ปีที่ 42 ฉบับที่ 3 : พฤศจิกายน 2567

วารสารกฎหมาย
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN LAW JOURNAL

บทความวิชาการ

ว่าด้วย พ.ร.บ. สมรสเท่าเทียม (พ.ศ. 2568)
ไพโรจน์ กัมพูสิริ

การตรากฎหมายรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันในเอเชีย: ศึกษากรณีไต้หวันและเนปาล เปรียบเทียบกับประเทศไทย
ไชยพัฒน์ ธรรมชุตินันท์

สาระเบื้องต้นเกี่ยวกับการดำเนินคดีปกครองในเกาหลีใต้
วศิน ยิ้มแย้ม
เยี่ยม อรุโณทัยวิวัฒน์

บทความวิจัย

โทษกักขัง: ศึกษากระบวนการร่างกฎหมายและอุปสรรคในการบังคับใช้
ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม

การคุ้มครองปมปริศนาในนวนิยายภายใต้กฎหมายความลับทางการค้า
พงศ์เกียรติ กุลรัตนสินสุข

การยกเลิกความผิดทางอาญากรณีนายจ้างไม่จ่ายเงินตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ให้แก่ลูกจ้าง
ชลนที หนูบุญ

สิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานของลูกจ้างตามกฎหมายแรงงานไทย
พัทธมนัส ไพบูลย์ศิริ

การวิเคราะห์ในเชิงวิจารณ์และเปรียบเทียบกรอบกฎหมายของเขตเศรษฐกิจพิเศษ (SEZs) ของปากีสถานกับกรอบกฎหมายของเขตเศรษฐกิจพิเศษในมาเลเซียและไทย – การนำเสนอกรอบกฎหมายที่ยั่งยืนเพื่อการแก้ปัญหาที่มีประสิทธิภาพ
ราเบีย อักราม

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

CHULALONGKORN LAW JOURNAL

วารสารกฎหมาย

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีที่ 42 ฉบับที่ 3 (พฤศจิกายน 2567)

คณะที่ปรึกษา

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

บรรณาธิการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภาวัฒน์ สัตยานุรักษ์ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รองบรรณาธิการ

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

กองบรรณาธิการ

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

กองจัดการ

สุพิชา จิณณวาโส วรลักษณ์ ทองใบ
วรินทร์ทิพย์ สายมงคลเพชร นภัสสร อยู่สำราญ

Chulalongkorn Law Journal

Volume 42 Issue 3 (November 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 จะพิจารณารับตีพิมพ์ผลงานที่มีลักษณะดังต่อไปนี้

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

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

ภาษาที่รับตีพิมพ์

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย รับตีพิมพ์ผลงานที่เขียนเป็นภาษาไทย และ/หรือ ภาษาอังกฤษ

ลักษณะการประเมินบทความ

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

การเผยแพร่วารสาร

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ทำการเผยแพร่บทความทั้งในรูปแบบตัวเล่มและรูปแบบออนไลน์

แหล่งสนับสนุนการจัดทำวารสาร

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ได้รับการสนับสนุนการจัดพิมพ์จากคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Aim and Scope

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

Publication Frequency

Chulalongkorn Law Journal is published every four months as follows:

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

Categories of Accepted Manuscripts

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

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

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

Language

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

Peer Review

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

Methods of Publication

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

Source of Support

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

บทบรรณาธิการ

สวัสดีผู้อ่านทุกท่าน วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยฉบับนี้เป็นฉบับที่ 3 (พฤศจิกายน 2567) ซึ่งเนื้อหาของวารสารกฎหมายฉบับนี้ยังคงมีเนื้อหาสาระที่เกี่ยวกับกฎหมายในสาขาต่าง ๆ ทั้งในรูปแบบบทความวิชาการและบทความวิจัยจากผู้เขียนที่ทางกองบรรณาธิการได้ทำการเลือกสรรเพื่อนำมาเสนอให้แก่ผู้อ่านทุกท่าน ดังนี้

บทความแรกเป็นบทความวิชาการเรื่อง **"ว่าด้วย พ.ร.บ. สมรสเท่าเทียม (พ.ศ. 2568)"** เขียนโดย ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ อาจารย์พิเศษผู้บรรยายวิชากฎหมายลักษณะครอบครัวและมรดก ณ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความที่สองเป็นบทความวิชาการเรื่อง **"การตรากฎหมายรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันในเอเชีย: ศึกษากรณีไต้หวันและเนปาล เปรียบเทียบกับประเทศไทย"** เขียนโดย คุณไชยพัฒน์ ธรรมชุตินันท์ นิติกรปฏิบัติการ กองนิติการ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

บทความที่สามเป็นบทความวิชาการเรื่อง **"สาระเบื้องต้นเกี่ยวกับการดำเนินคดีปกครองในเกาหลีใต้"** เขียนโดย อาจารย์ ดร.วศิน ยิ้มแย้ม อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง และคุณเยี่ยม อรุโณทัยวิวัฒน์ ตุลาการศาลปกครอง ศาลปกครองกลาง

บทความที่สี่เป็นบทความวิจัยเรื่อง **"โทษกักขัง: ศึกษากระบวนการร่างกฎหมายและอุปสรรคในการบังคับใช้"** เขียนโดย อาจารย์ ดร.ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความที่ห้าเป็นบทความวิจัยเรื่อง **"การคุ้มครองปมปริศนาในนวนิยายภายใต้กฎหมายความลับทางการค้า"** เขียนโดย คุณพงศ์เกียรติ กุลรัตนสินสุข นักศึกษาในหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปรีดีพนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

บทความที่หกเป็นบทความวิจัยเรื่อง **"การยกเลิกความผิดทางอาญากรณีนายจ้างไม่จ่ายเงินตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ให้แก่ลูกจ้าง"** เขียนโดย คุณชลนที หนูบุญ นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความที่เจ็ดเป็นบทความวิจัยเรื่อง **"สิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานของลูกจ้างตามกฎหมายแรงงานไทย"** เขียนโดย คุณพัทธมนัส ไพบูลย์ศิริ นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความที่แปดเป็นบทความวิจัยเรื่อง **“การวิเคราะห์ในเชิงวิจารณ์และเปรียบเทียบกรอบกฎหมายของเขตเศรษฐกิจพิเศษ (SEZs) ของปากีสถานกับกรอบกฎหมายของเขตเศรษฐกิจพิเศษในมาเลเซียและไทย – การนำเสนอกรอบกฎหมายที่ยั่งยืนเพื่อการแก้ปัญหาที่มีประสิทธิภาพ”** เขียนโดย คุณราเบีย อักราม นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายธุรกิจ ภาคภาษาอังกฤษ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

กองบรรณาธิการวารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย หวังว่าผู้อ่านทุกท่านจะได้รับประโยชน์จากผลงานที่ได้ตีพิมพ์เผยแพร่ในวารสารฉบับนี้ กองบรรณาธิการฯ ขอขอบพระคุณผู้ทรงคุณวุฒิทุกท่านที่มีส่วนในการดำเนินงานของวารสารตลอดปีที่ผ่านมา และผู้อ่านทุกท่านที่ติดตามและสนับสนุนวารสารกฎหมายมาโดยตลอด หากผู้อ่านมีข้อเสนอแนะติชมประการใด กองบรรณาธิการยินดีอย่างยิ่งที่จะรับฟังและนำไปพัฒนาปรับปรุงวารสารฉบับต่อ ๆ ไป พบกันใหม่ฉบับหน้า

บรรณาธิการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภาวัฒน์ สัตยานุรักษ์

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีที่ 42 ฉบับที่ 3 (พฤศจิกายน 2567)

สารบัญ

- *บทความวิชาการ*

1-12 **ว่าด้วย พ.ร.บ. สมรสเท่าเทียม (พ.ศ. 2568)**
ไพโรจน์ กัมพูสิริ

13-42 **การตรากฎหมายรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันในเอเชีย: ศึกษากรณีไต้หวันและเนปาล เปรียบเทียบกับประเทศไทย**
ไชยพัฒน์ ธรรมชุตินันท์

43-68 **สาระเบื้องต้นเกี่ยวกับการดำเนินคดีปกครองในเกาหลีใต้**
วศิน ยิ้มแย้ม
เยี่ยม อรุโณทัยวิวัฒน์

- *บทความวิจัย*

69-111 **โทษกักขัง: ศึกษากระบวนการร่างกฎหมายและอุปสรรคในการบังคับใช้**
ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม

113-142 **การคุ้มครองปมปริศนาในนวนิยายภายใต้กฎหมายความลับทางการค้า**
พงศ์เกียรติ กุลรัตนสินสุข

143-179 **การยกเลิกความผิดทางอาญากรณีนายจ้างไม่จ่ายเงินตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ให้แก่ลูกจ้าง**
ชลนที หนูบุญ

181-213 **สิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานของลูกจ้างตามกฎหมายแรงงานไทย**
พัทธมนัส ไพบูลย์ศิริ

215-252 **การวิเคราะห์ในเชิงวิจารณ์และเปรียบเทียบกรอบกฎหมายของเขตเศรษฐกิจพิเศษ (SEZs) ของปากีสถานกับกรอบกฎหมายของเขตเศรษฐกิจพิเศษในมาเลเซียและไทย - การนำเสนอกรอบกฎหมายที่ยั่งยืนเพื่อการแก้ปัญหาที่มีประสิทธิภาพ**
ราเบีย อักราม

* บทความและความคิดเห็นใด ๆ ใน “วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย” ฉบับนี้เป็นวรรณกรรมของผู้เขียนโดยเฉพาะ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยและกองบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

Chulalongkorn Law Journal

Vol.42 No.3 (November 2024)

Contents

• *Academic articles*

1-12 **Same-Sex Marriage Law in Thailand (B.E. 2568)**
Pairojana Kampusiri

13-42 **The Recognition of Same Sex Marriage Law in Asia: Case Studies in Taiwan and Nepal compared to Thailand**
Chaipat Thumchutinun

43-68 **Understanding the Basic Legal Concept of Administrative Litigation in South Korea**
Wasin Yimyam
Yeam Arunotivivat

• *Research articles*

69-111 **Detention: A Study of the Legal Drafting Process and Obstacles to Enforcement**
Pramote Sermsilatham

113-142 **Protection of 'Clue of the Novel' Under Trade Secret Law**
Pongkiat Kulratanasinsuk

143-179 **Abolition of Criminal Offenses in Case Employers Fail to Pay Money under the Labor Protection Act B.E. 2541 to Employees**
Chonnathee Nooboon

181-213 **Right to Disconnect of Employees Outside Working Hours under Thai Labor Law**
Pattamanas Paibulsiri

215-252 **A Critical and Comparative Analysis of the Legal Framework of Special Economic Zones (SEZs) of Pakistan with the Legal Framework of the Special Economic Zones in Malaysia and Thailand - Proposing a Sustainable Legislative Framework for Effective Solutions**
Rabia Akram

* 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.

ว่าด้วย พ.ร.บ. สมรสเท่าเทียม (พ.ศ. 2568)*

Same-Sex Marriage Law in Thailand (B.E. 2568)

ไพโรจน์ กัมพูสิริ

Pairojana Kampusiri

อาจารย์บรรยายพิเศษ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ถนนพระจันทร์ เขตพระนคร กรุงเทพฯ 10200

Special Lecturer

Faculty of Law, Thammasat University, Pra Chan Road, Phra Nakorn, Bangkok 10200

Corresponding author E-mail: pairoj_kp@hotmail.com

(Received: October 10, 2024; Revised: November 11, 2024; Accepted: November 19, 2024)

บทคัดย่อ

การเรียกร้องสิทธิในการก่อสร้างครอบครัวของบุคคลหลากหลายทางเพศให้มีสิทธิเท่าเทียมกับสิทธิของสามีภริยานับกว่าทศวรรษในที่สุดก็ประสบความสำเร็จ ล่าสุดได้มีการประกาศในราชกิจจานุเบกษาฉบับลงวันที่ 24 กันยายน พ.ศ. 2567 อันจะมีผลให้พระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียมมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายในวันที่ 22 มกราคม พ.ศ. 2568 ทำให้ประเทศไทยเป็นประเทศแรกในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ที่มีกฎหมายรับรองการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันและเป็นแห่งที่สามในเอเชียต่อจากไต้หวันและเนปาล บทความนี้อธิบายเนื้อหาโดยสรุปของพระราชบัญญัติดังกล่าวว่า ได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 บรรพ 6 และที่สำคัญบรรพ 5 อย่างไรบ้าง

คำสำคัญ : พระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียม, สามีภริยา, คู่สมรส, ราชกิจจานุเบกษา, บทเฉพาะกาล

---

* นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ 2) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปริญญาเอก สาขากฎหมายเอกชน มหาวิทยาลัยปารีส 2, ปัจจุบันเป็นอาจารย์พิเศษบรรยายวิชากฎหมายลักษณะครอบครัวและมรดก ณ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Abstract

The LGBT community's demand for equal rights to establish a family has come to a success after more than decade of advocacy in Thailand with the announcement of the law on same-sex marriage in the Government Gazette on September 24, 2024. The law will come into effect from January 22, 2025, making Thailand the first country in Southeast Asia, and the third place in Asia after Taiwan and Nepal, to enact such legislation. This article will detail the contents of the above-mentioned laws and explore its implications for the Civil and Commercial Code Book I (General Principles), Book VI (Succession), and especially Book V (Family).

Keywords : Same-Sex Marriage Law, Husband and Wife, Spouse, Government Gazette, Transitory Provisions

บทนำ

ประวัติศาสตร์ที่สำคัญของความเท่าเทียมกันในกฎหมายครอบครัวไทยนั้น สามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ยุคสมัย ดังต่อไปนี้

1) ยุคสถาปนาระบบผัวเดียวเมียเดียว เมื่อครั้งประกาศใช้กฎหมายครอบครัวในระบบประมวลกฎหมายเป็นครั้งแรกในประเทศไทยในปี พ.ศ. 2478 จากเดิมที่เป็นระบบผัวเดียวหลายเมียตามลักษณะผัวเมียในกฎหมายตราสามดวง ซึ่งหากไม่มีการปฏิวัติในปี พ.ศ. 2475 ตลอดจนการผลักดันของท่านอาจารย์ปรีดี พนมยงค์ ถึงขนาดไปนั่งเป็นประธานกรรมการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ครั้งหนึ่ง ก็อาจจะไม่สำเร็จได้

พระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2477 ซึ่งได้เริ่มระบบผัวเดียวเมียเดียว ในมาตรา 4 ได้รับรองการสมรสซึ่งได้มีอยู่ก่อนวันใช้ประมวลกฎหมายบรรพ 5 และรับรองความสัมพันธ์ในครอบครัว อันเกิดแต่การสมรสนั้น ๆ ในขณะที่มาตรา 5 ให้ภริยาก่อนใช้ประมวลกฎหมายบรรพ 5 นี้ สามารถพิสูจน์ฐานะโดยการไปร้องขอบันทึกในทะเบียนตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ ณ ที่ว่าการอำเภอ

บทบัญญัติสองมาตราข้างต้นทำหน้าที่เป็นบทเฉพาะกาลเหมือนสะพานเชื่อมสถานะ สิทธิ และหน้าที่ของเหล่าภริยาในกฎหมายเก่ากับระบบผัวเดียวเมียเดียวในกฎหมายใหม่ บรรพ 5 ใช้วิธีให้บันทึกฐานะของเหล่าภริยา ในขณะที่บรรพ 6 ได้มีบทบัญญัติในมาตรา 1636 รับรองสิทธิในการรับมรดกของเหล่าภริยาดังกล่าวเอาไว้

2) การตรวจชำระประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ในปี พ.ศ. 2519 เพื่อให้ภริยามีสิทธิเท่าเทียมกับสามี

เหตุการณ์ทางการเมือง 14 ตุลาคม พ.ศ. 2516 เป็นที่มาของการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ มาตรา 28 วรรคสองบัญญัติไว้ว่า “ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน” ประกอบกับองค์การสหประชาชาติได้ประกาศให้ปี พ.ศ. 2518 เป็นปีสตรีสากลและขอให้ประเทศสมาชิกแก้ไขกฎหมายเพื่อส่งเสริมความเท่าเทียมระหว่างชายหญิง รัฐบาลจึงได้ตั้งกรรมการตรวจชำระกฎหมายครอบครัวโดยยกเลิกบทบัญญัติที่ให้ชายเป็นหัวหน้าครอบครัว สามีภริยาต้องจัดการสินสมรสร่วมกัน ให้หญิงมีสิทธิฟ้องหย่าถ้าสามีอุปการะหรือยกย่องหญิงอื่นฉันภริยา ให้มารดามีอำนาจปกครองบุตรเท่าเทียมกับบิดา และการแบ่งสินสมรสให้ชายหญิงได้คนละส่วนเท่ากัน เป็นต้น สำหรับกฎหมายครอบครัวฉบับนี้ประกาศใช้วันที่ 16 ตุลาคม พ.ศ. 2519[1] โดยมี ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช นายกรัฐมนตรี รับสนองพระบรมราชโองการ

นับแต่การตรวจชำระประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2519 ต่อมาก็ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้สิทธิหญิงคู่หมั้นและภริยาเท่าเทียมกับชายคู่หมั้นและสามี ในปี พ.ศ. 2533 พ.ศ. 2550 และ พ.ศ. 2551

3) ยุคของการให้บุคคลเพศเดียวกันสมรสกันได้

สภาผู้แทนราษฎรได้ลงมติรับหลักการพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2567[2] ด้วยเสียงข้างมากในวันที่ 27 มีนาคม พ.ศ. 2567 โดยมีเสียงเห็นชอบ 385 เสียง ไม่เห็นชอบ 1 เสียง และงดออกเสียง 1 เสียง ต่อมาวุฒิสภาได้ลงมติในวันที่ 18 มิถุนายน พ.ศ. 2567 ด้วยเสียงเห็นชอบ 130 เสียง ไม่เห็นชอบ 4 เสียง และงดออกเสียง 18 เสียง ต่อมาได้มีการประกาศในราชกิจจานุเบกษาในวันที่ 24 กันยายน พ.ศ. 2567 อันจะทำให้พระราช

---

[1] โปรดดู บทบัญญัติตลอดจนคำอธิบายโดยสรุปของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ปี พ.ศ. 2478 และพ.ศ. 2519 ได้ในหนังสือของสมาคมบัณฑิตสตรีทางกฎหมายแห่งประเทศไทยในพระบรมราชินูปถัมภ์, **เครื่องหมายแห่งความรุ่งเรือง คือสภาพแห่งสัตรี**, (กรุงเทพมหานคร: เรือนแก้วการพิมพ์, 2535), หน้า 76-153.

[2] ซึ่งต่อไปในบทความนี้ ผู้เขียนจะขอเรียกสั้น ๆ ว่า พระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียม

บัญญัติฉบับนี้มีผลใช้บังคับในวันที่ 22 มกราคม พ.ศ. 2568[3] ตามมาตรา 2 ของพระราชบัญญัติที่ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อยยี่สิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

ในบทความนี้ ผู้เขียนจะขออธิบายสรุปภาพรวมของพระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียมพร้อมทั้งแสดงความเห็นต่อบทบัญญัติบางมาตราของพระราชบัญญัติเดียวกันนี้

เนื้อหาร่างพระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียม

พระราชบัญญัติฉบับนี้มีทั้งหมด 69 มาตรา ให้นายกรัฐมนตรี (เศรษฐา ทวีสิน) รักษาการ อนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ซึ่งประกาศใช้ในวันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2478 มีทั้งหมด 211 มาตรา พระราชบัญญัติฉบับนี้แก้ไขเพิ่มเติม 69 มาตรา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ซึ่งประกาศใช้พร้อมกับบรรพ 5 มีทั้งหมด 157 มาตรา พระราชบัญญัตินี้แก้ไข 3 มาตรา นอกจากนี้ ยังมีการแก้ไขบรรพ 1 ซึ่งประกาศใช้ในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2468 อยู่ 2 มาตรา โดยผู้เขียนจะขออธิบายเป็นลำดับ ดังนี้

มาตราที่มีการแก้ไขในบรรพ 1

มาตรา 43 "ภูมิลำเนาของคู่สมรส ได้แก่ถิ่นที่อยู่ที่คู่สมรสอยู่กินด้วยกันฉันคู่สมรสเว้นแต่คู่สมรสฝ่ายใดได้แสดงเจตนาให้ปรากฏว่ามีภูมิลำเนาแยกต่างหากจากกัน"

มาตรา 193/22 "อายุความสิทธิเรียกร้องระหว่างคู่สมรส ถ้าจะครบกำหนดก่อนหรือภายใน 1 ปีนับแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดลง อายุความนั้นยังไม่ครบกำหนดจนกว่าจะครบ 1 ปีนับแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดลง"

สองมาตราข้างต้นได้เปลี่ยนคำว่า "สามีและภริยา" และ "สามีภริยา" เป็น "คู่สมรส" และคำว่า "สามีหรือภริยา" เป็น "คู่สมรสฝ่ายใด" เพื่อไม่ให้มีคำที่แสดงถึงเพศชายของสามีตลอดจนเพศหญิงของภริยาอยู่ในพระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียมนี้อีกต่อไป

มาตราที่มีการแก้ไขในบรรพ 6

มาตรา 1606 (3) "ผู้ที่รู้แล้วว่า เจ้ามรดกถูกฆ่าโดยเจตนา แต่มิได้นำข้อความนั้นขึ้นร้องเรียนเพื่อเป็นทางที่จะเอาตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษ แต่ข้อนี้มิให้ใช้บังคับถ้าบุคคลนั้นมีอายุไม่ครบ 16 ปี

[3] เป็นการนับระยะเวลาตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 10 ตามหนังสือเลขเสร็จที่ 290/2514 ลงวันที่ 7 มิถุนายน พ.ศ. 2543) สำหรับการนับระยะเวลาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 193/3 มิให้นับวันแรกแห่งระยะเวลานั้นรวมเข้าด้วยกัน และโปรดดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5470/2538 ที่ 5809/2539 และที่ 2086/2553 อ้างจากหนังสือด่วนที่สุด ลงวันที่ 26 กันยายน พ.ศ. 2567 ของสำนักงานศาลยุติธรรม หน้าแรก

บริบูรณ์ หรือเป็นคนวิกลจริตไม่สามารถรู้ผิดชอบ หรือผู้ที่ฆ่านั้นเป็นคู่สมรสหรือบุพการีหรือผู้สืบสันดานของตนโดยตรง”

มาตรา 1625 (1) “ในเรื่องส่วนแบ่งในทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสให้อยู่ในบังคับของบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยการหย่าโดยความยินยอมทั้งสองฝ่าย อันมีบทบัญญัติเพิ่มเติมให้บริบูรณ์ในมาตรา 1637 และมาตรา 1638 และโดยเฉพาะต้องอยู่ในบังคับแห่งมาตรา 1513 ถึงมาตรา 1517 แห่งประมวลกฎหมายนี้ แต่การคิดส่วนแบ่งนั้นมีผลตั้งแต่วันที่การสมรสได้สิ้นไปด้วยเหตุความตายนั้น”

มาตรา 1628 “คู่สมรสที่ร้างกันหรือแยกกันอยู่โดยยังมิได้หย่าขาดจากกันตามกฎหมายมิได้สิ้นไปซึ่งสิทธิโดยธรรมในการสืบมรดกซึ่งกันและกัน”

เช่นเดียวกับการแก้ไขบรรพ 1 สำหรับบรรพ 6 พระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียมกันได้เปลี่ยนคำว่า “สามีภริยา” เป็น “คู่สมรส”

