

ปีที่ 42 ฉบับที่ 2 : กรกฎาคม 2567



วารสารกฎหมาย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN LAW JOURNAL

บทความวิชาการ

การหักค่าใช้จ่ายทางภาษีสำหรับค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงาน
หฤญ ศิริวรรณพร

ความต่อเนื่องของสภาผู้แทนราษฎร : การออกแบบรัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขวิกฤต
ประชาธิปไตยไทย
ศุภณัฐ บุญสด

บทความวิจัย

กฎหมายของจีนเรื่องการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศ : กรณีศึกษาจากมุมมอง
กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ
อาร์ม ตั้งนิรันดร

ข้อพิจารณาความรับผิดของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์
ภายใต้กฎหมายความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยของ
ประเทศไทย
ศศิพิมพ์ สุภาภา

ข้อจำกัดการใช้งานลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม (Fair use) กรณีผู้ใช้งานในโลกอินเทอร์เน็ต
สร้างสรรค์ผลงาน โดยการทำซ้ำ ดัดแปลง หรือรวบรวมผลงานของผู้อื่น และข้อเสนอแนะ
การแก้ไขกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์
พรภรณ์ย์ เลิศธนพานิชย์

วิวัฒนาการความผิดที่กระทำต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อย
นิชชา ช่างเก็บ

การใกล้เคียงข้อพิพาทก่อนการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง
กานติมา ศรีโหวะ

ข้อจำกัดและอุปสรรคทางกฎหมายอันเกิดจากการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก
ที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558
ริญญภัทร์ ณ สงขลา

ปกิณกะกฎหมาย

ว่าด้วยกฎหมายฟ้องผู้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ (ป.พ.พ.มาตรา 1523 วรรคสอง)
ไพโรจน์ กัมพูสิริ

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

CHULALONGKORN LAW JOURNAL

วารสารกฎหมาย

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีที่ 42 ฉบับที่ 2 (กรกฎาคม 2567)

คณะที่ปรึกษา

ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ	ศาสตราจารย์ ดร.ไพฑูริย์ เอกเจริญกร
ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.วิษณุ เครืองาม	ศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์ ใจหาญ
ศาสตราจารย์กิตติคุณวิทิต มั่นตาภรณ์	รองศาสตราจารย์ธิดิพนธ์ เชื้อบุญชัย
ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.สุรเกียรติ์ เสถียรไทย	รองศาสตราจารย์พิเศษ เสตเสถียร
ศาสตราจารย์พิเศษประสิทธิ์ โสวิไลกุล	คณบดีคณะนิติศาสตร์
ศาสตราจารย์ ดร.จตุรนต์ ธีระวัฒน์	(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)

บรรณาธิการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภาวิณี สัตยานุรักษ์	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
---	---

รองบรรณาธิการ

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

กองบรรณาธิการ

ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุรัชดา รัส	คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
รองศาสตราจารย์ ดร.บุญญรัตน์ โชควันดาลชัย	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร
ดร.วรพงศ์ อัจฉรวาณิชชัย	ศาลยุติธรรม
นางสันทนี ดิษยบุตร	สำนักงานอัยการสูงสุด
ดร.สุพรรณวษา โชติปัญญาณ ถัง	กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ
ดร.อภิชน จันทระเสน	ธนาคารแห่งประเทศไทย

กองจัดการ

สุพิชา จินฉนวนโส	วรลักษณ์ ทองใบ
วรินทร์ทิพย์ สายมงคลเพชร	นภัสสร อยู่สำราญ

Chulalongkorn Law Journal

Volume 42 Issue 2 (July 2024)

Advisory Board

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

Editor-in-Chief

Assistant Professor Dr.Pawat SATAYANURUG	Lecturer, Faculty of Law Chulalongkorn University
--	---

Deputy Editor

Assistant Professor Dr.Sirikanya KOVILAIKOOL	Lecturer, Faculty of Law Chulalongkorn University
Assistant Professor Dr.Voraphol MALSUKHUM	Lecturer, Faculty of Law Chulalongkorn University
Dr.Pramote SERMSILATHAM	Lecturer, Faculty of Law Chulalongkorn University

Editorial Board

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

Management Team

Supicha CHINNAVASO	Vorraluk THONGBAI
Warintip SAIMONGKONPET	Naphatsorn YUSAMRAN

วัตถุประสงค์

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

กำหนดการพิมพ์

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มีกำหนดการตีพิมพ์ปีละ 3 ฉบับ ราย 4 เดือน ดังนี้

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

ประเภทของผลงานทางวิชาการที่รับตีพิมพ์

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย จะพิจารณาตีพิมพ์ผลงานที่มีลักษณะดังต่อไปนี้

- **บทความวิชาการ** หมายถึง บทความที่นำเสนอข้อมูลใหม่ ๆ ในสาขานิติศาสตร์ และแสดงการวิเคราะห์หรือวิจารณ์ข้อมูลนั้นทั้งในเชิงทฤษฎี นิตินโยบาย หรือทางปฏิบัติ และให้ข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์ต่อวงการวิชาการสาขานิติศาสตร์และต่อสังคมในวงกว้าง 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 2 (กรกฎาคม 2567) ซึ่งเนื้อหาของวารสารกฎหมายฉบับนี้ยังคงมีเนื้อหาสาระที่เกี่ยวกับกฎหมายในสาขาต่าง ๆ ทั้งในรูปแบบบทความวิชาการและบทความวิจัยจากผู้เขียนที่ทางกองบรรณาธิการได้ทำการเลือกสรรเพื่อนำมาเสนอให้แก่ผู้อ่านทุกท่าน ดังนี้

บทความแรกเป็นบทความวิชาการเรื่อง “การหักค่าใช้จ่ายทางภาษีสำหรับค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงาน” เขียนโดย คุณหญิง ศิริวรรณพร นิตกรปฏิบัติการ สำนักงานสรรพากรภาค 2 กรมสรรพากร

บทความที่สองเป็นบทความวิชาการเรื่อง “ความต่อเนื่องของสภาผู้แทนราษฎร : การออกแบบรัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขวิกฤตประชาธิปไตยไทย” เขียนโดย คุณศุภณัฐ บุญสด นักวิชาการ สำนักบริการวิชาการรัฐสภา สถาบันพระปกเกล้า

บทความที่สามเป็นบทความวิจัยเรื่อง “กฎเกณฑ์ของจีนเรื่องการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศ : กรณีศึกษาจากมุมมองกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ” เขียนโดย อาจารย์ ดร.อาร์ม ตั้งนิรันดร อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความที่สี่เป็นบทความวิจัยเรื่อง “ข้อพิจารณาความรับผิดของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ภายใต้กฎหมายความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยของประเทศไทย” เขียนโดย คุณศศิพิมพ์ สุภาภา นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความที่ห้าเป็นบทความวิจัยเรื่อง “ข้อจำกัดการใช้งานลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม (Fair use) กรณีผู้ใช้งานในโลกอินเทอร์เน็ตสร้างสรรค์ผลงาน โดยการทำซ้ำ ดัดแปลง หรือรวบรวมผลงานของผู้อื่น และข้อเสนอแนะการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์” เขียนโดย คุณพรภรณ์ย์ เลิศธนพาณิชย์ นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความที่หกเป็นบทความวิจัยเรื่อง “วิวัฒนาการความผิดที่กระทำต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อย” เขียนโดย คุณนัชชา ช่างเก็บ นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความที่เจ็ดเป็นบทความวิจัยเรื่อง “การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง” เขียนโดย คุณกานติมา ศรีโวหะ นักศึกษาในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ กลุ่มวิชากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

บทความที่แปดเป็นบทความวิจัยเรื่อง “ข้อจำกัดและอุปสรรคทางกฎหมายอันเกิดจากการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558” เขียนโดย คุณริญญาภัทร์ ณ สงขลา นักศึกษาในหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

บทความที่เก้าเป็นปกิณกะกฎหมายเรื่อง “ว่าด้วยกฎหมายฟ้องชู้ที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ (ป.พ.พ.มาตรา 1523 วรรคสอง)” เขียนโดย ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ อาจารย์พิเศษ ผู้บรรยายวิชากฎหมายลักษณะครอบครัวและมรดก ณ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

กองบรรณาธิการวารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย หวังว่าผู้อ่านทุกท่านจะได้รับประโยชน์จากผลงานที่ได้ตีพิมพ์เผยแพร่ในวารสารฉบับนี้ กองบรรณาธิการฯ ขอขอบพระคุณผู้ทรงคุณวุฒิทุกท่านที่มีส่วนในการดำเนินงานของวารสารตลอดปีที่ผ่านมา และผู้อ่านทุกท่านที่ติดตามและสนับสนุนวารสารกฎหมายมาโดยตลอด หากผู้อ่านมีข้อเสนอแนะติชมประการใด กองบรรณาธิการยินดีอย่างยิ่งที่จะรับฟังและนำไปพัฒนาปรับปรุงวารสารฉบับต่อ ๆ ไป พบกันใหม่ฉบับหน้า

บรรณาธิการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภาวิวัฒน์ สัตยานุรักษ์

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีที่ 42 ฉบับที่ 2

(กรกฎาคม 2567)

สารบัญ

• บทความวิชาการ

- 1-27 การหักค่าใช้จ่ายทางภาษีสำหรับค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงาน
หฤษฎ ศิริวรรณพร
- 29-58 ความต่อเนื่องของสภาผู้แทนราษฎร : การออกแบบรัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขวิกฤตประชาธิปไตยไทย
ศุภณัฐ บุญสด

• บทความวิจัย

- 59-77 กฎเกณฑ์ของจีนเรื่องการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศ : กรณีศึกษาจากมุมมองกฎหมาย
เศรษฐกิจระหว่างประเทศ
อาร์ม ตั้งนิรันดร
- 79-115 ข้อพิจารณาความรับผิดของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ภายใต้กฎหมาย
ความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยของประเทศไทย
ศศิพิมพ์ สุภาภา
- 117-148 ข้อจำกัดการใช้งานลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม (Fair use) กรณีผู้ใช้งานในโลกอินเทอร์เน็ตสร้างสรรค์
ผลงาน โดยการทำซ้ำ ดัดแปลง หรือรวบรวมผลงานของผู้อื่น และข้อเสนอแนะการแก้ไข
กฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์
พรภรณ์ย์ เลิศธนพานิชย์
- 149-178 วิวัฒนาการความผิดที่กระทำต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อย
นัชชา ช่างเก็บ
- 179-214 การใกล้เคียงข้อพิพาทก่อนการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง
กานติมา ศรีโวหะ
- 215-243 ข้อจำกัดและอุปสรรคทางกฎหมายอันเกิดจากการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิด
โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558
ริญญาภรณ์ ณ สงขลา

- ปกิณกะกฎหมาย

245-249 ว่าด้วยกฎหมายฟ้องผู้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ (ป.พ.พ.มาตรา 1523 วรรคสอง)
ไพโรจน์ กัมพูสิริ

* บทความและความคิดเห็นใด ๆ ใน “วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย” ฉบับนี้เป็นวรรณกรรมของผู้เขียนโดยเฉพาะ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยและกองบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

Chulalongkorn Law Journal

Vol.42 No.2

(July 2024)

Contents

- *Academic articles*

1-27 Tax Deduction for Commuting Expense
Harit Siriwannaporn

29-58 The Continuity of the House of Representatives : Designing a Constitution to
Solve the Crisis of Democracy in Thailand
Supanut Boonsod

- *Research articles*

59-77 China's Rules on Cross-border Data Transfers : A Case Study from International
Economic Law Perspective
Arm Tunghirun

79-115 Consideration Regarding Liability of Operator of Electronic Marketplace under
Thailand's Product Liability Law
Sasipim Supapa

117-148 Limitations on Using Fair Use Defenses in User-Derived Content and Proposals for
Copyright Law Amendment
Ponkarun Lertthanapanit

149-178 Evolution of Property Offences Committed Against Low-Value Properties
Natcha Changkep

179-214 Mediation Before Filing a Lawsuit with the Administrative Court
Kantima Sriwoha

215-243 Legal Restrictions on and Impediments to Enforcement of Protection of a Child
Born by Medically Assisted Reproductive Technology Act B.E. 2558
Rinyapath Na Songkhla

- *Legal miscellaneous*

245-249 **Case Against Adultery which is Contrary to the Constitution (Section 1523 alinea 2 of the Thai Civil and Commercial Code)**

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.

การหักค่าใช้จ่ายทางภาษีสำหรับค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงาน*

Tax Deduction for Commuting Expense

หฤษฎ ศิริวรรณพร

Harit Siriwannaporn

นิติกรปฏิบัติการ

สำนักงานสรรพากรภาค 2 กรมสรรพากร

Legal Officer, Practitioner Level

The Regional Revenue Office 2, The Revenue Department

Corresponding author E-mail: harit.siriwan@gmail.com

(Received: April 30, 2024; Revised: June 5, 2024; Accepted: June 6, 2024)

บทคัดย่อ

การเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานเป็นค่าใช้จ่ายที่จำเป็นสำหรับการทำงานในชีวิตประจำวัน แต่ประเทศไทยยังขาดมาตรการทางภาษีที่เป็นรูปธรรมสำหรับค่าใช้จ่ายในลักษณะนี้ บทความนี้พิจารณาความเป็นไปได้ในการกำหนดมาตรการทางภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาสำหรับค่าเดินทางดังกล่าว โดยเปรียบเทียบกับแนวทางในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศฟินแลนด์ ในประเทศสหรัฐอเมริกา ค่าใช้จ่ายในการเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานถูกมองว่าเป็นค่าใช้จ่ายส่วนบุคคลและไม่สามารถหักภาษีได้ ในขณะที่ประเทศฟินแลนด์มีมาตรการช่วยเหลือทางภาษีสำหรับค่าใช้จ่ายนี้เพื่อลดภาระของผู้เสียภาษี บทความนี้จึงนำเสนอแนวทางที่ประเทศไทยสามารถนำมาใช้โดยกำหนดเงื่อนไข เช่น อัตราค่าเดินทางสูงสุดและระยะเวลาการเดินทางที่สมเหตุสมผล เพื่อสนับสนุนมาตรการทางภาษีที่ช่วยลดภาระของผู้เสียภาษีและยกระดับคุณภาพชีวิตของประชากร

คำสำคัญ : ค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงาน, มาตรการทางภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา

Abstract

Commuting between home and work is an essential expense for daily employment, but Thailand lacks concrete tax measures for this expense. This article explores the feasibility of establishing individual income tax measures for commuting expenses in Thailand by comparing the approaches of the United States and Finland. In the United States, commuting expenses are considered personal and are not tax-deductible, whereas Finland provides tax relief for such expenses to reduce the burden on taxpayers. Therefore, the article suggests that Thailand could adopt measures such as setting maximum commuting rates and reasonable travel times to support tax policies that alleviate taxpayer burdens and improve the quality of life.

Keywords : Commuting Expenses, Individual Income Tax Measures

1. บทนำ : ปัญหาและผลกระทบจากค่าเดินทาง

การเดินทางถือเป็นเรื่องปกติของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการเดินทางสำหรับการท่องเที่ยว การเดินทางสำหรับการประกอบธุรกิจ หรือโดยเฉพาะอย่างยิ่งการเดินทางปกติระหว่างบ้านและที่ทำงานซึ่งเป็นการเดินทางปกติสำหรับการทำงานและถือเป็นค่าใช้จ่ายในชีวิตประจำวัน และหากพิจารณาในบริบทของการขยายตัวของเมืองก็พบว่าเมื่อมีการขยายตัวของเมืองเพิ่มขึ้น ต้นทุนสำหรับการใช้ชีวิต การประกอบธุรกิจ และการทำงานก็เพิ่มขึ้นเช่นเดียวกัน¹

ข้อมูลภาวะเศรษฐกิจและสังคมของครัวเรือนประเทศไทยในปี 2564 โดยสำนักงานสถิติแห่งชาติรายงานว่า รายได้เฉลี่ยต่อเดือนของครัวเรือนไทยมีจำนวนทั้งสิ้น 27,352.00 บาท ในจำนวนนี้ปรากฏค่าใช้จ่ายทั้งสิ้นเฉลี่ยต่อเดือนของครัวเรือนทั้งสิ้น 21,616.00 บาท คิดเป็นร้อยละ 79.03 ของรายได้เฉลี่ย และโดยเฉพาะค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการเดินทางต่อเดือนจำนวนทั้งสิ้น 4,372.00 บาท คิดเป็นร้อยละ 20.23 ของค่าใช้จ่ายเฉลี่ยต่อเดือน หรือร้อยละ 15.98 ของรายได้

¹ Paul Cheshire, "Bigger Cities Are More Productive but Higher Cost: What Policy Could Do but Doesn't," [online] Available from : <https://www.thebritishacademy.ac.uk/blog/bigger-cities-are-more-productive-higher-cost-what-policy-could-do-doesnt/> [15 April 2024]

เฉลี่ยต่อเดือน² และในพื้นที่กรุงเทพมหานครพบว่าข้อมูลรายได้เฉลี่ยต่อเดือนของประชากรมีจำนวนมากกว่าค่าเฉลี่ยทั่วราชอาณาจักร แต่ก็มีค่าเดินทางในจำนวนที่สูงมากขึ้นด้วย

ตารางที่ 1 การเปรียบเทียบร้อยละค่าเดินทางต่อรายได้เฉลี่ยต่อเดือน³

รายการ	ทั่วราชอาณาจักร		กรุงเทพมหานคร	
	2562	2564	2562	2564
1. รายได้เฉลี่ยต่อเดือน	26,018.00	27,352.00	37,751.00	39,047.00
2. รายจ่ายเฉลี่ยต่อเดือน	21,321.00	21,616.00	31,142.00	31,382.00
3. ค่าเดินทาง	4,522.00	4,372.00	6,618.00	6,075.00
4. ร้อยละค่าเดินทางต่อรายได้เฉลี่ย	17.38	15.98	17.53	15.56
5. ร้อยละค่าเดินทางต่อรายจ่ายเฉลี่ย	21.21	20.23	21.25	19.36

มูลค่าของการเดินทางมักจะส่งผลกระทบต่อภาระครองชีพของประชากรในประเทศไทยอย่างมีนัยสำคัญ เพราะสัดส่วนค่าเดินทางกว่าร้อยละ 17.38 ของรายได้ต่อเดือนในปี 2562 ของครัวเรือนโดยเฉลี่ยถือว่ามีความสูงมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเทียบกับการใช้ชีวิตของคนเมืองในกรุงเทพมหานคร ซึ่งได้รับผลกระทบอยู่ก่อนแล้วจากค่าครองชีพในด้านราคาที่พักและราคาอาหารที่สูงกว่าค่าเฉลี่ยโดยทั่วไปของประเทศ ประกอบกับหากพิจารณาราคาที่พักส่วนใหญ่ในกรุงเทพมหานครพบว่าที่พักที่มีราคาถูกมักจะมีสถานที่ตั้งอยู่บริเวณชานชานของเมือง และลักษณะของกรุงเทพมหานครมีความเป็นเมืองเดี่ยวที่มีศูนย์กลางอยู่จุดเดียว⁴ จึงพบได้บ่อยครั้งว่าประชากรส่วนใหญ่ที่ทำงานในเขตกรุงเทพมหานครชั้นใน จะอาศัยอยู่บริเวณรอบนอกหรือในจังหวัดปริมณฑล⁵ ทำให้ประชากรในบริเวณนี้มักจะต้องใช้จ่ายไปกับค่าเดินทางสูงและใช้เวลามากในการ

² สำนักงานสถิติแห่งชาติ, “รายงานสถิติรายปีประเทศไทย 2565” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.nso.go.th/public/e-book/Statistical-Yearbook/SYB-2022/index.html> [4 ธันวาคม 2566]

³ เรื่องเดียวกัน, สรุปลิขิตผู้เขียน.

⁴ ธนาคารแห่งประเทศไทย, “จาก “มนต์แคน แก่นคูน” ถึงการหมดยุคของ “เมืองเดี่ยว” ทำไมเศรษฐกิจภูมิภาคถึงเป็นอนาคตของประเทศไทย” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.bot.or.th/th/research-and-publications/articles-and-publications/bot-magazine/Phrasiam-66-2/Highlight.html> [28 เมษายน 2567]

⁵ สำนักงานการวางผังเมืองและพัฒนาเมือง กรุงเทพมหานคร, “แนวโน้มการขยายตัวของที่อยู่อาศัย ในเขตกรุงเทพมหานครและปริมณฑล พ.ศ. 2556 – 2560” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://webportal.bangkok.go.th/public/user_files_editor/354/aboutcpud/study%20report/2562/2.แนวโน้มการขยายตัวของที่อยู่อาศัยในเขตกรุงเทพมหานคร%20พ.ศ.2556-2560.pdf [28 เมษายน 2567]

เดินทาง กระนั้น ไม่อาจกล่าวได้ว่าจะไม่พบกับปัญหาในลักษณะเดียวกันในจังหวัดอื่น ๆ เพราะ จังหวัดเหล่านั้นก็ประสบกับปัญหาการไหลของแรงงานออกนอกจังหวัดมาสู่กรุงเทพมหานครด้วย หลายสาเหตุ หนึ่งในนั้นคือการขาดแคลนระบบการขนส่งที่มีคุณภาพ ดังนั้น เมื่อเทียบกับศักยภาพ การหารายได้ในกรุงเทพมหานครแล้ว ประชากรหลายรายอาจเลือกเผชิญความไม่สะดวกสบาย ในการประกอบอาชีพในเมืองหลวง จึงเห็นได้ว่าปัญหาเรื่องค่าเดินทางเป็นปัญหาที่มีความสำคัญ สำหรับการยกระดับคุณภาพชีวิตของประชากรและมีความสำคัญสำหรับเศรษฐกิจด้วย

การแก้ไขปัญหาค่าเดินทางกลายเป็นเรื่องที่รัฐบาลในหลายประเทศให้ความสำคัญ และ เพื่อการนี้จึงมีการยกมาตรการช่วยเหลือการเดินทางมาใช้ในหลายรูปแบบ เช่น การยกระดับระบบ ขนส่งสาธารณะ (Public Transportation System) ให้สามารถตอบสนองความต้องการของประชากร ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ไม่ว่าจะด้วยการเพิ่มจำนวนถนนหรือระบบขนส่งมวลชนระหว่างจุดสำคัญ ในเมือง เช่น การนำระบบรางเข้ามาใช้ขนส่ง และเพิ่มระบบการขนส่งขนาดเล็กเพื่อให้เข้าถึงพื้นที่ ในจุดสำคัญแต่ละที่ได้ เช่น รถประจำทาง รถสองแถว หรือจักรยานยนต์รับจ้าง เป็นต้น การให้สถานที่จอดรถโดยไม่คิดค่าตอบแทนในสถานที่ทำงานเพื่ออำนวยความสะดวกให้กับพนักงานสามารถ เดินทางโดยรถยนต์ส่วนตัวเข้ามาทำงานได้ การยกเว้นค่าบริการหรือให้บริการทางพิเศษในอัตราต่ำ เพื่อให้ประชากรที่อาศัยรอบเขตเมืองสามารถเข้ามาทำงานภายในเมืองโดยลดระยะเวลาการเดินทางได้ หรือมาตรการทางภาษี⁶ เช่น การยกเว้นเงินได้พึงประเมินสำหรับเงินที่นายจ้างได้จ่ายไป เพื่อการเดินทางมาทำงานของพนักงาน⁷ การอนุญาตให้หักรายจ่ายหรือหักค่าใช้จ่ายสำหรับค่า เดินทางที่ผู้มีเงินได้ต้องจ่ายไปเพื่อการเดินทาง⁸ การสนับสนุนทางภาษีสำหรับการซื้อยานพาหนะ หรือเพื่อความเป็นเจ้าของในยานพาหนะนั้น เช่น ในประเทศเนเธอร์แลนด์ช่วงปี 2549 มีการให้การ สนับสนุนการลดหย่อนมาตรฐานสำหรับภาษีการซื้อรถยนต์จำนวนสูงถึงร้อยละ 45.2 หรือใน สหราชอาณาจักรก่อนปี 2534 มีการลดการจัดเก็บภาษีการซื้อรถยนต์จากร้อยละ 10 จากราคา ขายปลีกรถยนต์มาเหลือร้อยละ 5 และลดลงเหลือร้อยละ 0 ในปี 2535 เป็นต้น⁹ ซึ่งเป็นมาตรการ ที่อาจช่วยให้ประชากรลดภาระในการครองชีพได้

⁶ Matthias Wrede, “A Distortive Wage Tax and a Countervailing Commuting Subsidy”, in *Journal of Public Economic Theory*, 11, 2 (2009), p.297.

⁷ เช่น ประเทศไทยมีการตีความเกี่ยวกับการให้บริการรถรับส่งระหว่างที่พักและที่ทำงานไม่ใช้เงินได้พึงประเมิน ของลูกจ้าง โปรดดู หนังสือตอบข้อหารือกรมสรรพากรที่ กค 0811 (กม.2)/916 ลงวันที่ 7 สิงหาคม 2544

⁸ เช่น ประเทศฟินแลนด์มีการกำหนดให้ค่าใช้จ่ายระหว่างบ้านและที่ทำงานสามารถนำมาหักค่าใช้จ่ายได้ See, Section 93 of Tuloverolaki 1992/1535 (Finnish Income Tax Act)

⁹ Stephen Potter et al., “Tax Treatment of Employer Commuting Support: An International Review”, in *Transport Reviews*, 26, 2 (2006), p.222.

เช่นเดียวกับประเทศไทย เมื่อวันจันทร์ที่ 16 ตุลาคม 2566 ที่ผ่านมา คณะรัฐมนตรีมีมติอนุมัติมาตรการกำหนดอัตราค่าโดยสารรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนสายสีแดง 20 บาทเฉพาะสายนครวิถี (กรุงเทพอภิวัฒน์-ตลิ่งชัน) และสายธานีรัถยา (กรุงเทพอภิวัฒน์-รังสิต) ต่อ 1 กิโลเมตรในการเดินทาง (เริ่มต้นเมื่อระบบมีความพร้อม จนถึงวันที่ 30 พฤศจิกายน 2567) และกำหนดให้กระทรวงคมนาคม ประเมินผลการดำเนินมาตรการเป็นรายปี โดยพิจารณาจากปัจจัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง อาทิ ปริมาณผู้โดยสารและรายได้ ซึ่งจะส่งผลต่อภาระการชดเชยจากภาครัฐและคำนึงถึงความสะดวกสบายในการเดินทางและการช่วยลดภาระค่าใช้จ่ายในการเดินทางของประชาชน เพื่อใช้ประกอบการพิจารณาการดำเนินมาตรการดังกล่าวในปีถัดไป¹⁰ มติในลักษณะดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงความสำคัญและความเร่งด่วนในการจัดการกับปัญหาค่าครองชีพที่เพิ่มสูงขึ้นเรื่อย ๆ ในทุก ๆ ปี โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องอัตราค่าเดินทาง

การแก้ไขผลกระทบที่เกิดขึ้นจากจำนวนค่าเดินทางที่มีอัตราสูงนั้น แม้ว่าโดยหลักควรจะพิจารณาการพัฒนากระบวนการขนส่งสาธารณะของรัฐให้สามารถอำนวยความสะดวกในการเดินทางของคนในพื้นที่ได้ ไม่ว่าจะด้วยการปรับปรุงโครงสร้างการขนส่งมวลชนให้ครอบคลุมการเดินทางเพื่อลดจำนวนการใช้พาหนะส่วนบุคคลที่มีจำนวนมากและกระทบต่อการจราจร และการให้บริการขนส่งมวลชนจะต้องอยู่ในระดับราคาที่สร้างผลกระทบต่อการใช้ชีวิต กระนั้น การแก้ไขปัญหาด้วยวิธีการทางภาษียังอาจมีประสิทธิผลเช่นเดียวกัน เช่น แนวคิดที่จะกำหนดให้ผู้มีเงินได้สามารถหักค่าใช้จ่ายในการเดินทางได้ด้วย ดังที่ปรากฏในประเทศภาคพื้นยุโรป อาทิ เยอรมนี ฝรั่งเศส สวีเดน เนเธอร์แลนด์ อิสราเอล ญี่ปุ่น และฟินแลนด์ เป็นต้น¹¹

เมื่อค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานมีจำนวนที่สูงและอาจกระทบกับภาระทางภาษีที่เกิดขึ้น จึงมีความเป็นไปได้ในทางทฤษฎีที่จะสนับสนุนให้เกิดมาตรการทางภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาสำหรับค่าเดินทางดังกล่าว เพื่อให้ผู้เสียภาษีมีมาตรฐานการครองชีพที่เหมาะสม¹² อนึ่ง การกำหนดมาตรการดังกล่าวจำเป็นต้องพิจารณาผลทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นในต่างประเทศเพื่อให้สามารถปรับใช้ในประเทศไทยได้อย่างมีประสิทธิภาพด้วย

¹⁰ หนังสือที่ นร 0505/21933 เรื่อง มาตรการอัตราค่าโดยสารสูงสุด 20 บาท ตลอดสาย ตามนโยบายรัฐบาลสำหรับรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนสายสีแดง สายนครวิถี (กรุงเทพอภิวัฒน์ - ตลิ่งชัน) และสายธานีรัถยา (กรุงเทพอภิวัฒน์ - รังสิต) ของการรถไฟแห่งประเทศไทย และรถไฟฟ้าฟ้ามหานคร สายฉลองรัชธรรม (สายสีม่วง) ของการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย ลงวันที่ 16 ตุลาคม 2566

¹¹ Reuven Avi-Yonah, Nicola Sartori, and Omri Marian, *Global Perspectives on Income Taxation Law*, (New York: Oxford University Press, 2011), p.48-50.

¹² Lawrence Howard Seltzer, "The Rationale of the Personal Exemptions," in *The Personal Exemptions in the Income Tax*, ed. Lawrence Howard Seltzer (NBER, 1968), p.96.

2. แนวคิดเกี่ยวกับมาตรการทางภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาเกี่ยวกับค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงาน

การพิจารณามาตรการทางภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาในเรื่องเกี่ยวกับค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงาน จะต้องวิเคราะห์ถึงหลักการพื้นฐานทางภาษีอากรเพื่อพิจารณาความเป็นไปได้ในระดับหลักการทางภาษีและหลักความชอบด้วยกฎหมายสำหรับการกำหนดมาตรการทางภาษีเงินได้ และจะต้องพิจารณาแนวคิดว่าด้วยการพิจารณาสถานะของค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานเพื่อที่จะเลือกใช้เครื่องมือทางภาษีให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้

2.1 หลักพื้นฐานทางภาษีอากร

ในการพิจารณาปัญหาที่ว่ามาตรการทางภาษีเงินได้เกี่ยวกับค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานเป็นมาตรการทางภาษีเงินได้ที่เหมาะสมหรือไม่จะต้องพิจารณาหลักการพื้นฐานทางนโยบายภาษีที่ประกอบด้วย หลักภาษีอากรที่ดีและหลักการซึ่งนำหลักประโยชน์สาธารณะ ดังนี้

2.1.1 หลักภาษีอากรที่ดี (The Maxims of Taxation)

หลักการสำคัญในการพิจารณากำหนดมาตรการทางภาษีอากรที่นานาประเทศยอมรับว่าเป็นหลักการพื้นฐานคือ หลักภาษีอากรที่ดี (The Maxims of Taxation) ของ อดัม สมิธ ประกอบไปด้วยหลักประการสำคัญ 4 ประการคือ

(1) หลักความเสมอภาค เกิดจากแนวคิดที่ว่าประชาชนแต่ละคนต้องสนับสนุนรัฐตามความสามารถของตนซึ่งสะท้อนมาจากจำนวนรายได้ที่ตนได้รับ ด้วยเหตุผลที่ว่าบุคคลนั้นมีการรับรายได้เพราะรัฐให้ความคุ้มครองบุคคลในการดำเนินชีวิตหรือประกอบอาชีพ ดังนั้น บุคคลจึงสมควรต้องจ่ายให้แก่รัฐตามจำนวนรายได้ที่เกิดขึ้น

(2) หลักความแน่นอน เกิดจากแนวคิดที่ว่าบุคคลต้องมีความแน่นอนในการใช้ชีวิต ดังนั้นการจัดเก็บภาษีซึ่งต้องแบ่งจัดสรรจากรายได้ของบุคคลจึงต้องมีความแน่นอนทั้งจำนวนภาษี วิธีการชำระภาษี ช่วงเวลาชำระภาษี และรัฐต้องใช้อำนาจตามกฎหมายเพื่อป้องกันการจัดเก็บภาษีตามอำเภอใจ

(3) หลักความสะดวก เกิดจากแนวคิดที่ว่า การจัดเก็บภาษีที่ดีจะต้องสร้างความสะดวกให้กับผู้เสียภาษีด้วย เช่น การจัดเก็บภาษีหัก ณ ที่จ่าย สำหรับภาษีเงินได้ เป็นต้น

(4) หลักความมีประสิทธิภาพ เกิดจากแนวคิดที่ว่าแม้ว่ารัฐจะต้องจัดเก็บภาษีให้ได้จำนวนมากที่สุดเพื่อเป็นแหล่งทุนในการจัดทำบริการสาธารณะ แต่ระบบภาษีที่ดีก็ควรต้องนำภาษีที่จัดเก็บ

ได้ดังกล่าวมาใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะในสัดส่วนที่มากและมีค่าใช้จ่ายในการบริหารการจัดเก็บในสัดส่วนที่น้อยที่สุดด้วย¹³

2.1.2 หลักการชั่งน้ำหนักประโยชน์สาธารณะ

นอกจากหลักภาษีอากรที่ดีแล้ว การพิจารณาใช้มาตรการทางภาษีเงินได้ รัฐจะต้องพิจารณาชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ของผู้ที่เป็นเป้าหมายในการกำหนดมาตรการทางภาษี ประกอบด้วยหลักการดังนี้

(1) หลักความชอบด้วยกฎหมายภาษี (Principle of Legality) หมายถึง มาตรการทางภาษีต้องเป็นมาตรการที่รัฐใช้บังคับบุคคลภายในรัฐต้องเป็นมาตรการที่ออกมาภายใต้ระบบกฎหมายที่สังคมยอมรับ ดังนั้น เครื่องมือทางภาษีจึงต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย ประกอบไปด้วยหลักความยินยอมทางภาษีอากรผ่านการตรากฎหมายโดยรัฐสภาในฐานะผู้แทนปวงชน การกำหนดให้การเสียภาษีมีลักษณะเป็นการบังคับและกำหนดกรอบอำนาจให้กับเจ้าพนักงานประเมิน การควบคุมการบังคับใช้กฎหมายภาษีโดยองค์กรตุลาการให้ผู้เสียภาษีมีสิทธิในการอุทธรณ์ต่อศาลยุติธรรมเพื่อให้มีการคานอำนาจและตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย และหลักความเป็นเอกเทศของกฎหมายภาษีอากรทำให้การตีความและการใช้บังคับกฎหมายภาษีจะต้องพิจารณาภายใต้แนวคิดและระบบของกฎหมายภาษีชนิดนั้น¹⁴

(2) หลักความได้สัดส่วนทางภาษี (Principle of Proportionality) เกิดจากหลักการว่า “รัฐพึงจำกัดสิทธิและเสรีภาพของแต่ละบุคคลในขอบเขตที่จำเป็นเพื่อการรักษาเสรีภาพและความมั่นคงของผู้อื่นเท่านั้น” โดยมีหลักเกณฑ์ย่อย 3 หลักการคือ เกณฑ์ประโยชน์ หมายถึง มาตรการทางภาษีจะสามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่รัฐกำหนดไว้หรือไม่ ทั้งนี้ จะต้องพิจารณาว่าการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวเป็นการดำเนินการที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เกณฑ์ความจำเป็น หมายถึง มาตรการทางภาษีดังกล่าวเป็นมาตรการเดียวและไม่มีมาตรการใดที่ทำให้บรรลุผลลัพธ์อย่างทัดเทียมกัน และเกณฑ์ความได้สัดส่วนอย่างแคบ หมายถึง การใช้มาตรการทางภาษีนั้นเกิดประโยชน์แก่สาธารณะมากกว่าโทษ คำนึงกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ถูกจำกัด¹⁵

¹³ หลุยส์ ศิริวรรณพร. แนวคิดการหักค่าลดหย่อนและการเครดิตในระบบภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2565 ; หน้า 32-33. อ้างถึงใน Miranda Stewart, *Tax and Government in the 21st Century*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2022), p.75-77.

¹⁴ หลุยส์ ศิริวรรณพร. แนวคิดการหักค่าลดหย่อนและการเครดิตในระบบภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา. หน้า 48-49.

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 50-51.

(3) หลักการที่ดีเกี่ยวกับการใช้จ่ายสาธารณะ (Canons of Expenditure) เนื่องจากการใช้มาตรการทางภาษีทำให้รัฐสูญเสียงบประมาณรายรับ ดังนั้นรัฐจึงต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการใช้จ่ายงบประมาณ ประกอบไปด้วย หลักของการประหยัด หมายถึง การให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีที่รัฐต้องพิจารณาอย่างรอบคอบและประหยัดโดยเปรียบเทียบระหว่างจำนวนงบประมาณที่รัฐจะเสียไปกับประโยชน์ที่รัฐจะได้รับ หลักของผลประโยชน์ หมายถึง รัฐต้องพิจารณาถึงผลประโยชน์ที่จะตกแก่สังคมจากการใช้นั้น หลักของการกลั่นกรอง หมายถึง มาตรการทางภาษีจะต้องผ่านการกลั่นกรองในระดับต่าง ๆ อย่างรอบคอบ และหลักของการสร้างส่วนเกินดุล หมายถึง รัฐพึงต้องใช้งบประมาณในลักษณะงบประมาณเกินดุลคือรัฐควรจะต้องมีรายได้มากกว่ารายจ่าย และจะต้องระมัดระวังการใช้จ่ายของรัฐและพยายามหารายได้เพิ่มขึ้นด้วย¹⁶

2.2 แนวคิดว่าด้วยการพิจารณาสถานะของค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงาน

นอกจากประเด็นที่ว่า มาตรการทางภาษีเงินได้เกี่ยวกับค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานเป็นมาตรการเหมาะสมกับสภาพปัญหาของประเทศไทยหรือไม่ ซึ่งจะอาศัยหลักพื้นฐานทางภาษีอากรในการพิจารณา แต่การจะกำหนดใช้บังคับมาตรการทางภาษิดังกล่าวให้บรรลุผลจะต้องพิจารณาคูณลักษณะของเครื่องมือทางภาษีในแต่ละอย่าง ประกอบไปด้วย

2.2.1 แนวคิดว่าด้วยการยกเว้นภาษีเงินได้

แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการยกเว้นภาษีเงินได้ เกิดจากวัตถุประสงค์ของรัฐ 4 ประการ คือ (1) เหตุผลเชิงการช่วยเหลือทางสังคม เช่น การยกเว้นสำหรับสวัสดิการสังคม การศึกษา การจ่ายเงินชดเชย ค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิด¹⁷ หรือค่าทดแทนที่ได้รับตามกฎหมายว่าด้วยการเวนคืน¹⁸ (2) เหตุผลจากข้อตกลงระหว่างประเทศ เช่น เงินได้ของผู้ปฏิบัติงานในสถานทูต (3) เหตุผลเชิงโครงสร้างเพื่อป้องกันการเกิดภาษีซ้อน และ (4) เหตุผลทางการเมืองและการบริหารจัดการ เช่น การยกเว้นภาษีสำหรับการได้เงินคืนจากกองทุนสำรองเลี้ยงชีพเพื่อสนับสนุนให้ประชาชนออมเงินเพื่อการเกษียณ เป็นต้น¹⁹

¹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 51-52.

¹⁷ มาตรา 42 (13) แห่งประมวลรัษฎากร

¹⁸ ข้อ 2 (29) ของกฎกระทรวงฉบับที่ 126 (พ.ศ. 2509)

¹⁹ Victor Thuronyi, *Tax Law Design and Drafting*, (Washington D.C.: IMF, 2000), p.481-482.

2.2.2 แนวคิดว่าด้วยการหักค่าใช้จ่าย

แนวคิดการหักค่าใช้จ่ายเกิดจากหลักการจัดเก็บภาษีอากรที่ดี (The Maxims of Taxation) ที่ว่าการจัดเก็บภาษีอากรที่ดีพึงต้องคำนึงถึงความสามารถของผู้มีเงินได้ (Ability-to-Pay) ด้วย²⁰ ดังนั้นเมื่อผู้มีเงินได้ต้องมีค่าใช้จ่ายใดเพื่อทำให้เกิดเงินได้พึงประเมินนั้นผู้มีเงินได้จึงควรได้รับการอนุญาตให้หักค่าใช้จ่ายนั้น จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าการจะอนุญาตให้หักค่าใช้จ่ายได้ ต้องปรากฏว่าค่าใช้จ่ายเหล่านั้นเกี่ยวข้องกับการก่อให้เกิดเงินได้โดยตรง แนวคิดนี้ปรากฏชัดเจนในระบบกฎหมายภาษีเงินได้นิติบุคคลที่อนุญาตให้หักรายจ่ายได้เฉพาะแต่ค่าใช้จ่ายที่จ่ายไป “ทั้งหมดและโดยเฉพาะ (Wholly and Exclusively)” เพื่อกิจการเท่านั้น²¹ กรณีนี้ ผู้มีเงินได้จึงควรได้รับการหักรายจ่ายตามมูลค่าเหล่านั้นเพื่อให้ได้มูลค่าความมั่งคั่งที่แท้จริงที่เพิ่มขึ้น อนึ่ง ในระบบกฎหมายบางประเทศอาจอนุญาตโดยทั่วไปให้หักค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับรายได้ทั้งหมด เว้นแต่กรณีที่กำหนดห้ามไว้โดยกฎหมาย หรืออาจเป็นระบบที่กำหนดให้หักค่าใช้จ่ายเฉพาะรายการที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น²²

2.2.3 แนวคิดว่าด้วยการหักค่าลดหย่อน

แนวคิดการหักค่าลดหย่อนเป็นอีกหนึ่งมาตรการที่ลดจำนวนเงินได้สุทธิก่อนเสียภาษีเงินได้ โดยทั่วไปแล้วเงินได้ที่จะได้รับการลดหย่อนจากรัฐมักจะเป็นเงินได้ต่างชนิดกับค่าใช้จ่ายที่รัฐอนุญาตให้หักเพราะการหักค่าลดหย่อนจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสถานะส่วนตัวของผู้มีเงินได้ และเป็นการจ่ายไปโดยไม่เกี่ยวข้องกับการทำให้เกิดเงินได้พึงประเมินนั้นโดยตรง กระนั้น การหักค่าลดหย่อนมักเป็นการอนุญาตโดยรัฐเพื่อตอบสนองวัตถุประสงค์สำคัญ 2 ประการ²³ คือ การหักค่าใช้จ่ายเพื่อสิทธิประโยชน์ทางภาษี (Tax Incentive) เพื่อจูงใจให้ผู้มีเงินได้ดำเนินการบางอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อตอบสนองวัตถุประสงค์ทางเศรษฐกิจตามนโยบายของรัฐ เช่น การเครดิตภาษีจากรายได้ที่ได้รับของสหรัฐอเมริกา²⁴ การเครดิตภาษีการดูแลเด็กและผู้ติดตามของสหรัฐอเมริกา²⁵

²⁰ M Slade Kendrick, “The Ability-to-Pay Theory of Taxation”, in *The American Economic Review*, 29, 1 (1939), p.92.

²¹ มาตรา 65 ตรี (13) แห่งประมวลรัษฎากร

²² Brian J Arnold, Hugh J Ault, and Graeme Cooper, *Comparative Income Taxation: A Structural Analysis*, (Kluwer Law International B.V., 2019), p.349.

²³ Stanley S Surrey, “Tax Incentives as a Device for Implementing Government Policy: A Comparison with Direct Government Expenditures”, in *Harvard Law Review*, 83, 4 (1970), p.711-712.

²⁴ United States Code: Title 26 § 32

²⁵ United States Code: Title 26 § 21

เป็นต้น และการหักค่าใช้จ่ายเพื่อบรรเทาภาระภาษี (Hardship Relief) เพื่อช่วยเหลือและบรรเทาทุกข์จากการปฏิบัติตามกฎหมายภาษีอากร หรือเพื่อลดการปฏิบัติตามกฎหมายภาษีที่มีความซับซ้อน เช่น มาตรการการลดหย่อนภาษีสำหรับผู้พิการหรือผู้สูงอายุของสหรัฐอเมริกา²⁶ เป็นต้น

3. มาตรการทางภาษีเงินได้เกี่ยวกับค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงาน

เนื่องจากค่าเดินทางอาจพิจารณาได้ในหลายความหมาย ดังนั้นการศึกษามาตรการช่วยเหลือด้านภาษีเกี่ยวกับการเดินทางจึงต้องพิจารณาขอบเขตความหมายของค่าเดินทางเป็นประการแรก ในบทความนี้ผู้เขียนกำหนดขอบเขตความหมายของค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานว่า ค่าใช้จ่ายที่เป็นผลมาจากการเดินทางไปมาของผู้เสียภาษีกับสถานที่ทำงานโดยปกติ (Commuting Cost or Commuting Expense) และค่าเดินทางมีความหมายรวมถึง ค่ารถ ค่ารถจักรยาน ค่าน้ำมันเชื้อเพลิง ค่าทางพิเศษ และค่าใช้บริการขนส่งสาธารณะ²⁷ ดังนั้น ค่าใช้จ่าย อาทิ ค่าน้ำมัน ค่าบำรุงรักษารถยนต์ ค่ารถไฟ หรือค่าเครื่องบินจึงมีความหมายในลักษณะเดียวกับค่าเดินทาง

3.1 แนวคิดว่าด้วยสถานะของค่าเดินทาง

ระบบภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาของประเทศไทยแบ่งลักษณะเครื่องมือทางภาษีในการคำนวณจำนวนเงินได้สุทธิไว้ 3 กรณี ได้แก่ การยกเว้นภาษีเงินได้ การหักค่าใช้จ่าย และการลดหย่อน การพิจารณาใช้มาตรการทางภาษีจึงจำต้องพิจารณาว่าค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานเข้าลักษณะของเครื่องมือทางภาษีชนิดใดโดยอาจพิจารณาเปรียบเทียบจากค่าเดินทางที่มีลักษณะใกล้เคียง การแบ่งประเภทของการเดินทางอาจจะพิจารณาได้จากหลายหลักเกณฑ์ เช่น วิธีการเดินทาง ระยะเวลาการเดินทาง พาหนะที่ใช้ในการเดินทาง ความสะดวกสบายในการเดินทาง เป็นต้น หากพิจารณาจากเกณฑ์การยอมรับรายจ่ายทางภาษี อาจสามารถแบ่งได้สองประเภท คือ ค่าเดินทางที่กฎหมายอนุญาตให้หักออกเป็นค่าใช้จ่ายได้ และค่าเดินทางที่กฎหมายไม่อนุญาตให้หักเป็นค่าใช้จ่ายเพื่อคำนวณภาษีได้ ดังนี้

3.1.1 การจ่ายค่าเดินทางเพื่อวัตถุประสงค์ทางธุรกิจ (Business Motive Expense)

ในระบบภาษีเงินได้ของรัฐโดยส่วนใหญ่ การเดินทางเพื่อจุดประสงค์ทางธุรกิจ เช่น การเดินทางจากสถานที่ทำงานไปยังสถานที่ของลูกค้าหรือสถานที่ทำงานอีกแห่ง หากสามารถพิสูจน์ได้

²⁶ United States Code: Title 26 § 22

²⁷ JULIA KAGAN, "Commuting Expenses: Meaning, Overview, Examples," [online] Available from : <https://www.investopedia.com/terms/c/commutingexpenses.asp> [14 April 2023]

ว่าเป็นการเดินทางเพื่อวัตถุประสงค์ทางธุรกิจจริง รัฐมักยอมให้ผู้มีเงินได้สามารถหักค่าใช้จ่ายได้ทั้งจำนวน ด้วยเหตุผลที่ว่าค่าเดินทางเป็นค่าใช้จ่ายที่มีความจำเป็นสำหรับการประกอบธุรกิจและเงินได้ ทั้งนี้ ความหมาย “ทางธุรกิจ” ไม่ได้กำหนดเพียงการประกอบธุรกิจด้วยนิติบุคคล เช่น ห้างหุ้นส่วน หรือบริษัทเท่านั้น หากยังรวมถึงการประกอบธุรกิจของบุคคลธรรมดาด้วย ประกอบกับค่าเดินทางที่ผู้มีเงินได้นิติบุคคลได้จ่ายไปเพื่อประกอบธุรกิจซึ่งเป็นค่าเดินทางในลักษณะเดียวกับค่าเดินทางในระบบภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา หากเป็นค่าเดินทางที่ได้จ่ายไปเพื่อกิจการโดยเฉพาะ กฎหมายก็ยอมให้หักเป็นรายจ่ายในระบบภาษีเงินได้นิติบุคคลได้ ดังนั้น ค่าเดินทางในลักษณะนี้จึงเป็นค่าใช้จ่ายที่สามารถใช้เครื่องมือทางภาษีตามแนวคิดที่ว่าด้วยการหักค่าใช้จ่ายได้

3.1.2 การจ่ายค่าเดินทางเพื่อวัตถุประสงค์ส่วนตัว (Personal Motive Expense)

ในทางกลับกันค่าเดินทางที่ผู้มีเงินได้จ่ายไปเพื่อวัตถุประสงค์ส่วนตัว เช่น การเดินทางเพื่อการพักผ่อน การเดินทางเพื่อรักษาพยาบาล กฎหมายภาษีของรัฐโดยส่วนใหญ่มองว่าการจ่ายในลักษณะนี้ไม่เกี่ยวข้องกับการทำให้เกิดเงินได้พึงประเมิน เช่น สหรัฐอเมริกา มองว่า หากเป็นค่าใช้จ่ายที่มีลักษณะส่วนตัวจะไม่สามารถหักค่าใช้จ่ายได้²⁸ ดังนั้น รัฐไม่อาจอนุญาตให้นำค่าใช้จ่ายดังกล่าวมาหักออกจากเงินได้พึงประเมิน²⁹ ในกรณีนี้ หากรัฐต้องการให้การช่วยเหลือด้วยมาตรการทางภาษีกับผู้มีเงินได้ รัฐพึงต้องใช้เครื่องมือทางภาษีตามแนวคิดที่ว่าด้วยการหักค่าลดหย่อนมาปรับใช้

ค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงาน ซึ่งเป็นปัญหาหลักในบทความนี้ยังมีข้อโต้แย้งว่าเป็นค่าเดินทางที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการใด³⁰ ประการแรก หากพิจารณาว่าการเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานเป็นส่วนประกอบสำคัญในการทำให้เกิดเงินได้พึงประเมินเช่นเดียวกับการเดินทางไปหาลูกค้า ระบบภาษีเงินได้ก็สมควรพิจารณาให้ค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานเป็นการจ่ายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อธุรกิจ แต่การพิจารณาด้วยเหตุผลดังกล่าวอาจไม่เป็นที่ยอมรับในระบบกฎหมาย เพราะอาจทำให้ความหมายของค่าใช้จ่ายที่มีวัตถุประสงค์ทางธุรกิจมีขอบเขตที่กว้าง เช่น ค่าใช้จ่ายสำหรับมื้ออาหารอาจถูกพิจารณาว่าเป็นค่าใช้จ่ายที่มีความจำเป็นเพื่อให้มีแรงในการทำงาน หรือค่าใช้จ่ายเพื่อการพักผ่อนอาจถูกพิจารณาว่าเป็นค่าใช้จ่ายที่มีความจำเป็นเพื่อให้มีการพักผ่อนที่

²⁸ Hayes R Holderness, “Changing Lanes: Tax Relief for Commuters”, in *Va. Tax Rev.*, 40 (2020), p.459.

²⁹ Tsilly Dagan, “Commuting”, in *Va. Tax Rev.*, 26 (2006), p.198.

³⁰ See, Hayes R Holderness, “Changing Lanes: Tax Relief for Commuters”, in *Va. Tax Rev.* ซึ่งเป็นบทความที่สนับสนุนแนวคิดที่ว่าค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานควรเป็นค่าเดินทางเพื่อวัตถุประสงค์ทางธุรกิจ ซึ่งแตกต่างจากแนวคิดของกรมสรรพากรของประเทศสหรัฐอเมริกาและกรมสรรพากรของประเทศไทย

เหมาะสมในการทำงานด้วย เป็นต้น ประการต่อมา หากพิจารณาว่าการเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานเป็นการเดินทางเพื่อวัตถุประสงค์ส่วนตัว ระบบภาษีเงินได้ก็สมควรกำหนดให้ไม่สามารถนำมาหักเป็นค่าใช้จ่ายได้ การให้เหตุผลว่าค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานเป็นค่าใช้จ่ายที่มีวัตถุประสงค์ส่วนตัวเกิดจากแนวคิดที่ว่า การที่ผู้มีเงินได้จะเลือกพักอาศัย ณ สถานที่ใดถือเป็นความสมัครใจของผู้มีเงินได้รายนั้นเอง แนวคิดดังกล่าวยังคงได้รับการยอมรับโดยกรมสรรพากรและศาลยุติธรรมในหลายประเทศ รวมถึงประเทศสหรัฐอเมริกาด้วย³¹ ซึ่งเป็นไปในทิศทางเดียวกับประเทศไทย

นอกจากการพิจารณาสถานะของค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานด้วยทฤษฎีทางภาษีที่เกี่ยวข้องแล้ว การพิจารณาวิธีการปรับใช้และการตีความค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานของประเทศต่าง ๆ อาจเป็นอีกวิธีการที่แสดงถึงผลของการบังคับใช้มาตรการทางภาษีเงินได้ในทางปฏิบัติได้ด้วย ในประเทศสหรัฐอเมริกามีแนวทางการพิจารณาแนวทางเดียวและยึดถือมาเป็นเวลานานว่า ค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานไม่สามารถนำมาหักเป็นค่าใช้จ่ายส่วนตัว (Personal Deductions) เพราะว่า ผู้เสียภาษีสามารถเลือกสถานที่อยู่อาศัยได้โดยอิสระตามเจตนาของตน เช่นเดียวกับประเทศสหราชอาณาจักรที่การจ่ายค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานไม่สามารถหักเป็นค่าใช้จ่ายได้ เนื่องจากค่าเดินทางดังกล่าวไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อการประกอบธุรกิจ และประเทศสหราชอาณาจักรอนุญาตให้หักรายจ่ายได้เฉพาะค่าเดินทางระหว่างที่ทำงานเท่านั้น³² อนึ่งการเดินทางระหว่างบ้านที่ผู้เสียภาษีถือเป็นที่ทำงานแห่งหนึ่งกับที่ทำงานอีกแห่งหนึ่งก็ไม่สามารถนำมาหักรายจ่ายได้เช่นเดียวกัน แนวคิดเช่นนี้ยังปรากฏในกฎหมายภาษีเงินได้ของประเทศแคนาดาและประเทศออสเตรเลียด้วย³³

กระนั้น บางประเทศในภาคพื้นยุโรปมีแนวคิดที่แตกต่างไปจากประเทศข้างต้น³⁴ เพราะรัฐบาลของประเทศเหล่านี้เห็นว่ามิพึงจายหลายอย่างที่ชักจูงหรือห้ามการตัดสินใจในการเลือกที่อยู่

³¹ See, 1999 IRB LEXIS 12, Rev. Rul. 99-7, 1999-1 C.B. 361, 1999-5 I.R.B. 4 (I.R.S. February 1, 1999) “A taxpayer’s costs of commuting between the taxpayer’s residence and the taxpayer’s place of business or employment generally are nondeductible personal expenses under §§ 1.162-2 (e) and 1.262-1 (b) (5) of the Income Tax Regulations.” and *Fausner v. Commissioner*, 413 U.S. 838, 93 S. Ct. 2820 (1973)

³² HM Revenue & Customs, “Guidance Ordinary Commuting and Private Travel (490: Chapter 3),” [online] Available from : <https://www.gov.uk/guidance/ordinary-commuting-and-private-travel-490-chapter-3> [20 April 2024]

³³ Reuven Avi-Yonah, Nicola Sartori, and Omri Marian, *Global Perspectives on Income Taxation Law*, p.48.

³⁴ *Ibid.*, p. 49.

อาศัย ดังนั้น การเลือกที่อยู่อาศัยไม่ได้อยู่บนฐานของการตัดสินใจหรือภายใต้การควบคุมของผู้เสียภาษีทั้งหมด รัฐบาลจึงควรกำหนดมาตรการช่วยเหลือบางอย่างด้วย เช่น ประเทศเยอรมนีอนุญาตให้นำค่าใช้จ่ายซึ่งคำนวณจากระยะทางที่แน่นอนและสั้นที่สุดระหว่างที่พักอาศัยและสถานที่ทำงานมาหักลดหย่อนได้³⁵ เช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศสที่อนุญาตให้หักค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานสำหรับสถานการณ์ปกติได้ตั้งแต่ระยะทาง 0 กิโลเมตรจนถึง 40 กิโลเมตร แต่ในกรณีที่ผู้เสียภาษีตกอยู่ภายใต้สถานการณ์พิเศษ (Circonstances Particulières) ผู้เสียภาษีอาจหักค่าใช้จ่ายการเดินทางสำหรับระยะทางที่มากกว่า 40 กิโลเมตรขึ้นไปได้³⁶ หรือในประเทศสวีเดนผู้เสียภาษีสามารถใช้การหักค่าใช้จ่ายสำหรับการเดินทางโดยใช้ระบบขนส่งสาธารณะได้นอกเหนือจากการหักค่าใช้จ่ายในอัตราแปรผันตามระยะทาง อย่างไรก็ตาม ประเทศสวีเดนยังอนุญาตให้หักค่าใช้จ่ายสำหรับรายจ่ายที่เกิดจากการใช้รถยนต์ส่วนบุคคลหากพิสูจน์ได้ว่าสามารถประหยัดเวลาการเดินทางได้มากกว่า 2 ชั่วโมงต่อวัน หรือในประเทศเนเธอร์แลนด์อนุญาตให้หักค่าใช้จ่ายเฉพาะค่าเดินทางด้วยระบบขนส่งสาธารณะ และในกรณีที่นายจ้างมีสวัสดิการการเดินทาง เช่น รถรับส่ง มูลค่าเหล่านั้นจะได้รับการยกเว้นภาษีในจำนวนที่ไม่เกินจำนวนที่สามารถหักค่าใช้จ่ายสูงสุดจากการใช้ระบบการขนส่งสาธารณะ เป็นต้น³⁷ เช่นเดียวกับประเทศฟินแลนด์ที่อนุญาตให้หักค่าใช้จ่ายค่าเดินทางเฉพาะจำนวนที่ไม่เกินราคาต่ำสุดของค่าเดินทางโดยระบบขนส่งสาธารณะแม้ว่าในข้อเท็จจริงผู้เสียภาษีจะเดินทางด้วยระบบขนส่งสาธารณะหรือโดยรถยนต์ส่วนตัวก็ตาม อนึ่ง ในกรณีที่ไม่มีระบบขนส่งสาธารณะในบริเวณนั้น ผู้เสียภาษีอาจหักค่าเดินทางโดยรถยนต์ได้อีกอัตรา³⁸ บทความนี้จะจึงหยิบยกกระบวนกฎหมายภาษีที่เกี่ยวข้องกับค่าเดินทางเพื่อการทำงานปกติ ในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งไม่อนุญาตอย่างเด็ดขาดในการช่วยเหลือด้านการเดินทาง กับระบบภาษีในประเทศฟินแลนด์ซึ่งมีมาตรการให้ความช่วยเหลือด้านการเดินทางมาพิจารณา จากนั้นจึงพิจารณาในบริบทของประเทศไทย

³⁵ Stephen Potter et al., “Tax Treatment of Employer Commuting Support: An International Review”, in *Transport Reviews*, p.225-226.

³⁶ Ministry of Economics and Finance, “Frais De Déplacement,” [online] Available from : <https://bofip.impots.gouv.fr/bofip/2161-PGP.html/identifiant%3DBOI-RSA-BASE-30-50-30-20-20170224> [10 April 2024]

³⁷ Reuven Avi-Yonah, Nicola Sartori, and Omri Marian, *Global Perspectives on Income Taxation Law*, p.49.

³⁸ Finland Revenue Department, “Commuting Expenses,” [online] Available from : https://www.vero.fi/en/individuals/tax-cards-and-tax-returns/deductions/travel_expenses/ [22 April 2024]

3.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

กรมสรรพากรของสหรัฐอเมริกา (Internal Revenue Service: IRS) ไม่อนุญาตให้หักค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานของผู้มีเงินได้เป็นค่าใช้จ่าย แม้ว่าประมวลกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ลักษณะ 26 (United States Code: Title 26)³⁹ จะไม่ได้ระบุถึงบทบัญญัติการหักค่าใช้จ่ายอย่างชัดเจน แต่กรมสรรพากรของสหรัฐอเมริกามีบทบัญญัติลำดับรองที่ว่า “ค่าใช้จ่ายสำหรับการเดินทางจากที่พักอาศัยไปยังสถานที่ทำงานคือค่าใช้จ่ายส่วนตัวและไม่สามารถนำมาหักค่าใช้จ่ายได้”⁴⁰ ซึ่งการไม่อนุญาตให้หักค่าใช้จ่ายดังกล่าวได้รับการยืนยันทั้งในข้อหาหรือกรมสรรพากรของสหรัฐอเมริกา⁴¹ และคำพิพากษาศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกา⁴²

ฉะนั้น ผู้เสียภาษีในประเทศสหรัฐอเมริกาพยายามยกข้อต่อสู้เกี่ยวกับความจำเป็นในหลายลักษณะเพื่อให้ศาลพิจารณาว่าค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานเป็นค่าใช้จ่ายที่มีวัตถุประสงค์ทางธุรกิจ แต่กรมสรรพากรของสหรัฐอเมริกายังคงยืนยันในหลักการเดิม และการไม่อนุญาตดังกล่าวยังไม่คำนึงถึงระยะทาง รูปแบบการเดินทาง หรือลักษณะการจ้างงานด้วย คำพิพากษาศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาในหลายคดียังยืนยันแนวคิดว่าไม่อนุญาตให้หักค่าใช้จ่าย เช่น แม้ผู้เสียภาษีจะต้องพักอาศัยในสถานที่ที่ไกลจากการทำงานอันเนื่องมาจากความไม่สมัครใจของผู้เสียภาษีหรือคือผู้เสียภาษีไม่มีทางเลือกเพราะเหตุว่า ต้องอาศัยในสถานที่ปลอดภัยห่างไกลจากโรงงานไฟฟ้านิวเคลียร์ซึ่งเป็นที่ทำงานของตน⁴³ ไม่สามารถอาศัยในบริเวณค่ายทหารซึ่งเป็นที่ทำงานเพราะไม่มีสถานะเป็นทหาร⁴⁴ หรือการที่ผู้เสียภาษีไม่สามารถซื้อที่พักอาศัยในบริเวณสถาน

³⁹ See, United States Code: Title 26 Internal Revenue Code

⁴⁰ United States Code: Title 26 § 1.262-1 (5) (Lexis Advance through the Apr. 17, 2024 issue of the Federal Register, with the exception of the amendments appearing at 89 FR 26760 and 89 FR 27288) provided that “... The taxpayer’s costs of commuting to his place of business or employment are personal expenses and do not qualify as deductible expenses. For expenses paid or incurred before October 1, 2014, a taxpayer’s expenses for lodging when not traveling away from home (local lodging) are nondeductible personal expenses.”

⁴¹ 1999 IRB LEXIS 12, Rev. Rul. 99-7, 1999-1 C.B. 361, 1999-5 I.R.B. 4 (I.R.S. February 1, 1999) “A taxpayer’s costs of commuting between the taxpayer’s residence and the taxpayer’s place of business or employment generally are nondeductible personal expenses under §§ 1.162-2 (e) and 1.262-1 (b) (5) of the Income Tax Regulations.”

⁴² Fausner v. Commissioner, 413 U.S. 838, 93 S. Ct. 2820 (1973)

⁴³ Coombs v. Commissioner, 608 F.2d 1269, 1979 (9th Cir. Nev. November 23, 1979)

⁴⁴ Sanders v. Commissioner, 439 F.2d 296, 1971 (9th Cir. March 3, 1971)

ที่ทำงานได้เนื่องจากการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ⁴⁵ หรือแม้แต่การที่ผู้เสียภาษีไม่สามารถขายบ้านได้เมื่อเขาเปลี่ยนสถานที่ทำงาน⁴⁶ ศาลยังคงยืนยันในหลักการเดิมที่จะไม่อนุญาตให้หักค่าเดินทางเหล่านั้นเป็นค่าใช้จ่าย นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาที่ไม่อนุญาตให้หักส่วนต่างของค่าเดินทางสำหรับผู้พิการทางการได้ยินที่ต้องใช้วิธีการเดินทางด้วยรถแท็กซี่เพราะผู้พิการรายนั้นไม่สามารถขอใบอนุญาตขับรถได้ด้วย⁴⁷ อย่างไรก็ตาม แม้ศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาจะยืนยันแนวทางการตีความในลักษณะดังกล่าว แต่ในบางคดีศาลได้ให้เหตุผลบางประการที่ทำให้การเดินทางในบางลักษณะมีความพิเศษมากกว่าการเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานโดยปกติด้วย เช่น กรณีการเดินทางเพื่อไปทำงานชั่วคราวบริเวณนอกเมืองที่ผู้มีเงินได้พักและทำงานโดยปกติ เมื่อมีค่าเดินทางที่เกิดขึ้นระหว่างที่พักอาศัยของผู้เสียภาษีสถานที่ทำงานชั่วคราวนอกเหนือจากสถานที่ทำงานปกติหรือค่าเดินทางเพื่อไปทำงานระหว่างที่ทำงานแห่งหนึ่งไปอีกแห่งหนึ่ง ศาลอนุญาตให้ผู้เสียภาษีหักเป็นค่าใช้จ่ายได้ นอกจากนี้ ค่าเดินทางเพื่อการประกอบธุรกิจบางประเภทยังได้รับอนุญาตด้วย เช่น ค่าเดินทางขณะไม่ได้อาศัยในที่พักอาศัยของตน ซึ่งกรมสรรพากรของสหรัฐอเมริกาจะพิจารณาจากเงื่อนไขที่ว่า การเดินทางที่อาจหักค่าใช้จ่ายได้ต้องปรากฏว่ามีการพักรแรมเท่านั้น⁴⁸

แนวทางการพิพากษาของศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาแสดงให้เห็นว่า หากผู้เสียภาษีสามารถพิสูจน์ได้ว่า ค่าใช้จ่ายในการเดินทางเป็นค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้น “โดยปกติและจำเป็น” สำหรับการประกอบ “การค้าหรือธุรกิจ” ผู้เสียภาษีจะสามารถหักค่าใช้จ่ายได้ ในทางกลับกันหากเป็นค่าใช้จ่าย “เพื่อการส่วนตัว เพื่อการดำรงชีวิต และเพื่อครอบครัว” ผู้เสียภาษีจะไม่สามารถหักค่าใช้จ่ายได้ ดังนั้น ค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานจึงเป็นค่าใช้จ่ายที่ไม่สามารถหักค่าใช้จ่ายได้ นอกจากนี้ข้อพิจารณาที่สำคัญคือบทบัญญัติที่อนุญาตให้หักค่าใช้จ่ายสำหรับการเดินทางคือบทบัญญัติที่ระบุว่า การเดินทางต้อง “ไม่ได้อยู่บ้าน”⁴⁹ ตามมาตรา 162 (a) (2) แห่งประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกา ลักษณะ 26 (United States Code: Title 26)⁵⁰ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อ

⁴⁵ Brown v. Commissioner, 47 T.C.M. (CCH) 526 (1983)

⁴⁶ Hill v. Commissioner, 31 T.C.M. (CCH) 14 (1972)

⁴⁷ Clark v. Commissioner, 37 T.C.M. (CCH) 1178 (1978)

⁴⁸ Tsilly Dagan, “Commuting”, in *Va. Tax Rev.*, p.190-191.

⁴⁹ 19 L. Ed. 2d 1416 (2nd 2023)

⁵⁰ United States Code: Title 26 § 162 provided that “(a) In general. There shall be allowed as a deduction all the ordinary and necessary expenses paid or incurred during the taxable year in carrying on any trade or business, including—

... (2) traveling expenses (including amounts expended for meals and lodging other than amounts which are lavish or extravagant under the circumstances) while away from home in the pursuit of a trade or business; and ...”

ชดเชยค่าครองชีพที่ทับซ้อน ค่าอาหาร และที่พักอาศัยในขณะที่เดินทาง⁵¹ ซึ่งศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาตีความหลักการเพิ่มเติมด้วยว่า การหักค่าใช้จ่ายในการเดินทางขณะไม่อยู่บ้านจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไข ดังนี้ (1) ต้องเป็นค่าใช้จ่ายในการเดินทางที่สมเหตุสมผลและจำเป็น (2) ต้องเกิดขณะไม่อยู่บ้าน และ (3) ต้องเป็นค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นเพื่อประกอบธุรกิจซึ่งหมายความว่า จะต้องมีความเชื่อมโยงระหว่างค่าใช้จ่ายและการดำเนินการค้าหรือธุรกิจของผู้เสียภาษีหรือนายจ้าง ทั้งรายจ่ายต้องมีความจำเป็นและเหมาะสมกับการพัฒนาและการแสวงหารายได้ในทางธุรกิจหรือการค้า⁵²

การตีความของกรมสรรพากรของสหรัฐอเมริกาและศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาก็มักเป็นการตีความค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานโดยอาศัยเหตุผลว่าเป็นการตัดสินใจในทางส่วนตัวเท่านั้น ไม่ได้มีความเกี่ยวข้องและความจำเป็นในการประกอบธุรกิจหรือการก่อให้เกิดเงินได้แต่อย่างใด อย่างไรก็ดี วิลเลียม โคลน์ มีข้อโต้แย้งในทางวิชาการเกี่ยวกับข้อสันนิษฐานที่ว่า การเลือกที่อยู่อาศัยคือการตัดสินใจในทางส่วนตัวเป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้อง โดยให้เหตุผลว่า ค่าใช้จ่ายในการเดินทางเกิดจากแรงจูงใจที่หลากหลายทั้งความจำเป็นในการก่อให้เกิดเงินได้และแรงจูงใจส่วนบุคคล เช่น การตัดสินใจทำงานในเมือง ก. และอาศัยในเมือง ข. ผู้เสียภาษีจะไม่ต้องเสียค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานหากผู้เสียภาษีย้ายไปพักอาศัยในเมือง ก. และผู้เสียภาษีจะไม่ต้องเสียค่าเดินทาง ดังนั้น การลาออกจากการทำงานแสดงให้เห็นถึงความไม่ชัดเจนว่าการตัดสินใจดังกล่าวเกิดจากเหตุผลเพียงประการเดียว⁵³

จึงพอสรุปได้ว่าในระบบภาษีเงินได้ของประเทศสหรัฐอเมริกา กรมสรรพากรของสหรัฐอเมริการับรู้สถานะของค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานว่าเป็นการเดินทางที่ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อธุรกิจ จึงไม่อาจหักค่าใช้จ่ายได้ และรัฐบาลไม่มีนโยบายสนับสนุนให้หักค่าใช้จ่ายค่าเดินทางในฐานะค่าใช้จ่ายเพื่อวัตถุประสงค์ส่วนตัวด้วย การพิจารณาแนวคิดของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงแสดงให้เห็นถึงแนวคิดที่ใช้ระบบภาษีเงินได้ที่ไม่มีมาตรการทางภาษีเกี่ยวกับการเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงาน

⁵¹ Deneke v. Commissioner, 42 T.C. 981, 1964 U.S. Tax Ct. LEXIS 52 (T.C. August 27, 1964)

⁵² Comm'r v. Flowers, 326 U.S. 465, 66 S. Ct. 250, 90 L. Ed. 203, 1946 U.S. LEXIS 3143, 46-1 U.S. Tax Cas. (CCH) P9127, 34 A.F.T.R. (P-H) 301 (U.S. January 2, 1946)

⁵³ William A Klein, "Income Taxation and Commuting Expenses Tax Policy and the Need for Nonsimplistic Analysis of Simple Problems", in *Cornell L. Rev.*, 54 (1968), p.874-878. Cited in Tsilly Dagan, "Commuting", in *Va. Tax Rev.*, p.203-204.

3.3 ประเทศฟินแลนด์

ในระบบภาษีเงินได้ของประเทศฟินแลนด์ กรมสรรพากรของฟินแลนด์อาจแบ่งประเภทค่าใช้จ่ายในการเดินทางออกเป็น 5 ประเภท คือ การเดินทางเพื่อธุรกิจ การเดินทางในงานพิเศษ การเดินทางไปยังสถานที่ทำงานรอง การเดินทางกลับบ้านในช่วงสุดสัปดาห์ และการเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงาน⁵⁴

กฎหมายภาษีเงินได้ของประเทศฟินแลนด์มีแนวพิจารณาว่า ค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานเป็น “ค่าใช้จ่าย” ที่เกิดขึ้นเพื่อหารายได้⁵⁵ และรัฐกำหนดเพดานการหักค่าใช้จ่ายด้วยค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานที่ประเทศฟินแลนด์อนุญาตให้หักเป็นค่าใช้จ่าย มีหลักการสำคัญว่ารัฐบาลจะอนุญาตให้หักค่าใช้จ่ายในจำนวนเท่ากับขั้นต่ำของค่าเดินทางโดยระบบขนส่งสาธารณะเท่านั้น มิพักต้องพิจารณาว่ามีค่าใช้จ่ายในการเดินทางดังกล่าวอย่างไร และหากมีระบบขนส่งสาธารณะหลายรูปแบบ รัฐจะอนุญาตให้หักค่าใช้จ่ายเท่ากับอัตราค่าเดินทางที่มีจำนวนน้อยที่สุด⁵⁶ ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีที่ผู้เสียภาษีมีที่พักอาศัยอยู่ในเมือง เอ แต่ประกอบอาชีพในเมือง บี และผู้เสียภาษีตัดสินใจเดินทางไปกลับที่ทำงานและบ้านทุกวันในระยะทาง 100 กิโลเมตร และมีค่าเดินทางโดยรถยนต์ส่วนบุคคลประมาณ 6,600 ยูโรต่อปี หากไม่ปรากฏว่ามีรูปแบบการเดินทางสาธารณะที่มีราคาน้อยกว่าจำนวนดังกล่าว ผู้เสียภาษีสามารถนำค่าเดินทางของตนมาหักค่าใช้จ่ายได้ตามระยะทาง อนึ่ง หากปรากฏอีกว่า ระบบขนส่งสาธารณะมีการจำหน่ายตั๋วโดยสารรายเดือนที่สามารถลดราคาค่าเดินทางดังกล่าวได้ ผู้เสียภาษีต้องเอาราคานั้นซึ่งเป็นราคาต่ำสุดมาใช้ในการคำนวณ และในกรณีที่ผู้เสียภาษีลาหยุดพักร้อน ผู้เสียภาษีต้องนำจำนวนวันเหล่านั้นมาหักออกจากค่าเดินทางด้วย⁵⁷

⁵⁴ Finland Revenue Department, “Travel Expenses,” [online] Available from : https://www.vero.fi/en/individuals/tax-cards-and-tax-returns/deductions/travel_expenses/ [25 April 2024]

⁵⁵ Section 93 of Tuloverolaki 1992/1535 (Finnish Income Tax Act) Travel costs between home and work provided that “... Travel costs from home to workplace and back are also considered expenses incurred in acquiring earned income ...”

⁵⁶ Section 93 of Tuloverolaki 1992/1535 (Finnish Income Tax Act) Travel costs between home and work provided that “... calculated on the basis of the costs of using the cheapest means of transport....”

⁵⁷ Finland Revenue Department, “Commuting between Home and Work,” [online] Available from : https://www.vero.fi/en/individuals/tax-cards-and-tax-returns/deductions/travel_expenses/commuting_expense/ [25 April 2024]

ในกรณีที่ผู้เสียภาษีใช้การเดินทางโดยรถยนต์ส่วนบุคคล กฎหมายจะกำหนดให้สามารถหักค่าใช้จ่ายได้ก็ต่อเมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่ง คือ ไม่มีระบบขนส่งสาธารณะ ระยะทางการเดินทางไปยังป้ายรถประจำทางหรือสถานีที่ใกล้ที่สุดมีระยะทางอย่างน้อย 3 กิโลเมตร (พิจารณา รวมทั้งการเดินทางขาไปและขากลับ) ระยะเวลารอระหว่างการเดินทางไปกลับอย่างน้อย 2 ชั่วโมง หรือเวลาการเดินทางไปทำงานหรือกลับบ้านอยู่ในช่วงเวลาระหว่าง 00.00 น. ถึง 05.00 น. เป็นต้น และในกรณีที่ผู้เสียภาษีให้เหตุผลว่า การใช้พาหนะส่วนบุคคลมีความรวดเร็วกว่าการใช้บริการระบบขนส่งสาธารณะ ผู้เสียภาษีมีความจำเป็นต้องใช้พาหนะส่วนบุคคลในระหว่างวันเพื่อทำงาน หรือต้องรับส่งบุตรไปสถานรับเลี้ยงหรือโรงเรียนระหว่างการทำงาน ผู้เสียภาษีสามารถนำค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานมาหักค่าใช้จ่ายได้ตามอัตรา ดังนี้

1. รถยนต์ส่วนบุคคล อนุญาตให้หักค่าใช้จ่าย 0.30 ยูโรต่อกิโลเมตร⁵⁸
2. รถบริษัท อนุญาตให้หักค่าใช้จ่าย 0.21 – 0.24 ยูโรต่อกิโลเมตร
3. รถจักรยานยนต์ อนุญาตให้หักค่าใช้จ่าย 0.20 ยูโรต่อกิโลเมตร
4. รถสกูเตอร์ อนุญาตให้หักค่าใช้จ่าย 0.11 ยูโรต่อกิโลเมตร
5. รถจักรยาน อนุญาตให้หักค่าใช้จ่าย 100 ยูโรต่อปี⁵⁹

นอกจากนี้ ภายใต้ระบบภาษีเงินได้ของประเทศฟินแลนด์ มีการเพิ่มเพดานของการใช้สิทธิการหักค่าใช้จ่ายค่าเดินทาง จากเดิม 750 ยูโร เป็นอัตราใหม่ที่ 900 ยูโรต่อปีด้วย⁶⁰

⁵⁸ Section 93 of Tuloverolaki 1992/1535 (Finnish Income Tax Act) Travel costs between home and work para 4 provided that “ ... If a type of transport other than public transport is considered to be the cheapest type of transport referred to in subsection 1, the reasonable increase in costs caused by the use of the means of transport for journeys between home and work shall be taken into account when calculating the deduction. The amount of the deduction is EUR 0.30 per kilometre if the deduction is granted according to the operating costs of your own car. When granting a deduction according to the utility car, the amount of the deduction is EUR 0.24 per kilometre. The Tax Administration will determine in more detail the basis for calculating the deduction for other means of transport ...”

⁵⁹ Section 93 Subsection 1 of Tuloverolaki 1992/1535 (Finnish Income Tax Act) provided that “... If a means of transport other than public transport is considered to be the cheapest means of transport referred to in subsection 1, the reasonable increase in costs caused by the use of the means of transport for journeys between home and work shall be taken into account when calculating the deduction. The amount of the deduction is EUR 0.30 per kilometre if the deduction is granted according to the operating costs of your own car. When granting a deduction according to the utility car, the amount of the deduction is EUR 0.24 per kilometre. The Tax Administration will determine in more detail the basis for calculating the deduction for other means of transport ...”

⁶⁰ Section 93 of Tuloverolaki 1992/1535 (Finnish Income Tax Act) Travel costs between home and work provided that “ ... these travel expenses can be deducted up to a maximum of EUR 7,000 and only to the extent that they exceed EUR 900 in the tax year....”

3.4 ประเทศไทย

ในระบบกฎหมายภาษีเงินได้ของประเทศไทยยังไม่มีการปรากฏโดยชัดเจนเกี่ยวกับแนวคิดค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานของผู้มีเงินได้ว่าเป็นค่าใช้จ่ายที่กฎหมายอนุญาตให้หักออกจากรายได้หรือไม่ นอกจากนี้ ไม่ปรากฏว่าค่าเดินทางดังกล่าวสามารถนำไปหักค่าลดหย่อนได้แต่อย่างใด เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งประมวลรัษฎากร คำพิพากษาของศาลฎีกา และแนวทางการตีความกฎหมายของกรมสรรพากร อาจแยกประเด็นที่เกี่ยวข้องกับค่าเดินทางได้ดังนี้

(1) การไม่ถือเป็นเงินได้พึงประเมิน กรมสรรพากรเคยมีข้อหารือเกี่ยวกับค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานของผู้มีเงินได้พึงประเมินจากการจ้างงานว่า หากเป็นกรณีที่บริษัทมีรถรับส่งตามเส้นทางที่กำหนดให้แก่พนักงานโดยให้บริการแก่พนักงานทุกคน เป็นเพียงการให้ความสะดวกแก่พนักงานเป็นการทั่วไปและเพื่อประโยชน์ของบริษัท ดังนั้นจึงไม่เป็นประโยชน์เพิ่มที่พนักงานได้รับ ไม่ถือเป็นเงินได้ของพนักงาน⁶¹

(2) การยกเว้นเงินได้ค่าเดินทาง มาตรา 42 แห่งประมวลรัษฎากร ซึ่งกำหนดให้เงินค่าเบี้ยเลี้ยง ค่าพาหนะที่นายจ้างให้และได้จ่ายไปในการที่ต้องปฏิบัติหน้าที่ ค่าพาหนะและเบี้ยเลี้ยงตามอัตราที่รัฐบาลกำหนด ค่าเดินทางที่นายจ้างได้จ่ายให้ลูกจ้างเพื่อการเดินทางจากต่างถิ่น⁶² ค่าเดินทางที่ได้รับยกเว้นเงินได้ชนิดนี้หมายความว่าความเฉพาะการเดินทางที่ไม่ใช่การเดินทางปกติที่เกิดขึ้นในแต่ละวันเพื่อการเดินทาง แต่เป็นการเดินทางเพื่อไปทำงานให้กับนายจ้างในสถานที่อื่นนอกเหนือจากสถานที่ทำงานปกติหรือสถานที่ตั้งประจำ ตามข้อ 2 ของคำสั่งกรมสรรพากร ที่ ป.59/2538 เรื่อง ภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา กรณีค่าเบี้ยเลี้ยงเดินทางที่ได้รับยกเว้นไม่ต้องรวมคำนวณเพื่อเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาตามมาตรา 42 (1) แห่งประมวลรัษฎากร ลงวันที่ 26 ธันวาคม พ.ศ. 2538⁶³

⁶¹ หนังสือตอบข้อหารือกรมสรรพากรที่ กค 0811 (กม.2)/916 ลงวันที่ 7 สิงหาคม 2544

⁶² มาตรา 42 ประมวลรัษฎากร บัญญัติว่า “เงินได้พึงประเมินประเภทต่อไปนี้ ให้ได้รับยกเว้นไม่ต้องรวมคำนวณเพื่อเสียภาษีเงินได้

(1) ค่าเบี้ยเลี้ยง หรือค่าพาหนะซึ่งลูกจ้าง หรือผู้รับหน้าที่หรือตำแหน่งงาน หรือผู้รับทำงานให้ได้จ่ายไปโดยสุจริตตามความจำเป็นเฉพาะในการที่ต้องปฏิบัติตามหน้าที่ของตนและได้จ่ายไปทั้งหมดในการนั้น

(2) ค่าพาหนะและเบี้ยเลี้ยงเดินทางตามอัตราที่รัฐบาลกำหนดไว้โดยพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยอัตราค่าพาหนะและเบี้ยเลี้ยงเดินทาง

(3) เงินค่าเดินทางซึ่งนายจ้างจ่ายให้ลูกจ้างเฉพาะส่วนที่ลูกจ้างได้จ่ายทั้งหมดโดยจำเป็นเพื่อการเดินทางจากต่างถิ่นในการเข้ารับงานเป็นครั้งแรก หรือในการกลับถิ่นเดิมเมื่อการจ้างได้สิ้นสุดลงแล้ว แต่ช้อยกเว้นนี้มีให้รวมถึงเงินค่าเดินทางที่ลูกจ้างได้รับในการกลับถิ่นเดิมและในการเข้ารับงานของนายจ้างเดิมภายในสามร้อยหกสิบห้าวันนับแต่วันที่การจ้างครั้งก่อนได้สิ้นสุดลง ...”

⁶³ คำสั่งกรมสรรพากร ที่ ป.59/2538 เรื่อง ภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา กรณีค่าเบี้ยเลี้ยงเดินทางที่ได้รับยกเว้นไม่ต้องรวมคำนวณเพื่อเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาตามมาตรา 42 (1) แห่งประมวลรัษฎากร ลงวันที่ 26 ธันวาคม พ.ศ. 2538 ข้อ 2 กำหนดว่า “การเดินทางไปปฏิบัติงานตามหน้าที่ ตามข้อ 1 ต้องมีหลักฐานการได้รับอนุมัติให้เดินทางไปปฏิบัติงานนอกสำนักงานหรือนอกสถานที่จากนายจ้างหรือผู้จ่ายเงินได้ โดยต้องระบุลักษณะงานที่ทำและระยะเวลาในการปฏิบัติงานตามหน้าที่แล้วแต่กรณีด้วย”

เป็นต้น อนึ่ง มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ว่าค่าน้ำมันที่บริษัทได้จ่ายให้ลูกจ้างที่มีรถยนต์ส่วนตัวมาใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ในอัตราเหมาจ่ายแก่พนักงานทุกคนในอัตราเดียวกันเป็นเงินได้ที่ไม่เข้าลักษณะค่าพาหนะที่จะได้รับการยกเว้นภาษีตามมาตรา 42 (1) แห่งประมวลรัษฎากร⁶⁴

(3) การหักค่าใช้จ่ายค่าเดินทาง ประมวลรัษฎากรอนุญาตให้หักค่าใช้จ่ายอย่างไรและจำนวนเท่าใด ต้องพิจารณาประเภทของผู้มีเงินได้และประเภทของเงินได้พึงประเมินเป็นสำคัญ ประการแรก ในระบบภาษีเงินได้จะแบ่งประเภทของผู้มีเงินได้แตกต่างกันสองประเภทคือ บุคคลธรรมดาและนิติบุคคล ในกรณีนิติบุคคล การพิจารณาว่าค่าเดินทางนั้นเป็นการจ่ายเพื่อให้ได้มาซึ่งรายได้ประเภทใดนั้นไม่มีผลสำคัญเพราะบทบัญญัติว่าด้วยการหักรายจ่ายจะกำหนดหลักเกณฑ์เป็นการทั่วไปสำหรับเงินได้พึงประเมินในทุกประเภท ตามมาตรา 65 มาตรา 65 ทวิ และมาตรา 65 ตริแห่งประมวลรัษฎากร อย่างไรก็ดี ในกรณีที่ผู้เสียภาษีเงินได้เป็นบุคคลธรรมดา การพิจารณาหักค่าใช้จ่ายจะต้องพิจารณาประเภทเงินได้ที่ได้รับเป็นประเด็นแรก เนื่องจากเงินได้พึงประเมินในแต่ละประเภท ประมวลรัษฎากรกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่แตกต่างกัน ดังนี้

(3.1) เงินได้พึงประเมินประเภทที่ 3 ถึงประเภทที่ 8 นอกจากที่ประมวลรัษฎากรจะบัญญัติให้สามารถหักค่าใช้จ่ายเป็นการเหมาตามร้อยละที่กฎหมายกำหนดไว้โดยไม่มีภาระพิสูจน์ว่าได้จ่ายจริงหรือไม่ ประมวลรัษฎากรยังกำหนดให้ผู้มีเงินได้ประเภทที่ 3 ถึงประเภทที่ 8 เท่านั้นที่สามารถพิสูจน์จำนวนรายจ่ายที่มากกว่านั้น สามารถหักค่าใช้จ่ายเหล่านั้นตามความจำเป็นและสมควร และให้นำมาตรา 65 ทวิ และมาตรา 65 ตริ มาใช้โดยอนุโลม⁶⁵ ตามมาตรา 42 ตริ ถึงมาตรา 46 แห่งประมวลรัษฎากร⁶⁶ เช่น ในกรณีกิจการมีการจ้างรถรับส่งพนักงานในเวลาเช้าและเย็น โดยไม่คิดมูลค่าใด ๆ จากพนักงาน กิจการสามารถนำค่าขนส่งดังกล่าวมาถือเป็นรายจ่ายได้⁶⁷ หรือกรณี

⁶⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10146/2539

⁶⁵ มาตรา 4 ทวิ ถึง มาตรา 8 ทวิ แห่งพระราชกฤษฎีกา (ฉบับที่ 11) พ.ศ. 2505

⁶⁶ มาตรา 42 ตริ ถึง มาตรา 46 ประมวลรัษฎากร บัญญัติในทำนองเดียวกันว่า “... ยอมให้หักค่าใช้จ่ายได้ตามที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา...” และมาตรา 4 ทวิ ถึง มาตรา 8 ทวิ พระราชกฤษฎีกา (ฉบับที่ 11) พ.ศ. 2502 ก็บัญญัติในทำนองเดียวกันว่า “... เว้นแต่ผู้มีเงินได้จากกิจการตามที่ระบุไว้ในวรรคหนึ่ง แสดงหลักฐานต่อเจ้าพนักงานประเมินและพิสูจน์ได้ว่ามีค่าใช้จ่ายมากกว่านั้น ก็ยอมให้หักค่าใช้จ่ายได้ตามความจำเป็นและสมควร ทั้งนี้ให้นำมาตรา 65 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 21) พ.ศ. 2517 และมาตรา 65 ตริ แห่งประมวลรัษฎากร ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 16) พ.ศ. 2502 มาใช้บังคับโดยอนุโลม แต่ถ้าตามหลักฐานที่นำมาพิสูจน์นั้นปรากฏว่ามีรายจ่ายที่หักได้ตามกฎหมายน้อยกว่าอัตราค่าใช้จ่ายที่กำหนดไว้ข้างต้นก็ให้ถือว่ามิใช่ค่าใช้จ่ายเพียงเท่าหลักฐานที่นำมาพิสูจน์”

⁶⁷ หนังสือตอบข้อหารือกรมสรรพากรที่ กค 0811(กม.04)/180 ลงวันที่ 14 กุมภาพันธ์ 2544

กิจการจ่ายค่าเดินทางที่มีได้มีลักษณะประจำให้แก่ลูกจ้าง⁶⁸ หรือลูกค้า⁶⁹ หากกิจการพิสูจน์ได้ว่าเป็นรายจ่ายจริงและไม่ใช่อะไรที่มีลักษณะเป็นการส่วนตัวหรือให้โดยเสน่หา และเป็นรายจ่ายเพื่อหากำไรหรือเพื่อกิจการโดยเฉพาะ กิจการมีสิทธินำรายจ่ายดังกล่าวมาหักเป็นรายจ่ายได้ไม่ต้องห้ามตามมาตรา 65 ตี (3) และ (13) แห่งประมวลรัษฎากร

(3.2) เงินได้พึงประเมินประเภทที่ 1 เช่น ค่าจ้าง เงินเดือน โบนัส เบี้ยหวัด บำเหน็จ บำนาญ เงินค่าเช่าบ้าน และเงินได้พึงประเมินประเภทที่ 2 เช่น ค่าธรรมเนียม ค่านายหน้า ค่าส่วนลด เงินอุดหนุนในงานที่ทำ เบี้ยประชุม ซึ่งเป็นเงินได้จากการจ้างแรงงานและจ้างทำของ ประมวลรัษฎากรบัญญัติให้สามารถหักค่าใช้จ่ายเป็นการเหมาตามร้อยละที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงอย่างเดียว ในอัตราร้อยละ 50 แต่เมื่อรวมเงินได้ทั้งสองประเภททั้งหมดแล้วต้องไม่เกิน 100,000 บาท⁷⁰ เช่น ในกรณีที่มีเงินได้จากเงินเดือนปีละ 300,000 บาท สามารถนำมาหักเป็นรายจ่ายได้ในอัตราเหมาจำนวน 100,000 บาทเท่านั้นแม้ว่าอัตราร้อยละ 50 จะเป็น 150,000 บาทก็ตาม

(4) การหักค่าลดหย่อน ไม่ปรากฏว่ามีการกำหนดการหักค่าใช้จ่ายสำหรับค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานโดยตรง แต่ประมวลรัษฎากรบัญญัติถึงการหักค่าลดหย่อนเป็นการทั่วไปสำหรับผู้มีเงินได้จำนวน 60,000 บาท สามหรือภริยาของผู้มีเงินได้ 60,000 บาท และบุตรจำนวน 30,000 บาท หรือ 60,000 บาท แล้วแต่กรณี⁷¹

จากบทบัญญัติแห่งประมวลรัษฎากร คำพิพากษา และหนังสือตอบข้อหารือกรมสรรพากรที่เกี่ยวข้องในมุมมองเกี่ยวกับค่าเดินทางของผู้มีเงินได้จากการจ้างแรงงานและการจ้างทำของพิจารณาได้ว่า กรณีแรกการเดินทางไปสถานที่ทำงานอื่น ๆ ที่มีลักษณะชั่วคราว หากปรากฏว่าลูกจ้างได้รับเงินเป็นพิเศษเป็นค่ายานพาหนะ เงินดังกล่าวจะเป็นเงินได้ที่ได้รับยกเว้นภาษีอากรเพราะเหตุว่าเป็นเงินที่จ่ายไปเพื่อกิจการของนายจ้างไม่ใช่ประโยชน์ที่ลูกจ้างรายนั้นจะได้รับ ในทางกลับกัน หากไม่ปรากฏว่าลูกจ้างได้รับเงินค่าพาหนะเพิ่มขึ้น กรมสรรพากรก็ไม่อนุญาตให้หักค่าใช้จ่ายหรือค่าลดหย่อนจากค่าเดินทางนั้นแต่ประการใด กรณีที่สองหากเป็นเงินที่ได้รับจากการเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานย่อมถือว่าเป็นประโยชน์อื่นที่ลูกจ้างได้รับ ถือเป็นเงินได้ที่ต้องเสียภาษี

⁶⁸ หนังสือตอบข้อหารือกรมสรรพากรที่ กค 0702/3165 ลงวันที่ 14 กุมภาพันธ์ 2544

⁶⁹ หนังสือตอบข้อหารือกรมสรรพากรที่ กค 0702/8307 ลงวันที่ 2 ธันวาคม 2551

⁷⁰ มาตรา 42 ทวิ ประมวลรัษฎากร บัญญัติว่า “เงินได้พึงประเมินตามความในมาตรา 40 (1) และ (2) ยอมให้หักค่าใช้จ่ายเป็นการเหมาได้ร้อยละ 50 แต่รวมกันต้องไม่เกิน 100,000

ในกรณีสามีภริยาต่างฝ่ายต่างมีเงินได้ตามวรรคหนึ่ง และความเป็นสามีภริยาได้มีอยู่ตลอดปีภาษี ให้ต่างฝ่ายต่างหักค่าใช้จ่ายได้ตามเกณฑ์ในวรรคหนึ่ง”

⁷¹ มาตรา 47 (1) (ก) (ข) และ (ค) แห่งประมวลรัษฎากร

จากการนั้นและไม่ได้รับอนุญาตให้หักค่าใช้จ่ายและค่าลดหย่อนแต่ประการใด ในทางกลับกันหากเป็นกรณีเป็นค่าเดินทางที่นายจ้างออกให้ในลักษณะประโยชน์อื่นใดจากการหารับส่งเป็นการทั่วไปตามสวัสดิการของกิจการ แม้ว่าจะเป็นการเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานโดยทั่วไป กรมสรรพากรก็มีแนวทางพิจารณาว่าประโยชน์ที่ได้รับดังกล่าวไม่เป็นเงินได้พึงประเมินที่ต้องนำมารวมเสียภาษี ดังนี้ ค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานซึ่งจ่ายเป็นปกติและประจำของผู้มีเงินได้ประเภทที่ 1 และ 2 จึงไม่ได้รับการหักค่าใช้จ่ายหรือค่าลดหย่อนแต่ประการใด

4. ข้อพิจารณาและแนวทางการปรับใช้ค่าลดหย่อนเพื่อการเดินทางในระบบกฎหมายของไทย

จากบทบัญญัติในประมวลรัษฎากรพบว่า ประเทศไทยยังไม่มีมาตรการทางภาษีในการจัดการกับค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานที่ผู้มีเงินได้จ่ายเอง แต่เมื่อปรากฏว่าผลกระทบเกี่ยวกับค่าเดินทางดังกล่าวมีความสำคัญกับการยกระดับคุณภาพชีวิตของประชาชน รัฐจึงควรพิจารณามาตรการที่เกี่ยวข้องและผลกระทบจากการใช้มาตรการเหล่านั้นมาพิจารณาด้วย เช่น การวางผังเมืองอย่างมีประสิทธิภาพ การวางระบบโครงสร้างบริการขนส่งสาธารณะ การกำหนดเพดานราคาค่าเดินทาง หรือการใช้มาตรการทางภาษีเงินได้ การกำหนดมาตรการช่วยเหลือด้านการเดินทางอาจสร้างผลกระทบในด้านนโยบายในหลายด้าน เช่น ความเป็นไปได้ในการเกิดการขยายของเมืองได้ในหลายกรณี เช่น หากรัฐบาลสนับสนุนค่าเดินทางด้วยการปรับลดอัตราค่าเดินทางจะทำให้ประชาชนสามารถเลือกจะใช้ชีวิตในพื้นที่ที่ห่างจากสถานที่ทำงานได้มากกว่าเดิม เนื่องจากไม่ต้องแบกรับค่าเดินทางในจำนวนที่มาก แต่หากรัฐไม่มีนโยบายด้านการผังเมืองที่ดีเพียงพอ อาจทำให้เกิดการขยายเมืองที่ไม่พึงประสงค์ส่งผลให้เกิดการรุกรานพื้นที่การเกษตรหรือพื้นที่รับน้ำ หรืออาจจะทำให้บุคคลใช้การขนส่งมากขึ้นทำให้เกิดปัญหามลพิษต่อสิ่งแวดล้อม แต่มาตรการทางภาษีเงินได้เกี่ยวกับค่าเดินทางยังคงเป็นมาตรการที่น่าสนใจมาตรการหนึ่ง ทั้งนี้ การปรับใช้มาตรการดังกล่าวในประเทศไทยมีข้อพิจารณาหลายประการ คือ

4.1 ข้อพิจารณาด้านนโยบาย

ในช่วงหลายปีที่ผ่านมา ความสัมพันธ์ระหว่าง ผังเมือง การขยายตัวของเมือง การจ้างงาน ค่าครองชีพ สวัสดิการของประชาชน ระบบการขนส่ง ระบบงบประมาณแผ่นดิน และการตระหนักรู้ในปัญหาสิ่งแวดล้อม มีความเกี่ยวข้องกันมากขึ้น แม้ว่ารัฐบาลจะมีวิธีการที่หลากหลายเพื่อช่วยเหลือการเดินทางสำหรับประชากร แต่วิธีการเหล่านั้นต่างมีผลกระทบต่อสังคมในหลายลักษณะ เช่น การสร้างระบบขนส่งที่มีประสิทธิภาพทำให้การเดินทางของประชาชนมีความสะดวกสบายขึ้น

และค่าครองชีพที่เกี่ยวข้องกับการเดินทางมีจำนวนที่ลดลง และมาตรการการช่วยเหลือด้านการเดินทางช่วยลดปัญหาการว่างงานได้อย่างมีประสิทธิภาพด้วย⁷² ในทางกลับกันหากระบบขนส่งไม่มีประสิทธิภาพย่อมสร้างผลเชิงลบให้กับประชาชนทั้งในด้านการเลือกวิธีการเดินทาง ระยะเวลาการเดินทาง ค่าเดินทาง หรือกระทั่งการตัดสินใจทำงานของประชาชน เช่น หากการเดินทางระหว่างสถานที่ทำงานและบ้านมีความยากลำบากและต้องใช้ระยะเวลานาน ผู้เสียภาษีบางรายอาจจะมีความสามารถในการเปลี่ยนงานหรือการเพิ่มตัวเลือกวิธีการเดินทาง เช่น การเลือกใช้รถยนต์ส่วนตัวแทนระบบขนส่งสาธารณะ ในทางกลับกันสำหรับแรงงานอาจจะต้องทนใช้วิธีการเดินทางที่มีราคาถูกโดยแลกกับเวลาการใช้ชีวิตและสุขภาพของร่างกายเพราะตนไม่สามารถในการเปลี่ยนงาน เป็นต้น การตระหนักถึงผลกระทบเหล่านี้จึงมีความสำคัญในการกำหนดนโยบายและกฎหมายเกี่ยวกับการช่วยเหลือด้านการเดินทาง

ข้อกังวลที่รัฐบาลมักหยิบยกประเด็นขึ้นเพื่อปรับปรุงมาตรการช่วยเหลือด้านการเดินทางคือปัญหาสภาพแวดล้อมและการขยายเมืองที่ไม่เป็นมิตร เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกา ปัญหาการขยายเมืองที่ไม่เป็นมิตรกลายเป็นประเด็นสำคัญเพราะการขยายตัวของเมืองทำให้เกิดการรุกล้ำพื้นที่ทางการเกษตรและพื้นที่เปิดมากเกินไป สร้างการเดินทางที่ยาวนานขึ้น ตลอดจนปัญหาการจราจรซึ่งสร้างปัญหามลพิษเพิ่มขึ้นด้วย รัฐบาลมลรัฐต่าง ๆ เช่น นิวออร์ลีนส์ ออริกอน นิวเจอร์ซีย์ อาศัยวิธีการแก้ปัญหาด้วยการออกข้อบังคับห้ามขยายเมือง (Anti-Sprawl Ordinance) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในมลรัฐพอร์ตแลนด์ มีการออกมาตรการชื่อว่า “ขอบเขตการขยายเมืองของเมืองพอร์ตแลนด์ (Portland’s Urban Growth Boundary)” ที่ห้ามการพัฒนาเมืองในพื้นที่นอกพื้นที่ที่กำหนดไว้⁷³ หรือในกรณีของประเทศเยอรมัน การกำหนดมาตรการความช่วยเหลือในปี 2544 กำหนดให้หักค่าใช้จ่ายในการเดินทางในทุก ๆ วิธีการเดินทางเป็นจำนวนประมาณ 0.29 ยูโรต่อกิโลเมตร ทำให้เกิดการกระตุ้นให้ผู้เสียภาษีเลือกวิธีการเดินทางในระยะทางที่มากขึ้น และเลือกใช้รถยนต์ส่วนตัวมากกว่าการใช้ระบบขนส่งสาธารณะ เพราะส่งผลให้ผู้เสียภาษีมีความรู้สึกว่าได้รับประโยชน์มากกว่าค่าใช้จ่ายที่เสียไปจากมาตรการทางภาษีหากตนเลือกวิธีการขับพาหนะส่วนบุคคลมาทำงาน⁷⁴ ด้วยปัญหาในลักษณะนี้จึงส่งผลให้รัฐบาลในแต่ละประเทศจะต้องพิจารณาจุด

⁷² Matthias Wrede, “A Distortive Wage Tax and a Countervailing Commuting Subsidy”, in *Journal of Public Economic Theory*, p.297.

⁷³ Jan K Brueckner, “Transport Subsidies, System Choice, and Urban Sprawl”, in *Regional Science and Urban Economics*, 35, 6 (2005), p.716.

⁷⁴ Stephen Potter et al., “Tax Treatment of Employer Commuting Support: An International Review”, in *Transport Reviews*, p.225-226.

