมนุษยชนที่ช้ากว่าประเทศเสรีประชาธิปไตยอื่น ๆ เพราะต้องรอให้ศาลภายในประเทศสร้างบรรทัดฐานเองในทุกกรณี เมื่อคำนึงถึงจำนวนคดีในประเทศที่นำไปสู่การสร้างบรรทัดฐานเกี่ยวกับการใช้เสรีภาพในการชุมนุมจะพบว่ามีจำนวนน้อยมากเมื่อเทียบกับจำนวนคดีที่ขึ้นสู่ศาลสิทธิมนุษยชนระดับภูมิภาคหรือจำนวนคดีที่ขึ้น

¹⁶ พิมลพัทธ์ อริยะฉานกุล, “คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 12/2555 วันที่ 28 มีนาคม พ.ศ.2555 เรื่องพระราชบัญญัติขยายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ.2545 มาตรา 54 ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 39 วรคสอง มาตรา 40(5) ประกอบมาตรา 30 หรือไม่”, *จลนิติ* (2555), หน้า 113-117.

สู่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนสหประชาชาติ โอกาสที่ศาลภายในประเทศจะวางบรรทัดฐานเกี่ยวกับเสรีภาพในการชุมนุมผ่านคำพิพากษาจึงน้อยกว่ามาก

5.2 การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมระหว่างที่มีการแพร่ระบาดของโรคโควิด-19

การแพร่ระบาดของโรคโควิด-19 ส่งผลให้หลาย ๆ ประเทศประกาศมาตรการควบคุมโรค โดยห้ามการชุมนุมสาธารณะ คณะมนตรีสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (United Nations Human Rights Council: UNHRC) ในวาระการประชุมสมัยที่ 44 วันที่ 30 มิถุนายน ถึง 17 กรกฎาคม 2563 ได้มีมติที่ 20/44 (รับรองเมื่อวันที่ 17 กรกฎาคม 2563) เรื่อง การส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในบริบทของการชุมนุมโดยสงบ¹⁷ มตินี้เน้นย้ำว่า รัฐไม่ควรอ้างการระบาดของโรคโควิด-19 เพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานโดยเฉพาะอย่างยิ่งเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบ เสรีภาพในการสมาคม และเสรีภาพในการแสดงออก โดยไม่คำนึงถึงความจำเป็นและความได้สัดส่วน การจำกัดเสรีภาพใด ๆ ที่ได้รับการรับรองตามพิธีสารระหว่างประเทศจะต้องกระทำภายใต้เงื่อนไขที่ได้กำหนดไว้ในพิธีสารนั้น ๆ อย่างเคร่งครัด หากพิจารณาโดยรวมแล้วจะพบว่ามติที่ 20/44 มีจุดที่น่าสังเกตอย่างน้อย 2 ประการ

ประการแรก มติที่ 20/44 ได้รับรองข้อสังเกตการบังคับใช้มาตรการป้องกันโควิด-19 จำกัดเสรีภาพในการชุมนุมของผู้รายงานพิเศษด้านเสรีภาพในการชุมนุมและการสมาคม เคลมมต์ โวล์ ที่ชี้ว่า มาตรการป้องกันโควิด-19 ไม่ควรใช้เพื่อการระงับยับยั้งเสรีภาพในการชุมนุมและการสมาคม¹⁸ เคลมมต์ อธิบายว่า ไม่มีประเทศใดหรือรัฐบาลใดที่สามารถจำกัดวิถีวิถีการแพร่ระบาดนี้ได้เพียงลำพัง รัฐบาลควรมองว่าภาคประชาสังคมและองค์กรไม่แสวงหากำไร (NGOs) เป็นหุ้นส่วนทางยุทธศาสตร์ ในการต่อกรกับโรคระบาด การจำกัดการรวมตัวหรือการชุมนุมด้วยเหตุผลทางสาธารณสุขสามารถทำได้แต่ต้องกระทำภายใต้หลักความจำเป็นและหลักความได้สัดส่วน อย่างไรก็ตาม ส่วนใหญ่จะพบว่ากฎหมายและกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่มาจำกัดสิทธิมีลักษณะที่ไม่ชัดเจนสามารถตีความได้กว้าง อีกทั้งมีการกำหนดโทษที่รุนแรงและไม่ได้สัดส่วนกับความผิดที่เกิดขึ้น หลาย ๆ กรณี กฎเหล่านี้ถูกใช้อย่างเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อผู้ที่เห็นต่าง ผู้ที่ถูกจับตา หรือตกเป็นเป้าหมายทางการเมืองของรัฐบาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือบังคับใช้กฎหมายฉุกเฉิน ที่เป็นการงดเว้นสิทธิตามรัฐธรรมนูญ¹⁹ โดยไม่ได้คำนึงว่าจุดประสงค์ที่แท้จริงของการใช้มาตรการฉุกเฉินคือเพื่อป้องกันภัยสาธารณะอันมีมาจากโรคโควิด-19

¹⁷ UN Doc A/HRC/44/L.11 [online] Available from : https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/44/L.11 [15 February 2022]

¹⁸ Clément Voule, “States responses to Covid 19 threat should not halt freedoms of assembly and association”, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 14 April 2020.

¹⁹ Ibid.

ประการที่สอง มติ 20/44 ยังได้เน้นย้ำถึงความสำคัญของหลักดูแลการชุมนุมสาธารณะ 10 ประการ ที่ปรากฏตามรายงาน UN Doc A/HRC/31/66 ด้วยเหตุนี้ แม้จะอยู่ภายใต้สถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคโควิด-19 รัฐก็ไม่อาจจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมและเสรีภาพในการแสดงออกในลักษณะทั่วไปและอย่างสิ้นเชิง จนถึงขนาดที่ประชาชนไม่สามารถใช้เสรีภาพดังกล่าวได้ หากแต่ต้องกำหนดเงื่อนไขในการชุมนุมที่ชัดเจนเพื่อป้องกันการแพร่ระบาดของโรคโควิด-19 โดยที่ประชาชนยังคงใช้เสรีภาพในการชุมนุมและแสดงออกซึ่งความคิดเห็นได้ การห้ามการชุมนุมจะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีบนพื้นฐานของข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีอย่างเพียงพอว่าการชุมนุมสามารถทำได้หรือไม่ ด้วยเหตุนี้ หากพิจารณาโดยรวมแล้วจะพบว่าในระหว่างที่มีการใช้มาตรการป้องกันโรคโควิด-19 หลักสากลเกี่ยวกับการดูแลการชุมนุมสาธารณะจึงไม่จำกัดอยู่แค่ หลักดูแลการชุมนุมสาธารณะ 10 ประการ ที่ใช้ในสถานการณ์ปกติเท่านั้น แต่เจ้าหน้าที่ยังต้องพิจารณาข้อเสนอแนะ 10 ประการของผู้รายงานพิเศษด้านเสรีภาพในการชุมนุมและการสมาคมอีกด้วย อาทิ ต้องรับประกันว่าสถานการณ์ฉุกเฉินทางสาธารณสุขจะไม่ถูกนำมาใช้เป็นเหตุผลเพื่อละเมิดสิทธิมนุษยชน กระบวนการประชาธิปไตยจะต้องไม่ถูกเลื่อนออกไปอย่างไม่มีการกำหนด ต้องรับประกันการมีส่วนร่วมทางการเมืองจากทุกฝ่าย ต้องรับประกันการมีส่วนร่วมจากภาคประชาสังคมและตอบสนองต่อข้อเรียกร้องให้มีการปฏิรูป เป็นต้น

5.3 ฐานทางกฎหมายในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมระหว่าง ปี 2563-2564

เมื่อวิเคราะห์ถึงฐานทางกฎหมายในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมระหว่างปี 2563 - 2564 จะพบว่า มีฐานในการจำกัดเสรีภาพนี้อยู่ 2 ลักษณะ ได้แก่ (1) การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมผ่าน พ.ร.บ.ชุมนุมฯ และ (2) การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมผ่าน พ.ร.ก.ฉุกเฉินฯ ทั้งนี้ การจำกัดเสรีภาพผ่าน พ.ร.บ.ชุมนุมฯ ในปี พ.ศ. 2563 จะเป็นไปอย่างจำกัดเพียงแค่ 84 วันเท่านั้น²⁰ เนื่องจากรัฐบาลได้ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในทุกเขตท้องที่ทั่วราชอาณาจักรด้วยเหตุมีภาวะระบาดของโรคติดเชื้อโควิด-19²¹ โดยให้มีผลตั้งแต่วันที่ 26 มีนาคม 2563 ฉะนั้นเมื่อมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแล้ว การชุมนุมสาธารณะที่เกิดขึ้นจึงเป็นการชุมนุมสาธารณะที่ไม่อยู่ภายใต้ พ.ร.บ.ชุมนุมฯ²²

²⁰ นับจากวันที่ 1 มกราคม 2563 ถึง วันที่ 26 มีนาคม 2563

²¹ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 137 ตอนพิเศษ 69 ง วันที่ 25 มีนาคม 2563.

²² มาตรา 3 พ.ร.บ.การชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558

“พระราชบัญญัตินี้มิใช่บังคับแก่การชุมนุมสาธารณะ ดังต่อไปนี้

...

(6) การชุมนุมสาธารณะในระหว่างเวลาที่มีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือประกาศใช้กฎอัยการศึกและการชุมนุมสาธารณะที่จัดขึ้นเพื่อประโยชน์ในการหาเสียงเลือกตั้งในช่วงเวลาที่มีการเลือกตั้ง แต่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น”

ดังนั้น งานวิจัยนี้จะพิจารณาการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมผ่าน พ.ร.บ.ชุมนุมฯ ในระหว่างที่มีการใช้เป็นกฎหมายหลักในการจำกัดสิทธิก่อน จากนั้นจะพิจารณาการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมผ่าน พ.ร.ก.การบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ อย่างไรก็ตาม ฟังระลึกว่าในช่วงที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ได้มีข้อกำหนดบางฉบับที่วางเงื่อนไขให้กลับไปใช้ พ.ร.บ.ชุมนุมฯ²³ การใช้บังคับในระหว่างนี้จะถือไม่ได้ว่าเป็นการใช้ พ.ร.บ.ชุมนุมฯ เป็นหลัก เนื่องจากหากมีการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามกฎหมายการชุมนุมสาธารณะในช่วงนี้ เจ้าหน้าที่ตำรวจจะถือว่าเป็นการฝ่าฝืน พ.ร.ก.ฉุกเฉินฯ

ในภาพรวม จะสังเกตได้ว่าในระยะเวลาก่อน 2 ปีที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน เพื่อแก้ไขการแพร่ระบาดของโรคโควิด-19 รัฐบาลได้มีมาตรการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมผ่านข้อกำหนดตามมาตรา 9 (และมาตรา 11 กรณีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีความร้ายแรงในเขตท้องที่กรุงเทพมหานคร) แห่ง พ.ร.ก.ฉุกเฉินฯ เป็นจำนวนมาก รูปแบบของฐานทางกฎหมายที่วางข้อกำหนดเสรีภาพในการชุมนุมก็มีความหลากหลายมากตามไปด้วย อาทิ ข้อกำหนดเสรีภาพปรากฏตั้งแต่ มีลักษณะที่เป็นคำสั่งห้ามชุมนุมเป็นการทั่วไปในทุกกรณีทุกพื้นที่ ไปจนถึงข้อกำหนดที่เปิดโอกาสให้ผู้ประสงค์จัดการชุมนุมสามารถขออนุญาตชุมนุมได้ตามเกณฑ์ที่กำหนดในแต่ละพื้นที่ ข้อกำหนดหลายฉบับมอบอำนาจให้ผู้ว่าราชการจังหวัดหรือผู้มีอำนาจตามกฎหมายในพื้นที่ไปออกเกณฑ์ในการพิจารณาอนุญาตให้เหมาะสม ทำให้เกณฑ์การพิจารณาในระดับจังหวัดไม่อยู่ภายใต้มาตรฐานเดียวกัน ในบางพื้นที่ไม่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ใด ๆ ขยายความในข้อกำหนด ในขณะที่บางพื้นที่กำหนดหลักเกณฑ์ที่เกินกว่าเจตนารมณ์ของข้อกำหนด ดังนั้น เมื่อพิจารณาในทางปฏิบัติแล้วจะพบว่าแต่ละจังหวัดอาจมิได้พิจารณาว่าจะอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้จัดการชุมนุมบนมาตรฐานเดียวกัน ดังนั้น งานวิจัยนี้จึงได้พิจารณาถึงปัญหาของฐานทางกฎหมายที่มีความหลากหลายเหล่านี้ผ่าน 3 กลไก ได้แก่ (1) นิยามของการชุมนุมสาธารณะและระบบขออนุญาต (2) การห้ามชุมนุมโดยพิจารณาจากเนื้อหาการชุมนุม และ (3) การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมผ่านข้อกำหนดด้านเวลา สถานที่ และวิธีการ

(1) นิยามของ “การชุมนุมสาธารณะ” และระบบการขออนุญาต

สำหรับประเด็นเกี่ยวกับการนิยาม “การชุมนุมสาธารณะ” ภายใต้ข้อกำหนดที่ออกตามความในมาตรา 9 แห่ง พ.ร.ก.ฉุกเฉินฯ จะพบว่า ข้อกำหนดฉบับต่าง ๆ ไม่ปรากฏการใช้ศัพท์ “การชุมนุม

23 เช่น ข้อกำหนดฯ ฉบับที่ 13 ข้อ 1 กำหนดให้ “การจัดให้มีกิจกรรมรวมกลุ่มหรือการใช้สิทธิของประชาชนเพื่อการชุมนุมใด ๆ ย่อมกระทำมิได้ภายใต้ขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย โดยให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ตามกฎหมายว่าด้วยการชุมนุมสาธารณะ และให้ผู้มีหน้าที่รับผิดชอบในการจัดกิจกรรมจัดให้ผู้เข้าร่วมกิจกรรมปฏิบัติตามมาตรการป้องกันโรคที่ทางราชการกำหนดด้วย”

สาธารณะ” ไว้เลย แต่จะเป็นการใช้คำที่เป็นการห้ามกิจกรรมการรวมกลุ่มของบุคคลที่มีลักษณะกว้าง ๆ เช่น ห้ามชุมนุม ห้ามจัดกิจกรรมรวมกลุ่ม ห้ามการมั่วสุม ห้ามจัดกิจกรรมที่มีความเสี่ยงต่อการแพร่โรค ยกตัวอย่างเช่น

ข้อกำหนดฉบับที่ 13 ใช้คำว่า “การจัดให้มีกิจกรรมรวมกลุ่มหรือการใช้สิทธิของประชาชนเพื่อการชุมนุมใด ๆ ย่อมกระทำมิได้ภายใต้ขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายโดยให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ตามกฎหมายว่าด้วยการชุมนุมสาธารณะ”

ข้อกำหนดฉบับที่ 15 ใช้คำว่า “ห้ามมิให้มีการชุมนุม การทำกิจกรรม หรือการมั่วสุมกัน ณ ที่ใด ๆ ในสถานที่แออัดหรือกระทำการดังกล่าวอันเป็นการยุยงให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย”

ข้อกำหนดฉบับที่ 16 ใช้คำว่า ห้ามจัดกิจกรรมที่มีความเสี่ยงต่อการแพร่โรค

ข้อกำหนดฉบับที่ 20 ใช้คำว่า ห้ามการจัดกิจกรรมซึ่งมีการรวมกลุ่มของบุคคลที่มีจำนวนรวมกันมากกว่าห้าสิบคน

ข้อกำหนดฉบับที่ 24 การห้ามจัดกิจกรรมที่มีความเสี่ยงต่อการแพร่โรค ห้ามจัดกิจกรรมซึ่งมีการรวมกลุ่มกันของบุคคล

ข้อกำหนดฉบับที่ 37 ห้ามจัดกิจกรรมที่มีความเสี่ยงต่อการแพร่โรค ห้ามจัดกิจกรรมซึ่งมีการรวมกลุ่มกันของบุคคลเพื่อลดความเสี่ยงในการติดต่อสัมผัสกันที่สามารถแพร่โรคได้... ทั้งนี้ ห้ามมิให้มีการชุมนุม การทำกิจกรรม หรือการมั่วสุมกัน ณ ที่ใด ๆ ในสถานที่แออัด หรือกระทำการดังกล่าวอันเป็นการยุยงให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยภายในเขตพื้นที่ที่หัวหน้าผู้รับผิดชอบ

การใช้ศัพท์ที่สื่อความหมายถึงการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมที่ไม่ตรงกันส่งผลให้ความเข้าใจในเนื้อหาของสิทธิเสรีภาพคลาดเคลื่อนไปและการบังคับใช้กฎหมายเกิดความลักลั่นกันได้ นอกจากนั้น จะสังเกตได้ว่าการบังคับใช้ข้อกำหนดฉบับต่าง ๆ เหล่านี้ ไม่ได้ยึดหลักว่า “กฎหมายฉบับใหม่ยกเลิกกฎหมายฉบับเก่า” เจ้าหน้าที่จึงบังคับใช้ข้อกำหนดฉบับต่าง ๆ ไปพร้อม ๆ กัน²⁴ ปราบปรามการชุมนุมซึ่งส่วนหนึ่งเกิดจากการสร้างนิยามหรือการจำกัดความลักษณะการรวมกลุ่มที่มีความหลากหลายและกำหนดเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิที่มีความแตกต่างกัน

เมื่อข้อกำหนดฉบับใหม่ไม่ได้ยกเลิกข้อกำหนดเก่าโดยชัดแจ้ง ผลที่เกิดขึ้นคือนิยามหรือเงื่อนไขตามข้อกำหนดฉบับใหม่จะเป็นการเพิ่มเติมเกณฑ์ที่อยู่ในข้อกำหนดฉบับเก่าให้กว้างมากขึ้น

²⁴ ilaw, “ไล่เรียง ข้อกำหนด «ห้ามชุมนุม» ตามพ.ร.ก.ฉุกเฉินฯ” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://ilaw.or.th/node/6101> [14 มีนาคม 2565].

ขณะเดียวกันเกณฑ์ที่อยู่ในข้อกำหนดฉบับเก่าที่ยังไม่ถูกยกเลิกโดยชัดเจนก็ยังคงมีผลบังคับใช้อยู่ โดยปรกติแล้วข้อกำหนดตามมาตรา 9 แห่ง พ.ร.ก.ฉุกเฉินฯ จะมีผลบังคับใช้เพียงเท่าที่ (1) มีการบังคับใช้ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินและสิ้นผลไปเมื่อประกาศ ฯ (2) หมดอายุตามวันที่กำหนดหรือไม่ได้รับการต่ออายุโดยคณะรัฐมนตรี หรือ (3) นายกรัฐมนตรีมีประกาศยกเลิก กระนั้น ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินได้รับการขยายระยะเวลาบังคับใช้อย่างต่อเนื่องเป็นระยะเวลานาน และได้มีการใช้ข้อกำหนดตามมาตรา 9 ขยายระยะเวลาการบังคับใช้มาตรการควบคุมและป้องกันโรคให้มีผลต่อไป²⁵ ดังนั้น ผู้บังคับใช้กฎหมายและผู้ที่เกี่ยวข้องภายใต้บังคับของกฎหมายย่อมมีความเข้าใจที่ไม่ตรงกันว่าการชุมนุมหรือกิจกรรมการรวมกลุ่มที่สามารถทำได้หรือสามารถขออนุญาตได้หมายความว่าอะไร

ประเด็นถัดมา ระบบการขออนุญาตที่เข้ามาแทนที่ระบบการแจ้งตาม พ.ร.บ.ชุมนุมฯ มีความไม่ชัดเจนและเอื้อให้เจ้าหน้าที่สามารถพิจารณาว่าจะอนุญาตหรือไม่ได้ตามอำเภอใจเพื่อประโยชน์ในการวิเคราะห์การใช้ พ.ร.ก.ฉุกเฉินฯ มาเป็นฐานในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุม ผู้วิจัยเลือกช่วงเวลาสั้น ๆ ที่มีการบังคับใช้ข้อกำหนด ฉบับที่ 20 ซึ่งมีผลในวันที่ 17 เมษายน 2564 ถึงวันที่ 1 พฤษภาคม 2564 เนื่องจากเป็นการเปิดโอกาสให้มีเสรีภาพการชุมนุมได้มากขึ้น (หลังรัฐบาลผ่อนคลายนโยบายการให้หยุดฉลองสงกรานต์) และไม่มีความทับซ้อนกันของข้อกำหนดฉบับใหม่และฉบับเก่ามากนัก มาทดสอบเกณฑ์การพิจารณาอนุญาตให้จัดการชุมนุม

ข้อกำหนด ฯ ฉบับที่ 20 นี้ วางเงื่อนไขว่า หากจำนวนคนร่วมกิจกรรมอยู่ภายในรอบที่กำหนด ผู้จัดกิจกรรมก็สามารถไปขออนุญาตต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ได้ ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปคือ เจ้าหน้าที่ที่ได้รับคำสั่งจะพิจารณาอย่างไรโดยอาศัยเกณฑ์ใด เนื่องจากข้อกำหนดฉบับที่ 20 มอบอำนาจให้จังหวัดไปออกเกณฑ์การพิจารณาอนุญาตให้สอดคล้องกับสถานการณ์โรคระบาดในจังหวัดตนเอง ดังนั้น การวิเคราะห์เกณฑ์การพิจารณาอนุญาตนี้จะพิจารณาถึงการให้นิยามการชุมนุมสาธารณะและเกณฑ์การพิจารณาอนุญาตในระดับจังหวัด โดยเลือกเฉพาะจังหวัดที่มี

²⁵ เช่นกรณี ข้อกำหนดออกตามความในมาตรา 9 ฉบับที่ 38 ข้อ 3 ระบุว่า

ข้อ 3 การขยายเวลาการบังคับใช้มาตรการควบคุมและป้องกันโรค ให้บรรดามาตรการควบคุมแบบบูรณาการ ข้อห้าม ข้อยกเว้น และข้อปฏิบัติสำหรับพื้นที่สถานการณ์ระดับต่าง ๆ รวมทั้งมาตรการเตรียมความพร้อมตามข้อกำหนด (ฉบับที่ 37) ลงวันที่ 30 ตุลาคม พ.ศ. 2564 ได้แก่ การห้ามจัดกิจกรรมที่มีความเสี่ยงต่อการแพร่โรค กิจกรรมการรวมกลุ่มของบุคคลที่สามารถจัดได้โดยไม่ต้องขออนุญาต การปฏิบัติงานนอกสถานที่ของเจ้าหน้าที่หน่วยงานต่าง ๆ มาตรการควบคุมแบบบูรณาการจำแนกตามพื้นที่สถานการณ์ มาตรการควบคุมแบบบูรณาการในพื้นที่นำร่องด้านการท่องเที่ยวและการเตรียมความพร้อมของสถานบริการหรือสถานที่เสี่ยงต่อการแพร่โรคทั่วราชอาณาจักร รวมถึงบรรดามาตรการ หลักเกณฑ์ หรือแนวปฏิบัติที่พนักงานเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานที่รับผิดชอบกำหนดขึ้นภายใต้ข้อกำหนดดังกล่าวยังคงมีผลใช้บังคับต่อไป

การเคลื่อนไหวเรียกร้องประชาธิปไตยของเยาวชนจำนวนมาก ได้แก่ กรุงเทพมหานคร เชียงใหม่
แพร่ ชลบุรี และสุราษฎร์ธานี

ตารางเปรียบเทียบมาตรการที่ออกตามความข้อกำหนดฉบับที่ 02

	นิยามของ การชุมนุม / ช้อยกเว้น	การห้ามโดย พิจารณาจาก เนื้อหา	ข้อจำกัด Time place manner	การกำหนด สัดส่วนคน ต่อพื้นที่	เกณฑ์การ พิจารณา อนุญาต	พื้นที่ ควบคุม
กทม.	กำหนดโดย จำนวน	ไม่มี	ไม่มี	ไม่มี	ไม่มี	พื้นที่ควบคุม สูงสุด
เชียงใหม่	กำหนดโดย จำนวน	ต้องเป็น กิจกรรมทาง ศาสนา ประเพณี วัฒนธรรม เท่านั้น	ยกเว้นโรงเรียน หรือสถานศึกษาที่ มีขนาดเล็ก จำนวนนักเรียน รวมทั้งโรงเรียน ไม่เกิน 120 คน หรือเป็นโรงเรียน ตำรวจตระเวน ชายแดน	1 คนต่อ 4 ตารางเมตร	จะอนุญาตได้ ต้องเป็นกิจกรรม ต่อไปนี้ คือ กิจกรรมทาง ศาสนา การจัด พิธีการตาม ประเพณีนิยม เช่น งานมงคล งานอวมงคล หรือเป็น กิจกรรมทาง วัฒนธรรมหรือ ประเพณีท้องถิ่น	พื้นที่ควบคุม สูงสุด
แพร่	ไม่มี	ไม่มี	ให้ผู้เข้าร่วมงาน ปฏิบัติตามมาตรการ ป้องกันโรค (D-M-H-T-T) อย่างเคร่งครัด และให้งดบริโภค สุราหรือเครื่องดื่ม ที่มีแอลกอฮอล์ ภายในงาน	ไม่มี	ไม่มี	พื้นที่ควบคุม
ชลบุรี	ไม่มี	การรวมกลุ่ม สังสรรค์	ชายหาด อ่างเก็บน้ำ ห้ามรับประทาน อาหาร	ไม่มี	ไม่มี	พื้นที่ควบคุม สูงสุด

	นิยามของการชุมนุม / ข้อยกเว้น	การห้ามโดยพิจารณาจากเนื้อหา	ข้อจำกัด Time place manner	การกำหนดสัดส่วนคนต่อพื้นที่	เกณฑ์การพิจารณาอนุญาต	พื้นที่ที่ควบคุม
สุราษฎร์ธานี	อบรม สัมมนา คอนเสิร์ต	ห้ามจัดกิจกรรมในลักษณะที่เป็นงานสร้างสรรค์ งานเลี้ยง หรือ งานรื่นเริง เว้นแต่เป็นประเพณีไม่เกิน 50 คน และได้รับอนุญาต	ไม่มี	1 คน ต่อ 2 ตารางเมตร	ไม่มี	พื้นที่ที่ควบคุม

จากการศึกษาเปรียบเทียบพบว่า ความแตกต่างของเกณฑ์การพิจารณาอนุญาตใน 5 จังหวัด²⁶ สะท้อนให้เห็นว่า ในทางปฏิบัติแต่ละจังหวัดก็ไปกำหนดเกณฑ์ในการพิจารณาอนุญาตภายในเขตพื้นที่ของตนเองซึ่งอาจมีลักษณะที่ไม่ได้จำกัดอยู่ภายใต้เจตนารมณ์ของข้อกำหนดฯ ฉบับที่ 20 ก็ได้ การที่ให้แต่ละจังหวัดสามารถสร้างเกณฑ์ในการพิจารณาของตนเองได้ก่อให้เกิดปัญหาสำหรับผู้ที่ต้องการจัดกิจกรรมที่มีการรวมกลุ่ม เพราะเป็นการยากที่ผู้ชุมนุมหรือผู้จัดการชุมนุมที่มาจากนอกพื้นที่จะทราบและเข้าใจถึงข้อกำหนดปลีกย่อยในแต่ละจังหวัดแต่ละอำเภอ และเมื่อมีการฝ่าฝืนจำนวนมากหรือมีการฝ่าฝืนจนเป็นเรื่องปรกติ เจ้าหน้าที่ก็จะสามารถเลือกได้ว่า

²⁶ ประกาศกรุงเทพมหานคร เรื่อง สั่งปิดสถานที่เป็นการชั่วคราว (ฉบับที่ 24) ลงวันที่ 17 เมษายน 2564 [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.prbangkok.com/th/news/detail/19/4485> [8 มีนาคม 2565]; คำสั่งคณะกรรมการโรคติดต่อจังหวัดเชียงใหม่ ที่ 39/2564 เรื่อง การห้ามดำเนินการหรือจัดกิจกรรมที่เสี่ยงต่อการแพร่โรค ลงวันที่ 17 เมษายน 2564 [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://www.chiangmai.go.th/covid19/assets/pdf/command/39_2564.pdf [8 มีนาคม 2565]; คำสั่งจังหวัดแพร่ ที่ 1130/2564 เรื่อง มาตรการป้องกันและควบคุมการแพร่ระบาดของโรคติดต่อเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 ในพื้นที่จังหวัดแพร่ (ฉบับที่ 36) ลงวันที่ 17 เมษายน 2564 [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <http://phrae.go.th/covid/img/new/PP240165P87.pdf> [10 มีนาคม 2565]; คำสั่งคณะกรรมการโรคติดต่อจังหวัดชลบุรี ที่ 18/2564 เรื่อง มาตรการเร่งด่วนในการป้องกันวิกฤตการณ์จากโรคติดต่อเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 หรือ โควิด 19 (Coronavirus Disease 2019 (COVID-19)) ในเขตท้องที่จังหวัดชลบุรี ลงวันที่ 16 เมษายน 2564 [ออนไลน์] แหล่งที่มา : http://www.chonburi.go.th/website/app_form/view146 ; คำสั่งจังหวัดสุราษฎร์ธานี ที่ 2295/2564 เรื่อง มาตรการเร่งด่วนในการป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดต่อเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 (COVID-19) (ฉบับที่ 38) ลงวันที่ 17 เมษายน 2564 [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://www.suratthani.go.th/covid19/document/order/p_no_38.pdf [9 มีนาคม 2565]

จะเลือกดำเนินคดีต่อกลุ่มใดหรือต่อผู้ใดเป็นพิเศษ กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ การมีเกณฑ์การพิจารณาที่หลากหลายจะทำให้เกิดหลายมาตรฐานซึ่งไม่เป็นผลดีต่อทั้งผู้บังคับใช้กฎหมายและผู้ที่อยู่ภายใต้การบังคับของกฎเหล่านั้น

(2) การห้ามการชุมนุมโดยพิจารณาจากเนื้อหาการชุมนุม

ข้อแตกต่างที่ชัดเจนประการหนึ่งระหว่างการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมผ่าน พ.ร.บ. การชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 กับการจำกัดเสรีภาพผ่าน พ.ร.ก.ฉุกเฉินฯ คือ ข้อกำหนดตาม พ.ร.ก.ฉุกเฉินฯ มีการวางฐานทางกฎหมายให้มีการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมผ่านเนื้อหาที่ผู้ชุมนุมต้องการจะมาแสดงออกได้ ยกตัวอย่างเช่น ในข้อกำหนดฉบับที่ 1 วันที่ 25 มีนาคม 2563 ข้อ 5 กำหนดว่า “ห้ามมิให้มีการชุมนุม หรือการมั่วสุมกัน ณ ที่ใด ๆ ในสถานที่แออัดหรือกระทำการดังกล่าวอันเป็นการยุยงให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย ทั้งนี้ภายในเขตพื้นที่ที่หัวหน้าผู้รับผิดชอบในการแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินในส่วนที่เกี่ยวกับความมั่นคงประกาศกำหนด” จะสังเกตได้ว่าเงื่อนไข “กระทำการดังกล่าวอันเป็นการยุยงให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย” เป็นข้อจำกัดทางเนื้อหาที่ผู้บังคับใช้กฎหมายจะต้องมาพิจารณาเนื้อหาของกรกระทำ ต่อมาในวันที่ 3 เมษายน 2563 หัวหน้าผู้รับผิดชอบในการแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินในส่วนที่เกี่ยวกับความมั่นคง ได้ออกประกาศ เรื่อง ห้ามการชุมนุม การทำกิจกรรม การมั่วสุม ขยายความที่ปรากฏในข้อกำหนดฉบับที่ 1 โดยกำหนด “...ห้ามการชุมนุม การทำกิจกรรม หรือการมั่วสุมในลักษณะที่เสี่ยงต่อการแพร่เชื้อโรค หรือการกระทำอันเป็นการฉวยโอกาสซ้ำเติมความเดือดร้อนของประชาชนหรือการก่อกวนเพื่อแพร่เชื้อโรค ณ ที่ใด ๆ ทหารอาณัติ...” ข้อความ “การกระทำอันเป็นการฉวยโอกาสซ้ำเติมความเดือดร้อนของประชาชนหรือการก่อกวนเพื่อแพร่เชื้อโรค” สามารถตีความได้กว้างและเป็นการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมโดยพิจารณาจากเนื้อหาที่ผู้ชุมนุมต้องการแสดงออก

นอกจากนั้น ข้อกำหนดตามความในมาตรา 9 แห่ง พ.ร.ก.ฉุกเฉินฯ หลายฉบับ ได้มีการเปิดโอกาสให้ผู้จัดการชุมนุมสามารถขออนุญาตต่อเจ้าหน้าที่ได้เฉพาะในกรณีที่เป็นกิจกรรมรวมกลุ่มทางศาสนา ประเพณี วัฒนธรรม เท่ากับว่าเป็นการพิจารณาห้ามการชุมนุมจากเนื้อหาของผู้ชุมนุม ยกตัวอย่างเช่น ข้อกำหนดฉบับที่ 20 ข้อ 6 กำหนดว่า “ให้ประชาชนงดการจัดกิจกรรมทางสังคม ในลักษณะที่เป็นการสังสรรค์ งานเลี้ยงหรืองานรื่นเริงในช่วงเวลานี้ เว้นแต่เป็นการจัดพิธีการตามประเพณีนิยมและมีมาตรการในการป้องกันโรคที่เพียงพอเพื่อลดโอกาสเสี่ยงจากการติดเชื้อ” จึงเป็นเรื่องน่าแปลกที่มาตรการในการป้องกันโรคมียกเว้นให้มีการจัดกิจกรรมการรวมกลุ่มตามประเพณีนิยมได้หากมีมาตรการในการป้องกันโรคที่เพียงพอ แต่กลับห้ามการชุมนุมสาธารณะโดยเฉพาะอย่างยิ่งที่มีเนื้อหาทางการเมือง ซึ่งตามปกติการชุมนุมสาธารณะจะเป็นช่องทางที่ประชาชนที่

ได้รับความเดือดร้อนจะใช้เพื่อเข้ามามีส่วนร่วมทางการเมืองหรือเพื่อเรียกร้องให้รัฐบาลแก้ไขเยียวยาปัญหาที่เกิดขึ้น ดังนั้นหากพิจารณาตามหลักความจำเป็นและหลักความได้สัดส่วนแล้ว การชุมนุมสาธารณะที่มีมาตรการในการป้องกันโรคที่เพียงพอก็ควรจะต้องจัดได้เช่นเดียวกัน²⁷

(3) การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมผ่านข้อจำกัดด้านเวลา สถานที่ และวิธีการ

การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมผ่านข้อจำกัดด้านเวลาที่ปรากฏตามข้อกำหนดตามมาตรา 9 แห่ง พ.ร.ก.ฉุกเฉินฯ สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 รูปแบบ ได้แก่ (1) กำหนดระยะเวลาผ่านการใช้ระบบอนุญาต และ (2) ข้อจำกัดด้านระยะเวลาที่เกิดจากการใช้มาตรการห้ามออกนอกเคหสถาน (เคอร์ฟิว)

ในรูปแบบแรก เนื่องจากข้อกำหนดตามมาตรา 9 แห่ง พ.ร.ก.ฉุกเฉินฯ ใช้ระบบการขออนุญาต ดังนั้นจึงเป็นการวางข้อกำหนดด้านระยะเวลาไว้โดยสภาพ เนื่องจากในการพิจารณาอนุญาตหรือไม่อนุญาต เจ้าหน้าที่จะต้องทราบระยะเวลาที่ผู้จัดการชุมนุมประสงค์จะจัดการชุมนุม หากระยะเวลาที่ขออนุญาตยาวเกินไป เจ้าหน้าที่ก็อาจบังคับให้ผู้จัดการชุมนุมต้องยอมปรับเปลี่ยนตามเงื่อนไขที่เจ้าหน้าที่กำหนดหรือยอมรับคำสั่งไม่อนุญาต ส่วนการจำกัดระยะเวลาในรูปแบบที่สอง ปรากฏระหว่างที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีการบังคับใช้มาตรการห้ามออกนอกเคหสถาน ยกตัวอย่างเช่น ข้อกำหนดฉบับที่ 9 วันที่ 29 พฤษภาคม 2563 ข้อ 1 ห้ามบุคคลใดที่วราชอาณาจักรออกนอกเคหสถานระหว่างเวลา 23.00 นาฬิกา ถึงเวลา 03.00 นาฬิกาของวันรุ่งขึ้น การกำหนดเช่นนี้ย่อมหมายความว่า การชุมนุมในระยยะเวลาดังกล่าวหรือในระยะเวลาใกล้เคียงจะไม่สามารถเกิดขึ้นได้โดยชอบด้วยกฎหมายเลย นอกจากนั้น การประกาศเคอร์ฟิวจะเป็นอุปสรรคต่อผู้ชุมนุม

²⁷ เช่น กรณี การชุมนุม #ถ้าปางรวมการเฉพาะกิจ วันที่ 26 กรกฎาคม 2563 อัยการมีคำสั่งไม่ฟ้องคดีโดยให้เหตุผลว่า “...พิจารณาแล้ว จากพยานหลักฐานรูปถ่ายสถานที่เกิดเหตุบริเวณช่วงนคร ห้าแยกหอนาฬิกา ซึ่งเป็นสวนสาธารณะมีลักษณะเป็นลานกว้าง โลงแจ้ง ไม่มีลักษณะเป็นสถานที่แออัด อันจะมีลักษณะที่เสี่ยงต่อการแพร่เชื้อโรคไวรัสโคโรนา 2019 ซึ่งเป็นโรคติดต่อที่ก้ำลักระบาดอยู่ในประเทศไทยในช่วงเวลาเกิดเหตุแต่อย่างใด

...อีกทั้งมีภาพถ่ายของผู้ที่มาร่วมชุมนุมส่วนใหญ่มีการป้องกันโรคติดต่อ ด้วยการสวมใส่หน้ากากอนามัย ยืนและนั่งกระจายกันตามจุดต่าง ๆ ไม่มีลักษณะแออัด ที่เบียดเสียดใกล้ชิดกันแต่ประการใด และในการชุมนุมมีการประสานกับเจ้าหน้าที่จัดกิจกรรมในระยะเวลาที่ไม่ยาวนาน เนื้อหาปราศรัยส่วนใหญ่โจมตีการบริหารงานของรัฐบาล มีการแสดงความคิดเห็นทางการเมืองซึ่งเป็นสิทธิเสรีภาพที่มีการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ไม่มีข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานใดที่ชี้ชัดว่ามีกรยุยงปลุกปั่น หรือกระทำการใด ๆ เพื่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในบ้านเมืองแต่อย่างใด”

รายละเอียดโปรดดู TLHR, “เปิดคำสั่งไม่ฟ้องคดี พ.ร.ก.ฉุกเฉินฯ ถ้าปาง ชี้ชุมนุมพื้นที่โล่งแจ้ง ผู้ชุมนุมสวมหน้ากากไม่พบการติดเชื้อไวรัส”(TLHR, 25 เมษายน 2564) [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://tlhr2014.com/archives/28755> [15 มีนาคม 2565]

ที่เดินทางมาจากต่างจังหวัดหรือมีภูมิลำเนาอยู่ไกลจากสถานที่ชุมนุม²⁸ หากผู้ชุมนุมฝ่าฝืนชุมนุมในช่วงระยะเวลาเคอร์ฟิวจะส่งผลให้เจ้าหน้าที่มีแนวโน้มที่จะใช้กำลังเข้าสลายการชุมนุมมากขึ้นและเลือกใช้มาตรการสลายการชุมนุมที่เด็ดขาดและรุนแรงมากขึ้นกว่ากรณีปกติ²⁹

การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมผ่านข้อจำกัดด้านสถานที่ ปรากฏตามข้อกำหนดฉบับต่าง ๆ สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะได้แก่ (1) การจำกัดตามเขตพื้นที่สถานการณ์ และ (2) การกำหนดลักษณะของพื้นที่ที่ห้ามทำกิจกรรมที่มีการรวมกลุ่ม ในลักษณะแรก เขตพื้นที่สถานการณ์จะมีการแบ่งตามความรุนแรงของการระบาดโรคโควิด หากมีความรุนแรงมาก การจัดกิจกรรมรวมกลุ่มก็จะจำกัดผู้เข้าร่วมไว้จำนวนน้อยหรือทำไม่ได้เลย หรือถ้าเป็นพื้นที่นาร่องด้านการท่องเที่ยว การจัดกิจกรรมก็จะสามารถทำได้ง่ายขึ้น ในลักษณะที่สอง คือเป็นการกำหนดชนิดของพื้นที่ไว้ว่าห้ามทำกิจกรรมรวมกลุ่ม เช่น ข้อกำหนดฉบับที่ 24 กำหนดห้ามโรงเรียนหรือสถาบันการศึกษาทุกประเภทจัดการเรียนการสอน การสอบ การฝึกอบรม หรือการทำกิจกรรมใด ๆ ที่มีผู้เข้าร่วมกิจกรรมเป็นจำนวนมาก สนามกีฬาที่ตั้งอยู่ในพื้นที่โล่งแจ้งให้เปิดบริการได้ไม่เกินเวลา 21.00 นาฬิกา ข้อกำหนดฉบับที่ 37 กำหนดให้ สวนสาธารณะ ลานกีฬา และสนามกีฬาเปิดให้บริการได้ไม่เกินเวลา 22.00 นาฬิกา โดยคณะกรรมการโรคติดต่อกรุงเทพมหานครหรือคณะกรรมการโรคติดต่อจังหวัดจะเป็นผู้พิจารณาหลักเกณฑ์การใช้สถานที่เป็นการเฉพาะ ในกรณีของกรุงเทพมหานคร ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครได้ออกประกาศกรุงเทพมหานคร เรื่อง สั่งปิดสถานที่เป็นการชั่วคราว (ฉบับที่ 45) ลงวันที่ 30 ตุลาคม 2564 เพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามข้อกำหนดฉบับที่ 37 กระนั้นไม่ปรากฏหลักเกณฑ์เฉพาะเกี่ยวกับการใช้สวนสาธารณะ ลานกีฬา สนามกีฬาเพื่อการชุมนุมสาธารณะ มีปรากฏแต่เพียงเกณฑ์สำหรับการใช้สถานที่เพื่อการจัดแข่งขันกีฬา นอกจากนี้ ประกาศฉบับนี้ยังมีข้อห้ามการจัดกิจกรรมรวมกลุ่มของบุคคลที่มีจำนวนรวมกันมากกว่าหนึ่งพันคน เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากสำนักอนามัย กรุงเทพมหานคร หรือเป็นไปตามข้อยกเว้นตามข้อกำหนดฉบับที่ 37 น่าสังเกตว่า ประกาศฉบับนี้ก็ไม่ได้ระบุว่าสำนักอนามัยจะอนุญาตให้สามารถจัดกิจกรรมรวมกลุ่มที่มีกิจกรรมอื่นนอกจากการเล่นกีฬาในสวนสาธารณะ ลานกีฬา และสนามกีฬา บนเงื่อนไขอะไรหรือใช้หลักเกณฑ์อะไรในการพิจารณาอนุญาต เมื่อไม่มี

²⁸ กนกรัตน์ เลิศชูสกุล และ ธนาพงศ์ เกิงไพบูลย์, “รายงานเบื้องต้นโครงการวิจัย “การก่อตัว พัฒนาการ และพลวัตการชุมนุมบริเวณแยกดินแดงช่วงเดือนสิงหาคม-ตุลาคม 2564” ภาควิชาการปกครอง คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย”, หน้า 39 [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://ilaw.or.th/sites/default/files/Preliminary-report-Kanokrat-25102021.pdf> [18 มีนาคม 2565].

²⁹ เดลินิวส์, “ใกล้เคอร์ฟิว ‘ตร.-รถจีโน่’ เข้ากระชับพื้นที่ดินแดง โดนยิงพลุไฟใส่เป็นระยะ” (เดลินิวส์, 11 สิงหาคม 2564) [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.dailynews.co.th/news/150464/> [18 มีนาคม 2565].

ระบุไว้เป็นการเฉพาะ เจ้าหน้าที่ก็อาจปฏิเสธได้ว่าพื้นที่เหล่านี้ให้ใช้เพื่อการออกกำลังกายเท่านั้น นอกจากนั้น ยังมีข้อสังเกตว่าประกาศของคณะกรรมการโรคติดต่อกรุงเทพมหานครหรือคณะกรรมการโรคติดต่อจังหวัดมีข้อจำกัดการใช้สถานที่เพื่อควบคุมโรคโดยมิได้แยกว่าเป็นพื้นที่เอกชนหรือพื้นที่สาธารณะ หรือพิจารณาลักษณะของพื้นที่ที่ทำการห้ามว่าเป็นพื้นที่เปิดโล่งหรือเป็นพื้นที่ภายในระบบปรับอากาศ ดังนั้นมาตรการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมนี้จึงบังคับใช้กับการชุมนุมเป็นการทั่วไปทั้งที่เป็นการชุมนุมบนพื้นที่เอกชนและการชุมนุมสาธารณะ

ในลักษณะที่สอง คือ การกำหนดลักษณะของพื้นที่ห้ามทำกิจกรรมที่มีการรวมกลุ่ม อาทิ การห้ามใช้อาคารหรือสถานที่ของโรงเรียนและสถาบันการศึกษาทุกประเภทเพื่อการทำกิจกรรมใด ๆ ที่มีผู้เข้าร่วมกิจกรรมเป็นจำนวนมากทำให้เสี่ยงต่อการแพร่โรค³⁰ การปิดสนามกีฬา สถานที่เพื่อการออกกำลังกายในร่ม และการจำกัดเวลาการให้บริการสนามกีฬาหรือสถานที่ออกกำลังกายกลางแจ้งให้ไม่เกิน 21.00 น.³¹ การปิดศูนย์การค้า ห้างสรรพสินค้า คอมมูนิตีมอลล์ ตลาดสด สถานที่แสดงคอนเสิร์ต สถานที่เล่นดนตรี ฯลฯ นอกจากลักษณะของพื้นที่ห้ามทำกิจกรรมที่ห้ามทำกิจกรรมที่มีการรวมกลุ่มที่ปรากฏตามข้อกำหนดฉบับต่าง ๆ แล้ว ผู้ว่าราชการจังหวัดหรือผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครยังสามารถกำหนดข้อจำกัดการใช้สถานที่ในเขตพื้นที่ของตนเองเป็นการเฉพาะได้อีกด้วย ยกตัวอย่างเช่น ข้อกำหนดฉบับที่ 30 ข้อ 10 ให้อำนาจผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครหรือผู้ว่าราชการจังหวัดสามารถสั่งปิดหรือห้ามดำเนินการได้ตามกฎหมายว่าด้วยโรคติดต่อ และสามารถสั่งให้งดการทำกิจกรรมอื่นใดในเขตพื้นที่รับผิดชอบเป็นการเพิ่มเติมนอกเหนือจากมาตรการควบคุมแบบบูรณาการที่ส่วนกลางกำหนดได้ โดยให้เป็นไปตามแนวปฏิบัติที่ ศูนย์ปฏิบัติการ ศูนย์บริหารสถานการณ์โควิด-19 (ศปก.ศบค.) หรือ ศูนย์บริหารราชการสถานการณ์โควิด-19 กระทรวงมหาดไทย (ศบค.มท.) กำหนด³²

การที่ข้อกำหนดฯ เปิดช่องให้ผู้ว่าราชการฯ สามารถกำหนดเกณฑ์เฉพาะจังหวัดของตนเองเพิ่มเติมเองได้มีประเด็นให้ต้องพิจารณาว่า ข้อกำหนดฯ ซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรองเปิดช่องให้เจ้าหน้าที่สามารถใช้ดุลยพินิจได้เกินขอบอำนาจของข้อกำหนดฉบับนั้น ๆ หรือไม่ เพราะประกาศฯ หรือคำสั่งจังหวัดย่อมมีลำดับศักดิ์ต่ำกว่าข้อกำหนด การที่ข้อกำหนดเปิดช่องให้ไปกำหนดเกณฑ์ย่อยใด ๆ นอกเหนือจากที่ปรากฏได้ก็เหมือนกับว่าเป็นการตีเช็คเปล่าให้เจ้าหน้าที่ไปใช้ดุลยพินิจ

³⁰ เช่น ข้อกำหนดฉบับที่ 20 ข้อ 1 (1) กำหนดว่า “ห้ามใช้อาคารเรียนหรือสถานที่ของโรงเรียนและสถาบันการศึกษาทุกประเภทเพื่อการจัดการเรียนการสอน การสอบ การฝึกอบรม หรือการทำกิจกรรมใด ๆ ที่มีผู้เข้าร่วมกิจกรรมจำนวนมากทำให้เสี่ยงต่อการแพร่โรค...”

³¹ ข้อกำหนดฉบับที่ 22 ข้อ 4(2).

³² ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 138 ตอนพิเศษ 173 ง 1 สิงหาคม 2564 หน้า 6.

ออกกฎใด ๆ ก็ได้ แม้ข้อกำหนดฉบับที่ 30 จะระบุว่าให้เป็นไปตามแนวปฏิบัติที่ ศปก.ศบค. หรือ ศบค.มท. กำหนด แต่เมื่อเทียบกับแนวปฏิบัติที่ทั้งสองหน่วยงานกำหนดก็ไม่พบว่ามีการวางเงื่อนไขหรือการกำกับการใช้ดุลยพินิจของผู้ว่าราชการจังหวัดในการออกคำสั่งกำหนดเกณฑ์เฉพาะของจังหวัดตนเองไว้อย่างไร ยกตัวอย่างเช่น หนังสือสั่งการ ศบค.มท.³³ ถึงปลัดกรุงเทพมหานครและผู้ว่าราชการจังหวัดทุกจังหวัด ลงวันที่ 1 สิงหาคม 2564 แจ้างข้อกำหนดและข้อปฏิบัติตามข้อกำหนดฉบับที่ 30 โดยในข้อ 4.4 กำหนดให้ผู้ว่ากรุงเทพมหานครหรือผู้ว่าราชการจังหวัดในพื้นที่ควบคุมสูงสุดและเข้มงวดดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยโรคติดต่อ เพื่อมีคำสั่งปิดสถานที่หรือกิจการที่มีความเสี่ยงตามที่กำหนดในข้อ 7 ของข้อกำหนดฉบับที่ 28 ลงวันที่ 17 กรกฎาคม 2564 ได้แก่ การจำหน่ายอาหารและเครื่องดื่ม ห้างสรรพสินค้า ศูนย์การค้า คอมมูนิตี้มอลล์ หรือสถานประกอบการอื่นที่มีลักษณะคล้ายกัน โรงแรม ร้านอาหารเครื่องดื่ม ตลาดสด โรงเรียน สถาบันการศึกษา หรือฝึกอบรม และสถานศึกษาต่าง ๆ โดยในข้อ 6.2 ของหนังสือฉบับนี้กำหนดแนวปฏิบัติกว้าง ๆ ว่า “การห้ามจัดกิจกรรมที่มีความเสี่ยงต่อการแพร่โรค ห้ามจัดกิจกรรมซึ่งมีการรวมกลุ่มกันของบุคคลที่มีจำนวนรวมกันเกินกว่าที่กำหนดไว้ในข้อกำหนดฯ ฉบับที่ 30 เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือเป็นกิจกรรมที่ดำเนินการโดยพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือเป็นกิจกรรมที่กำหนดให้เป็นสถานที่กักกันโรค...” แต่ไม่ปรากฏข้อความใดในหนังสือฉบับนี้ที่เป็นการวางกรอบการใช้ดุลยพินิจของผู้ว่าราชการจังหวัดตามข้อกำหนดฉบับที่ 30 ข้อ 10

กล่าวโดยย่อ ฐานทางกฎหมายในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมที่ปรากฏระหว่างปี พ.ศ. 2563-2564 มีที่มาหลัก ๆ อยู่สองแหล่ง คือ ฐานทางกฎหมายที่เกิดจาก พ.ร.บ.ชุมนุมฯ และฐานทางกฎหมายที่เกิดจาก พ.ร.ก.ฉุกเฉินฯ ฐานทางกฎหมายทั้งสองนี้ให้อำนาจและดุลยพินิจแก่เจ้าหน้าที่ในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมมาก ในขณะที่กำหนดเกณฑ์และระบบการตรวจสอบการใช้ดุลยพินิจในระดับต่ำหรือไม่ได้กำหนดไว้เลย เมื่อมีการใช้กฎหมายฉุกเฉินเพื่อเป็นฐานในการห้ามชุมนุมหรือสร้างเงื่อนไขในการชุมนุม จะสังเกตได้ว่าขอบเขตของเสรีภาพในการชุมนุมจะมีอยู่เพียงใดขึ้นอยู่กับการใช้ดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่ทั้งสิ้นเนื่องจากการเปลี่ยนจากระบบการแจ้งล่วงหน้าไปเป็นระบบการขออนุญาตชุมนุม เจ้าหน้าที่จึงวางเงื่อนไขการชุมนุมได้อย่างกว้างขวาง นอกจากนั้น ยังปรากฏการนำเอาเนื้อหาของการชุมนุมมาเป็นปัจจัยประกอบการตัดสินใจจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมด้วย

³³ หนังสือ สำนักรงาน ศบค.มท. ด่วนที่สุด ที่ มท 0230/ว4403 ลงวันที่ 1 สิงหาคม 2564 [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.moicovid.com/wp-content/uploads/08/2021/มท0230-ว4403-ลว.1ส.ค.64-แจ้ง-ทุกจังหวัด-และ-กทม-เรื่อง-ข้อกำหนด-ฉบับที่-30.pdf> [24 มีนาคม 2565].

6. สรุปผลการวิจัย

จากการศึกษาพบว่ารูปแบบการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมของขบวนการนิสิต นักศึกษา และประชาชนเพื่อเรียกร้องประชาธิปไตยระหว่าง ปี พ.ศ. 2563-2564 เกิดขึ้นหลากหลายรูปแบบ ภายใต้หลาย ๆ มาตรการแม้ว่าจะมีกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติให้อำนาจแต่ก็มิได้สอดคล้องกับมาตรฐานสากลในการดูแลการชุมนุมสาธารณะที่วางหลักไว้ว่า การแทรกแซงเสรีภาพในการชุมนุมนอกจากจะต้องอาศัยอำนาจตามกฎหมายแล้ว จุดประสงค์ในการบังคับใช้มาตรการที่จำกัดเสรีภาพในการชุมนุมก็ต้องชอบด้วยกฎหมายและสอดคล้องกับหลักความจำเป็นและหลักความได้สัดส่วนในบริบทสังคมประชาธิปไตย แต่เนื่องจากกฎหมายไทยและกระบวนการยุติธรรมที่มีอยู่ในปัจจุบันไม่กำหนดให้ผู้บังคับใช้กฎหมายและผู้ตรวจสอบการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมต้องพิจารณามาตรการจำกัดเสรีภาพนั้น ๆ ภายใต้กรอบกติกาสากล ผลที่เกิดขึ้นตามมา คือ ผู้มีอำนาจรัฐสามารถกำหนดฐานทางกฎหมายเพื่อเป็นเครื่องมือในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมอย่างไรก็ได้ ไม่ว่าจะผ่านโครงสร้างของกฎหมายชุมนุมสาธารณะที่มีอยู่แล้วหรือผ่านกฎหมายฉุกเฉินที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารอย่างกว้าง ส่วนฝ่ายเจ้าหน้าที่ก็สามารถบังคับใช้กฎหมายเหล่านี้เพื่อจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมได้ตามอำเภอใจโดยที่ไม่ต้องกังวลกับระบบการตรวจสอบที่จะย้อนมาให้โทษกับตนในภายหลังมากนักเนื่องจากได้รับการคุ้มครองจากการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในระดับที่สูงกว่าปกติ ดังนั้น การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมภายใต้บริบทเช่นนี้จึงนำไปสู่การใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้บังคับใช้กฎหมาย

6.1 สภาพปัญหาเกี่ยวกับรูปแบบการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุม

จากการศึกษาพบว่า ระหว่างการชุมนุมในปี 2563-2564 เจ้าหน้าที่ได้ใช้มาตรการดูแลการชุมนุมหลายรูปแบบมาจำกัดเสรีภาพในการชุมนุม ทั้งก่อนเวลานัดหมายการชุมนุม ระหว่างการชุมนุม และภายหลังการชุมนุมเสร็จสิ้นแล้ว

ประการแรก การจำกัดสิทธิในการชุมนุมก่อนเวลานัดหมายมักมีเจตนาในการปิดกั้นหรือสร้างความลำบากไม่ให้ผู้จัดการชุมนุมจัดการชุมนุมได้โดยสะดวก เช่น แก่นำการชุมนุมจะต้องเผชิญกับการติดตามสังเกตการณ์อย่างต่อเนื่องอันมีลักษณะเป็นการข่มขู่ให้เกิดความกลัว การขึ้นบัญชีบุคคลต้องเฝ้าระวัง หรือแม้กระทั่งการจับกุมตัวแกนนำเพื่อไม่ให้ไปจัดการชุมนุมหรือเข้าร่วมการชุมนุมที่ได้มีการนัดหมายกันไว้ ส่วนผู้สนับสนุนการชุมนุมต้องเผชิญกับการยึดอุปกรณ์ที่จะนำไปใช้ในการชุมนุม ไม่ว่าจะเป็นป้ายข้อความ แผ่นพับ หนังสือ ไปจนถึงการข่มขู่ผู้ให้บริการเวทีดิจิทัล เครื่องเสียง รถสุขา ส่วนผู้ชุมนุมเองก็เผชิญกับปัญหาในการเดินทางเข้าสู่พื้นที่ชุมนุมที่ได้มี

การนัดหมาย เช่น มีการปิดถนน ปิดกั้นระบบขนส่งมวลชน มีด้านตรวจด้านความมั่นคงที่ตั้งขึ้นเพื่อสกัดไม่ให้ผู้ชุมนุมสามารถเดินทางเข้าถึงพื้นที่ชุมนุมได้ หรือใช้เวลามากกว่าปกติถึงจะเข้าสู่พื้นที่การชุมนุมได้ เมื่อรัฐมิได้อำนวยความสะดวกการชุมนุม ผลที่เกิดขึ้นคือ การชุมนุมที่ได้นัดหมายกันไว้แล้วก็จะใช้เวลานานกว่าปกติ เพราะผู้ชุมนุมเข้า-ออกพื้นที่ชุมนุมได้อย่างยากลำบากและบุคคลทั่วไปก็จะได้รับผลกระทบมากขึ้นและยาวนานขึ้น

ประการที่สอง การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมระหว่างการชุมนุม พบว่ามี 5 รูปแบบการจำกัดเสรีภาพที่ไม่สอดคล้องกับหลักสากลอย่างมีนัยสำคัญ ได้แก่ (1) การตรวจบัตรประชาชนเพื่อตั้งข้อหาควบคุมตัวหรือปรับฐานไม่พกพาบัตรประชาชน ทำให้สามารถนำผู้ชุมนุมออกจากพื้นที่ชุมนุมหรือหากมีผู้ชุมนุมน้อยคนก็สามารถทำให้การชุมนุมยุติได้ นอกจากนี้ การบันทึกข้อมูลในบัตรประชาชนโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรยังเป็นการข่มขู่ผู้ชุมนุมทางอ้อมอีกด้วย เพราะผู้ชุมนุมไม่แน่ใจว่าจะมีการนำข้อมูลเหล่านี้ไปขึ้นบัญชีดำหรือมีประวัติว่าได้มาร่วมการชุมนุมต่อด้านรัฐบาลหรือไม่ (2) การจับกุมแกนนำขณะทำการชุมนุม ซึ่งโดยปกติแล้วตำรวจจะหลีกเลี่ยงเพราะอาจทำให้เกิดความวุ่นวายหรือกลายเป็นจลาจลได้ อย่างไรก็ตาม ปรากฏเหตุที่เจ้าหน้าที่เข้าจับกุมแกนนำทั้ง ๆ ที่อาจไม่มีความจำเป็นเพราะสามารถดำเนินการแจ้งข้อหาภายหลังจากการชุมนุมยุติลงได้ การจับกุมแกนนำโดยไม่จำเป็นจึงส่งผลกระทบทำให้เป็นการสลายการชุมนุมไปหรือทำให้การชุมนุมกลายเป็นความวุ่นวาย เนื่องจากไม่มีผู้รักษาระเบียบและทิศทางในการชุมนุมนั้น ๆ (3) การตัดระบบสื่อสาร สร้างอุปสรรคต่อการบันทึกการชุมนุม การชุมนุมเรียกร้องประชาธิปไตยของขบวนการที่นำโดยคนรุ่นใหม่ซึ่งมีการพึ่งพาการใช้เทคโนโลยีและอินเทอร์เน็ตในระดับสูง การปิดกั้นหรือจำกัดการเข้าถึงระบบสื่อสารจึงส่งผลกระทบต่อการใช้เสรีภาพในการชุมนุมและการแสดงออกเป็นอย่างมาก เช่น ผู้ชุมนุมไม่สามารถถ่ายทอดสดการชุมนุมผ่านระบบออนไลน์ได้ทำให้เสียงหรือข้อเรียกร้องไม่สามารถส่งถึงเป้าหมายได้ (4) การคุกคามสื่อมวลชนและหน่วยพยาบาล การทำหน้าที่ของสื่อและอาสาสมัครพยาบาลจะเป็นลักษณะการสนับสนุนการชุมนุม อย่างไรก็ตาม เมื่อหน้าที่สนับสนุนนี้สามารถให้คุณให้โทษแก่ผู้ดูแลการชุมนุมสาธารณะได้เนื่องจากเป็นผู้ที่เก็บพยานหลักฐานของการแทรกแซงเสรีภาพในการชุมนุม การคุกคามสื่อมวลชนและหน่วยพยาบาลจึงเป็นการเพิ่มความเสี่ยงให้กับการชุมนุมสาธารณะและทำให้การตรวจสอบการแทรกแซงเสรีภาพทำได้ยากขึ้น (5) การสลายการชุมนุม การสลายการชุมนุมเป็นการแทรกแซงเสรีภาพในการชุมนุมที่เห็นได้ชัดที่สุด จากการศึกษาพบว่าการใช้กำลังเข้าสลายการชุมนุมของเจ้าหน้าที่พบการปฏิบัติที่ขัดต่อหลักสากลอยู่ 2 ประการ คือ (1) เจ้าหน้าที่ให้เวลาผู้ชุมนุมปฏิบัติตามคำสั่งสั้นเกินไป และ (2) มีการใช้กำลังเกินกว่าเหตุ ไม่สอดคล้องกับหลักความจำเป็นและหลักความได้สัดส่วน

ประการที่สาม การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมที่ภายหลังการชุมนุม ปรากฏ 2 รูปแบบการจำกัดเสรีภาพที่ไม่สอดคล้องกับหลักสากลอย่างมีนัยสำคัญ รูปแบบแรก คือ การใช้การดำเนินคดีกับผู้ชุมนุมในลักษณะที่เป็นคดีปิดปาก (Strategic Lawsuits Against Public Participation) ใช้กระบวนการยุติธรรมเป็นเครื่องมือในการข่มขู่และสร้างความหวาดกลัว เพื่อให้การเคลื่อนไหวเรียกร้องยุติลงไปหรือทำให้ผู้จัดการชุมนุมต้องเสียเวลาและทรัพยากรจำนวนมากไปกับการต่อสู้ในกระบวนการยุติธรรมจนไม่สามารถเคลื่อนไหวต่อไปได้ เป้าหมายของการฟ้องคดีประเภทนี้อาจไม่ใช่การอาศัยกระบวนการยุติธรรมลงโทษผู้กระทำความผิดผ่านคำพิพากษา แต่เป็นการใช้ภาระที่เกิดจากกระบวนการยุติธรรมมาลดทอนความสามารถในการเคลื่อนไหวต่อสู้ รูปแบบประการที่สอง คือ การไม่ให้ประกันตัวแกนนำระหว่างการสอบสวนหรือระหว่างการพิจารณาคดี ส่งผลให้การเคลื่อนไหวเรียกร้องสิ้นสุดลง หรือเปลี่ยนข้อเรียกร้องไปเป็นการเรียกร้องสิทธิในการประกันตัวและสิทธิในกระบวนการยุติธรรม

รูปแบบการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมที่ได้ระบุมามาก่อนแสดงให้เห็นถึงความสำคัญที่รัฐจะต้องมีกฎตลอดจนแนวปฏิบัติในการดูแลการชุมนุมสาธารณะที่ชัดเจนและมีเครื่องมือในการตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่อย่างมีประสิทธิภาพ การใช้อำนาจเข้าแทรกแซงเสรีภาพในการชุมนุมนอกจากจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจแล้ว เจ้าหน้าที่ที่ยังต้องคำนึงถึงมาตรฐานสากลในการดูแลการชุมนุมสาธารณะด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรการจำกัดเสรีภาพฯ ต้องมีจุดประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย ตรงตามเจตนารมณ์ของข้อกฎหมายที่ให้อำนาจ และเจ้าหน้าที่ต้องใช้อำนาจนั้นโดยเคารพหลักความจำเป็นและความได้สัดส่วนในบริบทสังคมประชาธิปไตย

6.2 สภาพปัญหาที่เกี่ยวกับฐานทางกฎหมาย

เสรีภาพในการชุมนุมได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 44 โดยมี พ.ร.บ.ชุมนุมฯ เป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะโดยตรง อย่างไรก็ตามหลังจากที่ได้มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ร.ก.ฉุกเฉินฯ ได้กลายเป็นเครื่องมือหลักในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ เนื่องจาก พ.ร.บ.ชุมนุมฯ มาตรา 3 (6) ได้วางหลักว่า พ.ร.บ.การชุมนุมสาธารณะฯ จะไม่ใช่บังคับแก่การชุมนุมสาธารณะในระหว่างที่มีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือประกาศใช้กฎอัยการศึก

พ.ร.บ.การชุมนุมสาธารณะฯ เป็นฐานทางกฎหมายในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมในปี พ.ศ. 2563 -2564 เพียงแค่ 84 วัน เท่านั้น ส่วนระยะเวลาที่เหลืออีก 647 วัน³⁴ จะเป็นการดูแล

³⁴ ระยะเวลา 647 วัน นับจากนายรัฐมนตรีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินทั่วประเทศเมื่อวันที่ 25 มีนาคม 2563 ถึง วันที่ 31 ธันวาคม 2564

การประชุมสาธารณะบนฐานทางกฎหมายที่มาจาก พ.ร.ก.ฉุกเฉินฯ และข้อกำหนดที่ออกตามความใน มาตรา 9 และ มาตรา 11 อย่างไรก็ดี ไม่ว่าจะพื้นฐานทางกฎหมายที่มาจาก พ.ร.บ.การประชุมฯ หรือจะมาจาก พ.ร.ก.ฉุกเฉินฯ ไม่มีกฎหมายใดในระบบกฎหมายไทยที่กำหนดเงื่อนไขให้เจ้าหน้าที่ หรือศาลต้องตรวจสอบการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมโดยใช้การทดสอบสามชั้นในลักษณะเดียวกับ ที่มาตรฐานสากลวางแนวปฏิบัติไว้³⁵ ยิ่งไปกว่านั้น การใช้อำนาจตาม พ.ร.ก.ฉุกเฉินฯ เจ้าหน้าที่ ก็ไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ส่งผลให้กระบวนการกลั่นกรอง ความชอบด้วยกฎหมายและการตรวจสอบดุลยพินิจภายในฝ่ายบริหารก็จะมีขั้นตอนที่น้อยลง อย่างเห็นได้ชัด ในขณะที่เกี่ยวกับการตรวจสอบภายหลังโดยศาลก็ทำได้อย่างจำกัดเพราะ พ.ร.ก. ฉุกเฉินฯ มีบทบัญญัติตัดเขตอำนาจของศาลปกครอง

การเปลี่ยนฐานทางกฎหมายไปดูแลการประชุมสาธารณะบนฐานจาก พ.ร.ก.ฉุกเฉินฯ เป็นระยะเวลาสั้น ๆ ทำให้เกิดผลที่แปลกประหลาด เนื่องจาก พ.ร.บ.ชุมนุมฯ กำหนดไว้ชัดว่า ไม่ให้ใช้ พ.ร.บ.ชุมนุมฯ ระหว่างที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินโดยให้ปฏิบัติตามกฎหมายฉุกเฉิน กระนั้น กลับพบว่าเงื่อนไขที่กฎหมายฉุกเฉินสร้างสำหรับการแทรกแซงเสรีภาพในการชุมนุมจะสร้าง อุปสรรคที่ไม่เอื้อต่อการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชน ยกตัวอย่างเช่น การไม่มีนิยาม “การประชุม สาธารณะ” ที่ชัดเจน ทำให้กิจกรรมการรวมกลุ่มใด ๆ ก็อาจตีความได้ว่าเป็นการประชุมหรือ มั่วสุม การเปลี่ยนจากระบบการแจ้งการประชุมล่วงหน้าไปเป็นระบบการขออนุญาตชุมนุมภายใต้ ข้อกำหนดตามมาตรา 9 แห่ง พ.ร.ก.ฉุกเฉินฯ กลับไม่มีความชัดเจนในแง่กระบวนการว่าจะต้องยื่น ขออนุญาตต่อเจ้าหน้าที่คนใด อย่างไร ภายในระยะเวลาเท่าไร และเมื่อเจ้าหน้าที่ได้รับคำขอแล้ว จะพิจารณาคำขออย่างไร บนเงื่อนไขอะไรและภายในกรอบเวลาเท่าไร เมื่อข้อกำหนดไม่มีความชัดเจน ผู้ประสงค์จัดการชุมนุมก็ไม่ทราบว่าจะดำเนินการขออย่างไร ในขณะที่หากมีคำขอ จัดการชุมนุม เจ้าหน้าที่ก็ไม่ทราบว่าจะพิจารณาอนุมัติคำขอนี้อย่างไร บนเงื่อนไขอะไร สภาวะ ดังกล่าวทำให้ขอบเขตของเสรีภาพในการชุมนุมไม่ชัดเจน และหากมีการโต้แย้งในเรื่องสิทธิ ประชาชนก็ย่อมจะเป็นฝ่ายที่เสียเปรียบเนื่องจากเจ้าหน้าที่สามารถอ้างฐานทางกฎหมายที่สามารถ ตีความได้อย่างกว้างขวางเพื่อมาจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมไม่ว่าจะเป็น การวางข้อจำกัดด้านเวลา สถานที่ และรูปแบบ หรือเป็นการวางข้อจำกัดผ่านทางเนื้อหาการชุมนุมที่ไม่ยึดโยงกับหลักสากล ที่วางหลักว่าจะต้องไม่แทรกแซงเนื้อหาของการชุมนุมเว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นบางประการ (content neutral)³⁶ ยกตัวอย่างเช่น ห้ามหรือระงับการประชุมด้วยเหตุผลว่า ข้อความที่ผู้ชุมนุมประกาศ

³⁵ รายละเอียดของ “การทดสอบสามชั้น” จะได้อธิบายต่อไปในหัวข้อ 6.3.

³⁶ *Alekseev v Russian Federation* (25 October 2013) Communication No. 1873/2009 CCPR/C/109/D/1873/2009, para 9.6; *Amelkovich v Belarus* (29 March 2019) Communication No. 2720/2016

เป็นการยุบปลุกปั่นให้ใช้ความรุนแรงก่อความไม่สงบในบ้านเมือง หรือเป็นข้อความที่สร้างความเกลียดชังในระดับที่รุนแรง ทั้งนี้ เจ้าหน้าที่รัฐจะมีภาระหน้าที่ในการพิสูจน์ความชอบด้วยกฎหมายในการเข้าแทรกแซงเสรีภาพนั้น³⁷ งานวิจัยนี้พบว่าในทางปฏิบัติเจ้าหน้าที่จะใช้กฎหมายอื่น ๆ เช่น กฎหมายอาญา (มาตรา 112 และ 116) พ.ร.บ. ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 พ.ร.บ. โรคติดต่อ พ.ศ. 2558 มาสร้างเงื่อนไขหรือจำกัดเนื้อหาของการประชุมที่รัฐบาลเห็นว่าเป็น “การประชุมทางการเมือง”³⁸ ซึ่งนิยามของคำว่า “การประชุมทางการเมือง” นั้นมีความไม่แน่นอนและขึ้นอยู่กับอัตวิสัยของเจ้าหน้าที่³⁹ และก็ไม่มียกเว้นให้นิยามหรืออธิบายว่าการชุมนุมทางการเมืองคืออะไรและต้องปฏิบัติต่อชุมนุมทางการเมืองแตกต่างจากการชุมนุมสาธารณะอย่างไร โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีการใช้ฐานความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 มาใช้จำกัดเสรีภาพในการชุมนุมผ่านเนื้อหา เช่น กรณีการประชุมที่เรียกร้องให้มีการปฏิรูปสถาบันพระมหากษัตริย์ งานวิจัยนี้พบว่า เจ้าหน้าที่ได้เข้ามาปิดกั้นหรือขัดขวางข้อความ ป้าย หรือการแสดงความคิดเห็นที่เป็นการวิพากษ์วิจารณ์หรือพาดพิงสถาบันพระมหากษัตริย์โดยไม่ได้พิจารณาอย่างเคร่งครัดว่าเนื้อหาที่ผู้ชุมนุมจะแสดงออกหรือได้แสดงออกเข้าองค์ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 หรือไม่ หลาก ๆ กรณีเป็นเพียงการดำเนินคดีในลักษณะปิดปากผู้ที่ออกมาแสดงความคิดเห็นต่าง (SLAPP) เพื่อสร้างภาระทางคดีกับผู้จัดการชุมนุม

ทั้งนี้ เป็นที่น่าสังเกตว่า ข้อกำหนดตามมาตรา 9 แห่ง พ.ร.ก.ฉุกเฉินฯ มีลักษณะที่เป็นการใช้เนื้อหาของการประชุมห้ามชุมนุมเป็นการทั่วไป แล้วสร้างข้อยกเว้นสำหรับการชุมนุมที่มีเนื้อหาบางประเภท ยกตัวอย่างเช่น มีการห้ามการรวมกลุ่มทำกิจกรรม ห้ามชุมนุมไม่ว่าจะในที่สาธารณะหรือในที่เอกชน ซึ่งเป็นการจำกัดเสรีภาพเป็นการทั่วไป กลับกันก็ได้วางข้อยกเว้นให้สามารถ

CCPR/C/125/D/2720/2016 para 6.6; Human Rights Committee, Concluding observations on Equatorial Guinea in the absence of its initial report (22 August 2019, CCPR/C/GNQ/CO/1), para 54-55, Human Rights Committee, General Comment 37, para 22.

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

³⁸ นัทธน คงเจริญ และ วิชลาวัลย์ คำบุญเรือง, “กฎหมายการชุมนุมสาธารณะภายใต้อำนาจรัฐประหาร”, CMU Journal of Law and Social Sciences, 12(2), 40-63, 46.

³⁹ ยรรยง ผิวม่วง และ ศุภวัฒน์กร วงศ์ธนวุธ อธิบายว่า การชุมนุมทางการเมืองจะต้องมีประเด็นหรือเงื่อนไขทางการเมืองเกิดขึ้นก่อนเสมอ การชุมนุมจะเป็นการเคลื่อนไหวเรียกร้องทางการเมืองไม่ว่าจะเป็นด้านเศรษฐกิจ สังคม เสถียรภาพการเมือง อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่าการอธิบายเช่นนี้ ไม่ก่อให้เกิดความชัดเจนว่าจะแยกการชุมนุมสาธารณะทั่วไปออกจากการประชุมทางการเมืองได้อย่างไร เพราะโดยเนื้อหาหากข้อเรียกร้องเป็นประเด็นสาธารณะ การชุมนุมนั้นก็สามารถกลายเป็นการประชุมทางการเมืองไปได้ทั้งสิ้น รายละเอียดโปรดดู ยรรยง ผิวม่วง และ ศุภวัฒน์กร วงศ์ธนวุธ, “การจัดการชุมนุมทางการเมือง” (2558) 4 วารสารบัณฑิตศึกษา มนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยขอนแก่น, หน้า 218-219.

ทำกิจกรรมการรวมกลุ่มทางประเพณีวัฒนธรรม หรือทำกิจกรรมทางเศรษฐกิจบางประเภทได้โดยดำเนินการตามมาตรการป้องกันโรคที่รัฐกำหนด การวางข้อกเว้นเช่นนี้จึงเท่ากับว่าเป็นการห้ามการชุมนุมโดยอาศัยเนื้อหาการชุมนุมไปโดยปริยาย หากเหตุของการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินคือการป้องกันและยับยั้งการระบาดของโรคโควิด-19 กิจกรรม อาทิ การรวมตัวกันประท้วง มาตรการการป้องกันโรคหรือการรวมตัวกันเรียกร้องมาตรฐานในการรักษา เรียกร้องวัคซีนที่มีคุณภาพ ก็ควรที่จะยอมให้ประชาชนสามารถทำได้ภายใต้มาตรการป้องกันการแพร่ระบาดของโรคที่สมเหตุสมผล การห้ามการชุมนุมเป็นการทั่วไปโดยไม่พิจารณาถึงความจำเป็นและความได้สัดส่วน จึงเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักสากลและเป็นการไม่เคารพต่อพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยเป็นภาคี

นอกจากนั้น เมื่อประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อควบคุมโรคโควิดดำรงอยู่เป็นเวลานาน มีการออกข้อกำหนดมากเป็นจำนวนหลายฉบับ ข้อกำหนดเหล่านี้มีลักษณะการบังคับใช้ที่อ้างอิงถึงกันซ้อนกันเป็นชั้น ๆ โดยมีได้ประมวลร่วมกันอยู่ในฉบับล่าสุดเพียงฉบับเดียว ทำให้ประชาชนและเจ้าหน้าที่เกิดความสับสน ไม่ทราบได้แน่ชัดว่า กฎที่ใช้บังคับอยู่ ณ เวลานั้น ๆ มีกำหนดไว้ว่าอย่างไร แม้ประสงค์จะปฏิบัติตามกฎหมายก็ไม่อาจมั่นใจได้ว่าจะต้องปฏิบัติตามอย่างไร แทบจะเป็นไปไม่ได้เลยที่ประชาชนทั่วไปที่ไม่มีทักษะพื้นฐานทางนิติศาสตร์จะรู้ขอบเขตสิทธิเสรีภาพที่ตนมีอยู่เมื่อมีข้อพิพาทกับเจ้าหน้าที่ที่ไม่สามารถที่จะปกป้องสิทธิของตนเองหรือไม่อาจโต้แย้งว่าเจ้าหน้าที่ปรับใช้กฎหมายไม่ถูกต้อง เช่นนี้แล้ว สามารถสรุปได้ว่า ฐานทางกฎหมายที่เกิดจาก พ.ร.ก.ฉุกเฉินฯ ทำให้ขอบเขตของเสรีภาพในการชุมนุมไม่ชัดเจน

6.3 สภาพปัญหาเกี่ยวกับการตรวจสอบการใช้อำนาจจำกัดเสรีภาพในการชุมนุม

ภายใต้หลักสากลการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมจะต้องผ่านการทดสอบสามขั้น (the three-prong test)⁴⁰ สนธิสัญญาที่เป็นรากฐานสำคัญของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศหลายฉบับต่างก็รับรองหลักการนี้ไปในแนวทางเดียวกัน⁴¹ กล่าวคือ การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมจะต้องผ่านเงื่อนไขสามประการ ได้แก่ (1) การจำกัดการใช้เสรีภาพในการชุมนุมจะกระทำมิได้นอกจากจะมีกฎหมายให้อำนาจ (2) จุดประสงค์ของการจำกัดเสรีภาพนั้นจะต้องชอบด้วยกฎหมาย และ (3) สามารถจำกัดเสรีภาพได้เพียงเท่าที่จำเป็นและได้สัดส่วนสำหรับสังคมประชาธิปไตย⁴²

⁴⁰ Maina Kiai, "FOAA Online! The Right to Freedom of Peaceful Assembly" [online] Available from : <http://freeassembly.net/wp-content/uploads/2018/01/FOAA-Online-The-Right-to-Freedom-of-Peaceful-Assembly-update-Nov-2017.pdf> [18 March 2022]

⁴¹ Article 21 of ICCPR, Article 11 of African Charter on Human and Peoples' Rights, Article 15 of American Convention on Human Rights, Article 11(2) of European Convention on Human Rights.

⁴² พ็อร์ นียมคิลป, «การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบในประเทศไทย» (2564) วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์

ในขณะการทดสอบสามชั้นปรากฏในสนธิสัญญาต่าง ๆ ที่เป็นรากฐานที่สำคัญของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ศาลสิทธิมนุษยชนระดับภูมิภาคและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนประจำ ICCPR ต่างก็ใช้นิติวิธีนี้ในการตรวจสอบการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุม แต่ไม่ปรากฏว่าผู้ที่ทำหน้าที่ตรวจสอบการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมในประเทศไทยได้ใช้นิติวิธีเช่นเดียวกันนี้ในการตรวจสอบการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุม ไม่ว่าจะ เป็นกระบวนการตรวจสอบก่อนการชุมนุม ระหว่างการชุมนุม หรือหลังจากการชุมนุมสิ้นสุดลง

จากการศึกษาพบว่า สภาพปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมระหว่าง ปี พ.ศ. 2563-2564 เป็นไปอย่างยากลำบาก เนื่องจาก 3 ปัจจัย ได้แก่ (1) ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการไม่สามารถคานและดุลอำนาจฝ่ายบริหารได้อย่างมีประสิทธิภาพ (2) องค์กรอิสระที่มีหน้าที่ในการตรวจสอบไม่ทำหน้าที่ และ (3) กระบวนการตรวจสอบโดยศาลที่ล่าช้า ทั้งนี้ งานวิจัยนี้ได้นำตัวอย่างอุปสรรคในการตรวจสอบการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมที่มีลักษณะเป็นการใช้ดุลยพินิจปิดกั้นหรือมีการใช้กำลังโดยมิชอบและอุปสรรคในการตรวจสอบการจับกุมและการไม่ให้ประกันตัวเพื่อแสดงให้เห็นว่ากลไกการถ่วงดุลอำนาจระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหารไม่สามารถทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ ในขณะที่องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญที่ควรจะต้องตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐแทบจะไม่มีบทบาทในการตรวจสอบการแทรกแซงเสรีภาพในการชุมนุมเลยหรือหากมีก็ไม่สามารถกดดันฝ่ายบริหารให้ปรับเปลี่ยนวิธีการดูแลการชุมนุมสาธารณะได้อย่างมีนัยสำคัญ ในส่วนกระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจโดยศาลนั้นพบว่าไม่มีประสิทธิภาพเนื่องจากกระบวนการใช้เวลานานเกินไป อีกทั้งยังถูกจำกัดด้วยเงื่อนไขเขตอำนาจศาล ตาม พ.ร.ก.ฉุกเฉินฯ ที่ไม่ให้ศาลปกครองเข้ามามีบทบาทในการตรวจสอบการใช้อำนาจตาม พ.ร.ก.ฉุกเฉินฯ

7. ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษารูปแบบการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมและสภาพปัญหาเกี่ยวกับการตรวจสอบการใช้อำนาจจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมของขบวนการเรียกร้องประชาธิปไตยระหว่างปี พ.ศ. 563-25642 ผู้วิจัยเสนอแนะดังนี้

7.1 ข้อเสนอแนะระยะสั้น

สำหรับข้อเสนอแนะในระยะสั้น ผู้วิจัยเสนอให้ทบทวนการใช้กฎหมายฉุกเฉินมาเป็นฐานทางกฎหมายในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ ข้อกำหนดและประกาศตาม พ.ร.ก.ฉุกเฉินฯ ไม่ควรเป็น

กลไกหลักในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ เนื่องจากการบังคับใช้กฎหมายฉุกเฉินนั้นมีฐานทางกฎหมายที่ให้อำนาจและดุลยพินิจแก่ฝ่ายบริหารมาก ในขณะที่กำหนดกลไกการตรวจสอบการใช้อำนาจฉุกเฉินไว้ให้น้อย กฎหมายลักษณะนี้มีแนวโน้มที่จะกลายเป็นเครื่องมือของฝ่ายปกครองในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมไม่ว่าจะเป็นการจำกัดด้วยมาตรการด้าน เวลา สถานที่ และรูปแบบหรือจำกัดด้วยมาตรการด้านเนื้อหา ฐานทางกฎหมายที่เปิดกว้างจนเกินไปส่งผลให้เจ้าหน้าที่สามารถจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมได้ตามอำเภอใจโดยที่ไม่สอดคล้องกับหลักความจำเป็นและหลักความได้สัดส่วนโดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อกลุ่มผู้ชุมนุมที่มีทัศนคติแตกต่างจากผู้ถืออำนาจทางการเมือง ในขณะที่องค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจฉุกเฉินก็แทบจะไม่มีบทบาทในการวางแนวบรรทัดฐานการใช้อำนาจฉุกเฉินของเจ้าหน้าที่ในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ

7.2 ข้อเสนอแนะระยะยาว

สำหรับข้อเสนอแนะในระยะยาวหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการดูแลการชุมนุมสาธารณะ รวมถึงหน่วยงานที่ทำหน้าที่ตรวจสอบการดูแลการชุมนุมสาธารณะจะต้องมีกระบวนการใช้ดุลยพินิจที่สอดคล้องกับมาตรฐานสากล ซึ่งได้แก่

ประการแรก บัญญัติให้การตรวจสอบสามขั้นเป็นขั้นตอนตามกฎหมายในการตรวจสอบการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุม โดยอาจจัดให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกระบวนการนี้ใน พ.ร.บ.ชุมนุมฯ

ประการที่สอง ควรสร้างความเชื่อมโยงระหว่างมาตรฐานสากลในการดูแลการชุมนุมสาธารณะกับแนวปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ในการดูแลการชุมนุมสาธารณะในประเทศไทย เจ้าหน้าที่ควรได้รับการอบรมให้เข้าใจถึงหลักการสากลและมีแนวปฏิบัติที่สอดคล้องกับมาตรฐานสากล

ประการที่สาม องค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบ เช่น องค์กรอิสระและฝ่ายตุลาการ ควรมีกระบวนการให้บุคลากรในหน่วยงานเหล่านี้ตระหนักถึงบทบาทในการตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อพิทักษ์เสรีภาพในการชุมนุมที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญและสอดคล้องกับมาตรฐานสากลและกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคี

7.3 ข้อเสนอเพื่อการศึกษาต่อไป

เพื่อเป็นการทำความเข้าใจถึงปัญหาในเชิงลึก งานวิจัยนี้ได้ระบุรูปแบบการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมและศึกษาตลอดจนอุปสรรคในกระบวนการตรวจสอบการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมในช่วงที่ประเทศไทยกำลังเผชิญกับทั้งวิกฤติด้านการเมืองการปกครองและวิกฤติด้านสาธารณสุขไปพร้อม ๆ กัน ระหว่างปี พ.ศ. 2563-2564 ผลการศึกษาสามารถนำมาต่อยอดเป็นบทเรียนในการพัฒนาระบบการคุ้มครองเสรีภาพในการชุมนุมเพื่อให้องค์กรของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการจำกัด

เสรีภาพในการชุมนุมจะได้ตระหนักถึงความสำคัญของมาตรฐานสากลและกระบวนการตรวจสอบการจำกัดเสรีภาพที่มีประสิทธิภาพในอนาคต เมื่อมีคำพิพากษาเกี่ยวกับการชุมนุมเรียกร้องประชาธิปไตยระหว่างปี พ.ศ. 2563-2564 ในจำนวนมากพอ ก็ควรจะมีการศึกษาเปรียบเทียบแนวคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับคดีชุมนุมภายใต้ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินว่า (1) เป็นไปในแนวทางเดียวกันทั้งประเทศหรือไม่ และ (2) มีความสอดคล้องกับหลักสากลหรือไม่ เพียงใด และ (3) อะไรเป็นปัจจัยที่ทำให้แนวคำพิพากษาไม่เป็นไปในแนวทางเดียวกับหลักสากล

ข้อความคิดบางประการที่ได้จากการวิเคราะห์สถานะทางกฎหมายและ
ลักษณะการดำเนินงานของตลาดหลักทรัพย์ในต่างประเทศ*

Some Thoughts Derived from an Analysis of Legal Status and
Operating Characteristics of Stock Exchange in Foreign Countries

วรพล มาลสุขุม

Voraphol Malsukhum

อาจารย์ประจำ

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

Full-time Lecturer

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

Corresponding author E-mail: v.malsukhum@gmail.com

(Received: January 11, 2024; Revised: March 8, 2024; Accepted: March 8, 2024)

บทคัดย่อ

ลักษณะการดำเนินงานโดยธรรมชาติของตลาดหลักทรัพย์ (exchange) ในประเทศต่าง ๆ มีความเชื่อปรนัยระหว่างการดำเนินงานที่ส่งผลต่อสังคมส่วนรวมและเศรษฐกิจของประเทศ และการประกอบธุรกิจเป็นศูนย์กลางการซื้อขายแลกเปลี่ยนหลักทรัพย์ระหว่างผู้ลงทุน ซึ่งต้องการความรวดเร็วคล่องตัวในการดำเนินการแบบเอกชน การนี้ก่อให้เกิดปัญหาพินิจศึกษาวิจัยทางกฎหมายว่า ตลาดหลักทรัพย์ (exchange) มีสถานะทางกฎหมายอย่างไร

บทความวิจัยนี้เสนอผลการศึกษาวิจัยสถานะทางกฎหมายและลักษณะการดำเนินงานในเชิงโครงสร้าง ภาพรวม ประวัติความเป็นมาโดยสังเขป การจัดตั้ง การได้มาซึ่งทุนในการบริหารงาน การส่งเงินรายได้เข้ารัฐ การจัดซื้อจัดจ้างและการได้มาซึ่งพัสดุ การจ่ายภาษี การจัดทำบัญชี ความ

* บทความวิจัยนี้เป็นส่วนหนึ่งของโครงการวิจัย ณ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ผู้เขียนขอขอบพระคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ปารีณา ศรีวนิชย์ (ที่ปรึกษา) นายศุภภากร วิชาศรีคมมี นายฉันทธรรม โรจนมัทมางคกุล นายธนา นิติวรากรณ์ และนายอภิสิทธิ์ เทียมพันธ์พงศ์ (ผู้ช่วยวิจัย) ตลอดจนผู้ที่เกี่ยวข้องกับโครงการวิจัยทุกท่าน มา ณ ที่นี้

เป็นเจ้าของ โครงสร้างการบริหาร การจ้างแรงงาน การใช้อำนาจ การถูกควบคุมโดยองค์กรตรวจสอบการเงินของรัฐ และการถูกควบคุมโดยองค์กรผู้ควบคุมกฎหมายทางการเงินของตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเกาหลีใต้ ประเทศสิงคโปร์ ประเทศจีน ประเทศมาเลเซีย ประเทศเยอรมนี ประเทศเวียดนาม และประเทศในกลุ่ม Euronext

จากนั้น จึงนำเสนอข้อความคิดบางประการที่ได้จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบสถานะทางกฎหมายและลักษณะการดำเนินงานของตลาดหลักทรัพย์ในต่างประเทศดังที่ศึกษาเหล่านี้ ได้แก่ รูปแบบหน่วยงานที่ดำเนินกิจการตลาดหลักทรัพย์ในต่างประเทศ ข้อวิเคราะห์คุณสมบัติที่บ่งความเป็นหน่วยงานเอกชนของตลาดหลักทรัพย์ในต่างประเทศ ข้อวิเคราะห์คุณสมบัติที่บ่งความเป็นหน่วยงานของรัฐของตลาดหลักทรัพย์ในต่างประเทศ และข้อวิเคราะห์คุณสมบัติที่ไม้อาจบ่งความเป็นหน่วยงานเอกชนหรือหน่วยงานของรัฐของตลาดหลักทรัพย์ในต่างประเทศได้

คำสำคัญ : ตลาดหลักทรัพย์, สถานะทางกฎหมาย, ลักษณะการดำเนินงาน, การวิเคราะห์เปรียบเทียบ, การแบ่งแยกกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน

Abstract

The operating characteristics of stock exchange in foreign countries are naturally mixed between the ones having an impact on society as a whole and the country's economy, and the ones operating a private business unit as the center for trading and exchanging securities between investors. This raises a noteworthy legal issue to conduct research on the legal status of a stock exchange.