นับตั้งแต่ประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ในวันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2478 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งใหญ่เพียงครั้งเดียวในปี พ.ศ. 2551 อันได้แก่ การอนุญาตให้ก่อตั้งทรัสต์ได้ในมาตรา 1686 ทั้งการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวก็ไม่มีผลเปลี่ยนแปลงหลักการตกทอดแห่งกองมรดก ตัวทายาทโดยธรรม ตลอดจนเกณฑ์การจัดแบ่งทรัพย์มรดกของผู้ตายไม่

ไม่ว่าพระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียมกันจะกำหนดให้บุคคลหลากหลายทางเพศ สามารถจดทะเบียนสมรสมีฐานะเป็นคู่สมรสตามกฎหมายตามมาตรา 1457 ในบรรพ 5 ก็ตาม คู่สมรสเพศเดียวกันนั้นคงมีฐานะเป็นทายาทโดยธรรมตามมาตรา 1629 วรรคท้าย ในบรรพ 6 ไม่เปลี่ยนแปลง การแบ่งทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสเพศเดียวกันก็คงใช้หลักแบ่งสินสมรสคนละครึ่งสินส่วนตัวของแต่ละฝ่ายก็เก็บกลับไป จากนั้นก็มาดูว่า กองมรดกของคู่สมรสที่ตายไป อันได้แก่ สินส่วนตัวและกึ่งหนึ่งของสินสมรส คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่จะได้ส่วนแบ่งเท่าไหร่ คำตอบอยู่ที่บรรพ 6 มาตรา 1625 (1) และ (2) และมาตรา 1635 โดยมาตรา 1625 (1) เป็นเกณฑ์การแบ่งทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส ตามบรรพ 5 ก่อนจะมากำหนดเป็นทรัพย์มรดกเพื่อจัดแบ่งให้เหล่าทายาทต่อไปตามอนุมาตรา (2) ของมาตราเดียวกัน ส่วนมาตรา 1635 เป็นส่วนแบ่งมรดกของคู่สมรสที่ยังมีชีวิตกับทายาทโดยธรรมแต่ละลำดับของคู่สมรสที่ถึงแก่กรรมไปก่อน และแม้ว่ามาตรา 1625 (1) จะเป็นหนึ่งในสามมาตราที่พระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียมแก้ไขเพิ่มเติม แต่จุดที่แก้ไขมีเพียงเปลี่ยนคำว่า “สามีภริยา” เป็น “คู่สมรส” ทำนองเดียวกันกับการแก้ไขเพิ่มเติมอีกสองมาตรา อันได้แก่ มาตรา 1606 (3) ซึ่งเป็นเรื่องข้อยกเว้นกรณีคู่สมรสของทายาทเป็นผู้ฆ่าเจ้ามรดกถึงแก่ความตายโดยเจตนา

มิให้ต้องถูกกำจัดมิให้รับมรดก และมาตรา 1628 กรณีคู่สมรสแยกกันอยู่ หรือร้างกันโดยยังมิได้หย่าขาดจากกัน ก็มิสิ้นสิทธิในการสืบมรดกจากคู่สมรสอีกฝ่าย

อนึ่ง ในส่วนของมาตรา 1625 (1) ในพระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียม ตัวเลขมาตราที่อ้างไปถึงน่าจะคลาดเคลื่อน เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 และบรรพ 6 ประกาศใช้พร้อมกันวันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2478 ในขณะที่บรรพ 5 มีการแก้ไขต่อมาถึงสี่ครั้ง คือ ในปี พ.ศ. 2519 พ.ศ. 2533 พ.ศ. 2550 และพ.ศ. 2551 ตัวเลขมาตราได้ขยับปรับเปลี่ยนและมีการยกเลิกบางมาตราไปแล้ว แต่เลขมาตราในบรรพ 6 ยังคงเดิมมาโดยตลอด ดังนั้น ตัวบทบัญญัติมาตรา 1625 (1) ที่อ้างถึงมาตรา 1513-1517 ในบรรพ 5 ปี พ.ศ. 2478 ปัจจุบันความของบทบัญญัติดังกล่าวได้เปลี่ยนไปอยู่ในมาตรา 1533 มาตรา 1534 และมาตรา 1535 ในขณะที่บทบัญญัติแห่งมาตรา 1513-1517 ปัจจุบันเป็นเรื่องเกี่ยวกับการหย่าขาดจากการสมรสซึ่งจะนำมาใช้กับมาตรา 1625 (1) ในบรรพ 6 ไม่ได้ ตัวเลขมาตราที่คลาดเคลื่อนในลักษณะเดียวกันนี้ยังมีให้เห็นในมาตรา 1652 ของบรรพ 6 มาตรานี้อ้างถึงคำแถลงการณ์ปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1577 ของบรรพ 5 ปี พ.ศ. 2478 ซึ่งเนื้อความในปัจจุบันเปลี่ยนไปเป็นมาตรา 1598/11

สุดท้าย การแก้ไขเลขมาตราใหม่ให้ถูกต้องตามเนื้อความ มิใช่ว่าจะไม่เคยทำหรือทำไม่ได้ ตัวอย่างน่าจะดูได้จากเมื่อครั้งมีการตราพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้แก้เลขมาตราในบรรพ 6 จำนวน 6 มาตรา (มาตรา 1606, 1610, 1666, 1676, 1677 และมาตรา 1754) ให้ถูกต้องตามเลขมาตราใหม่ที่ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในปี พ.ศ. 2535

มาตราที่มีการแก้ไขในบรรพ 5

ลักษณะ 1 การสมรส

หมวด 1 การหมั้น มีทั้งหมด 15 มาตรา พระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียมได้แก้ไข 10 มาตรา เรื่องแรกที่สำคัญก็คือ การแก้ไขอายุในการหมั้นของบุคคลทั้งสองฝ่ายในมาตรา 1435 จากเดิมต้องมีอายุสิบเจ็ดปีได้แก้ไขเป็นสิบแปดปีบริบูรณ์ ส่วนอีก 9 มาตราที่เหลือได้แก้ไขไม่ให้มีเพศของชายหญิงในการหมั้นอีกต่อไป กล่าวคือจาก “ชายคู่หมั้น” เป็น “ผู้หมั้น” และจาก “หญิงคู่หมั้น” เป็น “ผู้รับหมั้น” อันจะมีผลทำให้เมื่อพระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียมมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายแล้ว ผู้หมั้นหรือผู้รับหมั้นอาจจะเป็นเพศเดียวกันหรือชายหญิงก็ได้ ทั้งหญิงสามารถจะเป็นฝ่ายไปหมั้นหรือให้สินสอดแก่ฝ่ายชายได้ ทั้งนี้แล้วจะตกลงกันเองว่าจะให้ฝ่ายใดเป็นผู้หมั้นหรือผู้รับหมั้น กฎหมายใหม่จึงยืดหยุ่นขึ้น ทั้งลบข้อครหาที่ว่าบิดามารดาฝ่ายหญิงขายลูกสาวโดยการเรียกเอาสินสอดจากฝ่ายชายเป็นจำนวนสูงเกินควร

ปัญหาน่าคิด อาจจะเกิดขึ้นได้หลังจากที่กฎหมายใหม่ให้ชายหมั้นชายหรือหญิงหมั้นหญิง ได้ว่า กรณีมีการผิดสัญญาหมั้น อีกฝ่ายจะเรียกค่าทดแทนความเสียหายแก่กาย (ตามมาตรา 1440 (1)) ซึ่งปกติจะเป็นหญิงคู่หมั้นเรียกค่าเสียตัวจากชายคู่หมั้นอย่างไร นอกจากนี้ ความในมาตรา 1445 ของกฎหมายใหม่ยังได้เพิ่มเหตุที่คู่หมั้นอาจเรียกค่าทดแทนได้จาก*ผู้ซึ่งกระทำกับคู่หมั้นของตนเพื่อสนองความใคร่ของผู้นั้นหรือของคู่หมั้น* อันเป็นการเพิ่มให้ครอบคลุมพฤติกรรมทางเพศของบุคคลเพศเดียวกันทำนองเดียวกันกับการเพิ่มเหตุฟ้องหย่าในลักษณะเดียวกันในมาตรา 1516 (1) และ (10) นั่นเอง ส่วนการเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งได้ข่มขืนกระทำชำเราหรือพยายามข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 1446 อย่างไรเรียกว่ากระทำชำเราระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1 (18) ได้ให้ความหมายไว้ว่า *กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ* โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น

หมวด 2 เงื่อนไขแห่งการสมรส มีทั้งหมด 13 มาตรา พระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียมได้แก้ไข 7 มาตราที่สำคัญคือ การแก้ไขอายุในการสมรสของบุคคลทั้งสองฝ่ายในมาตรา 1448 จากเดิมที่ต้องมีอายุสิบเจ็ดปีได้แก้ไขเป็นสิบแปดปีบริบูรณ์เท่ากับเกณฑ์อายุในการหมั้น เรื่องที่สองคือการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 1453 ที่ พระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียมได้แก้ไขเฉพาะ “สามี” เป็น “ชายผู้เป็นคู่สมรส” แต่ไม่สามารถแก้ไขของเดิมที่ตัวบทกำหนดว่าจะต้องเป็นหญิง เนื่องจากในข้อยกเว้นของมาตราเดียวกันนี้ได้กำหนดไว้ในอนุมาตรา (1) ว่า คลอดบุตรแล้วในระหว่างนั้น ซึ่งกฎหมายใหม่ไม่สามารถรับรองกรณีที่ชายสมรสกับชาย เนื่องจากโดยสภาพชายย่อมไม่สามารถคลอดบุตรได้นั่นเอง[4]

อีก 5 มาตราที่เหลือ พระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียมได้แก้ไขจากคำว่า “ชายและหญิง” เป็น “บุคคลทั้งสองฝ่าย” และจาก “ชายหรือหญิง” เป็น “บุคคลใดบุคคลหนึ่ง”

หมวด 3 ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา มีทั้งหมด 5 มาตรา กฎหมายใหม่ได้แก้ไข 3 มาตรา โดยแก้ไขจากคำว่า “สามีภริยา” เป็น “คู่สมรส” และ “สามีหรือภริยา” เป็น “คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง” และได้แก้ไขชื่อหมวดเป็นความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรส

---

[4] เทียบเคียงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 67 คู่สมรสเพศเดียวกันย่อมมีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับสามีภริยา เว้นแต่สิทธิและหน้าที่นั้นโดยสภาพจะพึงมีพึงเป็นได้เฉพาะแก่สามีภริยาเท่านั้น

เหตุผลที่มาตรา 1453 (เดิม) ห้ามเฉพาะฝ่ายหญิงที่เคยมีสามีและต่อมาสามีตายหรือการสมรสสิ้นสุดลงด้วยเหตุอื่นสมรสใหม่ภายใน 310 วัน นับแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดลง มาจากข้อกังวลว่า หญิงนั้นอาจจะมีทารกในครรภ์ติดมากับสามีเดิมในขณะที่มาสมรสอยู่กินกับสามีคนใหม่ ยิ่งไปกว่านี้ หาก 8 เดือนต่อมาหญิงคลอดบุตรออกมา ก็จะอยู่ภายในระยะเวลาที่อาจสันนิษฐานได้ตามมาตรา 1536 วรรคแรกว่า บุตรอาจเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีคนใดคนหนึ่ง

หมวด 4 ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา กฎหมายใหม่ได้เปลี่ยนชื่อหมวดจากเดิม “ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา” เป็น “ทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส” มีทั้งหมด 32 มาตรา ได้แก้ไข 23 มาตรา โดยสรุปกฎหมายใหม่เพียงแต่แก้ไขจากคำว่า “สามีภริยา” เป็น “คู่สมรส” และ “สามีหรือภริยา” เป็น “คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง” สำหรับทรัพย์สองประเภท อันได้แก่ สินส่วนตัวและสินสมรสในมาตรา 1471 ถึงมาตรา 1474 กฎหมายใหม่มิได้ไปแก้ไขแต่อย่างใด

หมวด 5 ความเป็นโมฆะของการสมรส มีทั้งหมด 9 มาตรา พระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียมแก้ไข 2 มาตรา โดยแก้ไขจากคำว่า “สามีภริยา” เป็น “คู่สมรส” และ “สามีหรือภริยา” เป็น “คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง” และจากคำว่า “ชายหรือหญิง” เป็น “ผู้สมรส”

หมวด 6 การสิ้นสุดแห่งการสมรส มีทั้งหมด 36 มาตรา พระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียมได้แก้ไข 12 มาตรา นอกจากการแก้ไขให้คู่สมรสซึ่งอาจจะเป็นบุคคลเพศเดียวกันหรือชายหญิงโดยการแก้คำว่าสามีและภริยาเป็นคู่สมรสแล้ว กฎหมายใหม่ยังได้แก้คำว่า “ชายหญิง” เป็น “บุคคลทั้งสอง” มีอายุครบ 17 ปีบริบูรณ์ และเติมประโยค “หรือในกรณีการสมรสระหว่างชายหญิง” เมื่อหญิงมีครรภ์... ให้ถือว่าการสมรสสมบูรณ์มาตั้งแต่เวลาสมรส ในมาตรา 1504 วรรคท้าย เช่นเดียวกันในมาตรา 1510 วรรคสอง กฎหมายใหม่ได้เพิ่มเติมประโยคในตอนท้ายที่ทำให้สิทธิขอเพิกถอนการสมรสตามมาตรานี้เป็นอันระงับว่า “หรือในกรณีการสมรสระหว่างชายหญิง เมื่อหญิงมีครรภ์” เนื่องจากกรณีหญิงมีครรภ์จะใช้กับการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันไม่ได้

ในส่วนที่เกี่ยวกับเหตุฟ้องหย่าในมาตรา 1516 (1) ได้เพิ่มเหตุ *“กระทำกับผู้อื่นหรือยอมรับการกระทำของผู้อื่นเพื่อสนองความใคร่ของตนหรือผู้อื่นเป็นอาจิณ”* และในอนุมาตรา 10 ได้เพิ่มเหตุมีสภาพแห่งกาย *“ไม่อาจกระทำการหรือยอมรับการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของอีกฝ่ายได้ตลอดกาล”* อันเป็นการยอมรับการมีประเวณีของคู่สมรสที่มีเพศเดียวกันนั่นเอง

อนึ่ง การบัญญัติกฎหมายเพื่อให้ครอบคลุมลักษณะของการมีประเวณีของบุคคลหลากหลายทางเพศได้เริ่มตั้งแต่การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1445 และมาตรา 1446 ในปี พ.ศ. 2550 โดยไม่กำหนดเพศของผู้ซึ่งได้ร่วมประเวณีหรือข่มขืนกระทำชำเราหรือพยายามข่มขืนกระทำชำเราคู่หมั้น โดยแต่เดิมก่อนแก้ไขเพิ่มเติมสองมาตรานี้ ตัวบทได้กำหนดเพศของบุคคลที่สามว่าจะต้องมีเพศตรงข้ามกับชายหรือหญิงคู่หมั้นจึงจะทำให้เกิดสิทธิเรียกค่าทดแทนได้ การยอมรับความสัมพันธ์ของบุคคลเพศหลากหลายมีปรากฏอย่างชัดเจนในการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคสอง ในปี พ.ศ. 2550 ที่กำหนดไว้ว่าแม้จะใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับทวารหนัก หรืออวัยวะเพศของผู้อื่น เพื่อสนองความใคร่ ก็เป็นความผิดฐานกระทำชำเราได้เช่นกัน จนล่าสุดคือการเพิ่มความหมายของคำว่า “กระทำชำเรา” ในประมวล

กฎหมายอาญามาตรา 1 (18) ในปี พ.ศ. 2562 ว่าหมายถึง กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น

นอกจากนี้แล้ว พระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียมได้แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 1523 โดยเฉพาะอย่างยิ่งในวรรคสอง ซึ่งเดิมบัญญัติไว้ว่า

“สามีจะเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งล่วงเกินภริยาในทำนองชู้สาวก็ได้และภริยาจะเรียกค่าทดแทนจากหญิงอื่นซึ่งได้แสดงตนโดยเปิดเผยเพื่อแสดงว่าตนมีความสัมพันธ์กับสามีในทำนองชู้สาวก็ได้”[5] *เป็น*

“คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะเรียกค่าทดแทนผู้ซึ่งล่วงเกินคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งไปในทำนองชู้หรือจากผู้ซึ่งแสดงตนโดยเปิดเผยเพื่อแสดงว่าตนมีความสัมพันธ์ในทำนองชู้ก็ได้”

ลักษณะ 2 บิดามารดากับบุตร

หมวด 1 บิดามารดา มีทั้งหมด 21 มาตรา พระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียมแก้ไขเพียง 9 มาตรา โดยส่วนใหญ่แก้ไขจากคำว่า “สามีภริยา” เป็น “คู่สมรส” และแก้จากคำว่า “ชายหรือหญิง” เป็น “บุคคล”

อนึ่ง โดยสภาพหญิงภริยาเท่านั้นที่จะคลอดบุตรได้ คู่สมรสชายกับชายตามพระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียมย่อมไม่สามารถคลอดบุตรได้ ดังนั้น ในมาตรา 1536 และมาตรา 1537 พระราชบัญญัติจึงยังคงสภาพดังเดิมของหญิงภริยาในการคลอดบุตรเอาไว้ มิได้แก้ไขให้หญิงภริยาเป็นคู่สมรส ทำนองเดียวกันกับกรณีที่ชายผู้เป็นสามีฟ้องไม่รับเด็กเป็นบุตรและพิสูจน์ว่าตนไม่ได้อยู่ร่วมกับมารดาเด็กในระยะเวลาตั้งครรภ์ ซึ่งพระราชบัญญัติก็มิได้ไปแก้ไขเพิ่มเติมแต่อย่างใด

หมวด 2 สิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาและบุตร ไม่มีการแก้ไข

หมวด 3 ความปกครอง มีทั้งหมด 31 มาตรา แก้ไขเพียง 2 มาตรา โดยแก้ไขจากคำว่า “สามีหรือภริยา” เป็น “คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง” และจาก “ภริยาหรือสามี” เป็น “คู่สมรสอีกฝ่าย”

หมวด 4 บุตรบุญธรรม ไม่มีการแก้ไข

---

[5] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1523 วรรคสองเดิม ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 13/2567 ว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 วรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสาม เมื่อวันที่ 18 มิถุนายน พ.ศ. 2567 อันเป็นวันเดียวกันกับที่วุฒิสภาได้มีมติเห็นชอบกับร่างพระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียม

รายละเอียดโปรดดู ปกิณกะกฎหมายของผู้เขียน ไพโรจน์ กัมพูสิริ, “ว่าด้วยกฎหมายฟ้องชู้ที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1523 วรรคสอง)”, **วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย**, 42, 2 (กรกฎาคม 2567), หน้า 245-249.

ลักษณะ 3 ค่าอุปการะเลี้ยงดู มีทั้งหมด 4 มาตรา พระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียมแก้ไขเพียงมาตราเดียว คือ มาตรา 1598/38 โดยแก้ไขจากคำว่า “สามีภริยา” เป็น “คู่สมรส”

มีข้อที่น่าสังเกตในท้ายพระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียมว่า พระราชบัญญัติได้กำหนด **บทเฉพาะกาล**ไว้สองมาตรา ดังต่อไปนี้

มาตรา 66 “*ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัตินี้ไม่ใช่บังคับแก่กรณีที่มีกฎหมายกำหนดเรื่องครอบครัวหรือมรดกไว้เป็นการเฉพาะ*”

มาตรา 67 “*บรรดาบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อกำหนด ข้อบัญญัติ ประกาศ คำสั่ง หรือมติคณะรัฐมนตรีใดที่อ้างถึงสามี ภริยา หรือสามีภริยา ให้ถือว่าอ้างถึงคู่สมรสที่จดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัตินี้ด้วย*

ความในวรรคหนึ่งมิให้นำมาใช้บังคับแก่กรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือมติคณะรัฐมนตรีกำหนดสิทธิ หน้าที่ สถานะทางกฎหมาย หรือเรื่องอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับสามี ภริยา หรือสามีภริยาไว้แตกต่างกัน”

กรณีตัวอย่างของบทบัญญัติมาตรา 66 ข้างต้น ได้แก่ **พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489** ที่กำหนดให้ใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกบังคับแทนบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เว้นแต่บทบัญญัติว่าด้วยอายุความ โดยมีเงื่อนไขว่ามูลคดีจะต้องเปิดใน 4 จังหวัดดังกล่าว และทั้งโจทก์และจำเลยหรือผู้ร้องเป็นอิสลามศาสนิกชน เป็นต้น

ส่วนตัวอย่างของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่อ้างถึงสามีภริยาในมาตรา 67 วรรคแรก ได้แก่ มาตรา 21 (1) ของพระราชบัญญัติ**คุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558** มาตรา 21 “*ภายใต้บังคับมาตรา 15 มาตรา 16 และมาตรา 18 การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนอย่างน้อยต้องเป็นไปตามเงื่อนไข ดังต่อไปนี้*

*(1) **สามีและภริยา**ที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่ง**ภริยา**ไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ต้องมีสัญชาติไทย ในกรณีที่สามีหรือภริยามิได้มีสัญชาติไทย ต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี...*”

นอกจากมาตราข้างต้นแล้ว ยังมีมาตรา 26 วรรคแรก มาตรา 29 วรรคแรก มาตรา 30 และมาตรา 32 วรรคแรก และวรรคสองของพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน เป็นต้น

ทำนองเดียวกันกับบทบัญญัติในมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติ**คุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550** ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

"ไม่ว่าการพิจารณาคดีการกระทำความรุนแรงในครอบครัวจะได้ดำเนินไปแล้วเพียงใด ให้ศาลพยายามเปรียบเทียบให้คู่ความได้ยอมความกัน โดยมุ่งถึงความสงบสุขและการอยู่ร่วมกันในครอบครัวเป็นสำคัญ ทั้งนี้ ให้คำนึงถึงหลักการ ดังต่อไปนี้ประกอบด้วย

(1)...

*(2) การสงวนและคุ้มครองสถานภาพของการสมรสในฐานะที่เป็นศูนย์รวมของ**ชายและหญิง**ที่สมัครใจเข้ามาอยู่กินฉัน**สามีภริยา** หากไม่อาจรักษาสถานภาพของการสมรสได้ ก็ให้การหย่าเป็นไปด้วยความเป็นธรรมและเสียหายน้อยที่สุด โดยคำนึงถึงสวัสดิภาพและอนาคตของบุตรเป็นสำคัญ*

(3)...