ประสงค์ในการกำหนดมาตรการช่วยเหลือด้านการเดินทางและกำหนดแนวทางที่คำนึงถึงผลกระทบต่าง ๆ ต่อสังคมด้วย

4.2 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับสถานะของค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงาน

เนื่องจากการปรับใช้มาตรการช่วยเหลือทางภาษีจะต้องพิจารณาว่าลักษณะของรายจ่ายดังกล่าวสมควรจะพิจารณาไว้ในสถานะใด การยกเว้นไม่ต้องนำมารวมคำนวณเป็นเงินได้ การอนุญาตให้หักค่าใช้จ่าย หรือการหักค่าลดหย่อน เช่น ค่าเบี้ยเลี้ยงที่นายจ้างออกให้เพื่อการทำงานตามมาตรา 42 (1) เป็นจำนวนเงินที่ถูกจ้างได้รับและจ่ายไปจริงเพราะตนมีหน้าที่ต้องเดินทางเพื่อประโยชน์ของนายจ้างมิใช่เพื่อประโยชน์ของตนเอง ไม่ควรถือเอาค่าเบี้ยเลี้ยงดังกล่าวเป็นเงินได้ รัฐจึงต้องกำหนดให้เงินดังกล่าวได้รับยกเว้นภาษีเงินได้ดังที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 42 (1) เป็นต้น เมื่อพิจารณาเหตุผลที่เกี่ยวข้อง ผู้เขียนมีความเห็นว่าค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานที่ได้จ่ายไป เป็นค่าใช้จ่ายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดเงินได้ เพราะเป็นค่าใช้จ่ายที่ได้จ่ายไปเพื่อการเดินทางไปทำงาน ประกอบกับผู้มีเงินได้ไม่อาจเลือกที่หักอาศัยได้โดยใจสมัคร ซึ่งประมวลรัษฎากรของประเทศฟินแลนด์มีความเห็นพ้องกับแนวคิดนี้ ดังนั้นเครื่องมือทางภาษีที่ใช้เพื่อบรรเทาภาระค่าเดินทางให้สามารถหักออกจากจำนวนเงินได้จึงควรเป็นการหักค่าใช้จ่ายทางภาษี ซึ่งมีเหตุผลเช่นเดียวกับการอนุญาตให้ผู้เสียภาษีที่เป็นนิติบุคคลสามารถหักค่าเดินทางเป็นรายจ่ายของธุรกิจในการคำนวณภาษีเงินได้นิติบุคคลได้ ดังนั้น ค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานจึงเป็นค่าใช้จ่ายที่มีวัตถุประสงค์ทางธุรกิจและต้องใช้วิธีการหักค่าใช้จ่ายเพื่อบรรเทาภาระภาษี อนึ่ง ยังมีแนวคิดเกี่ยวกับค่าเดินทางที่ปรากฏขึ้นมาในช่วงสถานการณ์ COVID-19 ที่เปลี่ยนพฤติกรรมของการทำงานไปหลายทิศทาง ประการหนึ่งคือการใช้วิธีการทำงานจากบ้าน (Work From Home) ทำให้เกิดแนวคิดที่ว่า การเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานอาจจะต้องเปลี่ยนหลักเกณฑ์จากเดิมเพราะการเดินทางดังกล่าวอาจกลายเป็นเรื่องที่ไม่จำเป็นและผู้มีเงินได้ไม่มีความจำเป็นในทางส่วนตัวที่จะต้องจ่ายค่าเดินทางอีกต่อไปทำให้ค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานดังกล่าวจะมีจุดประสงค์ทางธุรกิจเท่านั้น ทำให้เห็นว่าค่าเดินทางลักษณะดังกล่าวควรได้รับการยอมรับให้หักเป็นค่าใช้จ่ายได้⁷⁵

นอกจากนี้ การพิจารณาว่าค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานเป็นค่าใช้จ่ายที่มีลักษณะส่วนตัวเนื่องจากการพักอาศัยอยู่ ณ ที่ใดย่อมเป็นไปตามวัตถุประสงค์และเจตนาส่วนตัวของผู้เสียภาษีเอง ผู้เขียนมีข้อโต้แย้งว่า แม้ผู้มีเงินได้มีความประสงค์จะอาศัยอยู่ใกล้ที่ทำงาน แต่การเลือก

⁷⁵ See, Hayes R Holderness, "Changing Lanes: Tax Relief for Commuters", in *Va. Tax Rev.*, p.452-473.

ที่פקอาศัยของผู้มีเงินได้ไม่ได้เกิดจากความสมัครใจเสมอไป⁷⁶ และผู้มีเงินได้ต้องพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ เช่น รายได้ ความจำเป็นในפקอาศัย หรือบริบทของสังคมประกอบการตัดสินใจด้วย นอกจากนี้ การให้เหตุผลว่าเป็นค่าใช้จ่ายที่เกิดจากความสมัครใจของผู้เสียภาษีจึงไม่อาจหักค่าใช้จ่ายได้ ข้อต่อสู้ดังกล่าวไม่มีความแตกต่างจากความสมัครใจในการเลือกรูปแบบธุรกิจหรือการเจรจาสัญญาที่เกิดขึ้นด้วยเจตนาของผู้มีเงินได้ที่สามารถหักค่าใช้จ่ายทางภาษีได้ การให้เหตุผลว่าเป็นความสมัครใจของผู้มีเงินได้และไม่อาจนำมาหักค่าใช้จ่ายได้จึงไม่สมเหตุผล อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี หากรัฐไม่อาจยอมรับค่าเดินทางดังกล่าวได้ รัฐควรกำหนดว่าค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานเป็นค่าใช้จ่ายต้องห้าม ที่กฎหมายกำหนดห้ามหักเป็นค่าใช้จ่ายซึ่งยังคงสอดคล้องกับหลักความเสมอภาคกับรายจ่ายในระบบภาษีเงินได้นิติบุคคลและแนวคิดว่าด้วยการหักค่าใช้จ่าย

4.3 แนวทางการปรับใช้มาตรการทางภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาเกี่ยวกับค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงาน

การกำหนดมาตรการให้ความช่วยเหลือทางภาษี นอกจากต้องพิจารณาเกี่ยวกับเหตุผลและความชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นปลายทางของการกำหนดนโยบายแล้ว การบัญญัติกฎหมายภาษีอากรที่ดีมีความจำเป็นต้องพิจารณาหลักความสามารถในการเสียภาษีที่ผู้เสียภาษีที่บุคคลที่มีภาระมากต้องได้รับการหักค่าใช้จ่ายในจำนวนมากขึ้นด้วย การกำหนดมาตรการช่วยเหลือทางภาษีด้านการเดินทางจึงต้องพิจารณาความสามารถของบุคคลประกอบด้วย เช่น การกำหนดให้อนุญาตหักค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานเป็นค่าใช้จ่ายตามจริง กระนั้น การพิจารณาว่าเงินจำนวนใดเป็นค่าใช้จ่ายเพื่อการเดินทางจริงในทางปฏิบัติ อาจมีความยุ่งยากเนื่องจากการทำงานของผู้มีเงินได้แต่ละคนไม่ได้อยู่ในวันที่และเวลาเดียวกัน เช่น นาย ก. อาจเดินทางเพื่อการทำงานในวันจันทร์ถึงศุกร์ แต่นาย ข. อาจเดินทางออกไปทำงานในวันเสาร์ เป็นต้น ทำให้การพิสูจน์ว่าเป็นค่าใช้จ่ายจริงอาจต้องใช้งบประมาณในการบริหารภาษีที่มาก ไม่สอดคล้องกับหลักความมีประสิทธิภาพในหลักภาษีอากรที่ดีและหลักความประหยัดในหลักการที่ดีเกี่ยวกับการใช้จ่ายสาธารณะ ปัญหาดังกล่าวอาจแก้ไขด้วยการกำหนดการหักค่าใช้จ่ายแบบเหมาสำหรับค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงาน

วิธีการที่น่าสนใจของประเทศฟินแลนด์คือ การกำหนดอัตราที่สามารถหักได้ตามระยะทางที่สั้นที่สุด กำหนดอัตราจากจำนวนค่าเดินทางโดยระบบขนส่งสาธารณะที่ต่ำที่สุด กำหนดเพดานการหัก การกำหนดระยะทางดังกล่าวทำให้ผู้เสียภาษีต้องพิจารณาระยะทางที่สั้นที่สุดในการ

⁷⁶ Reuven Avi-Yonah, Nicola Sartori, and Omri Marian, *Global Perspectives on Income Taxation Law*, p.48.

เดินทางตลอดจนเลือกการใช้บริการขนส่งสาธารณะก่อน ซึ่งอาจจะส่งผลกระทบข้างเคียงในการลดปัญหาการจราจรและปัญหามลพิษจากการใช้รถยนต์ส่วนบุคคลได้อีกด้วย เนื่องจากแรงจูงใจการหักค่าลดหย่อนเต็มจำนวน กระนั้นบริบทประเทศไทยอาจมีความแตกต่างจากประเทศฟินแลนด์ในหลายลักษณะ อาทิ ระบบการขนส่งสาธารณะที่ไม่ครอบคลุม หรือค่าเดินทางด้วยระบบขนส่งสาธารณะต่ำที่สุดอาจไม่ใช่วิธีการที่เหมาะสม เช่น ใช้ระยะเวลามาก ทำให้รัฐบาลจะต้องพิจารณาบริบทของประเทศไทยในลักษณะเช่นนี้ประกอบด้วย เช่น หากปรากฏว่าการเดินทางโดยรถยนต์ส่วนตัวสามารถประหยัดเวลาได้มากกว่าสองชั่วโมงต่อวัน หรือหากปรากฏว่าอัตราค่าเดินทางขั้นต่ำมีจำนวนต่ำกว่าอัตราค่าเดินทางที่บุคคลทั่วไปใช้ในการเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงาน รัฐบาลอาจกำหนดให้ผู้มีเงินได้หักค่าลดหย่อนได้ในอีกอัตราหนึ่ง เป็นต้น

4.4 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการใช้บทบัญญัติว่าด้วยการหักค่าใช้จ่าย

เนื่องจากบทบัญญัติในปัจจุบันเกี่ยวกับการหักค่าใช้จ่ายของผู้มีเงินได้ตามประมวลรัษฎากร มีการแบ่งหลักเกณฑ์ตามประเภทของเงินได้ จึงปรากฏปัญหาว่าหากอนุญาตให้หักค่าใช้จ่ายสำหรับค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานต้องแก้ไขบทบัญญัติอย่างไร ประการแรก การแก้ไขบทบัญญัติเดิมคือ มาตรา 42 ทวิ ถึงมาตรา 48 เช่น เงินได้จากการจ้างแรงงานตามมาตรา 40 (1) อาจถูกหักค่าใช้จ่ายเป็นการเหมาในอัตราร้อยละ 50 แต่ไม่เกิน 100,000 บาท หากประสงค์ให้ผู้มีเงินได้สามารถหักค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานเพิ่มขึ้น รัฐต้องกำหนดให้ผู้เสียภาษีหักจ่ายแบบเหมาในอัตราร้อยละที่สูงขึ้น หรือกำหนดให้สามารถพิสูจน์ได้ตามอัตราที่ได้จ่ายไปจริง แต่การแก้ไขบทบัญญัติเดิมดังกล่าวจะมีผลกระทบไปยังการตีความรายการที่ไม่ได้จ่ายไปเพื่อกิจการโดยเฉพาะตามมาตรา 65 ทวิ และมาตรา 65 ตรี ซึ่งมักจะเป็นบทบัญญัติที่ใช้บังคับโดยอนุโลมสำหรับการหักค่าใช้จ่ายตามจริง เพราะต้องพิจารณาว่าค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานเป็นรายการที่จ่ายเพื่อหากำไรหรือเพื่อกิจการโดยเฉพาะหรือไม่⁷⁷ ประการที่สอง เนื่องจากบทบัญญัติมาตรา 42 ทวิ มิได้กำหนดให้อำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกากำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมเกี่ยวกับจำนวนและวิธีการหักค่าใช้จ่ายสำหรับเงินได้ประเภทที่ 1 และ 2 ดังนั้น การตรากฎหมายในอีกบทบัญญัติหนึ่งแยกต่างหากและกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการแยกต่างหากจากบทบัญญัติเดิม อาจทำให้เกิดความคล่องตัวและสามารถปรับอัตราให้เหมาะสมกับสถานการณ์ได้รวดเร็วและมีประสิทธิภาพมากขึ้น เป็นต้น กระนั้น รัฐจะต้องพิจารณาประเภทและลักษณะของรายการค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานให้สามารถหักค่าใช้จ่ายได้อย่างใดอย่างหนึ่งได้เพียงลักษณะเดียวด้วย เพื่อป้องกันความสับสนในการเลือกการหักค่าใช้จ่ายทั้งสองบทบัญญัติ

⁷⁷ มาตรา 65 ตรี (13) แห่งประมวลรัษฎากร

5. บทสรุป

ในปัจจุบัน ค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานเป็นภาระทางเศรษฐกิจที่มีนัยสำคัญต่อประชาชน โดยเฉพาะในเขตเมืองหลวงอย่างกรุงเทพมหานคร ซึ่งมีค่าใช้จ่ายในการเดินทางสูงกว่าพื้นที่อื่น บทความนี้จึงเสนอแนวทางในการใช้มาตรการทางภาษีเงินได้เพื่อบรรเทาภาระดังกล่าว โดยได้นำตัวอย่างจากต่างประเทศมาประยุกต์ใช้ให้เหมาะสมกับบริบทของประเทศไทยคือ การนำแนวทางจากประเทศฟินแลนด์ที่มีนโยบายช่วยเหลือทางภาษีมาใช้ในประเทศไทยจะสามารถช่วยลดภาระค่าใช้จ่ายในการเดินทางของประชาชนได้ นอกจากนี้ การพัฒนาระบบขนส่งสาธารณะที่มีประสิทธิภาพและครอบคลุมจะเป็นปัจจัยสำคัญที่ช่วยเสริมสร้างคุณภาพชีวิตของประชาชน ทั้งยังส่งเสริมการลดการใช้รถยนต์ส่วนบุคคล ซึ่งเป็นประโยชน์ต่อสิ่งแวดล้อมและลดปัญหาการจราจรติดขัด

การกำหนดมาตรการทางภาษีที่ดีจะต้องพิจารณาตามหลักภาษีอากรที่ดี ได้แก่ หลักความเสมอภาค หลักความแน่นอน หลักความสะดวก และหลักความมีประสิทธิภาพ ควบคู่กับการคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะและความชอบด้วยกฎหมายภาษี เพื่อให้มาตรการดังกล่าวเป็นที่ยอมรับและสามารถนำไปปฏิบัติได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้ การตีความเรื่องค่าใช้จ่ายในการเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานควรมีความชัดเจนและครอบคลุม โดยเฉพาะในด้านการกำหนดขอบเขตและหลักเกณฑ์ในการหักค่าใช้จ่ายทางภาษี เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและลดภาระทางการเงินของผู้เสียภาษีได้อย่างแท้จริง

ดังนั้น การนำมาตรการทางภาษีเพื่อช่วยลดภาระค่าเดินทางระหว่างบ้านและที่ทำงานเป็นแนวทางที่มีความเป็นไปได้และเหมาะสมสำหรับประเทศไทยในปัจจุบัน ทั้งนี้ เพื่อส่งเสริมคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้นของประชาชน ลดภาระทางเศรษฐกิจ และเสริมสร้างระบบขนส่งสาธารณะที่ยั่งยืนและมีประสิทธิภาพในระยะยาว

ความต่อเนื่องของสภาผู้แทนราษฎร :
การออกแบบรัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขวิกฤตประชาธิปไตยไทย*

The Continuity of the House of Representatives :
Designing a Constitution to Solve the Crisis of Democracy
in Thailand

ศุภณัฐ บุญสด
Supanut Boonsod

นักวิชาการ

สำนักบริการวิชาการรัฐสภา สถาบันพระปกเกล้า

Academic

Parliamentary Academic Support, King Prajadhipok's Institute

Corresponding author E-mail: Supanut.bsd@gmail.com

(Received: December 23, 2023; Revised: March 12, 2024; Accepted: April 19, 2024)

บทคัดย่อ

บทความวิชาการชิ้นนี้มุ่งเน้นศึกษาสภาพปัญหาเกี่ยวกับกฎเกณฑ์การเข้าดำรงตำแหน่งและพ้นจากตำแหน่งของสภาผู้แทนราษฎรภายหลังการดำรงวาระครบระยะเวลาตามรัฐธรรมนูญกำหนดและการประกาศยุบสภาที่ทำให้เกิดช่วงเวลาการว่างเว้นของสภาผู้แทนราษฎรในระบกกฏหมายเป็นระยะเวลายาวนาน โดยไม่มีองค์กรใดเข้ามารักษาการแทนเพื่อปฏิบัติหน้าที่สภาผู้แทนราษฎรและรัฐสภาในช่วงเวลาที่ดำเนินการจัดให้มีการเลือกตั้งและการเข้าปฏิบัติหน้าที่ของสภาผู้แทนราษฎรชุดใหม่ สำหรับการศึกษาสภาพปัญหาดังกล่าวอาศัยทฤษฎีความต่อเนื่องของรัฐมาประกอบในการพิจารณา โดยผลการศึกษาพบว่าสภาพปัญหาดังกล่าวได้นำมาสู่ปัญหาทางรัฐธรรมนูญสำคัญสองประการ คือ ปัญหาความไม่ต่อเนื่องในการปฏิบัติภารกิจของรัฐและวิกฤตทางรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาดังกล่าว ด้วยเหตุนี้จึงต้องมีการปรับปรุงกฎเกณฑ์ดังกล่าวให้เกิดความต่อเนื่องระหว่างสภาผู้แทนราษฎรชุดเดิมกับชุดใหม่เกิดขึ้น โดยกำหนดให้หากเป็นกรณี

ดำรงตำแหน่งครบวาระตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดจะต้องมีการดำเนินการจัดการเลือกตั้งสภาผู้แทนราษฎรชุดใหม่ให้เสร็จสิ้นก่อนสภาผู้แทนราษฎรชุดเดิมดำรงตำแหน่งครบวาระและหากเป็นกรณีที่มีการยุบสภาผู้แทนราษฎรต้องกำหนดให้สภาผู้แทนราษฎรชุดเดิมรักษาการแทนต่อไปจนกว่าที่สภาผู้แทนราษฎรชุดใหม่จะเข้าปฏิบัติหน้าที่เพื่อพิทักษ์ระบอบประชาธิปไตยมิให้ล่มสลายลงในช่วงเวลาดังกล่าวเช่นเดียวกับปี พ.ศ. 2549 และ พ.ศ. 2557

คำสำคัญ : การยุบสภาผู้แทนราษฎร, สภาผู้แทนราษฎร, วิฤตทางรัฐธรรมนูญ, ความต่อเนื่องของรัฐ

Abstract

This academic article focuses on studying the problems related to the criteria for assuming and vacating the position of representatives in the legislature after completing their mandated term as stipulated by the constitution, particularly during the period of parliamentary dissolution. This situation often results in a prolonged vacancy in the house of representatives without any organization stepping in to ensure the continued functioning of the legislative body. The study relies on the theory of the continuity of the state to examine these issues.

The research reveals that these problems lead to significant constitutional issues, namely the lack of continuity in the execution of state duties and crises in constitutional principles during these periods. Consequently, there is a need to revise the existing criteria to ensure the smooth transition between the outgoing and incoming sets of representatives. Specifically, in cases where the incumbent representatives complete their term as mandated by the constitution, it is proposed that new elections should be conducted before the outgoing representatives vacate their positions. In the event of parliamentary dissolution, it is suggested that the outgoing representatives should continue to serve until the new representatives assume office, preventing a legislative vacuum. This approach aims to safeguard the democratic system during these critical periods, similar to the situations in the years 2006 and 2014.

Keywords : Dissolution of Parliament, the House of Representatives, Constitutional Crisis, Continuity of the State

1. บทนำ

นับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2548 เป็นต้นมา ประเทศไทยเผชิญกับวิกฤตการเมืองครั้งสำคัญและจบลงด้วยการทำรัฐประหารโดยกองทัพอันนำมาสู่จุดสิ้นสุดของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและระบอบประชาธิปไตยถึงสองครั้งในปี พ.ศ. 2549 และปี พ.ศ. 2557 โดยทั้งสองกรณีดังกล่าว คณะรัฐประหารต่างได้อ้างเหตุแห่งความชอบธรรมในการอาศัยวิธีการนอกรัฐธรรมนูญเข้าควบคุมอำนาจเพื่อเข้ามาแก้ไขวิกฤตการณ์ของประเทศ อย่างไรก็ตามในกรณีของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขที่ยึดอำนาจในวันที่ 19 กันยายน พ.ศ. 2549 ได้อ้างว่ากลไกทางรัฐธรรมนูญ รวมถึงรัฐบาลรักษาการไม่สามารถดำเนินการทางการเมืองเพื่อแก้ไขวิกฤตความขัดแย้งของผู้คนภายในประเทศไทยได้¹ หรือในกรณีของคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่เข้าควบคุมอำนาจในวันที่ 22 พฤษภาคม พ.ศ. 2557 ได้อ้างความจำเป็นที่รักษาความมั่นคงของชาติด้วยการเข้ามายุติความรุนแรงที่เกิดขึ้นในประเทศ² จากข้อเท็จจริงเบื้องต้นสามารถตั้งคำถามทางวิชาการออกมาเบื้องต้นได้หนึ่งคำถามว่าเหตุใดกลไกตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทั้งสองฉบับที่เกิดขึ้นก่อนหน้าการรัฐประหารขาดประสิทธิภาพในการใช้อำนาจรัฐและควบคุมกลไกทางกฎหมายเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐและแก้ไขวิกฤตดังกล่าวตามครรลองในระบอบประชาธิปไตยจะพบว่าก่อนเกิดการรัฐประหารทั้งสองครั้งคณะรัฐมนตรีได้ดำเนินการยุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อคืนอำนาจตัดสินใจในการแก้ไขวิกฤตการณ์ทางการเมืองให้กับประชาชน³

ด้วยข้อเท็จจริงเช่นนี้จึงต้องสำรวจเข้าไปที่รากฐานของปัญหาดังกล่าวผ่านการพิจารณาบทบัญญัติเกี่ยวกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญต่าง ๆ ที่มีบทบาทในการใช้อำนาจในช่วงวิกฤตดังกล่าวอย่างคณะรัฐมนตรีและรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี พ.ศ. 2540 และ ฉบับปี

¹ “แถลงการณ์ คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข,” *ราชกิจจานุเบกษา* เล่มที่ 123 ตอนที่ 95 ก, วันที่ 20 กันยายน 2549, หน้า 14.

² “ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 1/2557 เรื่อง การควบคุมอำนาจปกครองประเทศ,” *ราชกิจจานุเบกษา* เล่มที่ 131 ตอนพิเศษที่ 83 ง, วันที่ 22 พฤษภาคม 2557, หน้า 1-2.

³ “พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549,” *ราชกิจจานุเบกษา* เล่มที่ 123 ตอนที่ 20 ก, วันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2549, หน้า 1-2. และ “พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556,” *ราชกิจจานุเบกษา* เล่มที่ 130 ตอนที่ 155 ก, วันที่ 9 ธันวาคม 2556, หน้า 1-2.

พ.ศ. 2550 โดยปรากฏว่ารัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับได้กำหนดผลในทางกฎหมายภายหลังการประกาศ
ยุบสภาผู้แทนราษฎรในเชิงหลักการเอาไว้ในทำนองเดียวกัน คือ ประการแรก คณะรัฐมนตรีสิ้นสุด
วาระการดำรงตำแหน่งทั้งคณะและเปลี่ยนสถานะไปเป็นคณะรัฐมนตรีรักษาการโดยจะมีขอบเขต
อำนาจที่ลดลงจากสถานะคณะรัฐมนตรีปกติ โดยในรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2540 กำหนดห้ามมิให้
คณะรัฐมนตรีรักษาการใช้อำนาจแต่งตั้ง โยกย้าย หรือสั่งให้ข้าราชการ พนักงานของรัฐ หรือ
พนักงานรัฐวิสาหกิจพ้นจากตำแหน่ง เว้นแต่ได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการการเลือกตั้ง⁴
ปรากฏว่าต่อมาในรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2550 ได้มีการเพิ่มเติมข้อจำกัดดังกล่าวมากยิ่งขึ้นโดย
ห้ามมิให้คณะรัฐมนตรีรักษาการใช้งบประมาณสำรองจ่ายหรือเงินฉุกเฉิน อนุมัติงานหรือโครงการ
ที่ผูกพันต่อคณะรัฐมนตรีชุดต่อไป หรือใช้ทรัพยากรของรัฐเพื่อให้มีผลต่อการเลือกตั้ง⁵ และประการ
ที่สอง สมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจะสิ้นสุดลงทันที โดยที่รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดให้
สมาชิกเดิมรักษาการจนกว่าจะมีสมาชิกชุดใหม่เข้าปฏิบัติหน้าที่ รวมถึงมิได้กำหนดให้มีองค์กรตาม
รัฐธรรมนูญขึ้นมารักษาการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญในเรื่องต่าง ๆ แทนสภาผู้แทนราษฎร⁶ โดย
รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2550 ได้กำหนดหลักการดังกล่าวไว้ในทำนองเดียวกัน⁷ ซึ่งจากผล
ทางกฎหมายทั้งสองประการได้ทำให้องค์กรตามรัฐธรรมนูญที่ใช้อำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติ
อย่างคณะรัฐมนตรีและสภาผู้แทนราษฎรถูกจำกัดอำนาจตามรัฐธรรมนูญลงอย่างมากในช่วงเวลา
ดังกล่าว

จากการวิเคราะห์สภาพปัญหาเช่นนี้จึงทำให้เห็นว่าแม้ในสถานการณ์ที่ประเทศไทยเผชิญ
หน้ากับวิกฤตการณ์ที่กระทบกับความชอบธรรมทางการเมืองของผู้ใช้อำนาจอธิปไตย การยุบสภาผู้แทน
ราษฎรแล้วคืนอำนาจการตัดสินใจแก้ไขปัญหาวิกฤตการณ์ทางการเมืองให้กับประชาชนที่เป็น
เจ้าของอำนาจอำนาจดำเนินการผ่านการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรดังกล่าวจะเป็นไปตามครรลอง
ของระบอบประชาธิปไตย แต่ในทางกลับกันในช่วงเวลารอต่อระหว่างการเปลี่ยนผ่านดังกล่าวกลับ
ปรากฏว่าการออกแบบกลไกตามรัฐธรรมนูญเพื่อจัดการและดำเนินการทางการเมืองเพื่ออำนวยความสะดวก
ให้การเปลี่ยนผ่านดังกล่าวเป็นไปโดยราบรื่นและต่อเนื่องกลับไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร เพื่อแก้
ปัญหาดังกล่าวจึงตั้งคำถามทางวิชาการในบทความชิ้นนี้ว่า เราสามารถออกแบบกลไกเพื่อจัดการ
และดำเนินการทางการเมืองในช่วงรอยต่อระหว่างเปลี่ยนผ่านจากสภาผู้แทนราษฎรที่ถูกยุบไปสู่
สภาผู้แทนราษฎรชุดใหม่อย่างไรที่มีประสิทธิภาพในการแก้ไขวิกฤตการณ์ทางการเมืองตามครรลอง

⁴ มาตรา 215 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

⁵ มาตรา 181 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

⁶ มาตรา 118 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

⁷ มาตรา 106 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

ประชาธิปไตยและป้องกันมิให้เกิดการรัฐประหารมากยิ่งขึ้นหรือไม่ โดยบทความชิ้นนี้จะให้ความสำคัญเฉพาะบทบัญญัติทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับสภาพผู้แทนราษฎรเท่านั้น เพื่อตอบคำถามดังกล่าว บทความวิชาการชิ้นนี้จึงได้แบ่งบทความออกมาเป็น 4 ส่วน ได้แก่ ส่วนที่หนึ่ง การอธิบายทฤษฎีความต่อเนื่องของรัฐที่จะเป็นรากฐานสำคัญในการออกแบบกลไกทางรัฐธรรมนูญใหม่ ส่วนที่สอง เป็นการอภิปรายถึงสภาพปัญหาความเป็นจริงทางการเมืองที่เกิดขึ้นภายหลังการยุบสภาผู้แทนราษฎรในปี พ.ศ. 2549 และปี พ.ศ. 2556 ส่วนที่สาม เป็นการศึกษเปรียบเทียบรัฐธรรมนูญต่างประเทศในเชิงสถาบันว่ามีการออกแบบกลไกทางรัฐธรรมนูญในเรื่องดังกล่าวเป็นกี่ระบบ และส่วนสุดท้าย เป็นการทำข้อเสนอแนะในการยกร่างรัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขวิกฤตทางการเมืองตามครรลองประชาธิปไตยแบบใหม่ในช่วงเปลี่ยนผ่าน

2. ความต่อเนื่องของรัฐในฐานะรากฐานของกฎหมายมหาชนสมัยใหม่

2.1 ข้อพิจารณาเบื้องต้นเกี่ยวกับความต่อเนื่องของรัฐ

พัฒนาการเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนสมัยใหม่โดยเฉพาะในประเทศภาคพื้นยุโรปมีรากฐานอยู่บนข้อความคิดว่าด้วยความเป็นสถาบันของรัฐและการแบ่งแยกระหว่างประโยชน์ส่วนบุคคลกับประโยชน์สาธารณะออกจากกัน เดิมทีข้อความคิดเกี่ยวกับการทำรัฐเป็นสิ่งที่สาธารณะสำหรับประชาชนทุกคนภายในรัฐมีรากฐานมาตั้งแต่ในสมัยโบราณโดยเฉพาะอย่างยิ่งผ่านสาธารณรัฐโรมันผ่านแนวคิดที่เรียกว่า “สิ่งสาธารณะ (Public Thing)” ในฐานะประโยชน์ทางกายภาพและจิตวิญญาณของประชาชนชาวโรมันที่มีร่วมกัน ส่งผลให้มีการแยกสาธารณรัฐโรมันที่เป็นของประชาชนชาวโรมันทุกคนออกจากทรัพย์สินหรือสิ่งที่เป็นของส่วนตัวของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลขนาดเล็กอย่างครอบครัวซึ่งนำมาสู่การแบ่งแยกระหว่างกฎหมายมหาชนอันเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการปกครองของรัฐโรมันและกฎหมายเอกชนที่เกี่ยวกับประโยชน์ของเอกชนออกจากกัน แต่อย่างไรก็ตามแนวคิดดังกล่าวนี้กลับได้สูญสลายลงเมื่อเข้าสู่ยุคกลางภายหลังการล่มสลายของจักรวรรดิโรมันตะวันตก เนื่องจากกลุ่มอนารยชนที่เข้ามาปกครองดินแดนดังกล่าวไม่มีแนวคิดเกี่ยวกับสิ่งสาธารณะ แต่ถือว่าดินแดนที่ดินยึดครองหรืออาณาจักรที่ดินปกครองมีสถานะเป็นทรัพย์สินส่วนบุคคลของผู้ปกครอง⁸

สำหรับแนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะในทำนองเดียวกับยุคโบราณได้ถูกฟื้นคืนกลับมาอีกครั้งเมื่อเข้าสู่ยุคสมัยใหม่ในศตวรรษที่ 16 จุดเริ่มต้นมาจากความต้องการให้ฝ่ายอาณาจักร

⁸ Elisabeth Zoller, *Introduction to Public Law: A Comparative Study*, (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007), p.3-7.

มีอิสระในการปกครองดินแดนและไม่อยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของฝ่ายศาสนาจักรอีกต่อไปผ่านการยกสถานะหน่วยที่ใช้อำนาจปกครองอาณาจักรซึ่งก็คือรัฐให้เป็นสิ่งที่ดำรงอยู่อย่างต่อเนื่องและมั่นคง โดยรัฐจะทำหน้าที่เป็นหน่วยทางปกครองที่บริหารและจัดการผลประโยชน์สาธารณะอันมีลักษณะเป็นผลประโยชน์ที่คนทุกคนมีส่วนร่วม⁹ และประโยชน์สาธารณะดังกล่าวนี้กลายมาเป็นรากฐานในการแบ่งแยกระหว่างกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนสมัยใหม่ออกจากกัน โดยกฎหมายมหาชนภายในประเทศจะประกอบไปด้วยกฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายการคลังสาธารณะ และกฎหมายปกครอง¹⁰

ส่วนวิธีการที่จะทำให้รัฐ (State) เป็นสิ่งที่ดำรงอยู่อย่างมั่นคงและเป็นหน่วยทางปกครองที่ทำหน้าที่ดูแลผลประโยชน์สาธารณะได้อย่างต่อเนื่อง ทางภาคพื้นยุโรปได้มีวิธีการดำเนินการเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวเป็น 3 ขั้นตอน ได้แก่ ขั้นตอนแรก กฎหมายมหาชนสมัยใหม่ได้แบ่งแยกระหว่างรัฐ ผู้ปกครองและรัฐบาลออกจากกัน โดยการทำให้รัฐมีสถานะเป็นสถาบันด้วยการสมมติให้รัฐมีสถานะเป็นบุคคลแยกต่างจากรัฐบาลและผู้ปกครองผ่านการทำให้รัฐเป็นนิติบุคคลขึ้นมา ขั้นตอนที่สอง แก้ปัญหาวิกฤตทางการเมือง (Political Crisis) ในช่วงการเปลี่ยนผ่านทางอำนาจที่มักเกิดขึ้นเป็นประจำในอดีตภายหลังเหตุการณ์ระหว่างกาเสียชีวิตลงของผู้ปกครองอาณาจักรกับการขึ้นสู่อำนาจของผู้ปกครองใหม่ ด้วยการทำให้อำนาจอธิปไตยกลายเป็นสถาบันที่ดำรงอยู่อย่างต่อเนื่องผ่านการแยกรัฐที่เป็นนิติบุคคลกับผู้ปกครองที่เป็นบุคคลธรรมดาออกจากกัน โดยมีจุดเริ่มต้นตั้งแต่ในยุคที่ยุโรปยังคงปกครองด้วยระบอบกษัตริย์ผ่านวลีที่สำคัญอยู่สองประการซึ่งเกิดขึ้นภายใต้หลักการนี้ว่า “พระมหากษัตริย์ทรงสวรรคตแล้ว ขอพระมหากษัตริย์จงทรงพระเจริญ” และ “พระมหากษัตริย์ทรงสวรรคตได้ แต่รัฐของพระองค์จะต้องเป็นอมตะ” ต่อมาเมื่อระบอบประชาธิปไตยเริ่มเข้ามาแทนที่จึงมีการทำให้แนวคิดเกี่ยวกับความเป็นสถาบันของอำนาจอธิปไตยเป็นกลางมากยิ่งขึ้น โดยมุ่งเน้นไปที่ความต่อเนื่องของตำแหน่งและทรัพย์สินสาธารณะที่จะไม่มีวันสะดุดลงแม้ว่าบุคคลธรรมดาที่ดำรงตำแหน่งดังกล่าวพ้นจากตำแหน่งไปมากยิ่งขึ้น และขั้นตอนที่สาม ด้วยผลของการทำให้เกิดการแบ่งแยกระหว่างผู้ปกครองกับรัฐออกจากกันได้นำมาสู่ความต่อเนื่องของอำนาจอธิปไตย กล่าวคือ เมื่อบุคคลธรรมดาที่ดำรงตำแหน่งสาธารณะใดเป็นอันจะต้องพ้นจากตำแหน่งดังกล่าวด้วยสาเหตุใดก็ตามจะมีบุคคลธรรมดาหรือตำแหน่งสาธารณะอื่นเข้ามาดำรงตำแหน่งดังกล่าวไม่ขาดสายเพื่อทำให้รัฐและการใช้อำนาจอธิปไตยมีความต่อเนื่องเสมอ¹¹

⁹ Ibid., p. 11-14.

¹⁰ Ibid., p. 16-18.

¹¹ Olivier Beaud, “Conceptions of the State,” in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, eds. Michel Rosenfeld and Andras Sajó (Oxford: Oxford University Press, 2012), p.269-282.

สำหรับตำแหน่งสาธารณะข้างต้น หากจะกล่าวอย่างเป็นรูปธรรมในทางกฎหมายมหาชน จะหมายถึงองค์กรของรัฐ (State Organs) ซึ่งมีลักษณะเป็นหน่วยย่อยที่รัฐจัดตั้งขึ้นมาเพื่อเป็นเครื่องมือในการดำเนินการกิจของรัฐ¹² ไม่ว่าจะเป็นภารกิจพื้นฐานอย่างการรักษาอธิปไตยของรัฐ จากภัยภายนอกและภัยภายใน หรือภารกิจลำดับรองอย่างการทำให้ชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชน ภายในรัฐให้ดีขึ้น¹³ ส่วนการจัดแบ่งประเภทองค์กรของรัฐตามภารกิจในแนวตั้งจะแบ่งองค์กรของรัฐที่ดำเนินการกิจของรัฐในทางบริหาร ทางนิติบัญญัติ และทางตุลาการ ได้แก่ รัฐสภา ประมุขของรัฐ คณะรัฐมนตรี รวมถึงฝ่ายปกครอง และศาล โดยการพ้นจากตำแหน่งในองค์กรของรัฐข้างต้น ไม่ว่าจะเป็นบุคคลคนเดียวหรือกลุ่มบุคคลของบุคคลธรรมดาที่อยู่ในตำแหน่งดังกล่าวจะต้องมี บุคคลธรรมดาอื่นเข้ามาดำรงตำแหน่งแทนเสมอ หรือในกรณีที่ยังไม่มี การแต่งตั้งบุคคลธรรมดาใด เข้ามาดำรงตำแหน่งแทน ระบบกฎหมายก็จะกำหนดให้บุคคลธรรมดาที่ดำรงตำแหน่งอื่นมาทำหน้าที่แทนไปพลางก่อนเป็นการชั่วคราวผ่านการรักษาราชการแทนหรือการรักษาราชการในตำแหน่ง ทั้งนี้เพื่อให้รัฐดำเนินการกิจไปอย่างต่อเนื่องได้¹⁴

2.2 ร่องรอย “ความต่อเนื่องของรัฐ” ที่ปรากฏในการเข้าดำรงตำแหน่งและ พ้นจากตำแหน่งขององค์กรของรัฐในระบบกฎหมายไทย

แม้ว่าข้อความคิดเกี่ยวกับความเป็นนิติบุคคลของรัฐจะมีได้ถูกพัฒนาขึ้นในประเทศไทย อันเป็นผลสืบเนื่องมาจากไม่ปรากฏความคิดในการแบ่งแยกพระมหากษัตริย์กับรัฐออกจากกัน ในทางกฎหมายมหาชนของประเทศไทยและผลจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 724/2490 ที่วาง แนวว่านิติบุคคลจะถูกจัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ การมีสถานะเป็นนิติบุคคลโดยสภาพ ของรัฐจึงไม่อาจปรากฏในระบบกฎหมายของไทยส่งผลให้ระบบกฎหมายไทยจึงได้มีการดำเนินการ ให้องค์กรของรัฐต่าง ๆ ที่เป็นองค์ประกอบของรัฐมีสถานะเป็นนิติบุคคลขึ้นมาแทน¹⁵ แต่อย่างไรก็ตาม การยอมรับหลักความต่อเนื่องของรัฐก็ยังได้ปรากฏร่องรอยต่าง ๆ ในกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเข้าดำรง ตำแหน่งและพ้นจากตำแหน่งในองค์กรของรัฐทุกฝ่ายในระบบกฎหมายของไทยทั้งระบบ โดยมี รายละเอียดดังนี้

¹² Alf Ross, “On the Concepts “State” and “State Organs” in Constitutional Law”, in *Scandinavian Studies in Law*, 5 (October 1961), p.111-130.

¹³ สมยศ เชื้อไทย, *กฎหมายมหาชนเบื้องต้น*, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560), หน้า 138-139.

¹⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*, (กรุงเทพมหานคร: อ่านกฎหมาย, 2564), หน้า 163-168.

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 96-104.

(1) พระมหากษัตริย์

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกำหนดให้พระมหากษัตริย์เป็นองค์กรของรัฐซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในฐานะประมุขของรัฐ (Head of State)¹⁶ และกำหนดให้การใช้อำนาจรัฐของประชาชนทั้งในส่วนนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการขององค์กรของรัฐอื่น ๆ กระทำในนามพระมหากษัตริย์¹⁷ โดยพระมหากษัตริย์ไม่มีอำนาจดังกล่าวโดยตรงด้วยพระองค์ลำพังเพราะอยู่ภายใต้หลักการพระมหากษัตริย์ไม่อาจกระทำผิด (The King Can Do No Wrong) เนื่องจากไม่ได้กระทำการดังกล่าวด้วยตนเอง แต่อยู่ภายใต้คำแนะนำและยินยอมขององค์กรของรัฐอื่น ๆ ที่ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการซึ่งจะเป็นผู้รับผิดชอบทางกฎหมายและการเมืองแทนพระมหากษัตริย์¹⁸ สำหรับหลักการความต่อเนื่องของรัฐที่ปรากฏในการเข้าดำรงตำแหน่งและพ้นจากตำแหน่งพระมหากษัตริย์สามารถแบ่งออกเป็น 2 กรณี ได้แก่

กรณีแรก กรณีที่ราชบัลลังก์ว่างลง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกำหนดว่าในกรณีพระมหากษัตริย์ในฐานะที่ทรงเป็นบุคคลสวรรคตลง (King) ย่อมไม่กระทบต่อพระมหากษัตริย์ในฐานะตำแหน่ง (The Crown) โดยจะมีพระมหากษัตริย์ในฐานะบุคคลอื่นมาดำรงตำแหน่งพระมหากษัตริย์สืบไปตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนด¹⁹ และหากเกิดกรณีที่พระมหากษัตริย์ในฐานะบุคคลมิสามารถเข้าดำรงตำแหน่งพระมหากษัตริย์ได้ในทันที เพราะอยู่ในระหว่างการดำเนินการตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนด ในช่วงเวลาดังกล่าวรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้มีตำแหน่งที่เรียกว่าผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ชั่วคราวเป็นการชั่วคราวไปพลางก่อนมาปฏิบัติหน้าที่ประมุขของรัฐในช่วงเวลาดังกล่าว โดยองค์กรของรัฐอื่นที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้เข้าปฏิบัติหน้าที่รักษาการแทนพระมหากษัตริย์ในช่วงขณะดังกล่าว คือ ประธานองคมนตรี²⁰

และกรณีที่สอง กรณีที่พระมหากษัตริย์ในฐานะทรงเป็นบุคคลมิสามารถปฏิบัติหน้าที่ประมุขของรัฐได้ โดยสามารถเกิดขึ้นได้ 3 กรณี คือ ไม่ประทับอยู่ในราชอาณาจักร ทรงบริหารพระราชภาระไม่ได้ หรือยังไม่ทรงบรรลุนิติภาวะ รัฐธรรมนูญได้กำหนดกระบวนการให้มีการแต่งตั้งบุคคลหรือคณะบุคคลอื่น ๆ เข้าดำรงผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์เพื่อปฏิบัติหน้าที่ประมุขของรัฐแทนซึ่งจะทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของพระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขของรัฐไม่สะดุดลงเช่นกัน²¹

¹⁶ มาตรา 2 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

¹⁷ มาตรา 3 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

¹⁸ มาตรา 6 มาตรา 81 มาตรา 182 และมาตรา 188 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

¹⁹ มาตรา 21 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

²⁰ มาตรา 22 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

²¹ มาตรา 16 และมาตรา 17 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

และเช่นเดิมในช่วงเวลาที่อยู่ระหว่างดำเนินการแต่งตั้งผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ รัฐธรรมนูญก็ได้กำหนดตำแหน่งผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ชั่วคราวเป็นการชั่วคราวไปพลางก่อนมาปฏิบัติหน้าที่ประมุขของรัฐในช่วงรอยต่อดังกล่าวเหมือนกับกรณีราชบัลลังก์ว่างลง²²

(2) คณะรัฐมนตรี

รัฐธรรมนูญกำหนดให้คณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรของรัฐที่ทำหน้าที่บริหารราชการแผ่นดิน²³ โดยการบริหารราชการแผ่นดินดังกล่าวจะมีความใกล้ชิดกับรัฐสภาอย่างมาก เนื่องจากจะเริ่มปฏิบัติหน้าที่ได้ก็ต่อเมื่อมีการแถลงนโยบายต่อรัฐสภาแล้ว²⁴ นอกจากนี้การเข้าสู่ตำแหน่งและพ้นตำแหน่งของคณะรัฐมนตรีก็มีความเชื่อมโยงกับสภาผู้แทนราษฎรอย่างมาก โดยการเห็นชอบหรือไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีที่มีผลต่อการดำรงอยู่คณะรัฐมนตรีทั้งคณะ ในทางกลับกันการหมดวาระของสภาผู้แทนราษฎรก็มีผลทางกฎหมายให้คณะรัฐมนตรีทั้งคณะพ้นจากตำแหน่งไปด้วยเช่นกัน²⁵ โดยหลักความต่อเนื่องของรัฐที่ปรากฏในเรื่องการเข้าสู่ตำแหน่งและพ้นตำแหน่งของคณะรัฐมนตรีสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 กรณี ดังนี้²⁶

กรณีแรก คณะรัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่งเพราะสภาผู้แทนราษฎรหมดวาระหรือมีการยุบสภาผู้แทนราษฎร รัฐธรรมนูญกำหนดให้คณะรัฐมนตรีชุดเดิมดำรงตำแหน่งเป็น “คณะรัฐมนตรีรักษาการ” เพื่อปฏิบัติหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินต่อไปจนกว่าจะมีคณะรัฐมนตรีชุดใหม่เข้าสู่ตำแหน่ง แต่อย่างไรก็ตามอำนาจของคณะรัฐมนตรีรักษาการจะถูกจำกัดอำนาจลงในบางกรณีตามรัฐธรรมนูญกำหนด

กรณีที่สอง คณะรัฐมนตรีรักษาการลาออกจากตำแหน่งทั้งคณะ รัฐธรรมนูญกำหนดให้องค์กรของรัฐอื่นอย่าง “ปลัดกระทรวง” เข้าปฏิบัติในฐานะคณะรัฐมนตรีเพื่อมิให้การดำเนินการกิจของรัฐเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดินสับสนไปไม่สะดุดหยุดลง

และกรณีที่สาม คณะรัฐมนตรีพ้นออกจากตำแหน่งเพราะอนุมติงบประมาณที่สมาชิกรัฐสภามีผลประโยชน์ทับซ้อนทั้งโดยตรงและโดยอ้อม รัฐธรรมนูญกำหนดให้ปลัดกระทรวงเข้าปฏิบัติแทนเช่นเดียวกับกรณีที่สองจนกว่าคณะรัฐมนตรีชุดใหม่จะเข้าสู่ตำแหน่ง

²² มาตรา 18 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

²³ มาตรา 158 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

²⁴ มาตรา 162 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

²⁵ มาตรา 158 มาตรา 167 และมาตรา 170 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

²⁶ มาตรา 168 และมาตรา 169 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

(3) ฝ่ายปกครอง

องค์กรของรัฐที่เรียกว่า “ฝ่ายปกครอง” เป็นองค์กรของรัฐที่สังกัดอยู่ภายใต้ฝ่ายบริหารซึ่งหากพิจารณาในแนวดิ่งจะประกอบไปด้วยสามส่วน ได้แก่ ส่วนกลางอันประกอบไปด้วยกระทรวงและกรม ส่วนภูมิภาคอันประกอบไปด้วยจังหวัดและอำเภอ และส่วนท้องถิ่นตามหลักการกระจายอำนาจประกอบไปด้วยกรุงเทพมหานคร พัทยา องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล และองค์การบริหารส่วนตำบล²⁷ โดยฝ่ายปกครองจะดำเนินการกิจของรัฐในส่วนที่เรียกว่า “ภารกิจทางปกครอง” อันประกอบไปด้วยการใช้บังคับกฎหมาย จัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน และปฏิบัติงานตามนโยบายการบริหารราชการแผ่นดินของคณะรัฐมนตรี²⁸ สำหรับหลักความต่อเนื่องของรัฐปรากฏอย่างชัดเจนในหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเข้าสู่ตำแหน่งและพ้นจากตำแหน่งของฝ่ายปกครองโดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของการรักษาการแทนตามลำดับดังต่อไปนี้

กรณีส่วนกลาง การจัดโครงสร้างองค์กรอยู่ภายใต้ระบบบังคับบัญชาในลักษณะที่ฝ่ายปกครองมีลำดับชั้นจากระดับสูงลงระดับล่างส่งผลให้พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2535 วางหลักทั่วไปว่าในกรณีที่ฝ่ายปกครองระดับสูงไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ให้ฝ่ายปกครองในลำดับต่ำลงไปหนึ่งชั้นเข้ามาปฏิบัติหน้าที่และดำเนินการกิจทางปกครองสืบเนื่องไปแทน²⁹ ตัวอย่างเช่น หากนายกรัฐมนตรีปฏิบัติหน้าที่ไม่ได้ก็ให้รองนายกรัฐมนตรีช่วยราชการแทน³⁰ หากปลัดกระทรวงปฏิบัติหน้าที่ไม่ได้ก็ให้รองปลัดกระทรวงปฏิบัติหน้าที่แทน³¹ หรือกรณีของอธิบดีปฏิบัติหน้าที่ไม่ได้ก็ให้รองอธิบดีปฏิบัติหน้าที่แทน³²

กรณีส่วนภูมิภาคก็มีลักษณะเช่นเดียวกันกับส่วนกลาง หากเป็นระดับจังหวัดในกรณีที่ตำแหน่งผู้ว่าราชการจังหวัดว่างลง หรือผู้ว่าราชการจังหวัดไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ กฎหมายจะกำหนดให้รองผู้ว่าราชการจังหวัดช่วยราชการแทน³³ ส่วนระดับอำเภอก็วางกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องไปในทำนองเดียวกัน³⁴

²⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, หน้า 164-166.

²⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 407.

²⁹ มาตรา 48 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พุทธศักราช 2535

³⁰ มาตรา 41 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พุทธศักราช 2535

³¹ มาตรา 44 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พุทธศักราช 2535

³² มาตรา 46 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พุทธศักราช 2535

³³ มาตรา 56 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พุทธศักราช 2535

³⁴ มาตรา 64 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พุทธศักราช 2535

และสุดท้ายกรณีส่วนท้องถิ่น เริ่มจากกรุงเทพมหานคร ถ้าเกิดกรณีที่ไม่มีบุคคลดำรงตำแหน่งผู้ว่าราชการจังหวัด หากสาเหตุของการว่างลงของตำแหน่งดังกล่าวมาจากการสิ้นสุดวาระการดำรงตำแหน่ง กฎหมายกำหนดให้ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครที่หมดวาระลงรักษาราชการแทนจนกว่าผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครคนใหม่จะเข้าดำรงตำแหน่งแทน แต่หากสาเหตุมาจากเรื่องอื่น กฎหมายกำหนดให้ปลัดกรุงเทพมหานครปฏิบัติหน้าที่แทนเพื่อให้การดำเนินการกิจของรัฐสืบเนื่องต่อไป³⁵ โดยในส่วนกรณีอื่น ๆ อย่าง แพทย์³⁶ องค์การบริหารราชการส่วนจังหวัด³⁷ เทศบาล³⁸ และองค์การบริหารส่วนตำบล³⁹ ก็กำหนดแนวทางการรักษาราชการแทนผู้บริหารเพื่อให้การดำเนินการกิจของรัฐต่อเนื่องไปในทำนองเดียวกัน

(4) องค์การอิสระตามรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจอธิปไตยขององค์กรของรัฐอื่น ๆ ทั้งสิ้น 5 องค์กร ได้แก่ คณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามทุจริตแห่งชาติ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ โดยหากเกิดกรณีที่บุคคลที่ดำรงตำแหน่งในองค์กรดังกล่าวพ้นออกจากตำแหน่งโดยที่กระบวนกรสรรหาและเห็นชอบบุคคลเข้าดำรงตำแหน่งตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดยังไม่เสร็จสิ้น รัฐธรรมนูญได้กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการรักษาราชการแทนเป็นการทั่วไปบนพื้นฐานหลักความต่อเนื่องของรัฐเพื่อดำเนินการกิจตรวจสอบการใช้อำนาจอธิปไตยต่อไป ผ่านการกำหนดให้บุคคลอื่นที่ยังดำรงตำแหน่งอยู่ปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้⁴⁰ แต่หากเกิดกรณีที่องค์ประกอบขององค์กรดังกล่าวไม่ครบตามที่กฎหมายกำหนดและไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ รัฐธรรมนูญก็ได้กำหนดให้ประธานศาลปกครองสูงสุดและประธานศาลฎีกาแต่งตั้งบุคคลที่มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่กฎหมายกำหนดเข้าปฏิบัติหน้าที่แทนชั่วคราวจนกว่าจะมีการแต่งตั้งบุคคลใหม่เข้ามาปฏิบัติหน้าที่ไว้เช่นกัน⁴¹

³⁵ มาตรา 54 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพ พุทธศักราช 2528

³⁶ มาตรา 50 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองแพทย์ พุทธศักราช 2542

³⁷ มาตรา 36 พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พุทธศักราช 2540

³⁸ มาตรา 48 ปัญญัติ พระราชบัญญัติเทศบาล พุทธศักราช 2496

³⁹ มาตรา 64 พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนตำบล พุทธศักราช 2537

⁴⁰ มาตรา 218 ประกอบด้วยมาตรา 208 และมาตรา 209 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

⁴¹ มาตรา 218 ประกอบด้วยมาตรา 214 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

(5) ศาล

ศาลเป็นองค์กรของรัฐที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาข้อพิพาททางกฎหมายในลักษณะต่าง ๆ ทั้งคดีอาญา คดีแพ่ง คดีปกครอง และคดีรัฐธรรมนูญ⁴² โดยศาลในระบบกฎหมายไทยที่ทำหน้าที่ดังกล่าวประกอบไปด้วยศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลรัฐธรรมนูญ สำหรับหลักความต่อเนื่องของรัฐก็ได้ปรากฏในกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเข้าดำรงตำแหน่งและการพ้นจากตำแหน่งของผู้พิพากษา และตุลาการในแต่ละศาลอย่างชัดเจนไว้สองกรณี เริ่มจากกรณีแรก คือ ศาลรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญกำหนดให้ตุลาการที่พ้นจากตำแหน่งตามวาระจะต้องรักษาการเพื่อปฏิบัติหน้าที่ต่อไปจนกว่าตุลาการคนใหม่จะเข้าปฏิบัติหน้าที่⁴³ หรือเป็นกรณีที่พ้นจากตำแหน่งด้วยเหตุอื่นก่อนหมดวาระโดยไม่สามารถรักษาการแทนต่อไปได้และกระหนาบต่อองค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญจนไม่สามารถดำเนินการกิจของรัฐได้ รัฐธรรมนูญก็ได้กำหนดให้ประธานศาลปกครองสูงสุดและศาลฎีกาแต่งตั้งบุคคลอื่นดำรงตำแหน่งชั่วคราวได้จนกว่าจะสรรหาตุลาการเข้าดำรงตำแหน่งได้ตามรัฐธรรมนูญกำหนด⁴⁴ และกรณีที่สอง ศาลยุติธรรมได้ปรากฏว่าหากเกิดกรณีที่ประธานศาลฎีกา ประธานศาลอุทธรณ์ และอธิบดีศาลชั้นต้นพ้นจากตำแหน่งโดยยังไม่มีบุคคลใดเข้ามาดำรงตำแหน่งแทนหรือไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ กฎหมายกำหนดให้องค์กรเจ้าหน้าที่อื่นอย่างรองประธานศาลฎีกา รองประธานศาลอุทธรณ์ และรองอธิบดีศาลชั้นต้นเข้ารักษาการเพื่อปฏิบัติหน้าที่แทนสืบไป⁴⁵

3. การยุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อแก้ไขวิกฤตการเมือง : จุดเริ่มต้นของวิกฤตทางรัฐธรรมนูญที่นำมาสู่การรัฐประหาร?

3.1 กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเข้าดำรงตำแหน่งและพ้นจากตำแหน่งของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

หากพิจารณาแยกเฉพาะกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเข้าดำรงตำแหน่งขององค์กรของรัฐที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 จะพบว่าแม้รัฐธรรมนูญในบทบัญญัติจะกำหนดให้ระบอบการปกครองของประเทศอยู่ภายใต้หลักการประชาธิปไตย (Democratic Principle)⁴⁶

⁴² วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, หน้า 413.

⁴³ มาตรา 208 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

⁴⁴ มาตรา 214 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

⁴⁵ มาตรา 8 พระธรรมนูญศาลยุติธรรม

⁴⁶ มาตรา 2 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ซึ่งโดยหลักการแล้วต้องกำหนดให้อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน⁴⁷ และรัฐธรรมนูญต้องออกแบบโครงสร้างและกระบวนการต่าง ๆ เพื่อให้เกิดการปกครองตนเองของประชาชนผ่านการเลือกตั้งและระบบผู้แทนของประชาชน⁴⁸ ทั้งนี้ เพื่อเชื่อมโยงประชาชนที่เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยกับองค์กรของรัฐที่เป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยเข้าด้วยกันจนทำให้องค์กรของรัฐภายใต้ระบบกฎหมายดังกล่าวได้รับความชอบธรรมทางประชาธิปไตยโดยตรงกล่าวคือได้รับการเลือกจากประชาชนและโดยอ้อมกล่าวคือได้รับการแต่งตั้งจากองค์กรที่ประชาชนเลือก⁴⁹ แต่ปรากฏว่าในรายละเอียดของรัฐธรรมนูญกลับพบว่ามีองค์กรของรัฐเพียงองค์กรเดียวที่ถือว่ามีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยโดยตรงก็คือสภาผู้แทนราษฎรเท่านั้น ในขณะที่นายกรัฐมนตรีตามบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญก็ยังประสบปัญหาความชอบธรรมทางประชาธิปไตยโดยอ้อมอยู่บางประการ เนื่องจากวุฒิสภามีส่วนร่วมในการแต่งตั้งด้วย⁵⁰ สำหรับกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเข้าดำรงตำแหน่งและพ้นจากตำแหน่งของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันตั้งอยู่บนหลักการเดียวกันกับรัฐธรรมนูญฉบับถาวรทุกฉบับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2489 เป็นต้นมา รวมถึงฉบับปี พ.ศ. 2540 และฉบับปี พ.ศ. 2550 จะมีความแตกต่างเฉพาะจำนวนสมาชิกและประเภทสมาชิกเท่านั้น โดยมีรายละเอียด ดังนี้

(1) การเข้าดำรงตำแหน่ง

รัฐธรรมนูญกำหนดให้สภาผู้แทนราษฎรเป็นองค์กรย่อยขององค์กรหนึ่งของรัฐสภา⁵¹ โดยสภาผู้แทนราษฎรมีลักษณะเป็นองค์กรกลุ่ม (Collegial Organ) ที่ประกอบไปด้วยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวน 500 คนซึ่งแบ่งเป็นประเภทสมาชิกที่มาจากการเลือกตั้งจากประชาชนแบบแบ่งเขตเลือกตั้งจำนวน 350 คนและมาจากการเลือกตั้งของประชาชนแบบบัญชีรายชื่อ จำนวน 150 คน⁵² สำหรับกระบวนการเลือกตั้งตามรัฐธรรมนูญจะอยู่ภายใต้หลักการพื้นฐานสองประการ คือ เป็นการเลือกตั้งโดยตรงและเป็นการเลือกตั้งโดยลับ⁵³ อันเป็นการเลือกตั้งที่ไม่มีคนกลางมาแสดงเจตนากำหนดตัวผู้แทนอีกทอดหนึ่งแทนประชาชนกับบุคคลอื่นไม่สามารถรับรู้การลงคะแนนเสียงผู้มีสิทธิ

⁴⁷ ทศพล แสงสวัสดิ์, *หลักการพื้นฐานแห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญ*, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2566), หน้า 201-203.

⁴⁸ Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, (London: Duke University Press, 1989), p.170.

⁴⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*, หน้า 338-339.

⁵⁰ มาตรา 269 และมาตรา 272 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

⁵¹ มาตรา 79 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

⁵² มาตรา 83 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

⁵³ มาตรา 85 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

เลือกตั้งได้⁵⁴ โดยวาระการดำรงตำแหน่งของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรถูกกำหนดไว้เป็นระยะเวลา 4 ปีนับตั้งแต่วันเลือกตั้ง⁵⁵ นอกจากนี้รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้บุคคลที่จะมีสิทธิสมัครเพื่อรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจะต้องเป็นบุคคลที่มีสัญชาติไทย อายุ 25 ปีขึ้นไป โดยต้องสังกัดพรรคการเมืองและมีความเชื่อมโยงกับเขตที่ลงสมัครรับเลือกตั้งตามระยะเวลาและเงื่อนไขที่กำหนด⁵⁶

(2) การพ้นจากตำแหน่ง

เหตุแห่งการพ้นจากตำแหน่งของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้สามารถแยกพิจารณาออกมาได้เป็น 3 เหตุ ได้แก่⁵⁷

เหตุแรกเป็นการพ้นจากตำแหน่งโดยผลของการตาย

เหตุที่สองเป็นการพ้นจากตำแหน่งโดยผลของการแสดงเจตนา ประกอบไปด้วยการลาออกจากตำแหน่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการลาออกจากการเป็นสมาชิกของพรรคการเมืองที่ตนสังกัดเมื่อลงสมัครเพื่อรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร

และเหตุที่สามเป็นการพ้นจากตำแหน่งโดยผลของกฎหมาย ประกอบไปด้วย การสิ้นสุดวาระการดำรงตำแหน่ง การยุบสภาผู้แทนราษฎร การขาดประชุมเกินกำหนดเวลาที่รัฐธรรมนูญกำหนด การขาดคุณสมบัติ การมีลักษณะต้องห้าม การกระทำการฝ่าฝืนข้อห้ามของรัฐธรรมนูญ การขาดจากสมาชิกพรรคการเมืองที่ตนสังกัด เนื่องจากถูกระงับการเป็นสมาชิกพรรคให้พ้นจากการเป็นสมาชิกหรือพรรคการเมืองดังกล่าวถูกคำสั่งยุบแล้วสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไม่สามารถหาพรรคการเมืองสังกัดได้ตามระยะเวลาที่กำหนดการต้องคำพิพากษาศาลถึงที่สุดให้จำคุก

3.2 ปัญหาความไม่ต่อเนื่องของสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

เมื่อพิจารณาเกี่ยวกับกฎเกณฑ์การเข้าดำรงตำแหน่งและพ้นจากตำแหน่งของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรโดยอาศัยหลักความต่อเนื่องของรัฐมาเป็นกรอบในการพิจารณา ผู้เขียนเห็นว่านอกจากการพ้นจากตำแหน่งโดยการสิ้นสุดวาระและการยุบสภาผู้แทนราษฎรอันเป็นการพ้นจากตำแหน่งทั้งองค์กรของสภาผู้แทนราษฎรแล้ว การพ้นจากตำแหน่งของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร

⁵⁴ ราษฎร ศิริยุทธวัฒนา, การคัดค้านผลการเลือกตั้งโดยผู้มีสิทธิเลือกตั้ง, (กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2561), หน้า 71-72.

⁵⁵ มาตรา 99 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

⁵⁶ มาตรา 97 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

⁵⁷ มาตรา 101 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

เป็นรายบุคคลด้วยเหตุอื่น ๆ ไม่มีปัญหาเรื่องความต่อเนื่องของรัฐ เพราะรัฐธรรมนูญกำหนดให้สมาชิกเท่าที่เหลืออยู่ปฏิบัติหน้าที่ในฐานะสภาผู้แทนราษฎรสืบเนื่องต่อไปได้ในระหว่างที่มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแทนที่ว่างลง⁵⁸

แต่หากเป็นกรณีของการยุบสภาผู้แทนราษฎรและการสิ้นสุดวาระการดำรงตำแหน่งของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหลังจากพ้นระยะเวลา 4 ปีนับตั้งแต่วันเลือกตั้ง ปรากฏว่าในช่วงระยะเวลาเปลี่ยนผ่านทางอำนาจระหว่างสภาผู้แทนราษฎรชุดเดิมและการเข้าปฏิบัติหน้าที่ของสภาผู้แทนราษฎรชุดใหม่ รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการรักษาการแทนเอาไว้ โดยช่วงระยะเวลาที่ระบบกฎหมายไทยมิได้มีองค์กรของรัฐที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยโดยตรงเพียงองค์กรเดียวที่เหลืออยู่ปฏิบัติหน้าที่และดำเนินการกิจของรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดหรือมีองค์กรอื่นดำเนินการแทนถือว่เป็นช่วงระยะเวลาที่ค่อนข้างยาวนานเมื่อพิจารณาจากกรอบระยะเวลาต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ได้แก่ ช่วงการกำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั่วประเทศใหม่ภายใน 45-60 วัน⁵⁹ โดยคณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจกำหนดวันเลือกตั้งเกินกรอบระยะเวลาที่กำหนดได้ หากเกิดเหตุที่ไม่สามารถจัดการเลือกตั้งในวันดังกล่าวได้⁶⁰ นอกจากนี้ คณะกรรมการการเลือกตั้งยังมีอำนาจตรวจสอบเบื้องต้นก่อนประกาศผลเลือกตั้งได้เป็นระยะเวลาสูงสุดถึง 60 วันนับตั้งแต่วันเลือกตั้งอีกด้วยซึ่งจะกระทบต่อระยะเวลาการเริ่มปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรชุดใหม่โดยตรง⁶¹

โดยสรุปรวมแล้วจะมีระยะเวลาตามขั้นตอนปกติสูงสุดระหว่าง 105 วันถึง 120 วันนับตั้งแต่วันพ้นจากตำแหน่งของสภาผู้แทนราษฎรทั้งองค์กรที่ระบบรัฐธรรมนูญของประเทศไทยเว้นว่างให้เกิดช่วงเวลาที่ไม่มีสภาผู้แทนราษฎรปฏิบัติหน้าที่และดำเนินการกิจของรัฐตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด นอกจากนี้ หากเกิดกรณีพิเศษที่มีสาเหตุมาจากการกระทำของบุคคล เหตุสุดวิสัย หรือการใช้อำนาจรัฐขององค์กรของรัฐอื่นมากระทบจนเป็นเหตุทำให้ไม่สามารถดำเนินการจัดการเลือกตั้งตามวันเวลาที่กำหนดไว้ภายใต้กรอบปกติได้ รัฐธรรมนูญก็มอบอำนาจให้คณะกรรมการการเลือกตั้งสั่งขยายกรอบระยะเวลาได้เกินกว่าช่วงเวลาปกติได้อีกจนกว่าเหตุดังกล่าวจะสิ้นสุดได้ ผู้เขียนเห็นว่ากฎเกณฑ์ที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการพ้นจากตำแหน่งของสภาผู้แทนราษฎรโดยการยุบสภาหรือการสิ้นสุดวาระและการไม่มีกฎเกณฑ์ในรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการให้สภาผู้แทนราษฎร

⁵⁸ มาตรา 83 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

⁵⁹ มาตรา 102 และมาตรา 103 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

⁶⁰ มาตรา 104 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

⁶¹ มาตรา 85 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

หรือองค์กรของรัฐอื่นรักษาการแทนเพื่อปฏิบัติหน้าที่สภาผู้แทนราษฎรไม่สอดคล้องกับหลักความต่อเนื่องของรัฐที่ปรากฏในระบบกฎหมายไทยทั้งระบบอย่างรุนแรง ทั้งที่ สภาผู้แทนราษฎรมีสถานะตามรัฐธรรมนูญเป็นผู้แทนของปวงชนชาวไทย⁶² และเป็นองค์กรของรัฐเดียวที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยโดยตรง รวมถึงมีอำนาจหน้าที่ที่สำคัญอย่างมากในรัฐธรรมนูญ โดยความไม่สอดคล้องกับหลักการความต่อเนื่องของรัฐอย่างร้ายแรงของการพ้นจากตำแหน่งของสภาผู้แทนราษฎรซึ่งไม่ปรากฏในกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการพ้นจากตำแหน่งขององค์กรอื่น ๆ ในระบบกฎหมายไทยได้นำมาสู่ปัญหาในทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญอยู่ 2 ประการ คือ ปัญหาในแง่การดำเนินการกิจของรัฐตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไม่ต่อเนื่องและปัญหาในแง่การเกิดวิกฤตทางรัฐธรรมนูญภายหลังการยุบสภาผู้แทนราษฎร

(1) ปัญหาในแง่การดำเนินการกิจของรัฐตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไม่ต่อเนื่อง

สถานะทางองค์กรของสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในอดีตและปัจจุบัน หากพิจารณาโดยอาศัยบทบาทการปฏิบัติหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญมาเป็นเกณฑ์จะพบว่าสภาผู้แทนราษฎรมีการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะ “สภาผู้แทนราษฎร” ในฐานะองค์กรย่อยของรัฐสภา โดยเฉพาะกับการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะ “รัฐสภา” ร่วมกับวุฒิสภา ด้วยเหตุนี้ ความไม่ต่อเนื่องของสภาผู้แทนราษฎรที่เกิดขึ้นภายหลังการยุบสภาผู้แทนราษฎรหรือการสิ้นสุดวาระการดำรงตำแหน่งจึงกระทบต่อการดำเนินการกิจของรัฐอย่างต่อเนื่องโดยสององค์กรที่มีสถานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มีอำนาจหน้าที่ในการก่อตั้งเจตจำนงทางการเมืองและกำหนดทิศทางของรัฐไปในคราวเดียวกัน⁶³ โดยเราสามารถแยกพิจารณาแต่ละประเด็นโดยละเอียด ดังนี้

(1.1) รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดให้มีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรรักษาการแทน

ภารกิจของสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญที่จะไม่ถูกดำเนินการอย่างต่อเนื่องภายหลังจากการพ้นจากตำแหน่งทั้งองค์กรด้วยการประกาศยุบสภาและสิ้นสุดวาระการดำรงตำแหน่งจนกระทบต่อการดำเนินการกิจของรัฐที่สำคัญซึ่งมีรากฐานทางทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจแบบรัฐสภา (Parliament Systems) ซึ่งกำหนดให้ฝ่ายบริหารต้องบริหารประเทศโดยตั้งอยู่บนความไว้วางใจของรัฐสภา เราสามารถแยกการพิจารณาออกเป็น 3 ภารกิจ ได้แก่ ภารกิจด้านแต่งตั้งและถอดถอนคณะรัฐมนตรี ภารกิจด้านนิติบัญญัติ และภารกิจในการควบคุมการบริหารราชการแผ่นดิน⁶⁴

⁶² มาตรา 114 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

⁶³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, องค์กรอิสระตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, (กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการวิจัยและสัมมนา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 4-5.

⁶⁴ Anthony W. Bradley and Cesare Pinelli, “Parliamentarism,” in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, eds. Michel Rosenfeld and Andras Sajó (Oxford: Oxford University Press, 2012), p.650-670.

สำหรับภารกิจแรก การดำเนินการแต่งตั้งและถอดถอนนายกรัฐมนตรี เนื่องจากรัฐธรรมนูญกำหนดให้พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีที่มาจากการลงมติเห็นชอบโดยเสียงข้างมากเกินกึ่งหนึ่งของสภาผู้แทนราษฎร⁶⁵ และกำหนดการลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีโดยสภาผู้แทนราษฎรยังมีผลทางรัฐธรรมนูญทำให้คณะรัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่งทั้งหมด⁶⁶ ส่วนภารกิจที่สอง การดำเนินการกระบวนการนิติบัญญัติในการพิจารณาและเห็นชอบทั้งพระราชบัญญัติทั่วไปและพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณโดยสภาผู้แทนราษฎร และสภาผู้แทนราษฎรมีส่วนสำคัญอย่างยิ่งในกระบวนการดังกล่าว เพราะเป็นผู้มีสิทธิเสนอร่างพระราชบัญญัติ เป็นผู้มีสิทธิพิจารณาร่างพระราชบัญญัติก่อนเป็นองค์กรแรกเสมอ และเป็นผู้มีสิทธิลงมติชี้ขาดต่อร่างพระราชบัญญัติในกรณีที่สภาผู้แทนราษฎรกับวุฒิสภาลงมติขัดแย้งกัน⁶⁷ และภารกิจสุดท้าย การดำเนินการตรวจสอบและติดตามการบริหารราชการแผ่นดินของคณะรัฐมนตรีประกอบไปด้วยกระทู้ถาม การสอบถามข้อเท็จจริงโดยคณะกรรมการ อภิปรายทั่วไปและอภิปรายไม่ไว้วางใจโดยสภาผู้แทนราษฎร⁶⁸ โดยหากเกิดข้อเท็จจริงทางสังคมและการเมืองใดที่จำเป็นต้องอาศัยภารกิจทั้งสามด้านเพื่อแก้ไขวิกฤตใดให้เป็นไปตามครรลองของระบอบประชาธิปไตยและรัฐธรรมนูญตามปกติในช่วงเวลาเปลี่ยนผ่านดังกล่าวก็จะไม่สามารถดำเนินการได้ในห้วงเวลาดังกล่าวและสามารถนำมาสู่วิกฤตทางรัฐธรรมนูญได้ในท้ายที่สุด

(1.2) รัฐสภาไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด

สำหรับภารกิจของรัฐสภาที่จะได้รับผลกระทบไม่สามารถถูกดำเนินการอย่างต่อเนื่อง เพราะการยุบสภาผู้แทนราษฎรและการสิ้นสุดวาระการดำรงตำแหน่ง เนื่องจากรัฐธรรมนูญกำหนดให้รัฐสภาประกอบด้วยทั้งสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา⁶⁹ โดยได้มีการกำหนดภารกิจของรัฐที่สำคัญยิ่งบางประการที่เกี่ยวข้องกับประมุขของรัฐ การดำเนินกิจการป้องกันภัยภายนอกของรัฐ การบริหารราชการแผ่นดินของคณะรัฐมนตรีและการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่สำคัญยิ่งของรัฐให้ต้องดำเนินการประชุมร่วมกันโดยทั้งสองสภาในนามรัฐสภาเท่านั้น ได้แก่ การพิจารณาเห็นชอบแต่งตั้งผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์โดยองคมนตรี การปฏิญาณตนของผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ต่อรัฐสภา การรับทราบการแก้ไขกฎหมายเพื่อรับทราบว่าการสืบทอดสันตติวงศ์ การรับทราบหรือให้

⁶⁵ มาตรา 158 ประกอบด้วยมาตรา 159 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

⁶⁶ มาตรา 168 และมาตรา 170 (3) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

⁶⁷ มาตรา 133 มาตรา 136 มาตรา 137 มาตรา 138 มาตรา 139 และมาตรา 141 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

⁶⁸ มาตรา 129 มาตรา 150 มาตรา 151 และมาตรา 152 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

⁶⁹ มาตรา 78 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ความเห็นชอบในการสืบราชสมบัติของพระมหากษัตริย์ การรับการแถลงนโยบายของคณะรัฐมนตรี เพื่อเป็นเงื่อนไขตามรัฐธรรมนูญให้เข้าปฏิบัติหน้าที่ได้ การเห็นชอบพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ การให้ความเห็นชอบในการประกาศสงคราม การให้ความเห็นชอบหนังสือสัญญา และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ⁷⁰ ผลของการที่ไม่มีสภาผู้แทนราษฎรปฏิบัติหน้าที่และไม่มืองค์กรของรัฐอื่นใดรักษาการแทนสภาผู้แทนราษฎร รวมถึงไม่มีบทบัญญัติให้วุฒิสภาปฏิบัติหน้าที่ในนามวุฒิสภาในช่วงเวลาดังกล่าวแทนได้จึงเป็นผลให้เมื่อเกิดข้อเท็จจริงทางสังคมและการเมืองใดที่จำเป็นต้องดำเนินการกิจดังกล่าวเป็นการด่วนเพื่อให้เกิดการสืบเนื่องในการดำรงตำแหน่งต่าง ๆ หรือการดำเนินการที่สำคัญยิ่งของรัฐขึ้นมา การไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวของรัฐสภาตามครรลองของระบอบประชาธิปไตยและรัฐธรรมนูญปกติได้ย่อมสร้างผลกระทบเกี่ยวกับความต่อเนื่องของรัฐที่ปรากฏในกฎเกณฑ์กับการเข้าดำรงตำแหน่ง การพ้นจากตำแหน่ง และการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรของรัฐอื่น ๆ ในระบบกฎหมายไทยตามไปด้วย

(2) ปัญหาในแง่การเกิดวิกฤตทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Crisis) ภายหลังการยุบสภาผู้แทนราษฎร

สำหรับความหมายของวิกฤตทางรัฐธรรมนูญ หากเริ่มนิยามจากความหมายของวิกฤต (Crisis) เสียก่อนโดยภาพรวมแล้ววิกฤตมักจะเป็นสถานการณ์หนึ่งที่เป็นภาพแทนของการล่มสลายของดุลยภาพทางอำนาจหรือการสูญเสียอำนาจน่าเหนือสังคมของหลักการ คุณค่าหรือกฎเกณฑ์ที่สำคัญบางประการ ส่งผลให้วิกฤตทางรัฐธรรมนูญก็อยู่ภายใต้กรอบนิยามดังกล่าวเช่นกัน เพียงแต่ว่าผลลัพธ์ของวิกฤตทางรัฐธรรมนูญจะมีลักษณะเฉพาะตรงที่วิกฤตดังกล่าวได้นำมาสู่ความขัดแย้งที่ทำให้ความชอบธรรมของการใช้อำนาจรัฐโดยผู้เล่นทางการเมืองและสถาบันทางการเมืองตามรัฐธรรมนูญสูญสิ้นลง กระทั่งกลไกตามรัฐธรรมนูญไม่อาจแก้ปัญหาหรือตอบสนองต่อวิกฤตดังกล่าวได้ อันนำมาสู่การล่มสลายลงของรัฐธรรมนูญในท้ายที่สุด โดยวิกฤตทางรัฐธรรมนูญดังกล่าวนี้จะเกิดขึ้นจากการกระทำของมนุษย์เท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความแตกต่างระหว่างวิกฤตทางรัฐธรรมนูญกับสถานการณ์ฉุกเฉิน (Emergency) เนื่องจากสถานการณ์ดังกล่าวนอกจากเกิดจากการกระทำของมนุษย์แล้วยังสามารถเกิดได้จากเหตุสุดวิสัย (Acts of God) ได้ด้วย สำหรับสาเหตุของวิกฤตทางรัฐธรรมนูญสามารถมีที่มาได้จาก 3 สาเหตุ ได้แก่ สาเหตุแรก การที่ผู้เล่นทางการเมืองหรือสถาบันทางการเมืองใช้อำนาจเกินกว่าที่รัฐธรรมนูญมอบอำนาจไว้ให้ หรือสาเหตุที่สอง การที่ผู้เล่นทางการเมืองหรือสถาบันทางการเมืองใช้อำนาจน้อยกว่าที่รัฐธรรมนูญกำหนด หรือสาเหตุที่สาม ความขัดแย้งทางการเมืองที่เกินกว่ากรอบความขัดแย้งตามรัฐธรรมนูญและการเมืองทั่วไป โดยเป็น

⁷⁰ มาตรา 156 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

รูปแบบความขัดแย้งที่คู่ขัดแย้งแต่ละฝ่ายต่างอ้างว่าตัวเองปกป้องรัฐธรรมนูญ กล่าวหาว่าอีกฝ่ายกระทำการละเมิดต่อรัฐธรรมนูญหรือใช้อำนาจโดยมิชอบ ซึ่งคู่ขัดแย้งในความขัดแย้งนี้มีความมุ่งมั่นที่จะทำให้อีกฝ่ายพ่ายแพ้โดยใช้วิธีการต่อสู้เคลื่อนออกไปจากกรอบความขัดแย้งทางการเมืองปกติอันนำไปสู่การทำให้ระบบรัฐธรรมนูญล้มเหลวลงในที่สุด⁷¹

โดยเมื่อนำมาพิจารณาประกอบกับเหตุการณ์ในอดีต ผู้เขียนเห็นว่าปัญหาความไม่ต่อเนื่องของสภาผู้แทนราษฎรที่เกิดขึ้นภายหลังการยุบสภาเพื่อแก้ไขปัญหาทางการเมืองนับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2548 ได้กลายมาเป็นสาเหตุหนึ่งที่น่ามาสู่วิกฤตทางรัฐธรรมนูญและส่งผลให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยก่อนปี พ.ศ. 2560 ถึงสองฉบับต้องสิ้นสุดลง เนื่องจากสภาผู้แทนราษฎรและรัฐสภาไม่สามารถใช้อำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญเพื่อตอบสนองต่อวิกฤตความขัดแย้งทางการเมืองในช่วงเวลาเปลี่ยนผ่านดังกล่าวได้อย่างครบถ้วนตามวัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญจนส่งผลให้กลไกตามรัฐธรรมนูญปกติดำเนินการไม่ได้ในท้ายที่สุดในเหตุการณ์วิกฤตทางรัฐธรรมนูญดังต่อไปนี้

(2.1) วิกฤตทางรัฐธรรมนูญและการสิ้นสุดลงของรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540

ความขัดแย้งทางการเมืองในระหว่างปี พ.ศ. 2548 – 2549 ที่นำมาสู่วิกฤตทางรัฐธรรมนูญและนำมาสู่จุดสิ้นสุดของรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 มีจุดเริ่มต้นมาจากผลการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในปี พ.ศ. 2548 ที่พรรคไทยรักไทยได้รับการลงคะแนนเสียงจากประชาชนอย่างท่วมท้นจนสามารถจัดตั้งรัฐบาลพรรคเดียวได้สำเร็จ แต่ด้วยปัญหาการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับการจำกัดเสรีภาพของสื่อสารมวลชนและปัญหาเกี่ยวกับการขายหุ้นกลุ่มบริษัทชินคอร์ปในตลาดหลักทรัพย์โดยไม่เสียภาษีจนทำให้เกิดกระแสความไม่พอใจต่อรัฐบาลจนเกิดการชุมนุมของประชาชนจำนวนมากที่ต้องการขับไล่รัฐบาลซึ่งต่อมาถูกเรียกว่าพันธมิตรประชาชนเพื่อประชาธิปไตย⁷²

การยุบสภาผู้แทนราษฎรในวันที่ 24 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2549 เพื่อคืนอำนาจตัดสินใจให้กับประชาชนที่เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยตัดสินใจเกี่ยวกับความขัดแย้งทางการเมืองควรออกมาในรูปแบบทิศทางใด โดยกำหนดให้มีการเลือกตั้งและการเข้าปฏิบัติหน้าที่หน้าที่ของสภาผู้แทนราษฎรชุดใหม่ภายในวันที่ 2 เมษายนและ 2 พฤษภาคม พ.ศ. 2549 ตามลำดับ⁷³ ถือว่าเป็นกลไกทาง

⁷¹ Sanford Levinson and Jack M. Balkin, “Constitutional Crises”, in *University of Pennsylvania Law Review*, 157, 3 (February 2009), p.707-753.

⁷² Chris Baker and Pasuk Phongpaichit, *A History of Thailand*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2022), p.302-305.

⁷³ “แถลงการณ์สำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง การยุบสภาผู้แทนราษฎรและการกำหนดวันเลือกตั้ง,” *ราชกิจจานุเบกษา* เล่มที่ 123 ตอนพิเศษที่ 23 ก, วันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2549, หน้า 3-6.

รัฐธรรมนูญที่รัฐบาล ณ ขณะนั้น เลือกใช้เป็นวิธีการโต้ตอบกลับกลุ่มผู้ชุมนุมเพื่อแสดงให้เห็นว่าประชาชนส่วนใหญ่ยังคงสนับสนุนรัฐบาล อย่างไรก็ตามแม้ผลการเลือกตั้งจะออกมาในทิศทางที่พรรคไทยรักไทยชนะเสียงข้างมากในการเลือกตั้งดังกล่าว แต่เนื่องจากพรรคการเมืองอื่น ๆ ไม่เข้าร่วมการเลือกตั้งดังกล่าวจึงทำให้การเลือกตั้งดังกล่าวขาดความชอบธรรมทางการเมือง ประกอบกับในเวลาต่อมาศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยให้การจัดการเลือกตั้งดังกล่าวเป็นโมฆะ⁷⁴

ผลของคำวินิจฉัยดังกล่าวในทางกลับกันทำให้สภาพการณ์ที่มีเฉพาะคณะรัฐมนตรีรักษาการและไม่มีสภาผู้แทนราษฎรปฏิบัติหน้าที่ขยายออกไปอย่างไม่มีกำหนด ทำให้ผู้เล่นทางการเมืองที่อยู่ตรงกันข้ามผู้ชุมนุมหรือสถาบันทางการเมืองที่ไม่ได้มาจากการเลือกตั้งของประชาชน ขาดกลไกทางรัฐธรรมนูญที่จะตอบสนองต่อความขัดแย้งทางการเมืองตามครรลองประชาธิปไตยและรัฐธรรมนูญไปหนึ่งประการก็คือไม่มีอำนาจนิติบัญญัติดำรงอยู่และคงเหลือแค่อำนาจบริหารเท่านั้น ส่งผลให้การเจรจากับคู่ขัดแย้งเพื่อรับข้อเสนอของคู่ขัดแย้งทำให้เกิดผลจริงในระบบกฎหมายหรือการสร้างกลไกทางกฎหมายใหม่ ๆ เพื่ออาศัยเป็นกลไกปราบปรามของรัฐเพื่อจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมของคู่ขัดแย้งก็ไม่สามารถดำเนินการได้เช่นกัน โดยวิกฤตทางรัฐธรรมนูญนี้จบลงโดยวิธีการนอกรัฐธรรมนูญอย่างการรัฐประหารโดยคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขและการสิ้นสุดลงของรัฐธรรมนูญในวันที่ 19 กันยายน พ.ศ. 2549 ในท้ายที่สุด

(2.2) วิกฤตทางรัฐธรรมนูญและการสิ้นสุดลงของรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550⁷⁵

ความขัดแย้งทางการเมืองระหว่างปี พ.ศ. 2556-2557 ที่นำมาสู่วิกฤตทางรัฐธรรมนูญและนำมาสู่จุดสิ้นสุดของรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 มีจุดเริ่มต้นมาจากการผลักดันร่างพระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้ซึ่งกระทำความผิดเนื่องจากการชุมนุมทางการเมือง การแสดงออกทางการเมืองของประชาชนระหว่างวันที่ 19 กันยายน พ.ศ. 2549 ถึงวันที่ 10 พฤษภาคม พ.ศ. 2554 เข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภาแล้วมีการเปลี่ยนแปลงร่างกฎหมายโดยผิดจากหลักการจากเดิมที่นิรโทษกรรมเฉพาะผู้ชุมนุมให้ขยายรวมไปถึงแกนนำ อดีตผู้นำรัฐบาล และบุคคลที่ถูกดำเนินคดีโดยองค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นภายหลังรัฐประหาร พ.ศ. 2549 ในชั้นการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรจนทำให้เกิดกระแสออกมาชุมนุมต่อต้านจากประชาชนอย่างมาก แม้ว่าจะได้มีการลงมติไม่เห็นชอบ

⁷⁴ Chris Baker and Pasuk Phongpaichit, *A History of Thailand*, p.306.

⁷⁵ ศุภณัฐ บุญสด, “บทบาทของนักกฎหมายไทยกับการรัฐประหารเพื่อนำมาสู่ระบอบเผด็จการ: ศึกษากรณีรัฐประหาร 22 พฤษภาคม 2557”, *CMU Journal of Law and Social Sciences*, 12, 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2562), หน้า 123-156.

อย่างเป็นเอกฉันท์โดยวุฒิสภา แต่การชุมนุมก็ได้ยกระดับกลายเป็นการขับไล่คณะรัฐมนตรี ณ ขณะนั้นและกลุ่มผู้ชุมนุมต่อมาได้กลายมาเป็นคณะกรรมการประชาชนเพื่อการเปลี่ยนแปลงปฏิรูปประเทศไทยให้เป็นประชาธิปไตยที่สมบูรณ์แบบอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (กปปส.)

โดยคณะรัฐมนตรีที่ถูกประชาชนชุมนุมขับไล่ ณ ขณะนั้น ได้ดำเนินการแก้ไขความขัดแย้งทางการเมืองด้วยประกาศยุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้มีการเลือกตั้งจึงทำให้คณะรัฐมนตรีกลายเป็นคณะรัฐมนตรีรักษาการที่ถูกรัฐธรรมนูญจำกัดอย่างมากและทำให้สภาผู้แทนราษฎรได้ว่างเว้นลงในห้วงขณะดังกล่าว แต่ปรากฏว่าประชาชนที่เป็นคู่ขัดแย้งได้ยกระดับการชุมนุมเป็นเรียกร้องให้มีการเลื่อนการเลือกตั้งออกไป โดยให้วุฒิสภาเสนอให้พระมหากษัตริย์แต่งตั้งนายกรัฐมนตรีที่เป็นกลาง รวมถึงจัดตั้งสภาประชาชนขึ้นมาเพื่อปฏิรูปก่อนเลือกตั้ง โดยการผลักดันข้อเสนอดังกล่าวโดยผู้ชุมนุมได้มีการดำเนินการชุมนุมเกินกว่ากรอบที่รัฐธรรมนูญอนุญาตผ่านการใช้ความรุนแรงบนท้องถนน การยึดสถานที่ราชการและการขัดขวางมิให้มีการจัดการเลือกตั้ง

ภายใต้สภาพการณ์ที่เป็นคณะรัฐมนตรีรักษาการและไม่มีสภาผู้แทนราษฎรภายหลังการยุบสภา ผู้เล่นทางรัฐธรรมนูญที่อยู่ฝั่งตรงกันข้ามกับผู้ชุมนุมจึงแทบไม่สามารถใช้กลไกทางรัฐธรรมนูญที่มีอยู่ตอบสนองความขัดแย้งทางการเมืองได้อย่างมีประสิทธิภาพ ไม่ว่าจะเป็นในทางเจรจาเพื่อยอมรับข้อเสนอของผู้ชุมนุมให้เกิดขึ้นจริงในระบบกฎหมายหรือใช้กลไกปราบปรามของรัฐจำกัดเสรีภาพการชุมนุมของผู้ชุมนุม เพราะไม่มีอำนาจบริหารเต็มตามกฎหมายและไม่มีอำนาจนิติบัญญัติดำรงอยู่แล้ว ประกอบกับสถาบันการเมืองอื่น ๆ ที่ไม่ได้มาจากการเลือกตั้งอื่น ๆ อย่างศาลรัฐธรรมนูญยังได้เข้ามาใช้อำนาจเกินกว่าที่รัฐธรรมนูญกำหนดวินิจฉัยให้การชุมนุมและข้อเสนอของกลุ่ม กปปส. ขอบด้วยรัฐธรรมนูญ วินิจฉัยให้การเลือกตั้งเมื่อวันที่ 2 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2557 เป็นโมฆะและวินิจฉัยให้นายกรัฐมนตรีรักษาการ ณ ขณะนั้นพ้นจากตำแหน่งจนเกิดสุญญากาศทางการเมืองขึ้น โดยวิกฤตทางรัฐธรรมนูญนี้จบลงโดยวิธีการนอกรัฐธรรมนูญอย่างการรัฐประหารโดยคณะรักษาความสงบแห่งชาติและการสิ้นสุดลงของรัฐธรรมนูญในวันที่ 22 พฤษภาคม พ.ศ. 2557 อีกเช่นเดิม

4. บทสำรวจกฎหมายเกี่ยวกับการพ้นจากตำแหน่งของสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในรัฐธรรมนูญต่างประเทศ

เมื่อพิจารณากฎหมายเกี่ยวกับการพ้นจากตำแหน่งของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยและมีการแบ่งแยกอำนาจในระบบรัฐสภาเช่นเดียวกับประเทศไทยเพื่ออาศัยเป็น

ตัวอย่างออกแบบรัฐธรรมนูญเพื่อแก้ปัญหาความไม่ต่อเนื่องของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในระบบกฎหมายไทย เราอาจแบ่งการพ้นจากตำแหน่งและการรักษาการแทนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรออกมาได้เป็น 2 ระบบ คือ ระบบที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีการรักษาการแทนภายหลังสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพ้นจากตำแหน่งเมื่อการยุบสภาหรือสิ้นสุดวาระและระบบที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพ้นจากตำแหน่งเมื่อยุบสภาและสิ้นสุดวาระทันที โดยมีรายละเอียด ดังนี้

4.1 ระบบแรก รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีการรักษาการแทนภายหลังสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพ้นจากตำแหน่งเมื่อการยุบสภาหรือสิ้นสุดวาระ

รัฐธรรมนูญและกฎหมายที่มีการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการพ้นจากตำแหน่งของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและให้มีการรักษาการแทนในระยะเวลาเปลี่ยนผ่านจากสภาชุดเดิมไปสู่สภาชุดใหม่ปรากฏในประเทศเยอรมนี กัมพูชา ฟินแลนด์ และเดนมาร์ก โดยมีการกำหนดช่วงเวลารักษาการแทนที่แตกต่างกันออกไปเป็นอีก 2 ระบบย่อย ได้แก่

(1) รัฐธรรมนูญกำหนดให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพ้นจากตำแหน่งเมื่อสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรชุดใหม่เข้าปฏิบัติหน้าที่

รัฐธรรมนูญของเยอรมนีกำหนดโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญให้รับมือนับสถานการณ์ไม่ปกติให้สอดคล้องกับครองประชาธิปไตยและรัฐธรรมนูญที่ค่อนข้างละเอียดอ่อนเป็นผลมาจากบทเรียนทางประวัติศาสตร์การเกิดขึ้นของระบอบนาซีผ่านการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินตามรัฐธรรมนูญไวมา⁷⁶ โดยกำหนดให้กระบวนการนิติบัญญัติระดับสหพันธรัฐเป็นการดำเนินการร่วมกันระหว่างสภาผู้แทนราษฎรและสภามลรัฐ⁷⁷ นอกจากนี้ยังได้กำหนดให้สภาผู้แทนราษฎรมีอำนาจเห็นชอบ รวมถึงถอดถอนบุคคลที่ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีผ่านการลงมติอภิปรายไม่ไว้วางใจ⁷⁸ ส่วนกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการพ้นจากตำแหน่งของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร แม้ว่าจะกำหนดให้ต้องมีการเลือกตั้งสภาผู้แทนราษฎรชุดใหม่เมื่อหมดอายุสภาวาระ 4 ปี หรือมีการยุบสภาผู้แทนราษฎร แต่รัฐธรรมนูญก็ได้มีการกำหนดกฎเกณฑ์การเปลี่ยนผ่านระหว่างสภาชุดเดิมกับชุดใหม่ในลักษณะที่กระทบต่อหลักความต่อเนื่องของรัฐแต่อย่างใด เนื่องจากกำหนดให้สภาผู้แทนราษฎรชุดเดิมที่หมดวาระการดำรงตำแหน่งหรือถูกยุบสภายังมีอำนาจตามรัฐธรรมนูญในฐานะสภาผู้แทนราษฎรสืบเนื่องต่อไปได้จนกว่าจะถึงช่วงเวลาที่มีการเรียกประชุมสภาผู้แทนราษฎร

⁷⁶ Werner Heun, *The Constitution of Germany*, (Oxford: Hart Publishing, 2011), p.9-23.

⁷⁷ Article 77 of The Basic Law for the Federal Republic of Germany

⁷⁸ Article 63 and Article 67 of The Basic Law for the Federal Republic of Germany

ชุดใหม่⁷⁹ โดยรัฐธรรมนูญของอีกประเทศที่กำหนดการพ้นจากตำแหน่งให้สอดคล้องกับหลักความต่อเนื่องของรัฐในทำนองเดียวกันกับเยอรมนีก็คือรัฐธรรมนูญของกัมพูชา⁸⁰

(2) รัฐธรรมนูญกำหนดให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพ้นจากตำแหน่งเมื่อมีการดำเนินการจัดการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรชุดใหม่เสร็จสิ้น

กรณีรัฐธรรมนูญของฟินแลนด์และเดนมาร์ก แม้ว่าจะมิได้กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการพ้นตำแหน่งของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสภาล่างในลักษณะที่สอดคล้องกับหลักความต่อเนื่องของรัฐอย่างเคร่งครัดเท่าที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญของเยอรมนีและกัมพูชา แต่ก็ได้ออกแบบกฎเกณฑ์โดยเชื่อมโยงต่อเนื่องตามหลักประชาธิปไตยและเคารพกระบวนการใช้อำนาจอธิปไตยของประชาชนให้ดำเนินอย่างต่อเนื่องไม่ขาดสายแทน สำหรับฟินแลนด์ที่อยู่ภายใต้ระบบสภาเดี่ยวได้กำหนดให้สภาผู้แทนราษฎรปฏิบัติหน้าที่รัฐสภา แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะกำหนดให้มีการเลือกตั้งสภาผู้แทนราษฎรชุดใหม่เมื่อสิ้นสุดวาระการดำรงตำแหน่ง 4 ปีหรือการยุบสภาผู้แทนราษฎรโดยประธานาธิบดี แต่อย่างไรก็ตามรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้สภาผู้แทนราษฎรชุดเดิมพ้นจากตำแหน่งได้ก็ต่อเมื่อดำเนินการจัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรชุดใหม่เสร็จสิ้นแล้วเท่านั้น⁸¹ โดยรัฐธรรมนูญของเดนมาร์กก็กำหนดการพ้นจากตำแหน่งของสภาผู้แทนราษฎรไว้ในทำนองเดียวกันกับรัฐธรรมนูญของฟินแลนด์⁸²

4.2 ระบบที่สอง รัฐธรรมนูญกำหนดให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพ้นจากตำแหน่งเมื่อยุบสภาและสิ้นสุดวาระทันที

ระบบที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายที่มีการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการพ้นจากตำแหน่งของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรโดยไม่มีกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการรักษาการแทนในระยะเวลาเปลี่ยนผ่านจากสภาชุดเดิมไปสู่สภาชุดใหม่ถือว่าเป็นระบบที่ประเทศส่วนใหญ่ของโลกยึดถือนำไปกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการพ้นจากตำแหน่งของสภาผู้แทนราษฎร โดยระบบดังกล่าวนี้สามารถแบ่งออกเป็นอีก 2 ระบบย่อย ได้แก่

⁷⁹ Article 39 of The Basic Law for the Federal Republic of Germany

⁸⁰ Article 78 of Cambodia's Constitution "The term of the National Assembly is five years and ends on the day when the new National Assembly takes office."

⁸¹ Article 24 of Finland's Constitution

⁸² Article 32 Part 4 of Denmark's Constitution

(1) รัฐธรรมนูญกำหนดให้สมาชิกวุฒิสภาปฏิบัติหน้าที่ในนามรัฐสภาแทนในระหว่างที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรชุดใหม่ยังไม่ได้เข้าดำรงตำแหน่ง

รัฐธรรมนูญของญี่ปุ่นกำหนดให้รัฐสภาเป็นองค์กรสูงสุดของรัฐและมีอำนาจตามรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมายเพื่อใช้บังคับขึ้นภายในรัฐ⁸³ โดยกำหนดให้รัฐสภาเป็นระบบสภาคู่ซึ่งรัฐสภาประกอบไปด้วยองค์กรย่อยสององค์กรอย่างวุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎร⁸⁴ ส่วนกฎเกณฑ์เกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภาทั้งสองสภา รัฐธรรมนูญกำหนดให้มาจากการเลือกตั้งโดยประชาชนเหมือนกัน⁸⁵ แต่อย่างไรก็ตามกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการพ้นจากตำแหน่งของสภาทั้งสองมีความแตกต่างกัน เพราะในขณะที่สมาชิกวุฒิสภาจะพ้นจากตำแหน่งทั้งองค์กรเฉพาะเมื่อครบวาระการดำรงตำแหน่ง 6 ปีเท่านั้น⁸⁶ แต่สำหรับกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการพ้นจากตำแหน่งของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั้งองค์กรได้ผ่านสองกรณี คือ กรณีแรก เมื่อครบวาระการดำรงตำแหน่ง 4 ปี และกรณีที่สอง การประกาศยุบสภาก่อนครบวาระการดำรงตำแหน่ง 4 ปี⁸⁷

โดยภายหลังการพ้นจากตำแหน่งของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั้งองค์กรดังกล่าว ถึงแม้ว่ารัฐธรรมนูญมิได้กำหนดให้มีสภาผู้แทนราษฎรชุดเดิมหรือองค์กรของรัฐอื่นรักษาการแทนระหว่างรอให้มีการดำเนินการจัดให้มีการเลือกตั้งหรือมีการเรียกประชุมสภาผู้แทนราษฎรชุดใหม่ แต่หากเป็นกรณียุบสภา รัฐธรรมนูญได้กำหนดระยะเวลาบังคับให้มีการดำเนินการจัดเลือกตั้งและการเข้ามาปฏิบัติหน้าที่ของสภาชุดใหม่ให้เสร็จสิ้นภายใน 70 วันนับตั้งแต่ยุบสภาขึ้นมาทดแทนการออกแบบกฎเกณฑ์ดังกล่าวให้สอดคล้องกับหลักความต่อเนื่องของรัฐ นอกจากนี้ได้กำหนดห้ามมิให้วุฒิสภาดำเนินการประชุมใดในระหว่างที่ไม่มีสภาผู้แทนราษฎรอีกด้วย แต่ถ้ามีสถานการณ์ฉุกเฉินเกิดขึ้น รัฐธรรมนูญได้มอบอำนาจให้คณะรัฐมนตรีเรียกประชุมวุฒิสภาที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยโดยตรงในระดับเดียวกันกับสภาผู้แทนราษฎรปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาแทนแต่เพียงองค์กรเดียวเป็นกรณีพิเศษได้ อย่างไรก็ตามมาตรการใดที่ดำเนินการภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉินนี้ยังสามารถถูกประกาศให้เป็นโมฆะได้ หากไม่ได้รับความเห็นชอบจากสภาผู้แทนราษฎรชุดใหม่ภายใน 10 วันนับตั้งแต่วันเปิดสมัยประชุมแรกอีกด้วย⁸⁸

⁸³ Article 41 of Japan's Constitution

⁸⁴ Article 42 of Japan's Constitution

⁸⁵ Article 43 of Japan's Constitution

⁸⁶ Article 46 of Japan's Constitution

⁸⁷ Article 45 of Japan's Constitution

⁸⁸ Article 54 of Japan's Constitution

(2) รัฐธรรมนูญไม่มีการกำหนดให้องค์กรอื่นปฏิบัติหน้าที่แทนในระหว่างที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรชุดใหม่ยังไม่ได้เข้าดำรงตำแหน่ง

รัฐธรรมนูญของประเทศส่วนใหญ่จะกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการพ้นจากตำแหน่งของสภาผู้แทนราษฎรหรือรัฐสภาให้อยู่ภายใต้ระบบนี้ กล่าวคือ กำหนดให้สภาผู้แทนราษฎรหรือรัฐสภาพ้นจากตำแหน่งทันทีภายหลังจากครบวาระการดำรงตำแหน่งตามระยะเวลาที่กำหนดและหลังจากการประกาศยุบสภาโดยไม่มีการกำหนดเกี่ยวกับการรักษาการแทนระหว่างรอสภาผู้แทนราษฎรหรือรัฐชุดใหม่เข้าปฏิบัติหน้าที่ แต่อย่างไรก็ตามถึงจะมีการออกแบบกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการพ้นตำแหน่งของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือรัฐสภาไม่สอดคล้องกับหลักความต่อเนื่องของรัฐ แต่ก็ได้มีการกำหนดระยะเวลาบังคับตามรัฐธรรมนูญเพื่อการดำเนินการจัดให้มีการเลือกตั้งและการเข้าปฏิบัติหน้าที่ของสภาผู้แทนราษฎรชุดใหม่เกิดขึ้นในระยะเวลาอันสั้นและไม่ก่อให้เกิดวิกฤตในระหว่างการเปลี่ยนผ่านอำนาจมากที่สุดขึ้นมาแทน

โดยรัฐธรรมนูญแต่ละประเทศมีกำหนดระยะเวลาที่แตกต่างกันออกไป ยกตัวอย่างเช่น กรณีรัฐธรรมนูญของอิตาลีกำหนดให้การดำเนินการจัดให้มีการเลือกตั้งและการเข้าปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรชุดใหม่ต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายใน 90 วันนับตั้งแต่วันพ้นจากตำแหน่ง⁸⁹ กรณีรัฐธรรมนูญของสเปนกำหนดระยะเวลาบังคับให้แล้วเสร็จภายในระหว่าง 55 ถึง 85 วันนับตั้งแต่วันพ้นจากตำแหน่ง⁹⁰ และกรณีรัฐธรรมนูญของกรีซกำหนดระยะเวลาบังคับให้แล้วเสร็จภายใน 60 วันนับตั้งแต่วันพ้นจากตำแหน่ง⁹¹ หรือกรณีรัฐธรรมนูญของเนเธอร์แลนด์กำหนดระยะเวลาบังคับสำหรับการยุบสภาให้แล้วเสร็จภายใน 3 เดือน⁹² เป็นต้น

5. บทสรุป : ข้อเสนอการออกแบบรัฐธรรมนูญเพื่อความต่อเนื่องของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร

จากการย้อนพินิจสภาพปัญหาของระบบกฎหมายไทยประกอบกับการสำรวจกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการพ้นจากตำแหน่งของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั้งองค์กรที่ปรากฏในระบบกฎหมายต่างประเทศ ผู้เขียนสามารถสรุปความเห็นอีกครั้งว่าระบบกฎหมายไทยมีปัญหาทางรัฐธรรมนูญถึงสามระดับ ได้แก่ ระดับแรก ระยะเวลาบังคับตามรัฐธรรมนูญที่กำหนดช่วงรอยต่อระหว่างสภาชุดเดิม

⁸⁹ Article 61 of Italy's Constitution

⁹⁰ Article 68 of Spain's Constitution

⁹¹ Article 53 of Greece's Constitution

⁹² Article 64 of Netherlands' Constitution

กับสภาชุดใหม่ไม่ได้สอดคล้องกับความพอสมควรแก่เหตุ (Principle of Proportionality) เนื่องจากมาตรการดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อกำกับให้การดำเนินการเปลี่ยนผ่านทางอำนาจดำเนินการให้เสร็จสิ้นโดยเร็วที่สุดเพื่อมิให้กระทบต่อการดำเนินการกิจของรัฐต่าง ๆ จากการว่างเว้นลงของสภาผู้แทนราษฎร จึงเห็นได้จากที่ระบบกฎหมายต่างประเทศจะกำหนดให้มีกระบวนการที่เกิดขึ้นในช่วงดังกล่าวเพียงสองกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการมีส่วนร่วมในการปกครองตนเองของประชาชนก็คือการจัดการเลือกตั้งทั่วไปและการเรียกประชุมสภาสมัยใหม่แรกเท่านั้น โดยกำหนดให้การดำเนินการสองกระบวนการอยู่ภายใต้ระยะเวลาที่สั้นที่สุดเห็นได้จากระบบกฎหมายต่างประเทศที่กำหนดระยะเวลาบังคับยาวนานที่สุดไม่เกิน 90 วันเท่านั้น ในขณะที่ประเทศไทยกลับมีการเพิ่มขึ้นตอนอื่นขึ้นมาที่ไม่เกี่ยวข้องกับการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวอย่างกระบวนการดำเนินการตรวจสอบผลการเลือกตั้งเบื้องต้นของคณะกรรมการการเลือกตั้งเข้ามาจนขยายช่วงเวลารอยต่อดังกล่าวให้ยืดยาวเกินกว่าที่ประเทศอื่น ๆ กำหนดออกไปสูงสุดถึง 105 ถึง 120 วันและรัฐธรรมนูญยังอนุญาตให้สามารถขยายระยะเวลาออกไปได้นานกว่ากรอบปกติได้อีกหากเกิดกรณีพิเศษขึ้นมา จึงกล่าวได้ว่ามาตรการและระยะเวลาตามกฎหมายดังกล่าวเป็นมาตรการทางกฎหมายที่ไม่เหมาะสมเนื่องจากไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ รวมถึงมีการกำหนดระยะเวลาบังคับตามรัฐธรรมนูญที่ยืดยาวเกินความจำเป็นอย่างยิ่ง

ระดับที่สอง ปัญหาเกี่ยวกับการเปลี่ยนผ่านทางอำนาจที่ไม่สอดคล้องกับหลักประชาธิปไตยอย่างร้ายแรง กล่าวคือ รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2560 หากพิเคราะห์ด้วยหลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตยแล้วจะพบว่า มีเพียงองค์กรเดียวเท่านั้นที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยโดยตรงก็คือสภาผู้แทนราษฎร ด้วยเหตุนี้ การกำหนดระยะเวลาเปลี่ยนผ่านระหว่างสภาชุดเก่ากับสภาชุดใหม่ที่ยาวนานจะส่งผลให้ช่วงเวลาดังกล่าวที่ไม่มีองค์กรของรัฐใดมีความเชื่อมโยงกับประชาชนไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมหลงเหลืออยู่ในระบบกฎหมายไทยยาวนานตามไปด้วยอันเป็นการสะท้อนลักษณะความไม่เป็นประชาธิปไตยของประเทศไทยด้วยเช่นกัน นอกจากนี้ การกำหนดช่วงรอยต่อดังกล่าวที่ยาวนานโดยกำหนดให้คณะกรรมการการเลือกตั้งเข้ามาใช้อำนาจหน้าที่ตรวจสอบกระบวนการออกเสียงเลือกตั้งของประชาชนและขยายเวลาแต่งตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรโดยประชาชนให้ขยายออกไปจากวันเลือกตั้งยาวนานได้สูงสุดถึง 60 วันจึงเป็นภาพสะท้อนปัญหาทางกฎหมายรัฐธรรมนูญของไทยอีกหนึ่งประการที่อาจขัดหรือแย้งต่อหลักการเลือกตั้งในระบอบประชาธิปไตยโดยเฉพาะอย่างยิ่งการเลือกตั้งโดยตรงซึ่งปรากฏการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย⁹³ ที่วางหลักให้มีให้มืองค์กรใดมากลั่นกรองการออกเสียงเลือกตั้งของประชาชนและผลการนับคะแนนด้วย⁹⁴

⁹³ มาตรา 85 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

⁹⁴ ทศพล แสงสวัสดิ์, *หลักการพื้นฐานแห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญ*, หน้า 212.