This research article presents a survey of the legal status and operating characteristics in terms of structure, history, legal establishment, acquisition and remittance of income, procurement, tax payment, accounting, ownership, management structure, employment, exercise of administrative power, status under the regulation by a state audit and under the control of a state financial regulator for the stock exchanges in South Korea, Singapore, China, Malaysia, Germany, Vietnam, and countries in the Euronext group.

Next, it offers some thoughts derived from a comparative analysis of the legal status and operating characteristics of these foreign stock exchanges,

namely the organizational forms, characteristics that indicate the status of a private body on a stock exchange, characteristics that indicate the status of a public body on a stock exchange, and characteristics that cannot identify a stock exchange as a private or public body.

Keywords : Stock Exchange, Legal Status, Operating Characteristics, Comparative Analysis, Distinction between Public and Private Law

1. ที่มาของปัญหา

สถานะความเป็น “หน่วยงานของรัฐ” หรือ “หน่วยงานเอกชน” ของหน่วยงานต่าง ๆ ในระบบกฎหมายนั้น เป็นประเด็นที่มักมีข้อถกเถียงกันมาก ทั้งนี้ เพราะการที่หน่วยงานหนึ่ง ๆ ถูกพิจารณาให้มีสถานะทางกฎหมายเช่นใด ย่อมส่งผลถึงสิทธิและหน้าที่ของหน่วยงานนั้น ๆ อาทิ การเป็น “ผู้ทรงอำนาจตามกฎหมาย” ของหน่วยงานของรัฐที่จะกระทำการอันอาจกระทบกระเทือนถึงสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนรายอื่นได้ หากการนั้นเป็นไปเพื่อ “ประโยชน์สาธารณะ” รวมถึงการที่ระบบกฎหมายจะได้กำหนดกลไกขึ้นเพื่อ “ควบคุมหรือตรวจสอบ” การดำเนินการเหล่านั้นให้เป็นไปโดยชอบธรรม ในทางตรงกันข้าม หน่วยงานเอกชนโดยทั่วไปจะไม่มีอำนาจมหาชนเช่นว่านั้น แต่มีเสรีภาพในการแสดงเจตนาและดำเนินกิจการเพื่อ “ประโยชน์ส่วนตัว” ทั้งหมดนี้ถูกอธิบายภายใต้หลักการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน¹

อย่างไรก็ดี หลักการนี้สามารถใช้พิจารณาสถานะของหน่วยงานในระบบกฎหมายได้เพียงเบื้องต้นเท่านั้น ในความเป็นจริงแล้วมีหน่วยงานมากมายที่มีสถานะที่ “กำกวม” เพราะถูก “เจือปน” ไปด้วยทั้ง “คุณสมบัติของความเป็นหน่วยงานของรัฐ” และ “คุณสมบัติของความเป็นหน่วยงาน

¹ การแบ่งแยกนี้ถูกให้ความสำคัญและส่งผลให้เกิดการแบ่งแยกศาลที่มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทในทางกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนออกจากกันในหลายประเทศ อาทิ ฝรั่งเศส (ดู John Bell, Sophie Boyron, and Simon Whittaker, *Principles of French Law*, 2nd edn. (Oxford: Oxford University Press, 2008), p.172-176.; สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, *หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส*, (กรุงเทพมหานคร: สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), หน้า 1-11, 24-39.) เยอรมนี (ดู Mahendra P. Singh, *German Administrative Law in Common Law Perspective*, (New York: Springer, 1985), p.8-10.) และไทย (ดู เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2565), หน้า 62-72.) แต่แท้ที่จริงแล้ว การแบ่งแยกกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนในมิติต่าง ๆ อาทิ มิติด้านสถาบัน (institutional dimension) และมิติด้านหน้าที่ (functional dimension) ก็ปรากฏในระบบกฎหมายที่มีได้มีการแบ่งแยกระบบศาลออกจากกันอย่างระบบกฎหมายอังกฤษด้วย (ดู Peter Cane, *Administrative law*, 5th edn. (Oxford: Oxford University Press, 2011), p.4-9.)

เอกชน”² อาทิ รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นในระบบกฎหมายเอกชนดำเนินกิจการแบบเอกชนแต่มีรัฐเป็นเจ้าของ³ มูลนิธิที่เอกชนจัดตั้งขึ้นแต่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะและได้รับเอกสิทธิ์บางประการดังเช่นหน่วยงานของรัฐ⁴ หน่วยงานของรัฐที่เลือกใช้เครื่องมือทางกฎหมายเอกชนอย่างการทำสัญญาทางแพ่งในการจัดทำบริการสาธารณะ⁵ หน่วยงานเอกชนที่สามารถใช้อำนาจมหาชนเหนือเอกชนรายอื่นได้⁶ หรือหน่วยงานเอกชนที่ถูกควบคุมด้วยกฎเกณฑ์ต่างๆ อย่างเข้มข้นเพื่อความชอบธรรมในการดำเนินกิจการ⁷ การนี้ทำให้เกิดการอภิปรายตามมาว่าหน่วยงานที่มี

² ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส เรียกหน่วยงานที่มีลักษณะก้ำกึ่งเหล่านี้โดยภาพรวมว่า “นิติบุคคลตามกฎหมายลูกผสม” (personnes morales de droit mixte) (ดู ซาลูซีย์ แสงวงศ์ศักดิ์, รัฐและนิติบุคคลมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2565), หน้า 41-63-52 ,45.; สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, **หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส**, หน้า 39-37 ,9.; Jean-Bernard Auby, Lucie Cluzel-Metayer and Lamprini Xenou in René Seerden (ed), **Comparative Administrative Law: Administrative Law of the European Union, Its Member States and the United States**, 4th edn. (Cambridge: Intersentia, 2018), p.8.).

³ หรือบริษัทที่เป็นการลงทุนร่วมกันระหว่างรัฐและเอกชน (ซึ่งในระบบกฎหมายฝรั่งเศส เรียกว่า “des societe d’economie mixte” อาทิ บริษัทแห่งชาติ (des societe naitonalos) (เรื่องเดียวกัน)); ในระบบกฎหมายเยอรมนี นั้น Mahendra P. Singh อธิบายหน่วยงานที่มีลักษณะเช่นนี้ในฐานะข้อยกเว้นของ “ทฤษฎีประโยชน์” หรือ Interest Theory (โปรดดู Mahendra P. Singh, **German Administrative Law in Common Law Perspective**, p.8-9.); ในระบบกฎหมายอังกฤษก็มีหน่วยงานที่มีลักษณะเช่นนี้ ซึ่ง Williams Wade, Christopher Forsyth และ Julian Ghosh เรียกว่า “Public Corporations” (ดู Christopher Forsyth and Julian Ghosh, **Wade & Forsyth’s Administrative Law**, 12th edn. (Oxford: Oxford University Press, 2023), p.83-86.).

⁴ อาทิ สมัชชาที่ประสานงานกับรัฐบาล (le Conseil national de la vie associative) หรือมูลนิธิที่รัฐเป็นผู้จัดตั้งและดำเนินการเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะบางประการ เช่น มูลนิธิธรรมศาสตร์และการเมือง ในประเทศฝรั่งเศส (ดู เชิงอรรด 2).

⁵ ระบบกฎหมายฝรั่งเศสเรียกวิธีดำเนินการภายใต้กฎหมายแพ่งและอยู่ในระบบเดียวกันกับบริษัทเอกชนว่า “การจัดการทางแพ่ง” (gestion privée) (ดู สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, **หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส**, หน้า 9.); ส่วนในระบบกฎหมายเยอรมนี นั้น Mahendra P. Singh อธิบายการทำสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองในฐานะข้อยกเว้นของทฤษฎีความสัมพันธ์ (subordinate theory) (ดู Mahendra P. Singh, **German Administrative Law in Common Law Perspective**, p.8-9.) และ Herman Pünder and Anika Klafki อธิบายไว้ภายใต้หัวข้อ “Administration by Private Entities” (ดู Herman Pünder and Anika Klafki, ‘Administrative Law in Germany’ in René Seerden (ed) **Comparative Administrative Law: Administrative Law of the European Union, Its Member States and the United States**, 4th edn. (Cambridge: Intersentia, 2018), p.66.).

⁶ อาทิ องค์กรวิชาชีพ (les ordres professionnels) ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งถูกวินิจฉัยว่ามีไต่องค์กรมหาชนแต่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจจัดทำบริการสาธารณะ อาทิ อำนาจในการออกกฎเกณฑ์ควบคุมวินัยและจรรยาบรรณ ตลอดจนการลงโทษวินัยของผู้ประกอบวิชาชีพ (ดู เชิงอรรด 2).

⁷ หน่วยงานเอกชนที่มีการดำเนินกิจการที่ส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจในวงกว้างก็จะถูกควบคุมและแทรกแซงจากรัฐมากกว่าหน่วยงานเอกชนอื่นทั่วไป กลไกการควบคุมกิจกรรม (regulatory mechanisms) ที่มีผลต่อสังคมอย่างกว้างขวาง เช่นนี้ ก็ปรากฏขึ้นอย่างชัดเจนในการบริหารจัดการสาธารณะด้านต่าง ๆ อาทิ การค้าการลงทุน การแข่งขันทางการค้า การเงิน ฯลฯ ในระบบกฎหมายอังกฤษ (ดู Christopher Forsyth and Julian Ghosh, **Wade & Forsyth’s Administrative Law**, p.87-96).

คุณสมบัติและลักษณะการดำเนินงานแบบลูกผสมเหล่านี้มีสถานะทางกฎหมายเป็น “หน่วยงานของรัฐ” หรือ “หน่วยงานเอกชน”⁸

ตลาดหลักทรัพย์ (exchange) เป็นหน่วยงานที่ดำเนินกิจการเป็นศูนย์กลางการซื้อขายหลักทรัพย์ระหว่างผู้ประสงค์ซื้อและผู้ประสงค์ขายหลักทรัพย์ จากการรายงานของ Sustainable Stock Exchanges Initiative⁹ พบตลาดหลักทรัพย์ในประเทศต่าง ๆ กว่า 122 แห่ง โดยมีบริษัทจดทะเบียนซื้อขายหลักทรัพย์ในตลาดหลักทรัพย์ทั่วโลกทั้งหมดกว่า 63,209 บริษัท คิดเป็นมูลค่าหลักทรัพย์ตามราคาตลาดกว่า 125,692,359.268 ดอลลาร์สหรัฐ¹⁰

อนึ่ง คุณสมบัติและลักษณะการดำเนินงานของตลาดหลักทรัพย์ในประเทศต่าง ๆ มีความกำกวมหลายประการ อาทิ ธรรมชาติของการประกอบธุรกิจซึ่งต้องการความรวดเร็วคล่องตัวในการดำเนินการ แต่ในขณะเดียวกันก็ส่งผลต่อสังคมส่วนรวมและเศรษฐกิจของประเทศ อาทิ การก่อตั้งสถานะความเป็นนิติบุคคลโดยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ/ รัฐบัญญัติ การถูกควบคุมโดยกฎเกณฑ์พิเศษในด้านบัญชีและโครงสร้างการบริหาร หรือการเกี่ยวพันกับรัฐบาลผ่านความเป็นเจ้าของ ฯลฯ การเหล่านี้ทำให้เกิดข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายและลักษณะการดำเนินงานของตลาดหลักทรัพย์ในประเทศต่าง ๆ ว่าเป็นหน่วยงานของรัฐหรือหน่วยงานเอกชน¹¹

⁸ ดู Jean-Bernard Auby, Lucie Cluzel-Metayer and Lamprini Xenou, *Comparative Administrative Law: Administrative Law of the European Union, Its Member States and the United States*, p.8. สำหรับกฎหมายฝรั่งเศส และ Mahendra P. Singh, *German Administrative Law in Common Law Perspective*, p.10. สำหรับกฎหมายเยอรมัน.

⁹ SSE เป็นหน่วยงานทางวิชาการภายใต้โครงการที่ดำเนินงานร่วมกันระหว่าง UNCTAD, The UN Global Compact, UNEP FI และ The PRI ทำหน้าที่สร้างฐานข้อมูลและเครือข่ายเกี่ยวกับการดำเนินกิจการตลาดหลักทรัพย์ในประเทศต่าง ๆ.

¹⁰ Sustainable Stock Exchanges initiative, “About the SSE initiative,” [online] Available from : <https://sseinitiative.org/exchanges-filter-search/>. [9 May 2023].

¹¹ อาทิ Jung Nu Ri, “A Study on Demutualization of Stock Exchanges,” in *The Korean Journal of Securities Law* (Vol.12 (3), 2011), p.299-338. (ถกเถียงเกี่ยวกับสถานะของตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเกาหลีใต้); Chen Zhida, “The Nature Test and Source Test in Judicial Review: Yeap Wai Kong v Singapore Exchange Securities Trading Ltd,” in *Singapore Law Review* (Vol. 31 (1), (3102, p.342-923). (ถกเถียงเกี่ยวกับการควบคุมการใช้อำนาจของตลาดหลักทรัพย์ในประเทศสิงคโปร์); Kai Lyu, “The Institutional Transformation of China’s Stock Exchanges: A Comparative Perspective,” in *Accounting, Economics and Law – A Convivium* (2013). และ Huaiyu Wang, “Stock Exchanges in China: Self-Regulatory Organisations or CSRC’s Branches?,” in *Canberra Law Review* (Vol. 8, 2005), p.59-85. (ถกเถียงเกี่ยวกับสถานะของตลาดหลักทรัพย์ในประเทศจีน); Johannes Köndgen, “Ownership and Corporate Governance of Stock Exchange,” in *Journal of Institutional and Theoretical Economics* (Vol.154 (1), 1998), p.224-251. (วิเคราะห์ความเป็นเจ้าของและแนวโน้มการแปรรูปเป็นเอกชนของตลาดหลักทรัพย์ในยุโรป).

เพื่อให้เกิดความกระจ่างชัดในเรื่องนี้มากขึ้น บทความวิจัยนี้มุ่งนำเสนอการศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างสถานะทางกฎหมายและลักษณะการดำเนินการของตลาดหลักทรัพย์ในต่างประเทศ ทั้งนี้ โดยแบ่งเนื้อหาออกเป็น 2 ส่วนหลัก ได้แก่ การศึกษาโครงสร้างภาพรวม ประวัติความเป็นมา การจัดตั้ง การได้มาซึ่งทุน การส่งเงินเข้ารัฐ การจัดซื้อจัดจ้างและได้มาซึ่งพัสดุ การจ่ายภาษี การจัดทำบัญชี ความเป็นเจ้าของ โครงสร้างการบริหาร การจ้างแรงงาน การใช้อำนาจ การถูกควบคุมโดยองค์กรตรวจสอบการเงินของรัฐ และการถูกควบคุมโดยองค์กรผู้ควบคุมกฎทางการเงินของรัฐ ของตลาดหลักทรัพย์ใน 7 ประเทศ ได้แก่ ประเทศเกาหลีใต้ ประเทศสิงคโปร์ ประเทศจีน ประเทศมาเลเซีย ประเทศเยอรมนี ประเทศเวียดนาม และประเทศในกลุ่ม Euronext เป็นส่วนแรก

ทั้งนี้ เพื่อให้ได้มาซึ่งรายละเอียดที่จำเป็นต่อการวิเคราะห์รูปแบบหน่วยงานที่ดำเนินกิจการตลาดหลักทรัพย์ในต่างประเทศ คุณสมบัติที่บ่งชี้ความเป็นหน่วยงานของรัฐของตลาดหลักทรัพย์ในต่างประเทศ คุณสมบัติที่บ่งชี้ความเป็นหน่วยงานเอกชนของตลาดหลักทรัพย์ในต่างประเทศ และคุณสมบัติที่ไม่อาจบ่งชี้ความเป็นหน่วยงานของรัฐหรือหน่วยงานเอกชนของตลาดหลักทรัพย์ในต่างประเทศได้ เป็นส่วนที่สอง จากนั้นจึงสรุปผลการศึกษาเป็นส่วนท้าย

2. การสำรวจสถานะทางกฎหมายและลักษณะการดำเนินงานของตลาดหลักทรัพย์ในต่างประเทศ

2.1 ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเกาหลีใต้

ตลาดหลักทรัพย์แห่งเดียวของประเทศเกาหลีใต้ซึ่งมีชื่อว่า ‘Korea Exchange’ (หรือ ‘KRX’) ได้รับการยกย่องว่าเป็นตลาดหลักทรัพย์ที่มีสภาพคล่อง (fluid) มากที่สุดแห่งหนึ่งของเอเชีย มีมูลค่าการซื้อขายในปี ค.ศ. 2014 มากกว่า 1,212,759 ล้านดอลลาร์สหรัฐ¹²

สำหรับความเป็นมา นั้น ประเทศเกาหลีใต้เริ่มมีการซื้อขายหลักทรัพย์อย่างเป็นทางการในปี ค.ศ. 1956 ผ่านการจัดตั้งตลาดหุ้นเกาหลี (Korea Stock Exchange) หรือที่เรียกว่า ‘KSE’ โดยกระทรวงการคลังของประเทศ ซึ่งในระยะแรกนี้ รัฐบาลเกาหลีใต้ได้ทำการควบคุมการดำเนินงานของ KSE อย่างชัดเจน และถึงแม้ว่า KSE จะได้แปรสภาพเป็นบริษัทหุ้น (stock corporation) ในปี ค.ศ. 1962 แต่ก็ถูกแปรสภาพกลับมาอยู่ในสถานะองค์กรไม่แสวงหาผลกำไรภายใต้การดำเนินการของรัฐบาล (government-run, not-for-profit organization) ในปีถัดมา¹³

12 PricewaterhouseCoopers, “Listing in Korea: A Guide to Listing on the Korean Exchange,” [online] Available from : https://www.pwc.com/kr/en/tax/samilpwc_2015k-ipo_en.pdf. [2 January 2023].

13 Korea Exchange, “KRX Annual Report 2021 หน้า 4,” [online] Available from : <http://global.krx>.

อย่างไรก็ดี ปัญหาสภาพคล่องทางเศรษฐกิจของประเทศในเวลาต่อมาก็ผลักดันให้รัฐบาลเกาหลีได้ทำการแก้ไข Securities Exchange Act ใหม่ในปี ค.ศ. 1976 เพื่อลดอำนาจของกระทรวงการคลังในการควบคุมตลาดหลักทรัพย์ลง และให้ตลาดอยู่ภายใต้หน่วยงานทางปกครองที่มีการดำเนินงานเป็นอิสระจากอิทธิพลของรัฐบาล (administrative bodies separate from direct governmental influence) แทน¹⁴ จากนั้น KSE ได้แปรรูปเป็นองค์กรประเภทตอบรับสมาชิก (membership organization) ในปี ค.ศ. 1988 และรัฐบาลเกาหลีได้จัดตั้งตลาดทุนเพิ่มอีกสองแห่งได้แก่ KOSDAQ Stock Market และ Korea Futures Exchange ในปี ค.ศ. 1996 และ ค.ศ. 1999 ตามลำดับ¹⁵ และในปี ค.ศ. 2005 ได้ควบรวมตลาดทุนทั้งสามของประเทศเข้าด้วยกันภายใต้ Korea Securities and Futures Exchange Act ก่อเกิดเป็น Korea Stock and Futures Exchange ซึ่งภายหลังเปลี่ยนชื่อเป็น KRX ดังที่ปรากฏในปัจจุบัน¹⁶ ทั้งนี้ โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อเพิ่มศักยภาพในการแข่งขันกับตลาดหลักทรัพย์ของประเทศอื่นผ่านการแปลงสถานภาพหน่วยงาน (demutualization)¹⁷

ทั้งนี้ มาตรา 4 แห่ง Korea Securities and Futures Exchange Act ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า KRX เป็นบริษัทหุ้น (stock company) มีทุนจดทะเบียนขั้นต่ำ 1 ล้านล้านวอนและมีที่ทำการหลักอยู่ที่เมืองปูซาน และมาตรา 15 วรรค 2 แห่งกฎหมายเดียวกันก็ได้บัญญัติห้ามมิให้บุคคลผู้อื่นให้บริการดำเนินการตลาดซื้อขายหลักทรัพย์โดยใช้ชื่อกิจการว่า ‘Korea Exchange’ เช่นเดียวกันกับ KRX โดยการห้ามใช้ชื่อเช่นเดียวกันนี้มีได้หมายความว่าระบบกฎหมายบังคับให้ตลาดหลักทรัพย์เพียงแห่งเดียวในประเทศ ประการนี้มีความชัดเจนตามมาตรา 373-2 แห่งกฎหมายฉบับเดียวกันซึ่งให้อำนาจแก่ Financial Services Commission ในการออกใบอนุญาตประกอบกิจการตลาดหลักทรัพย์แก่องค์กรอื่นนอกเหนือจาก KRX ได้ เพียงแต่ ณ ปัจจุบันยังไม่มียุติบัตรใดที่ได้รับใบอนุญาตเช่นว่านี้เท่านี้¹⁸

co.kr/contents/GLB/01/0102/0102060000/GLB0102060000.jsp. [6 June 2023].

¹⁴ ดู Steven F Thompson, “The Korea Stock Exchange: From Development to Internationalization,” in *The Fletcher Forum* (Vol.11 (2), 1987), p.348-351.

¹⁵ PricewaterhouseCoopers, “Listing in Korea: A Guide to Listing on the Korean Exchange,”.

¹⁶ Korea Exchange, “KRX History,” [online] Available from : <https://global.krx.co.kr/contents/GLB/01/0102/0102040000/GLB0102040000.jsp>. [2 January 2023].

¹⁷ Korea Exchange, “Consolidation,” [online] Available from : <https://global.krx.co.kr/contents/GLB/01/0102/0102010000/GLB0102010000.jsp>. [2 January 2023].

¹⁸ ดู Kyung-Hoon Chun, “Investor Protection in Korean Capital Market through Disclosures and Litigation,” in *Journal of Korean Law* (Vol.16, 2016), p.195 ,391.

อย่างไรก็ดี ในปี ค.ศ. 2009 KRX ก็ถูกขึ้นทะเบียนเป็นองค์กรมหาชน (public institution) ตาม Act on the Management of Public Institutions อยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของกระทรวงการคลัง แต่ในปี ค.ศ. 2015 ก็ถูกถอดออกจากทะเบียนและกลับเป็นองค์กรเอกชนอิสระเช่นเดิม¹⁹ ทั้งหมดนี้จึงนับได้ว่าปัจจุบัน KRX มีสถานะทางกฎหมายเป็นบริษัทเอกชนดำเนินกิจการเพื่อแสวงหาผลกำไร มิใช่องค์กรมหาชนอีกต่อไป²⁰

เมื่อสูญเสียสถานะการเป็นองค์กรมหาชนไปแล้วตั้งแต่ปี ค.ศ. 2015 ทำให้ KRX ไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับแห่ง National Finance Act²¹ และ Act on the Management of Public Institutions²² และไม่ได้รับการจัดสรรเงินงบประมาณจากรัฐ²³ รวมถึงไม่ต้องส่งเงินรายได้จากการประกอบกิจการกลับเข้ารัฐ ในทางกลับกัน KRX มีรายรับรายจ่ายในการดำเนินการดังเช่นบริษัทเอกชนทั่วไป²⁴ นอกจากนี้ KRX ยังไม่ตกอยู่ภายใต้ Act on Contracts to Which the State is a Party และทำให้การได้มาซึ่งพัสดุเป็นไปดังบริษัทเอกชนทั่วไปด้วย²⁵

สำหรับการจ่ายภาษีนั้น KRX ต้องจ่ายภาษีนิติบุคคลดังเช่นบริษัทเอกชนทั่วไป²⁶ เพราะมิได้เป็นหน่วยงานของรัฐทั้งระดับชาติและท้องถิ่นที่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องเสียภาษีตาม Corporate Tax Act²⁷ ในทิศทางเดียวกัน การจัดทำบัญชีของ KRX ก็มีใบบัญชีตามนิยามที่จะอยู่ภายใต้บังคับของ National Finance Act²⁸ และไม่ต้องจัดทำแผนระยะยาวและระยะกลางหรือมีการรายงานแผน

¹⁹ ดู Bae Hyun-jung, “Korea Exchange to be released from direct state control,” [online] Available from : <https://www.koreaherald.com/view.php?ud=20150129001140>. [4 January 2023]; Yoon Ja-young, “KRX lifted from public corporation status,” [online] Available from : https://koreatimes.co.kr/www/biz/2015/01/488_172716.html?utm_source=gonw. [4 January 2023].

²⁰ การนี้ได้รับการยอมรับเป็นในทางวิชาการเป็นการทั่วไป (เช่น Jung Nu Ri, “A Study on Demutualization of Stock Exchanges,”).

²¹ พิจารณาขอบเขตการบังคับใช้ National Finance Act จาก Articles 8, 9-2 Paragraph 2.

²² พิจารณาขอบเขตการบังคับใช้ Act on the Management of Public Institutions จาก Articles 4, 5, 39-2.

²³ การนี้สามารถพิจารณาได้จากภาคผนวกของ SOE Research Center Korea Institute of Public Finance, “Public Institutions in Korea,” [online] Available from : https://www.kipf.re.kr/viewer/default/doc.html?fn=FILE_000000025677On3_1&rs=/viewer/result/kiPublish/202211///. [2 June 2023] ที่บ่งชี้หน่วยงานที่มีสถานะเป็นองค์กรมหาชนเอาไว้ และไม่มี KRX อยู่ในบัญชีอีกทางหนึ่งด้วย.

²⁴ ดู Korea Exchange, “KRX Annual Report 2021,” p.7, 31-32.

²⁵ พิจารณาขอบเขตการบังคับใช้ Act on Contracts to Which the State is a Party จาก Articles 2, 7.

²⁶ KRX มีรายการจ่ายภาษีอากรภายใต้งบการเงินประจำปี (ดู Korea Exchange, “KRX Annual Report 2021,” p.33).

²⁷ เป็นไปตามข้อยกเว้นใน Article 2 (3) แห่ง Corporate Tax Act.

²⁸ พิจารณาขอบเขตการบังคับใช้ National Finance Act จาก Article 3.

การบริหารรายปีที่ตั้งที่กำหนดไว้ใน National Accounting Act²⁹ และ Act on the Management of Public Institutions³⁰ แต่มีระบบการจัดทำบัญชีแยกเช่นบริษัทเอกชนทั่วไป

อนึ่ง เมื่ออยู่ในรูปบริษัทเอกชน **ความเป็นเจ้าของ**จึงต้องพิจารณาจากสัดส่วนการถือหุ้น ซึ่งสำรวจได้ว่าผู้ถือหุ้นใน KRX เป็นบริษัทเอกชนซึ่งส่วนมากจะประกอบธุรกิจหลักหลักทรัพย์และการลงทุนหลากหลายบริษัท ทั้งนี้ องค์การของรัฐที่ถือหุ้นใน KRX มีเพียง Korea Financial Investment Association และ Korea SMEs & Startups Agency ซึ่งถือหุ้นรวมกันเพียงประมาณร้อยละ 5 ของปริมาณหุ้นทั้งหมดเท่านั้น³¹

สำหรับ**โครงสร้างการบริหาร** KRX นั้น โดยหลักเป็นไปในรูปแบบของบริษัทเอกชนทั่วไป กล่าวคือที่ประชุมผู้ถือหุ้นจะแต่งตั้งคณะกรรมการบริษัทขึ้นมาเพื่อบริหารบริษัท โดยมีการจัดตั้งแผนกย่อยดำเนินงานด้านต่าง ๆ อย่างไรก็ดี Korea Securities and Futures Exchange Act ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับโครงสร้างการบริหารกิจการตลาดหลักทรัพย์ไว้เพิ่มเติม อาทิ องค์ประกอบของผู้บริหารระดับสูงตามมาตรา 8 องค์ประกอบของคณะกรรมการตามมาตรา 9 การให้อำนาจแก่ Financial Services Commission ร้องขอให้เพิกถอนประธานเจ้าหน้าที่บริหารของ KRX ภายในหนึ่งเดือนหลังจากแต่งตั้ง ในกรณีที่ผู้นั้นไม่เหมาะสมต่อหน้าที่ ตามมาตรา 8 (4) และการให้อำนาจระงับการปฏิบัติหน้าที่ของประธานเจ้าหน้าที่บริหารหรือพนักงาน หากผู้นั้นทำผิดกฎหมายเกี่ยวกับหลักทรัพย์ ตามมาตรา 12 นอกจากนั้น มาตรา 17 ยังกำหนดให้ตั้งคณะกรรมการสอดส่องดูแลความเรียบร้อยของตลาด (Market Surveillance Committee) โดยที่กรรมการสองในห้าต้องมาจากการเสนอชื่อของ Financial Services Commission ด้วย

ในทิศทางเดียวกัน เมื่อ KRX มิได้เป็นหน่วยงานที่รับเงินสนับสนุนจากรัฐบาลและมีใช้องค์กรมหาชนตาม Act on the Management of Public Institutions จึงมีใช้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะ ทำให้**การจ้างแรงงาน**ของ KRX ไม่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายบริหารงานบุคคลภาครัฐ ได้แก่ State Public Official Act และ Public Ethics Service Act แต่เป็นไปตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานดังเช่นบริษัทเอกชนทั่วไป³²

²⁹ ดังที่บังคับไว้ใน Articles 6 (2), 11 แห่ง National Accounting Act.

³⁰ ดังที่บังคับไว้ใน Articles 39-2, 40 (7), 42 แห่ง Act on the Management of Public Institutions.

³¹ ดู Korea Exchange, “KRX Annual Report 2021,” p.27; Korea Exchange, “Shareholder Status,” [online] Available from : <https://global.krx.co.kr/contents/GLB/01/0104/0104030000/GLB0104030000.jsp>. [2 January 2023].

³² ดู Korea Exchange, “KRX Annual Report 2021,” p.5.

ทั้งนี้ แม้จะมีสถานะเป็นหน่วยงานเอกชนอย่างชัดเจน แต่ KRX ก็สามารถใช้อำนาจบางประการตามที่ Korea Securities and Futures Exchange Act กำหนดได้ อาทิ อำนาจในการออกกฎระเบียบคำสั่งบังคับกับสมาชิกตลาด อำนาจในการกำหนดบทลงโทษในกรณีมีการซื้อขายที่ไม่ปกติ อำนาจในการขอข้อมูลจากผู้ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำที่ผิดปกติในตลาด อำนาจในการอนุมัตินำหลักทรัพย์เข้าสู่และออกจากตลาด³³ ทั้งนี้ อำนาจบางประการ อาทิ อำนาจในการนำหลักทรัพย์เข้าสู่และออกจากตลาดหลักทรัพย์นั้น KRX จะใช้ได้ภายใต้การอนุมัติของ Financial Services Commission เท่านั้น³⁴

โดยทั่วไปแล้ว KRX มิใช่หน่วยงานที่อยู่ภายใต้การตรวจสอบการเงินของ Board of Audit and Inspection ภายใต้ Board of Audit and Inspection Act³⁵ อย่างไรก็ตาม หากจำเป็นหรือเมื่อนายกรัฐมนตรีร้องขอ Board of Audit and Inspection ก็อาจทำการตรวจสอบบัญชีของ KRX ได้ เนื่องจาก KRX เป็นหน่วยงานที่ตั้งขึ้นโดยรัฐบัญญัตินอกเหนือจากประมวลกฎหมายแพ่งหรือประมวลกฎหมายพาณิชย์ที่มีผู้แทนของหน่วยงานได้รับการแต่งตั้งจากรัฐ³⁶ ทว่าการนี้ยังไม่เคยเกิดขึ้นในความเป็นจริง

สำหรับการควบคุมการดำเนินการของ KRX โดยทั่วไปเป็นหน้าที่ของ Financial Services Commission ซึ่งเป็นหน่วยงานราชการส่วนกลางของประเทศ มีหน้าที่ในการควบคุมดูแลระบบการเงินของประเทศ ถูกจัดตั้งโดย Act on the Establishment of Financial Services Commission³⁷ มีอำนาจในการอนุญาตการแก้ไขข้อบังคับของบริษัท ระบุการดำรงตำแหน่งของผู้บริหารระดับสูงหรือลูกจ้างที่กระทำความผิด รวมถึงอนุมัติการออกและถอนการจำหน่ายหลักทรัพย์ ฯลฯ³⁸

2.2 ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศสิงคโปร์

‘Singapore Exchange Limited’ หรือ ‘SGX’ เป็นตลาดหลักทรัพย์ที่ใหญ่ที่สุดแห่งหนึ่งในเอเชีย มีมูลค่าหลักทรัพย์ตามราคาตลาดกว่า 900 พันล้านเหรียญสิงคโปร์ ด้วยปริมาณการซื้อขายในตลาดกว่า 1.35 พันล้านเหรียญสิงคโปร์ต่อวัน และมีบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดมากกว่า 735 บริษัท (สำรวจในปี ค.ศ. 2021)³⁹

³³ Articles 16, 19 of Korea Securities and Futures Exchange Act.

³⁴ Article 24 of Korea Securities and Futures Exchange Act.

³⁵ พิจารณาขอบเขตการบังคับใช้ Board of Audit and Inspection Act จาก Articles 21 ,20.

³⁶ Article 23.7. of Board of Audit and Inspection Act.

³⁷ Article 3 of Act on the Establishment of Financial Services Commission.

³⁸ Articles 5(2), 12, 17, 24, 25 of Act on the Establishment of Financial Services Commission.

³⁹ ดู Singapore Exchange Limited, “Financial Results for the Financial Year Ended 30 June 2021,”

สำหรับความเป็นมา นั้น SGX ถูกก่อตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1999 จากการควบรวมบริษัทหลักทรัพย์สิงคโปร์ซึ่งดำเนินกิจการแลกเปลี่ยนหลักทรัพย์ 3 แห่ง ได้แก่ Stock Exchange of Singapore Limited, Singapore International Monetary Exchange Limited และ Securities Clearing and Computer Services Limited⁴⁰ ภายใต้ Exchanges (Demutualization and Merger) Act 1999 และ SGX ได้จดทะเบียนตัวเองเข้าสู่ตลาดหลักทรัพย์ใน ค.ศ. 2000 เพื่อเปิดโอกาสให้กับประชาชนได้มีโอกาสลงทุนในบริษัทได้ การนี้จึงทำให้มีสถานะทางกฎหมายเป็นบริษัทมหาชนจำกัด⁴¹ และในปี ค.ศ. 2008 SGX ได้มีความเคลื่อนไหวครั้งใหญ่โดยการเข้าซื้อ Singapore Commodity Exchange อันเป็นตลาดหลักทรัพย์อีกรายหนึ่งของประเทศ ทำให้ปัจจุบัน SGX เป็นตลาดใหญ่เพียงตลาดเดียวในประเทศสิงคโปร์⁴² อนึ่ง แม้ Securities and Future Act 2001 จะเปิดช่องให้เอกชนรายอื่นที่มีคุณสมบัติตามที่กำหนดสามารถขอดำเนินการเป็นตลาดหลักทรัพย์ได้ ภายใต้การอนุมัติของ Monetary Authority of Singapore⁴³ แต่ในปัจจุบันประเทศสิงคโปร์ก็ยังคงมี SGX ที่มีสถานะเป็นตลาดหลักทรัพย์ตามกฎหมายอยู่เพียงตลาดเดียวเท่านั้น

ทั้งนี้ การได้มาซึ่งทุนในการบริหารงานของ SGX นั้น เป็นไปตามลักษณะของบริษัททั่วไปในประเทศสิงคโปร์ กล่าวคือมีแหล่งรายได้จากการประกอบกิจการในลักษณะต่าง ๆ อาทิ การระดมทุน การขายสินค้าหรือบริการ ดอกเบี้ยหรือรายได้จากการปล่อยสินเชื่อ ฯลฯ ซึ่งรายได้เหล่านี้จะถูกนำมาใช้จ่ายในบริหารงานของบริษัท⁴⁴ ทั้งนี้ โดยไม่ปรากฏบทบัญญัติใดทั้งตาม Securities and Future Act 2001 และ Companies Act of 1967 ที่กำหนดให้บริษัทเอกชนต้องส่งเงินรายได้เข้ารัฐ

[online] Available from : <https://investorrelations.sgx.com/static-files/e1bc44ca-f7fa-41cd-98df-6f5c8e9c1683>. [19 January 2023]; Singapore Exchange Limited, "Corporate Information," [online] Available from : <https://www.sgx.com/securities/corporate-information?page=1&pagesize=100>. [19 January 2023].

⁴⁰ Nikkei Asia, "Singapore Exchange Ltd," [online] Available from : <https://asia.nikkei.com/Companies/Singapore-Exchange-Ltd>. [10 January 2023].

⁴¹ Newspaper Singapore, "Singapore Exchange shares expected to make shining debut," [online] Available from : <https://eresources.nlb.gov.sg/newspapers/Digitised/Article/today20001123-1.2.8.4>. [10 January 2023].

⁴² James Chen, "Singapore Exchange (SGX): What it is, How it Works," [online] Available from : https://www.investopedia.com/terms/s/singapore_exchange.asp. [10 January 2023].

⁴³ Section 2 of Securities and Future Act 2001.

⁴⁴ Singapore Exchange Limited, "Singapore Exchange Annual Report July 2021 - June 2022," p.6 [online] Available from : <https://investorrelations.sgx.com/static-files/8c8c8644-80d0-43ca-b34e-eba3ad3c90f2>. [2 June 2023].

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาจากความเป็นเจ้าของแล้ว จะพบว่า SGX มีผู้ถือหุ้นเป็นทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลจำนวนมาก (เนื่องจากมีสถานะเป็นบริษัทมหาชนจำกัด) แต่บริษัทที่เป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่และมีสัดส่วนหุ้นมากที่สุดในร้อยละ 23.3 ได้แก่ SEL Holdings⁴⁵ ซึ่งเป็นบริษัทที่ Temasek Holdings เป็นเจ้าของ ดังนั้น เมื่อ Temasek Holdings เป็นบริษัทที่รัฐบาลเป็นเจ้าของ (government-linked corporation) แต่เพียงผู้เดียว⁴⁶ จึงทำให้ในความเป็นจริงแล้ว รัฐบาลสิงคโปร์ได้รับการปันผลจากการดำเนินงานของ SGX อีกต่อหนึ่งนั่นเอง⁴⁷

อนึ่ง Securities and Future Act 2001 ยังมีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความเป็นเจ้าของไว้เพิ่มเติมบางประการเพื่อกำกับกิจการตลาดหลักทรัพย์ให้มีความเป็นธรรมด้วย อาทิ การห้ามไม่ให้บุคคลถือหุ้นในบริษัทที่ดำเนินกิจการตลาดหลักทรัพย์มากกว่า 12% หรือ 20% ซึ่งจะถือว่าเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ (substantial shareholders) เว้นแต่จะได้รับอนุญาต⁴⁸ หรือการกำหนดให้การแต่งตั้งประธานบริษัท ประธานกรรมการบริหาร กรรมการ หรือบุคคลสำคัญอื่น ๆ จะกระทำมิได้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาต⁴⁹ เป็นต้น

เนื่องจาก SGX มีสถานะเป็นหน่วยงานเอกชน การจัดซื้อจัดจ้างจึงดำเนินการในภาคเอกชนทั้งหมด กล่าวคือบริษัทสามารถกำหนดนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างของตนเองได้⁵⁰ โดยที่ไม่มีกฎหมายใดทำหน้าที่กำกับการจัดซื้อจัดจ้างหรือการพัสดุเป็นการเฉพาะ ไม่ว่าจะเป็น Securities and Future Act 2001 และ Companies Act of 1967 และ SGX ก็ต้องจ่ายภาษีเงินได้นิติบุคคลตั้งเช่นเอกชนทั่วไป⁵¹ เนื่องจากมิใช่วิสาหกิจเริ่มต้น หรือบริษัทที่ดำเนินกิจกรรมไม่แสวงหากำไร หรือมีวัตถุประสงค์เกี่ยวข้องกับสาธารณประโยชน์ ซึ่งจะได้รับยกเว้นและลดภาษีตามมาตรา 43 แห่ง Incomes Tax Act 1947

⁴⁵ Market Screener, “Singapore Exchange Limited (S68),” [online] Available from : <https://www.marketscreener.com/quote/stock/SINGAPORE-EXCHANGE-LIMITE-6491511/company/>. [3 January 2023].

⁴⁶ Temasek, “Frequently Asked Questions,” [online] Available from : <https://www.temasek.com.sg/en/about-us/faqs>. [7 January 2023].

⁴⁷ Temasek, “Does Temasek pay dividends to its shareholder,” [online] Available from : <https://www.temasek.com.sg/en/about-us/faqs>. [7 January 2023].

⁴⁸ Section 27 (2) of Securities and Future Act 2001.

⁴⁹ Section 28 of Securities and Future Act 2001.

⁵⁰ ดู SGXGroup, “Procurement Policy,” [online] Available from : <https://www.sgxgroup.com/sustainability/policy#Procurement%20Policy>. [7 January 2023].

⁵¹ ปรากฏหลักฐานชัดเจนใน Singapore Exchange Limited, “Singapore Exchange Annual Report July 2021 - June 2022,” p.217-221.

ในส่วนของการจัดทำบัญชีนั้น SGX ต้องดำเนินการเฉกเช่นบริษัทเอกชนโดยทั่วไปในประเทศ กล่าวคือ ต้องจัดทำรายงานสภาพทางการเงินของบริษัทไปยังกรรมการบริษัทและที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น⁵² และมีการสอบบัญชีโดยผู้ตรวจสอบบัญชีตาม Companies Act 1967⁵³ นอกจากนี้ เนื่องจาก SGX มีลักษณะเป็นกิจการตลาดหลักทรัพย์ จึงต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขการสอบบัญชีซึ่งได้กำหนดไว้ใน Securities and Future Act 2001 ด้วย กล่าวคือถูกกำหนดหน้าที่เพิ่มเติมให้ผู้สอบบัญชีของตลาดหลักทรัพย์ต้องรายงานให้กับ Monetary Authority of Singapore ทราบ หากว่าพบความผิดปกติที่เกี่ยวข้องกับสถานะทางการเงินอย่างร้ายแรง⁵⁴

โครงสร้างการบริหารงานของ SGX นั้น เป็นไปในลักษณะของบริษัทเอกชนทั่วไป กล่าวคือ ที่ประชุมผู้ถือหุ้นจะแต่งตั้งคณะกรรมการบริหารขึ้นเพื่อดำเนินการและตัดสินใจการบริหารงานตลาดหลักทรัพย์ นอกจากนี้ Securities and Future Act 2001 ยังกำหนดหลักเกณฑ์ไว้เพิ่มเติมให้การแต่งตั้งประธานบริษัท ประธานกรรมการบริหาร กรรมการและบุคคลสำคัญอื่น ๆ จะกระทำได้เมื่อได้รับอนุมัติจาก Monetary Authority of Singapore⁵⁵ ส่วนการจ้างแรงงานของ SGX นั้น จะอยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติต่าง ๆ ในกฎหมายแรงงานตามปกติ เพราะมิได้มีสถานะเป็น statutory board และไม่ปรากฏบทบัญญัติโดยกเว้นไม่ให้ SGX ต้องปฏิบัติตาม Employment Act 1968⁵⁶

SGX สามารถใช้อำนาจบางประการในการดำเนินงานได้ ทั้งนี้ ตามที่ Securities and Futures Act กำหนด อาทิ อำนาจดักเตือนสมาชิกในตลาด อำนาจออกกฎระเบียบที่จะใช้กับสมาชิกในตลาดหลักทรัพย์ ฯลฯ แต่การเหล่านั้นต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ เพราะเป็นการใช้อำนาจรัฐ (public function) โดยมีฐานอำนาจมาจากกฎหมาย (source of authority) และการกระทำก่อให้เกิดผลต่อสิทธิของปัจเจกชนรายอื่น⁵⁷

⁵² Section 207(1) of Companies Act 1967.

⁵³ Section 199 of Companies Act 1967.

⁵⁴ Section 31(1) of Securities and Future Act 2001.

⁵⁵ Section 28 of Securities and Futures Act 2001.

⁵⁶ พิจารณาขอบเขตการบังคับใช้ Employment Act 1968 ตาม Section 2 (Interpretation).

⁵⁷ ดู *Yeap Wai Kong v Singapore Exchange Securities Trading Ltd* [2012] SGHC 103 ซึ่งศาลวางหลักว่า SGX มีการกระทำการบางประการที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจรัฐ จึงอาจถูกควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการได้ ดังเช่นการใช้อำนาจในการดักเตือน (reprimand) ของ SGX-ST อันเป็นบริษัทลูกของ SGX ดังที่พิพาทกันในคดีนี้ ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่า แม้การใช้อำนาจดักเตือนดังกล่าวจะมีที่มาจากกฎระเบียบภายในของทางบริษัทเอง แต่อำนาจนั้นก็ถูกบัญญัติรองรับตาม Securities and Futures Act จึงเป็นการใช้อำนาจตามที่กฎหมายรับรอง (statutory underpinning) อีกทั้ง การแก้ไขกฎระเบียบภายในข้างต้นจะต้องได้รับความเห็นชอบจาก Monetary Authority of Singapore ก่อนที่จะบังคับใช้ และเป็นไป

สำหรับการตรวจสอบการเงินภาครัฐของสิงคโปร์นั้น จะถูกกำกับโดย Audit Act 1966 และดำเนินการโดย Auditor General ซึ่งมีหน้าที่ดำเนินการตรวจสอบการเงินของหน่วยงานของรัฐ (public body) ทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายตุลาการ รวมทั้งมีหน้าที่ในการตรวจสอบทุนของรัฐ (public fund) ด้วย⁵⁸ ทั้งนี้ ในการตีความคำว่าหน่วยงานของรัฐนั้น จะครอบคลุมเฉพาะกรณีเป็นหน่วยงานที่ขึ้นตรงต่อฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ หรือฝ่ายตุลาการเท่านั้น ไม่รวมถึงหน่วยงานที่ได้รับเงินสนับสนุนจากภาครัฐหรือใช้อำนาจอย่างเดี่ยวดังนั้น SGX จึงไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของ Auditor General ส่วนการควบคุมการดำเนินงานโดยทั่วไปนั้น จะอยู่ภายใต้อำนาจของ Monetary Authority of Singapore ทั้งนี้ ตาม Securities and Future Act 2001 ซึ่งจะมีอำนาจหลายประการ อาทิ การอนุมัติให้จดทะเบียนเป็นตลาดหลักทรัพย์ การอนุมัติให้ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ (ร้อยละ 12 หรือร้อยละ 20)⁵⁹ หรือการแต่งตั้งโยกย้ายผู้บริหารของตลาดหลักทรัพย์⁶⁰ ฯลฯ

2.3 ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศจีน

ประเทศจีนมีตลาดหลักทรัพย์ขนาดใหญ่สองแห่ง ได้แก่ Shanghai Stock Exchange ('SSE') ซึ่งเป็นตลาดหลักทรัพย์ที่มีมูลค่าหลักทรัพย์ตามราคาตลาดสูงเป็นอันดับสามในโลกและอันดับหนึ่งในเอเชีย⁶¹ และ Shenzhen Stock Exchange ('SZSE') ซึ่งเป็นตลาดหลักทรัพย์ที่มุ่งเน้นการสร้างสรรค์นวัตกรรมให้แก่ประเทศ⁶² นอกจากนี้ ยังมีตลาดสำหรับซื้อขายหุ้นของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมอีกหนึ่งแห่ง ได้แก่ Beijing Stock Exchange ('BSE') ซึ่งมีการประสานความร่วมมือทางธุรกิจกับ SSE และ SZSE อย่างใกล้ชิด⁶³

เพื่อประโยชน์สาธารณะอีกด้วย จึงมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจซึ่งศาลอาจตรวจสอบได้ (ดูการวิเคราะห์คำตัดสินของศาลเพิ่มเติมใน Chen Zhida, "The Nature Test and Source Test in Judicial Review: Yeap Wai Kong v Singapore Exchange Securities Trading Ltd".).

⁵⁸ พิจารณาขอบเขตการบังคับใช้ Audit Act 1966 ได้จาก Section 2 (1).

⁵⁹ Section 27 (2) of Securities and Futures Act 2001.

⁶⁰ Section 28 of Securities and Futures Act 2001.

⁶¹ ด้วยมูลค่าการซื้อขายกว่า 6.5 พันล้านดอลลาร์สหรัฐ ในปี ค.ศ. 2022 (ดู Shanghai Stock Exchange, "Overview," [online] Available from : <http://english.sse.com.cn/aboutsse/overview/>. [30 January 2023]).

⁶² ดู Shenzhen Stock Exchange, "Overview," [online] Available from : <https://www.szse.cn/English/about/overview/index.html>. [30 January 2023].

⁶³ ดู National Equities and Exchange Quotations, "Introduction," [online] Available from : https://www.neeq.com.cn/en/about_neeq/introduction.html. [30 January 2023].

การซื้อขายหลักทรัพย์ในประเทศจีนมีความเป็นมาตั้งแต่คริสต์ทศวรรษที่ 1860 โดยมีการจัดตั้งตลาดหลักทรัพย์อย่างเป็นทางการครั้งแรกที่มณฑลเซี่ยงไฮ้ในปี ค.ศ. 1891 ได้แก่ Shanghai Share Brokers Association (เปลี่ยนชื่อเป็น Shanghai Stock Exchange ในปี ค.ศ. 1904) นอกจากนี้ ในคริสต์ทศวรรษ 1920 ก็มีการจัดตั้งตลาดหลักทรัพย์เพิ่มเติม อาทิ Shanghai Securities Goods Exchange และ Shanghai Chinese Securities Exchange การนี้ทำให้มณฑลเซี่ยงไฮ้ในเวลานั้นกลายมาเป็นศูนย์กลางทางการเงินแห่งโลกตะวันออก และในปี ค.ศ. 1946 Shanghai Chinese Securities Exchange ก็ได้เปลี่ยนชื่อเป็น Shanghai Securities Exchange Co., Ltd.⁶⁴

ทว่า ในช่วงปี ค.ศ. 1949 รัฐบาลได้ล้มเลิกตลาดหลักทรัพย์ทั้งหมดเพื่อสนองต่ออุดมการณ์สังคมนิยม⁶⁵ การซื้อขายหลักทรัพย์ในประเทศจีนเริ่มมีขึ้นอีกครั้งหลังจากนโยบายเปิดประเทศของรัฐบาลจีนในคริสต์ทศวรรษ 1980s โดยธนาคารประชาชนของประเทศจีน (The People's Bank of China) อนุมัติให้รัฐบาลท้องถิ่นสามารถจัดตั้งตลาดหลักทรัพย์ได้ จึงได้มีการจัดตั้ง SSE และ SZSE ขึ้นในปี ค.ศ. 1990 ดังนั้น การดำเนินการของ SSE และ SZSE ในระยะแรกจึงอยู่ในการควบคุมอย่างใกล้ชิดของรัฐบาลท้องถิ่นและธนาคารประชาชน ต่อมาในปี ค.ศ. 1998 ก็ได้มีบังคับใช้ Securities Law และจัดตั้ง China Securities Regulatory Commission ('CSRS') ขึ้นทำหน้าที่ควบคุมดูแลกิจการตลาดหลักทรัพย์แทนรัฐบาลท้องถิ่นและธนาคารกลาง ส่งผลให้รัฐบาลกลางของประเทศจีนมีบทบาทในการควบคุมกำกับกิจการตลาดหลักทรัพย์มากยิ่งขึ้น⁶⁶

ทั้งนี้ Securities Law 1998 ได้บ่งสถานะของตลาดหลักทรัพย์ให้เป็น "นิติบุคคลที่ไม่แสวงหาผลกำไรที่ให้บริการซื้อขายหลักทรัพย์"⁶⁷ ก่อนที่การแก้ไขกฎหมายในปี ค.ศ. 2005 จะได้เปลี่ยนนิยามของตลาดหลักทรัพย์ให้หมายถึง "นิติบุคคลที่ให้บริการซื้อขายหลักทรัพย์ที่มีการดูแลปกครองตนเองได้"⁶⁸ และในเดือนธันวาคม ค.ศ. 2019 ซึ่งมีการแก้ไขกฎหมายโดยผลของ

⁶⁴ Goldman Sachs, "The Shanghai Stock Exchange Reopens in 1990," [online] Available from : <https://www.goldmansachs.com/our-firm/history/moments/1990-shanghai-stock-exchange-reopens.html>. [30 January 2023].

⁶⁵ Kai Lyu, "The Institutional Transformation of China's Stock Exchanges: A Comparative Perspective" p.56-70.

⁶⁶ Geretto Enrico and Rubens Pauluzzo, "Stock Exchange Markets in China: Structure and Main Problems," in *Transition Studies Review* (Vol.19(1), 2012).

⁶⁷ 'A non-profit legal person that provides a place for the centralized trading of securities' (Article 95 of Securities Law of People's Republic of China (1998)).

⁶⁸ 'A stock exchange is a self-disciplined legal person' (Article 102 of Securities Law of People's Republic of China (2005)).

Order of the President of the People's Republic of China No. 37⁶⁹ และเป็นพัฒนาการล่าสุดนั้น มิได้กำหนดให้ตลาดหลักทรัพย์ให้เป็นหน่วยงานของรัฐโดยตรง แต่ได้กำหนดในมาตรา 96 ให้การดำเนินกิจการตลาดหลักทรัพย์นั้นต้องได้รับอนุญาตจาก State Council ก่อน และตลาดหลักทรัพย์มีสถานะเป็น “นิติบุคคลตามกฎหมาย” และมี “การดูแลกิจการของตนเอง” (implement self-regulation) โดยมาตรา 99 ยังกำหนดต่อไปให้การดูแลกิจการตนเองนี้ต้องยึดหลักการในการเห็นประโยชน์ส่วนรวมและการดำเนินกิจการอย่างเป็นธรรมและโปร่งใสเป็นสำคัญ⁷⁰

ทั้งหมดนี้ทำให้สถานะทางกฎหมายของ SSE และ SZSE มีความไม่ชัดเจน แต่งานเขียนวิชาการส่วนมากบ่งชี้ไปในทางที่ว่าตลาดหลักทรัพย์ทั้งสองนี้ได้รับอิทธิพลจากหน่วยงานรัฐอย่างมาก เมื่อเปรียบเทียบกับตลาดหลักทรัพย์ของประเทศในกลุ่มแองโกลอเมริกัน และการควบคุมและอำนาจการของรัฐต่อ SSE และ SZSE ก็ไม่มีท่าทีจะลดลง⁷¹ การนี้ทำให้ตลาดหลักทรัพย์ทั้งสองมีสถานะเหมือนหน่วยงานหนึ่งของ CSRC มากกว่าที่จะเป็นหน่วยงานควบคุมตัวเอง⁷² เพราะ CSRC มีการใช้อำนาจอย่างมากในการเข้าแทรกแซงการดำเนินงานของตลาดหลักทรัพย์⁷³

สำหรับ BSE นั้น แต่เดิมคือตลาด NEEQ ซึ่งมีการดำเนินการในรูปแบบของบริษัทเอกชน โดยมีบริษัท NEEQ Co. Ltd ซึ่งจดทะเบียนจัดตั้งในปี ค.ศ. 2012 และเป็นผู้ดำเนินการมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 2013 ภายใต้การควบคุมของ CSRC⁷⁴ ก่อนที่จะมีการปฏิรูปในปี ค.ศ. 2021 โดยจัดตั้งตลาดหลักทรัพย์ BSE ขึ้นภายใต้การดำเนินการโดย Beijing Stock Exchange Co., Ltd ซึ่งเป็นบริษัทเอกชนจดทะเบียนที่ได้จัดตั้งขึ้นใหม่ โดยที่บริษัทแห่งนี้มี NEEQ Co. Ltd เป็นผู้ถือหุ้นแต่เพียงผู้เดียว⁷⁵ และเมื่อหุ้นของ NEEQ Co. Ltd ถูกถือโดย SSE และ SZSE อีกต่อหนึ่ง⁷⁶ จึงพิจารณาได้ว่า BSE มีความเชื่อมโยงอย่างแนบแน่นกับตลาดหลักทรัพย์อื่นในประเทศจีนนั่นเอง

⁶⁹ The National People's Congress of the People's Republic of China, “Securities Law of the People's Republic of China,” [online] Available from : <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/c23934/202109/9886ca6f805e4663a9a725d6f72066dd.shtml>. [30 January 2023].

⁷⁰ Articles 96, 99 of Securities Law of People's Republic of China.

⁷¹ Kai Lyu, “The Institutional Transformation of China's Stock Exchanges: A Comparative Perspective”.

⁷² Huaiyu Wang, “Stock Exchanges in China: Self-Regulatory Organisations or CSRC's Branches?”.

⁷³ Wei Cai, “State Control and the Weak Stock Market in China,” in *Journal of Financial Crime* (Vol.17(2), 2010) p.194-971.

⁷⁴ National Equities and Exchange Quotations, “Introduction,”.

⁷⁵ Christina Gigler, “New Beijing Stock Exchange-An Overview,” [online] Available from : <https://www.roedl.com/insights/china-beijing-stock-exchange-sme-capital-market>. [30 January 2023].

⁷⁶ Yumeng Li, Xiangying Meng, and Xianhua Wei, “China's New Third Board Market: Opportunities and Challenges,” in *Procedia Computer Science* (Vol.55, 2015), p.1050-1059.

ในเชิงการได้มาซึ่งทุนในการบริหารนั้น แม้จะมีได้รับงบประมาณจากภาครัฐโดยตรง แต่เมื่อ SSE และ SZSE ก็ถูกจัดตั้งมาโดยรัฐบาลท้องถิ่นมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1990 และ 1991 ตามลำดับ ทำให้อนุมานได้ว่าทุนในระยะเริ่มแรกนั้นมาจากรัฐบาลท้องถิ่น⁷⁷ ส่วน BSE ซึ่งดำเนินกิจการโดย Beijing Stock Exchange Co., Ltd โดยที่หุ้นทั้งหมดถือโดย NEEQ Co. Ltd และปรากฏต่อไปว่า หุ้นของ NEEQ Co. Ltd ถูกถือโดย SSE และ SZSE อีกต่อหนึ่งดังที่ได้แจกแจงไปแล้วนั้น ทำให้สรุปได้ว่าทุนในการบริหารงานของ BSE มาจากตลาดหลักทรัพย์อื่นในประเทศจีน

ทั้งนี้ มาตรา 101 แห่ง Securities Law ได้กำหนดให้ตลาดหลักทรัพย์นำรายได้จากการดำเนินกิจการมาเป็นทุนในการบริหารงาน และถ้าหากตลาดหลักทรัพย์ได้อยู่ในรูปของการรวมตัวของสมาชิก (เช่น SSE และ SZSE) แล้ว ก็ห้ามมิให้มีการแบ่งปันผลกำไรจากการดำเนินกิจการแก่สมาชิกจนกว่าตลาดหลักทรัพย์จะสิ้นสุดสภาพการทำงาน ซึ่งเมื่อเป็นเช่นนี้แล้ว จึงพิจารณาได้ว่า **ไม่มีการส่งเงินรายได้**ของตลาดหลักทรัพย์เข้าสู่รัฐหรือแจกจ่ายต่อผู้ถือหุ้นแต่อย่างใด จนกว่าตลาดหลักทรัพย์จะมีการสิ้นสุดสภาพการทำงาน

อนึ่ง เมื่อตลาดหลักทรัพย์ในประเทศจีนมีได้รับงบประมาณจากภาครัฐแล้ว จึงมิใช่หน่วยงานมหาชนอันต้องอยู่ภายใต้การ**จัดซื้อจัดจ้าง**ภาครัฐตาม Government Procurement Law⁷⁸ อย่างไรก็ตาม ในแง่ของภาระภาษีนั้น SSE และ SZSE กลับได้รับการยกเว้นให้ไม่ต้องเสียภาษี เนื่องจากเป็นองค์กรไม่แสวงหาผลกำไรและดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ ตามมาตรา 26 (4) แห่ง Enterprise Income Tax Law ประการนี้แตกต่างจาก BSE ซึ่งต้องเสียภาษี เนื่องจากอยู่ในรูปของบริษัทเอกชน⁷⁹

สำหรับกฎเกณฑ์ด้านการ**จัดบัญชี** การตรวจสอบบัญชีและความรับผิดชอบซึ่งเกี่ยวกับการจัดทำบัญชีขององค์กรต่าง ๆ ในประเทศจีนนั้น เป็นไปตาม Accounting Law ทั้งนี้ มาตรา 2 ของกฎหมายดังกล่าวบัญญัติให้องค์กรของรัฐ องค์กรมหาชน วิสาหกิจ สถาบัน บุคคลผู้ประกอบอุตสาหกรรมอิสระและหน่วยงานอื่น ล้วนแล้วแต่ต้องจัดทำบัญชีตามบทบัญญัติของกฎหมายนี้

⁷⁷ Zhong Zhang, “Law and Finance: The Case of Stock Market Development in China,” in *Boston College International and Comparative Law Review* (Vol.39(2), 2016), p.294 ,382; Stephen Green, *China’s Stockmarket: A Guide to its Progress, Players, and Prospects*, (London: The Economist, 2003), p.12.

⁷⁸ พิจารณาขอบเขตการบังคับใช้ The Government Procurement Law of the People’s Republic of China (Order of the President No.(86 ได้จาก Article 2.

⁷⁹ ดู I-Ting Shelly Lin, “Non-profit Organizations in China: How to Apply for Tax Exempt Status,” [online] Available from : <https://www.china-briefing.com/news/non-profit-organizations-china-apply-tax-exempt-status/>. [31 January 2023].

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าการจัดทำบัญชีของหน่วยงานของรัฐและหน่วยงานเอกชนในประเทศจีนมิได้มีความแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ ไม่ว่าจะตลาดหลักทรัพย์ทั้งสามแห่งในประเทศจีนจะมีสถานะเช่นไรก็พึงต้องดำเนินการตาม Accounting Law ทั้งสิ้น

ส่วน**ความเป็นเจ้าของ**นั้น ดังที่ได้พิจารณามาแล้วว่า SSE และ SZSE เป็นองค์กรไม่แสวงหากำไรซึ่งมีอำนาจในการควบคุมองค์กรตัวเองตาม Securities Law อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาจากโครงสร้างตามกฎหมายแล้วจะพบว่า CSRC กลับมีอำนาจอย่างกว้างขวางในการควบคุม SSE และ SZSE ดังที่จะสามารถเห็นได้จากการยอมรับของ SSE และ SZSE เองว่าอยู่ภายใต้การชี้แนะโดยตรง (direct guidance) และการบังคับบัญชา (under supervision) ของ CSRC⁸⁰ การนี้จึงพิจารณาได้ว่า SSE และ SZSE มีเจ้าของที่แท้จริงคือรัฐและต้องดำเนินงานเพื่อประโยชน์สาธารณะ ส่วน BSE นั้น แม้จะอยู่ในรูปบริษัทเอกชน แต่เมื่อมีความเชื่อมโยงกับ SSE และ SZSE ดังที่ได้พิจารณามาแล้ว จึงนับได้ว่าเจ้าของที่แท้จริงของ BSE ก็อาจจะเป็นรัฐและประโยชน์สาธารณะอีกเช่นกัน

สำหรับ**โครงสร้างการบริหารงาน**ของตลาดหลักทรัพย์นั้น เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ใน Securities Law อาทิ การกำหนดให้มีคณะกรรมการนโยบายและคณะกรรมการบริหาร และผู้จัดการทั่วไปซึ่งได้รับการแต่งตั้งโดย State Council การกำหนดประเภทของบุคคลที่ต้องห้ามมิให้มีอำนาจในการบริหารตลาด ฯลฯ⁸¹ ทั้งนี้ จากการสำรวจพบว่า SSE, SZSE และ BSE ก็มีโครงสร้างการบริหารที่สอดคล้องกับข้อกำหนดข้างต้นนี้⁸² ส่วน**การจ้างแรงงาน**ในประเทศจีนนั้น เป็นไปตาม Labour Law ซึ่งมาตรา 2 บัญญัติขอบเขตการบังคับไว้อย่างกว้างขวางครอบคลุมถึงการจ้างแรงงานของวิสาหกิจและองค์กรธุรกิจส่วนตัวบนแผ่นดินจีน ตลอดจนหน่วยงานของรัฐ สถาบัน และองค์กรมหาชน ดังนั้น การจ้างแรงงานของหน่วยงานของรัฐและหน่วยงานเอกชนในประเทศจีนมิได้มีความแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ ไม่ว่าจะตลาดหลักทรัพย์ทั้งสามแห่งในประเทศจีนจะมีสถานะเช่นไรก็พึงต้องดำเนินการตาม Labour Law ทั้งสิ้น

⁸⁰ Shenzhen Stock Exchange, “Overview,” .

⁸¹ Articles 102-104 of Securities Law of People’s Republic of China.

⁸² ดู Shanghai Stock Exchange, “Organization Structure,” [online] Available from : <http://english.sse.com.cn/aboutsse/organization/>. [30 January 2023]; Shenzhen Stock Exchange, “Organization,” [online] Available from : <https://www.szse.cn/English/about/organization/index.html>. [30 January 2023]; Beijing Stock Exchange, “Organization,” [online] Available from : <https://www.bse.cn/company/organization.html>. [30 January 2023].

ทั้งนี้ Securities Law กำหนดให้ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศจีนสามารถใช้อำนาจได้หลายประการ เช่น อำนาจในการสั่งพักการซื้อขายและสั่งให้ดำเนินการซื้อขายหลักทรัพย์ การออกกฎระเบียบเพื่อใช้ในตลาด การออกบทลงโทษทางวินัยกับนักลงทุน ฯลฯ⁸³

ในส่วนของการตรวจเงินภาครัฐนั้น เมื่อตลาดหลักทรัพย์ในประเทศจีนทั้ง 3 แห่ง ได้แก่ SSE และ SZSE ซึ่งเป็นองค์กรไม่แสวงหากำไรมีอำนาจในการควบคุมองค์กรตัวเอง และ BSE ซึ่งเป็นบริษัทเอกชน ไม่ได้เป็นหน่วยงานรัฐและหน่วยงานมหาชนที่มีการใช้งบประมาณจากรัฐวิสาหกิจ กองทุนและเงินบริจาคที่มีหน่วยงานรัฐเป็นผู้ควบคุม หน่วยงานเอกชนที่รัฐเป็นผู้ถือเป็นหุ้นเสียงส่วนมากหรือมีอำนาจควบคุม (โดยตรง) หรือหน่วยงานประเภทใด ภายใต้การเป็นหน่วยงานรัฐตามที่ Audit Law นิยามไว้โดยตรง จึงไม่อยู่ภายใต้ระบบการตรวจสอบการเงินภาครัฐ⁸⁴

การควบคุมการดำเนินกิจการตลาดหลักทรัพย์โดยทั่วไป เป็นอำนาจของ CSRC โดยมี State Council เป็นผู้ควบคุมอีกชั้นหนึ่ง ทั้งนี้ โดย CSRC มีอำนาจตาม Securities Law หลากหลายประการ อาทิ อำนาจในการอนุมัติข้อบังคับของตลาดหลักทรัพย์ก่อนที่จะถูกจัดตั้งขึ้น หรือมีการเปลี่ยนแปลง การแต่งตั้งและเพิกถอนตำแหน่งผู้จัดการทั่วไปของตลาดหลักทรัพย์ การสอดส่องและดูแลการซื้อขายหลักทรัพย์ การกำหนดจำนวนเงินที่ตลาดหลักทรัพย์ต้องส่งเข้ากองทุนเพื่อจัดการความเสี่ยง และการกำหนดการนำเงินในกองทุนจัดการความเสี่ยงมาใช้ เป็นต้น⁸⁵

2.4 ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศมาเลเซีย

ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศมาเลเซีย ได้แก่ ‘Bursa Malaysia’ นั้น เป็นหนึ่งในตลาดหลักทรัพย์ที่ใหญ่ที่สุดในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ มีกิจการที่จดทะเบียนซื้อขายหลักทรัพย์ในตลาดกว่า 900 กิจการ⁸⁶ ทั้งนี้ Capital Markets and Services Act 2007 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ควบคุมการดำเนินกิจการตลาดหลักทรัพย์และการซื้อขายหลักทรัพย์ไม่ได้ระบุให้มีการจัดตั้งตลาดหลักทรัพย์ใดขึ้น แต่เปิดช่องให้นิติบุคคลสามารถยื่นคำร้องขอเพื่อได้รับอนุญาตให้จัดตั้งตลาดเพื่อการซื้อขายหลักทรัพย์ได้⁸⁷ และแม้ว่าจะไม่ได้มีบทบัญญัติห้ามมิให้มีตลาดหลักทรัพย์มากกว่าหนึ่งแห่งในประเทศมาเลเซีย แต่ในความเป็นจริงแล้ว Bursa Malaysia ก็เป็นตลาดหลักทรัพย์เพียงแห่งเดียวที่ดำเนินกิจการอยู่ในปัจจุบัน

⁸³ Articles 110, 111, 115 of Securities Law of the People’s Republic of China.

⁸⁴ พิจารณาขอบเขตการบังคับใช้ Audit Law of the People’s Republic of China ได้จาก Articles 1, 19, 20, 23.

⁸⁵ Articles 99, 102, 111, 112, 113, 114 of Securities Law of the People’s Republic of China.

⁸⁶ Bursa Malaysia, “Who We Are,” [online] Available from : https://www.bursamalaysia.com/about_bursa/about_us/who_we_are. [10 January 2023].

⁸⁷ Division 2 of Capital Markets and Services Act 2007.

ความเป็นมาของการซื้อขายหลักทรัพย์ในประเทศมาเลเซียเริ่มต้นในปี ค.ศ. 1930 โดยในระยะแรกยังมีการดำเนินการร่วมกันกับประเทศสิงคโปร์ ภายใต้การดำเนินการของ Singapore Stockbrokers' Association จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1937 สมาคมแห่งนี้ก็ได้จดทะเบียนใหม่ในชื่อ Stockbrokers' Association of Malaya แต่ก็ได้มีการซื้อขายหลักทรัพย์แบบสาธารณะ ต่อมาในปี ค.ศ. 1960 จึงจัดตั้ง Malayan Stock Exchange ขึ้น ณ กรุงกัวลาลัมเปอร์และได้มีการซื้อขายหลักทรัพย์แบบเปิดสาธารณะเป็นครั้งแรก จน Stock Exchange of Malaysia ถูกจัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1964 และได้ดำเนินการต่อมาในชื่อ Malaysian and Singapore Stock Exchange จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1973 Malaysian and Singapore Stock Exchange จึงได้แยกตัวออกเป็น Kuala Lumpur Stock Exchange Berhad ในมาเลเซียและ Stock Exchange of Singapore ในสิงคโปร์ หลังจากนั้น Kuala Lumpur Stock Exchange ก็ถูกจดทะเบียนในรูปบริษัทมหาชน จำกัดเพื่อมาดำเนินการต่อจาก Kuala Lumpur Stock Exchange Berhad ในปี ค.ศ. 1976 และดำเนินการเรื่อยมา ผ่านกระบวนการแปรรูป (demutualization) เพื่อเพิ่มศักยภาพการแข่งขันและแสวงหาผลกำไรมากขึ้น พร้อมเปลี่ยนชื่อมาเป็น Bursa Malaysia Berhad ในปี ค.ศ. 2004 ใช้มาจนกระทั่งปัจจุบัน⁸⁸

โดยสรุปแล้ว Bursa Malaysia ถูกดำเนินการโดย Bursa Malaysia Berhad ซึ่งมีสถานะทางกฎหมายเป็นบริษัทที่มีการประกอบธุรกิจหลักโดยการถือหุ้น (holding company) และจดทะเบียนเป็นบริษัทมหาชนจำกัดด้วย⁸⁹ ทั้งนี้ Bursa Malaysia มีได้ถูกจัดตั้งโดย Capital Markets and Services Act 2007 แต่ได้รับอนุมัติจาก Securities Commission Malaysia ให้สามารถดำเนินการหลักทรัพย์ได้⁹⁰ อีกนัยหนึ่งจึงกล่าวได้ว่า Bursa Malaysia มีสถานะเป็นหน่วยงานเอกชนผู้ยื่นคำร้องขอดำเนินการตลาดหลักทรัพย์ในประเทศมาเลเซียนั่นเอง

ทั้งนี้ Bursa Malaysia มิเคยได้รับทุนในการบริหารงานมาจากงบประมาณแผ่นดินหรือหน่วยงานของรัฐแต่อย่างใด เนื่องจากเกิดจากความร่วมมือกันของสมาคมของเอกชนมาตั้งแต่ต้น และหลังจากการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทเพื่อประกอบธุรกิจแล้ว ทุนบริหารงานก็มาจากรายได้และ

⁸⁸ Bursa Malaysia, "Corporate History," [online] Available from : https://www.bursamalaysia.com/about_bursa/about_us/corporate_history. [10 January 2023].

⁸⁹ Bursa Malaysia Berhad, "The Constitution of Bursa Malaysia Berhad (Company No. 30362-P)," [online] Available from : https://www.bursamalaysia.com/sites/5bb54be15f36ca0af339077a/assets/5bb-559cc5f36ca0c3028d471/Constitution_of_Bursa_Malaysia.pdf. [6 June 2023].

⁹⁰ Section 34 (1) of Capital Markets and Services Act 2007.

กำไรในการทำธุรกิจทั้งสิ้น⁹¹ การนี้ทำให้ Bursa Malaysia ไม่จำเป็นต้องส่งเงินรายได้เข้ารัฐในรูปแบบเดียวกับหน่วยงานของรัฐ⁹² จะมีก็แต่เพียงการจ่ายภาษีและการบริจาค (zakat) เฉกเช่นเดียวกับหน่วยงานเอกชนทั่วไปเท่านั้น⁹³ ทั้งนี้ เพราะมิได้รับการยกเว้นในฐานะหน่วยงานของรัฐบาลกลางและรัฐบาลของมลรัฐ ตามมาตรา 127 แห่ง Income Tax Act 1967 แต่อย่างใด

เมื่อเป็นเช่นนี้แล้ว การจัดซื้อจัดจ้างของ Bursa Malaysia จึงเป็นไปเยี่ยงบริษัทเอกชนทั่วไป มิต้องปฏิบัติตามระเบียบดังเช่นหน่วยงานของรัฐ โดย Bursa Malaysia Berhad ได้มีการออกคู่มือจรรยาบรรณทางธุรกิจ (Code of Conduct) ขึ้น เพื่อควบคุมกระบวนการดำเนินธุรกิจของบริษัทกับคู่ค้าให้เป็นอย่างโปร่งใสและเป็นธรรม ซึ่งคู่มือจรรยาบรรณทางธุรกิจเหล่านี้ได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องการจัดซื้อจัดจ้างในหลากหลายมิติ อาทิ การวางมาตรฐานที่คู่ค้าต้องปฏิบัติตาม⁹⁴ และกฎระเบียบที่ใช้บังคับกับกรรมการและพนักงานของบริษัทเพื่อป้องกันการฉ้อโกงและการขัดกันทางผลประโยชน์⁹⁵ เป็นต้น อนึ่ง ข้อสังเกตที่น่าสนใจคือคู่มือล้วนเหล่านี้ถูกจัดทำขึ้นตามแบบของ Malaysian Code on Corporate Governance ซึ่ง Securities Commission Malaysia เป็นผู้กำหนดขึ้นเพื่อให้บริษัทมหาชนจำกัดในตลาดหลักทรัพย์นำมาเป็นแบบอย่างในการจัดทำคู่มือจรรยาบรรณทางธุรกิจของตนเอง⁹⁶

สำหรับการจัดทำบัญชีของหน่วยงานในประเทศมาเลเซียนั้น Audit Act 1957 บังคับให้การทำบัญชีของรัฐบาลกลาง มลรัฐ และหน่วยงานของรัฐ ตลอดจนเงินสาธารณะและคลังสาธารณะ ต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบของ Auditor General⁹⁷ ดังนั้น เมื่อมิได้ถูกจัดตั้งขึ้นด้วยกฎหมาย

⁹¹ ดูตัวอย่างได้จาก Bursa Malaysia, “Integrated Annual Report 2021,” p.10, 156 [online] Available from : https://bursa.listedcompany.com/misc/Integrated_Annual_Report_2021.pdf. [11 January 2023].

⁹² มิได้อยู่ภายใต้บังคับของ Financial Procedure Act 1957 ใดๆก็ดี ด้วยเหตุนี้ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของ Bursa Malaysia Berhad คือหน่วยงานของรัฐอย่างกองทุนประกันสังคมและกองทุนเพื่อการพัฒนาตลาดทุนของมาเลเซีย ดังที่จะได้แจกแจงรายละเอียดด้านล่าง ดังนั้น จึงอาจถือได้ว่ารัฐมีรายได้ (ทางอ้อม) จากการดำเนินงานของตลาดหลักทรัพย์ ประการนี้จึงมีความคล้ายคลึงกับตลาดหลักทรัพย์ของประเทศสิงคโปร์

⁹³ Bursa Malaysia, “Integrated Annual Report 2021,” p.165.

⁹⁴ Bursa Malaysia, “Vendor Code of Conduct,” [online] Available from : https://www.bursamalaysia.com/sites/5d809dcf39fba22790cad230/assets/5fd31a885b711a16a85efee6/Vendor_Code_of_Conduct_GCFS.pdf. [12 January 2023].

⁹⁵ Bursa Malaysia, “Code of Ethics,” [online] Available from : https://www.bursamalaysia.com/sites/5d809dcf39fba22790cad230/assets/6214653439fba2756e43999d/Simplified_Code_of_Ethics_290520_final.pdf. [12 January 2023].

⁹⁶ ดู Bursa Malaysia, “Integrated Annual Report 2021,” p.39.

⁹⁷ พิจารณาขอบเขตการบังคับใช้ Audit Act 1957 ได้จาก Section 1(2).

เพียงแต่ได้รับการอนุมัติให้ดำเนินกิจการตาม Capital Markets and Services Act 2007 เท่านั้น จึงทำให้ Bursa Malaysia ไม่ได้เป็นหน่วยงานของรัฐที่ต้องใช้ระบบบัญชีและถูกตรวจสอบบัญชีตาม Audit Act 1957

ในแง่ความเป็นเจ้าของนั้น สํารวจพบว่าในปัจจุบัน ผู้ถือหุ้นใน Bursa Malaysia Berhad ประมาณร้อยละ 20 เป็นนักลงทุนรายย่อย ประมาณร้อยละ 10 เป็นนิติบุคคลเอกชน และประมาณร้อยละ 37 ถูกถือในลักษณะของตัวแทน นอกจากนี้ ร้อยละ 30 ของการถือหุ้นทั้งหมดเป็นการถือโดยหน่วยงานของรัฐ โดยมีกองทุนประกันสังคม (Retirement Fund) และกองทุนเพื่อการพัฒนาตลาดทุน (Capital Market Development Fund) เป็นผู้ถือหุ้นประมาณร้อยละ 18 และประมาณร้อยละ 12 ตามลำดับ⁹⁸ อนึ่ง เป็นที่น่าสังเกตว่าการเปลี่ยนแปลงสัดส่วนการถือหุ้นนั้นถูกควบคุมโดยกฎหมายในระดับหนึ่ง กล่าวคือมาตรา 25 แห่ง Capital Markets and Services Act กำหนดให้การตกลงใด ๆ ที่จะทำให้บุคคลผู้ใดมีสัดส่วนการถือหุ้นเพิ่มขึ้นมากกว่า 5 ส่วน 100 ของหุ้นทั้งหมดจะต้องได้รับการอนุมัติเป็นลายลักษณ์อักษรจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังก่อน⁹⁹

Bursa Malaysia Berhad มีโครงสร้างการบริหารดังเช่นบริษัทเอกชนโดยทั่วไป แต่ Capital Markets and Services Act 2007 ได้บัญญัติกฎเกณฑ์บางประการเพิ่มเติมไว้ อาทิ การกำหนดให้กรรมการจำนวนอย่างน้อยหนึ่งในสามของกรรมการทั้งหมดต้องเป็น “กรรมการเพื่อประโยชน์สาธารณะ” (Public Interest Director) ซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง โดยคำแนะนำจาก Securities Commission หรือการกำหนดให้การกระทำใด ๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับการแต่งตั้งหรือถอดถอนกรรมการของบริษัทในเครือจะต้องได้รับการอนุมัติจาก Securities Commission ก่อน ฯลฯ¹⁰⁰ ส่วนการจ้างแรงงานนั้น เป็นไปตามบทบัญญัติใน Industrial Relations Act 1967 ซึ่งใช้บังคับกับบริษัทเอกชนทั่วไป¹⁰¹ ทั้งนี้ เพราะ Bursa Malaysia Berhad มีรัฐบุลา หรือหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐบัญญัติ จึงมีต้องอยู่ภายใต้อำนาจของ Public Services Commission เฉกเช่นการจ้างงานภาครัฐ¹⁰²

⁹⁸ ดู Bursa Malaysia, “Shareholding Statistics,” [online] Available from : https://bursa.listedcompany.com/shareholdings_statistics.html. [14 January 2023].

⁹⁹ Section 25 of Capital Market and Services Act 2007.

¹⁰⁰ Sections 10 of Capital Markets and Services Act 2007.

¹⁰¹ Bursa Malaysia, “Careers,” [online] Available from : https://www.bursamalaysia.com/about_bursa/careers. [13 January 2023].

¹⁰² พิจารณาขอบเขตการบังคับใช้ Industrial Relations Act 1967 ได้จาก Section 2 (Interpretation).

Bursa Malaysia มีการใช้อำนาจบางประการได้ตามที่ Capital Markets and Services Act 2007 กำหนด อาทิ อำนาจในการออกระเบียบเพื่อการดำเนินการและควบคุมตลาด และการกำหนดมาตรการลงโทษการกระทำที่ขัดต่อกฎระเบียบที่ตนออก ฯลฯ¹⁰³

องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบการเงินภาครัฐในประเทศมาเลเซีย ได้แก่ Auditor General ภายใต้ Audit Act 1957 ทั้งนี้ โดยมีอำนาจตรวจสอบการเงินและการบัญชีของรัฐบาลกลาง มลรัฐ บัญชีแยกของรัฐ บัญชีของหน่วยงานรัฐที่กฎหมายบัญญัติให้สำนักงานมีอำนาจตรวจสอบ หรือที่ได้มีการร้องขอ หรือที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังได้อนุมัติให้มีการตรวจสอบ และบัญชีของบริษัทที่ได้รับเงินหรือได้กู้ยืมเงินจากรัฐ รวมถึงบริษัทที่ถูกหน่วยงานของรัฐถือหุ้นรวมกันมากกว่ากึ่งหนึ่ง¹⁰⁴ ดังนั้น เมื่อ Bursa Malaysia มีใช้หน่วยงานเหล่านี้ และดำเนินกิจการตลาดหลักทรัพย์โดยมิได้รับเงินจากรัฐในรูปแบบใด อีกทั้งก็มีการถือหุ้นโดยหน่วยงานของรัฐไม่ถึงกึ่งหนึ่ง จึงทำให้ไม่ได้อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของ Auditor General¹⁰⁵

Capital Market and Services Act 2007 ได้ให้อำนาจแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง และ Securities Commission ในการควบคุมการดำเนินงานของตลาดหลักทรัพย์ไว้อย่างกว้างขวาง อาทิ อำนาจในการอนุมัติคำร้องขอจัดตั้งตลาดหลักทรัพย์ การอนุมัติกฎระเบียบในการควบคุมตลาดที่ตลาดหลักทรัพย์เสนอ การแต่งตั้งคณะกรรมการตลาดบางส่วน การควบคุมสินทรัพย์และการถือหุ้นในบริษัทที่ดำเนินกิจการตลาดหลักทรัพย์ให้เป็นไปตามกฎหมาย การถอดถอนการอนุญาตให้ดำเนินกิจการหลักทรัพย์และหยุดการทำงานชั่วคราวได้ ฯลฯ¹⁰⁶

2.5 ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเยอรมนี

ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเยอรมนีมีทั้งสิ้น 7 แห่ง ได้แก่ Frankfurt Stock Exchange, Stuttgart Stock Exchange, Munich Stock Exchange, Hannover Stock Exchange, Berlin Stock Exchange, Hamburg Stock Exchange และ Düsseldorf Stock Exchange¹⁰⁷ ทั้งนี้ ความเป็นมาของการซื้อขายหลักทรัพย์ในประเทศเยอรมนีนั้นเกิดขึ้นในหัวเมืองต่าง ๆ ตั้งแต่ยุคกลาง (ก่อนคริสต์ศตวรรษที่ 14) แล้ว โดยในระยะแรกเริ่มมาจากการรวมกลุ่มกันของพ่อค้าในตลาดเพื่อ

¹⁰³ Sections 8(2), 11(6) of Capital Markets and Services Act 2007.