*(4) มาตรการต่าง ๆ เพื่อช่วยเหลือ**สามีภริยา**และบุคคลในครอบครัวให้ปรองดองกันและปรับปรุงความสัมพันธ์ระหว่างกันเองและบุตร"*

เช่นเดียวกันกับเหตุฟ้องหย่ากรณีข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรสตาม**ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคท้าย** ซึ่งกำหนดไว้ว่า

*"ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉัน**สามีภริยา** ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉัน**สามีภริยา**ต่อไป และประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้"*

สำหรับตัวอย่างของบทเฉพาะกาลในวรรคท้ายของมาตรา 67 ที่มีให้อ้างถึงคู่สมรสเพศเดียวกัน กรณีบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่น ๆ ได้กำหนดสิทธิ หน้าที่ สถานะทางกฎหมายหรือเรื่องอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับสามี ภริยา หรือสามีภริยาไว้แตกต่างกันก็เช่นการลาคลอดบุตรของข้าราชการสตรีและสามีลาไปช่วยเหลือภริยาที่คลอดบุตร การลาอุปสมบทของข้าราชการชาย ตามข้อ 17 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการลาของข้าราชการ พ.ศ. 2555 นอกจากนี้ ยังมีตัวอย่างตามพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 ซึ่งในมาตรา 9 ได้ระบุเพศของผู้ขอแปลงสัญชาติไว้ว่า หญิงซึ่ง

เป็นคนต่างด้าวและได้สมรสกับผู้มีสัญชาติไทยอาจยื่นคำขอต่อรัฐมนตรีได้โดยใช้เกณฑ์ที่ผ่อนผันกว่ากรณีชายต่างด้าวที่ยื่นคำขอแปลงสัญชาติที่จะต้องมีคุณสมบัติครบถ้วนตามมาตรา 10 อันเป็นกรณีการขอแปลงสัญชาติทั่วไป

สุดท้ายใน**พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481** หากคู่สมรสเป็นบุคคลเพศเดียวกันอาจจะมีปัญหาในบทบัญญัติมาตรา 21 วรรคสอง ซึ่งกำหนดไว้ว่า

"ในกรณีที่ภริยามิได้ได้มาซึ่งสัญชาติแห่งสามีโดยการสมรส ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติแห่งสามี" และบทบัญญัติในมาตรา 22 วรรคสอง ความว่า

"ถ้าสามีและภริยามีสัญชาติแตกต่างกัน ทรัพย์สินระหว่างสามีและภริยาให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติแห่งสามี" กล่าวคือ จะถือเอาฝ่ายใดเป็นสามี กรณีคู่สมรสมีเพศเดียวกัน

บทสรุป

ปัจจุบันมีประเทศในโลกประมาณ 24 ประเทศ ซึ่งมีกฎหมายอนุญาตให้บุคคลเพศเดียวกันก่อสร้างครอบครัวโดยการจดทะเบียนสมรสหรือจดทะเบียนคู่ชีวิตได้ ในเอเชีย ไต้หวันเป็นแห่งแรกที่มีพระราชบัญญัติคู่ชีวิตประกาศใช้ในปี พ.ศ. 2562 และประเทศเนปาลเป็นลำดับที่ 2 ถ้าพระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียมมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายในวันที่ 22 มกราคม พ.ศ. 2568 ประเทศไทยจะเป็นประเทศแรกในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ที่มีกฎหมายให้บุคคลเพศเดียวกันจดทะเบียนสมรสได้ สำหรับสถานการณ์ในประเทศอื่นแถบเอเชีย สาธารณรัฐแห่งสหภาพเมียนมา และประเทศมาเลเซีย การมีประเวณีของบุคคลเพศเดียวกันผิดกฎหมาย เช่นเดียวกับประเทศศรีลังกา บรูไน บังกลาเทศ และอินโดนีเซีย ซึ่งหากฝ่าฝืนจะมีโทษจำคุกไปจนถึงเฆี่ยนด้วยไม้ ยังมีอีกหลายประเทศที่กำหนดให้การร่วมประเวณีระหว่างบุคคลเพศเดียวกันเป็นความผิดทางอาญา บุคคลหลาก หลายทางเพศจึงต้องผจญกับการถูกเลือกปฏิบัติ ถูกจำคุก และถูกใช้ความรุนแรงตลอดเวลา

การที่ประเทศไทย ไต้หวัน และประเทศเนปาล เป็นสถานที่ในเอเชียซึ่งมีกฎหมายรับรองการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน น่าจะมาจากเหตุผลทางวัฒนธรรมและสังคมการเมืองซึ่งมีลักษณะเฉพาะตัว ในขณะที่ประเทศอื่น ๆ ส่วนใหญ่ในเอเชียถูกสกัดโดยกระแสต่อต้านอย่างรุนแรงจากกลุ่มอนุรักษ์นิยม กลุ่มศาสนา และระบบการเมืองที่ไม่มีความเป็นประชาธิปไตย[6]

[6] CNN, "Same-sex marriage was on a roll in Asia. Not anymore," [online] Available from : https://edition.cnn.com/2024/09/13/asia/same-sex-marriage-in-asia-intl-hnk/index.html [23 September 2024]

การตรากฎหมายรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันในเอเชีย: ศึกษากรณีไต้หวันและเนปาล เปรียบเทียบกับประเทศไทย

The Recognition of Same Sex Marriage Law in Asia: Case Studies in Taiwan and Nepal compared to Thailand

ไชยพัฒน์ ธรรมชุตินันท์

Chaipat Thumchutinun

นิติกรปฏิบัติการ

กองนิติการ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ถนนพระจันทร์ เขตพระนคร กรุงเทพฯ 10200

Legal Officer, Practitioner Level

Legal Affairs Division, Thammasat University, Pra Chan Road, Phra Nakorn, Bangkok 10200

Corresponding author E-mail: chaipat.thum@dome.tu.ac.th

(Received: April 7, 2024; Revised: June 4, 2024; Accepted: August 16, 2024)

บทคัดย่อ

สิทธิในการก่อตั้งครอบครัวเป็นสิทธิมนุษยชนประเภทหนึ่ง และหลายประเทศเริ่มตระหนักถึงความจำเป็นที่จะต้องตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันภายใต้ปัจจัยทางสังคมที่แตกต่างกันไป เช่น การเรียกร้องจากภาคประชาชน การผลักดันจากฝ่ายการเมือง บทบาทขององค์กรตุลาการ นำไปสู่การผลักดันการออกกฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกัน เอเชียเป็นหนึ่งในทวีปที่ต้องเผชิญหน้ากับปรากฏการณ์เหล่านี้เช่นเดียวกัน นำไปสู่ความพยายามออกมาตรการทางกฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกัน บทความฉบับนี้จึงมีขึ้นเพื่อศึกษาและนำเสนอปัจจัยอันนำไปสู่การตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันในไต้หวันและเนปาลที่สามารถก่อตั้งสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันได้สำเร็จ โดยศึกษาเปรียบเทียบกับไทยที่จัดทำพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2567 (พระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียม) โดยรัฐสภา

คำสำคัญ : กฎหมายสมรสเพศเดียวกัน, กฎหมายคู่ชีวิต, การนิติบัญญัติ

Abstract

The “right to found a family” is a fundamental human right. Many countries have recognized the importance of legislating “Same-Sex Marriage Laws” under the influence of various social factors, such as public protests, political support, and the role of judicial organizations through judgments that have spurred the enactment of same-sex marriage laws. Asia is a region that has also experienced this phenomenon, leading to efforts to find legal measures to recognize the “right to found a family” for same-sex couples. This article explores the factors leading to the enactment of “same-sex marriage laws” in Taiwan and Nepal as successful case studies in Asia that recognize the rights of same-sex couples to found a family by law, compared to Thailand where the 24th Amendment of the Civil and Commercial Code Act B.E. 2567 (Equality Marriage Act) was passed by Parliament.

Keywords : Same-Sex Marriage Law, Civil Partnership Law, Legislature

1. บทนำ

แนวคิดเรื่องการรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันเป็นส่วนหนึ่งของการรับรองสิทธิเสรีภาพของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศ ดังเห็นว่าในปัจจุบัน (ตุลาคม ปี ค.ศ. 2024) มีประเทศจำนวน 39 ประเทศที่มีการตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัว[1] เอเชียก็เป็นหนึ่งในทวีปที่ต้องเผชิญหน้ากับกระแสเรียกร้องให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมหรือตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกัน นำไปสู่การเสนอร่างกฎหมายหรือการออกมาตรการทางกฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน โดยมีเหตุปัจจัยที่แตกต่างกันไปตามสภาพสังคม วัฒนธรรมประเพณี และบริบททางการเมืองของแต่ละประเทศ

[1] ได้แก่ อันดอร์รา อาร์เจนตินา ออสเตรเลีย ออสเตรีย เบลเยียม บราซิล แคนาดา ชิลี โคลอมเบีย คอสตาริกา คิวบา เดนมาร์ก เอกวาดอร์ เอสโตเนีย ฟินแลนด์ ฝรั่งเศส เยอรมนี กรีซ ไอซ์แลนด์ ไอร์แลนด์ ลักเซมเบิร์ก มอลตา เม็กซิโก เนปาล เนเธอร์แลนด์ นิวซีแลนด์ นอร์เวย์ โปรตุเกส สโลวีเนีย แอฟริกาใต้ สเปน สวีเดน สวิตเซอร์แลนด์ ไทย ไต้หวัน สหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา และ อุรุกวัย

บทความฉบับนี้จึงมีขึ้นเพื่อยกกรณีศึกษาวิเคราะห์ถึงความพยายามตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันในทวีปเอเชีย ในฐานะภูมิภาคที่มีสภาพสังคม วัฒนธรรมประเพณีที่หลากหลาย และมีลักษณะเฉพาะตัวกว่ายุโรป และนอกเหนือจากไทยนั้น มีเพียงไต้หวันและเนปาลที่ผลักดันร่างกฎหมายสำเร็จ โดยจะศึกษาพัฒนาการ เหตุปัจจัย และสภาพสังคม เพื่อศึกษาเปรียบเทียบกับความพยายามก่อตั้งสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันในไทย

2. พัฒนาการตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันในภาพรวม

ในอดีตการสมรสเป็นสิ่งที่สังคมมองว่าเป็นเรื่องของชายหญิงเท่านั้น[2] ในส่วนของคู่รักเพศเดียวกัน นอกจากจะไม่มีกฎหมายรับรองสิทธิแล้ว ยังมีการกำหนดโทษทางอาญาด้วย[3] ทั้งนี้พฤติกรรมรักร่วมเพศที่จะเป็นความผิดนั้นมักจะจำกัดเฉพาะความสัมพันธ์ระหว่างชายกับชาย ขณะที่ความสัมพันธ์ระหว่างหญิงกับหญิงนั้นมักจะไม่ถูกกำหนดให้เป็นความผิดที่ชัดเจนนัก[4] หรือกรณีกลุ่มประเทศที่ได้รับอิทธิพลจากศาสนาอิสลามก็เป็นไปในทำนองเดียวกัน กฎหมายชารีอะห์ในแนวทางส่วนใหญ่มองว่าการมีเพศสัมพันธ์กับบุคคลเพศเดียวกันสมควรได้รับโทษเท่ากับการคบชู้ ซึ่งหมายถึงจะต้องตัดสินลงโทษประหารชีวิตนั่นเอง นอกจากนี้ รัฐอิสลามบางแห่งยังกำหนดโทษตายกับคนที่ถูกจับได้ว่า มีส่วนเกี่ยวข้องกับพฤติกรรมรักร่วมเพศอีกด้วย อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติในคัมภีร์อัลกุรอานมุ่งไปที่ความสัมพันธ์ระหว่างชายรักชายเป็นส่วนใหญ่ ส่วนหญิงรักหญิงนั้น ไม่มีการระบุห้ามเอาไว้อย่างชัดเจน[5]

ต่อมาในช่วงปลายศตวรรษที่ 18 จนถึงต้นศตวรรษที่ 19 ได้เริ่มมีความเปลี่ยนแปลงในสังคมยุโรป ทั้งการปฏิวัติทางวิทยาศาสตร์ การปฏิวัติทางการแพทย์ และการปฏิวัติอุตสาหกรรม

---

[2] คำอธิบายในลักษณะนี้มีอยู่ในตำรากฎหมายครอบครัวยุคก่อนที่จะมีความตื่นตัวเรื่องสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศโดยทั่วไป โปรดดู Ernest Roguin, **Traité de Droit Civil Compare Le Mariage**, (Paris: F. Pichon, 1904), p.15-17.; ทองเปลว ชลภูมิ และคณะ, **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 (ครอบครัว)**, (พระนคร: โรงพิมพ์อักษรนิติ, 2478), หน้า 64.; เสริม วินิจฉัยกุล, **กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว**, (พระนคร: มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, 2492), หน้า 9.

[3] กิตติศักดิ์ ปรกติ, “การอภิปรายเรื่องเกย์ vs กฎหมาย”, **วารสารนิติศาสตร์**, 13, 2 (มิถุนายน 2526), หน้า 99.

[4] สาธิตา วิมลคุณารักษ์ และธีรเดช มโนลีหกุล, “โครงการศึกษาเชิงวิชาการเพื่อใช้ประกอบการยกร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ....”, **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร**, 16, 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2566), หน้า 250.

[5] BBC NEWS ไทย, “LGBTQ+ : จุดยืนของมุสลิมทั่วโลกต่อความหลากหลายทางเพศ เหมือนกันหมดจริงหรือไม่” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://www.bbc.com/thai/international-61852728 [1 มกราคม 2567]

ซึ่งกระบวนการต่าง ๆ เหล่านี้ได้ก่อให้เกิดวาทกรรมสิทธิมนุษยชนในรูปแบบใหม่ จนเกิดคำกล่าวที่แพร่หลายในหมู่นักสิทธิมนุษยชนว่า “ทุกคนเกิดมาเท่าเทียมกัน”[6] ดังปรากฏว่าภายหลังจากการปฏิวัติฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 ประเทศฝรั่งเศสกลายเป็นประเทศแรกในยุโรปที่ไม่ถือว่าความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างเพศเดียวกันเป็นอาชญากรรม เนื่องจากนโยบายฝรั่งเศสในช่วงนั้นต้องการเป็นรัฐปลอดศาสนา โดยคนกลุ่มนี้ได้โต้แย้งว่าพฤติกรรมรักร่วมเพศเป็นสิทธิส่วนตัวหรือของสังคม ซึ่งไม่ควรจะลงโทษ[7]

เมื่อรัฐเริ่มมีทิศทางไปในแนวทางรัฐฆราวาสมากขึ้น ประกอบกับกระแสธารแห่งข้อความคิดว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่เริ่มมีความสำคัญยิ่งขึ้น ทำให้หลายประเทศเริ่มที่จะยกเลิกความผิดอาญาฐานเป็นพวกรักร่วมเพศ โดยเหตุผลสำคัญของการสนับสนุนการยกเลิกความผิดฐานมีพฤติกรรมรักเพศเดียวกัน เนื่องมาจากแนวคิดว่ากฎหมายอาญาไม่ควรเข้ามาเพื่อกำกับหรือควบคุมศีลธรรมของบุคคลในลักษณะของการบังคับทางจิตใจ โดยเห็นว่าความรักที่มนุษย์มีต่อบุคคลเพศเดียวกันในสังคมเป็นความจริงของชีวิต เป็นความรักที่มนุษย์มีให้แก่กัน ต่างกันตรงที่เขามีความรักต่อเพศเดียวกันเท่านั้น ถึงแม้อาจจะเป็นเรื่องที่ดูท้าทายความเชื่อและสวนทางกับแนวคิดในทางศาสนาที่ยึดถือกันโดยทั่วไปก็ตาม ดังนั้น การตรากฎหมายที่ใช้เฉพาะกับกลุ่มคนที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันหรือใช้กฎหมายที่แตกต่างกันระหว่างคนรักเพศเดียวกันกับคนที่รักต่างเพศ เป็นการดูถูกคุณค่าและความเท่าเทียมของความเป็นมนุษย์ด้วยกันอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ ประกอบกับกฎหมายควรสะท้อนถึงความต้องการที่แท้จริงของสังคม ไม่ใช่เป็นกฎหมายที่เกิดจากความขัดแย้งของศีลธรรม การตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับศีลธรรมก็ควรจะแทรกแซงในขอบเขตที่จำเป็นเท่านั้น[8] แม้ว่าในบางภูมิภาคจะยังคงกำหนดโทษทางอาญาของคู่รักร่วมเพศอยู่จนถึงปัจจุบันเช่นกลุ่มประเทศที่ได้รับอิทธิพลจากศาสนาอิสลาม[9]

นอกจากนี้ การมาถึงของแนวคิดเสรีนิยม (Liberalism) ที่มีต้นกำเนิดจากเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมที่เป็นปัจจัยในการก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงทางแนวคิดทางการเมืองการปกครอง การเปลี่ยนทัศนคติของสังคมในแง่สิทธิเสรีภาพและความเสมอภาค และการให้ความสำคัญกับปัจเจก

---

[6] ณปรัชญ์ บุญวาศ, “พัฒนาการของคนรักเพศเดียวกันท่ามกลางความเปลี่ยนแปลงของบริบทประวัติศาสตร์ตะวันตก”, **วารสารมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเอเชียอาคเนย์**, 5, 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2564), หน้า 139.

[7] เรื่องเดียวกัน, หน้า 136-139.

[8] ณัฐวุฒิ ชัยสายัณห์. **กฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน**. วิทยานิพนธ์ปริญญาดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2558 ; หน้า 206.

[9] เรื่องเดียวกัน, หน้า 184.

ชนมากกว่าความเป็นสังคม นำไปสู่แนวคิดปัจเจกชนนิยมที่มีเป้าหมายสูงสุด ได้แก่ เรื่องเสรีภาพและอิสรภาพของปัจเจกชน ต่อมาแนวคิดปัจเจกชนนิยมได้พัฒนามาเป็นแนวคิดพหุนิยม (Pluralism) ที่มองว่าสังคมมีประโยชน์ที่หลากหลายและขัดแย้งกันอยู่ การปกครองคือการเปิดโอกาสให้ทุกกลุ่มผลประโยชน์เข้าไปแสวงหาผลประโยชน์ให้กับสมาชิกของตนโดยไม่ขัดกับผลประโยชน์ของกลุ่มอื่น รัฐจะมีบทบาทเข้ามาประนีประนอมข้อขัดแย้งระหว่างกลุ่ม ทำให้นโยบายของรัฐออกมามีลักษณะเป็นดุลยภาพระหว่างข้อเรียกร้องของแต่ละกลุ่ม ซึ่งแนวคิดเช่นว่านี้เองทำให้เป็นฐานที่มาในการเรียกร้องสิทธิมนุษยชนรูปแบบต่าง ๆ รวมทั้งสิทธิของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศด้วย[10]

ในชั้นแรก แม้ว่าการรักร่วมเพศจะมิใช่ความรับผิดทางอาญาอีกต่อไป แต่รัฐก็มิได้มีแนวคิดที่จะตรากฎหมายรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเหล่านี้ แม้ว่าบางสังคมจะเปิดโอกาสให้มีการแสดงออกซึ่งอัตลักษณ์ทางเพศและแสดงความรักต่อคู่รักเพศเดียวกันของตนได้ก็ตาม กล่าวได้ว่า ในช่วงนี้ สิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันตกอยู่ในสถานะ “กฎหมายไม่ห้าม แต่กฎหมายก็ไม่ได้รับรอง” จนกระทั่งเกิดกระแสเรียกร้องการตรากฎหมายรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกัน

อนึ่ง นอกจากประเด็นเรื่องสิทธิมนุษยชนและการเรียกร้องสิทธิของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศ ปัจจัยอีกประการหนึ่งซึ่งส่งผลให้รัฐมีความจำเป็นต้องมีการตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศยังมีประเด็นในกรณีที่คนชาติของรัฐนั้นไปสมรสกับชาวต่างประเทศที่เป็นบุคคลเพศเดียวกันในต่างประเทศที่รองรับสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกัน[11] อาจนำมาซึ่งการขัดกันแห่งกฎหมายเอกชนได้ ในกรณีที่คู่รักคู่หนึ่งมีฐานะเป็น “ครอบครัว” แต่เมื่ออยู่ในอีกประเทศหนึ่ง พวกเขากลับไม่มีสถานะเป็น “ครอบครัว” นำไปสู่การตรากฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกันอีกประการหนึ่ง

ประเด็นเรื่องที่จะมีกฎหมายให้สิทธิบุคคลเพศเดียวกันสมรสได้มีข้อถกเถียงกันมาอย่างยาวนาน ฝ่ายที่สนับสนุนการตรากฎหมายว่าด้วยการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันก็อาศัยฐานคิดหลักสิทธิมนุษยชนว่ามนุษย์ทุกคนมีสิทธิเท่าเทียมกัน สิทธิในการก่อตั้งครอบครัวก็ถือเป็นสิทธิมนุษยชนประเภทหนึ่ง การอนุญาตให้บุคคลเพศเดียวกันสามารถสมรสได้ตามกฎหมายก็ไม่เป็นการ

---

[10] ธนโรจน์ หล่อธนะไพศาล, “รักร่วมเพศกับปัญหาการสมรสในทางกฎหมาย”, **บทบัณฑิตย์**, 69, 1 (มีนาคม 2556), หน้า 142-144.

[11] รัชนีกร ลาภวณิชชา พรหมศักดิ์, “การรับรองการสมรสของคนเพศเดียวกันที่กระทำในต่างประเทศ”, **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**, 48, 2 (มิถุนายน 2562), หน้า 313.

กระทบสิทธิของคู่สมรสชายหญิงแต่ประการใด มากไปกว่านั้น การไม่อนุญาตให้บุคคลเพศเดียวกันสมรส อาจเป็นการเลือกปฏิบัติอันเป็นการขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชนด้วย[12]

ด้วยเหตุปัจจัยข้างต้นนี้เอง นำไปสู่การตรากฎหมายรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันหลากหลายระดับด้วยกัน อันจะจำแนกได้ 3 ระดับ ได้แก่ ความสัมพันธ์ระดับการอยู่กินร่วมกัน (Cohabitation) ระดับคู่ชีวิต (Civil Partnership) และระดับคู่สมรส (Marriage)[13]

2.1. การอยู่กินร่วมกัน[14]

การอยู่กินร่วมกัน (Cohabitation) เป็นเรื่องความสัมพันธ์ในทางข้อเท็จจริง ซึ่งความสัมพันธ์ของคู่รักเพศเดียวกันในระดับนี้ อาจกล่าวได้ว่า เป็นกรณีที่รัฐมิได้ห้าม แต่ก็มิได้รับรองความสัมพันธ์ดังกล่าวว่าเป็นความสัมพันธ์ในระดับก่อตั้งครอบครัวตามกฎหมาย ทำให้ความสัมพันธ์ระดับนี้ มักจะเป็นเรื่องของการอยู่กินกันโดยข้อเท็จจริง ไม่ได้มีสิทธิหน้าที่ต่อกันในทางกฎหมายแต่ประการใด[15]

ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) แม้จะไม่มีการรับรองความสัมพันธ์ในระดับการอยู่กินร่วมกันโดยตรง แต่ก็มีแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานโดยอ้อม เช่น ในอังกฤษมีคำพิพากษาวินิจฉัยว่า คู่รักเพศเดียวกันที่อาศัยร่วมกันมานานย่อมถือเสมือนเป็นสามีภริยาตามพระราชบัญญัติการเช่า[16] หรือออสเตรเลียที่มีคำพิพากษาออกมารับรองการอยู่กินร่วมกันของคู่รักเพศเดียวกันโดยพฤตินัย[17]

---

[12] ไพโรจน์ กัมพูสิริ, **รวมบทความกฎหมายลักษณะครอบครัว**, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559), หน้า 362.

[13] เนื้อหาบางส่วนในส่วนนี้ ปรับปรุงและต่อยอดมาจากเนื้อหาบางส่วนของวิทยานิพนธ์ระดับนิติศาสตร์มหาบัณฑิตของผู้เขียน โปรดดู ไชยพัฒน์ ธรรมชุตินันท์. **ปัจจัยสำคัญอันมีอิทธิพลต่อการจัดทำและการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ในส่วนที่เกี่ยวกับการสมรส**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2566 ; หน้า 15-25.

[14] ความสัมพันธ์ในลักษณะนี้มีการเรียกขานด้วยถ้อยคำที่หลากหลาย ทั้ง Unregistered Cohabitation, Common Law Marriage, Domestic Partnership แต่ผู้เขียนจะขอใช้คำกลาง ๆ ว่า “การอยู่กินร่วมกัน” โดยมุ่งพิจารณาถึงการอยู่กินร่วมกันทางข้อเท็จจริงเป็นสำคัญ

[15] Peter De Cruz, **Family Law, Sex and Society A Comparative Study of Family Law**, (Routledge, 2010), p.239. และโปรดดู Jonathan Herring, **Family Law: A Very Short Introduction**, (Oxford University Press, 2014), p.20-21. และเสริม วินิจฉัยกุล, **กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว**, หน้า 9.

[16] Ghaidan v Godin-Mendoza [2004] UKHL 30

[17] Peter De Cruz, **Family Law, Sex and Society A Comparative Study of Family Law**, p.239.