และระดับสุดท้าย ปัญหาความไม่สอดคล้องกับหลักความต่อเนื่องของรัฐของกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเข้าดำรงตำแหน่งและพ้นจากตำแหน่งของสภาผู้แทนราษฎรในระบบกฎหมายเป็นสิ่งที่ไม่ปรากฏในกฎเกณฑ์ขององค์กรของรัฐอื่น ๆ เลยทั้งที่องค์กรของรัฐอื่นไม่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในระดับที่เทียบเท่ากับสภาผู้แทนราษฎร แต่กลับได้รับการออกแบบกฎเกณฑ์ให้สอดคล้องกับหลักการในระดับที่สูงกว่าสภาผู้แทนราษฎรซึ่งถือว่าเป็นความแปลกประหลาดด้วยเหตุและผลในระบบกฎหมายที่ประกาศในทางบทบัญญัติว่าอยู่ภายใต้หลักประชาธิปไตยและการปกครองตนเองของประชาชน โดยความไม่ต่อเนื่องของสภาผู้แทนราษฎรดังกล่าวนี้นี้ยังไม่สามารถถูกโต้แย้งด้วยเหตุผลเกี่ยวกับความชอบธรรมทางประชาธิปไตยอย่างเช่นเหตุที่ไม่มีการรักษาการแทนไว้ในระหว่างที่เปลี่ยนผ่านทางอำนาจดังกล่าวเพราะต้องการให้มีเฉพาะผู้แทนประชาชนเท่านั้นที่สามารถใช้อำนาจนิติบัญญัติได้หรือการต้องการรอให้มีการออกเสียงเลือกตั้งของประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจรัฐเสร็จสิ้นก่อนจึงจะเริ่มดำเนินการกิจของรัฐในส่วนการกระทำทางนิติบัญญัติได้ เพราะการสร้างกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเข้าดำรงตำแหน่งและการพ้นจากตำแหน่งของสภาผู้แทนราษฎรของไทยให้สอดคล้องกับหลักความต่อเนื่องของรัฐเช่นเดียวกับที่ปรากฏในเยอรมนีกับกัมพูชาก็มิได้ทำให้การใช้อำนาจรัฐของสภาผู้แทนราษฎรชุดเดิมที่รักษาการแทนในระหว่างที่รอสภาผู้แทนราษฎรชุดใหม่เข้าปฏิบัติหน้าที่ขาดความชอบธรรมทางประชาธิปไตยแต่อย่างใด เพราะแม้ว่าจะเป็นการรักษาการแทนแต่ก็มีที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชนเช่นกัน นอกจากนี้ การกำหนดกฎเกณฑ์ให้สอดคล้องกับหลักความต่อเนื่องของรัฐยังช่วยสร้างเงื่อนไขในทางรัฐธรรมนูญที่จะเอื้อแก้ปัญหของระบบกฎหมายไทยในสองส่วน ได้แก่ ส่วนแรก ป้องกันมิให้เกิดความไม่ต่อเนื่องของรัฐไปกระทบต่อองค์กรอื่นที่ต้องผูกพันต่อการดำเนินการประชุมและลงมติของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญในช่วงระยะเปลี่ยนผ่านดังกล่าว และส่วนที่สอง ป้องกันมิให้เกิดวิกฤตทางรัฐธรรมนูญและการสิ้นสุดของรัฐธรรมนูญเมื่อเกิดความขัดแย้งทางการเมืองในช่วงเปลี่ยนผ่านทางอำนาจเช่นในอดีตอีก เพราะผู้เล่นทางรัฐธรรมนูญอย่างคณะรัฐมนตรี สภาผู้แทนราษฎรและรัฐสภาจะยังคงมีอำนาจและกลไกทางรัฐธรรมนูญอย่างครบถ้วนในการที่จะตอบสนองต่อความขัดแย้งดังกล่าวได้อย่างเต็มประสิทธิภาพเพื่อให้มีการแก้ไขและบรรลुข้อตกลงในความขัดแย้งดังกล่าวให้สอดคล้องตามครรลองของระบอบประชาธิปไตยและตามระบบรัฐธรรมนูญปกติได้ โดยไม่เอื้อให้เกิดสถานการณ์ที่ต้องอาศัยกลไกที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญอย่างการรัฐประหารเข้ามายุ่งเกี่ยวกับความขัดแย้งดังกล่าวอีกต่อไป โดยมาตรการทางกฎหมายที่จะรักษาเสถียรภาพของระบอบประชาธิปไตยเช่นนี้ได้จะต้องดำเนินการควบคู่ไปพร้อมกับการปรับปรุงข้อจำกัดทางอำนาจของคณะรัฐมนตรีรักษาการตามรัฐธรรมนูญไปพร้อมกันด้วย

ด้วยเหตุนี้ เพื่อการออกแบบรัฐธรรมนูญในการรักษาเสถียรภาพของระบอบประชาธิปไตยของประเทศไทยให้ตั้งมั่นสืบเนื่องไปโดยไม่สะดุดและหยุดลงเป็นช่วง ๆ เหมือนเฉกเช่นในอดีตอีก ผู้เขียนจึงเห็นควรมีข้อเสนอให้มีการปรับปรุงกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเข้าดำรงตำแหน่งและพ้นจากตำแหน่งของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกับหลักความต่อเนื่องของรัฐ โดยกำหนดว่าหากเกิดกรณีที่สภาผู้แทนราษฎรพ้นจากตำแหน่งทั้งองค์กรโดยเหตุแห่งการสิ้นสุดวาระดำรงตำแหน่งสี่ปีหรือการยุบสภา ให้สภาผู้แทนราษฎรชุดเดิมรักษาการแทนและปฏิบัติหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญในฐานะสภาผู้แทนราษฎรและรัฐสภาต่อไปจนกว่าสภาผู้แทนราษฎรชุดใหม่ที่ได้รับการเลือกตั้งจากประชาชนจะเข้าปฏิบัติหน้าที่หรือดำเนินการประชุมนัดแรก โดยหากเกิดข้อกังวลในทางกฎหมายเกี่ยวกับการดำรงวาระเกินสี่ปีตามรัฐธรรมนูญหรือจะมีการใช้อำนาจหน้าที่ของสภาชุดเดิมที่ไปกระทบต่อการออกเสียงเลือกตั้งของประชาชนหรือผูกพันสภาชุดใหม่เกินสมควร ระบบกฎหมายไทยสามารถออกแบบกลไกทางกฎหมายในลักษณะที่ไม่กระทบต่อหลักความต่อเนื่องของรัฐและหลักประชาธิปไตยได้ไปพร้อมกัน โดยการกำหนดว่าหากเป็นกรณีดำรงวาระครบระยะเวลาดำเนินการที่รัฐธรรมนูญจะต้องดำเนินการจัดให้มีการเลือกตั้งทั่วไปล่วงหน้าก่อนที่สภาชุดเดิมจะหมดวาระลงเพื่อให้การจัดการเลือกตั้งและการประชุมนัดแรกของสภาชุดเดิมเชื่อมรอยกับการหมดวาระของสภาชุดเดิมอย่างไม่ขาดสายเฉกเช่นเยอรมนี หรือกำหนดให้หากเป็นกรณียุบสภาผู้แทนราษฎร สภาชุดใหม่สามารถประกาศให้มาตราต่าง ๆ ที่สภารักษาการแทนดำเนินการในช่วงเปลี่ยนผ่านทางอำนาจดังกล่าวเป็นโมฆะได้ภายในระยะเวลาที่เหมาะสมของการประชุมสภาสมัยแรกเช่นเดียวกับญี่ปุ่น หรือปล่อยให้เกิดแนวปฏิบัติทางการเมืองที่จะควบคุมการใช้ดุลพินิจในการใช้อำนาจรัฐของสภาผู้แทนราษฎรชุดรักษาการไม่ให้ใช้อำนาจใดไปกระทบต่อการออกเสียงการเลือกตั้งของประชาชนผ่านธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Conventions) ไปเองแทนได้

ทั้งนี้ ในลำดับสุดท้าย สำหรับสาเหตุที่ต้องมีการออกแบบรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ซึ่งตามการประเมินด้วยดัชนีชี้วัดประชาธิปไตยของ Economist Intelligence Unit (EIU) ในปี ค.ศ. 2022 จัดให้อยู่ในกลุ่มประเทศที่ระบอบประชาธิปไตยมีความบกพร่อง (Flawed Democracy) และได้รับคะแนนเฉลี่ยโดยรวมอยู่ที่ 6.67 จาก 10 คะแนน⁹⁵ ที่มีเป้าหมายเพื่อรักษาเสถียรภาพของระบอบประชาธิปไตยด้วยการอาศัยบทบาทสถาบันทางการเมืองที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชนเป็นสำคัญแทนที่จะอาศัยอำนาจของกฎหมายและศาลรัฐธรรมนูญในนามกลไกที่เรียกว่า ประชาธิปไตยที่ป้องกันตัวเองได้ (Militant Democracy) ให้เข้ามามีบทบาทพิทักษ์ระบอบดังกล่าว

⁹⁵ Economist Intelligence Unit (EIU), *Democracy Index 2022: Frontline Democracy and the Battle for Ukraine*, (London: The Economist Intelligence Unit Limited, 2023), p.8.

เหมือนเช่นเดียวกับประเทศที่เพิ่งเปลี่ยนผ่านจากระบอบเผด็จการเข้าสู่ระบอบประชาธิปไตยในคลื่นลูกที่สี่อื่น ๆ ซึ่งกำลังอยู่ในสภาวะระบอบประชาธิปไตยที่เปราะบาง (Fragile Democracy)⁹⁶ เพราะจากประวัติศาสตร์ทางการเมืองของประเทศไทยนับจากการพ่ายแพ้ของพรรคคอมมิวนิสต์แห่งประเทศไทยต่อรัฐไทย ประเทศไทยมีเคยประสบปัญหาภัยคุกคามต่อระบอบประชาธิปไตยจากขบวนการทางการเมืองและพรรคการเมืองที่มีกำลังเข้มแข็งพอจะคุกคามระบอบประชาธิปไตยในระดับเดียวกันอีกเลย แต่ในทางกลับกันนับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2549 เป็นต้นมา กฎหมายและศาลรัฐธรรมนูญต่างหากที่มีบทบาทอย่างแข็งขันในการบั่นทอนหรือกีดกันระบอบประชาธิปไตยของประเทศไทย⁹⁷ ดังนั้น การแก้ปัญหาระบอบประชาธิปไตยให้สมบูรณ์และมีเสถียรภาพจึงต้องออกแบบกฎหมายโดยคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของระบบการเมืองและกฎหมายของประเทศไทยเป็นสำคัญประกอบด้วย มิฉะนั้น มาตรการนำเข้าต้นแบบกฎหมายจากต่างประเทศต่าง ๆ เข้าสู่ระบบกฎหมายของประเทศไทยจะยิ่งซ้ำเติมปัญหาของระบอบประชาธิปไตยของประเทศไทยให้รุนแรงมากยิ่งขึ้นแทนไปอีก

ข้อเสนอในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

มาตรา ... สภาผู้แทนราษฎรมาจากการเลือกตั้งโดยทั่วไป โดยตรง โดยเสรี โดยเสมอภาค และโดยลับ ปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้แทนปวงชนชาวไทยตามเจตจำนงของตนเองโดยเสรี ไม่อยู่ในความผูกมัดแห่งอาณัติมอบหมายหรือการครอบงำใด ๆ

สภาผู้แทนราษฎรประกอบไปด้วยสมาชิกจำนวนห้าร้อยคน โดยเป็นสมาชิกซึ่งมาจากการเลือกตั้งแบบแบ่งเขตเลือกตั้งจำนวนสี่ร้อยคนและสมาชิกซึ่งมาจากการเลือกตั้งแบบบัญชีรายชื่อจำนวนหนึ่งร้อยคน รายละเอียดให้เป็นไปตามที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรกำหนด

มาตรา ... สภาผู้แทนราษฎรมีวาระการดำรงตำแหน่ง 4 ปีนับตั้งแต่วันที่เข้าปฏิบัติหน้าที่ในการประชุมสภาผู้แทนราษฎรสมัยแรก โดยให้ดำเนินการเลือกตั้งให้แล้วเสร็จก่อนวันที่สภาผู้แทนราษฎรชุดเดิมจะครบวาระการดำรงตำแหน่ง 60 วัน

⁹⁶ Samuel Issacharoff, *Fragile Democracies : Contested Power in the Era of Constitutional Courts*, (New York: Cambridge University Press, 2015), p.1-14.

⁹⁷ Eugenie Merieau, "Thailand's Deep State, Royal Power and the Constitutional Court (1997–2015)", in *Journal of Contemporary Asia*, 46, 3 (August 2016), p.455-466.; Thongchai Winichakul, "Thailand's Royal Democracy in Crisis," in *After the Coup: The National Council for Peace and Order Era and the Future of Thailand*, eds. Michael J Montesano, Terence Chong, and Shu Xun Mark Heng (Singapore: ISEAS Publishing, 2019), p.282-307.

ในกรณีของการยุบสภาผู้แทนราษฎร วาระการดำรงตำแหน่งของสภาผู้แทนราษฎรจะสิ้นสุดลงก่อนระยะเวลาที่กำหนดข้างต้นได้ โดยให้ดำเนินการเลือกตั้งภายใน 30 วันนับตั้งแต่วันยุบสภาผู้แทนราษฎรและต้องมีการประชุมสภาผู้แทนราษฎรชุดใหม่สมัยแรกภายใน 30 วันนับตั้งแต่วันเลือกตั้ง

เมื่อครบวาระการดำรงตำแหน่งตามที่บทบัญญัติกำหนดให้สภาผู้แทนราษฎรชุดเดิมปฏิบัติหน้าที่ต่อไปจนกว่าสภาผู้แทนราษฎรชุดใหม่จะเข้าปฏิบัติหน้าที่โดยมีอำนาจหน้าที่สมบูรณ์ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ทุกประการ สำหรับการปฏิบัติหน้าที่หรือการลงมติใดของสภาผู้แทนราษฎรชุดเดิมในระหว่างรักษาการแทนตามบทบัญญัตินี้ให้สภาผู้แทนราษฎรชุดใหม่ลงมติอนุมัติโดยเร็วภายใน 10 วันนับแต่วันเปิดสมัยประชุมแรก หากสภาผู้แทนราษฎรชุดใหม่ลงมติไม่อนุมัติให้ถือว่า การปฏิบัติหน้าที่และการลงมติดังกล่าวเป็นโมฆะและไม่มีผลใช้บังคับตั้งแต่นั้น

การเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามบทบัญญัตินี้ให้เป็นไปตามที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรกำหนด

กฎเกณฑ์ของจีนเรื่องการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศ :
กรณีศึกษาจากมุมมองกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ*

China's Rules on Cross-border Data Transfers :
A Case Study from International Economic Law Perspective

อาร์ม ตั้งนิรันดร์
Arm Tungnirun

อาจารย์ ดร.

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

Lecturer Dr.

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

Corresponding author E-mail: armtung@gmail.com

(Received: February 12, 2024; Revised: March 12, 2024; Accepted: March 26, 2024)

บทคัดย่อ

ตั้งแต่ปี ค.ศ. 2016 รัฐบาลจีนได้ยกระดับการควบคุมข้อมูลที่ส่งออกจากประเทศจีน โดยใช้กฎเกณฑ์ที่เข้มงวดซึ่งหากเข้าเงื่อนไขที่กำหนด ผู้ส่งออกข้อมูลจำเป็นต้องได้รับการอนุญาตจากสำนักงานบริหารไซเบอร์สเปซแห่งชาติจีนในการส่งข้อมูลออกนอกประเทศจีน จากการศึกษากรอบความตกลงทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศที่จีนได้เข้าร่วม ได้แก่ กรอบองค์การการค้าโลก (โดยเฉพาะความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ) และกรอบความตกลง RCEP ตลอดจนกรอบความตกลงทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศที่จีนได้ยื่นคำขอที่จะเข้าร่วม ได้แก่ ความตกลง CPTPP และความตกลง DEPA พบว่า ความตกลงทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศเหล่านี้ยังไม่สามารถกำกับดูแล

* บทความนี้เป็นบทความวิจัยของโครงการวิจัยเรื่อง “กฎเกณฑ์ของจีนเรื่องการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศ จากมุมมองกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ” โดยการสนับสนุนของหน่วยปฏิบัติการวิจัยจีนศึกษา จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ผู้เขียนขอขอบพระคุณ ผู้ประเมินบทความที่ไม่เปิดเผยชื่อทั้งสามท่านที่กรุณาให้ข้อคิดเห็นที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการปรับปรุงเนื้อหาของบทความ; อาจารย์ ดร.อาร์ม ตั้งนิรันดร์ เป็นอาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย สำเร็จการศึกษา LL.B. (Peking University), LL.M. (Harvard Law School), JSM (Stanford Law School), JSD (Stanford Law School)

หรือผลักดันให้จีนปรับเปลี่ยนกฎเกณฑ์ในการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศให้คลายความเข้มงวดลงได้ สะท้อนให้เห็นถึงความแตกต่างอย่างชัดเจนระหว่างแนวทางของจีนซึ่งให้ความสำคัญกับความมั่นคงและอธิปไตยทางไซเบอร์ของชาติกับแนวทางสากลที่นำโดยสหรัฐอเมริกาซึ่งพยายามส่งเสริมให้เกิดการไหลเวียนของข้อมูลข้ามพรมแดนอย่างเสรี

คำสำคัญ : การส่งหรือโอนข้อมูลข้ามพรมแดน, การค้าดิจิทัล, กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ, กฎหมายการรักษาความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์

Abstract

From 2016, China has tightened control over cross-border data flow by implementing strict rules in which entities that meet certain conditions must seek approval from the Cyberspace Administration of China for outbound data transfer. From our research on international economic agreements that China has joined including the WTO framework (especially GATS) and the RCEP or on international economic agreements that China has requested to join including the CPTPP and the DEPA, we found that these agreements are unable to regulate or incentivize China to readjust its stringent domestic policies on cross-border data transfers. This finding points to the divergence between China's approach on cross-border data regulation that puts emphasis on national security and cyber sovereignty and the emergent international approach led by the US that seeks to encourage free flow of data across borders.

Keywords : Cross-border Data Transfer, Digital Trade, International Economic Law, Cybersecurity Law

1. บทนำ

หากกล่าวถึงกฎเกณฑ์ของประเทศต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลข้อมูล จะพบว่ามี ความแตกต่างระหว่างสามแนวทาง¹ ได้แก่ แนวทางของสหรัฐอเมริกา ซึ่งต้องการให้กฎเกณฑ์เอื้อ ให้มีการไหลเวียนของข้อมูลอย่างเป็นอิสระ (Free Flow of Data) เพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ ภาคธุรกิจ แนวทางของสหภาพยุโรป ซึ่งให้ความสำคัญกับกฎเกณฑ์ในการปกป้องข้อมูลและคุ้มครอง ความเป็นส่วนตัว (Privacy) ให้กับบุคคล และแนวทางของจีน ซึ่งให้ความสำคัญกับกฎเกณฑ์เพื่อ ความปลอดภัยของข้อมูลเพื่อประโยชน์ของความมั่นคงและอธิปไตยของชาติ โดยในทัศนะของจีน มองว่าความมั่นคงของรัฐและอธิปไตยทางไซเบอร์ (Cyber Sovereignty) เป็นคุณค่าพื้นฐานที่สำคัญ ที่สุดในการออกกฎเกณฑ์เพื่อกำกับดูแลข้อมูล

ตั้งแต่ปี ค.ศ. 2016 เป็นต้นมา รัฐบาลจีนได้ยกระดับการควบคุมข้อมูลที่ส่งออกจาก ประเทศจีนอย่างต่อเนื่อง แม้ว่าการกำกับดูแลการเคลื่อนย้ายของข้อมูลอย่างเข้มงวดของจีนจะได้รับ การวิพากษ์วิจารณ์อย่างกว้างขวางจากกลุ่มนักธุรกิจต่างชาติมาโดยตลอด² แต่กฎเกณฑ์ล่าสุดของ จีนที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการไหลเวียนของข้อมูลข้ามพรมแดนซึ่งออกมาในปี ค.ศ. 2022 ยังคง ยกระดับความเข้มข้นในการกำกับควบคุมข้อมูลที่ส่งออกจากประเทศจีนมากยิ่งขึ้นอีก³

จากรายงานของ OCED ว่าด้วยแนวทางการดูแลข้อมูลและการเคลื่อนย้ายข้อมูลจากกลุ่ม ประเทศ G20 ได้จำแนกกฎเกณฑ์ของประเทศต่าง ๆ เกี่ยวกับการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศ ออกเป็น 4 รูปแบบด้วยกัน ได้แก่ 1. ไม่มีกฎเกณฑ์ (No Regulation) 2. มีกฎเกณฑ์ติดตาม ตรวจสอบภายหลัง (Ex-Post Accountability) 3. การส่งหรือโอนข้อมูลแบบมีเงื่อนไขการคุ้มครอง (Flows Conditional on Safeguards) และ 4. การส่งหรือโอนข้อมูลโดยต้องได้รับอนุญาตเป็นการ เฉพาะ (Flow Conditional on Ad-Hoc Authorization)⁴ จะเห็นได้ว่ารูปแบบที่ 4 เป็นรูปแบบ ที่มีระดับความเข้มงวดและข้อจำกัดสูงที่สุดต่อการไหลเวียนของข้อมูล และประเทศจีนใช้รูปแบบที่ 4 ในการกำกับควบคุมข้อมูลที่ส่งออกจากประเทศจีน

¹ Henry S. Gao, “Data Regulation with Chinese Characteristics,” in **Big Data and Global Trade Law**, ed. M. Burri (Cambridge: Cambridge University Press, 2021), p.245-267, 265.; Yik-Chan Chin and Jingwu Zhao, “Governing Cross-Border Data Flows: International Trade Agreements and Their Limits”, in **Laws**, 11(4), 63 (2022), p.1-22.

² British Chamber of Commerce in China, “The Cross-Border Data and Innovation Report 2021,” [online] Available from : <https://www.britishchamber.cn/wp-content/uploads/2021/11/BritCham-China-Cross-Border-Data-and-Innovation-Report.pdf>. [12 February 2024]

³ Security Assessment Measures and Guidelines for the Application for Security Assessment for Outbound Data Transfer (First Edition) 《数据出境安全评估申报指南（第一版）》 (2022)

⁴ OECD, “Mapping Approaches to Data and Data Flows: Report for the G20 Digital Economy Task Force, Saudi Arabia (2020),” p.28 [online] Available from : <https://www.oecd.org/sti/mapping-approaches-to-data-and-data-flows.pdf>. [12 February 2024]

การกำกับควบคุมข้อมูลที่ส่งออกจากประเทศจีนอย่างเข้มงวดได้สร้างความกังวลให้แก่ธุรกิจต่างชาติในประเทศจีนเนื่องจากการไหลเวียนของข้อมูลข้ามพรมแดนอย่างอิสระนั้นจำเป็นต่อความสำเร็จของโมเดลธุรกิจหลากหลายประเภท ทั้งในธุรกรรมการค้าสินค้าการค้าบริการแบบดั้งเดิมและธุรกรรมแบบไม่เป็นตัวเงิน (Non-Monetary Transactions) เช่น การโอนข้อมูลภายในบริษัทของบริษัทข้ามชาติ⁵ ปัจจุบัน บริษัทข้ามชาติขนาดใหญ่ รวมถึงบริษัทขนาดกลางและเล็กที่ทำธุรกิจในจีน (SMEs) จึงต้องแบกรับความเสี่ยงในการทำธุรกิจ หากไม่สามารถปฏิบัติตามกฎเกณฑ์การกำกับควบคุมข้อมูลที่ส่งออกจากประเทศจีนที่เข้มงวดของรัฐบาลจีนได้

โจทย์ที่งานวิจัยชิ้นนี้มุ่งแสวงหาคำตอบ ได้แก่ กฎเกณฑ์ของจีนเรื่องการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศมีลักษณะอย่างไร สอดคล้องกับพันธกรณีของจีนตามกฎหมายขององค์การการค้าโลกและความตกลงทางการค้าที่จีนได้เข้าร่วมหรือได้ยื่นคำขอเข้าร่วมหรือไม่ คำตอบต่อคำถามเหล่านี้จะช่วยให้เราเข้าใจกฎเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวของจีนในปัจจุบัน ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อธุรกิจไทยที่มีการลงทุนและดำเนินธุรกิจในประเทศจีน รวมทั้งทำให้เราสามารถวิเคราะห์ทิศทางการพัฒนาของกฎเกณฑ์ในเรื่องนี้ของจีนเมื่อพิจารณาจากพันธกรณีของจีนที่อาจมีขึ้นตามความตกลงทางการค้าที่จีนได้ยื่นคำขอเข้าร่วมเจรจาในช่วงที่ผ่านมา

ในส่วนต่อไปจะเริ่มต้นจากการอธิบายกฎเกณฑ์ของจีนเรื่องการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศ ซึ่งจากการวิจัยพบว่าจีนใช้กฎเกณฑ์ที่เข้มงวด ซึ่งหากเข้าเงื่อนไขที่กำหนด ผู้ส่งออกข้อมูลจำเป็นต้องได้รับการอนุญาตจากสำนักงานบริหารไซเบอร์สเปซแห่งชาติจีนในการส่งข้อมูลออกนอกประเทศจีน จากนั้นจึงเข้าสู่ประเด็นวิจัยที่สำคัญว่ากฎเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวของจีนสอดคล้องหรือละเมิดพันธกรณีของจีนตามกรอบองค์การการค้าโลกและความตกลงทางการค้าที่จีนได้เข้าร่วมหรือได้ยื่นคำขอเข้าร่วมหรือไม่ โดยจะศึกษากฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องในความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services: GATS) ความตกลงหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาค (Regional Comprehensive Economic Partnership: RCEP) ความตกลงแบบครอบคลุมและก้าวหน้าสำหรับหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจภาคพื้นแปซิฟิก (Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership: CPTPP) และความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจดิจิทัล (Digital Economy Partnership Agreement: DEPA) บทความนี้ปิดท้ายด้วยการสรุปผลการศึกษาวิจัยและวิเคราะห์ทิศทางการพัฒนาของกฎเกณฑ์ในเรื่องนี้ของจีนในอนาคต

⁵ OECD, WTO and IMF, “Handbook on Measuring Digital Trade (2020),” p.28-30 [online] Available from : https://www.oecd-ilibrary.org/trade/handbook-on-measuring-digital-trade-second-edition_ac99e6d3-en. [12 February 2024]; Joshua P. Meltzer, “China’s Digital Services Trade and Data Governance: How Should the United States Respond?,” [online] Available from : <https://www.brookings.edu/articles/chinas-digital-services-trade-and-data-governance-how-should-the-united-states-respond>. [12 February 2024]

2. กฎเกณฑ์ของจีนเรื่องการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศ

หน่วยงานของจีนที่มีบทบาทมากที่สุดในการควบคุมการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศ โดยเป็นผู้กำหนดและบังคับใช้กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการส่งหรือโอนข้อมูลออกนอกประเทศจีน คือ สำนักงานบริหารไซเบอร์สเปซแห่งชาติจีน (Cyberspace Administration of China: 中华人民共和国国家互联网信息办公室) โดยมาตรา 37 ของกฎหมายการรักษาความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ของสาธารณรัฐประชาชนจีน (Cybersecurity Law of the People's Republic of China: 《中华人民共和国网络安全法》) และมาตรา 31 ของกฎหมายความปลอดภัยของข้อมูลของสาธารณรัฐประชาชนจีน (Data Security Law of the People's Republic of China: 《中华人民共和国数据安全法》) ให้อำนาจสำนักงานบริหารไซเบอร์สเปซแห่งชาติจีน ในการออกกฎเกณฑ์และระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการประเมินความปลอดภัยของการส่งหรือโอนข้อมูลออกนอกประเทศจีน⁶

ในกรณีที่ไม่จำเป็นต้องมีการประเมินดังกล่าว มาตรา 28 ของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสาธารณรัฐประชาชนจีน (Personal Information Protection Law of the People's Republic of China: 《中华人民共和国个人信息保护法》) ก็ยังให้อำนาจสำนักงานบริหารไซเบอร์สเปซแห่งชาติจีน ในการออกมาตรฐานคุ้มครองข้อมูลที่รวมถึงการออกข้อบประมาณฐานในสัญญาสำหรับการส่งหรือโอนข้อมูลส่วนบุคคลไปยังต่างประเทศ (Standard Contractual Clauses for the Cross-Border Transfer of Personal Data: 个人信息出境标准合同办法)⁷

ในอดีต การส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศจากประเทศจีนนั้นสามารถทำได้ยกเว้นมีมาตรการเฉพาะในแต่ละภาคอุตสาหกรรมกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น⁸ ต่อมารัฐบาลจีนได้เพิ่มความเข้มงวดในการส่งหรือโอนข้อมูลออกจากประเทศจีนตั้งแต่ปี ค.ศ. 2016 โดยสร้างกลไกการประเมินความปลอดภัยขึ้น⁹

⁶ Article 37 of Cybersecurity Law of the People's Republic of China 《中华人民共和国网络安全法》 (2016) and Article 31 of Data Security Law of the People's Republic of China 《中华人民共和国数据安全法》 (2021)

⁷ Article 28 of Personal Information Protection Law of the People's Republic of China 《中华人民共和国个人信息保护法》 (2021)

⁸ ตัวอย่างเช่น ในปี ค.ศ. 2018 บริษัทชีวการแพทย์ (biomedical firms) หลายแห่งถูกปรับหลังจากส่งข้อมูลพันธุกรรมของชาวจีนออกไปยังต่างประเทศโดยฝ่าฝืนกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดการทรัพยากรพันธุศาสตร์มนุษย์ ดู David Cyranoski, "China's Crackdown on Genetics Breaches Could Deter Data Sharing," [online] Available from : <https://www.nature.com/articles/d41586-018-07222-2>. [12 February 2024]

⁹ Fengan Jiang, "China's Legal Efforts to Facilitate Cross-border Data Transfers: A Comprehensive Reality Check", in *Asia Pacific Law Review*, 32, 1 (2024), p.81-101, 87.

กลไกการประเมินความปลอดภัยประกอบด้วย 3 ขั้นตอนที่จะต้องพิจารณาว่าจะต้องผ่านการอนุญาตจากสำนักงานบริหารไซเบอร์สเปซแห่งชาติจีนก่อนส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศหรือไม่ ได้แก่

ขั้นตอนแรก ต้องพิจารณาว่าข้อมูลนั้นเป็น “ข้อมูลสำคัญ” (Critical Data: 重要数据) หรือไม่ ข้อมูลสำคัญ ได้แก่ ข้อมูลที่ “อาจเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของประเทศและประโยชน์สาธารณะ หากถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลง ทำลาย ทำให้รั่วไหล หรือใช้อย่างผิดกฎหมาย”¹⁰ หากเป็นข้อมูลสำคัญจะต้องผ่านการประเมินความปลอดภัยโดยสำนักงานบริหารไซเบอร์สเปซแห่งชาติจีน

ขั้นตอนที่สอง ต้องพิจารณาว่าผู้ส่งออกข้อมูลเป็นหน่วยงานบริการโครงสร้างพื้นฐานสำคัญทางสารสนเทศ (Critical Information Infrastructure Operators: 关键信息基础设施运营者) หรือไม่

- กรณีที่เป็นหน่วยงานบริการโครงสร้างพื้นฐานสำคัญทางสารสนเทศ

หน่วยงานบริการโครงสร้างพื้นฐานสำคัญทางสารสนเทศ อาจได้แก่ หน่วยงานหรือบริษัทใดที่ดำเนินการเกี่ยวกับอุปกรณ์อำนวยความสะดวกสำคัญสำหรับเครือข่าย (Important Network Facilities: 重要网络设施) ระบบสารสนเทศข้อมูล (Information Systems: 信息系统) และอื่น ๆ ที่อยู่ในภาคธุรกิจกลุ่มเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร พลังงาน การคมนาคม การประปา การเงิน การให้บริการสาธารณะ e-government และเทคโนโลยีการทหาร¹¹ ผู้กำกับดูแลแต่ละภาคธุรกิจจะออกกฎเกณฑ์เพิ่มเติมที่ระบุโครงสร้างพื้นฐานข้อมูลที่สำคัญ ซึ่งจะเป็นตัวกำหนดในท้ายที่สุดว่าใครจะเป็นหน่วยงานบริการโครงสร้างพื้นฐานสำคัญทางสารสนเทศ¹² โดยผลการพิจารณาว่าใครเป็นหน่วยงานบริการโครงสร้างพื้นฐานสำคัญทางสารสนเทศจะถูกส่งไปยังกระทรวงความมั่นคงของประเทศจีน (Ministry of Public Security: 中华人民共和国公安部) เพื่อบันทึกไว้แต่อาจไม่เปิดเผยต่อสาธารณะอันเนื่องมาจากเหตุผลทางความมั่นคง¹³

¹⁰ Para 2.2 of A Guide to Cybersecurity Standard Practices – Guidelines for Classification and Grading of Network Data 《网络安全标准 实践指南—网络数据分类分级指引》(2022)

¹¹ Article 2 of Critical Information Infrastructure Security Protection Regulations 《关键信息基础设施安全保护条例》(2021)

¹² Article 9 of Critical Information Infrastructure Security Protection Regulations 《关键信息基础设施安全保护条例》(2021)

¹³ Fengan Jiang, “China’s Legal Efforts to Facilitate Cross-border Data Transfers: A Comprehensive Reality Check,” in *Asia Pacific Law Review*, p.81-101, 86.

หากผู้ส่งออกข้อมูลเป็นหน่วยงานบริการโครงสร้างพื้นฐานสำคัญทางสารสนเทศ จะต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่เข้มงวดมากกว่าบริษัทที่ไม่เป็น กล่าวคือ หน่วยงานบริการโครงสร้างพื้นฐานสำคัญทางสารสนเทศ จำเป็นต้องจัดเก็บ “ข้อมูลส่วนบุคคลหรือข้อมูลสำคัญ” (Personal Information or Critical Data: 个人信息或者重要数据) ที่ถูกรวบรวมหรือประมวลผลของธุรกิจในประเทศจีนไว้ในประเทศจีนหรือต้องผ่านการประเมินความปลอดภัยโดยสำนักงานบริหารไซเบอร์สเปซแห่งชาติจีนก่อนจึงจะสามารถส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศได้¹⁴

- กรณีที่ไม่เป็นหน่วยงานบริการโครงสร้างพื้นฐานสำคัญทางสารสนเทศ

หากไม่ได้เป็นหน่วยงานบริการโครงสร้างพื้นฐานสำคัญทางสารสนเทศ แต่มีการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่มากกว่า 1,000,000 คน ก็ต้องผ่านการประเมินความปลอดภัยเพื่อที่จะสามารถส่งหรือโอนข้อมูลส่วนบุคคลไปยังต่างประเทศได้¹⁵

ขั้นตอนที่สาม หากผู้ส่งออกข้อมูล ไม่ได้เป็นหน่วยงานบริการโครงสร้างพื้นฐานสำคัญทางสารสนเทศ แต่มีการส่งหรือโอนข้อมูลส่วนบุคคลของบุคคลมากกว่า 100,000 คน หรือข้อมูลส่วนบุคคลที่อ่อนไหวของบุคคล (Sensitive Personal Information: 敏感个人信息) มากกว่า 10,000 คน ไปยังต่างประเทศนับตั้งแต่ 1 มกราคมของปีก่อนหน้า หากใช้ก็จะต้องผ่านการประเมินความปลอดภัยเพื่อที่จะสามารถส่งหรือโอนข้อมูลส่วนบุคคลไปยังต่างประเทศได้เช่นเดียวกัน¹⁶

การประเมินความปลอดภัยอาศัยตามมาตรการประเมินความปลอดภัยของการส่งหรือโอนข้อมูลออกจากประเทศจีน (Outbound Data Transfer Security Assessment Measures: 《数据出境安全评估办法》) ซึ่งออกมาเมื่อปี ค.ศ. 2022 กระบวนการนี้มีความยากลำบากและเป็นภาระเป็นอย่างมาก กล่าวคือผู้ส่งออกข้อมูลจะต้องประเมินความเสี่ยงของการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศด้วยตนเอง และยื่นเรื่องให้สำนักงานบริหารไซเบอร์สเปซประจําณฑลมาประเมินความปลอดภัย¹⁷ และสำนักงานบริหารไซเบอร์สเปซประจําณฑลจะต้องส่งเรื่องให้สำนักงานบริหาร

¹⁴ Article 8 of Cybersecurity Law 《中华人民共和国网络安全法》(2016) โดยความหมายของข้อมูลส่วนบุคคลเป็นไปตาม Article 4 of Personal Information Protection Law 《中华人民共和国个人信息保护法》(2021) ซึ่งหมายถึงข้อมูลทั้งหมดที่ถูกบันทึกทางอิเล็กทรอนิกส์หรือทางอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับบุคคลธรรมดาที่ถูกระบุหรือสามารถถูกระบุตัวบุคคลได้โดยไม่รวมถึงข้อมูลนิรนาม (anonymized data: 匿名化处理后的信息) เมื่อพิจารณาจากแนวทางการระบุข้อมูลสำคัญ ปี ค.ศ. 2022 ในข้อ 2.2 (Para 2.2 of A Guide to Cybersecurity Standard Practices – Guidelines for Classification and Grading of Network Data 《网络安全标准实践指南—网络数据分类分级指引》(2022) นิยามของคำว่า “ข้อมูลสำคัญ” นั้นไม่ครอบคลุมความหมายของข้อมูลส่วนบุคคล เว้นแต่จะเข้าด้วยเงื่อนไขที่กำหนด

¹⁵ Article 4(2) of Security Assessment Measures 《数据出境安全评估办法》

¹⁶ Article 4(3) of Security Assessment Measures 《数据出境安全评估办法》

¹⁷ Article 6 of Security Assessment Measures 《数据出境安全评估办法》

ไซเบอร์สเปซส่วนกลางเข้ามาเป็นผู้ประเมินในเชิงลึก (Substantive Assessments)¹⁸ ซึ่งเป็นกระบวนการที่ต้องใช้ระยะเวลานาน ยกตัวอย่างเช่น สำนักงานบริหารไซเบอร์สเปซส่วนกลางอาจเชิญหน่วยงานอื่นในคณะรัฐมนตรีหรือองค์กรอื่นที่เกี่ยวข้องมาเข้าร่วมในกระบวนการประเมินความเสี่ยงในการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศ¹⁹ และเมื่อได้ผลประเมิน ว่า “ผ่าน” การประเมินความปลอดภัยแล้ว ผลนี้จะมีอายุเพียง 2 ปีเท่านั้น²⁰

สำหรับผู้ส่งออกข้อมูลที่ไม่ได้เป็นหน่วยงานบริการโครงสร้างพื้นฐานสำคัญทางสารสนเทศ และที่ไม่เข้าเงื่อนไขตามกฎหมายที่จะต้องผ่านการประเมินความปลอดภัย (กล่าวคือมีการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของบุคคลน้อยกว่า 1,000,000 คน และส่งหรือโอนข้อมูลไปต่างประเทศโดยไม่เกินจำนวนตามเงื่อนไขการส่งหรือโอนข้อมูลส่วนบุคคลของบุคคลมากกว่า 100,000 คน หรือข้อมูลส่วนบุคคลที่อ่อนไหวของบุคคลมากกว่า 10,000 คน ไปยังต่างประเทศนับตั้งแต่ 1 มกราคมของปีก่อนหน้า) แต่หากผู้ส่งออกข้อมูลดังกล่าวมีการโอนหรือส่งข้อมูลส่วนบุคคลไปยังต่างประเทศถึงแม้จะต้องผ่านการประเมินความปลอดภัยเพราะไม่ถึงเกณฑ์ก็ตาม แต่กฎหมายจีนยังคงบังคับให้ผู้ส่งออกข้อมูลส่วนบุคคลจะต้อง (1) มีใบรับรองการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล²¹ (2) มีข้อบทมาตรฐานในสัญญาสำหรับการส่งหรือโอนข้อมูลส่วนบุคคลไปยังต่างประเทศ (Standard Contractual Clauses (SCCs): 标准合同条款)²²

รายงานปี ค.ศ. 2021 ของหอการค้าอังกฤษในจีน รายงานว่าเกณฑ์ขั้นต่ำตามกฎหมายจีนที่ทำให้หลายบริษัทต้องได้รับการประเมินความปลอดภัยโดยสำนักงานบริหารไซเบอร์สเปซก่อนส่งหรือโอนข้อมูลไปต่างประเทศ เป็นอุปสรรคสำคัญของการไหลเวียนของข้อมูลข้ามพรมแดน บริษัทต่างชนิดต่างมีความกังวลถึงความไม่แน่นอนของเงื่อนไขและรูปแบบคำขอหรือฟอร์มที่เกี่ยวข้องกับการประเมินความปลอดภัยดังกล่าว²³

¹⁸ Article 7 of Security Assessment Measures 《数据出境安全评估办法》

¹⁹ Article 10 of Security Assessment Measures 《数据出境安全评估办法》

²⁰ Article 14 of Security Assessment Measures 《数据出境安全评估办法》

²¹ Practice Guidelines for Cyber Security Standards – Security Certification Specifications for Cross-Border Processing of Personal Information V2.0 《网络安全标准实践指南—个人信息跨境处理活动安全认证规范V2.0》(2022)

²² Article 38 of Personal Information Protection Law 《中华人民共和国个人信息保护法》 and Measures on Standard Contracts for the Export of Personal Information 《个人信息出境标准合同办法》(2022)

²³ British Chamber of Commerce in China, “The Cross-Border Data and Innovation Report 2021,” [online] Available from : <https://www.britishchamber.cn/wp-content/uploads/2021/11/BritCham-China-Cross-Border-Data-and-Innovation-Report.pdf>. [12 February 2024]

อนึ่ง มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดว่าการประเมินโดยสำนักงานบริหารไซเบอร์สเปซ จะไม่ถูกบังคับให้หากมีมาตรการเฉพาะหรือมีความตกลงระหว่างประเทศที่จีนเป็นภาคีสมาชิกได้ กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น²⁴ ซึ่งแสดงให้เห็นว่ากฎหมายของจีนได้มีการเปิดช่องไว้เพื่อให้สามารถปรับ กฎเกณฑ์ให้สอดคล้องกับพันธกรณีของจีนตามกรอบความตกลงระหว่างประเทศที่มีอยู่ในปัจจุบัน และอาจมีขึ้นจากการเจรจาความตกลงระหว่างประเทศในอนาคต ในส่วนต่อไปของบทความจะเข้าสู่ การสำรวจว่ากฎเกณฑ์ของจีนเรื่องการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศซึ่งมีความเข้มงวดสูงดังที่ ได้อธิบายข้างต้นนั้นสอดคล้องกับพันธกรณีของจีนตามกฎหมายขององค์การการค้าโลกและความ ตกลงทางการค้าที่จีนได้เข้าร่วมหรือได้ยื่นคำขอเข้าร่วมหรือไม่

3. กฎเกณฑ์ขององค์การการค้าโลกที่เกี่ยวข้อง และการเจรจาภายใต้กรอบของ องค์การการค้าโลก

ในระบบองค์การการค้าโลกในปัจจุบัน แม้ว่าจะไม่มีกฎเกณฑ์โดยตรงที่กล่าวถึงการส่งหรือ โอนข้อมูลไปยังต่างประเทศ แต่นักวิชาการหลายคนมองว่า ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services: GATS) อาจสามารถนำมาปรับใช้ในการกำกับดูแล การส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศได้ในบางกรณี²⁵ ตัวอย่างเช่น กฎเกณฑ์ของจีนที่กำกับดูแล ข้อมูลในทางที่กำหนดมาตรการที่ผู้ให้บริการต่างชาติต้องปฏิบัติตามที่ไม่สมเหตุสมผลหรือเลือก ปฏิบัติต่อผู้ให้บริการต่างชาติ อาจเป็นการละเมิด GATS มาตรา VI²⁶ และมาตรา XVII²⁷ นอกจาก นั้น กฎเกณฑ์ของจีนในการจำกัดการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศยังอาจเป็นการละเมิด

²⁴ Cybersecurity Law 《中华人民共和国网络安全法》 (2016) and Article 38 and 40 of Personal Information Protection Law 《中华人民共和国个人信息保护法》

²⁵ Susannah Hodson, “Applying WTO and FTA Discipline to Data Localization Measures”, in *World Trade Review*, 18, 4 (2019), p.579-607.; Linxin Dai, “A Survey of Cross-Border Data Transfer Regulations Through the Lens of the International Trade Law Regime”, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 52 (2019), p.955-966.; Andrew D. Mitchell and Neha Mishra, “WTO Law and Cross-Border Data Flows An Unfinished Agenda,” in *Big Data and Global Trade Law*, ed. M. Burri (Cambridge: Cambridge University Press, 2021), p.83-112.

²⁶ มาตรา VI:1 วางหลักว่า ในกลุ่มบริการที่ประเทศสมาชิกได้ผูกพันตามกฎหมาย (เช่น กฎเกณฑ์การเข้าสู่ ตลาด หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ เป็นต้น) ประเทศสมาชิกต้อง “รับรองว่ามาตรการทั้งหมดที่บังคับใช้ทั่วไปที่กระทบต่อการค้าบริการนั้นจะต้องเป็นไปอย่างสมเหตุสมผล (reasonable) ปราศจากอคติ (objective) และเป็นกลาง (impartial)” โปรดดู Article VI:1 of GATS

²⁷ มาตรา XVII กล่าวถึงหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ซึ่งห้ามการเลือกปฏิบัติต่อต่างชาติในภาคการบริการที่ประเทศสมาชิกได้ผูกพันในตารางข้อผูกพันเฉพาะ (schedule) โปรดดู Article XVII of GATS

GATS มาตรา XVI หากอยู่ในภาคบริการที่จีนได้เปิดตลาดตามตารางข้อผูกพันเฉพาะ (Schedule) ที่จีนได้ให้ไว้²⁸

แม้พบว่ามาตรการของจีนในการจำกัดการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศในบางกรณีอาจขัดต่อ GATS มาตรา VI มาตรา XVII หรือมาตรา XVI แต่ก็อาจเข้าข้อยกเว้นของนโยบายสาธารณะภายใต้ GATS มาตรา XIV โดยอ้างเหตุผลของการคุ้มครองความเป็นส่วนตัว ความปลอดภัยทางไซเบอร์ และการคุ้มครองผู้บริโภคออนไลน์²⁹ ทั้งนี้ ตามแนวทางการวินิจฉัยในคดี US-Gambling การจะอ้างเหตุผลข้อยกเว้นภายใต้ GATS มาตรา XIV ต้องผ่านบททดสอบเรื่องความจำเป็น (Necessity Test) กล่าวคือมาตรการพิพาทต้องเป็นมาตรการที่ “จำเป็น” (Necessary) หรือในทางกลับกัน ต้องพิจารณาว่ายังมีมาตรการทางเลือกอื่นซึ่งสอดคล้องกับบทบัญญัติขององค์การการค้าโลก ซึ่งเป็นมาตรการที่มีอยู่อย่างสมเหตุสมผล (Reasonably Available) หรือไม่³⁰

ความท้าทายจึงอยู่ที่แนวคำวินิจฉัยขององค์การการค้าโลกหากมีข้อพิพาทในเรื่องนี้จะหาจุดสมดุลระหว่างความต้องการให้เกิดการไหลเวียนของข้อมูลอย่างอิสระกับการใช้ดุลพินิจออกนโยบายเกี่ยวกับอินเทอร์เน็ตของประเทศสมาชิกได้อย่างไร อย่างไรก็ตาม จนถึงปัจจุบัน ยังไม่มีคำตัดสินในกระบวนการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลกที่ปรับใช้กฎเกณฑ์ของ GATS กับมาตรการบังคับให้ต้องเก็บข้อมูลไว้ในประเทศ³¹ จึงทำให้การตีความบทบัญญัติของ GATS ที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งการตีความข้อยกเว้นยังไม่มีแนวทางที่ชัดเจนออกมาให้ศึกษาวิเคราะห์

ทั้งนี้ ยังมีการตั้งข้อสังเกตว่า เนื่องจากกฎเกณฑ์ขององค์การการค้าโลกเกิดขึ้นในยุคก่อนที่จะมีอินเทอร์เน็ต ทำให้เกิดความไม่แน่นอนหากจะนำเอากฎเกณฑ์ที่สร้างขึ้นในยุคก่อนมีอินเทอร์เน็ตมาใช้เพื่อตัดสินข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลและเทคโนโลยีสารสนเทศในยุค

²⁸ มาตรา XVI วางหลักว่า เว้นแต่มีข้อจำกัดหรือเงื่อนไขที่ระบุไว้ในตารางข้อผูกพันเฉพาะ ประเทศสมาชิกจะต้องไม่จำกัดจำนวน ผู้ให้บริการ (number of services suppliers) (มาตรา XVI:2(a)) หรือ จำนวนการให้บริการ (total number of service operations) (มาตรา XVI:2(c)) หรือ จำนวนทั้งหมดของการให้บริการ (total quantity of service output) (มาตรา XVI:2(c)) ที่เข้าสู่ตลาดในแต่ละประเภทสาขาบริการ โปรดดู Article XVI of GATS

²⁹ มาตรา XIV กล่าวถึงข้อยกเว้นทั่วไป (General Exceptions) อาทิ ใน (c)(ii) การคุ้มครองความเป็นส่วนตัวของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการประมวลผลและเผยแพร่ข้อมูลส่วนบุคคลและการคุ้มครองรักษาความลับของบันทึกและข้อมูลส่วนบุคคล โปรดดู Article XIV of GATS

³⁰ Appellate Body Report, United States — Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, Para. 307, WTO Doc. WT/DS285/AB/R (7 April 2005).

³¹ Susannah Hodson, “Applying WTO and FTA Discipline to Data Localization Measures”, in *World Trade Review*, p.583.

อินเทอร์เน็ตเช่นในปัจจุบัน³² ดังที่ Timothy Wu ศาสตราจารย์ด้านกฎหมายเทคโนโลยีที่มีชื่อเสียงได้เคยให้คำนิยามว่าเป็น “ปัญหาของการตีความจากการเปลี่ยนผ่านทางเทคโนโลยี” (Problem of Interpretative Technological Translation)³³ ในกรณีนี้ก็เช่นเดียวกัน การปรับใช้กฎเกณฑ์ของ GATS มาใช้กับเทคโนโลยีที่ยังไม่เกิดขึ้นในยุคที่มีการร่างกฎเกณฑ์ GATS จึงมีความท้าทายสูงมากในทางปฏิบัติ

ตัวอย่างปัญหาของการตีความจากการเปลี่ยนผ่านทางเทคโนโลยี เช่น การไหลเวียนของข้อมูลข้ามพรมแดนไม่ได้เป็นเรื่องของการค้าบริการแต่เพียงอย่างเดียว แต่ยังเป็นเรื่องของการค้าสินค้าได้ด้วยการแบ่งแยกมาตรการเกี่ยวกับการค้าสินค้าและมาตรการเกี่ยวกับการค้าบริการออกจากกันจึงมีความยากลำบากในกรณีที่การบริการเป็นส่วนหนึ่งของการค้าสินค้า เช่นในเรื่องของ Internet of Things (IoT)³⁴ นอกจากนั้น การตีความพันธกรณีในตารางข้อผูกพันเฉพาะของประเทศสมาชิกว่าครอบคลุมถึงข้อมูลในประเภทการบริการใดบ้างเป็นเรื่องยาก เนื่องจากข้อมูลบางอย่างอาจเกี่ยวเนื่องกับหลายภาคบริการพร้อมกัน ตามธรรมชาติที่เกี่ยวข้องกันหลายเรื่อง (Cross-Cutting Nature) ของการให้บริการทางดิจิทัล ตัวอย่างเช่น เป็นเรื่องยากที่จะจัดประเภทของเกมออนไลน์ (ในฐานะแพลตฟอร์มรูปแบบใหม่) ว่าอยู่ในประเภทของบริการแบบใด ไม่ว่าจะเป็นคอมพิวเตอร์และการบริการที่เกี่ยวข้อง (Computer and Related Services) หรือการเพิ่มมูลค่าของบริการโทรคมนาคม (Value-Added Telecommunications Services) หรือการให้บริการความบันเทิง (Entertainment) หรือการให้บริการโสตทัศนวัสดุ (Audiovisual Services)³⁵

สำหรับข้อเรียกร้องให้มีการปฏิรูปกฎเกณฑ์ขององค์การการค้าโลกที่เกี่ยวข้องนั้น สหรัฐอเมริกาได้เรียกร้องมาอย่างยาวนานให้มีการบัญญัติกฎเกณฑ์ส่งเสริมการส่งหรือโอนข้อมูลข้ามพรมแดนอย่างอิสระและจำกัดมาตรการบังคับให้ต้องเก็บข้อมูลไว้ในประเทศ ในทางกลับกันก่อนหน้านี้ไม่ปรากฏว่าจีนมีท่าทีที่สนใจประเด็นเรื่องนี้ จนกระทั่งเมื่อไม่นานมานี้เองจึงเริ่มเห็นการเคลื่อนไหวของจีนในเรื่องดังกล่าว

³² Mira Burri, “Data Flows and Global Trade Law,” in **Big Data and Global Trade Law**, ed. Mira Burri (Cambridge University Press, 2021), p.11-41, 15.; Andrew D. Mitchell and Neha Mishra, “WTO Law and Cross-Border Data Flows An Unfinished Agenda,” in **Big Data and Global Trade Law**, ed. M. Burri, p.93

³³ Timothy Wu, “The World Trade Law of Censorship and Internet Filtering”, in **Chicago Journal of International Law**, 7 (2006), p.263-287, 264.

³⁴ Andrew D. Mitchell and Neha Mishra, “WTO Law and Cross-Border Data Flows An Unfinished Agenda,” in **Big Data and Global Trade Law**, ed. M. Burri, p.93

³⁵ Mira Burri, “The Regulation of Data Flows Through Trade Agreements”, in **Georgetown Journal of International Law**, 48, 1 (2017), p.413-414.

ในการประชุมรัฐมนตรีขององค์การการค้าโลกสมัยสามัญ ครั้งที่ 11 (Eleventh Ministerial Conference) ในเดือนธันวาคม ค.ศ. 2017 จีนปฏิเสธการเข้าร่วมกับประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลก กว่า 70 ประเทศในการทำแถลงการณ์ร่วมกันเกี่ยวกับการริเริ่มการเจรจาเกี่ยวกับการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (E-Commerce)³⁶ อย่างไรก็ตาม เมื่อประเทศเหล่านี้ริเริ่มการเจรจาอีกครั้งในเดือนมกราคม ค.ศ. 2019 จีนได้เปลี่ยนแปลงท่าทีและเข้าร่วมการเจรจา³⁷ เมื่อเดือนเมษายน ค.ศ. 2019 จีนได้ส่งสารแจ้งต่อการเจรจาดังกล่าว โดยเน้นย้ำในประเด็นของการค้าสินค้าระหว่างประเทศทางอินเทอร์เน็ต และในขณะเดียวกันก็ได้แสดงความเห็นต่อข้อกังวลของสหรัฐฯ ที่เกี่ยวกับการไหลเวียนข้อมูล การเก็บข้อมูล การปฏิบัติต่อสินค้าดิจิทัล โดยจีนเลือกแยกประเด็นการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศออกมาเป็นการเฉพาะ จีนยอมรับว่าการไหลเวียนของข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการค้า (Trade-Related Aspects of Data Flows) มีความจำเป็นต่อการพัฒนาการค้า³⁸ อย่างไรก็ตาม จีนเลือกที่จะไม่ใช่คำว่า “การไหลเวียนอย่างอิสระของข้อมูล” (Free Flow of Data) ที่เป็นคำที่สหรัฐฯ ใช้อยู่เสมอ³⁹ แต่เลือกใช้คำว่า “การไหลเวียนของข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการค้า” แทน ซึ่งอาจต้องการสื่อว่าจีนไม่มีความประสงค์ที่จะเจรจาเกี่ยวกับการไหลเวียนของข้อมูลทุกประเภท แต่ต้องการเจรจาเพียงประเด็นเรื่องการไหลเวียนของข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการค้า เท่านั้น⁴⁰ การสร้างเงื่อนไขการเจรจาของจีนเช่นนี้อาจมีผลได้หลายประการ เช่น สร้างความชอบธรรมให้แก่จีนในการตั้งข้อจำกัดข้อมูลในประเภทสาขาบริการที่จีนยังไม่มีพันธกรณี หรือแม้แต่วางความชอบธรรมในการตั้งข้อจำกัดในสิ่งที่จีนผูกพันอยู่แล้วตามพันธกรณีในปัจจุบัน แต่ให้บริการโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย (จึงไม่ใช่การค้า) เช่น การให้บริการเครื่องมือสืบค้นข้อมูล (Search Engine) โดยไม่คิดค่าใช้จ่ายของกูเกิล⁴¹

³⁶ WTO, Joint Statement on Electronic Commerce, Ministerial Conference, 11th Session, Buenos Aires, 10–13 December 2017, WT/MIN(17)/ST/60 (2017).

³⁷ Leika Kihara, “DAVOS – Nearly Half WTO Members Agree to Talks on New E-Commerce Rules,” [online] Available from : <https://www.reuters.com/article/davos-meeting-ecommerce-idUSL3N1ZP329>. [12 February 2024]

³⁸ WTO, Joint Statement on Electronic Commerce, Communication from China, 24 April 2019, INF/ECOM/19.

³⁹ โปรดดูเอกสาร WTO ที่กล่าวถึง ‘free flow of information’ อาทิ Work Programme on Electronic Commerce, Non-Paper from the United States, JOB/GC/94 (2016) ใน Para 2.3 และ INF/ECOM/5 ใน Section 2

⁴⁰ Henry S. Gao, “Data Regulation with Chinese Characteristics,” in **Big Data and Global Trade Law**, ed. M. Burri, p.264-265.

⁴¹ Ibid.

นอกจากนั้น จีนยังให้น้ำหนักว่าประเทศสมาชิกมี “สิทธิอันชอบธรรมที่จะออกมาตรการใดๆ เพื่อที่จะทำตามเป้าหมายนโยบายสาธารณะของตนที่สมเหตุสมผล” (Legitimate Right to Adopt Regulatory Measures in Order to Achieve Reasonable Public Policy Objectives)⁴² การเลือกใช้คำเช่นนี้ทำให้ชวนนึกถึงการเจรจาการค้าในอดีตที่เรียกร้องให้มี “พื้นที่ทางนโยบาย” (Policy Space) ซึ่งเป็นการสร้างความชอบธรรมในการปฏิบัติที่เป็นพิเศษและแตกต่างโดยอ้างอิงยกเว้นต่าง ๆ⁴³

กล่าวโดยสรุป GATS ได้วางหลักการป้องกันมาตรการที่กีดกันการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศและการจัดเก็บข้อมูล โดยเฉพาะมาตรการที่เลือกปฏิบัติและส่งผลกระทบต่อต่างชาติ อย่างไรก็ตาม กฎเกณฑ์ของ GATS ก็ยังคงไม่เพียงพอเนื่องจากยังมีการใช้เกณฑ์แบ่งแยกรูปแบบการค้าบริการ (Modes of Supply) และการจัดประเภทสาขาบริการ (Service Sectors) ที่ล้าสมัยและไม่สามารถจัดการกับมาตรการบังคับให้ต้องเก็บข้อมูลไว้ในประเทศที่อาจเป็นการบิดเบือนทางการค้า แต่ไม่ขัดต่อหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) และกฎเกณฑ์การเข้าสู่ตลาด (Market Access) ได้ รวมทั้งยังมีความไม่แน่นอนสูงในการตีความบทบัญญัติเหล่านี้ ตลอดจนการตีความที่ยกเว้นตาม GATS มาตรา XIV เนื่องจากการขาดแนวคำวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจริง ขณะเดียวกันที่ผ่านมาก็มีความพยายามผลักดันการปฏิรูปกฎเกณฑ์ขององค์การการค้าโลกในเรื่องดังกล่าว โดยจีนเองก็ได้เริ่มเข้ามาเคลื่อนไหวในประเด็นเหล่านี้ด้วยท่าทีระมัดระวัง จนปัจจุบันก็ยังไม่มีความคืบหน้าในการเจรจาเรื่องดังกล่าวให้เกิดผลเป็นรูปธรรมภายใต้กรอบขององค์การการค้าโลก

4. กฎเกณฑ์ความตกลงหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาค (RCEP) ที่เกี่ยวข้อง

แม้ในข้อตกลงการค้าเสรีของจีนบางฉบับ เช่น ข้อตกลงการค้าระหว่างจีนและเกาหลีใต้ (China-Korea FTA) ข้อตกลงการค้าระหว่างจีนและออสเตรเลีย (China-Australia FTA) จะมีบท (Chapter) ที่เกี่ยวข้องกับการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (E-Commerce) แต่ไม่พบว่า มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการส่งหรือโอนข้อมูลไปต่างประเทศเพื่อจุดประสงค์ทางการค้า สำหรับความตกลงระหว่างประเทศฉบับแรกของจีนที่มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการส่งหรือโอนข้อมูลไปต่างประเทศเพื่อจุดประสงค์ทางการค้าคือ ความตกลงหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาค (Regional Comprehensive Economic Partnership: RCEP) ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2022

⁴² Ibid.

⁴³ Ibid.

ประกอบไปด้วยประเทศสมาชิก 15 ประเทศ ได้แก่ 10 ชาติสมาชิกอาเซียน และ 5 ประเทศคู่เจรจา (ได้แก่ จีน ญี่ปุ่น เกาหลีใต้ ออสเตรเลีย และนิวซีแลนด์) โดยบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการส่งหรือโอนข้อมูลไปต่างประเทศเพื่อจุดประสงค์ทางการค้าอยู่ในบท (Chapter) ที่ 12 เรื่องการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (E-Commerce)

มาตรา 12.15(2) ของ RCEP ได้ห้ามไม่ให้ประเทศสมาชิกจำกัดการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศโดยผ่านช่องทางอิเล็กทรอนิกส์ หากการส่งหรือโอนข้อมูลดังกล่าวเป็นไปเพื่อการดำเนินธุรกิจของบุคคล⁴⁴

มาตรา 12.15(3) ได้ระบุข้อยกเว้น ในกรณีที่เป็นการดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของนโยบายสาธารณะอันชอบธรรม (โดยมาตรการนั้นต้องไม่ใช่ตามอำเภอใจหรือเลือกปฏิบัติโดยไม่ชอบธรรมหรือเป็นการกีดกันทางการค้าอย่างแอบแฝง) หรือมาตรการที่จำเป็นต่อการปกป้องผลประโยชน์สำคัญในเรื่องความมั่นคง⁴⁵ และยังมีระบุอย่างชัดเจนใน Footnote 14 ว่า “ในความหมายของวรรคนี้ ประเทศสมาชิกยืนยันว่า ความจำเป็นของการบังคับตามนโยบายสาธารณะอันชอบธรรมนั้นจะเป็นดุลพินิจของประเทศสมาชิกผู้บังคับใช้มาตรการนั้น” ดังนั้น จาก Footnote 14 เท่ากับอนุญาตให้ประเทศสมาชิกตัดสินความจำเป็นของการบังคับตามนโยบายสาธารณะอันชอบธรรมได้เอง ซึ่งหมายความว่า ภายใต้มาตรา 12.15(3) ไม่มีบททดสอบเรื่องความจำเป็น (Necessity Test)

จะเห็นว่า เจือนไขหลักในกรณีที่เป็นการดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของนโยบายสาธารณะอันชอบธรรมก็คือเงื่อนไขว่าต้องไม่เลือกปฏิบัติ ซึ่งคล้ายกับบททดสอบของบทนำ (Chapeau) ของ GATS มาตรา XIV และ GATT มาตรา XX กล่าวคือ การห้ามไม่ให้ใช้มาตรการที่ดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของนโยบายสาธารณะอันชอบธรรม หากมาตรการนั้นใช้ตามอำเภอใจหรือเลือกปฏิบัติโดยไม่ชอบธรรมหรือเป็นการกีดกันทางการค้าอย่างแอบแฝง⁴⁶ ดังนั้น ข้อจำกัดการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศของจีนจะไม่ละเมิดข้อตกลง RCEP หากจีนมองว่าเป็นมาตรการที่ดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของนโยบายสาธารณะอันชอบธรรม トラบเท่าที่จีนปฏิบัติต่อบริษัทจีนและบริษัทต่างชาติอย่างเท่าเทียมกัน แต่ถึงแม้หากข้อเท็จจริงเป็นว่ากระบวนการประเมินความปลอดภัยของสำนักงานบริหารไซเบอร์สเปซแห่งชาติจีนจะมีเหตุผลของการคุ้มครองบริการภายในประเทศก็ตาม ก็ยังคงสามารถใช้บังคับได้ เนื่องจากจีนยังสามารถอ้างข้อยกเว้นว่าเป็นมาตรการที่จำเป็นต่อการปกป้องผลประโยชน์สำคัญในเรื่องความมั่นคงได้

⁴⁴ Article 12.15(2) of RCEP

⁴⁵ Article 12.15(3) of RCEP

⁴⁶ Article 12.15(3)(a) of RCEP

กล่าวโดยสรุป กฎเกณฑ์ของ RCEP ตามมาตรา 12.15(2) ยากที่จะบังคับใช้ได้จริงในทางปฏิบัติ เนื่องจากมีข้อยกเว้นตามมาตรา 12.15(3) ทั้งต่อกรณีที่เป็นมาตรการที่ดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของนโยบายสาธารณะอันชอบธรรม (โดยมาตรการนั้นต้องไม่ใช่ตามอำเภอใจหรือเลือกปฏิบัติโดยไม่ชอบธรรมหรือเป็นการกีดกันทางการค้าอย่างแอบแฝง) หรือมาตรการที่จำเป็นต่อการปกป้องผลประโยชน์สำคัญในเรื่องความมั่นคง รวมทั้ง Footnote 14 ยังอนุญาตให้ประเทศสมาชิกตัดสินใจจำเป็นของการบังคับตามนโยบายสาธารณะอันชอบธรรมได้เองอีกด้วย

5. กฎเกณฑ์ความตกลงแบบครอบคลุมและก้าวหน้าสำหรับหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจภาคพื้นแปซิฟิก (CPTPP) ที่เกี่ยวข้อง

ความตกลงแบบครอบคลุมและก้าวหน้าสำหรับหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจภาคพื้นแปซิฟิก (Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership: CPTPP) ประกอบด้วยประเทศสมาชิก 11 ประเทศ ได้แก่ ออสเตรเลีย บรูไน แคนาดา ชิลี ญี่ปุ่น มาเลเซีย เม็กซิโก นิวซีแลนด์ เปรู สิงคโปร์ และเวียดนาม โดยจีนได้ยื่นคำขอเข้าร่วมการเจรจาเพื่อเป็นสมาชิกในความตกลงอย่างเป็นทางการเมื่อวันที่ 16 กันยายน ค.ศ. 2021

มาตรา 14.11(2) ของความตกลง CPTPP ห้ามประเทศสมาชิกตั้งข้อจำกัดการส่งหรือโอนข้อมูลไปต่างประเทศสำหรับวัตถุประสงค์ด้านธุรกิจ แม้ว่าความตกลง CPTPP จะอนุญาตให้ประเทศสมาชิกตั้งข้อจำกัดการส่งหรือโอนข้อมูลไปต่างประเทศ ในการดำเนินการให้วัตถุประสงค์ของนโยบายสาธารณะอันชอบธรรมให้สัมฤทธิ์ผล (to Achieve a Legitimate Public Policy Objective)⁴⁷ แต่ความแตกต่างจากข้อยกเว้นของ RCEP คือการใช้เหตุผลของการปกป้องผลประโยชน์สำคัญในเรื่องความมั่นคงนั้นจะต้องผ่านกฎเกณฑ์การพิจารณาที่เข้มงวด โดยมีเงื่อนไขการไม่เลือกปฏิบัติและบททดสอบเรื่องความจำเป็น (Necessity Test)⁴⁸ กล่าวคือห้ามการออกข้อจำกัดในการส่งหรือโอนข้อมูลที่เกินความจำเป็นที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ทางนโยบาย (Restrictions on Transfers of Information Greater than are Required to Achieve the Objective)⁴⁹

หากปรับใช้ในกรณีของจีน จีนอาจต้องอธิบายให้ได้ว่าเพราะเหตุใดจึงตั้งเกณฑ์ขั้นต่ำที่ง่ายเกินไปที่จะถูกบังคับให้เข้าสู่กระบวนการประเมินความปลอดภัยโดยสำนักงานบริหารไซเบอร์สเปซ

⁴⁷ Article 14.11(3) of CPTPP

⁴⁸ Shin-yi Peng and Han-wei Liu, “The Legality of Data Residency Requirements: How Can the Trans-Pacific Partnership Help”, in *Journal of World Trade*, 51, 2 (2017), p.195-197.

⁴⁹ Article 14.11(3)(b) of CPTPP

แห่งชาติจีน หรือต้องอธิบายกระบวนการประเมินที่ยุ่งยากและสร้างภาระว่าเกินความจำเป็นต่อการบรรลุวัตถุประสงค์เพื่อการปกป้องความมั่นคง (National Security) หรือไม่อย่างไร และยังคงต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าไม่มีวิธีการอื่นที่สร้างข้อจำกัดน้อยกว่าที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ทางนโยบายได้⁵⁰

จะเห็นได้ว่า ความตกลง CPTPP เป็นกฎเกณฑ์ที่มีมาตรฐานสูงกว่าความตกลงทางการค้าฉบับอื่น ๆ และมีความเป็นไปได้สูงที่หากจีนเข้าร่วม CPTPP กฎเกณฑ์อันเข้มงวดของจีนในเรื่องการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศจะถูกตั้งคำถามว่าละเมิดมาตรา 14.11(2) ของความตกลง CPTPP เนื่องจากมาตรการที่เข้มงวดของจีนอาจเกินความจำเป็นที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ทางนโยบายสาธารณะอันชอบธรรม อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบัน ยังไม่มีความคืบหน้าเพิ่มเติมเกี่ยวกับการเจรจาเข้าร่วมความตกลง CPTPP ของจีน และมีข้อกังขาอย่างแพร่หลายในสื่อตะวันตกว่าจีนจะสามารถแก้ไขกฎเกณฑ์ของตนให้เป็นไปตามมาตรฐานที่สูงในเรื่องการกำกับดูแลข้อมูลข้ามพรมแดนของความตกลง CPTPP หรือไม่ เพื่อให้ประเทศสมาชิกยอมรับ⁵¹

6. กฎเกณฑ์ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจดิจิทัล (DEPA) ที่เกี่ยวข้อง

อีกหนึ่งความตกลงที่จีนได้ยื่นคำขอเข้าร่วมและมีบทบาทสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการส่งหรือโอนข้อมูลไปต่างประเทศเพื่อจุดประสงค์ทางการค้าคือ ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจดิจิทัล (Digital Economy Partnership Agreement: DEPA) ซึ่งเป็นความตกลงระดับภูมิภาคที่เกี่ยวกับเศรษฐกิจดิจิทัล เริ่มใช้บังคับเมื่อวันที่ 7 มกราคม ค.ศ. 2021 มีประเทศสมาชิกคือ ชิลี นิวซีแลนด์ และสิงคโปร์ จีนได้ยื่นคำขอเข้าร่วมในปีเดียวกัน⁵² และในเดือนสิงหาคม ค.ศ. 2022 ได้มีการจัดตั้งคณะทำงานเกี่ยวกับการภาคยานุวัติ (Accession) ของจีน⁵³

⁵⁰ Alex He, “Trade Deals Might Induce Beijing to Bend on Data Restrictions,” [online] Available from : <https://www.cigionline.org/articles/trade-deals-might-induce-beijing-to-bend-on-data-restrictions>. [12 February 2024]

⁵¹ Maria A. Carrai, “Can China Succeed in Joining the CPTPP?,” [online] Available from : <https://www.hinrichfoundation.com/research/wp/ftas/china-cptpp-comprehensive-and-progressive-trans-pacific-partnership>. [12 February 2024]

⁵² Ministry of Commerce, People’s Republic of China, “China Has Submitted an Official Application to Join the Digital Economy Partnership Agreement (DEPA),” [online] Available from : <http://english.mofcom.gov.cn/article/newsrelease/significantnews/202111/20211103214781.shtml>. [12 February 2024]

⁵³ Xinhua, “Commerce Ministry: China Advancing Negotiations on Joining DEPA,” [online] Available from : https://english.www.gov.cn/statecouncil/ministries/202208/23/content_WS6304085dc6d02e533532f955.html. [12 February 2024]

มาตรา 4.3 ของ DEPA กำหนดให้รัฐบาลของประเทศสมาชิกรับรองให้มีการไหลเวียนของข้อมูลข้ามพรมแดนอย่างอิสระสำหรับการค้า โดย DEPA อนุญาตให้ประเทศสมาชิกตั้งข้อจำกัดการส่งหรือโอนข้อมูลข้ามพรมแดนได้สำหรับการดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของนโยบายสาธารณะอันชอบธรรม อย่างไรก็ตาม การตั้งข้อจำกัดเช่นนี้จะต้องผ่านเงื่อนไขการไม่เลือกปฏิบัติและบททดสอบเรื่องความเป็นเช่นเดียวกับความตกลง CPTPP⁵⁴

อย่างไรก็ตาม มีความแตกต่างระหว่างความตกลง CPTPP กับความตกลง DEPA ในเรื่องการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับประเด็นดังกล่าว กล่าวคือ ในภาคผนวก 1 ของความตกลง DEPA ระบุชัดเจนว่า กฎเกณฑ์เรื่องการส่งหรือโอนข้อมูลข้ามพรมแดนตามมาตรา 4.3 “ไม่ก่อให้เกิดสิทธิหรือหน้าที่ระหว่างประเทศสมาชิกภายใต้ความตกลงนี้”⁵⁵ รวมถึงมาตรา 14A.1 ก็ย้ำว่ากฎเกณฑ์เรื่องการส่งหรือโอนข้อมูลข้ามพรมแดนตามมาตรา 4.3 ไม่อยู่ในขอบเขตการระงับข้อพิพาทของความตกลง DEPA ทั้งการประนีประนอม (Mediation) และการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration)⁵⁶

ในปัจจุบัน ยังไม่มีความคืบหน้าเพิ่มเติมเกี่ยวกับการเจรจาเข้าร่วมความตกลง DEPA ของจีน ส่วนหากในกรณีที่จีนเข้าร่วม DEPA เรียบร้อยในอนาคต การจะบังคับให้จีนปฏิบัติตามกฎเกณฑ์เหล่านี้ย่อมต้องคาดหวังจากความพยายามของจีนเองในการรักษาชื่อเสียงจากการเข้าเป็นส่วนหนึ่งของความตกลง DEPA ตลอดจนแรงกดดันจากประเทศสมาชิกที่จะกดดันให้จีนปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ในการส่งหรือโอนข้อมูลข้ามพรมแดนโดยสุจริต (In Good Faith)⁵⁷ แต่ไม่สามารถหวังที่จะพึ่งพากลไกระงับข้อพิพาท ไม่ว่าจะเป็นกลไกการประนีประนอม (Mediation) และการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) ตามกรอบของ DEPA ได้

7. บทสรุป

ในประเด็นเรื่องการกำกับดูแลข้อมูลข้ามพรมแดน สหรัฐอเมริกาต้องการส่งเสริมการไหลเวียนอย่างอิสระของข้อมูล ดังจะเห็นได้จากความพยายามของสหรัฐอเมริกาที่ผ่านมาในการผลักดันการปฏิรูปกฎเกณฑ์ขององค์การการค้าโลกในประเด็นดังกล่าว ในขณะที่จีนนั้นจะมีทัศนคติที่แตกต่างโดยมองว่ากฎเกณฑ์เรื่องการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศมีความเกี่ยวข้องกับความมั่นคงและอธิปไตยทางไซเบอร์ของชาติ และมีจุดยืนในเชิงอนุรักษ์นิยมและระมัดระวังในการเจรจาในประเด็น

⁵⁴ Article 4.3(3) of DEPA

⁵⁵ Annex I of DEPA

⁵⁶ Article 14A.1 of DEPA

⁵⁷ Fengnan Jiang, “China’s Legal Efforts to Facilitate Cross-border Data Transfers: A Comprehensive Reality Check”, in *Asia Pacific Law Review*, p.100.

ดังกล่าวมาโดยตลอดในการเจรจาตามกรอบขององค์การการค้าโลก จุดยืนของจีนในเรื่องดังกล่าวในเวทีระหว่างประเทศสอดคล้องกับกฎหมายภายในของจีนเองในเรื่องการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศที่นับได้ว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่มีความเข้มงวดสูง ตัวอย่างเช่นการส่งหรือโอนข้อมูลส่วนบุคคลที่อ่อนไหวของบุคคลมากกว่า 10,000 คน ไปต่างประเทศต่อปี ซึ่งจีนมองว่าเข้าข่ายเป็นอันตรายต่อความมั่นคง และจำเป็นต้องถูกประเมินความปลอดภัย

จากงานวิจัย สามารถสรุปได้ว่า ความตกลง GATS ในกรอบขององค์การการค้าโลก แม้จะมีกฎเกณฑ์ที่อาจนำมาปรับใช้ได้บางกรณี แต่ในปัจจุบัน ยังไม่มีคำตัดสินผ่านกระบวนการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลกที่ปรับใช้กฎเกณฑ์ของความตกลง GATS ในประเด็นเรื่องมาตรการจำกัดการส่งหรือโอนข้อมูลข้ามพรมแดน จึงทำให้ยังไม่มีแนวทางที่ชัดเจนในการตีความบทบัญญัติเหล่านี้ นอกจากนี้ ยังมีการตั้งข้อสังเกตถึงข้อจำกัดที่อาจเกิดขึ้นจากการนำเอากฎเกณฑ์ที่ร่างขึ้นในยุคก่อนมีอินเทอร์เน็ตมาใช้เพื่อตัดสินข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลและเทคโนโลยีสารสนเทศในยุคอินเทอร์เน็ตอีกด้วย

สำหรับความตกลง RCEP ที่จีนได้เข้าร่วมและมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2022 ซึ่งถึงแม้ในความตกลง RCEP จะมีกฎเกณฑ์โดยตรงเกี่ยวกับเรื่องการส่งหรือโอนข้อมูลไปต่างประเทศเพื่อจุดประสงค์ทางการค้า แต่ความตกลง RCEP อนุญาตให้ประเทศสมาชิกตัดสินความจำเป็นของการบังคับตามนโยบายสาธารณะอันชอบธรรมได้เอง ทำให้ไม่มีบททดสอบเรื่องความจำเป็น (Necessity Test) จึงทำให้กฎเกณฑ์ดังกล่าวยากที่จะบังคับใช้ได้จริงกับกรณีข้อจำกัดการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศของจีน

สำหรับอีกสองความตกลงที่มีกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องในเรื่องดังกล่าว ซึ่งจีนยังไม่ได้เข้าร่วม แต่ได้ยื่นคำขอเข้าร่วม ได้แก่ ความตกลง CPTPP และความตกลง DEPA โดยสำหรับความตกลง CPTPP นั้น จากการศึกษาวิจัยพบว่า มีกฎเกณฑ์การพิจารณาที่เข้มงวดที่สุดเมื่อเปรียบเทียบกับความตกลงอื่น ๆ ซึ่งเกณฑ์ของจีนที่ต่ำมากที่สุดจะนำไปสู่การประเมินความปลอดภัยของสำนักงานบริหารไซเบอร์สเปซแห่งชาติจีน และกระบวนการประเมินที่สร้างภาระสูงต่อธุรกิจมีโอกาสสูงที่จะละเมิดกฎเกณฑ์ตามความตกลง CPTPP ดังนั้น หากจีนต้องการเข้าร่วมความตกลง CPTPP จริง ย่อมจำเป็นที่ต้องปฏิรูปกฎเกณฑ์เหล่านี้ให้มีความยืดหยุ่นและผ่อนคลายความเข้มงวดลง อย่างไรก็ตามมีการตั้งข้อกังขาอย่างแพร่หลายว่าจีนจะสามารถปรับปรุงกฎเกณฑ์ภายในของตนให้สอดคล้องกับความตกลง CPTPP ได้จริงหรือไม่ ส่วนความตกลง DEPA นั้น แม้ในบทบัญญัติจะมีมาตรฐานในเรื่องดังกล่าวใกล้เคียงกับความตกลง CPTPP แต่กฎเกณฑ์เรื่องการส่งหรือโอนข้อมูลข้ามพรมแดนตามมาตรา 4.3 ของความตกลง DEPA ไม่อยู่ในขอบเขตการระงับข้อพิพาทตามกรอบ

ความตกลง DEPA ทั้งการประนีประนอม (Mediation) และการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) ทำให้ยากที่จะสามารถบังคับใช้ต่อจีนได้จริงอย่างมีประสิทธิภาพในทางปฏิบัติ

ข้อสรุปจากการวิจัยจึงพบว่าในปัจจุบัน เรายังไม่เห็นแนวโน้มของการโน้มเข้าหากัน (Convergence) ระหว่างกฎเกณฑ์ที่เข้มงวดของจีนกับมาตรฐานสากลในการส่งเสริมการไหลเวียนของข้อมูลข้ามพรมแดนอย่างเป็นอิสระ จะเห็นได้ว่าความตกลงทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศในปัจจุบันทั้งที่จีนได้เข้าร่วมและที่จีนได้ยื่นคำขอเข้าร่วม ยังไม่สามารถผลักดันให้จีนปรับเปลี่ยนกฎเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวให้คลายความเข้มงวดลงได้ ทั้งหมดนี้ย่อมส่งผลกระทบต่อบริษัทต่างชาติที่ประกอบธุรกิจในจีนที่จะต้องปรับตัวเข้ากับกฎเกณฑ์ที่เข้มงวดของจีนในปัจจุบันให้ได้ โดยยังไม่เห็นแนวโน้มในอนาคตอันใกล้ที่จะมีการเปลี่ยนแปลงจุดยืนของจีนในประเด็นการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศ

ข้อพิจารณาความรับผิดของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์
อิเล็กทรอนิกส์ภายใต้กฎหมายความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจาก
สินค้าที่ไม่ปลอดภัยของประเทศไทย*

Consideration Regarding Liability of Operator of Electronic
Marketplace under Thailand's Product Liability Law

ศศิพิมพ์ สุภาภา
Sasipim Supapa

นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330
LLM Candidate
Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330
Corresponding author E-mail: ssupapagdc@gmail.com
(Received: May 30, 2023; Revised: July 6, 2023; Accepted: July 19, 2023)

บทคัดย่อ

พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ยังขาดความชัดเจนในความรับผิดของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ เนื่องจากเป็นที่ไม่แน่ชัดว่านิยามของ “ผู้ประกอบการ” ในมาตรา 4 นั้นครอบคลุมถึงผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์หรือไม่ ซึ่งอาจเป็นสาเหตุให้ผู้บริโภคในประเทศไทยไม่ได้รับความคุ้มครองจากพระราชบัญญัตินี้ ดังนั้นบทความวิจัยฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาขอบเขตของ “ผู้ประกอบการ” ภายใต้พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 โดยจะศึกษาหลักการพื้นฐานของกฎหมาย ลักษณะของผู้ประกอบการ และความรับผิดของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ภายใต้พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว รวมทั้งศึกษา

* บทความวิจัยนี้เป็นส่วนหนึ่งและเรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์เรื่อง “ความรับผิดของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ภายใต้กฎหมายความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยของประเทศไทย” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

พัฒนาการของคำพิพากษาและแนวทางการแก้ไขกฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรป เพื่อค้นหาเหตุผลและความจำเป็นที่ควรนำหลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดมาบังคับใช้กับผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ และเพื่อค้นหาแนวทางการแก้ไขปัญหาและขอบเขตที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย

คำสำคัญ : ความปลอดภัยในผลิตภัณฑ์, การคุ้มครองผู้บริโภค, พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551, ตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์

Abstract

The Product Liability Act B.E. 2551 lacks clarity regarding the liability of operators of electronic marketplaces. It remains ambiguous whether the definition of “business operator” in Section 4 of the Act encompasses electronic marketplace operators, potentially leaving consumers in Thailand vulnerable. Consequently, this article endeavors to examine the scope of “business operator” under the Product Liability Act B.E. 2551. This examination involves an analysis of legal principles, the concept of a business operator, and the liability of electronic marketplace operators under the Act. Additionally, it considers recent judicial and legislative developments in other jurisdictions such as the United States of America and the European Union. The aim is to explain why it’s important for electronic marketplace operators to be held responsible for their products, and to find an appropriate approach for Thailand.

Keywords : Product Safety, Consumer Protection, Product Liability Act B.E. 2551, Electronic Marketplace

1. บทนำ

ในปัจจุบันการผลิต การบริโภค และการจัดจำหน่ายสินค้า รวมถึงการให้บริการต่าง ๆ ได้มีรูปแบบที่เปลี่ยนแปลงไปจากรูปแบบดั้งเดิมในอดีตเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งการนำพาณิชย์

อิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Commerce หรือ E-Commerce)¹ มาใช้ในธุรกิจเพื่อตอบสนองความต้องการของผู้บริโภคในยุคใหม่ที่ต้องการความสะดวกสบายและความรวดเร็วในการทำธุรกรรมมากยิ่งขึ้น การดำเนินการค้าในรูปแบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์กำลังจัดซื้อจัดจ้างหรืออุปสรรคทั้งเรื่องระยะเวลา และเงินทุนของการซื้อขายแบบดั้งเดิม อีกทั้งยังสร้างโอกาสทางเศรษฐกิจเป็นมูลค่ามหาศาล² ในการดำเนินการค้าในรูปแบบนี้ผู้ขายอาจสร้างเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชันของตน หรือรับบริการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Marketplace หรือ E-Marketplace)³ เพื่อเสนอขายสินค้าของตน พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ได้รับความนิยมเป็นอย่างมากและเติบโตต่อเนื่องอย่างก้าวกระโดด⁴ โดยเฉพาะในอุตสาหกรรมการค้าปลีก ในปี พ.ศ. 2565 การพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์นับเป็นร้อยละ 19.7 ของมูลค่าการค้าปลีกทั่วโลกและคาดการณ์ว่าจะมีแนวโน้มสูงขึ้นทุกปีจนอาจถึงร้อยละ 24 ในอนาคต⁵ พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ได้รับความนิยมในประเทศไทยเช่นเดียวกัน โดยมูลค่าพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทยสูงถึง 3,782,174.26 ล้านบาทในปี พ.ศ. 2563 โดยมีการซื้อขายผ่านตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์นับเป็นช่องทางที่มีมูลค่าสูงสุดเป็นอันดับสามโดยมีมูลค่าสูงถึง 398,182.79 ล้านบาท หรือคิดเป็นร้อยละ 13.24 ของมูลค่าพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ทั้งหมดของประเทศไทยในปี พ.ศ. 2563⁶

¹ พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ คือ การทำธุรกรรมซื้อขายหรือแลกเปลี่ยนสินค้าและบริการบนระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต โดยใช้เว็บไซต์ (Website) หรือแอปพลิเคชัน (Application) เป็นสื่อในการนำเสนอสินค้าและบริการ และเป็นสื่อกลางในการติดต่อสื่อสารระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย (สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (องค์การมหาชน) กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม, “ศัพท์ชวนรู้ e-commerce” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.etda.or.th/th/Useful-Resource/terminology/หมวดหมู่-E/252.aspx> [22 กันยายน 2565])

² สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (องค์การมหาชน) กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม, **ติส นิท อีคอมเมิร์ซ**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (องค์การมหาชน) กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม, 2564), หน้า 7.

³ Electronic Marketplace สามารถถอดความเป็นภาษาไทยได้หลายแบบ เช่น ตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ผู้ให้บริการแพลตฟอร์มอิเล็กทรอนิกส์ หรือเว็บไซต์ทางสรรพสินค้าออนไลน์ ในบทความฉบับนี้ผู้เขียนเลือกใช้คำว่าตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เพื่อแสดงถึงลักษณะความเป็นตลาดซึ่งรวบรวมผู้ซื้อและผู้ขายไว้ด้วยกันและการเป็นตัวกลางซึ่งเป็นลักษณะสำคัญในการพิจารณาและศึกษาความรับผิดชอบผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์

⁴ สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (องค์การมหาชน) กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม, **ติส นิท อีคอมเมิร์ซ**, หน้า 2-4.

⁵ Statista, “E-commerce as percentage of total retail sales worldwide from 2015 to 2026,” [online] Available from : <https://www.statista.com/statistics/534123/e-commerce-share-of-retail-sales-worldwide/> [26 April 2023]

⁶ ศูนย์วิเคราะห์ข้อมูล สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (องค์การมหาชน) กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม, “รายงานผลการสำรวจมูลค่าพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทย ปี 2564 Value of e-Commerce Survey in Thailand 2021” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.etda.or.th/th/Useful-Resource/publications/ValueThailand2021.aspx> [1 เมษายน 2566]

ตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์คือเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชันที่ทำหน้าที่รวบรวมและนำเสนอข้อมูลของร้านค้าจำนวนมากและสินค้าหลากหลายประเภทไว้ในพื้นที่ซึ่งกลุ่มผู้ซื้อที่มีความต้องการซื้อ (Demand) สามารถเข้าถึงข้อมูลเหล่านั้นได้เพื่อสร้างโอกาสในการพบกันระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายนำไปสู่การทำกิจกรรมแลกเปลี่ยนระหว่างกัน ในการซื้อขายรูปแบบนี้ทำให้ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ซึ่งเป็นผู้ดำเนินการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เข้ามามีบทบาทในการซื้อขายไม่ว่าจะเป็นตัวกลางที่ทำให้ผู้ซื้อและผู้ขายมาพบกัน ผู้รับชำระราคาสินค้า ผู้ให้บริการจัดเก็บและจัดการสินค้า รวมถึงผู้ขนส่งสินค้าผ่านการให้บริการต่าง ๆ ตัวอย่างตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ซึ่งมีการให้บริการและจัดตั้งในประเทศไทยที่ได้รับความนิยม ได้แก่ Shopee ซึ่งดำเนินการโดย บริษัท ช้อปปี้ (ประเทศไทย) จำกัด และ Lazada ซึ่งดำเนินการโดย บริษัท ลาซาด้า จำกัด ซึ่งมีจำนวนผู้ใช้งานในประเทศไทยเป็นอันดับที่หนึ่งและสองตามลำดับ⁷ อย่างไรก็ตามแม้ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์จะมีบทบาทที่สำคัญและเป็นปัจจัยที่ส่งผลต่อการตัดสินใจเข้าทำธุรกรรมซื้อขายของผู้บริโภค แต่เมื่อสินค้าที่ถูกซื้อผ่านตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์มีความบกพร่องหรือมีความไม่ปลอดภัยและก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลหรือทรัพย์สิน ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์อาจไม่ตกเป็นผู้ที่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น เนื่องจากเป็นที่ไม่น่าเชื่อว่าคุณค่าบุคคลซึ่งกระทำการอย่างผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ตกอยู่ในความหมายของ “ผู้ประกอบการ” ซึ่งเป็นบุคคลที่ต้องรับผิดชอบภายใต้มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 หรือไม่

บทความฉบับนี้จึงจะทำการศึกษาข้อจำกัดของความรับผิดของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ภายใต้กฎหมายของประเทศไทย และศึกษาแนวทางการกำหนดความรับผิดของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรป และวิเคราะห์แนวทางในการแก้ปัญหาดังกล่าวของประเทศไทย

1.1 ข้อมูลพื้นฐานและปัญหาการวิจัย

กฎหมายความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยเป็นกฎหมายซึ่งถูกพัฒนาโดยนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) มาใช้โดยมุ่งเน้นการเยียวยาความเสียหายที่มีสาเหตุมาจากผลิตภัณฑ์หรือสินค้าที่มีความไม่ปลอดภัยหรือมีความบกพร่องเพื่อการ

⁷ iPrice, “The Map of E-Commerce in Thailand,” [online] Available from : https://ipricethailand.com/insights/mapofecommerce/en/?fbclid=IwAR2CuWAmI7ECr_K6rmD_N6pIVb2YR1KJb6bSVsP2umfWrEubrLghXLCUOk [23 April 2023]

คุ้มครองผู้บริโภค เพื่อป้องกันไม่ให้ผลิตภัณฑ์ที่อันตรายหรือไม่ปลอดภัยแก่ผู้บริโภคซึ่งถือเป็นการแพร่กระจายความเสียหายไปสู่ส่วนรวม⁸ กฎหมายความรับผิดชอบสินค้าที่ไม่ปลอดภัยจึงมุ่งเน้นให้ผู้ผลิตเป็นผู้รับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วยเหตุที่ว่าผู้ผลิตเป็นบุคคลที่เหมาะสมที่สุดที่จะป้องกันไม่ให้สินค้าที่ไม่ปลอดภัยหรือมีความบกพร่องออกมาจำหน่ายในท้องตลาดและเป็นบุคคลที่อยู่ในฐานะที่เหมาะสมในการบริหารจัดการความเสี่ยง⁹ ดังนั้น กฎหมายความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยของประเทศต่าง ๆ จึงกำหนดให้ผู้ผลิตและผู้ที่อยู่ในฐานะเสมือนเป็นผู้ผลิตเป็นผู้รับผิดชอบเมื่อเกิดความเสียหายจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย¹⁰ เมื่อการให้บริการของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เป็นการประกอบธุรกิจรูปแบบใหม่โดยเป็นผู้ให้บริการที่มีการให้บริการหลักคือ¹¹

1. เป็นตัวกลางให้ผู้ซื้อและผู้ขายมาพบกันเพื่อทราบโอกาสในทางธุรกิจของแต่ละฝ่าย
2. เป็นตัวกลางในการแลกเปลี่ยนข้อมูล สินค้า บริการ และการจ่ายเงินตามธุรกรรมที่เกิดขึ้นจากการขายสินค้าและบริการ
3. เป็นผู้กำหนดกติกา กฎระเบียบ ในการเข้าใช้บริการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เพื่อแลกเปลี่ยนสินค้า บริการ และธุรกรรม เพื่ออำนวยความสะดวกและความเชื่อมั่นให้ผู้ใช้บริการมีความสะดวกและความมั่นใจในการใช้งานมากขึ้น

นอกจากนี้ ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ยังให้บริการอื่นควบคู่กับการให้บริการหลักเพื่อสนับสนุนการทำธุรกรรมซื้อขายที่เกิดขึ้นบนตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ เช่น การให้บริการรับชำระค่าสินค้าและบริการ (Payment System) การให้บริการรับฝากจ่ายค่าสินค้า (Escrow) การให้บริการจัดเก็บและจัดการสินค้า (Warehouse Management) การให้บริการขนส่ง (Logistic) และการให้บริการโฆษณา เป็นต้น¹² รูปแบบการให้บริการทั้งหลายทำให้

⁸ พิชัย พันถชัย, “ทฤษฎีและขอบเขตของกฎหมายความรับผิดชอบในผลิตภัณฑ์เพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค”, *วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์*, 4, 5 (เมษายน - พฤษภาคม 2554), หน้า 112.

⁹ จันทร์เพ็ญ รัชตาทิวัฒน์, “ความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย”, *วารสารกฎหมายปกครอง*, เล่ม 23 ตอน 1 (2549), หน้า 31.

¹⁰ อนันต์ จันทโรภากร, *กฎหมายการเยียวยาผู้ที่ได้รับความเสียหายจากสินค้า*, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2559), หน้า 124.

¹¹ สถาบันเทคโนโลยีนานาชาติสิรินธร, “โครงการศึกษาระบบตลาดกลางพาณิชย์ กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์”, อ้างถึงใน ธรรมนูญ สุพล รัตนกุล ปวรวรรณ และ รุจพร พุ่มกมล, “การเลือกตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เพื่อเพิ่มโอกาสทางธุรกิจ”, *วารสารมหาวิทยาลัยพายัพ*, 29, 2 (กรกฎาคม - ธันวาคม 2562), หน้า 24.

¹² ศูนย์วิเคราะห์ข้อมูล สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (องค์การมหาชน) กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจ

ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์มีลักษณะเป็นผู้ให้บริการที่มีความเกี่ยวข้องกับการซื้อขายและในบางกรณีมีความเกี่ยวข้องกับสินค้าแต่ก็เป็นที่ไม่แน่ชัดว่าบุคคลซึ่งกระทำการอย่างผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์จะถือว่าเป็นบุคคลที่ต้องรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยหรือไม่¹³ ดังนั้นผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์จึงมีข้ออ้างเกี่ยวกับการไม่เป็นบุคคลที่กฎหมายกำหนดให้ต้องรับผิดชอบเพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิดภายใต้กฎหมายดังกล่าว และหากเกิดความเสียหายที่มีสาเหตุมาจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยซึ่งซื้อขายผ่านตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ผู้เสียหายต้องไปเรียกร้องกับผู้ขายซึ่งเป็นบุคคลที่สามหรือผู้ผลิตแทน อย่างไรก็ตาม ผู้เสียหายในกรณีดังกล่าวอาจพบอุปสรรคในการฟ้องร้อง เนื่องจากการนำบุคคลดังกล่าวมาดำเนินคดีในกรณีนี้เป็นเรื่องยาก เพราะการให้บริการของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ทำให้ผู้ขายหรือผู้ผลิตสามารถเสนอขายสินค้าโดยตรงกับผู้ซื้อโดยไม่จำเป็นต้องอยู่ในประเทศเดียวกันกับผู้ซื้อ และผู้ซื้อและผู้ขายไม่จำเป็นต้องพบหน้ากันตามความเป็นจริงเพราะสามารถติดต่อสื่อสารผ่านตัวตอนออนไลน์ในระบบของตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ จึงทำให้เกิดกรณีที่ผู้ขายเป็นบุคคลซึ่งอยู่ต่างประเทศหรือนอกเขตอำนาจศาลที่ผู้เสียหายฟ้องร้องและทำให้มีข้อจำกัดในการนำตัวผู้ขายหรือผู้ผลิตมาดำเนินคดี หรือผู้ขายอาจมีการปลอมแปลงหรือปิดบังตัวตอนออนไลน์ทำให้ไม่สามารถระบุตัวตนและนำตัวมาดำเนินคดีได้ ซึ่งส่งผลให้ผู้เสียหายไม่ได้รับการเยียวยาที่เหมาะสมและต้องรับเคราะห์กรรมเพียงลำพัง (Suffer in Silent)

1.2 ระเบียบวิธีการวิจัย

บทความวิจัยฉบับนี้มุ่งศึกษาลักษณะและรูปแบบการประกอบธุรกิจของตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ประกอบกับวิเคราะห์หลักการสำคัญของกฎหมายความรับผิดชอบต่อสินค้าที่ไม่ปลอดภัยของประเทศไทย และศึกษาเปรียบเทียบกับแนวทางการกำหนดความรับผิดของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรป เพื่อค้นหาเหตุผลและความจำเป็นที่ควรนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาบังคับใช้กับผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ และเพื่อค้นหาหลักเกณฑ์และแนวทางที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทยในประเด็นดังกล่าว

และสังคม, “รายงานผลการสำรวจมูลค่าพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทย ปี 2564 Value of e-Commerce Survey in Thailand 2021” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.eta.or.th/th/Useful-Resource/publications/ValueThailand2021.aspx> [1 เมษายน 2566]

¹³ Margaret E. Dillaway, “The New “Web-Stream” of Commerce: Amazon and the Necessity of Strict Products Liability for Online Marketplaces”, in *Vanderbilt Law Review*, 187 (2021), p.216.