¹⁰⁴ พิจารณาขอบเขตการบังคับใช้ Audit Act 1957 ได้จาก Section 5.

¹⁰⁵ รายงานประจำปีของบริษัทที่มีการระบุถึงการตรวจสอบบัญชีของตนเองอย่างชัดเจน (ดู Bursa Malaysia, “Integrated Annual Report 2021,” p.109).

¹⁰⁶ Sections 8, 9, 10, 12, 23, 24, 25, 30, 31 of Capital Market and Services Act 2007.

¹⁰⁷ ดูเพิ่มเติมใน Deutsche Börse Cash Market, “Organisation der FWB,” [online] Available from : <https://www.deutsche-boerse-cash-market.com/dbcm-de/ueber-uns/organisation-der-fwb>. [4 March 2023].

แลกเปลี่ยนเงินตราต่าง ๆ กัน¹⁰⁸ จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1892 รัฐบาลเยอรมนีได้จัดตั้ง Exchange Enquiry Commission ขึ้น เพื่อพิจารณาร่างกฎหมายจัดระเบียบการซื้อขายหลักทรัพย์ในประเทศ และในปี ค.ศ. 1896 ก็ได้มีการบังคับใช้ Stock Exchange Act (Börsengesetz) เป็นกฎหมายควบคุมการค้าเงินกิจการตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเป็นครั้งแรก อย่างไรก็ตาม ในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง ตลาดหลักทรัพย์ต่างก็ได้ถูกปิดตัวลง และหลังสงครามจึงได้มีการก่อตั้งและจัดระเบียบขึ้นมาใหม่ ภายใต้ Stock Exchange Act (Börsengesetz) ซึ่งมีการปรับปรุงจำนวน 4 ครั้ง จนการปรับปรุงครั้งล่าสุดในปี ค.ศ. 2002 ซึ่งเป็นฉบับที่ใช้บังคับมาจนถึงปัจจุบัน¹⁰⁹

อนึ่ง ตลาดหลักทรัพย์ที่สำคัญที่สุดในประเทศเยอรมนี ได้แก่ Frankfurt Stock Exchange เนื่องจากเมืองแฟรงก์เฟิร์ตเป็นศูนย์กลางการค้าขายมาตั้งแต่คริสต์ศตวรรษที่ 11 โดยในปี ค.ศ. 1666 สภาของเมืองได้ออกกฎระเบียบเกี่ยวกับการซื้อขายหลักทรัพย์ เรียกว่า “Ordnung in Wechsel- und Kauffmannsgeschäften” ขึ้น หลังจากนั้นสำนักงานเศรษฐกิจการลงทุนแห่งเมืองแฟรงก์เฟิร์ต (Frankfurt am Main Chamber of Commerce and Industry) ก็ส่งต่อการบริหารของตลาดหลักทรัพย์แฟรงก์เฟิร์ตให้กับ Frankfurter Wertpapierbörse AG ในปี ค.ศ. 1990 ซึ่งภายหลังจากได้เปลี่ยนชื่อเป็น Deutsche Börse AG¹¹⁰

ทั้งนี้ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเยอรมนีจะมีสถานะทางกฎหมายที่พิเศษแตกต่างจากระบบกฎหมายอื่น ๆ ที่ศึกษามาทั้งหมด กล่าวคือตัวตลาดหลักทรัพย์ (Börse) จะถูกแยกสถานภาพออกจากหน่วยงานซึ่งเป็นเจ้าของผู้ดำเนินการตลาดหลักทรัพย์ (Börsenträger) อย่างชัดเจน โดยที่ตลาดหลักทรัพย์จะมีสถานะเป็นองค์กรนิติบุคคลมหาชนกึ่งอิสระ (teilrechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts) และถูกพิจารณาเป็น “หน่วยงานของรัฐ” ซึ่งถูกตั้งขึ้นเป็นนิติบุคคลให้บริการสาธารณะตามจุดประสงค์ใดจุดประสงค์หนึ่ง¹¹¹ และเมื่อมีการประสงค์เพิ่มเติมให้มีความเป็น “กึ่งอิสระ” (teilrechtsfähig) ก็ย่อมหมายความว่า เป็นนิติบุคคลมหาชนที่เป็นอิสระจาก

¹⁰⁸ Verlag Fritz Knapp GmbH, “Deutsche Börsengeschichte,” [online] Available from : <https://core.ac.uk/download/pdf/216425187.pdf>. [5 March 2023].

¹⁰⁹ Boerse Frankfurt, “Stock Exchange Act (Börsengesetz),” [online] Available from : <https://www.boerse-frankfurt.de/en/know-how/glossary/stock-exchange-act-boersengesetz>. [5 March 2023].

¹¹⁰ Deutsche Börse Group, “Historie der FWB,” [online] Available from : [https://deutsche-boerse.com/dbg-de/unternehmen/frankfurter-wertpapierboerse/historie-der-fwb#:~:text=Die%20Wurzel%20der%20Frankfurter%20Wertpapier%20als%20Emtemesse%20entstanden](https://deutsche-boerse.com/dbg-de/unternehmen/frankfurter-wertpapierboerse/historie-der-fwb#:~:text=Die%20Wurzel%20der%20Frankfurter%20Wertpapier%20als%20Emtemesse%20entstanden.). [5 March 2023].

¹¹¹ Jura forum, “Anstalt des öffentlichen Rechts - Definition, Rechtsform und Träger einer AöR,” [online] Available from : <https://www.juraforum.de/lexikon/anstalt-oeffentlichen-rechts>. [6 March 2023].

หน่วยงานอื่นในบางแง่มุม อาทิ ความเป็นอิสระด้านการเงิน ความสามารถในการฟ้องคดีและการถูกฟ้องคดี แต่ยังไม่ได้มีสถานะและอำนาจในการกระทำด้วยตนเองอย่างอิสระในทุกด้าน¹¹² โดยสถานะทางกฎหมายที่ให้ตลาดหลักทรัพย์เป็นนิติบุคคลมหาชนกึ่งอิสระเช่นนี้ ถูกบ่งไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 1 แห่ง Stock Exchange Act (Börsengesetz)¹¹³ ในขณะที่เจ้าของผู้ดำเนินกิจการตลาดหลักทรัพย์ (Börsenträger) มีสถานะเป็นบริษัทเอกชน ซึ่งโดยส่วนมากเป็นบริษัทมหาชนจำกัด¹¹⁴

ตัวอย่างเช่น Frankfurt Stock Exchange ในฐานะตลาดหลักทรัพย์นั้น มีสถานะเป็นองค์กรนิติบุคคลมหาชน ในขณะที่ Deutsche Börse AG ซึ่งเป็นเจ้าของผู้ดำเนินกิจการนั้นมีสถานะเป็นบริษัทเอกชน เป็นต้น¹¹⁵ ทั้งนี้ มาตรา 4 แห่ง Stock Exchange Act ได้กำหนดให้การจัดตั้งตลาดหลักทรัพย์ (Börse) ต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงานของรัฐผู้ควบคุมดูแลตลาดหลักทรัพย์ (Börsenaufsichtsbehörde) ก่อน¹¹⁶ โดยที่หน่วยงานผู้ควบคุมดูแลตลาดหลักทรัพย์นั้นจะเป็นหน่วยงานที่แตกต่างกันไปตามแต่ละมลรัฐ¹¹⁷ สถานะทางกฎหมายเช่นนี้เป็นไปลักษณะเดียวกันสำหรับตลาดหลักทรัพย์ทุกแห่งในประเทศเยอรมนีและเป็นที่ยุติทั้งในทางวิชาการและในทางปฏิบัติแล้ว¹¹⁸

¹¹² Sebastian Müller-Franken, “Anstalt,” [online] Available from : <https://www.staatslexikon-online.de/Lexikon/Anstalt>. [6 March 2023].

¹¹³ Börsengesetz vom 16. Juli 2007 (BGBl. I S. 1330, 1351), das zuletzt durch Artikel 12 des Gesetzes vom 19. Dezember 2022 (BGBl. I S. 2606) geändert worden ist, § 1.

¹¹⁴ Brokervergleich, “Börsen in Deutschland Meinungen 2023 – Blick in die Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft bringt Erfahrungen mit sich!,” [online] Available from : <https://www.brokervergleich.com/faq/boersen-in-deutschland/>. [2 March 2023].

¹¹⁵ Deutsche Börse Cash Market, “Organisation der FWB,”.

¹¹⁶ Börsengesetz vom 16. Juli 2007 (BGBl. I S. 1330, 1351), das zuletzt durch Artikel 12 des Gesetzes vom 19. Dezember 2022 (BGBl. I S. 2606) geändert worden ist, § 4.

¹¹⁷ Börsengesetz vom 16. Juli 2007 (BGBl. I S. 1330, 1351), das zuletzt durch Artikel 12 des Gesetzes vom 19. Dezember 2022 (BGBl. I S. 2606) geändert worden ist, § 1.

¹¹⁸ อาทิ บทความเรื่อง ‘Ownership and Corporate Governance of Stock Exchange’ (Johannes Köndgen, “Ownership and Corporate Governance of Stock Exchange” p.232-234) ซึ่งได้ยืนยันสถานะที่แยกกันอย่างชัดเจนระหว่างสององค์กรนี้ โดยกล่าวว่า เป็นโครงสร้างแบบ ‘hybrid structure’ ซึ่งมีการแยกระหว่างองค์กรมหาชนซึ่งเป็นตลาดหลักทรัพย์ให้มีหน้าที่ในแง่การมีนิติสัมพันธ์กับผู้ใช้งานตลาด เช่น การเก็บค่าธรรมเนียม กับองค์กรเอกชนซึ่งทำหน้าที่บริหารตลาดหลักทรัพย์และจัดการทรัพย์สินทุกอย่างของตลาดหลักทรัพย์ เนื่องจากตลาดหลักทรัพย์ที่เป็นองค์กรมหาชนไม่มีความสามารถในทางกฎหมายในการมีทรัพย์สินเป็นของตัวเองได้

ในส่วนของการได้มาซึ่งเงินทุนในการบริหารนั้น ไม่พบมาตราใดใน Stock Exchange Act และกฎหมายอื่นที่กำหนดให้ตลาดหลักทรัพย์ได้รับทุนจากภาครัฐแต่อย่างใด ในทางตรงกันข้ามนั้น ตลาดหลักทรัพย์ล้วนได้ทุนในการบริหารงานมาจากรายได้และกำไรของบริษัทเอกชนเจ้าของ ผู้ดำเนินกิจการตลาดหลักทรัพย์ทั้งสิ้น ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างงบการเงินภายในรายงานประจำปี ของ Deutsche Börse Group ซึ่งเป็นบริษัทผู้ดำเนินกิจการ Frankfurt Stock Exchange¹¹⁹ และ เช่นเดียวกัน ไม่พบกฎหมายใดที่บัญญัติให้ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเยอรมนีต้องส่งรายได้ กลับคืนให้รัฐ¹²⁰ ประการการนี้ตรงกับความเป็นอิสระในทางด้านการเงินซึ่งได้มาจากสถานะการเป็น องค์กรณ์นิติบุคคลมหาชนกึ่งอิสระของตลาดหลักทรัพย์ตามที่ได้อธิบายไว้แล้ว ด้วยเหตุนี้เอง ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเยอรมนีไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของ Act against Restraints of Competition (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) และ Regulation on the Award of Public Contracts (Vergabeverordnung) ซึ่งเป็นกฎหมายและกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานภาครัฐในประเทศ¹²¹ แต่ดำเนินการอย่างบริษัทเอกชนทั่วไป

ส่วนกฎหมายว่าด้วยการจ่ายภาษีนิติบุคคลในประเทศเยอรมนีอย่าง German Corporate Income Tax Act (Körperschaftsteuergesetz) นั้น กำหนดให้ขอบเขตหน่วยงานที่มีหน้าที่ต้อง เสียภาษีไว้อย่างกว้างขวาง ได้แก่ บริษัท (โดยเฉพาะบริษัทในยุโรป บริษัทหลักทรัพย์ ห้างหุ้นส่วน จำกัดด้วยหุ้น บริษัทจำกัดความรับผิดชอบ) สหกรณ์ สมาคมประกันภัยและกองทุนบำเหน็จบำนาญ นิติบุคคลอื่น ๆ ภายใต้กฎหมายเอกชน สมาคม สถาบัน มูลนิธิ และทรัพย์สินที่ตั้งขึ้นมาเป็น การเฉพาะไม่มีอำนาจตามกฎหมายและอยู่ภายใต้กฎหมายเอกชน รวมถึงนิติบุคคลตามกฎหมาย มหาชนที่ดำเนินการทางพาณิชย์ด้วย¹²² ดังนั้นแล้ว ตัวตลาดหลักทรัพย์ในฐานะองค์กรณ์นิติบุคคล มหาชนกึ่งอิสระ และเจ้าของผู้ดำเนินกิจการตลาดหลักทรัพย์ในฐานะบริษัทเอกชน ล้วนแล้วแต่ อยู่ในขอบเขตที่จะต้องเสียภาษีนิติบุคคลทั้งสิ้น¹²³

¹¹⁹ Deutsche Börse Group, “Annual report 2021,” [online] Available from : <https://www.deutsche-boerse.com/dbg-en/investor-relations/financial-reports/annual-reports>. [7 March 2023].

¹²⁰ รวมถึงข้อมูลในรายงานประจำปีที่ว่าไม่มีเงินรายได้ส่วนไหนของบริษัทที่ส่งกลับเข้ารัฐแต่อย่างใด (เรื่องเดียวกัน).

¹²¹ ดู Anne Müller, Moritz Schmidt and Thomas Kirch, “Public Procurement Laws and Regulations: Germany,” [online] Available from : <https://iclg.com/practice-areas/public-procurement-laws-and-regulations/germany>. [10 March 2023].

¹²² ‘Körperschaftsteuergesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Oktober 2002 (BGBl. I S. 4144), das zuletzt durch Artikel 9 des Gesetzes vom 16. Dezember 2022 (BGBl. I S. 2294) geändert worden ist’ § 1 Unbeschränkte Steuerpflicht.

¹²³ โปรดดู รายงานประจำปีของ Deutsche Börse Group ซึ่งเป็นบริษัทแม่ของ Deutsche Börse AG ที่เป็นผู้

สำหรับกฎเกณฑ์ว่าด้วยการจัดทำบัญชีในเยอรมนี ได้แก่ Commercial Code (Handelsgesetzbuch) นั้น จะมีขอบเขตบังคับใช้แต่กับพ่อค้า (merchant) ตามมาตรา 329 เท่านั้น¹²⁴ ทั้งนี้ มาตรา 1 ได้ให้นิยามของพ่อค้าไว้ให้หมายถึงบุคคลที่มีการประกอบธุรกิจพาณิชย์ ซึ่งก็คือองค์กรพาณิชย์ทุกรูปแบบ ยกเว้นองค์กรพาณิชย์ที่ไม่จำเป็นต้องมีการจัดรูปแบบขององค์กรธุรกิจอย่างเป็นระบบ ดังนั้นแล้ว การจัดทำบัญชีของเจ้าของผู้ดำเนินกิจการตลาดหลักทรัพย์ซึ่งมีสถานะเป็นบริษัทเอกชน จึงต้องเป็นไปตามข้อบังคับใน Commercial Code ด้วย

ส่วนความเป็นเจ้าของนั้น ดังที่ได้สำรวจมาแล้วว่าตลาดหลักทรัพย์มีฐานะเป็นองค์กรนิติบุคคลมหาชนกึ่งอิสระ แยกออกจากองค์กรผู้เป็นเจ้าของดำเนินกิจการตลาดหลักทรัพย์ซึ่งมีฐานะเป็นบริษัทเอกชน ทำให้วิเคราะห์ได้ว่าผู้เป็นเจ้าของที่แท้จริงซึ่งได้รับผลกำไรจากการดำเนินกิจการตลาดหลักทรัพย์คือบริษัทเอกชนนั่นเอง

อนึ่ง Stock Exchange Law ได้กำหนดโครงสร้างการบริหารตลาดหลักทรัพย์และองค์กรเจ้าของผู้ประกอบการตลาดหลักทรัพย์แยกออกจากกันและมีเนื้อหาที่แตกต่างกัน กล่าวคือ เจ้าของผู้ประกอบการตลาดหลักทรัพย์มีโครงสร้างการบริหารประกอบด้วยกรรมการบริหารบริษัทและองค์กรอำนวยการ ดังเช่นบริษัทมหาชนจำกัดทั่วไป¹²⁵ ในขณะที่ตัวตลาดหลักทรัพย์มีโครงสร้างการบริหารประกอบด้วยองค์กรควบคุมดูแลและสภาพตลาดหลักทรัพย์ ซึ่งต้องดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ¹²⁶ ตัวอย่างเช่น Deutsche Börse AG (เจ้าของผู้ประกอบการตลาดหลักทรัพย์) มีจัดตั้งคณะกรรมการบริหารตามรูปแบบของบริษัทมหาชนจำกัดทั่วไป แต่ตัวตลาด Frankfurt Stock Exchange มีการจัดตั้ง Exchange Council เป็นมาองค์กรควบคุม เป็นต้น¹²⁷ ส่วนการจ้างแรงงานนั้น จะเป็นส่วนที่ดำเนินการโดยองค์กรเจ้าของผู้ประกอบการตลาดหลักทรัพย์

ดำเนินกิจการ Frankfurt Stock Exchange ที่มีการแสดงรายงานการจ่ายภาษีของบริษัทอย่างชัดเจน (Deutsche Börse Group, “Annual Report 2021,”).

¹²⁴ ดู Will Kenton, “Handelsgesetzbuch (HGB): The Commercial Code of Germany,” [online] Available from : [https://www.investopedia.com/terms/h/hgb.asp#:~:text=Handelsgesetzbuch%20\(HGB\)%20is%20a%20law,accounting%20guidelines%20and%20best%20practices.](https://www.investopedia.com/terms/h/hgb.asp#:~:text=Handelsgesetzbuch%20(HGB)%20is%20a%20law,accounting%20guidelines%20and%20best%20practices.) [11 March 2023].

¹²⁵ Börsengesetz vom 16. Juli 2007 (BGBL. I S. 1330, 1351), das zuletzt durch Artikel 12 des Gesetzes vom 19. Dezember 2022 (BGBL. I S. 2606) geändert worden ist, § 4a, 4b.

¹²⁶ Börsengesetz vom 16. Juli 2007 (BGBL. I S. 1330, 1351), das zuletzt durch Artikel 12 des Gesetzes vom 19. Dezember 2022 (BGBL. I S. 2606) geändert worden ist, § 7, 12.

¹²⁷ Deutsche Börse Group, “Management Board of the Frankfurt Stock Exchange,” [online] Available from : <https://www.deutsche-boerse.com/dbg-en/our-company/frankfurt-stock-exchange/management-board.> [17 March 2023].

ซึ่งก็จะเข้าไปเยี่ยงบริษัทเอกชนทั่วไป โดยที่มีได้มีบทบัญญัติได้ใน Stock Exchange Act ที่กำหนดหลักเกณฑ์พิเศษไว้โดยเฉพาะ¹²⁸

ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเยอรมนีสามารถใช้อำนาจบางประการในการดำเนินการต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับซื้อขายหลักทรัพย์ได้หลายประการ อาทิ อำนาจในการออกกฎระเบียบและคำสั่งทางปกครองเพื่อควบคุมดูแลกิจการการซื้อขายบนตลาดหลักทรัพย์ การอนุมัติและสั่งพักการซื้อขายหลักทรัพย์ ฯลฯ ทั้งนี้ โดยการใช้อำนาจจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองด้วย¹²⁹

ส่วนการตรวจสอบการเงินภาครัฐในประเทศเยอรมนีนั้น จะดำเนินการโดย Federal Court of Auditors (Bundesrechnungshof)¹³⁰ ภายใต้ระเบียบ Prüfungsordnung des Bundesrechnungshofes ซึ่งกำหนดประเภทหน่วยงานซึ่ง Federal Audit Office มีอำนาจตรวจสอบไว้ ได้แก่ กองทุนพิเศษของรัฐ องค์กรมหาชนซึ่งถูกจัดตั้งตามกฎหมาย นิติบุคคลมหาชนของมลรัฐที่ได้รับเงินสนับสนุนจากรัฐ รวมถึงนิติบุคคลเอกชนในกรณีพิเศษ (อาทิ องค์กรเอกชน ซึ่งได้รับการสนับสนุนทางการเงินจากรัฐ หรือรัฐเป็นผู้บริหารหลักหรือเป็นผู้บริหารเดียวในองค์กรเอกชนนั้น หรือเป็นองค์กรที่ได้ตกลงกับ Federal Court of Auditors ให้มีการตรวจสอบการเงินได้)¹³¹ ดังนั้น เมื่อตลาดหลักทรัพย์มีใช้องค์กรตามลักษณะข้างต้น จึงไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบการเงินโดย Federal Court of Auditors ในทางกลับกัน รายได้ที่เกิดขึ้นจะอยู่ภายใต้การตรวจสอบบัญชีแบบบริษัทเอกชนดังที่ได้แจกแจงไว้แล้ว¹³²

ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเยอรมนีอยู่ภายใต้การควบคุมการดำเนินกิจการจากทั้งองค์กรในระดับสหพันธรัฐ ได้แก่ Federal Financial Supervisory Authority และองค์กรในระดับมลรัฐ

¹²⁸ ประการนี้จะเห็นได้จากตัวอย่างการรับสมัครงานของ Deutsche Börse AG และ Börse Stuttgart Group (ดู Deutsche Börse Group, “Learn. Develop. Grow. But always: Share Value Start with us,” [online] Available from : <https://careers.deutsche-boerse.com/>. [17 March 2023]; Börse Stuttgart, “Boerse Stuttgart Group as employer,” [online] Available from : <https://www.boerse-stuttgart.de/en/service/careers/>. [17 March 2023]).

¹²⁹ Börsengesetz vom 16. Juli 2007 (BGBl. I S. 1330, 1351), das zuletzt durch Artikel 12 des Gesetzes vom 19. Dezember 2022 (BGBl. I S. 2606) geändert worden ist, § 16, 19.

¹³⁰ Bundesrechnungshof, “Wer wir sind: Lernen Sie den Bundesrechnungshof kennen!,” [online] Available from : https://www.bundesrechnungshof.de/DE/5_ueber_uns/1_wer_wir_sind/wer_wir_sind_node.html. [17 March 2023].

¹³¹ Section 2 of Prüfungsordnung des Bundesrechnungshofes (PO-BRH) vom 19. November 1997.

¹³² ดังที่จะเห็นได้จากการตรวจสอบบัญชีงบการเงินของ Deutsche Börse AG เป็นต้น (ดู Deutsche Börse Group, “Annual report 2021,”).

ทั้งนี้ Stock Exchange Act กำหนดอำนาจในการควบคุมตลาดหลักทรัพย์ไว้หลายด้าน อาทิ อำนาจในการควบคุมกฎขององค์กรบริหารภายในตลาดหลักทรัพย์ การเรียกเอกสารและข้อมูลของตลาด การออกคำสั่งเพื่อคงไว้ซึ่งความเรียบร้อยของตลาดหลักทรัพย์ การกำหนดให้การดำเนินกิจการตลาดหลักทรัพย์ต้องได้รับอนุญาตก่อน การกำหนดให้ตลาดหลักทรัพย์ต้องแจ้งทราบเมื่อมีการแต่งตั้งผู้บริหาร การกำหนดให้กฎระเบียบของตลาดหลักทรัพย์ต้องได้รับการอนุมัติก่อน การกำหนดให้รัฐบาลของมลรัฐมีอำนาจในการจัดตั้ง Sanction Committee เพื่อกำหนดบทลงโทษเป็นค่าปรับสำหรับผู้ซื้อขายในตลาดที่ฝ่าฝืนกฎหมายว่าด้วยการซื้อขายหลักทรัพย์ได้ เป็นต้น¹³³

2.6 ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศในกลุ่ม Euronext

Euronext เป็นหนึ่งในเครือตลาดหลักทรัพย์ที่มีขนาดใหญ่ที่สุดในโลก ก่อตั้งจากการควบรวมกันระหว่างตลาดหลักทรัพย์บรัสเซลส์ (Brussels Stock Exchange) ตลาดหลักทรัพย์ปารีส (Paris Bourse) และตลาดหลักทรัพย์อัมสเตอร์ดัม (Amsterdam Stock Exchange) ทั้งนี้ อันที่จริงแล้ว **ความเป็นมา**ในการรวมตัวกันเพื่อจัดตั้งเครือตลาดหลักทรัพย์ในทวีปยุโรปนั้นมีพัฒนาการมาอย่างต่อเนื่อง แต่การประสบความสำเร็จเป็น Euronext ขึ้นมาได้นั้น เกิดจากความพยายามของรัฐบาลฝรั่งเศสในการปฏิรูปตลาดหลักทรัพย์ของตน โดยการแก้ไขกฎหมายในปี ค.ศ. 1996 เพื่อยกเลิกการผูกขาดการซื้อขายหลักทรัพย์ของฝรั่งเศสไว้ที่ตลาดหลักทรัพย์ปารีสเพียงแห่งเดียว และอนุญาตให้ตลาดหลักทรัพย์ปารีสขยายกิจการไปยังประเทศอื่นได้¹³⁴ และต่อมาเมื่อสหภาพยุโรปได้มีการเริ่มใช้สกุลเงินยูโร ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศกลุ่มสหภาพยุโรปก็มีการแข่งขันกันอย่างต่อเนื่อง เพื่อที่จะพัฒนาเป็นศูนย์กลางการเงินของภูมิภาค¹³⁵ การนี้ส่งผลทำให้ตลาดหลักทรัพย์ปารีสต้องหาพันธมิตรทางธุรกิจเพิ่มเติม โดยแรกเริ่มมีการเจรจากับตลาดหลักทรัพย์มิลาโน ตลาดหลักทรัพย์มาดริด ตลาดหลักทรัพย์อัมสเตอร์ดัม และตลาดหลักทรัพย์บรัสเซลส์ แต่ต่อมามีเพียงแต่ตลาดหลักทรัพย์อัมสเตอร์ดัมและตลาดหลักทรัพย์บรัสเซลส์เท่านั้นที่เข้าควบรวมกับตลาดหลักทรัพย์ปารีส จัดตั้งเป็น Euronext ขึ้นในปี ค.ศ. 2000¹³⁶

¹³³ Börsengesetz vom 16. Juli 2007 (BGBl. I S. 1330, 1351), das zuletzt durch Artikel 12 des Gesetzes vom 19. Dezember 2022 (BGBl. I S. 2606) geändert worden ist, § 3, 3a, 3b, 4, 15, 16, 17, 22.

¹³⁴ ตลาดหลักทรัพย์ปารีส (Paris Bourse) เป็นตลาดหลักทรัพย์ที่มีประวัติความเป็นมาอย่างยาวนานตั้งแต่ปี ค.ศ. 1724 และเคยเป็นหนึ่งในตลาดหลักทรัพย์ที่ใหญ่ที่สุดในทวีปยุโรป (ดูเพิ่มใน Encyclopedia, “Euronext N.V.,” [online] Available from : <https://www.encyclopedia.com/books/politics-and-business-magazines/euronext-nv>. [13 March 2023]).

¹³⁵ British Broadcasting Corporation, “2000: Leading stock exchanges plan merger,” [online] Available from : http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/may/3/newsid_2481000/2481359.stm. [13 March 2023].

¹³⁶ Encyclopedia, “Euronext N.V.,”.

ในเวลาต่อมา Euronext ได้ซื้อกิจการตลาดหลักทรัพย์ LIFFE (London International Financial Futures and Options Exchange) และตลาดหลักทรัพย์ลิสบอนในปี ค.ศ. 2002 ได้มีการควบรวมกับตลาดหลักทรัพย์นิวยอร์ก ในปี ค.ศ. 2007 ก่อตั้ง Euronext London ขึ้นในปี ค.ศ. 2010 ตามลำดับ หลังจากนั้นในปี ค.ศ. 2013 Euronext ถูกเข้าซื้อกิจการโดยตลาดหลักทรัพย์ Intercontinental Exchange แต่ในปีถัดมาก็แยกตัวออกมาดำเนินงานโดยอิสระดั้งเดิม (โดย Intercontinental Exchange ยังคงเป็นเจ้าของ New York Stock Exchange และ LIFFE อยู่) หลังจากแยกตัวเป็นอิสระแล้ว Euronext ก็ขยายการดำเนินกิจการเรื่อยมา อาทิ มีความร่วมมือกับ Irish Stock Exchange และ Italian Stock Exchange ก่อตั้ง Euronext Dublin และ Euronext Milan ขึ้นในปี ค.ศ. 2018 และ 2021 ตามลำดับ¹³⁷ ปัจจุบัน Euronext มี Euronext N.V. เป็นบริษัทแม่ของเครือ และมีตลาดหลักทรัพย์ซึ่งประกอบกิจการโดยบริษัทลูก (subsidiaries) ในประเทศต่าง ๆ¹³⁸

อนึ่ง การจัดตั้งบริษัทที่ประกอบกิจการตลาดหลักทรัพย์นั้นจะดำเนินการผ่านกฎหมายของประเทศที่บริษัทนั้นตั้งอยู่ อาทิ Euronext N.V. (บริษัทแม่ของเครือ) ถูกจัดตั้งโดยการจดทะเบียนกับ Chamber of Commerce for Amsterdam ภายใต้กฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์ และเมื่อบริษัทลูกจัดตั้งขึ้นใหม่จากการแยกตัวมาจาก ICE ในปี ค.ศ. 2014 การนี้ก็ยังคงกระทำภายใต้ระบบกฎหมายเนเธอร์แลนด์เช่นเดิม ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้ Euronext N.V. มีสถานะทางกฎหมายเป็นบริษัทมหาชนจำกัด และมีการจัดโครงสร้างองค์กรตามมาตรา 152 ถึง 164 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเนเธอร์แลนด์ (Dutch Civil Code) นั้นเอง¹³⁹

ตลอดเวลาที่ผ่านมา การดำเนินกิจการของ Euronext N.V. นั้นไม่ได้รับการสนับสนุนเงินจากภาครัฐ การนี้สอดคล้องกับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งเนเธอร์แลนด์ที่ไม่มีส่วนใดกำหนดให้รัฐต้องสนับสนุนทางการเงินให้กับบริษัทเอกชน รวมถึงข้อเท็จจริงจากการตรวจสอบ

¹³⁷ FXCM, “Euronext,” [online] Available from : <https://www.fxcm.com/markets/insights/euronext/>. [13 March 2023]; The Economist, “The end of the Street,” [online] Available from : <https://www.economist.com/finance-and-economics/2013/11/16/the-end-of-the-street>. [13 March 2023].

¹³⁸ อาทิ Euronext Brussels N.V./S.A. ในประเทศเบลเยียม Euronext Paris S.A. ในประเทศเดนมาร์กและประเทศฝรั่งเศส Irish Stock Exchange Plc ในประเทศไอร์แลนด์ Euronext Amsterdam N.V. ในประเทศเนเธอร์แลนด์ Euronext Nordics Holding AS ในประเทศนอร์เวย์ Euronext Lisbon S.A. ในประเทศโปรตุเกส Euronext Holding Italia S.p.A. ในประเทศอิตาลี เป็นต้น

¹³⁹ Sandrine Hirsch & Vanessa Marquette, Euronext Leads the Way for European Exchange Mergers, 19 INT’L FIN. L.REV. 18 (2000); Euronext, “Corporate Governance,” [online] Available from : <https://www.euronext.com/en/investor-relations/corporate-governance>. [14 March 2023].

ทางการเงินในรายงานประจำปีของ Euronext N.V. ในส่วนการรายงานรายได้ก็ไม่ปรากฏว่ามีการสนับสนุนทุนจากภาครัฐแต่อย่างใด¹⁴⁰ ในทำนองเดียวกัน เมื่อพิจารณางบการเงินของ Euronext N.V. ก็ไม่ปรากฏว่าบริษัทแม่หรือบริษัทลูกในประเทศต่าง ๆ มีการส่งเงินรายได้ให้กับรัฐบาลของประเทศนั้น ไม่ว่าจะในรูปแบบการจ่ายเงินปันผลหรือการส่งเงินในฐานะเงินแผ่นดิน¹⁴¹ และเมื่อเป็นเช่นนี้ Euronext N.V. จึงสามารถดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างได้โดยไม่อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของภาครัฐ ไม่ว่าจะเป็กฎเกณฑ์ในระดับสหภาพยุโรป¹⁴² หรือกฎเกณฑ์ภายในของประเทศต่าง ๆ ก็ตาม

เนื่องจาก Euronext ประกอบกิจการอยู่ในหลายประเทศ การพิจารณาถึง**ภาระทางภาษี** จึงต้องพิจารณาจากกฎหมายภาษีของหลายประเทศในสหภาพยุโรปประกอบกัน สำหรับกรณีบริษัท Euronext N.V. อันเป็นบริษัทแม่และถือหุ้นตลาดหลักทรัพย์ในสังกัดทั้งหมดนั้น มีภาระที่ต้องเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลตามกฎหมายเนเธอร์แลนด์ ซึ่งปัจจุบันจัดเก็บในอัตราร้อยละ 25.8 และไม่ได้รับการยกเว้นทางภาษีเป็นพิเศษ¹⁴³

ในส่วนของการ**จัดทำบัญชี**นั้น กฎหมายเนเธอร์แลนด์ไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์สำหรับบริษัทซึ่งประกอบกิจการเป็นตลาดหลักทรัพย์ไว้โดยเฉพาะ ดังนั้น การจัดทำบัญชีของบริษัทซึ่งประกอบกิจการตลาดหลักทรัพย์จึงไม่มีความแตกต่างจากการจัดทำบัญชีของบริษัทมหาชนจำกัดทั่วไป นั่นคือต้องดำเนินการภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งเนเธอร์แลนด์¹⁴⁴ และกฎเกณฑ์ของสหภาพยุโรปที่เกี่ยวข้องนั่นเอง¹⁴⁵

สำหรับ**ความเป็นเจ้าของ**นั้น Euronext N.V. ซึ่งมีสถานะเป็นบริษัทมหาชนจำกัดประกอบไปด้วยผู้ถือหุ้นเป็นบริษัทเอกชนจำนวนมาก¹⁴⁶ ทั้งนี้ เมื่อมีสถานะเป็นตลาดทางการเงิน Euronext

¹⁴⁰ “Euronext Universal Registration Document 2021,” p.219 [online] Available from : https://www.euronext.com/sites/default/files/financial-event-doc/2022-04/2021%20URD%20-%20ENX%20-%20PDF_1.pdf. [6 June 2023].

¹⁴¹ เรื่องเดียวกัน.

¹⁴² ได้แก่ Directive /42/4102EU of the European Parliament and of the Council of 62February 4102on Public procurement and repealing Directive /81/4002EC.

¹⁴³ “Euronext Universal Registration Document 2021,” p.207, 234.

¹⁴⁴ อาทิ Articles 2:360 of Dutch Civil Code (Application of Title 2.9), 2:391 (Minimum Requirements Annual Report), 393:2 (Auditor’s Opinion), 2:394 (Publication of Financial Statements in the Commercial Register).

¹⁴⁵ อาทิ Fourth Council Directive of 52July 8791on the Annual Accounts of Certain Types of Companies (/066/87EEC) (OJ L 8791.8.41 ,222, p.(11

¹⁴⁶ Market Screener, “Euronext N.V.,” [online] Available from : <https://www.marketscreener.com/quote/stock/EURONEXT-N-V-16725768/company/>. [18 February 2023].

N.V. จึงต้องอยู่ภายใต้บังคับของ Financial Supervision Act ของประเทศเนเธอร์แลนด์ด้วย ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์บางประการเกี่ยวกับการเป็นเจ้าของเอาไว้ เช่น การถือหุ้นรายใหญ่ (qualifying holding) จะสามารถทำได้เมื่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังของเนเธอร์แลนด์ไม่คัดค้าน (declaration of no objection) เท่านั้น¹⁴⁷

ส่วนโครงสร้างการบริหารนั้น กฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์กำหนดให้บริษัทมหาชน จำกัดมีกรรมการสองชุด ได้แก่ กรรมการบริหารบริษัทและคณะกรรมการกำกับดูแล¹⁴⁸ ซึ่งข้อบังคับของ Euronext N.V. ก็กำหนดไว้สอดคล้องกันนี้ กล่าวคือกำหนดให้คณะกรรมการกำกับดูแล มีสมาชิกไม่ต่ำกว่าสามคนเป็นบุคคลธรรมดาและได้รับการแต่งตั้งโดยที่ประชุมสามัญ มีวาระ 4 ปี ส่วนคณะกรรมการบริหารบริษัทประกอบไปด้วยประธานกรรมการบริหาร หัวหน้าแผนกการขาย แลกเปลี่ยน กรรมการผู้อำนวยการฝ่ายปฏิบัติการ และประธานกรรมการบริหารของตลาดหลักทรัพย์ ในสังกัดต่าง ๆ ซึ่งแต่งตั้งโดยที่ประชุมสามัญ โดยการเสนอของคณะกรรมการกำกับดูแล¹⁴⁹ ทั้งนี้ ก่อนที่จะมีการเสนอชื่อกรรมการจะต้องได้รับความเห็นชอบจากกระทรวงการคลังเนเธอร์แลนด์และองค์กรผู้ควบคุมกิจการทางการเงินในประเทศต่าง ๆ ที่ Euronext ไปดำเนินกิจการ ซึ่งถูกเรียกว่า College of Regulators ก่อนด้วย¹⁵⁰

การจ้างแรงงานของ Euronext N.V. ซึ่งประกอบกิจการในประเทศเนเธอร์แลนด์นั้น เป็นไปตามกฎหมายเนเธอร์แลนด์ ซึ่งประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายแพ่ง เนเธอร์แลนด์ว่าด้วยเรื่องสัญญาจ้างแรงงาน และกฎหมายเฉพาะอื่น เช่น Work Council Act ทั้งนี้ เมื่อ Euronext N.V. ไม่มีสถานะเป็นหน่วยงานภาครัฐภายใต้กฎหมายของเนเธอร์แลนด์ จึงอยู่ภายใต้ บังคับของตามกฎหมายในทางกฎหมายแรงงานเอกชนนอกข้อยกเว้นอื่นทั่วไป¹⁵¹

สำหรับการใช้อำนาจนั้น ต้องพิจารณาตามกฎหมายหลักทรัพย์ของประเทศต่าง ๆ ที่ Euronext เข้าไปประกอบกิจการ โดยในกรณีของ Euronext N.V. ซึ่งประกอบกิจการในประเทศเนเธอร์แลนด์นั้น ถูกกำหนดให้มีอำนาจกำกับให้บริษัทในตลาดดำเนินการอย่างสอดคล้องกับกฎหมาย อาทิ มีอำนาจ ในการที่จะออกกฎเพื่อใช้บังคับกับบริษัทในตลาด¹⁵² เป็นต้น นอกจากนี้ หากพิจารณากฎหมายของ

¹⁴⁷ Section 5:32 of Financial Supervision Act.

¹⁴⁸ Article 2:154 of Dutch Civil Code (Mandatory Application of the Statutory Two-tier Structure).

¹⁴⁹ Euronext, “Supervisory Board” [online] Available from : <https://www.euronext.com/en/investor-relations/corporate-governance/supervisory-board>. [15 March 2023].

¹⁵⁰ Euronext, “Corporate Governance,”.

¹⁵¹ พิจารณาขอบเขตการบังคับใช้ได้จาก Article 7:610 of Dutch Civil Code (Definition of employment agreement) และ Article 7:615 of Dutch Civil Code (Employees in the public sector).

¹⁵² Section 5:30 of Financial Supervision Act.

สหภาพยุโรปซึ่งเป็นแม่แบบของกฎหมายหลักทรัพย์ภายในของแต่ละประเทศแล้ว ก็จะมีพบว่ามีกรณีบัญญัติรองรับอำนาจของตลาดหลักทรัพย์อื่น ๆ เช่น อำนาจในการระงับการขายในกรณีที่ตราสารทางการเงินนั้นไม่ปฏิบัติตามกฎของตลาดหลักทรัพย์ด้วย¹⁵³

ในส่วนของการตรวจสอบการเงินภาครัฐในประเทศที่เป็นสมาชิกสหภาพยุโรปนั้น จะดำเนินการในสองระดับ ได้แก่ ระดับสหภาพยุโรปซึ่งเป็นไปตาม Treaty on the functioning of the European Union โดยมี European Court of Auditors (ECA) เป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบรายรับรายจ่ายทางการเงินทั้งหมดของบรรดาองค์กรและหน่วยงานต่าง ๆ ที่จัดตั้งขึ้นโดยสหภาพยุโรป¹⁵⁴ และในระดับสมาชิก ซึ่งสำหรับประเทศเนเธอร์แลนด์นั้น ดำเนินการโดย Court of Audits ภายใต้ Government Accounts Act 2016 ทั้งนี้ เฉพาะในกรณีที่บริษัทเอกชนมีการรับการสนับสนุนเงินจากภาครัฐ และถือหุ้นโดยภาครัฐมากกว่าร้อยละ 5 ดังนั้นแล้ว เมื่อ Euronext N.V. ไม่ได้ถูกจัดตั้งขึ้นโดยสหภาพยุโรป ดังนั้น ECA จึงไม่ได้มีบทบาทในการตรวจสอบการเงินของบริษัท อีกทั้ง ข้อเท็จจริงตามรายงานประจำปีไม่ปรากฏว่าบริษัทได้รับการสนับสนุนจากเงินงบประมาณรัฐบาลเนเธอร์แลนด์ และรัฐบาลก็ได้ถือหุ้นในอัตราเกินกว่าร้อยละ 5 จึงพิจารณาได้ว่า Court of Audits ก็ไม่มีหน้าที่ในการตรวจสอบการเงินของบริษัท Euronext N.V. เช่นกัน

อนึ่ง การประกอบกิจการ Euronext ในแต่ละประเทศจะถูกกำกับดูแลโดยองค์กรผู้ควบคุมกฎการเงินที่แตกต่างกันตามแต่กฎหมายของประเทศนั้น¹⁵⁵ ทั้งนี้ ในส่วนของเนื้อหาของการกำกับดูแลนั้น สหภาพยุโรปได้มีความพยายามที่จะสร้างกฎเกณฑ์เดียวในการกำกับดูแลตลาดหลักทรัพย์ภายในประเทศกลุ่มสหภาพยุโรปทั้งหมด โดยเมื่อตลาดหลักทรัพย์ในกลุ่ม Euronext เป็นตลาดหลักทรัพย์ตามมาตรา 4 (1) Markets in Financial Instruments Directive (MiFID) (Article 4(1) (14)) แล้ว ก็จะต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ดังกล่าวด้วย¹⁵⁶

¹⁵³ Article 52 of Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council (Suspension and removal of financial instruments from trading on a regulated market).

¹⁵⁴ Article 287 of Treaty on the functioning of the European Union.

¹⁵⁵ ได้แก่ Financial Services and Markets Authority ของเบลเยียม Financial Supervisory Authority of Norway ของนอร์เวย์ Central Bank of Ireland ของไอร์แลนด์ Comissao do Mercado de Valores Mobiliarios ของโปรตุเกส Financial Conduct Authority ของสหราชอาณาจักร Autorité des Marchés Financiers ของฝรั่งเศส และ Netherland Authority for the Financial Markets (Autoriteit Financiële Markten) ของเนเธอร์แลนด์ (ดู Chiara Natali. **The Capital Markets Union and Stock Exchange integration in Europe: A Case Study on Euronext Lisbon**. Department of Economics and Finance Luiss, 2021 p.52).

¹⁵⁶ ดู Euronext, “Frequently Asked Questions (2019),” p.8 [online] Available from : https://www.euronext.com/sites/default/files/2019-09/52118_Euronext-FAQ-2019_v07_0.pdf. [6 June 2023].

2.7 ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเวียดนาม

ประเทศเวียดนามมีตลาดหลักทรัพย์ 2 แห่ง ได้แก่ Ho Chi Minh Stock Exchange ('HOSE') และ Hanoi Stock Exchange ('HNX') สำหรับความเป็นมาของ HOSE นั้น เริ่มเดิมทีถูกจัดตั้งขึ้นในฐานะศูนย์ซื้อขายหลักทรัพย์โฮจิมินห์ (Ho Chi Minh Securities Trading Center) ในปี ค.ศ. 2000 ซึ่งนับได้ว่าเป็นศูนย์ซื้อขายหลักทรัพย์แห่งแรกของประเทศ และต่อมาในปี ค.ศ. 2007 ได้มีการแปรรูปไปเป็นตลาดหลักทรัพย์โฮจิมินห์เพื่อให้มีสถานะที่ทัดเทียมกับประเทศอื่นในภูมิภาค¹⁵⁷ ส่วน HNX นั้น ถูกจัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1998 และเปิดดำเนินการอย่างเป็นทางการในปี ค.ศ. 2005 โดยคำสั่งนายกรัฐมนตรีที่ 127/1998/QD-T¹⁵⁸ เดิมเรียกว่าศูนย์ซื้อขายหลักทรัพย์ฮานอย (Hanoi Securities Trading Center) ต่อมาในปี ค.ศ. 2009 จึงได้มีการแปรรูปให้มีสถานะเป็นตลาดหลักทรัพย์ดำเนินการในรูปแบบบริษัทจำกัดโดยมีกระทรวงการคลังเป็นเจ้าของ (state-owned limited liabilities company) ภายใต้คำสั่งนายกรัฐมนตรีที่ 01/2009/QD-TTg¹⁵⁹

ล่าสุด ในปี ค.ศ. 2021 ได้มีการแปรรูป HOSE และ HNX โดยออกคำสั่งนายกรัฐมนตรีที่ 37/2020/QD-TTg จัดตั้งบริษัทชื่อว่า “บริษัทตลาดหลักทรัพย์เวียดนาม” (Vietnam Stock Exchange) หรือ VSE ขึ้น เพื่อเป็นบริษัทแม่ (parent company) ควบคุมการดำเนินการของตลาดทั้งสอง ซึ่งจะมีสถานะเป็นองค์กรย่อย (subsidiaries) ของ VSE อีกชั้นหนึ่ง¹⁶⁰ ดังนั้นแล้ว VSE จึงมีสถานะทางกฎหมายเป็นบริษัทจำกัดที่มีรัฐบาล (โดยกระทรวงการคลัง) เป็นเจ้าของ กล่าวคือเป็นรัฐวิสาหกิจประเภทหนึ่งนั่นเอง¹⁶¹

อนึ่ง นอกจากพัฒนาการและสถานะทางกฎหมายของ HOSE, HNX และ VSE ตั้งแต่ต้นจนถึงปัจจุบันนี้ล้วนถูกกำหนดตามคำสั่งนายกรัฐมนตรีทั้งสิ้นแล้ว ยังมีความน่าสนใจว่ามาตรา 42 แห่ง Law on Securities กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่ามีเพียงแต่ VSE (ซึ่งดำเนินการโดยรัฐบาล) เท่านั้น

¹⁵⁷ International Finance Corporation, “IFC, Ho Chi Minh Stock Exchange, and Hanoi Stock Exchange Launch Vietnam Corporate Governance Initiative,” [online] Available from : <https://pressroom.ifc.org/all/pages/PressDetail.aspx?ID=25685>. [23 March 2023].

¹⁵⁸ Hanoi Stock Exchange, “Milestones,” [online] Available from : <https://www.hnx.vn/en-gb/gioi-thieu-hnx-lspt.html>. [23 March 2023].

¹⁵⁹ Sustainable Stock Exchanges Initiatives, “Hanoi Stock Exchange,” [online] Available from : <https://sseinitiative.org/stock-exchange/hnx/>. [23 March 2023].

¹⁶⁰ Decision No. 37/2020/QD-TTg dated December 23, 2020 on establishment, organization and operation of Vietnam Exchange.

¹⁶¹ ได้รับการยืนยันใน Article 1 of Decision No. 37/2020/QD-TTg.

ที่จะมีอำนาจในการดำเนินกิจการตลาดหลักทรัพย์บุคคลหรือองค์กรอื่นไม่อาจที่จะดำเนินกิจการตลาดหลักทรัพย์ได้

สำหรับการได้มาซึ่งทุนในการบริหารนั้น Law on Management and Use of State Capital Invested in Manufacturing and Business Operations of Enterprises ได้กำหนดกฎเกณฑ์ในการใช้ทุนของรัฐกับการลงทุนในหน่วยงานที่เป็นตัวแทนของหน่วยงานของรัฐ (Representative of State Ownership) และวิสาหกิจซึ่งมีทุนจดทะเบียนร้อยละ 100 เป็นของรัฐไว้¹⁶² ดังนั้น เมื่อ VSE เป็นวิสาหกิจที่มีคุณสมบัติดังที่กำหนด จึงได้รับทุนจากรัฐบาลเวียดนาม นอกจากนี้ HOSE และ HNX ยังได้รับทุนในการบริหารจากรายได้ตามวิถีทางของการดำเนินกิจการธุรกิจทั่วไปด้วย¹⁶³ และมีข้อมูลปรากฏว่าตลาดหลักทรัพย์ทั้งสองต่างก็มีการนำส่งเงินให้กับรัฐในรูปแบบเงินปันผลตามสัดส่วนการลงทุน ทั้งนี้ ตามมาตรา 48 แห่ง Law on Management and Use of State Capital ซึ่งเงินรายได้นี้จะถูกนำเข้าสู่เงินงบประมาณแผ่นดิน ประการนี้สัมพันธ์กับมาตรา 35(1) (m) แห่ง Law on State Budget ซึ่งกำหนดให้เงินงบประมาณแผ่นดินมีที่มาจากกำไรจากรายได้ภายหลังจ่ายภาษีและหลังจากหักเข้ากองทุนแล้วของรัฐวิสาหกิจ ซึ่งรัฐมนตรีกระทรวง หน่วยงานของรัฐ หรือหน่วยงานอื่นของรัฐบาลกลางเป็นเจ้าของด้วย

สำหรับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐในเวียดนามนั้น เป็นไปตาม Bidding Law (Law No. 43/2013/QH13) ทั้งนี้ มาตรา 1 แห่งกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดขอบเขตการใช้บังคับกับโครงการซึ่งใช้งบประมาณของหน่วยงานรัฐ องค์กรทางการเมือง องค์กรทางสังคมวิทยาการเมือง ฯลฯ รวมถึงโครงการซึ่งลงทุนโดยวิสาหกิจของรัฐ (state-owned enterprises) ด้วย ดังนั้น เมื่อ “วิสาหกิจ” ถูกให้ความหมายไว้ตาม Law on Enterprises, Law No. 59/2020/QH14 ว่าเป็นกิจการซึ่งรัฐบาลถือครองทุนจดทะเบียนมากกว่าร้อยละ 50 แล้ว ก็ย่อมพิจารณาได้ว่า VSE อยู่ในความหมายนี้และต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ด้านการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐตาม Bidding Law ด้วย

แม้ว่าตลาดหลักทรัพย์ในเวียดนามจะจัดตั้งตามกฎหมายพิเศษและเป็นรัฐวิสาหกิจ แต่ก็ไม่ได้รับยกเว้นภาระในการเสียภาษีแต่อย่างใด ประการนี้เห็นได้จากรายงานประจำปีของ HOSE ซึ่งพบการเสียภาษีดังเช่นบริษัททั่วไป อีกทั้งหากพิจารณาตาม Law on State Budget ว่าเงินรายได้

¹⁶² Article 2 of Law on Management and Utilization of State Capital Invested in the Enterprise's Manufacturing and Business Activities (Applicable entities).

¹⁶³ Ho Chi Minh Stock Exchange, “Ho Chi Minh Stock Exchange Annual Report 2021,” p.82 [online] Available from : <https://storage.googleapis.com/hsc-cweb/annual-report/2021/hsc-ar2021-en-1.pdf>. [6 June 2023].

ที่หักเข้างบประมาณของรัฐจะเป็นเฉพาะกำไรในส่วนที่หลังจ่ายภาษีแล้วเท่านั้น (ดังที่ได้แจกแจงไปแล้วในหัวข้อก่อน) ก็จะพิจารณาได้อย่างชัดเจนว่า HNX และ HOSE ยังต้องจ่ายภาษีตามกฎหมายอยู่

สำหรับกฎเกณฑ์การ**จัดทำบัญชี**และองค์กรที่มีอำนาจกำกับดูแลการบัญชีของเวียดนามนั้น อยู่ภายใต้บังคับของ Law on Accounting (Law No. 88/2015/QH13) ซึ่งมาตรา 2 แห่งกฎหมายนี้ได้กำหนดขอบเขตให้ใช้บังคับกับทั้งหน่วยงานของรัฐซึ่งใช้งบประมาณแผ่นดิน หน่วยงานที่ไม่ใช้งบประมาณแผ่นดิน ตลอดจนวิสาหกิจซึ่งจัดตั้งตามกฎหมายของเวียดนามด้วย ทั้งนี้ แม้ว่าหลักเกณฑ์ในการจัดทำบัญชีขององค์กรแต่ละประเภทจะถูกกำหนดให้แตกต่างกันอยู่บ้าง แต่ก็ยังอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเดียวกันนี้ ดังนั้น แม้ VSE จะมีแหล่งรายได้ส่วนหนึ่งมาจากงบประมาณแผ่นดิน และอีกส่วนหนึ่งมาจากการดำเนินกิจการ แต่ทั้งหมดก็อยู่ภายใต้บังคับของ Law on Accounting ทั้งสิ้น

สำหรับ**ความเป็นเจ้าของ**นั้น คำสั่งนายกรัฐมนตรีที่ No: 37/ 2020/QD-TTg ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนให้รัฐบาลเวียดนาม (โดยกระทรวงการคลัง) เป็นเจ้าของบริษัท VSE ทั้งหมด โดย VSE มีสถานะเป็นบริษัทจำกัดที่มีสมาชิกเพียงคนเดียว (single-member limited liability company) เพราะทุนตามข้อบังคับทั้งหมดเป็นของรัฐ เช่นเดียวกันนี้ VSE จึงเป็นเจ้าของทุนตามข้อบังคับในองค์กรย่อย (subsidiaries) ได้แก่ HNX และ HOSE ด้วย¹⁶⁴

นอกจากนั้นแล้ว คำสั่งนายกรัฐมนตรีซึ่งจัดตั้ง VSE ขึ้น ยังได้กำหนด**โครงสร้างการบริหาร**กิจการไว้อย่างละเอียด อาทิ มาตรา 4 กำหนดการบริหารงานประกอบด้วยคณะกรรมการบริหาร ผู้อำนวยการ คณะกรรมการควบคุม และส่วนงานเชี่ยวชาญเฉพาะ และมาตรา 5 กำหนดให้ประธานคณะกรรมการบริหารและผู้อำนวยการของ VSE ถูกแต่งตั้งหรือปลดโดยการเสนอของคณะกรรมการบริหารและความเห็นชอบจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง

สำหรับ**กฎหมายแรงงาน**ของประเทศเวียดนามซึ่งได้แก่ Labour Code (Law No. 10/2012/QH13) นั้น ไม่ได้จำแนกขอบเขตการใช้บังคับและหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันระหว่างการจ้างงานที่มีนายจ้างเป็นภาครัฐและเอกชนเอาไว้¹⁶⁵ ดังนั้นแล้ว ไม่ว่าจะ เป็นหน่วยงานภาครัฐหรือเอกชน หากนิติสัมพันธ์เข้านิยามของคำว่า “นายจ้าง” ซึ่งถูกให้ความหมายไว้ถึง วิสาหกิจ หน่วยงาน

¹⁶⁴ Decision No. 37/2020/QD-TTg.

¹⁶⁵ Article 9 of Law No. 10/2012/QH13 (Labour Code) (Employment and creation of employment).

องค์กร สหกรณ์ หรือบุคคลใดซึ่งจ้างบุคคลตามสัญญาจ้างแรงงานแล้ว¹⁶⁶ ก็ย่อมจะต้องถูกบังคับตามกฎหมายจ้างแรงงานทั้งสิ้น ด้วยเหตุนี้ การจ้างแรงงานของ VSE, HOSE และ HNX ต่างต้องอยู่ภายใต้หลักการและหลักเกณฑ์ตามกฎหมายแรงงานเหล่านี้ด้วย

กฎหมายหลักทรัพย์ของประเทศเวียดนาม ได้แก่ Law on Securities (No. 54/2019/QH14) ได้ให้สิทธิและอำนาจแก่ตลาดหลักทรัพย์ในการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายหลักทรัพย์ หรือการดำเนินการต่อบริษัทหรือสมาชิกในตลาดหลักทรัพย์ไว้หลายประการ ทั้งนี้ อำนาจที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจบางประการ เช่น อำนาจในการออกกฎระเบียบเกี่ยวกับการจดทะเบียนและการซื้อขายหลักทรัพย์ การปกปิดข้อมูล การควบคุมสมาชิก ตลอดจนการดำเนินการอื่น อำนาจในการระงับยับยั้งการซื้อขายในกรณีที่เกิดความผันผวนในราคาหรือปริมาณการซื้อขายโดยปราศจากเหตุอันสมควร อำนาจในการอนุมัติหรือยกเลิกทะเบียนสมาชิกในตลาด อำนาจในการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับหลักทรัพย์ อำนาจในการตรวจสอบการกระทำของสมาชิกที่ฝ่าฝืนข้อบังคับ¹⁶⁷ รวมถึงอำนาจในการลงโทษทางปกครองแก่สมาชิกในตลาดในกรณีที่มีการฝ่าฝืนข้อบังคับตามที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งประการนี้จะดำเนินการแต่ได้โดยคณะกรรมการหลักทรัพย์เวียดนาม หรือหัวหน้าผู้ตรวจการหลักทรัพย์เท่านั้น¹⁶⁸

ระบบกฎหมายเวียดนามมีการจัดตั้งองค์กร**ตรวจเงินแผ่นดิน** (State Audit Office of Vietnam) ขึ้น เพื่อดำเนินการตรวจการบริหารจัดการและการใช้เงินแผ่นดินและทรัพย์สินของรัฐ ภายใต้ Law on State Audit¹⁶⁹ ทั้งนี้ มาตรา 3 แห่งกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดขอบเขตนิยามของ “เงินแผ่นดินหมาย” ไว้ว่าหมายถึงงบประมาณแผ่นดิน ทุนสำรอง และรวมถึงทุนของรัฐในวิสาหกิจ นอกจากนี้ ยังรวมถึงหนี้สินของรัฐอีกด้วย ด้วยเหตุนี้ VSE จึงต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบทางการเงินโดย State Audit ด้วย เนื่องจากมีการใช้งบประมาณแผ่นดินเป็นทุนจดทะเบียนในการจัดตั้ง

อนึ่ง แม้ว่า VSE จะมีรัฐเป็นเจ้าของ แต่กฎหมายก็ยังกำหนดให้การดำเนินงานอยู่ภายใต้**การควบคุมดูแลโดยองค์กรของรัฐ**อีกชั้นหนึ่ง ได้แก่ State Securities Commission (‘SSC’) ซึ่งจัดตั้งขึ้นโดย Law on Securities โดยที่ SSC ในฐานะตัวแทนของกระทรวงการคลังเวียดนาม มีอำนาจหน้าที่หลายประการในการกำกับกิจการตลาดหลักทรัพย์ เช่น การเสนอร่างกฎหมายที่

¹⁶⁶ Article 3 of Law No. 10/2012/QH13 (Labour Code) (Interpretation of terms).

¹⁶⁷ Article 46 of Law on Securities, No. 54/2019/QH14 (Rights and obligations of VSE).

¹⁶⁸ Article 132 of Law on Securities, No. 54/2019/QH14 (Actions against Violations).

¹⁶⁹ Article 5 of Law on State Audit (Law No. 81/2015/QH13) (Principles of audit activities of the State Audit Office of Vietnam).

เกี่ยวข้องกับหลักทรัพย์หรือตลาดหลักทรัพย์ การจัดการและพัฒนาระบบตลาดหลักทรัพย์ การอนุมัติหลักทรัพย์และวิธีการซื้อขายใหม่ การจัดทำสถิติและประมาณการที่เกี่ยวข้องกับตลาดหลักทรัพย์รายงานต่อกระทรวงการคลัง¹⁷⁰ อำนาจในการกำกับกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับหลักทรัพย์โดยตรง และอำนาจในการบริหารตรวจสอบและกำกับกิจกรรมต่าง ๆ ของ VSE¹⁷¹ รวมถึงอำนาจพิเศษในการระงับการดำเนินการของตลาดหลักทรัพย์ทั้งหมดหรือบางส่วน ในกรณีที่เกิดเหตุสงคราม ภัยธรรมชาติ หรือเหตุการณ์ที่ทำให้เกิดความผันผวนทางเศรษฐกิจอย่างร้ายแรง หรือความล้มเหลวของระบบแลกเปลี่ยน หรือเหตุสุดวิสัยอื่นซึ่งกระทบต่อการดำเนินงานของตลาดหลักทรัพย์¹⁷² ตลอดจนอำนาจในการให้ความเห็นชอบต่อกฎระเบียบที่ VSE ออก¹⁷³ เป็นต้น

นอกจากนี้ Law on Securities ยังได้กำหนดให้มีระบบผู้ตรวจการหลักทรัพย์ (securities inspectorate) ซึ่งทำงานภายใต้ SSC เพื่อตรวจสอบว่าตลาดหลักทรัพย์ได้ปฏิบัติตามกฎหมายหลักทรัพย์หรือไม่ และสามารถลงโทษทางปกครองในกรณีที่มีการฝ่าฝืนกฎหมายได้อีกด้วย¹⁷⁴

3. ข้อความคิดที่ได้จากการวิเคราะห์ตลาดหลักทรัพย์ในต่างประเทศ

จากการศึกษาสถานะทางกฎหมายและลักษณะการดำเนินงานของตลาดหลักทรัพย์ในต่างประเทศในส่วนที่แล้ว ทำให้สามารถวิเคราะห์ข้อความคิดบางประการได้ดังต่อไปนี้

3.1 รูปแบบหน่วยงานที่ดำเนินกิจการตลาดหลักทรัพย์ในต่างประเทศ

จากการศึกษาพบว่ารูปแบบหน่วยงานที่จะสามารถตอบสนองการดำเนินกิจการตลาดหลักทรัพย์ (exchange) ซึ่งมีลักษณะโดยธรรมชาติที่เจือปนไปด้วยการดำเนินงานที่ส่งผลกระทบต่อส่วนรวมและการประกอบธุรกิจหากำไรแบบเอกชนได้นั้น มีอยู่ด้วยกัน 3 รูปแบบ ได้แก่

รูปแบบที่หนึ่ง หากจะกำหนดสถานะของตลาดหลักทรัพย์ให้เป็นหน่วยงานของรัฐแล้ว ก็จะต้องอยู่ในรูปแบบของ “รัฐวิสาหกิจ” กล่าวคือเป็นหน่วยงานที่ดำเนินงานแบบบริษัทเอกชน แต่มีเจ้าของเป็นรัฐ ดังเช่นตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเวียดนามและประเทศจีน เพราะหากเป็นหน่วยงานของรัฐในรูปแบบอื่นแล้ว ย่อมมีอาจดำเนินการเป็น “การประกอบธุรกิจ” ได้

¹⁷⁰ Article 9 of Law on Securities, No. 54/2019/QH14 (State Securities Commission).

¹⁷¹ Article 50 of Law on Securities, No. 54/2019/QH14 (Securities trading).

¹⁷² Article 48 of Law on Securities, No. 54/2019/QH14 (Listing and registration of securities).

¹⁷³ Article 46 of Law on Securities, No. 54/2019/QH14 (Rights and obligations of VSE).

¹⁷⁴ Article 129 of Law on Securities, No. 54/2019/QH14 (Securities inspectorate).

รูปแบบที่สอง ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศส่วนใหญ่ที่ศึกษา ได้แก่ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเกาหลีใต้ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศสิงคโปร์ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศมาเลเซีย และตลาดหลักทรัพย์ในประเทศในกลุ่ม Euronext ต่างมีสถานะเป็นหน่วยงานเอกชนและดำเนินกิจการเช่นเอกชนอื่นทั่วไป แต่อยู่ภายใต้คุณสมบัติหรือข้อกำหนดพิเศษบางประการ อาทิ การได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจบางประการ การถูกควบคุมโดยข้อกำหนดพิเศษในด้านบัญชีและโครงสร้างการบริหาร คุณสมบัติหรือข้อกำหนดพิเศษเหล่านี้เป็นไปเพื่อตอบสนอง “ความชอบธรรมในการดำเนินงาน” เนื่องจากตลาดหลักทรัพย์ (exchange) เป็นกิจการที่ส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศในวงกว้าง

รูปแบบที่สาม กิจการตลาดหลักทรัพย์ (exchange) อาจปรากฏตัวขึ้นในรูปแบบผสมผสาน (hybrid) ดังเช่นตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเยอรมนี ที่ซึ่งตลาดหลักทรัพย์ (Börse) เป็นองค์กรนิติบุคคลมหาชนกึ่งอิสระ เพื่อตอบสนองคุณสมบัติการดำเนินงานที่เป็นหน่วยงานของรัฐ ในขณะที่องค์กรเจ้าของผู้ประกอบการตลาดหลักทรัพย์ (Börsenträger) เป็นบริษัทเอกชน เพื่อตอบสนองคุณสมบัติการดำเนินงานที่เป็นหน่วยงานเอกชน

3.2 ข้อวิเคราะห์คุณสมบัติที่บ่งความเป็นหน่วยงานเอกชน และคุณสมบัติที่บ่งความเป็นหน่วยงานของรัฐของตลาดหลักทรัพย์ในต่างประเทศ

จากการศึกษา ทำให้ได้มาซึ่งข้อวิเคราะห์คุณสมบัติที่จะบ่งชี้ “ความเป็นหน่วยงานเอกชน” และ “ความเป็นหน่วยงานของรัฐ” ของตลาดหลักทรัพย์ในต่างประเทศ ทั้งนี้ โดยมีรายละเอียดที่สำคัญดังตารางต่อไปนี้

ในเชิงโครงสร้างภาพรวม	
คุณสมบัติที่บ่งความเป็นหน่วยงานเอกชน	คุณสมบัติที่บ่งความเป็นหน่วยงานของรัฐ
<p>การที่ระบบกฎหมายเปิดช่องให้มีตลาดหลักทรัพย์ (exchange) ได้มากกว่าหนึ่งแห่ง เป็นคุณสมบัติที่บ่งความเป็นหน่วยงานเอกชนได้ เพราะถือว่าไม่มีการผูกขาดการดำเนินการโดยรัฐ หรือองค์กรที่กฎหมายกำหนดเป็นการเฉพาะ (อาทิ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเกาหลีใต้ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศสิงคโปร์ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศมาเลเซีย ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเยอรมนี และตลาดหลักทรัพย์ในประเทศในกลุ่ม Euronext)</p>	<p>การที่ระบบกฎหมายมิได้เปิดช่องให้มีตลาดหลักทรัพย์ (exchange) อื่นนอกจากที่กฎหมายกำหนด เป็นคุณสมบัติที่บ่งความเป็นหน่วยงานของรัฐ เพราะถือว่ามิสภาพคล้ายการผูกขาดการดำเนินการโดยรัฐ หรือองค์กรที่กฎหมายกำหนดเป็นการเฉพาะ (อาทิ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเวียดนาม)</p>
<p>การแก้ไขกฎหมายเพื่อยกเลิกการผูกขาดการซื้อขายหลักทรัพย์ในประเทศเพียงแห่งเดียว และอนุญาตให้ขยายกิจการไปยังตลาดหลักทรัพย์ในประเทศอื่นได้ เป็นคุณสมบัติที่บ่งความเป็นหน่วยงานเอกชน เพราะแสดงให้เห็นถึงธรรมชาติของการดำเนินงานที่ไม่ผูกติดหรือมีจุดเกาะเกี่ยวกับความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศใดประเทศหนึ่งเป็นการเฉพาะ (อาทิ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศในกลุ่ม Euronext)</p>	<p>การที่กฎหมายกำหนดให้การดำเนินกิจการตลาดหลักทรัพย์ (exchange) ต้องยึดประโยชน์ส่วนรวมเป็นสำคัญ หรือเป็นองค์กรที่ไม่แสวงหากำไร เป็นคุณสมบัติที่เสริมความเป็นหน่วยงานรัฐ (อาทิ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศจีน)</p>
<p>การที่กฎหมายกำหนดไว้ว่าตลาดหลักทรัพย์ (exchange) มิใช่หน่วยงานที่ดำเนินกิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือเป็นองค์กรที่แสวงหากำไร เป็นคุณสมบัติที่บ่งความเป็นหน่วยงานเอกชน เพราะบ่งชี้ว่าการดำเนินการเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนตัวทางธุรกิจของเอกชน (อาทิ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศมาเลเซีย)</p>	<p>การที่กฎหมายกำหนดให้การดำเนินกิจการตลาดหลักทรัพย์ (exchange) ต้องยึดประโยชน์ส่วนรวมเป็นสำคัญ หรือเป็นองค์กรที่ไม่แสวงหากำไร เป็นคุณสมบัติที่เสริมความเป็นหน่วยงานรัฐ (อาทิ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศจีน)</p>
<p>หากตลาดหลักทรัพย์ (exchange) ใดมีคุณสมบัติที่มีจุดเกาะเกี่ยวหรือความเกี่ยวข้องกับรัฐน้อย ทั้งการไม่ได้รับทุนในการบริหารจากรัฐ การไม่ต้องส่งเงินเข้ารัฐ การไม่อยู่ในระบบการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารงานบุคคลภาครัฐ โครงสร้างการบริหารและความเป็นเจ้าของที่ไม่มีรัฐบาลหรือบริษัทของรัฐบาลมาเกี่ยวข้อง การถูกต้องความเป็นหน่วยงานเอกชนในกฎหมายกฎหมายตรวจเงินภาครัฐ และกฎหมายภาษี ปรากฏตัวร่วมกัน ย่อมมีแนวโน้มว่าจะมีสถานะเป็นหน่วยงานเอกชน (อาทิ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเกาหลีใต้ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศสิงคโปร์ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศมาเลเซีย ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเยอรมนี และตลาดหลักทรัพย์ในประเทศในกลุ่ม Euronext)</p>	<p>หากตลาดหลักทรัพย์ (exchange) ใดมีองค์ประกอบของความเป็นหน่วยงานรัฐ อาทิ การได้มาซึ่งทุนบริหารหรือเงินประเดิมตั้งต้นมาจากรัฐ การต้องส่งรายได้เข้ารัฐ การได้รับยกเว้นภาษีอากร โครงสร้างการบริหารและการดำเนินงานที่ถูกกำหนดโดยกฎหมายและภายใต้การอนุมัติจากองค์กรระดับสูงของรัฐอย่างเคร่งครัด การตกอยู่ภายใต้การจัดซื้อจัดจ้างและได้มาซึ่งพัสดุและการบริหารงานบุคคลภาครัฐ และถูกบังคับใช้กฎหมายตรวจเงินภาครัฐเช่นเดียวกับหน่วยงานของรัฐอื่น หลายประการปรากฏตัวร่วมกัน ย่อมมีแนวโน้มว่าจะมีสถานะเป็นหน่วยงานของรัฐ (อาทิ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศจีน และตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเวียดนาม)</p>

ในเชิงประวัติความเป็นมา	
คุณสมบัติที่บ่งความเป็นหน่วยงานเอกชน	
<p>การที่ตลาดหลักทรัพย์ (exchange) เคยมีสถานะเป็นหน่วยงานของรัฐ แต่ถูกกฎหมายกำหนดเปลี่ยนแปลงสถานะให้เป็นหน่วยงานเอกชน หรือไม่ให้เป็นมีสถานะหน่วยงานของรัฐอีก เป็นคุณสมบัติที่บ่งความเป็นเอกชนได้ เพราะถือว่ากฎหมายแสดงเจตนารมณ์อย่างชัดเจนว่ามีสถานะเป็นหน่วยงานของรัฐอีกต่อไป (อาทิ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศไทยก็ได้)</p>	
<p>การที่ตลาดหลักทรัพย์ (exchange) ในระบบกฎหมายมีพัฒนาการเริ่มต้นมาจากการเป็นสมาคมการค้า หรือการรวมตัวกันขององค์กรธุรกิจเอกชน เป็นองค์ประกอบที่บ่งความเป็นหน่วยงานเอกชน เพราะเป็นการแสดงออกถึงเจตนาตั้งต้นของการดำเนินกิจการเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางธุรกิจของปัจเจกชนมากกว่าการดำเนินการโดยหน่วยงานของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะ (อาทิ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศมาเลเซีย และตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเยอรมนี)</p>	
<p>การที่ตลาดหลักทรัพย์ (exchange) ในประเทศใดผ่านกระบวนการแปรรูป (demutualization) แล้ว เป็นองค์ประกอบที่บ่งความเป็นหน่วยงานเอกชน เพราะเป็นการแสดงออกถึงความประสงค์ที่จะให้การดำเนินกิจการมีความคล่องตัวทางธุรกิจมากขึ้น (อาทิ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศสิงคโปร์ และประเทศเกาหลีใต้)</p>	
<p>การที่ตลาดหลักทรัพย์ (exchange) ในประเทศใดถูกบ่งสถานะให้เป็นองค์กรประเภทตอบรับเป็นสมาชิก เป็นองค์ประกอบที่บ่งความเป็นหน่วยงานเอกชน เพราะแสดงออกถึงความสมัครใจและยินยอมในการเข้าร่วมและตอบรับเป็นสมาชิก ซึ่งเป็นมิติความสัมพันธ์ตามปกติในทางกฎหมายเอกชน (อาทิ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศไทยก็ได้)</p>	
การจัดตั้ง	
คุณสมบัติที่บ่งความเป็นหน่วยงานเอกชน	คุณสมบัติที่บ่งความเป็นหน่วยงานของรัฐ
<p>การที่ตลาดหลักทรัพย์ (exchange) ในประเทศใดถูกกำหนดสถานะความเป็นนิติบุคคลในระบบกฎหมายเอกชน (เช่น ตั้งขึ้นตามกฎหมายหุ้นส่วนบริษัท) จากนั้นจึงค่อยมาขออนุญาตกับองค์กรของรัฐเพื่อดำเนินกิจการ เป็นองค์ประกอบที่บ่งสถานะความเป็นหน่วยงานเอกชน เพราะมีการริเริ่มตั้งขึ้นเพื่อประกอบธุรกิจเอกชนเช่นบริษัทเอกชนทั่วไป (อาทิ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศมาเลเซีย ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเยอรมนี และ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศในกลุ่ม Euronext)</p>	<p>การที่สถานะของตลาดหลักทรัพย์ (exchange) ถูกกำหนดโดยคำสั่งนายกรัฐมนตรีหรือคำสั่งของประธานาธิบดี เป็นคุณสมบัติที่บ่งความเป็นหน่วยงานของรัฐ เพราะถือได้ว่าถูกกำหนดสถานะโดยองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารซึ่งไม่ได้มีความยึดโยงกับประชาชนโดยตรงเหมือนดังองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ อีกทั้งยังแสดงออกถึงอำนาจของรัฐบาลเหนือตลาดหลักทรัพย์ในประเทศด้วย (อาทิ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเวียดนาม และตลาดหลักทรัพย์ในประเทศจีน)</p>
	<p>การที่หน่วยงานของรัฐหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งถูกบ่งสถานะว่าเป็นเจ้าของตลาดหลักทรัพย์ (exchange) โดยยอมเป็นองค์ประกอบที่ทำให้สันหลังถือว่าตลาดหลักทรัพย์นั้นเป็นส่วนหนึ่งของหน่วยงานของรัฐ (อาทิ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเวียดนาม)</p>

<p>การที่ตลาดหลักทรัพย์ (exchange) ในระบบกฎหมายใด จดทะเบียนเป็นบริษัทมหาชนจำกัดและสามารถเสนอขายหุ้นต่อประชาชนได้ เป็นองค์ประกอบที่บ่งความเป็นหน่วยงานเอกชนนั้น เนื่องจากมีการเปิดโอกาสให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมเป็นเจ้าของ ซึ่งแสดงออกถึงการดำเนินกิจการเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางธุรกิจของเอกชน มากกว่าการผูกขาดการดำเนินการโดยหน่วยงานของรัฐ (อาทิ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศสิงคโปร์ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศมาเลเซีย ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเยอรมนี และตลาดหลักทรัพย์ในประเทศในกลุ่ม Euronext)</p>	
การได้มาซึ่งทุนในการบริหารงาน (งบประมาณ)	
คุณสมบัติที่บ่งความเป็นหน่วยงานเอกชน	คุณสมบัติที่บ่งความเป็นหน่วยงานของรัฐ
<p>การที่ตลาดหลักทรัพย์ (exchange) ไม่ได้รับทุนในการบริหารมาจากรัฐ หรือกล่าวอีกนัยคือใช้เงินของเอกชนเอง เป็นคุณสมบัติที่บ่งความเป็นหน่วยงานเอกชน เพราะถือว่าการลงทุนที่ปัจเจกชนประสงค์หาผลกำไรในทางธุรกิจ (อาทิ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเกาหลีใต้ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศสิงคโปร์ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศมาเลเซีย ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเยอรมนี และ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศในกลุ่ม Euronext)</p>	<p>การที่ตลาดหลักทรัพย์ (exchange) ได้รับทุนในการบริหารมาจากรัฐ เป็นองค์ประกอบที่สำคัญในการบ่งความเป็นหน่วยงานของรัฐ เพราะถือว่ารัฐลงทุนในกิจการ โดยเงินงบประมาณแผ่นดินซึ่งได้มาจากภาษีประชาชน จึงเป็นการลงทุนในนามของประชาชนและเป็นการทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ (อาทิ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเวียดนาม)</p>
การส่งเงินรายได้เข้ารัฐ	
คุณสมบัติที่บ่งความเป็นหน่วยงานเอกชน	คุณสมบัติที่บ่งความเป็นหน่วยงานของรัฐ
<p>การที่ตลาดหลักทรัพย์ (exchange) ไม่ได้ถูกกฎหมายบังคับให้ต้องส่งเงินรายได้เข้ารัฐ แต่ให้นำเงินรายได้จากการดำเนินการมาแบ่งปันกันระหว่างสมาชิก เป็นคุณสมบัติที่บ่งความเป็นหน่วยงานเอกชน เพราะแสดงออกถึงผลลัพธ์ของการลงทุนที่แปรสภาพไปเป็นผลกำไรแก่ผู้ถือหุ้นในกิจการ (อาทิ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเกาหลีใต้ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศสิงคโปร์ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศมาเลเซีย ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเยอรมนี และตลาดหลักทรัพย์ในประเทศในกลุ่ม Euronext)</p>	<p>การที่เงินรายได้จากการดำเนินกิจการตลาดหลักทรัพย์ (exchange) ถูกส่งเข้ารัฐ เป็นองค์ประกอบที่บ่งความเป็นหน่วยงานของรัฐ เพราะแสดงออกอย่างชัดเจนถึงผลลัพธ์ของการลงทุน ที่ถูกส่งกลับไปสู่เงินแผ่นดินที่ประชาชนเป็นเจ้าของร่วมกัน (อาทิ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเวียดนาม)</p>

การจัดซื้อจัดจ้างและการพัสดุ	
คุณสมบัติที่บ่งความเป็นหน่วยงานเอกชน	คุณสมบัติที่บ่งความเป็นหน่วยงานของรัฐ
<p>การที่ตลาดหลักทรัพย์ (exchange) ไม่ได้อยู่ในขอบเขตของการจัดซื้อจัดจ้างและการได้มาซึ่งพัสดุภาครัฐ โดยทั่วไปเป็นองค์ประกอบที่บ่งความเป็นหน่วยงานเอกชน เพราะเมื่อมิได้ใช้งบประมาณแผ่นดินหรือเงินของรัฐในรูปแบบอื่นใด ก็มิพึงต้องถูกบังคับให้ต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้างและการได้มาซึ่งพัสดุภาครัฐ (อาทิ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเกาหลีใต้ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศสิงคโปร์ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศมาเลเซีย ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเยอรมนี และ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศในกลุ่ม Euronext)</p>	<p>การที่ตลาดหลักทรัพย์ (exchange) อยู่ในขอบเขตของการจัดซื้อจัดจ้างและการได้มาซึ่งพัสดุภาครัฐย่อมเป็นคุณสมบัติที่บ่งความเป็นหน่วยงานของรัฐ เพราะใช้งบประมาณแผ่นดินหรือเงินของรัฐในรูปแบบอื่นในการได้มาซึ่งพัสดุ (อาทิ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเวียดนาม)</p>
การจ่ายภาษี	
คุณสมบัติที่บ่งความเป็นหน่วยงานเอกชน	คุณสมบัติที่บ่งความเป็นหน่วยงานของรัฐ
<p>การที่ตลาดหลักทรัพย์ (exchange) อยู่ในขอบเขตที่จะต้องมีการะทางภาษีเอกเช่นหน่วยงานเอกชนทั่วไป มิได้รับการยกเว้นดังเช่นหน่วยงานของรัฐ เป็นองค์ประกอบที่บ่งความเป็นหน่วยงานเอกชน (อาทิ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเกาหลีใต้ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศสิงคโปร์ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศมาเลเซีย ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเยอรมนี และตลาดหลักทรัพย์ในประเทศในกลุ่ม Euronext)</p>	<p>การที่ตลาดหลักทรัพย์ (exchange) ไม่อยู่ในขอบเขตที่จะต้องมีการะทางภาษีเอกเช่นหน่วยงานเอกชนทั่วไป แต่ได้รับการยกเว้นดังเช่นหน่วยงานของรัฐ โดยทั่วไปแล้วเป็นองค์ประกอบที่บ่งความเป็นหน่วยงานของรัฐ ยกเว้นกรณีที่ตั้งขึ้นในรูปแบบรัฐวิสาหกิจก็อาจอยู่ในขอบเขตเสียภาษีได้ (อาทิ SSE และ SZSE กรณีตลาดหลักทรัพย์ในประเทศจีน)</p>
การจัดทำบัญชี	
คุณสมบัติที่บ่งความเป็นหน่วยงานเอกชน	คุณสมบัติที่บ่งความเป็นหน่วยงานของรัฐ
<p>การที่ตลาดหลักทรัพย์ (exchange) มีระบบการจัดทำบัญชีเช่นเดียวกับบริษัทเอกชนทั่วไป ไม่ได้อยู่ภายใต้การจัดทำบัญชีแบบหน่วยงานรัฐ เป็นคุณสมบัติที่บ่งความเป็นหน่วยงานเอกชน (อาทิ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเกาหลีใต้ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศสิงคโปร์ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศมาเลเซีย ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเยอรมนี และตลาดหลักทรัพย์ในประเทศในกลุ่ม Euronext)</p>	<p>การที่ตลาดหลักทรัพย์ (exchange) อยู่ภายใต้ระบบการจัดทำบัญชีที่กำหนดไว้สำหรับหน่วยงานหรือวิสาหกิจของรัฐโดยเฉพาะ เป็นองค์ประกอบที่บ่งความเป็นหน่วยงานของรัฐ (อาทิ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเวียดนาม)</p>

ความเป็นเจ้าของ	
คุณสมบัติที่บ่งความเป็นหน่วยงานเอกชน	คุณสมบัติที่บ่งความเป็นหน่วยงานของรัฐ
<p>การที่ตลาดหลักทรัพย์ (exchange) มีองค์ประกอบแห่งความเป็นเจ้าของที่เชื่อมโยงกับต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นการดำเนินกิจการในต่างประเทศ หรือการมีผู้ถือหุ้นใหญ่เป็นบริษัทต่างชาติ ย่อมเป็นองค์ประกอบที่เสริมความเป็นหน่วยงานเอกชน (อาทิ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศในกลุ่ม Euronext)</p>	<p>หากตลาดหลักทรัพย์ (exchange) มีรัฐมีส่วนเป็นเจ้าของมากกว่าร้อยละ 50 อันเป็นสัดส่วนเสี่ยงข้างมากและทำให้รัฐให้อำนาจในการอำนวยความสะดวก ก็จะมีสถานะเป็นวิสาหกิจที่รัฐเป็นเจ้าของ ดำเนินกิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะ และบ่งถึงความเป็นหน่วยงานของรัฐอย่างสิ้นสงสัย (อาทิ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศจีนและตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเวียดนาม)</p>
<p>หากสัดส่วนหุ้นที่รัฐหรือหน่วยงานรัฐถือมีไม่มาก อาทิ กรณีรวมกันไม่เกินร้อยละ 5 น่าจะวินิจฉัยไปยังฝั่งของหน่วยงานเอกชนได้ เพราะการถือหุ้นของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐมิได้ส่งผลให้อำนาจในการอำนวยความสะดวกในความเป็นจริง (อาทิ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเกาหลีใต้)</p>	
<p>กรณีที่มีสัดส่วนการถือหุ้นมีมากในระดับหนึ่ง อาทิ บริษัทที่รัฐมีส่วนเป็นเจ้าของ (government-linked corporation) ก็ยังคงเป็นหน่วยงานเอกชนอยู่ หากรัฐถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 50 เพราะเอกชนยังมีส่วนของความเป็นเจ้าของมากกว่ารัฐ (อาทิ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศสิงคโปร์)</p>	
โครงสร้างการบริหาร	
คุณสมบัติที่บ่งความเป็นหน่วยงานเอกชน	คุณสมบัติที่บ่งความเป็นหน่วยงานของรัฐ
<p>การที่ตลาดหลักทรัพย์ (exchange) มีโครงสร้างการบริหารเป็นไปในรูปแบบเดียวกันกับหน่วยงานเอกชนทั่วไป (อาทิ บริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัด) เป็นคุณสมบัติที่บ่งความเป็นหน่วยงานเอกชน (อาทิ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเกาหลีใต้ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศสิงคโปร์ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศมาเลเซีย ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเยอรมนี และตลาดหลักทรัพย์ในประเทศในกลุ่ม Euronext)</p>	<p>การที่โครงสร้างการบริหารตลาดหลักทรัพย์ (exchange) ถูกกำหนดหรือแต่งตั้งโดยรัฐเท่านั้น ย่อมเป็นองค์ประกอบที่บ่งความเป็นหน่วยงานของรัฐ (อาทิ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเวียดนาม)</p>
การบริหารงานบุคคล	
คุณสมบัติที่บ่งความเป็นหน่วยงานเอกชน	
<p>การที่ตลาดหลักทรัพย์ (exchange) อยู่ภายใต้กฎหมายคุ้มครองแรงงานเช่นเดียวกับหน่วยงานเอกชนทั่วไป เป็นองค์ประกอบที่บ่งความเป็นหน่วยงานเอกชนได้ เพราะนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นอยู่บนพื้นฐานที่คู่สัญญา มีสถานะเท่าเทียมกัน วัตถุประสงค์แห่งการจ้างไม่ได้เป็นไปเพื่อให้ได้มาซึ่งบุคลากรมาจัดทำบริการสาธารณะ (อาทิ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเกาหลีใต้ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศมาเลเซีย ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเยอรมนี และ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศในกลุ่ม Euronext)</p>	