ในส่วนของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) มีกรณีของเนเธอร์แลนด์[18] และฝรั่งเศสที่บัญญัติรับรองความสัมพันธ์ระดับการอยู่กินร่วมกันในประมวลกฎหมายแพ่ง[19]

2.2. คู่ชีวิต

กฎหมายคู่ชีวิตมีลักษณะเป็นการประนีประนอมระหว่างฝ่ายที่เห็นความจำเป็นในการตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกัน แต่ขณะเดียวกันก็ต้องการรักษาน้ำใจของฝ่ายอนุรักษ์นิยมที่ยังมองว่าการสมรสมีคุณค่าบางประการอันควรสงวนให้เฉพาะคู่รักต่างเพศเท่านั้น[20] โดยประเทศแรกที่มีการตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวในระดับคู่ชีวิตคือประเทศเดนมาร์กในปี ค.ศ. 1989 ในชื่อพระราชบัญญัติว่าด้วยการจดทะเบียนคู่ชีวิต (Lov om Registreret Partnerskab)[21] ก่อนที่แนวคิดการจดทะเบียนคู่ชีวิตจะแพร่หลายในยุโรปในเวลาต่อมา

แนวคิดเรื่องคู่ชีวิตตั้งอยู่บนฐานคิดว่าความสัมพันธ์ระหว่างคู่รักเพศเดียวกัน มีสาระสำคัญพื้นฐานที่แตกต่างกับคู่รักชายหญิง[22] มาจากทัศนคติในสังคมยุโรปว่าการสมรสนั้นเป็นการสถาปนาความสัมพันธ์ชั่วชีวิตระหว่างผู้ชายกับผู้หญิงโดยเฉพาะ การสมรสมีลักษณะที่พิเศษไปกว่าสัญญาทั่วไปเพราะมีลักษณะเป็นการก่อตั้งสถานะบุคคลหรือเป็นพันธสัญญาต่อหน้าพระเจ้า[23] ขณะที่การจดทะเบียนคู่ชีวิตมีสถานะเป็นเพียงสัญญาทางแพ่งเท่านั้น[24] ด้วยเหตุที่กล่าวมาจึงเป็นเหตุผลสำคัญ

---

[18] Kees Waaldijk, “Major legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners in the Netherlands,” p.138 [online] Available from : https://scholarlypublications.universiteitleiden.nl/access/item%3A2885643/view [1 June 2024]

[19] Article 515-8 of Code Civil

Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple.

[20] ประสพสุข บุญเดช, **คำอธิบาย กฎหมายครอบครัว**, พิมพ์ครั้งที่ 24 (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2566), หน้า 114-115.

[21] Lov om registreret partnerskab § 1.

[22] Jens M. Scherpe, “A Comparative View on Registered Partnerships and Formal Family Recognition Beyond Marriage”, in **Journal of International and Comparative Law**, 6, 2 (October 2019), p.275.

[23] ณัฐวุฒิ ชัยสายัณห์. **กฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน**. หน้า 21-22.

[24] ไพโรจน์ กัมพูสิริ, **สิทธิและกฎหมายก่อตั้งครอบครัวของบุคคลหลากหลายทางเพศในประเทศไทย**, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2565), หน้า 20-21.

ให้การปฏิบัติต่อคู่รักที่เป็นคนข้ามเพศให้แตกต่างแต่ด้วยสิทธิและประโยชน์ที่กฎหมายรับรองให้อย่างเท่าเทียมกับคู่สมรสชายหญิง อาทิ สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม สิทธิในการมีส่วนเหนือทรัพย์สินที่อีกฝ่ายหามาได้ในระหว่างมีสถานภาพคู่ชีวิต เป็นต้น[25]

ทั้งนี้ หลายประเทศจะมีการตรากฎหมายคู่ชีวิตแยกต่างหากไปจากประมวลกฎหมายแพ่งหรือกฎหมายว่าด้วยการสมรส เช่น เยอรมนีในชื่อรัฐบัญญัติจดทะเบียนคู่ชีวิต (Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft)[26] อังกฤษในชื่อพระราชบัญญัติหุ้นส่วนชีวิต (Civil Partnership Act 2004)[27] สวิตเซอร์แลนด์ในชื่อกฎหมายสมาพันธรัฐว่าด้วยการจดทะเบียนคู่ชีวิตระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน (Loi Fédérale sur le Partenariat Enregistré entre Personnes du Même Sexe)[28] แต่ก็มีประเทศที่รับรองความสัมพันธ์ในระดับคู่ชีวิตในประมวลกฎหมายแพ่งโดยแยกเป็นหมวดหมู่ต่างหากไปจากการสมรส เช่น ฝรั่งเศส ซึ่งฝรั่งเศสจะเรียกความสัมพันธ์ระดับนี้ว่าบันทึกข้อตกลงการอยู่กินตามกฎหมาย (Pacte Civil de Solidarité) หรือที่เรียกกันโดยย่อว่า PACS[29] ซึ่งกฎหมายบันทึกข้อตกลงการอยู่กินตามกฎหมายฝรั่งเศสจะมีลักษณะสิทธิหน้าที่ที่เบาบางกว่าคู่สมรส ในแง่ที่ว่าการจดทะเบียนที่แบบพิธียุ่งยากน้อยกว่า ทั้งการเลิกการเป็นคู่ชีวิตก็ง่ายกว่าการหย่า รวมทั้งประเด็นเรื่องทรัพย์สินที่แตกต่างไปจากเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาด้วย[30]

2.3. คู่สมรส

การสมรส (Marriage) คือการที่บุคคลสองคนมาอยู่กินร่วมกัน และการที่คู่สมรสมาอยู่ร่วมกันโดยมีจุดมุ่งหมายบางประการในทางสังคม[31] การสมรสจึงเป็นทางปฏิบัติในสังคมซึ่งมีความหมายในฐานะสัญลักษณ์ของการจัดตั้งความสัมพันธ์ในครอบครัวโดยนิตินัยเป็นการแน่นอน[32] จะเห็นว่า การสมรสมีลักษณะที่แตกต่างจากการอยู่กินร่วมกันในแง่ที่ว่าการสมรสคือการอยู่กินร่วมกันที่ผ่านกระบวนการทางกฎหมายที่ถือว่ามีการสมรสโดยนิตินัย โดยอาจจะอยู่ในรูปของการจดทะเบียน

---

[25] ฉัตรชัย เอมราช. **ความไม่เสมอภาคในการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ....** . วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2557 ; หน้า 15.

[26] ฉัตรชัย เอมราช, “การรับรองสิทธิตามกฎหมายให้แก่ความสัมพันธ์ของคู่รักเพศเดียวกันในประเทศเยอรมนี”, **วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย**, 37, 2 (กันยายน 2562), หน้า 54.

[27] Peter De Cruz, **Family Law, Sex and Society A Comparative Study of Family Law**, p.265.

[28] See, Article 1 of Loi Fédérale sur le Partenariat Enregistré entre Personnes du Même Sexe

[29] ไพโรจน์ กัมพูสิริ, **สิทธิและกฎหมายก่อตั้งครอบครัวของบุคคลหลากหลายทางเพศในประเทศไทย**, หน้า 20.

[30] Peter De Cruz, **Family Law, Sex and Society A Comparative Study of Family Law**, p.270-272.

[31] ประสพสุข บุญเดช, **คำอธิบาย กฎหมายครอบครัว**, หน้า 113.

[32] John Dewar, **Law and the Family**, 2nd ed. (Butterworths, 1992), p.31.

สมรส การประกอบพิธีกรรมทางศาสนา หรือกระบวนการอื่น ๆ ที่รัฐเห็นว่าหากผ่านกระบวนการนี้แล้ว คู่รักเหล่านั้นย่อมเป็นคู่สมรสตามกฎหมาย

ในอดีตการสมรสเป็นความสัมพันธ์รูปแบบเดียวที่ถือเป็นความสัมพันธ์ในระดับก่อตั้งครอบครัวตามกฎหมาย จึงกล่าวได้ว่าการสมรสเป็นจุดเริ่มต้นของครอบครัวนั่นเอง และเนื่องจากการสมรสในแบบดั้งเดิมมีวัตถุประสงค์เพื่อสืบเผ่าพันธุ์ ประกอบกับอิทธิพลความเชื่อทางศาสนาทำให้การสมรสเป็นเรื่องเฉพาะระหว่างฝ่ายชายและฝ่ายหญิงเท่านั้น และการยึดถือคุณค่าเช่นว่านี้เอง ทำให้สังคมในขณะนั้นเห็นว่า บุคคลเพศเดียวกันไม่สามารถสมรสกันได้ เพราะไม่สามารถปฏิบัติภารกิจในส่วนนี้ได้โดยสภาพ ฉะนั้น เมื่อมีการเรียกร้องสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศ รัฐจึงเลือกใช้วิธีการตรากฎหมายคู่ชีวิตไปพลางก่อน ดังที่ได้อธิบายไว้แล้วในเบื้องต้น

สืบเนื่องจากความสัมพันธ์ระดับคู่ชีวิต มีสิทธิหน้าที่บางประการที่ด้อยกว่าคู่สมรสโดยสภาพ นำไปสู่การเรียกร้องสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันในระดับที่เป็นการสมรส[33] ประกอบกับในหลายประเทศ เมื่อมีการประกาศใช้กฎหมายคู่ชีวิตไปสักระยะหนึ่ง จนคนในสังคมเริ่มเคยชิน นำไปสู่การยกระดับการรับรองความสัมพันธ์ในระดับการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันเป็นระดับคู่สมรสแทน โดยประเทศแรกที่แก้ไขกฎหมายสำเร็จคือเนเธอร์แลนด์ ในปี ค.ศ. 2001

ตัวอย่างประเทศที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและยกเลิกมิให้มีการจดทะเบียนคู่ชีวิตอีก เช่น เดนมาร์ก[34] สวิตเซอร์แลนด์[35] เยอรมนี[36] ซึ่งในกรณีของเยอรมนีมีข้อสังเกตว่า แม้จะ

---

[33] Paul Mitchell, **The Law Book Big Ideas Simply Explained**, (Dorling Kindersley Limited, 2020), p.293.

[34] โปรดดู พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติว่าด้วยการสิ้นสุดสมรสและการบอกล้างการสมรส พระราชบัญญัติว่าด้วยผลทางกฎหมายของการสมรส และพระราชบัญญัติการบริหารความยุติธรรม และยกเลิกพระราชบัญญัติว่าด้วยการจดทะเบียนคู่ชีวิต (Lov om ændring af lov om ægteskabs indgåelse og opløsning, lov om ægteskabets retsvirkninger og retsplejeloven og om ophævelse af lov om registreret partnerskab) ของเดนมาร์ก

[35] The Federal Council, “Le “mariage pour tous” entrera en vigueur le 1er juillet 2022,” [online] Available from : https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-85912.html#:~:text= Une%20large%20majorit%C3%A9%20de%20la,populaire%20du%2026%20septembre%202021. [1 June 2024]

[36] ปิยพร โกมุที. **สิทธิและเสรีภาพในการสมรสของบุคคลเพศทางเลือก**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563 ; หน้า 100. และโปรดดู รัฐบัญญัติว่าด้วยการก่อตั้งสิทธิการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกัน (Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts) ของเยอรมนี

ไม่มีการเปิดให้คู่รักเพศเดียวกันจดทะเบียนคู่ชีวิตเพิ่มเติมแล้ว แต่คู่รักที่จดทะเบียนเพศเดียวกันก่อนปี ค.ศ. 2017 ยังคงมีสถานะคู่ชีวิตต่อไปหรือจะยกระดับความสัมพันธ์เป็นคู่สมรสโดยการจดทะเบียนสมรสก็ได้ ถ้าคู่ชีวิตไม่ไปจดทะเบียนสมรสก็จะยังคงมีสถานะคู่ชีวิตต่อไป และยังมีสถานะคู่ชีวิตในประเทศที่รับรองความสัมพันธ์ในระดับคู่ชีวิตอีกด้วย[37]

นอกจากนี้ บางประเทศก็ยังคงเปิดให้มีการจดทะเบียนได้ทั้งระดับคู่สมรสและคู่ชีวิต เช่น ในฝรั่งเศส[38] และเนเธอร์แลนด์[39]

3. ความพยายามตรากฎหมายว่าด้วยการสมรสเพศของบุคคลเดียวกันในเอเชีย

ทวีปเอเชียถือได้ว่ามีความตื่นตัวในเรื่องการตรากฎหมายว่าด้วยการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันค่อนข้างล่าช้า ในช่วงที่ยุโรปเริ่มยกระดับการรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันในระดับที่เป็นการสมรสเท่ากับคู่สมรสต่างเพศ ฝ่ายนิติบัญญัติของกลุ่มประเทศในเอเชียเพิ่งจะมีการเสนอร่างกฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวในระดับคู่ชีวิต ทั้งหลายประเทศก็ยังประสบความล้มเหลวในการเสนอร่างกฎหมายเข้าสู่การพิจารณาของฝ่ายนิติบัญญัติอีกด้วย

จากปรากฏการณ์การตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันในยุโรปแล้ว สามารถจำแนกแนวทางเพื่อเป็นต้นแบบในการตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกัน อันประเทศในเอเชียจะนำมาเป็นแนวทางได้ 2 ประเด็น ดังนี้[40]

1. ข้อพิจารณาในเชิงรูปแบบ ได้แก่ การแก้ไขกฎหมายเดิมเพื่อรับรองสิทธิในการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน และการตรากฎหมายเฉพาะต่างหากไปจากกฎหมายว่าด้วยการสมรสของบุคคลต่างเพศ

---

[37] เรื่องเดียวกัน

[38] โปรดดู รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 21 ธันวาคม 2000 ว่าด้วยการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่ง บรรพ 1 เกี่ยวกับการเปิดให้บุคคลเพศเดียวกันสามารถสมรสได้ (Wet van 21 december 2000 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht) ของเนเธอร์แลนด์

[39] โปรดดู มาตรา 80a และมาตรา 30 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเนเธอร์แลนด์ (Burgerlijk Wetboek)

[40] เป็นการจัดกลุ่มโดยผู้เขียนเอง

2. ข้อพิจารณาในเชิงเนื้อหา ได้แก่ การบัญญัติรับรองสิทธิหน้าที่ของคู่รักเพศเดียวกันเท่ากับคู่รักต่างเพศ หรือกำหนดสิทธิหน้าที่แบบพิธีบางประการให้ต่างไปจากกฎหมายว่าด้วยการสมรสของบุคคลต่างเพศ

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าภาพลักษณ์ของเอเชียจะมีท่าทีที่อนุรักษ์นิยม แต่ก็เริ่มมีสัญญาณต่าง ๆ ที่ชี้ให้เห็นถึงความเปิดกว้างและการยอมรับกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศในเอเชีย ดังปรากฏว่าเมื่อปี ค.ศ. 2023 ศาลสูงกรุงโซลของเกาหลีใต้มีคำพิพากษารับรองสิทธิของคู่รักเพศเดียวกันเป็นครั้งแรกของประเทศ จากกรณีที่สำนักงานประกันสุขภาพแห่งชาติยกเลิกสิทธิประโยชน์ของคู่รักที่เป็นเพศเดียวกัน[41] ขณะเดียวกันที่ญี่ปุ่น ศาลญี่ปุ่นมีคำพิพากษาว่าการไม่อนุญาตให้บุคคลเพศเดียวกันสมรสกันนั้น เป็น ‘สถานะที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ’[42] นำไปสู่การเตรียมการเสนอร่างกฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันเป็นการทั่วไป หรือกรณีของฮ่องกงที่ศาลพิพากษาให้คู่รักเพศเดียวกันมีสิทธิในการจัดการมรดกของอีกฝ่ายได้[43]

แม้ว่าบางประเทศจะมีท่าทีที่ยอมรับการมีอยู่ของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศ แต่หลายประเทศก็ยังไม่มีแนวโน้มว่าจะสนับสนุนการตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิของบุคคลเพศเดียวกัน เช่น สิงคโปร์ที่แม้ว่าจะมีการยกเลิกความผิดอาญาฐานมีเพศสัมพันธ์กับเพศเดียวกัน แต่ฝ่ายนิติบัญญัติก็มีการเสนอแก้ไขรัฐธรรมนูญอันเป็นอุปสรรคในการเปิดช่องให้การตรากฎหมายรับรองการสมรสของบุคคลในสิงคโปร์เป็นไปได้ยากยิ่งขึ้น[44] หรือกรณีอินเดียที่แม้ว่าจะยกเลิกความผิดอาญาฐานรักร่วมเพศ[45] แต่ก็ไม่มีท่าทีว่าจะรับรองให้บุคคลเพศเดียวกันสมรสได้ตามกฎหมาย ปัจจุบัน (มิถุนายน) มีเพียงไต้หวันและเนปาลที่สามารถผลักดันการรับรองสิทธิในการก่อตั้ง

---

[41] BBC NEWS, “South Korea court recognises same-sex couple rights for first time,” [online] Available from : https://www.bbc.com/news/world-asia-64714625 [5 January 2024]

[42] วิโรจน์ เลิศจิตต์ธรรม, “ศาลญี่ปุ่นตัดสินให้การไม่อนุญาตคนเพศเดียวกันแต่งงาน เป็น ‘สถานะที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ’” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://thestandard.co/japan-court-banning-same-sex-marriage-is-unconstitutional-status/ [5 มกราคม 2567]

[43] Hans Tse, “Hong Kong court rules in favour of same-sex couples’ equal inheritance rights following gov’t appeal,” [online] Available from : https://hongkongfp.com/2023/10/24/breaking-hong-kong-court-rules-in-favour-of-same-sex-couples-equal-inheritance-rights-following-govt-appeal/ [6 January 2024]

[44] BBC NEWS ไทย, “LGBT : ประวัติศาสตร์อันมืดมนของกลุ่มเพศทางเลือกในสิงคโปร์กำลังจะเปลี่ยนไป” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://www.bbc.com/thai/international-63850751 [5 มกราคม 2567]

[45] ณรงค์กร มโนจันทร์เพ็ญ, “ศาลสูงสุดอินเดียอาจพิจารณายกเลิกให้เกย์ และการรักร่วมเพศเป็นความผิดทางอาญา” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://thestandard.co/india-supreme-court-says-it-may-strike-down-law-banning-gay-sex/ [5 มกราคม 2567]

ครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันได้สำเร็จ จึงมีข้อควรพิจารณาถึงเหตุปัจจัยและลักษณะการออกมาตรการทางกฎหมายของทั้ง 2 แห่งนี้ ดังจะได้อธิบายต่อไป

3.1. ไต้หวัน

ไต้หวันเป็นที่แรกในเอเชียที่มีการตรากฎหมายรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกัน ไต้หวันถือเป็นกรณีศึกษาที่น่าสนใจในเรื่องของบทบาทขององค์กรตุลาการในการเร่งรัดฝ่ายนิติบัญญัติในการจัดทำกฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันในรูปของคำวินิจฉัยของศาลของสภาตุลาการ ทั้งยังมีปรากฏการณ์การตอบโต้คำวินิจฉัยสภาตุลาการโดยฝ่ายอนุรักษ์นิยมในไต้หวัน ดังจะได้กล่าวในลำดับต่อไป

3.1.1. ภูมิหลัง

กฎหมายครอบครัวของไต้หวันบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายแพ่งจีนสมัยสาธารณรัฐที่ยกร่างตามแนวทางของเยอรมัน ญี่ปุ่น และสวิตเซอร์แลนด์[46] ดังนี้จึงอาจกล่าวได้ว่า ไต้หวันเป็นระบบกฎหมายซีวิลลอว์ เนื่องจากมีประมวลกฎหมายแพ่งที่มีรากฐานมาจากกฎหมายโรมันผ่านอิทธิพลกฎหมายยุโรปนั่นเอง

ในชั้นแรก การเรียกร้องการตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันในไต้หวันถูกคาดหวังให้เป็นบทบาทสำคัญของฝ่ายนิติบัญญัติ ในปี ค.ศ. 1986 นักกิจกรรมชาวไต้หวันได้ยื่นคำร้องกับสภานิติบัญญัติหยวน (Legislative Yuan) **(立法院)** เพื่อโต้แย้งคำตัดสินของศาลที่ปฏิเสธคำขอของเขาที่จะสมรสกับบุคคลเพศเดียวกัน สภานิติบัญญัติหยวนปฏิเสธการตอบรับทั้งอธิบายว่าการสมรสเป็นสถาบันที่ให้กำเนิด “ทรัพยากรมนุษย์ใหม่เพื่อชาติ” ขณะที่กลุ่มรักร่วมเพศต้องการเพียงความพึงพอใจทางเพศเท่านั้น[47] นักกิจกรรมท่านนี้พยายามเรียกร้องสิทธิดังกล่าวอีกครั้งในปี ค.ศ. 2000 แต่ก็พบกับความล้มเหลว[48]

ในปี ค.ศ. 2001 สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจากพรรคประชาธิปไตยก้าวหน้า **(民主進步黨)** พยายามเสนอร่างกฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกัน[49] ตามมาด้วยการเสนอร่างกฎหมายเข้าการพิจารณาของฝ่ายนิติบัญญัติตั้งแต่ปี ค.ศ. 2003 แต่ก็

---

[46] อาร์ม ตั้งนิรันดร, **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับระบบกฎหมายจีน**, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2557), หน้า 45-47.

[47] Ming-Sho Ho, “Taiwan’s Road to Marriage Equality: Politics of Legalizing Same-sex Marriage”, in **The China Quarterly**, 238 (June 2019), p.482-483.

[48] Nadia Magdalena and Apriani A. Amenes, “The Implications of Legalizing Same-Sex Marriage in Taiwan”, in **Papua Journal of Diplomacy and International Relations**, 1, 2 (November 2021), p.140.

[49] Ibid.

ประสบกับความล้มเหลว เนื่องจากเสียงคัดค้านของเสียงข้างมากในฝ่ายนิติบัญญัติ[50] หรือในปี ค.ศ. 2013 สมาชิกสภานิติบัญญัติ 22 คนได้ลงนามในร่างข้อเสนอเพื่ออนุญาตให้บุคคลเพศเดียวกันสามารถสมรสได้ตามกฎหมาย แต่ได้รับทั้งการต่อต้านจากสาธารณะและฝ่ายการเมืองจากพรรคก๊กมินตั๋ง **(國民黨)**[51] ซึ่งข้อเรียกร้องทั้งหมดเป็นการเสนอร่างกฎหมายในลักษณะกฎหมายเฉพาะ

แม้กระบวนการนิติบัญญัติจะประสบกับความล้มเหลว แต่ความพยายามเสนอร่างกฎหมายอยู่เรื่อย ๆ ก็ทำให้ประเด็นเรื่องการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันก็เป็นที่อภิปรายแพร่หลายในไต้หวัน[52]

ในช่วงนี้เอง ภาคประชาชนเริ่มใช้วิธีการทางศาล ในการเรียกร้องสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกัน ในวันที่ 24 มีนาคม ค.ศ. 2017 สภาตุลาการหยวน (The Judicial Yuan) **(司法院)** ซึ่งเป็นองค์กรตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในไต้หวัน[53] ได้มีคำสั่งรับพิจารณาคำร้องของ ผู้ร้องทั้งสอง ได้แก่ คำร้องที่ 12674 ที่ยื่นโดย นายเชียเวย ชิ (Chia-Wei-Chi) **(郝家威)** และคำร้องที่ 12771 ที่ยื่นโดยรัฐบาลแห่งเมืองไทเป โดยคำร้องดังกล่าวมีเนื้อหาโต้แย้งบทบัญญัติแห่งกฎหมายเรื่องการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวันที่บัญญัติให้การสมรสจะกระทำได้ระหว่างบุคคลเพศชายและหญิงเท่านั้น ซึ่งผู้ร้องทั้งสองเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีลักษณะเป็นการขัดหรือแย้งมาตรา 7 มาตรา 22 และมาตรา 23 แห่งรัฐธรรมนูญไต้หวัน[54]

ต่อมาสภาตุลาการได้ออกคำวินิจฉัยเลขที่ 748 ลง ณ วันที่ 24 พฤษภาคม ค.ศ. 2017 ได้วินิจฉัยว่าประมวลกฎหมายแพ่งในส่วนที่เกี่ยวกับการสมรส ที่บัญญัติห้ามบุคคลสองคนซึ่งมีเพศเดียวกันจดทะเบียนสมรสนั้น ขัดต่อหลักเสรีภาพของบุคคลในการสมรส และขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันของมนุษย์ อันเป็นหลักการสำคัญที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ สภาตุลาการ

---

[50] Elaine Jeffreys and Pan Wang, “Pathways to Legalizing Same-Sex Marriage in China and Taiwan: Globalization and “Chinese Values””, in **Global Perspectives on Same-Sex Marriage**, eds. Bronwyn Winter, Maxime Forest, Réjane Sénac (Palgrave Macmillan: Cham, 2017), p.212.