บทความวิจัยฉบับนี้จะศึกษาและวิจัยโดยใช้วิธีการค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลเอกสาร (Documentary Research) เป็นสำคัญไม่ว่าจากหนังสือ บทความ วารสาร วิทยานิพนธ์ รายงาน การวิจัย สื่ออิเล็กทรอนิกส์ สิ่งตีพิมพ์ต่าง ๆ ตลอดจนแนวคำพิพากษาของศาล ทั้งที่เป็นภาษาไทย และภาษาต่างประเทศ

2. ความรับผิดของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยตามกฎหมายไทย

2.1 หลักการพื้นฐานของกฎหมายความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย

หลักความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยถูกพัฒนาโดยอาศัยทฤษฎีทางกฎหมายว่าด้วยความรับผิดหลายทฤษฎี ดังต่อไปนี้¹⁴

2.1.1 หลักความรับผิดตามกฎหมายลักษณะสัญญา

เมื่อสัญญาเกิดขึ้นคู่สัญญามีหน้าที่ต้องชำระหนี้ตามสัญญา หากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ตามสัญญาไม่ว่าจะด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ต้องรับผิดด้วยเหตุที่ผิดสัญญา ซึ่งเป็นไปตามหลักความรับผิดในสัญญา (Contractual Liability) ในกรณีที่สินค้าที่ซื้อขายมีความชำรุดบกพร่องผู้ซื้ออาจเรียกร้องให้ผู้ขายรับผิดในทางสัญญาได้โดยอาศัยหลักกฎหมายเรื่องรับประกัน (Warranty) ซึ่งมีอยู่ 2 ลักษณะ คือ¹⁵

1) การรับประกันโดยชัดแจ้ง (Express Warranty) คือการรับรองหรือรับประกันในคุณสมบัติหรือเกี่ยวกับตัวสินค้าซึ่งผู้ขายหรือผู้ผลิตได้แสดงออกแก่ผู้ซื้ออย่างชัดแจ้งในสัญญา การรับประกันนี้อาจทำเป็นวาจาหรือลายลักษณ์อักษร อาจให้ไว้ในรูปแบบข้อสัญญาในสัญญาซื้อขาย รูปแบบของสัญญารับประกัน หรือรูปแบบอื่นใดที่เป็นการแสดงข้อความว่าจะรับผิดหากไม่เป็นไปตามที่แจ้งหรือรับประกันไว้¹⁶ ดังนั้นหากสินค้าซึ่งขายและรับประกันนั้นไม่เป็นไปตามการรับประกัน ผู้ซื้อย่อมมีสิทธิเรียกค่าเสียหายได้โดยตรงจากผู้ขายตามสัญญาเพราะผู้ขายได้ให้การรับประกันไว้แล้ว

¹⁴ จันทรเพ็ญ รัชตธิดาวัฒน์, “ความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย”, วารสารกฎหมายปกครอง, หน้า 29.

¹⁵ วิษณุ เครืองาม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซื้อขาย, แลกเปลี่ยน, ให้, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2549), หน้า 217-219.

¹⁶ เรื่องเดียวกัน

2) การรับประกันโดยปริยาย (Implied Warranty) คือการรับรองหรือรับประกันในคุณสมบัติหรือเกี่ยวกับตัวสินค้าซึ่งผู้ขายไม่ได้แสดงออกหรือไม่มีเจตนารับประกัน แต่เป็นการรับประกันโดยผลของกฎหมายหรือเป็นเรื่องที่กฎหมายได้กำหนดว่าผู้ขายจะต้องรับประกันเกี่ยวกับสินค้าที่ขายในเรื่องต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ คือ การรับประกันเรื่องกรรมสิทธิ์ การรับประกันเรื่องภาระติดพัน การรับประกันการใช้สอยสินค้าสมประโยชน์หรือสมความมุ่งหมาย และการรับประกันการใช้สอยสินค้าให้สมประโยชน์ตามวิสัยทั่ว ๆ ไป ซึ่งในเรื่องเหล่านี้แม้จะไม่ได้ให้การรับประกันไว้อย่างชัดแจ้ง หรือผู้ขายอาจไม่รับรู้หรือไม่ตกลงด้วยก็ตาม แต่หากสินค้าซึ่งขายไม่เป็นไปตามเรื่องที่กฎหมายกำหนด ผู้ขายก็จะต้องรับผิดชอบเพราะเป็นการรับประกันโดยอำนาจของกฎหมาย การรับประกันโดยปริยายจึงเป็นประโยชน์ในการคุ้มครองผู้บริโภคอย่างหนึ่ง¹⁷

ทั้งนี้ ความรับผิดชอบของผู้ขายในเรื่องความชำรุดบกพร่องเป็นความรับผิดชอบภายใต้กฎหมายสัญญาจึงต้องคำนึงถึงหลักความสัมพันธ์ทางสัญญา (Privity of Contract) อันเป็นหลักพื้นฐานของความรับผิดชอบทางสัญญาที่กำหนดให้เฉพาะคู่สัญญาเท่านั้นที่จะมีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกัน จึงเป็นอุปสรรคต่อการฟ้องร้องของผู้เสียหายที่อาจไม่ได้เป็นคู่สัญญากับผู้ประกอบการ อีกทั้งยังมีปัญหาที่ผู้ขายมักจะระบุข้อตกลงยกเว้นความรับผิดชอบของตนในสัญญาซื้อขายเพื่อจำกัดความรับผิดชอบของตนในเรื่องนั้น ๆ¹⁸

2.1.2 หลักความรับผิดตามกฎหมายลักษณะละเมิด

ความรับผิดทางละเมิดเป็นความรับผิดที่เกิดจากการฝ่าฝืนหน้าที่ตามกฎหมายที่จะงดเว้นไม่ก่อให้เกิดความเสียหายกับใครก็ตามในสังคมจนก่อให้เกิดความเสียหายจึงต้องรับผิดตามกฎหมายหรือที่เรียกว่าเป็นความรับผิดโดยกฎหมายมิใช่โดยข้อตกลง¹⁹ ความรับผิดเพื่อละเมิดมีวัตถุประสงค์ที่จะเยียวยาผู้เสียหายให้อยู่ในสถานะที่เสมือนว่าความเสียหายนั้นมิได้เกิดขึ้น เมื่อผู้เสียหายสามารถพิสูจน์ว่าบุคคลใดก็ตามกระทำให้โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำให้เกิดความเสียหายแก่ตนก็สามารถเรียกร้องให้มีการเยียวยาความเสียหายได้ ความรับผิดในทางละเมิดอาจแบ่งตามทฤษฎีได้เป็น 2 ประเภท คือ²⁰

¹⁷ เรื่องเดียวกัน

¹⁸ จันทรเพ็ญ รัชดาธิวัฒน์, “ความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย”, วารสารกฎหมายปกครอง, หน้า 30.

¹⁹ ศนันท์ภรณ์ โสทธิพันธุ์, กฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลาภมิควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560), หน้า 29.

²⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 61-62.

1) **ความรับผิดที่ต้องการความผิด (Subjective Responsibility หรือ No Liability without Fault)** เป็นกรณีที่กำหนดให้ผู้กระทำจะมีความรับผิดเพื่อละเมิดได้ก็เฉพาะเมื่อมีความผิด กล่าวคือ บุคคลจะต้องรับผิดต่อเมื่อเป็นบุคคลนั้นเป็นผู้กระทำผิดเท่านั้น โดยการกระทำที่ถือว่าเป็นความผิด หมายถึงการทำให้เสียหายแก่สิทธิของบุคคลอื่นโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อ²¹ เมื่อผู้กระทำมีความผิดแล้วประกอบกับองค์ประกอบความผิดอื่น ๆ เป็นละเมิด ผู้กระทำก็ต้องรับผิด

2) **ความรับผิดที่ไม่ต้องการความผิด (Objective Responsibility หรือ Liability without Fault)** เป็นกรณีที่กำหนดให้บุคคลมีความรับผิดไม่ว่าบุคคลนั้นจะมีความผิดหรือไม่ก็ตาม กล่าวคือไม่ว่าผู้กระทำจะไม่จงใจหรือไม่ประมาทเลินเล่อก็ยังคงต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งเป็นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมาย อันได้แก่ ความรับผิดโดยเคร่งครัด และความรับผิดโดยสมบูรณ์ (Absolute Liability)

การฟ้องร้องให้รับผิดในทางละเมิดเกี่ยวกับความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย มักเป็นการกล่าวหาว่าผู้ผลิตหรือผู้ขายมีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อในการผลิต การออกแบบ การตรวจสอบ การทดสอบ การบรรจุ การขนส่ง การให้ข้อมูลที่ไม่เพียงพอกับผู้บริโภคเกี่ยวกับสินค้า หรือการไม่ให้การเตือนที่เหมาะสมซึ่งเป็นสาเหตุให้เกิดความเสียหาย ในการนี้ผู้เสียหายมีภาระการพิสูจน์ที่สูงและยากมาก เนื่องจากข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการผลิต รูปแบบ และการบริหารจัดการต่าง ๆ จะอยู่ในความครอบครองและความรับผิดชอบของผู้ผลิตและเป็นความลับทางการค้าของผู้ผลิตด้วย ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อสินค้าถูกนำออกจำหน่ายในท้องตลาด สินค้าอาจมีการเปลี่ยนมือหลายทอดทำให้ยากจะพิสูจน์ว่าความเสียหายที่เกิดจากสินค้านั้น เกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบการรายใด²² ดังนั้น ส่วนมากผู้บริโภคจะไม่สามารถพิสูจน์ได้และต้องรับเคราะห์กรรมไปโดยที่ระบบกฎหมายของรัฐไม่สามารถเยียวยาได้²³

²¹ อนันต์ จันทร์โอภากร, “โครงสร้างพื้นฐานกฎหมายลักษณะละเมิด” ใน *รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เภษมทรัพย์*, (กรุงเทพมหานคร: พี. เค. พรินต์ติ้ง, 2531), หน้า 98.

²² จันทร์เพ็ญ รัชดาธิวัฒน์, “ความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย”, *วารสารกฎหมายปกครอง*, หน้า 30.

²³ ศักดา ธนิตกุล, *กฎหมายความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559), หน้า 18.

2.1.3 หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด

เมื่อหลักความรับผิดในสัญญาและหลักความรับผิดในละเมิดต่างมีข้อจำกัดที่จะนำมาบังคับกับความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย จึงต้องมีการพัฒนาหลักกฎหมายขึ้นมาเพื่อนำมาใช้กับกรณีดังกล่าว กฎหมายของประเทศต่าง ๆ จึงได้พัฒนาหลักกฎหมายเรื่อง Product-Defect Based Liability โดยการนำเอาหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาบังคับใช้กับกฎหมายความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยแทนกฎหมายที่มีลักษณะเป็น Conduct-Based Liability ที่เน้นความผิดของผู้ผลิตหรือผู้ขายโดยผู้เสียหายไม่มีหน้าที่ต้องพิสูจน์ความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ผลิตหรือผู้ขาย²⁴ หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดพัฒนามาจากความรับผิดที่ไม่ต้องการความผิดซึ่งเป็นหลักความรับผิดทางละเมิด กล่าวคือ เป็นความรับผิดที่มุ่งเน้นในเรื่องความไม่ปลอดภัยของสินค้ามากกว่าการกระทำของผู้ประกอบการ

ดังนั้น เมื่อเกิดความเสียหายที่มีสาเหตุมาจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ผู้เสียหายจึงไม่จำเป็นต้องนำสืบถึงความผิดหรือการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบการ เพราะแม้ผู้ประกอบการซึ่งเป็นบุคคลที่กฎหมายกำหนดให้มีความรับผิดจะไม่มีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ยังคงต้องรับผิดในความเสียหายตามกฎหมาย หรือคือเป็นหลักความรับผิดบนข้อสันนิษฐานของกฎหมายเพื่อปลดเปลื้องภาระการพิสูจน์ของผู้เสียหาย²⁵ ทั้งนี้แม้จะเป็นหลักความรับผิดที่ไม่มีความผิดแต่ก็มีได้หมายความว่าผู้ประกอบการจะต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยทุกกรณี เนื่องจากมีข้อยกเว้นตามกฎหมายที่สามารถนำสืบต่อสู้หักล้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดได้ เพราะกฎหมายความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยไม่ใช่กฎหมายที่นำหลักความรับผิดโดยสมบูรณ์มาใช้ซึ่งเป็นหลักความรับผิดไม่ต้องการความผิดและไม่มีข้อยกเว้นให้พิสูจน์เพื่อหลุดพ้นความรับผิด โดยหากนำหลักความรับผิดโดยสมบูรณ์มาใช้บังคับกับความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยจะทำให้ผู้ประกอบการกลายเป็นผู้รับประกันความรับผิด เพราะเป็นบุคคลที่ต้องรับผิดในความเสียหายทุกกรณีโดยไม่สามารถพิสูจน์ยกเว้นได้อันจะเป็นการสร้างภาระให้แก่ผู้ประกอบการจนเกินไปและอาจขัดขวางการพัฒนานวัตกรรมหรือเทคโนโลยีใหม่ ๆ ได้²⁶ ด้วยเหตุนี้จึงมีการนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับหลักความรับผิดในผลิตภัณฑ์

²⁴ อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายการเยียวยาผู้ได้รับความเสียหายจากสินค้า, หน้า 84-85.

²⁵ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, กฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลาภมิควรได้, หน้า 475.

²⁶ อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายการเยียวยาผู้ได้รับความเสียหายจากสินค้า, หน้า 18.

2.2 “ผู้ประกอบการ” บุคคลซึ่งต้องรับผิดชอบตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551

พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ซึ่งเป็นกฎหมายความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยของประเทศไทยกำหนดให้ผู้ประกอบการเป็นผู้ซึ่งต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากสินค้าไว้ในมาตรา 5 มีความว่า

“มาตรา 5 ผู้ประกอบการทุกคนต้องร่วมกันรับผิดชอบต่อผู้เสียหายในความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย และสินค้านั้นได้มีการขายให้แก่ผู้บริโภคแล้ว ไม่ว่าความเสียหายนั้นจะเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบการหรือไม่ก็ตาม”

โดยพระราชบัญญัตินี้กำหนดนิยามของ “ผู้ประกอบการ” ซึ่งเป็นบุคคลที่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยไว้ในมาตรา 4 มีความว่า

“ผู้ประกอบการ” หมายความว่า

- (1) ผู้ผลิต หรือผู้ว่าจ้างให้ผลิต
- (2) ผู้นำเข้า
- (3) ผู้ขายสินค้าที่ไม่สามารถระบุตัวผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิต หรือผู้นำเข้าได้
- (4) ผู้ซึ่งใช้ชื่อ ชื่อทางการค้า เครื่องหมายการค้า เครื่องหมาย ข้อความหรือแสดงด้วยวิธีใด ๆ อันมีลักษณะที่จะทำให้เกิดความเข้าใจได้ว่าเป็นผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิตหรือผู้นำเข้า”

ผู้ประกอบการที่จะต้องรับผิดชอบเมื่อเกิดความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยตามพระราชบัญญัตินี้จึงหมายถึงผู้ที่เกี่ยวข้องกับสายการผลิตและจำหน่ายก่อนไปถึงผู้บริโภค โดยเริ่มตั้งแต่ตอนต้นของห่วงโซ่การผลิตจนถึงช่วงล่างสุด²⁷ โดยแบ่งได้เป็นบุคคล 4 จำพวกใหญ่ ได้แก่

ผู้ประกอบการจำพวกแรกคือ ผู้ผลิต หรือผู้ว่าจ้างให้ผลิต เมื่อพิจารณาประกอบกับบทนิยามคำว่า “ผลิต” ตามกฎหมายฉบับนี้ซึ่งมุ่งหมายที่จะครอบคลุมการกระทำทั้งหลายที่เกี่ยวกับตัวสินค้าแล้ว ผู้ผลิตจึงหมายความว่า ผู้ทำ ผสม ประสาน ประดิษฐ์ แปรสภาพ เปลี่ยนรูป ดัดแปลง คัดเลือก แบ่งบรรจุ แห่เยือกแข็ง หรือฉาบริ่งสี รวมถึงการกระทำใด ๆ ที่มีลักษณะทำนองเดียวกัน ส่วนกรณีของผู้ว่าจ้างให้ผลิตนั้นกฎหมายมิได้ให้นิยามไว้ว่าหมายถึงผู้ว่าจ้างให้ผลิตในกรณีใดบ้าง แต่มีความเห็นของนักวิชาการบางท่าน²⁸ ประกอบกับการพิจารณาข้อยกเว้นความรับผิด

²⁷ พิชัย พันธภัย, “ทฤษฎีและขอบเขตของกฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์เพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค”, วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์, หน้า 127.

²⁸ อนันต์ จันทร์โอภากร, กฎหมายการเยียวยาผู้ที่ได้รับความเสียหายจากสินค้า, หน้า 133.

ในมาตรา 8 ซึ่งกำหนดให้ผู้ผลิตตามคำสั่งของผู้ว่าจ้างให้ผลิตไม่ต้องรับผิดชอบหากความไม่ปลอดภัยของสินค้านั้นเกิดจากการออกแบบของผู้ว่าจ้างให้ผลิต และผู้ผลิตไม่ได้คาดเห็นหรือไม่ควรจะคาดเห็นถึงความไม่ปลอดภัย ผู้ว่าจ้างให้ผลิตในพระราชบัญญัติฉบับนี้จึงน่าจะหมายความถึงเฉพาะผู้ว่าจ้างให้ผลิตแบบ OEM (Original Equipment Manufacturer) เท่านั้น คือการว่าจ้างให้ผลิตที่ผู้รับจ้างผลิตสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ตามแบบที่ผู้ว่าจ้างกำหนดและออกแบบ โดยที่ผู้รับจ้างมิได้เป็นผู้ออกแบบ เพียงแต่มีหน้าที่เฉพาะผลิตตามแบบที่ได้รับมา

ผู้ประกอบการจำพวกที่สองคือ ผู้นำเข้า เมื่อพิจารณาประกอบกับบทนิยามคำว่า “นำเข้า” ตามกฎหมายฉบับนี้แล้วผู้นำเข้าจึงหมายความถึง ผู้นำหรือส่งสินค้าเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อขาย โดยเหตุที่ผู้นำเข้าจะต้องรับผิดชอบไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการผลิตสินค้านั้นเพราะในปัจจุบันสินค้าหลายชนิดไม่ได้ผลิตในประเทศแต่ถูกนำเข้ามาจากต่างประเทศ ดังนั้นสินค้าที่ถูกนำเข้ามาอาจเป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัยและก่อให้เกิดความเสียหายได้ แต่การที่จะฟ้องคดีเอาผิดกับผู้ผลิตในต่างประเทศก็อาจจะกระทำได้ลำบาก เพราะมีความยุ่งยากในกระบวนการฟ้องซึ่งเป็นการสร้างภาระให้กับผู้เสียหาย กฎหมายจึงกำหนดให้ผู้นำเข้าต้องเป็นผู้รับผิดชอบผู้เสียหายในฐานะของผู้ประกอบการเพื่อไม่ให้ผู้เสียหายไม่ต้องประสบความยุ่งยากในการเรียกร้องให้ผู้ผลิตในต่างประเทศรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดขึ้น²⁹

ผู้ประกอบการจำพวกที่สามคือ ผู้ขายสินค้า โดยเมื่อพิจารณาประกอบกับบทนิยามคำว่า “ขาย” ตามกฎหมายฉบับนี้แล้วผู้ขายสินค้าจึงหมายความถึง ผู้จำหน่าย จ่าย แจก หรือแลกเปลี่ยนเพื่อประโยชน์ทางการค้า ให้เช่า ให้เช่าซื้อ จัดหา ตลอดจนเสนอ ชักชวน หรือนำออกแสดงเพื่อการดังกล่าว ทั้งนี้ ผู้ขายที่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมายนี้จำกัดเฉพาะผู้ขายสินค้าที่ไม่สามารถระบุตัวผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิต หรือผู้นำเข้าได้ ดังนั้นหากผู้ขายใช้ความระมัดระวังในการตรวจสอบที่มาของสินค้าและขายเฉพาะสินค้าซึ่งสามารถระบุตัวผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิต หรือผู้นำเข้าได้ แม้ขายสินค้าที่ไม่ปลอดภัยแล้วก่อให้เกิดความเสียหายก็ไม่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมายนี้ โดยการกำหนดเช่นนี้ย่อมทำให้ผู้ขายใช้ความระมัดระวังการนำสินค้ามาขาย และสามารถสืบสาวที่มาที่ไปของสินค้าได้ซึ่งเป็นหลักประกันที่มั่นคงสำหรับผู้บริโภค³⁰

และผู้ประกอบการจำพวกที่สี่คือ ผู้ซึ่งใช้ชื่อ ชื่อทางการค้า เครื่องหมายการค้า เครื่องหมายข้อความหรือแสดงด้วยวิธีใด ๆ อันมีลักษณะที่จะทำให้ความเข้าใจได้ว่าเป็นผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้

²⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 128.

³⁰ มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายกฎหมายความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554), หน้า 193-194.

ผลิต หรือผู้นำเข้า โดยเป็นการพิจารณาความเข้าใจของบุคคลทั่วไปว่าบุคคลทั่วไปเข้าใจว่าบุคคลที่ใช้ชื่อ ชื่อทางการค้า เครื่องหมายการค้า เครื่องหมาย ข้อความหรือแสดงด้วยวิธีใด ๆ นั้นเป็นผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิต หรือผู้นำเข้าตามพระราชบัญญัติฉบับนี้หรือไม่ เพราะเป็นกรณีที่ผู้เสียหายไม่อาจทราบได้ว่าใครคือผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิต ผู้นำเข้า หรือผู้ขาย กฎหมายจึงกำหนดให้บุคคลซึ่งเกี่ยวข้องใกล้ชิดกับสินค้าโดยสมัครใจให้บุคคลทั่วไปเข้าใจว่าเป็นผู้เกี่ยวข้องกับการผลิตหรือการกระจายสินค้าเป็นผู้ประกอบการและมีความรับผิดชอบในกรณีดังกล่าว³¹ แม้ว่าในความเป็นจริงบุคคลนั้นจะไม่ใช่ผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิต หรือผู้นำเข้าเลยก็ตาม ก็ต้องรับผิดชอบในฐานะผู้ประกอบการเพราะทำให้บุคคลทั่วไปเข้าใจเช่นนั้น

2.3 ความรับผิดชอบของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ภายใต้พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551

พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 กำหนดให้ ผู้ประกอบการเป็นบุคคลที่ต้องรับผิดชอบ ดังนั้นหากบุคคลใดไม่เข้านิยามของผู้ประกอบการตามมาตรา 4 ก็จะไม่เป็นบุคคลที่ต้องรับผิดชอบตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ ในส่วนนี้ผู้เขียนจึงทำการวิเคราะห์ว่าผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์สามารถเป็น “ผู้ประกอบการ” ตามกฎหมายดังกล่าวหรือไม่โดยพิจารณาได้ดังนี้

(1) **ผู้ผลิต หรือผู้ว่าจ้างให้ผลิต** โดยทั่วไปแล้วผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เป็นเพียงผู้ให้บริการเป็นตัวกลางที่ทำให้ผู้ซื้อและผู้ขายมาพบกันเพื่อทำการซื้อขายกัน สินค้าซึ่งถูกนำเสนอบนตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เป็นสินค้าซึ่งผู้ขายคัดเลือกและนำมาเสนอขายโดยการอัปโหลดข้อมูลสินค้าลงในระบบของตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์และผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เพียงแต่นำข้อมูลดังกล่าวมาแสดงเท่านั้น ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรงในกระบวนการผลิตหรือเลือกสรรสินค้าที่ถูกเสนอขายบนตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ และไม่ใช่ผู้เกี่ยวข้องกับการทำ ผสม ประสาน ประสาน ประดิษฐ์ แปรรูป เปลี่ยนรูป ดัดแปลง คัดเลือก แบ่งบรรจุ แห่เยือกแข็ง หรือฉายรังสี รวมถึงการกระทำใด ๆ ที่มีลักษณะทำนองเดียวกันอันเป็นการผลิตตามนิยามในพระราชบัญญัติฉบับนี้ ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์จึงไม่ใช่ผู้ผลิต หรือผู้ว่าจ้างให้ผลิต

³¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 197.

(2) **ผู้นำเข้า** เนื่องจากสินค้าซึ่งซื้อขายบนตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์อาจเป็นสินค้าที่ผลิตในต่างประเทศและนำเข้ามาขายในประเทศไทยได้ ซึ่งสามารถแบ่งออกเป็น 3 กรณีด้วยกัน คือ

กรณีแรก ผู้ขายเป็นผู้นำเข้าสินค้าจากต่างประเทศ สินค้าถูกส่งมาจากต่างประเทศมายังผู้ขายซึ่งอยู่ในประเทศไทย และขายต่อให้ผู้ซื้อภายในประเทศผ่านตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ กรณีนี้ผู้ขายจะมีสถานะเป็นผู้นำเข้า เพราะเป็นผู้ขายนำเข้ามาจากต่างประเทศและขายสินค้านั้นให้ผู้ซื้อต่อไป อีกทั้งยังเป็นผู้ทำสัญญาซื้อขายกับผู้ซื้อโดยตรงจึงมีสถานะเป็นผู้ขายอีกประการหนึ่ง โดยผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการนำเข้าสินค้าแต่อย่างใด และจึงไม่มีสถานะเป็นผู้นำเข้า

กรณีที่สอง ผู้ขายเป็นบุคคลที่อยู่ต่างประเทศทำการขายและจัดส่งสินค้าจากต่างประเทศให้กับผู้ซื้อภายในประเทศโดยตรง ซึ่งในกรณีนี้ไม่มีผู้ขายหรือผู้นำเข้าในประเทศเพราะสินค้าถูกส่งตรงมายังผู้ซื้อจากต่างประเทศโดยวิธีการขนส่งของผู้ขายเองและผู้ซื้อจะเป็นผู้รับมอบสินค้าจากผู้ขายในประเทศโดยตรง ส่วนผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ที่มีเพียงการให้บริการเป็นตัวกลางให้ผู้ซื้อและผู้ขายมาพบกันและไม่เกี่ยวข้องกับการจัดเก็บ จัดการ หรือการขนส่งสินค้าจึงมีความเกี่ยวข้องกับสินค้าอย่างจำกัด ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในกรณีนี้จึงมีบทบาทเพียงแค่นำเสนอข้อมูลสินค้าของผู้ขายเท่านั้นและไม่มีลักษณะเป็นผู้นำเข้า

ส่วนในกรณีที่สาม เป็นกรณีที่ผู้ผลิตหรือผู้ขายซึ่งอยู่ในต่างประเทศเสนอขายสินค้าของตนและรับบริการซึ่งช่วยสนับสนุนการจัดการและจัดส่งสินค้าไปยังผู้ซื้อของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ในกรณีนี้การให้บริการของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์รวมถึงการจัดเก็บสินค้า จัดการสินค้า และขนส่งสินค้าไปยังผู้ซื้อ ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์จึงมีความเกี่ยวข้องกับสินค้าที่มาจากต่างประเทศมาก และอาจเข้าลักษณะเป็นผู้นำเข้าสินค้าตามความหมายของกฎหมายนี้ได้ อย่างไรก็ตาม ภายใต้เงื่อนไขและข้อกำหนดของสัญญาให้บริการซึ่งผู้ขายต้องตกลงกับผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ มักมีข้อกำหนดเกี่ยวกับการห้ามกำหนดให้ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เป็นผู้นำเข้าหรือผู้ขาย ในเอกสารทั้งหลายเกี่ยวกับการนำเข้า กำหนดให้ผู้ขายเป็นผู้จัดการเรื่องพิธีการศุลกากร กำหนดให้สิทธิในสินค้าไม่ตกเป็นของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ไม่ว่ากรณีใดซึ่งรวมถึงกรรมสิทธิ์ในสินค้า และมีข้อจำกัดความรับผิดชอบทั้งหลายและกำหนดหน้าที่เกี่ยวกับสินค้าส่วนใหญ่เป็นความรับผิดชอบของผู้ขาย ประกอบกับในปัจจุบันยังไม่มีคดีตัวอย่างหรือคำตัดสินในกรณีดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่ากรณีเช่นนี้เป็นที่ไม่น่าเชื่อว่าผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์มีลักษณะเป็นผู้นำเข้าหรือไม่

ทั้งนี้ ในกรณีของสินค้าที่มาจากต่างประเทศ ผู้เขียนเห็นว่าบทบาทของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์มีความสำคัญที่ทำให้สินค้านั้นถูกเสนอขายในประเทศ ผู้เขียนจึงได้มีการศึกษาเพิ่มเติมในหัวข้อ 4.1

(3) ผู้ขายสินค้า โดยหลักแล้วผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์มีสถานะเป็นผู้ให้บริการในสัญญาให้บริการซึ่งเป็นตัวกลางที่ทำให้ผู้ซื้อและผู้ขายมาพบกันและตกลงทำสัญญากัน โดยในสัญญาซื้อขายที่เกิดขึ้นบนตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์จะมีผู้ขายเป็นผู้มีสถานะเป็นผู้ขายในสัญญาซื้อขาย ทั้งนี้ การที่ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์นำเสนอข้อมูลสินค้าของผู้ขายทั้งยังมีการแสดงโฆษณาเชิญชวนให้ซื้อสินค้าผ่านเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชันของตน แม้จะเป็นการให้บริการในฐานะตัวกลางแต่ก็อาจถูกตีความเป็นการเสนอ ชักชวน หรือนำออกแสดงสินค้าเพื่อจำหน่าย ซึ่งทำให้ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ถือเป็นผู้ขายภายใต้พระราชบัญญัตินี้ได้ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากผู้ขายซึ่งต้องรับผิดชอบตามพระราชบัญญัตินี้ต้องเป็นผู้ขายสินค้าที่ไม่สามารถระบุตัวผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิต หรือผู้นำเข้าได้ ซึ่งในการเข้ารับบริการกับผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ผู้ขายจำเป็นต้องส่งข้อมูลเกี่ยวกับตนเอง สินค้า และร้านค้าของตน เพื่อยืนยันตัวตนก่อนเข้ารับบริการ รวมไปถึงการส่งข้อมูลของผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิต หรือผู้นำเข้าของสินค้าซึ่งเป็นรายละเอียดของสินค้าให้แก่ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ดังนั้นแม้ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์จะเป็นผู้ขาย แต่เมื่อผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์สามารถระบุตัวผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิต หรือผู้นำเข้าได้เพราะมีข้อมูลของบุคคลดังกล่าวจากผู้ขายอยู่แล้ว ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์จึงไม่เป็นผู้ขายซึ่งต้องรับผิดชอบตามพระราชบัญญัตินี้

(4) ผู้ซึ่งใช้ชื่อ ชื่อทางการค้า เครื่องหมายการค้า เครื่องหมาย ข้อความหรือแสดงด้วยวิธีใด ๆ อันมีลักษณะที่จะทำให้เกิดความเข้าใจได้ว่าเป็นผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิต หรือผู้นำเข้า เมื่อการซื้อขายผ่านตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์นั้นผู้ซื้อจะต้องตกลงและยอมรับว่าบุคคลที่ตนซื้อขายด้วยนั้นมิใช่ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์แต่เป็นผู้ขายซึ่งเป็นบุคคลที่สาม สินค้าซึ่งขายบนตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์จะถูกแสดงให้เห็นชัดเจนว่าเป็นของผู้ขายรายใด ดังนั้นเมื่อผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ไม่ได้แสดงตนว่าเกี่ยวข้องกับสินค้าจึงไม่เป็นผู้ประกอบการตามความหมายนี้

ดังนั้น เมื่อพิจารณานิยามความหมายของผู้ประกอบการตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 แล้ว ผู้เขียนเห็นว่าความรับผิดชอบของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ยังคงเป็นที่ไม่แน่ชัด ทั้งนี้ เพราะการ

ประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์มีลักษณะเฉพาะและเป็นรูปแบบการประกอบธุรกิจใหม่ และยังมีคำตัดสินหรือตัวอย่างคดีที่เกี่ยวข้องในประเทศไทยในปัจจุบัน

3. แนวทางการกำหนดความรับผิดของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ต่อความเสียหายในความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยในต่างประเทศ

ในส่วนนี้ผู้เขียนได้ศึกษาแนวทางการกำหนดความรับผิดของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยของต่างประเทศ ซึ่งประเทศที่เลือกศึกษา ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา และกลุ่มสหภาพยุโรป เนื่องจากประเทศดังกล่าวมีความก้าวหน้าในกฎหมายความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยเป็นอย่างยิ่ง โดยเฉพาะในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายสินค้าผ่านตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.1 แนวทางการกำหนดความรับผิดของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีความก้าวหน้าและพัฒนาในการกำหนดความรับผิดของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ภายใต้กฎหมายความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย โดยมีทั้งคำพิพากษาที่ตัดสินให้ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์มีความรับผิดในหลายมลรัฐ และในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ได้มีการเสนอร่างกฎหมายเพื่อกำหนดความรับผิดของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.1.1 การตีความให้ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ต้องรับผิดในฐานะผู้ขายของศาลในมลรัฐต่าง ๆ ของประเทศสหรัฐอเมริกา

ในช่วงหลายปีที่ผ่านมาประเทศสหรัฐอเมริกาเกิดคดีเกี่ยวกับความรับผิดที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยในสินค้าซึ่งถูกซื้อขายผ่านตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เพิ่มขึ้นเป็นจำนวนมาก โดยเป็นผลมาจากความนิยมในการซื้อสินค้าผ่านตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในประเทศอเมริกา โดยเฉพาะการซื้อสินค้าผ่านตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์รายใหญ่อย่างเว็บไซต์ Amazon.com ซึ่งดำเนินการโดยบริษัท Amazon.com Inc. ที่มีส่วนแบ่งการตลาดเป็นอันดับหนึ่ง

ของธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในประเทศสหรัฐอเมริกา³² โดยทั่วไปแล้วเมื่อสินค้าที่ไม่ปลอดภัยก่อให้เกิดความเสียหายในประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้เสียหายสามารถฟ้องร้องต่อศาลให้ผู้ผลิตหรือผู้ขายรับผิดชอบในความเสียหายดังกล่าวภายใต้กฎหมายความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ แต่มีคดีจำนวนหนึ่งที่โจทก์ซึ่งได้รับความเสียหายจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยซึ่งซื้อผ่านตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ไม่สามารถฟ้องผู้ผลิตหรือผู้ขายมารับผิดชอบได้ เนื่องจากไม่สามารถระบุตัวบุคคลเหล่านั้นได้หรือเป็นบุคคลซึ่งอาศัยอยู่นอกประเทศสหรัฐอเมริกาและไม่สามารถนำตัวมาดำเนินกระบวนการทางศาลได้ ในคดีเหล่านี้โจทก์จึงเลือกฟ้องผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์หรือบริษัท Amazon.com Inc. ให้รับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยแทน เมื่อคดีขึ้นมาสู่การพิจารณาประเด็นสำคัญที่ศาลต้องพิจารณาคือผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์อย่างบริษัท Amazon.com Inc. สามารถและควรต้องรับผิดชอบโดยเคร่งครัดภายใต้กฎหมายความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยของประเทศสหรัฐอเมริกาหรือไม่

ในปี ค.ศ. 2019 มีคดีซึ่งได้ตัดสินให้ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เป็นผู้ต้องรับผิดชอบในฐานะผู้ขายภายใต้กฎหมายความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งปรากฏคำตัดสินเช่นนี้เป็นครั้งแรกในคดี Oberdorf v. Amazon.com Inc.³³ โดยคดีนี้มีข้อเท็จจริงว่าโจทก์ซื้อปลอกคอสุนัขจากผู้ขายที่ใช้ชื่อว่า The Furry Gang ผ่านเว็บไซต์ Amazon.com ซึ่งดำเนินการโดยบริษัท Amazon.com Inc. ต่อมาเมื่อโจทก์พาสุนัขของเธอไปเดินเล่นปรากฏว่าปลอกคอสุนัขดังกล่าวหลุดออกจากกันและโดนเข้ากับตาของโจทก์ ส่งผลให้ตาซ้ายของโจทก์บอด หลังเกิดความเสียหายขึ้นแล้ว โจทก์หรือแม้แต่บริษัท Amazon.com Inc. ก็ไม่สามารถติดต่อผู้ขายหรือผู้ผลิตสินค้าให้มารับผิดได้เลย โจทก์จึงฟ้องให้บริษัท Amazon.com Inc. รับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น และศาลในคดีนี้ได้ตัดสินให้บริษัท Amazon.com Inc. ต้องรับผิดชอบโดยเคร่งครัดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย หลังจากมีคำตัดสินดังกล่าวก็ปรากฏคำตัดสินในแนวทางเดียวกันนี้ในอีกหลายมณฑล โดยในการกำหนดให้ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เป็นผู้ที่ต้องรับผิดชอบนั้นศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการอธิบายเหตุผลไว้หลายประการด้วยกัน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเหตุผลที่เป็นหลักสำคัญสามารถสกัดจากคำพิพากษาทั้งหลายได้ 7 ประการดังต่อไปนี้

³² Statista, “Biggest online retailers in the U.S. 2022, by market share,” [online] Available from : <https://www.statista.com/statistics/274255/market-share-of-the-leading-retailers-in-us-e-commerce/> [5 May 2023]

³³ Oberdorf v. Amazon.com Inc., 930 F.3d 136 (3d Cir.), 936 F.3d 182 (3d Cir. 2019)

(1) ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เป็นบุคคลเพียงผู้เดียวในห่วงโซ่การตลาด (Marketing Chain) ที่มีอยู่ในการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นกับโจทก์ผู้เสียหาย³⁴ เนื่องจากการให้บริการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ทำให้ผู้ซื้อและผู้ขายสามารถเข้าทำธุรกรรมซื้อขายสินค้าต่อกันโดยไม่จำเป็นต้องพบหน้ากันในความเป็นจริงแต่แทนที่ด้วยการติดต่อผ่านตัวตอนออนไลน์และระบบของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ การซื้อขายรูปแบบนี้จึงทำให้ผู้ขายสามารถเสนอขายสินค้าของตนได้ไม่ว่าผู้ขายจะเป็นบุคคลซึ่งอยู่ต่างประเทศหรือเป็นนิติบุคคลซึ่งจัดตั้งในต่างประเทศ หรืออาจมีการปลอมแปลงตัวตนในอินเทอร์เน็ตในการติดต่อกับผู้ซื้อ ประกอบกับนโยบายของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ที่กำหนดห้ามไม่ให้ผู้ซื้อและผู้ขายติดต่อกันผ่านช่องทางอื่นนอกจากช่องทางที่ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์กำหนดไว้ ผู้ซื้อจึงไม่สามารถรู้ถึงตัวตนของผู้ขายนอกจากตัวตนที่ปรากฏบนตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ในหลายกรณีโจทก์จึงไม่สามารถนำตัวผู้ขายหรือบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องมาดำเนินคดีได้³⁵ และทำให้ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เป็นบุคคลเดียวที่เหลืออยู่ในห่วงโซ่การตลาดที่มีความสามารถในการเยียวยาความเสียหายแก่ผู้เสียหาย ดังนั้นผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์จึงควรต้องรับผิดชอบอย่างเคร่งครัดเพื่อเป็นการเยียวยาโจทก์

(2) ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์สามารถกระจายค่าเสียหายเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยในธุรกิจของตน³⁶ โดยแม้ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์จะไม่ได้เป็นผู้กำหนดราคาของสินค้าโดยตรง แต่เมื่อผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ได้รับผลประโยชน์ทางการเงินจากการให้บริการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของตน โดยการเก็บค่าธรรมเนียมหรือค่าบริการจากยอดคำสั่งซื้อที่สำเร็จบนตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์จากผู้ขาย ซึ่งค่าธรรมเนียมหรือค่าบริการเหล่านี้ย่อมมีผลต่อราคาของสินค้า นอกจากนี้ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เป็นผู้มีอำนาจในการกำหนดอัตราค่าบริการ วิธีเรียกเก็บ และเงื่อนไขในการเรียกเก็บค่าบริการแต่เพียงฝ่ายเดียว และอาจกำหนดให้ผู้ขายต้องชดเชยความเสียหายแก่ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในความเสียหายใด ๆ ที่เกิดขึ้นและเกี่ยวข้องกับบริการของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ดังนั้น

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid. (“However, Amazon fails to account for the fact that under the Agreement, third-party vendor can communicate with the customer only through Amazon. This enable third-party vendors to conceal themselves from the customer, leaving customers injured by defective products with no direct recourse to the third-party vendor.”)

³⁶ Ibid.

ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์จึงเป็นบุคคลที่อยู่ในฐานะที่ดีที่สุดที่จะกระจายค่าเสียหายไปในราคาสินค้า และสมควรเป็นบุคคลที่มีความรับผิดชอบโดยเคร่งครัด

(3) ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เป็นบุคคลที่อยู่ในฐานะที่ดีกว่าผู้บริโภคในการป้องกันการออกจำหน่ายของสินค้าที่ไม่ปลอดภัย³⁷ ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์มีความสามารถที่จะตั้งข้อกำหนดเกี่ยวกับสินค้าที่ขายบนตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ โดยการกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับความปลอดภัยของสินค้าก็ย่อมเป็นการกีดกันให้ผู้ขายที่ต้องการขายสินค้าบนตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์คัดเลือกสินค้าที่มีมาตรฐานความปลอดภัยมาขาย และจึงเป็นการกีดกันให้ผู้ผลิตต้องผลิตสินค้าที่มีความปลอดภัยและได้มาตรฐานซึ่งท้ายสุดแล้วจะมีผลให้สินค้าที่ไม่ปลอดภัยไม่ถูกจำหน่ายบนตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ นอกจากนี้ ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ยังมีสิทธิแต่เพียงฝ่ายเดียวภายใต้สัญญาให้บริการที่จะระงับ เปลี่ยนแปลง แก้ไข หรือยกเลิกการให้บริการกับผู้ขาย หรือระงับการขายสินค้าใด ๆ บนตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของตนโดยที่ไม่จำเป็นต้องได้รับการยินยอมหรือขออนุญาต ในความเสียหายใด ๆ ที่อาจเกิดกับผู้ขาย ประกอบกับผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เป็นผู้ซึ่งรับรายงานและความคิดเห็นจากผู้ซื้อเกี่ยวกับสินค้าจึงเป็นบุคคลที่สามารถทราบได้ว่าสินค้าใดมีความอันตรายและสามารถระงับการขายสินค้านั้นได้ทันที³⁸ ดังนั้นผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์จึงเป็นบุคคลที่มีความสามารถในการระงับการกระจายของสินค้าที่อันตรายบนตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ได้ดีที่สุดเมื่อเทียบกับบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้อง

(4) การนำหลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดมาบังคับกับผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์จะทำให้เกิดแรงจูงใจที่จะสร้างความปลอดภัย³⁹ เนื่องจากผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ไม่เพียงแต่เป็นตัวกลางระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายเท่านั้น แต่เป็นผู้ที่มีอำนาจควบคุมเหนือผู้ขายและสินค้าผ่านการกำหนดข้อสัญญาในสัญญาให้บริการ โดยผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์สามารถระงับการเสนอขายสินค้าได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ขาย ดังนั้นผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์จึงเป็นผู้ที่มีความสามารถที่จะสร้างความปลอดภัยให้กับตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์และโดยการกำหนดความรับผิดชอบโดยเคร่งครัด

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid. (“Moreover, Amazon is uniquely positioned to receive reports of defective products, which in turn can lead to such products being removed from circulation. Amazon’s website, which Amazon in its sole discretion has the right to manage, serves as the public-facing forum for products listed by third-party vendors.”)

³⁹ Ibid.

ให้กับผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์จะทำให้ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์มีแรงจูงใจที่จะกระทำการเช่นว่า⁴⁰

(5) บุคคลซึ่งต้องรับผิดไม่จำเป็นต้องเป็นผู้รับโอนกรรมสิทธิ์ในสินค้าเพียงแต่มีความควบคุมเหนือธุรกรรมซื้อขาย เนื่องจากถ้อยคำในกฎหมายความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยของประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดให้ “Seller” หรือผู้ขาย เป็นผู้ที่ต้องรับผิดจึงมีปัญหาว่าผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ที่ไม่ได้รับโอนหรือมีกรรมสิทธิ์ในสินค้าจะเป็นผู้ขายหรือไม่ การมีกรรมสิทธิ์ในสินค้ากลายเป็นเงื่อนไขหลักที่ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาในบางคดีใช้ในการตัดสินว่าผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ไม่เป็นผู้ขาย⁴¹ อย่างไรก็ตาม ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาก็ได้ยืนยันในหลายคดีว่าการเป็นผู้ที่ต้องรับผิดภายใต้กฎหมายความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยไม่จำกัดเพียงการเป็นบุคคลที่มีกรรมสิทธิ์ในสินค้า แต่พิจารณาจากความสามารถของบุคคลนั้นในการควบคุมธุรกรรมซื้อขาย ยกตัวอย่างเช่น คดี Hoffman v. Loos & Dilworth, Inc.⁴² ที่ศาลสูงสุดแห่งมลรัฐเพนซิลเวเนียได้ตัดสินให้บุคคลที่มีลักษณะเป็นตัวแทน (Sale Agent) เป็นผู้ขายต้องรับผิด หรือในคดี Kemp v. Miller⁴³ ซึ่งศาลสูงสุดแห่งมลรัฐวิสคอนซินได้ตัดสินให้ผู้ให้เช่ารถ (Lessor) ต้องรับผิด เป็นต้น ดังนั้นผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ซึ่งมีความควบคุมเหนือสินค้าและธุรกรรมซื้อขายจึงสามารถเป็นบุคคลซึ่งต้องรับผิดภายใต้กฎหมายความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยของประเทศสหรัฐอเมริกา

(6) ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เป็นบุคคลในห่วงโซ่ของระบบการจัดจำหน่ายสินค้า (Vertical Chain of Distribution)⁴⁴ ซึ่งนโยบายสาธารณะของประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดให้ทุกคนที่อยู่ในห่วงโซ่ของระบบจัดจำหน่ายต้องรับผิดโดยเคร่งครัดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ไม่ว่าผู้ผลิต ผู้จัดจำหน่าย ผู้ค้าส่ง ผู้ค้าปลีก ผู้ให้เช่า หรือผู้ผลิตชิ้นส่วนก็อาจถูกฟ้องร้องให้รับผิดได้ โดยนโยบายสาธารณะของสภานิติบัญญัติต้องการให้ผู้ผลิต ผู้ขาย

⁴⁰ Ibid. (“Amazon is fully capable, in its sole discretion, of removing unsafe products from its website. Imposing strict liability upon Amazon would be an incentive to do so.”)

⁴¹ ยกตัวอย่างเช่น Fox v. Amazon.com, Inc., 930 F.3d 415 (6th Cir. 2019), Erie Ins. Co. v. Amazon.com, Inc., 925 F.3d 135 (4th Cir. 2019) และ Eberhart v. Amazon.com, Inc., 325 F. Supp. 3d 393 - Dist. Court, SD New York 2018 เป็นต้น

⁴² Hoffman v. Loos & Dilworth, Inc., 307 Pa. Super. 131, 452 A.2d 1349 (Pa. Super. Ct. 1982)

⁴³ Kemp v. Miller, 166 Va. 661, 186 S.E. 99 (Va. 1936)

⁴⁴ Loomis v. Amazon.com LLC - 63 Cal. App. 5th 466, 277 Cal. Rptr. 3d 769 (2021)

ผู้ให้เช่า ทำประกันวินาศภัยเพื่อป้องกันความเสี่ยงจากการถูกฟ้องเป็นคดีความรับผิดชอบโดยเคร่งครัด เพื่อกระจายความเสี่ยงให้กับผู้บริโภคโดยการขึ้นราคาสินค้า⁴⁵ ในปัจจุบันเมื่อมีการพัฒนาของ เทคโนโลยีและมีการนำเทคโนโลยีมาเกี่ยวข้องกับการซื้อขายสินค้าจนเกิดเป็นรูปแบบการซื้อขาย ใหม่อย่างตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ซึ่งมี บทบาทเกี่ยวข้องในธุรกรรมซื้อขายจึงถือได้ว่าเป็นบุคคลหนึ่งที่อยู่ในห่วงโซ่ของระบบการจัด จำหน่ายสินค้า⁴⁶ และจึงเป็นบุคคลที่ต้องรับผิด

(7) หลัก Stream of Commerce หรือหลัก Enterprise Liability ในกรณีของความ รับผิดโดยเคร่งครัดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย หลักนี้เป็นหลักที่นำมาพิจารณา ความรับผิดของจำเลยที่อยู่นอกห่วงโซ่การจัดจำหน่าย เนื่องจากจำเลยเป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้สินค้า ที่ไม่ปลอดภัยเข้าสู่การหมุนเวียนทางการค้าและมีผลให้สินค้านั้นมาถึงมือผู้บริโภค โดยในคดี Loomis v. Amazon.com⁴⁷ ได้อ้างอิงหลักเกณฑ์ของหลัก Stream of Commerce ที่มีที่มาจาก คดี Bay Summit Community Assn. V. Shell Oil Co.⁴⁸ ไว้ว่าการพิจารณาความรับผิดของจำเลย ต้องพิจารณาจากความสัมพันธ์ที่แท้จริงระหว่างการกระทำของจำเลยและสินค้าที่บกพร่อง และ ต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ทั้งสามประการ คือ ประการแรก จำเลยเป็นผู้นำสินค้าเข้ามาหมุนเวียน ในทางการค้าและได้กำไรจากสินค้า ประการที่สอง บทบาทของจำเลยสำคัญสำหรับธุรกิจขนาดที่ การกระทำของจำเลยเป็นปัจจัยที่จำเป็นที่ทำให้สินค้านำมาสู่ผู้บริโภค และประการที่สาม จำเลยมี อำนาจควบคุมหรือมีอิทธิพลต่อการผลิตหรือกระบวนการจัดจำหน่าย ซึ่งเมื่อผู้ประกอบการตลาด กลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ก็มีลักษณะตามหลักเกณฑ์ข้างต้นจึงต้องเป็นผู้รับผิดโดยเคร่งครัดตาม หลัก Stream of Commerce

⁴⁵ ศักดา ธนิตกุล, กฎหมายความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย, หน้า 58-59.

⁴⁶ Loomis v. Amazon.com LLC - 63 Cal. App. 5th 466, 277 Cal. Rptr. 3d 769 (2021) (“Based on our review of Amazon’s third party business model under the BSA, we are persuaded that Amazon’s own business practices make it a direct link in the vertical chain of distribution under California’s strict liability doctrine.”)

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Bay Summit Community Assn. v. Shell Oil Co., 51 Cal.App.4th 762, 59 Cal. Rptr. 2d 322 (Cal. Ct. App. 1996)

3.1.2 วิเคราะห์แนวทางการแก้ไขกฎหมายความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา

เมื่อวันที่ 21 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2020 มีการเสนอร่างกฎหมาย California AB 3262 ในรัฐสภาของ มลรัฐแคลิฟอร์เนีย โดยมีวัตถุประสงค์แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งในเรื่องความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ซึ่งมีหลักการสำคัญคือ การกำหนดให้ตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ หรือ Electronic Retail Marketplace มีความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยอย่างเดียวกันกับผู้ค้าปลีก หรือ Retailer ร่างกฎหมาย California AB 3262 นับเป็นพัฒนาการหนึ่งของกฎหมายความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ริเริ่มกำหนดความรับผิดต่อสินค้าที่ไม่ปลอดภัยให้กับผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันร่างกฎหมายฉบับนี้มิได้ผ่านการพิจารณาต่อโดยมติเอกฉันท์ของรัฐสภามลรัฐแคลิฟอร์เนียในวันที่ 30 พฤศจิกายน ค.ศ. 2020 โดยสมาชิกของสมัชชาแห่งรัฐแคลิฟอร์เนียผู้เสนอร่างกฎหมายตัดสินใจว่าจะไม่ดำเนินการและพัฒนาร่างกฎหมายนี้ต่อในร่างฉบับเดิมหลังจากการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง⁴⁹ ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่าแนวทางในการกำหนดความรับผิดให้กับผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในร่างกฎหมาย California AB 3262 ยังควรค่าต่อการศึกษาเพื่อกำหนดแนวทางการแก้ไขปัญหาของประเทศไทย เนื่องจากเป็นความพยายามในการกำหนดให้ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์มีความรับผิด โดยเนื้อหาของร่างกฎหมายในฉบับแก้ไขล่าสุดมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.1.2.1 เหตุผลในการแก้ไข

ร่างกฎหมาย California AB 3262 ระบุเหตุผลในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายไว้ว่า เพื่อเป็นการสร้างความแน่ชัดในกฎหมาย (Legal Certainty) เกี่ยวกับความรับผิดของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ เพื่อให้ความคุ้มครองผู้บริโภค และเพื่อสร้างแรงจูงใจให้ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์สร้างความปลอดภัยในสินค้าซึ่งซื้อขายบนพื้นที่ออนไลน์ของตน⁵⁰

⁴⁹ Annie Palmer and Megan Graham, “Controversial e-commerce bill criticized by Amazon rivals such as Etsy won’t move forward for now,” [online] Available from : <https://www.cnbc.com/2020/08/31/controversial-ca-consumer-bill-will-not-advance-in-its-present-form.html> [3 July 2023]

⁵⁰ Section 1 of California AB 3262

3.1.2.2 นิยามคำศัพท์

ร่างกฎหมาย California AB 3262 ให้ความหมายตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ไว้ว่า

“ตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Retail Marketplace) หมายความว่า สถานที่อิเล็กทรอนิกส์หรือเว็บไซต์ซึ่งข้องเกี่ยวกับธุรกิจในการจัดวางหรือให้ความสะดวกในการนำหรือจัดวางสินค้าเข้ามาหมุนเวียนทางการค้าในมลรัฐนี้ ไม่ว่าผู้ขาย สินค้า หรือตลาดกลางจะมีลักษณะทางกายภาพในมลรัฐนี้หรือไม่ก็ตาม หรือตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์จะมีการครอบครองสินค้าทางกายภาพหรือไม่ก็ตาม โดยตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์หมายความว่ารวมถึงบริษัทย่อยหรือบริษัทที่เกี่ยวข้อง รวมถึงแต่ไม่จำกัดเฉพาะบริษัทใด ๆ ซึ่งตั้งเป็นกลุ่มบริษัทภายใต้ มาตรา 1504 ของรัฐบัญญัติภาษีภายใน”⁵¹

การกำหนดนิยามของตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ภายใต้ร่างกฎหมาย California AB 3262 จึงเป็นการให้ความหมายโดยอ้างอิงกับลักษณะการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ที่มีการให้บริการสถานที่เสมือนจริงในระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตและให้ความสะดวกในการซื้อขายสินค้า ดังนั้นร่างกฎหมายฉบับนี้จึงมุ่งหมายเอาผิดกับบุคคลซึ่งกระทำการโดยมีลักษณะเป็นตัวกลางที่ทำให้สินค้าที่ไม่ปลอดภัยถูกนำเข้ามาหมุนเวียนทางการค้า ไม่ว่าบุคคลนั้นจะมีความครอบครองในสินค้าทางกายภาพหรือไม่ก็ตาม และโดยที่ไม่มีการกำหนดว่าบุคคลนี้ต้องมีกรรมสิทธิ์ในสินค้าแต่อย่างใด

3.1.2.3 เงื่อนไขความรับผิด

ร่างกฎหมาย California AB 3262 กำหนดเงื่อนไขในการรับผิดของตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ไว้ว่า “เพื่อให้สอดคล้องกับนโยบายเบื้องหลังหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด ตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ต้องรับผิดอย่างเคร่งครัดต่อความเสียหายทั้งหลายที่มีสาเหตุมา

⁵¹ Section 1714.46 (d)(1) of California AB 3262 “Electronic retail marketplace” means an electronic place or internet website that is engaged in the business of placing or facilitating the placement of products into the stream of commerce in this state, regardless of whether the vendor, product, or the marketplace has a physical presence in the state or whether, as described in *Canifax v. Hercules Powder Co.* (237 (1965 Cal.App.2d 52 ,44, the electronic retail marketplace ever takes physical possession of the product. “Electronic retail marketplace” includes any subsidiaries or related party companies, including, but not limited to, any company that would constitute an “affiliated group” under Section 1504 of the Internal Revenue Code.”

จากการนำสินค้าที่บกพร่องเข้ามาหมุนเวียนทางการค้า เปรียบเสมือนกับผู้ค้าปลีกและต้องรับผิดชอบเป็นผู้ค้าปลีกภายใต้กฎหมายความรับผิดต่อสินค้าที่ไม่ปลอดภัยของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย โดยความรับผิดของตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์จะเท่ากับหรือไม่มากกว่าความรับผิดของผู้ค้าปลีก และข้อยกเว้นความรับผิดภายใต้กฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียก็จะนำมาใช้กับตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ด้วย”⁵²

ภายใต้ร่างกฎหมายฉบับนี้ตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์มีความรับผิดชอบไปถึงข้อยกเว้นความรับผิดเปรียบเสมือนกับผู้ค้าปลีกในความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ซึ่งความรับผิดและข้อยกเว้นของผู้ค้าปลีกถูกกำหนดไว้ใน Section 1714.45 ซึ่งเป็นกฎหมายความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยในมลรัฐแคลิฟอร์เนียในปัจจุบัน⁵³ นอกจากนี้ร่างกฎหมายฉบับนี้ยังได้กำหนดให้ตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์มีข้อยกเว้นเฉพาะเพิ่มเติมไปจากผู้ค้าปลีกซึ่งจะศึกษาในหัวข้อถัดไป

3.1.2.4 ข้อยกเว้นความรับผิด

ร่างกฎหมายฉบับนี้กำหนดข้อยกเว้นความรับผิดของตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ไว้เป็นการเฉพาะอยู่สามประการด้วยกัน คือ

“ตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ไม่ต้องรับผิดตาม Section 1714.46 (a) หากเป็นไปตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้

(1) สินค้าซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายเป็นสินค้าอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(a) สินค้าที่มีเจ้าของมาก่อนหรือถูกใช้และถูกอธิบายอย่างชัดเจน หรือถูกโฆษณาอย่างชัดเจนบนตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ว่าเป็นสินค้าที่มีเจ้าของมาก่อนหรือถูกใช้มาก่อนในเวลาที่มีการซื้อโดยผู้บริโภค

(b) เป็นสินค้าทำมือ (Handmade)

⁵² Section 1714.46 (a) of California AB 3262 “...an electronic retail marketplace shall be strictly liable for all damages caused by defective products placed into the stream of commerce to the same extent that a retailer of that defective product would be liable and shall be deemed to be a retailer for purposes of California strict liability law. The liability of an electronic retail marketplace shall be equal to, but not greater than, the liability of a retailer as provided in *Vandermark v. Ford Motor Co.* (1964) 61 Cal.2d 256, and all defenses to strict liability that are available under California law shall be preserved for an electronic retail marketplace.”

⁵³ Section 1714.45 of California Civil Code

(2) ตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ไม่ได้รับผลประโยชน์ทางการเงินไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมจากการขายสินค้าที่บกพร่องและก่อให้เกิดความเสียหาย

(3) การขายหรือธุรกรรมของสินค้าเกิดขึ้นโดยวิธีการประมูลและถูกยกเว้นจากความรับผิดโดยเคร่งครัดตามที่ถูกอธิบายใน Tauber-Arons Auctioneers Co. v. Superior Court (1980) 101 Cal.App.3d 268.”⁵⁴

ตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์อาจไม่ต้องรับผิดหากเข้าช้อยกเว้นข้างต้น อย่างไรก็ตามแม้จะเป็นไปตามช้อยกเว้นข้างต้นแล้วตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ก็ยังคงต้องรับผิดหากเป็นไปตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้

“แม้เป็นไปตามอนุมาตรา (b) ตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ต้องรับผิดโดยเคร่งครัดต่อการขายสินค้าที่มีเจ้าของมาก่อน ถูกใช้มาแล้ว เป็นสินค้าทำมือ หรือเป็นสินค้าที่ถูกประมูล หากการนำความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้นั้นสอดคล้องกับนโยบายของหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด”⁵⁵

ดังนั้น แม้จะมีกรณีปรากฏตามช้อยกเว้นความรับผิด แต่หากเป็นไปเพื่อตอบสนองนโยบายเบื้องหลังหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดแล้วตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ก็ยังคงต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากสินค้า ทั้งนี้ ในกรณีที่ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ไม่ได้รับผลประโยชน์ทางการเงินไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมจะไม่ต้องรับผิดแต่อย่างใด

⁵⁴ Section 1714.46 (b) of California AB 3262 “An electronic retail marketplace shall not be liable as described in subdivision (a) if any of the following conditions are met:

(1) The product that caused the damage was one of the following:

(A) Preowned or used and prominently described or prominently advertised on the electronic retail marketplace as preowned or used at the time it was purchased by the consumer.

(B) Handmade.

(2) The electronic retail marketplace did not receive a direct or indirect financial benefit from the sale of the defective product that caused the injury.”

(3) The sale or transaction of the product occurred by auction and is exempt from strict liability, as described in Tauber-Arons Auctioneers Co. v. Superior Court (1980) 101 Cal.App.3d 268.”

⁵⁵ Section 1714.46 (c) of California AB 3262 “Notwithstanding subdivision (b), an electronic retail marketplace shall be strictly liable for the sale of preowned, used, handmade, or auctioned defective products if the application of strict liability to the electronic retail marketplace is consistent with the policy considerations underlying strict liability.”

3.2 วิเคราะห์แนวทางการกำหนดความรับผิดของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของสหภาพยุโรป

ในวันที่ 28 กันยายน ค.ศ. 2022 คณะกรรมาธิการยุโรปได้เปิดเผยข้อเสนอสำหรับการแก้ไขกฎหมายความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยของสหภาพยุโรปซึ่งรวมถึงร่างกฎหมายความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยใหม่ซึ่งข้อเสนอดังกล่าวใช้ชื่อว่า Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on Liability for Defective Products⁵⁶ ซึ่งเป็นข้อเสนอที่จะแก้ไขและแทนที่กฎหมายความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยปัจจุบันของสหภาพยุโรปหรือ EC Directive 85/374/EEC ซึ่งถูกบังคับใช้มาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1985 โดยปัจจุบันร่างกฎหมายดังกล่าวผ่านขั้นตอนการรับฟังความคิดเห็นจากประชาชนและอยู่ในระหว่างการพิจารณาของคณะกรรมาธิการยุโรป โดยในร่างกฎหมายฉบับปัจจุบันมีการบัญญัติถึงความรับผิดของผู้ให้บริการแพลตฟอร์มออนไลน์ (Provider of an Online Platform) ซึ่งรวมถึงผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.2.1 เหตุผลในการแก้ไข

ข้อเสนอฉบับนี้ได้ให้เหตุผลสำคัญที่จำเป็นต้องมีการแก้ไขกฎหมายคือ เพื่อให้กฎหมายเรื่องความรับผิดต่อสินค้ามีกฎหมายความรับผิดที่เข้ากับโลกยุคดิจิทัล และเพื่อให้การคุ้มครองผู้บริโภคอย่างมีประสิทธิภาพและมีความแน่นอนของกฎหมายที่เท่าเทียมกันในทุกธุรกิจ ประกอบกับเพื่อให้สอดคล้องกับการพัฒนาของกฎหมายเกี่ยวกับการกำกับมาตรฐานความปลอดภัยของสินค้าและการกำกับดูแลตลาด โดยมีหนึ่งในวัตถุประสงค์สำคัญคือเพื่อให้แน่ใจว่ามีบุคคลที่สามารถรับผิดได้ในสหภาพยุโรปสำหรับความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยซึ่งถูกผลิตนอกสหภาพยุโรปซึ่งสอดคล้องกับความนิยมในการสั่งสินค้าโดยตรงจากประเทศนอกสหภาพยุโรปซึ่งไม่มีผู้ผลิตหรือผู้นำเข้าจัดตั้งอยู่ในสหภาพยุโรปที่เพิ่มมากขึ้น⁵⁷

⁵⁶ European Commission, "Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on liability for defective products," [online] Available from : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0495> [6 April 2023]

⁵⁷ Ibid.

3.2.2 นิยามคำศัพท์

ข้อเสนอฉบับนี้ให้ความหมายของแพลตฟอร์มออนไลน์ หรือ Online Platform ไว้ว่า “แพลตฟอร์มออนไลน์หมายความว่า แพลตฟอร์มออนไลน์ ซึ่งนิยามใน Article 2(h) (ปัจจุบันคือ Article 3(ii)) ของกฎหมายการให้บริการดิจิทัล (Digital Service Act)”⁵⁸ และในกฎหมายให้บริการดิจิทัลให้ความหมายของแพลตฟอร์มออนไลน์ ไว้ว่า

“แพลตฟอร์มออนไลน์ (Online Platform) หมายความว่า การให้บริการเว็บไซต์ ซึ่งให้บริการพื้นที่จัดเก็บข้อมูลหรือเว็บไซต์ออนไลน์โดยจัดเก็บและเผยแพร่ข้อมูลต่อสาธารณะภายใต้การร้องขอของผู้รับบริการ เว้นแต่กิจกรรมนั้นเป็นส่วนน้อยและมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยเหลือการให้บริการอื่นเท่านั้น หรือเป็นเพียงการทำงานส่วนน้อยของการให้บริการหลัก และด้วยวัตถุประสงค์และเหตุผลด้านเทคนิค การให้บริการอื่นหรือบริการหลักเหล่านั้นและไม่สามารถใช้งานได้ โดยไม่มีการให้บริการเว็บไซต์นี้ ทั้งนี้ต้องไม่เป็นการหลีกเลี่ยงการบังคับตามกฎหมายฉบับนี้”⁵⁹

ข้อเสนอฉบับนี้กำหนดความหมายของแพลตฟอร์มออนไลน์ไว้ให้มีความหมายเดียวกันกับแพลตฟอร์มออนไลน์ซึ่งนิยามไว้ในกฎหมายให้บริการดิจิทัลซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดหน้าที่ของผู้ให้บริการทางดิจิทัลต้องตรวจสอบว่าแพลตฟอร์มออนไลน์ของตนไม่มีสิ่งผิดกฎหมาย รวมทั้งต้องมีการลบเนื้อหาที่ผิดกฎหมายให้เร็วขึ้น และมีมาตรการปกป้องสิทธิพื้นฐานของผู้ใช้บริการออนไลน์อย่างครอบคลุม⁶⁰ โดยการนิยามให้แพลตฟอร์มออนไลน์มีความหมายเช่นเดียวกับกฎหมายให้บริการดิจิทัล ผู้เขียนเห็นว่ามีความเหมาะสมเพื่อให้การควบคุมดูแลแพลตฟอร์มออนไลน์ของสหภาพยุโรปเป็นไปอย่างสอดคล้องกันทั้งการกำกับดูแลด้านเนื้อหาและการกำหนดความรับผิดใน

⁵⁸ Article 4 (17) of Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on liability for defective products “‘online platform’ means online platform as defined in Article 2, point (h), of Regulation (EU).../... of the European Parliament and of the Council on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act)”

⁵⁹ Article 3 (i) of Digital Service Act ‘online platform’ means a hosting service that, at the request of a recipient of the service, stores and disseminates information to the public, unless that activity is a minor and purely ancillary feature of another service or a minor functionality of the principal service and, for objective and technical reasons, cannot be used without that other service, and the integration of the feature or functionality into the other service is not a means to circumvent the applicability of this Regulation

⁶⁰ กรมนยุโรป กระทรวงการต่างประเทศ, “EU เตรียมเริ่มใช้กฎหมายการให้บริการดิจิทัล (DSA) ควบคุมอินเทอร์เน็ตให้เป็นพื้นที่ปลอดภัย” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://europetouch.mfa.go.th/th/content/eu-dsa?page=5d6ac39e15e39c3f300018e0&menu=5d6ac39e15e39c3f300018e1> [7 พฤษภาคม 2566]

สินค้าที่ไม่ปลอดภัย แพลตฟอร์มออนไลน์ภายใต้ร่างกฎหมายฉบับนี้จึงหมายถึงรวมถึงแพลตฟอร์มออนไลน์ใด ๆ ซึ่งให้พื้นที่จัดเก็บและเผยแพร่ข้อมูลซึ่งผู้เขียนเห็นว่ารวมถึงลักษณะการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ที่มีการรวบรวมข้อมูลของผู้รับบริการ และเผยแพร่ข้อมูลสินค้าและร้านค้าของผู้ขายบนเว็บไซต์ของตนด้วย

3.2.3 เงื่อนไขความรับผิด

ข้อเสนอฉบับนี้กำหนดให้ผู้ประกอบการแต่ละคนต้องรับผิดโดยมีเงื่อนไขกำหนดไว้ดังต่อไปนี้

“1. ประเทศสมาชิกต้องทำให้มั่นใจว่าผู้ผลิตของสินค้าบกพร่องสามารถรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากสินค้าได้

ประเทศสมาชิกต้องทำให้มั่นใจว่าเมื่อขึ้นส่วนของสินค้าเป็นสาเหตุที่ทำให้สินค้ามีความบกพร่อง ผู้ผลิตขึ้นส่วนที่บกพร่องสามารถรับผิดในความเสียหายได้

2. ประเทศสมาชิกต้องทำให้มั่นใจว่าเมื่อผู้ผลิตเป็นบุคคลที่จัดตั้งนอกสหภาพ ผู้นำเข้าสินค้าที่บกพร่องและตัวแทนของผู้ผลิตสามารถรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากสินค้าได้

3. ประเทศสมาชิกต้องทำให้มั่นใจว่าเมื่อผู้ผลิตเป็นบุคคลที่จัดตั้งนอกสหภาพ และไม่มีผู้ประกอบการในวรรคสองจัดตั้งในสหภาพ ผู้ให้บริการจัดเก็บและจัดการสินค้า (Fulfilment Service Provider) สามารถรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากสินค้าได้

4. บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลใดที่ปรับเปลี่ยนสินค้าซึ่งถูกนำมาไว้ในตลาดหรือในบริการ ต้องถูกถือว่าเป็นผู้ผลิตสินค้าในความหมายตามวรรคหนึ่ง โดยที่การปรับเปลี่ยนนั้นถูกพิจารณาว่า มีนัยสำคัญภายใต้กฎเกณฑ์ของสหภาพหรือกฎเกณฑ์ภายในเกี่ยวกับมาตรฐานความปลอดภัยของสินค้าและถูกกระทำนอกเหนือจากการควบคุมของผู้ผลิตสินค้า

5. ประเทศสมาชิกต้องทำให้มั่นใจว่าเมื่อผู้ผลิตตามวรรคหนึ่งไม่สามารถระบุตัวตนได้ หรือผู้ผลิตเป็นบุคคลที่จัดตั้งนอกสหภาพ และผู้ประกอบการตามวรรคสองและวรรคสามไม่สามารถระบุตัวตนได้ ผู้จัดจำหน่ายของสินค้าแต่ละคนสามารถรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากสินค้า หาก

(a) โจทก์ร้องขอให้ผู้จัดจำหน่ายสินค้านั้นระบุตัวตนของผู้ประกอบการหรือบุคคลซึ่งจัดหาสินค้าให้ผู้จัดจำหน่าย และ

(b) ผู้จัดจำหน่ายไม่สามารถระบุตัวตนของผู้ประกอบการหรือบุคคลซึ่งจัดหาสินค้าให้ผู้จัดจำหน่ายภายใน 1 เดือนนับแต่ที่ได้รับคำร้องขอ

6. บทบัญญัติในวรรคห้าให้นำมาใช้กับผู้ให้บริการแพลตฟอร์มออนไลน์ ซึ่งอนุญาตให้ผู้บริโภคเข้าทำสัญญาซึ่งทางโดยระยะทางกับผู้ขาย และซึ่งไม่ใช่ผู้ผลิต ผู้นำเข้า หรือผู้จัดจำหน่าย ทั้งนี้เมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขใน Article 6(3) ของกฎหมายให้บริการดิจิทัล”⁶¹

ดังนั้นภายใต้ร่างกฎหมายฉบับนี้ บุคคลหลักซึ่งต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยคือผู้ผลิต ซึ่งหมายความรวมถึงผู้ผลิตสินค้า ผู้ผลิตชิ้นส่วนของสินค้าที่บกพร่อง และบุคคลซึ่งทำการปรับเปลี่ยนสินค้าอย่างมีนัยสำคัญ โดยผู้ให้บริการแพลตฟอร์มออนไลน์จะมีความรับผิดชอบเฉพาะในกรณีที่ไม่สามารถระบุตัวตนของผู้ผลิตได้หรือผู้ผลิตไม่ได้จัดตั้งในสหภาพยุโรป และ

⁶¹ Article 7 of Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on liability for defective products “Economic operators liable for defective products

1. Member States shall ensure that the manufacturer of a defective product can be held liable for damage caused by that product.

Member States shall ensure that, where a defective component has caused the product to be defective, the manufacturer of a defective component can also be held liable for the same damage.

2. Member States shall ensure that, where the manufacturer of the defective product is established outside the Union, the importer of the defective product and the authorised representative of the manufacturer can be held liable for damage caused by that product.

3. Member States shall ensure that, where the manufacturer of the defective product is established outside the Union and neither of the economic operators referred to in paragraph 2 is established in the Union, the fulfilment service provider can be held liable for damage caused by the defective product.

4. Any natural or legal person that modifies a product that has already been placed on the market or put into service shall be considered a manufacturer of the product for the purposes of paragraph 1, where the modification is considered substantial under relevant Union or national rules on product safety and is undertaken outside the original manufacturer’s control.

5. Member States shall ensure that where a manufacturer under paragraph 1 cannot be identified or, where the manufacturer is established outside the Union, an economic operator under paragraph 2 or 3 cannot be identified, each distributor of the product can be held liable where:

(a) the claimant requests that distributor to identify the economic operator or the person who supplied the distributor with the product; and

(b) the distributor fails to identify the economic operator or the person who supplied the distributor with the product within 1 month of receiving the request.

6. Paragraph 5 shall also apply to any provider of an online platform that allows consumers to conclude distance contracts with traders and that is not a manufacturer, importer or distributor, provided that the conditions of Article 6(3) set out in Regulation (EU).../... of the European Parliament and of the Council on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act) are fulfilled.”

ไม่สามารถระบุตัวตนของตัวแทนผู้ผลิต ผู้นำเข้า และผู้ให้บริการจัดเก็บและจัดการสินค้าได้ และผู้ให้บริการแพลตฟอร์มออนไลน์ไม่สามารถระบุตัวตนของผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการอื่นซึ่งมีความรับผิดชอบให้แก่โจทก์ภายใน 1 เดือนนับแต่โจทก์ร้องขอ

ความรับผิดชอบภายใต้ข้อเสนอฉบับนี้เป็นความรับผิดชอบโดยเคร่งครัด กล่าวคือ ผู้ประกอบการทั้งหลายยังคงต้องรับผิดชอบแม้ไม่ได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ โดยผู้เสียหายเพียงมีภาระพิสูจน์ถึงความเสียหายและความเชื่อมโยงระหว่างความบกพร่องกับความเสียหายนั้นเท่านั้น⁶² ทั้งนี้ หากมีผู้ประกอบการที่ต้องรับผิดชอบมากกว่าหนึ่งราย ผู้ประกอบการทุกคนต้องรับผิดชอบร่วมกันหรือแทนกันต่อผู้เสียหาย⁶³

3.2.4 ข้อยกเว้นความรับผิด

ข้อเสนอฉบับนี้มีได้กำหนดข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการออนไลน์แพลตฟอร์มไว้เป็นการเฉพาะ ทั้งนี้ มีการกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดเพื่อให้ผู้ประกอบการบางรายสามารถพิสูจน์ปฏิเสธไว้ใน Article 10 ยกตัวอย่างเช่น ผู้ผลิตและผู้นำเข้าไม่ต้องรับผิดชอบหากสามารถพิสูจน์ได้ว่าตนไม่ได้เป็นผู้นำสินค้าเข้ามาในตลาดหรือให้บริการ เป็นต้น และกำหนดข้อยกเว้นสำหรับผู้ประกอบการทุกรายในการพิสูจน์ปฏิเสธ ยกตัวอย่างเช่น ความบกพร่องเกิดขึ้นเพราะต้องปฏิบัติตามกฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับของทางราชการที่ผู้ผลิตไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ เป็นต้น

3.3 วิเคราะห์ความแตกต่างของแนวทางการแก้ไขกฎหมายระหว่างร่างกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา และร่างกฎหมายของสหภาพยุโรป

ทั้งมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ในประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรปต่างมีความคิดที่จะแก้ไขกฎหมายความรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยโดยการกำหนดเพิ่มเติมความรับผิดของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ แต่โดยที่มีวิธีการบัญญัติกฎหมายที่แตกต่างกัน เพื่อค้นหาแนวทางที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย ผู้เขียนเห็นว่าสมควรมีการศึกษา

⁶² Article 9 of Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on liability for defective products “1. Member States shall ensure that a claimant is required to prove the defectiveness of the product, the damage suffered and the causal link between the defectiveness and the damage.”

⁶³ Article 11 of Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on liability for defective products “Member States shall ensure that where two or more economic operators are liable for the same damage pursuant to this Directive, they can be held liable jointly and severally.”

เปรียบเทียบความแตกต่างแนวทางการตรากฎหมายของทั้งสองประเทศนี้ โดยมีความแตกต่างหลักสามารถสรุปได้ดังนี้

3.3.1 นิยามคำศัพท์

ผู้เขียนเห็นว่าการให้นิยามตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในร่างกฎหมาย California AB 3262 และออนไลน์แพลตฟอร์มของข้อเสนอในสหภาพยุโรปมีความคล้ายคลึงกัน คือนิยามลักษณะการเป็นสถานที่อิเล็กทรอนิกส์หรือเว็บไซต์ของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ทั้งนี้ ร่างกฎหมาย California AB 3262 มีการให้ความหมายโดยเฉพาะเจาะจงมากกว่าโดยต้องเป็นสถานที่อิเล็กทรอนิกส์หรือเว็บไซต์ซึ่งเกี่ยวข้องกับการทำให้สินค้ามาหมุนเวียนทางการค้าภายในมลรัฐด้วย

3.3.2 เงื่อนไขความรับผิด

ร่างกฎหมาย California AB 3262 กำหนดให้ตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ต้องรับผิดชอบผู้ค้าปลีก จึงเปรียบเสมือนการบัญญัติเพิ่มตัวบุคคลซึ่งต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยเพิ่มอีกหนึ่งบุคคล ในขณะที่ข้อเสนอของสหภาพยุโรปกำหนดเงื่อนไขให้ผู้ให้บริการออนไลน์แพลตฟอร์มต้องรับผิดชอบเฉพาะในกรณีที่ไม่สามารถนำตัวผู้ประกอบการอื่นมาดำเนินคดีได้ ประกอบกับผู้ให้บริการออนไลน์แพลตฟอร์มไม่สามารถระบุตัวตนผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องกับการขายสินค้าบนตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของตนได้ตามคำร้องขอของโจทก์ ความรับผิดของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ภายใต้ข้อเสนอของสหภาพยุโรปจึงมีความซับซ้อนมากกว่าโดยต้องพิจารณาถึงบทบาทและการให้บริการของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ความมีอยู่ของผู้ประกอบการอื่น และการเก็บข้อมูลเกี่ยวกับผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้อง

3.3.3 ข้อยกเว้นความรับผิด

ร่างกฎหมายภายใต้ข้อเสนอของสหภาพยุโรปไม่มีการกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการออนไลน์แพลตฟอร์มไว้เป็นการเฉพาะ ในขณะที่ร่างกฎหมาย California AB 3262 มีการกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ไว้เป็นการเฉพาะใน Section 1714.46 (b)

4. ข้อเสนอแนะสำหรับประเทศไทย

เนื่องจากการซื้อขายสินค้าผ่านตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เป็นที่นิยมอย่างมากในประเทศไทย ประกอบกับปริมาณของสินค้าและผู้ขายที่มาจากต่างประเทศที่มีจำนวนเพิ่มขึ้น⁶⁴ ผู้เขียนเห็นว่าสถานการณ์ดังกล่าวทำให้ผู้บริโภคมีความเสี่ยงต่อสินค้าที่ไม่ปลอดภัยและมีอุปสรรคต่อการฟ้องร้องผู้ประกอบการ

จากการศึกษาแนวทางการกำหนดความรับผิดของต่างประเทศแล้วพบว่าศาลในหลายมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ตีความให้ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์เป็นผู้ขายและต้องรับผิดภายใต้กฎหมายความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยและมีผลให้โจทก์ผู้เสียหายได้รับการเยียวยา และมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้มีความริเริ่มที่จะบัญญัติความรับผิดของผู้ประกอบการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ซึ่งหากร่างกฎหมายฉบับนี้มีผลบังคับใช้จะส่งผลให้ผู้เสียหายในมลรัฐแคลิฟอร์เนียสามารถฟ้องร้องให้ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์รับผิดในความเสียหายจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยได้อีกบุคคลหนึ่ง ในขณะที่สหภาพยุโรปก็มีข้อเสนอที่จะแก้ไขกฎหมายความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยเช่นกันโดยหากร่างกฎหมายภายใต้ข้อเสนอฉบับนี้มีผลบังคับใช้ผู้บริโภคในสหภาพยุโรปจะสามารถฟ้องร้องให้ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์รับผิดในกรณีที่ไม่สามารถฟ้องร้องให้ผู้ประกอบการอื่นได้ ซึ่งแนวทางของต่างประเทศทั้งหลายล้วนมีผลให้ผู้บริโภคได้รับความคุ้มครองที่มากขึ้น

ดังนั้น เพื่อเป็นการให้ความคุ้มครองผู้บริโภคในประเทศไทยและเพื่อให้ผู้บริโภคมั่นใจได้ว่าจะรับการเยียวยาความเสียหายในกรณีที่ไม่สามารถนำตัวผู้ประกอบการมาดำเนินคดีได้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าประเทศไทยควรมีการกำหนดความรับผิดของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ภายใต้พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 โดยผู้เขียนเห็นว่าอาจทำได้ 2 แนวทาง ดังนี้

⁶⁴ Priceza, “สินค้าจีนบุกทะลวงตลาดอีคอมเมิร์ซประเทศไทยอย่างไร” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.priceza.com/insights/business/สินค้าจีนบุกไทย.html> [1 พฤษภาคม 2566] และ Bangkok Post, “E-commerce sector enters the next phase,” [online] Available from : <https://www.bangkokpost.com/business/2531990/e-commerce-sector-enters-the-next-phase> [2 May 2023]

4.1 การตีความให้ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เป็นผู้นำเข้าตามพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551

การตีความให้ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เป็นผู้ประกอบการตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ซึ่งเป็นบุคคลที่ต้องรับผิดตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นแนวทางหนึ่งที่กำหนดให้ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์มีความรับผิดชอบและต้องชดเชยเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่มาจากต่างประเทศที่ไม่ปลอดภัย

เหตุที่ผู้นำเข้าเป็นผู้ประกอบการที่ต้องรับผิดแม้ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการผลิตสินค้านั้นก็เพื่อไม่ให้ผู้เสียหายไม่ต้องประสบความยุ่งยากในการเรียกร้องให้ผู้ผลิตในต่างประเทศรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้น ในกรณีที่สินค้าจากต่างประเทศถูกเสนอขายให้กับผู้บริโภคในประเทศโดยผู้ขายหรือผู้ผลิตในต่างประเทศผ่านตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เป็นบุคคลที่มีความสำคัญต่อการเข้ามาหรือมีอยู่ของสินค้าที่มาจากต่างประเทศเป็นอย่างมากถึงขนาดว่าในบางกรณีถ้าไม่มีการให้บริการของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์จะไม่พบสินค้าชิ้นนี้ในประเทศเลย⁶⁵ เนื่องจากการให้บริการของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ทำให้ผู้ผลิตหรือผู้ขายซึ่งอยู่ต่างประเทศสามารถเสนอขายสินค้าของตนให้กับผู้ซื้อในประเทศไทยโดยไม่ผ่านตัวกลางอย่างพ่อค้าคนกลางหรือผู้นำเข้าในประเทศทำให้สินค้าจากต่างประเทศสามารถมาถึงมือผู้บริโภคโดยไม่ต้องมีผู้เกี่ยวข้องกับสินค้าในประเทศ แต่การฟ้องร้องผู้ขายในต่างประเทศจะเป็นภาระกับผู้เสียหายมากเกินไป ผู้เขียนจึงเห็นว่าผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ควรถูกตีความเป็นผู้นำเข้าซึ่งเป็นผู้ประกอบการที่ต้องรับผิดในกรณีดังกล่าว เนื่องจากผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์มีบทบาทสำคัญที่ทำให้สินค้าไม่ปลอดภัยจากต่างประเทศมาถึงมือของผู้บริโภค ซึ่งในความคิดเห็นของผู้เขียนมีบทบาทที่สำคัญเทียบเท่ากับผู้นำเข้าที่นำเข้าสินค้าไม่ปลอดภัยจากต่างประเทศเข้ามาในประเทศและส่งผลให้สินค้าไม่ปลอดภัยนั้นตกอยู่ในมือของผู้บริโภค นอกจากนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าการตีความผู้นำเข้าตามกฎหมายฉบับนี้ควรเป็นการตีความโดยพิจารณาจากบทบาทของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ที่เกี่ยวข้องกับการทำให้สินค้าจากต่างประเทศเข้ามาสู่มือของผู้บริโภคเป็น

⁶⁵ State Farm Fire & Cas. Co. v. Amazon.com, Inc., 835 F. App'x 213 (9th Cir. 2020) ("Amazon provided the only conduit between XMJ, the Chinese seller, and the American marketplace. Without Amazon, XMJ products would not be available at all in Wisconsin")

หลัก ถ้อยคำในสัญญาให้บริการหรือเอกสารอื่นเป็นส่วนที่พิจารณาประกอบกันเท่านั้น เนื่องจากผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เป็นผู้กำหนดถ้อยคำและข้อสัญญาทั้งหมดแต่เพียงผู้เดียวซึ่งผู้รับบริการไม่สามารถโต้แย้งหรือเจรจาข้อสัญญาใด ๆ ได้ หากนำข้อสัญญาดังกล่าวมาเป็นหลักในการพิจารณาอาจทำให้ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์สามารถกำหนดข้อสัญญาที่ทำให้ตนหลุดพ้นความรับผิดได้อย่างง่ายดายและส่งผลให้ผู้เสียหายไม่ได้รับการเยียวยาได้

โดยการที่ศาลใช้การตีความเช่นนี้จะทำให้ผู้บริโภคไม่ต้องเผชิญกับอุปสรรคในการฟ้องร้องผู้ขายที่อยู่ต่างประเทศและส่งผลให้ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์มีแรงจูงใจที่จะทำให้นินทาในตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของตนมีความปลอดภัยมากยิ่งขึ้น

4.2 การแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551

ผู้เขียนเห็นว่าเพื่อสร้างความแน่นอนให้กฎหมายและเพื่อกำหนดความรับผิดที่เหมาะสมกับลักษณะการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 เพื่อกำหนดความรับผิดของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ เนื่องจากลักษณะการประกอบธุรกิจผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เป็นรูปแบบธุรกิจใหม่ บทบาทของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์จึงมีเอกลักษณ์และไม่เหมือนกับบทบาทของผู้ประกอบการอื่น การกำหนดให้ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์มีความรับผิดอย่างผู้ประกอบการจึงอาจไม่เหมาะสมกับความเป็นจริงและลักษณะการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ โดยจากการศึกษาแนวทางการแก้ไขกฎหมายของต่างประเทศผู้เขียนเห็นว่าประเด็นที่ควรพิจารณาดังต่อไปนี้

4.2.1 นิยามคำศัพท์

ผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยควรพิจารณาวิธีการกำหนดนิยามเช่นเดียวกันกับร่างกฎหมายของต่างประเทศ ที่ให้ความหมายโดยอธิบายถึงลักษณะการเป็นสถานที่กลางในระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต โดยที่ไม่คำนึงถึงการให้บริการอื่น ๆ อย่างบริการจัดเก็บและจัดการสินค้า หรือบริการขนส่ง เป็นต้น และไม่กำหนดถึงความมีกรรมสิทธิ์ในสินค้า นอกจากนี้ เนื่องจากการให้บริการเป็นสถานที่อิเล็กทรอนิกส์หรือเว็บไซต์กลางอาจครอบคลุมถึงการให้บริการหลายประเภทและที่ไม่เกี่ยวกับการเป็นตัวกลางในการซื้อขายสินค้า เพื่อวัตถุประสงค์ในการกำหนดความรับผิดให้กับผู้ที่

ทำหน้าที่เป็นตัวกลางให้ผู้ซื้อและผู้ขายมาพบกัน จึงเห็นควรกำหนดเกี่ยวกับลักษณะการประกอบธุรกิจที่ทำให้สินค้าเข้ามาหมุนเวียนทางการค้าอย่างร่างกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียด้วย

4.2.2 เจื่อนไขความรับผิด

ในปัจจุบันพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 กำหนดความรับผิดของผู้ประกอบการในมาตรา 5⁶⁶ ซึ่งมีหลักเกณฑ์ความรับผิดคือในกรณีที่มีผู้ประกอบการตามมาตรา 4 มากกว่าหนึ่งราย ผู้ประกอบการทุกคนต้องรับผิดร่วมกันอย่างลูกหนี้ร่วม การกำหนดเพิ่มบุคคลซึ่งต้องรับผิดตามกฎหมายจึงต้องพิจารณาว่าบุคคลนั้นจะมีความรับผิดเฉกเช่นเดียวกับผู้ประกอบการ คือรับผิดร่วมกันอย่างลูกหนี้ร่วม หรือมีเจื่อนไขความรับผิดที่แตกต่างจากผู้ประกอบการ

ผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดให้ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ทั้งหลายมีรับผิดอย่างผู้ประกอบการอาจเป็นการไม่ยุติธรรมกับผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์รายเล็กซึ่งมีลักษณะการประกอบธุรกิจหลักเช่นเดียวกับแพลตฟอร์มขนาดใหญ่ ยกตัวอย่างเช่นเจ้าของหรือผู้บริหารกลุ่มในโซเชียลมีเดียต่าง ๆ ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อรวบรวมผู้ซื้อและผู้ขายจำนวนมากไว้ด้วยกัน ซึ่งกรมธุรกิจพาณิชย์ซึ่งดูแลเกี่ยวกับการจดทะเบียนธุรกิจก็เห็นว่าลักษณะการกระทำเช่นนี้ถือเป็นลักษณะเดียวกับตลาดกลางในการซื้อขายสินค้าหรือบริการโดยวิธีการใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์⁶⁷ เนื่องจากบุคคลเหล่านั้นมีความเกี่ยวข้องกับธุรกรรมซื้อขายหรือความควบคุมเหนือธุรกรรมซื้อขายในระดับต่ำซึ่งส่งผลต่อความสามารถในการทำให้สินค้าปลอดภัย

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยควรมีการกำหนดความรับผิดอย่างเช่นแนวทางการแก้ไขกฎหมายของสหภาพยุโรปที่มุ่งหมายที่จะให้ผู้ผลิตเป็นบุคคลหลักที่ต้องรับผิด ส่วนผู้ประกอบการอื่น จะต้องรับผิดต่อเมื่อบุคคลหลักที่ต้องรับผิดไม่อยู่ในฐานะที่จะรับผิดได้เท่านั้น ผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดเจื่อนไขความรับผิดเช่นนี้เป็นแนวทางที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย เพราะทำให้ผู้ผลิตซึ่งเป็นบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับสินค้าที่สุด เป็นผู้ที่มีข้อมูลรายละเอียดมากที่สุดว่าสินค้าที่ตนผลิตและออกขายมีคุณสมบัติอย่างไรบ้าง ทำประโยชน์อย่างไรบ้างและก่อให้เกิดอันตรายอย่าง

⁶⁶ มาตรา 5 พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 “ผู้ประกอบการทุกคนต้องร่วมกันรับผิดต่อผู้เสียหายในความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย และสินค้านั้นได้มีการขายให้แก่ผู้บริโภคแล้ว ไม่ว่าความเสียหายนั้นจะเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบการหรือไม่ก็ตาม”

⁶⁷ กรมธุรกิจพาณิชย์, “จดทะเบียนพาณิชย์สำหรับธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ เพื่ออะไร” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.trustmarkthai.com/th/news/detail/649c28f0-f41f-11ea-ad5d-9dbe9f1abc35> [12 พฤษภาคม 2566]

ใดบ้าง อีกทั้งยังเป็นผู้ที่ได้รับประโยชน์จากสินค้ามากที่สุด⁶⁸ เป็นบุคคลที่ต้องรับผิดชอบเป็นอันดับแรก และยังคงมีแรงจูงใจที่จะทำให้สินค้ามีความปลอดภัย ส่วนผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ควรต้องรับผิดชอบในอันดับถัดมาเมื่อเป็นบุคคลเดียวที่เหลื่ออยู่หรือไม่มีบุคคลอื่นรับผิดชอบผู้เสียหาย

4.2.3 ข้อยกเว้นความรับผิด

ในปัจจุบัน พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 มีการกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ประกอบการในมาตรา 7⁶⁹ ผู้เขียนเห็นว่า ข้อยกเว้นเหล่านี้ควรนำมาบังคับเป็นข้อยกเว้นความรับผิดสำหรับผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ด้วย ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่าไม่จำเป็นต้องมีการกำหนดข้อยกเว้นเป็นการเฉพาะสำหรับผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์อย่างร่างกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย

5. บทสรุป

การประกอบธุรกิจตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์โดยผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เป็นการประกอบธุรกิจรูปแบบใหม่โดยเป็นการนำพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์มาใช้ในการซื้อขายสินค้าซึ่งได้รับความนิยมอย่างมากในประเทศไทยโดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงหลายปีที่ผ่านมา ทั้งในหมู่ผู้บริโภคที่ต้องการความสะดวกสบายและผู้ขายที่ต้องการขยายธุรกิจของตน⁷⁰ โดยบทบาทของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ไม่เพียงแต่เป็นตัวกลางที่ทำให้ผู้ซื้อและผู้ขายมาพบกันเท่านั้น แต่ยังมีบทบาทเกี่ยวข้องกับธุรกรรมซื้อขายสินค้าในระดับสูงและมีอำนาจควบคุมเหนือธุรกรรมซื้อขายที่เกิดขึ้นบนตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เป็นอย่างมาก ดังนั้นในการซื้อ

⁶⁸ สรวิต ลิ้มปริงซี่, สิทธิผู้บริโภค, (กรุงเทพมหานคร: สำนักกระจัดซื้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม, 2552), หน้า 28.

⁶⁹ มาตรา 7 พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 “ผู้ประกอบการไม่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยหากพิสูจน์ได้ว่า

(1) สินค้าไม่ได้เป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย
(2) ผู้เสียหายได้รู้อยู่แล้วว่าสินค้านั้นเป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย หรือ
(3) ความเสียหายเกิดจากการใช้หรือการเก็บรักษาสินค้าไม่ถูกต้องตามวิธีใช้ วิธีเก็บรักษา คำเตือน หรือข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าที่ผู้ประกอบการได้กำหนดไว้อย่างถูกต้องและชัดเจนตามสมควรแล้ว”

⁷⁰ ศูนย์วิเคราะห์ข้อมูล สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (องค์การมหาชน) กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม, “รายงานผลการสำรวจมูลค่าพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทย ปี 2564 Value of e-Commerce Survey in Thailand 2021” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.etda.or.th/th/Useful-Resource/publications/Value-Thailand2021.aspx> [1 เมษายน 2566]

ขายสินค้าในปัจจุบัน ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์กลายเป็นบุคคลที่มีบทบาทเกี่ยวข้องในการซื้อขายเป็นอย่างยิ่ง

จากการศึกษาพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ซึ่งเป็นกฎหมายความรับผิดต่อสินค้าที่ไม่ปลอดภัยของประเทศไทย พบว่านิยามของ “ผู้ประกอบการ” ซึ่งเป็นบุคคลที่ต้องรับผิดตามพระราชบัญญัตินี้ตามมาตรา 4 ไม่แน่ชัดว่าครอบคลุมถึงผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์หรือไม่ ประกอบกับยังไม่เคยมีคดีความหรือตัวอย่างการตีความในประเทศไทย ดังนั้นในปัจจุบันผู้เขียนเห็นว่าความรับผิดของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ภายใต้กฎหมายดังกล่าวยังเป็นที่ไม่แน่ชัด ซึ่งอาจเป็นอุปสรรคในการฟ้องร้องของผู้บริโภคและทำให้ผู้บริโภคมีความเสี่ยงที่จะไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยซึ่งถูกซื้อผ่านตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าประเทศไทยควรมีมาตรการรับมือกับการประกอบธุรกิจตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในเรื่องเกี่ยวกับความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย โดยการกำหนดความรับผิดให้ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ภายใต้พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 เพื่อเป็นการให้ความคุ้มครองผู้บริโภคในประเทศไทย โดยผู้เขียนเห็นว่าสามารถทำได้ 2 แนวทางคือ การตีความให้ผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เป็นผู้นำเข้าตามพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 และการพิจารณาแก้ไขพระราชบัญญัติดังกล่าวเพื่อกำหนดความรับผิดของผู้ประกอบการตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์

ข้อจำกัดการใช้งานลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม (Fair use) กรณีผู้ใช้งานในโลกอินเทอร์เน็ต
สร้างสรรค์ผลงาน โดยการทำซ้ำ ดัดแปลง หรือรวบรวมผลงานของผู้อื่น
และข้อเสนอแนะการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์*

Limitations on Using Fair Use Defenses in User-Derived Content and
Proposals for Copyright Law Amendment

พรภรณ์ย์ เลิศธนพานิชย์
Ponkarun Lertthanapanit

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: Ponkarun.l@gmail.com
(Received: May 14, 2023; Revised: July 6, 2023; Accepted: July 18, 2023)

บทคัดย่อ

จากสภาพสังคมปัจจุบันที่มีการใช้อินเทอร์เน็ตอย่างแพร่หลาย และเทคโนโลยีต่าง ๆ ที่พัฒนาอย่างรวดเร็ว ทำให้ผู้ใช้งานหรือบุคคลทั่วไปมีส่วนร่วมในการสร้างสรรค์ผลงานและเผยแพร่ลงบนโลกอินเทอร์เน็ต โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลงานที่ผู้ใช้งานดัดแปลงจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์อื่น (User-Derived Content) (“UDC”) ที่มักนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต อันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ และผู้ทำผลงาน UDC ส่วนมากไม่อาจอ้างข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 (“พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์”) เพื่อให้ได้รับความคุ้มครองได้ จึงเป็นประเด็นที่ควรศึกษาหาแนวทางการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้ทำผลงาน UDC อย่างเหมาะสม

* บทความวิจัยนี้เป็นส่วนหนึ่งและเรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์เรื่อง “ปัญหากฎหมายลิขสิทธิ์กรณีผู้ใช้งานในโลกอินเทอร์เน็ตสร้างสรรค์ผลงานโดยการทำซ้ำ ดัดแปลง หรือรวบรวมผลงานของผู้อื่น

เมื่อศึกษาถึงข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา แคนาดา และสาธารณรัฐเกาหลี พบว่า สหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลีกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีลักษณะเป็นการทั่วไป ซึ่งสามารถปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองกับ UDC เป็นรายกรณีได้ หากพิจารณาแล้วว่าเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม ในขณะที่แคนาดากำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นกรณีเฉพาะสำหรับการทำผลงานสร้างสรรค์ของผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ต (User-Generated Content) (“UGC”) ซึ่งหากผลงาน UDC ได้ปฏิบัติตามเกณฑ์ที่กำหนดไว้แล้วย่อมได้รับความคุ้มครอง

บทความนี้จึงเสนอให้ประเทศไทยแก้ไขเพิ่มเติมข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้ทำผลงาน UDC โดยนำแนวทางการกำหนดข้อยกเว้นของประเทศแคนาดามาปรับใช้ ประกอบกับการแก้ไขมาตรา 32 ให้เป็นบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นการทั่วไป โดยนำแนวทางของสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลีมาปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองการสร้างสรรค์ของผู้ทำ UDC อันสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ และเพื่อรองรับความก้าวหน้าของเทคโนโลยีต่อไป

คำสำคัญ : ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์, หลักการใช้งานอย่างเป็นธรรม, ผลงานดัดแปลงของผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ต, กฎหมายลิขสิทธิ์

Abstract

Due to the internet and rapid technological development, internet users and individuals create their own contents, especially contents which derive from other's copyrighted materials called user-derived content (“UDC”), and upload them on internet. In creating UDC, the creators usually use copyright materials without copyright owner's authorization which can be considered as copyright infringement. Despite the large number of UDC, the exceptions of copyright infringement, which are stipulated in Copyright Act B.E. 2537 (1994) (Copyright Act), cannot be used to protect most of UDC creators from copyright infringement. Thus, the research for law amendment should be conducted to find appropriate measures to protect UDC creators.

The exceptions of copyright infringement in Copyright law of the United States, Canada, and South Korea are selected to be studied. It is found that the United States and South Korea have general exceptions of copyright infringement, which can be claimed to protect each UDC creators in the case of which the usage of copyrighted materials is fair use. On the other hand, it is found that Canada has a specific exception of copyright infringement for user-generated content (“UGC”), which can protect UDC creators from copyright infringement if they comply with the conditions set in law.

Therefore, this article proposes that Thailand should amend provisions relating to the exception of copyright infringement in Copyright Act for protecting UDC creators by using Canada’s exception of copyright infringement as a model. Furthermore, Thailand should amend Article 32 of Copyright Act to be the general exception of copyright infringement by using the United States and South Korea exception of copyright infringement as a model. These proposed amendments would promote creator’s creative ideas to achieve the objectives of copyright law and support rapid technological advancement.