การใช้อำนาจ	
คุณสมบัติที่บ่งความเป็นหน่วยงานเอกชน	คุณสมบัติที่บ่งความเป็นหน่วยงานของรัฐ
<p>การที่กฎหมายกำหนดให้การเข้าสู่ตลาดหลักทรัพย์ (exchange) ของสมาชิกมีลักษณะเป็นสัญญา เป็นคุณสมบัติที่เสริมความเป็นหน่วยงานเอกชน เพราะนิติสัมพันธ์ระหว่างตลาดหลักทรัพย์กับสมาชิกอยู่ในรูปแบบของกฎหมายเอกชนมากกว่ากฎหมายมหาชน (อาทิ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศไทยสิงคโปร์)</p>	<p>การที่ตลาดหลักทรัพย์ (exchange) ในประเทศใดได้รับมอบหมายอำนาจอย่างหลากหลายหรือเบ็ดเสร็จเด็ดขาด ย่อมเป็นองค์ประกอบที่เสริมความเป็นหน่วยงานรัฐ (อาทิ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศจีน และ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเวียดนาม)</p>
<p>หากการใช้อำนาจ (ตามที่ได้รับมอบหมาย) ของตลาดหลักทรัพย์ (exchange) ไม่มีความเบ็ดเสร็จเด็ดขาด อาทิ ถูกควบคุมตรวจสอบหรืออยู่ภายใต้อำนาจขององค์กรอื่นของรัฐอีกชั้นหนึ่ง มีกลไกที่ทำให้การใช้อำนาจอยู่ภายใต้การตรวจสอบขององค์กรตุลาการ หรือมีการกำหนดให้การใช้อำนาจต้องถูกตรวจสอบว่าไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายหรือแนวปฏิบัติที่รัฐกำหนด ย่อมเป็นองค์ประกอบที่สะท้อนถึงความเป็นหน่วยงานเอกชน (อาทิ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเกาหลีใต้ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศสิงคโปร์ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศมาเลเซีย และตลาดหลักทรัพย์ในประเทศในกลุ่ม Euronext)</p>	
การถูกควบคุมโดยองค์กรตรวจสอบการเงินของรัฐ	
คุณสมบัติที่บ่งความเป็นหน่วยงานเอกชน	คุณสมบัติที่บ่งความเป็นหน่วยงานของรัฐ
<p>การที่ตลาดหลักทรัพย์ (exchange) ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบโดยองค์กรตรวจสอบการเงินภาครัฐ แต่อยู่ภายใต้การสอบบัญชีเช่นเดียวกับบริษัทเอกชนทั่วไป ย่อมเป็นองค์ประกอบที่บ่งความเป็นหน่วยงานเอกชน (อาทิ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศมาเลเซีย)</p>	<p>การที่ตลาดหลักทรัพย์ (exchange) อยู่ภายใต้การตรวจสอบโดยองค์กรตรวจสอบการเงินภาครัฐ ย่อมเป็นองค์ประกอบที่บ่งความเป็นหน่วยงานรัฐได้ (อาทิ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเวียดนาม)</p>

การถูกควบคุมโดยองค์กรผู้ควบคุมกฎทางการเงินของรัฐ	
คุณสมบัติที่บ่งความเป็นหน่วยงานเอกชน	คุณสมบัติที่บ่งความเป็นหน่วยงานของรัฐ
<p>การที่องค์กรผู้ควบคุมกฎมีอำนาจควบคุมเหนือตลาดหลักทรัพย์ (exchange) อย่างเข้มข้น ย่อมเป็นองค์ประกอบที่แสดงความเป็นหน่วยงานเอกชน เพราะโดยปกติ หากมีสถานะเป็นหน่วยงานของรัฐแล้ว ความจำเป็นในการมีหน่วยงานของรัฐอีกหน่วยงานหนึ่งเป็นผู้ควบคุมก็จะลดลง (อาทิ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศในกลุ่ม Euronext)</p>	<p>หากแม้ตลาดหลักทรัพย์ (exchange) จะมีสถานะเป็นหน่วยงานของรัฐ ก็ยังอาจมีหน่วยงานของรัฐอีกหน่วยงานหนึ่งเป็นทำหน้าที่ควบคุมดูแลการค้าเงินกิจการได้ แต่ความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานทั้งสองจะอยู่ในลักษณะของความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกัน อาทิ การบังคับบัญชา การกำกับดูแล หรือการอำนวยความสะดวกบริหารรัฐวิสาหกิจ (ซึ่งก็จะมีระดับความเข้มข้นของการควบคุมแตกต่างกัน) (อาทิ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศจีน และตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเวียดนาม)</p>
<p>หากองค์กรผู้ควบคุมกฎมีอำนาจในการริบ เพิกถอนใบอนุญาต หรือปิดการค้าเงินกิจการของตลาดหลักทรัพย์ (exchange) ย่อมเป็นองค์ประกอบที่บ่งความเป็นหน่วยงานเอกชนได้ เพราะ โดยปกติ การเพิกถอนสถานะหรือการอนุญาตให้ดำเนินการจะไม่ได้เกิดกับหน่วยงานของรัฐ (อาทิ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศมาเลเซีย)</p>	

3.3 คุณสมบัติที่ไม่อาจบ่งความเป็นหน่วยงานเอกชนหรือรัฐของตลาดหลักทรัพย์ในต่างประเทศได้

นอกจากนั้นแล้ว ยังสามารถสังเกตได้ถึงคุณสมบัติที่ไม่อาจบ่งชี้ความเป็นหน่วยงานเอกชนหรือหน่วยงานของรัฐของตลาดหลักทรัพย์ในต่างประเทศดังที่ได้ศึกษามาได้ 7 ประการ ได้แก่

ประการที่หนึ่ง การกำหนดสถานะ ควบรวม หรือการได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการตลาดหลักทรัพย์ (exchange) ที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย (มิได้เกิดจากการขออนุญาตของตัวผู้ประกอบการเอง) มีอาจเป็นคุณสมบัติที่บ่งความเป็นหน่วยงานของรัฐได้ (อาทิ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเกาหลีใต้ และตลาดหลักทรัพย์ในประเทศสิงคโปร์ ก็ยังมีสถานะเป็นหน่วยงานเอกชน แม้ถูกกำหนดสถานะความเป็นนิติบุคคลหรือขออนุญาตให้ดำเนินการโดยกฎหมายก็ตาม)

ประการที่สอง ในเชิงการจัดซื้อจัดจ้างนั้น การที่ตลาดหลักทรัพย์ (exchange) ถูกกฎหมายกำหนดให้ต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์พิเศษบางประการ เช่น การมีระเบียบการจัดซื้อจัดจ้างซึ่งร่างตามข้อกำหนดที่หน่วยงานของรัฐกำหนดเป็นต้นแบบ มิใช่คุณสมบัติที่จะนำไปสู่ความเป็นหน่วยงานของรัฐ เพียงแต่เป็นไปเพื่อควบคุมการดำเนินงานของเอกชนที่ประกอบกิจการที่สำคัญต่อเศรษฐกิจเท่านั้น (อาทิ กรณีของตลาดหลักทรัพย์ในประเทศมาเลเซีย)

ประการที่สาม ในเชิงการจัดทำบัญชีนั้น การที่ตลาดหลักทรัพย์ (exchange) ถูกกฎหมาย กำหนดให้อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์พิเศษบางประการ มิใช่คุณสมบัติที่จะนำไปสู่ความเป็นหน่วยงานของรัฐ เพียงแต่เป็นไปเพื่อควบคุมการดำเนินงานของเอกชนที่ประกอบกิจการที่สำคัญต่อเศรษฐกิจเท่านั้น (อาทิ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศสิงคโปร์)

ประการที่สี่ ในเชิงความเป็นเจ้าของนั้น การที่ตลาดหลักทรัพย์ (exchange) ถูกกฎหมาย กำหนดให้ต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์พิเศษบางประการในด้านความเป็นเจ้าของ อาทิ สัดส่วนการถือหุ้น หรือการได้รับอนุมัติให้ถือหุ้นรายใหญ่ มิใช่คุณสมบัติที่จะนำไปสู่ความเป็นหน่วยงานของรัฐ เพียงแต่เป็นไปเพื่อควบคุมการดำเนินงานของเอกชนที่ประกอบกิจการที่สำคัญต่อเศรษฐกิจเท่านั้น (อาทิ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศสิงคโปร์ และตลาดหลักทรัพย์ในประเทศมาเลเซีย)

ประการที่ห้า ในเชิงโครงสร้างการบริหารนั้น การที่ตลาดหลักทรัพย์ (exchange) ถูกกฎหมายกำหนดให้ต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์พิเศษบางประการ อาทิ การแต่งตั้งกรรมการเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือคณะกรรมการตรวจสอบอิสระ มิใช่คุณสมบัติที่บ่งความเป็นหน่วยงานของรัฐ แต่เป็นไปเพียงเพื่อควบคุมความชอบธรรมในการดำเนินงานของเอกชนที่ประกอบกิจการที่สำคัญต่อเศรษฐกิจเท่านั้น (อาทิ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศมาเลเซีย)

ประการที่หก การใช้อำนาจมิใช่คุณสมบัติที่บ่งความเป็นหน่วยงานรัฐ ตลาดหลักทรัพย์ในต่างประเทศที่ศึกษามา ไม่ว่าจะมิใช่สถานะเป็นหน่วยงานของรัฐหรือหน่วยงานเอกชน ต่างถูกมอบหมายโดยผลของกฎหมายให้ใช้อำนาจได้ทั้งสิ้น (ได้แก่ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเกาหลีใต้ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศสิงคโปร์ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศจีน ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศมาเลเซีย ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเยอรมนี ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศในกลุ่ม Euronext และตลาดหลักทรัพย์ในประเทศเวียดนาม)

ประการที่เจ็ด ในเชิงการถูกควบคุมโดยองค์กรผู้ควบคุมกฎทางการเงิน (regulator) ของรัฐนั้น การตรวจสอบและกำกับดูแลตลาดหลักทรัพย์ (exchange) โดยองค์กรของรัฐเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นในประเทศต่าง ๆ ที่ศึกษามาทั้งหมด เนื่องจากตลาดหลักทรัพย์ (exchange) เป็นกิจการที่ส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศในวงกว้าง แต่รูปแบบและระดับของการควบคุมอาจแตกต่างกันในแต่ละระบบกฎหมาย

4. บทสรุป

สถานะทางกฎหมายของหน่วยงานเป็นประเด็นปัญหาที่เกิดข้อถกเถียงกันอยู่เสมอ ในระบบกฎหมายต่าง ๆ โดยเฉพาะต่อหน่วยงานที่มีลักษณะการดำเนินงานโดยธรรมชาติที่เจือปนระหว่างคุณสมบัติความเป็นหน่วยงานของรัฐและคุณสมบัติความเป็นหน่วยงานเอกชน ตลาดหลักทรัพย์ (exchange) เป็นหน่วยงานหนึ่งที่มีลักษณะเช่นนี้และมักถูกพิจารณาสถานะทางกฎหมาย ด้วยความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนอยู่เสมอ ผู้เขียนหวังว่าการศึกษาวិจัยสถานะทางกฎหมายและคุณสมบัติการดำเนินงานของตลาดหลักทรัพย์ในต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศเกาหลีใต้ ประเทศสิงคโปร์ ประเทศจีน ประเทศมาเลเซีย ประเทศเยอรมนี ประเทศเวียดนาม และประเทศในกลุ่ม Euronext ที่นำเสนอในบทความนี้ จะทำให้เกิดความเข้าใจที่กระจ่างชัดมากขึ้น

โดยสรุป การดำเนินกิจการตลาดหลักทรัพย์ในประเทศต่าง ๆ ตามที่ได้ศึกษามาเกิดขึ้นใน 3 รูปแบบ ได้แก่ การเป็นหน่วยธุรกิจเอกชนที่รัฐเป็นเจ้าของ (รัฐวิสาหกิจ) การเป็นหน่วยงานเอกชนแต่ถูกควบคุมด้วยกฎเกณฑ์พิเศษ และการเป็นหน่วยงานรูปแบบผสม ทั้งนี้ เพราะรูปแบบทั้ง 3 นี้ต่างตอบสนองคุณสมบัติความเป็นหน่วยงานเอกชนและคุณสมบัติของความเป็นหน่วยงานของรัฐ โดยไม่ละทิ้งการพิจารณาด้านใดด้านหนึ่งอย่างสิ้นเชิง

นอกจากนี้ การศึกษาสถานะทางกฎหมายและคุณสมบัติการดำเนินงานของตลาดหลักทรัพย์ในต่างประเทศในบทความนี้ ยังทำให้ได้มาซึ่งข้อวิเคราะห์คุณสมบัติที่บ่งชี้ความเป็นหน่วยงานเอกชน และข้อวิเคราะห์คุณสมบัติที่บ่งชี้ความเป็นหน่วยงานของรัฐหลายประการด้วยที่น่าสนใจ ได้แก่ คุณสมบัติที่เป็นจุดตัดต่าง ๆ อาทิ เช่นเมื่อใดก็ตามที่ตลาดหลักทรัพย์ (exchange) มีการได้มาซึ่งทุนในการบริหารงานจากภาครัฐแล้ว ก็ย่อมมีแนวโน้มสูงที่จะมีสถานะเป็นหน่วยงานของรัฐ รวมถึงคุณสมบัติที่ไม่อาจบ่งชี้ความเป็นหน่วยงานของรัฐหรือหน่วยงานเอกชนได้ อาทิ แม้จะถูกกำหนดสถานะความเป็นนิติบุคคลภายใต้กฎหมายก็ไม่จำเป็นต้องมีสถานะเป็นหน่วยงานของรัฐ หรือแม้จะได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจ หรือถูกกำกับดูแลด้วยหลักเกณฑ์พิเศษบางประการเกี่ยวกับการจัดทำบัญชี โครงสร้างการบริหาร หรือความเป็นเจ้าของ การนี้ก็มีได้แปรผันตรงต่อความเป็นหน่วยงานของรัฐแต่อย่างใด

สิทธิปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์
ให้สิ้นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1337*

The right of an immovable's owner to have inconvenience
or injury abated under the civil and commercial code section 1337

นเรกานต์ ทองสัน
Nareekarn Tongsan

นักศึกษาระดับปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ถนนพระจันทร์ เขตพระนคร กรุงเทพฯ 10200
LL.M Candidate
Faculty of Law, Thammasat University, Phra Nakhon, Bangkok 10200
Corresponding author e-mail: Ts.nareekarn@gmail.com
(Received: July 6, 2023; Revised: September 14, 2023; Accepted: September 27, 2023)

บทคัดย่อ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1337 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ให้สิ้นไป โดยบทบัญญัตินี้มีปัญหาเกี่ยวกับการใช้และการตีความอยู่หลายประการ จากการศึกษาและวิเคราะห์พบว่ามาตรา 1337 เป็นบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองสิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการใช้สิทธิของบุคคลอื่นโดยเฉพาะ ดังนั้น การนำมาปรับใช้จึงไม่ต้องนำหลักความรับผิดทางละเมิดมาพิจารณาประกอบ นอกจากนี้ เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ยังมีใช้สิทธิในการปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ให้สิ้นไปด้วยตนเองโดยผลการโดยไม่ต้องร้องขอต่อศาลก่อน เนื่องจากเป็นสิทธิที่มีลักษณะเป็นสิทธิเหนือทรัพย์สินของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ รวมทั้งมีสิทธิในการเรียกค่าทดแทนได้เท่าที่มีความเสียหายเกิดขึ้น โดยไม่ต้อง

* บทความวิจัยนี้เป็นส่วนหนึ่งและเรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์เรื่อง “สิทธิปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ให้สิ้นไป ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1337” หลักสูตรนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

พิจารณาองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดเลย ดังนี้ จึงกล่าวได้ว่าการนำมาตรา 1337 มาปรับใช้ย่อมประโยชน์ต่อของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์

จากผลการศึกษาและวิเคราะห์จึงมีข้อเสนอแนะว่า ผู้บังคับใช้กฎหมายควรคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยการปรับใช้มาตรา 1337 อย่างเป็นเอกเทศ และไม่นำมาตรา 1337 ไปวินิจฉัยโดยยึดโยงกับหลักเรื่องความรับผิดทางละเมิด และเจ้าของอสังหาริมทรัพย์จะต้องใช้สิทธิปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายให้สิ้นไปอย่างระมัดระวัง และอยู่ในขอบเขตแห่งสิทธิ สำหรับสิทธิเรียกค่าทดแทนควรนำกรอบในการใช้ดุลพินิจเพื่อกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดตามมาตรา 438 มาพิจารณาเทียบเคียง

คำสำคัญ : การใช้สิทธิ, การใช้กำลังป้องกันสิทธิ, ค่าทดแทน

Abstract

Civil and Commercial Code Section 1337 is the provision about an exclusive right relating to an action to abate immovable property to the greater injury or inconvenience of the owner. Such an act consists of several challenges facing law enforcement and interpretation. According to the study and analysis, the researcher found that Section 1337 is the provision aiming to specially protect the rights of the owner of immovable property when the owner has suffered greater injury or inconvenience caused by exercising the rights of others. Thus, applying this section does not require consideration of the principles of tort liability. Moreover, the owner of immovable property also has the right to arbitrarily abate greater injury or inconvenience to himself without applying to the court since it is the right that acts over the property of the owner of immovable property. In addition, the owner is entitled, without prejudice to any claim for compensation, to have such injury or inconvenience abated without consideration of liability in tort. Hence, suffice it to say that applying Section 1337 to immovable property is beneficial to the owner.

Based on the result of the study and analysis, the researcher suggests that law enforcement authorities should consider the spirit of the law by applying Section 1337 individually and should not try to adjudicate by involving the principle

of tort liability. The owner of immovable property must exercise the right to abate greater injury deliberately under the scope of rights. Regarding the right to claim compensation, the researcher suggests that calculating compensation claims in tort following Section 438 should be considered as well.

Keywords : Exercising a right, Self-help, Compensation

1. ความสำคัญและที่มาของปัญหา

ด้วยลักษณะของอสังหาริมทรัพย์โดยสภาพเป็นทรัพย์สินที่ติดตราตั้งอยู่กับพื้นดิน ไม่อาจเคลื่อนย้ายได้อย่างอิสระ ด้วยเหตุนี้ ทำให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์อาจถูกบุคคลอื่นกระทำทำให้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายได้โดยง่าย ไม่ว่าจะเกิดจากความจงใจหรือไม่ก็ตาม เช่น กรณีที่มีเพื่อนบ้านสร้างโรงเลี้ยงไก่ ทำให้มีกลิ่นและเสียงรบกวนการอยู่ในบ้านของเจ้าของบ้าน ซึ่งเป็นเสมือนการไล่ไม่ให้อยู่บ้าน ถ้าไม่แก้ไขก็อยู่ต่อไปไม่ได้หรือถึงแม้จะอยู่ได้ก็อาจส่งผลกระทบต่อสภาพร่างกายและจิตใจ ซึ่งกรณีดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการขัดขวางการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์¹ ดังนั้น กฎหมายจึงต้องให้สิทธิเฉพาะแก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ในการที่จะปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนให้สิ้นไปและสิทธิในการเรียกค่าทดแทนไว้ โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้ในมาตรา 1337 แต่อย่างไรก็ดี แม้จะมีมาตรา 1337 เป็นบทคุ้มครองสิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่ได้รับความเดือดร้อนรำคาญในการใช้สิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์ของตน แต่จากการศึกษาผู้เขียนพบว่า บทบัญญัติดังกล่าวยังมีปัญหาเกี่ยวกับการใช้และการตีความอยู่หลายประการ ดังจะกล่าวต่อไปนี้

ประการแรก ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายให้สิ้นไปกับความรับผิดทางละเมิด กล่าวคือ เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 1337 ที่บัญญัติว่า “บุคคลใดใช้สิทธิของตนเป็นเหตุให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเสียหาย...” และมาตรา 421 ที่บัญญัติว่า “การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะทำให้เกิดเสียหายแก่บุคคลอื่นนั้น ท่านว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย” จะเห็นได้ว่าถ้อยคำตามบทบัญญัติทั้งสองข้างต้นใช้คำว่า “ใช้สิทธิ” เหมือนกัน ดังนั้น จึงมีข้อพิจารณาว่า แท้จริงแล้วบทบัญญัติมาตรา 1337 เป็นเรื่องละเมิดเช่นเดียวกับเรื่องการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตตามมาตรา 421 หรือไม่ เพราะหากเป็นเรื่องการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตตามมาตรา 421

¹ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยทรัพย์สิน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (พระนคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2484), หน้า 359-360.

ในการวินิจฉัยปัญหาดังกล่าวก็จะต้องอาศัยหลักความรับผิดทางละเมิดมาใช้บังคับ กล่าวคือ ต้องพิจารณาว่าการกระทำที่ทำให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเดือดร้อนเสียหายเป็นการกระทำที่เข้าไปโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ หรือเป็นการใช้สิทธิโดยสุจริตหรือไม่ แต่ถ้าหากไม่ใช่เรื่องละเมิดการวินิจฉัยความรับผิดตามมาตรา 1337 ก็ไม่จำเป็นต้องนำองค์ประกอบเรื่องความรับผิดทางละเมิดมาใช้บังคับเลย นอกจากนี้ การใช้คำว่า “ใช้สิทธิ” ยังทำให้สับสนว่าการคุ้มครองสิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 1337 ต้องเป็นกรณีที่มีความเสียหายหรือเดือดร้อนจากการ “ใช้สิทธิ” อย่างเดียวหรือไม่ หากเป็นการกระทำที่เข้าไปโดย “ใช้สิทธิ” เจ้าของอสังหาริมทรัพย์จะยังคงได้รับความคุ้มครองจากบทบัญญัติข้างต้นหรือไม่

ประการที่สอง ปัญหาการใช้สิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์เพื่อยังความเสียหายให้สิ้นไป กรณีมีปัญหาว่ากรณีดังกล่าวนี้กฎหมายให้สิทธิเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือความเดือดร้อนนั้นให้สิ้นไปได้ด้วยตนเองหรือไม่ กล่าวคือ เจ้าของอสังหาริมทรัพย์สามารถใช้อำนาจนี้ได้โดยผลการโดยไม่ต้องร้องขอต่อศาล ซึ่งประเด็นปัญหาข้างต้นมีความเห็นของนักกฎหมายแตกต่างกัน โดยความเห็นฝ่ายแรก เห็นว่า เจ้าของอสังหาริมทรัพย์สามารถใช้สิทธินั้นได้ด้วยตนเอง² แต่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ไม่สามารถใช้อำนาจตามมาตรา 1337 ได้โดยผลการ หากมีความเดือดร้อนเสียหายเกิดขึ้นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์จะต้องฟ้องเป็นคดีต่อศาลเพื่อพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทนั้น³

ประการที่สาม ปัญหาขอบเขตในการเรียกค่าทดแทนของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งจากบทบัญญัติมาตรา 1337 จะเห็นได้ว่า เมื่อเกิดความเสียหายหรือเดือดร้อนในการใช้สิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์ขึ้น นอกจากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์จะมีสิทธิที่จะปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนนั้นให้สิ้นไปแล้ว กฎหมายยังได้บัญญัติสิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ไว้ อีกประการหนึ่งคือ สิทธิในการเรียกค่าทดแทน มีปัญหาว่า เมื่อบทบัญญัติดังกล่าวบัญญัติไว้เป็นเอกเทศจากบทบัญญัติเรื่องละเมิด สิทธิในการเรียกค่าทดแทนนั้นจะเรียกได้เพียงใด กล่าวคือ ขอบเขตของสิทธิเรียกค่าทดแทนจะนำหลักเกณฑ์ใดมาพิจารณา หากจะนำหลักในการเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดตามมาตรา 438⁴ มาพิจารณา จะมีผลกลายเป็นว่า สิทธิในการ

² ประมูล สุวรรณศรี, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน (ตอนที่ 2), หน้า 98 ; จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 8 (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 175.

³ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยทรัพย์สิน, หน้า 372.

⁴ มาตรา 438 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

“ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใด เพียงใดนั้นให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด

เรียกค่าทดแทนนี้จะต้องพิจารณาโดยอาศัยองค์ประกอบความรับผิดชอบหรือไม่ คือ การกระทำที่ทำให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์เสียหายหรือเดือดร้อนต้องเป็นการกระทำที่ทำได้โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ หรือต้องเป็นใช้สิทธิโดยไม่สุจริตหรือไม่ อย่างไร

2. ระเบียบวิธีวิจัย

2.1 วัตถุประสงค์ในการวิจัย การวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์ในการศึกษาเกี่ยวกับสิทธิปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ให้สิ้นไป ดังนี้

- 1) เพื่อศึกษาและวิเคราะห์เกี่ยวกับการใช้สิทธิ ขอบเขตการใช้สิทธิ และการบังคับตามสิทธิของเอกชน
- 2) เพื่อศึกษาเพื่อศึกษาและวิเคราะห์แนวคิดและหลักกฎหมายของต่างประเทศเกี่ยวกับเหตุเดือดร้อนรำคาญ
- 3) เพื่อศึกษาเพื่อศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายให้สิ้นไปกับความรับผิดชอบทางละเมิด
- 4) เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาในการใช้สิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ในการปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายให้สิ้นไป
- 5) เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาขอบเขตในการเรียกค่าทดแทนของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์

ทั้งนี้ เพื่อเป็นประโยชน์ในทางวิชาการ รวมทั้งการใช้และการตีความเรื่องสิทธิปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ให้สิ้นไป

2.2 วิธีวิจัย

การวิจัยนี้ศึกษาโดยใช้วิธีวิจัยเอกสาร โดยศึกษาตัวบทกฎหมาย ทฤษฎี และข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องทั้งของไทยและต่างประเทศ ซึ่งได้ค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลจากแหล่งข้อมูลต่าง ๆ เช่น หนังสือ ตำรา บทความวิชาการ เอกสารวิจัย แนวคำพิพากษาของศาล และความเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมาย เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อนำมาวิเคราะห์และอธิบายหลักกฎหมายและข้อเท็จจริงประกอบกัน จากนั้นจึงชี้ให้เห็นถึงประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นในกฎหมายไทยว่ามีปัญหาเกี่ยวกับเรื่องนี้อย่างไรบ้าง และวิเคราะห์หลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ตัดสินคดี พร้อมทั้งเสนอแนะข้อคิดเห็นของผู้เขียน

อนึ่ง คำสินไหมทดแทนนั้นได้แก่การคืนทรัพย์สินอันผู้เสียหายต้องเสียไปเพราะละเมิดหรือใช้ราคาทรัพย์สินนั้นรวมทั้ง ค่าเสียหายอันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันได้ก่อกวนนั้นด้วย”

2.3 ขอบเขตการวิจัย

การศึกษาปัญหาเกี่ยวกับสิทธิปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ให้สิ้นไป จะศึกษาภายในขอบเขตเรื่องสิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ ตามมาตรา 1337 โดยจะศึกษาถึงวิวัฒนาการ แนวคิด และหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ จากการใช้สิทธิของผู้อื่นอันเป็นเหตุให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเสียหาย รวมทั้งศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิดังกล่าวกับหลักความรับผิดชอบทางละเมิดมาตรา 421 ตลอดจนศึกษาแนวคิด หลักเกณฑ์ และวิธีการใช้สิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ในการปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนให้สิ้นไป รวมทั้งสิทธิในการเรียกค่าทดแทน โดยจะศึกษาจากหลักกฎหมายไทย ที่เกี่ยวข้อง และหลักกฎหมายต่างประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ คือ ประเทศอังกฤษ รวมทั้งแนวคำพิพากษาของศาลและความเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อนำไปสู่การวิเคราะห์ปัญหาการใช้สิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ ตามมาตรา 1337

2.4 สมมติฐานการวิจัย

บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ส่วนใหญ่มีรากฐานมาจากหลักกฎหมายของต่างประเทศ โดยในการยกร่างแต่ละมาตรา กรรมการร่างกฎหมายใช้วิธีนำกฎหมายต่างประเทศมาเทียบเคียง ดังนั้น เมื่อมีปัญหาการใช้และการตีความเรื่องสิทธิปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ให้สิ้นไป ตามมาตรา 1337 จึงต้องไปศึกษากฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งแนวทางการนำบทบัญญัติมาปรับใช้ของศาลตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน อนึ่ง การที่กฎหมายบัญญัติเรื่องสิทธิปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ให้สิ้นไปไว้เป็นการเฉพาะ ย่อมทำให้เห็นได้ว่ามีเจตนารมณ์ให้นำบทบัญญัติดังกล่าวมาปรับใช้ต่างจากหลักความรับผิดชอบทางละเมิด

2.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา

- 1) ทำให้เข้าใจเกี่ยวกับการใช้สิทธิ ขอบเขตการใช้สิทธิ และการบังคับตามสิทธิของเอกชน
- 2) ให้เข้าใจเกี่ยวกับแนวคิดและหลักกฎหมายของต่างประเทศเกี่ยวกับเหตุเดือดร้อนรำคาญ
- 3) ทำให้ได้ข้อสรุปเกี่ยวกับความชัดเจนในการใช้และการตีความบทบัญญัติ มาตรา 1337 อันได้แก่ ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายให้สิ้นไปกับความรับผิดชอบทางละเมิด ปัญหาในการใช้สิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์เพื่อยังความเสียหายให้สิ้นไป และปัญหาขอบเขตในการเรียกค่าทดแทนของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ เพื่อจะนำไปสู่การมีข้อเสนอแนะ โดยข้อเสนอแนะดังกล่าวจะเป็นแนวทางในการนำไปวินิจฉัยคดีของศาลต่อไป

3. หลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ในการปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายให้ลึ้นไป

ในหัวข้อนี้จะศึกษาเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ในการปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายให้ลึ้นไปตามกฎหมายต่างประเทศ คือ หลักกฎหมายละเมิดฐานนิวแซนส์ (nuisance) ของอังกฤษและสิทธิปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ให้ลึ้นไป ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1337

3.1 หลักกฎหมายละเมิดฐานนิวแซนส์ (nuisance) ของอังกฤษ

3.1.1 ความหมายและลักษณะเหตุเดือดร้อนรำคาญ

หลักกฎหมายเรื่องความเดือดร้อนรำคาญ เป็นหลักกฎหมายอังกฤษ ซึ่งเป็นหนึ่งในเรื่องความรบกวนทางละเมิด เรียกว่า ละเมิดฐานนิวแซนส์ (nuisance) ความเดือดร้อนรำคาญหรือนิวแซนส์ (nuisance) หมายถึง การก่อให้เกิดความเสียหาย (hurt) หรือความรำคาญ (annoyance) ในที่ดินหรือทรัพย์สินของผู้อื่น คำว่า “นิวแซนส์ (nuisance)” มีที่มาจากคำว่า “nuir” ในภาษาฝรั่งเศส ซึ่งแปลว่า ความเจ็บปวดหรือความรำคาญ Blackstone ได้ให้ความหมายความเดือดร้อนรำคาญหรือนิวแซนส์ (nuisance) ว่า เป็นสิ่งที่ทำให้เกิดความเจ็บปวด ความสะดกหรือความเสียหายต่อเจ้าของที่ดิน หรือตึกรามบ้านช่อง⁵ หรืออาจกล่าวได้ว่านิวแซนส์ (nuisance) หมายความว่า การกระทำหรือสถานการณ์ (เช่น เสียงดังหรือกลิ่นเหม็น) ที่เป็นการรบกวนขัดขวางการใช้หรือความสะดกในที่ดินหรือสิทธิในที่ดินของผู้อื่นหรือสาธารณะ โดยการกระทำหรือสถานการณ์นั้นไม่ได้เกิดขึ้นเพียงชั่วคราว แต่เป็นการรบกวนที่มีอยู่อย่างต่อเนื่อง⁶ ซึ่งย่อมเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับความเสียหายเดือดร้อน

3.1.2 ประเภทการก่อให้เกิดเหตุเดือดร้อนรำคาญ

ความเดือดร้อนรำคาญ (Nuisance) มี 2 ประเภท คือ ความเดือดร้อนรำคาญต่อสาธารณะ (Public nuisance) และความเดือดร้อนรำคาญต่อเอกชน (Private nuisance) โดยบทความนี้จะมุ่งอธิบายเกี่ยวกับความเดือดร้อนรำคาญต่อเอกชน (Private nuisance) เป็นสำคัญ ดังนี้

⁵ Ratanlal Ranchhoddas and Dhirajlal Keshavla Thakore, *The law of torts*, 26th ed. (LexisNexis Butterworths Wadhwa Nagpur, 2010), p 599.

⁶ Bryan A. Garner, *Black’s Law Dictionary*, 11th ed. (Thomsan Reuters 2019), nuisance.

ความเดือดร้อนรำคาญต่อเอกชน (Private nuisance) คือ การที่บุคคลใช้ทรัพย์สินของตนหรือที่อยู่ในความควบคุมของตน ทำให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหายเดือดร้อนไม่ว่าจะเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายต่อที่ดินหรือทรัพย์สินในที่ดิน การรบกวนขัดขวางความสะดวกในการใช้ที่ดิน โดยความเดือดร้อนรำคาญที่จะก่อให้เกิดความรำคานนั้น จะต้องเป็นความเสียหายที่เป็นขึ้นเป็นอัน ไม่ใช่เป็นเรื่องที่เล็กน้อยหมุมหมิม กล่าวคือ ไม่ใช่ความเดือดร้อนรำคาญเล็ก ๆ น้อย ๆ⁷ อย่างไรก็ตาม การพิจารณาว่าจำเลยจะต้องรับผิดในความเดือดร้อนรำคาญต่อเอกชน (Private nuisance) หรือไม่ จะต้องพิจารณาโดยการชั่งน้ำหนักระหว่างความเสียหายของโจทก์กับประโยชน์ของจำเลยประกอบกัน⁸

ข้อพิจารณาเรื่องความเดือดร้อนรำคาญต่อเอกชน (Private nuisance) มีดังนี้⁹

(1) หลักการสำคัญของความเดือดร้อนรำคาญต่อเอกชน (Private nuisance) คือ มีการกระทำที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญในการใช้หรือความสะดวกในที่ดินของเจ้าของกรรมสิทธิ์หรือผู้ครอบครองซึ่งมีส่วนได้เสียในที่ดิน โดยความเดือดร้อนรำคาญนั้นจำเป็นต้องเกี่ยวข้องกับ “สิทธิ” ของเจ้าของกรรมสิทธิ์หรือผู้ครอบครอง ซึ่งไม่ได้หมายถึงความเสียหายต่อทรัพย์สินเท่านั้น แต่ยังหมายความรวมถึงความสะดวกสบายและการใช้ประโยชน์ที่เหมาะสมกับการครอบครองที่ดินนั้นด้วย เช่น กรณีสุนัขของเพื่อนบ้านเห่าหอนเสียงดังตลอดทั้งคืน ซึ่งดูเหมือนว่าจะเป็นการรบกวนต่อเจ้าของที่ดินข้างเคียงเท่านั้น แต่แท้จริงแล้วกรณีดังกล่าวถือเป็นการก่อความเดือดร้อนรำคาญ (Private nuisance) เพราะเป็นการรบกวนต่อสิทธิในการใช้หรือความสะดวกสบายในที่ดินของเจ้าของที่ดิน¹⁰

(2) การกระทำที่เป็นความเดือดร้อนรำคาญต่อเอกชน (Private nuisance) จะต้องก่อให้เกิดความเสียหายต่อเจ้าของที่ดินหรือผู้ครอบครองที่ดิน และความเสียหายนั้นอาจเป็นการเสื่อมเสียบุบสลายในที่ดินหรือทรัพย์สินในที่ดินของเจ้าของที่ดินหรือผู้ครอบครองที่ดิน หรืออาจจะทำให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญก็ได้ กรณีการเสื่อมเสียบุบสลายที่เกิดขึ้นกับที่ดินหรือทรัพย์สินในที่ดินเป็นสิ่งที่เห็นได้เป็นที่ประจักษ์ เช่น การขุดเจาะที่ดินของตนเป็นเหตุให้บ้านที่ตั้งอยู่บนที่ดินข้างเคียงแตกร้าว การปล่อยความร้อนหรือควันจากโรงงานทำให้ต้นไม้ในที่ดินข้างเคียงตาย แต่สำหรับความ

⁷ หลวงมนูภาณวิมลศาสตร์ (ชม จามรมาน), **หลักกฎหมายแพ่ง ลักษณะนิวแชนซีโดยย่อ**, (มปป. มปป.), หน้า 11.

⁸ Prosser William L, **Handbook of the Law of Torts**, 17th ed. (St. Paul, West Publishing Co 1941), p. 573.

⁹ เสนีย์ ปราโมชย์, **คำอธิบายกฎหมายอังกฤษ**, (2475), หน้า 147-150.

¹⁰ Prosser William L, **Handbook of the Law of Torts**, p. 573.

เสียหายอันเกิดจากความสะดวกในการใช้ประโยชน์ที่ดินบ้านเรือนด้วยความสะดวกหรือสุขสำราญตามสมควร เช่น ทำสกปรกกลิ่นเหม็นส่งกลิ่นไปสู่เพื่อนบ้าน ทำเสียงดังรำคาญหูเพื่อนบ้าน เป็นต้น ความเสียหายดังกล่าวนี้ไม่อาจมองเห็นด้วยตาเปล่า เพราะเป็นเรื่องของความรู้สึกของคุณคน จึงเป็นเรื่องยากแก่การวินิจฉัยว่าการกระทำเหล่านี้แค่ไหนเพียงใดจะทำให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญ เพราะสำหรับบางคนก็ถือเป็นเรื่องหนักนิดเบาหน่อยที่พอจะอดทนเอาได้ แต่บางคนอาจมีนิสัยรำคาญง่ายเมื่อมีสิ่งใดมากระทบแม้เพียงเล็กน้อยก็ไม่อาจอดทนอดกลั้นได้ ด้วยเหตุที่ความรู้สึกของคุณคนเป็นเรื่องต่างจิตต่างใจเช่นนี้ ในการวินิจฉัยเรื่องความเดือดร้อนรำคาญจึงต้องถือเอาความรู้สึกของคนธรรมดาเป็นเกณฑ์วินิจฉัย กล่าวคือ ต้องพิจารณาว่า คนธรรมดาหากตกอยู่ในฐานะและสถานการณ์เช่นนั้นจะรู้สึกเดือดร้อนรำคาญหรือไม่ โดยหลักการวินิจฉัยความรู้สึกของคนธรรมดา จะต้องพิจารณาว่าความเดือดร้อนรำคาญที่โจทก์ได้รับถึงขนาดหรือไม่ ถ้าเพียงความขัดข้องใจหรือไม่สะดวกเพียงเล็กน้อย ซึ่งคนธรรมดาในฐานะเช่นนั้นอดทนได้โดยไม่รู้สึกว่าเป็นการเสียหายแต่อย่างใดแล้ว ก็ไม่ถือว่าเป็นความเดือดร้อนรำคาญถึงขนาดที่จะทำให้จำเลยต้องรับผิดชอบได้

อนึ่ง การวินิจฉัยความเดือดร้อนรำคาญนั้นไม่มีหลักเกณฑ์ที่ตายตัว เพราะย่อมต้องเปลี่ยนแปลงไปตามสถานที่ กาลเวลา พฤติการณ์ และข้อเท็จจริงตามแต่ละคดีเป็นเรื่อง ๆ ไป และความรู้สึกคนธรรมดาในฐานะอย่างโจทก์ ไม่ได้หมายถึงความรู้สึกของตัวโจทก์ เนื่องจากกฎหมายไม่ได้มีเจตนารมณ์ที่จะคุ้มครองบุคคลให้เกิดความสุขสำราญเกินกว่าที่ควรจะได้รับตามสภาพและลักษณะของสถานที่ที่บุคคลเข้าไปอยู่ เช่น ถ้าสถานที่นั้นเป็นทำเลที่ตั้งของชุมชนตลาด บ้านเรือนอยู่ติดถนนใหญ่มีรถวิ่งผ่านไปมา มีชาวบ้านทำเสียงเอะอะอยู่เป็นปกติ จนคนที่อยู่อาศัยอยู่บริเวณนั้นอยู่กันได้เป็นปกติสุขแล้ว ถ้าบุคคลได้เข้าไปอยู่ในที่เช่นนั้นและรู้สึกเดือดร้อนรำคาญ จะมาฟ้องให้ผู้ที่ทำเสียงดังรับผิดชอบฐานนิวแชนส์ไม่ได้ แต่ถ้าบุคคลเลือกที่จะไปอยู่อาศัยในที่สงบอยู่ก่อนแล้ว กฎหมายก็ไม่ได้ยอมให้ใครไปก่อความรำคาญทำลายความสุขเขาโดยไม่มีอำนาจเช่นกัน

(3) กฎหมายไม่ได้คุ้มครองความต้องการพิเศษของบุคคล กล่าวคือ ถ้าความเสียหายที่บุคคลได้รับเกิดจากความต้องการพิเศษกว่าคนธรรมดา เช่น บุคคลต้องใช้ที่ดินของตนเพื่อกิจการอันเป็นพิเศษแตกต่างไปจากกิจการที่คนธรรมดาที่อยู่บริเวณนั้นทำกัน ความเสียหายเช่นนี้ก็หาก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องไม่ เช่น โจทก์ต้องการใช้ที่ดินของตนที่อยู่ติดถนนใหญ่ ซึ่งมีเสียงดังของรถที่แล่นผ่านไปเป็นปกติ ในการสร้างโรงพยาบาล โจทก์จะมาฟ้องศาลห้ามไม่ให้ใครขับรถผ่านไปมา เพราะทำเสียงดังรบกวนสร้างความเดือดร้อนเสียหายแก่โรงพยาบาลของโจทก์ไม่ได้ ทั้งนี้ ก็เพราะบุคคลมีสิทธิเท่ากันตามกฎหมาย ใครจะทำความต้องการของตนให้สูงเพื่อเพิ่มภาระอันหนักยิ่งขึ้นแก่ผู้อื่นไม่ได้

(4) ในคดี Nuisance มีข้อสันนิษฐานว่าจำเลยจะต้องรับผิดชอบโดยเด็ดขาด องค์ประกอบของการกระทำในการจงใจหรือประมาทเลินเล่อจึงไม่ใช่สาระสำคัญ หากโจทก์พิสูจน์ได้ว่าโจทก์ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการก่อความเดือดร้อนรำคาญ (Nuisance) จำเลยย่อมต้องรับผิดชอบ โดยไม่มีความจำเป็นที่จะต้องแสดงให้เห็นว่า จำเลยกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

หลักดังกล่าวนี้มีที่มาจากคำพิพากษาศรีระหว่าง Rylands v. Fletcher ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า โจทก์จำเลยมีที่ดินติดต่อกันโจทก์ใช้ที่ดินของตนขุดบ่อถ่านหิน ส่วนที่ดินของจำเลยได้เคยมีการขุดถ่านหินมาก่อน แต่ได้เลิกขุดถ่านหินมานานแล้ว อุโมงค์ที่ลงไปเจาะถ่านหินในที่ดินของจำเลยนั้นได้มีผู้เอาดินอุดไว้เรียบร้อยแล้ว แต่อุโมงค์นี้เป็นช่องทางเดินติดต่อกับบ่อถ่านหินของโจทก์ที่ยังใช้ทำการอยู่ จำเลยจ้างผู้รับเหมามาทำการขุดบ่อทำที่ซึ่งน้ำในที่ดินของจำเลย ผู้รับเหมาได้สร้างบ่อถ่านหินเหนืออุโมงค์ที่อุดไว้ โดยที่จำเลยและผู้รับเหมาต่างไม่รู้ว่ามีอุโมงค์อยู่ข้างใต้ ครั้นเมื่อขุดบ่อเสร็จแล้ว ปล่อยให้ น้ำเข้าไปข้างในบ่อ น้ำได้ไหลรั่วซึมเข้าไปในอุโมงค์ที่อุดไว้แล้วเลยเข้าไปท่วมบ่อถ่านหินของโจทก์เสียหาย ข้อเท็จจริงฟังไม่ได้ว่าจำเลยได้มีความประมาทเลินเล่ออย่างไร แต่ในคดีนี้ศาลก็ยังตัดสินว่า จำเลยยังต้องรับผิดชอบ โดยที่ศาลได้วางหลักไว้ว่า ผู้ปกครองที่ดินคนใดเก็บรวบรวมหรือนำเข้ามาไว้ในที่ดินของตนซึ่งสิ่งใด ๆ ที่มีลักษณะอาจจะทำความเสียหายในเมื่อหลุดเลื่อนเข้าไปในที่ดินของผู้อื่นข้างเคียง ผู้ปกครองที่ดินคนนั้นมีหน้าที่ป้องกันมิให้สิ่งนั้นหลุดเลื่อนเข้าไปในที่ดินของเขา ถ้าป้องกันไว้ไม่ได้ปล่อยให้มันเข้าไปทำอันตรายความเสียหายในที่ดินของเขาแล้ว แม้ถึงว่าตนจะมีได้มีความประมาทเลินเล่อในการเก็บรวบรวม หรือนำสิ่งนั้นเข้ามาไว้ในที่ของตนก็ตาม หรือแม้จะได้ใช้ความระมัดระวังอย่างยิ่ง ในการเก็บรวบรวมรักษาสิ่งนั้นก็ตาม ตนก็จะต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายอันเกิดจากการที่สิ่งนั้นหลุดเลื่อนเข้าไปทำอันตรายในที่ดินของเขา หลักในคดีนี้จึงเรียกว่าเป็นหลักแห่งความรับผิดชอบโดยเด็ดขาด¹¹

อย่างไรก็ดี หากบังคับตามหลักกฎหมายในคดี Rylands v. Fletcher อย่างเคร่งครัด อาจดูเหมือนว่าบุคคลที่เป็นจำเลยจะได้รับความยุติธรรมน้อย เพราะเป็นการเอาผิดแก่ผู้ที่กระทำไปโดยไม่ได้ตั้งใจ หรือไม่มีความประมาทเลินเล่อแต่อย่างใด หรือได้ใช้ความระมัดระวังอย่างยิ่งแล้ว แต่แท้จริงแล้วหลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดจากคดีดังกล่าวก็มีข้อยกเว้นอยู่หลายประการ ดังนี้¹²

ประการแรก หลักในคดี Rylands. V. Fletcher. บังคับเฉพาะกรณีที่จำเลยนำหรือเก็บรวบรวมวัตถุอันอาจจะทำอันตรายและเกิดความเสียหายไว้ในที่ดินของตน แต่ถ้าวัตถุแห่ง

¹¹ เสนี ปราโมทย์, คำอธิบายกฎหมายอังกฤษ, หน้า 153-154.

¹² เรื่องเดียวกัน หน้า 154-159.

อันตรายนั้นมิได้อยู่หรือเข้ามาอยู่ในที่ดินของจำเลยเองตามธรรมชาติ โดยจำเลยไม่ได้เก็บรวบรวมหรือนำเข้ามาไว้แล้ว ก็จะไม่นำหลักในคดีนี้มาใช้

ประการที่สอง ถ้าโจทก์ยินยอมให้จำเลยเก็บรวบรวม หรือนำเอาสิ่งซึ่งอาจเป็นอันตรายเข้ามาไว้ในที่ดินของจำเลย เพื่อประโยชน์โจทก์ด้วยแล้ว โจทก์จะเอาผิดแก่จำเลยไม่ได้ เว้นแต่จะปรากฏว่าความเสียหายได้เกิดขึ้นเพราะความประมาทเลินเล่อของจำเลย

ประการต่อมา หลักในคดี Rylands. v. Fletcher. ความเสียหายต้องเกิดจากที่เกิดจากการกระทำของจำเลย หรือบุคคลที่กระทำการให้จำเลย ถ้าความเสียหายเกิดจากการกระทำของบุคคลภายนอกซึ่งไม่ได้เกี่ยวข้องอยู่ด้วยความบังคับควบคุมของจำเลยแล้ว จำเลยไม่ต้องรับผิดชอบ

ประการที่สี่ หลักในคดี Rylands. V. Fletcher. ไม่ใช่บังคับเมื่อความเสียหายเกิดจากเหตุสุดวิสัย

ประการสุดท้าย จำเลยได้กระทำการไปตามอำนาจที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษ สำหรับการนั้น แม้มีความเดือดร้อนรำคาญเกิดขึ้น จำเลยก็ไม่ต้องรับผิดชอบ

(5) ข้อแก้ตัวของจำเลยดังต่อไปนี้ฟังไม่ขึ้น¹³

ประการแรก ข้อต่อสู้ว่าโจทก์เข้ามาหาความเดือดร้อนรำคาญเองนั้นฟังไม่ขึ้น เช่น จำเลยตั้งโรงงานอยู่ก่อนโจทก์ซื้อที่ดินใกล้เคียงเข้ามาปลูกบ้านภายหลัง เช่นนี้แก้ตัวไม่ได้ เพราะโจทก์มีสิทธิจะปลูกสร้างในที่ดินของเขา มีสิทธิที่จะหาความสุขสำราญในบ้านของเขา จำเลยไม่มีสิทธิจะทำให้คนอื่นเดือดร้อนรำคาญเกินกว่าเหตุหรือเกินกว่าปกติ ในสภาพที่ตั้งของทรัพย์สินนั้น จำเลยไม่มีสิทธิจะหาประโยชน์ของตนแต่ผู้เดียวทำลายความสุขของผู้อื่นโดยปราศจากอำนาจ เพราะบุคคลย่อมมีสิทธิเสมอกันตามกฎหมาย

ประการที่สอง ถ้าจำเลยได้กระทำละเมิดก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้อื่น โดยไม่มีอำนาจข้อยกเว้นเป็นพิเศษแล้ว จะแก้ตัวว่าได้ใช้ความระมัดระวังแล้วโดยสมควร หรือโดยอย่างยิ่งที่จะป้องกันมิให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้อื่นนั้นฟังไม่ได้ เพราะการที่ผู้อื่นได้รับความเดือดร้อนรำคาญ ก็ถือได้อยู่แล้วว่าจำเลยได้ขาดความระมัดระวัง

ประการต่อมา ข้อต่อสู้ว่าการกระทำของจำเลยที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่โจทก์มีลักษณะเป็นประโยชน์แก่มหาชนทั่วไป เช่นนี้จะยกขึ้นแก้ตัวไม่ได้ เพราะการใดจะเป็นการทำลาย จำกัด หรือลดทอนสิทธิของเอกชนเพื่อประโยชน์สาธารณะจะต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษให้ทำเช่นนั้นได้ จำเลยจะอ้างขึ้นเองให้พ้นความรับผิดชอบไม่ได้

¹³ เรื่องเดียวกัน หน้า 151-153.

ประการที่สี่ ข้อต่อสู้ว่าสถานที่ที่จำเลยกระทำความเดือดร้อนรำคาญเป็นสถานที่ที่เหมาะสมกับการดำเนินกิจการของจำเลย จะหาที่อื่นเพื่อทำกิจการเช่นนั้นอีกไม่ได้ ดังนี้อ้างไม่ได้ เพราะจำเลยไม่มีสิทธิหาประโยชน์ของตนโดยทำลายสิทธิผู้อื่น

ประการสุดท้าย ข้อต่อสู้ว่าความเดือดร้อนรำคาญที่โจทก์ได้รับนั้น จำเลยไม่ได้กระทำขึ้นเพียงคนเดียวคนอื่นก็ทำเหมือนกัน จำเลยจะยกขึ้นแก้ตัวเช่นนี้ไม่ได้เพราะโจทก์จะฟ้องจำเลยคนใดก็ได้

3.1.3 การเยียวยาความเสียหายจากเหตุเดือดร้อนรำคาญ¹⁴

เมื่อบุคคลได้รับความเสียหายจากการทำละเมิดฐาน nuisance ย่อมมีสิทธิได้รับการเยียวยาเพื่อบรรเทาความเสียหาย ซึ่งโดยทั่วไปการเยียวยาอาจทำได้ 3 กรณี ดังนี้

(1) การฟ้องเรียกค่าเสียหาย

การฟ้องเรียกค่าเสียหายเป็นวิธีการเยียวยาความเสียหายกรณีการทำละเมิดเกิดขึ้น กรณีมีความเสียหายจากเหตุนิวแกนส์ก็เช่นเดียวกัน ผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายมีสิทธิได้รับการเยียวยาโดยการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการนั้น โดยองค์ประกอบที่สำคัญในการฟ้องเรียกค่าเสียหาย คือ มูลค่าความเสียหายที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการใช้สิทธิหรือความสะดวกสบายที่โจทก์ถูกละเมิด เช่น การสูญเสียค่าเช่า การที่มูลค่าของทรัพย์สินลดลงตลอดระยะเวลาที่มีเหตุรำคาญเกิดขึ้น การสูญเสียผลผลิต หรือรายได้จากธุรกิจ หรือการลดลงของมูลค่าของทรัพย์สินอย่างถาวร นอกจากนี้ ยังรวมถึงมูลค่าความเสียหายใด ๆ ต่อสุขภาพหรือความสะดวกสบายของโจทก์ หรือของสมาชิกในครอบครัว ตลอดจนค่าใช้จ่ายตามสมควรที่ได้เกิดขึ้นเพราะเหตุรำคาญนั้น

(2) การขอให้บรรเทาความเสียหายโดยให้ศาลสั่งระงับเหตุเดือดร้อนรำคาญ

กรณีเมื่อมีเหตุเดือดร้อนรำคาญเกิดขึ้นนอกจากผู้เสียหายจะได้รับค่าเสียหายเพื่อเป็นการเยียวยาแล้ว ผู้เสียหายอาจร้องขอต่อศาลให้สั่งระงับเหตุเดือดร้อนรำคาญนั้นได้ด้วย หากปรากฏว่าเหตุรำคาญนั้นมีมาเป็นระยะเวลาช้านาน และเพียงแต่การเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายอย่างเดียวนั้นจะไม่เพียงพอต่อการเยียวยาความเสียหาย รวมทั้งถ้ายังมีการกระทำของจำเลยต่อไป ย่อมเป็นไปได้ว่าความเสียหายก็จะยังคงอยู่ ดังนั้น ในกรณีเช่นนี้ ผู้เสียหายอาจร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งระงับเหตุเดือดร้อนรำคาญนั้นเพื่อเป็นบรรเทาความเสียหายได้ โดยโจทก์จะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าคำสั่งเช่นนั้นเป็นสิ่งจำเป็น

¹⁴ Jon K. Wactor, "Self-Help: A Viable Remedy for Nuisance - a Guide for the Common Man's Lawyer," *Arizona Law Review* 24, no. 1 (1982), p. 83-98.

(3) การระงับความเสียหายโดยการช่วยเหลือตนเอง (Self-Help)

สิทธิในการระงับความเดือดร้อนรำคาญโดยการช่วยเหลือตนเอง (Self-Help) มีมาตั้งแต่อดีต ซึ่งการใช้สิทธิดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจตามสมควรเพื่อป้องกันสิทธิของตนเองที่จำเป็นต้องได้รับการเยียวยาความเสียหายในทันที และไม่สามารถรอคอยที่จะใช้วิธีการตามธรรมดาของกระบวนการยุติธรรมได้ แต่สิทธิเช่นนี้จะต้องใช้เท่าที่จำเป็น ภายในขอบเขตอันสมควรและได้สัดส่วนกับความเสียหายที่เกิดขึ้นเท่านั้น กล่าวคือ การใช้กำลังเพื่อช่วยเหลือตนเองในการระงับความเดือดร้อนรำคาญ จะต้องใช้กำลังตามสมควรอย่างสมเหตุสมผลเท่าที่จำเป็นเพื่อการระงับเหตุรำคาญนั้น โดยจะต้องพิจารณาจากพฤติการณ์ รวมทั้งความหนักเบาของความรำคาญ และความจำเป็นที่จะต้องดำเนินการอย่างรวดเร็ว ตัวอย่างคดีการทำละเมิดฐานทำให้เหตุเดือดร้อนรำคาญ (Nuisance) เช่น คดี *Maddran v. Mullendore* เกิดขึ้นในรัฐแมริแลนด์ของสหรัฐอเมริกา ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า โจทก์ได้ประกอบกิจการร้านค้าอยู่ในตรอกหนึ่ง ซึ่งจำเลยมีบ้านอยู่บริเวณตรอกนั้น โดยในทุก ๆ วันจะต้องขนเนื้อวัวผ่านตรอกดังกล่าว ทำให้เลือดจากเนื้อวัวหยดลงลงบนถนนในตรอกดังกล่าวซึ่งเป็นบริเวณข้างบ้านของจำเลย ทำให้จำเลยได้รับความเสียหายเดือดร้อนรำคาญ จำเลยได้บอกกล่าวไปยังโจทก์แล้วว่าจำเลยได้รับความเดือดร้อนรำคาญจากการที่จำเลยทำเลือดวัวหยดบริเวณข้างบ้านโจทก์ แต่โจทก์ก็ไม่ได้กระทำการใดเพื่อระงับความเดือดร้อนของจำเลย ต่อมาจำเลยจึงได้นำกุญแจมาล็อกปิดทางเดินเข้าออกจากตรอกดังกล่าว ทำให้โจทก์ไม่สามารถเดินผ่านตรอกนั้นเพื่อไปยังร้านค้าของตนได้ จึงเกิดข้อพิพาทระหว่างโจทก์กับจำเลยขึ้นสู่ศาล และศาลก็ได้ตัดสินว่า เมื่อจำเลยได้รับความเสียหายเดือดร้อนรำคาญในการซื้อสังหาริมทรัพย์ของตน จำเลยย่อมใช้สิทธิในการช่วยเหลือตนเองได้เพื่อให้ความเดือดร้อนรำคาญนั้นสิ้นไป การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นละเมิดโจทก์

ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่า การใช้สิทธิในการระงับความเดือดร้อนรำคาญโดยการช่วยเหลือตนเอง จะต้องเป็นไปโดยจำเป็นและอยู่ในขอบเขตอันสมควร โดยพิจารณาว่าเหตุที่ทำให้เดือดร้อนรำคาญนั้นมีอยู่อย่างชัดเจนหรือไม่ ความเดือดร้อนรำคาญมีอยู่เป็นประจำหรือไม่ การปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายต้องทำทันทีหรือไม่ ถ้าหากขอให้ศาลพิจารณาและมีคำสั่งจะทำให้เกิดความล่าช้าไม่ทันการหรือไม่ และการปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายนั้นสามารถยับยั้งความเดือดร้อนรำคาญได้จริงหรือไม่ มาประกอบด้วย

3.2 สิทธิปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ให้ สิ้นไป ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1337

มาตรา 1337 “บุคคลใดใช้สิทธิของตนเป็นเหตุให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินที่ควรคิดหรือคาดหมายได้ว่าจะเป็นไปตามปกติและเหตุอันควร ในเมื่อเอาสภาพและตำแหน่งที่อยู่แห่งทรัพย์สินนั้นมาค้ำประกันประกอบไซ้ ท่านว่าเจ้าของอสังหาริมทรัพย์มีสิทธิจะปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนนั้นให้สิ้นไป ทั้งนี้ไม่ลบล้างสิทธิที่จะเรียกเอาค่าทดแทน”

สิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ในการปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนให้สิ้นไปตามมาตรา 1337 มีข้อพิจารณา ดังนี้

3.2.1 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับบุคคลผู้ก่อความเสียหายหรือเดือดร้อน

(1) มีการกระทำของบุคคล

การที่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์จะมีสิทธิตามมาตรา 1337 จะต้องมิบุคคล “กระทำ” ให้เกิดความเสียหายหรือเดือดร้อนขึ้น ถ้าไม่ใช่การกระทำของบุคคล เช่น การกระทำของสัตว์ที่ไม่มีเจ้าของบุกเข้าไปทำลายทรัพย์สินในที่ดิน ย่อมไม่ต้องด้วยมาตรา 1337 การกระทำของบุคคลที่ทำให้เกิดความเสียหายหรือเดือดร้อนนี้ หมายความรวมถึง การงดเว้นกระทำการด้วย กล่าวคือ การที่บุคคลมีหน้าที่อย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งจะต้องไม่ทำให้เกิดความเสียหายหรือเดือดร้อน แต่กลับงดเว้นไม่กระทำเสีย เช่น ผู้เลี้ยงสัตว์มีหน้าที่ต้องดูแลสัตว์ของตนไม่ให้เข้าไปทำความเสียหายในที่ดินของผู้อื่น หากปล่อยปละละเลยไม่ดูแลแล้วสัตว์เข้าไปทำความเสียหายก็ย่อมมีความรับผิดชอบตามกฎหมาย¹⁵

(2) ผู้ก่อให้เกิดความเดือดร้อนจะเป็นบุคคลใดก็ได้

การปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนให้สิ้นไปตามมาตรา 1337 กำหนดเฉพาะตัวบุคคลผู้จะใช้สิทธิเท่านั้นที่จะต้องเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ แต่สำหรับบุคคลที่ก่อความเดือดร้อนรำคาญนั้นจะเป็นบุคคลใดก็ได้ไม่จำกัดเฉพาะเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ ดังนั้น แม้จะเป็นคนพเนจรก็อาจก่อความรำคาญทำความเสียหายได้ ผู้เช่า ผู้อาศัย ผู้ผ่านเข้าไปในที่ดินข้างเคียง รวมทั้งกรณีมีผู้ใช้ที่สาธารณประโยชน์จนก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายแก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์

¹⁵ อานนท์ มาแนว, *กรรมสิทธิ์*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562), หน้า 606-607.

เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ย่อมมีสิทธิตามมาตรา 1337 ได้¹⁶ เช่น เจ้าของที่ดินริมทางน้ำฟองขับไล่ผู้ที่กีดขวางหน้าที่ดินในที่ขายตลิ่งอันเป็นสาธารณประโยชน์ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1095/2500) แม้โรงเรือนของจำเลยจะไม่บังที่ดินของโจทก์ด้านถนนหลวง แต่ก็ปลูกอยู่ในที่ขายตลิ่งด้านที่ที่ดินโจทก์ติดริมคลอง เป็นที่กีดขวางระหว่างที่ดินของโจทก์กับคลองทำให้ที่ดินของโจทก์ด้านนั้นถูกรีดถอนความสะดวกไปบ้างโจทก์ย่อมมีสิทธิที่จะฟ้องจำเลยให้รื้อถอนโรงเรือนไปเสียได้ตามมาตรา 1337 (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1035/2506)

อนึ่ง บุคคลผู้ก่อความเดือดร้อนเป็นได้ทั้งบุคคลในทางกฎหมายเอกชน ได้แก่ บุคคลธรรมดาและนิติบุคคล และบุคคลในทางกฎหมายมหาชน ได้แก่ หน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐ ที่เกิดขึ้นและมีอำนาจตามกฎหมายมหาชน โดยต้องพึงสังเกตว่า มาตรา 1337 มิได้จำกัดว่าต้องเป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชนเท่านั้น หากบุคคลในทางกฎหมายมหาชนใช้อำนาจจนเป็นเหตุให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเดือดร้อนเสียหาย เจ้าของอสังหาริมทรัพย์อาจใช้สิทธิการปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนให้สิ้นไปตามมาตรา 1337 ได้เช่นกัน¹⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 931/2523 วินิจฉัยว่า กรุงเทพมหานครสร้างสะพานลอยกีดขวางทางเข้าออกบ้านโจทก์เป็นเหตุให้โจทก์ได้รับความเสียหายเดือดร้อนเกินที่ควรคิดหรือคาดหมายได้ว่าจะจะไปตามปกติและเหตุอันควร โจทก์ย่อมมีสิทธิที่จะปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนนั้นให้สิ้นไปได้ ถึงแม้จำเลยจะสร้างสะพานลอยเพื่อสาธารณประโยชน์และโจทก์จะมีสิทธินำรถยนต์เข้าออกระหว่างถนนกับบ้านโจทก์โดยผ่านทางเท้าหรือไม่ก็ตาม การที่จำเลยสร้างสะพานลอยดังกล่าวก็เป็นการละเมิดต่อโจทก์

3.2.2 ผู้ได้รับความเดือดร้อนจะต้องเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์

บทบัญญัติมาตรา 1337 ให้สิทธิเฉพาะเจ้าของอสังหาริมทรัพย์เท่านั้นที่จะมีสิทธิในการปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนให้สิ้นไปและเรียกค่าทดแทน ซึ่งอสังหาริมทรัพย์ไม่จำกัดเฉพาะที่ดินเท่านั้น แต่รวมถึงโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่นซึ่งเป็นทรัพย์สินอันติดอยู่กับที่ดินมีลักษณะเป็นการถาวรยอมเป็นอสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 139 ด้วย ดังนั้น ไม่ว่าจะเป็นเจ้าของที่ดินหรือเจ้าของบ้านก็ต่างใช้สิทธิตามมาตรา 1337 ได้¹⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1945/2538 วินิจฉัยว่า โจทก์เป็นผู้เช่าที่ดินของวัดปลูกบ้านอยู่อาศัยหากได้รับความเดือดร้อนรำคาญจาก

¹⁶ มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยทรัพย์สิน, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555), หน้า 241.

¹⁷ อานนท์ มาเม้า, กรรมสิทธิ์, หน้า 607-608.

¹⁸ มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยทรัพย์สิน, หน้า 240.

การกระทำของจำเลยและได้รับความเดือดร้อนเป็นพิเศษก็อยู่ในฐานะที่จะฟ้องให้ขจัดความเดือดร้อนเป็นพิเศษนั้นได้เพราะเป็นเจ้าของบ้านซึ่งปลูกอยู่ในที่ดินดังกล่าวและบ้านเป็นอสังหาริมทรัพย์จึงเข้ากรณีที่ระบุไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1337

กรณีมีข้อหาพิจารณาว่า “เจ้าของ” ในที่นี้ นอกจากหมายถึงเจ้าของกรรมสิทธิ์แล้วยังหมายความรวมถึงผู้มีสิทธิครอบครองในที่ดินที่มี น.ส. 3 หรือ น.ส. 3 ก หรือที่ดินไม่มีหนังสือสำคัญด้วยหรือไม่ เห็นว่า น่าจะมีความหมายครอบคลุมถึงเจ้าของที่ดินมือเปล่าด้วย เนื่องจากแม้สถานะทางกฎหมายของที่ดินมือเปล่าจะไม่อาจมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ แต่ที่ดินมือเปล่าก็เป็นอสังหาริมทรัพย์อย่างหนึ่ง ดังนั้น เจ้าของที่ดินมือเปล่าจึงเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ และมีสิทธิตามมาตรา 1337 ได้¹⁹ อย่างไรก็ตาม ฟังสังเกตว่า สิทธิตามมาตรา 1337 เป็นของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น ดังนั้น ผู้ที่ไม่ใช่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ เช่น ผู้อาศัยอยู่ในอสังหาริมทรัพย์ ผู้เช่าอสังหาริมทรัพย์ ย่อมไม่มีสิทธิตามมาตรา 1337 นี้ แต่อย่างไรก็ตาม แม้ผู้ผู้นั้นจะไม่มีสิทธิตามมาตรา 1337 ถ้าหากได้รับความเดือดร้อนเสียหายอย่างไร ก็อาจใช้สิทธิตามมาตราอื่นได้ เช่น มาตรา 420 ซึ่งเป็นหลักทั่วไปเรื่องละเมิด หรือมาตรา 1374 เรื่องสิทธิปลดเปลื้องการรบกวนการครอบครอง

3.2.3 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับลักษณะการกระทำที่กระทบต่อสิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์

(1) ลักษณะการกระทบต่อสิทธิในอสังหาริมทรัพย์

การกระทำที่ทำให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์เสียหายหรือเดือดร้อนตามมาตรา 1337 เป็นเรื่องที่บุคคลใช้สิทธิของตนไม่ว่าเป็นกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินหรือสิทธิอื่นใด แต่เป็นเหตุให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์อื่นได้รับความเสียหาย²⁰ โดยการใช้สิทธินี้ต้องเป็นการกระทำในลักษณะที่กระทบต่อสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์²¹ ดังนั้น การกระทำที่กระทบในเรื่องอื่นที่ไม่เกี่ยวกับการใช้สิทธิในอสังหาริมทรัพย์ แม้จะทำให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์เสียหายหรือเดือดร้อนก็ไม่ต้องด้วยมาตรา 1337 และหาทำให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์มีสิทธิตามมาตรา 1337 ไม่ เช่น อยู่ใกล้กับเพื่อนบ้านที่ไม่มีอัยาศัยไม่ตรีชอบกล่าวว่าร้ายผู้อื่น หรือเพื่อนบ้านที่มารบกวนเรื่องเงินเป็นประจำ แม้การกระทำดังกล่าวนี้จะทำให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์เดือดร้อนรำคาญใจ แต่ก็ไม่ได้กระทบต่อการใช้สิทธิในอสังหาริมทรัพย์แต่อย่างใด

¹⁹ อานนท์ มาม้าย, *กรรมสิทธิ์*, หน้า 611.

²⁰ ศักดา ธนิตกุล, *กฎหมายกับเศรษฐศาสตร์*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2555), หน้า 239.

²¹ มานิตย์ จุมปลา, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยทรัพย์สิน*, หน้า 240.

ลักษณะการกระทบต่อสิทธิในอสังหาริมทรัพย์อาจแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะ ได้แก่ การกระทบโดยตรงต่อสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ และการกระทบโดยอ้อมต่อสิทธิในอสังหาริมทรัพย์²²

(1.1) การกระทบโดยตรงต่อสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ หมายถึง มีการกระทำที่กระทบต่อตัวอสังหาริมทรัพย์โดยตรง และหมายความถึงการกระทำที่กระทบต่อแดนกรรมสิทธิ์ในที่ดินด้วย ซึ่งการกระทำดังกล่าวทำให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ไม่สามารถใช้สิทธิในอสังหาริมทรัพย์ได้อย่างสมบูรณ์ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า เป็นการกระทำที่มีลักษณะกระทบต่อตัวอสังหาริมทรัพย์ในทางกายภาพโดยตรง เช่น จำเลยเก็บสินค้าในตึกของจำเลยมีน้ำหนักเกินอัตราที่พื้นคอนกรีตชั้นล่างจะรับได้ ทำให้พื้นคอนกรีตของจำเลยยุบต่ำลงเป็นเหตุให้ตึกของโจทก์ซึ่งอยู่ใกล้ชิดกันทรุดพื้นคอนกรีต คานและผนังตึกของโจทก์แตกร้าวตึกของโจทก์เอนเอียงไปทางตึกของจำเลยเช่นนี้เป็นการใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะเกิดความเสียหายแก่โจทก์ ต้องใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1982/2518) เป็นต้น

(1.2) การกระทบโดยอ้อมต่อสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ หมายถึง มีการกระทำที่ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่มองเห็นได้ด้วยตาเปล่ากระทบต่อตัวอสังหาริมทรัพย์หรือแดนแห่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน แต่ส่งผลให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์เสียหายหรือเดือดร้อน ทำให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ไม่สามารถใช้สิทธิในอสังหาริมทรัพย์ได้อย่างเต็มที่ เช่น กรณีสร้างเล้าหมูย่อมเกิดกลิ่นจากอุจจาระหมู กรณีโรงเลื่อยไม้ย่อมมีเสียงจากเครื่องจักร การสร้างอาคารสูงซึ่งอาจส่งผลให้อสังหาริมทรัพย์ข้างเคียงไม่มีแสงแดดส่องถึงหรือลมไม่สามารถพัดผ่านได้ เป็นต้น การกระทำดังกล่าวนี้ แม้จะได้กระทำอยู่บริเวณนอกเขตอสังหาริมทรัพย์ และไม่ได้ก้าวล่วงเข้ามาโดยวัตถุประสงค์ทางกายภาพก็ตาม แต่ก็ปฏิเสธไม่ได้เลยว่าการกระทำนั้นย่อมส่งผลกระทบต่อเจ้าของอสังหาริมทรัพย์บริเวณข้างเคียงให้ได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อน ตัวอย่างเช่น ตามสภาพของหลุมฝังศพที่มีศพฝังอยู่ย่อมก่อให้เกิดความหวาดกลัวในเรื่องภูตผีวิญญานและเป็นที่ยังเกียจแก่ผู้ที่มีโชฎะตยซึ่งอยู่บ้านใกล้หลุมฝังศพ ฉะนั้นการที่จำเลยที่ 1 ก่อสร้างหลุมฝังศพในที่ดินของตนเองและนำศพฝังไว้ห่างบ้านโจทก์ทั้งสองประมาณ 10 เมตร ย่อมจะมากพอที่จะทำให้โจทก์ทั้งสองจำต้องรับรู้ว่าคุณอยู่ใกล้หลุมฝังศพและต้องได้รับความกดดันทางจิตใจจากการมีพิธีการเกี่ยวกับศพการที่จำเลยที่ 1 ได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นภายหลังจากฝังศพแล้วมีผลเพียงว่าจำเลยที่ 1 มิได้ตกเป็นผู้กระทำความผิดพระราชบัญญัติสุสานและฌาปนสถาน พ.ศ.2528 อีกต่อไปเท่านั้น หากได้มีผลทำให้จำเลยที่ 1 มีอำนาจกระทำการใด ๆ ให้โจทก์ได้รับความเสียหายไม่ การกระทำของจำเลยที่ 1 ดังกล่าวเป็นเหตุให้โจทก์ทั้งสองซึ่งเป็นเจ้าของที่ดินซึ่งอยู่ติดกันได้รับความเสียหายและเดือดร้อนเกินที่ควรคิดหรือคาดหมายได้ว่าจะเป็น

²² อานนท์ มาเม้า, *กรรมสิทธิ์*, หน้า 613-619.

ไปตามปกติและเหตุอันควรตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1337 จึงเป็นละเมิดต่อโจทก์ทั้งสอง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1581/2538)

นอกจากนี้ ยังมีกรณีที่มีการกระทำที่มีได้ล่วงหรือล้ำเข้ามาในอสังหาริมทรัพย์เลย แต่ก็ทำให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ไม่สามารถใช้สิทธิในอสังหาริมทรัพย์ได้อย่างเต็มที่ เช่น สิทธิในการใช้ทางสาธารณะเป็นทางสัญจรเข้าออกอสังหาริมทรัพย์ของตน หรือสิทธิที่จะใช้ทุ่งหญ้าสาธารณะในการเลี้ยงสัตว์ เป็นต้น ดังนั้น หากมีบุคคลทำให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ไม่สามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้ ย่อมถือว่าทำให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์เสียหายหรือเดือดร้อน เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ก็อาจใช้สิทธิตามมาตรา 1337 ได้ เช่น ที่ดินพิพาทเป็นที่ดินสาธารณประโยชน์อยู่ระหว่างที่ดินของโจทก์กับแม่น้ำเจ้าพระยา ผู้ร้องสอดเข้าไปทำประโยชน์ในที่ดินพิพาทซึ่งเป็นที่ดินสาธารณะหน้าที่ดินของโจทก์ โดยกั้นรั้วระหว่างที่ดินของโจทก์กับแม่น้ำเจ้าพระยา เป็นการใช้สิทธิให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์รายอื่นได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินที่ควรคิดหรือคาดหมายได้ว่าจะจะเป็นไปตามปกติ ตาม ป.พ.พ. มาตรา 1337 การเปิดประตูรั้วและมีทางสาธารณะเล็ก ๆ ให้โจทก์เดินลงสู่แม่น้ำเจ้าพระยาได้ย่อมทำให้ความสะดวกในการใช้ที่ดินของโจทก์ลดน้อยลงกว่าปกติ ทั้งยังบดบังทัศนียภาพทำลายสิ่งแวดล้อมหน้าที่ดินของโจทก์ ทำให้โจทก์ต้องเสียหายเป็นกรณีพิเศษเกินกว่าปกติที่ควรได้รับ โจทก์ย่อมมีสิทธิที่จะฟ้องบุคคลที่ทำให้เกิดความเสียหาย เพื่อให้โจทก์ได้รับความสะดวกในการใช้ทรัพย์สินตามมาตรา 1337 (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5139/2550)

(2) กรณีการกระทำมีอยู่ก่อน

กรณีมีประเด็นปัญหาว่า หากการกระทำที่กระทบต่อสิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ให้ต้องเสียหายหรือความเดือดร้อนนั้น เป็นการกระทำที่มีอยู่ก่อนเจ้าของอสังหาริมทรัพย์จะเข้ามาอยู่หรือจะเข้ามาใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ เจ้าของอสังหาริมทรัพย์จะมีสิทธิตามมาตรา 1337 หรือไม่ กล่าวคือ จะถือว่าเจ้าของอสังหาริมทรัพย์เข้ามาหาความเดือดร้อนเสียหายเองหรือไม่ ดังนี้ เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติมาตรา 1337 จะเห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวมิได้กำหนดว่า การกระทำที่เป็นเหตุให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์เสียหายหรือความเดือดร้อน จะต้องเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นภายหลังที่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์เข้ามาอยู่หรือเข้ามาใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์เท่านั้นจึงจะต้องด้วยมาตรา 1337 ดังนั้น ไม่ว่าจะการกระทำนั้นจะมีอยู่ก่อนหรือเพิ่งเกิดขึ้นภายหลัง ย่อมไม่ใช่สาระสำคัญ หากเป็นการกระทำที่สร้างความเสียหายหรือเดือดร้อนต่อสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ย่อมมีสิทธิปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนให้สิ้นไปรวมทั้งเรียกค่าทดแทนตามมาตรา 1337 หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ แม้การกระทำดังกล่าวจะมีมาก่อนแล้ว ก็หาเป็นเหตุให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ต้องเสียสิทธิตามมาตรา 1337 ไปไม่²³

²³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 613.

(3) ความเสียหายหรือเดือดร้อนต้องเกินควรคิดหรือคาดหมายได้

จากบทบัญญัติมาตรา 1337 ที่บัญญัติว่า “...ได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินที่ควรคิดหรือคาดหมายได้ว่าจะเป็นไปตามปกติและเหตุอันควร ในเมื่อเอาสภาพและตำแหน่งที่อยู่แห่งทรัพย์สินนั้นมาค้ำประกันประกอบ...” จะเห็นได้ว่า การที่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์จะสามารถใช้สิทธิตามมาตรา 1337 ได้ ต้องเป็นกรณีที่มีความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินควรคิดหรือคาดหมายได้ และส่งผลกระทบต่อสิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ในการจะใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ได้อย่างเต็มที่ กล่าวคือ หากเป็นเพียงความเสียหายหรือเดือดร้อนเล็ก ๆ น้อย ๆ เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ก็ต้องอดทนเอาบ้าง ไม่ใช่จะมีสิทธิตามมาตรา 1337 ทุกกรณี เพราะกฎหมายไม่นำพาสีเล็กน้อย (De minimis noncurat lex)²⁴ เจ้าของอสังหาริมทรัพย์จะอ้างสิทธิตามมาตรา 1337 ได้ก็ต่อเมื่อเป็นความเสียหายหรือเดือดร้อนนั้นเป็นเรื่องที่ส่งผลกระทบมากจนไม่อาจจะอดทนไหวในเมื่อเอาสภาพและตำแหน่งที่อยู่แห่งทรัพย์สินนั้นมาค้ำประกันประกอบ เช่น โจทก์อ้างว่าอาคารพิพาทปลูกสร้างปิดกั้นทางลมที่จะพัดเข้ามาในบ้านโจทก์ ทั้งเศษชยะต่าง ๆ หล่นจากระเบียงช่องระบายลมของอาคารพิพาทลงมาบนที่ดินและบ้านโจทก์ อันเป็นเรื่องละเมิดสิทธิโจทก์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1337 แต่เมื่อปรากฏว่าโจทก์ปลูกบ้านห่างจากที่ดินด้านที่ติดกับอาคารพิพาทประมาณ 13 เมตร เป็นบ้านสองชั้นและมีหน้าต่างเปิดได้ทั้งสี่ด้าน ปกติหน้าต่างจะเปิดตลอดเวลา และบ้านโจทก์ไม่ได้ปลูกอยู่ประชิดติดกับอาคารพิพาทและมีระยะห่างเพียงพอที่ลมจะพัดเข้าถึงบ้านโจทก์ได้ ทั้งโจทก์ไม่ได้นำสืบว่าบ้านโจทก์ถูอาคารพิพาทบังแดดบังลมหรือไม่อย่างไร ส่วนเศษชยะก็มีเพียงเศษกระดาษและวัสดุที่เป็นพลาสติกเพียงไม่กี่ชิ้น ไม่ใช่ชยะที่มีกลิ่นเหม็นหรือมีจำนวนมากมาย ทั้งปรากฏว่าได้มีการนำตาข่ายมาปิดกั้นระเบียงอาคารพิพาทไม่ให้วัสดุหล่นลงมาในที่ดินโจทก์แล้ว กรณีดังกล่าวยังไม่ถือเป็นเหตุให้โจทก์ได้รับความเสียหายเดือดร้อนเกินที่ควรคิดหรือคาดหมาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1337 (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7253/2540)

อย่างไรก็ดี การพิจารณาว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นเพียงเรื่องเล็กน้อยหรือเป็นเรื่องที่ส่งผลกระทบมากจนไม่อาจจะอดทนไหว หาได้พิจารณาจากจิตใจหรือความรู้สึกส่วนตัวของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์เพียงอย่างเดียวไม่ เพราะอารมณ์ความรู้สึกของบุคคลย่อมไม่เหมือนกัน บางคนสิ่งเล็กน้อยก็เดือดร้อนรำคาญมากจนทนไม่ไหวแต่บางคนก็มีน้ำอดน้ำทนดี ดังนั้น การพิจารณาตามมาตรานี้จะต้องถือเอาความรู้สึกนึกคิดของคนธรรมดาทั่ว ๆ ไป มาเป็นเกณฑ์²⁵

²⁴ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยทรัพย์สิน, หน้า 369.

²⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 370.

นอกจากนี้ ยังต้องพิจารณาโดยเอาสภาพและตำแหน่งที่อยู่แห่งทรัพย์สินนั้น มาคำนึงประกอบด้วย กล่าวคือ ให้พิจารณาโดยเอา “สภาพ” ของอสังหาริมทรัพย์มาประกอบ หมายความว่า ให้พิจารณาว่าตัวอสังหาริมทรัพย์นั้นมีลักษณะทางกายภาพในตัวเองอย่างไร เช่น ขนาดพื้นที่ รูปแบบการใช้สอย รูปลักษณ์ภายนอกของทรัพย์สิน เป็นต้น ตัวอย่างเช่น ถ้าเป็นที่ดินกว้างใหญ่ แต่เจ้าของที่ได้ใช้ประโยชน์ในพื้นที่เพียงด้านหนึ่งของพื้นที่ทั้งหมด หากมีกลิ่นจากการประกอบอาหารของเพื่อนบ้านลอยเข้ามาในที่ดินเพียงด้านเล็ก ๆ ด้านหนึ่งของที่ดิน ย่อมไม่อาจถือว่ามีความเสียหายหรือเดือดร้อนที่เกินสมควร อีกประการหนึ่งที่ต้องพิจารณาคือ “ตำแหน่งที่อยู่” แห่งทรัพย์สินนั้น หมายถึง การพิจารณาที่ตั้งของอสังหาริมทรัพย์ว่าตั้ง ณ สถานที่ใด การพิจารณาค่าแห่งที่อยู่จึงเป็นพิจารณาทำเลแวดล้อมของอสังหาริมทรัพย์ ว่าสภาพการณ์รอบข้างเขาประพฤติ ปฏิบัติทำกิจการอย่างไร²⁶ ดังนั้น แม้ตัวอสังหาริมทรัพย์จะมีสภาพอย่างเดียวกัน แต่หากตั้งอยู่ในทำเลแวดล้อมที่ต่างกัน ความเสียหายเดือดร้อนย่อมแตกต่างกันได้ เช่น หากเป็นที่ดินในชุมชนหรือเมืองใหญ่ ย่อมคาดหมายได้ว่าพื้นที่ดังกล่าวย่อมมีการจราจร หรือมีการก่อสร้างอาคารที่หนาแน่น เป็นต้น²⁷

3.2.4 เจ้าของอสังหาริมทรัพย์มีสิทธิในการปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนให้สิ้นไปและเรียกค่าทดแทน

ตามบทบัญญัติมาตรา 1337 เมื่อมีบุคคลใช้สิทธิของตนเป็นเหตุให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์เสียหาย เจ้าของอสังหาริมทรัพย์มีสิทธิ 2 ประการ ดังนี้

(1) สิทธิที่จะปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนนั้นให้สิ้นไป

สิทธิที่จะปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนนั้นให้สิ้นไป เป็นสิทธิที่กฎหมายให้สิทธิแก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ในการยับยั้งมิให้ความเสียหายหรือเดือดร้อนเกิดขึ้นต่อไป เพื่อให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์สามารถใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ได้อย่างสมบูรณ์

สิทธิในการปฏิบัติการตามมาตรา 1337 มีเพื่อจัดการต่อความเสียหายหรือเดือดร้อนที่เกินควรคิดหรือคาดหมายได้เท่านั้น การใช้สิทธิดังกล่าวจึงไม่ใช่การอำนาจได้ตามอำเภอใจ แต่ต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตแห่งสิทธิเช่นเดียวกับสิทธิอื่น ๆ ซึ่งเมื่อบทบัญญัติให้สิทธิดังกล่าวไว้ในเชิงยับยั้งป้องกัน การปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายให้สิ้นไปของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์จึงต้องอยู่ในขอบเขตเพียงเท่าที่จำเป็นและพอสมควรแก่เหตุ ดังนั้น หากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ใช้สิทธิ

²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 367.

²⁷ อานนท์ มาม้าย, *กรรมสิทธิ์*, หน้า 621.

ในลักษณะเกินความจำเป็น ย่อมไม่ต้องตามมาตรา 1337 และจะยกบทบัญญัติดังกล่าวขึ้นอ้างไม่ได้นั่นเอง²⁸

มีปัญหาว่าการใช้สิทธิปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนนั้นให้สิ้นไปนี้ กฎหมายให้สิทธิเจ้าของอสังหาริมทรัพย์จัดการยังความเสียหายหรือความเดือดร้อนนั้นให้สิ้นไปด้วยตนเองหรือไม่ กล่าวคือ เจ้าของอสังหาริมทรัพย์สามารถใช้อำนาจโดยพลการโดยไม่ต้องร้องขอต่อศาล โดยประเด็นปัญหาข้างต้นมีนักกฎหมายบางท่าน²⁹ เห็นว่าเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ใช้สิทธินั้นได้ด้วยตนเอง โดยรองศาสตราจารย์อานนท์ มาเมาะ ซึ่งเป็นหนึ่งในผู้ที่เห็นว่าสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิที่ใช้ได้ด้วยตนเองโดยไม่ต้องไปใช้สิทธิทางศาล และได้ให้เหตุผลสนับสนุนความเห็นไว้อย่างสนใจ 2 ประการ คือ ประการแรก มาตรา 1337 เป็นเรื่องสิทธิเหนือทรัพย์สิน คือ สิทธิที่บุคคลมีอำนาจเหนือทรัพย์สินโดยตรง ไม่ว่าจะเป็นการใช้สอย จำหน่าย และขัดขวางไม่ให้ผู้ไม่มีสิทธิเข้ามาทำความเสียหายหรือเดือดร้อนต่อทรัพย์สินของตน นอกจากนี้ สิทธิปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายให้สิ้นไปตามมาตรา 1337 มีลักษณะเป็นสิทธิที่ยั่งยืน เพื่อปกป้องอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นวัตถุแห่งสิทธิ ซึ่งเป็นไปในทำนองเดียวกับสิทธิขัดขวางของเจ้าของกรรมสิทธิ์ในมาตรา 1336 ซึ่งเป็นเรื่องสิทธิเหนือทรัพย์สินเช่นเดียวกัน และอีกประการหนึ่งคือ มาตรา 1337 กฎหมายไม่ได้บังคับว่าต้องให้ใช้สิทธิทางศาล³⁰ ทั้งยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 288/2505 ที่วินิจฉัยว่า จำเลยกับครอบครัวใช้ทางเดินในที่ดินของโจทก์ออกทางสาธารณะเกินกว่า 10 ปีแล้ว โดยมีช่องประตูรั้วสำหรับเข้าออกบ้านจำเลยได้ต่อมา โจทก์ทำรั้วใหม่ตามแนวรั้วเดิมที่ผูกฟุ้งและล้อมปิดกั้นช่องประตูรั้วที่เคยมีเข้าออกบ้านจำเลยเสียด้วย จำเลยไม่มีทางอื่นออก เพราะที่บ้านจำเลยอยู่ในที่ผู้อื่นล้อมรอบมีรั้วกัน จำเลยร้องต่ออำเภอ ขอให้โจทก์เปิดรั้วให้จำเลยเข้าออกได้โจทก์ไม่ยอมจำเลยจึงได้รั้วรั้วเฉพาะตรงที่เคยเป็นช่องประตูเข้าออกบ้านจำเลยกว้างประมาณ 1 วา เพื่อเดินเข้าออกบ้านจำเลยตามเดิมดังนี้ จำเลยมีสิทธิทำได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1337 จำเลยจึงไม่มีความผิดฐานทำให้เสียหายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 358 ซึ่งคำพิพากษาดังกล่าวได้ถูกนำมาใช้เป็นเหตุผลประกอบความเห็น ว่า เจ้าของอสังหาริมทรัพย์สามารถใช้อำนาจตามมาตรา 1337 ได้โดยพลการโดยไม่ต้องร้องขอต่อศาล

อย่างไรก็ดี มีความเห็นของนักกฎหมายบางท่านเห็นว่า เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ไม่สามารถใช้สิทธิตามมาตรา 1337 โดยพลการได้ หากมีความเดือดร้อนเสียหายเกิดขึ้นเจ้าของ

²⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 623-624.