[51] Timothy S Rich, “Electoral paths and support for same-sex marriage legislation: Evidence from Taiwan’s mixed-member system”, in **International Political Science Review**, 38, 5 (November 2017), p.568.

[52] Nadia Magdalena and Apriani A. Amenes, “The Implications of Legalizing Same-Sex Marriage in Taiwan”, in **Papua Journal of Diplomacy and International Relations**, p.140-141.

[53] Article 78 of Constitution of the Republic of China (Taiwan)

The Judicial Yuan shall interpret the Constitution and shall have the power to unify the interpretation of laws and orders.

[54] ปิยพร โกมุที. **สิทธิและเสรีภาพในการสมรสของบุคคลเพศทางเลือก**. หน้า 103.

ยังมีคำสั่งให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องจะต้องดำเนินการแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวภายใน 2 ปี นับแต่วันที่ออกคำวินิจฉัยนี้[55] กล่าวได้ว่า คำวินิจฉัยของสภาตุลาการนี้เอง มีส่วนช่วยในการเร่งรัดฝ่ายนิติบัญญัติให้ตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันในไต้หวัน

อย่างไรก็ดี ขณะที่ฝ่ายนิติบัญญัติของไต้หวันเตรียมการร่างกฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันตามคำบังคับของสภาตุลาการ ฝ่ายอนุรักษ์นิยมในไต้หวันได้ตอบโต้คำวินิจฉัยของสภาตุลาการโดยการจัดประชามติซึ่งมีประเด็นว่าเห็นด้วยกับการรับรองสิทธิในการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันในประมวลกฎหมายแพ่งหรือไม่[56] ซึ่งผลการประชามติจบลงที่ผู้ออกเสียงส่วนใหญ่ไม่เห็นด้วย[57] ทั้งนี้ สภาตุลาการก็ออกมาแถลงว่าผลการประชามติไม่มีผลเป็นการลบล้างคำวินิจฉัยของศาลแต่ประการใด[58]

เนื่องด้วยกระแสการตอบโต้ของสังคมที่รุนแรงเช่นนี้ ทำให้ฝ่ายบริหารต้องแสดงออกถึงการเคารพผลการประชามติโดยการประกาศว่าจะไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่ง แต่จะใช้วิธีตรากฎหมายพิเศษแทน[59] นำไปสู่การออกรัฐบัญญัติว่าด้วยการบังคับใช้คำวินิจฉัยเลขที่ 748 ของสภาตุลาการ **(司法院釋字第七四八號解釋施行法)** เพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันนั่นเอง

3.1.2. ลักษณะของกฎหมายรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันในไต้หวัน

รัฐบัญญัติว่าด้วยการบังคับใช้คำวินิจฉัยเลขที่ 748 ของสภาตุลาการ เป็นกฎหมายที่ออกมาแยกต่างหากจากประมวลกฎหมายแพ่งซึ่งมีเหตุมาจากการประนีประนอมระหว่างคำวินิจฉัย

---

[55] BBC NEWS ไทย, “LGBT: สภาไต้หวันผ่านกฎหมายแต่งงานเพศเดียวกันครั้งแรกในเอเชีย” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://www.bbc.com/thai/international-48307052 [31 ธันวาคม 2566]

[56] Brian Hioe, “Referendum against gay marriage reaches necessary threshold,” [online] Available from : https://newbloommag.net/2018/04/18/anti-gay-referendum-threshold/ [31 December 2023]

[57] BBC NEWS, “Taiwan voters reject same-sex marriage in referendums,” [online] Available from : https://www.bbc.com/news/world-asia-46329877 [31 December 2023]

[58] Ryan Drillsma, “Judicial Yuan SG: Constitutional Court ruling on same-sex marriage cannot be overridden by referendums,” [online] Available from : https://web.archive.org/web/20181201180931/https://www.taiwannews.com.tw/en/news/3585861 [31 December 2023]

[59] Keoni Everington, “After referendum defeat, Taiwan’s premier calls for creating special law for marriage equality,” [online] Available from : https://web.archive.org/web/20181202024702/https://www.taiwannews.com.tw/en/news/3586619 [31 December 2023]

ของสภาตุลาการกับผลประชามติของฝ่ายอนุรักษ์นิยมในไต้หวัน ดังได้อธิบายไว้ข้างต้นแล้ว โดยรัฐบัญญัติว่าด้วยการบังคับใช้คำวินิจฉัยเลขที่ 748 ของสภาตุลาการมีทั้งหมด 27 มาตรา มีลักษณะเป็นการนำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวันมาเป็นแบบในการบัญญัติ[60] เช่น เงื่อนไขการจดทะเบียน สิทธิหน้าที่ในการมีความผูกพันเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน[61] หน้าที่อุปการะเลี้ยงดู[62] ระบบทรัพย์สินระหว่างคู่ชีวิต[63] สิทธิในการรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรม[64] นอกจากนี้ ยังมีบทบัญญัติให้นำประมวลกฎหมายแพ่งมาบังคับใช้โดยอนุโลมในเรื่องอื่น ๆ ด้วย[65] จึงอาจกล่าวได้ว่า สิทธิของคู่ชีวิตตามรัฐบัญญัติว่าด้วยการบังคับใช้คำวินิจฉัยเลขที่ 748 ของสภาตุลาการ เป็นไปในทำนองเดียวกับคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่ง เพียงแต่ไม่เรียกว่าคู่สมรสเท่านั้น

---

[60] ไพโรจน์ กัมพูสิริ, **สิทธิและกฎหมายก่อตั้งครอบครัวของบุคคลหลากหลายทางเพศในประเทศไทย**, หน้า 18.

[61] Article 10 of Act for Implementation of J.Y. Interpretation No. 748

The provisions of Articles 996 to 998 of the Civil Code concerning the legal requirements and effects of annulment shall apply mutatis mutandis to a union as stated in Article 2.

In the event where a union as stated in Article 2 has been nullified or annulled, the provisions of Article 999 and Article 999-1 of Civil Code concerning the determination of child custody and guardianship, damages, alimony and recovery of property shall apply mutatis mutandis.

[62] Article 11 of Act for Implementation of J.Y. Interpretation No. 748

Parties of a union as stated in Article 2 are under mutual obligation to cohabit, unless for a good cause.

[63] Article 15 of Act for Implementation of J.Y. Interpretation No. 748

Provisions of Chapter 2 Section 4 of Civil Code concerning matrimonial property regimes shall apply mutatis mutandis to parties to a union as stated in Article 2.

[64] Article 23 of Act for Implementation of J.Y. Interpretation No. 748

Each party to a union as stated in Article 2 is a statutory successor to the other party, whom shall have the rights to inherit the property of each other. The provisions of Part V of Civil Code shall apply mutatis mutandis to the parties of a union as stated in Article 2.

The provisions of Part V Succession of Civil Code concerning spouses shall apply mutatis mutandis to the parties of a union as stated in Article 2.

[65] Article 24 of Act for Implementation of J.Y. Interpretation No. 748

The provisions of Part I General Principles and Part II Obligations of Civil Code concerning couples, spouses, conclusion of marriage or marriages shall apply mutatis mutandis to a union as stated in Article 2.

Laws other than Civil Code concerning couples, spouses, conclusion of marriage or marriages, and regulations that arises due to spouses or couples shall apply mutatis mutandis to a union as stated in Article 2, unless otherwise excluded by this Act or other specific regulations.

อย่างไรก็ดี มีเสียงวิพากษ์วิจารณ์จากกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศบางส่วนในไต้หวันว่า รัฐบัญญัติว่าด้วยการบังคับใช้คำวินิจฉัยเลขที่ 748 ของสภาตุลาการเพียงให้สิทธิ “เกือบเทียบเท่า” กับคู่สมรสชายหญิงตามประมวลกฎหมายแพ่งเท่านั้น แม้ว่าบทบัญญัติมาตรา 4 ของรัฐบัญญัติว่าด้วยการบังคับใช้คำวินิจฉัยเลขที่ 748 ของสภาตุลาการจะบัญญัติว่าการจดทะเบียนตามกฎหมาย 748 ถือเป็นการจดทะเบียนสมรสที่ถูกต้องตามกฎหมาย[66] รูปแบบการจดทะเบียนและเอกสารจดทะเบียนสมรสจึงไม่แตกต่างจากคู่สมรสชายหญิงทั่วไป ดังนั้น จึงสามารถนำสิทธิหน้าที่ของคู่สมรสชายหญิงตามประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวันบางประการมาบังคับใช้กับคู่สมรสเพศเดียวกันในรัฐบัญญัติว่าด้วยการบังคับใช้คำวินิจฉัยเลขที่ 748 ของสภาตุลาการได้โดยอนุโลม (*Mutatis Mutandis*) อย่างไรก็ดี สิทธิของคู่ชีวิตบางประเภทตามรัฐบัญญัติว่าด้วยการบังคับใช้คำวินิจฉัยเลขที่ 748 ยังคงด้อยกว่าคู่สมรส อันจะเรียงประเด็นได้ต่อไปนี้[67]

1. การสมรสของชาวต่างชาติในไต้หวันที่อนุญาตเฉพาะคู่รักเพศเดียวกันต่างชาติที่มีกฎหมายรับรองการสมรสเพศเดียวกันในรัฐแห่งสัญชาติของคู่รักแล้วเท่านั้น

2. การอนุญาตให้คู่รักเพศเดียวกันรับบุตรบุญธรรมร่วมกันโดยต้องมีสายเลือดของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ทำให้คู่รักเพศเดียวกันไต้หวันไม่สามารถรับบุตรบุญธรรมที่มิได้มีสายเลือดของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร่วมกันได้ (Joint Adoption)

3. การไม่อนุญาตให้คู่รักเพศเดียวกันดำเนินการตั้งครรภ์แทนโดยใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์

อย่างไรก็ดี ในปี ค.ศ. 2023 ไต้หวันได้แก้ไขรัฐบัญญัติว่าด้วยการบังคับใช้คำวินิจฉัยเลขที่ 748 ของสภาตุลาการเพื่อเพิ่มสิทธิรองรับการจดทะเบียนคู่ชีวิตของคู่รักชาวไต้หวันและชาวต่างชาติยกเว้นจีนแผ่นดินใหญ่ โดยไม่ต้องพิจารณาตามกฎหมายเดิมว่ารัฐต้นกำเนิดของคู่สมรสรองรับกฎหมายสมรสเท่าเทียมแล้วหรือไม่ นอกจากนี้ ยังแก้ไขเพิ่มเติมให้คู่ชีวิตสามารถรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้อีกด้วย[68]

---

[66] Article 4 of Act for Implementation of J.Y. Interpretation No. 748

In accordance to the J. Y. Interpretation No.748 and this Act, a union, as stated in Article 2, shall be effected in writing, which requires the signatures of at least two witnesses, and by marriage registration at the Household Administration Bureau.

[67] ชวินโรจน์ ธีรพัชรพร, “ถอดบทเรียนสมรสเท่าเทียม LGBT ไต้หวัน (ตอนที่ 2): การต่อสู้ที่ยังไม่สิ้นสุดเพื่อการสมรสเท่าเทียมที่แท้จริง” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://thestandard.co/lgbt-taiwan/ [31 ธันวาคม 2566]

[68] ณิชกมล บุญประเสริฐ, “ไต้หวันขยายสิทธิให้คู่รัก LGBTQ+ รับเลี้ยงบุตรบุญธรรมร่วมกันได้” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://urbancreature.co/same-sex-marriage-child-adopt-taiwan/ [31 ธันวาคม 2566]

อนึ่ง แม้ว่าจะมีความพยายามอธิบายว่าไต้หวันเป็นที่แรกในเอเชียที่รองรับการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน (Same Sex Marriage)[69] แต่พิจารณารูปแบบและโครงสร้างของบทบัญญัติของรัฐบัญญัติว่าด้วยการบังคับใช้คำวินิจฉัยเลขที่ 748 ของสภาตุลาการก็มีสถานะเป็นเพียงกฎหมายคู่ชีวิต (Civil Partnership Law) เท่านั้น เพราะนอกจากในเชิงรูปแบบจะเป็นการตรากฎหมายแยกต่างหากจากประมวลกฎหมายแพ่งแล้ว ในแง่เนื้อหาสิทธิหน้าที่ระหว่างคู่ชีวิตตามรัฐบัญญัติว่าด้วยการบังคับใช้คำวินิจฉัยเลขที่ 748 ของสภาตุลาการ ก็ไม่ได้เท่ากับคู่สมรสอย่างแท้จริง จึงเป็นเรื่องที่ต้องรอการพัฒนากฎหมายจากฝ่ายนิติบัญญัติประกอบกับกระแสต่อต้านจากฝ่ายอนุรักษ์นิยมในไต้หวันที่ลดลง อันอาจนำไปสู่การแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวันเพื่อให้เกิดการสมรสเท่าเทียมที่แท้จริง ดังปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นในยุโรป

3.2. เนปาล

เนปาลเป็นรัฐที่มีกรณีศึกษาที่น่าสนใจ ด้วยเพิ่งมีสถานะเป็นรัฐฆราวาสเมื่อปี ค.ศ. 2015[70] หลังจากที่ก่อนหน้านี้มีภาพลักษณ์เป็นรัฐศาสนาฮินดูมากกว่า ทั้งเป็นรัฐที่องค์กรศาลมีแนวคิดที่ก้าวหน้าพอสมควร ดังจะอธิบายรายละเอียดต่อไป[71]

3.2.1. ภูมิหลัง

เดิมทีพฤติกรรมรักร่วมเพศในเนปาลถือเป็นความผิดทางอาญา[72] ต่อมาฐานความผิดดังกล่าวได้ถูกยกเลิกไปภายหลังเนปาลเปลี่ยนแปลงการปกครองเป็นระบอบสาธารณรัฐและการก่อตั้งสาธารณรัฐนี้เอง ที่ทำให้เนปาลมีท่าทีที่คำนึงถึงสิทธิเสรีภาพยิ่งขึ้น อย่างไรก็ดี เนื่องจากการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ยังเป็นไปอย่างล่าช้า และปัญหาเสถียรภาพทางการเมืองทำให้ฝ่ายการเมืองของเนปาลมีภาพลักษณ์ที่อ่อนแอ และไม่ค่อยประสบความสำเร็จในการตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันนัก ทำให้บทบาทหลักในการผลักดันการตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของเนปาลจะอยู่ที่องค์กรตุลาการเป็นสำคัญ

---

[69] Ming-Sho Ho, “Taiwan’s Road to Marriage Equality: Politics of Legalizing Same-sex Marriage”, in **The China Quarterly**, p.499.

[70] ประชาไท, “เนปาลใช้ รธน.ใหม่-เป็นรัฐฆราวาส-ยูเอ็นขอให้แก้ไขสถานการณ์ด้วยสันติ” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://prachatai.com/journal/2015/09/61543 [31 ธันวาคม 2566]

[71] P. K. Irani, “Nepal,” in **International Encyclopedia of Comparative Law: Volume I: National Reports**, ed. Viktor Knapp (Paris: Hague, 1973), p.N-5.

[72] ICJ, “Sunil Babu Pant and Others/ v. Nepal Government and Others, Supreme Court of Nepal (21 December 2007),” [online] Available from : https://www.icj.org/sogicasebook/sunil-babu-pant-and-others-v-nepal-government-and-others-supreme-court-of-nepal-21-december-2007/ [31 December 2023]

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า ระบบกฎหมายเนปาลมีลักษณะเป็นระบบกฎหมายผสม[73] แม้ว่าเนปาลจะมีประมวลกฎหมายแพ่ง แต่ประมวลกฎหมายแพ่งเนปาลก็มีลักษณะที่สะท้อนประเพณีฮินดูมากกว่ากฎหมายโรมัน และคำพิพากษาศาลเนปาลยังมีอิทธิพลอย่างยิ่งต่อระบบกฎหมายเนปาล ซึ่งสะท้อนอิทธิพลของระบบคอมมอนลอว์ ดังนี้ สอดคล้องกับแนวคำอธิบายว่าบ่อเกิดของกฎหมายเนปาลประกอบไปด้วยกฎหมายลายลักษณ์อักษร คำพิพากษาของศาล และจารีตประเพณี[74] จึงกล่าวได้ว่าระบบกฎหมายเนปาลเป็นระบบกฎหมายผสมระหว่างจารีตประเพณีกับระบบคอมมอนลอว์และระบบซีวิลลอว์[75]

เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งของเนปาลระบุให้การยอมรับการแต่งงานระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น[76] และไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่นรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกัน แต่ก็ยังมีการแสดงออกโดยกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศในลักษณะที่มีการ

---

[73] กรศุทธิ์ ขอพ่วงกลาง, “ระบบกฎหมายผสม”, **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**, 36, 3 (กันยายน 2550), หน้า 585-586.

[74] P. K. Irani, “Nepal,” in **International Encyclopedia of Comparative Law: Volume I National Reports**, ed. Viktor Knapp, p.N-7.

[75] Lukas Heckendorn Urscheler, “Innovation in a Hybrid System: The Example of Nepal”, in **Potchefstroom Electronic Law Journal**, 15, 3 (October 2012), p.99-100.

[76] National Civil Code of Nepal

Article 67

Marriage deemed to be concluded: If a man and a woman accept each other as the husband and wife through any occasion, ceremony, formal or other act, a marriage shall be deemed to have been concluded.

Article 68

(1) Marriage to be inviolable social bond: (1) Marriage shall be a permanent, inviolable and holy social and legal bond, which is based on free consent and established to start conjugal and family life between a man and a woman.

(2) The marital bond referred to in sub-section (1) shall subsist until extinguished pursuant to Section 82.

Article 69

Freedom of marriage:

(1) Every person shall, subject to law, have the freedom to conclude a marriage, establish a family and spend a conjugal life.

(2) A marriage must be made, or caused to be made, public irrespective of the manner used to conclude it.

(3) Every person’s family life shall be inviolable.

เรียกร้องสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันเรื่อยมา เช่น ในปี ค.ศ. 2011 มีคู่รักหญิงรักหญิงชาวอเมริกาเข้ามาจัดพิธีสมรสตามธรรมเนียมศาสนาฮินดูที่เนปาล โดยมีนักกิจกรรมกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศของเนปาลเข้าร่วมด้วย โดยพิธีสมรสครั้งนี้ถูกกล่าวอ้างว่าเป็นครั้งแรกในเนปาลที่มีการจัดพิธีสมรสทางศาสนาในที่สาธารณะแก่คู่รักเพศเดียวกัน[77] หรือในปี ค.ศ. 2017 ที่มีคู่รักชายรักชายอ้างว่าพวกเขาสามารถจดทะเบียนสมรสได้สำเร็จ[78] แต่โฆษกกระทรวงมหาดไทยของเนปาลก็ออกมายืนยันว่าการจดทะเบียนสมรสตกเป็นโมฆะ

เนื่องจากความล่าช้าของฝ่ายนิติบัญญัติดังที่กล่าวไป ศาลสูงสุดจึงพยายามจะแก้ปัญหาในเรื่องนี้ด้วยการสั่งให้มีการจัดตั้งระบบจดทะเบียนชั่วคราวให้กับคู่รักเพศเดียวกัน จนกว่ารัฐสภาจะมีการเปลี่ยนแปลงกฎหมาย ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า ศาลเนปาลมีแนวคิดที่ก้าวหน้าในเรื่องความหลากหลายทางเพศอย่างมาก เพราะปรากฏว่าศาลได้วินิจฉัยคดีในลักษณะที่รับรองสิทธิของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศไว้หลายคดี ศาลฎีกาของเนปาลจึงได้รับความชื่นชมอย่างมากเกี่ยวกับคำตัดสินที่สนับสนุนสิทธิของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศ เช่น ในปี ค.ศ. 2007 ศาลสูงสุดออกคำสั่งให้รัฐบาลจัดตั้งคณะกรรมการเพื่อเตรียมตรากฎหมายที่รับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกัน ในปี ค.ศ. 2015 คณะกรรมการดังกล่าวแนะนำให้รัฐบาล “ให้การรับรองทางกฎหมายแก่การแต่งงานของบุคคลเพศเดียวกันบนพื้นฐานของหลักการแห่งความเท่าเทียมกัน”[79] ในเดือนมีนาคม ปี ค.ศ. 2023 มีคดีที่ของ Adhip Pokharel สัญชาติเนปาลและ Tobias Volz สัญชาติเยอรมัน ที่จดทะเบียนสมรสกันที่เยอรมนี โดยมีการขอให้ทางการเนปาล ออกวีซ่าคู่สมรสให้ Volz ซึ่งศาลฎีกาเนปาลได้สั่งให้รัฐบาลรับรองการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันที่ดำเนินการในเยอรมนีและสั่งให้รัฐสภากลางตรากฎหมายรับรองการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันให้ถูกต้องตามกฎหมาย[80]

---

[77] BBC NEWS, “Nepal’s ‘first gay wedding’ ceremony held,” [online] Available from : https://www.bbc.com/news/world-south-asia-13847299 [1 January 2024]

[78] Agence France-Presse, “Nepali couple registers the country’s first transgender marriage,” [online] Available from : https://theworld.org/stories/2017-08-05/nepali-couple-registers-countrys-first-transgender-marriage [1 January 2024]

[79] Meenakshi Ganguly, “Nepal’s Historic Achievement on Marriage Equality Becomes the Second Country in Asia to Register Same Sex Marriage,” [online] Available from : https://www.hrw.org/news/2023/07/05/nepals-historic-achievement-marriage-equality [31 December 2023]

[80] Human Rights Watch, “Nepal: Court Orders Recognition of Same-Sex Spouse Reiterates Recommendation for Marriage Equality,” [online] Available from : https://www.hrw.org/news/2023/05/02/nepal-court-orders-recognition-same-sex-spouse [31 December 2023]

ในวันที่ 28 มิถุนายน ค.ศ. 2023 ศาลสูงสุดของเนปาลจึงได้ออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวอนุญาตให้คู่รักเพศเดียวกันสามารถจดทะเบียนสมรสได้ และในที่สุดก็ได้มีการรับจดทะเบียนสมรสของคู่รักเพศเดียวกันตามคำสั่งนี้เป็นครั้งแรกเมื่อวันที่ 29 พฤศจิกายน ค.ศ. 2023[81] ทำให้เนปาลถือเป็นรัฐที่ 2 ในเอเชีย และเป็นรัฐแรกในเอเชียใต้ที่รับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกัน

3.2.2. ลักษณะของกฎหมายรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันในเนปาล

พิจารณาจากสภาพระบบกฎหมาย กฎหมายรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันของเนปาลจะอยู่ในรูปของแนวคำพิพากษาบรรทัดฐาน ทั้งนี้ ศาลได้แนะนำฝ่ายนิติบัญญัติให้มีการตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรให้มีลักษณะเป็นการรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันในเนปาลเป็นกฎหมายเฉพาะ และในระหว่างที่รอการเสนอร่างกฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ศาลได้ออกคำพิพากษาในลักษณะที่เป็นคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวในการให้เจ้าพนักงานจดทะเบียนสมรสให้บุคคลเพศเดียวกันได้ ซึ่งสะท้อนลักษณะเฉพาะของระบบกฎหมายเนปาล ซึ่งปรากฏการณ์แบบนี้ไม่มีทางที่จะเกิดในกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ได้ เพราะประเทศกลุ่มซีวิลลอว์ถือบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นบ่อเกิดหลัก ศาลทำได้เพียงออกคำบังคับให้ฝ่ายนิติบัญญัติจัดทำแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายตามระยะเวลาที่กำหนด

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่าคำพิพากษาศาลจะมีผลผูกพันบังคับกันมากน้อยเพียงใด โดยเฉพาะประเด็นว่าภายหลังจดทะเบียนสมรสกันแล้ว คู่สมรสเพศเดียวกันจะมีสิทธิหน้าที่ต่อกันมากน้อยเพียงใด ซึ่งในความเห็นของผู้เขียน ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะเป็นกรณีที่นำกฎหมายครอบครัวตามประมวลกฎหมายแพ่งมาบังคับใช้โดยอนุโลม เท่าที่ไม่ขัดกับสภาพแห่งคู่สมรสนั้นเอง นอกจากนี้ กรณีของเนปาล อาจจะมองได้ว่า รัฐไม่ถึงกับว่ามีการรองรับให้บุคคลเพศเดียวกันสมรสได้ตามกฎหมาย เพราะกระบวนการนิติบัญญัติยังไม่สมบูรณ์

4. ความพยายามตรากฎหมายว่าด้วยการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันในไทย

หากเทียบกับหลายภูมิภาคในเอเชียแล้ว ไทยถือเป็นรัฐที่ค่อนข้างเปิดกว้างในเรื่องการแสดงออกเรื่อง อัตลักษณ์ทางเพศของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศ แม้จะมีการต่อต้านอยู่บ้าง

[81] ไทยรัฐ, “เนปาลรับจดทะเบียนสมรส คู่รักเพศเดียวกัน ครั้งแรกของประเทศ” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://www.thairath.co.th/news/foreign/2744617 [31 ธันวาคม 2566]

แต่ก็ไม่ได้มีลักษณะที่รุนแรงมากนัก ทั้งนี้ การรับรองสิทธิของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศในไทยมีมานานแล้วในรูปของการรับรองความเป็นจริง[82] แต่การรับรองทางกฎหมายก็ยังไม่เป็นไปอย่างมีกิจจะลักษณะนัก

4.1. ภูมิหลัง

ไทยมีความพยายามผลักดันร่างกฎหมายเพื่อก่อตั้งสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันมานับสิบปี โดยมีความพยายามเสนอร่างกฎหมายทั้งในรูปแบบการตรากฎหมายเฉพาะแยกไปจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเราสามารถจำแนกความเป็นมาของความพยายามก่อตั้งสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันได้เป็น 3 ระยะ ดังนี้

4.1.1. สมัยยกร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต

อาจกล่าวได้ว่า สังคมไทยมีลักษณะที่เปิดกว้างการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศพอสมควร แต่รัฐก็มิได้เอาใจใส่ในการตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันนัก

แนวคิดเรื่องการตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันเริ่มมีมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2544 โดยรัฐมนตรีกระทรวงมหาดไทยเสนอแนวคิดเรื่องนี้ แต่กระแสสังคมไม่เห็นด้วยอย่างรุนแรง รัฐบาลมองเห็นว่าสังคมไม่พร้อมสำหรับเรื่องนี้จึงตกไป[83]

ต่อมาในปี พ.ศ. 2555 นที ธีระโรจนพงษ์ และอรรถพล จันทวี คู่รักชายชายได้เดินทางไปจดทะเบียนสมรสที่เชียงใหม่ ในวันที่ 9 สิงหาคม พ.ศ. 2555 แต่ถูกปฏิเสธจากนายทะเบียนสมรสตามที่ คร.1 (คำร้องขอจดทะเบียนและบันทึกทะเบียนครอบครัว) ซึ่งในแบบการจดทะเบียนสมรสให้กรอกเฉพาะคำว่าชายและหญิงเท่านั้น ทำให้ นที ธีระโรจนพงษ์ ร้องเรียนยังสำนักงานสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจึงได้นำเรื่องไปเสนอต่อคณะกรรมาธิการกฎหมาย การยุติธรรมและสิทธิมนุษยชน และสภาผู้แทนราษฎร นำไปสู่การยกร่างพระราชบัญญัติจดทะเบียนคู่ชีวิตเพื่อเป็นการรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันในไทย[84]

---

[82] สุรศักดิ์ มณีศร, “การสมรสของพวกรักร่วมเพศ”, **วารสารนิติศาสตร์**, 24, 1 (มีนาคม 2537), หน้า 193.

[83] ThaiPBS, “เส้นทาง 22 ปี สู่ “สมรสเท่าเทียม” อีกขั้นสู่ความเท่าเทียม” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://www.thaipbs.or.th/news/content/335137 [31 ธันวาคม 2566]

[84] พรพิรุณ ชลาชัย และรักชนก ชำนาญมาก, “ยุทธวิธีการเคลื่อนไหวทางสังคมของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศต่อกฎหมายการสมรสระหว่างเพศเดียวกัน”, **วารสารสถาบันพระปกเกล้า**, 21, 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2566), หน้า 24.

ต่อมาในสมัยรัฐบาลของนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม ได้เสนอร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... ขึ้นเป็นฉบับแรก มีจำนวนทั้งสิ้น 15 มาตรา[85] แต่ถูกปัดตกก่อนเข้าสู่การพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร[86] ร่างพระราชบัญญัติจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... จึงกลับสู่การพิจารณาของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาแทน ต่อมาในปี พ.ศ. 2559 มีการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมเป็นจำนวน 63 มาตรา

ต่อมาในปี พ.ศ. 2561 มีการเปลี่ยนชื่อร่างกฎหมายเป็นร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... และแก้ไขเนื้อหาจนเหลือเพียง 44 มาตรา ซึ่งร่างกฎหมายได้เข้าสู่ที่ประชุมคณะรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีภายใต้การนำของพลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา ก็มีมติรับหลักการร่างกฎหมายในวันที่ 25 ธันวาคม พ.ศ. 2561 และคณะรัฐมนตรีได้ส่งร่างกฎหมายให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาในวันที่ 3 มกราคม พ.ศ. 2562 พิจารณาแล้วเสร็จเมื่อวันที่ 18 กรกฎาคม พ.ศ. 2562 และส่งร่างกฎหมายให้กระทรวงยุติธรรมเปิดรับฟังความคิดเห็น[87]

4.1.2. สมัยการต่อสู้ระหว่างฝ่ายสนับสนุนร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตกับร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในระหว่างที่ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตกำลังอยู่ในระหว่างการยกร่างและรับฟังความคิดเห็นประชาชน พรรคก้าวไกลได้เสนอร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... หรือที่เป็นที่รู้จักในนาม “ร่างพระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียม” ซึ่งมีลักษณะเป็นการรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันโดยการแก้ไขกฎหมายที่มีอยู่แต่เดิม โดยเน้นแก้ถ้อยคำทางกฎหมายมิให้เจาะจงเรื่องเพศ เช่น แก้จาก “ชาย” และ “หญิง” เป็น “ผู้หมั้น” “ผู้รับหมั้น” และ “บุคคล” เพื่อเปิดให้มีการหมั้นและสมรสกับบุคคลเพศเดียวกัน หรือแม้กระทั่งกรณีหญิงหมั้นชายได้ หรือการแก้ถ้อยคำจาก “สามี” และ “ภริยา” เป็น “คู่สมรส” โดยพรรคก้าวไกลเห็นว่าการเสนอร่างพระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียมมีนัยแห่งความเสมอภาค เพราะคู่รักไม่ว่าจะเป็นคู่รักเพศเดียวกันหรือต่างเพศย่อมได้สิทธิในการสมรสอย่างเท่าเทียมกัน โดยมีการเสนอร่างกฎหมายต่อสภาผู้แทนราษฎรในวันที่ 18 มิถุนายน พ.ศ. 2563[88]

---

[85] ปิยพร โกมุที. **สิทธิและเสรีภาพในการสมรสของบุคคลเพศทางเลือก**. หน้า 50.

[86] เลิศศักดิ์ ไชยแสง, “สมรส (ไม่)เท่าเทียม : มองอดีต ดูปัจจุบัน (ไร้) เห็นอนาคต” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://www.sarakadee.com/2021/12/09/สมรส-เท่าเทียม/ [31 ธันวาคม 2566]

[87] ไพโรจน์ กัมพูสิริ, **สิทธิและกฎหมายก่อตั้งครอบครัวของบุคคลหลากหลายทางเพศในประเทศไทย**, หน้า 35.

[88] Pipatpong Sriwichai, “สรุปข้อมูล “สมรสเท่าเทียม” อยู่ตรงไหน สนับสนุนเท่าไหร่ ผ่านแล้วได้อะไร” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://workpointtoday.com/lgbt-221124/ [31 ธันวาคม 2566]

การที่สังคมได้เห็นแนวทางการตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันทั้ง 2 แนวทาง ทำให้สาธารณชนมีโอกาสเปรียบเทียบ และอภิปรายโต้เถียงกัน ฝ่ายที่สนับสนุนร่างพระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียมเห็นว่า ร่างพระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียมเป็นการตรากฎหมายที่สอดคล้องกับความต้องการของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศมากกว่าในแง่ที่ว่าคู่รักเพศเดียวกันจะได้สถานะคู่สมรสเช่นเดียวกับคู่รักต่างเพศ ประกอบกับสภาวการณ์ในช่วงนั้น หลายรัฐเริ่มมีแนวคิดยกระดับการรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันจากระดับคู่ชีวิต เป็นคู่สมรส เช่น ฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 2013[89] เยอรมนีในปี ค.ศ. 2017[90] และสวิตเซอร์แลนด์ในปี ค.ศ. 2020[91] ฉะนั้น ไทยก็ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องออกร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตไปพลางก่อนและสามารถใช้วิธีการแก้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้เลย นอกจากนี้ ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตยังมีลักษณะที่สะท้อนการเลือกปฏิบัติอยู่ เพราะมีนัยถึงการใช้กฎหมายแยกกันระหว่างคู่รักต่างเพศและคู่รักเพศเดียวกัน[92]

อย่างไรก็ดี ฝ่ายรัฐบาลในขณะนั้นก็ยังคงยืนยันที่จะเสนอร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตพิจารณาคู่กับร่างพระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียมของพรรคก้าวไกล แม้จะเป็นที่ผู้มีส่วนร่วมในการร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตเป็นเวลาเกือบสิบปีจะมีความตั้งใจที่ดีในการตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศ แต่ความล่าช้าในการยกร่างและการเสนอร่างกฎหมายเข้าสู่การพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร ขณะที่หลายรัฐเริ่มรับรองให้บุคคลเพศเดียวกันสามารถสมรสตามกฎหมายเหมือนบุคคลต่างเพศได้ ทำให้ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตที่ถือว่าก้าวหน้าอย่างมากในช่วงที่มีการยกร่างครั้งแรก กลายเป็นร่างกฎหมายที่พ้นสมัยไปเพราะสภาพสังคมเริ่มเปลี่ยนแปลงไป ทำให้เกิดคำถามว่าในเมื่อหลายรัฐเริ่มยอมรับที่จะแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศ การที่ไทยรับแนวทางนี้น่าจะเป็นการสอดคล้องยุคสมัยและสภาพสังคมมากกว่าหรือไม่

---

[89] ไพโรจน์ กัมพูสิริ, **สิทธิและกฎหมายก่อตั้งครอบครัวของบุคคลหลากหลายทางเพศในประเทศไทย**, หน้า 24.

[90] ฉัตรชัย เอมราช, “การรับรองสิทธิตามกฎหมายให้แก่ความสัมพันธ์ของคู่รักเพศเดียวกันในประเทศเยอรมนี”, **วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย**, หน้า 60-61.

[91] ประชาไท, “‘สวิตเซอร์แลนด์’ รับรองการแต่งงานของคนรักเพศเดียวกันอย่างเป็นทางการแล้วตั้งแต่ ก.ค. 65 นี้เป็นต้นไป” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://prachatai.com/journal/2022/07/99331 [31 ธันวาคม 2566]

[92] ไชยพัฒน์ ธรรมชุตินันท์, “พัฒนาการของกฎหมายลักษณะครอบครัวในไทย”, **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**, 51, 2 (มิถุนายน 2565), หน้า 481.

ในส่วนของฝ่ายการเมือง แม้ว่าจะมีแนวคิดที่จะเสนอร่างกฎหมายทั้ง 2 แนวทาง แต่ก็ไม่มีท่าทีที่จะบรรจุวาระเข้าสู่การพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรเสียที ในช่วงนี้เอง ปี พ.ศ. 2564 คู่รักซึ่งมีเพศสภาพเป็นหญิง คือ เพิ่มทรัพย์ แซ่อึ้ง และพวงเพชร เหมคำ ยื่นคำร้องขอจดทะเบียนสมรสแต่ถูกเจ้าพนักงานปฏิเสธ ต่อมาทั้งสองคนได้ยื่นคำร้องต่อศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง และขอให้ศาลส่งคำร้องโต้แย้งประเด็นข้อกฎหมายไปยังศาลรัฐธรรมนูญ ในประเด็นที่ว่ามาตรา 1448 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่กำหนดว่าการสมรสเป็นเรื่องของชายหญิง ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 25 และมาตรา 27 หรือไม่[93] ศาลรัฐธรรมนูญมีมติอ่านคำวินิจฉัยในวันที่ 17 พฤศจิกายน พ.ศ. 2564 โดยศาลรัฐธรรมนูญมีมติเอกฉันท์ว่ามาตรา 1448 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิได้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแต่ประการใด[94] อย่างไรก็ดี ศาลรัฐธรรมนูญก็ได้แนะนำให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันต่อไป

แม้ว่าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะมีท่าทีที่ต่างจากศาลรัฐธรรมนูญไต้หวัน แต่การที่ศาลรัฐธรรมนูญระบุเป็นข้อสังเกตว่า “รัฐสภา คณะรัฐมนตรี และหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องสมควรดำเนินการตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิและหน้าที่ของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศต่อไป” ย่อมหมายความว่า ศาลรัฐธรรมนูญไม่ตัดสินใจที่จะก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงโดยตรง แต่มุ่งให้ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารดำเนินการแทน[95] นอกจากนี้ ยังมีผู้ให้ความเห็นว่า การที่ศาลรัฐธรรมนูญไทยวินิจฉัยเช่นนี้ เป็นเรื่องที่เหมาะสมแล้ว เพราะประเด็นเรื่องการตรากฎหมายรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันเป็นเรื่องในทางนโยบาย ควรปล่อยให้เป็นเรื่องของฝ่ายนิติบัญญัติอันมีจุดเกาะเกี่ยวกับประชาชนมากกว่า[96]

ในปี พ.ศ. 2565 มีร่างกฎหมายถึง 4 ฉบับเข้าสู่การพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร ได้แก่ ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ... ซึ่งเป็นเพียงการบัญญัติให้บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่ง

---

[93] ณัฐ วิไลลักษณ์ และณัฐณิชา วาณิชย์วิรุฬห์, “จาก ‘Pride Month’ สู่ พ.ร.บ.สมรสเท่าเทียม-คู่ชีวิต และการช่วงชิงประวัติศาสตร์สีรุ้งในสังคมไทย” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://waymagazine.org/pride-month-equal-marriage/ [31 ธันวาคม 2566]

[94] โปรดดู คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2564

[95] อานนท์ มาเม้า, “การสมรสของเพศเดียวกัน: แม้ศาลรัฐธรรมนูญไม่ให้ แต่ไม่ใช่ไปต่อไม่ได้” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://waymagazine.org/same-sex-marriage-in-constitution/ [31 ธันวาคม 2566]

[96] พิมพ์ชนก พุกสุข, “สมรสเท่าเทียม: สนทนากับ อภินพ อติพิบูลย์สิน เมื่อศาลรัฐธรรมนูญไม่เคยและไม่ควรต้องเป็น ‘พระเอกขี่ม้าขาว’” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://www.the101.world/apinop-atipiboonsin-interview/ [1 มกราคม 2567]

และพาณิชย์เชื่อมโยงกับร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตเท่านั้น นอกจากนี้ ยังมีร่างพระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียมของพรรคก้าวไกล และร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... ฉบับพรรคประชาธิปัตย์ที่เปิดให้ชายและหญิงก็จดทะเบียนคู่ชีวิตได้ ในที่สุดที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรมีมติรับหลักการร่างกฎหมายทั้ง 2 แนวทางในวันที่ 15 มิถุนายน พ.ศ. 2565 โดยให้ใช้ร่างกฎหมายทั้ง 2 ฉบับของคณะรัฐมนตรีเป็นร่างหลักในการพิจารณา[97] ซึ่งในชั้นนี้เอง ได้มีกรรมาธิการเสนอแนะว่าฝ่ายนิติบัญญัติไม่จำเป็นต้องเลือกระบบใดระบบหนึ่ง แต่สามารถรับนำกฎหมายทั้ง 2 แนวทางได้ เพื่อเปิดโอกาสให้ประชาชนได้เลือกระดับความสัมพันธ์ได้ทั้ง 2 ระดับไม่ว่าจะเป็นคู่รักต่างเพศหรือเพศเดียวกันสามารถจดทะเบียนคู่ชีวิตหรือจดทะเบียนสมรสก็ได้ อันเป็นการรับแนวทางตามกฎหมายฝรั่งเศสที่มีทั้งกฎหมายรับรองความสัมพันธ์ทั้งในระดับคู่สมรสและคู่ชีวิต

อย่างไรก็ดี ภายหลังการประชุมในชั้นกรรมาธิการเสร็จสิ้นลง เนื่องมาจากความอ่อนแอของฝ่ายการเมืองโดยเฉพาะฝ่ายรัฐบาลที่ไม่สามารถควบคุมเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎรได้ นำไปสู่ปรากฏการณ์สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไม่ครบองค์ประชุม ส่งผลให้ร่างกฎหมายหลายฉบับค้างพิจารณาอยู่ในสภาผู้แทนราษฎร รวมทั้งร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... จนกระทั่งรัฐบาลพลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา ยุบสภาในวันที่ 20 มีนาคม พ.ศ. 2566 ทำให้ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตและร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... เป็นอันตกไป

4.1.3. สมัยร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

หลังการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 14 พฤษภาคม พ.ศ. 2566 พรรคเพื่อไทย ได้เป็นแกนนำในการจัดตั้งรัฐบาลโดยมีเศรษฐา ทวีสิน เป็นนายกรัฐมนตรีในวันที่ 22 สิงหาคม พ.ศ. 2566 ตามมาด้วยการแถลงนโยบายของคณะรัฐมนตรีต่อรัฐสภาในวันที่ 11 กันยายน พ.ศ. 2566 โดยระบุว่ารัฐบาลจะผลักดันให้มีกฎหมายสนับสนุนสิทธิและความเท่าเทียมของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศ[98] ในวันที่ 21 พฤศจิกายน พ.ศ. 2566 คณะรัฐมนตรีได้มีมติรับหลักการร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... (สมรสเท่าเทียม) ที่เสนอโดย

---

[97] BBC NEWS ไทย, “ร่าง พ.ร.บ. สมรสเท่าเทียม-คู่ชีวิต : ต้องผ่านขั้นตอนอะไรบ้าง ก่อนบังคับใช้เป็นกฎหมาย” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://www.bbc.com/thai/thailand-61808097 [31 ธันวาคม 2566]

[98] สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, “คำแถลงนโยบายของคณะรัฐมนตรี นายเศรษฐา ทวีสิน นายกรัฐมนตรี แถลงต่อรัฐสภา วันจันทร์ที่ 11 กันยายน 2566” หน้า 12 [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://www.soc.go.th/wp-content/uploads/2023/09/history_66.pdf [31 ธันวาคม 2566]

กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม[99] ซึ่งสอดคล้องกับนโยบายที่พรรคเพื่อไทยได้หาเสียงในการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 14 พฤษภาคม พ.ศ. 2566 ว่าจะสนับสนุนร่างพระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียมประกอบกับที่ได้แถลงนโยบายไว้ข้างต้น โดยคณะรัฐมนตรีได้ส่งร่างกฎหมายให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาก่อนที่จะเข้าสู่การพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรในวันที่ 21 ธันวาคม พ.ศ. 2566 โดยพิจารณาพร้อมกับร่างพระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียมของพรรคก้าวไกล พรรคประชาธิปัตย์ และภาคประชาชน มาในชั้นนี้ มีข้อสังเกตว่า ฝ่ายการเมืองมีทิศทางไปในทางสนับสนุนให้แก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมซึ่งสิทธิในการสมรสอย่างแท้จริง และอาจกล่าวได้ว่าการผลักดันร่างพระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียมมีลักษณะเป็นเสมือน “ฉันทามติ” ร่วมกันระหว่างฝ่ายการเมืองทั้งฝ่ายรัฐบาลและฝ่ายค้าน รวมทั้งภาคประชาชน ดังปรากฏว่าเสียงส่วนใหญ่ในสภาผู้แทน ราษฎรมีมติรับหลักการร่างพระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียมทั้ง 4 ฉบับ โดยใช่ร่างของรัฐบาลเป็นร่างหลักในการพิจารณา[100]

ทั้งนี้ ผู้เขียนมีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์คราวนี้ มีร่างกฎหมายที่เสนอโดยภาคประชาชนด้วย จึงมีการจัดสรรที่นั่งกรรมาธิการในส่วนของภาคประชาชนเป็นจำนวนถึง 13 ที่นั่งจาก 39 ที่นั่ง นับเป็น 1 ใน 3 ของชั้นกรรมาธิการ[101] จึงกล่าวได้ว่า กระบวนการพิจารณาร่างกฎหมายสมรสเท่าเทียมในคราวนี้ จะมิใช่เพียงเรื่องของฝ่ายการเมืองเท่านั้น แต่ยังมีตัวแทนจากภาคประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการแก้ไขปรับปรุงร่างกฎหมายด้วย

การที่กระบวนการพิจารณาร่างกฎหมายในครั้งนี้มีส่วนร่วมจากภาคประชาชนทำให้มีข้อเสนอการยกร่างกฎหมายที่ก้าวหน้าไปกว่าความมุ่งหมายของฝ่ายการเมือง เช่น ข้อเสนอให้ใช้คำว่า “บุพการีลำดับแรก” เพิ่มเติมไปจากกรณีบิดามารดา เพื่อรองรับความสัมพันธ์ครอบครัวของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งต่างจากร่างของฝ่ายการเมือง ไม่ว่าจะเป็นร่างของรัฐบาลหรือพรรคก้าวไกลที่มุ่งแก้ไขในส่วนของการสมรสและการรับบุตรบุญธรรมเท่านั้น แม้ว่าข้อเสนอเรื่อง

---

[99] กรมประชาสัมพันธ์, “ครม.อนุมัติหลักการร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... (สมรสเท่าเทียม)” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://www.prd.go.th/th/content/category/detail/id/39/iid/234468?fbclid=IwAR2L5pUgSbXSyMjpHhmfEPTahZmj2gmxVvEa3yHBNmQbppdrZFlPoYjfKnQ [31 ธันวาคม 2566]