Keywords : Exception of Copyright Infringement, Fair Use and Fair Dealing, User-Derived Content, Copyright Law

1. บทนำ

เนื่องจากในปัจจุบันแพลตฟอร์มที่เป็นพื้นที่สำหรับการทำ User-Generated Content (“UGC”) เช่น YouTube Facebook Instagram หรือ TikTok เป็นที่สนใจสำหรับผู้ใช้งานอย่างมาก ซึ่งแพลตฟอร์มเหล่านี้เป็นพื้นที่สำหรับการแสดงออกซึ่งผลงาน หรือ คอนเทนต์ ที่ผู้ใช้งานได้สร้างขึ้นมา เพื่อตอบสนองและกระตุ้นความต้องการที่จะสร้างสรรค์เนื้อหา หรือผลงานต่าง ๆ¹ ซึ่งผลงาน UGC ประเภทที่สำคัญและมีการทำอย่างแพร่หลายคือ UGC ประเภทผลงานสร้างสรรค์

¹ พุริตา แยมจินดา, “เมื่อผู้ใช้กลายเป็นผู้สร้าง โมเดล User-Generated Content” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.prachachat.net/columns/news-612000> [12 มีนาคม 2565]

ผลงานโดยการทำซ้ำ ดัดแปลง หรือรวบรวมผลงานของผู้อื่น (User-Derived Content) (“UDC”) อันเป็นกรณีที่ผู้ใช้งานได้นำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาดัดแปลงเพื่อสร้างผลงานใหม่ ซึ่งโดยส่วนมากเป็นการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาใช้โดยไม่ได้รับความยินยอมอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี ผลงาน UDC นั้นเป็นการแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ที่วัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์มุ่งให้ความคุ้มครองเช่นเดียวกัน และสภาพสังคมปัจจุบันก็ปรากฏว่าการทำ UDC ก่อให้เกิดประโยชน์กับหลายฝ่าย เช่น ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ถูกนำเอาผลงานไปทำ UDC อาจทำให้ผู้ชมผลงาน UDC สนใจผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกนำมาทำผลงาน UDC โดยจากข้อมูลการสำรวจในปี 2021 ปรากฏว่าผู้ชมมักจะค้นหาเพลงอันเป็นผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกนำไปทำ UDC และเผยแพร่ลงบนเว็บไซต์ TikTok ถึงร้อยละ 67² หรือได้รับส่วนแบ่งรายได้จากผลงาน UDC ที่ทำขึ้นจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน³ ในขณะที่ฝ่ายผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจัดพื้นที่ให้ผู้ทำ UDC ได้แสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์อย่างเต็มที่ เนื่องจากผู้ชมจะได้เข้าชมผ่านเว็บไซต์หรือแพลตฟอร์มของตนมากขึ้น ฝ่ายผู้ทำ UDC ได้แสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ และอาจได้รับชื่อเสียงอันสามารถต่อยอดเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจต่อไป และฝ่ายผู้ชมมีความชื่นชอบในการรับชมผลงาน UDC อย่างแพร่หลาย ซึ่ง UDC มีแนวโน้มที่เพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ ในปัจจุบันและในอนาคต

การทำ UDC นำมาสู่ปัญหาทางกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ของไทยเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ว่าผู้ทำ UDC อาจไม่สามารถอ้างข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ เนื่องจากบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มีลักษณะเป็นกรณีเฉพาะที่มักไม่สามารถนำมาใช้อ้างเพื่อเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์สำหรับการทำ UDC ได้ อีกทั้ง พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 เพื่อแก้ไข พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่ได้มีผลบังคับในปัจจุบัน ได้มีเนื้อหาสำคัญเป็นการกำหนดให้ผู้ให้บริการต้องมีมาตรการการยกเลิกการให้บริการแก่ผู้ใช้บริการที่ทำการละเมิดลิขสิทธิ์ และการจัดให้มีมาตรการให้เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถแจ้งไปยัง

² Murray Stassen, “75% of Tiktok’s Users Say They Discover New Artists on the Platform,” [online] Available from : <https://www.musicbusinessworldwide.com/tiktok-has-over-800m-active-users-worldwide-75-of-them-say-they-discover-new-artists-on-the-platform/> [26 June 2023]

³ Starfish Academy, “เรื่องต้องรู้ ก่อน Cover เพลงลงยูทูป” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.starfish-labz.com/blog/542-%E0%B9%80%E0%B8%A3%E0%B8%B7%E0%B9%88%E0%B8%AD%E0%B8%87%E0%B8%95%E0%B9%89%E0%B8%AD%E0%B8%87%E0%B8%A3%E0%B8%B9%E0%B9%89-%E0%B8%81%E0%B9%88%E0%B8%AD%E0%B8%99-cover-%E0%B9%80%E0%B8%9E%E0%B8%A5%E0%B8%87%E0%B8%A5%E0%B8%87%E0%B8%A2%E0%B8%B9%E0%B8%97%E0%B8%B9%E0%B8%9B> [12 มีนาคม 2565]

ผู้ให้บริการเพื่อให้คำแนะนำที่มีลักษณะเข้าข่ายเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบ หรือ Notice and Take Down เป็นการให้ความคุ้มครองกับผู้ให้บริการและคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์ในการป้องกันหรือดำเนินการกับผลงานละเมิดลิขสิทธิ์ของตนมากยิ่งขึ้น แต่ในขณะที่กฎหมายลิขสิทธิ์ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อให้ความคุ้มครองแก่การทำ UDC แต่อย่างใด

โดยบทความนี้เริ่มจากการนำเสนอระเบียบวิธีวิจัย (2) เพื่อให้ทราบถึงกระบวนการวิจัยของบทความนี้ แล้วจึงอธิบายถึงความหมายและประเภทของ UGC (3) ประชญาและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์และการทำ UDC (4) ต่อมาจึงกล่าวถึงการกำหนดข้อยกเว้นของไทยและต่างประเทศที่อาจนำมาปรับใช้เพื่อคุ้มครองการทำ UDC (5) แล้วจึงวิเคราะห์ถึงปัญหาการปรับใช้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ไทย และแนวทางการปรับใช้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของต่างประเทศเพื่อให้ความคุ้มครอง UDC (6) และส่วนสุดท้ายจะเป็นการสรุปผลและเสนอแนะแนวทางการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้ทำ UDC มากยิ่งขึ้น

2. ระเบียบวิธีวิจัย

วัตถุประสงค์การวิจัย (2.1) วิธีการศึกษาวิจัย (2.2) สมมติฐานการวิจัย (2.3) ขอบเขตของการศึกษา (2.4) มีดังต่อไปนี้

2.1 วัตถุประสงค์การวิจัย การวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์หลัก 3 ประการ ดังต่อไปนี้

- (1) เพื่อศึกษาถึงปัญหาและข้อจำกัดการปรับใช้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อให้ความคุ้มครองผู้ทำ UDC
- (2) เพื่อศึกษาการปรับใช้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของกฎหมายต่างประเทศในการให้ความคุ้มครองผู้ทำ UDC
- (3) เพื่อวิเคราะห์และเสนอแนวทางการแก้ไขพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เพื่อให้ความคุ้มครองผู้ทำ UDC อย่างเหมาะสม

2.2 วิธีการศึกษาวิจัย

วิธีวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยการศึกษาค้นคว้าจากเอกสารทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ ในรูปแบบของตำรากฎหมายและบทความทางกฎหมาย ตัวบทกฎหมายของไทย และตัวบทกฎหมายของต่างประเทศ วิทยานิพนธ์ที่เกี่ยวข้อง คำพิพากษาของศาลไทยและ

ศาลต่างประเทศ รวมทั้งข้อมูลเอกสารทางกฎหมายต่าง ๆ ที่ปรากฏอยู่ในรูปของสื่ออิเล็กทรอนิกส์ เพื่อนำมาเป็นข้อมูลวิเคราะห์หาข้อสรุปและเสนอแนะแนวทางที่เหมาะสมต่อไป

2.3 สมมติฐานการวิจัย

ผู้ทำ UGC ในกรณีการทำ UDC จากผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยส่วนมากไม่สามารถอ้างข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ ดังนั้น การแก้ไขพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จะทำให้เหมาะสมกับการทำผลงาน UGC โดยเฉพาะประเภท UDC เพื่อส่งเสริมการแสดงออกของผู้ทำ UDC อันส่งผลดีต่อการส่งเสริมผลงานสร้างสรรค์ของผู้ทำ UDC และเหมาะสมกับสภาพการณ์การใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์และการสร้างสรรค์ผลงานในปัจจุบัน

2.4 ขอบเขตของการวิจัย

การวิจัยนี้ศึกษาถึงแนวคิดพื้นฐานของลิขสิทธิ์และวัตถุประสงค์ของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในรูปแบบของลิขสิทธิ์ในข้อกำหนดลิขสิทธิ์ของไทยในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับ UGC ในกรณีที่มีการนำเอาผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาดัดแปลง หรือทำ UDC โดยไม่ได้รับอนุญาต โดยศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา และประเทศสาธารณรัฐเกาหลี ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดลิขสิทธิ์และข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อประกอบการวิเคราะห์ปัญหาข้อกำหนดและหาแนวทางในการให้ความคุ้มครองผู้ทำผลงาน UDC ที่เหมาะสม

3. ลักษณะและประเภทของ UGC

บทความฉบับนี้ เป็นการศึกษาถึงปัญหาการปรับใช้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้ทำผลงาน UDC ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ดังนั้น เพื่อนำไปสู่การวิเคราะห์ถึงปัญหาการปรับใช้ข้อกำหนด และเสนอแนะแนวทางการแก้ไขกฎหมาย หัวข้อนี้จึงนำเสนอเกี่ยวกับลักษณะของผลงาน UGC และประเภทของ UGC เพื่อให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับผลงาน UDC มากยิ่งขึ้น

UGC หมายถึงเนื้อหาที่ถูกสร้างขึ้นและเผยแพร่ผ่านเว็บไซต์ต่าง ๆ โดยอาจจะอยู่ในรูปแบบใดก็ได้ เช่น รูปภาพ วิดีโอ หรือข้อความ เป็นต้น โดยที่ไม่ได้ถูกสร้างขึ้นโดยเจ้าของแบรนด์นั้น ๆ⁴

⁴ Megan Marrs, "Ugc 101: A Guide to User-Generated Content Marketing," [online] Available from : <https://www.wordstream.com/blog/ws/2014/04/28/user-generated-content> [10 October 2021]

คือเป็นผลงานที่ไม่ใช่การทำตามหน้าที่การงานปกติของผู้มีอาชีพ⁵ โดยสามารถแบ่งเป็นประเภทตามระดับความสร้างสรรค์ได้ ดังนี้

(1) ผลงานสร้างสรรค์ที่ผู้ใช้งานสร้างสรรค์ขึ้นเอง (User-Authored Content) เป็นผลงานประเภทที่ผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ต มิได้ทำซ้ำหรือดัดแปลงขึ้นจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์อื่น และเผยแพร่ผลงานนั้นไม่ว่าจะเป็นการอนุญาตให้มีการทำซ้ำดัดแปลงต่อหรือไม่⁶ ซึ่งเนื้อหาประเภทนี้ไม่อยู่ในขอบเขตการศึกษา เนื่องจากการสร้างสรรค์ผลงานขึ้นมาเองโดยผู้ใช้งาน มิได้มีการนำผลงานของผู้อื่นมาใช้แต่อย่างใด

(2) ผลงานสร้างสรรค์ที่ผู้ใช้งานดัดแปลงจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์อื่น (User-Derived Content) เป็นกรณีที่ ผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ตได้นำเอาผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาดัดแปลงขึ้นเพื่อสร้างผลงานใหม่⁷ เช่นการนำเพลงอันมีลิขสิทธิ์มาทำเป็นผลงานเพลงล้อเลียน ซึ่งหากทำโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ อันเป็นประเภทของผลงานที่อยู่ในขอบเขตการศึกษาและจะวิเคราะห์ในบทความนี้

(3) ผลงานที่ผู้ใช้งานทำซ้ำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ (User-Copied Content) เป็นกรณีที่ผู้ใช้งานได้ทำซ้ำซึ่งผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่น⁸ ซึ่งเป็นการกระทำที่หากไม่ได้รับความยินยอมจากผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์แล้ว ย่อมเป็นการกระทำที่ละเมิดลิขสิทธิ์เช่นเดียวกัน แต่ผลงานประเภทนี้ไม่อยู่ในขอบเขตการศึกษาของบทความนี้

4. ปรัชญาและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์และผลงาน UDC

ทฤษฎีแรงงานเกี่ยวกับทรัพย์สิน (Private Property) ทฤษฎีแลกเปลี่ยน หลักแห่งประโยชน์ (Utilitarian) เป็นปรัชญาหรือทฤษฎีหลักในการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่ผู้สร้างสรรค์ผลงาน นอกจากนี้ยังมีทฤษฎีหรือปรัชญาเกี่ยวกับการทำ UDC และการให้ความคุ้มครอง UDC อันได้แก่ เสรีภาพในการแสดงออก (Freedom of Expression) การรับรู้ความยุติธรรมด้านผลตอบแทน (Distributive Justice)

⁵ OECD, *Participative Web and User-Created Content Web 2.0, Wikis and Social Networking*, (Paris OECD Publications, 2007), p.18.

⁶ Daniel J. Gervais, “The Tangled Web of Ugc: Making Copyright Sense of User-Generated Content”, in *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, 11 (2009), p.858-860.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.

(1) **ทฤษฎีแรงงานเกี่ยวกับทรัพย์สิน (Private Property)** เป็นแนวคิดว่าผลงานทรัพย์สินและรวมถึงผลงานสร้างสรรค์เป็นผลจากแรงงานของมนุษย์⁹ ดังนั้น ผลงานสร้างสรรค์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากการใช้แรงงานของมนุษย์คนนั้น ๆ ย่อมมีสิทธิเหนือสิ่งสร้างสรรค์นั้น โดยสามารถกันไม่ให้ผู้อื่นมาใช้ผลงานสร้างสรรค์ของตนได้ ทฤษฎีนี้ จึงเป็นรากฐานของการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์อันเป็นสิทธิเด็ดขาดแก่ผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งการให้ความคุ้มครองนี้สามารถมีข้อจำกัดภายใต้เงื่อนไขประโยชน์ส่วนรวมได้¹⁰

(2) **ทฤษฎีแลกเปลี่ยน** อันเป็นแนวคิดที่มีมุมมองว่า มนุษย์แต่ละบุคคลนั้นมีเสรีภาพในการประกอบธุรกิจตามที่เขาปรารถนา โดยแต่ละคนจะมุ่งสนใจในการทำสิ่งต่าง ๆ เพื่อประโยชน์ของตนเอง ซึ่งสิ่งนี้เป็นแรงกระตุ้นสำคัญในระบบเศรษฐกิจ¹¹ การคุ้มครองลิขสิทธิ์เป็นการให้สิทธิเด็ดขาดแก่บุคคลที่สร้างสรรค์ผลงาน ซึ่งอาจทำให้มีการผูกขาดทางการค้าเกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม การรับรองลิขสิทธิ์นั้นยังมีความจำเป็น เนื่องจากการให้รางวัลหรือแรงจูงใจแก่ผู้สร้างสรรค์ผลงาน¹² อีกทั้งยังต้องกำหนดสิทธิของผู้สร้างสรรค์ผลงานที่แท้จริงสามารถเปลี่ยนมือในทางเศรษฐกิจได้ เนื่องจากผลงานนั้นนอกจากจะมีคุณค่าที่เกิดจากการใช้ประโยชน์แล้ว ยังมีคุณค่าที่เกิดจากการแลกเปลี่ยนอีกด้วย¹³

(3) **หลักแห่งประโยชน์ (Utilitarian)** เป็นแนวคิดที่กล่าวว่า กฎหมายควรส่งเสริมให้เกิดประโยชน์ต่อส่วนรวมมากที่สุด และต้องไม่ขัดแย้งกับประโยชน์ของสังคม¹⁴ ซึ่งกฎหมายลิขสิทธิ์ได้มีการคุ้มครองถึงผลงานสร้างสรรค์เพื่อส่งเสริมความเจริญก้าวหน้าของวิทยาศาสตร์และศิลปะ โดยการให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวแก่ผู้สร้างสรรค์ผลงานภายในระยะเวลาคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่จำกัด เป็นการจูงใจให้ผู้สร้างสรรค์ผลงานมีแรงจูงใจในการสร้างสรรค์ผลงานมากยิ่งขึ้น¹⁵ และกฎหมายลิขสิทธิ์ต้อง

⁹ จุลพล ภิญโญสินวัฒน์ และ ภูมินทร์ บุตรอินทร์, *ประวัติศาสตร์และแนวคิดเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา*, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), หน้า 80.

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 81.

¹¹ P. Rinchakorn, “แนวความคิดทางเศรษฐศาสตร์ของสำนักคลาสสิก : อדם สมิท (Adam Smith)” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.gotoknow.org/posts/468355> [10 พฤษภาคม 2566]

¹² Christian Handke and Paul Stepan Ruth towse, “The Economics of Copyright Law: A Stocktake of the Literature”, in *Review of Economic Research on Copyright Issues*, 5 (2008), p.2.

¹³ จุลพล ภิญโญสินวัฒน์ และ ภูมินทร์ บุตรอินทร์, *ประวัติศาสตร์และแนวคิดเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา*, หน้า 89.

¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 90-91.

¹⁵ Lee W. Lockridge, “The Myth of Copyright’s Fair Use Doctrine as a Protector of Free Speech”, in *Santa Clara High Technology Law Journal*, 24, 1 (2007), p.35-36.

กำหนดให้มีหลักการยกเว้นความรับผิดชอบการใช้งานผลงานอันมีลิขสิทธิ์ เนื่องจากการยินยอมให้บุคคลอื่นที่ไม่ใช่ผู้สร้างสรรค์ผลงานสามารถใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นได้ แม้ไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นการส่งเสริมให้เกิดความเป็นไปได้ในการสร้างสรรค์ผลงานสร้างสรรค์ใหม่ ๆ จากผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีอยู่ก่อน อันก่อให้เกิดโอกาสในการสร้างสรรค์ผลงานวิทยาศาสตร์และศิลปะแก่คนในสังคมมากยิ่งขึ้น อันเป็นการสอดคล้องกับประโยชน์ของส่วนรวม¹⁶

(4) เสรีภาพในการแสดงออก (Freedom of Expression) การทำ UDC เป็นการให้เสรีภาพในการแสดงออกรูปแบบหนึ่ง ซึ่งบุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็น ความคิด ความเป็นตัวเองอย่างเสรี โดยปราศจากการแทรกแซง¹⁷ แม้กฎหมายลิขสิทธิ์จะไม่มีกำหนดไว้โดยตรงถึงเสรีภาพในการแสดงออก แต่การคุ้มครองลิขสิทธิ์ส่งเสริมให้มีแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ เป็นการส่งเสริมให้เกิดเสรีภาพในการแสดงออก เนื่องจากการคุ้มครองให้การแสดงออกอยู่ในอำนาจผู้แสดงออก หรือผู้สร้างสรรค์¹⁸ อย่างไรก็ตาม การคุ้มครองลิขสิทธิ์นั้นเป็นการจำกัดการใช้เสรีภาพในการแสดงออกเช่นเดียวกัน เนื่องจากเจ้าของลิขสิทธิ์สามารถห้ามมิให้ผู้อื่นกระทำบางอย่างกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนได้ จึงเป็นการจำกัดความสามารถของบุคคลในการแสดงออกซึ่งผลงานอันมีลิขสิทธิ์อันเป็นสิ่งที่เคยถูกแสดงออกไว้แล้ว¹⁹ ดังนั้น ในการปรับใช้หรือในการมีบทบัญญัติลิขสิทธิ์ จึงต้องพิจารณาถึงการทำให้เกิดความสมดุลระหว่างการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออก และการรับรองคุ้มครองผลงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์ขึ้น

(5) การรับรู้ความยุติธรรมด้านผลตอบแทน (Distributive Justice) เป็นแนวคิดที่ว่ากฎหมายหรือการตัดสินใจของรัฐในการออกนโยบายหรือแก้ไขกฎหมายต่าง ๆ นั้น ควรเป็นไปเพื่อแบ่งสรรผลประโยชน์ในด้านต่าง ๆ แก่กลุ่มคนในสังคม²⁰ ให้เกิดความยุติธรรม กฎหมายจึงต้องเข้ามามีบทบาท ซึ่งกฎหมายลิขสิทธิ์ต้องมีการดำเนินการจัดการเพื่อแบ่งสรรผลประโยชน์โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสิทธิด้านการให้ความหมายต่อสิ่งต่าง ๆ (Semiotic Power)²¹ ที่ไม่ใช่เจ้าของลิขสิทธิ์ ผ่านข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อเพิ่มความสามารถและลดต้นทุนสำหรับผู้ต้องการสร้างสรรค์ที่มี

¹⁶ Ibid., p. 38-39.

¹⁷ Ibid., p. 41.

¹⁸ Ibid., p. 25.

¹⁹ Ibid., p. 48.

²⁰ Julian and Christi Favor Lamont, "Distributive Justice," [online] Available from : <https://plato.stanford.edu/entries/justice-distributive/#Scope> [10 May 2023]

²¹ เป็นการอธิบายถึงการสื่อสารของมนุษย์ว่าการสื่อสารเป็นต้นกำเนิดของการให้ความหมายที่สำคัญในการสร้างความหมายของภาษา วัฒนธรรม ที่หลากหลาย

ต้นทุนการเงินอย่างจำกัด เพื่อส่งเสริมการกระจายอำนาจในการสร้างสรรค์วัฒนธรรม เพื่อเพิ่มโอกาสในการที่บุคคลทั่วไปจะได้มีโอกาสในการสร้างสิ่งแวดล้อมทางสังคมวัฒนธรรม (Socio-Cultural Environment)²²

5. UDC กับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ไทยและต่างประเทศ

การทำ UDC นั้น เป็นการนำเอาผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาใช้เพื่อเป็นส่วนหนึ่งในการทำผลงาน UDC ซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นได้รับความคุ้มครองให้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการทำซ้ำหรือดัดแปลงผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน ซึ่งหากทำโดยไม่ได้รับอนุญาตแล้วย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์²³ อย่างไรก็ดี กฎหมายลิขสิทธิ์ ได้มีการกำหนดข้อยกเว้นการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ไว้ ซึ่งแนวทางข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในประเด็นที่มีความเกี่ยวข้องกับ UDC ของไทย สหรัฐอเมริกา แคนาดา และสาธารณรัฐเกาหลี ปรากฏดังตารางต่อไปนี้

²² Michael McGregor, “Sports, Gifts and Copyright: Is It a Draw between Content Owners and Consumers in the Web 2.0 Era?”, in **UCLA Entertainment Law Review**, 23 (2016), p.17.

²³ มาตรา 15 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 “ภายใต้บังคับมาตรา 9 มาตรา 10 และมาตรา 14 เจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมมีสิทธิแต่ผู้เดียวดังต่อไปนี้ (1) ทำซ้ำหรือดัดแปลง ...”

มาตรา 27 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 “มาตรา 27 การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 15 (5) ให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำได้ดังต่อไปนี้ (1) ทำซ้ำหรือดัดแปลง ...”

ตารางเปรียบเทียบข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับ UDC

หัวข้อ/ประเทศ	ไทย	สหรัฐอเมริกา	แคนาดา	สาธารณรัฐเกาหลี
ข้อยกเว้นทั่วไป ปรับใช้ได้กับทุกกรณี	ไม่แน่ชัด แต่มีแนวโน้มว่าจะไม่อาจใช้ได้ (มาตรา 32) ²⁴	✓ (17 U.S. Code §107) ²⁵	-	✓ (Copyright Act Article 35-5) ²⁶

²⁴ มาตรา 32 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 “การกระทำความงานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นตามพระราชบัญญัตินี้ หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

ภายใต้บังคับบทบัญญัติในวรรคหนึ่ง การกระทำความอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ตามวรรคหนึ่ง มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำดังต่อไปนี้

- (1) วิจัยหรือศึกษางานนั้น อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร
- (2) ใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิท
- (3) ดิชม วิจารณ์ หรือแนะนำผลงานโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น
- (4) เสนอรายงานข่าวทางสื่อสารมวลชนโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น
- (5) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏ เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาของศาลหรือเจ้าพนักงานซึ่งมี

อำนาจตามกฎหมาย หรือในการรายงานผลการพิจารณาดังกล่าว

(6) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏโดยผู้สอน เพื่อประโยชน์ในการสอนของตน อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร

(7) ทำซ้ำ ดัดแปลงบางส่วนของงาน หรือตัดทอนหรือทำทสรูปโดยผู้สอนหรือสถาบันศึกษา เพื่อแจกจ่ายหรือจำหน่ายแก่ผู้เรียนในชั้นเรียนหรือในสถาบันศึกษา ทั้งนี้ ต้องไม่เป็นการกระทำเพื่อหากำไร

- (8) นำงานนั้นมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการถามและตอบในการสอบ
- (9) (ยกเลิก)

²⁵ 17 U.S. Code § 107. “Limitations on exclusive rights: Fair use

Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include—

- (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
- (2) the nature of the copyrighted work;
- (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
- (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.”

²⁶ Article 35-5 of Copyright Act “(Fair Use of Works)

(1) Except as provided in Articles 23 through 35-4 and 101-3 through 101-5, where a person does not unreasonably undermine an author’s legitimate interest without conflicting with the normal exploitation of works, he or she is entitled to use such works

(2) In determining whether an act of using works falls under paragraph (1), the following matters shall be considered:

หัวข้อ/ประเทศ	ไทย	สหรัฐอเมริกา	แคนาดา	สาธารณรัฐเกาหลี
ปัจจัยที่นำมาพิจารณาว่าเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม	ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร	1. วัตถุประสงค์หรือลักษณะการใช้งาน รวมถึงการพิจารณาว่าการใช้งานนั้นเป็นการใช้งานเพื่อการค้า หรือเป็นการใช้อย่างไม่แสวงหากำไรเพื่อวัตถุประสงค์ทางการศึกษา 2. ลักษณะของผลงานที่มีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้ 3. จำนวนหรือความสำคัญของสัดส่วนที่นำงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้เมื่อเทียบกับงานอันมีลิขสิทธิ์ทั้งหมด 4. ผลกระทบต่องานอันมีลิขสิทธิ์ต่อการตลาดหรือมูลค่าของงานอันมีลิขสิทธิ์	ศาลสูงได้วางหลักไว้ในคำพิพากษาว่าต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ดังนี้ 1. วัตถุประสงค์การใช้งานเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ²⁷ 2. ลักษณะของการใช้งาน 3. ปริมาณการใช้งาน 4. ผลงานอื่นหรือตัวเลือกอื่นที่อาจทำได้แทนการใช้งาน 5. ธรรมชาติของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ 6. ผลกระทบของการใช้งานต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์	1. วัตถุประสงค์และลักษณะการใช้งาน 2. ชนิดและวัตถุประสงค์ของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ 3. จำนวนและความสำคัญของสัดส่วนที่ใช้เมื่อเทียบกับผลงานทั้งหมด 4. ผลที่เกิดจากการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ต่อความเป็นไปได้ทางการตลาดในปัจจุบันและที่อาจเป็นไปได้ หรือมูลค่าของผลงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น

1. Purposes and characteristics of use;

2. Types and purposes of works;

3. Amount and substantiality of portion used in relation to the whole works;

4. Effect of the use of works on the existing or potential market for the works or current or potential value thereof.”

²⁷ Article 29 of Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Fair dealing for the purpose of research, private study, education, parody or satire does not infringe copyright.

Article 29.1 of Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Fair dealing for the purpose of criticism or review does not infringe copyright if the following are mentioned:

(a) the source; and

(b) if given in the source, the name of the

(i) author, in the case of a work,

(ii) performer, in the case of a performer's performance,

(iii) maker, in the case of a sound recording, or

(iv) broadcaster, in the case of a communication signal

หัวข้อ/ประเทศ	ไทย	สหรัฐอเมริกา	แคนาดา	สาธารณรัฐเกาหลี
ข้อยกเว้นสำหรับ UDC โดยเฉพาะ	-	-	✓ (Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Article 29.21) ²⁸	-

²⁸ Article 29.21 of Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) “Non-commercial user-generated content

(1) It is not an infringement of copyright for an individual to use an existing work or other subject-matter or copy of one, which has been published or otherwise made available to the public, in the creation of a new work or other subject-matter in which copyright subsists and for the individual — or, with the individual’s authorization, a member of their household — to use the new work or other subject-matter or to authorize an intermediary to disseminate it, if

(a) the use of, or the authorization to disseminate, the new work or other subject-matter is done solely for non-commercial purposes;

(b) the source — and, if given in the source, the name of the author, performer, maker or broadcaster — of the existing work or other subject-matter or copy of it are mentioned, if it is reasonable in the circumstances to do so;

(c) the individual had reasonable grounds to believe that the existing work or other subject-matter or copy of it, as the case may be, was not infringing copyright; and

(d) the use of, or the authorization to disseminate, the new work or other subject-matter does not have a substantial adverse effect, financial or otherwise, on the exploitation or potential exploitation of the existing work or other subject-matter — or copy of it — or on an existing or potential market for it, including that the new work or other subject-matter is not a substitute for the existing one.

Definitions

(2) The following definitions apply in subsection (1).

intermediary means a person or entity who regularly provides space or means for works or other subject-matter to be enjoyed by the public. (intermédiaire)

use means to do anything that by this Act the owner of the copyright has the sole right to do, other than the right to authorize anything. (utiliser)”

6. ปัญหาการปรับใช้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ไทย และแนวทางการปรับใช้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของต่างประเทศเพื่อให้ความคุ้มครอง UDC

แม้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ได้กำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ แต่บทบัญญัติของกฎหมายไทยนั้น ไม่สามารถนำมาปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองกับการทำ UDC ส่วนมากได้ โดยสามารถแบ่งเป็นประเด็นปัญหาการขาดบทบัญญัติที่มีลักษณะทั่วไปในการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยเปรียบเทียบกับแนวทางการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีลักษณะทั่วไปของสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลี (6.1) และปัญหาการขาดบทบัญญัติที่มีลักษณะเฉพาะในการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์กรณี UDC โดยเปรียบเทียบกับแนวทางการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของแคนาดา (6.2)

6.1 ปัญหาการขาดบทบัญญัติที่มีลักษณะทั่วไปในการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์

แม้มาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ จะกำหนดให้การกระทำแก่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นหากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรแล้ว ไม่ให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว แต่การตีความมาตรา 32 วรรคแรกนั้นยังขาดความชัดเจนว่ามีสถานะเป็นบทบัญญัติ ที่สามารถปรับใช้ได้ทั่วไป หรือเป็นบทบัญญัติที่ต้องปรับใช้ควบคู่กับข้อยกเว้นที่เขียนไว้ในวรรคสองแห่งมาตรา 32 ซึ่งแนวทางและความเห็นของนักกฎหมายส่วนมาก รวมถึงศาลฎีกาของไทย ได้มีแนวทางการตีความในรูปแบบที่สอง²⁹ ทำให้การปรับใช้มาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ จำต้องปรับใช้ควบคู่กับชนิดของการกระทำที่มีให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ในวรรคสองด้วย ซึ่งสามารถแบ่งเป็นกลุ่มประเภทการใช้งานที่ถือว่ามิได้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นห้ากลุ่ม ซึ่งสามารถวิเคราะห์แนวทางการปรับใช้กับเนื้อหา UDC ได้ดังนี้

กลุ่มการใช้เพื่อการศึกษาหรือการสอบ อันปรากฏอยู่ในมาตรา 32 วรรค 2 (1)(6)(7) และ (8) ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงลักษณะของการทำ UDC แล้ว จะเห็นว่า ผู้ใช้งานที่ทำ UDC นั้นมิได้มีวัตถุประสงค์ในการใช้เพื่อการศึกษาหรือการสอบแต่อย่างใด แต่เป็นไปเพื่อการทำเพื่อความสนุกสนาน หรือเป็นการทำเพื่อตอบสนองความต้องการของผู้ทำ หรือการทำตามกระแสที่เป็นที่นิยม เพื่อให้ผู้ใช้งานคนนั้นเป็นที่นิยมมีผู้ชมเนื้อหาจำนวนมาก ดังนั้นจึงไม่อาจปรับใช้ข้อยกเว้นในกลุ่มนี้เพื่อยกเว้นความรับผิดได้

²⁹ เช่น อาจารย์จรัสประภา มากกลิ่น และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ตีความมาตรา 32 วรรคแรกควบคู่กับกรณีเฉพาะที่กำหนดไว้ในวรรคสอง เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5843/2543 เป็นต้น

กลุ่มการใช้เพื่อประโยชน์ส่วนตัว ดังปรากฏในมาตรา 32 วรรค 2 (2) ซึ่งลักษณะของ UDC เป็นการทำขึ้นและถูกเผยแพร่ลงในอินเทอร์เน็ตอย่างแพร่หลาย และมีวัตถุประสงค์ให้เนื้อหา UDC นั้นเข้าถึงผู้คนจำนวนมาก จึงไม่ใช่การนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้เพื่อประโยชน์ส่วนตัวหรือใช้ภายในกลุ่มครอบครัวหรือญาติสนิทแต่อย่างใด

กลุ่มการใช้เพื่อการให้ความเห็น ดังปรากฏในมาตรา 32 วรรค 2 (3) ซึ่งเป็นกรณีที่อาจปรับใช้กับ UDC บางประเภทที่เป็นการทำเพื่อการติชม หรือแสดงความคิดเห็นวิจารณ์ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ เช่น การเขียนคำวิจารณ์หนังสือ โดยหยิบยกเนื้อหาบางส่วนของหนังสือเล่มนั้นมาใช้ ซึ่งการทำเช่นนี้หากเป็นการเขียนที่ถูกเผยแพร่ลงในเว็บไซต์ เช่น Blog หรือ Facebook เป็นต้น ทั้งนี้หากจะเป็นกรณีที่อ้างเงื่อนไขในการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในลักษณะนี้ ต้องเป็นการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นด้วย อย่างไรก็ตาม UDC อีกหลายประเภทที่มีอยู่อย่างแพร่หลาย เช่น การทำเพลงล้อเลียน การถ่ายคลิปลง TikTok หรือการตัดต่อรูปภาพต่าง ๆ เพื่อวัตถุประสงค์อื่น ๆ ย่อมไม่อาจอ้างได้ว่าเป็นการทำเพื่อการแสดงความคิดเห็น หรือการติชมได้ ดังนั้น การทำ UDC ส่วนมากย่อมไม่อาจได้รับความคุ้มครองให้ตามกรณีนี้

กลุ่มการใช้เพื่อรายงานข่าวสาร ดังปรากฏในมาตรา 32 วรรค 2 (4) ซึ่งการทำ UDC นั้นมิใช่การทำเพื่อการเสนอรายงานข่าวทางสื่อสารมวลชน เพื่อการเสนอรายงานข่าวอันมีลักษณะของการเสนอความจริง เพื่อให้ประชาชนทั่วไปได้รับรู้แต่อย่างใด

กลุ่มการใช้เพื่อการดำเนินการทางกฎหมาย ดังปรากฏในมาตรา 32 วรรค 2 (5) ซึ่งการทำ UDC ย่อมมิใช่การทำเพื่อประโยชน์ในการพิจารณาของศาลหรือเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายแต่อย่างใด เนื่องจากผู้ที่ทำ UDC เป็นบุคคลธรรมดาที่ใช้งานอินเทอร์เน็ต โดยที่มิได้เกี่ยวข้องกับการดำเนินการทางศาลหรือเจ้าหน้าที่แต่อย่างใด

จากการวิเคราะห์ถึงกลุ่มข้อยกเว้นในมาตรา 32 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ปรากฏให้เห็นว่า ผลงาน UDC ที่อาจได้รับความคุ้มครองให้ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ไม่อาจให้ความคุ้มครองแก่ผลงาน UDC ส่วนมากได้ เช่น ผลงานเพลงล้อเลียน ผลงานแฟนอาร์ต เป็นต้น เนื่องจากไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์การใช้งานที่ได้กำหนดไว้ โดยจะมีเพียงผลงาน UDC ที่แสดงความคิดเห็นเท่านั้น ที่ได้รับความคุ้มครอง

ในขณะที่เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับประเทศสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลีที่ได้มีการกำหนดหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรม (Fair use) ไว้เป็นหลักทั่วไปที่สามารถปรับใช้หรือเป็นหลักในการพิจารณากับกรณีการใช้งานต่าง ๆ เป็นรายกรณี โดยไม่ต้องพิจารณาควบคู่กันกับมาตรา

อื่น ๆ แต่อย่างไรก็ตาม ทำให้ทั้งสองประเทศสามารถใช้ตีความหลักการใช้อย่างเป็นธรรมนี้เพื่อปรับใช้กับการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้เพื่อทำ UDC ในกรณีต่าง ๆ เป็นแต่ละกรณีได้ ซึ่งกฎหมายของทั้ง 2 ประเทศได้กำหนดปัจจัยที่ต้องคำนึงถึงเพื่อพิจารณาการใช้งานนั้นเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมหรือไม่ในลักษณะเดียวกัน แต่ก็มี ความต่างกัน ในรายละเอียดและการตีความ โดยสามารถพิจารณาถึงความแตกต่างและแนวโน้มในการพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ กับผลงาน UDC ดังนี้

ปัจจัยแรก วัตถุประสงค์หรือลักษณะการใช้งาน ทั้งสหรัฐอเมริกาและประเทศสาธารณรัฐเกาหลี ได้กำหนดให้ต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์การใช้งาน เช่น พิจารณาว่าการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นเป็นการใช้เพื่อการค้าหรือแสวงหากำไรหรือไม่ หากเป็นการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ไม่แสวงหากำไรแล้ว จะมีแนวโน้มว่าเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม³⁰ ในขณะที่หากเป็นการใช้เพื่อแสวงหากำไรย่อมมีแนวโน้มจะเป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์อย่างไม่เป็นธรรม³¹ การกำหนดเช่นนี้ทำให้นำมาใช้พิจารณากับ UDC แต่ละกรณีได้ว่า ผู้ทำ UDC มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรหรือไม่ โดยการนำผลงาน UDC อาจทำได้ทั้งกรณีที่แสวงหากำไร เช่น การวาดภาพแพนอาร์ตโดยเรียกเก็บเงินหรือค่าเข้าชม หรือไม่แสวงหากำไร เช่น การวาดภาพแพนอาร์ตและเผยแพร่เพื่อแสดงความชื่นชอบต่อผลงานต้นฉบับ จากกรณีนี้หากพิจารณาแล้วจะเห็นว่า การวาดภาพแพนอาร์ตเพื่อแสดงความชื่นชอบโดยไม่เรียกเก็บค่าเข้าชม มีแนวโน้มจะเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม การกำหนดปัจจัยในการพิจารณาเช่นนี้เป็นการให้ความคุ้มครองผู้ทำ UDC เพื่อวัตถุประสงค์ความสนุกสนานโดยไม่แสวงหากำไร หรือเพื่อทำ UDC ตามกระแสที่เป็นที่นิยมในสังคม ณ ขณะนั้น เพื่อให้บัญชีผู้ใช้ของผู้ทำ UDC นั้น ๆ เป็นที่รู้จักกันสามารถต่อยอดในการสร้างโอกาสในเชิงธุรกิจในอนาคตได้

ในส่วนของการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาทำเป็น UDC เพื่อแสวงหากำไร แม้ทั้งสองประเทศจะกำหนดให้มีการใช้งานว่าเป็นแสวงหากำไรหรือไม่แสวงหากำไรเหมือนกัน แต่นักกฎหมายสาธารณรัฐเกาหลีตั้งข้อสังเกตว่าศาลประเทศสาธารณรัฐเกาหลีในทางปฏิบัติอาจมีการนำปัจจัยนี้มาใช้เพื่อพิจารณาว่าการใช้งานใดเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม กล่าวคือ หากเป็นการใช้งานที่ไม่แสวงหากำไรแล้วศาลมักจะพิจารณาว่าเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม อันอาจส่งผลให้การตีความหลัก

³⁰ Jee Young Hahn and Byoung Kyu Lee, “Brave New World: Issues and Implications of the New Fair Use Clause in the Korean Copyright Act”, in *Journal of the Copyright Society of the USA*, 63 (2016), p.545.

³¹ U.S. Copyright Office, “U.S. Copyright Office Fair Use Index,” [online] Available from : <https://www.copyright.gov/fair-use/#::~:~:text=Section%20107%20of%20the%20Copyright,may%20qualify%20as%20fair%20use.> [19 January 2023]

การใช้งานอย่างเป็นธรรมแคบลงมาก³² ตามข้อสังเกตนี้ ทำให้ผลงาน UDC ที่แสวงหากำไร มีแนวโน้มจะไม่ได้รับความคุ้มครองในสาธารณรัฐเกาหลี ในขณะที่สหรัฐอเมริกา มีการตีความว่าการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อแสวงหากำไรไม่จำเป็นต้องเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรมเสมอไป³³ นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาถึงลักษณะของผลงาน UDC ที่สามารถเข้าถึงผู้ชมได้ทั่วโลกผ่านอินเทอร์เน็ต ทำให้ในบางกรณีผู้ใช้งานอาจได้รับคำตอบแทนบางอย่างจากการที่มีผู้เข้าชม เช่น ค่าโฆษณา อาจทำให้เกิดปัญหาว่ากรณีที่ผู้ทำ UDC มิได้ประสงค์จะให้ UDC ที่ตนทำเป็นที่นิยมและมีผู้คนสนใจเป็นอย่างมากจนก่อให้เกิดรายได้จากการเข้าชม อาจถูกพิจารณาได้ว่าเป็นการใช้ผลงานเพื่อวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรได้ ซึ่งหากเป็นเช่นนี้แล้ว ย่อมทำให้การให้ความคุ้มครองต่อ UDC นั้นแคบลงมากสำหรับการตีความตามแนวทางการตีความของสาธารณรัฐเกาหลี³⁴

นอกจากการพิจารณาวัตถุประสงค์การใช้ว่าแสวงหากำไรหรือไม่แล้ว ทั้งสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาฬียังคำนึงถึงปัจจัยความแปลงรูป (Transformative) ของผลงานที่ทำขึ้นในการพิจารณาวัตถุประสงค์หรือลักษณะการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ด้วย โดยหากผลงานที่เกิดจากการใช้งานผลงานอันมีลิขสิทธิ์เดิมมีลักษณะเป็นการเพิ่มสิ่งใหม่ หรือมีวัตถุประสงค์หรือลักษณะที่แตกต่างกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์ หรือมีการเปลี่ยนแปลงวิธีการนำเสนอที่ไม่แทนที่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เดิมแล้ว ย่อมเป็นผลงานแปลงรูปที่มีโอกาสเป็นการใช้งานอย่างเป็นธรรมมากขึ้น³⁵ การกำหนดเช่นนี้สามารถนำมาใช้พิจารณากับ UDC แต่ละกรณีได้³⁶ ว่าผลงาน UDC แต่ละชนิดมีลักษณะเป็นการแทนที่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เดิมหรือไม่ ซึ่งผลงาน UDC หลาย ๆ กรณีก็เป็นผลงานที่มีลักษณะเป็นผลงานแปลงรูป เช่น ผลงานเพลงล้อเลียน³⁷ หรือ การวาดรูปแฟนอาร์ตที่แสดงออกถึงลักษณะเฉพาะตัวลายเส้นของนักวาดคนนั้น ๆ ซึ่งผู้ชมสามารถทราบได้ถึงความแตกต่างกับผลงานต้นฉบับ³⁸ ผลงาน

³² Jee Young Hahn and Byoung Kyu Lee, “Brave New World: Issues and Implications of the New Fair Use Clause in the Korean Copyright Act”, in *Journal of the Copyright Society of the USA*, p.545.

³³ U.S. Copyright Office, “U.S. Copyright Office Fair Use Index,” [online] Available from : <https://www.copyright.gov/fair-use/#:~:text=Section%20107%20of%20the%20Copyright, may%20qualify%20as%20fair%20use.> [19 January 2023]

³⁴ Jee Young Hahn and Byoung Kyu Lee, “Brave New World: Issues and Implications of the New Fair Use Clause in the Korean Copyright Act”, in *Journal of the Copyright Society of the USA*, p.545.

³⁵ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994)

³⁶ Suh, Jinho, “Ucc (User-Created Contents) and Fair Use in Korea - in Light of “Son Dam-Bi” Decision”, in *Seoul Law Journal*, 53, 3 (2012), p.752.

³⁷ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994)

³⁸ Rachel Morgan, “Conventional Protections for Commercial Fan Art under the U.S. Copyright Act”, in *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law*, 31 (2021), p.570.

UDC เหล่านี้ไม่แทนที่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เดิม แต่เป็นการเสริมสิ่งใหม่ลงไปในการทำ UDC ทำให้ผลงานเหล่านี้มีแนวโน้มที่จะได้รับความคุ้มครองเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม ในขณะที่หากเป็นการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ทำ UDC ที่มีลักษณะหรือแนวโน้มที่จะแทนที่ผลงานเดิม โดยไม่ได้เพิ่มสิ่งใหม่ลงไป เช่น การทำคำบรรยายใต้ผลงานภาพยนตร์ของผู้อื่น³⁹ แล้วย่อมมีแนวโน้มที่จะไม่ได้รับความคุ้มครอง อันแสดงให้เห็นว่าการพิจารณาถึงปัจจัยนี้สามารถส่งเสริมการแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์เพื่อทำผลงานให้มีลักษณะเป็นผลงานแปลงรูป และเป็นปัจจัยสำหรับการพิจารณาเพื่อให้ความคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์ด้วย

ปัจจัยที่สอง ลักษณะของผลงานที่มีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้ ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศสาธารณรัฐเกาหลีได้กำหนดให้ต้องคำนึงถึงลักษณะของผลงานที่มีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้ คือ พิจารณาถึงระดับความคิดสร้างสรรค์ของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกนำมาใช้ หากเป็นผลงานที่มีระดับความคิดสร้างสรรค์ที่สูง ย่อมพิจารณาว่าเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมได้ยากกว่ากรณีผลงานที่มีระดับความคิดสร้างสรรค์ที่น้อยกว่า⁴⁰ ซึ่งการทำ UDC โดยมากมักเป็นการทำต่อผลงานที่มีระดับความคิดสร้างสรรค์ที่สูง เช่น ผลงานเพลง ผลงานนวนิยาย เป็นต้น อันอาจส่งผลให้การทำ UDC ถูกพิจารณาเพิ่มน้ำหนักกว่าเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรม แม้ผลงานที่นำมาใช้มักจะเป็นผลงานสร้างสรรค์ แต่นอกจากระดับความคิดสร้างสรรค์ของผลงานที่ถูกนำมาใช้แล้วยังต้องพิจารณาว่าผลงานดังกล่าวได้รับการเผยแพร่แล้วหรือไม่ หากเผยแพร่แล้วก็จะมีแนวโน้มที่จะเป็นการใช้งานอย่างเป็นธรรมได้มากกว่ากรณีที่ยังมิถูกเผยแพร่⁴¹ ซึ่งกรณีการทำ UDC โดยมากแล้ว ก็มักจะเป็นการทำต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้รับการเผยแพร่แล้ว เช่น การนำเพลงที่ได้เผยแพร่แล้วมาทำเพลงดัดแปลง ซึ่งทำให้การใช้งานนี้มีลักษณะเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม แต่หากเป็นการทำต่อผลงานที่ยังไม่ได้รับการเผยแพร่ ย่อมมีแนวโน้มที่จะไม่ได้รับความคุ้มครองให้เป็นการใช้งานที่เป็นธรรม เช่น แอปนำเอามิวสิควิดีโอที่ยังมิได้เผยแพร่มาใช้ประกอบการทำวิดีโอของตน เป็นต้น

ปัจจัยที่สาม จำนวนหรือความสำคัญของสัดส่วนที่นำมาใช้เทียบกับผลงานทั้งหมด ทั้งประเทศสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลี ได้กำหนดให้พิจารณาถึงจำนวนหรือความสำคัญของ

³⁹ Khaneungnit Khaosaeng. *Online Re-Creation Culture in the 21st Century: The Reconciliation between Copyright Holders, Online Re-Creators and the Public Interest*. (Doctoral Dissertation, University of London, 2016) ; p.145.

⁴⁰ U.S. Copyright Office, "U.S. Copyright Office Fair Use Index," [online] Available from : <https://www.copyright.gov/fair-use/#::~:~:text=Section%20107%20of%20the%20Copyright,may%20qualify%20as%20fair%20use.> [19 January 2023]

⁴¹ Ibid.

สัดส่วนที่นำมาใช้เมื่อเปรียบเทียบกับผลงานทั้งหมด ทั้งสองประเทศกำหนดให้ต้องเทียบสัดส่วนของผลงานที่นำมาใช้กับผลงานอันมีลิขสิทธิ์ทั้งหมด หากเป็นการใช้งานในสัดส่วนหรือปริมาณที่มากแล้ว หรือส่วนที่นำมาใช้นั้นเป็นสาระสำคัญของผลงานอันมีลิขสิทธิ์แล้วย่อมเป็นการใช้งานที่มีแนวโน้มที่จะเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรม⁴² การกำหนดเช่นนี้ทำให้นำมาใช้พิจารณาเกี่ยวกับ UDC แต่ละกรณีได้⁴³ ว่ามีการนำสัดส่วนสำคัญหรือสัดส่วนผลงานอันมีลิขสิทธิ์ในปริมาณที่มากมาใช้หรือไม่ มีข้อสังเกตว่า ผลงาน UDC ในหลายประเภท มักจะมีการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้เป็นจำนวนมาก หรือในบางส่วนสำคัญ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการทำ UDC ประเภทนั้น ๆ ที่จำเป็นต้องให้ผู้ชมทราบว่าเป็น UDC จากผลงานต้นฉบับใด เช่น ผลงานเพลงล้อเลียนที่โดยสภาพต้องเป็นการนำส่วนสำคัญของผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้เพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ที่ให้ผู้ชมสามารถทราบได้ว่ากำลังล้อเลียนเพลงใด⁴⁴ หรือวิดีโอที่แสดงการเล่นเกมนของผู้เล่นที่ผู้เล่นได้แสดงออกซึ่งเอกลักษณ์ การตอบสนองเฉพาะตัวของผู้เล่นคนนั้น ๆ ที่โดยสภาพต้องมีการใช้ภาพและเสียงจากผลงานเกมอันมีลิขสิทธิ์ในปริมาณมากเพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของวิดีโอดังกล่าว⁴⁵ เป็นต้น ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วการใช้งานเหล่านี้เป็นการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ในปริมาณมากก็จริง แต่การคำนึงถึงจำนวนหรือความสำคัญของสัดส่วนผลงานที่นำมาใช้ สหรัฐอเมริกาได้กำหนดให้พิจารณาโดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ในการใช้งานด้วย เนื่องจากวัตถุประสงค์ในการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ในประเภทที่ต่างกัน ทำให้การพิจารณาถึงสัดส่วนของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้ต่างกัน⁴⁶ ทำให้แม้ผลงาน UDC บางประเภทจะนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์จำนวนมากหรือในสัดส่วนที่สำคัญมาใช้ แต่เมื่อพิจารณาควบคู่กับวัตถุประสงค์การใช้งานแล้ว ย่อมอาจถูกพิจารณาได้ว่าเป็นการใช้งานในสัดส่วนที่เหมาะสมไม่มากเกินไปและเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมแล้ว และได้รับความคุ้มครองในการทำ UDC ได้ การพิจารณาถึงสัดส่วนของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้ประกอบกับวัตถุประสงค์การใช้งานนี้ จึงสามารถนำมาพิจารณาหรือปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้ทำ UDC เป็นรายกรณีไปได้

ในประเด็นการพิจารณาถึงสัดส่วนของผลงานที่นำมาใช้นั้นนอกจากการพิจารณาเปรียบเทียบสัดส่วนของผลงานที่นำมาใช้กับผลงานอันมีลิขสิทธิ์ทั้งหมดดังเช่นการพิจารณาในรูปแบบของ

⁴² Ibid.

⁴³ Suh, Jinho, “Ucc (User-Created Contents) and Fair Use in Korea - in Light of “Son Dam-Bi” Decision,” in *Seoul Law Journal*, p.754-755.

⁴⁴ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994)

⁴⁵ Dan Hagen, “Fair Use, Fair Play: Video Game Performances and “Let’s Plays” as Transformative Use”, in *Washington Journal of Law, Technology & Arts*, 13, 3 (2018), p.270-271.

⁴⁶ ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาของสหรัฐอเมริกาในคดีต่าง ๆ เช่น *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984) และ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994) เป็นต้น

สหรัฐอเมริกาแล้ว ศาลสาธารณรัฐเกาหลีก่อนมีการแก้ไขกฎหมายกำหนดช้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในมาตรา 35-5 ยังเคยพิจารณาถึงจำนวนและความสำคัญของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกใช้เมื่อเทียบกับผลงานที่สร้างขึ้นใหม่ด้วย กล่าวคือหากเทียบแล้วปรากฏว่าสัดส่วนของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้นั้นเป็นส่วนมากในผลงาน UDC ที่ถูกสร้างขึ้น ย่อมเป็นการใช้งานที่มีแนวโน้มจะไม่เป็นธรรม ทำให้มีการเสนอว่าควรมีการกำหนดเงื่อนไขไว้ในกฎหมาย อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่าการพิจารณาถึงจำนวนและความสำคัญของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกใช้เมื่อเทียบกับผลงานที่สร้างขึ้นใหม่นี้ อาจเป็นส่วนหนึ่งในการพิจารณาลักษณะการใช้งานที่แปลงรูปในการพิจารณาถึงปัจจัยแรก การเสนอให้กำหนดถึงเงื่อนไขจึงอาจเป็นการเข้าซ้อนกับการพิจารณาถึงปัจจัยแรกได้⁴⁷ คือหากเป็นผลงาน UDC ที่มีการเพิ่มเติมสิ่งใหม่ อันเป็นผลงานแปลงรูป เช่น ผลงานเพลงล้อเลียน⁴⁸ แล้วก็อาจถูกพิจารณาได้ว่า สัดส่วนของผลงานที่นำมาใช้เมื่อเทียบกับผลงานใหม่ที่ถูกสร้างขึ้นมีสัดส่วนไม่มากเกินไปแล้ว

ปัจจัยที่สี่ ผลกระทบต่อตลาดหรือมูลค่าของงานอันมีลิขสิทธิ์ ทั้งประเทศสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลี ได้กำหนดให้ต้องพิจารณาถึงผลจากการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาตของผู้ใช้งาน ว่าก่อให้เกิดผลเสียทางตลาดของเจ้าของลิขสิทธิ์ผลงานต้นฉบับ⁴⁹ หรือผลเสียที่อาจเกิดขึ้นหากงานนั้นเผยแพร่สู่ท้องตลาดอย่างแพร่หลาย หากการใช้งานใดก่อให้เกิดผลกระทบในทางลบ ย่อมเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรม⁵⁰ และต้องคำนึงหรือพิจารณาถึงผลกระทบทางการตลาดอันอาจเกิดขึ้นที่สามารถคาดหมายได้โดยทั่วไปในอนาคต เนื่องจากการเสียโอกาสในทางการตลาดในการทำผลงานดัดแปลงจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์เมื่อถูกนำเอาไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตด้วย⁵¹ หากอาจเกิดผลกระทบอย่างมากแล้ว ย่อมไม่อาจเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมได้⁵² การกำหนดเช่นนี้ทำให้นำมาใช้พิจารณากับ UDC แต่ละกรณีได้ว่าการทำ UDC แต่ละ

⁴⁷ Suh, Jinho, “Ucc (User-Created Contents) and Fair Use in Korea - in Light of “Son Dam-Bi” Decision”, in *Seoul Law Journal*, p.755.

⁴⁸ Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994)

⁴⁹ Suh, Jinho, “Ucc (User-Created Contents) and Fair Use in Korea - in Light of “Son Dam-Bi” Decision,” in *Seoul Law Journal*, p.755-756.

⁵⁰ U.S. Copyright Office, “U.S. Copyright Office Fair Use Index,” [online] Available from : <https://www.copyright.gov/fair-use/#::~:~:text=Section%20107%20of%20the%20Copyright,may%20qualify%20as%20fair%20use.> [19 January 2023]

⁵¹ Suh, Jinho, “Ucc (User-Created Contents) and Fair Use in Korea - in Light of “Son Dam-Bi” Decision”, in *Seoul Law Journal*, p.756.

⁵² Rogers v. Koons, 960 F.2d 301 (2d Cir. 1992)

กรณีนั้นเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดผลเสียต่อตลาดของผลงานอันมีลิขสิทธิ์หรือไม่ ซึ่งมีข้อสังเกตว่า เจ้าของลิขสิทธิ์มักยินยอมให้ผู้ทำ UDC ใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อการทำ UDC เนื่องจากผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์อาจได้รับประโยชน์จากการที่มีผู้ทำผลงาน UDC และมีการเผยแพร่ผลงานดังกล่าว เพราะเป็นการช่วยโฆษณาให้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนได้เป็นที่รู้จักมากยิ่งขึ้นอันก่อให้เกิดความสนใจต่อผลงานต้นฉบับที่เป็นผลงานมีลิขสิทธิ์ เช่น ในกรณีการทำวิดีโอร้องเพลง Cover ที่ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์มักจะยอมให้ใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนเนื่องจากการโฆษณาผลงานอันมีลิขสิทธิ์ให้เป็นที่รู้จักมากยิ่งขึ้น⁵³ หรือในกรณีที่มีการทำวิดีโอการเล่นเกมนอนมีลิขสิทธิ์และเผยแพร่ลงในอินเทอร์เน็ต ซึ่งการกระทำดังกล่าวส่งผลดีต่อผลงานเกมต้นฉบับ เนื่องจากสามารถสร้างกระแสต่อผลงานเกมดังกล่าว ให้เป็นที่สนใจมากยิ่งขึ้น⁵⁴ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากผู้ทำวิดีโออันนั้นเป็นบุคคลที่มีชื่อเสียง เป็นต้น ทำให้เมื่อพิจารณาแล้วในกรณีนี้การทำ UDC ก็มีได้ก่อให้เกิดผลกระทบในทางลบต่อตลาดแต่อย่างใด ประกอบกับผลงาน UDC หลายประเภทมีลักษณะเป็นผลงานแปลงรูป ซึ่งกรณีนี้ย่อมก่อให้เกิดผลกระทบทางลบต่อตลาดหรือมูลค่าผลงานอันมีลิขสิทธิ์น้อย เนื่องจากการเพิ่มสิ่งใหม่หรือมีวัตถุประสงค์หรือลักษณะที่แตกต่างกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์ ไม่เป็นการแทนที่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เดิม⁵⁵ ผลงาน UDC เหล่านี้ก็มีแนวโน้มที่จะถูกพิจารณาได้ว่าเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ในขณะที่หากเป็นผลงาน UDC ที่มีลักษณะก่อให้เกิดผลเสียต่อตลาดหรือมูลค่าของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ เช่น การทำแฟนฟิคชันโดยแสวงหากำไรอาจเป็นกรณีที่ส่งผลเสียต่อการตลาด เนื่องจากหากมีการแสวงหากำไรแล้ว อาจเป็นการลดจำนวนการขอสสิทธิในการดัดแปลงผลงานจากเจ้าของลิขสิทธิ์⁵⁶ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เนื้อหาของแฟนฟิคชันนั้นมีแนวโน้มที่จะเป็นเนื้อหาที่เจ้าของลิขสิทธิ์อาจนำมาใช้ กล่าวคือไม่มีความแปลงรูปของผลงาน และมีการจงใจนำภาษาหรือถ้อยคำของผลงานต้นฉบับมาใช้⁵⁷

⁵³ Starfish Academy, “เรื่องต้องรู้ ก่อน Cover เพลงลงยูทูบ” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://www.starfish-labz.com/blog/542-%E0%B9%80%E0%B8%A3%E0%B8%B7%E0%B9%88%E0%B8%AD%E0%B8%87%E0%B8%95%E0%B9%89%E0%B8%AD%E0%B8%87%E0%B8%A3%E0%B8%B9%E0%B9%89-%E0%B8%81%E0%B9%88%E0%B8%AD%E0%B8%99-cover-%E0%B9%80%E0%B8%9E%E0%B8%A5%E0%B8%87%E0%B8%A5%E0%B8%87%E0%B8%A2%E0%B8%B9%E0%B8%97%E0%B8%B9%E0%B8%9B> [12 มีนาคม 2565]

⁵⁴ Dan Hagen, “Fair Use, Fair Play: Video Game Performances and “Let’s Plays” as Transformative Use”, in *Washington Journal of Law, Technology & Arts*, p.272-273.

⁵⁵ Suh, Jinho, “Ucc (User-Created Contents) and Fair Use in Korea - in Light of “Son Dam-Bi” Decision”, in *Seoul Law Journal*, p.756.

⁵⁶ Jacqueline D. Lipton, “Copyright and the Commercialization of Fanfiction”, in *Houston Law Review*, 52, 2 (2014), p.459.

⁵⁷ Rachel Morgan, “Conventional Protections for Commercial Fan Art under the U.S. Copyright Act”, in *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law*, p.535.

การกำหนดให้คำนี้ถึงปัจจัยนี้ในการพิจารณาจึงส่งผลให้การนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาใช้ทำ UDC ต้องไม่ส่งผลกระทบในทางลบต่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่กฎหมายลิขสิทธิ์มุ่งคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์มากเกินไป⁵⁸ ซึ่งสามารถนำมาใช้เพื่อสร้างความสมดุลระหว่างการให้ความคุ้มครองกับเจ้าของลิขสิทธิ์ และการส่งเสริมให้มีการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาใช้เพื่อให้เกิดความสร้างสรรค์ในสังคมได้มากยิ่งขึ้นได้

จากการกำหนดให้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลีมีลักษณะเป็นข้อยกเว้นทั่วไปสามารถปรับใช้กับการใช้งานทุกกรณีได้นี้ มีข้อดีต่อการให้ความคุ้มครองผลงาน UDC คือ สามารถปรับใช้ทบทวนคดีนี้ได้กับการทำ UDC ทุกประเภท โดยพิจารณาเพื่อให้ความคุ้มครองผู้ใช้งานและประโยชน์ของผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นรายกรณีไป สามารถรองรับความเปลี่ยนแปลงหรือชนิดของการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ในรูปแบบใหม่ ๆ ที่อาจเกิดขึ้นได้ในอนาคต คือหากผลงาน UDC ที่ถูกทำขึ้นเมื่อพิจารณาตามปัจจัยทั้ง 4 ประกอบเข้าด้วยกันแล้วเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมย่อมได้รับยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยพิจารณาเป็นรายกรณีไป เช่น การใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อทำเพลงล้อเลียนที่เป็นการนำเพลงอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาดัดแปลงเนื้อร้องที่ส่วนมากไม่ได้มีวัตถุประสงค์เป็นการแสวงหากำไร หรือมีลักษณะเป็นผลงานแปลงรูป หรือไม่แทนที่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้ แม้จะมีการนำสัดส่วนผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้เป็นจำนวนมาก แต่ก็เกินไปเพื่อวัตถุประสงค์ของการทำผลงานล้อเลียน และการทำผลงานในรูปแบบนี้ไม่ได้ก่อให้เกิดผลกระทบต่องานอันมีลิขสิทธิ์แต่อย่างใด เนื่องจากผลงานเพลงล้อเลียนไม่ได้เป็นผลงานที่แข่งขันในตลาดเดียวกันกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้ ทำให้ผลงานประเภทนี้มีแนวโน้มที่จะเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมที่รับยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์⁵⁹ ในขณะที่หากเป็นผลงานที่พิจารณาทั้ง 4 ปัจจัยแล้วปรากฏว่าเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรม ย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ เช่น กรณีการทำวิดีโอเพลงรวบรวม ที่มีวัตถุประสงค์การใช้งานเป็นการแทนที่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ต้นฉบับ กล่าวคือมีโอกาสดังผู้ฟังจะเลือกฟังเพลงจากวิดีโอดังกล่าวแทนที่จะฟังจากผลงานเพลงต้นฉบับ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเป็นการทำที่มีการแสวงหาประโยชน์ทางการค้าเช่นเดียวกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์⁶⁰ และ

⁵⁸ Suh, Jinho, “Ucc (User-Created Contents) and Fair Use in Korea - in Light of “Son Dam-Bi” Decision”, in *Seoul Law Journal*, p.756.

⁵⁹ Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994)

⁶⁰ เปรียบเทียบคดี Andy Warhol Foundation for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith (598 U.S. ___, 2023) ที่ศาลสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินว่า การใช้ภาพถ่ายของโจทก์ดัดแปลงเป็นรูปภาพเพื่อวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไร โดยภาพที่วาดมีลักษณะคล้ายคลึงกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์อย่างมากเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรม เนื่องจากมีวัตถุประสงค์การใช้งานที่แทนที่ผลงานต้นฉบับและเป็นการใช้งานเพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้า

นำเอาผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ในจำนวนมาก ย่อมก่อให้เกิดผลเสียต่อตลาดของงานอันมีลิขสิทธิ์ ทำให้มีแนวโน้มที่จะเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรม

เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศไทยที่กำหนดมาตรา 32 ของพระราชบัญญัติฯ ที่มีความไม่แน่ชัดในการตีความและมีแนวโน้มที่ต้องตีความประกอบกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในอนุมาตราของมาตรา 32 แสดงให้เห็นว่า สหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลีได้มีกฎหมายกำหนดเพื่อให้สามารถปรับใช้ให้ความคุ้มครองแก่ผู้ทำ UDC ได้ ในขณะที่ข้อกฎหมายของไทย มักไม่อาจปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองได้

มีข้อสังเกตว่า แม้ทั้งสองสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลีจะมีการกำหนดถึงปัจจัยที่ต้องพิจารณาสำหรับการใช้งานที่เป็นธรรมในลักษณะเดียวกัน แต่สหรัฐอเมริกาที่เป็นประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ทำให้การกำหนดปัจจัยทั้ง 4 ไว้ในกฎหมายนั้นไม่เป็นการจำกัดอำนาจของศาลในการปรับใช้หรือวางหลักกฎหมายอำนาจในการสร้างหลักกฎหมายที่ศาลมีในระบบคอมมอนลอว์ ดังนั้น ศาลจึงสามารถนำปัจจัยอื่นนอกเหนือจากที่บัญญัติไว้เป็นกฎหมายมาใช้เพื่อพิจารณาว่าการใช้งานใดเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมที่จะไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์⁶¹ ในขณะที่สาธารณรัฐเกาหลีที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์โดยหลักแล้วศาลจะไม่มีอำนาจในการนำปัจจัยอื่นที่ไม่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายมาใช้เพื่อพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายไทยที่เป็นระบบซีวิลลอว์เช่นเดียวกันกับสาธารณรัฐเกาหลีแล้ว จะเห็นว่าแม้จะมีการกำหนดให้พิจารณาถึงเพียง 4 ปัจจัยที่กำหนดไว้ในกฎหมาย โดยไม่อาจนำปัจจัยอื่นมาใช้เพื่อพิจารณา แต่ก็เป็นการกำหนดถึงปัจจัยที่เพียงพอแล้วในการใช้เพื่อพิจารณาเพื่อปรับใช้กับข้อเท็จจริงตามแต่ละกรณีไป

6.2 ปัญหาการขาดบทบัญญัติที่มีลักษณะเฉพาะในการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของ UDC

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ได้มีการกำหนดข้อยกเว้นเป็นกรณีเฉพาะไว้สำหรับการปรับใช้กับกรณีต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ตามที่ปรากฏในมาตรา มาตรา 32/1 ถึงมาตรา 43 ซึ่งจากบทบัญญัติข้อยกเว้นเฉพาะแต่ละกรณี ไม่มีการกำหนดข้อยกเว้นกรณีเฉพาะสำหรับการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์สำหรับการทำ UDC แต่อย่างใด นอกจากนี้ บทบัญญัติเฉพาะกรณีที่กำหนดไว้ในกฎหมายไทย ส่วนมากก็ไม่อาจนำมาใช้เพื่อให้ความคุ้มครองการทำ UDC ได้ โดยมีเพียงข้อยกเว้น

⁶¹ House of Representatives, “Copyright Law Revision,” [online] Available from : https://www.copyright.gov/history/law/clrev_94-1476.pdf [10 May 2023]

ตามมาตรา 33 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์⁶² ที่อาจนำมาปรับใช้กับบางกรณีได้ ซึ่งแม้ในบางกรณีผู้ทำ UDC อาจอ้างมาตรานี้เพื่อให้ได้รับยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่แนวทางการตีความมาตรา 33 ของศาลฎีกานั้นปรากฏว่า การอ้างอิงนั้นต้องเป็นการอ้างอิงในสัดส่วนที่ไม่มากเกินไปและไม่ใช้สาระสำคัญ⁶³ ในขณะที่การทำ UDC ส่วนมากจะต้องอ้างอิงหรือนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญและใช้ในจำนวนมากเพื่อให้ผู้ชมทราบว่า UDC มีที่มาจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์ผลงานใด เช่น ผลงานแฟนอาร์ต ผลงานเพลงล้อเลียน เป็นต้น จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นการอ้างอิงถึงผลงานอันมีลิขสิทธิ์บางส่วนได้ ประกอบกับการทำ UDC ในหลาย ๆ กรณีมักจะไม่มี การรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ที่มีเนื้อหาครบถ้วนตามที่ศาลฎีกาได้ตีความไว้แต่อย่างใด ทำให้ไม่อาจได้รับความคุ้มครองจากข้อยกเว้นในกรณีนี้ได้

ในขณะที่เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับประเทศแคนาดาที่มีการกำหนดบทบัญญัติการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้เป็นกรณีเฉพาะแต่ละกรณี และไม่มีบทบัญญัติทั่วไปที่สามารถปรับใช้กับทุกกรณีได้ แต่แคนาดาได้กำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นกรณีเฉพาะสำหรับผลงาน UGC ไว้ โดยมีมุมมองว่าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ว่าเป็นสิทธิของผู้ใช้งานที่กำหนดไว้เพื่อรักษาสมดุลระหว่างสิทธิของผู้ใช้งานและสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ จึงไม่ควรตีความอย่างเคร่งครัดในฐานะข้อยกเว้น แต่ควรตีความเพื่อก่อให้เกิดสมดุลระหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ใช้งานในฐานะสิทธิในการใช้ผลงานดังกล่าว⁶⁴ โดยมีการกำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ ที่ต้องทำให้ได้รับความคุ้มครองไม่ให้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งหาก UDC ได้มีลักษณะที่เป็นไปตามเงื่อนไขแล้ว ย่อมได้รับความคุ้มครอง ซึ่งเงื่อนไขต่าง ๆ ที่กำหนดนั้น เป็นการกำหนดขอบเขตการให้ความคุ้มครองผู้ใช้งานเพื่อไม่ให้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อเจ้าของลิขสิทธิ์มากเกินไป ซึ่งสามารถส่งเสริมให้มีการสร้างสรรค์ผลงานมากยิ่งขึ้นอันเป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ ดังสามารถเห็นได้จากเงื่อนไขดังนี้

การกำหนดให้เป็นการใช้งานของบุคคลธรรมดาเท่านั้น การกำหนดเช่นนี้ ทำให้ผู้ทำ UDC ที่ได้รับความคุ้มครองต้องเป็นบุคคลธรรมดา ไม่ใช่การใช้งานในเชิงธุรกิจการกำหนดเช่นนี้

⁶² มาตรา 33 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 “การกล่าว คัดลอก เลียน หรืออ้างอิงงานบางตอนตามสมควรจากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ โดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้ปฏิบัติตามมาตรา 32 วรรคหนึ่ง”

⁶³ คำพิพากษาฎีกาที่ 1908/2546 ซึ่งศาลฎีกาในคดีดังกล่าวตัดสินว่าการนำวรรณกรรม 30 หน้าจากจำนวนประมาณ 150 หน้ามาใช้ขึ้นเป็นการลอกหรือเลียนวรรณกรรมอันมีลิขสิทธิ์ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญและจำนวนมาก และต้องรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของโดยแจ้งให้ทราบถึงชื่อเจ้าของลิขสิทธิ์ ชื่อผลงาน และแหล่งที่มาเพื่อให้ผู้อื่นทราบโดยชัดว่าเนื้อหาส่วนใดเป็นเนื้อหาที่ได้คัดลอกมา

⁶⁴ CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada, [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC

เป็นการให้ความสำคัญกับผู้ใช้งานเป็นหลักและแสดงให้เห็นว่าผู้ใช้งานที่เป็นบุคคลธรรมดาสามารถมีส่วนสร้างสรรค์วัฒนธรรม⁶⁵ และยังเป็นส่งเสริมให้มีการสร้างสรรค์ผลงานต่าง ๆ อย่างกว้างขวาง นอกจากนี้มีข้อสังเกตว่า การใช้งานของบุคคลธรรมดานี้ยังให้ความคุ้มครองไปถึงกรณีที่เป็นการใช้งานผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อสร้างสรรค์ผลงานโดยผู้เป็นมืออาชีพที่สร้างสรรค์ในเวลาว่าง โดยไม่ได้เป็นไปเพื่อการใช้งานเชิงธุรกิจหรือในอุตสาหกรรมได้ อันแสดงให้เห็นว่าการใช้งานของบุคคลธรรมดานี้ไม่ได้วัดจากคุณภาพของผลงาน แต่เป็นวัตถุประสงค์ที่ถูกทำขึ้น⁶⁶ อันเป็นการส่งเสริมให้มีผลงานสร้างสรรค์ที่มีคุณภาพสูงให้เกิดขึ้นในสังคมอันเป็นประโยชน์ต่อส่วนรวม และเงื่อนไขยังเป็นการป้องกันมิให้สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับผลกระทบอย่างเกินสมควร เนื่องจากการถูกนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนไปใช้ในทางธุรกิจโดยไม่ได้รับอนุญาตด้วย

การกำหนดให้ผลงาน UDC ที่ทำนั้นต้องเป็นผลงานที่สามารถได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้เท่านั้น ผลงาน UGC ที่จะได้รับความคุ้มครองในกรณีนี้ต้องเป็นผลงานที่มีความสร้างสรรค์เพียงพอต่อการได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์เท่านั้น กล่าวคือ ผลงาน UDC ที่เกิดขึ้นนั้นต้องมีความดัดแปลง มีความสร้างสรรค์เพียงพอที่จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในตัวผลงานใหม่ที่ถูกสร้างขึ้น อันเป็นการส่งเสริมให้มีการสร้างสรรค์ผลงานใหม่ ๆ มากยิ่งขึ้น โดยมุ่งให้ความคุ้มครองเฉพาะกรณีการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อทำเป็นผลงานใหม่⁶⁷ หากเป็นการทำ UGC ผลงานที่ผู้ใช้งานทำซ้ำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ (User-Copied Content) หรือเป็นกรณีที่ไม่มิเป็นไปตามเงื่อนไขในการได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์แล้ว ย่อมไม่อาจได้รับความคุ้มครองตามข้อนี้ อันเป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ให้ถูกรบกวนมากเกินไปด้วย

การกำหนดให้การใช้งานต้องไม่ใช่เพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้า การทำ UDC ที่จะได้รับความคุ้มครองนั้น จะต้องเป็นการใช้งานที่มีวัตถุประสงค์ไม่เป็นการแสวงหากำไรเท่านั้น หากเป็นการใช้งานเพื่อแสวงหากำไรแล้วย่อมไม่ได้รับความคุ้มครอง⁶⁸ อันทำให้ผลงาน UDC ส่วนมากที่มักไม่ได้ทำเพื่อการแสวงหากำไรได้รับความคุ้มครอง เช่น การทำรูปล้อเลียน การทำแฟนฟิคชั่นที่ไม่เก็บค่าเข้าชม เป็นต้น อันเป็นการให้ความคุ้มครองผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ใช้งานในเวลาเดียวกัน กล่าวคือ

⁶⁵ Mariam Awan, “The User-Generated Content Exception: Moving Away from a Non-Commercial Requirement”, in *Canadian Intellectual Property Review*, 32 (2016), p.17.

⁶⁶ Michael Geist, *The Copyright Pentology How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*, (University of Ottawa Press, 2013), p.438.

⁶⁷ Mariam Awan, “The User-Generated Content Exception: Moving Away from a Non-Commercial Requirement”, in *Canadian Intellectual Property Review*, p.17-18.

⁶⁸ Ibid., p. 19-20.

สิทธิเจ้าของลิขสิทธิ์จะไม่ถูกระทบกระเทือนอย่างเกินสมควร จากการที่ผู้ใช้งานอันเป็นบุคคลภายนอกสามารถนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนไปใช้ เพื่อแสวงหาประโยชน์ทางการค้า โดยไม่ให้ค่าตอบแทนแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม ในประเด็นวัตถุประสงค์ทางการค้านี้มีข้อสังเกตว่าในการทำ UDC แม้ผู้ทำจะมีได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการแสวงหากำไรก็ตาม แต่เมื่อได้ยินยอมให้ตัวกลางอันเป็นผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเผยแพร่แล้วเนื้อหาดังกล่าวอาจเป็นที่นิยม และสร้างรายได้แก่ผู้จัดทำ UDC ได้ จากค่าเข้าชมหรือค่าโฆษณา ดังนั้น อาจเป็นการยากต่อการพิจารณาในหลักเกณฑ์ในข้อนี้⁶⁹ และอาจเป็นอุปสรรคในการปรับใช้บทบัญญัตินี้เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้ทำผลงาน UDC ที่แม้จะไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการใช้งานเพื่อประโยชน์ทางการค้าแต่ต้นได้

การกำหนดให้ต้องระบุถึงแหล่งที่มาของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้ การกำหนดเงื่อนไขนี้ ทำให้ผู้ทำ UDC ต้องระบุถึงแหล่งที่มาของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้โดยสมควรแก่เหตุ ทำให้ผู้ชมสามารถรับรู้ได้ว่า ผลงาน UDC ทำขึ้นโดยนำเอาผลงานอันมีลิขสิทธิ์ใดมาใช้ อันสอดคล้องกับสภาพของผลงาน UDC ที่จะมีการทำขึ้นและถูกเผยแพร่ในเว็บไซต์อย่างแพร่หลาย หากไม่ระบุถึงแหล่งที่มาตามสมควรแล้ว อาจยากต่อการระบุหรือทราบถึงเนื้อหาที่เป็นต้นฉบับอันมีลิขสิทธิ์ได้ว่าเป็นผลงานใด⁷⁰ นอกจากนี้การระบุถึงแหล่งที่มาอาจทำให้ผู้ชมเกิดความสนใจถึงผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกนำมาใช้และอาจติดตามผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกนำมาใช้ได้ ซึ่งก่อให้เกิดผลดีต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ และป้องกันไม่ให้ผู้ทำ UDC แอบอ้างว่าเป็นผู้ทำผลงานสร้างสรรค์เองทั้งหมด อันไม่เป็นธรรมต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ การกำหนดให้ต้องระบุถึงแหล่งที่มาจึงเป็นการให้ความรับรองและคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ว่าผู้ชมผลงาน UDC จะสามารถทราบถึงผลงานลิขสิทธิ์ต้นฉบับได้ และเป็นการให้คุ้มครองแก่ผู้ทำ UDC ที่ระบุถึงแหล่งที่มาเช่นเดียวกันว่าการใช้งานของตนจะไม่เป็นการใช้งานที่ละเมิดลิขสิทธิ์

การกำหนดให้ต้องเป็นการใช้งานผลงานอันมีลิขสิทธิ์อย่างมีเหตุอันควรเชื่ออย่างสมควรว่าผลงานนั้นไม่ได้เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ การกำหนดเช่นนี้เป็นข้อกำหนดเพื่อให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ให้ถูกระทบมากเกินสมควร โดยกำหนดให้ผู้ใช้งานลิขสิทธิ์มาทำ UDC ต้องระมัดระวังและพิจารณาว่าผลงานที่ตนนำมาใช้จะต้องไม่เป็นผลงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์ อันอาจทำให้เกิดความเสียหายต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์ต้นฉบับอย่างมาก เนื่องจากสภาพของผลงาน UDC มีลักษณะที่เข้าถึงผู้ชมได้อย่างแพร่หลาย แต่หากเป็นผลงานที่ไม่ละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว ผู้ทำผลงาน UDC ย่อมได้รับความคุ้มครองให้สามารถสร้างสรรค์ผลงาน UDC ของตนได้ อันเป็นการส่งเสริมการทำผลงานสร้างสรรค์มากขึ้นด้วย

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Ibid., p. 19.

การใช้งานต้องไม่ก่อให้เกิดผลกระทบในทางลบต่องานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกลำนำใช้ และ ไม่เป็นการแทนที่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกลำนำใช้ การกำหนดให้การใช้งานที่ก่อให้เกิดผลกระทบทางลบอย่างมีนัยสำคัญต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์ต้นฉบับ หรือเป็นการแทนที่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้ ย่อมเป็นการใช้งานที่ไม่อาจได้รับความคุ้มครองให้ได้รับยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ โดยการกำหนดเช่นนี้ ทำให้สามารถพิจารณาการทำ UDC แต่ละกรณี⁷¹ เพื่อป้องกันมิให้การใช้สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ถูกระทบจนเกินสมควร และเป็นการสร้างความสมดุลให้บุคคลอื่นสามารถใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ หากไม่ก่อให้เกิดผลเสียต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์ ทำให้ผู้ทำ UDC ในกรณีนี้ได้รับความคุ้มครองอันเป็นการส่งเสริมให้มีการทำผลงานสร้างสรรค์เพิ่มมากขึ้น ทำให้มีความยืดหยุ่นเพียงพอต่อการปรับใช้เพื่อสร้างความสมดุลระหว่างประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์และประโยชน์ของสาธารณะในการมีผลงานสร้างสรรค์เพิ่มมากขึ้นด้วย เช่น แม้จะเป็นการกระทำ UDC ในลักษณะเดียวกัน แต่หากเป็นการวาดรูปแฟนอาร์ตลงในอินเทอร์เน็ตโดยคัดลอกรูปแบบงานศิลปะของผลงานต้นฉบับโดยจงใจให้ผู้ชมสับสนว่าผลงานใดเป็นผลงานอันมีลิขสิทธิ์ต้นฉบับแล้ว อาจเป็นกรณีที่พิจารณาได้ว่าเป็นการใช้งานที่อาจส่งผลกระทบทางลบต่องานอันมีลิขสิทธิ์และเป็นการแทนที่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์⁷² ในขณะที่หากมีความแตกต่างจนไม่เกิดความสับสนแล้ว ย่อมสามารถทำได้ อันส่งผลให้มีผลงานสร้างสรรค์มากยิ่งขึ้นในสังคม

หากมีการดำเนินการตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดครบถ้วนแล้ว ผู้ทำ UDC ย่อมได้รับความคุ้มครองให้ใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ได้โดยไม่จำเป็นต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ได้เพื่อทำผลงาน UDC ได้ แต่หากไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้แล้ว กฎหมายลิขสิทธิ์แคนาดา ยังเปิดโอกาสให้ปรับใช้บทบัญญัติในมาตราอื่นเพื่อให้ความคุ้มครองการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ หากเป็นกรณีที่ปฏิบัติตามวัตถุประสงค์การใช้งานที่กฎหมายได้กำหนดไว้และพิจารณาแล้วว่าการใช้งานนั้นเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมตามหลักเกณฑ์ที่ศาลแคนาดาได้วางหลักเอาไว้ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยแล้ว จะเห็นว่า แม้ไทยจะมีบทบัญญัติสำหรับการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์กำหนดไว้เป็นกรณีเฉพาะ แต่ก็ไม่น่าจะนำมาปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้ทำ UDC ที่แม้การใช้งานนั้นไม่ได้ก่อให้เกิดผลเสียต่อการให้ความคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์เลยก็ตาม ต่างกับประเทศแคนาดาที่มีการกำหนดบทบัญญัติพร้อมเงื่อนไขเพื่อให้ความคุ้มครองต่อผู้ทำ UDC ไว้ โดยมีการกำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ เพื่อไม่ให้สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ถูกระทบกระเทือนเกินสมควร

⁷¹ Ibid., p. 26.

⁷² Rachel Morgan, “Conventional Protections for Commercial Fan Art under the U.S. Copyright Act”, in *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law*, p.571.

7. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากสภาพสังคมปัจจุบันที่มีการทำ UDC อย่างแพร่หลาย ทำให้เกิดปัญหาการให้ความคุ้มครองผู้ทำ UDC ที่ไม่เพียงพอของบทบัญญัติในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ในการให้ความคุ้มครองต่อผลงาน UDC จากการศึกษาแนวทางของกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา แคนาดา และสาธารณรัฐเกาหลี ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

(1) สมควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ให้มีข้อยกเว้นเฉพาะสำหรับการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อการทำผลงาน UDC โดยการกำหนดเช่นนี้ เป็นการกำหนดบทบัญญัติในลักษณะเดียวกันกับมาตรา 29.21 ของประเทศแคนาดา โดยกำหนดให้มีเงื่อนไขในการให้ความคุ้มครองดังนี้

1) ต้องเป็นการใช้งานของผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ตที่ไม่ใช่ผู้ประกอบการธุรกิจ หรือถูกจ้างงาน โดยผู้ประกอบการธุรกิจ เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่าไม่รวมถึงกรณีที่ถูกจ้างให้ทำโดยผู้ประกอบการและไม่รวมถึงกรณีการร่วมกันกับผู้ประกอบการธุรกิจ ซึ่งกรณีนี้กฎหมายแคนาดาไม่ได้กำหนดถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจ้างหรือการร่วมกันทำของผู้ประกอบการธุรกิจแต่อย่างใด ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า หากไม่มีการกำหนดไว้แล้วบทบัญญัตินี้อาจเป็นช่องทางสำหรับผู้ประกอบการที่ประสงค์จะใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อแสวงหาประโยชน์จากผลงานอันมีลิขสิทธิ์ จนอาจทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้รับความคุ้มครองที่เพียงพอได้

2) ต้องเป็นการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้เผยแพร่แล้วเท่านั้น โดยผลงานที่นำมาใช้นั้น ต้องมีใช้ผลงานที่เกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ผู้ใช้งานรู้หรือควรรู้ได้ถึงข้อเท็จจริงนั้น ซึ่งการกำหนดเงื่อนไขนี้เป็นไปตามเงื่อนไขของประเทศแคนาดา เนื่องจากหากไม่กำหนดเช่นนี้แล้ว อาจเป็นการไม่ให้ความคุ้มครองที่เพียงพอต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ที่มีได้ประสงค์จะเผยแพร่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ แต่ถูกละเมิดลิขสิทธิ์เผยแพร่ผลงานดังกล่าว การยินยอมให้มีการใช้ผลงานที่ถูกละเมิดหรือยังไม่ได้เปิดเผยยอมไม่เป็นการให้ความคุ้มครองต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ผลงานต้นฉบับที่เพียงพอ

3) ต้องเป็นผลงาน UGC ที่อาจได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์เท่านั้น ซึ่งการกำหนดเงื่อนไขนี้เป็นไปตามเงื่อนไขของประเทศแคนาดา เนื่องจากป้องกันมิให้เป็นช่องทางสำหรับการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ทำ User-Copied Content อันอาจทำให้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ต้นฉบับได้รับความเสียหาย โดยผู้ทำ User-Copied Content ไม่ได้ใช้ความสร้างสรรค์แต่อย่างใด ทำให้วัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ไม่อาจบรรลุได้ ซึ่งหากเป็นกรณีที่เป็นผลงาน UDC ที่มีความสร้างสรรค์เพียงพอที่จะอาจได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์แล้ว ย่อมได้รับความคุ้มครอง เป็นการส่งเสริมการให้ความคุ้มครองผู้ใช้งานให้สร้างสรรค์ผลงานตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์

4) ต้องระบุถึงแหล่งที่มาของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้ตามสมควร ซึ่งการกำหนดเงื่อนไขนี้เป็นไปตามเงื่อนไขของประเทศแคนาดา เนื่องจากป้องกันไม่ให้เกิดการเข้าใจผิดว่าผลงาน UDC ที่ในบางครั้งอาจเป็นที่แพร่หลายมากกว่าผลงานอันมีลิขสิทธิ์ เป็นผู้สร้างสรรค์ผลงานนั้นเองทั้งหมด และการให้การรับรู้ถึงเจ้าของลิขสิทธิ์นี้ยังสามารถช่วยส่งเสริมให้เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับการเข้าถึงผลงานต้นฉบับมากยิ่งขึ้นด้วย

5) ต้องไม่ใช้การใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ในลักษณะที่เป็นวัตถุประสงค์เพื่อหากำไรโดยตรง เพื่อให้สามารถพิจารณาจากเจตนารมณ์การใช้ผลงานที่มีอยู่ขณะทำและขณะเริ่มเผยแพร่โดยไม่รวมถึงค่าตอบแทนทางอ้อมที่อาจได้มาโดยสภาพการทำ UDC ซึ่งการกำหนดเงื่อนไขนี้แตกต่างจากประเทศแคนาดา เนื่องจากมีการระบุชัดถึงรายละเอียดการพิจารณาวัตถุประสงค์การใช้งานว่าต้องพิจารณา ณ ขณะทำและเผยแพร่เท่านั้น โดยไม่รวมถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในภายหลังตามสภาพของการทำ UDC เนื่องจากหากไม่กำหนดให้ชัดเจนและมีการตีความว่าการได้รับค่าตอบแทนจากกรณีดังกล่าวแล้ว จะทำให้ช้อยกเว้นนี้ไม่อาจปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองผู้ทำ UDC ได้จริง เนื่องจากโดยสภาพของผลงาน UDC แล้วย่อมสามารถสร้างรายได้จากการเข้าชมแก่ผู้ทำผลงานได้ เมื่อผลงานนั้นเป็นที่นิยม

6) ต้องเป็นการใช้งานที่ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบในทางลบต่อมูลค่าหรือการตลาดของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยกำหนดผ่านเงื่อนไขว่าต้องเป็นการใช้งานที่เป็นไปตามมาตรา 32 วรรคหนึ่งและวรรคสามที่ได้เสนอแก้ไข เพื่อให้มีความชัดเจนเกี่ยวกับแนวทางการตีความมากยิ่งขึ้น และยังสามารถคำนึงถึงปัจจัยที่กำหนดไว้ในมาตรา 32 วรรคสามที่เสนอให้แก้ไขได้ เนื่องจากหากกำหนดให้การทำ UDC สามารถใช้ช้อยกเว้นที่กำหนดไว้โดยเฉพาะเป็นช่องทางเพื่อแสวงหากำไรจากผลงาน UDC ได้โดยไม่ต้องพิจารณาหรือคำนึงถึงผลเสียที่อาจเกิดขึ้นต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์ อาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ได้

7) ต้องเป็นการกำหนดให้ผู้ใช้งานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อทำ UDC ต้องเสียค่าตอบแทนที่เป็นธรรมแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งเงื่อนไขนี้ไม่มีการกำหนดไว้ในกฎหมายของแคนาดาแต่อย่างใด แต่ในปัจจุบันผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในบางกรณีได้รับค่าตอบแทนจากการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อทำผลงาน UDC เช่นระบบ Content ID ของ YouTube เป็นต้น การกำหนดช้อยกเว้นการละเมิดโดยไม่กำหนดให้ผู้ใช้งานต้องเสียค่าตอบแทนที่เป็นธรรม อาจเป็นการกระทบต่อแนวทางการดำเนินธุรกิจของเจ้าของลิขสิทธิ์ในปัจจุบันได้ อีกทั้งยังเป็นช่องทางทำให้ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์สามารถพิสูจน์ได้ถึงความเป็นธรรมของจำนวนค่าตอบแทนที่สมควรจะได้รับจากการใช้ผลงานสร้างสรรค์ของเจ้าของลิขสิทธิ์โดยใช้สิทธิทางศาลได้หากพิจารณาแล้วเห็นว่าจำนวนค่าตอบแทนที่ได้รับมาเป็น

คำตอบแทนที่ไม่เป็นธรรมในการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน อันเป็นการให้ความคุ้มครองไม่ให้สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ถูกระทบอย่างเกินสมควร

(2) สมควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ มาตรา 32 ให้มีลักษณะเป็นบทบัญญัติการใช้งานอย่างเป็นธรรมกรณีทั่วไปที่สามารถปรับใช้ได้กับทุกกรณี ตามแนวทางของสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลี โดยดำเนินการแก้ไขในประเด็นต่าง ๆ ดังนี้

1) ปรับแก้มาตรา 32 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการตีความว่ารายการที่กำหนดในมาตรา 32 วรรค 2 เป็นเพียงตัวอย่างของวัตถุประสงค์ในการใช้งานที่อาจได้รับความคุ้มครองไม่ให้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เท่านั้น โดยแก้ไขมาตรา 32 วรรคสอง ดังนี้

“..... (10) การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นนอกจากที่ระบุไว้ใน (1) ถึง (8) ...”

การเพิ่มถ้อยคำเช่นนี้ ทำให้มาตรา 32 มีลักษณะเป็นข้อยกเว้นที่มีลักษณะทั่วไปสามารถปรับใช้ได้กับทุกกรณีมีความยืดหยุ่นเหมาะสมกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วด้วยเหตุผลความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี ซึ่งการกำหนดเช่นนี้ทำให้ UDC ที่ไม่อาจไม่ได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติที่ได้รับการยกเว้นโดยเฉพาะสามารถอ้างมาตรา 32 เพื่อได้รับความคุ้มครองไม่ให้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ หากพิจารณาแล้วเป็นการใช้งานที่ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์ตามสมควร

2) ปรับแก้มาตรา 32 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ โดยแก้ไขให้มีความชัดเจนในหลักการตีความว่า การใช้งานไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์ตามสมควรตามวรรคแรก ต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์ใดบ้าง โดยนำหลักเกณฑ์ของสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลีมากำหนดเพิ่มเติมไว้ในวรรคสาม โดยกำหนดให้มีปัจจัยที่ต้องพิจารณาร่วมกันดังนี้

ก. วัตถุประสงค์หรือลักษณะการใช้งาน รวมถึงพิจารณาว่าเป็นการใช้งานว่าเป็นการใช้งานที่มีลักษณะเป็นผลงานแปลงรูปหรือไม่ ซึ่งการกำหนดเช่นนี้ในประเด็นจะทำให้สามารถพิจารณาถึงองค์ประกอบการใช้งานว่าเป็นการแสวงหากำไรหรือไม่ โดยควรพิจารณาขณะทำผลงานนั้นเพื่อให้สอดคล้องกับธรรมชาติของผลงาน UDC ที่สามารถสร้างรายได้จากการเข้าชมแก่ผู้ทำผลงาน UDC ได้ เมื่อผลงานนั้นเป็นที่นิยม แม้ผู้ทำจะไม่ได้ประสงค์จะแสวงหากำไรก็ตาม

และการกำหนดถึงการพิจารณาว่าความแปดงรูปของผลงาน เป็นไปเพื่อยืนยันได้ว่า สิทธิของผู้ใช้งานจะได้รับความคุ้มครองหากผลกระทบต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ผลงานต้นฉบับมีน้อยลง จากการใช้งานผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อทำผลงานแปดงรูป อันเป็นสิ่งที่ควรให้ความคุ้มครองให้ผู้ใช้งานสามารถใช้ผลงานดังกล่าวเพื่อส่งเสริมให้เกิดผลงานสร้างสรรค์ทางศิลปะและวิทยาศาสตร์ อันเป็นวัตถุประสงค์ของการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ ซึ่งการกำหนดให้ชัดเจนนี้ทำให้ศาลไทยต้องพิจารณาถึงความแปดงรูปของผลงานที่เพิ่มขึ้น โดยไม่ให้น้ำหนักหรือพิจารณาเพียงลักษณะการใช้งานว่าแสวงหากำไรหรือไม่ อันอาจทำให้ผลงาน UDC ที่แม้จะไม่ได้ส่งผลเสียต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์ เนื่องจากเป็นผลงานแปดงรูปไม่ได้รับความคุ้มครองได้

ข. พิจารณาลักษณะของผลงานที่มีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้ อันเป็นการกำหนดสอดคล้องกับสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลี เพื่อให้ความคุ้มครองในระดับที่สูงกว่าสำหรับผลงานสร้างสรรค์อันเป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์

ค. พิจารณาถึงจำนวนหรือความสำคัญของสัดส่วนที่นำมาใช้เทียบกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้ทั้งหมด โดยต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์การใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ด้วย เนื่องจากการกำหนดให้ต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์การใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ เป็นการกำหนดให้ศาลปรับใช้กฎหมายข้อนี้เข้ากับข้อเท็จจริงเฉพาะแต่ละกรณีโดยต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์การใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ ทำให้สามารถให้ความคุ้มครอง UDC ที่แม้ส่วนมากจะนำส่วนสำคัญหรือผลงานอันมีลิขสิทธิ์ในสัดส่วนที่มาใช้ แต่ก็เป้นสัดส่วนที่เหมาะสมสำหรับการทำตามวัตถุประสงค์นั้น ๆ ได้รับความคุ้มครองในกรณีที่พิจารณาประกอบกับปัจจัยอื่นแล้วเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม

ง. พิจารณาถึงผลกระทบต่อตลาดหรือมูลค่าของงานอันมีลิขสิทธิ์ ซึ่งสอดคล้องกับสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลี เพื่อให้ศาลสามารถพิจารณาการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้เป็นรายกรณี สามารถใช้ปัจจัยนี้ในการหาสมดุลระหว่างการให้ความคุ้มครองประโยชน์ทางเศรษฐกิจอันเป็นหัวใจหลักของการให้ความคุ้มครองต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ได้สร้างสรรค์ผลงาน หากศาลพิจารณาว่าเป็นการใช้งานที่ไม่ส่งผลกระทบต่อตลาดหรือมูลค่าของงานอันมีลิขสิทธิ์ในทางลบแล้ว หรือเป็นผลในทางบวก ศาลก็สามารถพิจารณาให้การใช้งานนั้นเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมได้รับความคุ้มครองไม่ให้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้

นอกจากนี้การเสนอปรับแก้ไขมาตรา 32 จะทำให้ต้องแก้ไขข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในมาตราอื่น ที่กำหนดให้ต้องเป็นการกระทำที่ได้ปฏิบัติตามมาตรา 32 วรรคหนึ่ง เพื่อให้ได้รับยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ได้แก่ มาตรา 32/4 – 36 และมาตรา 43 โดยต้องแก้ไขให้ต้องพิจารณาถึงมาตรา 32 วรรคสามว่าด้วยเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาการกระทำที่เป็นไปตามมาตรา

32 วรรคแรกประกอบการตีความด้วย ผู้เขียนจึงเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 32/4 – 36 และมาตรา 43 โดยเป็นการเพิ่มถ้อยคำในลักษณะที่ว่า “...ได้ปฏิบัติตามมาตรา 32 วรรคหนึ่งและวรรคสาม”

โดยสรุป หากมีการแก้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ตามที่ผู้เขียนได้เสนอในข้อ (1) และ (2) นั้นจะทำให้ผลงาน UDC ได้รับความคุ้มครองมากขึ้นอย่างมาก โดยหากผลงานใดเป็นไปตามเงื่อนไขตามข้อเสนอแนะในข้อ (1) แล้วก็ย่อมสามารถได้รับความคุ้มครองยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้เลยโดยไม่ต้องพิสูจน์เป็นรายกรณี อันอาจใช้ระยะเวลาในการดำเนินการที่นานกว่าและอาจมีค่าใช้จ่ายในการดำเนินการที่สูงกว่า อันเป็นการส่งเสริมให้ผู้ทำ UDC กล้าที่จะทำผลงานสร้างสรรค์ออกมามากยิ่งขึ้น เนื่องจากมีความแน่นอนและชัดเจนทางกฎหมายว่าหากทำครบตามเงื่อนไขแล้วย่อมไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ทำให้มีการสร้างสรรค์ผลงานมากยิ่งขึ้นตามวัตถุประสงค์ แต่หากผู้ทำ UDC ไม่อาจได้รับความคุ้มครองตามการปรับแก้ไขกฎหมายตามข้อเสนอแนะข้อ (1) แล้ว การกระทำ UDC กรณีดังกล่าวก็อาจได้รับความคุ้มครองหากพิจารณาตามปัจจัยต่าง ๆ ตามที่เสนอแนะในข้อ (2) แล้วเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม โดยสามารถอ้างมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ในฐานะบทบัญญัติทั่วไปในการให้ความคุ้มครองการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ อันจะส่งเสริมการให้ความคุ้มครองผลงาน UDC อันเป็นการแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ของผู้ใช้งานและมีมูลค่าทางเศรษฐกิจ

วิวัฒนาการความผิดที่กระทำต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อย*

Evolution of Property Offences Committed Against
Low-Value Properties

นัชชา ช่างเก็บ
Natcha Changkep

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: younglaw3@hotmail.com
(Received: May 31, 2023; Revised: July 5, 2023; Accepted: July 19, 2023)

บทคัดย่อ

การกระทำความผิดต่อทรัพย์สิน เป็นการกระทำความผิดที่พบมากในสังคมไทย แต่มีลักษณะการกระทำความผิดและสร้างความเสียหายที่เกิดกับสังคมแตกต่างกันออกไป โดยเฉพาะการกระทำความผิดต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อยกับการกระทำความผิดต่อทรัพย์สินที่มีมูลค่าหรือราคาจำนวนมาก ที่สร้างความเสียหายในระดับร้ายแรง ซึ่งผู้กระทำความผิดมักมีมูลเหตุจูงใจหรือวัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายกระทำแตกต่างกัน แต่กลับพบว่าตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย มิได้มีการแบ่งแยกความผิดต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อยไว้โดยเฉพาะ ทำให้ผู้กระทำความผิดต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อย ซึ่งถือเป็นความผิดอาญาที่ไม่ร้ายแรง ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้ที่กระทำความผิดต่อทรัพย์สินในลักษณะอื่น ซึ่งไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนกับความผิด

ผลจากการศึกษาวิวัฒนาการความผิดต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อยตั้งแต่อดีตถึงปัจจุบันของทั้งกฎหมายไทย กฎหมายของจักรวรรดิโรมัน กฎหมายของประเทศอินเดีย อังกฤษ และจีน พบว่า แนวคิดเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อยปรากฏตั้งแต่ยุคก่อน

* บทความวิจัยนี้เป็นส่วนหนึ่งและเรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์เรื่อง “วิวัฒนาการความผิดที่กระทำต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อย” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

คริสตกาล โดยเป็นการกระทำต่อทรัพย์สินของบุคคลธรรมดา เช่น พืชหรือสัตว์ที่ใช้ในการบริโภค โดยผู้กระทำความผิดจะได้รับเพียงโทษปรับหรือชดเชยค่าเสียหายเท่านั้น ต่อมาเมื่อสังคมแต่ละประเทศเจริญพัฒนามากขึ้น แนวคิดเกี่ยวกับการกระทำต่อทรัพย์สินอันมีราคาเล็กน้อย ได้เปลี่ยนแปลงไปจากปัจจัยทางด้านเศรษฐกิจ การบังคับใช้กฎหมาย หรือการเลือกดำเนินนโยบายทางอาญา เป็นต้น ซึ่งประเทศอังกฤษ อินเดีย และจีน ยังคงกำหนดฐานความผิดต่อทรัพย์สินอันมีราคาเล็กน้อยไว้เป็นบทบัญญัติเฉพาะตั้งแต่อดีตถึงปัจจุบัน

คำสำคัญ : ความผิดต่อทรัพย์สิน, ความผิดเล็กน้อย, หลักความได้สัดส่วน, ประวัติศาสตร์กฎหมาย, การกำหนดความผิดทางอาญา

Abstract

Property offences are prevalent in Thailand, but the characteristics of the commission and the harm inflicted on society differ, particularly between offences committed against low-value properties and those involving high-value or large-scale properties. The latter category causes significant harm, and the perpetrators often have different motives or intended objects. However, it has been observed that Thailand's Penal Code does not specifically differentiate between offences committed against low-value properties, resulting in perpetrators who commit such offences, which are not considered serious crimes, being subjected to the same punishment as those who commit offences against other types of property. This practice does not adhere to the principle of proportionality.

The study findings regarding offences committed against low-value properties in Thai law, Roman Empire law, Indian law, English law, and Chinese law, spanning from the past to the present, suggest that legislation of these offences should be applied to the offence of theft. The reason is that the pattern of committing theft is relatively straightforward, lacking elements of force or deception that would imply the perpetrator's *mens rea* (criminal intent). To ensure clear enforcement, legislators must establish precise criteria for determining what constitutes "low-value" property. The mitigating factor related to commission against one's will or due to

unbearable poverty should also be eliminated as it leads to interpretation issues and contradicts the historical development of offences committed against low-value properties, as this factor has not been present in such offences. During the legislative process for offences committed against low-value properties, legislators should consider all relevant factors, including proportionality and concepts from criminology.