²⁹ ประมุข สุวรรณศรี, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน (ตอนที่ 2), หน้า 98, จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด, หน้า 175.

³⁰ อานนท์ มาเมาะ, กรรมสิทธิ์, หน้า 624-625.

อสังหาริมทรัพย์จะต้องฟ้องเป็นคดีต่อศาลเพื่อพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช อธิบายว่า คำว่ามีสิทธิที่จะปฏิบัติการ ทำให้เข้าใจว่าจะกำจัดการรบกวนเอาเอง ก็ได้ ไม่ต้องฟ้องร้องต่อศาล ซึ่งเช่นถ้า ก. ตั้งโรงสีปล่องไฟต่ำส่งควันและเถ้าแกลบเข้าไปทำความเดือดร้อนแก่ ข. หากตามกฎหมาย ข. จะมีสิทธิเข้าไปหักโค่นถอดถอนปล่องทุเครื่องจักรโรงสีของ ก. เสียได้ ก็น่าจะเปิดช่องให้เกิดความไม่สงบขึ้นได้ด้วยประการต่าง ๆ ถ้าจะทำกฎหมายเอาเองได้ ต้องมีกฎหมายยอมให้ทำได้เช่นในมาตรา 451”³¹

(2) สิทธิในการเรียกค่าทดแทน

นอกจากสิทธิที่จะปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนนั้นให้สิ้นไป เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายตามมาตรา 1337 ยังมีสิทธิในการเรียกค่าทดแทนได้ด้วยอีกประการหนึ่ง ซึ่งสิทธิในการเรียกค่าทดแทนมีลักษณะเป็นสิทธิในเชิงเยียวยา ดังนั้น โดยสภาพแห่งสิทธิดังกล่าว จึงเป็นสิทธิเรียกร้อง ซึ่งหากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์จะใช้สิทธิในการเรียกเอาค่าทดแทนในความเสียหายหรือเดือดร้อนที่เกิดขึ้น ก็ต้องไปใช้สิทธิทางศาล จะใช้กำลังตนเองบังคับเอาโดยพลการหาได้ไม่

มีปัญหาว่า ในการเรียกค่าทดแทนนั้นจะเรียกได้โดยอาศัยฐานใด กล่าวคือ สิทธิในการเรียกค่าทดแทนนี้จะต้องพิจารณาโดยอาศัยองค์ประกอบความรับผิดชอบละเมิดหรือไม่ คือการกระทำที่ทำให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์เสียหายหรือเดือดร้อนต้องเป็นการกระทำที่ทำได้โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ หรือต้องเป็นใช้สิทธิโดยไม่สุจริตหรือไม่ อย่างไร โดยในปัญหานี้มีผู้ให้ความเห็นแตกต่างกัน คือ ความเห็นแรกเห็นว่า ถ้าจะเรียกค่าเสียหายต้องอ้างว่าเป็นละเมิดตามมาตรา 420 และ 421³² แต่อีกความเห็นหนึ่ง เห็นว่า เจ้าอสังหาริมทรัพย์มีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ตามที่มาตรา 1337 ให้สิทธิไว้โดยตรงแม้ไม่ต้องด้วยมาตรา 420 หรือมาตรา 421 เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ก็มีสิทธิที่จะเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ตามมาตรา 1337³³ และข้อพิจารณาอีกประการหนึ่งคือ ขอบเขตของสิทธิเรียกค่าทดแทนดังกล่าวจะเรียกได้เพียงไร และจะนำกรอบในการใช้ดุลพินิจกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดตามมาตรา 438 ซึ่งบัญญัติว่า “ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใด เพียงใดนั้นให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่ง

³¹ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยทรัพย์สิน, หน้า 372.

³² มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยทรัพย์สิน, หน้า 248.

³³ วิกรณ์ รักษ์บวงชน, “กรรมสิทธิ์และกรรมสิทธิ์ร่วม” ใน เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน, วรุฒิ เทพทอง,บรรณาธิการ, หน้า 130.

ละเมิด อนึ่ง ค่าสินไหมทดแทนนั้นได้แก่การคืนทรัพย์สินอันผู้เสียหายต้องเสียไปเพราะละเมิดหรือใช้ราคาทรัพย์สินนั้น รวมทั้งค่าเสียหายอันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันได้ก่อกำขึ้นนั้นด้วย” มาพิจารณาประกอบได้หรือไม่

4. ผลการศึกษา

4.1 ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายให้สิ้นไปกับความรับผิดทางละเมิด

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1337 บัญญัติว่า “บุคคลใดใช้สิทธิของตนเป็นเหตุให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเสียหาย...” และมาตรา 421 บัญญัติว่า “การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะทำให้เกิดเสียหายแก่บุคคลอื่นนั้น ท่านว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย” จะเห็นได้ว่าถ้อยคำตามบทบัญญัติทั้งสองข้างต้นใช้คำว่า “ใช้สิทธิ” เหมือนกัน ด้วยเหตุนี้ จึงอาจทำให้เข้าใจไปว่ามาตรา 1337 กับมาตรา 421 เป็นเรื่องการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตเหมือนกันหรือไม่ ซึ่งหากมาตรา 1337 เป็นเรื่องการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ในการวินิจฉัยปัญหาดังกล่าวก็จะต้องอาศัยหลักความรับผิดทางละเมิดมาใช้บังคับ กล่าวคือ ต้องพิจารณาว่าการกระทำที่ทำให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเดือดร้อนเสียหาย ผู้กระทำทำไปโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ รวมทั้งเป็นการใช้สิทธิโดยสุจริตหรือไม่ แต่ถ้าหากไม่ใช่เรื่องละเมิดการวินิจฉัยความรับผิดตามมาตรา 1337 ก็ไม่จำเป็นต้องนำองค์ประกอบเรื่องความรับผิดทางละเมิดมาใช้บังคับเลย

จากการศึกษาคำพิพากษาของศาลฎีกา ผู้เขียนพบว่า เมื่อมีคดีเกี่ยวกับเหตุเดือดร้อนรำคาญขึ้นสู่ศาล ศาลได้วินิจฉัยปัญหาดังกล่าวโดยนำหลักกฎหมายมาปรับใช้ 3 กรณี คือ (1) วินิจฉัยโดยนำบทบัญญัติมาตรา 421 มาประกอบกับมาตรา 1337 หรือ (2) วินิจฉัยโดยใช้บทบัญญัติมาตรา 421 เพียงอย่างเดียว หรือ (3) วินิจฉัยโดยใช้บทบัญญัติมาตรา 1337 เพียงอย่างเดียว ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 827/2521 โจทก์เป็นเจ้าของที่ดินและตึกแถวที่เช่าอยู่ติดกับตลาดสดเทศบาลที่จำเลยที่ 1 สร้างขึ้นบนที่ดินราชพัสดุซึ่งอยู่ในความดูแลรักษาของจำเลยที่ 3 จนทำให้ที่ดินราชพัสดุกลายเป็นย่านชุมชนและย่านการค้า การที่จำเลยที่ 3 ให้จำเลยที่ 1 สร้างกำแพงพืพาทสูงถึง 3 เมตรกั้นระหว่างที่ดินราชพัสดุกับที่ดินของโจทก์ เป็นการปิดกั้นหน้าที่ดินและตึกแถวของโจทก์ ทำให้ไม่สะดวกในการไปมาติดต่อระหว่างตึกแถวของโจทก์กับตลาดสดเทศบาล และเป็นเหตุขัดขวางไม่ให้ผู้อื่นซื้อหรือเช่าตึกแถวของโจทก์ การกระทำของจำเลยที่ 1 และที่ 3 เป็นการใช้สิทธิของตนเป็นเหตุให้โจทก์ได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินที่ควรหรือคาดหมายได้ จึงเป็นการกระทำละเมิดต่อโจทก์และโจทก์ย่อมมีอำนาจฟ้องประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 421 และมาตรา 1337 ดังนี้ จากคำพิพากษาข้างต้นเห็นได้ว่าในคดีนี้ศาลได้นำบทบัญญัติ มาตรา 421 มาวินิจฉัยประกอบกับมาตรา 1337

นอกจากนี้ ยังปรากฏคำพิพากษาศาลฎีกาเรื่องการใช้สิทธิของตนเป็นเหตุให้เจ้าของ อสังหาริมทรัพย์ได้รับความเสียหาย โดยนำมาตรา 421 มาปรับใช้เพียงอย่างเดียว เช่น คำพิพากษา ฎีกาที่ 1435/2515 จำเลยตั้งโรงงานต่อตัวถังพ่นสีรถยนต์ ใช้เครื่องมือ เช่น ส่วนไฟฟ้า เครื่องเลื่อย และไสไม้ไฟฟ้า เคาะตัวถัง ตีเหล็ก ตอกตะปู ทำเสี่ยงก่อความเดือดร้อนรำคาญแก่บ้านใกล้เคียง แม้จำเลยได้รับใบอนุญาตตั้งโรงงาน จำเลยก็ต้องไม่ทำงานให้เดือดร้อนรำคาญแก่ผู้อื่น แต่อย่างไรก็ดี ก็มีคำพิพากษาศาลฎีกาอีกแนวหนึ่ง ที่นำมาตรา 1337 มาปรับใช้เพียงอย่างเดียว เช่น คำพิพากษา ศาลฎีกาที่ 1581/2538 ตามสภาพของหลุมฝังศพยอมก่อให้เกิดความหวาดกลัวในเรื่องอุบัติเหตุวิญญูณ และเป็นที่รังเกียจแก่ผู้ที่มีโชญาติผู้ตายซึ่งมีบ้านเรือนอยู่ใกล้หลุมฝังศพการที่จำเลยที่ 1 สร้าง หลุมฝังศพหรือฮวงซุ้ยเพื่อเก็บศพของ ส.สามิจำเลยที่ 1 ในที่ดินของตนเองห่างจากบ้านของโจทก์ ทั้งสองประมาณ 10 เมตร โดยที่ดินของโจทก์ทั้งสองและจำเลยที่ 1 เป็นที่อยู่อาศัย ไม่เคยมี หลุมฝังศพมาก่อนและไม่ปรากฏว่าบริเวณใกล้เคียงมีหลุมฝังศพแต่อย่างใด ทั้งตามประเพณี แห่งท้องถิ่นก็ไม่นิยมให้มีการฝังศพในเขตหมู่บ้าน ดังนี้ การกระทำของจำเลยที่ 1 จึงเป็นการทำ ละเมิดต่อโจทก์ทั้งสองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1337

จากตัวอย่างคำพิพากษาข้างต้นเห็นได้ว่า ศาลไทยไม่ได้มีบรรทัดฐานในการนำหลัก กฎหมายในมาตรา 1337 มาใช้อย่างเป็นเอกเทศแยกออกจากเรื่องการใช้สิทธิใช้โดยสุจริตซึ่งเป็น เรื่องละเมิด กล่าวคือ ส่วนใหญ่แล้วศาลมักตัดสินโดยนำหลักกฎหมายในมาตรา 421 มาวินิจฉัย ประกอบกับมาตรา 1337 ซึ่งในประเด็นนี้มีความเห็นของนักกฎหมาย คือ ศาสตราจารย์ประมุข สุวรรณ ศร ได้อธิบายว่ามาตรา 1337 นี้ต้องอ่านรวมกับมาตรา 5 ที่บัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ใน การชำระหนี้ก็ดีที่ท่านว่าบุคคลทุกคนต้องกระทำการโดยสุจริต” และมาตรา 6 ที่บัญญัติว่า “ท่านให้ สันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลทุกคนกระทำการโดยสุจริต” และมาตรา 421 ในเรื่องละเมิดที่บัญญัติ ว่า “การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นนั้นท่านว่าเป็นการอันมิชอบ ด้วยกฎหมาย” ดังนี้ เมื่อในมาตรา 1337 ได้พูดถึงว่าบุคคลใดใช้สิทธิของตนเป็นเหตุให้เจ้าของ อสังหาริมทรัพย์ได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินกว่าที่ควรคิดหรือคาดหมายได้แล้ว จึงเป็นที่ เห็นได้ว่าสิทธิของเจ้าของกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์นั้นมีมากกว่าบุคคลธรรมดาทั่วไป กล่าวคือ ในกรณีที่ทำความเดือดร้อนหรือเสียหายแก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ไม่ต้องคำนึงถึงว่าผู้กระทำ ให้เกิดความเสียหายนั้นจะสุจริตหรือไม่ และแม้เป็นการใช้สิทธิของผู้กระทำแต่การใช้สิทธินั้นไม่เฉพาะ แต่กรณีซึ่งมีแต่จะให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นตามมาตรา 421 แม้ผู้กระทำได้กระทำการใช้

สิทธิเพื่อประโยชน์ของตนเป็นส่วนใหญ่ซึ่งไม่เข้าบทบัญญัติของมาตรา 421 ก็ดี แต่ถ้าก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์แล้วเจ้าของอสังหาริมทรัพย์มีสิทธิปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนนั้นให้สิ้นไปได้และทั้งไม่ลบลงสิทธิที่จะเรียกเอาค่าทดแทน³⁴

ศาสตราจารย์ ดร. อำนาจ วงศ์บัณฑิต อธิบายเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1337 ไว้ว่ามีข้อที่น่าสังเกตว่า มาตรา 1337 นั้นมิได้กำหนดว่าการใช้สิทธิของบุคคลที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์นั้นจะต้องเป็นการกระทำโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่อดังเช่นการกระทำละเมิดตามมาตรา 420 ด้วยเหตุนี้การพิจารณาว่ามีการฝ่าฝืนมาตรา 1337 หรือไม่นั้น ไม่ต้องพิจารณาถึงความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของจำเลย คงพิจารณาแต่เพียงว่าการใช้สิทธิของบุคคลนั้น ๆ ก่อให้เกิดความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินสมควรหรือไม่ แม้ว่าบุคคลที่ใช้สิทธิจะได้ใช้ความระมัดระวังอย่างดีแล้วในการป้องกันมิให้เกิดความเดือดร้อนแก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์แต่หากยังเกิดความเดือดร้อนเกินสมควรอยู่บุคคลผู้ใช้สิทธินั้นยังคงต้องรับผิดชอบตามมาตรา 1337³⁵

สำหรับศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร ได้อธิบายไว้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของเราได้บัญญัติมาตรา 1337 ไว้ต่างหาก ไม่ได้อาศัยเอาจากหลักความรับผิดทางละเมิดตามมาตรา 420 มาใช้บังคับนับว่าให้ความกระจ่างแจ้งแก่ปัญหานี้มาก และตามบทบัญญัติมาตรา 1337 นี้ย่อมรับรู้อยู่ข้อหนึ่งว่าเป็นเรื่องการใช้สิทธิเกินส่วนเพราะใช้คำว่า “ใช้สิทธิ” และการใช้สิทธินั้นถือว่าเป็นผิดและถูกบังคับให้ใช้ค่าสินไหมทดแทนได้³⁶ ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร เห็นว่าแม้มาตรา 1337 จะไม่ได้อาศัยเอาจากหลักความรับผิดทางละเมิดตามมาตรา 420 มาใช้บังคับ คือ ไม่ต้องพิจารณาว่ามีการกระทำที่จงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ แต่การที่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์จะได้รับคุ้มครองตามมาตรา 1337 จะต้องมีการใช้สิทธิเกินส่วนหรือการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตด้วยนั่นเอง

ดังนั้น จากการศึกษาคำพิพากษาศาลฎีกาสิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ในการปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนให้สิ้นไป และการอธิบายเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายให้สิ้นไปมาตรา 1337 กับความรับผิดทางละเมิดของนักวิชาการข้างต้น เห็นว่า การนำบทบัญญัติมาตรา 1337 มาปรับใช้ยังมีข้อควรพิจารณาหลายประการ เนื่องจาก

³⁴ ประมุข สุวรรณศรี, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน (ตอนที่ 2), หน้า 98

³⁵ อำนาจ วงศ์บัณฑิต, คำอธิบายกฎหมายสิ่งแวดล้อม, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562), หน้า 583.

³⁶ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 8 (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 174.

มีปัญหาท้าทายว่าเป็นเรื่องการใช้สิทธิในทางที่ผิดตามมาตรา 421 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเรื่องละเมิดหรือไม่ โดยปัญหาดังกล่าวมีข้อพิจารณา ดังนี้

ประการแรก เมื่อพิจารณาได้จากเจตนารมณ์ของกฎหมายเห็นว่า ผู้ร่างกฎหมายมีเจตนารมณ์ในการร่างมาตรา 1337 มาใช้อย่างเป็นเอกเทศ โดยไม่นำหลักในเรื่องละเมิดมาปรับใช้ในกรณีนี้ ซึ่งเห็นได้จากการที่บทบัญญัติมาตรา 1337 ถูกบัญญัติอยู่ใน บรรพ 4 ซึ่งเป็นบทบัญญัติว่าด้วยทรัพย์สิน ย่อมเป็นการสนับสนุนว่ากฎหมายมีเจตนารมณ์ที่จะไม่นำเรื่องนี้ไปใช้ปะปนกับหลักเรื่องละเมิด

ประการที่สอง แม้บทบัญญัติมาตรา 1337 กับมาตรา 421 จะมุ่งคุ้มครองบุคคลที่อาจต้องเสียหายหรือเดือดร้อนจากการใช้สิทธิของบุคคลอื่นเหมือนกันก็ตาม แต่เมื่อกฎหมายมีเจตนารมณ์บัญญัติแยกมาตรา 1337 ออกจากเรื่องความรับผิดละเมิด ผู้เขียนจึงเห็นว่า การปรับใช้มาตรา 1337 และมาตรา 421 ย่อมมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ มาตรา 1337 เป็นบทบัญญัติที่กฎหมายคุ้มครองสิทธิเจ้าของอสังหาริมทรัพย์โดยเฉพาะ เมื่อมีการกระทำที่ทำให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ ความเสียหายหรือเดือดร้อนตามมาตรา 1337 จึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงเจตนาภายในจิตใจของผู้กระทำ คือ มาตรา 1337 ไม่ได้กำหนดว่า การใช้สิทธิของบุคคลที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์จะต้องกระทำไปโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ โดยพิจารณาแต่เพียงความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลที่เกิดขึ้นเท่านั้น ว่ามีการใช้สิทธิเป็นเหตุให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์เสียหายเดือดร้อนเกินสมควรหรือไม่³⁷ ดังนั้น แม้บุคคลผู้ใช้สิทธิจะกระทำไปโดยสุจริตและได้ใช้ความระมัดระวังอย่างดีแล้ว เพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายเดือดร้อนแก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ กล่าวคือ ผู้กระทำไม่ได้จงใจหรือประมาทเลินเล่อ แต่หากยังเกิดความเดือดร้อนเสียหายเกินสมควร บุคคลผู้ใช้สิทธินั้นก็อาจต้องรับผิดตามมาตรา 1337 อยู่นั่นเอง³⁸ แต่มาตรา 421 เป็นบทบัญญัติเรื่องละเมิด โดยการนำมาตรา 421 มาปรับใช้มีความเห็นของนักวิชาการแตกต่างกัน อยู่คือ ฝ่ายที่เห็นว่า การปรับใช้บทบัญญัติมาตรา 421 สามารถใช้ได้เพียงลำพังโดยไม่ต้องประกอบมาตรา 420 และฝ่ายที่เห็นว่า การปรับใช้มาตรา 421 นั้นไม่สามารถปรับได้โดยลำพังแต่ต้องประกอบกับมาตรา 420 คือต้องใช้อ้างอิงประกอบความรับผิดของมาตรา 420 โดยมาตรา 421 เป็นเพียงส่วนของการขยายความมาตรา 420 เกี่ยวกับองค์ประกอบเรื่องความไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น³⁹ ในข้อนี้ผู้เขียนด้วยกับความเห็นที่ 2 เนื่องจากมาตรา 421 ไม่ได้กำหนดว่าผลจากการใช้

³⁷ อานนท์ มาเม้า, *กรรมสิทธิ์* หน้า 609.

³⁸ อานาจ วงศ์บัณฑิต, *คำอธิบายกฎหมายสิ่งแวดล้อม*, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562), หน้า 583.

³⁹ ศันันท์กรณ สโตธิพันธุ์, *คำอธิบายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิควรรได้*, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน 2561), หน้า 91-92.

สิทธิโดยมุ่งหมายให้คนอื่นเสียหายแล้วผลจะเป็นอย่างไร ดังนั้น มาตรา 421 จึงควรนำไปปรับใช้ประกอบมาตรา 420 อันเป็นบทหลักในเรื่องละเมิด

ดังนั้น การนำมาตรา 421 มาปรับใช้จึงต้องพิจารณาเรื่ององค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดเป็นสำคัญ ซึ่งโดยหลักแล้วการกระทำที่จะต้องรับผิดทางละเมิด จะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบที่สำคัญประการหนึ่งคือ ผู้ทำละเมิดต้อง “จงใจหรือประมาทเลินเล่อ” ซึ่งเป็นเรื่องสำนึกภายในจิตใจของผู้กระทำ และเป็นฐานของความรับผิดเรื่องละเมิด ยิ่งไปกว่านั้นหากเป็นความรับผิดตามมาตรา 421 จะต้องปรากฏว่า ผู้กระทำมุ่งหมายให้การใช้สิทธิของตนนั้นก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่น โดยข้อความที่ว่า “ซึ่งมีแต่จะให้เกิดเสียหายแก่บุคคลอื่น” แสดงความหมายชัดเจนว่าต้องเป็นการกระทำที่มุ่งต่อผล คือความเสียหายแก่ผู้อื่นฝ่ายเดียว โดยที่ตนเองไม่ได้ประโยชน์เลย⁴⁰ หรือแม้การใช้สิทธิจะกระทำไปเพื่อประโยชน์ตัวเองอยู่บ้าง ก็ต้องนำหลักศีลธรรมและจารีตประเพณีมาพิจารณาประกอบด้วย

ดังนี้ จึงอาจสรุปได้ว่า กรณีมีการใช้สิทธิไม่ว่าจะเป็นกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินหรือสิทธิอื่นใด อันทำให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเดือดร้อนเสียหาย เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ย่อมได้รับความคุ้มครอง ตามมาตรา 1337 โดยไม่ต้องพิจารณาเจตนาภายในของผู้กระทำว่าจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ หรือเป็นการกระทำที่ผู้กระทำมุ่งหมายที่จะใช้สิทธิของตนให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนหรือไม่ กล่าวคือ ไม่ต้องพิจารณาความสุจริตของผู้กระทำ ซึ่งแตกต่างกับมาตรา 421 ที่จะต้องพิจารณาองค์ประกอบด้านความรับผิดทางละเมิดด้วยนั่นเอง

ประการสุดท้าย การที่มาตรา 1337 ใช้คำว่า “บุคคลใดใช้สิทธิ...” นอกจากจะทำให้สับสนว่าบทบัญญัติดังกล่าวเป็นเรื่องเดียวกับมาตรา 421 เรื่องละเมิดหรือไม่แล้ว ยังอาจทำให้เข้าใจว่าต้องเป็นการกระทำไปโดยใช้สิทธิ และการใช้สิทธินั้นทำให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์เสียหายหรือเดือดร้อน เจ้าของอสังหาริมทรัพย์จึงจะได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 1337 หากเป็นการกระทำโดยไร้สิทธิเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองดังกล่าว ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่าไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยใช้สิทธิหรือโดยไร้สิทธิ ถ้าหากทำให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อน ย่อมต้องด้วยมาตรา 1337 ทั้งสิ้น เนื่องจากมาตรา 1337 มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่ต้องเสียหายหรือเดือดร้อน ดังนั้น หากจะตีความว่าถ้าเป็นการกระทำโดยไร้สิทธิก็ไม่ต้องด้วยมาตรา 1337 ซึ่งจะทำให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ไม่ได้รับ

⁴⁰ ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป พิมพ์ครั้งที่ 5 (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), หน้า 98. ภัทรศักดิ์ วรณแสง, คำอธิบายกฎหมายละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน 2560), หน้า 50., คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1618/2512, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1992/2538, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3815/2540

ความคุ้มครองตามมาตรา 1337 ย่อมขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งมาตรา 1337 มุ่งหมายถึงผลแห่งการกระทำของบุคคลเป็นสำคัญไม่ว่าการกระทำที่อ้างว่าเป็นการใช้สิทธิหรือไม่ก็ตาม แต่เหตุที่ใช้ถ้อยคำดังกล่าวก็เพื่อไม่ให้บุคคลกล่าวอ้างว่ามีสิทธิที่จะกระทำได้ ทำให้เห็นว่าแม้เป็นผู้มีสิทธิหากทำให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์เสียหายหรือเดือดร้อนก็จะใช้สิทธิของตนยกขึ้นต่อสู้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ไม่ได้ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ในกรณีเช่นนี้กฎหมายมุ่งคุ้มครองเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ทำให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์เป็นผู้ที่มีสิทธิดีกว่าเจ้าของสิทธิอื่นนั่นเอง

4.2 ปัญหาในการใช้สิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์เพื่อยังความเสียหายให้สิ้นไป

จากบัญญัติมาตรา 1337 เมื่อมีบุคคลใช้สิทธิของตนเป็นเหตุให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์เสียหาย เจ้าของอสังหาริมทรัพย์มีสิทธิ 2 ประการ คือ 1) สิทธิที่จะปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนนั้นให้สิ้นไป และ 2) สิทธิในการเรียกค่าทดแทน

ในกรณีการใช้สิทธิปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนนั้นให้สิ้นไป มีปัญหาว่ากฎหมายอนุญาตให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์จัดการยังความเสียหายหรือความเดือดร้อนนั้นให้สิ้นไปได้ด้วยตนเองหรือไม่ กล่าวคือ เจ้าของอสังหาริมทรัพย์สามารถใช้อำนาจโดยพลการโดยไม่ต้องร้องขอต่อศาล โดยประเด็นปัญหาข้างต้นมีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่า เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ใช้สิทธินั้นได้โดยพลการ เช่น

ศาสตราจารย์ประมุข สุวรรณศร อธิบายว่า “มาตรา 1337 เป็นแดนกรรมสิทธิ์ของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ เป็นสิทธิเด็ดขาด อาจบังคับเอาได้โดยพลการ เมื่อมีผู้ทำให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์เสียหาย”⁴¹

ศาสตราจารย์ ดร. จิต เศรษฐบุต อธิบายว่า “คำว่าปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนให้สิ้นไปควรสังเกตว่ากฎหมายอนุญาตให้เจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินจัดการด้วยตนเองให้ความเดือดร้อนนั้นสิ้นไปได้ กล่าวคือทำโดยพลการไม่ต้องร้องขอต่อศาล อาจเรียกว่า เป็นการใช้กำลังป้องกันสิทธิ”⁴²

ทั้งยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 288/2505 ที่วินิจฉัยว่า จำเลยกับครอบครัวใช้ทางเดินในที่ดินของโจทก์ออกทางสาธารณะเกินกว่า 10 ปีแล้ว โดยมีช่องประตูรั้วสำหรับเข้าออกบ้านจำเลย

⁴¹ ประมุข สุวรรณศร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน (ตอนที่ 2), หน้า 98

⁴² จิต เศรษฐบุต, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 8 (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 175.

ได้ต่อมาโจทก์ทำรั้วใหม่ตามแนวรั้วเดิมที่ผู้ฟ้องและล้อมปิดกั้นช่องประตูรั้วที่เคยมีเข้าออกบ้านจำเลย เสียด้วยจำเลยไม่มีทางอื่นออก เพราะที่บ้านจำเลยอยู่ในที่ผู้อื่นล้อมรอบมีรั้วกัน จำเลยร้องต่ออำเภอ ขอให้โจทก์เปิดรั้วให้จำเลยเข้าออกได้โจทก์ไม่ยอมจำเลยจึงได้รั้วเฉพาะตรงที่เคยเป็นช่องประตู เข้าออกบ้านจำเลยกว้างประมาณ 1 วา เพื่อเดินเข้าออกบ้านจำเลยตามเดิมดังนี้ จำเลยมีสิทธิทำได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1337 จำเลยจึงไม่มีความผิดฐานทำให้เสียหาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 358 ซึ่งคำพิพากษาดังกล่าวได้ถูกนำมาใช้เป็นเหตุผลประกอบ ความเห็นว่า เจ้าของอสังหาริมทรัพย์สามารถใช้อำนาจตามมาตรา 1337 ได้โดยพลการโดยไม่ต้อง ร้องขอต่อศาล

อย่างไรก็ดี มีความเห็นของนักกฎหมายบางท่านเห็นว่า เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ไม่สามารถ ใช้อำนาจตามมาตรา 1337 โดยพลการได้ หากมีความเดือดร้อนเสียหายเกิดขึ้นเจ้าของ อสังหาริมทรัพย์จะต้องฟ้องเป็นคดีต่อศาลเพื่อพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทที่เกิดขึ้น

ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช “คำว่ามีสิทธิที่จะปฏิบัติการ ทำให้เข้าใจว่าจะกำจัดการรบกวนเอาเองก็ได้ไม่ต้องฟ้องร้องต่อศาลซึ่งเช่นถ้า นาย ก. ตั้งโรงสีปล่องไปต่ำส่งควันและถ้า แกรบเข้าไปทำความเดือดร้อนแก่นาย ข. หากว่าตามกฎหมายนาย ข. จะมีสิทธิหักโค่นถอดถอน ปล่องเครื่องจักรโรงสีของนาย ก. เสียได้น่าจะเปิดช่องให้เกิดความไม่สงบขึ้นได้ด้วยประการต่าง ๆ”⁴³

ปัญหาที่ว่าเจ้าของอสังหาริมทรัพย์จัดการยังความเสียหายหรือความเดือดร้อนนั้นให้สิ้นไป ได้ด้วยตนเองหรือไม่นี้ เห็นว่า สิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ในการปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหาย หรือเดือดร้อนให้สิ้นไป ตามมาตรา 1337 เป็นสิทธิพิเศษของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองเจ้าของอสังหาริมทรัพย์โดยเฉพาะเพื่อให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ใช้ประโยชน์ใน อสังหาริมทรัพย์ได้อย่างปกติสุข เพราะอสังหาริมทรัพย์เป็นทรัพย์ที่ไม่อาจเคลื่อนย้ายเพื่อหลบหลีก ความเสียหายหรือเดือดร้อนได้ ดังนั้น หากกฎหมายไม่ได้ให้อำนาจของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ไว้ เป็นพิเศษให้สามารถปฏิบัติการเพื่อยังความเดือดร้อนเสียหายให้สิ้นไปได้อีก เจ้าของ อสังหาริมทรัพย์ก็ต้องประสบกับความเสียหายเดือดร้อนนั้นไปตลอด ครั้นจะขอให้ศาลมีคำสั่งเพื่อ ปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนให้สิ้นไปก็อาจต้องใช้เวลาอันนาน และอาจทำให้ความเสียหายทวีความรุนแรงขึ้น

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาไปถึงหลักกฎหมายในคดี Nuisance ของอังกฤษ ที่ศาลนำมาปรับใช้ กับคดีประเภทนี้ตั้งแต่ก่อนจะมีการยกประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เห็นว่า ในคดีนิวแซนส์

⁴³ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยทรัพย์สิน, หน้า 372.

ได้ให้สิทธิเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ในการปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายได้เองด้วย อย่างไรก็ตาม แม้ในชั้นยกร่างกรรมการร่างกฎหมายจะไม่ได้นำหลักกฎหมายอังกฤษมาเป็นต้นร่างโดยตรงก็ตาม แต่เจตนารมณ์ในการยกร่างมาตรา 1337 ก็มีรากฐานมาจากหลักกฎหมาย Nuisance ของอังกฤษ ดังนั้น ผู้จึงเห็นว่ามาตรา 1337 เป็นบทบัญญัติที่ให้สิทธิแก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ในการปฏิบัติการเพื่อยังความเดือดร้อนเสียหายให้สิ้นไปได้เอง โดยไม่ต้องร้องขอต่อศาลก่อน อย่างไรก็ตาม การใช้สิทธิดังกล่าวนี้ จะต้องกระทำไปภายในขอบเขตแห่งสิทธิ โดยขอบเขตแห่งสิทธิจะต้องพิจารณาไปตามลักษณะและสภาพแห่งสิทธิ ซึ่งสิทธิที่จะปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนนั้นให้สิ้นไปของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์มีลักษณะเป็นสิทธิในเชิงยั้งยั้ง ดังนั้น การใช้สิทธิดังกล่าวจึงต้องเป็นไปเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนในการใช้สิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์เท่านั้น อีกทั้งยังต้องใช้สิทธิโดยสุจริต และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

4.3 ปัญหาขอบเขตในการเรียกค่าทดแทนของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์

ผลทางกฎหมายของบทบัญญัติมาตรา 1337 นอกจากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์จะมีสิทธิที่จะปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนนั้นให้สิ้นไปแล้ว กฎหมายยังได้บัญญัติสิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ไว้อีกประการหนึ่งคือ สิทธิในการเรียกค่าทดแทน มีปัญหาว่า สิทธิในการเรียกค่าทดแทนนั้นจะเรียกได้เพียงใด กล่าวคือ ขอบเขตของสิทธิเรียกค่าทดแทนจะนำหลักเกณฑ์ใดมาพิจารณา หากจะนำหลักในการเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดตามมาตรา 438⁴⁴ มาพิจารณาประกอบ จะมีผลกลายเป็นว่า สิทธิในการเรียกค่าทดแทนนี้จะต้องพิจารณาโดยอาศัยองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดหรือไม่ คือ การกระทำที่ทำให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์เสียหายหรือเดือดร้อนต้องเป็นการกระทำที่ทำได้โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ หรือต้องเป็นใช้สิทธิโดยไม่สุจริตหรือไม่ อย่างไร

ในประเด็นนี้มีผู้ให้ความเห็นแตกต่างกัน โดยรองศาสตราจารย์มานิตย์ จุมปา ให้ความเห็นว่า ถ้าโจทก์จะฟ้องให้ระงับการกระทำรบกวนขัดสิทธิก็อ้างเพียงมาตรา 1337 แต่ถ้าจะเรียกค่าเสียหายต้องอ้างว่าเป็นละเมิดตามมาตรา 420 และ 421⁴⁵ แต่อย่างไรก็ดี ศาสตราจารย์วิกรม รัชชูปวงชน เห็นว่า เจ้าของอสังหาริมทรัพย์มีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ตามที่มาตรา 1337 ให้สิทธิไว้โดยตรง

⁴⁴ มาตรา 438 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

“ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใด เพียงใดนั้นให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด

อนึ่ง ค่าสินไหมทดแทนนั้นได้แก่การคืนทรัพย์สินอันผู้เสียหายต้องเสียไปเพราะละเมิดหรือใช้ราคาทรัพย์สินนั้น รวมทั้ง ค่าเสียหายอันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันได้ก่อกำขึ้นนั้นด้วย”

⁴⁵ มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยทรัพย์สิน, หน้า 248.

ไม่จำเป็นต้องเป็นละเมิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อตามมาตรา 420 หรือไม่จำเป็นต้องเป็นการใช้สิทธิ ซึ่งมีแต่จะทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นตามมาตรา 421 ฉะนั้น แม้ไม่ต้องด้วยมาตรา 420 หรือมาตรา 421 เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ก็มีสิทธิที่จะเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ตามมาตรา 1337⁴⁶

โดยประเด็นดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า การพิจารณาขอบเขตแห่งสิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ในการเรียกค่าทดแทนนั้น ต้องพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของบทบัญญัติดังกล่าว ซึ่งจากการพิจารณาจะเห็นว่า สิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิที่กฎหมายให้ไว้เพื่อเยียวยาความเสียหาย จึงมีสภาพแห่งสิทธิเช่นเดียวกับการเรียกเอาค่าเสียหาย กล่าวคือ สิทธิในการเรียกค่าทดแทนเป็นสิทธิเรียกร้องอย่างหนึ่ง ดังนั้น หากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์จะใช้สิทธิในการเรียกเอาค่าทดแทนในความเสียหายหรือเดือดร้อนที่เกิดขึ้นย่อมเรียกได้โดยการใช้สิทธิทางศาล จะใช้กำลังตนเองบังคับเอาโดยพลการหาได้ไม่

ดังนี้ เมื่อสิทธิในการเรียกค่าทดแทนของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ ตามมาตรา 1337 เป็นสิทธิที่กฎหมายให้ไว้เพื่อเยียวยาความเสียหาย ปัญหาว่าสิทธิเรียกค่าทดแทนจะมีขอบเขตเพียงใดนั้น เห็นว่า สิทธิดังกล่าวย่อมมีขอบเขตเท่าที่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อน โดยแนวทางในการกำหนดค่าทดแทนดังกล่าว อาจนำกรอบในการใช้ดุลพินิจกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดตามมาตรา 438 ซึ่งบัญญัติว่า “ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้นให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด อนึ่ง ค่าสินไหมทดแทนนั้นได้แก่การคืนทรัพย์สินอันผู้เสียหายต้องเสียไปเพราะละเมิดหรือใช้ราคาทรัพย์สินนั้น รวมทั้งค่าเสียหายอันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันได้ก่อขึ้นนั้นด้วย” มาพิจารณาเทียบเคียงได้ เนื่องจากมาตรา 438 เป็นบทบัญญัติที่เป็นหลักทั่วไปในการกำหนดค่าสินไหมทดแทน โดยมีหลักคือ การเยียวยาให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิม ซึ่งศาลจะใช้ดุลพินิจพิจารณาค่าสินไหมทดแทนตามพฤติการณ์และความร้ายแรง

แต่อย่างไรก็ดี การนำมาตรา 438 มาพิจารณาเทียบเคียงนี้ เป็นเพียงการนำกรอบในการใช้ดุลพินิจเพื่อกำหนดค่าทดแทนที่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ควรจะได้รับเพื่อเป็นการเยียวยาความเสียหายหรือเดือดร้อนเท่านั้น ไม่ได้มีผลทำให้สิทธิเรียกค่าทดแทนของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ต้องอาศัยหลักความรับผิดชอบละเมิดมาพิจารณาประกอบแต่อย่างใด นอกจากนี้ การที่บทบัญญัติมาตรา 1337 ใช้คำว่า “ค่าทดแทน” แทนคำว่าสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิด ก็ยิ่ง

⁴⁶ วิกรณ์ รัชพงษ์ชน, ‘กรรมสิทธิ์และกรรมสิทธิ์ร่วม’ ใน วรวิทย์ เทพทอง (บรรณาธิการ) เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน, หน้า 130.

เป็นการสนับสนุนว่าบทบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติสิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ไว้เป็นการเฉพาะ โดยไม่ได้ต้องการให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ต้องพิสูจน์องค์ประกอบความรับผิดชอบเพื่อการละเมิดอีก

ดังนั้น ด้วยเหตุผลข้างต้นผู้เขียนจึงเห็นว่า เจ้าของอสังหาริมทรัพย์มีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ตามที่มาตรา 1337 ให้สิทธิไว้โดยตรง แม้ไม่ต้องด้วยมาตรา 420 หรือมาตรา 421 เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ก็มีสิทธิที่จะเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ตามมาตรา 1337

5. ข้อเสนอแนะ

5.1 กรณีปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายให้สิ้นไปกับความรับผิดชอบทางละเมิด เห็นว่า การนำบทบัญญัติมาตรา 1337 มาปรับใช้มีความสับสนว่า เป็นเรื่องการใช้สิทธิในทางที่ผิดตามมาตรา 421 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเรื่องละเมิด ดังนั้น จึงเห็นควรมีข้อเสนอแนะ 2 ประการ ดังนี้

5.1.1 กรณีข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการใช้และการตีความ เห็นว่า การที่กฎหมายได้บัญญัติบทคุ้มครองเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่ต้องเสียหายหรือเดือดร้อนจากการกระทำของบุคคลอื่นขึ้นมาเป็นการเฉพาะในมาตรา 1337 ก็เพื่อให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ใช้สิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์ของตนได้อย่างสงบสุข เพราะถ้าไม่มีกฎหมายได้คุ้มครองเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ไว้เลย ก็จะมีผลว่า แม้จะเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์หรือเจ้าของกรรมสิทธิ์ซึ่งมีสิทธิตามมาตรา 1335 และ 1336 แต่กลับไม่สามารถใช้สิทธิของตนได้เต็มที่ ก็เท่ากับว่าการมีสิทธิเช่นนั้นก็ไม่มีผลอันใดนัก ดังนั้น เมื่อกฎหมายมีเจตนารมณ์คุ้มครองเจ้าของอสังหาริมทรัพย์เป็นสำคัญ ผู้บังคับใช้กฎหมายก็จำต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายนี้ โดยการปรับใช้มาตรา 1337 อย่างเป็นเอกเทศและไม่นำมาตรา 1337 ไปวินิจฉัยโดยยึดโยงกับหลักเรื่องความรับผิดชอบทางละเมิด เพราะจะทำให้เกิดความสับสนเกี่ยวกับการพิสูจน์องค์ประกอบความรับผิดชอบได้

5.1.2 กรณีข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการแก้ไขกฎหมาย เห็นว่า ควรแก้ไขปรับปรุงถ้อยคำที่ใช้ในบทบัญญัติมาตรา 1337 จากคำว่า “บุคคลใดใช้สิทธิของตน...” เป็นคำว่า “บุคคลใดกระทำการเป็นเหตุ...” เพื่อไม่ให้เกิดความสับสนในการนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริง

5.2 สำหรับการใช้สิทธิในการปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายให้สิ้นไปของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์แม้จะเป็นสิทธิที่กฎหมายเปิดช่องให้ทำได้ด้วยตนเอง แต่การที่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์จะใช้สิทธิเช่นว่านั้นจะต้องตระหนักถึงผลที่จะตามด้วยเสมอ ว่าอาจทำให้ปัญหาความขัดแย้งที่มีอยู่แล้วเพิ่มพูนขึ้นได้ ดังนั้น สิทธิดังกล่าวนี้จะต้องใช้อย่างระมัดระวัง และอยู่ใน

ขอบเขตแห่งสิทธิ คือ เป็นไปเพียงเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนให้สิทธิไปเท่านั้น นอกจากนี้ หากยังอยู่ในวิสัยที่จะร้องขอต่อศาลหรือเจ้าหน้าที่รัฐให้บังคับให้ เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ก็ควรจะใช้วิธีเช่นนี้ก่อน เพื่อลดผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นตามมา

5.3 การใช้สิทธิเรียกค่าทดแทนของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ เมื่อบทบัญญัติมาตรา 1337 ไม่ได้กำหนดขอบเขตไว้โดยชัดแจ้งว่าเจ้าของอสังหาริมทรัพย์จะเรียกค่าทดแทนได้เพียงใด จึงเห็นว่า ควรแก้ไขปรับปรุงกฎหมายโดยบัญญัติกรอบในการกำหนดค่าทดแทนไว้ในมาตรา 1337 วรรคสอง โดยในการร่างอาจนำกรอบในการใช้ดุลพินิจเพื่อกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดตามมาตรา 438 ซึ่งเป็นหลักทั่วไปในการเรียกค่าสินไหมทดแทนมาพิจารณาเทียบเคียงเนื่องจาก บทบัญญัติมาตรา 1337 กับมาตรา 438 มีนัยอย่างเดียวกันคือการเยียวยาให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิม

ปัญหาการแสวงหาพยานหลักฐานในการป้องกันและปราบปรามทุจริต
ของสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ*

Problems Regarding the Obtaining of Evidence for
the Prevention and Suppression of Corruption of
the Office of the National Anti-Corruption Commission
of Thailand

ธนัทเทพ เตียรประสิทธิ์
Tanatthep Tianprasit

อาจารย์ประจำ
คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
148 ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240
Full-time Lecturer
Graduate School of Law, National Institute of Development Administration
148 Seri Thai Road, Klong Chan, Bang Kapi, Bangkok 10240
Corresponding author e-mail: nat_qmul@yahoo.com
(Received: July 24, 2023; Revised: October 29, 2023; Accepted: December 4, 2023)

บทคัดย่อ

ปัญหาการทุจริต คอร์รัปชัน เป็นปัญหาสำคัญของประเทศไทยมาโดยตลอด ส่วนหนึ่งของปัญหาดังกล่าวมีสาเหตุมาจากการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีประเภทนี้มีความยากกว่าคดีอาญาทั่วไป ซึ่งในระดับนานาชาติได้แนะนำให้มีการใช้วิธีการพิเศษเพื่อแก้ปัญหาดังกล่าวใน มาตรา 50(1) แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ.2003 (United Nations Convention against Corruption หรือ UNCAC) เพื่อเป็นเครื่องมือทางกฎหมายในการปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ

* บทความนี้คัดมาจากรายงานวิจัย เรื่องปัญหาการแสวงหาพยานหลักฐานในการป้องกันและปราบปรามทุจริตของสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ โดย ธนัทเทพ เตียรประสิทธิ์ (2565)

ดังนั้นเพื่อศึกษาถึงความเป็นไปได้ดังกล่าว บทความวิจัยชิ้นนี้จึงทำการวิจัยเอกสาร โดยศึกษาวิเคราะห์ถึงพันธกิจของมาตรา 50 แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้าน การทุจริต และศึกษาวิเคราะห์กฎหมายภายในของสหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์) สหรัฐอเมริกา และประเทศเนเธอร์แลนด์ที่เกี่ยวข้องกับการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐาน ตามมาตรา 50(1) แห่งอนุสัญญาดังกล่าว โดยทั้งนี้ ผลลัพธ์ของวิจัยชิ้นนี้จะเป็นประโยชน์ต่อ การพัฒนาการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อเป็นเครื่องมือทางกฎหมาย ที่สามารถใช้ปราบปรามการทุจริตในภาครัฐของประเทศไทยต่อไป

จากการศึกษา ค้นคว้า และวิเคราะห์ ข้อความดังกล่าวข้างต้น บทความวิจัยชิ้นนี้ได้ ข้อเสนอแนะว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 ควรที่จะเพิ่มอำนาจให้เจ้าหน้าที่สามารถใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐาน ในการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อการปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ เนื่องจากอำนาจในการ แสวงหาพยานหลักฐานโดยทั่วไปนั้นไม่ประสิทธิภาพเพียงพอที่จะสามารถแสวงหาพยานหลักฐาน เพื่อปราบปรามการทุจริตในภาครัฐได้ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยาน หลักฐานมีลักษณะที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน จึงต้องมีการจัดขอบเขตการใช้วิธีการพิเศษเพื่อ การแสวงหาพยานหลักฐาน เพื่อให้กระทำตามความเหมาะสมและจำเป็นเท่านั้น

คำสำคัญ : การป้องกันและปราบปรามการทุจริต, วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐาน, สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

Abstract

This research article aims to propose the legislating of the special investigative techniques from Article 50(1) of the United Nations Convention against Corruption (UNCAC) into the Organic Act on Anti-Corruption Act B.E. 2561 (2018) of Thailand.

A doctrinal research methodology was imposed in this research article by conducting a comprehensive analysis of the obligations under Article 50 of the UNCAC. Furthermore, the domestic laws of England and Wales, the United States of America and the Netherlands relating to the issues would be critical analysis to compare with the domestic laws of Thailand. Consequently, the results of this research will contribute to the development of the use of special investigative

techniques, as legal instruments to combat public sector's corruption in Thailand.

Eventually, this research article had concluded that the special investigative techniques needed to be legislating into the Organic Act on Anti-Corruption Act B.E. 2561 (2018) of Thailand to successfully combat public sector's corruption in Thailand because the conventional investigative techniques are insufficient to obtain criminal evidence in the corruption cases. Nonetheless, there must be a strike balance between the imposing of the special investigative techniques and the violation of individual's human rights.

Keywords: The Prevention and Suppression of Corruption, Special investigative techniques, The Office of the National Anti-Corruption Commission of Thailand¹.

1. บทนำ

1.1 ที่มาและความสำคัญ

ประเทศไทยเป็นอีกประเทศหนึ่งที่ประสบปัญหาการทุจริตในภาครัฐมาอย่างยาวนานในทุกๆปี องค์กรเพื่อความโปร่งใสนานาชาติ (Transparency International) จะทำการประเมินและจัดอันดับค่าคะแนนดัชนีการรับรู้การทุจริต (Corruption Perceptions Index) หรือ CPI Rank ของแต่ละประเทศทั่วโลก โดยในปี พ.ศ. 2565 ประเทศไทยได้อันดับที่ 101 จาก 180 ประเทศ และได้รับคะแนน CPI 36 จาก 100¹ ทั้งนี้ในการจัดอันดับนั้น คะแนนที่สูงกว่าหมายถึงมีการทุจริตที่น้อย ทั้งนี้จะเห็นได้ว่าประเทศไทยนั้นจัดว่าอยู่ในระดับที่ต่ำกว่าค่าเฉลี่ยจาก 180 ประเทศที่อยู่ที 43 คะแนนและเฉพาะเอเชียแปซิฟิก มีค่าคะแนนเฉลี่ยที่ 45 คะแนน นอกเหนือไปจากนี้ คะแนนดังกล่าวนี้ยังถือว่าน้อยมาก หากเปรียบเทียบกับค่าเฉลี่ยของประเทศที่พัฒนาแล้วในฝั่งยุโรปตะวันตก ซึ่งมีคะแนนเฉลี่ยอยู่ที่ 66 คะแนน

ในระดับสากลปัญหาการทุจริตในภาครัฐนั้นเป็นปัญหาที่สำคัญของทุกประเทศเช่นเดียวกัน ด้วยเหตุนี้ ในปี ค.ศ. 2003 องค์กรสหประชาชาติจึงได้จัดทำอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต หรือ United Nations Convention against Corruption (UNCAC) ขึ้น

¹ Transparency International. 2565. "Thailand." [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://www.transparency.org/en/cpi/2022/index/tha> [28 ตุลาคม 2566]

โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศที่กำหนดแนวทางปฏิบัติอันเป็นการป้องกันและปราบปรามการทุจริตฉบับแรกในระดับนานาชาติ ในปัจจุบันอนุสัญญาดังกล่าวนั้นมีรัฐภาคีรวมทั้งสิ้น 189 ประเทศ ทั้งนี้ ประเทศไทยเองก็เป็นหนึ่งในภาคีแห่งอนุสัญญาดังกล่าว โดยได้ลงนามและให้สัตยาบันเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาเมื่อวันที่ 9 ธันวาคม พ.ศ. 2546 และ 1 มีนาคม พ.ศ. 2554 ตามลำดับ ทำให้ประเทศไทยนั้นมีพันธะกรณีที่จะต้องอนุวัติตามอนุสัญญาดังกล่าว โดยต้องนำหลักการสำคัญของอนุสัญญาดังกล่าวมาบัญญัติเป็นกฎหมายเพื่อบังคับใช้ในระดับประเทศต่อไป

ทั้งนี้ มาตรา 50(1) แห่งอนุสัญญาดังกล่าวนั้นได้แนะนำให้มีการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีที่เกี่ยวข้องกับการทุจริตไว้เป็นพิเศษ เนื่องจากคดีที่เกี่ยวข้องกับการทุจริต โดยเฉพาะการทุจริตในภาครัฐนั้น ส่วนใหญ่มีลักษณะเฉพาะและมีความซับซ้อนมากกว่าคดีอาญาทั่วไป ดังนั้นการใช้เพียงวิธีการทั่วไปเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อมาดำเนินคดีการทุจริตนั้นจึงกระทำได้อย่าง ทั้งนี้มาตรา 50(1) ได้กำหนดวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานไว้ 3 รูปแบบ ได้แก่ การแสวงหาพยานหลักฐานโดยใช้การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุม (Controlled Delivery) การสะกดรอยโดยใช้ เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ หรือด้วยวิธีการอื่นใด (Electronic or other forms of surveillance) และการแสวงหาพยานหลักฐานโดยใช้การปฏิบัติการอำพราง (Undercover Operation)

ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นว่าประเทศไทยนั้นเป็นภาคีอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านทุจริต ประเทศไทยจึงมีพันธะที่จะต้องปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่บังคับใช้ในประเทศในส่วนที่เกี่ยวข้องเรื่องดังกล่าวให้สอดคล้องกับพันธะตามอนุสัญญา ในปัจจุบันแม้จะมีพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 เป็นกฎหมายหลักในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ แต่พระราชบัญญัติ ดังกล่าวกลับไม่ได้อนุญาตให้เจ้าหน้าที่สามารถใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานได้ ทำให้การแสวงหาพยานหลักฐานในคดีทุจริตนั้น จำต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติทั่วไป กล่าวคือ กระทำโดยการใช่วิธีการทั่วไปเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งดังที่กล่าวไว้ข้างต้นแล้วนั้นว่า คดีทุจริตนั้นมีลักษณะเฉพาะและซับซ้อนกว่าคดีอาญาทั่วไป ดังนั้นการใช้วิธีการทั่วไปเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีทุจริตนั้น อาจกระทำได้อย่างหรือไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร ทั้งนี้ ถึงแม้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานตามมาตรา 50(1) แห่งอนุสัญญาจะไม่ได้อยู่ในส่วนของพันธะที่รัฐภาคีจำเป็นต้องปฏิบัติตามตามอนุสัญญา แต่เพื่อประสิทธิภาพและประสิทธิผลในการปราบปรามการทุจริตในภาครัฐแล้วนั้น การอนุญาตให้มีการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานได้แล้วนั้น ย่อมจะช่วยให้การแสวงหาพยานหลักฐานในคดีทุจริต

ในภาครัฐได้มากและสะดวกยิ่งขึ้น ซึ่งหากประเทศไทยมีความประสงค์ที่จะป้องกันและปราบปราม การทุจริตในภาครัฐได้อย่างประสบความสำเร็จแล้วนั้น วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐาน จึงเป็นเครื่องมือที่มีความจำเป็นอย่างยิ่ง อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า การใช้วิธีพิเศษเพื่อการแสวงหา พยานหลักฐานนั้นอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ ดังนั้นประเทศไทยจึงจำเป็นต้อง ที่จะต้องปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวให้มีทั้งประสิทธิภาพและไม่เป็นการ ละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลจนเกินกว่าเหตุ

บทความวิจัยฉบับนี้ จึงศึกษาเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วย การป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 กับ มาตรา 50(1) แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติ ว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ.2003 (United Nations Convention against Corruption หรือ UNCAC) และกฎหมายภายในของสหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์) สหรัฐอเมริกาและ ประเทศเนเธอร์แลนด์ที่เกี่ยวข้องกับการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐาน เพื่อนำเสนอ การแก้ไข ปรับปรุงพระราชบัญญัติดังกล่าวต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

1.2.1 เพื่อศึกษาแนวคิดและหลักการของการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยาน หลักฐานในคดีที่ทุจริตในภาครัฐตามมาตรา 50(1) แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้าน การทุจริต ค.ศ. 2003

1.2.2 เพื่อศึกษาบทบัญญัติของกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ ที่เกี่ยวข้องกับการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีทุจริตในภาครัฐ

1.2.3 เพื่อศึกษาถึงผลกระทบของการบังคับใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยาน หลักฐานในคดีที่ทุจริตในภาครัฐ ซึ่งกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล เพื่อให้สามารถนำไปใช้ได้ อย่างมีประสิทธิภาพ

1.2.4 เพื่อศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมตรวจสอบกระบวนการ ได้มาซึ่งพยานหลักฐานจากการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีทุจริต ในภาครัฐ

1.2.5 เพื่อศึกษาถึงความเป็นไปได้ในการแก้ไข ปรับปรุง พัฒนาบทบัญญัติของ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีทุจริตในภาครัฐของ ประเทศไทย

1.3 สมมติฐานของการศึกษาวิจัย

การใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานตามมาตรา 50(1) แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านทุจริตในคดีทุจริตนั้น เป็นวิธีการที่ได้รับการยอมรับในระดับนานาชาติ และเป็นวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานที่มีประสิทธิภาพและประสิทธิผลมากกว่าวิธีการทั่วไป เนื่องจากลักษณะของคดีทุจริตในภาครัฐมักเป็นการกระทำความผิดอาญาที่มีความร้ายแรงและมีรูปแบบการกระทำความผิดที่ซับซ้อน แตกต่างจากคดีอาญาทั่วไปจึงจำเป็นต้องใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐาน อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าการใช้วิธีพิเศษดังกล่าวนั้นมีความเสี่ยงที่จะส่งผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพต่างๆของประชาชน ดังนั้นการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานจะต้องกระทำภายใต้การควบคุมของกฎหมายอย่างเคร่งครัดและกระทำเท่าที่จำเป็นเท่านั้น

เนื่องจาก ประเทศไทยนั้นยังไม่มีกฎหมายที่รองรับการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีทุจริตในภาครัฐไว้โดยตรง งานวิจัยฉบับนี้จึงเสนอแนะให้บัญญัติวิธีการพิเศษดังกล่าวเพิ่มเติมในกฎหมายการป้องกันและปราบปรามการทุจริตของประเทศไทย ซึ่งก็คือ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 โดยให้มีรายละเอียดที่รวมถึงการกำหนดขอบเขตการใช้ที่ชัดเจน เพื่อควบคุมการใช้วิธีการพิเศษดังกล่าวให้มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด

1.4 ขอบเขตการศึกษาวิจัย

งานวิจัยฉบับนี้มุ่งเน้นศึกษาวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีทุจริตในภาครัฐตามมาตรา 50(1) แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 ซึ่งประกอบด้วยวิธีการ 3 วิธี ได้แก่

- (1) การแสวงหาพยานหลักฐานโดยใช้การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุม (Controlled Delivery)
- (2) การแสวงหาพยานหลักฐานโดยใช้วิธีการสอดส่องโดยใช้เครื่องมือสื่อสารโทรคมนาคม เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ หรือด้วยวิธีการอื่นใด (Electronic or other forms of surveillance)
- (3) การแสวงหาพยานหลักฐานโดยใช้การปฏิบัติการอำพราง (Undercover Operation)

ทั้งนี้เนื่องจากคดีในลักษณะดังกล่าวมีลักษณะที่เฉพาะตัว ซึ่งการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานนอกเหนือจากวิธีการทั่วไปเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานนั้นจะทำให้

การแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อนำมาดำเนินคดีเป็นไปได้อย่างราบรื่นมากยิ่งขึ้น นอกเหนือไปจากนี้ งานวิจัยฉบับนี้ยังมุ่งที่จะศึกษาแนวคิดและหลักการที่เกี่ยวกับพยานหลักฐานในคดีอาญา แนวความคิดในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล และความชอบด้วยกฎหมายของพยานหลักฐานที่ได้จากวิธีการพิเศษนี้ โดยการศึกษาและวิเคราะห์ด้วยบทกฎหมายและกรณีศึกษาทั้งในประเทศและต่างประเทศ เพื่อเสนอแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายของประเทศไทยในประเด็นดังกล่าว

1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

งานวิจัยชิ้นนี้เป็นการวิจัยเอกสาร (documentary research) และการวิจัยเปรียบเทียบ (comparative research) เพื่อรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานภายใต้กฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต

ในส่วนของการวิจัยเอกสารนั้นจะทำการวิจัยโดยใช้เอกสารทั้งประเภทปฐมภูมิ (primary resources) เช่น กฎหมายสารบัญญัติ กฎหมายวิธีสบัญญัติและคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้วิธีการพิเศษในการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อปราบปรามการทุจริต และเอกสารประเภททุติยภูมิ (secondary resources) เช่น หนังสือ รายงานการวิจัยบทความวิชาการและข้อเขียนประเภทอื่น ทั้งที่มีการตีพิมพ์และที่สามารถสืบค้นได้ทางอินเทอร์เน็ต ทั้งนี้ความมุ่งหมายของการวิจัยเอกสาร คือ การรวบรวม ศึกษาวิเคราะห์และเปรียบเทียบข้อมูลทั้งหมดเพื่อให้ได้มาซึ่งภาพรวมของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อป้องกันและปราบปรามการทุจริต

ในส่วนของการวิจัยเปรียบเทียบนั้นจะกระทำโดยการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายภายในของประเทศไทยกับประเทศเนเธอร์แลนด์ สหรัฐอเมริกา (กฎหมายสหพันธรัฐ) สหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์) รวมถึงอนุสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องอย่าง อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 หรือ United Nations Convention against Corruption (UNCAC-2003) ซึ่งเป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศหลักที่กำหนดแนวทางเกี่ยวกับการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ โดยจุดประสงค์หลักของการวิจัยเปรียบเทียบนั้นเพื่อนำข้อมูลจากระบบกฎหมายที่แตกต่างกันของแต่ละประเทศมาศึกษาวิเคราะห์ ความเหมือนและความแตกต่าง รวมถึงการวิเคราะห์ข้อดีและข้อเสีย เพื่อที่จะสามารถเสนอแนวทางแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐในประเทศไทยได้ต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย

1.6.1 เพื่อให้ทราบถึงแนวคิดและหลักการของการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีทุจริตในภาคีรัฐตามมาตรา 50(1) แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003

1.6.2 เพื่อให้ทราบถึงบทบัญญัติของกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีทุจริตในภาคีรัฐ

1.6.3 เพื่อให้ทราบถึงผลกระทบของการบังคับใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีทุจริตในภาคีรัฐ ซึ่งกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล เพื่อให้สามารถนำวิธีการพิเศษไปใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

1.6.4 เพื่อให้ทราบถึงมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมตรวจสอบกระบวนการได้มาซึ่งพยานหลักฐานจากการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีทุจริตในภาคีรัฐ

1.6.5 เพื่อให้ได้แนวทางในการแก้ไข ปรับปรุง พัฒนาบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐาน เพื่อให้วิธีพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานตามมาตรา 50(1) แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 นี้สามารถนำไปใช้ในการปราบปรามการทุจริตในภาคีรัฐของประเทศไทยได้อย่างมีประสิทธิภาพและส่งผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ ของประชาชนให้น้อยที่สุด

2. พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561

ในปัจจุบัน พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 เป็นกฎหมายหลักในการป้องกันและปราบปรามทุจริตของประเทศไทยโดยมีคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ หรือ ป.ป.ช. เป็นหน่วยงานหลักที่บังคับใช้กฎหมายดังกล่าว โดยพระราชบัญญัตินี้ ได้บัญญัติมาตรการต่างๆ มากมายเพื่อปราบปรามการทุจริตในภาคีรัฐ เช่น การกำหนดอัตราโทษสูงสุดเป็นการจำคุกตลอดชีวิตในความผิดฐาน เรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบ เพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในตำแหน่งไม่ว่าการนั้นจะชอบหรือมิชอบด้วยหน้าที่² การไล่ออกจากตำแหน่ง

² พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มาตรา 173.

ในกรณีถูกตรวจพบว่าร่ำรวยผิดปกติ³ หรือการริบทรัพย์สินที่ร่ำรวยผิดปกติให้ตกเป็นของแผ่นดิน⁴ นอกจากนี้ พระราชบัญญัตินี้ยังได้กำหนดมาตรการหลาย ๆ มาตรการในการสนับสนุนและปกป้องสายข่าวและผู้ให้ข้อมูลที่สำคัญเกี่ยวกับการทุจริตในภาครัฐ เช่น การห้ามเปิดเผยข้อมูลพยานบุคคล⁵ การคุ้มครองพยาน⁶ การให้รางวัล การเลื่อนชั้นเงินเดือนและตำแหน่งกรณีเป็นเจ้าหน้าที่รัฐ⁷ การกั้นบุคคลไว้เป็นพยานเพื่อไม่ดำเนินคดีกับเจ้าหน้าที่รัฐ⁸

ในส่วนของอำนาจการสืบสวนการทุจริตในภาครัฐ ที่ภายใต้พระราชบัญญัตินี้ เรียกว่า การไต่สวน⁹ นั้นเป็นไปตาม มาตรา 40 ซึ่งบัญญัติว่า

“ในการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้

(1) ให้ประธานกรรมการและกรรมการ เป็นเจ้าพนักงานในการยุติธรรมตามประมวลกฎหมายอาญา

(2) ให้กรรมการไต่สวน หัวหน้าพนักงานไต่สวน พนักงานไต่สวน และพนักงานเจ้าหน้าที่ เป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา

ในการดำเนินการตรวจสอบ การสอบสวน การไต่สวน หรือการไต่สวนเบื้องต้นตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ ให้ประธานกรรมการ กรรมการ กรรมการไต่สวน เลขานุการ หัวหน้าพนักงานไต่สวนและพนักงานไต่สวน เป็นพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่ และมีอำนาจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเช่นเดียวกับพนักงานสอบสวนด้วย

เพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดีตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายหรือมอบอำนาจในการฟ้องคดี ว่าต่าง หรือดำเนินคดีแทนคณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจว่าความ และดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นศาลได้ ทั้งนี้ ตามระเบียบที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. กำหนด”¹⁰

³ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มาตรา 122.

⁴ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มาตรา 122.

⁵ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มาตรา 36 และ 72.

⁶ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มาตรา 131 วรรค 1 และ มาตรา 133.

⁷ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มาตรา 131 วรรค 4.

⁸ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มาตรา 135.

⁹ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มาตรา 4

“ไต่สวน” หมายความว่า การแสวงหา รวบรวม และการดำเนินการอื่นใด เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริงและพยานหลักฐาน.

¹⁰ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มาตรา 40.

จะเห็นได้ว่าถึงแม้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 ได้กำหนดมาตรการหลายอย่างเพื่อปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ แต่มาตรการต่างๆข้างต้นอาจไม่เพียงพอที่จะปราบปรามการทุจริตในภาครัฐได้เพราะเน้นการแก้ปัญหาที่ปลายเหตุ เช่น การริบทรัพย์สินที่ร่ำรวยผิดปกติให้ตกเป็นของแผ่นดินนั้น เป็นมาตรการที่เกิดหลังการทุจริตไปแล้วนั้น หรือกรณีการลงโทษในความผิดฐานรับสินบนหรือการไล่ออกรณที่ร่ำรวยผิดปกติก็เช่นเดียวกัน เพราะการทุจริตในภาครัฐนั้นได้เกิดขึ้นแล้ว และการที่จะสามารถใช้มาตรการข้างต้นได้นั้นก็จำเป็นต้องมีพยานหลักฐานเพื่อดำเนินคดีเสียก่อน ดังนั้นมาตรการที่สำคัญที่สุดจึงเป็นมาตรการทางกฎหมายในขั้นตอนของการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิด

อย่างไรก็ตามในขั้นตอนของการแสวงหาพยานหลักฐานนั้น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 อนุญาตให้เจ้าหน้าที่ใช้เพียงวิธีการทั่วไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในการแสวงหาพยานหลักฐานเท่านั้น¹¹ เช่น การออกหมายเรียก¹² การออกหมายจับโดยขออนุญาตจากศาล¹³ การออกหมายค้น¹⁴ ไม่ปรากฏข้อความที่อนุญาตให้ใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานตามมาตรา 50 (1) แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 กล่าวคือ การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุม การปฏิบัติการอำพรางและการสอดแนม แต่อย่างไร ซึ่งในความเป็นจริงการกระทำการทุจริตในภาครัฐนั้นมักมีการกระทำในลักษณะที่เป็นการร่วมกันกระทำการของเจ้าหน้าที่ที่รับผิดชอบในหลายระดับ โดยมักเป็นการกระทำความผิดที่ผู้บังคับบัญชาที่มีตำแหน่งและอำนาจสูงกว่าสั่งการให้ผู้ใต้บังคับบัญชาดำเนินการทุจริต และเพื่อหลบเลี่ยงจากการถูกดำเนินคดีตามกฎหมาย เจ้าหน้าที่รัฐระดับสูงเหล่านี้จึงมักจะใช้การสั่งการด้วยวาจาหรือสั่งการทางโทรศัพท์แทนการสั่งการที่เป็นรูปแบบลายลักษณ์อักษร ด้วยวิธีการดังกล่าวจึงส่งผลให้วิธีการแสวงหาพยานหลักฐานทั่วไป จึงไม่สามารถหาพยานหลักฐานที่จะเชื่อมโยงไปถึงผู้บังคับบัญชาที่สั่งการทางวาจาหรือโทรศัพท์ได้ ในส่วนนี้เองการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐาน เช่น การสอดแนมทางโทรศัพท์ จึงย่อมเป็นมาตรการที่มีความจำเป็นต้องนำมาใช้ในการนำตัวผู้ร่วมผู้กระทำผิดที่มีตำแหน่งสูงมาลงโทษตามกฎหมายร่วมกับผู้กระทำผิดรายอื่นได้

¹¹ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มาตรา 40 วรรค 2.

¹² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2477 มาตรา 25.

¹³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2477 มาตรา 59.

¹⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2477 มาตรา 59.

นอกจากนี้ มีข้อควรสังเกตว่าก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 นั้น วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานได้ถูกบัญญัติไว้ในร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตเมื่อครั้งที่นำร่างฯ นี้เข้าเสนอต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติ แต่อย่างไรก็ดีเรื่องดังกล่าวกลับถูกโต้แย้งอย่างหนักโดยสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ เนื่องจากมีความกังวลว่าการอนุญาตให้ใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานนั้นจะเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนและมีความกังวลว่าวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานนั้นจะถูกใช้ผิดวัตถุประสงค์เพื่อเป็นเครื่องมือในการทำลายคู่แข่งทางการเมืองแทน¹⁵ ในการนี้ พลตำรวจเอก วัชรพล ประสารราชกิจ ประธานกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติในเวลานั้น ได้โต้แย้งในประเด็นนี้ว่าสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติมีความจำเป็นที่จะต้องใช้วิธีการพิเศษเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานในการปราบปรามการทุจริตในภาครัฐเป็นอย่างยิ่ง¹⁶ แต่อย่างไรก็ดี ทำที่สุดแล้ว ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้ตัดสินใจที่จะเพิกถอนวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานออกจากร่างฯดังกล่าว¹⁷

จึงอาจกล่าวได้ว่าการตัดสินใจของสภานิติบัญญัติแห่งชาติที่เพิกถอนวิธีการพิเศษเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานออกไปนั้นนอกจากจะเป็นการกระทบต่อพันธกิจในการอนุวัติวิธีการพิเศษตามอนุสัญญาดังกล่าวแล้วยังส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพในการปราบปรามการทุจริตในภาครัฐของเจ้าหน้าที่สำนักงานปราบปรามการทุจริตแห่งชาติอีกด้วย เพราะ ทำให้เจ้าหน้าที่ต้องอาศัยวิธีการทั่วไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เพียงอย่างเดียวในการปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ ซึ่งความสำคัญของวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีที่เกี่ยวข้องกับการทุจริตที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้น อาจยืนยันได้จากความพยายามในการผลักดันเรื่องดังกล่าวของสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเองอีกครั้ง โดยในวันที่ 6 พฤษภาคม พ.ศ. 2566 จดหมายข่าวของสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติได้ระบุว่า สำนักงานฯ ได้มีการจัดทำร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการ

¹⁵ สำนักข่าวกรมประชาสัมพันธ์. 2560. “ประธานกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ย้ำเสนอมาตรา 37/1 ที่เพิ่มอำนาจให้ ป.ป.ช. ดักฟังโทรศัพท์ อีเมล และตรวจดูแชทไลน์ ของผู้ที่เกี่ยวข้องกระทำทุจริต เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการทำงาน ไม่ได้มีเจตนาละเมิดสิทธิเสรีภาพ” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://thainews.prd.go.th/th/news/detail/TNPOL6012290010010> [1 กันยายน 2566]

¹⁶ เรื่องเดียวกัน.

¹⁷ Thai Public Broadcasting Service. 2560. “สนช.สรุปถอนเพิ่มอำนาจ ป.ป.ช.ดักฟังโทรศัพท์.” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://www.thaipbs.or.th/news/content/268756> [28 ตุลาคม 2566]

ป้องกันและปราบปรามทุจริต ฉบับใหม่ขึ้นเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามทุจริตฉบับปัจจุบัน โดยเพิ่ม มาตรา34/1 เรื่อง การเพิ่มกลไกการดักฟัง การเพิ่มการตรวจสอบไต่สวนโดยวิธีพิเศษ โดยเพิ่มมาตรา 34/2 การดักฟัง มาตรา 34/3 การแฝงตัว และมาตรา 34/4 การสะกดรอย โดยในครั้งนี้จะมีการรับฟังความคิดเห็นถึงผลกระทบต่อประชาชนให้มากขึ้น จากเอกสารเผยแพร่ล่าสุดจึงเป็นการยืนยันถึงความสำคัญและจำเป็นของวิธีการพิเศษตามอนุสัญญาฯดังกล่าวต่อการปราบปรามการทุจริตในประเทศไทยได้อย่างชัดเจนทีเดียว

3. กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในระดับสากลและต่างประเทศ

3.1 อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ.2003 (United Nations Convention against Corruption หรือ UNCAC)

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตนั้นประกอบไปด้วย 8 บท ซึ่งแบ่งออกเป็น 71 มาตราเป็นที่น่าสังเกตว่าอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตนั้นมีได้ นิยามคำว่าทุจริตไว้ภายในอนุสัญญาแต่อย่างใด หากแต่อนุสัญญานี้บัญญัติและให้นิยามแก่พฤติกรรมที่มีลักษณะเป็นการทุจริตต่างๆที่รัฐภาคีควรบัญญัติฐานความผิดในกฎหมายภายในของตน ซึ่งฐานความผิดเหล่านี้ รวมถึง การให้สินบนแก่เจ้าหน้าที่ภายในหน่วยงานของรัฐ การกระทำการฟอกเงิน การยกยอกทรัพย์สินทั้งในภาครัฐและภาคเอกชนหรือการขัดขวางกระบวนการยุติธรรมทางอาญา¹⁸ โดยเจ้าหน้าที่รัฐผู้เป็นผู้กระทำการทุจริตตามนิยามของอนุสัญญาฯ นั้นหมายความรวมถึง ผู้ดำรงตำแหน่งในหน่วยงานนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการและศาล ไม่ว่าจะถูกเลือกตั้งหรือแต่งตั้งมาหรือบุคคลมีหน้าที่ทำงานหรือให้บริการแก่รัฐ¹⁹

ทั้งนี้อนุสัญญาดังกล่าวมีความโดดเด่นตรงที่มีการกำหนดมาตรการต่างๆ ทั้งมาตรการการป้องกันและปราบปราม เพื่อปราบปรามการทุจริต นอกเหนือจากการเน้นการปราบปรามการทุจริตในรัฐภาคีแล้วนั้น อนุสัญญาดังกล่าวยังได้เน้นการสร้างความร่วมมือในระดับนานาชาติในการปราบปรามการทุจริตแบบข้ามชาติอีกด้วย ดังนั้น รัฐภาคีแห่งอนุสัญญาจึงมีพันธะที่จะต้อง

¹⁸ The United Nations Convention against Corruption (adopted 31 October 2003 UNGA Res A/58/422) Chapter III Criminalization and law enforcement.

¹⁹ The United Nations Convention against Corruption (adopted 31 October 2003 UNGA Res A/58/422) Article 2.

สร้างความร่วมมือในทางอาญาในการสืบสวนการทุจริต อีกทั้งต้องกำหนดมาตรการทางแพ่งและการปกครองเพื่อเป็นการสนับสนุนการปราบปรามการทุจริตอีกด้วย²⁰ ซึ่งหนึ่งในมาตรการในการปราบปรามการทุจริตภายใต้อนุสัญญานั้นคือการแนะนำให้เจ้าหน้าที่ผู้มีส่วนในการปราบปรามการทุจริตใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานตามมาตรา 50(1) นั้นเอง โดยวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานตามความหมายของอนุสัญญานั้น ประกอบไปด้วย การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุม (controlled delivery) การปฏิบัติการอำพราง (undercover operations) และการสอดแนม (electronic or other forms of surveillance)²¹

3.1.1 การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุม

การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมเป็นวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานที่กระทำโดยการติดตามสิ่งของหรือการกระทำที่ผิดกฎหมายหรือต้องสงสัย เช่น ยาเสพติด ชายหญิงและเด็ก อาวุธสงคราม ธนบัตรปลอม เป็นต้น โดยเมื่อเจ้าหน้าที่สืบสวนได้ข้อมูลหรือรู้ว่าจะมีการกระทำผิดเกิดขึ้น แต่ยังไม่ดำเนินการจับกุมผู้กระทำโดยทันที หากแต่ปล่อยให้มีการเคลื่อนย้ายบุคคลหรือสิ่งของผิดกฎหมายนั้นไปยังจุดหมายปลายทางภายใต้การควบคุมของเจ้าหน้าที่เสียก่อน เพื่อให้สามารถขยายผลการจับกุมให้ได้ผู้กระทำผิดทั้งกระบวนการหรือเพื่อให้สามารถจับกุมบุคคลในระดับผู้สั่งการได้ ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวนี้จะต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของเจ้าหน้าที่อย่างใกล้ชิดและใช้ความระมัดระวังในการควบคุมอยู่ตลอดเวลาเพราะสิ่งของที่อยู่ภายใต้การควบคุมนั้นเป็นสิ่งผิดกฎหมาย²² การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมนั้นถูกอ้างถึงครั้งแรกใน อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบค้ายาเสพติดและวัตถุออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท ค.ศ. 1988 (United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances) และถูกกล่าวถึงและแนะนำให้ใช้เป็นหนึ่งเครื่องมือในการแสวงหาพยานหลักฐานในอนุสัญญาของสหประชาชาติอีกหลายฉบับๆ เช่น อนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000 (United Nations Convention against Transnational Organized Crime หรือ UNTOC) รวมถึงอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ.2003 ด้วย โดยนิยามของการเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมนั้นถูกบัญญัติอยู่

²⁰ Hannes Hechler, Mathias Huter, and Ruggero Scaturro, UNCAC in a Nutshell 2019, (UNCAC Coalition 2019) 1-2.

²¹ The United Nations Convention against Corruption (adopted 31 October 2003 UNGA Res A/58/422) Article 50 - Special investigative techniques.

²² P D Cutting, "The Technique of Controlled Delivery as a Weapon in Dealing with Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances." Bull Narc. 35, 4. (1983). 15-22.

ใน มาตรา 2 (i) ซึ่งบัญญัติว่า “การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุม นั้นหมายถึง วิธีการอนุญาตให้ของผิดกฎหมายหรือต้องสงสัยผ่านออกไปจาก ผ่าน หรือเข้าไปสู่เขตแดนของรัฐหนึ่งหรือมากกว่ารัฐหนึ่ง โดยการรับรู้และอยู่ภายใต้การติดตามดูแลของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ เพื่อการสืบสวนสอบสวนความผิดและเพื่อระบุตัวบุคคลที่เกี่ยวข้องในการกระทำความผิดนั้น”²³

3.1.2 การปฏิบัติการอำพราง

การปฏิบัติการอำพรางเป็นวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานที่ใช้เจ้าหน้าที่ให้เข้าไปแฝงตัวอยู่ในกลุ่มของผู้กระทำความผิด เพื่อรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อปราบปรามการกระทำผิดหรือดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดนั้นต่อไป ในบางกรณีนั้น การปฏิบัติการอำพรางอาจสามารถกระทำได้โดยบุคคลที่มิใช่เจ้าหน้าที่ก็ได้ หากแต่การปฏิบัติการนั้นจะต้องอยู่ภายใต้การติดตามและควบคุมอย่างใกล้ชิดจากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ²⁴ ในกรณีของการปฏิบัติการอำพรางนั้น อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตนั้นมิได้ให้นิยามของการปฏิบัติการอำพรางไว้แต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ตาม อาจพิจารณาจากตัวอย่างนิยามของการปฏิบัติการอำพรางภายใต้กฎหมายของประเทศไทยได้ โดยนิยามของการปฏิบัติการอำพรางนั้นอยู่ภายใต้ มาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 ซึ่งบัญญัติว่า “การปฏิบัติการอำพราง หมายความว่า การดำเนินการทั้งหลายเพื่อปิดบังสถานะหรือวัตถุประสงค์ของการดำเนินการโดยลวงผู้อื่นให้เข้าใจไปในทางอื่น หรือเพื่อมิให้รู้ความจริงเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงาน” โดยการปฏิบัติการอำพรางนั้น อาจสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ การปฏิบัติการอำพรางระยะสั้นและระยะยาว โดยปกติแล้วการปฏิบัติการอำพรางระยะสั้นนั้น จะใช้ในการสืบสวนคดีที่ไม่มีความซับซ้อน โดยวัตถุประสงค์ของการปฏิบัติการอำพรางนั้นก็คือ เนื่องจากในบางคดีนั้นมีลักษณะเฉพาะแตกต่างจากคดีอาญาทั่วไป การแสวงหาพยานหลักฐานโดยวิธีทั่วไปจึงไม่เพียงพอ จำต้องเข้าไปใกล้ชิดผู้ต้องสงสัยเพื่อหาพยานหลักฐานมาดำเนินคดีได้

3.1.3 การสอดแนม

การสอดแนมเป็นวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานโดยการเฝ้าดูผู้ต้องสงสัยหรือบุคคลที่มีการติดต่อสัมพันธ์กับผู้ต้องสงสัย ซึ่งการสอดแนมแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ การสอดแนมแบบใช้เจ้าหน้าที่ติดตามสอดแนมการเคลื่อนไหวหรือกิจกรรมต่าง ๆ ของตัวผู้ถูกสอดแนมและการ

²³ สหประชาชาติ The United Nations Convention against Corruption (adopted 31 October 2003 UNGA Res A/58/422) Article 2.

²⁴ E Kruisbergen, D de Jong and E Kleemans, “Undercover Policing.” *The British Journal of Criminology* 51, 2 (2011). 394-421.

สอดแนมแบบที่มีการใช้อุปกรณ์ทางอิเล็กทรอนิกส์²⁵ ซึ่งการสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นสามารถกระทำได้ในหลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการดักข้อมูลการติดต่อสื่อสารทางระบบโทรศัพท์ ระบบไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ การใช้เครื่องดักเสียง การติดตั้งเครื่องบันทึกเสียง การใช้กล้องบันทึกภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหวของผู้ถูกสอดแนม หรือการติดตั้งอุปกรณ์เพื่อติดตามการเคลื่อนไหวของผู้ถูกสอดแนม เป็นต้น²⁶ ทั้งนี้อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตนั้นมิได้ให้นิยามของการสอดแนมไว้แต่อย่างใด แต่ทั้งนี้ อาจพิจารณาตัวอย่างของการสอดแนมภายใต้กฎหมายของประเทศไทยซึ่งถูกบัญญัติอยู่ในมาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 ซึ่งบัญญัติถึงการอนุญาตให้มีการสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์ในรูปแบบของการได้มาซึ่งเอกสารหรือข้อมูลข่าวสาร

3.2 ประเทศเนเธอร์แลนด์

ประเทศเนเธอร์แลนด์ได้ลงนามในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต (UNCAC) เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 2003 และอนุวัติอนุสัญญาดังกล่าวในวันที่ 31 ตุลาคม ค.ศ. 2006²⁷ โดยข้อมูลจากรายงานขององค์กรสหประชาชาติเรื่องการติดตามพันธกิจของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต (UNCAC) แสดงให้เห็นว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแห่งเนเธอร์แลนด์ได้อนุญาตให้มีการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานทุกชนิดตามมาตรา 50 (1) แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต (UNCAC) ในการปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ นอกเหนือไปจากนี้ พยานหลักฐานที่ได้จากใช้วิธีการพิเศษนั้นยังสามารถใช้ในการดำเนินคดีและรับฟังได้ในชั้นศาลอีกด้วย²⁸

3.2.1 การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุม

โดยหลักการแล้วสำหรับประเทศที่เป็นสมาชิกสหภาพยุโรป อย่างประเทศเนเธอร์แลนด์นั้น การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมนั้นสามารถกระทำได้ตามมาตรา 22 แห่งอนุสัญญาความช่วยเหลือและร่วมมือการบริหารเฉพาะเรื่องระหว่างประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป (Convention on Mutual Assistance And Cooperation Between Customs Administrations

²⁵ United Nations on Drugs and Crime, **Current Practices in Electronic Surveillance in the Investigation of Serious and Organized Crime** (UNODC 2009).

²⁶ เรื่องเดียวกัน.

²⁷ United Nations on Drugs and Crime. 2566. "Signature and Ratification Status." [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/ratification-status.html> [28 ตุลาคม 2566]

²⁸ United Nations, Review of implementation of the United Nations Convention against Corruption CAC/COSP/IRG/2014/CRP.7.

of Member States of the European Union) และมาตรา 12 แห่งอนุสัญญาความช่วยเหลือในเรื่องคดีอาญาระหว่างประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป (Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters Between the Member States of the European Union) ภายใต้อนุสัญญาข้างต้น ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปนั้นมีหน้าที่ที่จะต้องจัดการให้กฎหมายภายในของประเทศตนอนุญาตให้สามารถให้การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมเป็นวิธีพิเศษเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานได้ในคดีที่มีลักษณะเป็นอาชญากรรมข้ามชาติ โดยคดีที่มีลักษณะเป็นอาชญากรรมข้ามชาติในความหมายของอนุสัญญาเหล่านี้ ได้แก่ คดีที่เกี่ยวข้องกับยาและสารเสพติดและคดีอื่นๆ ที่เกี่ยวกับการขนย้ายเงิน อาวุธและทรัพย์สินผิดกฎหมายอื่นๆ

ในส่วนของตัวกฎหมายภายในของประเทศเนเธอร์แลนด์เองก็ได้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการให้การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมได้ในฐานะวิธีการพิเศษเพื่อแสวงหาพยานหลักฐาน ทั้งนี้ ก่อนปฏิบัติการดังกล่าวจะต้องมีการออกหมายให้อำนาจปฏิบัติการโดยพนักงานอัยการโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติวิธีการพิเศษเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานที่เป็นส่วนหนึ่งของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์²⁹ โดย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ มาตรา 126ff บัญญัติว่า

“1. พนักงานสอบสวนผู้มีอำนาจปฏิบัติการตามหมายตามนियามในบทที่ Iva ถึง V และ Vb นั้น ต้องใช้อำนาจในการยึดทรัพย์สินตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ ทั้งนี้หากการปฏิบัติการตามหมายนั้นทำให้เจ้าพนักงานรู้ข้อมูลเกี่ยวกับแหล่งที่อยู่หรือการครอบครองของทรัพย์สินผิดกฎหมายที่อาจส่งผลกระทบต่ออนามัยสาธารณะหรืออาจมีอันตรายต่อความปลอดภัย อาจมีการชะลอเข้ายึดทรัพย์สินได้ทั้งนี้การชะลอดังกล่าวจะกระทำได้อต่อเมื่อการกระทำนั้นมีผลประโยชน์ต่อการสืบสวนเท่านั้น”³⁰

นอกเหนือจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์แล้ว การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมยังถูกกำกับโดย Infiltration Directive ที่ถูกรับรองโดยที่ประชุมใหญ่อัยการลงวันที่ 20 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1991³¹ ซึ่งแยกระหว่างการเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมที่เจ้าหน้าที่ตำรวจเป็นผู้ร่วมสังเกตการณ์และการเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมที่เจ้าหน้าที่ตำรวจและกระทรวงยุติธรรมเป็นผู้นำปฏิบัติการ

²⁹ IMF, Kingdom of Netherlands-Netherlands: Detailed and Assessment of Standards and Codes (IMF 2004).

³⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ มาตรา 126ff.

³¹ Richtlijn infiltratie, vastgesteld door de Vergadering van procureurs-generaal van 20 februari 1991.