[100] The Standard, “วันประวัติศาสตร์ สส. รับหลักการร่างกฎหมาย #สมรสเท่าเทียม” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://thestandard.co/accepts-principles-of-draft-equal-marriage-law/ [31 ธันวาคม 2566]

[101] The Standard, “เปิดโฉมหน้า 39 กรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างกฎหมาย ‘สมรสเท่าเทียม’” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://thestandard.co/commissioner-for-marriage-equality/ [1 มกราคม 2567]

“บุพการีลำดับแรก” จะตกไปในชั้นกรรมาธิการสภาผู้แทนราษฎร[102] แต่ข้อเสนอนี้ ก็ถือเป็นการจุดประกายประเด็นสำคัญในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในส่วนของ “บิดามารดาและบุตร” อันอาจจะมีขึ้นได้ในอนาคต

ในวันที่ 27 มีนาคม พ.ศ. 2567 ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... เข้าสู่การพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรซึ่งในที่สุดสภาผู้แทนราษฎรก็มีมติรับร่างในวันเดียวกัน[103] ก่อนจะส่งต่อให้วุฒิสภาพิจารณาต่อไป ซึ่งในที่สุดวุฒิสภาก็มีมติรับหลักการในวันที่ 2 เมษายน พ.ศ. 2567 โดยในชั้นกรรมาธิการไม่มีการแก้ไขในสาระสำคัญแต่ประการใด[104] ก่อนที่วุฒิสภาจะรับร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ในวาระ 2 และ 3 ในวันที่ 18 มิถุนายน พ.ศ. 2567 ในที่สุด[105] และประกาศลงราชกิจจานุเบกษาในวันที่ 24 กันยายน พ.ศ. 2567 ในชื่อ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2567 โดยจะมีผลบังคับใช้นับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาครบ 120 วัน[106]

4.2. ลักษณะสำคัญของร่างกฎหมายรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันในไทย

ลักษณะของร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2567 ได้จัดทำขึ้นในลักษณะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันเป็นกฎหมายแม่บทที่กำหนดสิทธิหน้าที่ทางแพ่งของเอกชน ทำให้ร่างกฎหมายมีลักษณะที่เป็นการก่อตั้ง “สิทธิในการสมรส” ของบุคคลเพศเดียวกันเพราะใช้กฎหมายฉบับเดียวกันกับคู่สมรสต่างเพศ โดยร่างกฎหมายมุ่งเน้นแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนของลักษณะ 1 ว่าด้วยการสมรส และบทบัญญัติอื่นที่ว่าด้วยสิทธิหน้าที่ระหว่าง “คู่สมรส” ทั้งนี้ นอกเหนือจากการแก้ไขกฎหมายเพื่อ

---

[102] The MATTER, “สรุป ‘บุพการีลำดับแรก’ คืออะไร? ทำไมถึงถูกปัดตกในร่างกฎหมาย ‘สมรสเท่าเทียม’” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://thematter.co/brief/224091/224091 [1 มิถุนายน 2567]

[103] BBC NEWS ไทย, “สภาผ่านร่างกฎหมายสมรสเท่าเทียมแล้ว” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://www.bbc.com/thai/articles/cn0edj0dq6lo [27 มีนาคม 2567]

[104] BBC NEWS ไทย, “เดือนไพรด์กลับมาอีกครั้ง กฎหมายสมรสเท่าเทียมของไทยใกล้เป็นจริงหรือยัง” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://www.bbc.com/thai/articles/cv22768yz23o [1 มิถุนายน 2567]

[105] BBC NEWS ไทย, “วุฒิสภาผ่านร่างกฎหมายสมรสเท่าเทียมแล้ว ส่งไทยเป็นชาติแรกในอาเซียนมี กม. แต่งงานบุคคลเพศเดียวกัน” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://www.bbc.com/thai/articles/c4nnjd5v2zgo [18 มิถุนายน 2567]

[106] “พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2567” ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 141 ตอนที่ 58 ก, วันที่ 24 กันยายน 2567, หน้า 1-21.

รับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศ ยังมีการปรับอายุขั้นต่ำในการหมั้นและการสมรสจากเดิม 17 ปี เป็น 18 ปี และแก้ไขเหตุฟ้องหย่าฐานนอกกายนอกใจตามมาตรา 1516 (1) และกรณีไม่มีความสามารถในการร่วมประเวณีตามมาตรา 1516 (10) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยให้เพิ่มกรณี “กระทำหรือยอมรับการกระทำเพื่อสนองความใคร่” ด้วย[107] ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าการตรากฎหมายรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันในไทย เป็นการรับรอง “สิทธิในการสมรส” โดยมิได้มีการออกกฎหมายคู่ชีวิตไปพลางก่อนดังที่เกิดขึ้นในยุโรป ชี้ให้เห็นถึงความก้าวหน้าของฝ่ายนิติบัญญัติและสังคมไทยพอสมควร

อย่างไรก็ดี ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2567 มิได้แก้ไขในส่วนของบิดามารดาและบุตรแต่ประการใด ซึ่งอาจจะมีข้อวิพากษ์วิจารณ์ว่ายังไม่สามารถเป็นการก่อตั้งสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันอย่างเต็มรูปแบบ[108] แต่การแก้ไขกฎหมายครอบครัวที่ยังไม่เต็มรูปแบบนี้ ก็มิได้กระทบสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมของคู่สมรสเพศเดียวกันแต่ประการใด นอกจากนี้ หากพิจารณาจากบทเฉพาะกาลแห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2567 ที่กำหนดว่าบรรดากฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ และ ประกาศที่อ้างถึงคำว่า “สามีภริยา” ให้หมายความรวมถึง “คู่สมรส” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วย[109] หากพิจารณาตามนี้ คู่สมรสเพศ

---

[107] โปรดดู มาตรา 45 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 24) พุทธศักราช 2567 (เน้นคำโดยผู้เขียน)

ให้ยกเลิกความในมาตรา 1516 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 16) พ.ศ. 2550 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

เหตุฟ้องหย่ามีดังต่อไปนี้

(1) คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นฉันคู่สมรส เป็นชู้หรือมีชู้ ร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจิณ หรือ**กระทำกับผู้อื่นหรือยอมรับการกระทำของผู้อื่นเพื่อสนองความใคร่**ของตนหรือผู้อื่นเป็นอาจิณ อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

...

(10) คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสภาพแห่งกายทำให้ไม่อาจร่วมประเวณีหรือไม่อาจ**กระทำหรือยอมรับการกระทำเพื่อสนองความใคร่**ของอีกฝ่ายได้ตลอดกาล อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

[108] เพ็ญพิชชา มุ่งงาม, “Rainbow family: สำรวจสิทธิบุพการีเพศหลากหลายในร่างกฎหมายสมรสเท่าเทียม” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://www.the101.world/rainbow-family-and-same-sex-marriage-bill/ [1 มิถุนายน 2567]

[109] โปรดดู มาตรา 65 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 24) พุทธศักราช 2567

บรรดาบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อกำหนด ข้อบัญญัติ ประกาศ คำสั่ง หรือมติคณะรัฐมนตรีใดที่อ้างถึงสามี ภริยา หรือสามีภริยา ให้ถือว่า อ้างถึงคู่สมรสที่จดทะเบียนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัตินี้ด้วย

ความในวรรคหนึ่งมิให้นำมาใช้บังคับแก่กรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อกำหนด ข้อบัญญัติ ประกาศ คำสั่ง หรือมติคณะรัฐมนตรีกำหนดสิทธิ หน้าที่ สถานะทางกฎหมาย หรือเรื่องอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับสามีภริยา หรือสามีภริยาไว้แตกต่างกัน

เดียวกันก็อาจจะมีบุตรโดยอาศัยเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 อย่างไรก็ดี หน่วยงานที่เกี่ยวข้องควรรับฟังข้อเสนอแนะดังกล่าวเพื่อพิจารณาปรับปรุงกฎหมายให้สอดรับกับสังคมแห่งความหลากหลายทางเพศในอนาคต

5. สรุป

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นว่ากระแสธารการเรียกร้องการตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันในทวีปเอเชียยังคงมีอยู่เรื่อยมา แม้ว่าจะไม่ได้รับการผลักดันจากฝ่ายนิติบัญญัติเท่าที่ควร ส่วนหนึ่งเนื่องมาจากสภาพสังคมของเอเชียที่มีภาพลักษณ์ที่ค่อนข้างอนุรักษ์นิยมและต้องเผชิญหน้ากับกระแสต่อต้านทั้งจากฝ่ายการเมือง ฝ่ายศาสนา และฝ่ายสังคม ทั้งนี้ เมื่อศึกษากรณีของไต้หวันกับเนปาลแล้วจะพบว่าการผลักดันกฎหมายรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันของทั้ง 2 แห่งสำเร็จได้ เนื่องมาจากการผลักดันขององค์กรตุลาการในรูปของคำพิพากษาศาล จนอาจกล่าวได้ว่าในกรณีของไต้หวันและเนปาล เป็นกรณีที่องค์กรตุลาการมีความคิดที่เท่าทันสังคมและอาจจะนำหน้าสังคม ดังจะเห็นได้ชัดในกรณีของไต้หวัน ซึ่งสามารถเปรียบเทียบเป็นตารางได้โดยสังเขปดังนี้

ตารางเปรียบเทียบการตรากฎหมายรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันในเอเชีย

รัฐ	ไต้หวัน	เนปาล	ไทย
องค์กรที่มีบทบาทในการเร่งรัดกฎหมาย	องค์กรตุลาการ	องค์กรตุลาการ	องค์กรทางการเมือง
รูปแบบของกฎหมาย	กฎหมายเฉพาะ	คำพิพากษาของศาล	การแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
หมายเหตุ	มีการประนีประนอมกับประชามติของฝ่ายอนุรักษ์นิยม	ฝ่ายนิติบัญญัติอ่อนแอจึงล้มเหลวในการเสนอร่างกฎหมาย	องค์กรตุลาการไม่เข้าไปเร่งรัดฝ่ายนิติบัญญัติ

พิจารณาเปรียบเทียบกับไทย แม้ว่าไทยจะไม่มีการผลักดันจากฝ่ายตุลาการอย่างจริงจังดังปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2564 ที่มิได้เร่งรัดฝ่ายนิติบัญญัติให้แก้ไขกฎหมาย

เพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกัน แต่เมื่อพิจารณาสภาพสังคมไทยและพัฒนาการการผลักดันกฎหมายเกี่ยวกับการรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันของไทย จะพบว่าสังคมและฝ่ายนิติบัญญัติของไทยมีความก้าวหน้ากว่าฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศอื่น ๆ ในเอเชียอย่างมาก แม้จะมีช่วงหนึ่งที่ฝ่ายนิติบัญญัติไทยมีความล่าช้าในการผลักดันการเสนอร่างกฎหมายในช่วงแรก ตามมาด้วยปรากฏการณ์การต่อสู้กันทางความคิดระหว่างการตราร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตกับการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่สุดท้ายเมื่อมีการจัดการเลือกตั้งใหม่และเปลี่ยนแปลงรัฐบาล รัฐบาลชุดใหม่เสนอเฉพาะร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... (ร่างพระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียม) ฝ่ายนิติบัญญัติไทยก็มีฉันทามติร่วมกันที่จะไปในแนวทางแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในที่สุด ซึ่งสอดคล้องกับความต้องการของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศ รวมทั้งมิได้มีกระแสต่อต้านที่รุนแรงนักหากเทียบกับประเทศอื่น เช่นนี้จึงกล่าวได้ว่า ปรากฏการณ์นี้ถือเป็นกรณีที่ฝ่ายการเมืองและกฎหมายของไทยตามทันสังคมในที่สุด และเมื่อร่างกฎหมายได้รับการประกาศใช้บังคับ ในชื่อพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2567 ทำให้ไทยเป็นประเทศแรกในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ที่มีกฎหมายรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกัน และเป็นประเทศแรกในเอเชียที่รับรอง “สิทธิในการสมรส” ของบุคคลเพศเดียวกันโดยการแก้ไขกฎหมายที่มีอยู่เดิม เพื่อให้การสมรสเป็นเรื่องของทุกเพศ ไม่ว่าจะเป็นเพศเดียวกันหรือต่างเพศก็ตาม และอาจจะเป็นหนึ่งในกรณีศึกษาหรือแนวทางสำหรับประเทศอื่น ๆ ในการผลักดันการตรากฎหมายว่าด้วยการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันในอนาคต

สาระเบื้องต้นเกี่ยวกับการดำเนินคดีปกครองในเกาหลีใต้

Understanding the Basic Legal Concept of Administrative Litigation in South Korea

วศิน ยิ้มแย้ม

Wasin Yimyam

อาจารย์ประจำ
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240
Full-time Lecturer
Faculty of Law, Ramkhamhaeng University, Huamark, Bangkapi, Bangkok 10240
Corresponding author E-mail: wasin.y@ru.ac.th

เยี่ยม อรุโณทัยวิวัฒน์

Yeam Arunotivivat

ตุลาการศาลปกครอง
ศาลปกครองกลาง ถนนแจ้งวัฒนะ เขตหลักสี่ กรุงเทพฯ 10210
Judge of the Administrative Court
Central Administrative Court, Laksi District, Bangkok 10210
(Received: December 2, 2023; Revised: April 17, 2024; Accepted: April 30, 2024)

บทคัดย่อ

รัฐธรรมนูญของเกาหลีใต้สร้างหลักประกันในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนตามหลักนิติธรรมในแนวทางของการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย โดยรัฐธรรมนูญบัญญัติให้องค์กรตุลาการเป็นองค์กรที่มีอำนาจตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐขององค์กรของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งหลายว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายหรือไม่ ในส่วนของการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครององค์กร

ฝ่ายปกครอง แม้ว่าจะมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมา แต่ศาลปกครองของเกาหลีใต้มีลักษณะเป็นเหมือนศาลชำนัญพิเศษของศาลยุติธรรม กล่าวคือ เกาหลีใต้ไม่ได้แยกระบบศาลปกครองออกมาจากศาลยุติธรรม ถึงกระนั้น เกาหลีใต้ก็มีการจัดทำกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความคดีปกครองเพื่อใช้กับการพิจารณาคดีปกครองโดยเฉพาะ ทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีปกครองในเกาหลีใต้มีคุณภาพของคำพิพากษาหรือคำสั่งไม่ต่างจากประเทศที่แยกระบบศาลปกครองออกจากศาลยุติธรรม

คำสำคัญ : ศาลปกครอง, กฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความคดีปกครอง, เกาหลีใต้

Abstract

The constitutional framework of South Korea safeguards the fundamental rights of its citizens within a liberal democratic governance structure, ensuring adherence to the rule of law. Empowered as a check on state authority, the judiciary plays a pivotal role in assessing the legality of administrative actions. While administrative courts exist as specialized entities within the Court of Justice rather than as a separate system, South Korea has implemented specific procedural laws governing administrative cases. Consequently, the standards and outcomes of administrative cases, rulings, and directives align with those of nations that maintain a distinct administrative court system.

Keywords : Administrative Court, Administrative Litigation Law, Republic of Korea

1. บทนำ

ในปัจจุบันการปกครองระบอบประชาธิปไตยเป็นระบอบการปกครองที่ได้รับการยอมรับกันอย่างแพร่หลายในสังคมรัฐทั่วโลก เนื่องจากประชาธิปไตยมีลักษณะสำคัญที่ผู้ใช้อำนาจรัฐต้องได้รับความชอบธรรมผ่านความยินยอมของประชาชน และเป็นระบอบที่ยินยอมให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการตัดสินใจทางการเมืองผ่านกระบวนการที่กำหนดในรัฐธรรมนูญและกฎหมาย[1]

[1] Robert A. Dahl and Ian Shapiro, **On Democracy**, 2nd ed. (Yale University Press, 2015), p.37-38.

วัตถุประสงค์หลักของการให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการปกครองประเทศก็เพื่อจำกัดอำนาจของผู้ใช้อำนาจรัฐ ไม่ให้ผู้ใช้อำนาจรัฐใช้อำนาจดังกล่าวตามอำเภอใจ ไม่ว่าการใช้อำนาจรัฐดังกล่าวจะเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยหรืออำนาจปกครอง

ในการปกครองระบอบประชาธิปไตย หลักการสำคัญหลักการหนึ่งที่ค้ำยันหลักประชาธิปไตยให้ยั่งยืนได้ คือ หลักนิติรัฐ[2] กล่าวอีกนัยหนึ่ง ภายในรัฐที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย การใช้อำนาจรัฐทั้งหลายจะถูกจำกัดด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ซึ่งกฎหมายดังกล่าวนี้ย่อมต้องเป็นกฎหมายที่ตราออกมาโดยประชาชนเองโดยตรงหรือตราออกมาโดยองค์กรผู้แทนประชาชนที่ประชาชนเป็นผู้เลือกตั้งมา ภายใต้หลักการดังกล่าวนี้ รัฐที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยจึงเรียกร้องให้รัฐจัดระบบการควบคุมหรือระบบการตรวจสอบการกระทำขององค์กรที่ใช้อำนาจรัฐ อย่างไรก็ตาม ในแต่ละรัฐย่อมมีการจัดระบบการควบคุมหรือตรวจสอบการกระทำขององค์กรที่ใช้อำนาจรัฐแตกต่างกัน อาทิ ในฝรั่งเศส รัฐธรรมนูญกำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ส่วนอำนาจในการควบคุมว่าการกระทำทางปกครองอย่างการออกกฎหรือคำสั่งชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายหรือไม่ (Le Contrôle de Légalité des Actes Administratifs) ให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง (La Juridictions Administratives) หรือญี่ปุ่นให้อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมทั้งหมด[3] แต่ญี่ปุ่นก็จะมีกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความคดีปกครองแยกออกจากกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่งและอาญา[4] กล่าวได้ว่า ในแต่ละรัฐอาจใช้ระบบตุลาการที่แตกต่างกันเพื่อธำรงไว้ซึ่งหลักนิติธรรม จากที่กล่าวมาข้างต้น ฝรั่งเศสเลือกใช้ระบบศาลคู่ (La Dualité de Juridiction)[5] ส่วนญี่ปุ่นเลือกใช้ระบบศาลเดี่ยว แต่ไม่ว่าจะเลือกใช้ระบบศาลในรูปแบบใดย่อมมีเจตนารมณ์เดียวกันตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ (La Separation des Pouvoirs) คือ ต้องการให้ตุลาการเข้ามามีบทบาทถ่วงดุลการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร โดยการจำกัดการใช้อำนาจรัฐให้อยู่ในกรอบของรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่ออกมาโดยรัฐสภาเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

---

[2] แม้ว่าในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะใช้คำว่าหลักนิติธรรม แต่แท้จริงแล้วหลักการต่าง ๆ ที่นำมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญล้วนเป็นหลักนิติรัฐทั้งสิ้น เช่น การบัญญัติให้มีระบบศาลคู่ (ผู้เขียน)

[3] มาตรา 81 รัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่น

[4] วศิน ยิ้มแย้ม และเยี่ยม อรุโณทัยวัฒน์, “การตรวจสอบการกระทำทางปกครองโดยองค์กรตุลาการในประเทศญี่ปุ่น”, **วารสารสังคมวิจัยและพัฒนา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**, 4, 1 (มกราคม-มีนาคม 2565), หน้า 13-28.

[5] Jean-Marie Woehrling, “Le contrôle juridictionnel de l’administration en droit français”, in **Revue française d’administration publique**, 30 (1984), p.19-43.

สาธารณรัฐเกาหลี (Republic of Korea) (ต่อไปในบทความนี้จะเรียกว่า *"เกาหลีใต้")* เป็นประเทศที่มีพัฒนาการในทางกฎหมายอย่างมีนัยสำคัญจนเป็นที่ยอมรับของนานาอารยประเทศ ซึ่งในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง องค์กรตุลาการในเกาหลีใต้ก็มีบทบาทสำคัญในการคุ้มครองหลักนิติธรรมเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยนำเสนอเนื้อหาตามประเด็นดังต่อไปนี้ ประเด็นแรก ระบบกฎหมายและระบบศาลของเกาหลีใต้ ประเด็นที่สอง ระบบกฎหมายปกครองของเกาหลีใต้ ประเด็นที่สาม ศาลปกครองแห่งเกาหลีใต้ ประเด็นที่สี่ การฟ้องคดีปกครองในระบบกฎหมายของเกาหลีใต้ และบทสรุป ในตอนท้าย[6]

2. ระบบกฎหมายและระบบศาลของเกาหลีใต้

2.1 ระบบกฎหมายของเกาหลีใต้

ภายหลังการสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 ในปี พ.ศ. 2488 สหรัฐอเมริกาและสหภาพโซเวียต (Union of Soviet Socialist Republics: USSR) ต่างดำเนินนโยบายปลดปล่อยเกาหลีออกจากการยึดครองของจักรวรรดิญี่ปุ่น จนกระทั่งเกิดสงครามเกาหลีขึ้นในระหว่างปี พ.ศ. 2493 ถึง พ.ศ. 2496 ผลแห่งสงครามดังกล่าวทำให้เกาหลีถูกแบ่งออกเป็นสองประเทศ คือ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนเกาหลี (Democratic People's Republic of Korea) หรือ *"เกาหลีเหนือ"* และสาธารณรัฐเกาหลี (Republic of Korea) หรือ *"เกาหลีใต้"* ฉะนั้น ในส่วนที่กล่าวถึงประวัติศาสตร์การเมืองหรือระบบกฎหมายโบราณก่อนการปฏิรูปสู่ระบบกฎหมายสมัยใหม่ของเกาหลีใต้ ผู้เขียนหมายถึงประวัติศาสตร์ของเกาหลีโดยรวมก่อนที่จะมีการแบ่งแยกประเทศ อย่างไรก็ตาม เมื่อบทความนี้กล่าวถึงระบบกฎหมายสมัยใหม่ ผู้เขียนตั้งใจกล่าวถึงระบบกฎหมายภายในของเกาหลีใต้เท่านั้น ไม่รวมถึงระบบกฎหมายในเกาหลีเหนือในปัจจุบันแต่อย่างใด

ระบบการปกครองและระบบกฎหมายก่อนหน้าการปฏิรูปกฎหมายให้เป็นสมัยใหม่ของเกาหลีก็มีลักษณะเช่นเดียวกับประเทศอื่น ๆ ในทวีปเอเชีย คือ เป็นการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ สำหรับระบบกฎหมายในยุคโบราณของเกาหลีกล่าวกันว่าสามารถย้อนกลับไปกว่า 4,300 ปี นับจากปัจจุบัน กล่าวคือ ในรัชสมัยของราชวงศ์โกโชซอน (Gojoseon Dynasty)

---

[6] บทความนี้มุ่งนำเสนอพัฒนาการและระบบการฟ้องคดีปกครองในเกาหลีใต้เพื่อเป็นความรู้ในการทำความเข้าใจระบบกฎหมายปกครองและระบบการฟ้องและดำเนินคดีปกครองเบื้องต้นเท่านั้น ผู้เขียนเห็นว่า การศึกษาระบบกฎหมายปกครองในเกาหลีใต้ (ซึ่งเป็นประเทศที่เจริญทัดเทียมเยอรมนีและฝรั่งเศส) ย่อมเป็นประโยชน์ให้ผู้ศึกษาวิจัยกฎหมายปกครองเปรียบเทียบใช้เป็นแนวทางในการศึกษาต่อยอดในการพัฒนาระบบกฎหมายปกครองไทย เนื่องจากเกาหลีใต้มีระบบคิดแบบเอเชียความใกล้เคียงในระบบความคิดของไทยมากกว่าประเทศตะวันตก

มีการตรากฎหมายของตนเองขึ้นมา เรียกว่า กฎหมายแปดมาตรา (Pal-Jo-Geum-Beob) ซึ่งระบบกฎหมายโบราณของเกาหลีหรือกฎหมายแปดมาตรานี้ เกาหลีได้รับอิทธิพลมาจากแนวคิดของขงจื๊อและระบบกฎหมายโบราณของจีน[7]