Keywords : Property Offences, Minor Offences, Principle of Proportionality, Legal History, Criminalization

1. บทนำ

ปณินญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 17 รับรองสิทธิในการครอบครองทรัพย์สินของบุคคลโดยมนุษย์ทุกคนมีสิทธิที่จะเป็นเจ้าของทรัพย์สินของตนเองหรือเป็นเจ้าของร่วมกับผู้อื่น และมีสิทธิที่จะครอบครองทรัพย์สินดังกล่าว โดยไม่อาจถูกพรากไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายได้¹ ซึ่งประเทศไทยได้รับรองสิทธิในทรัพย์สินดังกล่าวไว้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 37 ว่า บุคคลย่อมมีสิทธิในทรัพย์สิน ชอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นว่านี้ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ² ในส่วนของประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยความผิดและโทษ ได้กำหนดรับรองสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลไว้เช่นกัน ดังปรากฏในบทบัญญัติ ภาค 2 ความผิด ลักษณะ 12 ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ ซึ่งการกระทำความผิดต่อทรัพย์ในแต่ละลักษณะได้สร้างมูลค่าความเสียหายในแต่ละกรณีแตกต่างกัน

ช่วงที่ประเทศไทยประสบภาวะเศรษฐกิจตกต่ำได้ส่งผลต่อการดำรงชีวิตหรือความเป็นอยู่ของประชาชน โดยประชาชนส่วนมากประสบปัญหาการว่างงานและความยากจน ซึ่งเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้บุคคลตัดสินใจที่จะก่ออาชญากรรม ดังจะเห็นได้จากการที่มีการกระทำความผิดต่อ

¹ ปณินญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 17

(1) ทุกคนมีสิทธิที่จะเป็นเจ้าของทรัพย์สินโดยลำพังตนเองเช่นเดียวกับโดยร่วมกับผู้อื่น

(2) บุคคลใด ๆ ที่จะถูกริบทรัพย์สินโดยพลการไม่ได้

² มาตรา 37 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

บุคคลย่อมมีสิทธิในทรัพย์สินและการสืบมรดก

ชอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นว่านี้ ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

ทรัพย์สินจำนวนมาก โดยเป็นการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์มากที่สุด³ ซึ่งการกระทำความผิดส่วนใหญ่มักเป็นการกระทำต่อทรัพย์สินที่มีมูลค่าเล็กน้อย เช่น แม่ลักขนมปังและน้ำอัดลมราคาไม่เกิน 100 บาท ในร้านสะดวกซื้อให้ลูกกิน เนื่องจากไม่มีเงินเพียงพอ⁴ หรือกรณีขายหนุ่มตงงานลักอาหารแซ่แข็ง บะหมี่กึ่งสำเร็จรูป และน้ำดื่มจากร้านสะดวกซื้อ เพื่อนำไปใช้กินประทังชีวิตกับพ่อ⁵ เป็นต้น ซึ่งการกระทำความผิดเหล่านี้ พบว่า ทรัพย์สินที่ถูกเอาไปนั้นมีมูลค่าหรือราคาเพียงเล็กน้อย แต่ผู้กระทำความผิดต้องถูกดำเนินคดีเช่นเดียวกับผู้ที่กระทำความผิดต่อทรัพย์สินที่มีมูลค่าหรือราคาที่สูงกว่า

กรณีการกระทำความผิดต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อย พบว่า ประมวลกฎหมายอาญามีการบัญญัติถึงเพียงกรณีเดียวเท่านั้น คือ การลักทรัพย์ที่ประกอบด้วยเหตุฉ้อโกง ตามมาตรา 335 วรรคท้าย⁶ โดยหากผู้กระทำความผิดฐานลักทรัพย์ที่มีเหตุฉ้อโกงตามมาตรา 335 ที่กระทำไปโดยความจำใจหรือความยากจนเหลือทนทาน และทรัพย์สินนั้นมีราคาเล็กน้อย ศาลมีอำนาจใช้ดุลยพินิจลงโทษผู้กระทำความผิดตามระวางโทษที่กำหนดไว้ในมาตรา 334 ก็ได้ คือ จำคุกไม่เกินสามปี และปรับไม่เกินหกหมื่นบาท ขณะที่ผู้กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 335 ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงห้าปี และปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงหนึ่งแสนบาท

เมื่อได้ศึกษากฎหมายตราสามดวง ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น พบว่า มีการแบ่งระดับความร้ายแรงของการกระทำความผิดและโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดเป็นลำดับขั้นต่าง ๆ ได้แก่ อุกฤษฎ์โทษ มหันตโทษ มัชฌิมโทษ และลหุโทษ ผู้กระทำความผิดจะได้รับบทลงโทษที่หนักและเบาแตกต่างกันไปตามความร้ายแรงของการกระทำความผิด โดยการกระทำต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อยที่ถือเป็นความผิดลหุโทษ มักเป็นการกระทำความผิดลักพืช ผัก หรือผลไม้ ซึ่งผู้กระทำความผิดต้องระวางเพียงโทษปรับเท่านั้น⁷ เป็นต้น ต่อมา เมื่อมีการบังคับใช้

³ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ, รายงานประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2563 เรื่อง สถิติคดีอาญาทั่วราชอาณาจักร ประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2563, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ตำรวจ, 2563), หน้า 115-117.

⁴ ข่าวสดออนไลน์, “สาวร่ำไห้ ลูกหิวไม่มีเงินซื้อ ก่อเหตุขโมยขนมปัง เผยไม่ได้ตั้งใจทำร้ายพง.” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://www.khaosod.co.th/around-thailand/news_6834824. [30 เมษายน 2565]

⁵ CHIANG MAI NEWS, “สลดพิษโควิด หนุ่มตงงานไม่มีเงิน ต้องแอบขโมยมาจากร้านสะดวกซื้อ ประทังชีวิตกับพ่อ แต่ภาพวงจรปิดจับเหตุการณ์ตอนก่อเหตุได้ สุดท้ายต้องถูกจับกุมดำเนินคดี” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.chiangmainews.co.th/page/archives/1670056> [30 เมษายน 2565]

⁶ มาตรา 335 วรรคท้าย ประมวลกฎหมายอาญา “ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรานี้ เป็นการกระทำความผิดจำใจหรือความยากจนเหลือทนทาน และทรัพย์สินนั้นมีราคาเล็กน้อย ศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 334 ก็ได้”

⁷ กฎหมายตราสามดวง พระอัยการลักขโมยโจรบทที่ 121 “ผู้ใดลักหมาก 1 – 10 ทะลาย ให้เอาไหมสามทะลาย ทะลายหนึ่งเป็นเบี้ย 25000 ถ้าลักมะพร้าวทะลายหนึ่งให้ไหมเป็นเบี้ย 15000 ถ้าลักกล้วยเครือหนึ่งให้ไหมเป็นเบี้ย 15000”

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 แนวคิดเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อทรัพย์สินอันมีราคาเล็กน้อยยังคงปรากฏอยู่ตาม มาตรา 292⁸ ซึ่งบัญญัติถึงการลักเก็บผลไม้หรือพันธุ์ไม้ ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษเบากว่าการลักทรัพย์ทั่วไป โดยเป็นแนวคิดเช่นเดียวกับที่ปรากฏในกฎหมายตราสามดวง

แนวคิดเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อทรัพย์สินอันมีราคาเล็กน้อยได้เปลี่ยนแปลงไปเมื่อมีการบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญา กล่าวคือ ฐานความผิดที่กำหนดเกี่ยวกับทรัพย์สินอันมีราคาเล็กน้อย เช่น การลักเก็บผลไม้หรือพันธุ์ไม้ถูกยกเลิก โดยปรากฏเพียงกรณีการลักทรัพย์ที่ประกอบด้วยเหตุฉกรรจ์ ตามมาตรา 335 วรรคท้าย เท่านั้น ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ให้ศาลใช้ดุลยพินิจว่าจะลดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดที่กระทำไปเพราะความจำใจหรือความยากจนหรือไม่เท่านั้น ทำให้ผู้กระทำความผิดต่อทรัพย์สินอันมีราคาเล็กน้อย ต้องระวางโทษเท่ากับผู้ที่กระทำความผิดต่อทรัพย์สินในลักษณะอื่น

บทความนี้จึงมุ่งศึกษาหลักการหรือทฤษฎีเกี่ยวกับการกำหนดความผิดต่อทรัพย์สินอันมีราคาเล็กน้อย วิวัฒนาการความผิดต่อทรัพย์สินอันมีราคาเล็กน้อยของประเทศไทย จักรวรรดิโรมัน ประเทศอินเดีย ประเทศอังกฤษ และประเทศจีน ในช่วงเวลาต่าง ๆ เพื่อทราบถึงปัจจัยที่ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลง อันแสดงให้เห็นถึงที่มาและเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมาย เพื่อนำมาเป็นข้อเสนอแนะในการกำหนดฐานความผิดต่อทรัพย์สินอันมีราคาเล็กน้อยต่อไปในอนาคต

2. ระเบียบวิธีวิจัย

2.1 วัตถุประสงค์ของการวิจัย การวิจัยนี้ได้กำหนดวัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัยได้ 3 ประการ ดังนี้

- (1) เพื่อศึกษาแนวคิดการกำหนดความผิดต่อทรัพย์สินอันมีราคาเล็กน้อยของประเทศไทยในแต่ละยุคสมัย รวมทั้งแนวคิดของกฎหมายต่างประเทศ
- (2) เพื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบการกำหนดความผิดและบทลงโทษสำหรับการกระทำความผิดต่อทรัพย์สินอันมีราคาเล็กน้อยของประเทศไทยและต่างประเทศ
- (3) เพื่อเสนอแนะแนวทางในการกำหนดความผิดต่อทรัพย์สินอันมีราคาเล็กน้อยให้สอดคล้องกับความร้ายแรงของการกระทำความผิด

⁸ มาตรา 292 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

“ผู้ใดบังอาจลักเก็บผลไม้ หรือพันธุ์ไม้ที่มีประโยชน์อย่างใดใด ที่เขาปลูกไว้ในเรือสวนไร่นา ท่านว่ามีความผิดต้องระวางโทษจำคุกเป็นสามสถานคือ สถานหนึ่งให้จำคุกไม่เกินกว่าสามเดือน สถานหนึ่งให้ปรับไม่เกินกว่าสองร้อยบาท สถานหนึ่งให้ลงโทษทั้งจำทั้งปรับเช่นว่ามาแล้วด้วยกัน”

2.2 สมมติฐานการวิจัย การกำหนดการกระทำความผิดต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อยย่อมมีความแตกต่างกันไปตามแต่ละยุคสมัย โดยในยุคก่อนกฎหมายสมัยใหม่ การกำหนดฐานความผิดมักผูกพันอยู่กับวิถีการดำรงชีวิตของประชาชน การให้ความคุ้มครองต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อย จึงมักเป็นการห้ามการกระทำต่อพืช ผัก ผลไม้ หรือสัตว์ที่ใช้ในการบริโภค ต่อมาเมื่อสังคมมีการเจริญมากยิ่งขึ้นจนเข้าสู่ยุคกฎหมายสมัยใหม่วิถีการดำรงชีวิตของประชาชนก็ได้เปลี่ยนแปลงไป ประกอบกับหลักการหรือแนวคิดทางกฎหมายก็ได้รับการพัฒนามากยิ่งขึ้น ซึ่งส่งผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงต่อการกำหนดฐานความผิดต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อย

2.3 ขอบเขตของการศึกษา บทความวิจัยฉบับนี้ มุ่งศึกษาการกำหนดความผิดที่กระทำต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อย ตามที่ปรากฏในศิลาจารึกสมัยสุโขทัย มังรายศาสตร์ กฎหมายตราสามดวง กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ประมวลกฎหมายอาญา และกฎหมายของจักรวรรดิโรมัน ประเทศอินเดีย ประเทศอังกฤษ และประเทศจีน เพื่อวิเคราะห์และเสนอแนะแนวทางการกำหนดความผิดที่กระทำต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อยให้เหมาะสมต่อไป

2.4 วิธีในการดำเนินงานวิจัย บทความวิจัยฉบับนี้ใช้วิธีการวิจัยทางเอกสาร โดยทำการศึกษาค้นคว้าจากเอกสารของประเทศไทยและต่างประเทศ บทบัญญัติของกฎหมาย ตำรา หนังสือ บทความ รายงานการวิจัย ข้อมูลจากเครือข่ายอินเทอร์เน็ต และเอกสารอื่นที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความผิดที่กระทำต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อย เพื่อนำมาศึกษา วิเคราะห์ และเปรียบเทียบการกำหนดความผิดที่กระทำต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อยให้เหมาะสมต่อไป

2.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ มีจำนวน 3 ประการ ดังนี้

- (1) ทำให้ทราบถึงแนวคิดการกำหนดความผิดต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อยของประเทศไทยในแต่ละยุคสมัย รวมทั้งแนวคิดของกฎหมายต่างประเทศ
- (2) ทำให้สามารถวิเคราะห์ เปรียบเทียบการกำหนดความผิดและบทลงโทษสำหรับการกระทำความผิดต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อยของประเทศไทยและต่างประเทศ
- (3) ทำให้สามารถเสนอแนะแนวทางการกำหนดความผิดต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อยของประเทศไทย ให้สอดคล้องและได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของการกระทำความผิด

3. แนวคิดและทฤษฎี

ประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกประสบปัญหาการกำหนดความผิดทางอาญามากเกินความจำเป็น (Overcriminalization) ทำให้มีแนวคิดที่จะจำกัดความรับผิดทางอาญามากขึ้น โดยเปลี่ยนเป็นความรับผิดในลักษณะอื่นแทน⁹ ซึ่งการกระทำผิดต่อทรัพย์อันมีราคาเล็กน้อย ในแง่มุมหนึ่งถือเป็นการกระทำละเมิดต่อสิทธิในทรัพย์ของผู้อื่น แต่ในอีกแง่มุมหนึ่ง การกระทำต่อทรัพย์อันมีราคาเล็กน้อย ถือเป็นการละเมิดเล็กน้อย (Minor Offences) เนื่องจากทรัพย์ที่ถูกเอาไปมีราคาเพียงเล็กน้อย และสร้างความเสียหายในวงแคบ จึงต้องศึกษาทฤษฎีหรือแนวคิดที่เกี่ยวกับการกำหนดความผิดทางอาญาและบทลงโทษรวมถึงทฤษฎีทางอาชญาวิทยาเพื่อนำมาวิเคราะห์และกำหนดความรับผิดสำหรับการกระทำต่อทรัพย์อันมีราคาเล็กน้อยให้เหมาะสมต่อไป

3.1 แนวคิดการกำหนดความผิดทางอาญาที่กระทำต่อทรัพย์อันมีราคาเล็กน้อย

การกำหนดความผิดทางอาญาสำหรับการกระทำต่อทรัพย์อันมีราคาเล็กน้อย อาจพิจารณาได้ตามแนวคิดหรือทฤษฎี ดังนี้

3.1.1 แนวคิดทางศีลธรรมของสังคม (Legal Moralism)

แนวคิดทางศีลธรรมของสังคม (Legal Moralism) มีแนวคิดว่าการกระทำใดจะเป็นความผิดทางอาญาจะต้องนำมาตราฐานทางศีลธรรมมาพิจารณาประกอบด้วยเสมอ โดยการกระทำที่ถูกกำหนดเป็นความผิดทางอาญา จะต้องเป็นการฝ่าฝืนมาตรฐานทางศีลธรรมอย่างร้ายแรง ซึ่งการกระทำใดที่ควรถูกกำหนดเป็นความผิดทางอาญา อาจพิจารณาได้จากหลักเกณฑ์ต่อไปนี้ ได้แก่ ประการแรก บุคคลในสังคมส่วนรวมต้องเห็นพ้องต้องกันว่าการกระทำดังกล่าวผิดมาตรฐานทางศีลธรรมของสังคมนั้น การกระทำนั้นสมควรได้รับการประณามหรือตำหนิ โดยไม่ต้องคำนึงถึงผลลัพธ์ของการกระทำนั้น การกำหนดความผิดทางอาญาและโทษ ควรสอดคล้องกับความร้ายแรงของการกระทำผิดนั้น เพื่อให้เป็นไปตามหลักการประณามเพื่อเป็นเยี่ยงอย่างและความยุติธรรมและผู้กระทำความผิดจะต้องมีจิตใจที่ชั่วร้าย ซึ่งเป็นการกระทำโดยเจตนาฝ่าฝืนมาตรฐานทางศีลธรรมของสังคม¹⁰

⁹ สุภัชลี เทพหัสติน ณ อยุธยา, “กฎหมายอาญาเพื่อ”, วารสารสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 44, 2 (2561), หน้า 9-10.

¹⁰ Thomas Yeon, “An Examination of the Practicability of Antony Duff and John Gardner’s Legal Moralism as a Basis of Criminalisation in Cotemporary English Criminal Law”, in *LSE Law Review*, 5 (2020), p.157-159.

3.1.2 แนวคิดอรรถประโยชน์นิยม (Utilitarianism)

การกำหนดความผิดทางอาญาตามแนวคิดอรรถประโยชน์นิยม จะคำนึงประโยชน์ที่สังคมจะได้รับมากกว่าเรื่องของปัจเจกบุคคล การละเมิดสิทธิส่วนบุคคลโดยการนำบทลงโทษทางอาญามาใช้บังคับ เพื่อควบคุมพฤติกรรมของบุคคลในสังคม จึงสามารถกระทำได้ เพื่อให้คนในสังคมส่วนรวมมีความสุขสูงสุด การกำหนดความผิดทางอาญาจึงต้องสร้างประโยชน์ต่อสังคมมากกว่าสิ่งที่สังคมต้องเสียไป¹¹ กล่าวคือ การนำผู้กระทำความผิดเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญา รัฐต้องเสียต้นทุนค่าใช้จ่ายในด้านต่าง ๆ ได้แก่ การจัดซื้ออุปกรณ์ควบคุมตัวผู้ต้องหา ยานพาหนะในการดำเนินงาน หรือค่าอาหารของผู้ต้องขัง เป็นต้น ค่าใช้จ่ายต่าง ๆ เหล่านี้ ถือเป็นต้นทุนที่รัฐต้องเสียไปเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายและรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมทั้งสิ้น ดังนั้น การกำหนดความผิดทางอาญาจะต้องคุ้มค่าหรือสร้างประโยชน์ให้แก่รัฐมากกว่าค่าใช้จ่ายที่รัฐต้องเสียไป

3.1.3 หลักเกณฑ์ว่าด้วยการจำกัด (Limiting Principles)

หลักเกณฑ์ว่าด้วยการจำกัด มีแนวคิดหลักว่า การกำหนดความผิดทางอาญาไม่ควรถูกนำมาใช้สำหรับวัตถุประสงค์ที่เฉพาะเจาะจง หรือสถานการณ์บางประการที่ไม่เหมาะสม โดยซีซาร์ เบ็คคาเรีย (Cesare Beccaria) ถือเป็นผู้ริเริ่มหลักเกณฑ์ว่าด้วยการจำกัดนี้ โดยเบ็คคาเรียเห็นว่ากฎหมายอาญาไม่ควรเป็นเพียงข้อห้ามที่ผู้ฝ่าฝืนจะต้องได้รับโทษที่เป็นการแก้แค้นทดแทนเท่านั้น แต่การลงโทษนั้นจะต้องนำมาซึ่งประโยชน์ด้วย แนวคิดของเขาได้รับการพัฒนาต่อมาโดยเจเรมี เบนธัม (Jeremy Bentham) เบนธัมเห็นว่า การกระทำที่ควรถูกกำหนดเป็นความผิดทางอาญา จะต้องเป็นการกระทำที่มีความชั่วร้ายอยู่ในตัว และกฎหมายอาญาจะต้องเป็นวิธีการสุดท้ายที่นำมาใช้ เมื่อไม่มีวิธีอื่นใดที่จะนำมาใช้ได้อีกแล้ว โดยการลงโทษต้องก่อให้เกิดประโยชน์มากกว่าผลเสียที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดนั้น¹²

3.2 การกำหนดบทลงโทษสำหรับความผิดอาญาที่กระทำต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อย

การพิจารณาบทลงโทษให้เหมาะสมกับการกระทำความผิดต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อย อาจพิจารณาได้จากสองแง่มุม คือการพิจารณาบุคคลที่กระทำความผิด และความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดนั้น ดังนี้

¹¹ Tim Mulgan, *Understanding Utilitarianism*, (Stocksfield U.K.: Routledge, 2007), p.8-10.

¹² อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, *ทฤษฎีอาญา ทฤษฎีโทษ และกระบวนการขึ้นพื้นฐาน*, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2562), หน้า 51-57.

3.2.1 หลักการกำหนดโทษให้ได้สัดส่วนกับความผิด (Principle of Proportionality)

นักอาชญาวิทยาสำนักคลาสสิก (Classical School) มีแนวคิดว่าคุณคนทุกคนมีอิสระในการตัดสินใจกระทำสิ่งต่าง ๆ (Free Will) รวมทั้งการตัดสินใจในการก่ออาชญากรรม ดังนั้น เมื่อได้กระทำการใดไปแล้ว บุคคลนั้นก็ต้องรับผลที่เกิดจากการกระทำนั้น ซึ่งผลร้ายที่เขาจะได้รับหรือบทลงโทษจะต้องได้สัดส่วนหรือเหมาะสมกับลักษณะของการกระทำความผิดหรือความร้ายแรงของการกระทำความผิดนั้น¹³ การวัดระดับความร้ายแรงของการกระทำความผิดแต่ละประเภท อาจพิจารณาได้จากปัจจัยต่าง ๆ ได้แก่ เจตนาของผู้กระทำความผิด ความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ และผลกระทบต่อการใช้ชีวิต เช่น การทำร้ายร่างกายมีความร้ายแรงกว่าการลักทรัพย์ เพราะการที่ผู้เสียหายถูกทำร้ายร่างกาย ทำให้ไม่สามารถไปทำงานได้ตามปกติ หรือไม่สามารถช่วยเหลือตนเองได้ ขณะที่ผู้เสียหายจากการลักทรัพย์ยังสามารถดำเนินชีวิตได้ตามปกติ เพียงแต่ได้รับความเสียหายทางทรัพย์สินเท่านั้น¹⁴

3.2.2 หลักการกำหนดโทษให้ได้สัดส่วนกับผู้กระทำความผิด (Individualization of Punishment)

การกำหนดบทลงโทษควรพิจารณาให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละบุคคล แม้เป็นการกระทำความผิดลักษณะเดียวกันก็ไม่สมควรลงโทษเหมือนกัน หากผู้กระทำความผิดมีความรู้สึกผิดชอบที่แตกต่างกัน จนส่งผลต่อการกำหนดเจตจำนงอิสระในการกระทำความผิดของบุคคลนั้น

1) แนวคิดเจตจำนงประสงค์ (Determinism) มีแนวคิดว่าคุณแวดล้อมที่อยู่ภายนอกของแต่ละบุคคลส่งผลต่อการตัดสินใจของบุคคลเหล่านั้น ซึ่งบุคคลแต่ละคนก็พบเจอสภาพแวดล้อมที่แตกต่างกันไป ซึ่งส่งผลให้บุคคลนั้นกระทำความผิด ดังนั้น การกำหนดบทลงโทษ โดยใช้หลักเกณฑ์เดียวกันสำหรับทุกคน จึงไม่มีความเหมาะสมและเป็นธรรม เพราะการที่มนุษย์ตัดสินใจกระทำความผิด ส่วนหนึ่งเป็นเพราะอิทธิพลจากสภาพแวดล้อม เขาจึงไม่ควรรับผิดชอบในการกระทำนั้นทั้งหมด

2) ทฤษฎีความชั่ว (Nulla Poena Sine Culpa) ถือหลักความชั่วในการพิจารณาลงโทษผู้กระทำความผิด หากผู้กระทำความผิดกระทำไปเพราะความจำเป็นหรือถูกบังคับ กฎหมายก็ไม่ควรจะบังคับกับบุคคลเหล่านั้น¹⁵

¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 218-219.

¹⁴ Andrew von Hirsch, *Censure And Sanctions*, (New York: Oxford University Press, 2555), p.29-35.

¹⁵ อัจฉริยา ชูตินันท์, *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา*, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2563), หน้า 221-225.

3.3 สาเหตุทางอาชญาวิทยาเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อย

การกระทำความผิดของอาชญากรย่อมเกิดจากการคิดและตัดสินใจกระทำของบุคคลนั้น ซึ่งเป็นผลมาจากทั้งปัจจัยภายในและภายนอกของบุคคลดังกล่าวที่กระตุ้นให้เขากระทำความผิด ดังนี้

3.3.1 ทฤษฎีว่าด้วยเศรษฐกิจ

คาร์ล มาร์กซ์ (Karl Marx) มีแนวคิดที่ว่า ระบบเศรษฐกิจเป็นสิ่งสำคัญที่ก่อให้เกิดอาชญากรรม หากต้องการที่จะลดอัตราการเกิดอาชญากรรม ต้องเปลี่ยนแปลงโครงสร้างทางสังคม เพื่อให้พื้นฐานทางเศรษฐกิจและระบบอื่น ๆ ของสังคมดีขึ้น โดยแนวคิดของมาร์กซ์ ได้รับการสนับสนุนจากวิลเลม บองเช (Willem Bonger) ซึ่งบองเชได้มีการศึกษาเพิ่มเติมและพบว่า สังคมที่มีการแข่งขันทางเศรษฐกิจอย่างมากโดยผู้ประกอบธุรกิจมุ่งคำนึงถึงแต่กำไร และขาดความรับผิดชอบต่อสังคม ย่อมก่อให้เกิดปัญหาต่าง ๆ ตามมา ทั้งความขัดแย้งระหว่างชนชั้น และความเหลื่อมล้ำทางสังคมที่เพิ่มมากขึ้น จึงพบว่าอาชญากรส่วนใหญ่ที่กระทำความผิดมักเป็นคนที่ตกงานหรือประสบปัญหาความยากจน¹⁶

3.3.2 ทฤษฎีความกดดันทางสังคม

โรเบิร์ต แอควิน (Robert Agnew) ได้แบ่งสาเหตุของความกดดันที่ทำให้บุคคลอาจก่ออาชญากรรมออกเป็น 3 ประการ ได้แก่ ความกดดันที่เกิดจากการไม่ได้รับสิ่งที่คาดหวัง ความกดดันที่เกิดจากการสูญเสียสิ่งมีค่า เช่น การสูญเสียหน้าที่การงาน หรือ การสูญเสียทรัพย์สิน เป็นต้น หรือความกดดันที่เกิดจากการประสบเหตุการณ์ที่ร้ายแรง เช่น การถูกล้อเลียนปมด้อย หรือการถูกข่มเหงรังแก

การที่บุคคลจะก่ออาชญากรรมเนื่องจากความกดดันนั้น ต้องประกอบไปด้วยปัจจัยอีกสองประการ คือ เงื่อนไขที่บุคคลจะมีพฤติกรรมเบี่ยงเบน คือ สถานการณ์ที่บุคคลนั้นประสบอยู่เอื้ออำนวยหรือสนับสนุนให้บุคคลนั้นตัดสินใจประกอบอาชญากรรมหรือไม่ และปัจจัยประการที่สองคือ ความโกรธหรืออารมณ์โกรธ ดังนั้น เมื่อบุคคลใดมีปัจจัยครบทั้งสามประการ ย่อมก่อให้เกิดพฤติกรรมเบี่ยงเบนในการกระทำความผิด¹⁷

¹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 150-151.

¹⁷ พรชัย ชันดี, *ทฤษฎีอาชญาวิทยา : หลักการ งานวิจัย และนโยบายประยุกต์*, (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัดสุนทรพิลัม, 2553), หน้า 202-204.

3.3.3 ทฤษฎีหลายสาเหตุ

ฮีลีย์ (Healy) เป็นผู้เริ่มศึกษาและวางแนวคิดเกี่ยวกับทฤษฎีหลายสาเหตุ โดยมีแนวคิดที่ว่า อาชญากรรมที่เกิดขึ้นนั้นประกอบไปด้วยปัจจัยหลายอย่าง โดยแบ่งออกเป็นปัจจัยสำคัญและปัจจัยรอง ซึ่งต่อมา ซูซูกิ (Suzuki) ได้นำทฤษฎีหลายสาเหตุไปพัฒนาต่อโดยเขาเสนอแนวคิดว่าการที่บุคคลตัดสินใจก่ออาชญากรรมนั้น ประกอบไปด้วยปัจจัยต่าง ๆ 3 ประการ ได้แก่ ปัจจัยทางด้านสังคมที่ไม่เหมาะสมหรือไม่เอื้ออำนวยต่อการดำรงชีวิตของบุคคล เช่น ความยากจน การว่างงาน หรือการขาดการศึกษา เป็นต้น ปัจจัยทางด้านจิตใจ พบว่า อาชญากรส่วนหนึ่งกระทำความผิดเพราะมีปัญหาทางจิต โดยอาจเป็นมาแต่กำเนิดหรือเป็นในภายหลัง และปัจจัยสิ่งแวดล้อมทางกายภาพ เป็นปัจจัยที่เอื้อหรือทำให้อาชญากร กระทำความผิดได้ง่ายขึ้น เช่น การจัดวางสินค้าในร้านสะดวกซื้อที่สามารถหยิบจับได้ง่าย โดยไม่มีเจ้าหน้าที่ของร้านคอยดูแล หรือสถานที่ตั้งธนาคารที่อยู่ห่างไกลสถานีตำรวจ¹⁸ เป็นต้น

4. วิวัฒนาการความผิดต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อยของประเทศไทย

การศึกษาวิวัฒนาการความผิดต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อยของประเทศไทย แบ่งการศึกษาออกเป็น 2 ช่วงเวลา คือ ยุคก่อนกฎหมายสมัยใหม่ ซึ่งเป็นการศึกษาผ่านศิลาจารึกในสมัยสุโขทัย มังรายศาสตร์ของอาณาจักรล้านนา และกฎหมายตราสามดวง โดยกฎหมายทั้งสามฉบับล้วนได้รับอิทธิพลจากคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ทั้งสิ้น ทำให้การกระทำความผิดต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อยและบทลงโทษมีลักษณะใกล้เคียงกัน และการศึกษาในยุคกฎหมายสมัยใหม่ เป็นการศึกษาผ่านกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 และประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งมีการเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับความผิดต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อยอย่างมีนัยสำคัญ ดังนี้

4.1 ยุคก่อนกฎหมายสมัยใหม่ (ตั้งแต่ศตวรรษที่ 13 ถึงกลางศตวรรษที่ 19)

การศึกษาการกระทำความผิดต่อทรัพย์สินในยุคก่อนกฎหมายสมัยใหม่ เป็นการศึกษากฎหมายในช่วงศตวรรษที่ 13 ถึงกลางศตวรรษที่ 19 โดยเป็นการศึกษาผ่านศิลาจารึกในสมัยสุโขทัย และมังรายศาสตร์ของอาณาจักรล้านนาไปจนถึงกฎหมายตราสามดวงในช่วงต้นกรุงรัตนโกสินทร์

4.1.1 กฎหมายยุคกรุงสุโขทัยและอาณาจักรล้านนา

ยุคกรุงสุโขทัย ปรากฏหลักศิลาจารึกหลักที่ 38 หรือศิลาจารึกกฎหมายลักษณะโจรบัญญัติเกี่ยวกับการลักพาผู้คนหรือสิ่งของของผู้อื่น เช่น วัว ควาย ช้าง ม้า ผลไม้ หรือเชือกปอ¹⁹ เป็นต้น

¹⁸ อรรถพร ชูบำรุง, *ทฤษฎีอาชญาวิทยา*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์โอเดียนสโตร์, 2527), หน้า 111-116.

¹⁹ กรมศิลปากร, *จารึกสมัยสุโขทัย*, (กรุงเทพมหานคร: กองวรรณคดีและประวัติศาสตร์ กรมศิลปากร, 2526), หน้า 153-167.

โดยบทลงโทษที่ปรากฏตามศิลาจารึกหลักที่ 38 ได้แก่ การปรับไหม การโบย และการสักซึ่งเป็นโทษที่กำหนดไว้ในพระราชสาส์น หรือพระธรรมนูญ โดยการปรับไหมมีการกำหนดตามความหนักเบาของการกระทำความผิด²⁰ ซึ่งยังไม่ปรากฏแนวคิดเกี่ยวกับการกระทำต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อยที่ชัดเจน แต่ก็พบว่าการลักผลไม้ ซึ่งถือว่าเป็นทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อยในสมัยสุโขทัยถือว่าเป็นความผิด

อาณาจักรล้านนามีการตรากฎหมายที่เรียกว่า “มังรายศาสตร์” โดยเป็นการนำหลักในพระธรรมนูญมาปรับใช้ให้เข้ากับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น²¹ ปรากฏกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดต่อทรัพย์สินปรากฏในสองลักษณะ ได้แก่

ลักษณะลักทรัพย์และลักพา พบว่า บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อทรัพย์สินส่วนใหญ่เป็นการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับการลักทรัพย์ โดยเป็นการระบุถึงชื่อของทรัพย์สินโดยตรง เช่น การลักนก ลักไก่ หรือลักเปิด เป็นต้น ทำให้บทบัญญัติในแต่ละมาตราประกอบไปด้วยรายละเอียดของทรัพย์สินค่อนข้างมาก โดยไม่ปรากฏบทบัญญัติที่ใช้กับทรัพย์สินในลักษณะทั่วไป ซึ่งทรัพย์สินที่ได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษ ได้แก่ ข้าว โดยมีการลงโทษปรับสูงถึง 9 เท่า ขณะที่การลักเงินหรือทองคำ ผู้กระทำความผิดจะได้รับโทษเท่าใด ขึ้นอยู่กับจำนวนมูลค่าของเงินหรือทองคำที่ถูกขโมยไป²² โดยบทลงโทษที่นำมาใช้บังคับ คือ การลงโทษปรับ การชดใช้ราคาทรัพย์สิน หรือการชดใช้ราคาทรัพย์สินและลงโทษปรับ ตามราคาของทรัพย์สินที่มีการกำหนดไว้แต่ละชนิด

ลักษณะข้อน อำ และลัก ยังกำหนดการกระทำความผิดต่อทรัพย์สินโดยการระบุฐานความผิดเกี่ยวกับการเอาไปซึ่งทรัพย์สินต่าง ๆ อย่างเฉพาะเจาะจง เช่น การลักปลา ลักสุนัข ลักต้นหมาก ต้นอ้อย เป็นต้น บทลงโทษที่นำมาใช้บังคับ คือ การลงโทษปรับ การชดใช้ราคาทรัพย์สิน หรือการชดใช้ราคาทรัพย์สินและลงโทษปรับตามราคาของทรัพย์สินที่มีการกำหนดไว้แต่ละชนิดโดยเริ่มปรากฏแนวคิดของการลงโทษหนักและเบาให้เหมาะสมกับสภาพความผิด เช่น กรณีวางเพลิงเผาทรัพย์สินผู้อื่น ถ้าของที่เสียหายมีราคาถูกให้ลงโทษปรับ 330 เงิน แต่ถ้าของที่เสียหายมีราคาแพง ผู้กระทำต้องถูกลงโทษปรับสี่เท่าของราคาของนั้น²³ เป็นต้น

²⁰ กำธร กำประเสริฐ และสุเมธ จานประดับ, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยและระบบกฎหมายหลัก, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2563), หน้า 17-19.

²¹ หลวงสุทิวาหนุกฤต, คำบรรยายประวัติศาสตร์กฎหมาย ชั้นปริญญาโท, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516), หน้า 214-215.

²² เรื่องเดียวกัน, หน้า 305-321.

²³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 322-390.

บทบัญญัติตามกฎหมายทั้งสองลักษณะข้างต้น จึงปรากฏแนวคิดเกี่ยวกับการเอาไป ซึ่งทรัพย์สินอันมีราคาเล็กน้อย เช่น การลักพืช ผัก ผลไม้ หรือสัตว์ที่ใช้ในการบริโภค เป็นต้น โดยผู้กระทำความผิดจะได้รับบทลงโทษปรับหรือชดใช้ราคาตามราคาของทรัพย์สินที่มีการเอาไปเท่านั้น

4.1.2 ยุคกรุงศรีอยุธยาและรัตนโกสินทร์ตอนต้น

กฎหมายในสมัยอยุธยา ยังคงได้รับอิทธิพลจากคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ โดยกฎหมายในยุค กรุงศรีอยุธยาถูกรวบรวมไว้ในกฎหมายตราสามดวง ซึ่งมีการบังคับใช้ในสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้น ด้วยเช่นกัน²⁴ การกระทำความผิดต่อทรัพย์สินกระจัดกระจายอยู่ตามพระอัยการหลายฉบับ เนื่องจากกฎหมายในสมัยอยุธยา ยังไม่ได้มีการจัดทำในลักษณะประมวลกฎหมาย อาจจัดแบ่งการกระทำความผิดต่อทรัพย์สินตามความร้ายแรงออกได้เป็น 3 ระดับ ดังนี้

การกระทำความผิดที่มีความร้ายแรงมาก โดยมีระวางโทษประหารชีวิต ได้แก่ การลักหรือ ปล้นทรัพย์สินหลวง²⁵ การลักพระพุทธรูปหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของพระพุทธรูป²⁶ การลักทรัพย์สินหรือปล้น และฆ่าเจ้าทรัพย์สิน²⁷ หรือการเผาบ้านเมืองหรือวัด²⁸

การกระทำที่มีความร้ายแรง โดยมีระวางโทษที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย ได้แก่ การลักลอก ทองจากพระพุทธรูป ลักลอกชุดพระพุทธรูป หรือการทำลายสฤป เจดีย์ หรือวิหาร การลักทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับพระพุทธศาสนา หรือการลักทรัพย์สินของพระสงฆ์²⁹

การกระทำความผิดที่ไม่มีความร้ายแรง ปรากฏแนวคิดการกระทำต่อทรัพย์สินอันมีราคาเล็กน้อย โดยมีการกำหนดราคาของทรัพย์สินออกเป็นสามช่วง เพื่อกำหนดบทลงโทษให้เหมาะสมกับราคาของทรัพย์สิน คือ ทรัพย์สินราคาไม่เกิน 500 เปี้ย ทรัพย์สินราคาไม่เกินหนึ่งเพื้อง และทรัพย์สินราคามากกว่าหนึ่งสลึง³⁰ และบัญญัติถึงการลักทรัพย์สินชนิดต่าง ๆ อย่างเฉพาะเจาะจงดังเช่นที่ปรากฏใน มังรายศาสตร์ เช่น การลักทุเรียน หมาก มะพร้าว³¹ การลักเปิด ไก่ และปลา³² เป็นต้น บทลงโทษที่นำมาใช้บังคับ ได้แก่ การลงโทษปรับตามราคาของทรัพย์สินที่มีการกำหนดไว้

²⁴ แสวง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2557), หน้า 94-95.

²⁵ พระอัยการลักษณะอาญาหลวง บทที่ 2 และพระอัยการลักษณะโจร บทที่ 60, 67 และ 74

²⁶ พระอัยการลักษณะโจร บทที่ 47, 48 และ 52

²⁷ พระอัยการลักษณะโจร บทที่ 53, 54, 57 และ 70

²⁸ พระอัยการลักษณะโจร บทที่ 93

²⁹ พระอัยการลักษณะโจร บทที่ 49 และ 50

³⁰ พระอัยการลักษณะโจร บทที่ 116

³¹ พระอัยการลักษณะโจร บทที่ 120-122

³² พระอัยการลักษณะโจร บทที่ 117-124

4.2 ยุคกฎหมายสมัยใหม่ (ช่วงปลายศตวรรษที่ 19 ถึงปัจจุบัน)

การศึกษาการกระทำความผิดต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อยในยุคกฎหมายสมัยใหม่ เป็นการศึกษากฎหมายสองฉบับ ดังนี้

4.2.1 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

ผลจากการปฏิรูปกฎหมายในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ทำให้ประเทศไทยได้มีการตรากฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ขึ้นใช้บังคับ ซึ่งเป็นกฎหมายอาญาฉบับแรกของประเทศไทย³³ โดยมีการจัดทำในรูปของประมวลกฎหมาย ทำให้กฎหมายเป็นระบบมากขึ้น ส่งผลให้การกระทำความผิดต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อยที่เคยกระจัดกระจายอยู่ตามพระอัยการต่าง ๆ ในสมัยอยุธยาถูกยกเลิกไปเป็นจำนวนมาก แนวคิดการกระทำความผิดต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อยในช่วงนี้ปรากฏเพียงในเรื่องของการลักเก็บผลไม้ หรือพันธุ์ไม้ตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 292³⁴ เท่านั้น โดยผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษเป็นสามสถาน คือ จำคุกไม่เกินกว่าสามเดือน หรือปรับไม่เกินกว่าสองร้อยบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งมีการบัญญัติเป็นมาตราเฉพาะแยกจากการลักทรัพย์ทั่วไป

ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย ให้ความเห็นว่า หากผู้กระทำความผิดฐานลักเก็บผลไม้หรือพันธุ์ไม้ กระทำไปโดยมีเหตุฉกรรจ์ฐานลักทรัพย์ตาม มาตรา 293³⁵ ด้วย จะลงโทษตามมาตรา 293

³³ เอช เอคต์, คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2477 กฎหมายอาญา, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, 2477), หน้า 31-38.

³⁴ มาตรา 292 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

“ผู้ใดบังอาจลักเก็บผลไม้ หรือพันธุ์ไม้ที่มีประโยชน์อย่างใดใด ที่เขาปลูกไว้ในเรือสวนไร่นา ท่านว่ามีความผิด ต้องระวางโทษจำคุก เป็นสามสถานคือ สถานหนึ่งให้จำคุกไม่เกินกว่าสามเดือน สถานหนึ่งให้ปรับไม่เกินกว่าสองร้อยบาท สถานหนึ่งให้ลงโทษทั้งจำทั้งปรับเช่นว่ามาแล้วด้วยกัน”

³⁵ มาตรา 293 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

“ถ้าหากว่าการลักทรัพย์ได้กระทำประกอบด้วยเหตุอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังว่าต่อไปนี้ในมาตรานี้ คือ

- (1) ลักทรัพย์เขาในเวลาค่าคืนก็ดี
- (2) ลักทรัพย์เขาโดยปืนปาย หรือดัดช่องเข้าไปลักภายในบริเวณที่เขาทำไว้สำหรับป้องกันภัยอันตรายแก่คนหรือแก่ทรัพย์ ก็ได้
- (3) ลักทรัพย์เขาโดยมันย่องเบาเข้าทางช่องทางอันมิใช่สำหรับให้คนไปมา หรือใช้ช่องทางที่พรรคพวก หรือผู้สมรู้เป็นใจด้วยมันผู้ร้ายลอบเปิดไว้ให้ก็ดี
- (4) ลักทรัพย์เขา โดยลอบไขกุญแจด้วยลูกกุญแจที่มันมีอยู่โดยผิดกฎหมาย หรือไขด้วยเครื่องมืออย่างอื่นก็ดี
- (6) ลักทรัพย์เขา โดยอาศัยโอกาสที่เกิดเหตุอันตราย เช่นว่าในเวลาเกิดเพลิงไหม้ ดินระเบิด รถไฟชำรุด เรือเสีย หรือเวลามหาชนตื่นเหตุกลัวอันตราย เป็นต้นก็ดี
- (7) ลักทรัพย์เขา โดยมันมีสาตราวุธติดตัวไปด้วยก็ดี

ไม่ได้ เพราะบทมาตรานี้เป็นบทกฎหมายที่ผู้ร่างประสงค์จะลงโทษผู้กระทำความผิดเบาว่าการลักทรัพย์กรณีทั่วไป แต่ศาลฎีกากลับเห็นว่า หากการลักเก็บผลไม้หรือพันธุ์ไม้กระทำได้โดยประกอบด้วยเหตุฉกรรจ์ตาม มาตรา 293 แล้ว ผู้กระทำความผิดก็ต้องถูกลงโทษตามมาตรา 293³⁶

4.2.2 ประมวลกฎหมายอาญา

เมื่อบังคับใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาเป็นเวลากว่า 30 ปี รัฐบาลจอมพล ป. พิบูลสงคราม ได้พิจารณาแล้วเห็นว่า เนื้อหาและบทบัญญัติของกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เริ่มไม่สอดคล้องกับสภาพทางการเมือง การปกครอง เศรษฐกิจ และสังคมของประเทศในขณะนั้น จึงได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจแก้ประมวลกฎหมายอาญาขึ้นเมื่อ พ.ศ. 2482³⁷ คณะอนุกรรมการฯ ได้มีการพิจารณาเกี่ยวกับบทบัญญัติตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 292 เกี่ยวกับการลักเก็บผลไม้ หรือพันธุ์ไม้ ซึ่งในการพิจารณาช่วงแรก คณะอนุกรรมการฯ เห็นว่า ควรบัญญัติให้ครอบคลุมเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อยทุกชนิด โดยนำกฎหมายของประเทศสวีเดนและแลนด์มาเป็นต้นแบบ และร่างมาตรา 292 ใหม่ว่า

“ผู้ใดโดยมีความจงใจ หรือความคะนองเป็นเหตุจงใจ หรือเพื่อแก้ความอยากเอาสิ่งของอันมีค่าแต่เล็กน้อยของผู้อื่นไป เมื่อเจ้าของร้องทุกข์ มีความผิดต้องกักบริเวณ หรือชดใช้ถ้าผู้กระทำความผิดมีความทุกข์เป็นเหตุจงใจ ศาลอาจ...”³⁸

ต่อมาเมื่อคณะอนุกรรมการฯ พิจารณาร่างมาตรา 292 อีกครั้งเมื่อ พ.ศ. 2485 มีมติให้ตัดร่างมาตรา 292 เนื่องจากเห็นว่า การกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ในประเทศมีจำนวนมาก ถ้ามีการเปลี่ยนนโยบายโดยการร่างมาตรา 292 จะทำให้มีการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์มากขึ้น และทุกกรณีอาจเข้ามาตรา 292 หมด โดยศาลสามารถลงโทษผู้กระทำความผิดฐานลักทรัพย์ตามมาตรา 288

(8) ลักทรัพย์เขา โดยมันแปลงตัว หรือมอมหน้า เข้าไปลักทรัพย์ก็ดี

(9) ลักทรัพย์เขา โดยปลอมตัวเป็นผู้อื่นก็ดี

(10) ลักทรัพย์เขา โดยมันปลอมว่ามันทำตามอำนาจอันชอบด้วยกฎหมายก็ดี

(11) ลักทรัพย์เขา โดยมีพรรคพวกนับทั้งตัวมันตั้งแต่สองคนขึ้นไปก็ดี

ถ้าผู้ใดลักทรัพย์ประกอบด้วยเหตุตั้งว่ามาในมาตรานี้ใช้ ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนขึ้นไปจนถึงห้าปี และให้ปรับ ตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง”

³⁶ หุตยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2561), หน้า 430-431.

³⁷ คนพล จันทน์หอม, รากฐานกฎหมายอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2561), หน้า 115-116.

³⁸ “รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2485 ครั้งที่ 372, 125/2485,” (พระนคร สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2485)

ได้อยู่แล้ว จึงควรกำหนดไว้ในกรณีเหตุอรรถของการลักทรัพย์แทนว่าไม่ให้นำมาใช้ในการลักทรัพย์ที่มีราคาเล็กน้อยจึงได้มีการร่างมาตรา 295 ทวิ ใช้บังคับแทนว่า

“ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา 293 มาตรา 294 หรือมาตรา 295 เป็นการกระทำโดยความจำใจ ความคะนองหรือยากจนเหลือทนทาน และทรัพย์นั้นมีราคาเล็กน้อยศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดดั่งที่บัญญัติไว้ในมาตรา 288 ก็ได้”³⁹

ร่างมาตรา 295 ทวิ ดังกล่าว กลายมาเป็นบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 335 วรรคท้าย ที่ใช้บังคับในปัจจุบัน ซึ่งได้เป็นการยกเลิกฐานความผิดเฉพาะเกี่ยวกับการกระทำต่อทรัพย์อันมีราคาเล็กน้อยไปโดยสิ้นเชิง

สาเหตุหนึ่งที่อาจส่งผลต่อการเลือกดำเนินนโยบายทางอาญาของคณะอนุกรรมการฯ เนื่องมาจากช่วงที่มีการประชุมของคณะอนุกรรมการฯ ประเทศไทยอยู่ในช่วงที่เกิดสงครามโลกครั้งที่ 2 ใน พ.ศ. 2482 ถึง 2488 ซึ่งส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศไทยอย่างมาก ไทยไม่สามารถส่งสินค้าเกษตรไปขายยังต่างประเทศได้ และไม่สามารถส่งสินค้าจากต่างประเทศเข้ามาได้ด้วยเช่นกัน ทำให้สินค้าเครื่องอุปโภคบริโภคมีราคาแพงขึ้นอย่างมาก ค่าครองชีพในช่วง พ.ศ. 2481 ถึง 2488 เพิ่มขึ้นร้อยละร้อย สงครามโลกครั้งที่ 2 จึงส่งผลให้ประเทศไทยประสบปัญหาการขาดแคลนเครื่องอุปโภคบริโภค สินค้ามีราคาแพง และเงินเฟ้อ⁴⁰ ทำให้เกิดปัญหาการลักขโมยที่เพิ่มขึ้นอย่างมาก และสร้างความเดือดร้อนเพิ่มเติมให้กับประชาชนในช่วงเวลานั้น⁴¹

5. วิวัฒนาการความผิดต่อทรัพย์อันมีราคาเล็กน้อยของต่างประเทศ

การกระทำความผิดต่อทรัพย์ ถือเป็นความผิดที่มีมาตั้งแต่สังคมดั้งเดิมของทุกประเทศ การศึกษาในส่วนนี้จึงเป็นการศึกษาผ่านกฎหมายของจักรวรรดิโรมัน ประเทศอินเดีย ประเทศอังกฤษ และประเทศจีน ซึ่งมีวิวัฒนาการความผิดต่อทรัพย์อันมีราคาเล็กน้อยมาตั้งแต่ยุคโบราณจนถึงปัจจุบัน โดยเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพสังคมหรือสภาพเศรษฐกิจที่เจริญมากขึ้น โดยบางประเทศอาจมีหลักเกณฑ์ที่เหมือนกันหรือแตกต่างกันไปตามนโยบายของแต่ละประเทศ ดังนี้

³⁹ “รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2485 ครั้งที่ 376,227/2485,” (พระนคร สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2485)

⁴⁰ ชาญวิทย์ เกษตรศิริ, *ประวัติศาสตร์การเมืองไทย*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ดอกหญ้า, 2538), หน้า 244-246.

⁴¹ ศิลปวัฒนธรรม, “ชีวิตคนไทยช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 ใช้ถ่านหุงข้าวให้รกรุงังแทนน้ำมัน-โจรอาละวาดหนัก” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://www.silpa-mag.com/history/article_11854. [17 กันยายน 2565]

5.1 จักรวรรดิโรมัน

กฎหมายโรมัน ถือเป็นรากฐานของกฎหมายในระบบซีวิลลอว์ ซึ่งเป็นระบบกฎหมายที่มีความสำคัญของโลกในปัจจุบันอีกระบบหนึ่งซึ่งกฎหมายโรมันเป็นกฎหมายที่มีวิวัฒนาการมาอย่างยาวนานตั้งแต่ช่วง 753 ปีก่อนคริสตกาลจนถึงคริสต์ศตวรรษที่ 6 การพิจารณาเกี่ยวกับการกระทำ ความผิดต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อย จึงเป็นการพิจารณาตามแต่ละยุคสมัยประกอบกับบริบททางการปกครองหรือสภาพสังคม⁴²

แนวคิดเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อยปรากฏตั้งแต่ในยุคโบราณ ช่วงประมาณ 753 ถึง 509 ปี ก่อนคริสตกาล โดยการกระทำความผิดต่อทรัพย์สิน ถือเป็นเพียงการปฏิบัติผิดหน้าที่เท่านั้น⁴³ แบ่งออกได้เป็น 3 ลักษณะ ได้แก่ การลักทรัพย์ (*furtum*) แบ่งออกเป็น 2 รูปแบบ ได้แก่ การลักทรัพย์แบบจับได้ซึ่งหน้า และการลักทรัพย์แบบจับไม่ได้ซึ่งหน้า การชิงทรัพย์ (*rapina*) และการทำให้เสียทรัพย์สิน (*damnum iniuria datum*)⁴⁴

เมื่อเข้าสู่ยุคสาธารณรัฐในปี 509 ก่อนคริสตกาล มีการตรากฎหมาย 12 โต๊ะ ขึ้นใช้บังคับ⁴⁵ การกำหนดบทลงโทษสำหรับการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ได้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น โดยผู้ที่กระทำความผิดฐานลักทรัพย์แบบจับได้ซึ่งหน้า และแบบจับไม่ได้ซึ่งหน้าจะต้องจ่ายค่าไถ่คนสองเท่าของมูลค่าทรัพย์สินที่ถูกลักขโมย ขณะที่การกระทำความผิดฐานชิงทรัพย์ ผู้กระทำความผิดจะต้องระวางโทษสี่เท่าของมูลค่าทรัพย์สินที่ถูกลักขโมย และผู้ที่กระทำความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์สิน ต้องจ่ายราคาที่สูงที่สุดของทรัพย์สินที่เสียหายในเดือนสุดท้าย⁴⁶

ยุคคลาสสิกของกฎหมายโรมันเริ่มตั้งแต่ปี 27 ก่อนคริสตกาล ถึง ค.ศ. 476 ถือเป็นยุคทองของกฎหมายโรมัน โดยได้มีการปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับบทลงโทษของการลักทรัพย์ ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษตามแต่ละระดับ ดังนี้ 4 เท่าของราคาทรัพย์สินที่ขโมย สำหรับการขโมยที่จับได้ซึ่งหน้า 3 เท่าของราคาทรัพย์สินที่ขโมย กรณีพบทรัพย์สินที่ถูกขโมยจากตัวผู้ที่ลักทรัพย์นั้น และ 2 เท่าของราคาทรัพย์สินที่ขโมย สำหรับการขโมยที่จับไม่ได้ซึ่งหน้า⁴⁷

⁴² ศนันกรณ โสติพิพันธุ์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), หน้า 17-27.

⁴³ Jill Harries, *Law and Crime in the Roman World*, (New York: Cambridge University Press, 2007), p.44-45.

⁴⁴ ศนันกรณ โสติพิพันธุ์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน*, หน้า 247-251.

⁴⁵ ดานูภา ไชยพรธรรม, *จากรุ่งเรืองสู่ล่มสลายของจักรวรรดิโรมัน*, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท ยูโรปา เพรส จำกัด, 2560), หน้า 82-113.

⁴⁶ อ้างแล้ว เงิงอรธที่ 42.

⁴⁷ ศนันกรณ โสติพิพันธุ์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน*, หน้า 21-23.

เมื่อเข้าสู่ช่วงท้ายของจักรวรรดิโรมัน ในสมัยจักรพรรดิจัสติเนียนช่วง ค.ศ. 527 ถึง 565 จักรพรรดิจัสติเนียนจัดให้มีการรวบรวมกฎหมายโรมันทั้งที่เป็นลายลักษณ์อักษรและไม่เป็นลายลักษณ์อักษร โดยมีจุดประสงค์เพื่อฟื้นฟูกฎหมายโรมันให้เป็นหนึ่งเดียวและบังคับใช้ทั่วทั้งอาณาจักร ซึ่งได้ยกเลิกกฎหมายที่มีความล้าสมัยหรือไม่สำคัญ หรือบทกฎหมายที่มีความขัดแย้งกัน ทำให้บทบัญญัติที่คลุมเครือมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น และเปลี่ยนหรือแก้ไขเพิ่มเติมสิ่งที่จำเป็น⁴⁸ จากการรวบรวมกฎหมายของจักรพรรดิจัสติเนียนส่งผลให้รูปแบบการลักทรัพย์กลับมาเหลือ 2 รูปแบบเช่นเดิมเหมือนในยุคโบราณ แต่บทลงโทษได้เปลี่ยนแปลงไป คือ การลักทรัพย์แบบจับได้ซึ่งหน้า ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษปรับ 4 เท่าของมูลค่าทรัพย์สิน และการลักทรัพย์แบบจับไม่ได้ซึ่งหน้า ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษปรับ 2 เท่าของมูลค่าทรัพย์สินขณะที่ความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ผู้กระทำความผิดต้องจ่ายราคาทรัพย์ที่เสียหายในราคาที่สูงที่สุดของทรัพย์ภายในสามสิบวันสุดท้าย จากเดิมที่ต้องจ่ายในราคาที่สูงที่สุดของทรัพย์ในท้องตลาดในปีสุดท้าย⁴⁹

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อทรัพย์ของจักรวรรดิโรมันตั้งแต่ยุคโบราณจนถึงคริสต์ศตวรรษที่ 6 สะท้อนให้เห็นถึงการลงโทษตามมูลค่าของทรัพย์ หากเป็นการกระทำต่อทรัพย์อันมีราคาเล็กน้อยแล้ว ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษที่ได้สัดส่วนและเหมาะสมกับการกระทำของตน

5.2 ประเทศอินเดีย

อินเดียเป็นประเทศที่มีประวัติศาสตร์อันยาวนาน และมีวิวัฒนาการเกี่ยวกับกฎหมายที่สำคัญ โดยเป็นต้นกำเนิดของพระธรรมศาสตร์ที่ประเทศไทยได้รับนำมาบังคับใช้ตั้งแต่ในสมัยสุโขทัย ซึ่งอาจพิจารณาตามแต่ละยุคสมัยได้ ดังนี้

ยุคโบราณของประเทศไทย เริ่มตั้งแต่ประมาณ 700 ปีก่อนคริสตกาล และสิ้นสุดลงในคริสต์ศตวรรษที่ 6⁵⁰ กฎหมายที่ถือว่ามีความสำคัญในยุคนี้ และส่งอิทธิพลต่อการบังคับใช้กฎหมายของประเทศไทยในเวลาเดียวกัน คือ คัมภีร์พระธรรมศาสตร์ (The Law of Manu) กำหนดให้การลักขโมย การทำให้เสียทรัพย์ และการชิงทรัพย์ ถือเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยรูปแบบการกระทำความผิดต่อทรัพย์อันมีราคาเล็กน้อย แบ่งออกเป็น 2 รูปแบบ ได้แก่ การกำหนดบทลงโทษตามมูลค่าของทรัพย์แต่ละชนิด หรือ การกำหนดบทลงโทษตามเกณฑ์น้ำหนักหรือปริมาณ

⁴⁸ Rafael Domingo, *Roman Law an introduction*, (London and New York: Rotuledge, 2018), p.78-81.

⁴⁹ D.C.L. J.B. Moyle, *The Institutes of Justinian*, 5th (New Jersey: USA, 2002), p.159-168.

⁵⁰ กรุณา-เรืองอุไร กุศลาสัย, *อินเดียอนุทวีปที่น่าทึ่ง*, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: ศยาม, 2544), หน้า 15-24.

ทรัพย์สิน⁵¹ แม้ไม่ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อยที่ชัดเจน แต่ก็แสดงให้เห็นถึงแนวคิดการลงโทษตามมูลค่าของทรัพย์สินนั้น ๆ ซึ่งทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับบทลงโทษที่ได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดของตน

ช่วงศตวรรษที่ 13 ถึง 16 อารยธรรมของศาสนาอิสลามเริ่มเข้ามามีอิทธิพลในอินเดีย การที่กษัตริย์นับถือศาสนาอิสลามส่งผลต่อให้บทลงโทษสำหรับกระทำความผิดต่อทรัพย์สินมีความรุนแรงมากขึ้น จากการปรับเป็นการตัดอวัยวะ ส่วนหลักเกณฑ์การกระทำความผิดต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อยจากเดิมที่ใช้เกณฑ์น้ำหนักหรือปริมาณทรัพย์สินได้เปลี่ยนมาใช้เกณฑ์ราคาของทรัพย์สินแทน⁵² จะเห็นได้ว่าการเปลี่ยนแปลงการปกครองของกษัตริย์ ส่งผลให้บทลงโทษสำหรับการกระทำความผิดต่อทรัพย์สินในยุคนี้มีความรุนแรงมากกว่าในยุคก่อนที่เป็นเพียงการลงโทษในทางทรัพย์สินเท่านั้น

ราชวงศ์โมกุลถือเป็นราชวงศ์สุดท้ายที่ปกครองอินเดียในคริสต์ศตวรรษที่ 16 ซึ่งถือเป็นราชวงศ์สุดท้ายที่ปกครองของอินเดีย⁵³ ก่อนที่อินเดียจะตกเป็นอาณานิคมของอังกฤษใน ค.ศ. 1858 เมื่ออังกฤษได้เข้ามาปกครองอินเดีย ได้มีการนำกฎหมายอังกฤษมาใช้ในอินเดีย⁵⁴ การบังคับใช้กฎหมายในอินเดียช่วงนี้จึงมีความหลากหลายมาก ได้แก่ กฎข้อบังคับของบริษัทอินเดียตะวันออก กฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษ กฎหมายฮินดู กฎหมายมุสลิม และกฎหมายประเพณีอื่น ๆ ต่อมาอังกฤษได้แต่งตั้งนักกฎหมายของอังกฤษ คือ โทมัส บาบินตัน แม็กเคาเลย์ (Thomas Babington Macaulay) และเจมส์ มิลล์ (James Mill) ให้มาจัดทำประมวลกฎหมายของอินเดีย โดยการรวบรวมกฎหมายต่าง ๆ ให้เป็นระบบเดียวกัน การร่างประมวลกฎหมายของอินเดียจึงมาจากประสบการณ์ความรับรู้ระบบกฎหมายอังกฤษของผู้ร่างมากกว่าความรู้เกี่ยวกับระบบกฎหมายดั้งเดิมของอินเดีย โดยแม็กเคาเลย์ได้วิจารณ์ว่ากฎหมายอินเดียที่มีอยู่เดิม การกระทำความผิดเพียงเล็กน้อยต้องถูกลงโทษเช่นเดียวกับอาชญากรรมที่มีความร้ายแรง โดยแม็กเคาเลย์และคณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายอาญาของอินเดียได้นำแนวคิดการลงโทษให้เหมาะสมกับอาชญากรรมมาใช้ในการร่างประมวลกฎหมายอาญาของอินเดียด้วย⁵⁵

⁵¹ OBELISK ART HISTORY, "The Laws of Manu Chapter 8," [online] Available from : <https://www.arthistoryproject.com/timeline/the-ancient-world/classical-india/the-laws-of-manu/chapter-8/> [6 June 2022]

⁵² Madhusudan Bandyopadhyay. **A critical study of crime and punishment under the Sultans of Delhi 1206 to 1526.** (Doctoral dissertation, Arts, University of Calcutta, 1976), p.27-33.

⁵³ เพ็ชร สุมิตร, **อารยธรรมตะวันออก**, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2509), หน้า 157.

⁵⁴ ศฤงคาร พันธุ์พงศ์, **ประวัติศาสตร์ยุโรป 2**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2540), หน้า 170-207.

⁵⁵ David Skuy, "Macaulay and the Indian Penal Code of 1862: The Myth of the Inherent Superiority and Modernity of the English Legal System Compared to India's Legal System in the Nineteenth Century", in **Modern Asian Studies**, 32, 3 (1998), p.518-546.

ประมวลกฎหมายอาญาของอินเดีย ค.ศ. 1860 ซึ่งใช้บังคับในปัจจุบันได้มีการนำโครงสร้างมาจากประมวลกฎหมายของอังกฤษ⁵⁶ แนวคิดการกระทำต่อทรัพย์อันมีราคาเล็กน้อย พบในการกระทำความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์เท่านั้น แบ่งเป็นการทำให้เสียทรัพย์ในกรณีทั่วไป⁵⁷ และการฆ่าสัตว์หรือทำให้สัตว์ของผู้อื่นได้รับบาดเจ็บ⁵⁸ ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษที่แตกต่างกันตามมูลค่าของทรัพย์นั้น โดยการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ไม่ได้มีการคำนึงถึงมูลค่าหรือราคาของทรัพย์ที่ถูกเอาไปเหมือนเช่นในยุคก่อน

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า การกำหนดความผิดต่อทรัพย์อันมีราคาเล็กน้อยของประเทศอินเดีย มีวิวัฒนาการมาตั้งแต่ยุคโบราณและยังถูกกำหนดเป็นฐานความผิดเฉพาะที่ใช้บังคับในปัจจุบัน

5.3 ประเทศอังกฤษ

ระบบกฎหมายของอังกฤษถือเป็นอีกหนึ่งระบบกฎหมายที่มีความสำคัญและมีวิวัฒนาการมาอย่างยาวนานโดยมีวิวัฒนาการสำหรับการกระทำความผิดต่อทรัพย์ที่น่าสนใจ ดังนี้

ยุคแองโกลแซกซอน (ช่วง 45 ปีก่อนคริสตกาล ถึง ค.ศ. 1066) การกระทำความผิดฐานลักทรัพย์มีการแบ่งระดับความร้ายแรงโดยคำนึงถึงสถานะของบุคคลผู้เป็นเจ้าของทรัพย์ การลักทรัพย์ที่เกี่ยวข้องกับคริสตจักรผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษปรับสูงสุด 12 เท่า⁵⁹ การลักทรัพย์สินของพระมหากษัตริย์ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษปรับ 9 เท่า ขณะที่การลักทรัพย์ของบุคคลธรรมดา ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษปรับ 3 เท่า⁶⁰ การกระทำความผิดต่อทรัพย์อันมีราคาเล็กน้อยในยุคนี้ แม้ไม่ปรากฏฐานความผิดที่ชัดเจน แต่การกำหนดหลักเกณฑ์บทลงโทษปรับ

⁵⁶ Ibid, p. 538-545.

⁵⁷ India Criminal Code 1860

Section 426 Whoever commits mischief shall be punished with imprisonment of either description for a term which may extend to three months, or with fine, or with both.

Section 427 Whoever commits mischief and thereby causes loss or damage to the amount of fifty rupees or upwards, shall be punished with imprisonment of either description for a term which may extend to two years, or with fine, or with both.

⁵⁸ Section 428 of India Criminal Code 1860

“Whoever commits mischief by killing, poisoning, maiming or rendering useless any animal or animals of the value of the ten rupees or upwards, shall be punished with imprisonment of either description for a term which may extend to two years, or with fine, or with both.”

⁵⁹ สุนัย มโนมัยอุดม, **ระบบกฎหมายอังกฤษ**, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2559), หน้า 19-22.

⁶⁰ Lisi Oliver, **The Beginnings of English Law**, (Canada: University of Toronto Press Incorporated, 2002), p.63-65.

ตามมูลค่าความเสียหาย โดยเฉพาะการกระทำต่อทรัพย์สินของบุคคลทั่วไป ผู้ที่ลักทรัพย์อันมีราคาเล็กน้อย ย่อมต้องระวางโทษเบาว่าการกระทำต่อทรัพย์สินอันมีราคามาก เนื่องจากการกำหนดบทลงโทษโดยคำนึงถึงความเสียหายเป็นหลัก โดยบทลงโทษที่นำมาใช้บังคับ คือ การลงโทษปรับ

เมื่อเข้าสู่ยุคกลางของอังกฤษในคริสต์ศตวรรษที่ 11 พระเจ้าเอ็ดเวิร์ดที่ 1 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์อันมีราคาเล็กน้อยให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น โดยกำหนดว่า “การลักทรัพย์ ที่มีมูลค่าไม่เกิน 12 เพนนี ผู้กระทำความผิดไม่ต้องระวางโทษประหารชีวิต” (เงินจำนวน 1 เพนนี ในสมัยกลาง อาจเทียบได้กับค่าจ้างจำนวน 1 วัน และเงินจำนวน 12 เพนนี อาจเทียบได้กับค่าจ้างจำนวน 8 วัน) ซึ่งบทลงโทษที่นำมาใช้สำหรับการลักทรัพย์อันมีราคาเล็กน้อยมีหลายลักษณะ โดยมักขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของผู้พิพากษา ได้แก่ การจำคุก การเฆี่ยนตี การริบทรัพย์ และการประจาน⁶¹

เมื่อเข้าสู่ในช่วงศตวรรษที่ 16 ถึง 18 การกระทำความผิดที่มีโทษประหารชีวิตในอังกฤษเพิ่มขึ้นอย่างมาก รวมถึงการกระทำต่อทรัพย์สินอันมีราคาเล็กน้อย เช่น การขโมยกระเป๋าตังค์หรือเสื้อผ้า เนื่องจากการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจที่ทำให้ประเทศอังกฤษเกิดความร่ำรวยขึ้น เซอร์ซามูเอล โรมิลลี (Sir Samuel Romilly) สมาชิกสภาของอังกฤษได้พยายามเสนอร่างกฎหมายที่ยกเลิกโทษประหารชีวิตสำหรับการขโมยเล็กน้อย (Petty Theft) ในปลายศตวรรษที่ 17 แต่ร่างกฎหมายดังกล่าวก็ไม่ได้ได้รับความเห็นชอบจากสภาสามัญชน (House of Commons) และสภาขุนนาง (House of Lords) เนื่องจากสมาชิกของทั้งสองสภาเห็นว่า การกำหนดบทลงโทษที่รุนแรงจะเป็นการข่มขู่ไม่ให้ประชาชนกล้าที่จะกระทำความผิด ประกอบกับประเทศอังกฤษถือเป็นประเทศที่ร่ำรวย โทษประหารชีวิต จึงจำเป็นสำหรับการป้องกันทรัพย์สิน การบังคับใช้กฎหมายให้มีความเมตตาขึ้นนั้นสามารถทำได้โดยคณะลูกขุน หรือการใช้ดุลยพินิจกำหนดบทลงโทษของผู้พิพากษาอยู่แล้ว⁶²

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการลักทรัพย์ของประเทศไทยตั้งแต่ช่วงศตวรรษที่ 13 ถึง 18 จึงเป็นการใช้หลักเกณฑ์เดิม คือ การลักทรัพย์ที่มีมูลค่ามากกว่า 12 เพนนี ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษประหารชีวิต ขณะที่การลักทรัพย์ที่มีมูลค่าไม่เกิน 12 เพนนี การลงโทษผู้กระทำความผิดมักขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของผู้พิพากษา⁶³

⁶¹ Henry Summerson, “Hanging Matters: Petty Theft, Sentence of Death, and a Lost Statute of Edward I”, in *Law and History Review*, 40, 1 (2022), p.149-164.

⁶² Edward P. Cheyney, *Modern English reform*, (USA: University of Pennsylvania press, 1962), p.92-96.

⁶³ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 61.

ปัญหาการมีโทษประหารชีวิตที่มากเกินไปจนความจำเป็น ทำให้อังกฤษต้องมีการปฏิรูปกฎหมายในคริสต์ศตวรรษที่ 19 เพื่อลดจำนวนความผิดที่มีโทษประหารชีวิตและลดบทบาทการใช้ดุลยพินิจของศาล⁶⁴ โดยการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ของอังกฤษในปัจจุบัน แบ่งออกเป็น 2 รูปแบบ

การลักทรัพย์ทั่วไปตาม The Theft Act ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี⁶⁵ (ซึ่งมีการแก้ไขตาม Criminal Justice Act 1991 มาตรา 26(1) จากเดิมที่ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี เป็นไม่เกิน 7 ปี) โดยการเอาไปซึ่งทรัพย์บางประเภทไม่ถือว่าเป็นความผิด ได้แก่ เห็ดผลไม้อหรือพันธุ์ไม้ที่อยู่ในป่าหรือที่ดินของรัฐ หรือดอกไม้ ซึ่งผู้ไปต้องไม่ได้มีจุดประสงค์เพื่อการค้าหรือแสวงหากำไร⁶⁶

การลักทรัพย์หรือสินค้าที่วางขายอยู่ในร้าน (Shop Lifting) ที่มีมูลค่าไม่เกิน 200 ปอนด์ ถือเป็นการกระทำความผิดตาม The Anti-Social Behaviour, Crime and Policing Act 2014 ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 51 สัปดาห์ หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ⁶⁷

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า ความผิดต่อทรัพย์อันมีราคาเล็กน้อยของประเทศอังกฤษปรากฏตั้งแต่ในยุคแองโกลแซกซอน โดยจะพิจารณาจากสถานะของเจ้าของทรัพย์เป็นสำคัญ และมีหลักเกณฑ์

⁶⁴ David Skuy, “Macaulay and the Indian Penal Code of 1862: The Myth of the Inherent Superiority and Modernity of the English Legal System Compared to India’s Legal System in the Nineteenth Century”, in *Modern Asian Studies*, p.525-550.

⁶⁵ Section 7 of The Theft Act 1968 “A person guilty of theft shall on conviction on indictment be liable to imprisonment for a term not exceeding seven years”

⁶⁶ Section 4 (3) of The Theft Act 1968 “A person who picks mushrooms growing wild on any land, or who picks flowers, fruit or foliage from a plant growing wild on any land, does not (although not in possession of the land) steal what he picks, unless he does it for reward or for sale or other commercial purpose.”

⁶⁷ Section 176 of The Anti-Social Behaviour, Crime and Policing Act 2014

(3) “Low-value shoplifting” means an offence under section 1 of the Theft Act 1968 in circumstances where—

(a) the value of the stolen goods does not exceed £200,

(b) the goods were being offered for sale in a shop or any other premises, stall, vehicle or place from which there is carried on a trade or business

(5) A person guilty of low-value shoplifting is liable on summary conviction to—

(a) imprisonment for a period not exceeding 51 weeks (or 6 months, if the offence was committed before the commencement of section 281(4) and (5) of the Criminal Justice Act 2003),

(b) a fine, or

(c) both.

ที่ชัดเจนขึ้นเมื่อเข้าสู่คริสต์ศตวรรษที่ 11 และยังคงปรากฏบทบัญญัติเฉพาะสำหรับการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์อันมีราคาเล็กน้อยในปัจจุบัน ทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับบทลงโทษที่เหมาะสม และได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดของตน

5.4 ประเทศจีน

ประเทศจีนและประเทศไทยมีความสัมพันธ์กันมาอย่างยาวนานตั้งแต่สมัยสุโขทัย ทั้งในเรื่องของการค้าขายและการทูต ระบบกฎหมายของจีนก็มีวิวัฒนาการเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อทรัพย์ที่น่าสนใจ ดังนี้

ประเทศจีนปกครองด้วยกษัตริย์มาอย่างยาวนานตั้งแต่ช่วง 221 ปีก่อนคริสตกาลถึง ค.ศ. 1912⁶⁸ ระบบกฎหมายของจีนในยุคนี้ได้รับอิทธิพลอย่างมากจากสำนักหยูและสำนักฝ่า⁶⁹ จนมีการตราเป็นประมวลกฎหมายขึ้นใช้บังคับในสมัยราชวงศ์ถัง ซึ่งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อทรัพย์ถูกแบ่งออกเป็นหลายระดับตามราคาของทรัพย์และกำหนดบทลงโทษตามแต่ละระดับนั้น โดยการกระทำความผิดต่อทรัพย์ที่มีราคาน้อยที่สุด ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษโบย⁷⁰

เมื่อเข้าสู่คริสต์ศตวรรษที่ 15 ราชวงศ์ซ่งได้ขึ้นปกครองประเทศจีน หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อทรัพย์ก็ได้มีการพัฒนามากขึ้น การกำหนดบทลงโทษสำหรับการกระทำความผิดต่อทรัพย์จะคำนึงถึงสถานะของเจ้าของเป็นสำคัญ โดยการเอาไปซึ่งทรัพย์ของรัฐหรือของแผ่นดิน ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษประหารชีวิต⁷¹ แต่หากเป็นการเอาไปซึ่งทรัพย์ของบุคคลธรรมดา ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษโบยและลัก โดยจำนวนครั้งที่โบยขึ้นกับราคาของทรัพย์สินที่ถูกลัก⁷² หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อทรัพย์ในยุคนี้ ยังมีความคล้ายกับในยุคราชวงศ์ถัง โดยบทลงโทษที่นำมาใช้สำหรับการลักทรัพย์เล็กน้อย คือ การโบยเช่นเดียวกับในยุคราชวงศ์ถัง

ประเทศจีนประสบภาวะปัญหาเศรษฐกิจตกต่ำในช่วงปลายสมัยราชวงศ์ซ่ง และการเข้ามารุกรานของชาติตะวันตกและญี่ปุ่น โดยจีนตกเป็นฝ่ายพ่ายแพ้ ทำให้ต้องลงนามสนธิสัญญานานกิงและสนธิสัญญาเทียนจินกับอังกฤษทำให้จีนต้องเสียเปรียบทางด้านการค้าและสิทธิสภาพนอกอาณาเขต

⁶⁸ Xiaoqun Xu, *Heaven has eyes : a history of Chinese law*, (USA: Sheridan Books, Inc, 2020), p.10-13.

⁶⁹ อาร์ม ตั้งนิรันดร, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับระบบกฎหมายจีน*, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2557), หน้า 24-27.

⁷⁰ The Tang Legal Code, "Law on theft and Robbery," [online] Available from : <https://web.colby.edu/eas150/files/2017/11/tang-legal-code.pdf> [13 June 2022]

⁷¹ Section 257 – 265 of The Qing Code.

⁷² Section 269 – 271 of The Qing Code.

ทางการศาล ราชวงศ์ชิงได้ถูกปฏิวัติใน ค.ศ. 1911 ชุนยัตเซินจึงได้สถาปนาสาธารณรัฐจีนขึ้นใน ค.ศ. 1912 ต่อมาใน ค.ศ. 1949 เกิดสงครามกลางเมืองขึ้น พรรคคอมมิวนิสต์ซึ่งนำโดย เหมา เจ๋อตง⁷³ ได้ขึ้นปกครองสาธารณรัฐจีน โดยมีแนวคิดในการใช้การเมืองนำกฎหมาย⁷⁴ โดยในช่วง ค.ศ. 1966 ถึง 1976 เกิดการปฏิวัติวัฒนธรรม โดยขบวนการพิทักษ์แดง” ซึ่งมีแนวคิดยกเลิกการปฏิบัติตามแนวคิดหรือวัฒนธรรมแบบเก่า ๆ เพื่อสร้างระเบียบทางสังคมใหม่ ทำให้การทำลายศิลปวัฒนธรรมเก่าของจีนไปเป็นจำนวนมาก⁷⁵

เมื่อเหมา เจ๋อตง เสียชีวิตลงใน ค.ศ. 1976 จีนอยู่ภายใต้การนำของเติ้งเสี่ยวผิง ซึ่งได้มีการเปลี่ยนแปลงนโยบายในการพัฒนาประเทศจากการใช้การเมืองนำกฎหมาย เป็นการใช้เศรษฐกิจนำกฎหมายและการเมือง⁷⁶ โดยได้มีการตราประมวลกฎหมายอาญาขึ้นใช้บังคับ เมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 1979 การกระทำความผิดต่อทรัพย์สินถูกบัญญัติไว้ตามภาค 2 ส่วนที่ 5 โดยไม่ได้มีการกล่าวถึงการกระทำความผิดต่อทรัพย์สินอันมีราคาเล็กน้อยไว้เป็นพิเศษ แต่กลับบัญญัติถึงการกระทำความผิดต่อทรัพย์สินที่มีจำนวนมากแทน โดยไม่ได้มีการกำหนดนิยามว่าปริมาณหรือจำนวนเท่าใดถือเป็นทรัพย์สินที่มีจำนวนมาก⁷⁷ ซึ่งความร้ายแรงของบทลงโทษจะขึ้นอยู่กับจำนวนทรัพย์สินและความร้ายแรงของพฤติการณ์อื่นที่เกี่ยวข้อง แต่อย่างไรก็ดี ประมวลกฎหมายอาญาของจีนได้พยายามแยกการกระทำที่เป็นความผิดอาญาและไม่ใช่ความผิดทางอาญาออกจากกัน โดยคณะกรรมการนิติการของสภาประชาชนได้มีการตราข้อบังคับเกี่ยวกับการรักษาความปลอดภัยและการลงโทษ (SAPR) เมื่อวันที่

⁷³ ปานชนก โตโอฬารไชย. การศึกษาเปรียบเทียบสถาบันสังคมของสหภาพโซเวียต และสาธารณรัฐประชาชนจีน ในช่วงการปกครอง ของโจเซฟ สตาลิน และเหมา เจ๋อตง. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทสาขานิติศาสตร์ สาขาวิชารัฐศาสตร์ คณะศิลปศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560 ; หน้า 23.

⁷⁴ William C. Jones, “The Criminal Law of the People’s Republic of China”, in *Review of Socialist Law*, 4 (1980), p.407.

⁷⁵ ปานชนก โตโอฬารไชย. การศึกษาเปรียบเทียบสถาบันสังคมของสหภาพโซเวียต และสาธารณรัฐประชาชนจีน ในช่วงการปกครอง ของโจเซฟ สตาลิน และเหมา เจ๋อตง. หน้า 26-27.

⁷⁶ อาร์ม ตั้งนิรันดร์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับระบบกฎหมายจีน*, หน้า 51-52.

⁷⁷ Section 264 of Criminal Law of The People’s Republic Of China

“Whoever steals a relatively large amount of public or private property or commits theft repeatedly shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not more than three years, criminal detention or public surveillance and shall also, or shall only, be fined; if the amount is huge, or if there are other serious circumstances, he shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than three years but not more than 10 years and shall also be fined; if the amount is especially huge, or if there are other especially serious circumstances, he shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than 10 years or life imprisonment and shall also be fined or be sentenced to confiscation of property”

5 กันยายน ค.ศ. 1986 กำหนดให้การกระทำที่ไม่ร้ายแรงไม่ถือเป็นการกระทำความผิดทางอาญา แต่เป็นเพียงการกระทำผิดทางปกครองเท่านั้น⁷⁸

กรณีของการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน จะมีการนำมูลค่าของทรัพย์สินที่ถูกขโมยมา พิจารณาว่าการกระทำนั้นถือเป็นการกระทำความผิดทางอาญาหรือความผิดทางปกครอง⁷⁹ ยกตัวอย่าง ข้อบังคับ ของกรุงปักกิ่ง กำหนดว่า การลักทรัพย์ที่มีมูลค่าน้อยกว่า 1000 หยวน ไม่ถือเป็นความผิดทางอาญา แต่ถือเป็นความผิดทางปกครองความพยายามในการแบ่งแยกการกระทำความผิดทางอาญาและ ความผิดทางปกครองนี้ ถือเป็นแนวคิดที่ได้รับอิทธิพลมาจากการใช้เศรษฐกิจนำกฎหมายและ การเมือง⁸⁰

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า ความผิดต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อยของประเทศจีน มีวิวัฒนาการมา ตั้งแต่ในยุคราชวงศ์และมีการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญเมื่อตั้งเสี่ยวผิงขึ้นปกครอง โดยได้กำหนดให้ ความผิดฐานลักทรัพย์อันมีราคาเล็กน้อยเป็นความผิดทางปกครองแยกออกจากความผิดฐาน ลักทรัพย์จำนวนมากตามประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1979

6. ปัจจัยที่ส่งผลต่อการกำหนดความผิดต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อย

เมื่อได้ศึกษาวิวัฒนาการความผิดต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อยของประเทศไทยและ ต่างประเทศแล้ว พบว่า การกระทำความผิดต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อยเป็นความผิดที่มีมาตั้งแต่ ในสมัยโบราณ ซึ่งแต่ละประเทศมีการกำหนดบทลงโทษและวิวัฒนาการเกี่ยวกับการกระทำความ ผิดที่แตกต่างกันออกไปโดยบางประเทศยังคงกำหนดความผิดต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อย โดยใช้ เกณฑ์ในการแบ่งเหมือนยุคก่อนกฎหมายสมัยใหม่ ขณะที่บางประเทศได้ยกเลิกความผิดต่อทรัพย์สิน อันมีราคาเล็กน้อยไปโดยสิ้นเชิง ซึ่งอาจพิจารณาได้ ดังนี้

ประเทศที่ยกเลิกเกณฑ์ที่ถือว่าการกระทำต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อย ได้แก่ ประเทศไทย และประเทศอินเดีย (สำหรับการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์)

ประเทศที่ยังคงกำหนดเกณฑ์ที่ถือว่าการกระทำต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อยคือ ประเทศอังกฤษ ประเทศอินเดีย (สำหรับการกระทำความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์สิน) และประเทศจีน

⁷⁸ Wang Chenguang and Zhang Xianchu, *Introduction to chinese law*, (China: Sweet & Maxwell Asia, 1997), p.108 – 110.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Shizhou Wang, “On Development of Criminal Law in the People’s Republic of China”, in *Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, 43, 3 (2010), p.301.

ซึ่งแยกการกระทำต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อยออกจากความผิดทางอาญา และเปลี่ยนเป็นความผิดทางปกครองแทน

การเปลี่ยนแปลงความผิดต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อยของประเทศไทยและต่างประเทศล้วนเกิดจากปัจจัยต่าง ๆ ประกอบกัน ซึ่งอาจพิจารณาได้ ดังนี้

6.1 ลัทธิล่าอาณานิคม

เมื่อเข้าสู่คริสต์ศตวรรษที่ 19 ประเทศทางฝั่งตะวันตกเกิดแนวคิดชาตินิยมและการแก่งแย่งทรัพยากรระหว่างกัน จนเกิดการล่าอาณานิคมขึ้นซึ่งแผ่ขยายมาในดินแดนแถบเอเชียโดยประเทศไทย อินเดีย และจีนต่างประสบกับปัญหาการล่าอาณานิคมของชาติตะวันตก ประเทศไทยและจีนจำต้องลงนามสนธิสัญญาที่ทำให้เสียเปรียบทางด้านการค้าและการศาล⁸¹ ประเทศไทยได้พยายามแก้ปัญหาสิทธิสภาพนอกอาณาเขตด้วยการปฏิรูปกฎหมาย และตรากฎหมายลักษณะอาญาร.ศ. 127 ขึ้นใช้บังคับทำให้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อยที่ปรากฏตามกฎหมายตราสามดวงถูกยกเลิกทั้งหมด โดยเหลือเพียงบทบัญญัติตามกฎหมายลักษณะอาญาร.ศ. 127 มาตรา 292 เท่านั้น ขณะที่การเข้ามารุกรานของชาติตะวันตกในประเทศจีน ส่งผลต่อการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการปกครองในประเทศจีนจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์สู่การปกครองรูปแบบสาธารณรัฐสังคมนิยม⁸² ส่งผลให้บทบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อยในยุคราชวงศ์ถูกยกเลิกไปจำนวนมาก

ประเทศอินเดียก็ได้รับผลกระทบจากลัทธิล่าอาณานิคมเช่นกัน โดยประเทศอินเดียตกเป็นอาณานิคมของประเทศอังกฤษใน ค.ศ. 1858⁸³ ทำให้มีการนำกฎหมายอังกฤษมาบังคับใช้ในอินเดียและมีการร่างประมวลกฎหมายอาญาของอินเดียโดยผู้ร่างชาวอังกฤษ ทำให้แนวคิดเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อยในยุคโบราณหรือสมัยกลางจึงหายไปจำนวนมาก โดยเฉพาะการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ที่ไม่ปรากฏการแบ่งระดับการลงโทษตามมูลค่าของทรัพย์สินอีกเลย

⁸¹ คณะกรรมการศึกษาและพัฒนาความรู้ประวัติศาสตร์ไทย, *ความรู้ในประวัติศาสตร์ไทย เล่ม 1 ฉบับราชบัณฑิตยสถาน*, (กรุงเทพมหานคร: ราชบัณฑิตยสถาน, 2554), หน้า 148-158.

⁸² วิทยาลัยภาษาจีนปักกิ่ง, มหาวิทยาลัยครุฑหนานจิง และมหาวิทยาลัยครุอันฮุย, *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับประวัติศาสตร์ประเทศจีน*, (กรุงเทพมหานคร: สุขภาพใจ, 2550), หน้า 183-189.

⁸³ อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 54.

6.2 สงครามกลางเมือง

ประเทศที่ได้รับผลกระทบจากสงครามกลางเมืองอย่างมาก คือ ประเทศอินเดียและจีน ซึ่งเดิมทั้งสองประเทศปกครองด้วยระบอบกษัตริย์หรือระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ประเทศอินเดียถูกปกครองโดยราชวงศ์โมกุลเป็นราชวงศ์สุดท้าย โดยประชาชนไม่พอใจการปกครองของกษัตริย์ที่มีการใช้จ่ายอย่างฟุ่มเฟือย และการที่กษัตริย์นับถือศาสนาอิสลาม ทำให้กฎเกณฑ์ต่าง ๆ มีความเคร่งครัดและบทลงโทษที่รุนแรง จนนำมาสู่การปฏิวัติล้มล้างราชวงศ์โมกุล⁸⁴ ผลจากการปฏิวัติทำให้สังคมของอินเดียมีความอ่อนแอจนถูกอังกฤษเข้ามายึดครองเป็นอาณานิคม และเริ่มมีการนำกฎหมายของอังกฤษเข้ามาแทนที่กฎหมายท้องถิ่นที่ใช้บังคับอยู่เดิม

เหตุการณ์สำคัญที่ส่งผลต่อการเปลี่ยนแปลงของประเทศจีนอย่างสำคัญ คือ การปฏิวัติวัฒนธรรมในช่วงที่เหมา เจ๋อตง ขึ้นเป็นผู้นำทางการปกครอง ซึ่งช่วงเวลาดังกล่าวมีการทำลายศิลปะ วัฒนธรรมดั้งเดิมของจีนไปเป็นจำนวนมาก⁸⁵ ซึ่งอาจเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้หลักกฎหมายเก่าของจีนในยุคราชวงศ์ไม่ปรากฏเมื่อมีการร่างประมวลกฎหมายอาญาใน ค.ศ. 1979 ดังจะเห็นได้จากหลักการกำหนดเกณฑ์หรือเส้นแบ่งมูลค่าของทรัพย์สิน เพื่อพิจารณาระดับการลงโทษในสมัยราชวงศ์ ซึ่งได้หายไปและไม่ปรากฏเมื่อมีการร่างประมวลกฎหมายอาญาสมัยใหม่

6.3 ปัญหาการบังคับใช้กฎหมาย

ประเทศไทยต้องประสบปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเมื่อมีการบังคับใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 โดยศาลฎีกาได้มีการปรับใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 292 ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย ให้ความเห็นเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 292 ว่า ผู้ร่างกฎหมายต้องการลงโทษการกระทำความผิดตามมาตรา 292 เบากว่าการลักทรัพย์กรณีทั่วไป ดังนั้น แม้ผู้กระทำความผิดตามมาตรา 292 กระทำไปโดยประกอบด้วยเหตุฉกรรจ์เหตุใดเหตุหนึ่งตามมาตรา 293 ก็จะไม่ลงโทษตามมาตรา 293 ไม่ได้⁸⁶ แต่แนวทางการตัดสินของศาลฎีกานั้น เห็นว่า หากผู้กระทำความผิดตามมาตรา 292 กระทำโดยประกอบไปด้วยเหตุฉกรรจ์เหตุใดเหตุหนึ่งตามมาตรา 293 ผู้กระทำความผิดก็ต้องถูกลงโทษตามมาตรา 293 โดยจะไม่มีคำวินิจฉัยถึงมูลค่าของทรัพย์สินที่ถูกเอาไป เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1040/2462 และ 1042/2462 ศาลฎีกาตัดสินว่า “ผู้ใดลักเก็บพันธุ์ไม้ในสวนอันต้องด้วยลักษณะฉกรรจ์ตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 293 นั้น ท่านว่าลงโทษมันตามมาตรา 293 นั้นได้” เมื่อ

⁸⁴ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 53.

⁸⁵ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 75.

⁸⁶ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 36.

มีการร่างประมวลกฎหมายอาญาของไทย คณะอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา จึงเห็นว่าไม่ควรนำเหตุการณ์มาบังคับใช้กับทรัพย์สินที่มีราคาเล็กน้อย และบัญญัติไว้เป็นเหตุที่ศาลจะใช้ดุลยพินิจลดโทษให้กับผู้กระทำความผิดได้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 335 วรรคท้าย⁸⁷

ประเทศอังกฤษก็ประสบปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายเช่นกันโดยประเทศอังกฤษ มีการปฏิรูปกฎหมายครั้งใหญ่ในคริสต์ศตวรรษที่ 19 เนื่องจากการกำหนดโทษประหารชีวิตสำหรับฐานความผิดต่าง ๆ จำนวนมาก⁸⁸ รวมถึงการกระทำต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อย ซึ่งนักวิชาการสมัยใหม่ของอังกฤษเห็นว่าไม่เหมาะสมและไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด จึงมีการแก้ไขกฎหมายเพื่อยกเลิกโทษประหารชีวิตสำหรับการกระทำความผิดต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อย ผู้กระทำความผิดต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อยตามกฎหมายของอังกฤษในปัจจุบันจึงต้องระวางเพียงโทษจำคุกระยะสั้น หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับเท่านั้น⁸⁹

6.4 สภาพสังคมและเศรษฐกิจ

การเปลี่ยนแปลงที่สำคัญของการกระทำความผิดต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อยของประเทศไทยเกิดขึ้นในช่วงที่มีการพิจารณายกเลิกกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 และตราประมวลกฎหมายอาญาขึ้นใช้บังคับใหม่ คณะอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาชุดแรกถูกแต่งตั้งขึ้นเมื่อ พ.ศ. 2482 ซึ่งเป็นช่วงเวลาเดียวกับที่ประเทศไทยต้องเผชิญกับผลกระทบจากสงครามโลกครั้งที่ 2 ทำให้ประเทศไทยต้องประสบปัญหาทางเศรษฐกิจ จนเกิดการลักขโมยหรือการกระทำความผิดต่อทรัพย์สินจำนวนมาก⁹⁰ ซึ่งอาจเป็นปัจจัยหนึ่งที่คณะอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา นำมาพิจารณาเกี่ยวกับการยกเลิกร่างบทบัญญัติกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 292 การลักทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อย เพราะเกรงว่าจะมีผู้กระทำความผิดมากขึ้น

ในส่วนของประเทศจีน ประมวลกฎหมายอาญาของจีนถูกตราขึ้นในช่วงการนำของเติ้งเสี่ยวผิง ที่มีแนวคิดในการใช้เศรษฐกิจนำกฎหมายและการเมือง สะท้อนให้เห็นจากบทบัญญัติบางส่วนของประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1979 เช่น กระทำความผิดฐานลักทรัพย์ มีการแบ่งระดับของการลงโทษตามจำนวนทรัพย์สินที่ถูกเอาไปเป็น 2 ระดับ ได้แก่ การกระทำความผิดต่อทรัพย์สินจำนวนมาก และจำนวนมากพิเศษ ซึ่งจะมีการคำนึงถึงพฤติการณ์อื่นที่ร้ายแรงประกอบด้วย การกำหนด

⁸⁷ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 39.

⁸⁸ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 64.

⁸⁹ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 67.

⁹⁰ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 41.

การกระทำความผิดต่อทรัพย์สินจำนวนมากแทนการกล่าวถึงทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อย แสดงให้เห็นว่าผู้ร่างกฎหมายต้องการที่จะคุ้มครองเศรษฐกิจภาพรวมของประเทศ เนื่องจากการลักทรัพย์จำนวนมากย่อมก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคมส่วนรวม และเศรษฐกิจของประเทศอย่างมาก ซึ่งสอดคล้องกับนโยบายการใช้เศรษฐกิจนำกฎหมายและการเมือง

6.5 นโยบายทางอาญา

ในส่วนของประเทศไทย การเลือกดำเนินนโยบายทางอาญาของคณะกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาซึ่งทำหน้าที่ตรวจชำระและแก้ไขกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เพื่อยกร่างประมวลกฎหมายอาญฉบับใหม่ขึ้นใช้บังคับเห็นว่า หากกำหนดการกระทำความผิดต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อยไว้โดยเฉพาะแล้ว จะทำให้มีการกระทำความผิดต่อทรัพย์สินมากขึ้นเนื่องจากอัตราโทษที่มีลักษณะเบากว่าการกระทำความผิดต่อทรัพย์สินทั่วไป ทำให้บทบัญญัติเฉพาะสำหรับการกระทำต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อยของประเทศไทยหายไปอย่างสิ้นเชิง

ประเทศจีนก็มีการดำเนินนโยบายทางกฎหมายอาญาที่สำคัญสำหรับการกระทำความผิดต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อย ได้แก่ การกำหนดให้การกระทำความผิดต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อยเป็นความผิดทางปกครองแทนความผิดทางอาญา ซึ่งทำให้ผู้กระทำความผิดไม่เคยถือว่าต้องโทษทางอาญาและได้รับบทลงโทษที่เบาบางกว่า⁹¹

7. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

เมื่อได้ศึกษาวิวัฒนาการความผิดต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อยของประเทศไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศตั้งแต่อดีตถึงปัจจุบัน พบว่า การกำหนดความผิดต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อยมักมีหลักเกณฑ์ว่าทรัพย์สินนั้นต้องมีใช้ทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับศาสนา พระมหากษัตริย์ หรือทรัพย์สินของทางราชการ ต้องเป็นการกระทำต่อทรัพย์สินของประชาชนทั่วไป โดยไม่มีการใช้กำลัง อาวุธ หรือทำให้ผู้เสียหายได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ หรือเป็นอันตรายถึงแก่ชีวิต ทรัพย์สินนั้นต้องมีใช้สัตว์พาหนะหรือพืชสำคัญ และต้องมีใช้การกระทำเพื่อแสวงหากำไร บทลงโทษที่นำมาใช้บังคับสำหรับความผิดต่อทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อยมีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ โดยบทลงโทษในยุคก่อนกฎหมายสมัยใหม่ ปรากฏทั้งการปรับ การโบย การจำคุก หรือ การตัดอวัยวะ เมื่อเข้าสู่ยุคกฎหมายสมัยใหม่ บทลงโทษที่แต่ละประเทศนำมาใช้บังคับเหลือเพียงการจำคุกและ/หรือปรับเท่านั้น

⁹¹ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 80.

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเสนอแนะเกี่ยวกับความผิดต่อทรัพย์สินอันมีราคาเล็กน้อยของประเทศไทย ดังนี้

7.1 การกำหนดความผิดต่อทรัพย์สินอันมีราคาเล็กน้อยควรกำหนดเป็นบทบัญญัติเฉพาะ แยกจากการกระทำต่อทรัพย์สินทั่วไปและนำไปใช้กับการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์เท่านั้น เนื่องจากเป็นรูปแบบการกระทำต่อทรัพย์สินที่ไม่มีความซับซ้อน ไม่มีการใช้ความรุนแรงเหมือนการกระทำต่อทรัพย์สินในลักษณะอื่น เช่น การชิงทรัพย์หรือปล้นทรัพย์ ซึ่งผู้กระทำความผิดมักมีการใช้กำลังประทุษร้ายหรือขู่เข็ญผู้เสียหาย โดยเป็นการกระทำที่มีลักษณะอุกอาจและรุนแรง หรือไม่มีการใช้กลอุบายหรือการหลอกลวง อันแสดงให้เห็นว่าผู้กระทำความผิดมีจิตใจหรือเจตนาที่ชั่วร้าย แม้เป็นการกระทำต่อทรัพย์สินอันมีราคาเล็กน้อย ก็ไม่ควรได้รับการลงโทษสถานเบา

7.2 การปรับใช้กฎหมายของผู้พิพากษาหรือศาลในการตีความคำว่า “ทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อย” ไม่ปรากฏแนวทางหรือหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน ทำให้การบังคับใช้กฎหมายไม่มีความแน่นอน การกำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับการลักทรัพย์อันมีราคาเล็กน้อยจึงควรกำหนดหลักเกณฑ์ให้มีความชัดเจนว่าทรัพย์สินราคาเท่าใดจึงจะถือว่าเป็นทรัพย์สินที่มีราคาเล็กน้อย ดังที่ปรากฏในกฎหมายของประเทศอังกฤษและจีนในปัจจุบัน นอกจากนี้ การตีความคำว่า “ความจำใจ” และ “ความยากจนเหลือทนทาน” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 335 วรรคท้าย สามารถทำได้ยากและไม่ปรากฏแนวทางหรือหลักเกณฑ์การตีความที่ชัดเจนของศาลฎีกาเช่นกัน อีกทั้งเงื่อนไขดังกล่าวก็ไม่ปรากฏตามวิวัฒนาการความผิดต่อทรัพย์สินอันมีราคาเล็กน้อยของประเทศไทยและต่างประเทศมาก่อน ดังนั้น การกำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับการลักทรัพย์อันมีราคาเล็กน้อย จึงไม่จำเป็นต้องกำหนดว่าผู้กระทำความผิดต้องกระทำไปโดยประกอบด้วยเงื่อนไขใดเงื่อนไขหนึ่งข้างต้น เพราะการกำหนดบทลงโทษขึ้นอยู่กับราคาของทรัพย์สินนั้นเป็นสำคัญที่ทำให้ผู้กระทำความผิดควรระวางโทษสถานเบา กว่ากระทำต่อทรัพย์สินทั่วไป

7.3 การเปลี่ยนแปลงที่สำคัญสำหรับความผิดต่อทรัพย์สินอันมีราคาเล็กน้อยของประเทศไทย เกิดจากการเลือกดำเนินนโยบายทางกฎหมายอาญาของคณะอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาในช่วงการร่างประมวลกฎหมายอาญาขึ้นใช้บังคับแทนกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งคณะอนุกรรมการฯ พิจารณาเพียงเรื่องของนโยบายทางอาญาที่หากกำหนดความผิดต่อทรัพย์สินอันมีราคาเล็กน้อยไว้โดยเฉพาะแล้ว จะทำให้มีผู้กระทำความผิดมากขึ้น ดังนั้น การพิจารณาบัญญัติความผิดฐานลักทรัพย์อันมีราคาเล็กน้อยไว้เป็นบทบัญญัติเฉพาะแล้ว จึงควรมีการพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ ให้ครอบคลุมทุกด้าน เช่น หลักการหรือแนวคิดทางกฎหมายที่การลงโทษผู้กระทำความผิดควรเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน รวมถึงปัจจัยหรือสาเหตุที่ส่งผลให้เกิดการกระทำต่อทรัพย์สินอันมีราคาเล็กน้อยตามแนวคิดทางอาชญาวิทยา เป็นต้น

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง*

Mediation Before Filing a Lawsuit with the Administrative Court

กานติมา ศรีโวหะ
Kantima Sriwoha

นักศึกษาในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ กลุ่มวิชากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช
9/9 หมู่ที่ 9 ตำบลบางพุท อำเภอบางเกรด นนทบุรี 11120

The Degree of Master of Laws

School of Law in Public Law Sukhothai Thammathirat Open University
9/9 Village No. 9 Bang Phut Sub-district, Pak Kret District, Nonthaburi 11120

Corresponding author E-mail: kantima.law@gmail.com

(Received: November 20, 2023; Revised: January 11, 2024; Accepted: February 22, 2024)

บทคัดย่อ

การวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อ (1) ศึกษาแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครอง (2) ศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนการฟ้องคดีตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ สาธารณรัฐฝรั่งเศส และเครือรัฐออสเตรเลีย (3) ศึกษาปัญหาเกี่ยวกับความเหมาะสมในการนำวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองก่อนฟ้องคดีมาใช้ในศาลปกครองของประเทศไทย (4) เสนอแนะมาตรการทางกฎหมายในการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ผลการศึกษาพบว่า ตามแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครอง ได้ให้ความ

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของสารนิพนธ์ เรื่อง “การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ วิชาเอกกฎหมายมหาชน สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช โดยมีผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สิริกานต์ อยู่เรือง อาจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช เป็นอาจารย์ที่ปรึกษา

สำคัญกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทซึ่งเป็นการระงับข้อพิพาททางเลือก โดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครองจะต้องคำนึงถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และหลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครองจึงต้องพิจารณาถึงข้อจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครอง และพิจารณาถึงผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะประกอบด้วย โดยกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ สาธารณรัฐฝรั่งเศส และเครือรัฐออสเตรเลีย มีบทบัญญัติที่ชัดเจนในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีปกครองต่อศาล ซึ่งกฎหมายไทยมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครอง แต่บทบัญญัติที่มีอยู่ไม่สามารถดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ สำหรับกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสกำหนดให้สามารถไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนที่จะมีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ โดยคู่กรณีเป็นผู้ริเริ่มให้มีการไกล่เกลี่ยและเป็นผู้เลือกผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเอง หรือจะร้องขอต่ออธิบดีศาลปกครองชั้นต้นที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีให้แต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ส่วนกฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลียกำหนดให้คู่กรณีร้องขอต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งส่งการพิจารณาคดีไปยังผู้ไกล่เกลี่ยเพื่อดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ย ซึ่งเป็นการดำเนินการไกล่เกลี่ยก่อนฟ้องคดีปกครอง จึงสมควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ให้นำวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้ในคดีปกครองก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้

คำสำคัญ : การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดี, ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท, คดีปกครอง

Abstract

This article study is to 1) examine the concepts and stories concerning dispute mediation and dispute mediation of an administrative case, 2) examine laws concerning dispute mediation of an administrative case in accordance with the Act on Establishment of Administrative Courts and Administrative Court Procedure, B.E. 2542, and dispute mediation prior to prosecution in connection with Thai laws and International laws including the laws of the French Republic and the Commonwealth of Australia 3) study the issues relating to the appropriateness of the application of dispute mediation prior to filing a case to the Administrative Court of Thailand, and 4) propose legal measures regarding the prescription of principles and approaches of dispute mediation prior to filing a case with the Administrative Court.