ทั้งนี้หลักการสำคัญในการปฏิบัติการเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมของประเทศเนเธอร์แลนด์นั้นอาศัยสามหลักการใหญ่ ได้แก่ หลักความเป็นสัดส่วน หลักจุดเริ่มต้น และหลักประสิทธิภาพ ซึ่งหมายความว่า การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมนั้นจะกระทำได้ต่อเมื่ออาชญากรรมที่คาดว่าจะเกิดขึ้นในอนาคตนั้นจะถูกกระทำโดยองค์กรอาชญากรรมหรือในกรณีที่มีวิธีการสืบสวนอื่น ๆ นั้นไม่เหมาะสมต่อสภาพอาชญากรรมนั้นๆ³²

เป็นที่น่าสังเกตว่าการอนุญาตให้ปฏิบัติการเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมของประเทศเนเธอร์แลนด์นั้นกระทำภายใต้หลักการว่าด้วยโอกาส (opportunity principle) กล่าวคือ ในกรณีที่มีอาชญากรรมเกิดขึ้น เช่น เมื่อมีการขนยาเสพติดเกิดขึ้น พนักงานอัยการนั้นมีดุลยพินิจที่จะอนุญาตปฏิบัติการหรือไม่ก็ได้ ทั้งนี้การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมนั้นสามารถนำมาใช้ในการสืบสวนคดีทุจริตในภาครัฐได้เช่นกัน เนื่องจากกฎหมายไม่ได้จำกัดประเภทของคดีที่สามารถการเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมไว้ อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัตินั้น การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมนั้นส่วนใหญ่จะใช้คู่กับการสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์หรือการใช้สายข่าว เว้นเสียแต่ว่าในคดีที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินผิดกฎหมายที่การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมจะถูกใช้เป็นวิธีหลักในการสืบสวนวิธีเดียว ซึ่งขั้นตอนตามกฎหมายที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ตำรวจที่มีความประสงค์จะใช้วิธีการการเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมจะต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานอัยการก่อนจึงจะดำเนินการได้นั้น ถือว่าเป็นการถ่วงดุลที่ตีระหว่งการควบคุมอาชญากรรม (Crime Control) และกระบวนการนิติธรรม (Due Process) เพื่อให้กระทบต่อสิทธิเสรีภาพประชาชนให้น้อยที่สุด³³

3.2.2 การปฏิบัติการอำพราง

โดยหลักการแล้วปฏิบัติอำพรางจะสามารถกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายในประเทศเนเธอร์แลนด์ แต่อำนาจในการปฏิบัติการอำพรางนั้นกลับมิใช่อำนาจโดยตรงตามบทบัญญัติใด หากแต่เป็นอำนาจโดยอ้อมจากการตีความอำนาจในการสืบสวนสอบสวนคดีอาญาของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ตามมาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติตำรวจเนเธอร์แลนด์ และอำนาจในการสืบสวนคดีอาญาของพนักงานอัยการตามมาตรา 132a แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ ประกอบกับอำนาจของเจ้าหน้าที่พิเศษที่ถูกแต่งตั้งเพื่อสืบสวนคดีตามมาตรา 142³⁴ และ อำนาจสืบสวนตามมาตรา 126j (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์

³² C Joubert and H Beaver, *Schengen Investigated: A Comparative Interpretation of the Schengen Provisions on International Police Cooperation in the Light of the European Convention on Human Rights* (Martinus Nijhoff, 1996).

³³ P Gounev, et al, *AMOC Report* (European Commission, 2015).

³⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ มาตรา 142.

โดยมาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติตำรวจเนเธอร์แลนด์ บัญญัติว่า

“หน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจคือ การใช้อำนาจตามที่กฎหมายที่เกี่ยวข้องได้ให้อำนาจไว้เพื่อการรักษาความสงบเรียบร้อยตามกฎหมายและเพื่อเป็นการช่วยเหลือผู้ที่ต้องการความช่วยเหลือ”³⁵

และมาตรา 132a แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ บัญญัติว่า

“การตรวจสอบ หมายถึง การสืบสวนคดีอาญาที่กระทำโดยพนักงานอัยการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประกอบการตัดสินใจในการกระทำตามกระบวนการกฎหมายอาญา”³⁶

ทั้งนี้เห็นได้ว่าบทบัญญัติข้างต้นทั้งสองนั้นบัญญัติไว้อย่างกว้างและได้ให้อำนาจพื้นฐานแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจและพนักงานอัยการในการปฏิบัติงานอันเป็นการสืบสวนสอบสวนอาชญากรรม ซึ่งในการนี้ รวมถึงการปฏิบัติการอำพรางเพื่อสืบสวนคดีด้วย

โดยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์นั้นได้ให้อำนาจการสืบสวนคดีอาญาทั่วไปไว้ตามมาตรา 126j (1) และ (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ ซึ่งบัญญัติว่า

“(1) ในกรณีที่มีเหตุอันควรสงสัยว่าจะมีการก่ออาชญากรรมขึ้น พนักงานอัยการสามารถที่จะสั่งให้ผู้บังคับใช้กฎหมายตามความหมายของมาตรา 141(b) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ ปฏิบัติการเก็บข้อมูลเกี่ยวกับผู้ต้องสงสัยได้ โดยไม่ต้องแสดงตนว่าเป็นผู้บังคับใช้กฎหมาย ทั้งนี้การกระทำดังกล่าวสามารถกระทำได้ตราบใดที่การกระทำดังกล่าวนั้นมีประโยชน์ต่อการสืบสวนเท่านั้น

(2) ระยะเวลาการออกหมายเพื่อปฏิบัติการนั้นสามารถออกได้สูงสุดเป็นเวลาสามเดือน และสามารถมีการขยายเวลาได้สูงสุดเป็นเวลาสามเดือนต่อการขยายเวลาหนึ่งครั้ง”³⁷

ทั้งนี้การปฏิบัติการอำพรางนั้นจะกระทำต่อเมื่อได้รับหมายอนุญาตให้ปฏิบัติได้แล้วเท่านั้น และอำนาจในการออกหมายดังกล่าวก็เป็นอำนาจของพนักงานอัยการตามความในมาตรา 126j (1) และ (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ ข้างต้น โดย

³⁵ พระราชบัญญัติตำรวจเนเธอร์แลนด์ มาตรา 2.

³⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ มาตรา 132a.

³⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ มาตรา 126j.

การพิจารณาอนุญาตใช้ปฏิบัติการอำพรางนั้นกระทำโดยพิจารณาตามหลักความเหมาะสมซึ่งพิจารณาจากความร้ายแรงของอาชญากรรมที่ทำการสืบสวน³⁸

จากข้อมูลดังกล่าวข้างต้นอาจสรุปได้ว่า การปฏิบัติการอำพรางเพื่อเข้าสืบสวนหาข้อมูลการกระทำความผิดอาญานั้น สามารถกระทำได้ตามกฎหมายเนเธอร์แลนด์ถึงแม้จะไม่ได้มีบทบัญญัติให้อำนาจไว้โดยตรงและการปฏิบัติการอำพรางจะสามารถกระทำต่อเมื่อได้รับหมายอนุญาตจากพนักงานอัยการเท่านั้น

การศึกษาวิจัยในเชิงประจักษ์ในประสิทธิผลของการปฏิบัติการอำพรางเพื่อเข้าถึงข้อมูลนั้นมีจำกัด แต่อย่างไรก็ดี ในประเทศเนเธอร์แลนด์ มีการทำการศึกษารายขึ้นในปี ค.ศ. 2004 จำนวน 34 คดี พบว่า มีเพียง 12 คดีเท่านั้นที่การปฏิบัติการอำพรางเพื่อเข้าสืบข้อมูลนั้นมีผลประโยชน์ต่อคดี ส่วนที่เหลืออีก 22 คดีนั้น พบว่าเจ้าหน้าที่ไม่สามารถเข้าถึงผู้ต้องสงสัยหลักได้ ส่งผลให้ไม่ได้ข้อมูลตามที่ต้องการ หรือในกรณีที่สามารถเข้าถึงได้ ก็ไม่ได้หลักฐานเพียงพอต่อการดำเนินคดี³⁹ อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัตินั้น เนื่องจากมีปัจจัยภายนอกอีกหลายอย่างที่ควบคุมไม่ได้ เพราะฉะนั้นจึงอาจทำให้ผลการศึกษาประสิทธิผลของการปฏิบัติการอำพรางเพื่อเข้าสืบข้อมูลคลาดเคลื่อนหรือไม่ประสบความสำเร็จกว่าความเป็นจริงได้

จากข้อมูลข้างต้นอาจสรุปได้ว่าในส่วนของการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ ของ ประชาชน ให้ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติการอำพรางให้น้อยที่สุดนั้น ประเทศเนเธอร์แลนด์ได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่ตำรวจต้องขออนุญาตใช้การปฏิบัติการอำพรางต่อพนักงานอัยการ โดยที่พนักงานอัยการจะอนุญาตให้ใช้ปฏิบัติการดังกล่าวได้ก็ต่อเมื่อผู้ขออนุญาตได้แสดงพยานหลักฐานว่าการกระทำดังกล่าวนั้นมีประโยชน์ต่อการสืบสวนเท่านั้น และทำได้แค่นระยะเวลาที่กำหนดในกฎหมายเท่านั้น ซึ่งการตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ตำรวจจากองค์กรภายนอกอย่างพนักงานอัยการเช่นนี้ย่อมเป็นหลักประกันว่าสิทธิ เสรีภาพ ของประชาชนจะไม่ถูกระทบจนเกินสมควรนั่นเอง

3.2.3 การสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์และการสอดแนมด้วยวิธีการอื่นๆ

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์อนุญาตให้เจ้าหน้าที่สามารถใช้การสอดแนมไว้สองประเภท ได้แก่ การเข้าสอดแนมแบบเข้าแทรกซึม (covert investigation/

³⁸ MFH Hirsch Ballin, *Anticipative Criminal Investigation* (Asser Press, 2012).

³⁹ K de Jong and Kleemans, (เชิงอรรถที่ 24).

infiltration) ในมาตรา 126h⁴⁰ โดยเป็นการให้เจ้าหน้าที่เข้าแทรกซึมร่วมกับผู้กระทำความผิดกฎหมายที่ต้องสงสัยว่ากำลังจะก่อหรือเตรียมการก่ออาชญากรรมอุกฉกรรจ์ ทั้งนี้เจ้าหน้าที่สามารถเข้าไปในพื้นที่ส่วนบุคคลได้หากอาชญากรรมอุกฉกรรจ์เป็นการขัดต่อกฎหมายอย่างร้ายแรงตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 67(1)⁴¹ และการสอดแนมแบบสะกดรอยตาม (Systematic Surveillance) ในมาตรา 126g⁴² โดยเป็นการให้เจ้าหน้าที่สอดแนมผู้ต้องสงสัยโดยสะกดรอยตามหรือเฝ้าดูพฤติกรรมและการเคลื่อนไหวของผู้ต้องสงสัยกรณีที่ต้องสงสัยว่าจะก่ออาชญากรรมอุกฉกรรจ์ ทั้งนี้อำนาจเหล่านี้รวมถึงกรณีที่เจ้าพนักงานสืบสวนเข้าสืบข้อมูลอย่างใกล้ชิดจากผู้ต้องสงสัยโดยที่ไม่ได้ระบุตัวตนว่าเป็นเจ้าหน้าที่สืบสวนอีกด้วย

การสอดแนมดังกล่าวข้างต้นจะกระทำได้โดยหมายเท่านั้น และผู้มีอำนาจออกหมายดังกล่าวคือพนักงานอัยการ กรณีที่พิจารณาแล้วว่าการสอดแนมนั้นจะเป็นประโยชน์ต่อการสืบสวน⁴³ อย่างไรก็ดีมีข้อยกเว้นว่าหากเป็นกรณีจำเป็นเร่งด่วน การอนุญาตสามารถกระทำได้ด้วยวาจา แต่ต้องมีการออกหมายภายในสามวันนับจากมีการอนุญาต⁴⁴

ในส่วนของ การแทรกซึม นั้นจะสามารถกระทำได้โดยหมายเท่านั้น โดยผู้มีอำนาจออกหมายคือพนักงานอัยการ และจะออกหมายในกรณีที่การแทรกซึมดังกล่าวนั้นจำเป็นอย่างยิ่งต่อการสืบสวนคดี⁴⁵

นอกเหนือไปจากนี้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ยังได้ให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ในการใช้ความช่วยเหลือจากประชาชน ('assistance by civilians') ในการเข้าสืบสวนหาข้อมูลอีกด้วย ซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็นสองกรณี กรณีแรกคือการให้ประชาชนช่วยเหลือในการให้ข้อมูลการเคลื่อนไหวของผู้ต้องสงสัยเป็นลายลักษณ์อักษร⁴⁶ และกรณีที่สองคือการใช้ประชาชนเป็นสายลับในการล่อซื้อบริการหรือสินค้าจากผู้ต้องสงสัย(pseudo purchase/services)⁴⁷

⁴⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ มาตรา 126h.

⁴¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ มาตรา 126h.

⁴² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ มาตรา 126g.

⁴³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ มาตรา 126g.

⁴⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ มาตรา 126g.

⁴⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ มาตรา 126h.

⁴⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ มาตรา 126v.

⁴⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ มาตรา 126ij.

ในส่วนของการสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นเป็นหนึ่งในอำนาจสืบสวนพิเศษในภาคที่ IVA บทที่ 7 เรื่องการสืบสวนการติดต่อสื่อสารทางช่องทางต่างๆหรือระบบคอมพิวเตอร์ นอกจากนี้เจ้าหน้าที่ตำรวจยังมีอำนาจพิเศษในการบันทึกข้อมูลติดต่อสื่อสารที่เป็นความลับอีกด้วย อย่างไรก็ตาม อำนาจในการบันทึกดังกล่าวไม่รวมถึงข้อมูลติดต่อสื่อสารที่ได้มาจากวิธีการธรรมดาที่ไม่ได้ใช้เทคนิคพิเศษในการได้มาซึ่งข้อมูลนั้น เช่น เสียงจากการสนทนาในร้านอาหารหรือที่สาธารณะ นอกจากนี้การบันทึกข้อมูลการสนทนาที่เป็นความลับในบริเวณที่พิกส่วนตัวนั้นจะสามารถกระทำได้ภายใต้เงื่อนไขที่จำกัดเท่านั้น กล่าวคือ ต้องเป็นกรณีการสืบสวนคดีที่มีอัตราโทษจำคุกแปดปีขึ้นไปเท่านั้นและศาลผู้มีอำนาจได้ให้อนุญาตแล้วเท่านั้น⁴⁸

การสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมายเนเธอร์แลนด์นั้นสามารถแบ่งออกได้เป็นสองประเภท ได้แก่ การสอดแนมตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ที่เป็นอำนาจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการสืบสวนคดีอาชญากรรมและการสอดแนมที่เป็นอำนาจของหน่วยงานข่าวกรอง⁴⁹

การสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ได้รับอนุญาตให้กระทำได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์นั้น ได้แก่ การดักข้อมูลสื่อสารส่วนตัวโดยใช้เครื่องมือช่วยตามมาตรา 126l and 126s การดักฟังโทรศัพท์และการดักข้อมูลสื่อสารที่กระทำทางอิเล็กทรอนิกส์ 126la-126nb และ 126t-126ub การเข้าถึงข้อมูลระบุตัวตนที่เก็บไว้ ตามมาตรา 126nc และ 126uc การเข้าถึงข้อมูลอื่นๆที่ไม่ใช่ข้อมูลระบุตัวตน ตามมาตรา 126nd และ 126ud การจัดเก็บข้อมูลที่ได้มาจากการสืบสวนโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 126ne และ 126ue การจัดเก็บข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลศาสนา เชื้อชาติ ความคิดเห็นทางการเมือง สุขภาพ สมาชิกองค์กรแรงงาน ตามมาตรา 126nf และ 126uf และข้อมูลที่ได้มาจากผู้ให้บริการระบบอินเทอร์เน็ต ตามมาตรา 126ng และ 126ug ซึ่งการกระทำเหล่านี้รวมถึงการติดตั้งเครื่องดักข้อมูลไว้ที่คอมพิวเตอร์ส่วนตัวเพื่อเข้าถึงข้อความที่ส่งจากคอมพิวเตอร์ก่อนที่จะข้อความจะถูกส่งออกไปทางระบบอินเทอร์เน็ตหรือการเข้ารหัสและการสแกนข้อมูล (การใช้เครื่องรับเสียงในการดักข้อมูลสื่อสารทางโทรศัพท์เคลื่อนที่) ด้วย⁵⁰ โดยส่วนใหญ่แล้วการขอใช้วิธีการพิเศษเหล่านี้ต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานอัยการหรือศาลก่อน

⁴⁸ Ballin, (เชิงอรรถที่ 38).

⁴⁹ P Gounev, et al. (เชิงอรรถที่ 33).

⁵⁰ T Kooijmans and P. Mevis, "ICT IN THE CONTEXT OF CRIMINAL PROCEDURE: THE NETHERLAND."

ทั้งนี้เงื่อนไขที่สำคัญที่จะต้องพิจารณาว่าสามารถใช้การสอดแนมเพื่อการสืบสวนได้หรือไม่นั้นคือการที่อาชญากรรมที่ทำการสืบสวนนั้น เป็นอาชญากรรมอุกฉกรรจ์ตามนิยามของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์หรือไม่ ทั้งนี้นิยามของอาชญากรรม อุกฉกรรจ์นั้นบัญญัติอยู่ในมาตรา 67(1) ซึ่งหมายถึง “a. ความผิดอุกฉกรรจ์ที่มีอัตราโทษจำคุกขั้นต่ำสี่ปี b. ความผิดอุกฉกรรจ์ที่ระบุไว้ในมาตรา 132, 138a, 138ab, 138b, 139c, 139d(1) and (2), 141a, 161sexies (1)(1°) and (2), 137c (2), 137d(2), 137e(2), 137g(2), 184a, 254a, 248d, 248e, 285(1), 285b, 300(1), 321, 323a, 326c(2), 350, 350a, 351, 395, 417bis and 420quater แห่งประมวลอาญาเนเธอร์แลนด์ c. ความผิดอุกฉกรรจ์ตามมาตรา 122(1) แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพและสวัสดิภาพสัตว์ มาตรา 175(2)(b) หรือ (3) รวมถึง (1)(b) แห่งพระราชบัญญัติจราจรทางบก 1994 มาตรา 30(2) แห่งพระราชบัญญัติอำนาจสาธารณสุขพิเศษ มาตรา 52, 53(1) และ 54 แห่งพระราชบัญญัติการโต้แย้งการเกณฑ์ทหาร มาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติการพนันขั้นต่อ มาตรา 11(2) แห่งพระราชบัญญัติฝิ่น มาตรา 55(2) แห่งพระราชบัญญัติอาวุธและกระสุน มาตรา 5:56, 5:57 และ 5:58 แห่งพระราชบัญญัติการควบคุมการเงิน มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติคำสั่งห้ามเข้าสถานที่ชั่วคราว”⁵¹

ดังนั้นจึงหมายความว่าคดีที่เกี่ยวข้องกับการทุจริตของภาครัฐธรรมดา เช่น การเสนอให้หรือให้สินบนพนักงานราชการ⁵² หรือตรงกันข้าม การที่พนักงานราชการรับสินบน⁵³ เพียงอย่างเดียวนั้นไม่เป็นเหตุที่จะสามารถขออนุญาตให้ใช้การสอดแนมได้ เนื่องจากคดีประเภทนี้มีใช้อาชญากรรมอุกฉกรรจ์ตามนิยามของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ ในแง่ นี้ การขออนุญาตใช้การสอดแนมนั้นจะสามารถกระทำได้ก็ต่อเมื่อ คดีทุจริตนั้นมีความเกี่ยวข้องกับคดีอาชญากรรมอุกฉกรรจ์ฐานใดฐานหนึ่งตามนิยามเท่านั้น ตัวอย่างเช่น ความผิดฐานเป็นภัยต่อความมั่นคงสาธารณะ ตามประมวลกฎหมายอาญาเนเธอร์แลนด์มาตรา 132 ความผิดฐานเข้าถึงระบบหรือข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยไม่ได้รับอนุญาต ตามประมวลกฎหมายอาญาเนเธอร์แลนด์มาตรา 138ab หรือความผิดฐานดักข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลการสื่อสารทางโทรศัพท์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามประมวลกฎหมายอาญาเนเธอร์แลนด์มาตรา 139c

ทั้งนี้การสอดแนมจะสามารถกระทำได้โดยการออกหมายเท่านั้น ซึ่งอำนาจในการออกหมายนั้นเป็นของศาลโดยผ่านทางคำขอของพนักงานอัยการทั้งนี้การสอดแนมนั้นสามารถใช้

⁵¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ มาตรา 67(1).

⁵² ประมวลกฎหมายอาญาเนเธอร์แลนด์ มาตรา 177.

⁵³ ประมวลกฎหมายอาญาเนเธอร์แลนด์ มาตรา 362.

สืบสวนได้ทั้งคดีที่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้วและรวมถึงคดีที่อยู่ในระหว่างการพยายามหรือเตรียมการกระทำความผิดด้วย⁵⁴

3.3 สหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์)

สหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์) ลงนามในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต (UNCAC) เมื่อวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 2003 และอนุวัติอนุสัญญาในวันที่ 9 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2006⁵⁵ จากรายงานการประเมินตนเองในเรื่องพันธกิจตามอนุสัญญานั้น พบว่ากฎหมายภายในประเทศรองรับวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานตามมาตรา 50 (1) แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตและวิธีการพิเศษดังกล่าวก็ถูกนำมาใช้ในทางปฏิบัติเพื่อปราบปรามการทุจริตในภาครัฐอีกด้วย⁵⁶ นอกเหนือไปจากนี้ องค์กรพิเศษในประเทศ เช่น National Crime Agency (NCA) หรือ Serious Fraud Office (SFO) ยังมีภารกิจที่ทำการปราบปรามการทุจริตในภาครัฐโดยเฉพาะอีกด้วย⁵⁷

3.3.1 การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุม

กฎหมายภายในของอังกฤษและเวลส์ ไม่มีตัวบทกฎหมายใดที่ให้อำนาจปฏิบัติการเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมไว้เป็นพิเศษ ในทางปฏิบัติ การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมส่วนใหญ่กระทำโดยอาศัยความร่วมมือระหว่างหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายด้วยกันเอง เช่น หน่วยการคลังและศุลกากร (HM Revenue and Customs หรือ HMRC) หน่วยอาชญากรรมอุกฉกรรจ์ (Serious Organised Crime Agency หรือ SOCA ที่ถูกแทนที่โดย National Crime Agency หรือ NCA ในปีค.ศ. 2013) และสมาพันธ์หัวหน้าตำรวจ (the Association of Chief Police Officers หรือ ACPO ที่ถูกแทนที่โดย National Police Chiefs' Council หรือ NPCC ในปี ค.ศ. 2015)⁵⁸ ทั้งนี้

⁵⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ มาตรา 126m.

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ มาตรา 126n.

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ Article 126nb.

⁵⁵ United Nations on Drugs and Crime. 2566. "Signature and Ratification Status." [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/ratification-status.html> [28 ตุลาคม 2566]

⁵⁶ United Nations, **Self-Assessment for United Nations Convention against Corruption – Chapters III and IV United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland** (United Nations, 2011).

⁵⁷ National Crime Agency. 2557. "Bribery, Corruption and Sanctions Evasion." [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://www.Nationalcrimeagency.Gov.Uk/What-we-do/Crime-threats/Bribery-corruption-and-sanctions-evasion>. [1 กันยายน 2566]

⁵⁸ L Campbell, **Organised Crime and the Law A Comparative Analysis** (Hart Publishing 2010).

การเคลื่อนที่ภายใต้การควบคุมนั้นมิได้ถูกจำกัดให้สามารถใช้ได้เฉพาะคดีเกี่ยวกับยาเสพติดเท่านั้น แต่ยังรวมถึงคดีที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินผิดกฎหมายอีกด้วย⁵⁹ ในอดีต SOCA เคยใช้การเคลื่อนที่ภายใต้การควบคุมเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานในคดีที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมองค์กรเช่นกัน และ NCA ที่เป็นหน่วยงานที่มารับช่วงต่อนั้นก็ได้อาศัยคดีต่อจาก SOCA ตั้งแต่ เดือนตุลาคม ค.ศ. 2013⁶⁰

ทั้งนี้เนื่องจากมิได้มีกฎหมายกลางกำหนดกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมการอนุญาตการปฏิบัติการเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมนั้นจึงยึดตามแนวปฏิบัติของแต่ละหน่วยงานต้นสังกัด ซึ่งโดยปกติแล้วนั้นเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายจะต้องนำเสนอหลักฐานและเหตุผลในการนำเสนอความจำเป็นและขอขออนุญาตปฏิบัติการ เช่น การนำเสนอข้อมูลเบื้องต้นเกี่ยวกับผู้ต้องสงสัย เช่น ชื่อ นามสกุล วันเดือนปีเกิด ภูมิลำเนา สัญชาติ รูปลักษณะ เป็นต้น การนำเสนอข้อมูลเบื้องต้นเกี่ยวกับการปฏิบัติการ เช่น มีเจ้าหน้าที่ผู้ใดร่วมปฏิบัติการบ้าง มีการปฏิบัติการร่วมกับหน่วยงานใดหรือไม่ หรือจะขออนุญาตใช้วิธีการพิเศษใดๆ บ้าง และข้อมูลเบื้องต้นเกี่ยวกับทรัพย์สินผิดกฎหมายเป็นวัตถุแห่งการปฏิบัติการ เช่น ชนิด จำนวน และปลายทางขนส่ง⁶¹ และเนื่องจากไม่ได้มีการกำหนดถึงชนิดของคดีที่สามารถขออนุญาตให้ใช้การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมไว้อย่างตายตัว ดังนั้นจึงหมายความว่า หากพนักงานเจ้าหน้าที่สามารถนำเสนอหลักฐานและเหตุผลที่เพียงพอต่อผู้บังคับบัญชาปฏิบัติการของตนหรือของหน่วยงานตนได้แล้วนั้น การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมก็สามารถนำมาใช้เพื่อแสวงหาพยานหลักฐานในคดีทุจริตในภาครัฐได้เช่นกัน

กล่าวโดยสรุป สหราชอาณาจักร(อังกฤษและเวลส์)อนุญาตให้สามารถใช้การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมได้เพื่อแสวงหาพยานหลักฐานในคดีการทุจริตของรัฐ เนื่องจากไม่มีกฎหมายกำหนดไว้อย่างตายตัวเคร่งครัด จึงสามารถใช้ได้แบบค่อนข้างอิสระ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับแนวปฏิบัติและดุลยพินิจของหน่วยงานต้นสังกัดว่าเห็นสมควรอนุญาตให้ใช้หรือไม่ การตรวจสอบถึงผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ ของประชาชน จึงขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของผู้บังคับบัญชาในหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายนั้นๆ อย่างไรก็ตามสหราชอาณาจักรเป็นอีกหนึ่งประเทศที่มีการคำนึงถึงสิทธิ เสรีภาพ ของประชาชน เป็นอย่างมาก ดังนั้นศาลยุติธรรมจะทำหน้าที่ในการตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐอย่างเข้มข้นในชั้นพิจารณาคดีอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งหากการมีการใช้เทคนิคดังกล่าว

⁵⁹ IGNACIO MIGUEL DE LUCAS MARTÍN and Cristian-Eduard ȘTEFAN. 2540. “ TRANSNATIONAL CONTROLLED DELIVERIES IN DRUG TRAFFICKING INVESTIGATIONS Manual.” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: https://www.mpublic.ro/sites/default/files/PDF/manual_en_ump_ce_13.pdf [28 ตุลาคม 2566]

⁶⁰ The Secretary of State for the Home Department, **Serious and Organised Crime Strategy** (The Stationery Office Limited, 2013).

⁶¹ IGNACIO MIGUEL DE LUCAS MARTÍN and Cristian-Eduard ȘTEFAN (เชิงอรรถที่ 59).

อย่างไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว การกระทำนั้นย่อมส่งผลถึงความชอบด้วยกฎหมายของพยานหลักฐานที่ได้มาจากการใช้วิธีการดังกล่าวได้ และเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจโดยมิชอบก็อาจโดนดำเนินการทั้งทางวินัย และทางอาญาในภายหลังอีกด้วย

3.3.2 การปฏิบัติการอำพราง

การปฏิบัติการอำพรางนั้นสามารถกระทำได้ที่ภายใต้กฎหมายอังกฤษและเวลส์ โดยกฎหมายที่ให้อำนาจปฏิบัติการได้แก่ มาตรา 26(8) แห่งพระราชบัญญัติกฎเกณฑ์อำนาจสืบสวน (Regulation of Investigatory Powers Act หรือ RIPA 2000) โดยปฏิบัติการอำพรางที่ได้รับอนุญาตภายใต้ RIPA 2000 มีทั้งสิ้นสองประเภทได้แก่ การใช้เจ้าหน้าที่อำพรางตัว (covert human intelligence sources หรือ CHIS) การใช้สายสืบ (informers) ทั้งนี้ การใช้เจ้าหน้าที่อำพรางตัว หรือ 'CHIS' นั้นรวมถึงการใช้ทั้งเจ้าหน้าที่ตำรวจและเจ้าพนักงานอื่นๆในการเข้าไปติดต่อสัมพันธ์กับบุคคลต้องสงสัยเพื่อสืบข้อมูลส่วนตัวหรือเพื่อเข้าถึงข้อมูลที่ส่งต่อไปยังผู้อื่นด้วย⁶²

การปฏิบัติการอำพรางนั้นต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่อาวุโสของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เช่น เจ้าหน้าที่อาวุโสใน SOCA เจ้าหน้าที่ตำรวจผู้กำกับขึ้นไป (police superintendent) หรือเจ้าหน้าที่ตำแหน่งเทียบเท่าผู้กำกับในกรมสรรพากรและศุลกากร (superintendent in HMRC)⁶³ โดยการอนุญาตนั้นจะพิจารณาถึงความได้สัดส่วน ความเหมาะสม เฉพาะกรณีที่มีความจำเป็นที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของความมั่นคงของชาติ การป้องกันหรือสกัดอาชญากรรมหรือรักษาความสงบสาธารณะ ผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับสวัสดิภาพทางเศรษฐกิจของสหราชอาณาจักร ผลประโยชน์สาธารณะ การปกป้องอนามัยสาธารณะ การประเมินหรือจัดเก็บภาษีทุกประเภทหรือรายได้ของหน่วยงานรัฐ หรือเหตุอื่นตามที่ได้ระบุไว้โดยรัฐมนตรีกระทรวงมหาดไทย (Secretary of State)

การปฏิบัติการอำพราง (CHIS) นั้นจำเป็นต้องมีเจ้าหน้าที่ประจำสำนักงานที่มีตำแหน่งหรือยศที่มีอำนาจสืบสวนเสมอ ซึ่งบุคคลดังกล่าวต้องมีอำนาจที่จะรับผิดชอบภารกิจรายวันของเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติการอำพรางในนามของหน่วยงานต้นสังกัดของเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติการอำพรางนั้นๆ และยังคงมีอำนาจรับผิดชอบในสวัสดิภาพและความปลอดภัยของเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติการอำพรางอีกด้วย นอกจากนี้ปฏิบัติการอำพรางยังต้องมีเจ้าหน้าที่อีกคนภายในองค์กรที่รับผิดชอบปฏิบัติการอำพรางนั้นๆอยู่ด้วยเสมอเพื่อรับผิดชอบดูแลจัดการเรื่องทั่วไปเกี่ยวกับปฏิบัติการอำพรางนั้นๆ⁶⁴

⁶² Regulation of Investigatory Powers Act 2000 s26 (8).

⁶³ Regulation of Investigatory Powers Act 2000 s29 (8).

⁶⁴ Regulation of Investigatory Powers Act 2000 s29 (5).

โดยทั้งนี้ข้อมูลที่ได้อาจหรือถูกเปิดเผยจากผลการปฏิบัติการอำพราง (CHIS) นั้นสามารถใช้เป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดีในชั้นศาลได้ และยังสามารถใช้ในวัตถุประสงค์ของการสืบราชการลับได้อีกด้วย

จะเห็นได้ว่า เนื่องจากสาเหตุในการขออนุญาตปฏิบัติการอำพรางนั้นค่อนข้างกว้าง ดังนั้นหากมีกรณีจำเป็นที่จะทำการปฏิบัติการอำพรางเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานในคดีการทุจริตในภาครัฐนั้นย่อมสามารถกระทำได้

โดยสรุปการใช้ปฏิบัติการอำพรางเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานนั้นสามารถกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายในประเทศอังกฤษและเวลส์และสามารถใช้ในงานสืบสวนคดีการทุจริตในภาครัฐได้เช่นกัน นอกจากนี้ยังมีข้อสังเกตที่ว่าเนื่องจากการขออนุญาตการปฏิบัติการนั้นอาศัยเพียงการอนุญาตจากเจ้าหน้าที่อาวุโสของหน่วยงานต้นสังกัดที่รับผิดชอบปฏิบัติการ ดังนั้นในทางปฏิบัติการใช้ปฏิบัติการอำพรางจึงสามารถกระทำได้โดยไม่ยุ่งยาก และเช่นเดียวกับการเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุม การตรวจสอบถึงผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ ของประชาชน แม้จะอยู่กับดุลยพินิจของผู้บังคับบัญชาในหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายนั้นๆตามที่กฎหมายกำหนด แต่ในขั้นตอนการดำเนินคดีในชั้นศาล ผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมจะทำหน้าที่ในการตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐอย่างเข้มข้นอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งหากการมีการใช้เทคนิคดังกล่าวอย่างไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว การกระทำนั้นย่อมส่งผลถึงความชอบด้วยกฎหมายของพยานหลักฐานที่ได้มาจากการใช้วิธีการดังกล่าวได้ และเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจโดยมิชอบก็อาจโดนดำเนินการทั้งทางวินัย และทางอาญาในภายหลังอีกดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

3.3.3 การสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์และการสอดแนมด้วยวิธีการอื่นๆ

กฎหมายหลักที่เกี่ยวข้องกับการสอดแนมของประเทศอังกฤษและเวลส์นั้นมีสองฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยกฎเกณฑ์เกี่ยวกับอำนาจสืบสวน (Regulation of Investigatory Powers Act หรือ RIPA 2000) และ พระราชบัญญัติอำนาจการสืบสวน (Investigatory Powers Act หรือ IPA 2016)

โดยประเภทของการสอดแนมที่สามารถกระทำได้ภายใต้ RIPA 2000 คือการตามเฝ้าดู (covert surveillance) ซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็นสองประเภทได้แก่ การเฝ้าดูโดยตรง (directed surveillance) และการเฝ้าดูแบบบุกรุก (intrusive surveillance) โดยการเฝ้าดูโดยตรงนั้นใช้ในการเก็บข้อมูลเกี่ยวกับบุคคลในที่สาธารณะ⁶⁵ โดยการเฝ้าดูบุคคลที่เป็นผู้ต้องสงสัยเพราะมี

⁶⁵ Regulation of Investigatory Powers Act 2000 s26 (2).

พฤติกรรมที่ต้องสงสัยว่าเกี่ยวข้องกับอาชญากรรมหรือต้องสงสัยว่ามีส่วนเกี่ยวข้องกับอาชญากรคนอื่น ซึ่งการเฝ้าดูประเภทนี้อาจรวมถึงการเฝ้าดูที่พักอาศัย สถานที่ทำงานหรือการตามเฝ้าดูเมื่อบุคคลต้องสงสัยกระทำกิจกรรมต่างๆในชีวิตประจำวัน⁶⁶ ตรงกันข้าม การเฝ้าดูแบบรุกกล้ำนั้นคือการเฝ้าดูที่มีการลวงล้ำเข้าไปในสถานที่พักอาศัยหรือยานพาหนะส่วนบุคคลซึ่งอาจกระทำโดยใช้หรือไม่ใช้อุปกรณ์สอดแนมก็ได้⁶⁷ ซึ่งโดยทั่วไปเจ้าหน้าที่ปฏิบัติการณ์นั้นจะเข้าไปสถานที่พักอาศัยหรือยานพาหนะส่วนบุคคลเพื่อติดตั้งอุปกรณ์สอดแนมหรือให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติการณ์สอดแนมเข้าไปสอดแนมผู้ต้องสงสัย ซึ่งการสอดแนมด้วยวิธีดังกล่าวนี้สามารถช่วยให้เจ้าหน้าที่นั้นสามารถได้ยินหรือสังเกตข้อมูลลับที่จะสามารถนำมาใช้ดำเนินคดีกับผู้ต้องสงสัยได้นั้นเอง⁶⁸

ทั้งนี้การอนุญาตให้ปฏิบัติการณ์สอดแนมโดยตรงนั้นจะกระทำได้เมื่อจำเป็นหรือโดยอาศัยเหตุผลตาม มาตรา 28 (3) เท่านั้น ทั้งนี้ต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนกับผลที่จะตามมาอีกด้วย⁶⁹ โดยมาตรา 28 (3) นั้นให้เหตุผลหลายๆประการในการขออนุญาต ซึ่งรวมถึงเรื่องที่เกี่ยวข้องผลประโยชน์ความมั่นคงแห่งชาติ เรื่องที่เกี่ยวข้องผลประโยชน์ในการป้องกันหรือดักจับการก่ออาชญากรรมอุกฉกรรจ์ เรื่องที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของสหราชอาณาจักร เรื่องที่เกี่ยวข้องกับความปลอดภัยสาธารณะ เรื่องที่เกี่ยวข้องกับอนามัยสาธารณะ เรื่องที่เกี่ยวข้องกับการประเมินภาษี หรือเหตุอื่น ๆ ตามที่รัฐมนตรีกระทรวงมหาดไทยกำหนด⁷⁰ โดยผู้มีอำนาจในการอนุญาตนั้นคือเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 30⁷¹ ส่วนการขออนุญาตปฏิบัติการณ์สอดแนมแบบรุกกล้ำนั้นจำเป็นต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีกระทรวงมหาดไทย (Secretary of State) และเจ้าหน้าที่อาวุโส ตามมาตรา 32 (6)⁷² ซึ่งตัวอย่างเจ้าหน้าที่อาวุโสตามความของมาตรา 32 (6) เช่น หัวหน้าองค์กร SOCA ผู้บังคับบัญชาการตำรวจนครบาลหรือรองผู้บังคับบัญชาตำรวจนครบาล (Commissioner and Assistant Commissioners of Police of the Metropolis) หรือเจ้าหน้าที่อาวุโสที่ได้รับมอบอำนาจใน HMRC (designated senior officer in HMRC)⁷³ โดยเจ้าหน้าที่อาวุโสนั้นจะอนุญาตให้มีการสอดแนมแบบรุกกล้ำก็ต่อเมื่อพิจารณาแล้วว่าจะมีความได้สัดส่วน

⁶⁶ Campbell, (เชิงอรรถที่ 58) หน้า 79.

⁶⁷ Regulation of Investigatory Powers Act 2000 s 26 (3).

⁶⁸ Campbell, (เชิงอรรถที่ 58) หน้า 77.

⁶⁹ Regulation of Investigatory Powers Act 2000 s 28 (2).

⁷⁰ Regulation of Investigatory Powers Act 2000 s 28 (3).

⁷¹ Regulation of Investigatory Powers Act 2000 s 30.

⁷² Regulation of Investigatory Powers Act 2000 s 32 (1).

⁷³ Regulation of Investigatory Powers Act 2000 s 32 (6).

และมีความจำเป็น⁷⁴ ที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ความมั่นคงแห่งชาติ เรื่องที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ในการป้องกันหรือปราบปรามการก่ออาชญากรรมอุกฉกรรจ์ หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของสหราชอาณาจักร⁷⁵

ในส่วนการสอดแนมที่สามารถกระทำได้ภายใต้ IPA 2016 คือการสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์ เช่น การเลือกดักข้อมูลการสื่อสาร การเก็บข้อมูลสืบสารแบบหมู่ หรือการดักข้อมูลสื่อสารแบบหมู่ เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารที่ผู้ต้องสงสัยกระทำผ่านเทคโนโลยีดิจิทัล⁷⁶

ในกรณีการขออนุญาตการสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นจะต้องได้รับหมายอนุญาตการสอดแนมจากรัฐมนตรีกระทรวงมหาดไทย (Secretary of State) และก่อนออกหมายได้นั้นจะต้องได้รับอนุญาตและตรวจทานจากคณะกรรมการตุลาการ (Judicial Commissioner) ก่อนที่จะสามารถปฏิบัติการตามหมายได้ ซึ่งการอนุญาตทั้งสองขั้นตอนนี้ เรียกว่า กระบวนการการขออนุญาตแบบล๊อคสองชั้น ('double-lock' authorisation) เพื่อเป็นหลักประกันว่าการอนุญาตปฏิบัติการสอดแนมนั้นเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายและมีเหตุอันสมควร⁷⁷ ทั้งนี้ผู้มีอำนาจในการขออนุญาตออกหมายนั้นต้องเป็นผู้บังคับบัญชาของหน่วยงานที่จะขออนุญาตการสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์ เช่น ผู้บังคับการหน่วย National Crime Agency (Director General of the National Crime Agency)⁷⁸ หรือ ผู้บังคับการตำรวจ (Commissioner of Police of the Metropolis)⁷⁹

โดยเกณฑ์การพิจารณาการอนุญาตออกหมายนั้นจะกระทำได้โดยต้องเป็นเหตุสำคัญบางประการ (limited purposes) เท่านั้น ซึ่งได้แก่ เรื่องที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ความมั่นคงแห่งชาติ เรื่องที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ในการป้องกันหรือดักจับการก่ออาชญากรรมอุกฉกรรจ์ หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของสหราชอาณาจักร⁸⁰ ทั้งนี้หลักฐานที่ได้มาจากปฏิบัติการนั้นจะสามารถใช้เป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดีในชั้นศาลได้เฉพาะกรณีที่ค้ำนิงแล้ว

⁷⁴ Regulation of Investigatory Powers Act 2000 s 32 (2).

⁷⁵ Regulation of Investigatory Powers Act 2000 s 32 (3).

⁷⁶ Home Office. "Investigatory Powers Act 2016 Consultation: Codes of Practice" [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <http://www.gov.uk/government/collections/investigatory-powers-bill>. [2017] [28 ตุลาคม 2566]

⁷⁷ Investigatory Power Commissioner's Office. 2566. "the double-lock [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://www.ipco.org.uk/what-we-do/the-double-lock/> [28 ตุลาคม 2566]

⁷⁸ หน่วยงานของประเทศไทยที่สามารถเทียบเคียงกับ National Crime Agency หรือ NCA ได้นั้นคือ กรมสืบสวนคดีพิเศษ หรือ DSI.

⁷⁹ Investigatory Powers Act 2016 s 18.

⁸⁰ Investigatory Powers Act 2016 s 20.

ว่าการปฏิบัติการณ์นั้นมีความเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ความมั่นคงของชาติ กล่าวคือเป็นต้องการปฏิบัติการณ์โดยชอบด้วยกฎหมายนั่นเอง

ทั้งนี้ถึงแม้ตัวกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้เองนั้นจะไม่ได้ระบุอย่างชัดเจนว่าการสอดแนมนั้นสามารถใช้ในการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีทุจริตในภาครัฐได้หรือไม่ แต่เนื่องจากไม่ได้มีการห้ามไว้อย่างชัดเจน จึงขึ้นอยู่กับดุลยพินิจการตีความ ดังนั้นหากว่าหากคดีทุจริตในภาครัฐนั้นเกี่ยวข้องกับเหตุผลการที่ระบุไว้ใน RIPA 2000 และ IPA 2016 เช่น คดีทุจริตในภาครัฐนั้นมีความเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของ สหราชอาณาจักร เช่นนี้แล้วการขออนุญาตสอดเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานในการดำเนินคดีดังกล่าวย่อมสามารถกระทำได้

3.4 สหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกากลางนามในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต (UNCAC) เมื่อวันที่ 9 กันยายน ค.ศ. 2003 และอนุวัติอนุสัญญาในวันที่ 30 ตุลาคม ค.ศ. 2006⁸¹ จากรายงานการประเมินตนเองในเรื่องพันธกิจตามอนุสัญญานั้น พบว่ากฎหมายกลางของประเทศนั้นรองรับวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานตามมาตรา 50 (1) แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตและวิธีการพิเศษดังกล่าวก็ถูกนำมาใช้ในทางปฏิบัติโดย Department of Justice (DOJ) เพื่อปราบปรามการทุจริตในภาครัฐอีกด้วย⁸² นอกเหนือไปจากนี้ หน่วยงานกลางในประเทศ เช่น สำนักงานสืบสวนสอบสวนของรัฐบาลกลาง หรือ Federal Bureau of Investigation (FBI) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของ กระทรวงยุติธรรม Department of Justice (DOJ) ยังมีพันธกิจหลักในการปราบปรามการทุจริตในภาครัฐอีกด้วย⁸³

3.4.1 การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุม

ในสหรัฐอเมริการเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมนั้นสามารถกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากถูกตีความว่าไม่ใช่การกระทำที่ถือว่าเป็นการดักข้อมูล⁸⁴ ซึ่งถึงแม้กฎหมายจะอนุญาตให้สามารถใช้ในการเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมได้ในฐานะวิธีพิเศษเพื่อการแสวงหาพยาน

⁸¹ United Nations on Drugs and Crime. 2566. “Signature and Ratification Status” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/ratification-status.html> [1 กันยายน 2566]

⁸² United Nations, *Review of implementation of the United Nations Convention against Corruption*, CAC/COSP/IRG/I/1/1/Add.6

⁸³ FBI. 2562. “Public corruption” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://www.fbi.gov/investigate/public-corruption> [1 กันยายน 2566]

⁸⁴ G Ferguson, *Global Corruption: Law, Theory and Practice Legal Regulation of Global Corruption under International Conventions, US, UK and Canadian Law* (University of Victoria, 2018).

หลักฐาน การอนุญาตกลับไม่ได้กระทำโดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมาย หากแต่อาศัยอำนาจตามกฎหมายคอมมอนลอว์ (case law)⁸⁵ ซึ่งศาลได้พิพากษาว่าการเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมนั้นไม่เป็นการขัดต่อบทแก้ไขเพิ่มรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาครั้งที่สี่และ Rule 41 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาสหพันธรัฐ⁸⁶ ดังนั้นการเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมจึงชอบด้วยกฎหมายและเป็นวิธีการหนึ่งที่ถูกใช้โดยหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายในการสืบสวนคดี⁸⁷

คดีล่าสุดที่เกี่ยวข้องกับการเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมนั้นคือคดีที่ถูกตัดสินโดยศาลสูงสุดรัฐบาลกลาง (U.S. Supreme Court) ในคดีชื่อว่า *United States v. Grubbs*⁸⁸ ซึ่งศาลได้พิพากษาว่าการดำเนินคดีต่อจำเลยโดยอาศัยพยานหลักฐานที่ได้มาจากการปฏิบัติการเคลื่อนย้ายยาเสพติดภายใต้การควบคุมซึ่งกระทำโดยอาศัยอำนาจตามหมายค้นนั้นชอบด้วยกฎหมายตามบทแก้ไขเพิ่มรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาครั้งที่สี่

การปฏิบัติการเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมนั้นต้องได้รับอนุญาตโดยหมายศาลเท่านั้น ซึ่งการขอหมายศาลนั้นจะกระทำภายใต้หลักการประเมินว่า ปฏิบัติการดังกล่าวเป็นการชอบธรรมตามบทแก้ไขเพิ่มรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาครั้งที่สี่หรือไม่ ('reasonableness Fourth Amendment approach' test) ซึ่งการประเมินนั้นจะกระทำโดยพิจารณาจากรูปคดีและความเหมาะสมในการสมควรให้ใช้การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุม กล่าวคือ สามารถใช้วิธีการอื่นในการแสวงหาพยานหลักฐานแทนได้หรือไม่ หรือมีความจำเป็น/ประโยชน์ที่ควรอนุญาตให้ใช้การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุม อย่างไรก็ตาม ปรากฏว่าสามารถใช้วิธีการอื่นเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานได้ก็ตาม ก็ไม่ได้หมายความว่า จะไม่สามารถอนุญาตออกหมายให้ใช้การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมไม่ได้⁸⁹ ทั้งนี้การประเมินนั้นขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาล นอกเหนือไปจากนี้แล้ว ศาลสูงสุดรัฐบาลกลางยังได้ตีความเป็นคุณว่า บทแก้ไขเพิ่มรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาครั้งที่สี่นั้นอนุญาตให้สามารถกระทำการค้นและยึดทรัพย์ได้ในกรณีจำเป็นในบางสถานการณ์ (ซึ่งหมายความว่าพยานหลักฐานที่ได้มาจากการปฏิบัติการนั้นชอบด้วยกฎหมาย สามารถใช้ในการดำเนินคดีได้) ถึงแม้การดังกล่าวจะได้กระทำโดยไม่มีหมายศาลหรือเหตุอันชอบธรรมก็ตาม⁹⁰

⁸⁵ JA Adams, "Anticipatory Search Warrants: Constitutionality, Requirements, and Scope" [1990] *Kentucky Law Journal*, Vol.79(4), 681.

⁸⁶ บทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการค้นและยึดทรัพย์ โปรดดู Justia.2566. "Fed. R. Crim. P. 41 - Search and Seizure" [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://www.justia.com/criminal/docs/frcrimp/rule41/> [1 กันยายน 2566]

⁸⁷ UNODC, *USA UNCAC Self-Assessment* (UNODC, 2011).

⁸⁸ *United States v. Grubbs* 547 U.S. 90

⁸⁹ *Zurcher v. Stanford Daily*, 436 U.S. 547 (1978) at 559.

⁹⁰ Ballin, (เชิงอรรถที่ 38).

จากข้อมูลข้างต้นจึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมสามารถกระทำได้โดยชอบภายใต้กฎหมายกลางของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งจะกระทำได้หากได้รับหมายอนุญาตจากศาล ซึ่งศาลจะทำการประเมินว่าการใช้การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมนั้นจำเป็นหรือไม่ในกรณีที่ยื่นขออนุญาตมา อย่างไรก็ตาม พยานหลักฐานที่ได้มาจากการเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมที่มีได้กระทำโดยรับอนุญาตจากหมายศาลนั้น อาจสามารถรับฟังและใช้ดำเนินคดีได้ในชั้นศาล เนื่องจากในบางกรณีศาลได้อนุญาตให้ใช้ได้ ดังนั้นจึงสามารถสรุปได้ว่ากฎเกณฑ์ที่กำกับเรื่องการขออนุญาตปฏิบัติการเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมและหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการปฏิบัติการดังกล่าวนั้นค่อนข้างไม่เคร่งครัด เพราะศาลสามารถใช้ดุลยพินิจได้ว่าจะอนุญาตให้ใช้ปฏิบัติการหรือจะรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวหรือไม่

3.4.2 การปฏิบัติการอำพราง

เช่นเดียวกับการเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุม การปฏิบัติการอำพรางนั้นสามารถกระทำได้โดยชอบตามกฎหมายภายในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยอำนาจตามกฎหมายในการปฏิบัติการอำพรางนั้น ปรากฏอยู่กับกฎหมายคอมมอนลอว์ ที่เป็น case law ในคดี *Lewis v. United States*⁹¹ ซึ่งศาลได้พิพากษาว่าการปฏิบัติการอำพรางนั้นไม่เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาและ ไม่เป็นการขัดต่อบทแก้ไขเพิ่มรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริการั้งที่สี่ นอกเหนือจากคดีดังกล่าวแล้วนั้น การปฏิบัติการอำพรางยังถูกกำกับภายใต้ Rule 41 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาสหพันธรัฐอเมริกา ว่าด้วยเรื่องการค้นและยึดทรัพย์ อีกด้วย

การปฏิบัติการอำพรางนั้นจะสามารถกระทำได้โดยได้รับอนุญาตเป็นหมายศาล และหลักเกณฑ์ในการออกหมายศาลนั้นค่อนข้างที่จะไม่เคร่งครัดเพราะว่าศาลเคยพิพากษาในคดี *United States v. Gamble* ไว้ว่ารัฐบาลนั้นไม่จำเป็นต้องมีเหตุอันควรสงสัยหรือเหตุชอบธรรมเกี่ยวกับการก่ออาชญากรรม หรือพยานหลักฐานที่จะนำมาดำเนินคดีผู้ต้องสงสัยหรืออาชญากรรมใดแบบเฉพาะเจาะจง ในการอนุญาตให้ปฏิบัติการอำพรางได้⁹²

ในทางปฏิบัติ พนักงานสืบสวนนั้นจำเป็นต้องกำหนดขอบเขตในการปฏิบัติการอำพราง แต่เนื่องจากสภาพของปฏิบัติการที่ต้องพบเจอกับความไม่แน่นอนและปัจจัยที่ไม่สามารถควบคุมไม่ได้ จึงไม่ได้มีกฎเกณฑ์ที่ตายตัวว่าจะต้องกำหนดขอบเขตเช่นไร ดังนั้นปฏิบัติการอำพรางส่วนใหญ่นั้นจึงกระทำตามแนวทางปฏิบัติของหน่วยงานต้นสังกัดที่รับผิดชอบปฏิบัติการนั้นๆ องค์กร

⁹¹ *Lewis v. United States* 92 F. 3d 1371.

⁹² *United States v. Gamble* 737 F 2d 853 (10th Cir 1984).

สหพันธรัฐที่ใช้อำนาจในการปฏิบัติการอำพรางนั้น ได้แก่ สำนักงานสืบสวนสอบสวนของรัฐบาลกลาง (Federal Bureau of Investigation หรือ FBI), องค์การปลาและสัตว์ป่าแห่งสหรัฐ (United States Fish and Wildlife Service หรือ USFWS), หน่วยงานตรวจสอบภาษีภายใน (Internal Revenue Service หรือ IRS) และ หน่วยงานศัตยาเสพติด (Drug Enforcement Administration หรือ DEA)⁹³ ทั้งนี้แนวทางปฏิบัติการอำพรางของ FBI นั้นได้รับการยอมรับว่ามีรายละเอียดมากกว่าขององค์กรอื่นๆในประเทศ⁹⁴ โดยแนวทางปฏิบัติของ FBI นั้นห้ามเจ้าหน้าที่ใช้กำลังและความรุนแรงในการสืบสวนคดีในทุกกรณี ยกเว้นแต่เป็นการกระทำเพื่อป้องกันตัว และยังได้จำกัดการสืบสวนที่มีลักษณะเป็นการมุ่งต่อนักการเมือง ผู้นำองค์กรศาสนา บุคลากรทางสาธารณสุข ทนายความและสื่อมวลชนโดยเฉพาะอีกด้วย ซึ่งวัตถุประสงค์ของการจำกัดดังกล่าวนั้นก็เพื่อเป็นการปกป้องการติดต่อสื่อสารที่มีเอกสิทธิ์ ซึ่งรวมถึงการติดต่อสื่อสารที่กระทำทางจุดประสงค์ทางศาสนา เช่น การสารภาพบาป ข้อมูลสุขภาพที่เป็นความลับระหว่างแพทย์และคนไข้ และข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับคดีความระหว่างทนายและลูกความ ทั้งนี้แนวทางปฏิบัติดังกล่าวยังได้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการเข้าร่วมการก่ออาชญากรรมหรือการกระทำผิดกฎหมาย การรุกร้าความเป็นส่วนตัวและการสร้างความสัมพันธ์กับบุคคลที่สามเพื่อการสืบสวนคดีอีกด้วย⁹⁵ และเนื่องจากศาลได้เคยพิพากษาว่าบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาครั้งที่สี่นั้นไม่ได้ครอบคลุมถึงการที่บุคคลนั้นเชื่อใจว่าบุคคลที่เขาได้ให้ข้อมูลไปนั้นจะไม่เปิดเผยข้อมูลนั้นต่อบุคคลอื่น ดังนั้นจึงหมายความว่าพยานหลักฐานที่ได้มาจากการปฏิบัติการอำพรางนั้นสามารถรับฟังและใช้ดำเนินคดีได้ในชั้นศาล⁹⁶

กล่าวโดยโดยสรุปแล้ว การปฏิบัติการอำพรางนั้นสามารถกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายภายในประเทศสหรัฐอเมริกา และนอกเหนือจากกฎหมายคอมมอนลอว์ (case law) ที่ให้อำนาจกระทำการปฏิบัติการอำพราง โดยตีความว่าปฏิบัติการอำพรางนั้นไม่เป็นการขัดต่อบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกลางแห่งสหรัฐอเมริกาครั้งที่สี่และ Rule 41 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาสหพันธรัฐอเมริกาแล้วนั้น ก็ไม่มีกฎหมายตายตัวที่กำหนดลักษณะและขอบเขตของปฏิบัติการอำพราง เพราะหากได้หมายศาลอนุญาตให้ปฏิบัติการอำพรางแล้วนั้น การควบคุมดูแลปฏิบัติการอำพรางนั้นเป็นอำนาจของหน่วยงานต้นสังกัดที่รับผิดชอบปฏิบัติการอำพรางนั้นๆ และอย่างไรก็ได้

⁹³ FBI, *Undercover Hearings* (Government Office Printing, 1987).

⁹⁴ GA Wagner, “United States’ policy analysis on undercover operations” *International Journal of Police Science & Management* 9, 4 (2007).

⁹⁵ Attorney General, *Attorney General’s Guidelines on FBI Undercover Operations* (Government Office Printing, 2002).

⁹⁶ *Lopez v. United States*, 373 U.S. 427 (1963).

ตั้งข้อสังเกตไว้ข้างต้นว่า การขออนุญาตสำหรับการปฏิบัติการอำพรางนั้นค่อนข้างทำได้สะดวก เนื่องจากไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงความจำเป็นใดๆ ที่สูงมากไปกว่าระดับมาตรฐานของการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทั่วไปเลย

3.4.3 การสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์และการสอดแนมด้วยวิธีการอื่นๆ

การสอดแนมในประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถกระทำได้ภายใต้หลักการตามบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาครั้งที่สี่และหลักความคาดหวังในความเป็นส่วนตัวแบบสมเหตุสมผล ('reasonable expectation of privacy' test) ซึ่งถูกวางหลักในคดี *Katz v. United States*⁹⁷ โดยหลักดังกล่าวนั้นประกอบไปด้วยบททดสอบสองข้อ ดังนี้ ข้อแรก บุคคลนั้นต้องมีความคาดหวังในความเป็นส่วนตัวในระดับที่สามารถวัดผลได้และ ข้อสอง ความคาดหวังในความเป็นส่วนตัวนั้นต้องอยู่ในระดับที่สังคมเห็นควรว่าสมเหตุ สมผล⁹⁸ ซึ่งในคดีข้างต้นนั้น ศาลได้พิพากษาว่าการสนทนาหรือกิจกรรมที่กระทำในที่ที่บุคคลนอกคนอื่นเห็นแบบชัดเจนนั้นไม่ได้รับการคุ้มครองตามหลักความเป็นส่วนตัวบุคคล นอกเหนือจากคดีดังกล่าว ศาลสูงสุดแห่งรัฐบาลกลางยังได้วินิจฉัยประเด็นดังกล่าวไว้ในอีกสองคดี ได้แก่ คดี *United States v. Karo* และ *United States v. Knotts*⁹⁹ ซึ่งศาลพิพากษาว่าการสอดแนมที่เจ้าหน้าที่แอบติดตั้งเครื่องส่งสัญญาณ (beeper) ไว้ในรถยนต์ของผู้ต้องสงสัยเพื่อติดตามการเคลื่อนไหวของผู้ต้องสงสัยจากตัวเครื่องส่งสัญญาณในกรณีที่มีการสะกดรอยในทางกายภาพนั้นไม่สามารถกระทำได้หรือหากกระทำแล้วจะเป็นการเปิดเผยตัวตนของเจ้าหน้าที่นั้น สามารถกระทำได้ไม่ขัดต่อบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาครั้งที่สี่ เนื่องจากเจ้าหน้าที่นั้นมีอำนาจในการติดตามผู้ต้องสงสัยบนท้องถนนหรือทางหลวงสาธารณะได้อยู่แล้วโดยไม่ต้องขออนุญาตและการใช้เครื่องส่งสัญญาณเป็นแค่การใช้อุปกรณ์ที่ช่วยเหลือการทำงานดังกล่าวให้ง่ายขึ้นเท่านั้น¹⁰⁰ อย่างไรก็ตามศาลได้ตั้งข้อสังเกตว่าการกระทำนี้อาจไม่รวมถึงการที่เจ้าหน้าที่ตำรวจทำการสอดแนมแบบไล่ล่า (dragnet surveillance) เนื่องจากการตีความของศาลนั้นอิงอยู่กับหลักที่ว่าบุคคลไม่สามารถความคาดหวังในความเป็นส่วนตัวได้เมื่ออยู่ในที่สาธารณะ¹⁰¹ ส่วนในกรณีที่เจ้าหน้าที่ใช้ข้อมูลจากเครื่องนำทาง (GPS) ที่ติดตั้งอยู่ใน

⁹⁷ *Katz v. United States* 389 U.S. 347, 351 (1967)

⁹⁸ "[F]irst that a person have exhibited an actual (subjective) expectation of privacy and, second, that the expectation be one that society is prepared to recognize as 'reasonable.' "

⁹⁹ 468 U.S. 705, 707 (1984); 460 U.S. 276, 277 (1983).

¹⁰⁰ *Karo*, 468 U.S. at 721; *Knotts*, 460 U.S. at 285.

¹⁰¹ *United States v. Cuevas-Perez*, 640 F.3d 272, 273–74 (7th Cir. 2011); *Christensen v. Cty. of Boone*, 483 F.3d 454, 460 (7th Cir. 2007); *United States v. Walker*, 771 F. Supp. 2d 803, 810 (W.D. Mich. 2011).

รถยนต์ของผู้ต้องสงสัยนั้นเพื่อดูว่า ณ เวลานั้นๆผู้ต้องสงสัยอยู่ที่ไหนโดยไม่มีหมายค้นนั้น ศาลได้วินิจฉัยว่าการกระทำดังกล่าวไม่ขัดต่อบทแก้ไขเพิ่มรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาครั้งที่สี่ อย่างไรก็ตาม ศาลได้เน้นย้ำว่าการกระทำดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายเพราะเจ้าหน้าที่ใช้เพื่อดูเฉยๆว่าผู้ต้องสงสัยอยู่ที่ไหน ณ เวลาใด เวลาหนึ่ง มิได้ใช้เพื่อติดตามว่าเคลื่อนไหวจะไปที่ไหนแบบตลอดเวลา¹⁰² ทั้งนี้จึงอาจตีความได้ว่า หากเป็นการใช้เพื่อติดตามการเคลื่อนไหวของผู้ต้องสงสัยตลอดเวลา นั้น จะต้องใช้หมายศาลในการค้นนั่นเอง

ดังนั้นอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า การสอดแนมแบบเฝ้าดูหรือติดตามการเคลื่อนไหวหรือกิจกรรมในชีวิตของผู้ต้องสงสัยนั้นถึงแม้จะมีลักษณะก้ำกึ่งที่จะเป็นการรุกร้าความเป็นส่วนบุคคลในการดำรงชีวิตประจำวัน แต่การกระทำดังกล่าวสามารถกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายเพราะเป็นอำนาจในการสืบสวนคดีของเจ้าหน้าที่อยู่แล้ว และได้รับการรับรองจากศาลสูงสุดแห่งรัฐบาลกลางในหลายคดีว่าไม่เป็นการขัดต่อบทแก้ไขเพิ่มรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาครั้งที่สี่¹⁰³

ในกรณีการสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นถูกกำกับอย่างเคร่งครัดภายใต้กฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งก็คือ พระราชบัญญัติความเป็นส่วนตัวในการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ ค.ศ. 1986 (Electronic Communications Privacy Act หรือ ECPA 1986) ซึ่งเป็นกฎหมายหลักที่เกี่ยวข้องกับการดักข้อมูลและเฝ้าดูข้อมูลสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในประเทศสหรัฐอเมริกา ทั้งนี้ นอกเหนือจาก ECPA แล้ว การสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นยังต้องกระทำโดยสอดคล้องกับหลักการตามบทแก้ไขเพิ่มรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาครั้งที่สี่ด้วยเช่นกัน โดยในบทที่ 3 ของ ECPA นั้นได้บัญญัติถึงการใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ในการสอดแนม ซึ่งได้แก่การใช้คำสั่งให้บันทึกหมายเลขที่โทรออก (Pen Register) และการใช้คำสั่งให้บันทึกหมายเลขที่โทรเข้า (Trap and Trace) จึงทำให้บทที่ 3 นี้มีอีกชื่อเรียกว่า ‘Pen Register and Trap and Trace Statute’ โดย pen register คืออุปกรณ์ชนิดหนึ่งที่บันทึกหมายเลขที่ได้ทำการโทรออกและข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการโทรออกนั้นๆ จากโทรศัพท์ของผู้ต้องสงสัย ในขณะที่ trap and trace device นั้นคืออุปกรณ์ชนิดหนึ่งที่บันทึกข้อมูลที่ได้ทำการโทรเข้าและข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการโทรเข้านั้นๆ หรือที่เรียกว่า ข้อมูลผู้โทรเข้านั่นเอง (caller ID information) อย่างไรก็ตามก็อุปกรณ์เหล่านี้บันทึกแค่ข้อมูลของผู้โทรเข้าและโทรออก ไม่ได้บันทึกเนื้อหาของการสื่อสารแต่อย่างใด¹⁰⁴ ทั้งนี้มาตรา 2510-2522 หรือบทที่ 3 แห่ง

¹⁰² *United States v. Williams*, 2015 WL 4484060, at 5–6.

¹⁰³ *Knotts*, 460 U.S. at 281.

¹⁰⁴ JP Martin and H Cendrowski, *Cloud Computing and Electronic Discovery* (John Wiley & Sons, 2014) 69.

ECPA นั้นอนุญาตให้สามารถกระทำการสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์ได้ โดยวิธีการดังต่อไปนี้ การดักข้อมูลติดต่อสื่อสารทางโทรศัพท์ การดักข้อมูลติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์และการดักข้อมูลทางติดต่อสื่อสารด้วยวาจา โดยการสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ได้รับอนุญาตให้กระทำได้ภายใต้ ECPA นั้นสามารถกระทำได้ทั้งการติดต่อสื่อสารทางโทรศัพท์และทางระบบอินเทอร์เน็ต¹⁰⁵ อย่างไรก็ตาม การสอดแนมที่ได้รับอนุญาตนั้นสามารถทำได้แค่การได้มาซึ่งข้อมูลหมายเลขโทรศัพท์ที่มีการโทรเข้าและออก ไม่รวมถึงเนื้อหาในการติดต่อสื่อสารนั้นๆ¹⁰⁶ หรือหากเป็นกรณีการติดต่อสื่อสารทางระบบอินเทอร์เน็ต สามารถทำได้เพียงการได้มาซึ่งข้อมูลหมายเลขประจำเครื่องคอมพิวเตอร์ (Internet Protocol (IP) address) ซึ่งรวมถึง หมายเลขไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ของผู้รับและผู้ส่งข้อความทางอิเล็กทรอนิกส์ (e-mail address of the sender and recipient) รวมถึงข้อมูลเกี่ยวกับวันและเวลาในการส่งข้อความและ IP address ของคอมพิวเตอร์ที่ส่งข้อความนั้นๆ¹⁰⁷ ทั้งนี้ศาลได้เคยพิพากษาว่าข้อมูลดังกล่าวนี้มีสถานะเช่นเดียวกับข้อมูลที่อยู่อาศัย¹⁰⁸

การขออนุญาตปฏิบัติการสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์หรือการติดตั้งอุปกรณ์บันทึกหมายเลขที่โทรออกและบันทึกหมายเลขที่โทรเข้า (pen register or trap and trace device) นั้นต้องได้รับอนุญาตจากศาลเป็นหมายศาลเสียก่อน¹⁰⁹ และต้องกระทำตามบทบัญญัติตาม Rule 27 ตามบทที่ 119 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาสหพันธรัฐ¹¹⁰ อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าสังเกตว่าการขออนุญาตนั้นไม่จำเป็นต้องได้รับอนุญาตโดยการทบทวนข้อเท็จจริงจากศาลโดยต่างหาก (independent judicial review of the facts) ก่อนที่จะสามารถออกหมายศาล¹¹¹ เนื่องจากกฎหมายคอมมอนลอว์ (case law) และกฎหมายลายลักษณ์อักษร (statutes) ปัจจุบันนั้นได้อนุญาตให้หน่วยงานบังคับใช้กฎหมายต่างๆของสหพันธรัฐสามารถใช้อำนาจดุลยพินิจในการพิจารณาว่าจะสั่งให้มีการปฏิบัติการสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์ได้ในคดีใดโดยตัวเองโดยมิต้องขอการพิจารณาจากศาลก่อน¹¹² โดยศาลสหพันธรัฐนั้นได้เคยวินิจฉัยในประเด็นเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการติดตั้งอุปกรณ์บันทึกหมายเลขโทรเข้าและออกในการแสวงหาพยานหลักฐาน

¹⁰⁵ 18 USC §2510.

¹⁰⁶ 18 USC §3121(c).

¹⁰⁷ 18 USC §3124(b).

¹⁰⁸ *United States v. Forrester*, 512 F.3d 500, 510 (9th Cir. 2008).

¹⁰⁹ 18 USC §3121(a).

¹¹⁰ 18 U.S. Code CHAPTER 119— WIRE AND ELECTRONIC COMMUNICATIONS INTERCEPTION AND INTERCEPTION OF ORAL COMMUNICATIONS.

¹¹¹ H.R. Rep. No. 99-647 (1986).

¹¹² เรื่องเดียวกัน.

ในการดำเนินคดีขององค์กรสหพันธรัฐไว้ในสองคดี โดยในคดีแรก คือ *United States v. N.Y. Tel. Co.*¹¹³ ซึ่งศาลได้พิพากษาว่ากฎหมายของสหพันธรัฐที่เกี่ยวข้องกับการดักข้อมูลทางโทรศัพท์นั้นไม่รวมถึงการใช้อุปกรณ์บันทึกหมายเลขที่โทรเข้าและออก ดังนั้นผู้พิพากษาในศาลชั้นต้นสหพันธรัฐ (federal district judges) จึงมีอำนาจอนุญาตให้ออกหมายศาลในการสั่งให้บริษัทโทรศัพท์ติดตั้งอุปกรณ์บันทึกหมายเลขโทรออกได้ และในคดีที่สอง *Smith v. Maryland*¹¹⁴ ศาลสูงสุดของรัฐบาลกลางได้พิพากษาว่าเจ้าหน้าที่บังคับใช้กฎหมายนั้นไม่จำเป็นต้องมีหมายค้นในมือก่อนที่จะสามารถสั่งให้บริษัทโทรศัพท์ติดตั้งอุปกรณ์บันทึกหมายเลขโทรเข้าและออก ทั้งนี้ศาลได้ให้เหตุผลว่าเนื่องจากว่าผู้ใช้บริการโทรศัพท์นั้นได้ให้ความยินยอมแล้วในการเปิดเผยข้อมูลหมายเลขโทรศัพท์ที่มีการโทรเข้าและโทรออกเมื่อได้สมัครใช้บริการโทรศัพท์ ดังนั้นการบันทึกข้อมูลหมายเลขโทรศัพท์ การโทรเข้าและโทรออกนั้นจึงไม่เป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลตามบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาครั้งที่สี่

อย่างไรก็ดี การสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นจะสามารถกระทำได้แค่ภายในเขตอำนาจศาลที่ออกหมายศาลอนุญาตเท่านั้น ทั้งนี้เฉพาะหลักฐานที่ได้มาจากการสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ขอบด้วยกฎหมายเท่านั้นที่สามารถรับฟังและใช้ดำเนินคดีในชั้นศาลได้¹¹⁵

จากข้อมูลข้างต้นอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า การสอดแนมนั้นสามารถกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยการสอดแนมนั้นเป็นอำนาจในการสืบสวนคดีของเจ้าหน้าที่ตามการตีความของบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาครั้งที่สี่ และกระทำได้ภายใต้หลักความคาดหวังในความเป็นส่วนตัวแบบสมเหตุสมผล ส่วนการสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นอยู่ภายใต้การกำกับของกฎหมายหลักสามฉบับได้แก่ บทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาครั้งที่สี่ พระราชบัญญัติความเป็นส่วนตัวในการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ ค.ศ. 1986 (ECPA) และบทที่ 119 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาสหพันธรัฐ อย่างไรก็ตามข้อมูลที่สอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์ได้คือข้อมูลที่เป็นการระบุตัวตนของผู้ที่ผู้ต้องสงสัยติดต่อสื่อสารเท่านั้น เช่น หมายเลขโทรศัพท์ หมายเลขไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์หรือหมายเลขประจำเครื่องคอมพิวเตอร์ ไม่รวมถึงข้อมูลเนื้อหาในการติดต่อสื่อสารนั้นๆ ในทางปฏิบัติการขออนุญาตปฏิบัติการสอดแนมนั้นค่อนข้างไม่เคร่งครัดเนื่องจากอนุญาตให้หน่วยงานต้นสังกัดใช้ดุลยพินิจในการขออนุญาตปฏิบัติการได้ตามเหมาะสมและการขอหมายศาลนั้นไม่ได้ต้องได้รับการทบทวนข้อเท็จจริงจากศาล

¹¹³ *United States v. N.Y. Tel. Co.* 434 U.S. 159 (1977).

¹¹⁴ *Smith v. Maryland* 442 U.S. 735 (1979).

¹¹⁵ 18 USC §3123 (a)(2).

3.5 เปรียบเทียบกฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์ สหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์) และสหรัฐอเมริกา

จะเห็นว่า ประเทศทั้งสามนี้มีวิธีการบัญญัติกฎหมายที่ต่างจากประเทศไทย กล่าวคือ ทั้งสามประเทศนั้นบัญญัติให้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานมีสถานะเป็นประธานแห่งกฎหมาย กล่าวคือมีการกำหนดวิธีการพิเศษต่างๆไว้เป็นประธานในกฎหมายกลางเพียงฉบับเดียว แล้วจึงนำฐานความผิดที่ต้องการจะใช้วิธีการดังกล่าวมาบรรจุในกฎหมายฉบับนั้น ซึ่งเทคนิคการบัญญัติกฎหมายในรูปแบบดังกล่าวทำให้สามารถนำวิธีการสืบสวนพิเศษต่างๆที่ต้องการไปใช้ได้ ในเกือบทุกคดีความผิดร้ายแรงที่ต้องการและยังสามารถแก้ปัญหาการบัญญัติกฎหมายซ้ำซ้อนกันได้ด้วย ซึ่งต่างจากการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวในประเทศไทยที่กำหนดให้ฐานความผิดเป็นประธานหลักแห่งการบัญญัติกฎหมายและจึงค่อยกำหนดให้วิธีการพิเศษเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานเป็นวัตถุประสงค์ที่ต้องนำไปปรับใช้ได้เฉพาะฐานความผิดในทุกๆพระราชบัญญัติเฉพาะที่กำหนดไว้ ทำให้ต้องมีการบัญญัติอนุญัตซ้ำๆ ให้นำวิธีการสืบสวนพิเศษต่างๆที่ต้องการเข้าไปในกฎหมายทุกๆฉบับที่ต้องการ

โดยตารางข้างล่างนี้แสดงถึงกฎหมายหลักที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานและเงื่อนไขการใช้วิธีการพิเศษเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานในคดีทุจริตในภาครัฐในประเทศเนเธอร์แลนด์ สหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์) และสหรัฐอเมริกา

กฎหมายหลักที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐาน			
	ประเทศเนเธอร์แลนด์	สหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์)	สหรัฐอเมริกา
การเคลื่อนย้าย ภายใต้การควบคุม	ประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความอาญา เนเธอร์แลนด์	ไม่มี ยึดตามแนวปฏิบัติ ของแต่ละหน่วยงานต้น สังกัด	บทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กลางแห่งสหรัฐอเมริกา ครั้งที่สี่ และคดี <i>United States v. Grubbs</i>

กฎหมายหลักที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐาน			
	ประเทศเนเธอร์แลนด์	สหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์)	สหรัฐอเมริกา
การปฏิบัติการ อำพราง	ประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความอาญา เนเธอร์แลนด์และพระราชบัญญัติตำรวจ เนเธอร์แลนด์	Regulation of Investigatory Powers Act 2000	บทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กลางแห่งสหรัฐอเมริกา ครั้งที่สี่ คดี <i>Lewis v. United States</i> และ ประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความอาญา สหพันธรัฐอเมริกา
การสอดแนมและ การสอดแนมทาง อิเล็กทรอนิกส์	ประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความอาญา เนเธอร์แลนด์	Regulation of Investigatory Powers Act 2000 และ Investigatory Powers Act 2016	บทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กลางแห่งสหรัฐอเมริกา ครั้งที่สี่ คดี <i>Katz v. United States</i> Electronic Communications Privacy Act 1986 และ ประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความอาญา สหพันธรัฐ

ตารางข้างล่างแสดงให้เห็นถึงเงื่อนไขการอนุญาตให้ใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีต่างๆของทั้งสามประเทศ

	ประเทศเนเธอร์แลนด์	สหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์)	สหรัฐอเมริกา
การเคลื่อนย้าย ภายใต้การควบคุม	สามารถใช้ได้ในทุกคดี รวมถึงคดีการทุจริตใน ภาครัฐด้วย	สามารถใช้ได้ในทุกคดี รวมถึงคดีการทุจริตใน ภาครัฐด้วย	สามารถใช้ได้ในทุกคดี รวมถึงคดีการทุจริตใน ภาครัฐด้วย
การปฏิบัติการ อำพราง	สามารถใช้ได้ในทุกคดี รวมถึงคดีการทุจริตใน ภาครัฐด้วย	สามารถใช้ได้ในทุกคดี รวมถึงคดีการทุจริตใน ภาครัฐด้วย	สามารถใช้ได้ในทุกคดี รวมถึงคดีการทุจริตใน ภาครัฐด้วย
การสอดแนมและ การสอดแนมทาง อิเล็กทรอนิกส์	- การสอดแนมสามารถใช้ได้ในทุกคดีรวมถึงคดีการทุจริตในภาครัฐด้วย - การสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์สามารถใช้ได้หากว่าคดีทุจริตในภาครัฐนั้นมีความเกี่ยวข้องกับคดีอาชญากรรมอุกฉกรรจ์	ใช้ได้หากว่าคดีทุจริตในภาครัฐนั้นเกี่ยวข้องเหตุผลบางประการที่ได้ระบุไว้ใน RIPA 2000 (การสอดแนม) และ IPA 2016 (การสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์)	สามารถใช้ได้ในทุกคดีรวมถึงคดีการทุจริตในภาครัฐด้วย

ทั้งนี้ทั้งสามประเทศนั้นใช้เทคนิคการบัญญัติกฎหมายแบบกฎหมายเดียวสามารถใช้ได้ในหลายๆกรณี (all-purpose legislative) เช่น ประเทศเนเธอร์แลนด์ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นกฎหมายหลักกฎหมายเดียวในการให้อำนาจเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายจากหน่วยงานต่างๆใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญาต่างๆ โดยมีข้อยกเว้นเพียงบางประการเท่านั้น กล่าวคือ การสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นจะกระทำได้เฉพาะอาชญากรรมอุกฉกรรจ์เท่านั้น หรือสหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์) ที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีต่างๆไว้ใน กฎหมายหลักสองฉบับ คือ RIPA 2000 และ IPA 2016 และประเทศสหรัฐอเมริกาที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีต่างๆ ผ่านทางการตีความบทแก้ไขเพิ่มรัฐธรรมนูญกลางแห่งสหรัฐอเมริกาครั้งที่สี่และเสริมด้วยหลักการที่ได้วางไว้ในกฎหมายคอมมอนลอว์และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาสหพันธรัฐ ซึ่งต่างจากประเทศไทยที่ใช้เทคนิคการบัญญัติกฎหมาย

พิเศษ ให้ใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานได้เฉพาะคดีใดคดีหนึ่งตามกฎหมายฉบับต่างๆที่ได้กำหนดไว้ดังที่กล่าวไว้ข้างต้น ทั้งนี้วิธีการบัญญัติกฎหมายแบบในประเทศเนเธอร์แลนด์ สหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์) และสหรัฐอเมริกา นั้นยังเปิดช่องให้เจ้าหน้าที่สามารถใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญาต่างๆ รวมถึงคดีทุจริตในภาครัฐได้ โดยสามารถที่จะเลือกใช้หลายวิธีพร้อมกันก็ได้ โดยสิ่งที่เจ้าหน้าที่ต้องกระทำคือขออนุญาตตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น จะเห็นได้ว่าเทคนิคการบัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้ส่งผลให้กฎหมายนั้นมีความยืดหยุ่นและสามารถปรับใช้ได้ในหลายๆกรณี จึงสามารถทำให้ใช้วิธีการเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานได้อย่างเต็มประสิทธิภาพและมีโอกาสในการปราบปรามอาชญากรรมมากยิ่งขึ้น

4. ปัญหาในการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานตามมาตรา 50(1) แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต (UNCAC) ในการปราบปรามคดีทุจริตในภาครัฐในประเทศไทย

นอกเหนือจากปัญหาหลักที่กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปราบปรามคดีทุจริตในภาครัฐของประเทศไทยอย่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 นั้นไม่ได้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานตามมาตรา 50(1) แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต (UNCAC) ไว้ประเทศไทยยังประสบปัญหาดังต่อไปนี้อีกด้วย

4.1 ปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในประเทศไทย

กฎหมายภายในหลายฉบับของประเทศไทยนั้นอนุญาตให้มีการใช้การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุม การปฏิบัติการอำพรางและการสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์และการสอดแนมด้วยวิธีอื่นๆ ซึ่งเป็นวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานตามมาตรา 50(1) แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต แต่อย่างไรก็ดี วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานนี้กลับไม่ได้ถูกบรรจุในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปรามทุจริตในภาครัฐโดยตรง ซึ่งการบรรจุวิธีการพิเศษดังกล่าวเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานไว้เพียงในบางกฎหมายฉบับนั้นไม่เพียงพอที่จะปราบปรามอาชญากรรมที่มีความร้ายแรงได้ สาเหตุนั้นเนื่องมาจากการบัญญัติกฎหมายของประเทศไทยนั้น เน้นหนักที่ฐานความผิดตามพระราชบัญญัตินั้นๆเป็นประธานในการบัญญัติกฎหมาย แล้วจึงนำวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานด้วยวิธีการพิเศษต่างๆใส่เข้าไป จึงกลายเป็นว่าวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานจะสามารถใช้ได้กับฐานความผิด

ที่ได้อนุญาตไว้เท่านั้นมิใช่ในทุกๆฐานความผิด ซึ่งเทคนิคการบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าวนั้น อาจจะไม่เหมาะสมและไม่ยืดหยุ่นเพียงพอกับการกระทำความผิดอาญาร้ายแรงที่มีความซับซ้อน ในปัจจุบัน ซึ่งรวมถึงคดีทุจริตในภาครัฐด้วย และดังที่กล่าวไว้ข้างต้นว่า พระราชบัญญัติประกอบ รัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 ซึ่งเป็นกฎหมายหลักในการ ปราบปรามคดีทุจริตในภาครัฐของประเทศไทยนั้น ก็ไม่อนุญาตให้มีการใช้วิธีการพิเศษตามอนุสัญญาฯ เพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในการสืบสวนคดีทุจริตในภาครัฐ ซึ่งการดังกล่าวเป็นอุปสรรคต่อ การปราบปรามคดีทุจริตในภาครัฐ อีกทั้งยังอาจเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ของอนุสัญญาสหประชาชาติ ว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตอีกด้วย

4.1.1 ปัญหาความกระจัดกระจายของวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในประเทศไทย

ถึงแม้ว่าวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานนั้นสามารถใช้ได้ภายใต้กฎหมาย ไทย แต่เนื่องจากความผิดที่กฎหมายได้มีการอนุญาตให้ใช้วิธีการพิเศษได้นั้นกระจัดกระจายอยู่ภาย ใต้กฎหมายต่างๆหลายฉบับ ดังนั้น ในทางปฏิบัติ จึงทำให้ไม่สามารถการใช้วิธีการพิเศษเพื่อ แสวงหาพยานหลักฐานได้อย่างเต็มประสิทธิภาพ เนื่องจากการใช้วิธีการเพื่อการแสวงหาพยานหลัก ฐานดังกล่าวมานั้นจะมีประสิทธิภาพที่สุดหากสามารถใช้ร่วมกันได้ ดังนั้นหากไม่ได้มีการอนุญาตให้ ใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานได้ร่วมกัน ก็หมายความว่าเจ้าหน้าที่สืบสวนนั้นอาจ จะต้องพบกับอุปสรรคในการสืบสวนคดีและปราบปรามอาชญากรรมที่มีลักษณะที่ซับซ้อน

โดยตารางข้างล่างแสดงให้เห็นถึงตัวอย่างของกฎหมายของไทยที่มีการอนุญาตให้ใช้ วิธีการพิเศษตามมาตรา 50(1) แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต เพื่อการ แสวงหาพยานหลักฐานได้

กฎหมายพิเศษ	การเคลื่อนย้าย ภายใต้อการควบคุม	การปฏิบัติการ อำพราง	การสอดแนมทาง อิเล็กทรอนิกส์
พระราชบัญญัติ วิธีพิจารณา คดี ยาเสพติด พ.ศ. 2550	✓	✓	✓ (เฉพาะในกรณีการดัก ข้อมูลสื่อสาร)

กฎหมายพิเศษ	การเคลื่อนย้าย ภายใต้การควบคุม	การปฏิบัติการ อำพราง	การสอดแนมทาง อิเล็กทรอนิกส์
พระราชบัญญัติ ป้องกันและปราบ ปรามการมีส่วนร่วม ในองค์กร อาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556	√	√	√
พระราชบัญญัติการ สอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547	–	√	√ (เฉพาะในกรณีการดัก ข้อมูลสื่อสาร)
พระราชบัญญัติ ป้องกันและปราบ ปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542	–	–	√ (เฉพาะในกรณีการดัก ข้อมูลสื่อสาร)
พระราชบัญญัติ ป้องกันและปราบ ปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551	–	–	√ (เฉพาะในกรณีการดัก ข้อมูลสื่อสาร)

ตารางข้างต้นแสดงให้เห็นว่าจากตัวอย่างกฎหมายทั้งหมดฉบับของประเทศไทยนั้น การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมนั้นได้รับการอนุญาตให้ใช้ได้เพียงภายใต้กฎหมายแค่สองฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาศึยาเสพติด พ.ศ. 2550¹¹⁶ และ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556¹¹⁷ ในส่วนของการปฏิบัติการอำพรางนั้นได้รับอนุญาตให้ใช้ได้เพียงภายใต้กฎหมายสามฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาศึยาเสพติด พ.ศ. 2550¹¹⁸ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กร

¹¹⁶ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาศึยาเสพติด พ.ศ. 2550 มาตรา 8.

¹¹⁷ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556มาตรา 20.

¹¹⁸ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาศึยาเสพติด พ.ศ. 2550 มาตรา 7.

อาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556¹¹⁹ และ พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547¹²⁰ และการสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นถึงแม้จะได้รับอนุญาตให้ใช้ได้ภายใต้ทุกๆพระราชบัญญัติที่ยกตัวอย่างมา แต่ก็มีกำกวมการใช้ กล่าวคือ ใช้ได้เพียงการดักข้อมูลสื่อสารของผู้ต้องสงสัยเท่านั้น¹²¹ โดยทั้งนี้เฉพาะพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 เท่านั้นที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการใช้อุปกรณ์โทรศัพท์หรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ในการสะกดรอยตามผู้ต้องสงสัย¹²²

นอกจากนี้จะเห็นได้ว่าในบรรดากฎหมายพิเศษข้างต้นนั้น มีกฎหมายพิเศษเพียงสองฉบับเท่านั้นที่อนุญาตให้ใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานได้ทั้งสามวิธี ซึ่งก็คือ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 อนุญาตให้ใช้การสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์ได้เฉพาะกรณีได้มาซึ่งข้อมูลสื่อสารเท่านั้น ไม่รวมถึงการใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ในการสะกดรอยตามผู้ต้องสงสัย¹²³ และภายใต้พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานนั้นจะใช้ได้ในคดีที่เกี่ยวข้องกับยาเสพติดเท่านั้น ไม่สามารถใช้ได้กับคดีที่มีความซับซ้อนหรือคดีที่มีความร้ายแรงอื่นๆ ซึ่งรวมทั้งคดีทุจริตในภาครัฐด้วย¹²⁴ และทั้งนี้แม้พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 เท่านั้นที่อนุญาตให้ใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานได้ทั้งสามวิธีโดยไม่มีข้อจำกัดใดๆ แต่อย่างไรก็ดี เนื่องจากภายใต้พระราชบัญญัติดังกล่าว วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานนั้นจะใช้ได้ในคดีที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมองค์กรที่มีลักษณะเป็นอาชญากรรมข้ามชาติเท่านั้น การปรับใช้กฎหมายดังกล่าวในคดีทุจริตในภาครัฐจึงสามารถทำได้ยากหรือไม่สามารถทำได้เลย หากการทุจริตในภาครัฐนั้นไม่มีจุดเกาะเกี่ยวกับอาชญากรรมองค์กรที่มีลักษณะเป็นอาชญากรรมข้ามชาติ

¹¹⁹ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาตรา 19.