In accordance with the findings, it was discovered that 1) The concepts and theories concerning dispute mediation of an administrative case pay attention to dispute mediation, which is regarded as alternative dispute resolution. Considering dispute mediation with respect to an administrative case, it is necessary to consider the legality of an administrative act and the protection of public interest, all of which are the administrative law foundation. Dispute mediation of an administrative case shall be considered in terms of authority limitations of the Administration, along with the effects on public interests., 2) International laws include the laws of the French Republic and the Commonwealth of Australia, consisting of apparent provisions with reference to dispute mediation prior to filing a case with the Administrative Court., 3) The Thai laws contain provisions concerning administrative case dispute mediation. Regardless, the existing provisions cannot be mediated prior to filing a case with the Administrative Court. 4) The laws of the French Republic prescribe that disputes can be mediated prior to filing a case with the Administrative Court. That is, the litigants shall initiate mediation and choose the mediator themselves or request the Chief of the Administrative Court of First Instance who has jurisdiction to appoint a mediator for the dispute. The laws of the Commonwealth of Australia, meanwhile, prescribe that the litigants shall request the court for an order, delivering the trial to a mediator in an effort to resolve the dispute via mediation. Such a force is regarded as dispute mediation prior to filing an administrative case. Above all, and 5) The additional amendment with respect to the Act on Establishment of Administrative Courts and Administrative Court Procedure, B.E. 2542, shall be conducted in order to allow for the application of dispute mediation for an administrative case prior to filing a case with the Administrative Court.

Keywords : Dispute Mediation Prior to Filing a Case, Dispute Mediator, Administrative Case

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในปัจจุบันศาลปกครองของประเทศไทยได้มีการนำวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกโดยวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้ในคดีปกครอง ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2562 มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม พ.ศ. 2562 เป็นต้นไป โดยได้กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ซึ่งบทบัญญัติมาตรา 66/4 ของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ได้กำหนดให้คู่กรณีสามารถยื่นคำขอต่อศาลเพื่อให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้นับแต่มีการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ซึ่งหมายความว่า ศาลปกครองมีอำนาจไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้เฉพาะคดีปกครองที่ได้มีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองแล้วเท่านั้น จากสภาพปัญหาของประเทศไทยที่กำหนดให้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครองได้เฉพาะกรณีที่มีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองแล้วเท่านั้น จึงได้มีการศึกษาเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนการฟ้องคดีต่อศาลปกครองในประเด็นปัญหา ดังต่อไปนี้

1) ปัญหาการนำกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องมาใช้ในคดีปกครอง

เนื่องจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครองเป็นเรื่องที่มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายเมื่อปี พ.ศ. 2562 ในระยะแรกศาลปกครองจึงยังไม่ได้กำหนดให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ ซึ่งหากมีการศึกษาเพื่อนำกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องมาใช้ในคดีปกครอง จะเป็นการเปิดโอกาสให้คู่กรณีได้ตกลงเจรจาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทกันก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาลและทำให้คดีปกครองที่จะขึ้นสู่ศาลลดน้อยลง

2) ปัญหาประเภทของคดีปกครองที่สามารถดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้

ปัจจุบันคดีปกครองที่สามารถดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลปกครองได้มี 4 ประเภท ได้แก่ 1) คดีพิพาทเกี่ยวกับหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร 2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ 3) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และ 4) คดีพิพาทอื่นตามที่กำหนดในระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2562 มาตรา 66/2 จึงเห็นได้ว่าคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎคำสั่งหรือการกระทำอื่นใด ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง

พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นคดีที่มีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองเป็นจำนวนมาก แต่ไม่สามารถดำเนินการไต่สวนไต่สวนข้อพิพาททางปกครองได้ เนื่องจากเห็นว่าเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย¹ หากจะกำหนดให้มีการไต่สวนข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครอง จึงต้องพิจารณาถึงความเป็นไปได้ในการไต่สวนข้อพิพาทคดีดังกล่าว

3) ปัญหาเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้ทำหน้าที่ไต่สวนข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 66/4 วรรคสาม กำหนดให้ผู้มีอำนาจไต่สวนข้อพิพาทคดีปกครองในปัจจุบัน คือ ตุลาการศาลปกครอง ซึ่งหากมีการกำหนดให้ไต่สวนข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครอง โดยกำหนดคุณสมบัติของผู้ทำหน้าที่ไต่สวนข้อพิพาทให้สามารถเป็นบุคคลอื่นซึ่งมีประสบการณ์และความรู้ในด้านการไต่สวนข้อพิพาททางปกครอง จะสามารถแบ่งเบาภาระหน้าที่ของตุลาการศาลปกครองในการไต่สวนข้อพิพาทได้

4) ปัญหาการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการไต่สวนข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

เนื่องจากการไต่สวนข้อพิพาทก่อนการฟ้องคดีเป็นการดำเนินการก่อนมีการฟ้องคดีต่อศาล กระบวนการดำเนินการจึงอาจมีความแตกต่างจากการไต่สวนข้อพิพาทหลังจากมีการฟ้องคดีต่อศาลแล้ว หากมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายให้สามารถไต่สวนข้อพิพาททางปกครองก่อนยื่นฟ้องคดีปกครองต่อศาลปกครองได้ จะต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการของการไต่สวนข้อพิพาทก่อนการฟ้องคดีให้เหมาะสมกับคดีปกครองของประเทศไทยต่อไป

2. วัตถุประสงค์

2.1 เพื่อศึกษาแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการไต่สวนข้อพิพาทในคดีปกครอง

2.2 เพื่อศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการไต่สวนข้อพิพาทในคดีปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และการไต่สวนข้อพิพาทก่อนการฟ้องคดีตามกฎหมายต่างประเทศ

¹ นายฉัตรชัย นิตภักดิ์, การไต่สวนคดีปกครอง, โครงการเสริมสร้างความรู้ ทักษะ และความชำนาญของพนักงานคดีปกครองและบุคลากรของสำนักงานศาลปกครองเพชรบุรี กิจกรรมเสวนาแลกเปลี่ยนเรียนรู้ระหว่างตุลาการกับพนักงานคดีปกครอง และบุคลากรที่เกี่ยวข้อง, 17 ธันวาคม 2563, หน้า 7. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

2.3 เพื่อศึกษาปัญหาเกี่ยวกับความเหมาะสมในการนำวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองก่อนฟ้องคดีมาใช้ในศาลปกครองของประเทศไทย

2.4 เพื่อเสนอแนะมาตรการทางกฎหมายในการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

3. ขอบเขตการวิจัย

งานวิจัยฉบับนี้ ศึกษาเกี่ยวกับแนวคิดที่เกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครอง และการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองก่อนฟ้องคดีปกครองในสาธารณรัฐฝรั่งเศสและเครือรัฐออสเตรเลีย

4. วิธีการวิจัย

งานวิจัยฉบับนี้ เป็นการศึกษาวิจัยทางนิติศาสตร์ (Legal Research) โดยการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) ด้วยวิธีการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยการค้นคว้าจากบทบัญญัติของกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน และเอกสารต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หนังสือ บทความ วารสาร จุลสาร งานวิจัย วิทยานิพนธ์ กฎหมายต่างประเทศ ผลงานทางวิชาการที่เกี่ยวข้องทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ และเอกสารอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องในรูปสิ่งพิมพ์และสื่ออิเล็กทรอนิกส์ต่าง ๆ รวมทั้งข้อมูลจากเครือข่ายอินเทอร์เน็ตที่เกี่ยวกับเรื่องการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนการฟ้องคดี

5. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

5.1 ทำให้ทราบถึงแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครอง

5.2 ทำให้ทราบถึงกฎหมายเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนการฟ้องคดีตามกฎหมายต่างประเทศ

5.3 ทำให้ทราบถึงปัญหาเกี่ยวกับความเหมาะสมในการนำวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองก่อนฟ้องคดีมาใช้ในศาลปกครองของประเทศไทย

5.4 ทำให้ทราบถึงข้อเสนอแนะและมาตรการทางกฎหมายในการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

6. แนวคิดเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครอง

6.1 แนวคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางเลือก

การระงับข้อพิพาททางเลือกหรือกระบวนการยุติธรรมทางเลือก (Alternative Dispute Resolution: ADR) ได้มีการนำมาใช้ในการระงับข้อพิพาทที่นอกเหนือไปจากการพิจารณาตัดสินของศาล โดยการระงับข้อพิพาททางเลือกเป็นการแสวงหาวิธีการแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้นร่วมกันของคู่กรณี หรือค้นหาทางออกที่ดีที่สุดในการยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ซึ่งวิธีการในการระงับข้อพิพาททางเลือกเป็นการเปิดโอกาสให้คู่กรณีที่มีส่วนเกี่ยวข้องใช้วิธีการระงับข้อพิพาท ได้ตกลงพูดคุยและร่วมกันหาทางออกเพื่อยุติข้อพิพาท โดยลักษณะข้อพิพาทที่ต่างก็ย่อมเหมาะสมกับวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกที่แตกต่างกันออกไป โดยการระงับข้อพิพาททางเลือกมีรูปแบบที่สำคัญ 4 รูปแบบ ดังนี้²

6.1.1 การเจรจาต่อรอง (Negotiation)

โดยปกติแล้วการเจรจาต่อรองจะถูกนำมาใช้เป็นรูปแบบแรกก่อนที่จะนำวิธีการระงับข้อพิพาทรูปแบบอื่นมาใช้ ซึ่งการเจรจาต่อรองเป็นการระงับข้อพิพาทที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้มีโอกาสเจรจาทกลงกันระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นด้วยตนเองโดยไม่มีบุคคลที่สามเป็นคนกลางเข้ามาช่วยในการเจรจาแต่อย่างใด

6.1.2 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation)

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่มีคนกลางหรือบุคคลที่สามซึ่งเรียกว่า “ผู้ไกล่เกลี่ย” เป็นบุคคลที่คู่กรณีเชื่อถือและไว้วางใจให้เข้ามาเป็นผู้ช่วยเหลือในการหาทางออกให้กับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น โดยที่บทบาทของผู้ไกล่เกลี่ยจะมีมากกว่าผู้อำนวยความสะดวกในการเจรจากล่าวคือ นอกจากผู้ไกล่เกลี่ยจะทำหน้าที่ในการอำนวยความสะดวกในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแล้ว ยังสามารถแสดงความคิดเห็นหรือใช้เทคนิคต่าง ๆ เพื่อให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายบรรลุข้อตกลงในการยุติข้อพิพาทร่วมกันได้ โดยที่ผู้ไกล่เกลี่ยจะไม่ชี้ขาดข้อพิพาท

6.1.3 การประนีประนอม (Conciliation)

การประนีประนอมเป็นวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกที่มีลักษณะใกล้เคียงกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท แต่มีข้อแตกต่างตรงที่คนกลางหรือบุคคลที่สาม ซึ่งเรียกว่า “ผู้ประนีประนอม” จะมีบทบาทมากกว่าผู้ไกล่เกลี่ย โดยผู้ประนีประนอมต้องเป็นผู้ที่มีความรู้เกี่ยวกับประเด็นที่พิพาท สามารถให้

² อมรรรัตน์ อำมาตเสนา. ความเหมาะสมของการนำวิธีการไกล่เกลี่ยมาใช้ในการระงับข้อพิพาททางปกครองในศาลปกครอง. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2562 ; หน้า 48-49.

ข้อชี้แนะหรือเสนอแนะทางออกให้กับคู่กรณีทั้งสองฝ่าย เพื่อให้สามารถตกลงกันได้ง่ายขึ้น ผู้ประนีประนอมจึงมีบทบาทต่อการประนีประนอมข้อพิพาทเป็นอย่างมาก

6.1.4 อนุญาโตตุลาการ

อนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาทซึ่งมีบุคคลภายนอกคนหนึ่งหรือหลายคนที่คู่กรณีเลือกและแต่งตั้งให้ทำหน้าที่ระงับข้อพิพาท ซึ่งเรียกว่า “อนุญาโตตุลาการ” โดยคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีผลผูกพันเป็นยุติให้คู่กรณีต้องปฏิบัติตามทันที หากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีฝ่ายที่ประสงค์ให้ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต้องยื่นคำร้องขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดต่อไป ดังนั้น คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจึงทำให้การระงับข้อพิพาทรูปแบบนี้ต้องมีฝ่ายแพ้และฝ่ายชนะ

6.2 รูปแบบของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

การระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสามารถเกิดขึ้นได้ทั้งก่อนที่จะมีการฟ้องคดีต่อศาลหรือหลังจากมีการฟ้องคดีต่อศาลแล้ว ซึ่งการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสามารถแบ่งออกเป็น 2 รูปแบบหลัก ๆ ได้แก่ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาล และการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาล ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

6.2.1 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภายในศาล (Mediation of Disputes in Court)

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภายในศาลเป็นการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคดีที่อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาล โดยมีผู้ไกล่เกลี่ยเป็นบุคคลภายนอกที่สมัครเป็นผู้ไกล่เกลี่ยในศาลนั้น ๆ หรืออาจให้ผู้พิพากษาหรือเจ้าหน้าที่ศาลซึ่งได้รับการฝึกอบรมด้านการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยเองก็ได้ ในกรณีที่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททำโดยผู้พิพากษา ผู้พิพากษานั้นจะไม่อาจร่วมเป็นองค์คณะตัดสินคดีนั้นได้อีก โดยผลของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในกรณีที่คู่กรณีสามารถตกลงกันได้ คู่กรณีมักจะทำสัญญาประนีประนอมยอมความกัน และศาลจะมีคำพิพากษาตามยอม แต่ในกรณีที่ตกลงกันได้เพียงบางส่วน คดีก็จะกลับเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีโดยศาล และศาลก็จะสืบพยานหลักฐานและมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเฉพาะในประเด็นที่ตกลงกันไม่ได้³

³ นาดาชา วศินติลลิก ผลฤกษ์. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองโดยศาลปกครอง. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี สาขากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557 ; หน้า 14-15.

6.2.2 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภายนอกศาล (Out of Court Mediation)

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภายนอกศาล เป็นการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ได้ดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนมีการฟ้องคดีต่อศาล หรือหากมีการฟ้องคดีต่อศาลแล้วคู่กรณีก็ยังดำเนินการให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทกันเองภายนอกศาลโดยที่ศาลมิได้เป็นผู้ดำเนินการให้ จึงไม่มีความเกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีของศาล ซึ่งคู่กรณีที่พิพาทจะตกลงให้บุคคลที่สามเข้ามาเป็นคนกลางช่วยเหลือในการระงับข้อพิพาท อาจดำเนินการเจรจาตกลงกันเองหรือมอบข้อพิพาทให้หน่วยงานที่มีหน้าที่ดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้ก็ได้ ในกรณีที่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาลประสบความสำเร็จ โดยทั่วไปคู่กรณีจะทำสัญญาประนีประนอมยอมความกัน ซึ่งเป็นการระงับข้อพิพาทที่มีอยู่เดิมและผูกพันตามข้อตกลงที่เกิดขึ้นใหม่ หากเป็นการไกล่เกลี่ยก่อนมีการฟ้องคดีต่อศาล ถ้าคู่กรณีไม่ปฏิบัติตามสัญญาประนีประนอมยอมความก็สามารถนำสัญญาดังกล่าวมาฟ้องร้องต่อศาลได้ แต่หากเป็นกรณีที่มีการฟ้องคดีต่อศาลแล้ว หากคู่กรณีดำเนินการให้มีการไกล่เกลี่ยกันเองภายนอกศาล ก็สามารถนำสัญญาประนีประนอมยอมความมาให้ศาลพิพากษาตามยอมหรืออาจถอนฟ้องก็ได้ ในกรณีที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาลไม่ประสบความสำเร็จ คู่กรณีอาจต้องระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอื่น เช่น การอนุญาโตตุลาการ หรือการดำเนินคดีในศาล⁴

6.3 ความหมายของคดีปกครอง

คดีปกครอง หมายความว่า คดีที่จะต้องฟ้องและดำเนินคดีในศาลปกครอง ซึ่งได้แก่ บรรดาข้อพิพาททั้งหลายระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายหนึ่งกับเอกชนหรือหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอีกฝ่ายหนึ่ง โดยพิพาทกันในเรื่องเกี่ยวกับ กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย การละเลยต่อหน้าที่หรือการปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร การกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย กฎคำสั่งทางปกครองหรือคำสั่งอื่น และสัญญาทางปกครอง⁵

6.4 หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคดีปกครอง

คดีปกครองเป็นคดีพิพาทที่มีคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นฝ่ายปกครอง การที่ฝ่ายปกครองจะดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดี

⁴ รัตนลักษณ์ นาคนิธิตาตา. การไกล่เกลี่ยคดีปกครองโดยศาลปกครอง. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551 ; หน้า 12.

⁵ อำพน เจริญชีวินทร์, คำอธิบายการฟ้องและการดำเนินคดีในศาลปกครอง ภาค 1 เขตอำนาจศาล, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2566), หน้า 3.

ปกครองจึงไม่ได้กระทำในฐานะของตนเอง ฝ่ายปกครองจึงต้องดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยคำนึงถึงหลักการทางกฎหมายปกครองที่สำคัญ ได้แก่ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และหลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

6.4.1 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครอง หมายถึง ผลผลิตของการใช้อำนาจทางปกครองของรัฐของฝ่ายปกครอง แบ่งได้เป็น 4 ประเภท ได้แก่ คำสั่งทางปกครอง กฎ คำสั่งอื่นและแนวนโยบายในการใช้ดุลพินิจ และการกระทำอื่น⁶ โดยหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองหมายความว่า ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่มีผลเป็นการจำกัดหรือกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ และจะต้องกระทำการดังกล่าวภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ กฎหมายจึงเป็นทั้งแหล่งที่มาและข้อจำกัดของอำนาจกระทำการต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง⁷ ดังนั้น การที่ฝ่ายปกครองจะสามารถดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ ต้องเป็นกรณีที่มีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองและข้อตกลงในการไกล่เกลี่ยต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำได้

6.4.2 หลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ

ในทางกฎหมายมหาชน รัฐเป็นผู้มีหน้าที่ดูแลรักษาประโยชน์ส่วนรวมของคนจำนวนมาก ในกรณีที่ประโยชน์ส่วนตัวของปัจเจกชนไม่สอดคล้องกับประโยชน์ส่วนรวมของคนหมู่มากในสังคมหรือประโยชน์สาธารณะ จะต้องให้ประโยชน์สาธารณะมาก่อนหรืออยู่เหนือประโยชน์ส่วนตัวของปัจเจกชน ซึ่งถ้าปัจเจกชนไม่สมัครใจหรือไม่ยินยอมที่จะสละประโยชน์ส่วนตัวเพื่อประโยชน์สาธารณะ ก็จะต้องให้รัฐโดยองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้ดูแลรักษาประโยชน์สาธารณะ แทนในนามของคนหมู่มากในสังคม โดยให้องค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถใช้อำนาจหน้าที่บังคับปัจเจกชนเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ ประโยชน์สาธารณะหรือความต้องการของคนหมู่มากในสังคมจึงเป็นหัวใจของการดำเนินการของรัฐและเป็นวัตถุประสงค์ของการดำเนินการทุกอย่างขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เมื่อมีหลักว่าองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในฐานะผู้แทนของรัฐต้องทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น ซึ่งต่างจากปัจเจกชนที่ทำการเพื่อประโยชน์ส่วนตัว ผลทางกฎหมายมหาชนที่ตามมาคือ รัฐ องค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องมิฉะนั้นนอกจากกิจกรรมของรัฐซึ่งดำเนินไปเพื่อประโยชน์สาธารณะนั้นแยกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ การใช้อำนาจ

⁶ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2562), หน้า 24.

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 37.

ควบคุมโดยการออกกฎหมายหรือคำสั่งให้คนในสังคมปฏิบัติตามเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในบ้านเมือง และการให้บริการตอบสนองความต้องการด้านต่าง ๆ ของคนในสังคม⁸ หลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะย่อมเป็นหลักการสำคัญในการใช้กฎหมายและการตีความกฎหมาย และการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครอง ฝ่ายปกครองต้องคำนึงถึงหลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะประกอบด้วย

7. การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในกฎหมายต่างประเทศ

7.1 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

สาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) มีระบบศาลเป็นระบบศาลคู่ คือ มีระบบศาลยุติธรรม (Les juridictions Judiciaires) ที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญาทั่วไป โดยมีศาลฎีกา (Court de Cassation) เป็นศาลสูงสุด และมีระบบศาลปกครอง (Les Juridictions Administratives) ที่พิจารณาพิพากษาเฉพาะคดีปกครอง โดยมีสภาแห่งรัฐเป็นศาลสูงสุด (Conseil d'Etat)⁹ ในศาลปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสจะแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ ระบบศาลปกครองปกติ แบ่งออกเป็น 3 ชั้นศาล ได้แก่ ศาลปกครองชั้นต้น (Tribunal Administratif) ศาลปกครองอุทธรณ์ (Cour Administrative d'Appel) และศาลปกครองสูงสุดหรือสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) และมีระบบศาลปกครองพิเศษ¹⁰ ซึ่งการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีรายละเอียด ดังนี้

7.1.1 รูปแบบของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีปกครองในสาธารณรัฐฝรั่งเศส

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองก่อนฟ้องคดีในสาธารณรัฐฝรั่งเศส สามารถจำแนกได้เป็น 2 ประเภท คือ กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองแบบสมัครใจ และกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองแบบบังคับ ซึ่งสามารถสรุปได้ ดังนี้¹¹

⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี, (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2538), หน้า 298-301. อ้างถึงใน ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 30 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2564), หน้า 65-66.

⁹ วรินทร ชยวัชโณ, การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคดีสิ่งแวดล้อมในศาลปกครอง, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2555 ; หน้า 104.

¹⁰ ทศนีย์ ไชยแสน, การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนการฟ้องคดีศึกษากรณีคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม, สารนิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม, 2564 ; หน้า 131-132.

¹¹ วิศรุต คิตติ, การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบบังคับก่อนการฟ้องคดีปกครองในประเทศฝรั่งเศส, หน้า 2. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

7.1.1.1 กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองแบบสมัครใจ

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบสมัครใจในสาธารณรัฐฝรั่งเศส เป็นกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกที่เปิดโอกาสให้คู่กรณีได้ดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทกันด้วยความสมัครใจของคู่กรณี โดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีเริ่มโดยคู่กรณีเป็นผู้เลือกผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเอง และกำหนดกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้เอง หรือคู่กรณีจะร้องขอต่ออธิบดีศาลปกครองชั้นต้นที่มีอำนาจในการพิจารณาชี้แต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจากบุคคลภายนอกศาล หรืออาจมีการมอบอำนาจให้ตุลาการศาลปกครองคนใดดำเนินการไกล่เกลี่ยก็ได้ ทั้งนี้ ตามประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง มาตรา L. 213-5¹²

7.1.1.2 กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองแบบบังคับ

รัฐกฤษฎีกาฉบับที่ 2018-101 ลงวันที่ 16 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2018 ว่าด้วยการนำร่องให้มีการนำกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองแบบบังคับมาทดลองใช้สำหรับคดีบางประเภท¹³ ได้กำหนดให้นำการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบบังคับก่อนการฟ้องคดีมาใช้กับคดีปกครองเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลภาครัฐ และคดีปกครองเกี่ยวกับสวัสดิการสังคม โดยได้กำหนดขั้นตอนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบบังคับก่อนการฟ้องคดีถือเป็นเงื่อนไขในการฟ้องคดี หากไม่ดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดี ศาลไม่อาจรับคำฟ้องไว้พิจารณาได้ โดยหากมีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองภายในระยะเวลาการฟ้องคดีแต่ผู้ฟ้องคดีไม่ได้ดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนที่จะมาฟ้องคดีต่อศาล ศาลปกครองต้องมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา และส่งข้อพิพาทไปให้ผู้ไกล่เกลี่ยที่มีอำนาจหน้าที่ดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบบังคับต่อไป¹⁴

7.1.2 ประเภทคดีปกครองที่สามารถไกล่เกลี่ยได้ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคดีปกครองในสาธารณรัฐฝรั่งเศส กำหนดให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสามารถนำมาใช้กับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนของคดีก็ได้ ตามรัฐกฤษฎีกา ที่ 2017-566 ลงวันที่ 18 เมษายน ค.ศ. 2017 เกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคดีปกครองที่อยู่ในอำนาจของตุลาการศาล

¹² L. 213-5 du Code de justice administrative

¹³ Décret n° 2018-654 du 25 juillet 2018 modifiant le décret n° 2018-101 du 16 février 2018 portant expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges de la fonction publique et de litiges sociaux

¹⁴ อภิญา แก้วกำเนิด, ประเทศฝรั่งเศสประกาศใช้กฎหมายนำร่องให้มีการนำกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองแบบบังคับมาทดลองใช้สำหรับคดีบางประเภท, หน้า 10. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

ปกครอง มาตรา R. 213-1¹⁵ เว้นแต่เป็นการดำเนินการที่อยู่นอกเหนือสิทธิหรือความสามารถของ คู่กรณี ตามประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง มาตรา L. 213-3¹⁶ และศาลปกครองสูงสุดแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้เสนอรายงานปี ค.ศ. 1993 เรื่อง “การระงับข้อพิพาททางเลือก : การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท การประนีประนอมยอมความ อนุญาโตตุลาการในคดีปกครอง” ว่าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกจากจะนำมาใช้กับคดีฟ้องเรียกค่าเสียหายแล้ว การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทยังอาจนำมาใช้กับคดีฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะกรณีที่กฎหมายได้ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองที่เลือกออกคำสั่งทางปกครองได้หลายอย่าง ซึ่งแต่ละอย่างก็ล้วนชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน กรณีเช่นนี้สามารถนำการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้ได้โดยการให้ฝ่ายปกครองพิจารณาแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งให้เกิดประโยชน์กับทุกฝ่ายมากที่สุดโดยไม่ขัดต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง¹⁷

7.1.3 คุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคดีปกครองในสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ผู้ไกล่เกลี่ย คือ บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งให้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ทำหน้าที่ในการชี้แนะเกี่ยวกับประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นระหว่างคู่กรณี เพื่อให้คู่กรณีสามารถหาทางออกร่วมกันได้ โดยผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคดีปกครองในสาธารณรัฐฝรั่งเศสอาจเป็นบุคคลธรรมดาเพียงคนเดียวหรือหลายคนหรือเป็นนิติบุคคลก็ได้ ซึ่งกฎบัตรว่าด้วยจริยธรรมของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในข้อพิพาททางปกครอง (Charte éthique des médiateurs dans les litiges administratifs) ได้กำหนดหลักการสำคัญเพื่อรับประกันคุณภาพของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและกระบวนการในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้เป็นไปอย่างโปร่งใส ยุติธรรม และเป็นไปตามมาตรฐาน โดยได้กำหนดคุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไว้ ดังนี้¹⁸

- 1) มีประสบการณ์ทางด้านวิชาชีพอย่างน้อย 5 ปี ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาท
- 2) ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีคุณสมบัติทางเทคนิคในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยได้รับการฝึกอบรมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือมีประสบการณ์ที่สำคัญในสาขาที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และคุณภาพของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องได้รับการประเมินจากศาล

¹⁵ Décret n° 2017-566 du 18 avril 2017 relatif à la médiation dans les litiges relevant de la compétence du juge administratif, R. 213-1

¹⁶ L. 213-3 du Code de justice administrative

¹⁷ ศุภวิ อาลิแอ. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการไกล่เกลี่ยในกระบวนการพิจารณาคดีปกครองของศาลปกครอง. สารนิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม, 2560 ; หน้า 34-35.

¹⁸ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองก่อนฟ้องคดี, หน้า 31. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

3) ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องได้รับการฝึกอบรมเพื่อพัฒนาความรู้ทั้งทางทฤษฎีและภาคปฏิบัติ ที่ทันสมัยและสมบูรณ์ที่สุด

สำหรับผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีปกครองในสาธารณรัฐฝรั่งเศส มีทั้งกรณีที่คู่กรณีแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยเอง และกรณีที่คู่กรณีขอให้ศาลเป็นผู้แต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ย ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้¹⁹

7.1.3.1 กรณีที่คู่กรณีแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยเอง

ในกรณีที่มีข้อพิพาททางปกครองเกิดขึ้น แต่คู่กรณีจะยังไม่ได้นำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง คู่กรณีทั้งสองฝ่ายอาจเจรจากันนอกศาลเพื่อให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ซึ่งเป็นการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครอง โดยคู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงกันแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยเอง ตามประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง มาตรา L.213-5 วรรคหนึ่ง²⁰ โดยผู้ไกล่เกลี่ยอาจเป็นบุคคลธรรมดาเพียงคนเดียวหรือหลายคนหรือเป็นนิติบุคคลก็ได้ ในกรณีที่ผู้ไกล่เกลี่ยเป็นนิติบุคคล ผู้แทนของนิติบุคคลดังกล่าวมีอำนาจแต่งตั้งบุคคลธรรมดาคนเดียวหรือหลายคนเพื่อเป็นผู้ทำการแทนนิติบุคคลในการเป็นผู้ไกล่เกลี่ยได้ ตามรัฐกฤษฎีกา 2017-566 วันที่ 28 เมษายน ค.ศ. 2017 เกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยคดีปกครองและอำนาจหน้าที่ของตุลาการศาลปกครอง มาตรา R. 213-2²¹ และในกรณีที่ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นบุคคลธรรมดา ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นจะต้องมีคุณสมบัติที่เหมาะสมกับลักษณะของข้อพิพาทนั้น โดยพิจารณาจากกิจการงานในอดีตหรือปัจจุบันของบุคคลผู้นั้น เช่น เคยผ่านการฝึกอบรมหรือมีประสบการณ์ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ตามรัฐกฤษฎีกา 2017-566 วันที่ 28 เมษายน ค.ศ. 2017 เกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยคดีปกครองและอำนาจหน้าที่ของตุลาการศาลปกครอง มาตรา R. 213-3²²

7.1.3.2 กรณีที่คู่กรณีขอให้ศาลเป็นผู้แต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ย

ในกรณีที่คู่กรณีเริ่มให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท คู่กรณีทั้งสองฝ่ายอาจร้องขอต่ออธิบดีศาลปกครองชั้นต้นหรืออธิบดีศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ที่มีเขตอำนาจ เพื่อบริหารให้มีการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และขอให้ศาลแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยอธิบดีศาลปกครองชั้นต้นหรือ

¹⁹ วิสสุตา คชกฤษ. การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ศึกษากรณีบุคคลภายนอกที่ทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครอง. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม, 2563 ; หน้า 43.

²⁰ L. 213-5 du Code de justice administrative

²¹ Décret n° 2017-566 du 18 avril 2017 relatif à la médiation dans les litiges relevant de la compétence du juge administratif, R. 213-2

²² Décret n° 2017-566 du 18 avril 2017 relatif à la médiation dans les litiges relevant de la compétence du juge administratif, R. 213-3

อธิบดีศาลปกครองชั้นอุทธรณ์อาจมอบอำนาจให้ตุลาการคนใดคนหนึ่งเป็นผู้นิโทษคดี ข้อพิพาท ตามประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง มาตรา L.213-5 วรรคสอง และวรรคสาม หรือศาลอาจตั้งผู้นิโทษคดีจากบุคคลภายนอก โดยอธิบดีศาลปกครองชั้นต้นหรืออธิบดีศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ที่มีเขตอำนาจหรือตุลาการที่ได้รับมอบหมายแต่งตั้งผู้นิโทษคดีจากบุคคลภายนอกศาล ตามประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง มาตรา L.213-5 วรรคสี่ โดยกรณีที่ผู้นิโทษคดีข้อพิพาทเป็นบุคคลธรรมดา ผู้นิโทษคดี ข้อพิพาทนั้นจะต้องมีคุณสมบัติที่เหมาะสมกับลักษณะของข้อพิพาทนั้น โดยพิจารณาจากกิจการงานในอดีตหรือปัจจุบันของบุคคลผู้นั้น ตามรัฐธรรมนูญ 2017-566 วันที่ 28 เมษายน ค.ศ. 2017 เกี่ยวกับการนิโทษคดีคดีปกครองและอำนาจหน้าที่ของตุลาการศาลปกครอง มาตรา R. 213-3 และต้องเป็นผู้นิโทษคดีข้อพิพาทที่ได้จดทะเบียนกับฆราวาสผู้นิโทษคดีข้อพิพาท ซึ่งโดยปกติศาลปกครองชั้นต้นทุกแห่งจะจัดให้มีบัญชีรายชื่อผู้นิโทษคดีประจำศาลและอธิบดีศาลปกครองแต่ละแห่งจะเป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งผู้นิโทษคดี²³ ทั้งนี้ เมื่ออธิบดีศาลปกครองชั้นต้นหรืออธิบดีศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ที่มีเขตอำนาจ หรือตุลาการที่ได้รับมอบหมายเกี่ยวกับการแต่งตั้งผู้นิโทษคดีได้ดำเนินการจัดให้มีการนิโทษคดีข้อพิพาท และได้แต่งตั้งผู้นิโทษคดีเป็นประการใดแล้ว คำสั่งดังกล่าวย่อมเป็นที่สุด ไม่อาจอุทธรณ์โต้แย้งต่อไปได้ ตามประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง มาตรา L.213-5 วรรคห้า²⁴

7.1.4 หลักเกณฑ์และวิธีการนิโทษคดีข้อพิพาทคดีปกครองในสาธารณรัฐฝรั่งเศส

การนิโทษคดีข้อพิพาทคดีปกครองในสาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง มาตรา L. 213-1 ถึงมาตรา L. 213-10 ซึ่งหลักเกณฑ์และวิธีการนิโทษคดีข้อพิพาทก่อนการฟ้องคดีต่อศาลปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสสามารถสรุปได้ ดังนี้

7.1.4.1 การเริ่มดำเนินการนิโทษคดีข้อพิพาท

กรณีการนิโทษคดีข้อพิพาทก่อนการฟ้องคดี ต้องเป็นการนิโทษคดีข้อพิพาทที่ริเริ่มโดยคู่กรณี ซึ่งการนิโทษคดีข้อพิพาทรูปแบบนี้เกิดขึ้นนอกขั้นตอนการพิจารณาคดี โดยคู่กรณี

²³ กรณีศึกษา สุทธิประสิทธิ์ และคณะ, สรุปผลการสัมมนาหัวข้อ “การนิโทษคดีข้อพิพาทในศาลปกครองฝรั่งเศส” โครงการพัฒนาความรู้ตุลาการศาลปกครอง เรื่อง การนำวิธีระงับข้อพิพาททางเลือก (ADR) มาใช้กับคดีเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมในศาลปกครอง, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท พี เพรส จำกัด, 2554), หน้า 67. อ้างถึงใน อุทธรณ์ ดัชนีบรรณ. การนิโทษคดีข้อพิพาทในคดีสัญญาทางปกครองโดยศาลปกครอง. การศึกษาค้นคว้าอิสระปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2558 ; หน้า 50.

²⁴ L. 213-5 du Code de justice administrative

ทั้งสองฝ่ายตกลงกันแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยเอง หรือคู่ความทั้งสองฝ่ายอาจร้องขอต่ออธิบดีศาลปกครอง ชั้นต้นหรืออธิบดีศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ที่มีเขตอำนาจ เพื่อจัดให้มีการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และขอให้ศาลแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้ก็ได้ ตามประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง มาตรา L. 213-5²⁵

7.1.4.2 กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสขึ้นอยู่กับคู่กรณีว่าได้ตกลงร่วมกันถึงกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เช่น ขั้นตอนในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ระยะเวลาในการดำเนินการ ประเด็นการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือคู่กรณีขอให้ศาลปกครองเป็นผู้ดำเนินการ กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททั้งหมด²⁶ ซึ่งโดยปกติผู้ไกล่เกลี่ยจะดำเนินการให้คู่กรณีทั้งฝ่ายปกครองและเอกชนได้เข้ามาพูดคุยเจรจากัน โดยผู้ไกล่เกลี่ยอาจมีจำนวนมากกว่าหนึ่งคนก็ได้ และการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทควรใช้ระยะเวลาในการดำเนินการไม่เกิน 4 เดือน ซึ่งการดำเนินการไกล่เกลี่ยนั้นผู้ไกล่เกลี่ยอาจแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญเพื่อช่วยเหลือในการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก็ได้ แต่ต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อน ทั้งนี้ ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญอาจถูกโต้แย้ง และคัดค้านได้ นอกจากนี้ผู้ไกล่เกลี่ยอาจเชิญบุคคลใดที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทให้เข้าร่วมในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้เช่นกัน²⁷

7.1.4.3 ผลของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

สำหรับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนการฟ้องคดีในสาธารณรัฐฝรั่งเศส ผลของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสามารถสรุปได้ 2 กรณี ดังนี้²⁸

1) กรณีการไกล่เกลี่ยสำเร็จ โดยได้มีข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทร่วมกันแล้ว และได้รายงานข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทของคู่กรณีจากกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต่อศาล ศาลจะตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายหรือปัญหาความสงบเรียบร้อยของข้อตกลงดังกล่าวก่อน หาก

²⁵ L. 213-5 du Code de justice administrative

²⁶ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองก่อนฟ้องคดี, หน้า 27.

²⁷ กรรณิกา สุทธิประสิทธิ์ และคณะ, สรุปผลการสัมมนาหัวข้อ “การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลปกครองฝรั่งเศส” โครงการพัฒนาความรู้ตุลาการศาลปกครอง เรื่อง การนำวิธีระงับข้อพิพาททางเลือก (ADR) มาใช้กับคดีเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมในศาลปกครอง, หน้า 67.

²⁸ ชูติมา ภูบุญเต็ม, การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลปกครองศึกษากรณีการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเกี่ยวกับความรับผิดชอบละเมิดแก่หน่วยงานทางปกครอง, สารนิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม, 2562 ; หน้า 40. อ้างถึงใน วิสสุตา คชกฤษ, การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ศึกษากรณีบุคคลภายนอกที่ทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครอง, หน้า 58.

ไม่พบข้อบกพร่องศาลจะรับรองและกำหนดให้ข้อตกลงดังกล่าวมีผลบังคับได้ แต่หากข้อตกลงมีความบกพร่องศาลจะไม่รับรองข้อตกลงดังกล่าว ทั้งนี้ ตามประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง มาตรา L.213-4²⁹

2) กรณีการไกล่เกลี่ยไม่สำเร็จ กล่าวคือ ไม่อาจตกลงกันได้หรือมีเหตุประการอื่น ผู้ไกล่เกลี่ยจะจัดทำบันทึกการไกล่เกลี่ยโดยไม่ระบุข้อเสนอหรือข้อเรียกร้องของแต่ละฝ่ายไว้ และผู้ไกล่เกลี่ยจะดำเนินการส่งสำเนาทันทีดังกล่าวให้คู่กรณีทุกฝ่าย และส่งบันทึกการไกล่เกลี่ยพร้อมเอกสารต่าง ๆ ของคู่กรณี และความเห็นของผู้เชี่ยวชาญไปยังอธิบดีศาลหรือผู้ที่ได้รับมอบหมาย³⁰ ในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทร้องขอให้ยุติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือศาลเห็นเองว่าการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่อาจดำเนินการไปได้ด้วยดีและอาจทำให้เกิดความเสียหายแก่คดี ศาลจะสั่งให้ยุติการไกล่เกลี่ยนั้น ตามรัฐกฤษฎีกาที่ 2017-566 ลงวันที่ 28 เมษายน ค.ศ. 2017 มาตรา R. 213-9³¹ ซึ่งในกรณีที่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีไม่สำเร็จ คู่กรณียังสามารถนำคดีไปฟ้องต่อศาลได้

7.1.4.4 ระยะเวลาในการฟ้องคดีกรณีที่มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

กรณีที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงที่จะดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนที่จะดำเนินการกระบวนการพิจารณาคดีโดยศาล ระยะเวลาในการฟ้องคดีย่อมสะดุดหยุดอยู่นับแต่วันที่คู่กรณีได้ตกลงกันที่จะใช้วิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือในกรณีที่ไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือให้นับแต่วันที่มีการประชุมครั้งแรกเพื่อดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยระยะเวลาในการฟ้องคดีจะเริ่มนับต่อตั้งแต่วันที่คู่กรณีฝ่ายใดหรือคู่กรณีทั้งสองฝ่ายหรือผู้ไกล่เกลี่ยได้ประกาศสิ้นสุดการไกล่เกลี่ย ซึ่งระยะเวลาที่จะเริ่มต้นนับต่ออีกครั้งหนึ่งนั้นต้องมีระยะเวลาไม่น้อยกว่า 6 เดือน ตามประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง มาตรา L.213-6³² โดยบทบัญญัติดังกล่าวเป็นการเปิดโอกาสให้คู่กรณีสามารถนำคดีพิพาทที่ไม่สามารถไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีได้สำเร็จไปฟ้องต่อศาลปกครองได้โดยคดีพิพาทดังกล่าวจะยังไม่พ้นระยะเวลาการฟ้องคดี

²⁹ L. 213-4 du Code de justice administrative

³⁰ ณัฐชานาญ ฐิติภัก. การไกล่เกลี่ยคดีปกครองทางสิ่งแวดล้อม. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2559 ; หน้า 83.

³¹ Décret n° 2017-566 du 18 avril 2017 relatif à la médiation dans les litiges relevant de la compétence du juge administratif, R. 213-9

³² L. 213-6 du Code de justice administrative

7.2 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองในเครือรัฐออสเตรเลีย

เครือรัฐออสเตรเลียเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี (Common Law Jurisdiction) มีระบบศาลเดียวโดยศาลยุติธรรมทั้งในระดับสหพันธรัฐและระดับมลรัฐเป็นศาลเดียวที่มีอำนาจวินิจฉัยคดีทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นคดีพิพาททางแพ่งหรือคดีพิพาททางปกครอง ซึ่งเครือรัฐออสเตรเลียมีระบอบการปกครองประชาธิปไตยแบบสหพันธรัฐ (Federal Government) แบ่งการปกครองออกเป็น 3 ระดับ ได้แก่ การปกครองระดับสหพันธรัฐหรือระดับชาติ การปกครองระดับมลรัฐ และการปกครองระดับท้องถิ่น ซึ่งเครือรัฐออสเตรเลียมีการจัดตั้งศาลทั้งในระดับสหพันธรัฐและระดับมลรัฐ โดยมีศาลสูงแห่งออสเตรเลียเป็นศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไปในการพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นที่สูงสุดในทุกประเภทคดี³³

7.2.1 รูปแบบของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีปกครองในเครือรัฐออสเตรเลีย

การระงับข้อพิพาทของเครือรัฐออสเตรเลียนอกจากการตัดสินข้อพิพาทโดยศาลแล้ว เครือรัฐออสเตรเลียได้นำการระงับข้อพิพาททางเลือกมาใช้ในการระงับข้อพิพาท โดยพระราชบัญญัติการระงับข้อพิพาททางแพ่ง ค.ศ. 2011³⁴ ซึ่งเป็นกฎหมายในระดับสหพันธรัฐของเครือรัฐออสเตรเลีย มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมให้คู่กรณี รวมถึงหน่วยงานของรัฐในเครือรัฐออสเตรเลีย จะต้องดำเนินการตาม “ขั้นตอนแท้จริง (Genuine Steps)” เพื่อแก้ไขหรือระงับข้อพิพาทใด ๆ ก่อนมีการเริ่มดำเนินคดีทางศาลต่อศาลสหพันธรัฐ กล่าวคือ กรณีที่คู่กรณีต้องการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อศาลสหพันธรัฐ คู่กรณีจะต้องดำเนินการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอื่นมาแล้ว รวมถึงการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หากไม่สามารถระงับข้อพิพาทได้จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลสหพันธรัฐ แสดงให้เห็นว่าคู่กรณีจะต้องดำเนินการระงับข้อพิพาททางเลือกก่อนที่จะฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกที่ได้รับความนิยมเป็นอย่างมาก โดยนิยมนำการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้กับข้อพิพาททางแพ่ง และปัจจุบันได้มีการนำการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้ในข้อพิพาททางปกครองด้วย³⁵ สำหรับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองก่อนฟ้องคดี เป็นกรณีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ริเริ่มโดยคู่กรณี ซึ่งระเบียบศาลสหพันธรัฐแห่งออสเตรเลีย ค.ศ. 2011 (Federal Court Rule 2011) ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการ

³³ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, “รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 4 กฎหมายปกครองต่างประเทศ” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://dl.parliament.go.th/handle/20.500.13072/301255>. [1 มิถุนายน 2566]

³⁴ Civil Dispute Resolution Act 2011 (Cth)

³⁵ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองก่อนฟ้องคดี, หน้า 67-68.

ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไว้ในหมวด 28 การระงับข้อพิพาททางเลือก โดยคู่กรณีจะต้องพิจารณาเลือกใช้การระงับข้อพิพาททางเลือก รวมถึงการไกล่เกลี่ยโดยเร็วที่สุดเท่าที่จะสามารถทำได้ในการระงับข้อพิพาท ตามระเบียบศาลสหพันธรัฐแห่งออสเตรเลีย ค.ศ. 2011 ข้อที่ 28.01³⁶ โดยคู่กรณีอาจร้องขอต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งส่งการพิจารณาคดีทั้งหมดหรือบางส่วนไปยังผู้ไกล่เกลี่ยเพื่อดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ซึ่งผู้ไกล่เกลี่ยที่ได้รับการแต่งตั้งให้ดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะต้องรายงานต่อศาลเกี่ยวกับการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้น ตามระเบียบศาลสหพันธรัฐแห่งออสเตรเลีย ค.ศ. 2011 ข้อที่ 28.02³⁷ ดังนั้น การดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองของเครือรัฐออสเตรเลียจึงสามารถดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีได้ โดยเป็นการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ริเริ่มโดยคู่กรณี ซึ่งคู่กรณีได้ร้องขอต่อศาลเพื่อส่งข้อพิพาทให้ผู้ไกล่เกลี่ยดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ย

7.2.2 ประเภทคดีปกครองที่สามารถไกล่เกลี่ยได้ในเครือรัฐออสเตรเลีย

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในเครือรัฐออสเตรเลีย คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลสหพันธรัฐแห่งออสเตรเลียทุกประเภทคดีรวมทั้งคดีปกครอง สามารถเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ ไม่ว่าจะเป็นความสลับซับซ้อนหรือมีคู่กรณีหลายคนหรือไม่ก็ตาม โดยคดีที่จะเหมาะสมต่อการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ได้แก่ กรณีที่คู่กรณีมีความประสงค์ที่จะเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท กรณีมีแนวโน้มว่าคำพิพากษาของศาลไม่อาจทำให้ข้อพิพาทระงับลงได้ กรณีเป็นความประสงค์ของคู่กรณีในการหาวิธีการเพื่อรักษาสัมพันธ์ภาพระหว่างกันไว้ กรณีมีปัจจัยเกี่ยวกับเรื่องที่มีใช้ตัวเงิน กรณีผลของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีแนวโน้มที่เหมาะสมกับความต้องการและผลประโยชน์ของคู่กรณีมากกว่าคำพิพากษาของศาล³⁸

7.2.3 คุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคดีปกครองในเครือรัฐออสเตรเลีย

การระงับข้อพิพาททางเลือกโดยวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองในเครือรัฐออสเตรเลียต้องมีคนกลางที่ทำหน้าที่ช่วยเหลือให้การไกล่เกลี่ยสำเร็จได้ตามความประสงค์ของคู่กรณี โดยศาลจะมีคำสั่งให้นำการพิจารณาคดีเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ซึ่งหากคำสั่งดังกล่าวไม่ได้แต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไว้ บุคคลที่ทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคดีปกครองในศาลสหพันธรัฐของเครือรัฐออสเตรเลีย ตามระเบียบศาลสหพันธรัฐแห่งออสเตรเลีย ค.ศ. 2011

³⁶ Rule 28.01 of Federal Court Rule 2011

³⁷ Rule 28.02 of Federal Court Rule 2011

³⁸ สุขฉวี รักษ์ประจิต, “การไกล่เกลี่ยและนอมนข้อพิพาทในคดีปกครอง: ประสบการณ์ของศาลและองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาทของปะเทศออสเตรเลีย”, วารสารวิชาการศาลปกครอง, 19, 3 (2562), หน้า 96.

ข้อที่ 28.21³⁹ ได้แก่ 1) นายทะเบียนศาลสหพันธรัฐ ซึ่งนายทะเบียนศาลสหพันธรัฐเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการบริหารจัดการงานธุรการของศาล และยังมีอำนาจหน้าที่ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลสหพันธรัฐอีกด้วย หรือ 2) บุคคลภายนอกที่นายทะเบียนศาลสหพันธรัฐเป็นผู้เลือก ซึ่งในเครือรัฐออสเตรเลียได้มีการกำหนดมาตรฐานผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยมีการขึ้นทะเบียนรับรองผู้ไกล่เกลี่ยตามมาตรฐานผู้ไกล่เกลี่ยแห่งเครือรัฐออสเตรเลีย (Australian National Mediator Standards) ซึ่งเป็นการกำหนดมาตรฐานกลางสำหรับการรับรองผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อพัฒนาคุณภาพของการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พร้อมทั้งเป็นการสร้างความมั่นใจให้แก่คู่กรณีว่าผู้ดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้รับการฝึกอบรม ผ่านการประเมิน และมีความรู้ความสามารถเหมาะสมสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ ทำให้ประชาชนมีความเชื่อถือและไว้วางใจที่จะระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท⁴⁰

7.2.4 หลักเกณฑ์และวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในเครือรัฐออสเตรเลีย

หลักเกณฑ์และวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีปกครองในเครือรัฐออสเตรเลีย กำหนดให้คู่กรณีจะต้องพิจารณาเลือกใช้การระงับข้อพิพาททางเลือก รวมถึงการไกล่เกลี่ยโดยเร็วที่สุดเท่าที่จะสามารถทำได้ในการระงับข้อพิพาท ตามระเบียบศาลสหพันธรัฐแห่งออสเตรเลีย ค.ศ. 2011 ข้อที่ 28.01⁴¹ ซึ่งคู่กรณีอาจร้องขอต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งส่งการพิจารณาคดีทั้งหมดหรือบางส่วนไปยังผู้ไกล่เกลี่ยเพื่อดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยกรณีที่ไม่ได้มีการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ย ให้นายทะเบียนศาลสหพันธรัฐเป็นผู้ไกล่เกลี่ย หรือนายทะเบียนศาลสหพันธรัฐจะแต่งตั้งบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นผู้ไกล่เกลี่ยก็ได้ และจะต้องแจ้งคู่กรณีทั้ง 2 ฝ่ายทราบถึงชื่อที่อยู่ของผู้ไกล่เกลี่ย วัน เวลา และสถานที่ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท รวมทั้งเอกสารอื่น ๆ ที่คู่กรณีต้องนำส่งผู้ไกล่เกลี่ย ตามระเบียบศาลสหพันธรัฐแห่งออสเตรเลีย ค.ศ. 2011 ข้อที่ 28.21⁴² เมื่อได้มีการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแล้ว และคู่กรณีสามารถตกลงกันได้ คู่กรณีจะต้องเสนอข้อตกลงนั้นไปยังศาล เพื่อขอความยินยอมจากศาล ตามระเบียบศาลสหพันธรัฐแห่งออสเตรเลีย ค.ศ. 2011 ข้อที่ 28.25⁴³ โดยกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในเครือรัฐออสเตรเลียที่สำคัญ ดังนี้

³⁹ Rule 28.21 of Federal Court Rule 2011

⁴⁰ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองก่อนฟ้องคดี, หน้า 70.

⁴¹ Rule 28.01 of Federal Court Rule 2011

⁴² Rule 28.21 of Federal Court Rule 2011

⁴³ Rule 28.25 of Federal Court Rule 2011

7.2.4.1 การเริ่มดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

กรณีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีในศาลสหพันธรัฐแห่งออสเตรเลีย คู่กรณีอาจร้องขอต่อศาลเพื่อให้คำสั่งส่งการพิจารณาคดีไปยังผู้ไกล่เกลี่ยเพื่อดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ย ตามระเบียบศาลสหพันธรัฐแห่งออสเตรเลีย ค.ศ. 2011 ข้อที่ 28.02⁴⁴

7.2.4.2 กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ศาลอาจมีคำสั่งเกี่ยวกับระยะเวลาที่ต้องเริ่มดำเนินการไกล่เกลี่ยและระยะเวลาสิ้นสุดการดำเนินการไกล่เกลี่ย การดำเนินการไกล่เกลี่ยในศาลสหพันธรัฐแห่งออสเตรเลียจึงอยู่ภายใต้คำสั่งของศาลตามระเบียบศาลสหพันธรัฐแห่งออสเตรเลีย ค.ศ. 2011 ข้อที่ 28.03⁴⁵

7.2.4.3 ผลของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

สำหรับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนการฟ้องคดีในเครือรัฐออสเตรเลีย ผลของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสามารถสรุปได้ 2 กรณี ดังนี้

1) กรณีไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสำเร็จ โดยคู่กรณีสามารถตกลงกันได้ จะมีการจัดทำบันทึกข้อตกลงและลงนามโดยคู่กรณีทุกฝ่าย ซึ่งข้อตกลงที่ได้จากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสามารถมีผลบังคับได้โดยไม่ต้องได้รับความเห็นชอบจากศาล โดยผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะแจ้งแก่ตุลาการว่าได้มีการระงับข้อพิพาททั้งหมดแล้ว แต่ผู้ไกล่เกลี่ยไม่จำเป็นต้องรายงานถึงรายละเอียดของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหรือข้อสัญญาใด ๆ ระหว่างคู่กรณี และคู่กรณีจะแจ้งต่อศาลว่าไม่ประสงค์จะดำเนินคดีต่อไป⁴⁶ สำหรับข้อตกลงที่ได้จากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครอง หากต่อมาพบว่าเป็นข้อตกลงที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุต่าง ๆ เช่น ความไม่สมบูรณ์ของข้อตกลง ข้อตกลงจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่มีความแน่นอน การเข้าทำการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วยความไม่สุจริต ข้อตกลงที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นไม่อาจใช้บังคับได้⁴⁷

2) กรณีไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่สำเร็จ กล่าวคือ มีประเด็นข้อพิพาทที่ยังไม่อาจตกลงกันได้ จะต้องส่งสำนวนคดีไปยังตุลาการและดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาลต่อไป⁴⁸ หรือ

⁴⁴ Rule 28.02 of Federal Court Rule 2011

⁴⁵ Rule 28.03 of Federal Court Rule 2011

⁴⁶ สุขฉวี รัตประจิด, การไกล่เกลี่ยและน้อมข้อพิพาทในคดีปกครอง: ประสบการณ์ของศาลและองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาทของประเทศไทย, หน้า 110.

⁴⁷ เทียนเงิน อุดระชัย, การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองก่อนการฟ้องคดี: กรณีศึกษาประเทศไทย, หน้า 18 (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

⁴⁸ สุขฉวี รัตประจิด, การไกล่เกลี่ยและน้อมข้อพิพาทในคดีปกครอง: ประสบการณ์ของศาลและองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาทของประเทศไทย, หน้า 110.

กรณีที่ผู้ไกล่เกลี่ยเห็นควรระงับหรือยุติการไกล่เกลี่ย โดยเห็นว่าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นไม่เหมาะสมหรือไม่มีประสิทธิภาพอีกต่อไป เช่น คู่กรณีที่เข้าร่วมในการไกล่เกลี่ยไม่สามารถเข้าร่วมการไกล่เกลี่ย หรือไม่เต็มใจที่จะเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือคู่กรณีใช้ประโยชน์จากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในทางที่ไม่เหมาะสม หรือคู่กรณีไม่ได้เข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วยความสุจริต หรือการดำเนินการไกล่เกลี่ยต่อไปอาจทำให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตกอยู่ในภาวะเสี่ยงภัย⁴⁹ โดยผู้ไกล่เกลี่ยต้องสั่งยุติการไกล่เกลี่ยและรายงานผลการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต่อศาล ตามระเบียบศาลสหพันธรัฐแห่งออสเตรเลีย ค.ศ. 2011 ข้อที่ 28.24⁵⁰ กรณีดังกล่าวข้างต้นถือว่ากระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้สิ้นสุดลง ซึ่งคู่กรณีสามารถนำคดีไปฟ้องต่อศาลตามกระบวนการปกติได้ต่อไป

7.2.4.4 ระยะเวลาในการฟ้องคดีกรณีที่มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

การระงับข้อพิพาททางเลือกโดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนการฟ้องคดีในศาลสหพันธรัฐแห่งออสเตรเลีย ได้กำหนดให้คู่กรณีและศาลจะต้องพิจารณาเลือกใช้การระงับข้อพิพาททางเลือกด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยเร็วที่สุดเท่าที่จะสามารถทำได้ในการระงับข้อพิพาท⁵¹ โดยศาลอาจมีคำสั่งเกี่ยวกับระยะเวลาที่ต้องเริ่มดำเนินการไกล่เกลี่ยและระยะเวลาสิ้นสุดการดำเนินการไกล่เกลี่ย⁵² การดำเนินการไกล่เกลี่ยในศาลสหพันธรัฐแห่งออสเตรเลียจึงอยู่ภายใต้คำสั่งของศาล⁵³ ซึ่งในเรื่องของระยะเวลาการฟ้องคดีต่อศาลสหพันธรัฐแห่งออสเตรเลียกรณีมีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีไม่ได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจน

8. การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคดีปกครองในประเทศไทย

ศาลปกครองได้มีการจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เพื่อให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่มีข้อพิพาททางกฎหมายปกครองระหว่างหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกันเอง ในข้อพิพาททางปกครองที่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง ซึ่งในปัจจุบันมีคดีปกครองที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองเป็นจำนวนมาก ทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีเป็นไปโดยล่าช้า ศาลปกครองจึงได้นำวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกโดยวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้ในคดีปกครอง โดยมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง

⁴⁹ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองก่อนฟ้องคดี, หน้า 75.

⁵⁰ Rule 28.24 of Federal Court Rule 2011

⁵¹ Rule 28.01 of Federal Court Rule 2011

⁵² Rule 28.03 of Federal Court Rule 2011

⁵³ Rule 28.22 of Federal Court Rule 2011

และวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2562 มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม พ.ศ. 2562 เป็นต้นไป โดยได้กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจไต่สวนข้อพิพาทในคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ซึ่งบทบัญญัติมาตรา 66/4 ของพระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดให้คู่กรณีสามารถยื่นคำขอต่อศาลเพื่อให้มีการไต่สวนข้อพิพาทได้นับแต่มีการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง การไต่สวนข้อพิพาทคดีปกครองก่อนฟ้องคดีจึงไม่สามารถกระทำได้ตามพระราชบัญญัตินี้ โดยการไต่สวนข้อพิพาทคดีปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในปัจจุบัน มีรายละเอียดสรุปได้ ดังนี้

8.1 ประเภทคดีปกครองที่สามารถไต่สวนได้

8.1.1 ลักษณะของคดีปกครอง

การจะพิจารณาว่าคดีใดเป็นคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งจะเห็นได้ว่าคดีที่จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 2 ประการ ได้แก่ ลักษณะของคู่กรณี และลักษณะของข้อพิพาท ซึ่งแต่ละหลักเกณฑ์มีข้อพิจารณา ดังนี้⁵⁴

(1) **ลักษณะของคู่กรณี** โดยคดีปกครองที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองจะต้องเป็นคดีพิพาทระหว่างคู่กรณีที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ และคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน หรือคดีที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ

(2) **ลักษณะของข้อพิพาท** ซึ่งคดีปกครองที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองจะต้องเป็นข้อพิพาทตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) - (6) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้แก่ คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎคำสั่งหรือการกระทำอื่นใด เนื่องจากกระทำโดยไม่อำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ตาม

⁵⁴ สุริยา ปานแป้น และอนุวัฒน์ บุญนันท์, คู่มือสอบกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 11, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2561), หน้า 240.

มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (5) และคดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (6)

8.1.2 คดีปกครองที่สามารถไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคดีปกครองในปัจจุบันไม่สามารถไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ทุกคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง โดยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2562 ได้กำหนดให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคดีปกครองได้ในคดี 4 ประเภท ได้แก่ (1) คดีพิพาทเกี่ยวกับหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร (2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ (3) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และ (4) คดีพิพาทอื่นตามที่กำหนดในระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด⁵⁵

8.1.3 คุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคดีปกครอง

ในกรณีที่องค์คณะพิจารณาพิพากษาเห็นสมควรให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ประธานศาลปกครองสูงสุดในกรณีคดีที่จะดำเนินการไกล่เกลี่ยอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด หรืออธิบดีศาลปกครองชั้นต้นในกรณีคดีที่จะดำเนินการไกล่เกลี่ยอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นจะแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองซึ่งไม่มีหน้าที่รับผิดชอบคดีในสำนวนคดีนั้นปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยผู้รับผิดชอบราชการศาลอาจแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคนหนึ่งหรือหลายคนให้ปฏิบัติหน้าที่ร่วมกันเป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก็ได้⁵⁶ ซึ่งในการ

⁵⁵ มาตรา 66/2 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

⁵⁶ ข้อ 18 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครอง พ.ศ. 2562

แต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องคำนึงถึงความรู้ ความเชี่ยวชาญ และความเหมาะสมของตุลาการศาลปกครองผู้นั้นด้วย⁵⁷ ดังนั้น ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคดีปกครองจึงมีเฉพาะตุลาการศาลปกครองเท่านั้น

8.1.4 หลักเกณฑ์และวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคดีปกครอง

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลปกครอง กรณีคดีที่จะดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น ให้ศาลปกครองชั้นต้นมีอำนาจไกล่เกลี่ยข้อพิพาทส่วนกรณีคดีที่จะดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดซึ่งฟ้องเป็นครั้งแรกต่อศาลปกครองสูงสุด ให้ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ในกรณีที่มีการอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นต่อศาลปกครองสูงสุด ศาลปกครองสูงสุดจึงไม่มีอำนาจไกล่เกลี่ยข้อพิพาทดังกล่าว โดยหลักเกณฑ์และวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคดีปกครองในศาลปกครอง สามารถสรุปได้ดังนี้

8.1.4.1 การเริ่มดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

1) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ริเริ่มโดยคู่กรณี ในกรณีที่คู่กรณีประสงค์จะให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท คู่กรณีทั้งสองฝ่ายสามารถร่วมกันยื่นคำขอต่อศาลเพื่อให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำขอแล้วคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งตกลงให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ถ้าองค์คณะที่พิจารณาพิพากษาเห็นสมควรให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และประธานศาลปกครองสูงสุดเห็นชอบในกรณีคดีที่จะดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด หรืออธิบดีศาลปกครองชั้นต้นเห็นชอบในกรณีคดีที่จะดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น ให้ศาลดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีนั้นได้ โดยการยื่นคำขอไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสามารถกระทำได้นับแต่มีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองจนถึงวันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริง⁵⁸

2) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ริเริ่มโดยศาล ในกรณีที่องค์คณะพิจารณาพิพากษาเห็นสมควรให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยคู่กรณีได้ให้ความยินยอมที่จะไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแล้ว หากประธานศาลปกครองสูงสุดเห็นชอบในกรณีคดีที่จะดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด หรืออธิบดีศาลปกครองชั้นต้นเห็นชอบในกรณีคดีที่จะดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น ให้ศาลดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีนั้นได้⁵⁹

⁵⁷ มาตรา 66/4 วรรคสาม พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

⁵⁸ มาตรา 66/4 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

⁵⁹ มาตรา 66/4 วรรคสอง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

8.1.4.2 กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

เมื่อประธานศาลปกครองสูงสุดหรืออธิบดีศาลปกครองชั้นต้นเห็นชอบให้ดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และได้มีการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองซึ่งไม่มีหน้าที่รับผิดชอบคดีในสำนวนคดีนั้นปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแล้ว ตุลาการศาลปกครองผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะกำหนดแนวทาง ขั้นตอน และระยะเวลาการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เพื่อให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแล้วเสร็จไปโดยเร็ว และไม่ทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีล่าช้าออกไปโดยไม่สมควร⁶⁰ ซึ่งระยะเวลาการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องไม่เกิน 90 วันนับแต่วันนัดไกล่เกลี่ยข้อพิพาทครั้งแรก และในกรณีมีเหตุจำเป็น ผู้รับผิดชอบราชการศาลอาจให้ขยายระยะเวลาดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทออกไปได้ตามที่เห็นสมควร⁶¹

8.1.4.3 ผลของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

1) กรณีไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสำเร็จและทำให้ประเด็นแห่งคดีเสร็จไปทั้งหมด คู่กรณีที่เกี่ยวข้องในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะร่วมกันทำบันทึกข้อตกลงหรือสัญญาประนีประนอมยอมความเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อต่อหน้าผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะรายงานผลการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต่อองค์คณะเพื่อพิจารณาต่อไป หากองค์คณะเห็นว่าบันทึกข้อตกลงหรือสัญญาประนีประนอมยอมความของคู่กรณีไม่มีลักษณะต้องห้ามมิให้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือมีคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฉ้อฉล หรือผลการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นการละเมิดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน องค์คณะจะมีคำพิพากษาไปตามที่คู่กรณีได้ตกลงกัน⁶² แต่หากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททำให้คดีเสร็จสิ้นไปบางส่วนศาลจะจดยางานแสดงข้อความแห่งข้อตกลงในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไว้ และศาลจะพิจารณาประเด็นข้อพิพาทที่ตกลงกันไม่ได้ต่อไป แล้วจึงนำมารวมพิพากษากับข้อพิพาทที่ตกลงกันได้ไปในคราวเดียวกัน⁶³

2) กรณีไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่สำเร็จ กล่าวคือ ได้มีการถอนคำฟ้องโดยศาลได้อนุญาต หรือศาลมีคำสั่งจำหน่ายคดีนั้นจากสารบบความโดยเหตุอื่น หรือคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ประสงค์ให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต่อไป หรือองค์คณะพิจารณาพิพากษามีคำสั่งให้การไกล่เกลี่ย

⁶⁰ มาตรา 66/5 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

⁶¹ ข้อ 24 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครอง พ.ศ. 2562

⁶² ข้อ 31 และข้อ 32 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครอง พ.ศ. 2562

⁶³ มาตรา 66/11 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ข้อพิพาทนั้นสิ้นสุดลง เมื่อตุลาการศาลปกครองผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเห็นว่าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต่อไปนั้นไม่เป็นประโยชน์แก่คดี ไม่อาจสำเร็จได้ เป็นการประวิงคดี เป็นการฝ่าฝืน หรือเป็นการขัดหรือแย้งต่อหลักการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ถือว่าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่เป็นผลสำเร็จ ทำให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครองสิ้นสุดลง⁶⁴ จึงต้องพิจารณาพิพากษาคดีตามกระบวนการของศาลต่อไป

9. สรุปผลการวิจัย

จากที่ได้ศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครองทำให้ทราบว่า การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นการระงับข้อพิพาททางเลือกที่คู่กรณีตกลงร่วมกันที่จะระงับข้อพิพาท โดยมีผู้ไกล่เกลี่ยซึ่งเป็นคนกลางคอยช่วยเหลือให้คำแนะนำในการระงับข้อพิพาทโดยที่ไม่ตัดสินชี้ขาดคดี เพื่อให้คู่กรณีสามารถหาทางออกร่วมกันได้ ซึ่งการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสามารถเกิดขึ้นได้ทั้งก่อนที่จะมีการฟ้องร้องคดีต่อศาลหรือหลังจากมีการฟ้องคดีต่อศาลแล้ว และการระงับข้อพิพาทในคดีปกครองสามารถกระทำได้โดยการพิจารณาพิพากษาของศาล และการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครองนั้น ฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และหลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะประกอบ การดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วย ผู้ศึกษาได้วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการนำวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีมาใช้ในศาลปกครองของประเทศไทย โดยได้ศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบ มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีในสาธารณรัฐฝรั่งเศส และ เครือรัฐออสเตรเลีย ในประเด็นปัญหาทั้ง 4 ประการ ดังนี้

1) ปัญหาการนำกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องมาใช้ในคดีปกครอง

สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้มีการนำวิธีการไกล่เกลี่ยมาใช้ในการระงับข้อพิพาททางปกครอง โดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองก่อนที่จะมีการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง เป็นการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ริเริ่มโดยคู่กรณี โดยคู่กรณีจะเป็นผู้เลือกผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเองและกำหนดกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้เอง หรือคู่กรณีจะร้องขอต่ออธิบดีศาลปกครองชั้นต้นที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีให้แต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจากบุคคลภายนอกศาล หรืออาจมีการมอบอำนาจให้ตุลาการศาลปกครองคนใดดำเนินการไกล่เกลี่ยก็ได้ ตามประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง มาตรา L. 213-5 ส่วนเครือรัฐออสเตรเลียซึ่งใช้ระบบศาลเดี่ยวได้นำพระราชบัญญัติการระงับข้อพิพาททางแพ่ง ค.ศ. 2011 มาใช้กับข้อพิพาททางปกครองด้วย โดยในกรณีนี้

⁶⁴ มาตรา 66/9 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

คู่กรณีต้องการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อศาลสหพันธรัฐ คู่กรณีต้องแสดงให้เห็นว่าได้มีความพยายามอย่างแท้จริงที่จะดำเนินการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการต่าง ๆ แล้ว ก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาล ประกอบกับระเบียบศาลสหพันธรัฐแห่งออสเตรเลีย ค.ศ. 2011 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไว้ในหมวด 28 การระงับข้อพิพาททางเลือก โดยคู่กรณีจะต้องพิจารณาเลือกใช้การระงับข้อพิพาททางเลือก รวมถึงการไกล่เกลี่ยโดยเร็วที่สุดเท่าที่จะสามารถทำได้ในการระงับข้อพิพาท ตามระเบียบศาลสหพันธรัฐแห่งออสเตรเลีย ค.ศ. 2011 ข้อที่ 28.01 และคู่กรณีอาจร้องขอต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งส่งการพิจารณาคดีไปยังผู้ไกล่เกลี่ยเพื่อดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ย ตามระเบียบศาลสหพันธรัฐแห่งออสเตรเลีย ค.ศ. 2011 ข้อที่ 28.02 เมื่อพิจารณาแนวคิดเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคดีปกครอง ซึ่งสามารถระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีต่อศาลได้ โดยในสาธารณรัฐฝรั่งเศสและเครือรัฐออสเตรเลียก็ได้กำหนดให้สามารถไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองก่อนฟ้องคดีได้ ซึ่งในประเทศไทยยังมิได้มีการกำหนดให้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองก่อนฟ้องคดีต่อศาลได้ เนื่องจากหลักเกณฑ์เรื่องการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองได้มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองเมื่อปี พ.ศ. 2562 ในระยะแรกจึงยังมิได้มีการกำหนดเรื่องการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนการฟ้องคดีไว้ ดังนั้น หากมีการกำหนดให้สามารถดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครองของประเทศไทยได้ จะเป็นการเพิ่มโอกาสให้ข้อพิพาททางปกครองระงับไปได้โดยไม่ต้องนำคดีมาฟ้องต่อศาล ประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายของคู่กรณี และผลของการระงับข้อพิพาทอาจเป็นที่พอใจของคู่กรณีมากกว่า อีกทั้งยังสามารถลดคดีปกครองที่จะขึ้นสู่ศาลปกครองได้ ผู้ศึกษาจึงเห็นว่าสามารถนำกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องมาใช้ในคดีปกครองของประเทศไทยได้

2) ปัญหาประเภทของคดีปกครองที่สามารถดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้

สาธารณรัฐฝรั่งเศสกำหนดให้สามารถนำการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคดีปกครองมาใช้กับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนของคดีก็ได้ ตามรัฐกฤษฎีกาที่ 2017-566 ลงวันที่ 18 เมษายน ค.ศ. 2017 เกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคดีปกครองที่อยู่ในอำนาจของตุลาการศาลปกครอง มาตรา R. 213-1 เว้นแต่เป็นการดำเนินการที่อยู่นอกเหนือสิทธิหรือความสามารถของคู่กรณี ตามประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง มาตรา L. 213-3 ประกอบกับศาลปกครองสูงสุดแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้เสนอรายงานปี ค.ศ. 1993 ว่าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกจากจะนำมาใช้กับคดีฟ้องเรียกค่าเสียหายแล้ว การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทยังอาจนำมาใช้กับคดีฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะกรณีที่กฎหมายได้ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองที่เลือก

ออกคำสั่งทางปกครองได้หลายอย่าง ซึ่งแต่ละอย่างก็ล้วนชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน กรณีเช่นนี้สามารถนำการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้ได้โดยการให้ฝ่ายปกครองพิจารณาแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งให้เกิดประโยชน์กับทุกฝ่ายมากที่สุดโดยไม่ขัดต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ส่วนเครือข่ายออสเตรเลียมคดียุติในอำนาจของศาลสหพันธรัฐแห่งออสเตรเลียมคดียุติทุกประเภทคดีรวมทั้งคดีปกครอง สามารถเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ ตามพระราชบัญญัติศาลสหพันธรัฐแห่งเครือรัฐออสเตรเลียม ค.ศ. 1976 มาตรา 53A เนื่องจากในเครือรัฐออสเตรเลียมได้กำหนดให้คู่กรณีที่ต้องการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อศาลสหพันธรัฐ ต้องแสดงให้เห็นว่าได้มีความพยายามอย่างแท้จริงที่จะดำเนินการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการต่าง ๆ แล้วก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาลสำหรับประเทศไทยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2562 ได้กำหนดคดีปกครองที่สามารถดำเนินการไกล่เกลี่ยได้ 4 ประเภท ได้แก่ คดีพิพาทเกี่ยวกับหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) และคดีพิพาทอื่นตามที่กำหนดในระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด จึงเห็นได้ว่าคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ไม่สามารถดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองได้ จากการศึกษาพบว่าก่อนที่จะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลปกครอง ได้มีการใช้วิธีการระงับข้อพิพาทในระหว่างไต่สวน ซึ่งแสดงให้เห็นว่าคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) สามารถดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ โดยตัวอย่างคดีปกครองที่ได้มีการระงับข้อพิพาทในระหว่างไต่สวน และทำให้ข้อพิพาทระงับไปได้ เช่น คดีคำสั่งให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงแบบอาคารในสถานบริการน้ำมัน⁶⁵ โดยคดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการที่ผู้ฟ้องคดีได้ก่อสร้างสถานบริการน้ำมันเชื้อเพลิงพร้อมอาคารบริการภายในเขตสถานบริการน้ำมันเชื้อเพลิงและยื่นแบบแปลนการก่อสร้างอาคารบริการจำนวน 7 หลัง ภายในสถานบริการน้ำมันเชื้อเพลิงต่อ

⁶⁵ คำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 1047/2558 คดีหมายเลขแดงที่ 206/2551

ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 แจ้งว่าอาคารที่ยื่นแจ้งขออนุญาตไว้นั้นเป็นการใช้ประโยชน์ที่ดินขัดต่อกฎหมาย และให้ผู้ฟ้องคดีดำเนินการแก้ไขให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน ผู้ฟ้องคดีได้อุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวแล้ว แต่คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์มีคำวินิจฉัยให้ยกอุทธรณ์ ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลเพื่อให้เพิกถอนคำสั่งที่แก้ไขแบบแปลนการก่อสร้างอาคารและคำวินิจฉัยอุทธรณ์ดังกล่าว หลังจากศาลรับคำฟ้องไว้พิจารณาและอยู่ในขั้นตอนการพิจารณาคำขอให้ศาลกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษา องค์คณะได้ทำการประนอมข้อพิพาทในระหว่างไต่สวน โดยปรากฏข้อเท็จจริงว่า กรณีดังกล่าวเป็นกรณีที่สามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้ หากผู้ฟ้องคดีเปลี่ยนแปลงการใช้ประเภทอาคาร โดยนำไปใช้งานประเภทอื่นที่ไม่เกี่ยวกับการพาณิชย์ เพื่อให้พื้นที่ของอาคารประกอบภายในสถานบริการน้ำมันรวมไม่เกิน 300 ตารางเมตร ตามกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2549 ที่กำหนดให้อยู่ในข่ายที่จะอนุญาตให้ประกอบกิจการได้ ต่อมาผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือชี้แจงต่อศาลว่า ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นแบบแปลนแจ้งความประสงค์จะก่อสร้างอาคารต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เห็นชอบอนุมัติให้ผู้ฟ้องคดีก่อสร้างอาคาร 1 ชั้น 3 หลัง เพื่อใช้เป็นอาคารบริการ (พาณิชย์และเก็บอุปกรณ์) และอาคาร 2 ชั้น 1 หลัง เพื่อใช้เป็นสำนักงานและอาคารพักผ่อน และได้ออกใบรับรองการก่อสร้างอาคารตัดแปลงอาคาร หรือเคลื่อนย้ายอาคาร ให้แก่ผู้ฟ้องคดีแล้ว ผู้ฟ้องคดีจึงมีความประสงค์จะขอถอนฟ้องคดีนี้ ซึ่งศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าการถอนคำฟ้องดังกล่าวมิได้เกิดจากการสมยอมกันโดยไม่เหมาะสม จึงมีคำสั่งอนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีถอนคำฟ้อง และจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ จากตัวอย่างดังกล่าวเห็นได้ว่า เมื่อได้มีการไต่สวนทำให้ทราบว่าผู้ฟ้องคดีได้ก่อสร้างอาคารบริการเสร็จสิ้นแล้วจำนวน 4 หลัง เมื่อคู่กรณีได้ร่วมกันพิจารณาหาทางออกของปัญหา โดยผู้ฟ้องคดียินยอมที่จะเปลี่ยนแปลงการใช้ประเภทอาคารบางส่วนซึ่งแตกต่างไปจากแบบแปลนเดิม เพื่อไม่ให้กระทบต่อการประกอบกิจการพาณิชย์ของผู้ฟ้องคดี ข้อพิพาทดังกล่าวจึงระงับลงได้⁶⁶ เมื่อพิจารณาถึงการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคดีปกครองก่อนการฟ้องคดีในสาธารณรัฐฝรั่งเศสซึ่งไม่มีข้อห้ามไม่ให้ไกล่เกลี่ยคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเครื่องมือรัฐออสเตเรียกำหนดให้สามารถไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ทุกประเภทคดี ประกอบกับศาลปกครองได้เคยมีการประนอมข้อพิพาทในระหว่างไต่สวนในคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) จึงเห็นว่าคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ก็เป็นคดีที่สามารถดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ ดังนั้น ในการกำหนดให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครอง จึงควรกำหนดให้สามารถไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ด้วย

⁶⁶ สำนักวิจัยและวิชาการสำนักงานศาลปกครอง, พัฒนาการของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครองของศาลปกครองไทยระหว่างปี พ.ศ. 2543 ถึง พ.ศ. 2558, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์บริษัทประชาชนจำกัด, 2558), หน้า 139-142.

3) ปัญหาเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองก่อนการฟ้องคดีในสาธารณรัฐฝรั่งเศส เป็นกรณีที่มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทริเริ่มโดยคู่กรณี โดยคู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงกันแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยเอง ตามประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง มาตรา L.213-5 วรรคหนึ่ง โดยผู้ไกล่เกลี่ยอาจเป็นบุคคลธรรมดาเพียงคนเดียวหรือหลายคนหรือเป็นนิติบุคคลก็ได้ ในกรณีที่ผู้ไกล่เกลี่ยเป็นนิติบุคคล ผู้แทนของนิติบุคคลดังกล่าวมีอำนาจแต่งตั้งบุคคลธรรมดาคนเดียวหรือหลายคนเพื่อเป็นผู้ทำการแทนนิติบุคคลในการเป็นผู้ไกล่เกลี่ยได้ ตามรัฐกฤษฎีกา 2017-566 ลงวันที่ 28 เมษายน ค.ศ. 2017 เกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยคดีปกครองและอำนาจหน้าที่ของตุลาการศาลปกครอง มาตรา R. 213-2 และในกรณีที่ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นบุคคลธรรมดา ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นจะต้องมีคุณสมบัติที่เหมาะสมกับลักษณะของข้อพิพาทนั้น ทั้งนี้ โดยพิจารณาจากกิจการงานในอดีตหรือปัจจุบันของบุคคลผู้นั้น เช่น เคยผ่านการฝึกอบรมหรือมีประสบการณ์ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ตามรัฐกฤษฎีกา 2017-566 วันที่ 28 เมษายน ค.ศ. 2017 เกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยคดีปกครองและอำนาจหน้าที่ของตุลาการศาลปกครอง มาตรา R. 213-3 ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจึงต้องเป็นคนกลางที่ได้รับการยอมรับจากคู่กรณีทั้งสองฝ่าย โดยกรณีที่มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททำโดยคนกลางนั้น คู่กรณีจะต้องคัดเลือกผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ได้จดทะเบียนกับชมรมผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือคู่กรณีทั้งสองฝ่ายอาจร้องขอต่ออธิบดีศาลปกครองชั้นต้นหรืออธิบดีศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ที่มีเขตอำนาจให้ศาลแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยอธิบดีศาลปกครองชั้นต้นหรืออธิบดีศาลปกครองชั้นอุทธรณ์อาจมอบอำนาจให้ตุลาการคนใดคนหนึ่งเป็นศาลเป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ตามประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง มาตรา L.213-5 วรรคสอง และวรรคสาม หรือศาลอาจแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยจากบุคคลภายนอก โดยอธิบดีศาลปกครองชั้นต้นหรืออธิบดีศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ที่มีเขตอำนาจหรือตุลาการที่ได้รับมอบหมายแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยจากบุคคลภายนอกศาล ตามประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง มาตรา L.213-5 วรรคสี่ ส่วนเครือรัฐออสเตรเลียหากศาลมีคำสั่งให้นำการพิจารณาคดีเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยไม่ได้แต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไว้ ผู้ทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท คือ นายทะเบียนศาลสหพันธรัฐหรือบุคคลภายนอกที่นายทะเบียนศาลสหพันธรัฐเป็นผู้เลือกให้เป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ตามระเบียบศาลสหพันธรัฐแห่งออสเตรเลีย ค.ศ. 2011 ข้อที่ 28.21 โดยเครือรัฐออสเตรเลียมีการขึ้นทะเบียนรับรองผู้ไกล่เกลี่ยตามมาตราฐานผู้ไกล่เกลี่ยแห่งเครือรัฐออสเตรเลีย ซึ่งเป็นการกำหนดมาตรฐานกลางสำหรับการรับรองผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เพื่อพัฒนาคุณภาพของการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และสร้าง

ความมั่นใจให้แก่คู่กรณีว่าผู้ดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้รับการฝึกอบรม ผ่านการประเมิน และมีความรู้ความสามารถเหมาะสมสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ ทำให้ประชาชนมีความเชื่อถือและไว้วางใจที่จะระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท สำหรับประเทศไทยจะแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองซึ่งไม่มีหน้าที่รับผิดชอบคดีในสำนวนคดีนั้นปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยผู้รับผิดชอบราชการศาลอาจแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคนหนึ่งหรือหลายคนให้ปฏิบัติหน้าที่ร่วมกันเป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก็ได้ ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคดีปกครองของประเทศไทยจึงมีเฉพาะตุลาการศาลปกครองเท่านั้น เมื่อพิจารณาผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนการฟ้องคดีในสาธารณรัฐฝรั่งเศสและเครือรัฐออสเตรเลีย เห็นได้ว่าการกำหนดให้มีการขึ้นทะเบียนผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ซึ่งจะเป็นการกำหนดมาตรฐานของผู้ไกล่เกลี่ยว่าต้องมีคุณสมบัติ ความรู้ และประสบการณ์ที่เหมาะสมที่จะสามารถช่วยเหลือคู่กรณีในการหาแนวทางในการระงับข้อพิพาทให้เป็นที่ยอมรับทุกฝ่ายได้ จึงควรกำหนดให้มีการขึ้นทะเบียนผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครอง เพื่อเปิดโอกาสให้บุคคลที่มีความรู้ และประสบการณ์ เป็นผู้ช่วยเหลือในการระงับข้อพิพาททางปกครอง ซึ่งเป็นข้อพิพาทที่มีลักษณะพิเศษเนื่องจากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทำให้คู่กรณีอยู่ในสถานะที่ไม่เท่าเทียมกัน การได้รับฟังความต้องการอย่างแท้จริงของผู้ฟ้องคดีจึงเป็นการระงับข้อพิพาทที่ให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ฟ้องคดีได้มากกว่า โดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองผู้เกี่ยวข้องจะต้องคำนึงถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายและหลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะประกอบด้วย

4) ปัญหาการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

4.1) การเริ่มดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีเป็นกระบวนการที่ยังไม่ได้มีการฟ้องคดีต่อศาล การเริ่มดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครองจึงสามารถเริ่มได้โดยคู่กรณีเท่านั้น โดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีในสาธารณรัฐฝรั่งเศสคู่กรณีทั้งสองฝ่ายอาจตกลงกันแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยเอง หรือคู่ความทั้งสองฝ่ายอาจร้องขอต่อศาลเพื่อจัดให้มีการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และขอให้ศาลแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้ ซึ่งเป็นแนวทางในการเริ่มดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่เหมาะสมกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครองของประเทศไทย ดังนั้น การเริ่มดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครอง จึงควรกำหนดให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทริเริ่มได้โดยคู่กรณีตกลงแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ย หรือคู่กรณีขอให้ศาลปกครองจัดให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครอง และให้ศาลแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้ตามที่ศาลเห็นสมควรโดยได้รับความยินยอมของคู่กรณี

4.2) กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2562 ซึ่งเป็นบทบัญญัติในเรื่องการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคดีปกครองของไทยในปัจจุบัน เป็นหลักการที่ดีและเหมาะสมในการนำมาปรับใช้กับกรณีที่จะต้องดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง จึงควรกำหนดกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครองโดยปรับเปลี่ยนกระบวนการบางประการให้เหมาะสมกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้อง ได้แก่ 1) เมื่อได้มีการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแล้ว ให้ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทกำหนดแนวทาง ขั้นตอน และระยะเวลาการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เพื่อให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแล้วเสร็จไปโดยเร็ว 2) ระยะเวลาการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีต้องไม่เกิน 90 วัน นับแต่วันนัดไกล่เกลี่ยข้อพิพาทครั้งแรก 3) ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะต้องวางตนเป็นกลางและปราศจากอคติในการปฏิบัติหน้าที่ และ 4) ผู้ที่เกี่ยวข้องในการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องรักษาความลับที่ได้จากกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

4.3) ผลของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ผลของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคดีปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2562 ซึ่งเป็นบทบัญญัติในเรื่องการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคดีปกครองของไทยในปัจจุบัน เป็นหลักการที่ดีและเหมาะสมในการนำมาปรับใช้กับกรณีที่จะต้องดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง จึงควรกำหนดกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครองโดยปรับเปลี่ยนกระบวนการบางประการให้เหมาะสมกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้อง ดังนี้

(1) กรณีไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสำเร็จ ให้คู่กรณีที่เกี่ยวข้องในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทร่วมกันทำบันทึกข้อตกลงหรือสัญญาประนีประนอมยอมความเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อต่อหน้าผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะรายงานผลการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต่อศาล เพื่อให้ศาลพิจารณาวานับบันทึกข้อตกลงหรือสัญญาประนีประนอมยอมความของคู่กรณีไม่มีลักษณะต้องห้ามมิให้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือมีคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฉ้อฉล หรือผลการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นการละเมิดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยให้ศาลรับรองบันทึกข้อตกลงหรือสัญญาประนีประนอมยอมความดังกล่าวว่ามีผลบังคับได้ดังเช่นในสาธารณรัฐฝรั่งเศส

(2) กรณีไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่สำเร็จ กล่าวคือ คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ประสงค์ให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต่อไป หรือศาลมีคำสั่งให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นสิ้นสุดลง เมื่อผู้ไกล่เกลี่ยเห็นว่าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต่อไปนั้นไม่เป็นประโยชน์แก่คดี ไม่อาจสำเร็จได้ เป็นการประวิงคดี เป็นการฝ่าฝืน หรือเป็นการขัดหรือแย้งต่อหลักการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ทำให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครองสิ้นสุดลง ให้ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทรายงานต่อศาลเพื่อสั่งยุติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และคู่กรณีมีสิทธินำข้อพิพาทที่ไม่สามารถตกลงกันได้ไปฟ้องต่อศาลปกครองตามกระบวนการปกติได้ต่อไป

4.4) ระยะเวลาในการฟ้องคดีกรณีที่มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

โดยที่ระยะเวลาในการฟ้องคดีต่อศาลปกครองตามมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กำหนดให้ยื่นฟ้องภายใน 90 วันนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี เนื่องจากระยะเวลาฟ้องคดีต่อศาลปกครองมีเวลาไม่นานนัก จึงควรกำหนดให้กรณีที่คู่กรณีตกลงดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ให้ระยะเวลาในการฟ้องคดีสะดุดหยุดอยู่นับแต่วันที่คู่กรณีได้ตกลงกันที่จะดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครองเหมือนในสาธารณรัฐฝรั่งเศส กล่าวคือ ระยะเวลาการฟ้องคดีจะหยุดนับชั่วคราวเมื่อคู่กรณีตกลงที่จะดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครอง และจะเริ่มนับระยะเวลาการฟ้องคดีต่อไปเมื่อศาลปกครองสั่งให้ยุติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ซึ่งระยะเวลาการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีต้องไม่เกิน 90 วัน นับแต่วันนัดไกล่เกลี่ยข้อพิพาทครั้งแรก เพื่อให้คู่กรณีมีโอกาสได้ดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนที่จะนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองโดยไม่ต้องกังวลว่าคดีจะพ้นระยะเวลาฟ้องคดี แต่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีนั้น จะต้องไม่เป็นการดำเนินการโดยมีเจตนาเพื่อประวิงคดีให้ล่าช้าออกไป

10. ข้อเสนอแนะ

เพื่อเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคดีปกครอง ผู้ศึกษาจึงมีข้อเสนอแนะในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เกี่ยวกับการนำวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีมาใช้ในศาลปกครอง ดังนี้

1) ปัญหาการนำกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องมาใช้ในคดีปกครอง

สมควรกำหนดให้สามารถดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ โดยเพิ่มหมวด 4 วิธีพิจารณาคดีปกครอง ส่วนที่ 2/2 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดี และเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 66/13 โดยบัญญัติว่า “บุคคลที่จะเป็นคู่กรณีอาจร่วมกันยื่นคำร้องก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครองชั้นต้นที่มีเขตอำนาจหากมีการฟ้องคดีเพื่อให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือยื่นคำร้องขอให้ศาลสอบถามความสมัครใจของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งในการเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดี เมื่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งตกลงเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ให้คู่กรณีร่วมกันแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหรือให้ศาลแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจากบัญชีผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคดีปกครอง”

2) ปัญหาประเภทของคดีปกครองที่สามารถดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้

สมควรกำหนดคดีปกครองที่สามารถดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดี โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 66/14 โดยบัญญัติว่า “คดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นที่อาจดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีได้ ได้แก่

- (1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎคำสั่งหรือการกระทำอื่นใด
- (2) คดีพิพาทเกี่ยวกับหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร
- (3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ
- (4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง
- (5) คดีพิพาทอื่นตามที่กำหนดในระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด”

3) ปัญหาเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

สมควรกำหนดผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครอง โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 66/15 โดยบัญญัติว่า “ให้ศาลปกครองจัดให้มีทะเบียนผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคดีปกครอง

หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการพิจารณาผู้ขึ้นทะเบียนผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคดีปกครองให้เป็นไปตามที่กำหนดในระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด”

4) ปัญหาการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

สมควรกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครองดังต่อไปนี้

4.1) กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดี

เพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 66/16 โดยบัญญัติว่า “ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นผู้กำหนดแนวทาง ขั้นตอน และระยะเวลาการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดี เพื่อให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแล้วเสร็จไปโดยเร็ว โดยระยะเวลาการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีต้องไม่เกิน 90 วัน นับแต่วันนัดไกล่เกลี่ยข้อพิพาทครั้งแรก”

4.2) ผลของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดี

เพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 66/17 โดยบัญญัติว่า “ถ้าคู่กรณีสามารถตกลงกันได้ ให้คู่กรณีร่วมกันทำบันทึกข้อตกลงหรือสัญญาประนีประนอมยอมความเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อต่อหน้าผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ให้ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเสนอบันทึกข้อตกลงหรือสัญญาประนีประนอมยอมความต่อศาล เพื่อให้ศาลรับรองให้บันทึกข้อตกลงหรือสัญญาประนีประนอมยอมความดังกล่าวมีผลบังคับได้ เว้นแต่ข้อตกลงดังกล่าวขัดต่อความชอบด้วยกฎหมาย ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ

ถ้าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ประสงค์ให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต่อไป หรือศาลมีคำสั่งให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นสิ้นสุดลง เมื่อผู้ไกล่เกลี่ยเห็นว่าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต่อไปนั้นไม่เป็นประโยชน์แก่คดี ไม่อาจสำเร็จได้ เป็นการประวิงคดี เป็นการฝ่าฝืน หรือเป็นการขัดหรือแย้งต่อหลักการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ให้ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทรายงานต่อศาลเพื่อสั่งยุติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท”

4.3) ระยะเวลาในการฟ้องคดีกรณีที่มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดี

เพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 66/18 โดยบัญญัติว่า “ระยะเวลาในการฟ้องคดีย่อมสะดุดหยุดอยู่นับแต่วันที่คู่กรณีได้ตกลงกันที่จะใช้วิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดี โดยระยะเวลาในการฟ้องคดีจะเริ่มนับต่อตั้งแต่วันที่ศาลสั่งให้ยุติการไกล่เกลี่ย”

ข้อจำกัดและอุปสรรคทางกฎหมายอันเกิดจากการบังคับใช้พระราชบัญญัติ
คุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558*

Legal Restrictions on and Impediments to Enforcement of
Protection of a Child Born by Medically Assisted Reproductive
Technology Act B.E. 2558

ริญญาภัทร์ ณ สงขลา
Rinyapath Na Songkhla

นักศึกษาในหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
148 ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240
LL.D Candidate

School of Law National Institute of Development Administration
148 Serithai Road, Klong-Chan, Bangkok, Bangkok 10240
Corresponding author E-mail: nirinyapath@gmail.com

(Received: December 2, 2023; Revised: February 23, 2024; Accepted: February 24, 2024)

บทคัดย่อ

บทความนี้มุ่งศึกษาถึงข้อจำกัดและอุปสรรคทางกฎหมายที่เกิดขึ้นในกฎหมายว่าด้วยการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในประเทศไทย ซึ่งมีข้อจำกัดทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของบุคคลในการเข้ารับบริการและอุปสรรคทางกฎหมายในการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เพื่อให้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการสร้างครอบครัวทางพันธุกรรมที่สมบูรณ์ของบุคคลผู้ประสบกับภาวะการมีบุตรยากได้อย่างเท่าเทียมกันและมีประสิทธิภาพ

จากการศึกษาพบว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในปัจจุบันมีการบัญญัติถึงข้อจำกัดสิทธิของบุคคลผู้ที่มีบุตรยากและประสงค์จะ

* บทความนี้เรียบเรียงและขยายความเพิ่มเติมจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง ข้อจำกัดและอุปสรรคทางกฎหมายในกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ หลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

มีบุตรโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้นจะต้องเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นและในกรณีที่คู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นมีคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งมิได้มีสัญชาติไทยจะต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี ตลอดจนอุปสรรคทางกฎหมายในการเลือกเพศของบุตรที่อาจมีความเสี่ยงต่อโรคติดต่อทางพันธุกรรมอันเกิดจากเพศ จึงนำไปสู่ความไม่เสมอภาคในการเลือกปฏิบัติ ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักการสากลในรัฐธรรมนูญของทุกประเทศได้บัญญัติรับรองหลักการดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม การศึกษานี้มีข้อเสนอแนะเพื่อให้สอดคล้องกับแนวทางของสังคมไทย โดยเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับข้อจำกัดและอุปสรรคของกฎหมายในกฎหมายว่าด้วยการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เพื่อให้เด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้รับประโยชน์สูงสุดและมีมาตรการควบคุมการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้เกิดประโยชน์และเป็นไปอย่างถูกต้องบนพื้นฐานของการเคารพสิทธิของบุคคล

คำสำคัญ : เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์, การผสมเทียม, การตั้งครรภ์แทน, ภาวะการมีบุตรยาก

Abstract

This article aims to study the restrictions and impediments on the protection of children born through Assisted Reproductive Technology (ART) in Thailand. There are limitations on the rights of individuals to obtain services and impediments in assisted reproductive technology in order to achieve the objectives of creating a family for a person experiencing infertility.

The results have found that currently, the law on the protection of born children through Assisted Reproductive Technology (ART), the aforementioned law provided that it has limited the right of individuals who are infertile and would like to have children through the use of Assisted Reproductive Technology, it can only be used by legal spouses. Moreover, in the case of the legal spouses that one of them does not have Thai nationality, their marriage shall have been registered for not less than 3 years. Furthermore, there is a legal impediment in choosing the gender of children who may take risk for genetically transmitted diseases that leads to inequality and discrimination which reproductive technology does not comply

with international standards clearly by the constitution in every country. However, this study suggests a guideline for Thai society to provide the amended provision related to legal limitations and obstacles to the Assisted Reproductive Technology in order to ensure maximum benefits for children born by Assisted Reproductive Technology. In addition, to make the measures for Assisted Reproductive Technology to be beneficial and proper with basic respect for the right of individuals.

Keywords : Assisted Reproductive Technology, Artificial Insemination, Surrogacy, Infertility

1. บทนำ

เนื่องด้วยองค์การอนามัยโลกกล่าวว่า “ภาวะการมีบุตรยากเป็นโรคชนิดหนึ่งเกิดได้ทั้งหญิงและชายหากมีเพศสัมพันธ์เป็นประจำโดยที่ไม่ได้มีการป้องกันตลอดระยะเวลา 1 ปี และไม่ให้เกิดบุตรให้ถือว่าเป็นโรค”¹ จึงเป็นข้อสำคัญที่แต่ละประเทศจะต้องนำมาพิจารณาว่าจะให้การคุ้มครองและช่วยเหลือผู้ที่ประสบกับโรคดังกล่าวนี้แก่ประชากรในรัฐ ซึ่งเป็นเรื่องที่ประเทศไทยเล็งเห็นถึงความสำคัญทั้งอัตราการเกิดของประชากร บริบทของสังคม เศรษฐกิจในภาพรวม รวมถึงบทบาทหน้าที่ของรัฐที่ต้องให้ความช่วยเหลือ ประกอบกับความก้าวหน้าทางการแพทย์ในการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากสามารถช่วยให้ผู้ที่มีการมีบุตรยากให้มีบุตรได้โดยการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ อันมีผลทำให้กฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันในเรื่องความเป็นบิดามารดาที่ขอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ยังไม่คุ้มครองสิทธิของผู้ซึ่งประสบกับภาวะการมีบุตรยากและประสงค์จะมีบุตรโดยผ่านกระบวนการทางเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ตลอดจนได้มีการศึกษาวิจัยทางวิทยาศาสตร์ทางการแพทย์ที่เกี่ยวกับตัวอ่อนและเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เทคนิคเหล่านี้เป็นเรื่องละเอียดอ่อนของมนุษย์อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ส่งผลกระทบเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน ความสัมพันธ์ส่วนตัวในรูปแบบการสร้างครอบครัว ตลอดจนสิทธิของบุคคลที่เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องและบุตรที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ดังกล่าว²

¹ World Health Organization, “infertility,” [online] Available from : <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/infertility> [10 January 2023]

² Anastasia Grammaticaki-Alexiou, “Artificial Reproduction Technologies and Conflict of Laws: An Initial Approach”, in *Louisiana Law Review*, 60, 4 (2000), p.1113-1121.