¹²⁰ พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 มาตรา 27.

¹²¹ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 มาตรา 10; พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาตรา 17; พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 มาตรา 25; พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519 มาตรา 14 วรรคสี่; พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มาตรา 4; พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 มาตรา 30.

¹²² พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาตรา 21.

¹²³ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 มาตรา 10.

¹²⁴ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 มาตรา 5.

4.1.2 ปัญหาสถานะของวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานที่มีสถานะเป็นวัตถุรองภายใต้กฎหมายพิเศษ

ดังที่กล่าวไว้ข้างต้นว่า สืบเนื่องจากวิธีการบัญญัติกฎหมายของประเทศไทยนั้น ทำให้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานนั้นไม่ได้มีสถานะเป็นประธานภายใต้กฎหมายพิเศษ จึงไม่สามารถทำให้สามารถนำวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานมาใช้ในการสืบสวนอาชญากรรมทุกประเภทได้ เพราะต้องขึ้นอยู่กับกฎหมายพิเศษที่ให้อำนาจใช้ไว้ ซึ่งกฎหมายพิเศษที่เกี่ยวข้องกับการปราบปรามทุจริตในภาครัฐโดยตรง ซึ่งก็คือ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 เองนั้นก็ไม่ได้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการใช้วิธีการแสวงหาพยานหลักฐานพิเศษในคดีทุจริตในภาครัฐไว้ ทั้งนี้หากเจ้าหน้าที่ประสงค์จะใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีทุจริตในภาครัฐแล้วนั้น เจ้าหน้าที่จะต้องหาจุดเกาะเกี่ยวให้ได้ว่าคดีทุจริตในภาครัฐนั้นเกี่ยวข้องกับฐานความผิดอื่น ๆ ตามกฎหมายพิเศษที่ได้ให้อำนาจในการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานไว้หรือไม่ เช่น คดีทุจริตในภาครัฐนั้นมีความเกี่ยวข้องกับความผิดฐานฟอกเงิน หรือคดีทุจริตในภาครัฐมีความเกี่ยวข้องกับการค้ายาเสพติด เป็นต้น

อย่างไรก็ดี อาจมีข้อโต้แย้งว่า เจ้าหน้าที่สามารถใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 แทนได้ เนื่องจากมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัตินี้ได้อนุญาตให้คณะกรรมการคดีพิเศษสามารถพิจารณารับคดีอาญาใดๆเป็นคดีพิเศษได้ ด้วยมติสองในสามของคณะกรรมการที่มีทั้งหมด¹²⁵ ซึ่งหากคดีทุจริตในภาครัฐถูกรับไว้เป็นคดีพิเศษแล้วนั้น ก็จะสามารถใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 ได้ อย่างไรก็ดี กรณีดังกล่าวอาจพบกับอุปสรรคในทางปฏิบัติได้ เนื่องจากต้องรอมติจากคณะกรรมการคดีพิเศษ ซึ่งอาจใช้เวลานานกว่าจะเริ่มสืบสวนคดีโดยใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานได้ นอกจากนี้ มตินั้นยังต้องอาศัยมติพิเศษไม่น้อยกว่าสองในสาม ให้รับคดีทุจริตในภาครัฐเป็นคดีพิเศษเสียก่อน ในทางปฏิบัติ จึงมีโอกาสดังคดีทุจริตในภาครัฐนั้นอาจไม่ผ่านมติให้รับเป็นคดีพิเศษได้ และพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 เองก็ได้อนุญาตให้ใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานได้ทุกวิธี เนื่องจากมีได้อนุญาตให้ใช้การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมได้

นอกจากนี้ หากเป็นกรณีตามมาตรา 21/1 แห่งพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 ที่ให้อำนาจ

¹²⁵ พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 มาตรา 21.

คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติสามารถมีมติรับคดีที่เจ้าหน้าที่รัฐกระทำความผิดอันเป็นคดีพิเศษไว้ดำเนินการไต่สวนตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต หรือ ในกรณีที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติพิจารณาแล้ว เห็นสมควรส่งเรื่องให้พนักงานสอบสวนคดีพิเศษเป็นผู้ดำเนินการ ให้พนักงานสอบสวนคดีพิเศษ ดำเนินการตามกฎหมายต่อไปนั้น ก็อาจประสบปัญหาเรื่องอำนาจการสืบสวนคดีของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติที่เป็นหน่วยงานหลักในการปราบปรามทุจริต แต่มีอำนาจตามกฎหมายน้อยกว่ากรมสอบสวนคดีพิเศษ ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น เช่นเดียวกัน

4.2 ปัญหาของวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานกับผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล

จากข้อมูลทั้งหมดข้างต้นจะเห็นได้ว่าแม้ว่าวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีทุจริต คอร์รัปชัน ทั้งสามรูปแบบนั้นได้รับการพิสูจน์จากนานาอารยประเทศแล้วว่าสามารถนำตัวผู้กระทำความผิดที่แท้จริงมาลงโทษได้ จนถูกบรรจุไว้ในมาตรา 50(1) แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต (UNCAC) ไว้เพื่อให้รัฐภาคีของอนุสัญญาได้นำไปใช้ให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุดในทางกลับกันก็จะเห็นได้ว่าวิธีการดังกล่าวก็มีลักษณะที่กระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ ของบุคคลมากกว่าวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานตามปกติ เช่น การออกหมายเรียก หมายจับ หมายค้น ตามกฎหมายทั่วไปเช่นกัน จึงเกิดคำถามว่าหากมีการอนุญาตให้สามารถใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีทุจริตดังกล่าวในประเทศไทย จะมีมาตรการใดในการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ ของบุคคลให้ได้รับผลกระทบจากวิธีการเหล่านี้ให้น้อยที่สุด จากการศึกษาวิจัยพบว่าวิธีการต่างๆ ที่กล่าวมาข้างต้นไม่ใช่วิธีการที่ไม่เคยถูกกล่าวถึงในประเทศไทยแต่อย่างใด หากแต่ได้ถูกใช้ในกฎหมายต่างๆ ที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น เช่น พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 หรือพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 มาเป็นระยะเวลาพอสมควรแล้ว ซึ่งในกฎหมายแต่ละฉบับได้บัญญัติถึงขั้นตอนการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ ของบุคคลจากการใช้วิธีการพิเศษเหล่านี้ไว้ด้วยถ้อยคำในทำนองเดียวกัน ดังนั้นการนำวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีทุจริต คอร์รัปชันจึงสามารถใช้หลักเกณฑ์การคุ้มครองจากกฎหมายดังกล่าวข้างต้นมาปรับใช้ได้ โดยในที่นี้ บทความนี้ขอแนะนำการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ ของบุคคลตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาปรับใช้

เนื่องจากเป็นพระราชบัญญัติที่พูดถึงวิธีการพิเศษทั้งสามวิธี ซึ่งในพระราชบัญญัติดังกล่าวได้กล่าวถึงขั้นตอนการนำวิธีการนำวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานมาใช้โดยชอบด้วยกฎหมายดังต่อไปนี้

4.2.1 การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมกับคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ ของบุคคลตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556

การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 โดยให้พนักงานสอบสวนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้ได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากอัยการสูงสุด ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมาย แล้วแต่กรณี มีอำนาจให้มีการเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุม โดยหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขในการขออนุญาต การอนุญาต และการเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุม ให้เป็นไปตามข้อบังคับที่อัยการสูงสุดกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ทั้งนี้ ในข้อบังคับดังกล่าวอย่างน้อยต้องมีมาตรการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจด้วย หากกระทำการครบถ้วนตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดแล้ว การกระทำและพยานหลักฐานที่ได้มาจากการกระทำของพนักงานสอบสวนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 20 ให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานได้¹²⁶ จะเห็นได้ว่ากฎหมายกำหนดให้อัยการสูงสุด ผู้บัญชาการตำรวจ เป็นผู้มีอำนาจในการอนุญาตให้มีการใช้วิธีการดังกล่าวโดยการอนุญาตดังกล่าวต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งก็เป็นไปในแนวทางเดียวกับ ประเทศเนเธอร์แลนด์ และสหราชอาณาจักร ที่ให้พนักงานอัยการหรือผู้บังคับบัญชาในหน่วยงานเป็นผู้อนุญาต เนื่องจากวิธีการดังกล่าวจะประสบผลสำเร็จได้ต้องอาศัยความรวดเร็วในการปฏิบัติการ มิฉะนั้นผู้ร่วมกระทำความผิดที่อยู่ปลายทางอาจจะทราบว่าคุณคนในเครือข่ายของตนถูกจับกุมแล้ว ซึ่งอาจทำให้ปฏิบัติการล้มเหลวได้ การขออนุญาตกับบุคคลดังกล่าวตามกฎหมายจึงถือว่าเหมาะสมแล้ว

4.2.2 การปฏิบัติการอำพรางกับคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ ของบุคคลตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556

การปฏิบัติการอำพรางถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 โดยกฎหมายได้กำหนดให้อัยการสูงสุด ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมาย แล้วแต่กรณี สามารถมอบหมายให้บุคคลใดจัดทำเอกสารหรือหลักฐานใดขึ้นหรือปฏิบัติการอำพราง เพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวนได้โดย ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่อัยการสูงสุดกำหนดในข้อบังคับ และเมื่อกระทำ

¹²⁶ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาตรา 20

การครบถ้วนตามขั้นตอน ที่กฎหมายกำหนด การจัดทำเอกสารหรือหลักฐานใด หรือการปฏิบัติการ อำพรางตามวรรคหนึ่ง ให้ถือว่าเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย¹²⁷ จะเห็นได้ว่ากฎหมาย ในมาตราดังกล่าวนี้เป็นไปในแนวทางเดียวกับประเทศเนเธอร์แลนด์ และ สหราชอาณาจักร ที่ให้ พนักงานอัยการหรือผู้บังคับบัญชาในหน่วยงานเป็นผู้อนุญาต เนื่องจากวิธีการดังกล่าวจะประสบ ผลสำเร็จได้ต้องอาศัยความรวดเร็วในการปฏิบัติการ รวมถึงต้องมีลักษณะที่เป็นความลับ ควรจะมี ผู้รู้ถึงการปฏิบัติการอำพรางให้น้อยที่สุด มิฉะนั้นผู้กระทำความผิดทราบว่าคุณคนในเครือข่าย ของตนเป็นเจ้าหน้าที่อำพรางตัวมาสืบข้อมูล ซึ่งไม่เพียงทำให้ปฏิบัติการล้มเหลวแต่อาจหมายถึง อันตรายถึงชีวิตแก่เจ้าหน้าที่อำพรางตนด้วย การขออนุญาตกับบุคคลดังกล่าวตามกฎหมายจึงถือว่า เหมาะสมแล้ว

4.2.3 การสะกดรอยผู้ต้องสงสัยว่ากระทำความผิดหรือจะกระทำความผิดตาม พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556

การสะกดรอยผู้ต้องสงสัย ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและ ปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 โดยเจ้าพนักงานอาจใช้ เครื่องมือสื่อสารโทรคมนาคม เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ หรือด้วยวิธีการอื่นใด ในการสะกดรอย ผู้ต้องสงสัยว่ากระทำความผิดหรือจะกระทำความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ โดยเจ้าพนักงานต้องขออนุญาตเพื่อให้มีอำนาจในการสะกดรอยจากอัยการสูงสุด ผู้บัญชาการตำรวจ แห่งชาติ หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมาย แล้วแต่กรณี¹²⁸ โดยต้องทำเป็นหนังสือเสนอต่อผู้มีอำนาจอนุญาต และระบุเหตุผลและความจำเป็น รวมทั้งระบุเครื่องมือ อุปกรณ์ วิธีการและระยะเวลาดำเนินการ¹²⁹ เนื่องจากวิธีการดังกล่าวจะประสบผลสำเร็จได้ต้องอาศัยความรวดเร็วในการปฏิบัติการ รวมถึง ต้องมีลักษณะที่เป็นความลับ ควรจะมีผู้รู้ถึงการปฏิบัติการให้น้อยที่สุด มิฉะนั้นผู้กระทำความผิด ทราบว่าตนถูกสะกดรอยอยู่ ซึ่งไม่เพียงทำให้ปฏิบัติการล้มเหลวแต่อาจหมายถึงอันตรายถึงชีวิตแก่ เจ้าหน้าที่ที่สะกดรอยด้วย การขออนุญาตกับบุคคลดังกล่าวตามกฎหมายจึงถือว่าเหมาะสมแล้ว

¹²⁷ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาตรา 19

¹²⁸ ข้อบังคับของอัยการสูงสุดว่าด้วยการสะกดรอยผู้ต้องสงสัย ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมี ส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาตรา 21 พ.ศ.2556 ข้อ 6

¹²⁹ ข้อบังคับของอัยการสูงสุดว่าด้วยการสะกดรอยผู้ต้องสงสัย ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมี ส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาตรา 21 พ.ศ.2556 ข้อ 7

4.2.4 การสอดแนมตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วม ในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556

การสอดแนมมิได้ถูกบัญญัติไว้โดยตรง แต่ มาตรา 17 วางหลักไว้ว่า เอกสารหรือข้อมูลข่าวสารซึ่งส่งทางไปรษณีย์ โทรเลข โทรศัพท์ โทรสาร คอมพิวเตอร์ เครื่องมือ หรืออุปกรณ์ในการสื่อสาร สื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือสื่อทางเทคโนโลยีใด ถูกใช้หรืออาจถูกใช้ เพื่อให้ได้รับประโยชน์จากการกระทำความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พนักงานสอบสวนซึ่งได้รับอนุมัติจากอัยการสูงสุด ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมาย แล้วแต่กรณี อาจยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่ออธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาเพื่อมีคำสั่งอนุญาตให้ได้มาซึ่งเอกสารหรือข้อมูลข่าวสารดังกล่าวก็ได้¹³⁰ กรณีนี้จะเห็นได้ว่าแตกต่างจากการแสวงหาพยานหลักฐานด้วยวิธีพิเศษในรูปแบบอื่นเพราะมีลักษณะที่ต้องขออนุญาตถึงสองขั้นตอนคือจากอัยการสูงสุด ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมาย แล้วแต่กรณี และจากอธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาเพื่อมีคำสั่งอนุญาต ให้ได้มาซึ่งเอกสารหรือข้อมูลข่าวสารตามที่กฎหมายกำหนด เช่นเดียวกับในสหราชอาณาจักรที่เรียกการอนุญาตทั้งสองขั้นตอนนี้ว่า กระบวนการการขออนุญาตแบบล็อกสองชั้น ('double-lock' authorisation)

เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะวิธีการดังกล่าวไปกระทบต่อสิทธิในการติดต่อสื่อสารของบุคคล (Right to Communication) ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองในระดับสากลจึงจำเป็นที่จะต้องได้รับการพิจารณาจากองค์กรตุลาการด้วยเพื่อเป็นหลักประกันว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐนั้น มีเหตุอันควรเชื่อว่าจะมีการกระทำความผิดหรือจะมีการกระทำความผิดจริง มีเหตุอันควรเชื่อว่าจะได้ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำความผิดจากการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารดังกล่าว และเห็นว่าไม่อาจใช้วิธีการอื่นใดที่เหมาะสมหรือมีประสิทธิภาพมากกว่าได้ จึงจะอนุญาตให้ดำเนินการได้ นอกจากนี้การอนุญาตให้อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาสั่งอนุญาตได้คราวละไม่เกินเก้าสิบวัน โดยกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ก็ได้ และให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลข่าวสารในสิ่งที่สื่อสารตามคำสั่งดังกล่าวจะต้องให้ความร่วมมือเพื่อให้เป็นไปตามความในมาตรานี้ ภายหลังจากที่มีคำสั่งอนุญาต หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าเหตุผลความจำเป็นไม่เป็นไปตามที่ระบุหรือพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาอาจเปลี่ยนแปลงคำสั่งอนุญาตหรือขยายระยะเวลาอนุญาตได้ตามที่เห็นสมควร¹³¹ ในส่วนของข้อมูลที่ได้รับจากวิธีการดังกล่าวกฎหมายวางหลักว่า บรรดาข้อมูลที่ได้มาตามวรรคหนึ่ง ให้เก็บรักษาเฉพาะข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำความผิดซึ่งได้รับอนุญาต

¹³⁰ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาตรา 17

¹³¹ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาตรา 17

และให้ใช้ประโยชน์ในการสืบสวน หรือใช้เป็นพยานหลักฐานเฉพาะในการดำเนินคดีดังกล่าวเท่านั้น ส่วนข้อมูลข่าวสารอื่นให้ทำลายเสียทั้งสิ้น ทั้งนี้ ตามข้อบังคับที่อัยการสูงสุดกำหนด

นอกจากนี้กฎหมายยังกำหนดโทษในการกระทำการละเมิดข้อมูลข่าวสารที่คุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ ของบุคคลตามพระราชบัญญัตินี้ โดย มาตรา 18 ห้ามมิให้บุคคลใดที่ดำเนินการตาม มาตรา 17 เปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่ได้มา เว้นแต่เป็นข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ซึ่งได้รับอนุญาตตามมาตรา 17 และเป็นการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่หรือตามกฎหมายหรือตามคำสั่งศาล¹³² หากฝ่าฝืนจะได้รับโทษตามมาตรา 29 คือ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ¹³³ หรือ ในมาตรา 30 ที่บัญญัติว่า ผู้ใดปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 19 หรือมาตรา 21 กระทำการนอกเหนือวัตถุประสงค์ในการสืบสวนสอบสวนตามพระราชบัญญัตินี้ เพื่อแสวงหาประโยชน์อันมิชอบสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ให้ผู้นั้นไม่ได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้ ถ้าการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญาให้ต้องระวางโทษเป็นสองเท่าของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น¹³⁴

จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้นจะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 ได้วางหลักการคุ้มครอง สิทธิ เสรีภาพ ของบุคคลจากการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานตามมาตรา 50(1) แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต (UNCAC) ไว้อย่างครบถ้วนแล้ว หากจะมีการบัญญัติกฎหมายให้มีการนำวิธีการเหล่านี้ไปใช้เพื่อหาพยานหลักฐานในคดีทุจริต คอร์รัปชัน ก็สามารถที่จะนำหลักการเรื่องนี้ในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 ไปใช้ในกฎหมายใหม่ได้เลย

5. สรุปผลการวิจัยและข้อเสนอแนะ

ผลการศึกษาวิเคราะห์พบว่าปัญหาหลักของประเทศไทยนั้นคือการที่กฎหมายหลักที่เกี่ยวข้องกับการปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 นั้นไม่ได้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานตามมาตรา 50(1) แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต (UNCAC) ไว้ จึงทำให้เจ้าหน้าที่ต้องอาศัยเพียงวิธีทั่วๆไปเพื่อการแสวงหา

¹³² พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาตรา 18

¹³³ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาตรา 29

¹³⁴ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาตรา 30

พยานหลักฐานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2477 เท่านั้น ซึ่งวิธีการทั่วไปนั้นไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอในการปราบปรามการทุจริตในภาครัฐที่เป็นอาชญากรรมที่มีความซับซ้อนได้ ส่งผลให้อาจทำให้ไม่สามารถปราบปรามการทุจริตในภาครัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ทั้งนี้การอาศัยกฎหมายพิเศษฉบับอื่นในการให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการใช้วิธีการพิเศษเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานในการปราบปรามการทุจริตในภาครัฐนั้น ก็ไม่สามารถกระทำได้อย่างสะดวกเนื่องจากกฎหมายพิเศษเหล่านั้นมีการจำกัดเงื่อนไขการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐาน กล่าวคือ ต้องเป็นกรณีตามฐานความผิดตามกฎหมายพิเศษเหล่านั้นเท่านั้น นอกเหนือไปจากนี้ส่วนใหญ่แล้วกฎหมายพิเศษเหล่านั้นก็ไม่ได้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานได้ทั้งสามวิธีพร้อมกัน หากแต่ให้ใช้เฉพาะบางอย่างเท่านั้น จึงอาจทำให้ไม่สามารถใช้ประโยชน์จากวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานได้อย่างเต็มประสิทธิภาพ

จากการที่ได้วิเคราะห์ข้อมูลทั้งหมดแล้วนั้น งานวิจัยชิ้นนี้ขอเสนอข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้ เพื่อเป็นการสนับสนุนการปราบปรามการทุจริตในภาครัฐในประเทศไทย

1. เพื่อเป็นการปราบปรามการทุจริตในภาครัฐอย่างมีประสิทธิภาพ ประเทศไทยนั้นต้องอนุญาตให้มีการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 อันเป็นกฎหมายหลักในการปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ ทั้งนี้การดังกล่าวนั้น นอกเหนือจะเป็นการปฏิบัติตามพันธกิจในฐานะภาคีอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตแล้วนั้น ยังจะเป็นการทำให้การปราบปรามการทุจริตในภาครัฐในประเทศไทยสามารถทำได้อย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลอีกด้วย ท้ายสุดแล้วนั้นการปฏิบัติเช่นนั้นเป็นการแสดงให้เห็นว่าประเทศไทยนั้นมีความจริงจังที่จะกระทำการปราบปรามการทุจริตในภาครัฐอีกด้วย

2. หากมีการอนุญาตให้มีการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 จะต้องมีการนำหลักการคุ้มครอง สิทธิ เสรีภาพ ของบุคคลจากการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานดังกล่าวของพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 ที่ได้กล่าวมาข้างต้นมาใช้ด้วย เพื่อเป็นหลักประกันตามกฎหมายว่าการกระทำแบบเดียวกันย่อมได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายแบบเดียวกัน

3. ศาลยุติธรรมควรที่จะอาศัยหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Due Process) มากกว่าหลักการปราบปรามอาชญากรรม (Crime Control) ในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยการสืบสวนโดยมิชอบ โดยการปฏิเสธที่จะรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบดังกล่าวเพื่อผลประโยชน์ของจำเลย มากกว่ารับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวเพื่อที่จะดำเนินคดีจำเลยได้ และให้จำเลยไปฟ้องดำเนินคดีเจ้าหน้าที่ที่ปฏิบัติการสืบสวนไม่ชอบในคดีใหม่ต่างหาก หากสามารถกระทำได้อย่างที่เสนอนั้น จะเป็นการปกป้องทั้งจำเลยและเจ้าหน้าที่สืบสวน เนื่องจากจำเลยจะไม่ถูกดำเนินคดีจากพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้นและเจ้าหน้าที่เองก็จะไม่ถูกดำเนินคดีเพราะปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ นอกเหนือไปจากนี้ การดังกล่าวย่อมเป็นการสนับสนุนให้เจ้าหน้าที่นั้นต้องปฏิบัติการสืบสวนตามขั้นตอนทางกฎหมายอย่างเคร่งครัดเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานอีกด้วย

4. ในระยะยาว เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาในการใช้วิธีการพิเศษเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานในการปราบปรามการทุจริตในภาครัฐตามที่ได้วิเคราะห์ไว้ในบทที่ 4 นั้น ฝ่ายนิติบัญญัติควรที่จะออกกฎหมายที่มีลักษณะเป็นกฎหมายฉบับเดียวที่ให้อำนาจสืบสวน เช่นเดียวกับในประเทศเนเธอร์แลนด์ สหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์) และสหรัฐอเมริกา เนื่องจากการมีบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวนี้จะทำให้การอนุญาตให้ใช้วิธีการพิเศษเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานนั้นถูกรวมอยู่ภายใต้กฎหมายฉบับเดียวและมีสถานะเป็นวัตถุประสงค์หลักของกฎหมายนั้นๆ ทั้งนี้การดังกล่าวนี้นอกจากจะเป็นการทำให้ประเทศไทยมีกฎหมายที่ชัดเจนเกี่ยวกับอำนาจในการใช้วิธีการพิเศษเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานแล้วนั้น ยังทำให้สามารถใช้วิธีการพิเศษเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานในการสืบสวนคดีที่มีความร้ายแรงต่างๆนอกจากการทุจริตในภาครัฐได้ด้วย เช่น การปราบปรามการอาชญากรรมองค์กรหรืออาชญากรรมที่มีความร้ายแรงอื่นๆต่อไปที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต

มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามข่าวเท็จออนไลน์*

Legal measures to prevent and suppress online fake news

ชัจจกฤษฏี ชูช่วย

Chatjakrit Choochuay

นักศึกษาในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

9/9 หมู่ที่ 9 ตำบลบางพูด อำเภอปากเกร็ด นนทบุรี 11120

LL.M Candidate

School of Law, Sukhothai Thammathirat Open University

9/9 Village No. 9 Bang Phut Sub-district, Pak Kret District, Nonthaburi 11120

Corresponding author E-mail: chatjakrit@gmail.com

(Received: September 21, 2023; Revised: October 30, 2023; Accepted: November 20, 2023)

บทคัดย่อ

ปัญหาการเผยแพร่ข่าวเท็จออนไลน์ที่เพิ่มขึ้น จึงได้จัดทำกรวิจัยเพื่อ (1) ศึกษาแนวคิด ทฤษฎี และหลักการของมาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามข่าวเท็จ (2) ศึกษา กฎหมายระหว่างประเทศตามอนุสัญญาอาชญากรรมไซเบอร์ และกฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันและ ปราบปรามข่าวเท็จของประเทศมาเลเซีย สิงคโปร์ ฟิลิปปินส์ จีน และเยอรมนี (3) วิเคราะห์กฎหมาย ที่เกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามข่าวเท็จตามกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายระหว่าง ประเทศ และกฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามข่าวเท็จของต่างประเทศ และ (4) นำ ผลการวิเคราะห์มาสังเคราะห์เป็นแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันและ ปราบปรามข่าวเท็จให้เหมาะสมและมีความชัดเจนยิ่งขึ้น การวิจัยนี้เป็นการวิจัยคุณภาพ โดยศึกษา มาตรการอาญาและมาตรการปกครองในการป้องกันและปราบปรามข่าวเท็จออนไลน์ ทั้งที่เป็น

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์เรื่อง “มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามข่าวเท็จ ออนไลน์” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต วิชาเอกกฎหมายมหาชน สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช โดยมี รองศาสตราจารย์ ดร.วรภรณ์ วนาพิทักษ์ อาจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช และ ศาสตราจารย์ ดร.สรารุช ปิตยาคักดิ์ อาจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช เป็นอาจารย์ที่ปรึกษา

เอกสารภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ ผลการศึกษาพบว่า (1) สิทธิและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญ แต่หากการใช้สิทธิและเสรีภาพกระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของผู้อื่น รัฐสามารถเข้าแทรกแซงโดยการบัญญัติกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้ (2) จากการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศมาเลเซีย สิงคโปร์ ฟิลิปปินส์ จีน และเยอรมนี พบว่า การป้องกันและปราบปรามข่าวเท็จมีการบัญญัติเป็นกฎหมายเฉพาะ การกำหนดคำนิยามที่ชัดเจน กำหนดขอบเขตความรับผิดชอบตามระดับความร้ายแรง ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งในการจัดการกับข่าวเท็จ และกำหนดมาตรการสำหรับผู้ให้บริการในการกำกับดูแลตนเอง (3) ประเทศไทยไม่มีกฎหมายเฉพาะทำให้เป็นอุปสรรคต่อการป้องกันและปราบปรามข่าวเท็จออนไลน์ (4) จึงควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 โดยการกำหนดคำนิยามและขอบเขตการกระทำความผิดให้ชัดเจน ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่รัฐมีคำสั่งทางปกครองในการจัดการกับข่าวเท็จ และกำหนดมาตรการและโทษปรับทางปกครองสำหรับผู้ให้บริการ

คำสำคัญ : ข่าวเท็จออนไลน์, สิทธิและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น, คำสั่งทางปกครอง, มาตรการและโทษปรับทางปกครอง

Abstract

The increasing problem of spreading false news online. This thesis aimed to (1) study the concepts, theories, and principles of legal measures for preventing and combating fake news, (2) study the international law: the Budapest Convention on Cybercrime and the laws related to preventing and combating fake news in Malaysia, Singapore, Philippines, China, and Germany, (3) analyze Thai laws concerning the prevention and combat of fake news in comparison to international and foreign laws, and (4) propose recommendations for improving and clarifying the laws related to preventing and combating fake news. This research is qualitative research by studying criminal measures and administrative measures to prevent and suppress online fake news, including researching both Thai and foreign language documents of edict, The study found that (1) freedom of expression and freedom of speech

were protected by the constitution. However, if the exercise of these rights impacted the public order or good morals of the people or infringed on the rights or freedoms of others, the state could intervene by enacting laws that restricted these rights and freedoms. (2) in the comparative study with the laws of Malaysia, Singapore, Philippines, China, and Germany, it was found that the prevention and combating of fake news were legislated as specific laws, clear definitions were provided, the severity levels of offenses were defined, authorities was empowered to issue orders to manage fake news, and measures and penalties were established for service providers to self-regulate. (3) Thailand has no specific laws, making it an obstacle to preventing and suppressing fake news online. (4) therefore, it was advisable to amend the Act on Commission of Offences Relating to Computer B.E. 2550 (2007) by providing clear definitions and boundaries of offenses, authorizing government officers to issue the administrative order to manage fake news, and specifying administrative measures and punishments for service providers under government supervision.

Keywords : Fake News online, Rights and freedom of expression, Administrative order, Administrative measures and punishments

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ปัจจุบันการเปลี่ยนแปลงทางนวัตกรรมและเทคโนโลยีสมัยใหม่ ทำให้การส่งต่อข้อมูล มีความสะดวกและรวดเร็ว เรียกกันว่าสื่อสังคมออนไลน์หรือเครือข่ายสังคม¹ อันเป็นสื่อสาธารณะ รูปแบบหนึ่งที่คนทั่วไปสามารถเข้าถึงได้ง่ายและมีผู้ใช้งานเป็นจำนวนมาก หลายข้อมูลที่เผยแพร่ เป็นข้อมูลที่ไม่ได้เกิดจากการวิเคราะห์หรือสังเคราะห์ข้อมูลอย่างละเอียดรอบคอบบนพื้นฐานของ ข้อเท็จจริง โดยข้อมูลข่าวสารเป็นสิ่งที่สื่อความหมายให้รู้เรื่องราวข้อเท็จจริงของข้อมูลหรือสิ่งใด ๆ² จะเห็นได้ว่าข้อมูลมีได้ทั้งข้อมูลที่เป็นเท็จและข้อมูลที่เป็นจริง ซึ่งข้อมูลเท็จจะมาในรูปแบบของ

¹ พิชิต วิจิตรบุญรักษ์. สื่อสังคมออนไลน์: สื่อแห่งอนาคต. มหาวิทยาลัยกรุงเทพ. วารสาร Executive. หน้า 99.

² “พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554”, [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://dictionary.orst.go.th/>

ข่าวลือ ข่าวลวง ข่าวบิดเบือนนำไปสู่ข่าวเท็จ หรือ Fake news ในบางครั้งเป็นการเผยแพร่ข้อมูลเพื่อลดความน่าเชื่อถือของคู่แข่ง³ เนื่องจากการบริโภคข่าวสารไม่สัมพันธ์กับความสามารถในการแยกแยะระหว่างความจริงและความเท็จ⁴ หากผู้รับข่าวสารไม่ได้พิจารณาไตร่ตรองในความถูกต้องของข้อมูลย่อมหลงเชื่อไปตามนั้น สิ่งเหล่านี้ย่อมเป็นตัวกระตุ้นให้เกิดความขัดแย้งในสังคมหรือกระทบต่อระบบเศรษฐกิจและความมั่นคงของประเทศ สถิติข่าวเท็จของประเทศไทย ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2563 - 30 มิถุนายน 2564 พบว่า จำนวนผู้โพสต์ข่าวเท็จ 587,039 คน และจำนวนผู้แชร์ข่าวเท็จ 20,294,635 คน คิดเป็นร้อยละ 30.67 ของประชากรทั้งประเทศ⁵ โดยส่วนใหญ่อยู่ในช่วงอายุระหว่าง 18 - 34 ปี⁶

ปฏิญญาสากลว่าด้วยว่าด้วยสิทธิมนุษยชน⁷ ประกอบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้รับรองการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนเอาไว้อย่างชัดเจนตามเจตนารมณ์ว่าด้วยหลักนิติธรรม แต่ไม่ได้หมายความว่ารัฐหรือฝ่ายปกครองจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ได้เลย โดยรัฐหรือฝ่ายปกครองสามารถจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้บางประเภท หากการใช้สิทธิและเสรีภาพไปกระทบสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ความมั่นคงของรัฐหรือความสงบเรียบร้อยของประชาชน⁸ เห็นว่าสิทธิและเสรีภาพส่วนใหญ่ที่รับรองไว้โดยรัฐธรรมนูญหรือพันธกรณีระหว่างประเทศ แต่เป็นสิทธิและเสรีภาพที่มีข้อยกเว้นและอาจถูกจำกัดได้ เช่น เสรีภาพส่วนบุคคล ความปลอดภัยของบุคคล สิทธิในทรัพย์สิน ความเป็นอยู่ส่วนตัวและชีวิตครอบครัว การไม่เลือก

³ สุวัฒน์ เอ็มสัมฤทธิ์. การแสดงความคิดเห็นด้วยอคติผ่านข่าวปลอมผ่านสังคมออนไลน์: กรณีศึกษาการเลือกตั้งประเทศไทยในปี พ.ศ.2562. การศึกษาค้นคว้าอิสระปริญญาโทมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561. หน้า 3.

⁴ Dustin P. Calvillo a, Ryan J.B. Garcia b, Kiana Bertrand a, Tommi A. Mayers. **Personality factors and self-reported political news consumption predict susceptibility to political fake news. Personality and Individual Differences. Personality and Individual Differences. Scindedirect.** 2021. P 2.

⁵ กรมการปกครอง. สำนักบริหารการทะเบียน. [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://stat.bora.dopa.go.th/stat/statnew/statMONTH/statmonth/#/displayData> [26 ตุลาคม 2565]

⁶ กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม, “ศูนย์ต่อต้านข่าวปลอม”, [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://www.depaa.or.th/th/article-view> [10 ตุลาคม 2565]

⁷ ข้อ 19 ทุกคนมีสิทธิในอิสรภาพแห่งความเห็น และการแสดงออก ทั้งนี้สิทธินี้รวมถึงอิสรภาพที่จะถือเอาความเห็นโดยปราศจากการแทรกแซง และที่จะแสวงหา รับ และส่งข้อมูลข่าวสารและ ข้อคิดผ่านสื่อใด และโดยไม่คำนึงถึงพรมแดน

⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 25 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย นอกจากที่บัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะ ในรัฐธรรมนูญแล้ว การใดที่มีได้ห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมายอื่น บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำการนั้นได้และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญตราบเท่าที่การใช้สิทธิหรือเสรีภาพ เช่นว่านั้นไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น

ปฏิบัติ ความเสมอภาค เสรีภาพในการนับถือศาสนาและแสดงความคิดเห็น สิทธิในการศึกษาอบรม และวัฒนธรรม และสิทธิในการมีสิ่งแวดล้อมที่ดี⁹

ประมวลกฎหมายอาญาได้กล่าวถึงการป้องกันและปราบปรามข่าวเท็จไว้ในฐานความผิดหมิ่นประมาท ข้อโกง และการปลอมแปลง ในส่วนความผิดฐานข้อโกงและปลอมแปลงในประมวลกฎหมายอาญาครอบคลุมการกระทำความผิดในการหลอกลวงบุคคลแต่ไม่ครอบคลุมถึงการกระทำความผิดในการหลอกลวงระบบคอมพิวเตอร์ จึงได้มีพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์เพื่อปิดช่องว่างที่ประมวลกฎหมายอาญาไม่สามารถคุ้มครองให้ครอบคลุมถึงการหลอกลวงระบบคอมพิวเตอร์ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 เป็นมาตรการทางกฎหมายที่สำคัญบัญญัติตามอนุสัญญาอาชญากรรมไซเบอร์ มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองป้องกันระบบคอมพิวเตอร์ที่ประมวลกฎหมายอาญาไม่สามารถป้องกันและควบคุมได้ครอบคลุมถึงระบบคอมพิวเตอร์ แต่มาตรา 14 (1) เป็นเครื่องมือในการใช้บังคับกับการเผยแพร่ข้อมูลเท็จทางอินเทอร์เน็ต (Fake news) ในการโพสต์ แชร์ ข่าวเท็จ ที่เกิดจากการนำเข้าสู่ข้อมูลสู่ระบบคอมพิวเตอร์ที่เป็นข้อมูลเท็จ ปลอม หรือบิดเบือน มุ่งหลอกลวงบุคคลให้เกิดการเข้าใจผิดมากกว่าการหลอกลวงการทำงานของระบบ โดยประการน่าจะเกิดความเสียหายต่อประชาชน ซึ่งการหลอกลวงมีเจตนากว้างกว่าการได้ประโยชน์ในทรัพย์สิน และประการที่น่าจะให้เกิดความเสียหายต่อประชาชนมากกว่าความเสียหายต่อทรัพย์สินของผู้อื่นหรือให้ผู้อื่นเสียทรัพย์สิน จึงสามารถใช้บังคับกับการเผยแพร่ข่าวเท็จทางอินเทอร์เน็ต (Fake news) โดยใช้คอมพิวเตอร์เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดที่ไม่ปรากฏว่าผู้กระทำความผิดได้ประโยชน์ใดๆ ในทางทรัพย์สิน รวมทั้งองค์ประกอบการนำเข้าสู่ข้อมูลสู่ระบบคอมพิวเตอร์จะจำกัดขอบเขตเนื้อหาของข้อมูลต้องเป็นข้อมูลปลอม เท็จ หรือบิดเบือน มุ่งหลอกลวงบุคคลไม่ครอบคลุมการหลอกลวงการทำงานของระบบหรือการประมวลผลคอมพิวเตอร์ การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวจึงไม่ชัดเจนว่าจะบังคับตามความผิดฐานข้อโกงหรือปลอมแปลงที่กระทำต่อระบบคอมพิวเตอร์ หรือ เป็นมาตรการการป้องกันและปราบปรามการเผยแพร่ข่าวเท็จทางอินเทอร์เน็ต (Fake news) ทำให้การบังคับใช้กฎหมายไม่มีประสิทธิภาพ นอกจากนี้มาตรา 14 (2) เป็นการนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ที่เกิดจากข้อมูลที่เป็นเท็จ ในประการที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ ความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ หรือความมั่นคงปลอดภัยของระบบโครงสร้างพื้นฐานสาธารณะ หรือก่อให้เกิดความตื่นตระหนกของประชาชน ซึ่งการบังคับตามมาตรา

⁹ ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ. เสนอพิจารณาในการเลือกกำหนดโทษทางปกครองแทนโทษอาญา. สำนักงานศาลปกครอง. หน้า 33. แหล่งที่มา: <https://www.krisdika.go.th/data/article77/filenew/03-1-3.pdf>. [10 กรกฎาคม 2566]

14 (2) จะต้องเกิดกับคุณลักษณะของความไม่ปลอดภัยที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อประเทศ หรือ ความปลอดภัยทางสาธารณสุข หรือความปลอดภัยของโครงสร้างพื้นฐาน ซึ่งหมายถึงความไม่ ปลอดภัยต่อระบบคอมพิวเตอร์ ไม่สอดคล้องตามหลักการของอนุสัญญาอาชญากรรมไซเบอร์ที่มุ่ง คุ้มครองระบบคอมพิวเตอร์ ซึ่งพฤติกรรมที่ผิดกฎหมายเนื่องจากการกระทำโดยมีความสัมพันธ์กับ ระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์และการเผยแพร่ข้อมูลผ่านระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ ผู้ กระทำความผิดนั้นจะเรียกว่า อาชญากรรมคอมพิวเตอร์¹⁰ นอกจากนี้ภาครัฐได้ออกข้อกำหนดตาม ความในมาตรา 9 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 (ฉบับ ที่ 29) มีสาระสำคัญห้ามเสนอข้อมูลข่าวสารที่เป็นเท็จ ทำให้ประชาชนเกิดความหวาดกลัว แต่อย่างไร ก็ตามข่าวเท็จ (Fake news) ไม่ได้ลดน้อยลง อาจจะมีสาเหตุมาจากประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติของ กฎหมายเฉพาะที่จะสามารถใช้บังคับกับการป้องกันและเผยแพร่ข่าวเท็จ

2. วัตถุประสงค์

2.1 เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎี และหลักการของมาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามข่าวเท็จ

2.2 เพื่อศึกษากฎหมายระหว่างประเทศตามอนุสัญญาอาชญากรรมไซเบอร์ และกฎหมาย เกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามข่าวเท็จของสหพันธรัฐมาเลเซีย สาธารณรัฐสิงคโปร์ สาธารณรัฐ ฟิลิปปินส์ สาธารณรัฐประชาชนจีน และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

2.3 เพื่อวิเคราะห์กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปรามข่าวเท็จตามกฎหมาย ไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายระหว่างประเทศตามอนุสัญญาอาชญากรรมไซเบอร์ และกฎหมาย เกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามข่าวเท็จของสหพันธรัฐมาเลเซีย สาธารณรัฐสิงคโปร์ สาธารณรัฐ ฟิลิปปินส์ สาธารณรัฐประชาชนจีน และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

2.4 เพื่อนำผลการวิเคราะห์มาสังเคราะห์เป็นแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย เกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามข่าวเท็จให้เหมาะสมและมีความชัดเจนยิ่งขึ้น

¹⁰ คนาริป ทองทวีวงศ์. กฎหมายความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ เล่มที่ 1, พิมพ์ครั้งที่ 1. (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2563). หน้า 4

3. ขอบเขตการวิจัย

งานวิจัยเรื่องมาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามข่าวเท็จออนไลน์เป็นการศึกษาแนวคิด ทฤษฎี และหลักการทั้งกฎหมายไทย กฎหมายระหว่างประเทศตามอนุสัญญาอาชญากรรมไซเบอร์ และกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ สหพันธรัฐมาเลเซีย สาธารณรัฐสิงคโปร์ สาธารณรัฐฟิลิปปินส์ สาธารณรัฐประชาชนจีน และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เท่านั้น

4. วิธีการวิจัย

งานวิจัยมาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามข่าวเท็จออนไลน์เป็นการวิจัยทางนิติศาสตร์ (Legal Research) โดยการวิจัยคุณภาพ (Qualitative Research) ด้วยการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) จากหนังสือ ตำรา บทความทางวิชาการที่เกี่ยวกับการกระทำ ความผิดในการเผยแพร่ข่าวเท็จ ข่าวปลอม และข่าวบิดเบือน อาชญากรรมคอมพิวเตอร์ ทั้งกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

5. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

5.1 ทราบแนวคิด ทฤษฎี และหลักการของมาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามข่าวเท็จ

5.2 ทราบหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศตามอนุสัญญาอาชญากรรมไซเบอร์ และกฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามข่าวเท็จของสหพันธรัฐมาเลเซีย สาธารณรัฐสิงคโปร์ สาธารณรัฐฟิลิปปินส์ สาธารณรัฐประชาชนจีน และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

5.3 สามารถกำหนดความแตกต่างระหว่างกฎหมายของราชอาณาจักรไทยและกฎหมายระหว่างประเทศตามอนุสัญญาอาชญากรรมไซเบอร์ และกฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามข่าวเท็จของสหพันธรัฐมาเลเซีย สาธารณรัฐสิงคโปร์ สาธารณรัฐฟิลิปปินส์ สาธารณรัฐประชาชนจีน และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

5.4 ได้แนวทางในการปรับปรุงกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามการกระทำผิดเกี่ยวกับข่าวเท็จให้มีความเหมาะสมและชัดเจนยิ่งขึ้น

6. แนวคิดที่เกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามข่าวเท็จออนไลน์

การป้องกันและปราบปรามข่าวเท็จออนไลน์ เป็นลักษณะของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการแสดงความคิดเห็น จึงต้องศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การคุ้มครองชื่อเสียงของบุคคล การจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ความหมายและประเภทของข่าวเท็จของเครือข่ายสังคมออนไลน์ เพื่อการจำแนกการกระทำ ความผิดทางปกครองออกจากอาญา นำไปสู่การกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมต่อไป

6.1 สิทธิและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

6.1.1 สิทธิและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น สิทธิและเสรีภาพในการสื่อสาร เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ที่จะคิด เชื่อและถ่ายทอดไปตามความคิดของตนเอง เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานไปสู่สิทธิมนุษยชนอื่นๆ มีความสำคัญต่อการป้องกันเสรีภาพของปัจเจกบุคคลและชุมชน แต่สิทธินี้ต้องอยู่ร่วมกับแนวคิดความรับผิดชอบและความเสมอภาค การมีส่วนร่วม การตอบโต้ และการสมานฉันท์ เป็นเรื่องที่รัฐจะต้องรับรองสิทธิของประชาชนที่จะเข้าถึงระบบสื่อสารและการมีส่วนร่วมในการตัดสินใจ¹¹ จะเห็นได้ว่าปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในการแสดงความคิดเห็น ทุกคนมีสิทธิเสรีภาพในการแสดงออกทางความเห็น แต่จะต้องไม่กระทบต่อสิทธิของสิทธิของผู้อื่น สอดคล้องตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

6.1.2 การคุ้มครองชื่อเสียงของบุคคล การคุ้มครองชื่อเสียงของปัจเจกบุคคล¹² ถือเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญประการหนึ่งในสังคมประชาธิปไตยไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น อย่างไรก็ตาม ชื่อเสียงเป็นสิ่งที่ยากที่จะหาหนี้ยามได้อย่างแน่นอน โดยการคุ้มครองชื่อเสียงของบุคคลแบ่งออกได้เป็น¹³ ชื่อเสียงในฐานะที่เป็นทรัพย์สิน (Property) ชื่อเสียงในฐานะที่เป็นเกียรติยศ (Honor) และชื่อเสียงในฐานะที่เป็นศักดิ์ศรี (Dignity)

6.1.3 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น โดยการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นกำหนดขึ้นโดยกฎหมายและมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์หลายประการ

¹¹ มนฤทัย ลิขิตธรรมนิษฐ์. บทบาทของผู้ประกอบการอินเทอร์เน็ตในการกำกับดูแลเนื้อหาอินเทอร์เน็ตภายหลังการประกาศใช้ พ.ร.บ. ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552, หน้า 26-30.

¹² ชนน ศิลปะรัศมี. เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นกับการคุ้มครองชื่อเสียงของบุคคลอันตามแนวคำวินิจฉัยของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560. หน้า 11.

¹³ Robert C. Post “The Social Foundations of Defamation Law: Reputation and the Constitution”, California Law Review 691, Vol.74, No.3, p.693 (May 1986).

ได้แก่¹⁴ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น และสิทธิในความเป็นส่วนตัว เพื่อความมั่นคงของรัฐ และเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งมีเหตุผลและเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นได้แก่¹⁵ หลักความชอบด้วยกฎหมาย (Principle legality) หลักความชอบธรรม (Principle of legitimacy) และหลักความได้สัดส่วน (Principle of proportionality)

6.2 ความหมายและประเภทของข่าวเท็จของเครือข่ายสังคมออนไลน์ ข้อมูลข่าวสารที่ไม่ตรงกับความเป็นจริง บิดเบือน หลอกลวง มีวัตถุประสงค์เพื่อการสร้างสถานการณ์ การโจมตีหรือให้ร้ายคู่แข่ง และการเสียดสี ทำให้ผู้ได้รับข่าวสารมีทัศนคติที่คล้อยตามและหลงเชื่อจนทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการเผยแพร่ข่าวเท็จนั้น แม้ว่าข่าวเท็จจะมีการพิสูจน์และชี้แจงข้อเท็จจริงและข้อจริงไปแล้วว่าไม่จริง แต่เมื่อระยะเวลาผ่านไปประยะหนึ่ง จะมีผู้ที่ไม่หวังดีหรือมีเจตนาร้ายก็จะนำข่าวเท็จนั้นกลับมาเผยแพร่สร้างความเสียหายอีกครั้ง ดังนั้น สิ่งที่ได้รับข่าวสารจะสามารถถ่วงรอกข่าวเท็จจะต้องมีการแยกข้อเท็จจริงได้ข่าวเท็จสามารถจำแนกตามสาระสำคัญ คือเป็นข้อมูลที่ผิด ข้อมูลบิดเบือน และข้อมูลที่มีเจตนาร้าย ดังนี้ เป็นข้อมูลที่เกิดจากการปลอมหรือข้อมูลที่เบี่ยงเบน อันเกิดจาก False connection โยมั่ว (1) False Context ผิดที่ผิดทาง Impostor มโนที่มา Fabricated มโนทุกอย่างเลย ข่าวที่ข้อมูลผิด (Misinformation) ข่าวหลอกลวง (Bogus) หรือ Fabricated Content เป็นการเสนอข้อมูลที่ไม่เป็นจริงทั้งหมด (2) ข้อมูลบิดเบือน ได้แก่ False Context ผิดที่ผิดทาง Manipulated ปลอม ตัดต่อ พาดหัว ยั่วให้คลิก หรือ คลิกเบท (Clickbait) ข่าวแฝงการโฆษณา (Sponsored content, Native Advertising) ทฤษฎีสมคบคิด (Conspiracy Theory) และวิทยาศาสตร์ลวงโลก (Pseudoscience) (3) ข้อมูลที่มีเจตนาร้าย ได้แก่ Satire or Parody เสียดสีหรือตลก Misleading ทำให้เข้าใจผิด Manipulated ปลอม ตัดต่อ และข่าวเอนเอียงเลือกข้าง (Partisan) ไปสู่การเผยแพร่สู่เครือข่ายสังคม (Social Networking)¹⁶ ในส่วนแนวคิดเครือข่ายสังคม (Social Networking Concept) มีพัฒนาการมาจากพื้นฐานของทฤษฎีการแลกเปลี่ยนนักคิดคนสำคัญ คือ Richard Emerson ซึ่งต่อยอดความคิดมาจาก Homans¹⁷ บุคคลไม่เพียงแต่ทำตามบทบาทหน้าที่คาดหวังในสังคม หรือตามบรรทัดฐานที่ได้รับการถ่ายทอด

¹⁴ ขจีวรรณ ยงสวาสดี. มาตรการทางกฎหมายว่าด้วยการกำกับควบคุมข่าวปลอม กรณีศึกษา นิยามและฐานความผิด. การศึกษาค้นคว้าอิสระปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2562, หน้า 41-42.

¹⁵ ชนน ศิลปรัสมิ. เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นกับการคุ้มครองชื่อเสียงของบุคคลอื่นตามแนวคำวินิจฉัยของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป. หน้า 28-31.

¹⁶ พาณิษฐ์ สดสี. แนวทางการป้องกันและมาตรการควบคุมการเผยแพร่ข่าวเท็จในเฟซบุ๊ก. หลักสูตรการป้องกันราชอาณาจักรรุ่นที่ 60. ประจำปีการศึกษาพุทธศักราช 2560-2561.

¹⁷ ธนพฤษ ขามะรัตน์. สถานภาพองค์ความรู้ของแนวคิดเครือข่ายทางสังคม. [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <http://v-reform.org/u-knowledges/> [5 ตุลาคม 2565]

มาเท่านั้น แต่ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล ยังขึ้นอยู่กับพื้นฐานของการรับรู้และการตัดสินใจในการแลกเปลี่ยนซึ่งกันและกันระหว่างคู่ความสัมพันธ์ ทั้งด้านวัตถุ และทางด้านจิตใจ การรวมกลุ่มคนที่รวมกันเป็นสังคมและมีการทำกิจกรรมร่วมกันบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ได้แก่ กลุ่มเว็บไซต์เผยแพร่ตัวตน กลุ่มเว็บไซต์เผยแพร่ผลงาน กลุ่มเว็บไซต์ที่มีความสนใจตรงกัน และกลุ่มเว็บไซต์ที่ใช้ทำงานร่วมกัน อย่างไรก็ตามจะต้องมีการกำกับดูแลเนื้อหาบนเครือข่ายสังคมออนไลน์ ได้แก่ (1) การกำกับดูแลด้วยกฎหมาย หลายประเทศได้ออกกฎหมายเพื่อการควบคุมเนื้อหาบนเครือข่ายสังคมออนไลน์ โดยเฉพาะการควบคุมข่าวเท็จ เช่น สหพันธรัฐมาเลเซีย สาธารณรัฐสิงคโปร์ และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นต้น (2) การปิดกั้นและกั้นกรองเนื้อหา เป็นการปิดกั้นในระดับเกตเวย์ (Gate way) หรือ จุดเชื่อมต่อของเครือข่าย (Node) รวมทั้งการกั้นกรองในระดับผู้ใช้ (3) การรู้เท่าทันสื่อ¹⁸ (4) การปิดกั้นและการเฝ้าระวัง¹⁹

6.3 มาตรการในการกำกับดูแลและการควบคุมข่าวเท็จออนไลน์

6.3.1 มาตรการทางอาญา โดยสาธารณรัฐสิงคโปร์ ได้บัญญัติกฎหมายต่อต้านข่าวปลอม The Protection Form Online Falsehoods and Manipulation Bill โดยการให้อำนาจรัฐเป็นตำรวจออนไลน์ มีสิทธิดำเนินการสั่งให้ผู้ให้บริการแพลตฟอร์มออนไลน์ การให้บริการข้อความเครือข่ายอินเทอร์เน็ต และการให้บริการแชร์วิดีโอ ดำเนินการลบเนื้อหาที่ไม่เป็นจริง และปรากฏอย่างชัดเจนว่าข่าวนั้นไม่ได้เป็นประโยชน์สาธารณะ และถ้าผู้ใดโพสต์ข้อความเท็จ ซึ่งหากได้ตรวจสอบแล้วมีความผิดจริงอาจจะถูกปรับอย่างหนักและอาจโดนจำคุกนานถึง 5 ปี และกรณีที่มีการแฉกเคาต์ปลอมของผู้อื่นและเผยแพร่ข้อความอันเป็นเท็จ อาจจะถูปรับถึง 1 ล้านดอลลาร์สิงคโปร์ หรือจำคุกนานถึง 10 ปี²⁰ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีการบังคับใช้กฎหมายโครงข่ายอินเทอร์เน็ตในการกำหนดให้ผู้บริการสังคมออนไลน์ต้องรับผิดชอบในการควบคุมข่าวเท็จ และการลบหรือนำเนื้อหาที่เป็นเท็จออกจากสื่อสังคมออนไลน์ภายใน 24 ชั่วโมง หลังที่ได้รับการร้องเรียน หากไม่ดำเนินการตามมาตรการทางกฎหมายจะถูกปรับมากถึง 50 ล้านเหรียญยูโร²¹ สาธารณรัฐ

¹⁸ มนฤทัย ลิขิตธรรมนิศย์. บทบาทของผู้ประกอบการอินเทอร์เน็ตในการกำกับดูแลเนื้อหาอินเทอร์เน็ตภายหลังการประกาศใช้ พ.ร.บ. ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552, หน้า 11.

¹⁹ กรรณิการ์ รอดมา. ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกเด็กบนอินเทอร์เน็ต. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2556, หน้า 52-62.

²⁰ รัตนาภรณ์ จอมมูล. มาตรการทางกฎหมายในการกำกับควบคุมข่าวปลอมทางการเมืองบนโลกโซเชียล. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2564, หน้า 84-100.

²¹ เรื่องเดียวกัน

ฟินแลนด์ โดยในปี ค.ศ. 2014 ได้ออกนโยบายในการควบคุมการเผยแพร่ข่าวเท็จ Anti-Fake News Initiative เพื่อเป็นการส่งเสริมให้พลเมืองรู้ทันข่าวเท็จ²² และสาธารณรัฐอินเดียบัญญัติมาตรการทางกฎหมายรัฐบัญญัติเทคโนโลยีสารสนเทศ 2000 (The Information Technology Act, 2000) โดยการบัญญัติอาชญากรรมไซเบอร์และบทลงโทษไว้เฉพาะ การจัดตั้งศาลอุทธรณ์ไซเบอร์เพื่อรองรับข้อพิพาทตามกฎหมาย ผู้ให้บริการแพลตฟอร์มที่มีเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมมาแสดงต่อหน่วยงานรัฐภายใน 36 ชั่วโมง นับจากการได้รับแจ้งจากเจ้าหน้าที่ และต้องลบเนื้อหาใน 24 ชั่วโมง²³

6.3.2 มาตรการทางปกครอง โดยสหภาพยุโรปใช้มาตรการทางกฎหมายในการกำกับดูแลเนื้อหาทางอินเทอร์เน็ตแบบผสมผสานระหว่างภาครัฐกับผู้มีส่วนได้เสีย สาธารณรัฐสิงคโปร์ใช้มาตรการของรัฐในการปิดกั้นเนื้อหาที่เข้าข่ายขัดต่อความสงบเรียบร้อยอันดีของประชาชน ทำให้ภาครัฐสามารถตรวจสอบเว็บไซต์และการควบคุมอาชญากรรม การปิดกั้นการเข้าถึงข้อมูลของประชาชนที่สามารถค้นหาได้อย่างรวดเร็ว และข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตที่มีแหล่งที่มาจากต่างประเทศ และการออกไปอนุญาตทางอินเทอร์เน็ต โดยมีเงื่อนไขที่ไม่เสนอเนื้อหาที่มีความอ่อนไหวทางการเมืองหรือสร้างความขัดแย้งทางการเมือง ศาสนา และภาพลามกอนาจาร และสาธารณรัฐอินเดียรัฐบาลใช้มาตรการควบคุมและการป้องกันเนื้อหาทางอินเทอร์เน็ต โดยจะลบเนื้อหาหรือการปิดกั้นข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกอนาจาร การละเมิดลิขสิทธิ์ การหมิ่นศาสนา ศีลธรรมหรือคำพูดที่เกลียดชัง ที่อาจจะกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ ซึ่งรัฐบาลมักจะระงับการเข้าถึงเครือข่ายอินเทอร์เน็ตของประชาชนเพื่อลดการประท้วงสังคมออนไลน์²⁴ จะเห็นได้ว่าการใช้มาตรการทางปกครองมีลักษณะการเป็นป้องกันการกระทำที่มีความผิดมีความสำคัญเทียบเท่ามาตรการทางอาญาซึ่งมีลักษณะการปราบปรามการทำความผิด ผู้วิจัยเห็นว่ามาตรการทางปกครองเป็นมาตรการที่มีประสิทธิภาพในการป้องกันการเผยแพร่ข่าวเท็จออนไลน์ อย่างไรก็ตามจะต้องจำแนกโทษทางอาญาและโทษทางปกครองให้ชัดเจนด้วย

6.4 หลักการกำหนดโทษทางอาญาและโทษทางปกครอง

6.4.1 กฎหมายอาญาที่ใช้กลไกทางปกครอง เป็นทฤษฎีที่มีความสำคัญและใช้บังคับกับการทำความผิดที่ระบุไว้อย่างชัดแจ้งในพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดที่ตราขึ้นในยุคที่ใช้ระบบอำนาจนิยม โดยนักวิชาการชาวนิติศาสตร์ชาวเยอรมันชื่อ เจ โกลด์ชมิทต์ (J. Goldschmidt) ได้เสนอว่าเป็นการฝ่ากฎหมายอาญาออก แล้วดึงเอาความผิดทางปกครอง

²² เรื่องเดียวกัน.

²³ เรื่องเดียวกัน.

²⁴ เรื่องเดียวกัน.

บางประเภทออกมาจากกฎหมายอาญา แล้วโอนไปให้กฎหมายปกครอง โดยเรียกการกระทำ ความผิดกลุ่มนี้ว่า การกระทำความผิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย (Ordnungswidrigkeiten) ซึ่งการกระทำประเภทนี้กระทบต่อประโยชน์ทางปกครองและมีได้กระทบต่อทรัพย์สินโดยตรง (ซึ่งอยู่ภายใต้การคุ้มครองของกฎหมายอาญา) ผู้กระทำความผิดประเภทนี้ก็คือบุคคลธรรมดาซึ่งอยู่ภายใต้ปกครองตามธรรมชาติของฝ่ายปกครอง จึงต้องถูกลงโทษทางปกครองมิใช่โดยศาล โทษทางปกครองจึงเป็นส่วนต่อขยายในยุคสมัยใหม่ของอำนาจดั้งเดิมที่ฝ่ายปกครองมีอยู่ตั้งแต่ในยุคที่รัฐเป็นใหญ่ หรือ รัฐอยู่เหนือกฎหมาย (Polizeistaat) โดยมีได้เป็นการดำเนินผู้กระทำความผิด โทษทางปกครองจึงมิได้เป็นการลงโทษการฝ่าฝืนค่านิยมพื้นฐานของสังคมซึ่งได้รับการปกป้องโดยโทษทางอาญา โดยการกระทำความผิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย อี บี ชมิดต์ (E.B. Schmidt) อธิบายถึงการเชื่อมโยงแทรกแซงทางเศรษฐกิจโดยฝ่ายปกครอง การฝ่าฝืนกฎหมายทางปกครองกระทบต่อประโยชน์ของฝ่ายปกครองเท่านั้น ภายหลังจากสถาปนาสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้มีการตรารัฐธรรมนูญ ค.ศ.1949 ได้บัญญัติรัฐบัญญัติแยกแยะระหว่างการกระทำความผิดทางเศรษฐกิจ และการกระทำความผิดที่มีลักษณะทางเศรษฐกิจ ซึ่งเป็นโทษทางอาญา มีลักษณะที่กระทบต่อประโยชน์ของสังคมอย่างร้ายแรงไม่ว่าจะกระทำในขีดความสามารถทางเศรษฐกิจของสังคมที่ได้รับการปกป้องจากรัฐต้องอ่อนแอลงอย่างอันตรายเป็นพฤติกรรมที่ไม่แสดงถึงความเคารพหรือทำลายต่อระบบเศรษฐกิจทางสังคม ส่วนการกระทำความผิดอย่างอื่นถือเป็นกระทำเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยที่หลุดพ้นไปจากแดนกฎหมายอาญา แนวคิดที่จะให้มีโทษทางปกครองแยกต่างหากจากโทษทางอาญาจึงเป็นที่ยอมรับมากขึ้น²⁵

6.4.2 หลักความพอสมควรแก่เหตุ โดยสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองหรือคุณค่า ในเรื่องใด จะถือว่าเป็นคุณค่าระดับสูง ได้แก่ สิทธิส่วนบุคคลเป็นสิ่งที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้ นิติสมบัติส่วนบุคคล ซึ่งจำเป็นอย่างยิ่งแก่การดำรงอยู่ของบุคคล เช่น ชีวิต สุขภาพ เสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง ที่อยู่อาศัย ความเป็นอยู่ส่วนตัว และอาชีพการงาน เป็นต้น นิติสมบัติของกลุ่มบุคคล และนิติสมบัตินิติมหาชน เป็นองค์ประกอบพื้นฐานของนิติรัฐทางสังคม หากพิจารณาถึงระดับความสำคัญคุณค่า หรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองประกอบกับระดับความเสียหายที่เกิดแก่คุณค่านั้นแล้ว ปรากฏว่าการกระทำความผิดก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อคุณค่าระดับสูง สมควรกำหนดให้การกระทำความผิดนั้นมีโทษทางอาญา แต่ถ้าการกระทำความผิดก่อให้เกิดความเสียหายเล็กน้อยต่อคุณค่าระดับรอง ก็สมควรกำหนดให้การกระทำความผิดนั้นมีโทษทางปกครอง²⁶

²⁵ ชาญชัย แสงศักดิ์. โทษทางปกครอง: กฎหมายเปรียบเทียบ. พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2564), หน้า 43-44.

²⁶ ชาญชัย แสงศักดิ์. โทษทางปกครอง: กฎหมายเปรียบเทียบ. หน้า 55.

6.4.3 การแทรกแซงของรัฐและประสิทธิภาพในการลงโทษ โดยสาธารณรัฐฝรั่งเศสภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลงและมีการสถาปนาระบอบสาธารณรัฐขึ้นอีกครั้งหนึ่ง โทษทางปกครองก็ยังคงเป็นเครื่องมือสำคัญของรัฐในการแทรกแซงกิจการต่าง ๆ เพื่อฟื้นฟูและพัฒนาประเทศ โดยในช่วงทศวรรษที่ 1950 และ 1960 มีการกำหนดโทษทางปกครองในเรื่องต่าง ๆ จำนวนมาก ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการขนส่ง การจราจรทางบก หรือแม้แต่การตอบแบบสอบถามของสำนักงานสถิติแห่งชาติ²⁷ ในช่วงทศวรรษที่ 1970 เมื่อมีการปรับเปลี่ยนแนวคิดเกี่ยวกับบทบาทของรัฐจากเดิมที่เป็น “รัฐสวัสดิการ” (État-Providence) ไปสู่ “รัฐที่ควบคุมกำกับ” (État régulateur) โทษทางปกครองก็เป็นเครื่องมือของรัฐเพื่อควบคุมกำกับกิจการต่าง ๆ โดยมีการจัดตั้งหน่วยงานของรัฐรูปแบบใหม่ที่เรียกกันว่า “องค์กรอิสระทางปกครอง” (autorités administratives indépendantes) ขึ้นทำหน้าที่ควบคุมกำกับเรื่องที่ต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลและป้องกันการแทรกแซงจากฝ่ายการเมือง เช่น เรื่องเกี่ยวกับข้อมูลข่าวสาร การประกอบกิจการวิทยุโทรทัศน์ หรือการแข่งขันทางการค้า ทั้งนี้ องค์กรอิสระทางปกครองเป็นหน่วยงานที่ไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของฝ่ายบริหาร มีอำนาจอย่างกว้างขวาง ทั้งการให้ความเห็น มีข้อเสนอแนะ ออกกฎและคำสั่งทางปกครอง และที่สำคัญ คือ อำนาจในการลงโทษการฝ่าฝืนกฎหมายในเรื่องที่ควบคุมกำกับ โดยมองกันว่าองค์กรดังกล่าวมีความเชี่ยวชาญเฉพาะทาง จึงสามารถพิจารณาโทษการกระทำผิดในเรื่องที่ควบคุมกำกับได้อย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพมากกว่าศาล การอุบัติขึ้นขององค์กรอิสระทางปกครองได้ส่งผลต่อพัฒนาการของโทษทางปกครองอย่างมาก ทั้งในแง่ของเรื่องที่มีการนำโทษทางปกครองมาใช้ซึ่งล้วนแต่เป็นเรื่องที่มีความสำคัญในทางเศรษฐกิจและสังคม ในแง่องค์กรผู้มีอำนาจลงโทษซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายปกครองรูปแบบใหม่ มีใช้ฝ่ายปกครองดั้งเดิมในระบบราชการ และในแง่ประเภทของโทษ ซึ่งส่วนใหญ่เป็นโทษปรับทางปกครองที่อาจมีจำนวนเงินค่าปรับสูงมาก²⁸ มีการยอมรับอำนาจลงโทษของฝ่ายปกครองในที่สุดโดยวินิจฉัยว่า “หลักการแบ่งแยกอำนาจรวมทั้งหลักอื่น ๆ ที่มีค่าบังคับระดับรัฐธรรมนูญ มิได้ห้ามมิให้องค์กรฝ่ายปกครอง [...] ใช้อำนาจลงโทษ หากโทษนั้นไม่มีลักษณะเป็นการจำกัดเสรีภาพ และในการใช้อำนาจลงโทษกฎหมายได้กำหนดมาตรการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญไว้ด้วย”²⁹

²⁷ รัฐบัญญัติ ฉบับที่ 51-711 ลงวันที่ 7 มิถุนายน ค.ศ. 1951 มาตรา 7 ได้บัญญัติให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเศรษฐกิจและการคลังสั่งปรับทางปกครองบุคคลที่ไม่ตอบแบบสอบถามภายในเวลาที่กำหนดหรือจงใจตอบแบบสอบถามโดยให้ข้อมูลอันเป็นเท็จ

²⁸ ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ. *เกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษทางปกครองแทนโทษอาญา*. สำนักงานศาลปกครอง. หน้า 21-33. แหล่งที่มา: <https://www.krisdika.go.th/data/article77/filenew/03-1-3.pdf>. [10 กรกฎาคม 2566]

²⁹ décision n 88-248 DC du 17 janvier 1989 et n° 89-260 DC du 28 juillet 1989. cited in ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ. *เกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษทางปกครองแทนโทษอาญา*. หน้า 23.

6.4.4 หลักเกณฑ์การกำหนดโทษ ได้แก่³⁰ (1) เกณฑ์พิจารณาเบื้องต้นในระบบกฎหมายเยอรมัน โดยพิจารณาจากสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองและถูกล่วงละเมิด โดยในคริสต์ศตวรรษที่ 19 Paul Johann Anselm von Feuerbach ได้เสนอว่าการละเมิดต่อสิทธิตามธรรมชาติของบุคคล ถือเป็นอาชญากรรมหรือการกระทำผิดอาญา (crimina) ขณะที่การละเมิดกฎหมายที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย ถือเป็นกรกระทำผิดไม่ร้ายแรง (delicta) หรือ “ความผิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย (ทางปกครอง)” (“police (administrative) offences”)³¹ กรณีของการกระทำที่ก่อความเสี่ยงในการเกิดอันตรายสมควรกำหนดเป็นการกระทำผิดทางปกครอง แต่ถ้าได้ก่ออันตรายหรือคุกคามต่อสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองแล้ว สมควรกำหนดเป็นการกระทำผิดอาญา ซึ่งผู้ตรากฎหมายได้ใช้เกณฑ์ดังกล่าวในการกำหนดโทษในบางกรณี เช่น การปล่อยให้สัตว์ดุร้ายสัญจรไปมาโดยอิสระเป็นการกระทำผิดทางปกครอง³² (2) การริเริ่มเกณฑ์พิจารณาที่เป็นระบบโดยรัฐบาลอิตาลี³³ โดยใช้หลักพอสมควรแก่เหตุซึ่งสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองและระดับความเสียหายที่เกิดขึ้นมาใช้พิจารณาประกอบกันเพื่อแบ่งแยกแก่นสาระของความผิดอาญาและแก่นสาระของความผิดทางปกครอง โดยกรณีของการกระทำผิดที่มีลักษณะก้ำกึ่ง ก็จะพิจารณาหาข้อยุติในการเลือกกำหนดโทษโดยใช้ข้อพิจารณาว่าด้วยประสิทธิภาพในการลงโทษ และ (3) เกณฑ์พิจารณาที่สมบูรณ์ของคณะกรรมการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส โดยโทษอาญาสมควรนำมาใช้กับการกระทำที่กระทบต่อคุณค่าอันสำคัญของสังคม (atteinte aux valeurs essentielles de la société) ส่วนโทษทางปกครองสมควรนำมาใช้กับการกระทำที่กระทบต่อกฎหมายในการจัดระเบียบสังคม (atteinte à l’organisation de la vie sociale) แต่ทั้งนี้ โทษทางปกครองจะต้องไม่มีลักษณะเป็นโทษที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล หรือ หากเป็นโทษปรับก็จะต้องไม่กำหนดจำนวนเงินค่าปรับไว้สูงเกินไป ควรเลี้ยงที่จะกำหนดให้การกระทำผิดเดียวกันมีทั้งโทษทางปกครองและโทษอาญาเพื่อมิให้เกิดปัญหาการลงโทษซ้ำ ส่วนกฎหมายในเรื่องใดสมควรกำหนดให้มีโทษทางปกครองหรือโทษอาญา เกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษ (critères de choix)

³⁰ ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ. เกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษทางปกครองแทนโทษอาญา. หน้า 24-40.

³¹ FEUERBACH (P.J.A.). *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gultigen Peinlichen Rechts*. 3d ed. Giessen 1805, p. 23. cited in ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ. เกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษทางปกครองแทนโทษอาญา. หน้า 24.

³² รัฐบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดทางปกครอง (OWiG) มาตรา 121 อ้างถึงใน ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ. เกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษทางปกครองแทนโทษอาญา. หน้า 15.

³³ LORVELLEC (S.), “Les frontières entre infraction pénale et infraction administrative en Italie”, A.P.C., 1985, n° 8, p. 179 . cited in ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ. เกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษทางปกครองแทนโทษอาญา. หน้า 27.

ย่อมแตกต่างกันไป ขึ้นอยู่กับเนื้อหาสาระของกฎหมายในแต่ละเรื่อง เห็นว่าสิทธิและเสรีภาพส่วนใหญ่ที่รับรองไว้โดยรัฐธรรมนูญหรือพันธกรณีระหว่างประเทศ แต่เป็นสิทธิและเสรีภาพที่มีข้อยกเว้นและอาจถูกจำกัดได้ เช่น เสรีภาพส่วนบุคคล ความปลอดภัยของบุคคล สิทธิในทรัพย์สิน ความเป็นอยู่ส่วนตัวและชีวิตครอบครัว การไม่เลือกปฏิบัติ ความเสมอภาค เสรีภาพในการนับถือศาสนาและแสดงความคิดเห็น สิทธิในการศึกษาอบรมและวัฒนธรรม และสิทธิในการมีสิ่งแวดล้อมที่ดี³⁴

7. มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามข่าวเท็จออนไลน์

7.1 มาตรการทางกฎหมายระหว่างประเทศตามอนุสัญญาอาชญากรรมไซเบอร์ให้ความสำคัญต่อการป้องกันอาชญากรรมที่กระทำกับระบบคอมพิวเตอร์ในประเด็นของการปลอมแปลงทางระบบคอมพิวเตอร์ตาม Article 7 ซึ่งกระทำต่อความถูกต้องแท้จริงในแง่ของตัวผู้ทำหรือผู้สร้างเอกสาร โดยวิธีการต่างๆ เพื่อให้เอกสารนั้นถูกพิจารณาเสมือนเป็นเอกสารที่กระทำโดยบุคคลหนึ่งหรือองค์กรหนึ่ง ข้อมูลที่เกิดจากการแอบอ้างเป็นผู้อื่นแล้วสร้างข้อมูลขึ้นมาเพื่อให้ทุกคนเข้าใจว่าเป็นข้อมูลที่ผู้ถูกแอบอ้างสร้างขึ้น ซึ่งอาจจะเป็นข้อมูลเท็จหรือข้อมูลจริงก็ได้ แต่ส่วนใหญ่ผู้สร้างข้อมูลเมื่อมีเจตนาแอบแฝงไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็มักจะสร้างข้อมูลที่เป็นเท็จจึงสามารถใช้เพื่อการควบคุมและปราบปรามข่าวเท็จได้ และ Article 8 เป็นการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์เข้าสู่ระบบ แก๊ซ ลบ หรือรบกวนขัดขวางข้อมูลคอมพิวเตอร์ และการแทรกแซงต่อการทำงานของระบบคอมพิวเตอร์โดยเจตนาหลอกลวงให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจสำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยไม่มีสิทธิ หรือก่อให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สินของผู้อื่น แม้ว่ากฎหมายไม่ได้เน้นประเด็นองค์ประกอบเชิงเนื้อหาของข้อมูลนำเข้าว่าเป็น “จริงหรือเท็จ” ซึ่งความจริงหรือเท็จของเนื้อหาเป็นปัจจัยสำคัญต่อการตอบสนองหรือตัดสินใจไปในทิศทางที่ผู้หลอกลวงต้องการ อาจจะพิจารณาได้ว่าหากเป็นการเจาะระบบ หรือกระทำต่อระบบคอมพิวเตอร์แล้วบรรจุข้อมูลที่เป็นเท็จเผยแพร่อันเป็นการสร้างความเสียหายต่อผู้อื่นหรือต่อสาธารณะ ดังนั้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่าอนุสัญญาอาชญากรรมไซเบอร์เป็นกฎหมายตั้งต้นให้หลายๆ ประเทศใช้เป็นแนวทางในการป้องกันและปราบปรามข่าวเท็จ (Fake news) นอกจากนี้ อนุสัญญาอาชญากรรมไซเบอร์ ได้กำหนดกลไกความร่วมมือในการป้องกันอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์เพื่อการพัฒนากฎหมายให้มีมาตรฐานและเป็นไปในทิศทางเดียวกัน การขยายขอบเขตความร่วมมือให้ครอบคลุมถึงความซับซ้อนของอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ โดยรัฐภาคีให้ความร่วมมือทางอาญาระหว่างประเทศให้

³⁴ ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ. เกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษทางปกครองแทนโทษอาญา. หน้า 33.

กว้างขวางและลดอุปสรรคให้มากที่สุด ได้แก่ การส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน การให้ความร่วมมือทางวิชาการทางด้านกฎหมายที่ครอบคลุมอาชญากรรมทุกประเภทที่เกี่ยวกับการใช้ระบบคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ รวมถึงการกระทำต่อระบบคอมพิวเตอร์ในการสร้างความเสียหายในลักษณะของการสร้างและเผยแพร่ข่าวเท็จ (Fake news)³⁵

7.2 สหพันธรัฐมาเลเซีย รัฐสภาของสหพันธรัฐมาเลเซียได้ผ่านกฎหมายต่อต้านข่าวเท็จ (Anti-Fake News Bill) ในสมัยของรัฐบาลนายนาจิบ ราซัค เมื่อวันที่ 4 เมษายน 2561 พระมหากษัตริย์ลงพระปรมาภิไธย เมื่อวันที่ 9 เมษายน 2561 และประกาศใช้เมื่อวันที่ 11 เมษายน 2561 โดยรัฐมนตรีสำนักนายกรัฐมนตรีให้เหตุผลในการออกกฎหมายฉบับนี้ขึ้นเนื่องมาจากสถานการณ์การเผยแพร่ข่าวเท็จไปทั่วโลก โดยเฉพาะการสื่อสารในปัจจุบันที่มีความรวดเร็ว ทำให้ข้อมูลข่าวสารที่ไม่ถูกต้องหรือข่าวเท็จกระจายออกไปอย่างรวดเร็ว ซึ่งสหพันธรัฐมาเลเซียก็ได้ประสบกับปัญหาการเผยแพร่ข่าวเท็จนั้น ทำให้ประชาชนเกิดความสับสน เป็นภัยคุกคามต่อระบบความปลอดภัย ระบบเศรษฐกิจ ความมั่นคง และความเป็อยู่ของประชาชนส่วนรวม รวมทั้งประมวลกฎหมายอาญาไม่สามารถบังคับได้ครอบคลุมถึงการเผยแพร่ข่าวเท็จในระบบเครือข่ายออนไลน์ แม้ว่าจะมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องหลายฉบับ ได้แก่ ประมวลกฎหมายอาญา กฎหมายว่าด้วยการพิมพ์และสื่อสิ่งพิมพ์ ค.ศ. 1984 และกฎหมายว่าด้วยการสื่อสารและสื่อมัลติมีเดีย ค.ศ. 1998 ต่างยกกร่างก่อนหรือในช่วงยุคทศวรรษที่ 1990 แต่ไม่สามารถแก้ไขปัญหาการกระทำผิดอันเกี่ยวเนื่องกับพัฒนาการทางเทคโนโลยีที่ฉับไวที่มีความซับซ้อนสูงขึ้นได้อีกต่อไป แต่ก็ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชน ซึ่งรัฐบาลยืนยันว่าภาครัฐยังคงสนับสนุนการแสดงความคิดเห็นของประชาชนอย่างต่อเนื่อง³⁶ ที่น่าสนใจของกฎหมายฉบับนี้ คือ การกำหนดโทษจำคุกสูงสุดถึง 6 ปี และปรับ 500,000 ริงกิต หรือประมาณ 4 ล้านบาท สามารถใช้บังคับกับผู้เผยแพร่ข่าวเท็จทั้งในและนอกประเทศ รวมทั้งชาวต่างชาติหากการกระทำนั้นทำให้ประเทศหรือพลเมืองของประเทศได้รับผลกระทบหรือความเสียหายจากข่าวเท็จดังกล่าว ทั้งนี้กฎหมายมีผลครอบคลุมทั้งสำนักข่าว สื่อดิจิทัลและสื่อสังคม กฎหมายดังกล่าว คือ พระราชบัญญัติต่อต้านข่าวปลอม พ.ศ.2561 หรือ ANTI-FAKE NEWS ACT 2018

³⁵ ญัฐพัฒน์ เลิศประพจน์กุล. *กลไกความร่วมมือทางอาญาระหว่างประเทศภายใต้กรอบของอนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ของสภายุโรป*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555. หน้า 201.

³⁶ รัฐสภาไทย. สำนักภาษาต่างประเทศ. งานแปลข่าวอาเซียน. “กฎหมายต่อต้านข่าวปลอมของมาเลเซียมีผลใช้บังคับแล้ว” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parliament_parcy/ewt_dl_link.php?nid=48166&filename=foreign_news. [11 มกราคม 2566]

สรุปการกระทำความผิดตามกฎหมายพระราชบัญญัติต่อต้านข่าวเท็จ พ.ศ. 2561 (Anti Fake News Act 2018) ของสหพันธรัฐมาเลเซีย โดยข่าวเท็จจะรวมถึงข่าวเท็จในรูปแบบสื่ออิเล็กทรอนิกส์ สื่อออนไลน์ และสิ่งพิมพ์ในรูปแบบเดิมและสิ่งพิมพ์ใด ๆ ในรูปแบบดิจิทัลทางอิเล็กทรอนิกส์ ตามมาตรา 4³⁷ จะเริ่มจากผู้กระทำความผิดที่สร้างข่าวที่เป็นเท็จ เสนอ ตีพิมพ์ข่าวเท็จ แจกจ่าย เผยแพร่ข่าวเท็จหรือสิ่งพิมพ์ที่เป็นเท็จ ซึ่งผู้วิจัยมีความเห็นว่าการเผยแพร่ข่าวเท็จอาจจะนำมาสู่การกระทำความผิดฐานฉ้อโกงหรือปลอมแปลงได้ ในส่วนบทลงโทษตามพระราชบัญญัติต่อต้านข่าวเท็จ พ.ศ.2561 (Anti Fake News Act 2018) ของประเทศสหพันธรัฐมาเลเซีย มีมาตรการการลงโทษค่อนข้างสูง และโทษทางปกครองตามพระราชบัญญัติการสื่อสารและมัลติมีเดีย พ.ศ. 2541

7.3 สาธารณรัฐสิงคโปร์ เป็นประเทศหนึ่งที่ทำให้ความสำคัญต่อการป้องกันและควบคุมการเผยแพร่เนื้อหาข่าวสารที่เป็นเท็จด้วยการควบคุมสื่อและข้อมูลข่าวสาร ตั้งแต่ปี พ.ศ.2539³⁸ โดยการก่อตั้งองค์กรเพื่อพัฒนาและกำกับดูแลสื่อและเทคโนโลยี ได้แก่ Infocom Media Development Authority (IMDA) และ Government Technology Organization (GTO) และมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องได้แก่ กฎหมายว่าด้วยการออกอากาศ (Broadcasting Act) กฎหมายว่าด้วยการพัฒนาสื่อในการสื่อสารข้อมูล (Info-Communications Media Development Authority Act) และที่สำคัญได้มีการประกาศใช้รัฐบัญญัติป้องกันข้อมูลอันเป็นเท็จในสื่อสังคมออนไลน์และการจัดการที่เหมาะสม (The Protection from Online Falsehoods and Manipulation Act) ประกาศเมื่อวันที่ 28 มิถุนายน 2562 ซึ่งเจตนารมณ์ในการตรากฎหมาย

³⁷ ANTI-FAKE NEWS ACT 2018 Part II OFFENCES 4. (1) Any person who, by any means, maliciously creates, offers, publishes, prints, distributes, circulates or disseminates any fake news or publication containing fake news commits an offence and shall, on conviction, be liable to a fine not exceeding five hundred thousand ringgit or to imprisonment for a term not exceeding six years or to both, and in the case of a continuing offence, to a further fine not exceeding three thousand ringgit for every day during which the offence continues after conviction.

(2) The Court may, in addition to any punishment specified in subsection (1), order the person convicted of an offence under that subsection to make an apology to the person affected by the commission of the offence in the manner determined by the Court.

(3) Failure to comply with an order made under subsection (2) shall be punishable as a contempt of court.

³⁸ Supinya Klangnarong. *Mapping Digital Media Southeast Asia Roundtable*. Singapore: Singapore Internet Research Centre. 2014. cited in ลีจุงกา เนตรทัศนีย์. *สิงคโปร์กับการควบคุมสื่อและข้อมูลข่าวสาร*. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.2562. หน้า 1.

เป็นการป้องกันการเผยแพร่ข่าวสารที่เป็นเท็จ และการใช้บัญชีปลอมในการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารที่เป็นเท็จ³⁹ มีวัตถุประสงค์ตามมาตรา 4 เป็นวัตถุประสงค์ของการป้องกันความปลอดภัยและประโยชน์สาธารณะ ได้แก่ (1) เพื่อผลประโยชน์ด้านความมั่นคงของสาธารณรัฐสิงคโปร์หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของสาธารณรัฐสิงคโปร์ (2) เพื่อปกป้องสุขภาพของประชาชนหรือการเงินสาธารณะ หรือเพื่อรักษาความปลอดภัยสาธารณะหรือความสงบสุขของประชาชน (3) เพื่อผลประโยชน์ของความสัมพันธ์ฉันท์มิตรของสิงคโปร์กับประเทศอื่น ๆ (4) เพื่อป้องกันอิทธิพลใด ๆ ของการเลือกตั้งสู่ตำแหน่งประธานาธิบดี การเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภาทั่วไป การเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภาโดยการเลือกตั้ง หรือการลงประชามติ (5) เพื่อป้องกันการยุ่งยงให้เกิดความรู้สึกเป็นปฏิปักษ์ มีความเกลียดชังซึ่งกันและกัน หรือสร้างความประสงค์ร้ายระหว่างกลุ่มบุคคลต่างๆ หรือ (6) เพื่อป้องกันไม่ให้สาธารณชนมีความเชื่อมั่นที่ลดลงอันเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่หรือการทำงานใด ๆ หรือในการใช้อำนาจใด ๆ ของภาครัฐ หน่วยงานของรัฐ คณะกรรมการตามกฎหมาย หรือส่วนหนึ่งของรัฐบาล องค์กรของรัฐ หรือคณะกรรมการตามกฎหมาย และตามมาตรา 5 วัตถุประสงค์ของการบัญญัติกฎหมาย ได้แก่ (1) เพื่อป้องกันการสื่อสารข้อความอันเป็นเท็จ และเพื่อให้สามารถใช้มาตรการต่างๆ ในการป้องกันผลกระทบของการสื่อสารที่เป็นเท็จ (2) เพื่อป้องกันไม่ให้ใช้ที่อยู่ของอินเทอร์เน็ตหรือแพลตฟอร์มออนไลน์ในการสื่อสารที่เป็นเท็จเพื่อการจัดหาเงินทุน การส่งเสริมการขาย หรือการแสวงหาประโยชน์อย่างอื่น (3) เพื่อการป้องกัน ควบคุม และการตรวจจับการใช้บัญชีออนไลน์ปลอมหรือบอทเพื่อการแสวงหาประโยชน์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และ (4) เพื่อให้สามารถใช้มาตรการต่าง ๆ เพื่อการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับเนื้อหาที่ต้องชำระเงินซึ่งมุ่งไปสู่ผลกระทบทางการเมือง โดยรัฐบัญญัติป้องกันข้อมูลอันเป็นเท็จในสื่อสังคมออนไลน์และการจัดการที่เหมาะสม

มาตรการการป้องกันและปราบปรามข่าวเท็จของสาธารณรัฐสิงคโปร์ที่มีขอบเขตของความรับผิดชอบเพื่อผลประโยชน์ด้านความมั่นคงของประเทศ เพื่อปกป้องสุขภาพของประชาชนหรือการเงินสาธารณะ หรือเพื่อรักษาความปลอดภัยสาธารณะหรือความสงบสุขของประชาชน เพื่อความสัมพันธ์อันดีระหว่างประเทศ ป้องกันผลกระทบต่อการเลือกตั้ง ป้องกันการยั่วยุให้เกิด ความเกลียดชัง หรือความประสงค์ร้ายระหว่างกลุ่มบุคคลต่างๆ ป้องกันไม่ให้ความเชื่อมั่นของประชาชนที่มีต่อภาครัฐลดลง⁴⁰

³⁹ สัจจกา เนตรทัศน์. สิงคโปร์กับการควบคุมสื่อและข้อมูลข่าวสาร. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.2562. หน้า 1-2.