การสร้างครอบครัวทางพันธุกรรมที่ไม่ได้เกิดจากกระบวนการตามธรรมชาติหรือที่เรียกว่าโดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ได้เกิดเป็นที่ยอมรับในสังคมจึงเป็นสิ่งที่สำคัญที่นำมาสู่การพิจารณาเพื่อคุ้มครองสิทธิในการสร้างครอบครัวและการควบคุมกระบวนการใช้เทคโนโลยีจึงได้มีการตราพระราชบัญญัตินี้ขึ้น หากพิจารณาถึงหลักการและเหตุผลในการตรากฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นหลัก โดยยังมีมาตรการที่ยังไม่เอื้อต่อการก่อตั้งสถาบันครอบครัวทางพันธุกรรมอย่างแท้จริงหรือมาตรการทางกฎหมายไม่ครอบคลุมถึงปัญหาหรือความต้องการที่จะเกิดขึ้นในสถาบันครอบครัวเพื่อที่จะแก้ไขปัญหาการมีบุตรยากอย่างยั่งยืน อีกทั้ง เมื่อมีการกำเนิดเด็กที่เกิดมาจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์แล้ว พระราชบัญญัตินี้ยังได้มีการบัญญัติให้นำหลักกฎหมายครอบครัวและมรดกแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้จึงก่อให้เกิดผลทางกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับสภาพที่แท้จริงที่จะอำนวยความสะดวกให้เกิความเป็นธรรมกับบุคคลทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องได้ ทั้งนี้ ยังมีส่วนที่ยังเป็นประเด็นสำคัญที่ต้องนำมาพิจารณาถึงข้อจำกัดและอุปสรรคทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 ซึ่งอาจจะส่งผลกระทบและเกิดความเสียหายส่วนบุคคลในการสร้างครอบครัวทางพันธุกรรมตั้งแต่ต้นกระบวนการอย่างชัดเจน

ประการแรกข้อจำกัดทางกฎหมายภายใต้มาตรา 19³ และมาตรา 21⁴ ซึ่งกำหนดให้การผสมเทียมและการตั้งครรภ์แทนจะต้อง “กระทำต่อหญิงที่มีสามีชอบด้วยกฎหมาย” และเป็นไปเพื่อประโยชน์ของ “สามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น” เป็นผลให้คู่ที่ประสงค์จะอยู่กินกันฉันสามีภรรยาซึ่งประสบกับภาวะการมีบุตรยากไม่สามารถเข้าถึงสิทธิในการมีบุตรผ่านกระบวนการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ซึ่งปัจจุบันได้มีการดำเนินวิถีชีวิตของแต่ละครอบครัวอย่างมีความหลากหลาย สิทธิในการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์จึงไม่ควรถูกจำกัดให้บุคคลเข้าถึงสิทธิในการสร้างครอบครัวแค่กลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเพียงกลุ่มเดียวอันเป็นข้อจำกัดสิทธิในการเข้าถึงเทคโนโลยีช่วย

³ มาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 “ภายใต้บังคับมาตรา 15 และมาตรา 16 การผสมเทียมต้องกระทำต่อหญิงซึ่งประสงค์จะมีบุตรและประสงค์จะอยู่กินฉันสามีภรณากับชายหรือหญิงที่ประสงค์จะมีบุตรและมีสามีที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นไปตามมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับการผสมเทียมที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ”

⁴ “มาตรา 21(1) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 “ภายใต้บังคับมาตรา 15 มาตรา 16 และมาตรา 18 การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนอย่างน้อยต้องเป็นไปตามเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

(1) ผู้ที่ประสงค์จะมีบุตรทั้งที่ประสงค์จะอยู่กินกันฉันสามีภรณากับชายหรือหญิงที่จดทะเบียนชอบด้วยกฎหมายซึ่งไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องมีสัญชาติไทย

การเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เพื่อวัตถุประสงค์ในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลที่ไม่ได้มีสถานะเป็นสามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ได้แก่ ชายหญิงอยู่กินกันฉันสามีภรรยาโดยไม่จดทะเบียนสมรสซึ่งต้องการจะมีบุตรแต่มีภาวะการมีบุตรยาก

ประการที่สองข้อจำกัดทางกฎหมายในเรื่องของการจำกัดระยะเวลาการสมรส 3 ปี ในกรณี que สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้มีสัญชาติไทย ตามมาตรา 21 (1) ซึ่งบัญญัติว่า “สามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภรรยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน “ต้องมีสัญชาติไทย” ใน “กรณีที่สามีหรือภรรยามีได้มีสัญชาติไทยต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี”” ซึ่งเป็นข้อจำกัดทางกฎหมายที่ส่งผลกระทบต่อคู่สมรสที่จดทะเบียนถูกต้องตามกฎหมายซึ่งยังมีคู่สมรสที่มีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้มีสัญชาติไทยเป็นคู่สมรสที่เข้าเงื่อนไขภาวะการมีบุตรยากนั้นต้องถูกจำกัดโดยกฎหมายในเรื่องของเงื่อนไขเวลาที่จะต้องให้คู่สมรสดังกล่าวรอให้ครบ 3 ปี ซึ่งตามหลักการทั่วไปนั้นสถานะความเป็นสามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้นเมื่อการสมรสนั้นสมบูรณ์ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งขัดกับหลักการสำคัญทั้งหลักการเลือกปฏิบัติและปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ที่มุ่งคุ้มครองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัว ข้อ 16 (3)⁵

ประการสุดท้ายอุปสรรคทางกฎหมายในเรื่องของการเลือกเพศของบุตรที่จะเกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา 18⁶ การห้ามเลือกเพศของบุตรเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องและกระทบถึงสิทธิของคู่สมรสซึ่งประสงค์จะมีบุตร อันเป็นหนึ่งในข้อจำกัดของการเข้ารับบริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ซึ่งเป็นสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่สามารถกระทำได้ ปัจจุบันมีคู่สมรสผู้ประสบปัญหากรณีที่คู่สมรสตรวจพบว่าบุตรของตนที่ต้องกำเนิดมานั้นหากมีเพศชายหรือเพศหญิงอาจมีความเสี่ยงในการเกิดโรคติดต่อทางพันธุกรรมที่ร้ายแรงและยังเป็นอุปสรรคทางกฎหมายที่สำคัญในการห้ามมิให้มีการเลือกเพศ ซึ่งบทบัญญัติ “ห้ามกระทำในลักษณะที่อาจเข้าใจได้ว่าเป็นการเลือกเพศ” เช่นนี้อาจส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจทั้งของสมาชิกในครอบครัว พัฒนาการทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจของบุตรซึ่งเป็นข้อเปรียบเทียบต่อเด็กในช่วงวัยเดียวกัน อีกทั้ง ส่งผลกระทบทางเศรษฐกิจโดยรวมของครอบครัวของผู้ซึ่งประสงค์จะมีบุตร

⁵ ข้อ 16 (3) แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948 บัญญัติว่า “ครอบครัวเป็นหน่วยธรรมชาติและพื้นฐานของสังคมย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองจากสังคมและรัฐ”

⁶ มาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 “ในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้ให้บริการ เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ อาจทำการตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมในตัวอ่อน ที่อาจเกิดขึ้นได้ตามความจำเป็นและสมควร ทั้งนี้ ต้องไม่เป็นการกระทำในลักษณะที่อาจทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการเลือกเพศ”

จึงเห็นสมควรให้มีการเสนอแนวทางการแก้ไขในส่วนที่ยังเป็นข้อจำกัดและอุปสรรคทางกฎหมายของคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 ให้มีความครอบคลุมถึงในประเด็นของข้อจำกัดและอุปสรรคทางกฎหมายดังกล่าวข้างต้น เพื่อให้มีข้อบัญญัติของกฎหมายบัญญัติให้เหมาะสมกับความเจริญก้าวหน้าทางการแพทย์ให้เป็นไปตามมาตรฐานสากลและรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่เล็งเห็นความสำคัญกับทุกปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อบุคคลที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะในประเด็นเกี่ยวกับบทบัญญัติของกฎหมายที่ยังไม่สามารถให้ความคุ้มครองสิทธิได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อให้สถาบันครอบครัวได้รับการคุ้มครองปกป้อง สร้างความเข้มแข็งระหว่างสถาบันครอบครัวได้และสามารถจะพัฒนาบุคคลให้เติบโตเพื่อผลิตทรัพยากรมนุษย์ที่มีประสิทธิภาพ

2. ข้อจำกัดและอุปสรรคทางกฎหมายอันเกิดจากการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

2.1 ข้อจำกัดเกี่ยวกับสิทธิของบุคคลในการเข้ารับบริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์

ข้อจำกัดทางกฎหมายประการแรกซึ่งเป็นประเด็นสำคัญอย่างยิ่งในการเข้าถึงสิทธิการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในประเทศไทย เนื่องจากปัจจุบันการสร้างครอบครัวที่มีอยู่อย่างหลากหลายรูปแบบ ทำให้เด็กบางประเภทที่เกิดมาจากการสร้างครอบครัวจากการตัดสินใจของบิดามารดาที่แท้จริงที่ประสงค์อยู่กินกันฉันสามีภรรยาโดยไม่จดทะเบียนสมรสนั้นไม่ว่าจะโดยวิธีการทางธรรมชาติหรือการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ยังขาดสิทธิและหน้าที่จากบิดามารดาความเป็นจริงโดยตรง แต่ต้องอาศัยบทบัญญัติซึ่งได้มีการกำหนดวิธีการทางกฎหมายเพื่อให้กฎหมายรับรองสถานะของความเป็นบุตรและบิดาให้ถูกต้องตามความเป็นจริง เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์พบว่า

มาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 “ภายใต้บังคับมาตรา 15 และมาตรา 16 การผสมเทียมต้องกระทำต่อหญิงซึ่งประสงค์จะมีบุตรและประสงค์จะอยู่กินฉันสามีภรณากับชายหรือหญิงที่ประสงค์จะมีบุตรและมีสามีที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นไปตามมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับการผสมเทียมที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ”

“มาตรา 21(1) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 “ภายใต้บังคับมาตรา 15 มาตรา 16 และมาตรา 18 การดำเนินการให้มีการตั้งครุฑแทนอย่างน้อยต้องเป็นไปตามเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

(1) ผู้ที่ประสงค์จะมีบุตรทั้งที่ประสงค์จะอยู่กินกันฉันสามีภรรยา กับชายหรือหญิงที่จดทะเบียนชอด้วยกฎหมาย ซึ่งไม่อาจตั้งครุฑได้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครุฑแทนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องมีสัญชาติไทย”

จากบทบัญญัติดังกล่าวการสร้างครอบครัวในรูปแบบของคู่รักที่ประสงค์จะอยู่กินกันฉันสามีภรรยา คู่รักเพศเดียวกัน บุคคลที่ไม่ประสงค์จะมีคู่สมรสแต่เพียงต้องการสร้างครอบครัวในรูปแบบของตนเองเท่านั้นหรือความสัมพันธ์ในรูปแบบอื่น ๆ ยังไม่เป็นที่ยอมรับในสังคมไทยและตามกฎหมายไทยยังได้มีการจำกัดสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวเหล่านี้ ตลอดจนบุตรที่เกิดมาจากรอบครัวในรูปแบบเหล่านี้ด้วย ผู้ศึกษามีความเห็นว่าการจกทะเบียนสมรสควรเป็นทางเลือกให้แก่บุคคลซึ่งไม่ควรนำมาเป็นเงื่อนไขในการสร้างครอบครัวซึ่งมีการกระทบถึงสิทธิของบุคคลแต่เป็นสิทธิหน้าที่ที่รัฐควรจะต้องรับรองและคุ้มครองให้แก่ทุกคน สมาชิกใหม่ที่เกิดมาต้องไม่มีความเหลื่อมล้ำเพียงเพราะต้องการออกแบบวิถีความเป็นครอบครัวที่เป็นปัจเจก

แต่อย่างไรก็ดี ตามกฎหมายต่างประเทศที่ผู้ศึกษาได้นำมาอภิปรายต่อไปนี้ี้มีการยอมรับในการสร้างครอบครัวในรูปแบบที่หลากหลาย ทั้งคู่สมรส คู่ที่อยู่กินกันฉันสามีภรรยา คู่ชีวิต หันส่วนชีวิต และชายหรือหญิงโสดที่ประสงค์จะสร้างครอบครัวของตนเองซึ่งมีความแตกต่างจากประเทศไทย ในขณะที่ความต้องการในการสร้างครอบครัวของคนไทยมีความเปลี่ยนแปลงไปตามบริบทของสังคม การสร้างครอบครัวของทั้งคนไทยและชาวต่างชาติที่ประสงค์จะสร้างครอบครัวในรูปแบบที่หลากหลาย การจำกัดการเข้าถึงการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์อันเป็นการจำกัดสิทธิของผู้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไว้อย่างแคบ ผลของกฎหมายดังกล่าวไม่เพียงกระทบต่อสิทธิของผู้ที่ประสงค์จะให้มบุตรเท่านั้น แต่ยังมีผลถึงสิทธิของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีดังกล่าวด้วย เนื่องจากเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่มีได้เป็นไปตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 ย่อมไม่ได้รับสิทธิและหน้าที่ต่อบิดามารดาตามพันธกรรมอย่างแท้จริงภายใต้บทบัญญัติตามกฎหมายดังกล่าว

เมื่อทำการศึกษาถึงกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกาถึงการสร้างครอบครัวทางพันธุกรรมได้มีการบัญญัติถึงนิยามของคำว่า “บิดามารดาผู้ประสงค์จะมีบุตร” (Intended Parent) หมายถึงบุคคลที่แต่งงานแล้วหรือยังไม่แต่งงาน ซึ่งแสดงเจตนาที่จะผูกพันกันตามกฎหมายในฐานะผู้ปกครอง

ของเด็กที่เกิดจากการช่วยการเจริญพันธุ์⁷ และการอนุญาตให้ผู้ปกครองที่ประสงค์จะมีบุตรนั้นไม่จำกัดแค่ครอบครัวของคู่สมรสที่จดทะเบียนชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น แต่อนุญาตให้คู่รักที่อยู่กินกันฉันสามีภรรยาได้สร้างครอบครัวทางพันธุกรรมได้อย่างหลากหลายและเพิ่มโอกาสรักษาความสัมพันธ์ทางชีวภาพกับบุตรของตนซึ่งเป็นความสัมพันธ์ระยะยาวของครอบครัว

ในสหราชอาณาจักรนั้นได้มีการกำหนดความเป็นบิดามารดาและบุตรไว้ในพระราชบัญญัติปฏิสนธิมนุษย์และตัวอ่อนมนุษย์ คริสต์ศักราช 1990 โดยมีการบัญญัติว่า “ผู้ที่ขอให้ตั้งครรภ์แทน” หมายถึง คู่สมรสหรือคู่ชีวิตไม่ว่าจะต่างเพศหรือเพศเดียวกันซึ่งอาศัยอยู่ร่วมกันฉันสามีภรรยา⁸ สามารถขอให้มีการตั้งครรภ์แทนได้ โดยศาลจะพิจารณารับรองให้บุตรเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของบุคคลนั้นจะต้องมีการพิสูจน์ว่าเด็กที่เกิดมานั้นมีเซลล์สืบพันธุ์ของผู้ที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนอีกด้วย

ในสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ข้อตกลงการเป็นมารดาที่ตั้งครรภ์แทนจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร โดยการลงนามโดยคู่สัญญาทุกฝ่ายและได้รับการยืนยันจากศาลสูง⁹ และมีการนิยาม

⁷ Section 7960 of Family Code DIVISION 12. PARENT AND CHILD RELATIONSHIP [7500 - 7962] (Division 12 enacted by Stats. 1992, Ch. 162, Sec. 10.)

PART 7. SURROGACY AND DONOR FACILITATORS, ASSISTED REPRODUCTION AGREEMENTS FOR GESTATIONAL CARRIERS, AND OOCYTE DONATIONS

(c) “Intended parent” means an individual, married or unmarried, who manifests the intent to be legally bound as the parent of a child resulting from assisted reproduction.

⁸ Section 54 Parental orders of Human Fertilisation and Embryology Act 2008.

“54 (1) On an application made by two people (“the applicants”), the court may make an order providing for a child to be treated in law as the child of the applicants if—

(a) the child has been carried by a woman who is not one of the applicants, as a result of the placing in her of an embryo or sperm and eggs or her artificial insemination,

(b) the gametes of at least one of the applicants were used to bring about the creation of the embryo, and

(c) the conditions in subsections (2) to [F2(8A)] are satisfied.

(2) The applicants must be—

(a) husband and wife,

(b) civil partners of each other, or

(c) two persons who are living as partners in an enduring family relationship and are not within prohibited degrees of relationship in relation to each other.

⁹ i) Formalities – Section 292 of Content of Chapter 19 of the Children’s Act 2010

“Surrogate motherhood agreement must be in writing, signed by all the parties thereto and

ความหมายของ “ผู้ปกครองที่เข้ารับบริการการตั้งครรภ์แทน” คือ บุคคลหรือคู่สามีภรรยาที่ไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ด้วยตนเองไม่ว่าจะเหตุผลใดก็ตามและเลือกการตั้งครรภ์แทนเพื่อสร้างครอบครัวโดยมีการทำข้อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรและต้องได้รับความยินยอมจากทุกฝ่าย¹⁰ โดยเด็กที่เกิดนั้นจะต้องมีพันธกรรมเกาะเกี่ยวกับผู้ที่จะเป็นบิดามารดาของบุตรอย่างน้อยหนึ่งคนและต้องมีการยืนยันทางพันธกรรมให้แก่ศาลทราบ

ตามกฎหมายในรัฐอิสราเอลการรับรองความเป็นบิดามารดาตามกฎหมายนั้นได้มีบัญญัติถึง “ผู้ปกครองที่ประสงค์จะมีบุตร” หมายถึง ผู้ปกครองซึ่งเป็นคู่สมรสที่มีความประสงค์และตั้งใจจะมีบุตรชายและหญิงที่เป็นคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรโดยใช้การตั้งครรภ์แทน¹¹ ชายโสดและผู้หญิงโสดที่ประสงค์จะมีบุตรโดยใช้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการ¹² ทั้งนี้ ในรัฐอิสราเอลได้มีคำพิพากษาของศาลสูงในการคุ้มครองในการสร้างครอบครัวจากการใช้หญิง

confirmed by the High Court. The agreement must be entered into in the Republic and it is imperative that the surrogate mother be domiciled within the Republic.”

¹⁰ ii) Consent - Section 293 of Content of Chapter 19 of the Children’s Act 2010

“The consent of all parties to the agreement must be obtained ie the husband, wife or partner of the commissioning parent and the surrogate mother, before the court may confirm the agreement. Where such consent is unreasonably withheld and the husband, wife or partner is not the genetic parent of the child, the court may confirm such agreement.”

¹¹ Section 1 of Law on Agreements for Carrying Fetuses (Confirmation of Agreement and the Status of the Newborn) (Amendment No. 2), 2018

In section 1 1) below Amendment of

Section 1.1 of the Law on Agreements for the Carrying of Fetuses (Confirmation of the Agreement and the Status of the Newborn), 1996-55

- the main law (in section 1 -

(1) Instead of the definition “intended parents” there will be:

“intended parents” - intended parents who are spouses and also if a unit is intended;

“intended parents who are spouses” - a man and a woman who are spouses, communicating together with a mother carrying a child for birth;

“Intended single mother” - a woman without a partner, who communicates with a mother bearing a birth name Boy

¹² Section 2 of Law on Agreements for Carrying Fetuses (Confirmation of Agreement and the Status of the Newborn) (Amendment No. 2), 2018

“In section 2 she may, after” import “the certification committee may, after”;

(a) She is not married, but the approval committee may approve Contact with a surrogate mother who is a married woman, if proven to be pregnant

ที่รับตั้งครุฑแทนและไม่มีใครที่จะต้องถูกเลือกปฏิบัติและปฏิเสธไม่ให้พวกเขาเข้าสู่กระบวนการมีบุตรเพียงเพราะพวกเขาไม่ใช่คู่ชายและหญิงหรือไม่ได้จดทะเบียนสมรส

อย่างไรก็ตาม เมื่อทำการวิเคราะห์กฎหมายต่างประเทศเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยแล้วนั้น ทั้งตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ รัฐอิสราเอล ล้วนมีกฎหมายที่รับรองสิทธิให้แก่คู่ชายหญิงที่อยู่กินกันฉันสามีภรรยาสามารถใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้ ทั้งนี้ ทุกประเทศที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นนั้นได้ให้ความสำคัญกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ แต่ในขณะเดียวกันกฎหมายของประเทศไทยตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 ยังมีการจำกัดถึงสิทธิของบุคคลในการเข้ารับบริการ โดยกำหนดให้เป็นสิทธิของสามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น คู่ที่อยู่กินกันฉันสามีภรณานั้นไม่มีสิทธิอย่างเท่าเทียมกับคู่ที่จดทะเบียนสมรส ไม่มีการกำหนดเงื่อนไขให้ชัดเจนเพื่อเปิดโอกาสให้ทุกคนสามารถมีบุตรทางพันธุกรรมของตนเองได้ ซึ่งขัดกับสิทธิในการสร้างครอบครัวและสิทธิในการเจริญพันธุ์ กฎหมายจึงควรเคารพสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวตามหลักสิทธิมนุษยชนและไม่ควรลิดรอนสิทธิดังกล่าวในกรณีชายหญิงที่อยู่กินกันฉันสามีภรรยาโดยไม่ได้จดทะเบียนสมรสที่ต้องการมีบุตรแต่มีภาวะการมีบุตรยากเพื่อให้สอดคล้องกับบริบทของสังคมไทย และเพื่อเป็นไปในการบำบัดรักษาผู้ที่มีบุตรยากได้ใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์อย่างเหมาะสมและเป็นธรรม

2.2 ข้อจำกัดเกี่ยวกับสิทธิของคู่สมรสที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้มีสัญชาติไทย

ปัจจุบันการอยู่กินกันฉันสามีภรรยาหรือการจดทะเบียนสมรสระหว่างคนต่างสัญชาติทั่วโลกมีแนวโน้มที่เพิ่มขึ้นทุกปี เช่นเดียวกับคนสัญชาติไทยที่มีความประสงค์จะอยู่กินกันฉันสามีภรรยาหรือจดทะเบียนสมรสกับชาวต่างสัญชาติปัจจุบันมีจำนวนเพิ่มมากยิ่งขึ้น ทั้งยังเป็นประโยชน์โดยรวมทั้งในเชิงของสังคมและในเชิงเศรษฐกิจ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่องความสัมพันธ์ในครอบครัว ตั้งแต่ปีพุทธศักราช 2478 ได้มีการวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการยอมรับให้คนสัญชาติไทยทำการสมรสกับบุคคลต่างสัญชาติได้อันเป็นนิติสัมพันธ์อย่างหนึ่งในทางระหว่างประเทศ ซึ่งได้กำหนดไว้ในมาตรา 1459¹³ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นเงื่อนไขหรือแบบของการสมรสและยังไม่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมแต่อย่างใด เพื่อกำหนดเงื่อนไขในการสมรสระหว่างชาย

¹³ มาตรา 1459 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “การสมรสในต่างประเทศระหว่างคนที่มีสัญชาติไทยด้วยกัน หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติไทยสามารถดำเนินการที่สถานเอกอัครราชทูตหรือสถานกงสุลใหญ่ไทยในต่างประเทศได้ในกรณีที่คู่สมรสประสงค์จะจดทะเบียนตามกฎหมายไทยให้พนักงานทูตหรือกงสุลไทยเป็นผู้รับจดทะเบียน”

และหญิง ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2495 มาตรา 40 หากคนไทยไปทำการสมรสในต่างประเทศที่ไม่มีนายอำเภอจะมีการกำหนดให้พนักงานทูตหรือกงสุลไทยที่ทำหน้าที่นายทะเบียนเป็นคนจดทะเบียนแทนและการที่คนไทยทำการสมรสในต่างประเทศการสมรสอาจทำระหว่างคนไทยด้วยกันทั้งคู่หรืออาจเป็นการสมรสระหว่างคนไทยกับคนต่างสัญชาติก็ดี กฎหมายได้มีการอนุญาตให้เลือกทำการสมรสตามแบบของกฎหมายในต่างประเทศที่ทำการสมรส หรือจะทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ในกฎหมายไทยก็ได้ ทั้งนี้ จากหลักในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลที่ว่าถ้าทำนิติกรรมตามแบบของประเทศที่ทำนิติกรรมนั้นย่อมสมบูรณ์¹⁴ ในแง่ของการก่อตั้งครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศซึ่งอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 โดยกฎหมายไทยยอมรับการสมรสระหว่างชายและหญิงตามกฎหมายที่ได้ทำการสมรสกันในราชอาณาจักรไทยหรือได้สมรสกันในประเทศซึ่งหากกฎหมายแห่งท้องที่ที่ทำการสมรสถือว่าเป็นการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายแล้วสามีภรรยาผู้นี้ถือว่าเป็นสามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายในที่อื่น ๆ ทั่วโลกด้วยไม่อาจมีใครโต้แย้งเป็นอย่างอื่นได้¹⁵

จากการศึกษาพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 ในกรณีที่คู่สมรสกลุ่มนี้เป็นผู้ที่ประสบปัญหาการมีบุตรยากและประสงค์จะมีบุตรโดยการตั้งครรภ์แทนนั้นจะต้องถูกจำกัดด้วยกฎหมายตาม “มาตรา 21 ภายใต้อำนาจมาตรา 15 มาตรา 16 และมาตรา 18 การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนอย่างน้อยต้องเป็นไปตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้”

(1) สามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภรรยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ต้องมีสัญชาติไทย ในกรณีที่สามีหรือภรรยามีได้มีสัญชาติไทย ต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี”

อีกทั้งยังมีประกาศกระทรวงสาธารณสุขที่ออกมารับรองความหมายของสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายให้สอดคล้องกับมาตรา 21 ในข้อ 3 บัญญัติว่า

“ข้อ 3 สามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย หมายความว่า สามีและภรรยาที่จดทะเบียนถูกต้องตามกฎหมายหรือจดทะเบียนสมรสที่ต่างประเทศและกฎหมายไทยให้การรับรอง”

¹⁴ เสนีย์ ปราโมทย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวมฤตก พ.ศ.2508, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2508), หน้า 65-66

¹⁵ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2553), หน้า 154.

การที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้เป็นเหตุให้คู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยการตั้งครรภ์แทนและมีคู่สมรสเป็นบุคคลสัญชาติอื่นต้องรอถึง 3 ปี ซึ่งเป็นข้อจำกัดในด้านความเสมอภาคและการเลือกปฏิบัติต่อสถานะความเป็นครอบครัวอย่างชัดเจน ทำให้กลุ่มคู่สมรสเหล่านี้ต้องยืดยาวระยะเวลาในการมีบุตรออกไป ซึ่งเมื่อพิจารณาจากภาวะของผู้ที่ประสบภาวะการมีบุตรยากนั้น ประเด็นเรื่องอายุและสุขภาพเป็นปัญหาสำคัญอย่างยิ่งในการเจริญพันธุ์ หากปล่อยให้ระยะเวลาล่วงเลยออกไปจะเป็นปัจจัยที่สำคัญซึ่งทำให้ประสิทธิภาพในการมีบุตรของคู่สมรสลดลงอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

เมื่อทำการศึกษาและวิเคราะห์ถึงประเด็นที่มีการจำกัดในเรื่องสัญชาติของคู่สมรสในสหรัฐอเมริกา นอกจากเงื่อนไขทางการแพทย์ สังคมและกฎหมายที่เอื้ออำนวยให้อนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทน ทำให้สามารถวางใจได้ว่าเด็กที่เกิดในสหรัฐอเมริกาหรือเดินทางมาใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในสหรัฐอเมริกาก็จะได้รับการดูแลอย่างปลอดภัยในทุกขั้นตอน¹⁶ ซึ่งมีการบัญญัติไว้ในมาตรา 7960 Family Code DIVISION บัญญัติว่า “ผู้ปกครองที่ประสงค์จะมีบุตรนั้น หมายถึง บุคคลที่แต่งงานแล้วหรือยังไม่ได้แต่งงานซึ่งแสดงเจตนาที่จะผูกพันกันตามกฎหมายในฐานะผู้ปกครองของเด็กที่จะเกิดจากการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์” และ “ผู้ปกครองโดยเจตนา หมายถึง บุคคลที่แต่งงานแล้วหรือยังไม่ได้แต่งงานซึ่งแสดงเจตนาที่จะผูกพันตามกฎหมายในฐานะผู้ปกครองของเด็กที่เกิดจากการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์” ทั้งนี้ ผู้ปกครองอย่างน้อย 1 คนต้องมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็ก¹⁷ โดยไม่ปรากฏว่าผู้ปกครองหรือผู้ประสงค์จะมีบุตรโดยการตั้งครรภ์แทนนั้นจะต้องมีการจำกัดเรื่องสัญชาติหรือมีการตั้งข้อจำกัดด้วยระยะเวลาเพื่อหน่วงกันไว้เป็นข้อจำกัดในการใช้เทคโนโลยีดังกล่าวเพื่อสร้างครอบครัว

เมื่อศึกษาถึงข้อจำกัดเรื่องระยะเวลาในการสมรสของผู้ที่ประสงค์จะดำเนินการตั้งครรภ์แทนในสหราชอาณาจักร กฎหมายเกี่ยวกับความเป็นมารดาของบุตรที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนด้วยการปฏิสนธิมนุษย์และตัวอ่อนในมาตรา 54 A นั้นได้บัญญัติว่า “ผู้ที่ขอให้ตั้งครรภ์แทน” หมายถึง คู่สมรส คู่ชีวิต ไม่ว่าจะต่างเพศ หรือเพศเดียวกันซึ่งอาศัยอยู่ร่วมกันฉันคู่ชีวิตแบบยั่งยืน จึงจะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ของการให้อำนาจปกครองบุตรให้ตกแก่ครอบครัวของผู้ที่ขอให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นมุ่งเน้นให้เด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทนดังกล่าวมีบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายและ

¹⁶ For International Parents, “International Surrogacy Services, CREATIVE FAMILY CONNECTIONS,” [online] Available from : <https://www.creativefamilyconnections.com/intended-parents/international-surrogacy> [7 February 2024]

¹⁷ Pre-birth Parentage Orders, “Gestational Surrogacy in California,” [online] Available from : <https://www.creativefamilyconnections.com/us-surrogacy-law-map/california/> [7 February 2024]

ให้สิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลโดยไม่จำกัดด้วยสัญชาติหรือระยะเวลา การตั้งครรภ์แทนในสหราชอาณาจักรมีคำสั่งของการขออำนาจปกครองบุตรในมาตรา 54 พระราชบัญญัติการปฏิสนธิมนุษย์และตัวอ่อนมนุษย์ ค.ศ.1990 (Human Fertilisation and Embryology Act 2008)

โดยมีข้อกำหนดว่าเด็กนั้นต้องมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย กล่าวคือต้องมีไข่หรืออสุจิของครอบครัวผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนเป็นส่วนประกอบทางพันธุกรรมของเด็ก และผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนต้องเป็นคู่สมรส หรือคู่ชีวิต ไม่ว่าจะต่างประเทศหรือเพศเดียวกัน ซึ่งอาศัยอยู่ร่วมกันฉันคู่ชีวิตแบบยั่งยืน กระทำโดยบุคคลที่มีอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ โดยปฏิบัติตามเงื่อนไขในมาตรา 54 A ของพระราชบัญญัติการปฏิสนธิมนุษย์และตัวอ่อนมนุษย์ ค.ศ.1990 ซึ่งผู้ที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนต้องยื่นคำขอให้ศาลสั่งภายใน 6 เดือนนับแต่เด็กเกิด ผู้ยื่นคำขอทั้งสองคนหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งจะต้องมีภูมิลำเนาเดิมในสหราชอาณาจักร

ผู้ยื่นคำขอต้องพิสูจน์ให้เป็นที่พอใจแก่ศาลว่าทั้งผู้ตั้งครรภ์แทนและผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนมีอิสระในการกระทำเรื่องดังกล่าวเป็นการตกลงที่ไม่มีเงื่อนไขใด ๆ ที่เกี่ยวข้องในผลประโยชน์หรือเป็นไปเพื่อการพาณิชย์ และผู้ที่ประสงค์จะมีบุตรจากกระบวนการนี้มีหน้าที่ต้องพิสูจน์ให้เป็นที่พอใจแก่ศาลว่า ไม่มีเงินหรือผลประโยชน์อื่นใดในเชิงพาณิชย์มาเกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ นอกเหนือจากค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นตามจำเป็นและสมควร ทั้งนี้ เด็กนั้นต้องอาศัยอยู่กับคู่สมรสที่จำแจ้งในขณะที่ยื่นคำร้องและขณะที่ศาลมีคำสั่ง¹⁸

ดังนั้น สหราชอาณาจักรจึงเป็นประเทศที่ให้ความสำคัญในการสร้างครอบครัวในรูปแบบที่หลากหลายและสหราชอาณาจักรยังเป็นประเทศต้นแบบในการยกเว้นพระราชบัญญัติคุ้มครอง

¹⁸ Section 54 Parental orders of Human Fertilisation and Embryology Act 2008.

“54 (1) On an application made by two people (“the applicants”), the court may make an order providing for a child to be treated in law as the child of the applicants if—

(a) the child has been carried by a woman who is not one of the applicants, as a result of the placing in her of an embryo or sperm and eggs or her artificial insemination,

(b) the gametes of at least one of the applicants were used to bring about the creation of the embryo, and

(c) the conditions in subsections (2) to [F2(8A)] are satisfied.

(2) The applicants must be—

(a) husband and wife,

(b) civil partners of each other, or

(c) two persons who are living as partners in an enduring family relationship and are not within prohibited degrees of relationship in relation to each other.

เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่บังคับใช้ในปัจจุบันด้วย สำหรับผู้ปกครองที่มีความประสงค์จะมีบุตรจากการตั้งครรภ์แทนในสหราชอาณาจักรนั้นได้มีกฎหมายกำหนดให้จะต้องมีการทำคำร้องขอต่อศาลสูงเพื่อขออำนาจปกครองบุตรที่เกิดจากกระบวนการดังกล่าว โดยกฎหมายไม่ได้จำกัดถึงสัญชาติของคู่สมรสของผู้เข้ารับบริการหรือผู้ยื่นคำขอทั้งสองคนหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งจะต้องมีภูมิลำเนาเดิมในสหราชอาณาจักรและไม่ได้จำกัดว่าคู่สมรสนั้นจะต้องมีการจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี จึงเป็นการเปิดโอกาสให้กับประชากรในประเทศได้ใช้สิทธิในการสร้างครอบครัวโดยไม่ถูกจำกัดด้วยเงื่อนไขของระยะเวลาในการสมรสถึงแม้ว่าจะได้มีการสมรสกับคนสัญชาติอื่นและเป็นคู่ที่แพทย์มีความเห็นว่าเป็นผู้มีบุตรยากและต้องใช้ในการตั้งครรภ์แทนนั้นสามารถกระทำได้

การตั้งครรภ์แทนในสาธารณรัฐแอฟริกาใต้มีการกำหนดสิทธิของผู้ปกครองที่เข้ารับบริการการตั้งครรภ์แทนว่าผู้ปกครองที่เข้ารับบริการการตั้งครรภ์แทนคือบุคคลหรือคู่สามีภรรยาที่ไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ด้วยตนเองไม่ว่าด้วยเหตุผลใดก็ตามและเลือกการตั้งครรภ์แทนเพื่อสร้างครอบครัว และจะต้องได้รับการอนุญาตจากศาลในการที่จะเป็น “ผู้ปกครองทางพันธุกรรม” ของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน โดยมีระบุไว้ในข้อตกลงตามข้อตกลงที่ 292 ถึง 295 ของ Content of Chapter 19 of the Children’s Act 2010 โดยมีการระบุเงื่อนไขในการตั้งครรภ์แทนที่จะต้องขออนุญาตจากศาลบุคคลที่จะเป็นผู้ปกครองนั้นจะเป็นสามีภรรยาหุ้นส่วนชีวิตและจะต้องมีความเกี่ยวข้องกับทางพันธุกรรมของเด็กอย่างน้อยหนึ่งคน คือ บุคคลหรือคู่สามีภรรยาที่ไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ด้วยตนเองไม่ว่าจะเหตุผลใดก็ตามและเลือกการตั้งครรภ์แทนเพื่อสร้างครอบครัว ผู้เข้ารับบริการจะเป็นบิดามารดาเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ทันที¹⁹ อาจมีเงื่อนไขการขออนุญาตจากศาล ดังนี้

1. การตั้งครรภ์แทนข้อตกลงการเป็นมารดาที่ตั้งครรภ์แทนจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรลงนามโดยคู่สัญญาทุกฝ่ายและได้รับการยืนยันจากศาลสูง ต้องทำข้อตกลงในสาธารณรัฐแอฟริกาใต้และจำเป็นอย่างยิ่งที่มารดาที่ตั้งครรภ์แทนต้องมีภูมิลำเนาภายในสาธารณรัฐแอฟริกาใต้²⁰

¹⁹ Fertility Center, “The progress for Surrogacy in South Africa,” [online] Available from : <https://www.fertilitycentre.co.za/2022/06/01/the-top-eight-questions-people-have-about-the-process-of-applying-for-surrogacy-in-south-africa/> [16 March 2023]

²⁰ i) Formalities – Section 292 of Content of Chapter 19 of the Children’s Act 2010

“Surrogate motherhood agreement must be in writing, signed by all the parties thereto and confirmed by the High Court. The agreement must be entered into in the Republic and it is imperative that the surrogate mother be domiciled within the Republic.”

2. ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาทุกฝ่ายในข้อตกลง เช่น สามีภรรยาหรือหุ้นส่วนชีวิต ผู้ปกครองที่ว่าจ้างและมารดาที่ตั้งครรภ์แทนก่อนที่ศาลจะอนุญาต หากความยินยอมดังกล่าวไม่ได้รับอนุญาตโดยไม่มีเหตุอันสมควรทางสามีภรรยาหรือคู่ครองไม่ใช่ผู้ปกครองทางพันธุกรรมของเด็กศาลอาจยืนยันความเป็นผู้ปกครอง²¹

3. การกำหนดทางพันธุกรรมของเด็ก ผู้ปกครองที่ว่าจ้างอย่างน้อย 1 คน จะต้องเป็นผู้บริจาคเซลล์สืบพันธุ์เพื่อวัตถุประสงค์ในการกำหนดทางพันธุกรรมของเด็ก²²

4. ข้อกำหนดการยืนยันทางพันธุกรรมโดยศาล ผู้ปกครองที่ว่าจ้างต้องเป็นผู้มีบุตรยากอย่างน้อย 1 คนและผู้ว่าจ้างต้องเป็นบุคคลที่เหมาะสมที่จะยอมรับเป็นบิดามารดาของเด็กที่จะตั้งครรภ์และเข้าใจถึงผลทางกฎหมายของข้อตกลง²³

ดังนั้น กฎหมายในแอฟริกาใต้ไม่ได้มีการกำหนดถึงในกรณีที่ผู้ปกครองที่ประสงค์จะมีบุตรมีคู่สมรสเป็นคนสัญชาติอื่นและประสงค์จะมีบุตรจะต้องจำกัดระยะเวลาในการสมรสไม่น้อยกว่า 3 ปี เพียงแต่ศาลจะพิจารณาเพียงบุคคลที่ประสงค์จะมีบุตรจากการตั้งครรภ์แทนนั้นจะต้องมีความเหมาะสมที่จะเป็นผู้ปกครองของบุตรอย่างแท้จริงโดยให้สิทธิในการสร้างครอบครัวกับคนในรัฐ โดยไม่จำกัดถึงระยะเวลาในการสมรสของผู้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยการตั้งครรภ์แทน

²¹ ii) Consent - Section 293 of Content of Chapter 19 of the Children's Act 2010

"The consent of all parties to the agreement must be obtained ie the husband, wife or partner of the commissioning parent and the surrogate mother, before the court may confirm the agreement. Where such consent is unreasonably withheld and the husband, wife or partner is not the genetic parent of the child, the court may confirm such agreement."

²² iii) Genetic origin of the child - Section 294 of Content of Chapter 19 of the Children's Act 2010

"At least one of the commissioning parents is required to be a gamete donor for the purposes of the genetic origin of the child (implication – at least one commissioning parent must be fertile)."

²³ iv) Requirements for the confirmation by court - Section 295 of Content of Chapter 19 of the Children's Act 2010

"The commissioning parent(s) are permanently unable to give birth to a child (implication – at least one commissioning parent must be infertile). The commissioning parents must be suitable persons to accept the parenthood of the child to be conceived and understand the legal consequences the agreement.

The surrogate must also be competent, suitable to act as a surrogate mother and must also understand the legal consequences of the agreement. The court must be certain the agreement has been entered into for altruistic not commercial reasons (contractual implications).

The surrogate must have had at least one pregnancy and viable delivery and a living child of her own (implications – only woman who have children of their own may be surrogates). The agreement must include specific provisions for the child that are above all in his or her interests."

ในรัฐอิสราเอล มีการประกาศให้การตั้งครรภ์แทนถูกกฎหมายตั้งแต่ปี พ.ศ.2539 ภายใต้ “กฎหมาย Embryo Carrying Agreements” หรือกฎหมายที่ระบุข้อกำหนดเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนโดยเฉพาะทำให้อิสราเอลเป็นประเทศแรกในโลกที่มีการวางระบบตั้งครรภ์แทนโดยรัฐ กฎหมายที่เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนในรัฐอิสราเอลนั้นถือเป็นการรักษาภาวะเจริญพันธุ์ เนื่องจากเกณฑ์ทางการแพทย์ที่เข้มงวดสำหรับคู่รักต่างเพศหรือหญิงโสดที่อาศัยอยู่ในอิสราเอล ทั้งสองกรณีต้องมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับบิดาหรือมารดาอย่างน้อย 1 คน โดยได้มีการบัญญัติไว้ในข้อตกลงสำหรับการตั้งครรภ์แทนของทารกในครรภ์ (การอนุมัติข้อตกลงและสถานะของทารกเกิดใหม่) The Embryo Carrying Agreement (Authorization Agreement & Status of the Newborn Child) 1996 ตามข้อ 5756-1996 เกี่ยวข้องกับข้อตกลงระหว่างเจตนาของผู้เข้ารับบริการการตั้งครรภ์แทนและผู้รับตั้งครรภ์แทนซึ่งรัฐต้องเป็นผู้ให้อนุญาตการตั้งครรภ์แทนทุกกรณีที่มีการร้องขอบุคคลที่จะเป็นบิดามารดาตามกฎหมายนั้นจะต้องมีพันธุกรรมเกี่ยวข้องกับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนและจะต้องได้รับอนุญาตจากศาล ศาลจะมีคำสั่งให้เป็นบิดามารดาชอบด้วยกฎหมายและให้คำนิยามว่า “ผู้ปกครองที่ประสงค์จะมีบุตร” นั้นให้หมายถึง ผู้ปกครองซึ่งเป็นคู่สมรสที่มีความประสงค์และตั้งใจจะมีบุตรหรือชายและหญิงที่เป็นคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรโดยการตั้งครรภ์แทนและผู้หญิงโสดที่ประสงค์จะใช้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนสามารถเข้ารับบริการได้ภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด

กฎหมายว่าด้วยข้อตกลงในการตั้งครรภ์แทน (การยืนยันข้อตกลงและสถานะของทารกแรกเกิด) แก้ไขครั้งที่ 2 ค.ศ.2018 มีข้อกำหนดว่าผู้ปกครองที่ประสงค์จะมีบุตร หมายถึง ผู้ปกครองซึ่งเป็นคู่สมรสที่มีความประสงค์และตั้งใจที่จะมีบุตร ทั้งที่เป็นชายและหญิงที่เป็นคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรโดยใช้การตั้งครรภ์แทน ผู้หญิงโสดที่ประสงค์จะใช้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน โดยผู้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยใช้การตั้งครรภ์แทนจะต้องเป็น “ผู้ที่พำนักในอิสราเอล” หมายถึง พลเมืองหรือผู้ถือใบอนุญาตมีถิ่นที่อยู่ถาวรซึ่งอาศัยอยู่ในอิสราเอลอย่างน้อย 3 ปี แต่ไม่เกิน 5 ปี ก่อนยื่นการอนุมัติ²⁴

²⁴ Section 1 of Law on Agreements for Carrying Fetuses (Confirmation of Agreement and the Status of the Newborn) (Amendment No. 2), 2018

In section 1 1) below Amendment of

Section 1.1 of the Law on Agreements for the Carrying of Fetuses (Confirmation of the Agreement and the Status of the Newborn), 1996-55

- the main law (in section 1 -

(1) Instead of the definition “intended parents” there will be:

“intended parents” - intended parents who are spouses and also if a unit is intended;

เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายประเทศไทยในเรื่องของข้อจำกัดทางกฎหมายในการจำกัดระยะเวลาของคู่สมรสที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติอื่นร่วมกับกฎหมายของ สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ รัฐอิสราเอล การจำกัดจำนวนปีเป็นสาระสำคัญประเด็นหนึ่งทางการแพทย์ที่จะใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เพราะเรื่องอายุเป็นสาระสำคัญของการเจริญพันธุ์และความเสื่อมต่าง ๆ ของร่างกายของคู่สมรสทั้งฝ่ายชายเองก็ดี หรือฝ่ายหญิงก็ดีทำให้เงื่อนไขดังกล่าวไปกระทบถึงสิทธิของคู่สมรสอย่างมีนัยสำคัญ การที่กฎหมายในประเทศไทยมีการจำกัดระยะเวลาของคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรในกรณีที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติอื่นนั้นซึ่งมีความแตกต่างจากกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ รัฐอิสราเอลซึ่งไม่ได้มีการระบุเรื่องสัญชาติ หรือมีการกำหนดระยะเวลาของคู่สมรสที่ประสงค์จะเข้ารับบริการไว้แต่อย่างใด จึงเป็นการไม่เคารพสิทธิในการสร้างครอบครัวและเป็นการเลือกปฏิบัติต่อคู่สมรส ทั้งที่จุดเกาะเกี่ยวของรัฐด้วยคนสัญชาติไทยฝ่ายหนึ่งนั้นเป็นคนที่อยู่ภายในกำกับของรัฐไทยจึงมีสิทธิในการเข้าถึงเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เหมือนครอบครัวอื่น ๆ การที่กฎหมายไทยนำหลักการเรื่องสัญชาติของคู่สมรสมาจำกัดให้จะต้องมีการรอถึง 3 ปีนั้นทำให้ปัญหาในการมีบุตรยากของคู่สมรสนั้นไม่อาจแก้ปัญหาได้อย่างมีประสิทธิภาพ ถึงแม้ว่าคู่สมรสอีกฝ่ายจะไม่ได้มีสัญชาติไทยก็ตามหากแต่คู่สมรสดังกล่าวต้องด้วยข้อบ่งชี้ทางการแพทย์ซึ่งแพทย์จะเป็นผู้วินิจฉัยว่าอยู่ในภาวะของผู้มีบุตรยากหรือไม่ และสมควรใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ช่วยให้คู่สมรสนั้นมีบุตรได้หรือไม่ ซึ่งจะตรงกับเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้ซึ่งออกมาแก้ไขปัญหาของผู้มีบุตรยากได้อย่างตรงตามวัตถุประสงค์ แต่การจำกัดด้วยระยะเวลาดังกล่าวนอกจากจะเป็นการไม่เคารพความเป็นครอบครัวของคู่สมรสแล้วยังไม่เป็นการเคารพกฎหมายในส่วนของการสร้างครอบครัวของผู้ที่มีสัญชาติไทยและประสงค์จะสมรสกับบุคคลที่มีสัญชาติอื่นที่จะต้องอนุวัติตามที่ได้บัญญัติขึ้น อีกทั้ง ยังเป็นการอนุมานในเชิงลบว่าการที่คนสัญชาติไทยสมรสกับคนที่มีสัญชาติอื่นแล้วมีความประสงค์จะมีบุตรนั้นเป็นคู่สมรสที่มีเจตนาในการสมรสไม่สุจริตจึงไม่มีสิทธิในการสร้างครอบครัว ทั้งข้อจำกัดในส่วนนี้อยู่ทำให้ปัญหาในการมีบุตรยากของคู่สมรสนั้นไม่อาจแก้ปัญหาได้อย่างมีประสิทธิภาพ

“intended parents who are spouses” - a man and a woman who are spouses, communicating together with a mother carrying a child for birth;

“Intended single mother” - a woman without a partner, who communicates with a mother bearing a birth name Boy

2.3 อุปสรรคทางกฎหมายในการเลือกเพศของบุตรที่เสี่ยงต่อการมีโรคติดต่อทางพันธุกรรม

เรื่องการเลือกเพศของบุตรที่อยู่ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 นั้นได้กำหนดไว้ตามมาตรา “มาตรา 18 ในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ อาจทำการตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมในตัวอ่อนที่อาจเกิดขึ้นได้ตามความจำเป็นและสมควร ทั้งนี้ ต้องไม่เป็นการกระทำในลักษณะที่อาจทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการเลือกเพศ” นอกจากนี้ยังมีกฎหมายที่ออกมากำหนดภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 ด้วยประกาศแพทยสภาซึ่งมุ่งเน้นที่มาตรฐานการประกอบวิชาชีพทางการแพทย์ ซึ่งเมื่อพิจารณาประกาศแพทยสภา ที่ 94 (5)/2558 เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในการตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมในตัวอ่อน ใน “ข้อ 2 ซึ่งมีวัตถุประสงค์ของการตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมในตัวอ่อนเพื่อการคัดกรองความผิดปกติทางพันธุกรรมของตัวอ่อนหากมีความผิดปกติทางพันธุกรรมหรือมีพันธุกรรมแฝงที่ทราบอยู่ก่อนแล้วและต้องไม่กระทำในลักษณะที่อาจทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการเลือกเพศ”²⁵ จึงเห็นได้ว่ากฎหมายทั้งสองฉบับที่ได้มีการประกาศใช้เพื่อใช้บังคับให้แพทย์ผู้ประกอบอาชีพเวชกรรมเกี่ยวกับการให้บริการทางการแพทย์เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไม่สามารถกระทำการเลือกเพศของบุตรที่ตนประสงค์จะมีได้ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลเป็นประการใดก็ตาม จึงทำให้เกิดการตีความกฎหมายและทำให้เกิดความไม่สมบูรณ์ทั้งในทางกฎหมายและในทางปฏิบัติ ซึ่งในส่วนของทางการแพทย์เองที่ประสงค์จะดำเนินการต่อคู่สมรสต่อไปอย่างไรก็จะประสบกับอุปสรรคทางกฎหมายที่ว่านี้ “ห้ามกระทำในลักษณะที่อาจเข้าใจได้ว่าเป็นการเลือกเพศ” หรือแม้กระทั่งตัวคู่สมรสเอง หากทางการแพทย์มีการวินิจฉัยตรวจโรคติดต่อทางพันธุกรรมแก่ตัวอ่อนเป็นที่เรียบร้อยแล้ว พบว่าตัวอ่อนหรือบุตรที่ทำการฝังตัวนั้นอาจมีความเสี่ยงที่จะเกิดโรคติดต่อทางพันธุกรรมและส่งผลกระทบต่อสภาพครอบครัวในอนาคต ซึ่งเป็นอุปสรรคอย่างแท้จริงในการวางแผนครอบครัวของคู่สมรสที่มีบุตรยากและประสงค์จะมีบุตรโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

²⁵ ข้อ 2 แห่งประกาศแพทยสภา ที่ 94 (5)/2558 เรื่องหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในการตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมในตัวอ่อน

เมื่อทำการศึกษาในส่วนของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเลือกเพศตามกฎหมายไทยและตามกฎหมายต่างประเทศพบว่า การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในกฎหมายต่างประเทศนั้นมีวัตถุประสงค์อีกอย่างหนึ่งเพื่อจัดการกับปัญหาที่จะเกิดขึ้นในอนาคตและเพื่อควบคุมสิ่งที่อาจก่อให้เกิดความเสี่ยงที่สำคัญต่อผู้หญิง เด็ก และสังคมโดยรวม

ตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกาอนุญาตคลินิกที่ทำการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (ART) และบริการในการตรวจคัดกรองพันธุกรรมก่อนปลูกถ่าย (Preimplantation Genetic Screening: PGS) มีการสร้างฐานข้อมูลและเก็บข้อมูลเกี่ยวกับผลลัพธ์ด้านสุขภาพของผู้ที่มาใช้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (ART) และรูปแบบการปฏิบัติและมีการติดตามฐานข้อมูลรวมถึงความเสี่ยงต่อบุคคลและสังคมการทดสอบทางพันธุกรรมเพื่อเลือกเพศของบุตรหรือเพื่อหาความผิดปกติทางพันธุกรรมนั้น จึงกลายเป็นสิ่งที่จำเป็นในการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่จะใช้ในการวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมและการสร้างความสมดุลในครอบครัวในสหรัฐอเมริกา²⁶ เพื่อให้ครอบครัวนั้นได้มีบุตรที่เกิดมาโดยไม่มีความเสี่ยงทางโรคที่เกี่ยวกับพันธุกรรมแต่อย่างใด จึงไม่มีกฎหมายใดที่เข้ามาควบคุมหรือห้ามไม่ให้คู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรทำการห้ามเลือกเพศของบุตรหรือห้ามทดสอบทางพันธุกรรม²⁷ นอกจากจะเป็นการป้องกันการผิดปกติทางเพศของเด็กที่จะเกิดขึ้นในอนาคตแล้วยังแก้ไขปัญหारेื่องความสมดุลในครอบครัวและสามารถทำให้ครอบครัวสามารถมีการวางแผนได้อย่างมีประสิทธิภาพและสามารถหลีกเลี่ยงอัตราการทำแท้งได้อีกด้วย

ในสหราชอาณาจักรได้มีการบัญญัติว่าถึงแม้จะห้ามเลือกเพศบุตรเพื่อเหตุผลทางสังคมแต่หากตรวจพบว่ามีโรคติดต่อทางพันธุกรรมอย่างใดอย่างหนึ่ง เพื่อเป็นการรับประกันว่าเด็กที่เกิดมาจะไม่โรคติดต่อทางพันธุกรรมตามพระราชบัญญัติการปฏิสนธิของสหราชอาณาจักรนี้จะอนุญาตให้กระทำการเลือกเพศได้ในเฉพาะหญิงตั้งครรภ์ที่มีแนวโน้มว่าบุตรที่คลอดออกมาจะมีความพิการทางด้านร่างกายหรือจิตใจอย่างร้ายแรงที่เกี่ยวข้องกับเพศสภาพหรือโรคติดต่ออย่างร้ายแรงที่ส่งต่อทางพันธุกรรมหรือภาวะทางการแพทย์ร้ายแรงอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเพศ อาจมีความพิการทางด้านร่างกายหรือจิตใจ ความเจ็บป่วย เงื่อนไขทางการแพทย์ที่เกี่ยวกับเพศนั้น ๆ ที่ส่งผลต่อเพศหนึ่ง

²⁶ Gender Selection, "Gender selection can help patients have the family they've always dreamed of," [online] Available from : <https://fertilitycenterlv.com/fertility-treatments/gender-selection/> [22 February 2023]

²⁷ Michelle J Bayefsky, "Comparative preimplantation genetic diagnosis policy in Europe and the USA and its implications for reproductive tourism", in **Reproductive Biomedicine and Society Online**, 3 (2016), p.41-47.

มากกว่าอีกเพศหนึ่งอย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อสภาพร่างกายหรือจิตใจของเด็กและครอบครัวในอนาคต²⁸ จึงจะอนุญาตให้ทำการเลือกเพศของบุตรได้โดยไม่ให้คู่สมรสจะต้องมาแบกรับความเสี่ยงดังกล่าวทางพันธุกรรมที่จะเกิดขึ้นในอนาคต

พระราชบัญญัติการปฏิสนธิของมนุษย์ 1990 ของประเทศอังกฤษ (The Human Fertilisation and Embryology Act 1990) ในเรื่องของการทดสอบตัวอ่อนและการเลือกเพศนั้น ได้มีการบัญญัติว่า กฎหมายไม่อนุญาตการปฏิบัติการใด ๆ ที่ออกมาเพื่อรับประกันว่าเด็กที่เกิดจะเป็นเพศใดเพศหนึ่งมากกว่าอีกเพศหนึ่ง เพื่อรับประกันว่าเด็กที่เกิดจะเป็นเพศเดียวมากกว่าอีกเพศหนึ่ง แต่ในกรณีที่มีความเสี่ยงโดยเฉพาะที่หญิงตั้งครรภ์จะคลอดบุตรที่จะมีหรือพัฒนาไปสู่

- (1) ความพิการทางร่างกายหรือจิตใจอย่างร้ายแรงที่เกี่ยวข้องกับเพศสภาพ
- (2) โรคร้ายแรงที่เกี่ยวข้องกับเพศสภาพหรือ
- (3) ภาวะทางการแพทย์ที่ร้ายแรงอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเพศ

การอนุญาตสำหรับการรักษาหรือการทดสอบตัวอ่อนในกรณีที่จะต้องมีการทดสอบตัวอ่อนได้นั้นตามกฎหมายในสหราชอาณาจักรอนุญาตให้มีการทดสอบตัวอ่อนได้ในกรณีที่ตัวอ่อนเกิดมีความผิดปกติที่อาจส่งผลกระทบต่อความสามารถในการดำรงชีพของเด็กและในกรณีที่พบว่ามีความผิดปกติของยีนหรือโครโมโซมไมโทคอนเดรียผิดปกติหรือในกรณีที่มีความเสี่ยงเฉพาะเด็กที่เกิดมาจะมีพัฒนาการช้า มีความทุพพลภาพร้ายแรงทางร่างกายหรือจิตใจ มีอาการเจ็บป่วยเรื้อรังเกี่ยวกับเพศหรือเงื่อนไขทางการแพทย์อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเพศเป็นตัวกำหนดเพศของตัวอ่อน ในกรณีที่มีการมีเพศใดเพศหนึ่งแล้วมีความเสี่ยงเฉพาะจะสามารถทำการอนุญาตให้ทดสอบได้หรือพบว่าความเสี่ยงมีผลสำคัญต่อพัฒนาการความทุพพลภาพร้ายแรงทางร่างกายหรือจิตใจการเจ็บป่วยที่ร้ายแรงหรืออื่น ๆ และสภาพทางการแพทย์ที่ร้ายแรงและในกรณีที่มีเพศหนึ่งจะส่งผลกระทบมากกว่าการมีอีกเพศหนึ่งอย่างมีนัยสำคัญ²⁹

²⁸ Section 3 of Act for Protection of Embryos (The Embryo Protection Act) Forbidden sex selection

Anyone who attempts to fertilise artificially a human egg cell with a sperm cell, that is selected for the sex chromosome contained in it, will be punished with up to one years's imprisonment or a fine. This does not apply when the selection of an sperm cell is made by a doctor in order to preserve the child from falling ill with Duchenne-type muscular dystrophy or a similarly severe sex-linked genetic illness, and the illness threatening the child is recognised as being of appropriate severity by the body responsible according to Land legislation

²⁹ Human Fertilisation and Embryology (HFE) Act 1990 (as amended) Schedule 2 – Activities that may be licensed under the 1990 Act Licences for treatment Embryo testing

ตามพระราชบัญญัติดังกล่าวนี้มีเงื่อนไขในการอนุญาตให้วินิจฉัยเพศในกรณี ดังนี้

1. ตัวอ่อนที่ทราบกันว่ามียีน โครโมโซม หรือโครโมโซมไมโทคอนเดรียผิดปกติที่เกี่ยวข้อง ความเสี่ยงที่สำคัญที่บุคคลที่มีความผิดปกติจะมีหรือพัฒนาซ้ำหรือมีความพิการทางร่างกายหรือ จิตใจอย่างรุนแรง

2. โรคร้ายแรงตามเงื่อนไขทางการแพทย์อื่น ๆ

3. ตัวอ่อนที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่าเป็นเพศใดเพศหนึ่งและเป็นที่ทราบว่ามีความเสี่ยงเป็น พิเศษเมื่อเทียบกับเอ็มบริโอของเพศนั้นโดยทั่วไป ผลลัพธ์ที่ได้จะมีความพิการทางร่างกายหรือจิตใจ อย่างร้ายแรงที่เกี่ยวข้องกับเพศ

4. โรคร้ายแรงที่เกี่ยวข้องกับเพศหรือเงื่อนไขทางการแพทย์ที่ร้ายแรงอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับ เพศ คู่สมรสจะต้องไม่ถูกแบกรับความเสี่ยงดังกล่าว³⁰

1ZA (1) A licence ... cannot authorise the testing of an embryo, except for one or more of the following purposes–

(a) establishing whether the embryo has a gene, chromosome or mitochondrial abnormality that may affect its capacity to result in a live birth,

(b) in a case where there is a particular risk that the embryo may have any gene, chromosome or mitochondrion abnormality, establishing whether it has that abnormality or any other gene, chromosome or mitochondrion abnormality,

(c) in a case where there is a particular risk that any resulting child will have or develop–

(i) a gender-related serious physical or mental disability,

(ii) a gender-related serious illness, or

(iii) any other gender-related serious medical condition, establishing the sex of the embryo, ...

(e) in a case where uncertainty has arisen as to whether the embryo is one of those whose creation was brought about by using the gametes of particular persons, establishing whether it is.

(2) A licence... cannot authorise the testing of embryos for the purpose mentioned in subparagraph (1) (b) unless the Authority is satisfied–

(a) in relation to the abnormality of which there is a particular risk, and

(b) in relation to any other abnormality for which testing is to be authorised under subparagraph (1) (b), that there is a significant risk that a person with the abnormality will have or develop a serious physical or mental disability, a serious illness or any other serious medical condition.

(3) For the purposes of sub-paragraph (1) (c), a physical or mental disability, illness or other Medical condition is gender-related if the Authority is satisfied that–

(a) it affects only one sex, or

(b) it affects one sex significantly more than the other.

³⁰ Licence conditions Embryos that are known to have a gene, chromosome or mitochondrion abnormality involving a significant risk that a person with the abnormality will have or develop:

a. a serious physical or mental disability

สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ประเด็นในการเลือกเพศของบุตรหรือการเลือกเพศโดยการตรวจพันธุกรรมตามข้อบังคับเกี่ยวกับการเลือกเพศ (The Sex Selection Prohibition) นั้นสามารถกระทำได้³¹ ตั้งแต่มีการปฏิสนธิโดยมีการให้เหตุผลในการเลือกเพศนั้นมีตั้งแต่เรื่องความสมดุลในครอบครัวความปรารถนาที่จะมีบุตรในแต่ละเพศตลอดจนเงื่อนไขที่เกี่ยวข้องทางพันธุกรรมที่เชื่อมโยงกับโรคติดต่อทางพันธุกรรม³² โดยมีการบัญญัติว่าการเลือกเพศเป็นเรื่องที่เป็นส่วนหนึ่งของอิสระในการสืบพันธุ์และการตัดสินใจว่าจะมีบุตรเป็นเพศใด เพิ่มสิทธิและเสรีภาพในการเจริญพันธุ์ รวมไปถึงสิทธิในการตัดสินใจเกี่ยวกับจำนวนของบุตรในแต่ละครอบครัว สิทธิความเป็นส่วนตัวและเสรีภาพความปลอดภัยของบุคคลสิทธิในการคุ้มครองความเป็นบิดามารดาและสิทธิในการเลือกเพศจะอยู่ภายใต้สิทธิต่าง ๆ ที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นทุกครอบครัวสามารถใช้สิทธิในการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้อย่างอิสระล้วนแล้วแต่เกิดจากการตัดสินใจของครอบครัวจึงเป็นประเทศที่เคารพสิทธิในครอบครัวอย่างแท้จริง

ส่วนในรัฐอิสราเอลการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้นสามารถทำการยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการสาธารณสุขเพื่อขออนุมัติการวินิจฉัยพันธุกรรมก่อนการปลูกถ่าย

b. a serious illness, or

c. any other serious medical condition, must not be preferred to those that are not known to have such an abnormality.

Embryos that are known to be of a particular sex and are known to carry a particular risk, compared with embryos of that sex in general, that any resulting child will have or develop:

a. a gender-related serious physical or mental disability

b. a gender-related serious illness, or

c. any other gender-related serious medical condition, must not be preferred to those that are not known to carry such a risk.

³¹ (ii) The Sex Selection Prohibition 92 of IN THE HIGH COURT OF SOUTH AFRICA GAUTENG DIVISION, PRETORIA CASE NO: 50683/2020

Preimplantation sex selection refers to the selection of a specific embryo to be transferred to the recipient's uterus based on the recipient's preference to have a baby of a certain sex. This can be done by using Preimplantation Genetic Diagnosis (PGD) or other technologies such as MicroSort. This was unregulated in South Africa before 2012 and was offered as a service by some fertility clinics. The current regulations prohibit it.

³² (ii) The Sex Selection Prohibition 87 of IN THE HIGH COURT OF SOUTH AFRICA GAUTENG DIVISION, PRETORIA CASE NO: 50683/2020

Such as cystic fibrosis, haemophilia, and sickle cell disease

พันธุกรรมเข้าสู่ร่างกายได้ โดยทำเป็นคำร้องเป็นลายลักษณ์อักษรต่อคณะกรรมการและคณะกรรมการจะทำการพิจารณาสำหรับการวินิจฉัยพันธุกรรมก่อนการปลูกถ่ายและมีการห้ามเลือกเพศของตัวอ่อนเพื่อจุดประสงค์ที่ไม่ใช่ทางการแพทย์ โดยไม่สามารถเลือกได้หากเป็นเหตุผลในทางสังคมหรือความต้องการของครอบครัว แต่หากมีข้อบ่งชี้ทางการแพทย์ว่าจะเกิดความเจ็บป่วยอย่างร้ายแรงทางพันธุกรรมที่ส่งผลกระทบต่อเด็กจะต้องมีการขออนุญาตให้มีการเลือกเพศได้ในกรณีพิเศษ³³ โดยคณะกรรมการจะเป็นคนตรวจสอบคำร้องขอโดยทำเป็นลายลักษณ์อักษรและให้กรรมการอนุมัติล่วงหน้าโดยมีการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของผู้เข้ารับบริการ นอกจากนี้เรื่องความเสี่ยงทางสุขภาพหรือความเสี่ยงทางพันธุกรรมอย่างร้ายแรงที่อาจส่งต่อสู่ทารกในครรภ์นั้น

การเลือกเพศของบุตรในรัฐอิสราเอลนั้น รัฐบาลอิสราเอลได้มีการระบุว่าปัจจุบันสามารถเลือกเพศของบุตรได้ผ่านการตรวจวินิจฉัยทางพันธุกรรมก่อนการปลูกถ่ายและการปฏิสนธิภายนอก ร่างกาย แต่ห้ามการเลือกเพศของตัวอ่อนเพื่อจุดประสงค์ที่ไม่ใช่ทางการแพทย์ โดยคณะกรรมการจะเป็นคนตรวจสอบคำขอสำหรับการเลือกเพศและตัดสินใจว่าจะยอมรับหรือปฏิเสธคำขอดังกล่าว อนุญาตให้มีการเลือกเพศได้ในกรณีพิเศษและต้องได้รับการอนุมัติล่วงหน้าเป็นลายลักษณ์อักษรจากคณะกรรมการและผู้ที่สามารถใช้บริการดังกล่าว ได้แก่ คู่สมรส ผู้ที่อยู่กินกันฉันสามีภรรยา และคนโสด คณะกรรมการจะทำการอนุมัติคำร้องได้เมื่อผู้เข้ารับบริการมีเงื่อนไขและคุณสมบัติดังต่อไปนี้

1. หากพบว่ามีความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายร้ายแรงต่อสุขภาพจิตของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือต่อบุตรในครรภ์หากไม่สามารถระบุเพศของบุตรได้ล่วงหน้า
2. หากผู้เข้ารับบริการมีบุตรเพศเดียวกันแล้วอย่างน้อย 4 คนและไม่มีบุตรเป็นเพศอื่น ยกเว้นในกรณีพิเศษและหายากด้วยเหตุผลพิเศษ (ให้บันทึกไว้ในคำตัดสินของคณะกรรมการ)
3. ผู้เข้ารับบริการจะได้รับคำปรึกษาและคำชี้แจงทางพันธุกรรมรวมถึงรายละเอียดขั้นตอนและคำแนะนำจากแพทย์ผู้มีบุตรยากถึงโอกาสและความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้น รวมถึงข้อพิจารณาด้านจริยธรรมที่เกี่ยวข้องกับการเลือกเพศของเด็กในครรภ์ รวมถึงสิ่งที่เกิดขึ้นกับตัวอ่อนที่ไม่ได้รับการคัดเลือก
4. ผู้เข้ารับบริการจะต้องให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร

การตัดสินใจจากคณะกรรมการจะพิจารณาจากผู้เข้ารับบริการที่จำเป็นต้องมีการปฏิสนธิภายนอกในร่างกายด้วยเหตุผลทางการแพทย์และไม่ใช่เพียงเพื่อวัตถุประสงค์ในการเลือกเพศของทารก

³³ Judy Siegel-Itzkovich, "Israel allows sex selection of embryos for non-medical reasons," [online] Available from : www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC558118/ [25 March 2023]

แรกเกิด มีการพิจารณาจากระดับความเสี่ยงและภาระของมารดาต่อการทำเด็กหลอดแก้วหากไม่จำเป็นทางการแพทย์และทำเพื่อวัตถุประสงค์ของการเลือกเพศของทารกแรกเกิดเท่านั้น จำเป็นต้องผ่านกระบวนการวินิจฉัยพันธุกรรมก่อนการปลูกถ่ายด้วยเหตุผลทางการแพทย์หรือไม่และไม่ใช่เพื่อการเลือกเพศของทารกแรกเกิดเท่านั้น และสถานภาพการสมรสและสถานะทางสังคมของผู้เข้ารับบริการรวมไปถึงอายุของผู้เข้ารับบริการ³⁴

อย่างไรก็ตาม เมื่อทำการเปรียบเทียบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอุปสรรคทางกฎหมายของผู้ที่ประสงค์จะเข้ารับบริการเพื่อใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในการเลือกเพศของบุตรตามกฎหมายของ สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ รัฐอิสราเอล เพื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยแล้วนั้น พบว่ากฎหมายในประเทศไทยยังมีอุปสรรคทางกฎหมายในการเข้าถึงเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พระราชบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาและบุตรเป็นหลักการสำคัญซึ่งยังไม่ได้มีความชัดเจนในส่วนของคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรในการเข้าถึงการรับบริการและการใช้เทคโนโลยี โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตรวจคัดกรองพันธุกรรมก่อนปลูกถ่าย (Preimplantation Genetic Screening: PGS) อาจทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางสังคมที่สำคัญ แต่หากพิจารณาถึงวัตถุประสงค์และมีประสิทธิภาพของการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในการคัดเลือกตัวอ่อนแล้วนั้น นอกจากจะช่วยป้องกันการเกิดโรคทางพันธุกรรมในทารกและสามารถแก้ไขปัญหาระบบพันธุกรรมของครอบครัวให้หมดไปแล้วยังทำให้คู่สมรสที่เข้ารับการตรวจรักษาสามารถมีบุตรที่สมบูรณ์แข็งแรงไม่มีโรคและเพิ่มศักยภาพในการเป็นครอบครัวให้ดียิ่งขึ้นด้วย

3. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

3.1 บทสรุป

เพื่อให้สอดคล้องกับแนวทางของสังคมไทยควรมีความปรับเปลี่ยนให้มีความชัดเจนเพื่อลดข้อจำกัดและอุปสรรคทางกฎหมายตามความก้าวหน้าของวิทยาศาสตร์ทางการแพทย์ในการใช้สิทธิของบุคคลที่ประสบกับภาวะการมีบุตรยากและประสงค์จะใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ซึ่งมีสาระสำคัญเพื่อควบคุมขอบเขตการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

³⁴ Choose the sex of your child, “Discover a convenient and innovative digital government experience,” [online] Available from : <https://www.gov.il/en/service/national-gender-selection-committee> [6 February 2023]

เป็นไปอย่างถูกต้องและเหมาะสม สามารถช่วยเหลือผู้ที่มีภาวะการมีบุตรยากให้สามารถตั้งครรภ์ รวมถึงการตั้งครรภ์แทนและให้เด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้รับประโยชน์สูงสุด โดยกำหนดความเป็นบิดามารดาและบุตร รวมถึงหน้าที่ในทางกฎหมายให้สัมพันธ์ถูกต้องกับความเป็นจริง รวมทั้งได้กำหนดความผิดและบทลงโทษห้ามมิให้ทำการวิจัยหรือการทดลองหรือดำเนินการใด ๆ ที่อาจเกิดผลกระทบต่อมวลมนุษยชาติในทางที่ไม่ถูกต้องและมีคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เพื่อควบคุมดูแลรับผิดชอบเรื่องการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยเฉพาะ ดังนั้น การที่เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จะได้รับประโยชน์สูงสุดและมีมาตรการการควบคุมการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้เกิดประโยชน์และเป็นไปอย่างถูกต้องบนพื้นฐานของการเคารพสิทธิของบุคคล

3.2 ข้อเสนอแนะ

1. ข้อเสนอแนะในประเด็นข้อจำกัดเกี่ยวกับสิทธิของบุคคลในการเข้ารับบริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ การก่อตั้งครอบครัวตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้น นอกจากไม่ควรจำกัดให้เฉพาะคู่ที่จดทะเบียนสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายแต่เพียงกลุ่มเดียวแล้วการที่ผู้เขียนเสนอให้มีการเปิดโอกาสในการสร้างครอบครัวให้แก่ผู้ที่ประสงค์จะอยู่กินกันฉันสามีภรรยา ไม่ว่าจะเป็นบุคคลที่มีสัญชาติไทยและประสงค์จะอยู่กินกันฉันสามีภรรยา ตลอดจนบุคคลที่อีกฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติไทยและประสงค์จะอยู่กินกันฉันสามีภรณากับบุคคลที่มีสัญชาติอื่นด้วย ซึ่งที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ให้มีความสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนในการสร้างครอบครัวที่ประเทศต่าง ๆ ที่ผู้เขียนนำมาศึกษาเปรียบเทียบได้นำหลักการสากลในการให้สิทธิของบุคคลในการก่อตั้งครอบครัวให้แก่ประชากรในรัฐโดยปราศจากข้อจำกัดกฎหมาย โดยผ่านการดำเนินการพิจารณาอนุญาตจากคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ประกอบกับแพทย์สภาหรือกรมพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์เป็นผู้พิจารณาอนุญาตเป็นรายกรณีไปประกอบกับความเห็นทางการแพทย์ว่าบุคคลผู้ซึ่งประสงค์จะอยู่กินกันฉันสามีภรณานั้นเป็นผู้ที่มีความตั้งใจหรือมีเจตจำนงร่วมกันในการสร้างครอบครัว เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษที่นำหลักการนี้มาเพื่ออนุญาตในการก่อตั้งครอบครัว หรือผ่านการอนุญาตจากศาล เช่น ในประเทศแอฟริกาใต้ หรือผ่านการอนุญาตจากคณะกรรมการ เช่น ในประเทศอิสราเอล กำหนดในตัวบทกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อให้ไม่มีปัญหาในการใช้การตีความ และการใช้อำนาจพิจารณาอนุญาตจากคณะกรรมการที่เกี่ยวข้องตามความเหมาะสม พิจารณาร่วมกับเอกสารทางการแพทย์ในการตรวจร่างกายของผู้ซึ่งประสงค์

จะมีบุตรนั้นว่าประสบกับปัญหาภาวะการมีบุตรยากและได้ดำเนินการตามที่แพทย์กำหนดแล้ว พบว่าเป็นผู้ที่เหมาะสมที่จะเข้ารับการรักษาแล้วจึงมีการพิจารณาอนุญาตเป็นรายกรณีไปเช่นนี้ ถือว่าเป็นประโยชน์โดยรวมแก่ทั้งในภาพรวมของการวางแผนครอบครัว การมีทรัพยากรบุคคลที่มีคุณภาพและความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์การแพทย์เพื่อส่งเสริมให้บุคคลสามารถผลิตบุตรที่มีคุณภาพตลอดจนความสมบูรณ์ของครอบครัว

แต่อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นควรพิจารณาถึงมิติทางข้อเท็จจริงในสังคมประกอบกับมิติในทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองประโยชน์ในการสร้างครอบครัวของบุคคลผู้มีบุตรยากอย่างแท้จริงและเท่าเทียมกันทั้งที่ประสงค์จะจดทะเบียนสมรสและประสงค์จะอยู่กินกันฉันสามีภรรยา กฎหมายไม่ควรจำกัดสิทธิให้ผู้ที่อยู่กินกันฉันสามีภรรยาที่ประสบกับภาวะการมีบุตรยาก ซึ่งได้มีการใช้กระบวนการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์จะต้องประสบกับปัญหาถึงสถานะในการสร้างครอบครัวตามกฎหมาย

หากพิจารณาในแง่ของสิทธิมนุษยชนทุกคนควรมีสิทธิเข้าถึงบริการการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จากบริบทสังคมที่เปลี่ยนไปชายและหญิงประสงค์ที่จะอยู่กินกันฉันสามีภรรยาโดยไม่จดทะเบียนสมรสเพิ่มมากขึ้น การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เพื่อแก้ไขปัญหามีบุตรยากให้แก่คู่ทั้งที่เป็นสามีภรรยาหรือผู้ที่ประสงค์จะอยู่กินกันฉันสามีภรรยา กฎหมายไม่ควรจำกัดการเข้าถึงการรับบริการดังกล่าว แต่ควรพิจารณาให้แก่คู่สามีภรรยาหรือผู้ที่อยู่กินกันฉันสามีภรรยาและประสบกับภาวะการมีบุตรยากที่มีความพร้อมควรจัดให้มีการรับบริการให้คำปรึกษาโดยองค์กรที่รับผิดชอบ ข้อบ่งชี้ทางการแพทย์ประกอบกับข้อบ่งชี้ทางสังคมกำหนดขั้นตอนอย่างชัดเจน มีผู้เชี่ยวชาญให้ความเห็นว่าผู้ที่ประสงค์เข้ารับบริการนั้นสมควรหรือไม่ โดยคำนึงถึงความต้องการของผู้รับบริการและการตัดสินใจของผู้รับบริการเป็นหลัก มีการประเมินความพร้อมของผู้ที่เข้ารับบริการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ หากมีการประเมินแล้วว่ามีความพร้อมและสมควรเข้ารับบริการผ่านกระบวนการพูดคุย โดยองค์กรที่รับผิดชอบ เพื่อที่จะประเมินความพร้อมของตนเองอย่างชัดเจนจึงสามารถเข้ารับบริการได้

จึงเห็นควรแก้ไขและเพิ่มเติม ดังนี้ จากเดิม “มาตรา 19 ภายใต้บังคับมาตรา 15 และมาตรา 16 การผสมเทียมต้องกระทำต่อหญิงซึ่งมีสามีชอบด้วยกฎหมายและเป็นไปตามมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับการผสมเทียมที่แพทย์สภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ” และ “มาตรา 21 ภายใต้บังคับมาตรา 15 มาตรา 16 และมาตรา 18 การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนอย่างน้อยต้องเป็นไปตามเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

(1) สามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภรรยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตร โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนต้องมีสัญชาติไทย ในกรณีที่สามีหรือภรณามีได้มีสัญชาติไทย ต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี

เห็นควรแก้ไขและเพิ่มเติม ดังนี้

“มาตรา 19 ภายใต้บังคับมาตรา 15 และมาตรา 16 การผสมเทียมต้องกระทำต่อหญิงซึ่งประสงค์จะมีบุตร ซึ่งหญิงที่มีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือหญิงนั้นประสงค์จะอยู่กินฉันสามีภริยากับชายโดยผ่านการพิจารณาจากคณะกรรมการ ซึ่งเป็นไปตามมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับการผสมเทียมที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยผ่านการอนุญาตของคณะกรรมการ” และ

“มาตรา 21 ภายใต้บังคับมาตรา 15 มาตรา 16 และมาตรา 18 การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนอย่างน้อยต้องเป็นไปตามเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

(1) ผู้ซึ่งประสงค์จะมีบุตรทั้งที่จดทะเบียนชอบด้วยกฎหมายหรือประสงค์จะอยู่กินกันฉันสามีภริยากับชายโดยผ่านการอนุญาตจากคณะกรรมการ ซึ่งไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องมีสัญชาติไทย

ทั้งนี้ การแก้ไขเพิ่มเติมในมาตราดังกล่าวจะทำให้ครอบคลุมถึงประเด็นปัญหาเกี่ยวกับคู่อยู่กินกันฉันสามีภริยาและสัญชาติของคู่สมรสด้วย ตลอดจนมีการกำหนดคุณสมบัติรวมถึงการกำหนดเงื่อนไขเรื่องความพร้อมในด้านต่าง ๆ ของผู้ที่ประสงค์จะเข้ารับบริการเพื่อป้องกันไม่ให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกระบวนการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์กระทำไปโดยมีเจตจำนงเพื่อการค้า

2. ข้อเสนอแนะในประเด็นข้อจำกัดเกี่ยวกับสิทธิของคู่สมรสที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้มีสัญชาติไทย การที่กฎหมายยังจำกัดสิทธิของสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีที่คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติอื่นและประสงค์จะตั้งครรภ์แทนจะต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี นั้น เนื่องจากข้อจำกัดดังกล่าวทำให้เห็นถึงความแตกต่างของคู่สามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายมีบุตรยากในกรณีที่ทั้งสองฝ่ายมีสัญชาติไทยได้อย่างชัดเจน ในบริบทของครอบครัวที่ได้รับการยอมรับตามกฎหมายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เกี่ยวกับการก่อตั้งสถานะครอบครัวแต่อย่างไรก็ดีในกรณีที่คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติอื่นนั้นทำให้เป็นข้อจำกัดต่อคู่สมรสที่มีบุตรยากและประสงค์จะใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในการตั้งครรภ์แทนซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความเสมอภาคและความเท่าเทียมกันของสถานะครอบครัวอย่างแท้จริงที่มุ่งหมายไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติด้วยเชื้อชาติ ภาษา ศาสนา วัฒนธรรม ฯลฯ เมื่อพิจารณาในประเด็นดังกล่าวเห็นว่ากฎหมายไม่ให้สิทธิคู่สมรสในกรณีที่คู่สมรสอีกฝ่ายมีสัญชาติอื่นที่มีบุตรยากได้รับการบำบัดทางการแพทย์ในการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์อย่างเท่าเทียมกับคู่สมรสที่ทั้งสองฝ่ายมีสัญชาติไทยเพื่อไม่ให้เกิดความไม่เท่าเทียมในสังคมไทยและบริบทของครอบครัว จึงเห็นควรแก้ไขและเพิ่มเติม

ดังนี้ จากเดิม “มาตรา 21 ภายใต้บังคับมาตรา 15 มาตรา 16 และมาตรา 18 การดำเนินการให้มีการตั้งครุฑแทนอย่างน้อยต้องเป็นไปตามเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

(1) สามัญและกริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งกริยาไม่อาจตั้งครุฑได้ที่ประสงค์จะมีบุตร โดยให้หญิงอื่นตั้งครุฑแทน ต้องมีสัญชาติไทย ในกรณีที่สามัญหรือกริยามิได้มีสัญชาติไทย ต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี

เห็นควรแก้ไขและเพิ่มเติม ดังนี้

“มาตรา 21 ภายใต้บังคับมาตรา 15 มาตรา 16 และมาตรา 18 การดำเนินการให้มีการตั้งครุฑแทนอย่างน้อยต้องเป็นไปตามเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

(1) ผู้ซึ่งประสงค์จะมีบุตรทั้งที่จดทะเบียนชอบด้วยกฎหมายหรือประสงค์จะอยู่กินกันฉันสามีภรรยาด้วยกันโดยผ่านการอนุญาตจากคณะกรรมการ ซึ่งไม่อาจตั้งครุฑได้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครุฑแทน ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องมีสัญชาติไทย

อย่างไรก็ดี การเพิ่มเติมคำนิยามศัพท์ในมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ซึ่งปัจจุบันไม่ได้มีการบัญญัติถึงคำนิยามของ “ผู้ซึ่งประสงค์จะมีบุตร” ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ซึ่งจะเป็นประโยชน์ในการบังคับใช้และการตีความของผู้ซึ่งประสงค์จะมีบุตร ทั้งนี้ ผู้เขียนยังเห็นอีกต่อไปว่าในอนาคตอาจมีการอนุญาตให้มีการสร้างครอบครัวในรูปแบบที่หลากหลายมากขึ้นจะเป็นประโยชน์ต่อบุคคลผู้ซึ่งมีบุตรยากและประสงค์จะมีบุตรโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ต่อไป

จึงเห็นควรเพิ่มเติม ดังนี้

“มาตรา 3 “ผู้ซึ่งประสงค์จะมีบุตร” หมายความว่า คู่สามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือผู้ซึ่งประสงค์จะอยู่กินกันฉันสามีภรรยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยผ่านความเห็นชอบจากคณะกรรมการ”

3. อุปสรรคทางกฎหมายในประเด็นการเลือกเพศของบุตรที่เสี่ยงต่อการมีโรคติดต่อทางพันธุกรรม ควรกระทำโดยการเพิ่มเติมหรือการมีกระบวนการตรวจสอบก่อนการเข้ารับบริการทางการแพทย์เพื่อการเลือกเพศของบุตรหรือการที่มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการสร้างความสมดุลของครอบครัวอย่าง เช่น สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ รัฐอิสราเอลอาจเป็นทางเลือกหนึ่งซึ่งสามารถสร้างความสมดุลในครอบครัวได้และสามารถลดข้อห่วงกังวลของกฎหมายได้ โดยการให้คณะกรรมการเข้ามาคัดกรองเจตนาของผู้ที่ประสงค์จะมีการเลือกเพศ

ของบุตร หากพบว่าเป็นทางสังคมหรือเพื่อทางพันธุกรรมหรือเมื่อมีบุตรเพศใดเพศหนึ่งมากและต้องการมีอีกเพศหนึ่ง การคัดกรองเบื้องต้นก่อนการเข้าสู่กระบวนการอาจเป็นทางเลือกที่เหมาะสมในแก่ประเทศไทยได้อีกทางหนึ่งเช่นกัน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในการมีบุตรนั้นเทคโนโลยีนั้นเป็นสิ่งที่สามารถคัดเลือกสิ่งที่ดีที่สุดไม่ว่าจะเป็นเชื้อที่แข็งแรงที่สุดเพื่อให้ได้ตัวอ่อนที่แข็งแรงที่สุด ดังนั้น หากการเลือกเพศจะเป็นอีกทางเลือกหนึ่งที่จะเป็นตัวเติมเต็มความสมบูรณ์ของครอบครัวในบางบริบทที่มีความจำเป็นการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในการเลือกเพศจะเป็นประโยชน์ในการสร้างครอบครัวที่มีศักยภาพจึงไม่ควรนำความสมบูรณ์ของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาปิดกั้นในเรื่องความสมบูรณ์ของครอบครัวและความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีจะสร้างความสมดุลในธรรมชาติ เพียงแต่เราจะต้องมีการจัดการกับข้อกฎหมายเพื่อรองรับกับเทคโนโลยีที่จะมีความก้าวหน้ายิ่งขึ้นไป

ประเทศไทยควรมีการออกกฎหมายให้ทันกับความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์เทคโนโลยีตลอดจนกฎหมายทางแพทยสภาในทางการแพทย์หรือกฎหมายทางด้านสังคมโดยไม่แทรกแซงสิทธิของบุคคล ควรให้ข้อมูลโดยรอบด้านแล้วให้คู่สมรสตัดสินใจและเห็นสมควรต้องมีกฎหมายมาตรฐานทางการแพทย์ เช่น โรคใดเป็นพาหะหรือโรคใดเป็นโรคทางพันธุกรรมที่มีความร้ายแรงและจะส่งผลกระทบต่อบุตรที่จะเกิดมาเพื่อเลี้ยงกรณีที่เด็กอาจจะเป็นโรค ซึ่งดำเนินการโดยคณะกรรมการที่รับผิดชอบเพื่อที่จะประเมินความพร้อมของผู้ที่ประสงค์เข้ารับบริการได้ จึงเห็นควรแก้ไขและเพิ่มเติมบทบัญญัติ ดังนี้ จากเดิม คือ “มาตรา 18 ในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้ให้บริการ เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ อาจทำการตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมในตัวอ่อน ที่อาจเกิดขึ้นได้ตามความจำเป็นและสมควร ทั้งนี้ ต้องไม่เป็นการกระทำในลักษณะที่อาจทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการเลือกเพศ”

เห็นควรแก้ไขและเพิ่มเติม ดังนี้

“มาตรา 18 ในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ อาจทำการตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมในตัวอ่อน ที่อาจเกิดขึ้นได้ตามความจำเป็นและสมควร ทั้งนี้ อาจกระทำการเลือกเพศได้หากพบว่ามีความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดโรคทางพันธุกรรม”

ว่าด้วยกฎหมายฟ้องผู้ที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ
(ป.พ.พ.มาตรา 1523 วรรคสอง)

Case Against Adultery which is Contrary to the Constitution
(Section 1523 aline 2 of the Thai Civil and Commercial Code)

ไพโรจน์ กัมพูสิริ*
Pairojana Kampusiri

Corresponding author E-mail: paioj_kp@hotmail.com

1) สามีภริยามีหน้าที่ต้องอยู่กินหลับนอนด้วยกัน ตาม ป.พ.พ. มาตรา 1461 วรรคแรก ถ้าไม่ทำการบ้านนานไปถือว่าทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นสามีภริยาเป็นเหตุฟ้องหย่าตาม มาตรา 1516 (6) ถ้าชุกชนนอกกายนอกใจคู่สมรสอีกฝ่ายก็จะเป็นเหตุฟ้องหย่า ตามมาตรา 1516 (1) ตรงนี้เป็นเหตุหย่าที่เกิดจากความผิด ส่งผลโดยตรงให้คู่สมรสอีกฝ่ายเกิดสิทธิฟ้องเรียกค่าทดแทนตาม มาตรา 1523 วรรคแรก และวรรคสอง

2) “ค่าทดแทน” ใน มาตรา 1523 เป็นค่าทดแทนที่มีลักษณะคล้าย ๆ กันกับค่าทดแทนความเสียหายแก่กาย กรณีคู่หมั้นฝ่ายชายผิดสัญญาหมั้น ตามมาตรา 1439 ส่งผลให้คู่หมั้นฝ่ายหลังต้องชดใช้ค่าทดแทนตาม มาตรา 1440 (1)¹

* ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ, นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ 2) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปริญญาเอก สาขากฎหมายเอกชน มหาวิทยาลัยปารีส 2, ปัจจุบันเป็นอาจารย์พิเศษบรรยายวิชากฎหมายลักษณะครอบครัวและมรดก ณ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช ตั้งข้อสังเกตในตำรา ป.พ.พ.ว่าด้วยครอบครัวมรดก พ.ศ.2508 ในหน้า 37-39 ว่ามูลแห่งการเรียกร้องค่าทดแทนตาม มาตรา 1440 นี้ น่าจะเป็นมูลหนี้ฐานละเมิดมากกว่า โดยเฉพาะอย่างยิ่งค่าทดแทนความเสียหายแก่กายหรือชื่อเสียง ซึ่งที่จริงเป็นมูลละเมิด (มาตรา 420 และมาตรา 423) ไม่ใช่เป็น เรื่องผิดสัญญา (หมั้น) จึงหาใช้หนี้ตาม มาตรา 222 อันเป็นค่าเสียหายที่ลูกหนี้ต้องรับผิด

3) แต่ค่าทดแทนที่มีลักษณะตรงกันกับค่าทดแทนใน มาตรา 1523² นี้ น่าจะเป็นค่าทดแทนใน ม.1445 ซึ่งชายหรือหญิงคู่หมั้นอาจเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งได้ร่วมประเวณีกับคู่หมั้นของตน โดยรู้หรือควรจะรู้ถึงการหมั้น (จงใจละเมิด) เมื่อได้บอกเลิก (ฟ้องหย่า) สัญญาหมั้นแล้ว ตรงบอกเลิกนี้คล้ายกับ มาตรา 1523 วรรคแรก ที่คู่สมรสจะต้องฟ้องหย่าเสียก่อน จึงจะมีสิทธิได้รับค่าทดแทน

4) แต่การเรียกค่าทดแทน ตามวรรคสองของมาตรา 1523 ไม่จำเป็นต้องฟ้องหย่า ก็เรียกค่าทดแทนจากมือที่สามได้ (ฎ.1591/2566) เมื่อไม่ฟ้องหย่าตามวรรคแรก จึงเรียกค่าทดแทนจากคู่สมรสอีกฝ่ายไม่ได้ ทำนองเดียวกันกับที่คู่หมั้นอาจไม่บอกเลิกสัญญาหมั้น ตามมาตรา 1446 แต่ก็ยังมีสิทธิเรียกค่าทดแทนได้จากมือที่สามที่มาข่มขืนกระทำชำเราคู่หมั้นของตนได้

5) เมื่อพิจารณาเหตุที่บุคคลที่สามต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนตามวรรคสอง อันได้แก่ ล่วงเกินภริยาในทำนองชู้สาวและแสดงตนโดยเปิดเผยว่ามีความสัมพันธ์กับสามีในทำนองชู้สาว อาจกล่าวได้ว่า หากเป็นการล่วงเกินโดยภริยาไม่ได้สมัครใจ หรือสามีไม่รู้จักหรือรู้จักแต่ไม่ได้มีความสัมพันธ์กับหญิงนั้นเลย ย่อมไม่เป็นเหตุฟ้องหย่าตามมาตรา 1516(1) หากพฤติกรรมหรือมีความสัมพันธ์เข้าข่ายเหตุฟ้องหย่าตาม มาตรา 1516(1) ก็ฟ้องหย่าและเรียกค่าทดแทนตามวรรคแรกของ มาตรา 1523 ไป

6) ตัวอย่างจากคำพิพากษาฎีกาของพฤติกรรมตาม มาตรา 1523 วรรคแรก (ฎ.2107/2566 และ 2498/2552) ตัวอย่าง วรรคสอง (ฎ.4977/2565, 2590/2561, 4518/2551, 4014/2530 และ 320/2530) ดูคำอธิบาย ป.พ.พ บรรพ 5 ครอบคลุม พ.ศ. 2567 ของผู้เขียนใน หน้า 290-292)

7) มีข้อสังเกตว่า พฤติกรรมของบุคคลที่สาม ในมาตรา 1523 วรรคสอง อันได้แก่ ล่วงเกินภริยาในทำนองชู้สาว หรือแสดงตนโดยเปิดเผยว่ามีอะไรกับสามีเราในทำนองชู้สาว มือที่สามไม่ได้มาจะต้องล่วงเกินเนื้อตัวสามีแม้แต่กระเบียดนิ้ว ส่วนแสดงตนโดยเปิดเผยก็เช่นกัน น.ส.สามีก็ไม่ได้มาทำอะไรกับตัวภริยาเลย ดังนั้น การที่กฎหมายให้สิทธิเรียกค่าทดแทนดังที่ได้กล่าวมาแต่ต้นนั้น เป็นหลักการคุ้มครองสถานะของความเป็นคู่หมั้นและคู่สมรสไม่ให้บุคคลอื่นมาละเมิดสิทธิในประเวณีของอีกฝ่าย³ ไม่ว่าฝ่ายหลังนี้จะสมัครใจหรือไม่ก็ตาม อีกทั้งการกระทำดังกล่าวมีผลกระทบ

² มาตรา 1523 วรรคแรก มาตรา 1445 และมาตรา 1516(1) ถูกแก้ไขเพิ่มเติมพร้อมกันโดย พ.ร.บ.แก้ไขเพิ่มเติม พ.พ.พ. (ฉบับที่ 16) พ.ศ.2550

³ แม้คู่หมั้นจะไม่มีสิทธิร่วมประเวณีกับอีกฝ่าย ในขณะที่สามีภริยามีหน้าที่ต้องอยู่กินหลับนอนร่วมประเวณีกันตาม มาตรา 1416 วรรคแรก

ต่อจิตใจ ศักดิ์ศรี เกียรติยศ และต่อวงศ์ตระกูลของฝ่ายโจทก์อย่างร้ายแรง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 764/2534, 454/2533, 474/2525 และ 3483/2528 ดูคำอธิบาย ป.พ.พ.บรรพ 5 ของผู้เขียน ในหน้า 289)

8) สำหรับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 13/2567⁴ วันที่ 18 มิถุนายน 2567 ซึ่งได้วินิจฉัยว่า ป.พ.พ.มาตรา 1523 วรรคสองขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 27 วรรคหนึ่ง วรรคสองและวรรคสามและกำหนดค่าบังคับให้คำวินิจฉัยมีผลเมื่อพ้นสามร้อยหกสิบวันนับแต่วันที่ศาลมีคำวินิจฉัยเหตุผลโดยสรุปเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับคำวินิจฉัยผู้ตรวจการแผ่นดินลงวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2567 ที่ร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ มาตรา 1523 วรรคสอง กำหนดการพิจารณาพิพากษาในการเรียกค่าทดแทนสำหรับสามีและภริยาต่อบุคคลที่มามีความสัมพันธ์ทำนองชู้สาวไว้*แตกต่างกัน* โดยฝ่ายสามีเพียงแต่พิสูจน์ว่า มีบุคคลอื่นจะเป็นชายหรือหญิงก็ได้มามีความสัมพันธ์ทำนองชู้สาวกับภริยาของตนแล้ว ยังต้องพิสูจน์ด้วยว่าหญิงนั้น แสดงตนโดยเปิดเผยว่ามีความสัมพันธ์ชู้สาวกับสามี ทั้งยังระบุเพศหญิงเอาไว้ ดังนั้น หากมีชายอื่นเข้ามามีความสัมพันธ์ทำนองชู้สาวกับสามี ภริยาก็ไม่สามารถเรียกค่าทดแทนจากชายคนนั้นได้ ทำให้ฝ่ายหญิงภริยามีการพิจารณาพิพากษามากกว่าฝ่ายชายผู้เป็นสามี *เป็นการปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันให้แตกต่างกัน* จึงขัดต่อหลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะความแตกต่างทางเพศของบุคคลนั่นเอง

9) มีข้อสังเกตที่น่าสนใจมากคือ ในวันเดียวกันกับที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยมาตรา 1523 วรรคสองนั้น (วันที่ 18 มิถุนายน 2567) วุฒิสภาได้มีมติผ่านร่าง พ.ร.บ.แก้ไขเพิ่มเติม ป.พ.พ. (ฉบับที่...) พ.ศ..... อันเป็นร่างกฎหมายที่ให้บุคคลเพศเดียวกันสมรสได้ เรียกกันว่า พ.ร.บ. สมรสเท่าเทียมกัน โดยมาตรา 45 ของ พ.ร.บ.ฉบับนี้ ได้แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 1516(1) อันเป็นเหตุฟ้องหย่าที่เกิดจากความผิดของคู่สมรส และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา 1516 เหตุฟ้องหย่ามีดังต่อไปนี้

(1) คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นจนคู่สมรส เป็นชู้หรือมีชู้ร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจिन หรือกระทำการกับผู้อื่นหรือยอมรับการกระทำของผู้อื่นเพื่อสนองความใคร่ของตนหรือผู้อื่นเป็นอาจिन⁵ อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้....”

⁴ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 141 ตอนที่ 44 ก, วันที่ 17 กรกฎาคม 2567, หน้า 28.

⁵ ตัวบทใหม่ใช้คำว่า “คู่สมรส” แทน “สามีหรือภริยา” และเพิ่มเหตุฟ้องหย่าเหตุสุดท้ายเข้ามาในตัวบท เพื่อให้พฤติการณ์อันเป็นเหตุฟ้องหย่าอาจเกิดระหว่างคู่สมรส กับบุคคลที่สามที่มีเพศเดียวกันก็ได้

และเนื่องจากเหตุฟ้องหย่าข้อนี้ทำให้เกิดสิทธิเรียกค่าทดแทนตามมาตรา 1523 มาตรา 49 ของพ.ร.บ.สมรสเท่าเทียมจึงได้แก้ไขเพิ่มเติมมาตราเดียวกันนี้ให้สอดคล้องต้องกันว่า

“มาตรา 1523 เมื่อศาลพิพากษาให้หย่ากันเพราะเหตุตามมาตรา 1516(1) คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิได้รับค่าทดแทนจากคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งและจากผู้ซึ่งได้รับการอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องหรือผู้ซึ่งเป็นเหตุแห่งการหย่านั้น

คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งล่วงเกินคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งไปในการทำงาน หรือจากผู้ซึ่งแสดงตนโดยเปิดเผยเพื่อแสดงว่าตนมีความสัมพันธ์กับคู่สมรสอีกฝ่ายในการทำงานก็ได้”

จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติของมาตรา 1523 วรรคสอง(ใหม่)ตาม พ.ร.บ.สมรสเท่าเทียมได้แก้ไขเพิ่มเติมข้อที่ผู้ตรวจการแผ่นดินได้ร้องยังศาลรัฐธรรมนูญในปัญหาความไม่เสมอภาคของภาระการพิสูจน์ของสามีหรือภริยาเพื่อให้ได้รับสิ่งเดียวกันคือค่าทดแทน โดยเปลี่ยนคำว่า “สามีหรือ ภริยา” เป็น “คู่สมรส” ทั้งไม่กำหนดเพศของมือที่สามและเปลี่ยนคำว่า “คู่สาว” เป็น “คู่” ทำให้คู่สมรสเท่าเทียมเสมอภาคโดยไม่ถูกเลือกปฏิบัติเมื่อจะใช้สิทธิฟ้องเรียกค่าทดแทนอีกต่อไป

10) คำถามข้อสุดท้ายที่สำคัญคือ ในขณะที่ พ.ร.บ.สมรสเท่าเทียมกันได้ผ่านการพิจารณาของวุฒิสภาเมื่อวันที่ 18 มิถุนายน 2567 (อันเป็นวันเดียวกันกับที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย) ขณะนี้รอการลงพระปรมาภิไธยเพื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาและนับแต่วันนั้นต้องให้พ้นกำหนด 120 วัน พ.ร.บ.สมรสเท่าเทียมจึงจะมีผลใช้บังคับ ในขณะที่ศาลได้กำหนดคำบังคับให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลเมื่อพ้น 360 วัน นับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย เมื่อ พ.ร.บ. สมรสเท่าเทียมและคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญต่างก็วิ่งจากจุดเริ่มต้นเพื่อจะให้ผลในวันเดียวกัน จึงต้องรอดูว่า ใคร? ฉบับไหน? จะวิ่งถึงเส้นเวลาเริ่มต้นก่อนกัน

เมื่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันศาลยุติธรรม⁶ ดังนั้น จึงต้องถือว่าบทบัญญัติ ป.พ.พ มาตรา 1523 วรรคสอง ยังมีผลใช้บังคับอยู่ จนกว่าจะมีกฎหมายใหม่ออกมาใช้บังคับเมื่อพ้น 360 วัน ในระหว่างนี้คดีต่าง ๆ ที่ค้างพิจารณาอยู่ในศาลหรือฟ้องเข้ามาใหม่ ยังคงต้องบังคับตามบทบัญญัติ มาตรา 1523 วรรคสอง ต่อไป⁷

⁶ มาตรา 211 วรรคสี่ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 นอกจากนั้น ยังมีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี องค์การอิสระและหน่วยงานของรัฐอีกด้วย

⁷ โปรดดู หนังสือด่วนที่สุดของสำนักงานศาลยุติธรรมลงวันที่ 20 มิถุนายน 2567 ถึงหน่วยงานในสังกัดสำนักงานศาลยุติธรรม

น่าเสียดายที่ในปี 2550 เราลุกขึ้นมาแก้ไข ป.พ.พ.มาตรา 1516(1) และ มาตรา 1523 **วรรคแรก** เพราะเป็นบทบัญญัติที่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุความแตกต่างในเรื่องเพศ จึงได้แก้ไขให้สอดคล้องกับหลักการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง ตามที่ มาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ.2550 ได้คุ้มครองเอาไว้ แต่เรากลับลืมแก้ไข **วรรคสอง** ของมาตรา 1523 และเก็บดองเอาไว้ถึง 17 ปี จนผู้ตรวจการแผ่นดินต้องร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญให้มีคำวินิจฉัยในวันที่ 18 มิถุนายน 2567 ที่ผ่านมา⁸

⁸ โปรดดู หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 16) พ.ศ.2550 ในราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 124 ตอนที่ 53 ก, วันที่ 12 กันยายน 2550, หน้า 14.

คำแนะนำสำหรับผู้เขียน

การเตรียมต้นฉบับ

ในการเตรียมผลงานเพื่อขอรับการพิจารณาเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย ผู้เขียนจะต้องระบุรายละเอียดและดำเนินการตามรูปแบบ ดังต่อไปนี้

1. ข้อมูลที่ต้องระบุ

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

2. รูปแบบผลงาน

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

3. การอ้างอิง

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

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

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

- 3) ผู้เขียนสามารถศึกษาเพิ่มเติมได้ที่
 1. (ภาษาไทย)

<https://www.grad.chula.ac.th/download/thesis.pdf?fbclid=IwAR1eEgrFdVr9lcl4SE3P7Nh5wwHvHijgMKHzqupcULRQC33dewPdVjDpCuU>
 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 ที่กองบรรณาธิการพิจารณาคัดเลือกแล้วเห็นว่าเป็นผู้ทรงคุณวุฒิที่มีความเชี่ยวชาญตรงตามสาขาวิชาของเนื้อหาที่น่าสนใจในบทความ 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. ผลงานที่ส่งมาไม่ได้ผ่านการคัดลอกโดยปราศจากการอ้างอิงอย่างเหมาะสมหรือละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ใด
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 is under review for publication in any other journals within 90 days from the date when the Editorial Board has received this manuscript.
2. The manuscript is written exclusively by the author or along with the co-author(s) as submitted.
3. The manuscript is original, does not contain plagiarism, and does not infringe any copyright.
4. The Editorial Board reserves the right to perform additional revision and/or formatting into the prescribed style, to convert this manuscript into an electronic form (PDF) for publication in the website of Faculty of Law, Chulalongkorn University online library, and to publish this manuscript from the date here of on wards.
5. Decision whether to publish the manuscript solely belongs to the Editorial Board, and such decision shall be final. The Editorial Board is not responsible for any contents nor accuracy in the manuscript.

จริยธรรมการตีพิมพ์

หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้เขียน

ผู้เขียนจะต้อง

1. รับรองว่าผลงานที่ส่งมาเป็นผลงานใหม่ และมีการอ้างอิงอย่างถูกต้อง
2. รับรองว่าผลงานที่ส่งมาไม่เคยถูกตีพิมพ์หรือเผยแพร่ที่ไหนมาก่อนไม่ว่าในรูปแบบใดก็ตาม 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.