⁴⁰ The Protection from Online Falsehoods and Manipulation Act PART 2

7 (1) A person must not do any act in or outside Singapore in order to communicate in Singapore a statement knowing or having reason to believe that —

(a) it is a false statement of fact; and

(b) the communication of the statement in Singapore is likely to —

โดยคำนิยามของข่าวเท็จ (Fake news) คือ ข้อความเป็นเท็จที่ก่อให้เกิดความเข้าใจผิด ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วน และไม่ว่าจะโดยตัวของมันเองหรือในบริบทต่างๆ บังคับใช้ทั้งผู้ที่เผยแพร่ข้อมูลเท็จ การใช้บัญชีของผู้อื่นโดยไม่มีสิทธิ การใช้บัญชีอัตโนมัติหรือบอท หรือการใช้บัญชีอัตโนมัติหรือบอทโดยไม่มีสิทธิ การสร้างบัญชีอัตโนมัติหรือบอทเพื่อการเผยแพร่ข่าวเท็จ รวมถึงผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ผ่านช่องทางการสื่อสารออนไลน์ช่องทางต่างๆ เช่น MMS SMS Facebook YouTube และช่องทางมัลติมีเดียอื่นๆ

7.4 สาธารณรัฐฟิลิปปินส์ ให้ความสำคัญต่อการป้องกันและปราบปรามข่าวเท็จ (Fake news) โดยมีหลักการที่ว่า การถือกำเนิดของเทคโนโลยี ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงการรายงานข่าวแบบดั้งเดิมไปสู่ระบบอินเทอร์เน็ตหรือระบบออนไลน์ โดยเฉพาะบนแพลตฟอร์มต่างๆ และมีปัญหาที่ตามมา คือ การสร้างบัญชีปลอมมากขึ้น ทำให้เกิดเป็นข่าวเท็จที่สร้างความแตกแยก ความเข้าใจผิด และทำลายความสัมพันธ์ที่ดีของบุคคล และกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ สาธารณรัฐฟิลิปปินส์ จึงได้ออกกฎหมายการลงโทษการเผยแพร่ข่าวเท็จและการละเมิดที่เกี่ยวข้องอื่นๆ อันมีวัตถุประสงค์

(i) be prejudicial to the security of Singapore or any part of Singapore;

(ii) be prejudicial to public health, public safety, public tranquility or public finances;

(iii) be prejudicial to the friendly relations of Singapore with other countries;

(iv) influence the outcome of an election to the office of President, a general election of Members of Parliament, a by-election of a Member of Parliament, or a referendum;

(v) incite feelings of enmity, hatred or ill-will between different groups of persons; or

(vi) diminish public confidence in the performance of any duty or function of, or in the exercise of any power by, the Government, an Organ of State, a statutory board, or a part of the Government, an Organ of State or a statutory board.

7 (2) Subject to subsection (3), a person who contravenes subsection (1) shall be guilty of an offence and shall be liable on conviction —

(a) in the case of an individual, to a fine not exceeding \$50,000 or to imprisonment for a term not exceeding 5 years or to both; or

(b) in any other case, to a fine not exceeding \$500,000.

7 (3) Where an inauthentic online account or a bot is used —

(a) to communicate in Singapore the statement mentioned in subsection (1); and

(b) for the purpose of accelerating such communication, the person who is guilty of an offence under that subsection shall be liable on conviction —

(c) in the case of an individual, to a fine not exceeding \$100,000 or to imprisonment for a term not exceeding 10 years or to both; or

(d) in any other case, to a fine not exceeding \$1 million.

ลงโทษบุคคลใดก็ตามที่เสนอ เผยแพร่ แจกจ่าย หมุนเวียน และเผยแพร่ข่าวสารหรือข้อมูลที่เป็นเท็จโดยมุ่งร้าย หรือก่อให้เกิดการตีพิมพ์ แจกจ่าย เผยแพร่ หรือแพร่กระจายในสื่อสิ่งพิมพ์ ออกรากอากาศ หรือสื่อออนไลน์ มีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดความตื่นตระหนก แยกแยะ วุ่นวาย รุนแรง เกลียดชัง หรือมีแนวโน้มที่จะแสดงโฆษณาชวนเชื่อที่ทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียง นอกจากนี้ ผู้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งดังกล่าวต้องรู้ว่าข่าวหรือข้อมูลนั้นเป็นเท็จ หรือมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าเป็นเท็จ บุคคลใดก็ตามที่ถูกตัดสินว่ามีความผิดในการกระทำใด ๆ ข้างต้นจะถูกลงโทษโดยการปรับ และอาจจะได้รับโทษจำคุก และจะมีบทลงโทษที่เข้มงวดมากขึ้นหากผู้กระทำความผิดเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ รวมทั้ง ลงโทษขององค์กรสื่อสารมวลชนหรือแพลตฟอร์มโซเชียลมีเดียที่ล้มเหลว เพิกเฉย หรือปฏิเสธที่จะลบข่าวหรือข้อมูลที่เป็นเท็จภายในระยะเวลาอันสมควรหลังจากที่ได้รู้หรือมีเหตุอันควรเชื่อได้ถึงการสื่อสารข้อความเท็จ ผู้ฝ่าฝืนจะถูกลงโทษ และจำคุก หากผู้กระทำความผิดเป็นบริษัท กรรมการผู้จัดการใหญ่ ประธานเจ้าหน้าที่บริหาร และเจ้าหน้าที่ที่รับผิดชอบอื่น ๆ จะต้องรับโทษถึงจำคุก⁴¹ ดังนั้น จากเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงได้บัญญัติกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามข่าวเท็จ ได้แก่ (ร่าง) รัฐบัญญัติต่อต้านข่าวปลอม พ.ศ. 2560

สาธารณรัฐฟิลิปปินส์ให้ความสำคัญต่อการป้องกันและปราบปรามข่าวเท็จเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะการเผยแพร่ข้อมูลหรือข่าวเท็จออนไลน์ที่ก่อให้เกิดหรือมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดความตื่นตระหนก แยกแยะ วุ่นวาย รุนแรง เกลียดชัง หรือแสดงหรือมีแนวโน้มว่าจะโฆษณาชวนเชื่อเพื่อทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียงและบุคคลนั้น กระทำการโดยรู้ว่าข่าวหรือข้อมูลนั้นเป็นเท็จ หรือมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าเป็นความเท็จ และการไม่ปฏิบัติหรือละเลยการลบหรือแก้ไขข้อมูลเท็จนั้น ซึ่งผู้กระทำความผิดจะมีความผิดทางอาญาและทางปกครอง⁴²

⁴¹ วุฒิสภาฟิลิปปินส์ Senate of the Philippines. การประชุมวุฒิสภาครั้งที่สิบเจ็ดของสาธารณรัฐฟิลิปปินส์. วันที่ 17 มิถุนายน 2564. หน้า 1. แหล่งที่มา: <https://legacy.senate.gov.ph/lisdata/2624822593!.pdf> [9 ตุลาคม 2565]

⁴² AN ACT PENALIZING THE MALICIOUS DISTRIBUTION OF FALSE NEWS AND OTHER RELATED VIOLATIONS SECTION 2. Malicious Creation and Distribution of False News. It shall be unlawful for any person to maliciously offer, publish, distribute, circulate and spread false news or information or cause the publication, distribution, circulation or spreading of the same in print, broadcast or online media, provided that, such false news or information cause or tend to cause panic, division, chaos, violence, hate or which exhibit or tend to exhibit a propaganda to blacken or discredit one's reputation and the person knowingly commits such act with full knowledge that such news or information is false, or with reasonable grounds to believe that the same is false. Any person who shall be found guilty of committing any of the foregoing acts shall be punished by a fine ranging from One Hundred Thousand Pesos (P100,000) to Five Million Pesos (P5,000,000) and imprisonment ranging from one (1) to five (5) years. Any person who aids or abets any person committing any of the foregoing acts shall be liable for a fine ranging from Fifty Thousand Pesos

7.5 สาธารณรัฐประชาชนจีน โดยการออกกฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันและควบคุมการให้ข้อมูลที่เป็นเท็จออนไลน์ โดยในปี 2540 ได้ออกรัฐบัญญัติเพื่อการบริหารจัดการและการคุ้มครองเครือข่ายข่าวสารและความปลอดภัยจากคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2540 (Computer Information Network and Internet Security , Protection and Management Regulations 1997)⁴³ ซึ่งรับอนุมัติจากสภาแห่งรัฐเมื่อวันที่ 11 ธันวาคม พ.ศ. 2540 และประกาศใช้โดยกระทรวงความมั่นคงสาธารณะเมื่อวันที่ 30 ธันวาคม พ.ศ. 2540 มีวัตถุประสงค์ เพื่อเสริมสร้างความปลอดภัยและการป้องกันเครือข่ายข้อมูลคอมพิวเตอร์และอินเทอร์เน็ต และเพื่อรักษาระเบียบสังคมและความมั่นคงทางสังคม บนพื้นฐานของ “ระเบียบการป้องกันเครือข่ายข้อมูลคอมพิวเตอร์ของสาธารณรัฐประชาชนจีน” โดยมีแนวคิดที่ว่าผู้ใช้บริการเครือข่ายมีเสรีภาพและความเป็นส่วนตัว ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย ไม่มีหน่วยงานหรือบุคคลใดที่ฝ่าฝืนข้อบังคับเหล่านี้เพื่อใช้อินเทอร์เน็ตในการละเมิดเสรีภาพและความเป็นส่วนตัวของผู้อื่น⁴⁴ ซึ่งบทลงโทษจะมีลักษณะเป็น

(P50,000) to Three Million Pesos (P3,000,000) and imprisonment ranging from six (6) months to three (3) years. If the offender is a public official, he shall be liable for twice the amount of the fine imposed above, and be imprisoned for two times longer than the period provided herein. In addition, he shall also suffer the accessory penalty of absolute perpetual disqualification from holding any public office.

⁴³ นิตินิต เสดถาภรณ์ และภักฎิญา สิริบรรพิตพัฒน. “แนวทางการจัดให้มีกฎหมายควบคุมและคุ้มครองผู้ให้และผู้ได้รับผลกระทบจากผู้ให้ข่าวสารออนไลน์” *Journal of Modern Learning Development*, 6(3), 2564. หน้า 380.

⁴⁴ Computer Information Network and Internet Security, Protection and Management Regulations – 1997

Article 5. No unit or individual may use the Internet to create, replicate, retrieve, or transmit the following kinds of information:

- (1) Inciting to resist or breaking the Constitution or laws or the implementation of administrative regulations;
- (2) Inciting to overthrow the government or the socialist system;
- (3) Inciting division of the country, harming national unification;
- (4) Inciting hatred or discrimination among nationalities or harming the unity of the nationalities;
- (5) Making falsehoods or distorting the truth, spreading rumors, destroying the order of society;
- (6) Promoting feudal superstitions, sexually suggestive material, gambling, violence, murder;
- (7) Terrorism or inciting others to criminal activity; openly insulting other people or distorting the truth to slander people;
- (8) Injuring the reputation of state organs;

มาตรการทางปกครองที่ให้อำนาจภาครัฐในการมีคำสั่งเตือนผู้กระทำความผิด ในกรณีที่มีความผิดร้ายแรงอาจจะให้ยุติการเชื่อมต่อเครือข่าย หรือกรณีเพื่อการรักษาความปลอดภัยสาธารณะก็อาจจะถูกเพิกถอนใบอนุญาตผู้ให้บริการ รวมทั้งกรณีที่เป็นความผิดที่เข้าข่ายเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ผู้นั้นก็จะได้รับโทษตามประมวลกฎหมายอาญาด้วย⁴⁵

7.6 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยการกระทำความผิดโดยเฉพาะการแสดงความคิดเห็นผ่านสื่อสังคมออนไลน์ในประเทศแถบยุโรปมีจำนวนเพิ่มมากขึ้นในประการน่าจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่น ในประเด็นของความคิดเห็นที่แตกต่างกันในเรื่องเชื้อชาติ ศาสนา ความเชื่อ ทัศนคติ รสนิยม ความหลากหลายทางเพศ และความคิดเห็นที่แตกต่างทางด้านการเมือง สิ่งเหล่านี้ก่อให้เกิดลักษณะที่เรียกว่า Hate speech⁴⁶ สาธารณรัฐเยอรมนีก็เป็นประเทศหนึ่งในสหภาพยุโรปที่ประสบกับปัญหาของ Hate speech และได้พยายามในการป้องกันปัญหาดังกล่าว ด้วยการออกกฎหมายรัฐบัญญัติปรับปรุงการบังคับใช้กฎหมายในเครือข่ายสังคมออนไลน์ (รัฐบัญญัติการบังคับ

(9) Other activities against the Constitution, laws or administrative regulations.

Article 6. No unit or individual may engage in the following activities which harm the security of computer information networks:

(1) No-one may use computer networks or network resources without getting proper prior approval

(2) No-one may without prior permission may change network functions or to add or delete information

(3) No-one may without prior permission add to, delete, or alter materials stored, processed or being transmitted through the network.

(4) No-one may deliberately create or transmit viruses.

(5) Other activities which harm the network are also prohibited.

⁴⁵ Computer Information Network and Internet Security, Protection and Management Regulations – 1997

Article 20. For violations of law, administrative regulations or of Article 5 or Article 6 of these regulations, the Public Security organization gives a warning and if there income from illegal activities, confiscates the illegal earnings. A fine not to exceed 5000 RMB to individuals and 15,000 RMB to work units may be assessed. For serious offenses computer and network access can be closed down for up to six months, and if necessary Public Security can suggest that the business operating license of the concerned unit or the cancellation of its network registration. Activities contravening public security management regulations are punishable in accordance with provisions of the public security management penalties articles.

⁴⁶ กรกริช มุ่งสวัสดิ์ และญาติ์ กาศยปนนท์. การกำหนดความผิดเกี่ยวกับการแสดงความคิดเห็นผ่านสื่อสังคมออนไลน์ในประการที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่น. การประชุมนำเสนอผลงานวิจัยระดับบัณฑิตศึกษามหาวิทยาลัยรังสิต, ครั้งที่ 11, 2561. หน้า .2416.

ใช้เครือข่าย) หรือ Act to Improve Enforcement of the Law in Social Networks (Network Enforcement Act) โดยรัฐบัญญัตินี้มีการบังคับใช้กับผู้ให้บริการโทรคมนาคมที่ดำเนินการให้บริการแพลตฟอร์มอินเทอร์เน็ต ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรโดยแพลตฟอร์มนั้นเป็นพื้นที่สาธารณะให้ผู้ให้บริการสามารถที่จะแบ่งปันข้อมูลกันและกันผ่านเครือข่ายสังคมออนไลน์ และผู้ให้บริการแพลตฟอร์มจะต้องมีสมาชิกที่ลงทะเบียนใช้งานจำนวนไม่น้อยกว่า 2,000,000 คน หากผู้ใช้บริการที่เป็นสมาชิกลงทะเบียนไม่ถึง 2,000,000 คน รัฐบัญญัตินี้ไม่สามารถบังคับได้ ซึ่งการกระทำ ความผิดที่รัฐบัญญัติสามารถใช้บังคับได้เป็นเนื้อหาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญาของสาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 86, 86a, 89a, 91, 100a, 111, 126, 129 ถึง 129b, 130, 131, 140, 166, 184b, 184d, 185 ถึง 187, 241 และมาตรา 269

รัฐบัญญัติปรับปรุงการบังคับใช้กฎหมายในเครือข่ายสังคมออนไลน์ (รัฐบัญญัติการบังคับใช้เครือข่าย) หรือ Act to Improve Enforcement of the Law in Social Networks (Network Enforcement Act) เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับผู้ให้บริการแพลตฟอร์มออนไลน์ที่มีสมาชิกมากกว่า 2,000,000 คน ให้ผู้ให้บริการดำเนินการลบหรือบล็อกเนื้อหาที่ผิดกฎหมายอย่างชัดเจนตามประมวลกฎหมายอาญา ต้องดำเนินการลบหรือบล็อกให้แล้วเสร็จภายใน 24 ชั่วโมง หรือลบหรือบล็อกเนื้อหาทั้งหมดทันทีหากผิดกฎหมายอย่างชัดเจน ภายใน 7 วัน หรือนานกว่านั้นหากยังไม่แน่ชัดว่าเป็นเนื้อหาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันจะต้องอาศัยข้อเท็จจริงอื่นประกอบโดยจะต้องส่งต่อไปยังหน่วยงานอื่นหรือหน่วยงานที่กำกับดูแล ในกรณีที่ผู้ให้บริการไม่ระบุชื่อผู้รับบริการและไม่ตอบสนองต่อการร้องขอของหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมาย มีความผิดจะต้องชำระค่าปรับมากถึง 500,0000 ยูโร และกรณีใจหรือประมาทเลินเล่อไม่จัดทำรายงาน ไม่จัดทำให้ถูกต้อง ไม่จัดทำให้ครบถ้วน หรือจัดทำไม่ทันกำหนด หรือจัดพิมพ์ไม่สำเร็จ ไม่จัดหา จัดหาอย่างถูกต้องหรือให้ครบถ้วน กระบวนการที่กล่าวถึงนั้นเพื่อจัดการกับข้อร้องเรียนที่ยื่นโดยหน่วยงานรับเรื่องร้องเรียนหรือโดยผู้ใช้ ไม่ตรวจสอบการจัดการข้อร้องเรียนหรือตรวจสอบอย่างถูกต้อง ไม่แก้ไขข้อบกพร่องขององค์กร หรือแก้ไขให้ทันเวลา มีความผิดก็ต้องชำระค่าปรับมากถึง 5,000,000 ยูโร นอกจากนี้ในส่วนของ มาตรการทางปกครอง ให้อำนาจหน่วยงานของรัฐในการกำกับดูแลผู้ให้บริการแพลตฟอร์มออนไลน์ จัดทำรายงานการดำเนินการจัดการกับเรื่องร้องเรียนตรวจสอบและปิดกั้นเนื้อหาที่ผิดกฎหมาย ลบหรือ บล็อกเนื้อหาที่ผิดกฎหมายอย่างชัดเจน⁴⁷

⁴⁷ Network Enforcement Act

Section 2 (1) Providers of social networks which receive more than 100 complaints per calendar year about unlawful content shall be obliged to produce half-yearly German-language reports on the handling of complaints about unlawful content on their platforms, covering the points enumerated in

7.7 มาตรการทางกฎหมายของราชอาณาจักรไทย

7.7.1 ประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 116 เป็นการมุ่งเอาผิดกับการกระทำที่ปรากฏแก่ประชาชนด้วยวาจา หนังสือ หรือวิธีการอื่นใด ซึ่งวิธีการอื่นใดน่าจะรวมถึงการเผยแพร่เนื้อหาผ่าน

subsection (2), and shall be obliged to publish these reports in the Federal Gazette and on their own website no later than one month after the half-year concerned has ended. The reports published on their own website shall be easily recognizable, directly accessible and permanently available

Section 3 (1) The provider of a social network shall maintain an effective and transparent procedure for handling complaints about unlawful content in accordance with subsections (2) and (3). The provider shall supply users with an easily recognizable, directly accessible and permanently available procedure for submitting complaints about unlawful content.

Section 3 (2) The procedure shall ensure that the provider of the social network:

1. takes immediate note of the complaint and checks whether the content reported in the complaint is unlawful and subject to removal or whether access to the content must be blocked,
2. removes or blocks access to content that is manifestly unlawful within 24 hours of receiving the complaint; this shall not apply if the social network has reached agreement with the competent law enforcement authority on a longer period for deleting or blocking any manifestly unlawful content,
3. removes or blocks access to all unlawful content immediately, this generally being within 7 days of receiving the complaint; the 7-day time limit may be exceeded if
 - a) the decision regarding the unlawfulness of the content is dependent on the falsity of a factual allegation or is clearly dependent on other factual circumstances; in such cases, the social network can give the user an opportunity to respond to the complaint before the decision is rendered;
 - b) the social network refers the decision regarding unlawfulness to a recognized self-regulation institution pursuant to subsections (6) to (8) within 7 days of receiving the complaint and agrees to accept the decision of that institution,

section 3 (4) The handling of complaints shall be monitored via monthly checks by the social network's management. Any organizational deficiencies in dealing with incoming complaints shall be immediately rectified. The social network's management shall offer the persons tasked with the processing of complaints training courses and support programmes delivered in the German language on a regular basis, this being no less than once every six months.

Section 5 (1) Providers of social networks shall immediately name a person authorized to receive service in the Federal Republic of Germany and shall draw attention to this fact on their platform in an easily recognizable and directly accessible manner. It shall be possible to effect service on this person in procedures pursuant to section 4 or in judicial proceedings before German courts on account of the dissemination of unlawful content. The same shall also apply to the service of documents initiating such proceedings

เครือข่ายสังคมออนไลน์ ไม่ว่าจะเป็นข้อมูลที่เป็นเท็จหรือจริง โดยการยุยง หมายถึง การส่งเสริมให้กระทำในสิ่งที่ไม่ดีหรือตามที่ตนเองต้องการ อาจมีการใช้ข้อมูลประกอบเพื่อให้ผู้ถูกยุยงเกิดการคล้อยตามเห็นด้วย และข้อมูลนั้นก็อาจจะเป็นข้อมูลเท็จหรือจริงก็ได้ หากไม่ใช้การแสดงความคิดเห็นด้วยความสุจริตและขัดต่อหลักการของรัฐธรรมนูญ และมาตรา 117 อันเป็นการยุยงด้วยประการใดๆ ให้เกิดการคล้อยตามเห็นด้วย ผู้กระทำความผิดอาจจะใช้ข้อมูลเท็จเพื่อการยุยงให้ประสบความสำเร็จ มีวัตถุประสงค์เพื่อการเปลี่ยนแปลงกฎหมายของแผ่นดิน หรือเป็นการบังคับรัฐบาล หรือ เป็นการข่มขู่ประชาชน ตามมาตรา 116 และมาตรา 117 เป็นเรื่องความผิดต่อความมั่นคงของรัฐภายในราชอาณาจักร แต่ในส่วนของความผิดฐานปลอมเอกสารตามประมวลกฎหมายอาญาคู่ครองความถูกต้องแท้จริงและการอ้างอิงเอกสาร แต่ไม่ครอบคลุมต่อความมั่นคงปลอดภัยของระบบที่มนุษย์ไม่สามารถอ่านหรือเข้าใจได้ ส่วนความผิดฐานฉ้อโกงเป็นการกระทำที่อาศัยข้อมูลที่เป็นเท็จ หลอกลวงผู้อื่นด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งและโดยการหลอกลวงดังว่านั้นได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สาม หรือทำให้ผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สามทำ ถอนหรือทำลายเอกสารสิทธิ ลักษณะของการเผยแพร่ข่าวเท็จนำไปสู่การฉ้อโกง การเสนอเนื้อหาโดยการให้ข้อมูลที่เป็นเท็จ บุคคลผู้ถูกหลอกลวงจะเสียประโยชน์ซึ่งทรัพย์สิน การหลอกลวงมีการเชื่อมโยงต่อการรับรู้หรือการตอบสนองของบุคคล ดังจะเห็นได้จากองค์ประกอบที่หลอกลวง “ผู้อื่น” และทำให้ผู้ถูกหลอกลวง หรือบุคคลที่สาม อันแสดงถึงวัตถุประสงค์ของความผิดที่ใช้กับการหลอกลวงบุคคล จึงมีปัญหาในการปรับใช้กับการกระทำที่มุ่งต่อการหลอกลวง การทำงานและระบบประมวลผลทางคอมพิวเตอร์ อย่างไรก็ตามในส่วนของความผิดฐานหมิ่นประมาท โดยบุคคลได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญในการแสดงออกทางความคิดเห็นได้อย่างเสรีภาพ โดยสิทธิและเสรีภาพในการสื่อสารเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ที่จะคิด แต่หากการแสดงความคิดเห็นนั้น ทำให้กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้อื่นไม่สามารถทำได้ ซึ่งเป็นแนวคิดที่ขัดแย้งกันระหว่างเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (freedom of expression)⁴⁸ กับสิทธิในเกียรติยศชื่อเสียง (right to reputation)⁴⁹ และการแสดงความคิดเห็นต้องไม่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน อาทิ การใช้ข้อมูลเท็จในการใส่ร้ายบุคคลที่ได้รับความเคารพจนเป็นเหตุให้เกิดการจลาจล สร้างความแตกแยกทางสังคม ซึ่งประเทศอังกฤษการหมิ่นประมาททำให้สังคมเกิดความแตกแยกเป็นความผิดทางอาญา หรือแม้แต่ประเทศฝรั่งเศสการหมิ่นประมาทบุคคลหรือกลุ่มคนเชื้อชาติ เผ่าพันธุ์ ศาสนา เพศ ความพิการของผู้เสียหายเป็นความผิดอาญา

⁴⁸ เสรีภาพที่ได้รับการรับรองในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 19 และปฏิญาระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) ข้อ 19

⁴⁹ สิทธิที่ได้รับการรับรองในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) ข้อ 19 (3) (a)

อย่างไรก็ตามหลายประเทศให้ความสำคัญต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นโดยเฉพาะการแสดงความคิดเห็นเพื่อการตรวจสอบการทำงานของภาครัฐ เพื่อการเปิดเผยและป้องกันการกระทำทุจริตไม่เป็นความผิดทางอาญา⁵⁰ แม้กระทบต่อบุคคลอื่นเป็นเพียงความผิดทางแพ่ง

ตารางที่ 1 สรุปมาตรการป้องกันและปราบปรามข่าวเท็จตามประมวลกฎหมายอาญา

ฐานความผิด	มาตรา	ลักษณะของการกระทำความผิด	บทลงโทษ
ความผิดต่อความมั่นคงของรัฐภายในราชอาณาจักร	116	<ul style="list-style-type: none"> การยุยงให้ปรากฏแก่ประชาชนด้วยวาจา หนังสือ หรือวิธีการอื่นใดเพื่อให้เกิดการต่อต้านรัฐบาล การเปลี่ยนแปลงกฎหมายของแผ่นดิน เพื่อให้ประชาชนล่วงละเมิดกฎหมาย 	จำคุกไม่เกิน 7 ปี
	117	<ul style="list-style-type: none"> การยุยงให้หยุดงาน เพื่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงใน กฎหมายแผ่นดิน เพื่อบังคับรัฐบาลหรือเพื่อข่มขู่ประชาชน 	จำคุกไม่เกิน 7 ปี หรือปรับไม่เกิน 140,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ
ความผิดเกี่ยวกับการปลอมและการแปลง	264	<ul style="list-style-type: none"> มุ่งไปที่ความเข้าใจหรือการพิจารณาของมนุษย์หรือการหลอกลวงให้บุคคลเชื่อว่าเป็นเอกสารที่แท้จริง 	จำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ
ความผิดฐานฉ้อโกง	341	<ul style="list-style-type: none"> “ข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดความจริงที่ควรบอกให้แจ้ง” รวมถึงการบิดเบือนหรือการเสนอข้อมูลเพียงบางมิติหรือบางส่วน เจตนาพิเศษ โดยทุจริต หมายถึง “เพื่อแสวงประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น” การหลอกลวงมีเจตนาให้ได้ประโยชน์ในทรัพย์สิน 	จำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 60,000บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

⁵⁰ รัฐบัญญัติฉบับลงวันที่ 29 กรกฎาคม ค.ศ.1881 เกี่ยวกับเสรีภาพของสื่อมวลชน มาตรา 32 วรรคสอง และสาม ซึ่งมีเหตุจากความรุนแรงการพูดให้คนแตกแยกทางเชื้อชาติและการเลือกปฏิบัติในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง

ฐานความผิด	มาตรา	ลักษณะของการกระทำความผิด	บทลงโทษ
ความผิดฐานหมิ่นประมาท	326	<ul style="list-style-type: none"> ใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม ประการที่นำจะทำให้ผู้นั้นเสียหาย 	จำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 20,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ
	328	<ul style="list-style-type: none"> ใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม ประการที่นำจะทำให้ผู้นั้นเสียหาย หมิ่นประมาทด้วยการโฆษณา 	จำคุกไม่เกิน 2 ปี และปรับไม่เกิน 200,00 บาท

7.7.2 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

เป็นการบัญญัติกฎหมายเพื่อการป้องกันความปลอดภัยของระบบคอมพิวเตอร์ตามอนุสัญญาอาชญากรรมไซเบอร์ซึ่งไม่มีประเด็นเกี่ยวเนื้อหาที่เป็นเท็จ มาตรา 14 (1) หากข้อความที่โพสต์ไม่มีองค์ประกอบของโดยทุจริต ก็ไม่ถือว่ามีความผิด หรือต่อให้ข้อความดังกล่าวเป็นความจริง แต่ถ้าผู้โพสต์ข้อความหรือแสดงความคิดเห็นไม่ได้มีเจตนาทุจริตแต่แรก ก็ไม่เป็นความผิด ดังคำพิพากษาฎีกาที่ 5764/2562 จำเลยเป็นผู้นำข่าวอันเป็นเท็จลงเว็บไซต์ที่จำเลยเป็นผู้ดูแล โดยไม่ปรากฏว่าจะเลยมีเจตนาพิเศษเรื่องการกระทำโดยทุจริตหรือหลอกลวง จำเลยจึงไม่มีความผิดตามมาตรา 14 (1) มาตรา 14 (2) จะต้องเป็นกรณีที่ข้อความหรือข้อมูลนั้นเป็น “ความจริง” และข้อมูลนั้นจะต้องก่อให้เกิดความเสียหายต่อการรักษาความมั่นคงปลอดภัย ทั้งในทางสาธารณะ เศรษฐกิจ หรือจะต้องก่อให้เกิดความตื่นตระหนกแก่ประชาชน หากการแสดงความคิดเห็นหรือนำเสนอข้อมูลไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายดังกล่าว แม้เป็นความจริงก็ไม่อาจเป็นความผิดได้ เนื่องจากขาดองค์ประกอบความผิด

ตารางที่ 2 การเปรียบเทียบมาตรา 14 (1) กับ (2)

หัวข้อ	มาตรา (1) 14	มาตรา (2) 14
ลักษณะของข้อมูล	ข้อมูลคอมพิวเตอร์บิดเบือน ข้อมูลคอมพิวเตอร์ปลอม ข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ	ข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ

หัวข้อ	มาตรา (1) 14	มาตรา (2) 14
ความเสียหาย	น่าจะเกิดความเสียหายแก่ประชาชน	น่าจะเกิดความเสียหายต่อการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือโครงสร้างพื้นฐานอันเป็นประโยชน์สาธารณะของประเทศ หรือก่อให้เกิดความตื่นตระหนกแก่ประชาชน
องค์ประกอบความผิด	มีเจตนาพิเศษโดยทุจริต หรือโดยหลอกลวง เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น	ข้อมูลอันเป็นเท็จ และ น่าจะก่อให้เกิดความเสียหาย...

8. สรุปผลการวิจัย

8.1 สิทธิและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นกับการป้องกันและปราบปรามข่าวเท็จ

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 เป็นการบัญญัติกฎหมายอันมีสาเหตุมาจากความซับซ้อนของเทคโนโลยีเพื่อการป้องกันการกระทำความผิดทางระบบคอมพิวเตอร์ เพื่อความมั่นคงของรัฐ ตามมาตรา 14 (2) ในการรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือป้องกันสุขภาพของประชาชน หากการแสดงความคิดเห็นที่เป็นการนำเข้าสู่ข้อมูลสู่ระบบคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จก่อให้เกิดความเสียหาย ก็อาจจะเป็นความผิดตามมาตรา 14 (1) และ (2) ซึ่งมาตรา 14 (1) การแสดงความคิดเห็นออนไลน์หากกระทบต่อชื่อเสียงของบุคคลไม่รวมการกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท แต่อย่างไรก็ตามมีหลายประเทศมีแนวคิดในการคุ้มครองชื่อเสียงของบุคคลที่เกิดจากการกระทำความผิดผ่านเครือข่ายสังคมออนไลน์ ซึ่งมองว่าชื่อเสียงของบุคคลมีค่าเปรียบเสมือนเป็นทรัพย์สิน (Property) เกียรติยศ (Honor) และศักดิ์ศรี (Dignity) ดังนั้น การที่จะให้ผู้ที่เกี่ยวข้องข่าวหรือข้อมูลเท็จที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคม ผู้นั้นควรจะต้องดำเนินการแก้ไขข้อมูลให้ถูกต้องด้วยตนเอง หรือกรณีที่ผู้ให้บริการแพลตฟอร์มออนไลน์ ในฐานะที่ได้ประโยชน์จากการให้บริการ ก็ควรมีความรับผิดชอบต่อการเผยแพร่ข่าวเท็จด้วยการกำกับดูแลตนเอง โดยรัฐบัญญัติการบังคับใช้เครือข่าย (Network Enforcement Act) ของสหพันธ์

สาธารณรัฐเยอรมนีกำหนดให้ผู้ให้บริการปิดกั้นเนื้อหาที่ผิดกฎหมาย ลบหรือบล็อกเนื้อหาที่ผิดกฎหมายอย่างชัดเจนภายในระยะเวลาที่กำหนด หรือกรณีรัฐบัญญัติป้องกันข้อมูลอันเป็นเท็จในสื่อสังคมออนไลน์และการจัดการที่เหมาะสม (The Protection from Online Falsehoods and Manipulation Act) ของสาธารณรัฐสิงคโปร์ที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่รัฐสามารถออกคำสั่งทางปกครองให้ผู้ที่เกี่ยวข้องเผยแพร่ข้อมูลหรือข่าวเท็จ หรือผู้ให้บริการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด เช่น ดำเนินการแก้ไขข้อมูลเท็จ ยุติการสื่อสารข้อมูลเท็จ การระงับการเข้าถึงคำสั่ง และการจำกัดบัญชีออนไลน์ปลอม เป็นต้น

8.2 คำนิยามที่เกี่ยวกับข่าวเท็จ โดยคำว่า “เท็จ” หมายถึง ไม่ตรงกับความเป็นจริง หรือผิดจากความเป็นจริง ซึ่งทุกประเทศจะมีคำสำคัญที่มีลักษณะคล้ายกัน คือ ข้อมูลที่เป็นเท็จไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ไม่ว่าจะด้วยตัวของข้อมูลเองหรือบริบทที่เกี่ยวข้อง และผู้วิจัยได้จำแนกคำนิยามเกี่ยวกับข่าวเท็จตามประเภทของข่าวเท็จได้เป็น 1) ข้อมูลเท็จ ได้แก่ ข้อมูลที่เกิดจากการปลอมหรือข้อมูลที่เป็เท็จ False connection (โยงมั่ว) False Context (ผิดที่ผิดทาง) Impostor (มโนที่มา) Fabricated (มโนทุกอย่างเลย ข่าวที่ข้อมูลผิด) Misinformation (ข่าวหลอกหลวง) และ Bogus หรือ Fabricated Content (เป็นการเสนอข้อมูลที่ไม่เป็นจริงทั้งหมด) 2) ข้อมูลบิดเบือน ได้แก่ False Context (ผิดที่ผิดทาง) Manipulated (ปลอม ตัดต่อ) Clickbait (พาดหัว ยั่วให้คลิกหรือคลิกเบท) Sponsored content, Native Advertising (ข่าวแฝงการโฆษณา) Conspiracy Theory (ทฤษฎีสมคบคิด) และ Pseudoscience (วิทยาศาสตร์ลวงโลก) และ 3) ข้อมูลที่มีเจตนาร้าย ได้แก่ Satire or Parody (เสียดสีหรือตลก) Misleading (ทำให้เข้าใจผิด) Manipulated (ปลอม ตัดต่อ) และ Partisan (ข่าวเอนเอียงเลือกข้าง) ซึ่งการกำหนดคำนิยามที่ชัดเจนจะมีความสำคัญมากต่อการแสดงให้เห็นได้ว่าข่าวในลักษณะใดที่เข้าข่ายเป็นข่าวเท็จ (Fake news) ทำให้ขอบเขตของเนื้อหาที่เป็นข่าวเท็จมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น ป้องกันการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ และลดผลกระทบต่อการใช้กฎหมายที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล โดยสาธารณรัฐสิงคโปร์ได้กำหนดขอบเขตของเนื้อหาเพื่อกำหนดคำนิยามของการกระทำความผิดเกี่ยวกับข่าวเท็จ “ข้อความเป็เท็จ” คือ ข้อมูลที่เป็นเท็จหรือทำให้เข้าใจผิด ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วน และไม่อาจจะโดยตัวของมันเองหรือในบริบทที่ปรากฏอาศัยคำนิยามที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ พฤติกรรมที่ไม่น่าเชื่อถือร่วมกัน หมายถึง กิจกรรมที่ดำเนินการโดยใช้บัญชีออนไลน์ 2 บัญชีขึ้นไป เพื่อทำให้ผู้ใช้ปลายทางเข้าใจผิดเกี่ยวกับบริการตัวกลางทางอินเทอร์เน็ตใดๆ หรือถูกควบคุมด้วยโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่สร้างขึ้นหรือดัดแปลงเพื่อวัตถุประสงค์ในการทำงานอัตโนมัติ (บอท) และ การใช้บัญชีออนไลน์ที่ไม่ถูกต้อง หมายถึง บัญชีออนไลน์ที่ถูกควบคุมโดยบุคคลอื่นที่ไม่ใช่บุคคลที่เป็นตัวแทน (ไม่ว่าจะโดยโปรไฟล์

ผู้ใช้ หรือข้อมูลอื่น ๆ) และกระทำในฐานะเจ้าของบัญชี และการเป็นตัวแทนนั้นทำขึ้นเพื่อจุดประสงค์ในการทำให้ผู้ใช้ปลายทางเข้าใจผิด ทั้งนี้ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ไม่ได้กำหนดคำนิยามข่าวเท็จไว้ แต่สามารถกำหนดคำนิยามที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่บิดเบือน ข้อมูลคอมพิวเตอร์ปลอมทั้งหมด ข้อมูลคอมพิวเตอร์ปลอมบางส่วน ข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ รวมทั้ง ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามและแก้ไขปัญหาการเผยแพร่ข้อมูลเท็จทางสื่อสังคมออนไลน์ พ.ศ. ... ได้กำหนดคำนิยามของข่าวเท็จไว้ คือ ข้อมูลคอมพิวเตอร์ในสื่อสังคมออนไลน์ หรือในระบบคอมพิวเตอร์อันเป็นข้อมูลเท็จหรือข้อมูลปลอมไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

8.3 มาตรการทางอาญาและบทลงโทษ

8.3.1 มาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 เป็นกฎหมายที่สำคัญในการป้องกันและปราบปรามข่าวเท็จออนไลน์ของราชอาณาจักรไทย โดยมาตรา 14 (1) มีองค์ประกอบการกระทำผิด คือ การนำเข้าสู่ข้อมูลระบบคอมพิวเตอร์ที่มีเป้าหมายหลอกลวงบุคคล ซึ่งข้อมูลนั้นจะต้องเป็นข้อมูลเท็จบิดเบือนไม่มีองค์ประกอบที่สะท้อนถึงการปลอมแปลงทางคอมพิวเตอร์ที่เจาะจง ไม่มีองค์ประกอบชัดเจนว่าเป็นการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อทรัพย์สินผู้อื่น หรือทำให้ผู้อื่นเสียทรัพย์สิน ทำให้มีขอบเขตกว้าง และ “โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายต่อประชาชน” ไม่จำกัดความเสียหายว่าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือประโยชน์ทางเศรษฐกิจ แตกต่างจากอนุสัญญาอาชญากรรมไซเบอร์ ทำให้มีการใช้มาตรานี้กับการป้องกันกันและปราบปรามข่าวเท็จ (Fake news) แตกต่างกับมาตรการทางกฎหมายของต่างประเทศ อาทิ สหพันธรัฐมาเลเซียที่แยกกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดทางระบบคอมพิวเตอร์กับกฎหมายต่อต้านข่าวเท็จ ทำให้มาตรา 14 (1) มีความคลุมเครือไม่แน่ชัดว่าจะใช้บังคับการกระทำความผิดฐานฉ้อโกง ปลอมแปลง หรือการกระทำความผิดการเผยแพร่ข่าวเท็จ (Fake news) จึงเป็นปัญหาในการป้องกันและปราบปรามข่าวเท็จ จะต้องกำหนดเนื้อหาให้ชัดเจนเพื่อการตีความให้ถูกต้อง ตรงประเด็น และมาตรา 14 (2) แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นกฎหมายที่บังคับใช้กับการเผยแพร่ข่าวเท็จที่กระทบต่อความมั่นคงของประเทศ ซึ่งจะต้องเป็นข้อมูลเท็จเท่านั้น ที่น่าจะสร้างความเสียหายต่อระบบความมั่นคงปลอดภัย ทั้งในด้านสาธารณะ เศรษฐกิจ และโครงสร้างพื้นฐาน หรือก่อให้เกิดความตื่นตระหนกของประชาชน โดยหากการเผยแพร่ข้อมูลนั้นไม่ได้ส่งผลกระทบดังกล่าวแล้ว แม้ข้อมูลนั้นจะเป็นเท็จก็ไม่มีความผิด

8.3.2 การกำหนดลักษณะการกระทำความผิด โดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 ไม่มีมาตรการในการกำกับดูแลข่าวเท็จเป็น

การเฉพาะ แตกต่างกับรัฐบัญญัติป้องกันข้อมูลอันเป็นเท็จในสื่อสังคมออนไลน์และการจัดการที่เหมาะสม (The Protection from Online Falsehoods and Manipulation Act) ของสาธารณรัฐสิงคโปร์มีการบัญญัติการกระทำความผิดที่ครอบคลุมการสื่อสารออนไลน์ ได้แก่ การสื่อสารข้อมูลเท็จ การใช้บัญชีปลอมเพื่อการสื่อสารข้อมูลเท็จ และการใช้โปรแกรมอัตโนมัติหรือบอทอันมีเจตนาที่จะสื่อสารข้อความเท็จ โดยกำหนดขอบเขตของการกระทำความผิดด้านเนื้อหาไว้ที่เป็นข่าวเท็จและก่อให้เกิดความเสียหายต่อประเทศอันมีแนวโน้มกระทบต่อความมั่นคงของประเทศหรือเหตุใดเหตุหนึ่ง เป็นผลเสียต่อสุขภาพของประชาชน ความปลอดภัยสาธารณะ ความสงบสุขของประชาชน หรือการเงินสาธารณะ กระทบต่อความสัมพันธ์อันดีระหว่างประเทศ มีผลกระทบต่อการเลือกตั้งประธานาธิบดี การเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภาและการลงประชามติ ลดความเชื่อมั่นของสาธารณชนต่อการปฏิบัติงานของรัฐบาล หน่วยงานรัฐ องค์กรของรัฐ หรือคณะกรรมการทางกฎหมาย รวมทั้งพระราชบัญญัติต่อต้านข่าวปลอม พ.ศ.2561 ของสหพันธรัฐมาเลเซีย มีการบัญญัติการกระทำความผิดการเผยแพร่ข่าวเท็จ ได้แก่ สร้าง เสนอ เผยแพร่ข่าวเท็จหรือสิ่งพิมพ์ที่เป็นข่าวเท็จ และการให้ความช่วยเหลือทางการเงินและอำนวยความสะดวกในการกระทำความผิด

8.3.3 ความรับผิดและบทลงโทษของผู้ให้บริการ โดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 ไม่ได้กำหนดให้ผู้ให้บริการแพลตฟอร์มหรือเครือข่ายอินเทอร์เน็ตรับผิดชอบในการที่ผู้ใช้บริการเผยแพร่ข่าวเท็จออนไลน์ แตกต่างกับรัฐบัญญัติป้องกันข้อมูลอันเป็นเท็จในสื่อสังคมออนไลน์และการจัดการที่เหมาะสม (The Protection from Online Falsehoods and Manipulation Act) ของสาธารณรัฐสิงคโปร์ที่กำหนดความรับผิดและบทลงโทษของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตออนไลน์ไว้ หรือ รัฐบัญญัติการบังคับใช้เครือข่าย (Network Enforcement Act) ของสหพันธรัฐเยอรมนีได้กำหนดความรับผิดและบทลงโทษให้ผู้ให้บริการโทรคมนาคมที่ดำเนินการให้บริการแพลตฟอร์มอินเทอร์เน็ตไว้ชัดเจน ซึ่งมีหน้าที่ต้องแก้ไข หรือปิดกั้นเนื้อหาข่าวที่เข้าข่ายผิดกฎหมายด้วยวิธีการและภายในระยะเวลาที่กำหนด

8.3.4 กรณีการใช้หุ่นยนต์และโปรแกรมอัตโนมัติ (บอท) ในการกระทำความผิด โดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 ไม่ได้กำหนดความรับผิดและบทลงโทษไว้ แตกต่างกับรัฐบัญญัติป้องกันข้อมูลอันเป็นเท็จในสื่อสังคมออนไลน์และการจัดการที่เหมาะสม (The Protection from Online Falsehoods and Manipulation Act) ของสาธารณรัฐสิงคโปร์ที่บัญญัติความรับผิดและบทลงโทษกรณีการใช้โปรแกรมอัตโนมัติหรือบอทอันมีเจตนาที่จะสื่อสารข้อความเท็จไว้อย่างชัดเจน ตามมาตรา 8 การสร้างหรือดัดแปลงบอทเพื่อสื่อสารข้อความเท็จ

8.3.5 ความรับผิดการให้บริการสื่อสารข้อมูลเท็จ โดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 ไม่ได้กำหนดความรับผิดและบทลงโทษไว้ แตกต่างกับรัฐบัญญัติป้องกันข้อมูลอันเป็นเท็จในสื่อสังคมออนไลน์และการจัดการที่เหมาะสม (The Protection from Online Falsehoods and Manipulation Act) ของสาธารณรัฐสิงคโปร์ ที่บัญญัติความรับผิดและบทลงโทษไว้ ตามมาตรา 9 (1) กรณี เรียกร้อง ได้รับ หรือตกลงที่จะรับผลประโยชน์ทางการเงิน หรือประโยชน์อื่นใดเพื่อจูงใจสำหรับการให้บริการโดยรู้ว่าบริการนั้นใช้ในการสื่อสารข้อมูลที่เป็นเท็จ

8.3.6 บทลงโทษการกระทำความผิดเกี่ยวกับข่าวเท็จ กรณีการสร้าง เสนอ เผยแพร่ ข่าวเท็จ โดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 กำหนดโทษปรับไม่เกิน 100,000 บาท หรือจำคุกไม่เกิน 5 ปี ขณะที่รัฐบัญญัติป้องกันข้อมูลอันเป็นเท็จในสื่อสังคมออนไลน์และการจัดการที่เหมาะสม (The Protection from Online Falsehoods and Manipulation Act) ของสาธารณรัฐสิงคโปร์ ที่กำหนดบทลงโทษไว้ตามระดับความรุนแรง และค่อนข้างสูง กรณีที่ใช้บัญชีปลอมเพื่อการเผยแพร่ข่าวเท็จ มีโทษสูงสุดปรับไม่เกิน 1,000,000 บาท หรือ จำคุกไม่เกิน 10 ปี

8.4 มาตรการทางปกครองและบทลงโทษ

8.4.1 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ไม่ได้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ทางปกครองในการออกคำสั่งให้แก้ไขข่าวเท็จ โดยเมื่อศาลสั่งให้ระงับการเผยแพร่ข้อมูลหรือลบข้อมูลจากตำแหน่งที่อยู่คอมพิวเตอร์ พนักงานหรือเจ้าหน้าที่จะดำเนินการเอง หรือจะสั่งให้ผู้ให้บริการดำเนินการระงับการเผยแพร่หรือลบข้อมูลคอมพิวเตอร์จากตำแหน่งที่อยู่ของข้อมูล แตกต่างกับรัฐบัญญัติป้องกันข้อมูลอันเป็นเท็จในสื่อสังคมออนไลน์และการจัดการที่เหมาะสม (The Protection from Online Falsehoods and Manipulation Act) ของสาธารณรัฐสิงคโปร์ให้อำนาจรัฐมนตรีสั่งการหน่วยงานที่มีอำนาจดำเนินการแจ้งแก้ไขข้อมูลเท็จ ยุติการสื่อสารด้วยข้อมูลเท็จ ระงับการเข้าถึงและจำกัดบัญชีออนไลน์ปลอม ผู้ต้องปฏิบัติตามคำสั่งไม่ปฏิบัติตามมีโทษปรับตามระดับความรุนแรง สูงสุดปรับไม่เกิน 1,000,000 ดอลลาร์สิงคโปร์ เช่นเดียวกับรัฐบัญญัติเพื่อการบริหารจัดการและการคุ้มครองเครือข่ายข่าวสารและความปลอดภัยจากคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2540 (Computer Information Network and Internet Security, Protection and Management Regulations 1997) ของสาธารณรัฐประชาชนจีน ที่ให้อำนาจรัฐมนตรีมอบหมายให้หน่วยงานของรัฐจัดการกับข่าวเท็จ โดยการแจ้งเตือนและมีคำสั่งให้แก้ไข ผู้ต้องปฏิบัติตามไม่ปฏิบัติตามคำสั่ง กรณีบุคคลธรรมดาอาจจะถูกปรับไม่เกิน 5,000 หยวน หรือกรณีนิติบุคคล

อาจจะถูกปรับไม่เกิน 15,000 หยวน นอกจากนี้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ได้รับมอบหมายมีอำนาจในการเพิกถอน ยกเลิก ใบอนุญาต รวมทั้งการยุติการเชื่อมต่อเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าโทษทางปกครองมีข้อได้เปรียบกว่าโทษทางอาญาตรงที่ฝ่ายปกครองสามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้เอง การลงโทษมีความรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ อาทิ โทษปรับทางปกครอง ฝ่ายปกครองสามารถบังคับชำระค่าปรับได้เองไม่ต้องรอให้ศาลมีคำสั่งให้ ซึ่งในระยะยาวควรมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายการบังคับทางปกครองโดยการกำหนดหลักเกณฑ์และหน่วยงานกลางที่รับผิดชอบให้ชัดเจน จะทำให้การลงโทษทางปกครองมีประสิทธิภาพและเป็นทางเลือกแทนโทษอาญาได้อย่างแท้จริง

8.4.1 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550
ไม่ได้กำหนดมาตรการให้ผู้ให้บริการกำกับดูแลตนเอง แตกต่างกับรัฐบัญญัติการบังคับใช้เครือข่าย (Network Enforcement Act) ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กำหนดให้ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางทางอินเทอร์เน็ต เช่น Google Facebook และ Twitter ดำเนินการกำหนดวิธีการ ขั้นตอนในการจัดการกับเนื้อหาที่ผิดกฎหมาย หากผู้ให้บริการไม่ปฏิบัติตามหรือปฏิบัติตามไม่แล้วเสร็จภายในเวลาที่กำหนด จะมีโทษปรับสูงสุดไม่เกิน 5,000,000 ยูโร ซึ่งการกำกับดูแลตนเองของผู้ให้บริการแพลตฟอร์มออนไลน์จะมีประโยชน์ต่อการบริหารจัดการข้อมูลการสื่อสาร และป้องกันปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นจากการเผยแพร่ข้อมูลที่เป็นเท็จ

9. อภิปรายผลและข้อเสนอแนะ

9.1 อภิปรายผล

9.1.1 สิทธิและเสรีภาพกับการแสดงความคิดเห็น ข่าวเท็จ (Fake news) ที่เกิดจากการนำข้อมูลที่ไม่จริงมาประกอบการแสดงความคิดเห็นแล้วเผยแพร่ไปสู่สาธารณะก่อให้เกิดผลกระทบหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่สอดคล้องตามหลักการรับรองการใช้สิทธิและเสรีภาพตามเจตนารมณ์ตามข้อ 19 แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ไม่ได้ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย รัฐมีอำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ สอดคล้องกับรัฐบัญญัติเพื่อการบริหารจัดการและการคุ้มครองเครือข่ายข่าวสารและความปลอดภัยจากคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2540 (Computer Information Network and Internet Security , Protection and anagement Regulations 1997) ของสาธารณรัฐประชาชนจีน ที่มีแนวคิดว่าผู้ใช้บริการเครือข่ายมีเสรีภาพและความเป็นส่วนตัวได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย ไม่มีหน่วยงานหรือบุคคลใดที่ฝ่าฝืน

ข้อบังคับเหล่านี้เพื่อใช้อินเทอร์เน็ตในการละเมิดเสรีภาพและความเป็นส่วนตัวของผู้อื่นได้ การที่จะให้ผู้ที่เผยแพร่ข่าวหรือข้อมูลเท็จที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคม ผู้นั้นควรจะต้องดำเนินการแก้ไขข้อมูลให้ถูกต้องด้วยตนเอง หรือกรณีที่ผู้ให้บริการแพลตฟอร์มออนไลน์ในฐานะที่ได้ประโยชน์จากการให้บริการ ก็ควรมีความรับผิดชอบต่อการเผยแพร่ข่าวเท็จด้วยการกำกับดูแลตนเอง โดยรัฐบัญญัติการบังคับใช้เครือข่าย (Network Enforcement Act) ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กำหนดให้ผู้ให้บริการปิดกั้นเนื้อหาที่ผิดกฎหมาย ลบหรือบล็อกเนื้อหาที่ผิดกฎหมายอย่างชัดเจน ภายในระยะเวลาที่กำหนด

9.1.1 การกำหนดคำนิยาม ที่ชัดเจนจะมีความสำคัญมากต่อการแสดงให้เห็นได้ว่าข่าวในลักษณะใดที่เข้าข่ายเป็นข่าวเท็จ (Fake news) ทำให้ขอบเขตของเนื้อหาที่เป็นข่าวเท็จมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น ป้องกันการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ และลดผลกระทบต่อการใช้กฎหมายที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล

9.1.2 การป้องกันการกระทำผิด เป็นมาตรการสำคัญเพื่อมิให้เกิดการกระทำผิดหรืออย่างน้อยเป็นการลดผลกระทบจากการกระทำผิด โดยใช้มาตรการทางปกครองและมาตรการอื่นที่เหมาะสมในการป้องกันการกระทำผิดเกี่ยวกับข่าวเท็จ ซึ่งแนวคิดการกำหนดโทษทางปกครองแทนโทษอาญาสำหรับการกระทำที่ฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมาย หรือไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องกระทำ มาตรการทางปกครองจึงเป็นมาตรการในการรักษาความสงบเรียบร้อย และเป็นมาตรการคู่ขนานกับการบังคับโทษอื่นๆ การลงโทษทางปกครองมีแนวคิดที่ว่า โทษทางปกครองไม่ได้กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน มีกระบวนการที่ง่ายรวดเร็วกว่ากระบวนการยุติธรรมทางอาญา องค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายสามารถออกคำสั่งลงโทษได้เองไม่ต้องฟ้องต่อศาล มาตรการทางปกครองเหมาะสมกับการฝ่าฝืนกฎหมายในเรื่องทางเทคนิคเป็นเรื่องเฉพาะ ซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะมีความรอบรู้ในเรื่องเหล่านั้นเป็นอย่างดี อย่างไรก็ตามการเผยแพร่ข่าวเท็จในสื่อสังคมออนไลน์ มีการแชร์ข้อมูลหลายครั้งและผู้กระทำผิดมีจำนวนมาก อีกทั้งเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดทางคอมพิวเตอร์ การใช้มาตรการทางปกครองน่าจะเหมาะสมและมีประสิทธิภาพมากกว่ามาตรการทางอาญา สอดคล้องกับรัฐบัญญัติป้องกันข้อมูลอันเป็นเท็จในสื่อสังคมออนไลน์และการจัดการที่เหมาะสม (The Protection from Online Falsehoods and Manipulation Act) ของสาธารณรัฐสิงคโปร์ได้กำหนดมาตรการทางปกครองตามระดับความร้ายแรงแห่งการกระทำและกับผู้เผยแพร่ข่าวเท็จและผู้ให้บริการแพลตฟอร์มออนไลน์ โดยให้อำนาจรัฐมนตรีออกคำสั่ง กรณีที่เห็นว่าเป็นการสื่อสารหรือกำลังสื่อสารด้วยข้อมูลอันเป็นเท็จ และเพื่อประโยชน์สาธารณะ รัฐมนตรีมีอำนาจออก

คำสั่งให้แจ้งการแก้ไขข้อมูลเท็จ คำสั่งให้ยุติการสื่อสารข้อมูลเท็จ คำสั่งการระงับการเข้าถึง และ คำสั่งจำกัดบัญชีออนไลน์ปลอม และรัฐบัญญัติเพื่อการบริหารจัดการและการคุ้มครองเครือข่ายข่าวสาร และความปลอดภัยจากคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2540 (Computer Information Network and Internet Security , Protection and Management Regulations 1997) ของสาธารณรัฐประชาชนจีน ให้อำนาจเจ้าหน้าที่รัฐในการแจ้งเตือน ให้ผู้กระทำความผิดแก้ไขเนื้อหาที่เข้าข่ายเป็นข่าวเท็จตาม ระดับความร้ายแรง หากการกระทำมีความร้ายแรงและกระทบต่อประโยชน์สาธารณะเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจสั่งให้ยุติการเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ตหรือเพิกถอนใบอนุญาตได้

9.2 ข้อเสนอแนะ

9.2.1 แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่...) พ.ศ. ...

1) การกำหนดค่านิยามเกี่ยวกับข่าวเท็จ ให้มีความชัดเจนมากขึ้น โดยการเพิ่มเติม ความในมาตรา 3

“ข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ หมายถึง การนำเข้าสู่ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มี ลักษณะเป็นการฝ่าฝืนความจริง ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน โดยผู้ส่งต่อหรือเผยแพร่ข้อมูลรู้หรือควร รู้ว่าข้อมูลนั้นเป็นข้อมูลเท็จ”

2) ยกเลิกข้อความใน (1) และ (2) ของมาตรา 14 ให้ใช้ข้อความต่อไปนี้แทน

“(1) โดยทุจริต หรือโดยหลอกลวง นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูล คอมพิวเตอร์ที่บิดเบือนหรือปลอมไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ มีเจตนาหลอกลวงให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจสำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยไม่มีสิทธิ หรือ ก่อให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สินของผู้อื่น อันมิใช่การกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทตาม ประมวลกฎหมายอาญา”

“(2) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการ ที่น่าจะเกิดความเสียหายต่อการรักษาความมั่นคงของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงทางเศรษฐกิจและโครงสร้างพื้นฐาน กระทบต่อการเงินการคลังสาธารณะ กระทบต่อ ความสัมพันธ์อันดีระหว่างประเทศ กระทบต่อการเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภา สมาชิกสภาท้องถิ่นและ การลงประชามติ ลดความน่าเชื่อถือของภาครัฐ เป็นผลเสียต่อสุขภาพและความสงบสุขของ ประชาชน รวมทั้งการสร้าง ความเกลียดชังก่อให้เกิดความแตกแยกในสังคม”

3.) เพิ่มเติม (6) ของมาตรา 14

“(6) ตาม (1) (2) (3) และ (4) รวมถึงการสร้าง และใช้ปัญญาประดิษฐ์ในการกระทำคามผิด”

4.) แก้ไขเพิ่มเติมการให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองในการจัดการกับข่าวเท็จ ตามแนวทางรัฐบัญญัติป้องกันข้อมูลอันเป็นเท็จในสื่อสังคมออนไลน์และการจัดการที่เหมาะสมของสาธารณรัฐสิงคโปร์ และรัฐบัญญัติเพื่อการบริหารจัดการและการคุ้มครองเครือข่ายข่าวสารและความปลอดภัยจากคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2540 ของสาธารณรัฐประชาชนจีนโดยเจ้าหน้าที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองสั่งให้บุคคลผู้นำเข้าข้อมูลเท็จ เผยแพร่หรือส่งต่อข้อมูลเท็จ หรือผู้ให้บริการในระบบแพลตฟอร์มออนไลน์ที่อยู่ในความควบคุม ในการแจ้งประกาศให้แก้ไขข้อมูลเท็จ พร้อมทั้งแสดงข้อมูลอันเป็นจริงและแสดงตำแหน่งที่อยู่ของข้อมูลจริงตามที่เจ้าหน้าที่กำหนด ซึ่งยังไม่มีกรลบบข้อมูลอันเป็นเท็จนั้น เพื่อให้ประชาชนหรือผู้ได้รับข่าวสารมีความเข้าใจที่ถูกต้องชัดเจนมากขึ้น โดยอาจเพิ่มมาตรา 19/1 ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำคามผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 ดังนี้

“เจ้าหน้าที่โดยความเห็นชอบของรัฐมนตรีอาจมีคำสั่งให้บุคคลผู้นำเข้าข้อมูลเท็จ ผู้เผยแพร่หรือส่งต่อข้อมูลเท็จ หรือผู้ให้บริการในระบบแพลตฟอร์มออนไลน์ที่อยู่ในความควบคุม แจ้งประกาศให้แก้ไขข้อมูลเท็จ พร้อมทั้งแสดงข้อมูลอันเป็นจริงและแสดงตำแหน่งที่อยู่ของข้อมูลที่เป็นจริงตามที่เจ้าหน้าที่กำหนด

ผู้นำเข้าข้อมูลเท็จ ผู้เผยแพร่หรือส่งต่อข้อมูลเท็จ หรือผู้ให้บริการ ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่ตามวรรคหนึ่งภายในเวลาที่กำหนด ต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 20,000 บาท”

9.2.2 การกำหนดมาตรการและโทษปรับทางปกครองสำหรับผู้ให้บริการ เป็นการให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่หรือคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญโดยความเห็นชอบของรัฐมนตรีในการใช้มาตรการทางปกครองและกำหนดโทษปรับทางปกครองในการควบคุมกำกับดูแลผู้ให้บริการที่มีผู้ลงทะเบียนใช้งานไม่น้อยกว่า 2,000,000 บัญชี ซึ่งอาจจะบัญญัติเพิ่มเป็น มาตรา ...แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำคามผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3296/2566

ค่าใช้จ่ายในการถ่ายภาพพร็เวดดิ้งเป็นค่าใช้จ่าย

ในการเตรียมการสมรส เรียกค่าทดแทนได้

Supreme Court Decision Number 3296/2566

Compensation granted for expenses in pre-wedding
photoshoot incurred in the preparation of the marriage by
the betrothed

ไพโรจน์ กัมพูสิริ*

Pairojana Kampusiri

Corresponding author Email: paioj_kp@hotmail.com

คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ เป็นคำพิพากษาที่พลิกบรรทัดฐานของศาลฎีกาที่มีมาโดยตลอด ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2487 (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1166/2487) เรื่อยมาจนถึงเดือนมกราคม พ.ศ. 2567 นับเวลาที่ศาลฎีกาได้เกาะติดกับบรรทัดฐานเดิมมาเป็นเวลา 80 ปีเลยทีเดียว ด้วยเหตุนี้ การได้เขียนสรุปถึงที่มาที่ไปของคำพิพากษาศาลที่ 3296/2566 นี้ จึงเป็นเรื่องที่มีคุณค่าและน่าสนใจ ในทางวิชาการกฎหมายลักษณะครอบครัวอย่างยิ่ง

1. ข้อเท็จจริง

ในปัจจุบันคู่บ่าวสาวจะใช้บริการจัดเตรียมงานโดยติดต่อกับบริษัทที่ทำธุรกิจวางแผนจัดงานแต่งงานซึ่งจะให้บริการโดยดูแลเรื่องเครื่องแต่งกายและภาพถ่ายของคู่บ่าวสาวตั้งแต่การถ่ายภาพ

* ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ, นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ 2) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปริญญาเอก สาขากฎหมายเอกชน มหาวิทยาลัยปารีส 2, ปัจจุบันเป็นอาจารย์พิเศษบรรยายวิชากฎหมายลักษณะครอบครัวและมรดก ณ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ก่อนวันแต่งงาน (ภาพพรีเวดดิ้ง) และวันหมั้นไปจนถึงพิธีสมรสซึ่งกิจการในลักษณะนี้จะทำให้รูปแบบขายแพ็คเกจถ่ายภาพพรีเวดดิ้ง ทางบริษัทที่ทำธุรกิจวางแผนจัดงานแต่งงานจะดูแลจัดหาช่างแต่งงาน ช่างภาพ รวมทั้งชุดในวันถ่ายภาพพรีเวดดิ้งและวันจัดงานทั้งในและนอกสถานที่ ทำให้การถ่ายภาพพรีเวดดิ้งกลายเป็นที่นิยมอย่างหนึ่งที่คู่รักแทบทุกคู่ต่างถ่ายภาพก่อนวันแต่งงานเตรียมไว้เพื่อนำภาพถ่ายไปใช้ทำการ์ดแต่งงานหรือนำภาพถ่ายไปใช้ตกแต่งในการจัดงานวันหมั้นหรือวันทำพิธีสมรส ตลอดจนทำวิดีโอคู่บ่าวสาวนำเสนอในงานแต่งงานและเพื่อเก็บไว้เป็นระลึกภายหลังวันงานแต่งงาน การถ่ายภาพพรีเวดดิ้งจึงมิใช่สิ่งฟุ่มเฟือย แต่กลายเป็นส่วนหนึ่งของการเตรียมการสมรสที่จำเป็นสำหรับคู่บ่าวสาวเพื่อให้งานพิธีสมรสเป็นไปอย่างสมบูรณ์แบบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1440 (2) เมื่อได้ความว่า ในการเตรียมการสมรสโจทก์กับจำเลยได้ร่วมกันตัดสินใจจัดเตรียมงานโดยกำหนดให้มีการถ่ายภาพพรีเวดดิ้งก่อนแต่งงาน จึงเป็นความตั้งใจและสมัครใจตัดสินใจจัดเตรียมงานโดยกำหนดให้มีการถ่ายภาพพรีเวดดิ้งก่อนแต่งงาน จึงเป็นความตั้งใจและสมัครใจของทั้งสองฝ่ายที่ประสงค์จะถ่ายภาพพรีเวดดิ้งก่อนแต่งงาน มิใช่เกิดจากความประสงค์ของโจทก์แต่เพียงฝ่ายเดียว การดำเนินการของโจทก์ดังกล่าวจึงเป็นการเตรียมการก่อนสมรสโดยสุจริต เพื่อคำนึงถึงสถานะทางการเงินตลอดจนสถานภาพทางสังคมของทั้งสองฝ่ายแล้ว เห็นว่า ค่าใช้จ่ายดังกล่าวเป็นไปตามฐานานุรูปและตามสมควร ประกอบกับเหตุที่ผิดสัญญาหมั้นเกิดจากความผิดของจำเลยเพียงฝ่ายเดียวจึงไม่ควรให้ฝ่ายหญิงต้องรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายส่วนนี้ จึงรับฟังได้ว่า ค่าชุดแต่งงาน ค่าช่างภาพทีมงานถ่ายภาพพรีเวดดิ้งที่จังหวัดภูเก็ต และตัวเครื่องบินพร้อมที่พัก ค่าสถานที่ถ่ายภาพพรีเวดดิ้ง ค่าชุดเจ้าสาวถ่ายภาพพรีเวดดิ้ง ล้วนเป็นค่าใช้จ่ายเนื่องในการเตรียมการสมรสโดยสุจริตและตามสมควร ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1440 (2) โจทก์จึงมีสิทธิเรียกค่าทดแทนได้

2. วิเคราะห์

ผู้เขียนเองไม่เห็นด้วยกับแนวเข้มงวดของศาลฎีกาที่แม้จะเป็นค่าใช้จ่ายในการเตรียมการสมรสอย่างแท้จริง เช่น ค่าอาหารเลี้ยงพระและแขกในวันแต่งงาน (คำพิพากษาฎีกาที่ 1166/2487, 1515/2506, 90/2512 และ 2086/2518) ก็ไม่ถือว่าเป็นค่าใช้จ่ายในการเตรียมการสมรส เนื่องจากตามแนวของศาล ค่าใช้จ่ายในการเตรียมการสมรสหมายถึง ค่าใช้จ่ายที่จำเป็นเพื่อเตรียมตัวให้คู่บ่าวสาวได้ใช้ชีวิตครอบครัวโดยตรง ดังนั้น ค่าใช้จ่ายในการเตรียมการสมรสที่ศาลให้ จึงได้แก่ ค่าที่นอนหมอนมุ้ง เครื่องครัว เครื่องเรือน เท่านั้น (คำพิพากษาฎีกาที่ 1217/2496 และ 6385/2551) นอกจากนี้ ท่านอาจารย์เสนีย์ ปราโมช ยังได้ให้ความเห็นในตำราครอบครัวและมรดกของท่าน (หน้า 39) ว่าเมื่อตัวบทให้ค่าทดแทนเฉพาะค่าใช้จ่ายในการเตรียมการสมรส จึงไม่ขยายไปถึงค่าใช้จ่าย

ในการหมั้นด้วย ดังนั้น ค่าหมากพลู ค่าขนมวันหมั้น ค่ารถไปหมั้น ค่าเลี้ยงแขกวันหมั้น จึงไม่ใช่ค่าใช้จ่ายในการเตรียมการสมรส (คำพิพากษาฎีกาที่ 945/2491, 71/2493 และ 90/2512) ทั้ง ๆ ที่สัญญาหมั้นนั้นผู้เขียนเห็นว่าเป็นสัญญาที่ปูทางไปสู่การสมรสโดยตรง ถึงขนาดบ่าวสาวบางคู่ทำพิธีหมั้นในตอนเช้าและจดทะเบียนสมรสตอนบ่ายก็มี จึงจะไปถือว่าพิธีหมั้นไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับเชื่อมโยงไปถึงการสมรสไม่ได้ ซึ่งถ้าเป็นการเรียกค่าเสียหายฐานผิดสัญญาอาจเรียกเอาได้ อาจเป็นเพราะเกรงว่า ถ้าเปิดประตูกว้างให้เรียกค่าทดแทนได้ตามหลักทั่วไปโดยไม่จำกัดกรณีฝ่ายผู้จะต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนอาจเสียดายค่าทดแทน จนต้องจำใจทำการสมรสด้วย ทำนองเดียวกับในเรื่องเบี้ยปรับในมาตรา 1438 อย่างไรก็ตาม ท่านอาจารย์เห็นว่า ค่าใช้จ่ายในการปลุกเรือนหอน่าจะถือได้ว่าเป็นค่าใช้จ่ายในการเตรียมการสมรส แม้จะไม่พบคำพิพากษาฎีกาที่ตัดสินไว้เป็นบันทัดฐาน (เสนีย์ ปราโมช หน้า 38-39)¹

ผู้เขียนได้เขียนบทความแสดงความไม่เห็นด้วยกับแนวของศาลฎีกาข้างต้นมาโดยตลอด โดยในปี พ.ศ. 2527 ได้ตีพิมพ์ในวารสารสตรีทัศน์ และในตำรากฎหมายครอบครัวของผู้เขียน จนมาถึงทุกวันนี้ (หน้า 74-76 ฉบับพิมพ์ครั้งที่ 12 พ.ศ. 2566) โดยเหตุผลคัดค้านของผู้เขียนสรุปได้ว่า

ก. ค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่ศาลไม่ให้มาโดยตลอด เช่น ค่าอาหารเลี้ยงพระและแขกและญาติ ในวันทำพิธีสมรส ล้วนเป็นค่าใช้จ่ายที่บ่าวสาวคู่หมั้นทุกคู่จะต้องใช้จ่ายทั้งสิ้น มิใช่เป็นเพียงวัฒนธรรมประเพณีเท่านั้น แต่เป็นความเชื่อทางศาสนาแต่บรรพบุรุษในเรื่องนิมนต์พระมาเพื่อเป็นสิริมงคลแก่ชีวิตครอบครัวในวันข้างหน้า และยังเป็นการทำบุญ นอกจากนี้การเลี้ยงแขกในวันหมั้นวันพิธีสมรส เป็นการให้เกียรติญาติและแขกที่เดินทางมาร่วมพิธี และยังให้ของขวัญค่าใช้จ่ายของบ่าวสาว อันเป็นอสังหาริมทรัพย์ที่ดั่งามในสังคมไทยด้วย

ข. โดยการใช้และตีความกฎหมาย หากค่าใช้จ่ายที่คู่หมั้นเรียกร้อง มีจำนวนไม่สมควร ฟุ่มเฟือยเกินกว่าฐานานุรูป ศาลสามารถนำบทบัญญัติในมาตรา 1440 วรรคท้าย² และมาตรา 1447

¹ สำหรับเรือนหอ กลับมีตัวบทบัญญัติเมื่อสามภริยาขาดจากกันในมาตรา 1516 ความว่า

“เมื่อสามภริยาขาดกัน และชายมีเรือนหอในที่ดินของฝ่ายหญิง ชายต้องรื้อเรือนไป แต่ถ้ารื้อไปจะเสียหายเกินครึ่งราคาตลาดของเรือนหอในขณะนั้น ให้นำมาตรา 1310 วรรค 1 แห่งประมวลกฎหมายนี้ มาบังคับโดยอนุโลม” (คือ ฝ่ายหญิงรับเอาเรือนหอไป แต่ต้องใช้ราคาที่ดินที่เพิ่มขึ้นเพราะมีเรือนหอตั้งอยู่ในที่ดิน)

² มาตรา 1440 วรรคท้าย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

“ในกรณีที่หญิงเป็นผู้มีสิทธิได้ค่าทดแทน ศาลอาจชี้ขาดว่า ของหมั้นที่ตกเป็นสิทธิแก่หญิงนั้นเป็นค่าทดแทนทั้งหมดหรือเป็นส่วนหนึ่งของค่าทดแทนที่หญิงพึงได้รับ หรือศาลอาจให้ค่าทดแทนโดยไม่คำนึงถึงของหมั้นที่ตกเป็นสิทธิแก่หญิงนั้นก็ได้”

วรรคแรก³ มาใช้ในการปรับลด เพิ่ม หรือจะไม่ให้ค่าทดแทนเลยก็ได้ โดยถือว่า มูลค่าของของหมั้น ที่ตกเป็นสิทธิแก่หญิงเป็นค่าทดแทนในตัว ทั้งนี้โดยอาศัยพฤติการณ์อย่างอื่น ในการชี้ขาดค่าทดแทน สุดท้ายได้ (ดูคำพิพากษาฎีกาที่ 2086/2518 สำหรับค่าทดแทนความเสียหายแก่ชื่อเสียงของหญิง คู่หมั้นนั้น เมื่อวิเคราะห์ฐานะและสภาพความเป็นอยู่ของฝ่ายหญิง ควรได้รับเป็นเงิน 7,000 บาท เมื่อหักเงินหมั้น 5,000 บาท ที่หญิงคู่หมั้นได้รับไว้แล้ว ชายคู่หมั้นต้องชดใช้ค่าทดแทนให้หญิงคู่หมั้น อีก 2,000 บาท)

3. สรุป

ต้องยอมรับว่า ความเห็นของท่านอาจารย์เสนีย์ ปราโมช ที่อธิบายในตำราของท่านว่า บทบัญญัติใน ป.พ.พ. มาตรา 1440 (2) ให้ค่าใช้จ่ายเฉพาะในการเตรียมการสมรส จึงไม่ขยายถึง ค่าใช้จ่ายในการหมั้นด้วย น่าจะมีอิทธิพลต่อคำพิพากษาศาลฎีกา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อท่านอ้าง คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1166/2487 ท่านได้อ้างถึงกฎหมายลักษณะผัวเมีย บทที่ 72⁴ ประกอบด้วย ทำนองเป็นที่มาของคำพิพากษาดังกล่าว⁵

ต้องขอชมศาลอุทธรณ์คดีชำนาญพิเศษที่กล้าวินิจฉัยให้ค่าชดเชย ค่าช่างแต่งหน้าและ ตัวเครื่องบิน ค่าการ์ดแต่งงานพร้อมซอง ค่ารองเท้าเจ้าสาว ค่าเข็มขัดเจ้าบ่าว Hermes ค่ามัดจำ ถ่ายภาพ และออกการ์ไนซ์ รวมเป็นเงิน 222,299 บาท เป็นค่าใช้จ่ายในการเตรียมการสมรสให้แก่ หญิงคู่หมั้น อันเป็นการเสนอแนวค่าใช้จ่ายในการเตรียมการสมรสทันต่อสมัยขึ้น เป็นพื้นฐานให้ศาล ฎีกาพิจารณาค่าใช้จ่ายในการถ่ายภาพปริเวดตั้งต่อ สำหรับค่าทดแทนความเสียหายแก่กายและ ชื่อเสียงตามมาตรา 1440(1) นั้น ศาลอุทธรณ์กำหนดให้จำเลยรับผิด 200,000 บาท จากที่โจทก์ ขอมมา 2,000,000 บาท ซึ่งมีจำนวนเท่ากับที่ศาลฎีกาเคยให้หญิงคู่หมั้นในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4905/2543 (อนึ่งในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 555/2550 ศาลฎีกาให้ 120,000 บาท ที่ 2081/2517 ศาลฎีกาให้ 5,000 บาท)⁶

³ มาตรา 1447 วรรคแรก ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

“ค่าทดแทนอันจะพึงชดใช้แก่กันตามหมวดนี้ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์”

⁴ วรรคท้ายบัญญัติไว้ว่า “อนึ่งสินที่นอนแลเล่าเข้าของกินเลี้ยงผู้เฝ้าผู้แก้ววันมีแขกมีกจะเอาแก่กัน ถ้าจะอย่ากันก็ตี ตายจากกันก็ตี ท่านให้ยกเสีย”

⁵ อย่างไรก็ตามบทกฎหมายต่างประเทศในหลักแห่งมาตรา 1440 นี้ คือประมวลกฎหมายแพ่งสวิส มาตรา 92 มาตรา 93 และมาตรา 94 (1) และประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 1298 (ดูคำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตรา, ว่าด้วยครอบครัว, บรรพ 5, โดยกองทุนศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์, โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2555, หน้า 16)

⁶ สำหรับค่าทดแทนที่หญิงอื่นผู้เป็นต้นเหตุให้ภริยาฟ้องหย่าขาดจากสามีตาม ป.พ.พ.มาตรา 1516(1) นั้น เมื่อไม่นานมานี้ ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2107/2566 วินิจฉัยว่า เมื่อศาลได้มีคำพิพากษาให้หย่าตามมาตรา 1523 วรรคแรก

ท้ายที่สุดต้องสุดดีศาลฎีกาที่พิจารณาแนวค่าใช้จ่ายในการเตรียมการสมรสที่ศาลอุทธรณ์คดีชำนาญพิเศษได้ตัดสินให้ค่าใช้จ่ายบางรายการและกล้าที่จะวินิจฉัยให้ค่าชุดแต่งงานและค่าใช้จ่ายในการถ่ายภาพรีเวดดิ้งสี่รายการเป็นจำนวนเงินทั้งสิ้น 94,900 บาท เป็นค่าใช้จ่ายในการเตรียมการสมรสเพิ่มเติม ตาม ป.พ.พ.มาตรา 1440 (2)

ภริยามีสิทธิได้ค่าทดแทนจากหญิงซึ่งได้รับการอุปการะหรือยกย่อง ซึ่งศาลได้พิพากษาให้หญิงดังกล่าวรับผิดคดีใช้ค่าทดแทนเป็นจำนวนเงินถึง 1,000,000 บาท

คำแนะนำสำหรับผู้เขียน

การเตรียมต้นฉบับ

ในการเตรียมผลงานเพื่อขอรับการพิจารณาเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย ผู้เขียนจะต้องระบุรายละเอียดและดำเนินการตามรูปแบบ ดังต่อไปนี้

1. ข้อมูลที่ต้องระบุ
 - 1) ชื่อผลงาน ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ที่กระชับ ครอบคลุม และสื่อถึงเนื้อหาของผลงานอย่างชัดเจน โดยให้พิมพ์ไว้ที่ตรงกลางของหน้าแรก
 - 2) ชื่อ-สกุลของผู้เขียน ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
 - 3) ตำแหน่งทางวิชาการของผู้เขียน (ถ้ามี) ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
 - 4) อีเมลล์ของผู้เขียน โดยผู้เขียนอาจเลือกใช้อีเมลล์ส่วนตัวหรืออีเมลล์ของหน่วยงานต้นสังกัดได้
 - 5) ชื่อและที่อยู่ของหน่วยงานหรือสถาบันที่ผู้เขียนสังกัด ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
 - 6) บทคัดย่อ (Abstract) ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ โดยมีความยาวอย่างละไม่เกิน 300 คำ
 - 7) คำสำคัญ (Keywords) ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ อย่างน้อย 3 คำ
2. รูปแบบผลงาน
 - 1) พิมพ์ด้วยโปรแกรม Microsoft Word โดยบันทึกเป็นสกุล .doc หรือ .docx
 - 2) ตั้งค่าขนาดหน้ากระดาษที่ A4 (21 x 29.4 เซนติเมตร) หน้าเดียว
 - 3) กั้นหน้ากระดาษบน-ล่าง อย่างละ 1 นิ้ว (2.54 เซนติเมตร) และซ้าย-ขวา อย่างละ 1 นิ้ว (2.54 เซนติเมตร)
 - 4) พิมพ์เนื้อหาผลงานโดยใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK หรือ TH Sarabun New ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์
 - 5) ใช้ระยะห่างระหว่างบรรทัด 1 เท่า (single space)
3. การอ้างอิง
 - 1) การอ้างอิงให้ทำเป็นเชิงบรรณ ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK หรือ TH Sarabun New ขนาดตัวอักษร 12.5 พอยต์
 - 2) ผู้เขียนต้องใช้รูปแบบการอ้างอิงตามแบบ ชิคาโก (Chicago Style Citation) ซึ่งตรงกับรูปแบบการอ้างอิงแบบเชิงบรรณของการเขียนวิทยานิพนธ์และสารนิพนธ์ของคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เช่น

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

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

- 3) ผู้เขียนสามารถศึกษาเพิ่มเติมได้ที่
 1. (ภาษาไทย)
<https://www.grad.chula.ac.th/download/thesis.pdf?fbclid=IwAR1eEgrFdVr9Icl4S E3P7Nh5wwHvHijgMKHzqupcULRQC33dewPdVjDpCuU>
 2. (ภาษาอังกฤษ)
https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html
4. ผู้เขียนควรตรวจสอบความถูกต้องของการสะกดคำ ไวยากรณ์ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ และความสม่ำเสมอของการใช้คำที่ทับศัพท์มาจากภาษาอังกฤษทั้งผลงาน
5. เนื้อหาของผลงานรวมเชิงอรรถไม่ควรเกิน 30 หน้า ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของกองบรรณาธิการ

การส่งต้นฉบับผลงาน

1. วารสารกฎหมาย เปิดรับผลงานผ่านช่องทางออนไลน์เท่านั้น เพื่อให้เป็นไปตามเกณฑ์มาตรฐานของ ศูนย์ดัชนีอ้างอิงวารสารไทย โดยผู้เขียนสามารถส่งผลงานผ่านเว็บไซต์ของวารสารกฎหมายในระบบ Thai Journals Online (ThaiJO) ได้ที่
<https://www.tci-thaijo.org/index.php/lawchulajournal/about/submissions>
2. กระบวนการส่งผลงานผ่านช่องทางออนไลน์มีดังนี้
 - 1) โปรดเข้าไปยังเว็บไซต์ของวารสาร ที่ <https://www.tci-thaijo.org/index.php/lawchulajournal/index> (สามารถอ่านได้ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ โดยกดปุ่มเปลี่ยนภาษาที่มุมบนขวาของเว็บไซต์)
 - 2) กรณีที่เป็นสมาชิก ThaiJO อยู่แล้ว สามารถเข้าสู่ระบบ (log in) ได้เลย แต่ถ้ายังไม่ได้เป็นสมาชิก จะต้องสมัครสมาชิกเสียก่อน จึงจะส่งบทความได้
 - 3) ศึกษา “คำแนะนำสำหรับผู้เขียน” อย่างละเอียด เพื่อปรับแต่งและจัดรูปแบบผลงานให้ตรงตามที่วารสารกำหนด
 - 4) ส่งบทความมายังวารสาร
 - 5) คำอธิบายเพิ่มเติมสามารถศึกษาได้ที่
<https://drive.google.com/file/d/1y217JvKwnwdevJdP2X1fjNT5OPxZ2aaZ/view>

กระบวนการพิจารณาผลงาน

การพิจารณาผลงานเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย จะดำเนินการตามขั้นตอนดังต่อไปนี้

1. เมื่อผู้เขียนส่งผลงานมายังกองบรรณาธิการเพื่อขอรับการพิจารณาผลงานตามช่องทางที่กำหนดแล้ว ผู้เขียนจะได้รับแจ้งว่าผลงานเข้าสู่ระบบแล้ว

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

7. กองบรรณาธิการจะตีพิมพ์ผลงานของผู้เขียนที่ได้รับผลการประเมินให้ตีพิมพ์ และได้จัดรูปแบบผลงานให้เป็นไปตามที่วารสารฯ กำหนดเรียบร้อยแล้วเท่านั้น โดยกองบรรณาธิการสงวนสิทธิในการพิจารณาจัดลำดับผลงานเพื่อตีพิมพ์ในวารสารฯ ในโอกาสอันควรต่อไป

ข้อกำหนดอื่น

ในการส่งผลงานเพื่อขอรับการพิจารณาเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย ผู้เขียนตกลง รับรอง ยอมรับ และรับประกันว่า

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

Author's Guidelines

Preparing Manuscript

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

1. Required information:
 - 1) Title of the manuscript, both in Thai and in English, which is concise, comprehensive and clearly represents the content of the manuscript.
 - 2) Author's name, both in Thai and in English.
 - 3) Author's academic title (if applicable), both in Thai and in English.
 - 4) Author's email, which can be either a personal account or an account belonging to author's affiliation or employer.
 - 5) Name and address of author's affiliation or employer, both in Thai and in English.
 - 6) Abstracts, both in Thai and in English, which do not exceed 300 words each.
 - 7) Minimum of 3 keywords, both in Thai and in English.
2. Required Format:
 - 1) Use Microsoft Word Processing Program and save in .doc or .docx format.
 - 2) Type written on A4 size (21 x 29.4 centimeters) on one side.
 - 3) Use top and bottom margin at 1 inch (2.54 centimeters) and left and right margin at 1 inch (2.54 centimeters).
 - 4) Use TH SarabunPSK or TH Sarabun New fonts with font size at 16 points for content.
 - 5) Use single spacing.
3. Citation Style:
 - 1) Use footnote format for citation, using TH SarabunPSK or TH Sarabun New fonts with font size at 12.5 points.
 - 2) Use Chicago Style Citation, which corresponds with the prescribed citation format style used for writing dissertations or thesis at Faculty of Law, Chulalongkorn University, for instance:

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

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

- 3) For more information, please visit:
 1. (Thai)
<https://www.grad.chula.ac.th/download/thesis.pdf?fbclid=IwAR1eEgrFdVr9Icl4SE3P7Nh5wwHvHijgMKHzqpcULRQC33dewPdVjDpCuU>
 2. (English)
https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html
4. Authors should ensure that all errors relating to spelling, Thai and English grammar, and inconsistency of using transliteration of English words be corrected throughout the manuscript.
5. Content and footnote of each manuscript should not exceed 30 pages, or under the sole discretion of the editorial board.

Submitting Manuscript

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

Review Process

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

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

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

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

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

Other Requirements

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

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

จริยธรรมการตีพิมพ์

หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้เขียน

ผู้เขียนจะต้อง

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

หน้าที่และความรับผิดชอบของบรรณาธิการ

บรรณาธิการจะต้อง

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

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

หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ประเมิน

ผู้ประเมินจะต้อง

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

Publication Ethics

Responsibilities of Authors

Authors must:

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

Responsibilities of the Editor-in-Chief

The Editor-in-Chief must:

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

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

Responsibilities of Reviewers

Reviewers must:

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