อย่างไรก็ตาม ในช่วงเวลาดังกล่าว ระบบกฎหมายของเกาหลีก็มีการพัฒนาลักษณะของตนเองก็ยังปรากฏอยู่ทั่วไป กล่าวอีกนัยหนึ่ง เกาหลีมีการพัฒนาระบบกฎหมายจารีตของตนเองจนมีลักษณะแตกต่างไปจากระบบกฎหมายโบราณของจีน และพัฒนาเรื่อยมาจนมีการนำเอาระบบตุลาการสมัยใหม่เข้ามาในปลายรัชสมัยของราชวงศ์โชซอน (Joseon Dynasty)[8] กล่าวคือ ระบบกฎหมายของเกาหลีได้รับการพัฒนาให้เป็นสมัยใหม่แบบตะวันตกในปี พ.ศ. 2437 โดยเริ่มต้นจากการจัดทำรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร และการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยพระธรรมนูญศาลยุติธรรม พ.ศ. 2438 (Court Organization Act 1895) กฎหมายฉบับนี้กำหนดให้องค์กรศาลเป็นองค์กรที่เป็นอิสระแยกออกจากองค์กรที่ใช้อำนาจบริหาร ต่อมาในช่วงปี พ.ศ. 2453 ถึง พ.ศ. 2488 เกาหลีถูกยึดครองโดยญี่ปุ่น ส่งผลให้โครงสร้างและแนวคิดของระบบกฎหมายของญี่ปุ่นได้ถูกนำมาใช้ในเกาหลี เมื่อเกาหลีได้รับเอกราชจากญี่ปุ่นในปี พ.ศ. 2488 และในปี พ.ศ. 2491 มีการสถาปนาประเทศเป็นเกาหลีใต้ขึ้น มีการนำระบบกฎหมายสมัยใหม่แบบเสรีนิยมตะวันตกเข้ามาใช้ในประเทศอย่างเต็มรูปแบบ[9]

การจัดทำรัฐธรรมนูญของเกาหลีใต้ก็เช่นเดียวกับประเทศอื่น ๆ ที่ได้รับเอกราชภายหลังสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 คือ ได้รับอิทธิพลจากแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) ทำให้ผู้ร่างรัฐธรรมนูญของเกาหลีใต้ได้ออกแบบรัฐธรรมนูญให้มีบทบัญญัติที่รับรองการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย (Separation of Powers) ออกแบบระบบรัฐบาลโดยกำหนดให้มีสถาบันอย่าง

---

[7] ระบบกฎหมายแบบขงจื๊อ (Confucian Legal Tradition) หรือระบบกฎหมายโบราณของเกาหลีที่ได้รับอิทธิพลมาจากแนวคิดของขงจื๊อนี้มีลักษณะที่แตกต่างจากคำอธิบายของประเทศเสรีนิยมตะวันตก (เน้นความสำคัญของปัจเจกบุคคล) แนวคิดของระบบกฎหมายแบบขงจื๊อเน้นไปที่การจัดระเบียบสังคม (Social Order) มากกว่าการให้ความสำคัญกับปัจเจกบุคคล อีกทั้งยังให้ความสำคัญกับหน้าที่มากกว่าสิทธิของบุคคล กล่าวได้ว่า แนวคิดที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญนิยมที่มาจากโลกตะวันตกไม่มีปรากฏในระบบกฎหมายเกาหลีโบราณ อาทิ แนวคิดการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย แนวคิดลักษณะนี้ไม่ปรากฏในระบบกฎหมายแบบขงจื๊อ ขงจื๊อเห็นว่าอำนาจไม่สามารถแบ่งแยกได้ ไม่มีบุคคลใดสามารถไปตรวจสอบการใช้อำนาจของกษัตริย์ได้ เนื่องจากพระองค์ได้รับมอบอำนาจมาจากเทพเจ้า โปรดดู Tom Ginsburg, “Confucian Constitutionalism? The Emergence of Constitutional Review in Korea and Taiwan”, in **Law & Social Inquiry**, 27, 4 (Autumn 2002), p.763-799, 766.

[8] Kipyo Kim, “Overview,” in **Introduction to Korean Law**, ed. Korean Legislation Research Institute (Springer, 2013), p.3-6.

[9] Ibid.

ประธานาธิบดีและรัฐสภา ระบบกฎหมายของเกาหลีใต้ในช่วงต้นของการก่อตั้งประเทศได้รับแรงอิทธิพลจากระบบกฎหมายยุโรปตะวันตก ระบบกฎหมายของญี่ปุ่น และระบบกฎหมายของกลุ่มแองโกล-อเมริกัน ผสมผสานกับจารีตประเพณีดั้งเดิมของเกาหลีเอง จึงกล่าวได้ว่าระบบกฎหมายของเกาหลีใต้สมัยใหม่เป็นการผสมผสานระหว่างระบบกฎหมายที่มีอิทธิพลต่อเกาหลีและจารีตทางกฎหมายของตนเอง จึงเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้ระบบกฎหมายของเกาหลีใต้มีพลวัตสามารถปรับตัวให้เข้ากับการเปลี่ยนแปลงทางสังคม การเมือง เศรษฐกิจ และกระแสโลกาภิวัตน์ได้ แต่ในขณะเดียวกันก็สามารถรักษาเอกลักษณ์เฉพาะตัวเอาไว้ได้[10]

ระบบกฎหมายของเกาหลีใต้ในปัจจุบันมีความคล้ายคลึงกับระบบกฎหมายของเยอรมนีและสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ การจัดทำรัฐธรรมนูญของเกาหลีใต้ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกาพอสมควร อย่างไรก็ตาม แม้ช่วงหลังระบบกฎหมายของเกาหลีใต้จะได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกามากขึ้นกว่าระบบกฎหมายของเยอรมนี แต่ระบบกฎหมายของเกาหลียังคงไม่มีการใช้คณะลูกขุนเข้ามาในการพิจารณาคดีในศาล ยังคงใช้องค์คณะผู้พิพากษาในการตัดสินทั้งข้อเท็จจริงและมีคำพิพากษากำหนดผลทางกฎหมาย ซึ่งองค์คณะผู้พิพากษาอาจประกอบด้วยผู้พิพากษาจำนวน 1 คน หรือจำนวน 3 คน แล้วแต่กรณี[11]

2.2 ระบบศาลของเกาหลีใต้

รัฐธรรมนูญแห่งเกาหลีใต้กำหนดระบบศาลในเกาหลีแบ่งออกเป็น 2 ประเภทศาล คือ ศาลยุติธรรม และศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังนี้

1) ศาลยุติธรรม เป็นองค์กรศาลที่ใช้อำนาจตุลาการของประเทศตามพระราชบัญญัติว่าด้วยพระธรรมนูญศาลยุติธรรม[12] มาตรา 3 (แก้ไขเพิ่มเติม 27 ธันวาคม พ.ศ. 2559 โดยพระราช บัญญัติ เลขที่ 14470)[13] กำหนดให้ศาลยุติธรรมในเกาหลีใต้มีทั้งสิ้น 7 ประเภท ได้แก่ ศาลฎีกา (Supreme Court) ศาลอุทธรณ์ (High Court) ศาลจังหวัด (District Court) ศาลสิทธิบัตร (Patent Court) ศาลครอบครัว (Family Court)

---

[10] Ibid., p. 3-6.

[11] Oh Seung Jin, “Overview of Legal Systems in the Asia-Pacific Region,” [online] Available from : http://scholarship.law.cornell.edu/lps_lsapr/6 [7 September 2023]

[12] แม้ว่าเกาหลีใต้จะปกครองในระบบสาธารณรัฐ มิใช่ราชอาณาจักรที่มีกษัตริย์เป็นประมุขของรัฐ แต่เพื่อให้ผู้อ่านบทความเข้าใจเนื้อหาของบทความและสามารถเปรียบเทียบกับบริบทของกฎหมายและบริบทสังคมของไทยได้โดยง่าย ผู้เขียนจึงขอแปลกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศเกาหลีว่า *“พระราชบัญญัติ”* แทน *“รัฐบัญญัติ”*

[13] Article 3 of Act No. 14470 of Concerning Court Organization (Categories of Courts) 2016

ศาลปกครอง (Administrative Court) และศาลล้มละลาย (Bankruptcy Court) การจัดระบบภายในศาลของเกาหลีใต้ก็เช่นเดียวกับศาลยุติธรรมของไทย กล่าวคือ ศาลเกาหลีใต้แบ่งศาลออกเป็น 3 ชั้นศาล ดังนี้ (1) ศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีและคำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลเป็นที่สุด คือ ศาลฎีกา (2) ศาลที่มีลำดับชั้นต่อมา คือ ศาลอุทธรณ์ โดยระบบกฎหมายเกาหลีใต้กำหนดให้ศาลสิทธิบัตรอยู่ในระดับชั้นศาลอุทธรณ์ (3) ศาลแรกหรือศาลชั้นต้นที่เป็นศาลที่คู่ความต้องนำคดีมาฟ้องเป็นศาลแรก เว้นกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ศาลชั้นต้น ได้แก่ ศาลจังหวัด โดยศาลครอบครัว ศาลล้มละลาย และศาลปกครอง[14] มีสถานะเป็นศาลชั้นต้น เช่นเดียวกับศาลจังหวัดด้วย[15] กล่าวคือ ศาลชั้นต้นเป็นศาลที่รับฟ้องในคดีที่ตนมีเขตอำนาจพิจารณาเป็นศาลแรก ประชาชนต้องนำคดีมาฟ้องที่ศาลชั้นต้นที่มีเขตอำนาจก่อนจะนำไปฟ้องต่อศาลระดับอื่นก่อนไม่ได้

2) ศาลรัฐธรรมนูญ เป็นองค์กรศาลที่อยู่ในอีกระบบแยกออกจากระบบศาลยุติธรรม ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญและตัดสินข้อพิพาทตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด[16] ทั้งนี้ ตามมาตรา 111 ของรัฐธรรมนูญแห่งเกาหลีใต้ ซึ่งนับแต่ก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้น ศาลรัฐธรรมนูญได้สถาปนาความเชื่อถือไว้วางใจจากประชาชนจนกลายเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่ประชาชนให้ความเคารพ เชื่อถือ และศรัทธามากที่สุด[17] โดยเหตุผลสำคัญเนื่องมาจากศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้เป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ และยังมีบทบาทสำคัญในการรักษาดุลยภาพและความยุติธรรมทางการเมืองอีกด้วย[18]

---

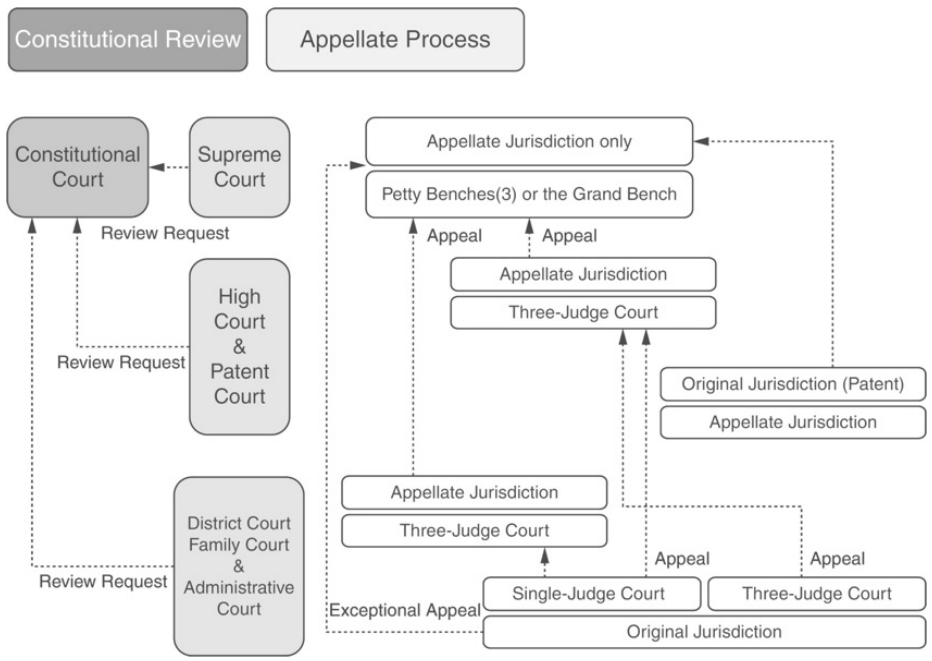
[14] ศาลปกครองในเกาหลีใต้มีลักษณะเป็นศาลชำนัญพิเศษในระบบศาลยุติธรรม ไม่ได้ถูกแยกออกมาต่างหากอย่างในระบบศาลคู่

[15] Supreme Court of Korea, “The Judiciary,” [online] Available from : https://eng.scourt.go.kr/eng/links/links.jsp [7 September 2023]

[16] Joon Seok Hong, “Signaling the Turn: The Supermajority Requirement and Judicial Power on the Constitutional Court of Korea”, in **The American Journal of Comparative Law**, 67, 1 (2019), p.177-217, 180.

[17] Hannes B. Mosler, “The Constitutional Court as a Facilitator of Fundamental Rights Claiming in South Korea, 1988–2018,” in **Rights Claiming in South Korea**, eds. Celeste L. Arrington and Patricia Goedde (Cambridge University Press, 2021), p.126-150, 127.

[18] Tom Ginsburg, **Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases**, (Cambridge University Press, 2003), p.211.



ภาพที่ 1 ลำดับชั้นศาล ขั้นตอนการอุทธรณ์-ฎีกา และขั้นตอนการยื่นคำร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายเกาหลีใต้[19]

จากที่ได้ศึกษาเกี่ยวกับระบบกฎหมายและระบบศาลของเกาหลีใต้ จะเห็นได้ว่าเกาหลีใต้เป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) และได้รับอิทธิพลทางกฎหมายจากประเทศในยุโรปตะวันตกโดยเฉพาะเยอรมนี ทำให้เกาหลีใต้มีการแบ่งแยกประเภทของกฎหมายออกเป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน และมีการจัดตั้งศาลที่มีความเชี่ยวชาญในคดีในขอบเขตของกฎหมายมหาชนและกำหนดวิธีพิจารณาคดีเฉพาะขึ้น แม้ว่าเกาหลีใต้จะไม่ได้แยกศาลปกครองออกมาจากศาลยุติธรรมดังที่ปรากฏในเยอรมนี แต่เกาหลีใต้ก็มีการจัดตั้งศาลปกครองให้เป็นศาลพิเศษ ดังจะกล่าวรายละเอียดใน ข้อ 3 เรื่องศาลปกครองแห่งเกาหลีใต้

[19] Jongcheol Kim, “Courts in the Republic of Korea: Featuring a Built-in Authoritarian Legacy of Centralization and Bureaucratization,” in **Asian Courts in Context**, eds. Jiunn-Rong Yeh and Wen-Chen Chang (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), p.112-142, 114.

3. ระบบกฎหมายปกครองของเกาหลีใต้

3.1 ที่มาของกฎหมายปกครอง

รากฐานแนวคิดกฎหมายปกครองสมัยใหม่ของเกาหลีใต้มาจากยุคที่เกาหลี (ก่อนที่จะมีการแยกประเทศ) อยู่ภายใต้การปกครองหรือตกเป็นอาณานิคมของญี่ปุ่น ซึ่งในขณะนั้นระบบกฎหมายของญี่ปุ่นนำรับแนวคิดมาจากระบบกฎหมายของประเทศในทวีปยุโรปโดยเฉพาะระบบกฎหมายของเยอรมนีและฝรั่งเศส[20] ดังนั้น การพัฒนาระบบกฎหมายปกครองในเกาหลีได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายยุโรปผ่านการปกครองของญี่ปุ่น อย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่าญี่ปุ่นมาวางรากฐานระบบกฎหมายในเกาหลีแต่อย่างใด แต่เป็นอิทธิพลที่ได้รับผ่านการถูกปกครองโดยญี่ปุ่นเท่านั้น จากข้อเท็จจริงทางประวัติศาสตร์ปรากฏว่าช่วงเวลาดังกล่าวญี่ปุ่นได้จัดตั้งศาลปกครองแยกออกจากศาลยุติธรรม แต่ในส่วนเกาหลีภายใต้การปกครองของญี่ปุ่นไม่มีการตั้งศาลปกครองแยกออกมาจากศาลยุติธรรมแต่อย่างใด ญี่ปุ่นกำหนดให้การพิจารณาคดีปกครองอยู่ในอำนาจของผู้พิพากษาญี่ปุ่น ในฐานะที่ญี่ปุ่นเป็นผู้ปกครองและเกาหลีเป็นผู้ถูกปกครอง ลักษณะดังกล่าวนี้ทำให้ระบบการพิจารณาคดีปกครองของเกาหลีในขณะนั้นไม่เป็นที่ยอมรับของประชาชน[21]

ภายหลังจากได้รับเอกราชช่วงสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 เกาหลีใต้ถูกปกครองโดยรัฐบาลเผด็จการต่อเนื่องกัน และรัฐบาลเหล่านี้ย่อมไม่สนับสนุนให้มีการดำเนินคดีทางปกครอง เนื่องจากเป็นการจำกัดการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐ กล่าวคือ แม้ว่าจะมีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการฟ้องคดีปกครอง พ.ศ. 2494[22] (the Administrative Litigation Act 1951) แต่ก็เป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาค่อนข้างสั้นไม่ครอบคลุมลักษณะการดำเนินคดีปกครอง เนื่องจากมีบทบัญญัติเพียง 14 มาตราเท่านั้น ส่งผลให้ขอบเขตของการฟ้องคดีปกครองยังคงอยู่ในวงจำกัด องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ทำตามนโยบายของรัฐบาลเผด็จการยังมีอำนาจดุลพินิจค่อนข้างมาก[23] ฉะนั้น ในกรณีที่ศาลจะเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองขององค์กรฝ่ายปกครองได้ การกระทำดังกล่าวจะต้องเป็นการกระทำทางปกครองอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจ

---

[20] วศิน ยิ้มแย้ม และเยี่ยม อรุโณทัยวัฒน์, “การตรวจสอบการกระทำทางปกครองโดยองค์กรตุลาการในประเทศญี่ปุ่น”, **วารสารสังคมวิจัยและพัฒนา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**, หน้า 13.

[21] Tom Ginsburg, “Dismantling the “Developmental State”? Administrative Procedure Reform in Japan and Korea”, in **The American Journal of Comparative Law**, 49, 4 (2001), p.596.

[22] ได้รับอิทธิพลมาจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการฟ้องคดีปกครองของญี่ปุ่น (ผู้เขียน)

[23] Seong Wook Heo, “The Codification of Administrative Law in South Korea,” in **Codification in East Asia: Selected Papers from the 2nd IACL Thematic Conference**, ed. Wen-Yeu Wang (Cham: Springer International Publishing, 2014), p.161-165, 163.

ปกครองที่กระทบสิทธิตามกฎหมายของบุคคลผู้ซึ่งจะใช้สิทธิฟ้องคดีปกครองและต้องเป็นที่สุดไม่อาจโต้แย้งใด ๆ ภายในองค์กรฝ่ายปกครองได้อีก และการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองดังกล่าวมีผลทางกฎหมายทันที แม้ว่าภายหลังจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติว่าด้วยการพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2494 แต่เป็นการแก้ไขเพียงเล็กน้อย ดังนั้น ภายหลังได้รับเอกราชช่วงแรก การฟ้องคดีปกครองในเกาหลีใต้จึงมีจำนวนไม่มากนัก[24]

3.2 การปฏิรูปกฎหมายปกครองในเกาหลีใต้

ในระบบกฎหมายสมัยใหม่ของประเทศเกาหลี ที่มาของหลักการสำคัญของกฎหมายมหาชนและกฎหมายปกครอง อาทิ หลักนิติธรรม (Principle of Rule of Law) หลักที่ไม่สามารถมอบอำนาจมหาชนให้องค์กรอื่นใช้แทนได้ (Principle of Non-Delegation) หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) หลักความเสมอภาค (Principle of Equality) หรือหลักคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจต่อระบบกฎหมาย (Principle of Protection of Belief) ล้วนมีรากฐานมาจากรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น แต่รัฐธรรมนูญจะมิได้กำหนดนิยามหรือรายละเอียดของหลักการดังกล่าวไว้ โดยจะให้ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายตุลาการ และฝ่ายวิชาการพัฒนาหลักการทางกฎหมายปกครองต่อไป[25]

ในเบื้องต้นต้องเข้าใจก่อนว่าระบบกฎหมายในสมัยใหม่ของเกาหลีใต้ได้รับอิทธิพลมาจากประเทศในยุโรปที่ใช้ระบบสกุลกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) โดยเริ่มต้นจากการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่ง ดังนั้น ระบบกฎหมายปกครองก็เช่นเดียวกันกับระบบกฎหมายแพ่ง คือ ได้รับอิทธิพลมาจากประเทศที่ระบบสกุลกฎหมายลายลักษณ์อักษรในยุโรป ส่งผลให้พัฒนาการของกฎหมายปกครองของเกาหลีใต้มีทิศทางในการพัฒนาไปในลักษณะเดียวกับประเทศในภาคพื้นยุโรป กล่าวคือ ไม่มีการรวบรวมกฎหมายปกครองทั้งหลายให้มารวมอยู่ในฉบับเดียวกัน แต่จะมีการตรากฎหมายปกครองพื้นฐานหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการพิจารณาคดีปกครอง (the Administrative Litigation Act) พระราชบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (the Administrative Procedure Act) พระราชบัญญัติว่าด้วยการพิจารณาอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง (the Administrative Appeals Act) กรอบของกฎหมายว่าด้วยการกำกับดูแลฝ่ายปกครอง (Framework Act on Administrative Regulation) และพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (the Personal Information Protection Act) เป็นต้น และนอกจากกฎหมายปกครองดังที่กล่าวมานี้ เรื่องอื่น ๆ จะถูกตราขึ้นเป็นกฎหมายเฉพาะเรื่อง[26]

---

[24] Tom Ginsburg, “Dismantling the “Developmental State”? Administrative Procedure Reform in Japan and Korea”, in **The American Journal of Comparative Law**, p.596-597.

[25] Seong Wook Heo, “The Codification of Administrative Law in South Korea,” in **Codification in East Asia: Selected Papers from the 2nd IACL Thematic Conference**, ed. Wen-Yeu Wang, p.162.

[26] Ibid., p. 161.

การปฏิรูปกฎหมายปกครองในเกาหลีใต้เริ่มขึ้นตั้งแต่การสถาปนาสาธารณรัฐที่ 5 ในปี พ.ศ. 2524 โดยในช่วงเวลาดังกล่าว ประธานาธิบดีชอน ดู-ฮวัน (Chun Doo-Hwan) กล่าวถึงหลักนิติธรรม (Rule of Law) มากขึ้นในการปราศรัยต่อประชาชน และมีการออกพระราชบัญญัติว่าด้วยการอุทธรณ์ทางปกครอง พ.ศ. 2527 (Administrative Appeals Act 1984) เพื่อขยายขอบเขตการอุทธรณ์โต้แย้งการกระทำของฝ่ายปกครอง โดยแก้ไขให้คู่กรณีในการพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่สามารถยื่นอุทธรณ์โต้แย้งการกระทำทางปกครองไม่เพียงแค่การกระทำที่เห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น หากรวมไปถึงการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายหรือความเหมาะสมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองอีกด้วย ลักษณะดังกล่าวทำให้หน่วยงานทางปกครองหรือผู้บังคับบัญชาสามารถพิจารณาอุทธรณ์ได้ และมีอำนาจในการแก้ไขหรือยกเลิกมาตรการที่ไม่ชอบกฎหมายที่ออกโดยผู้ใต้บังคับบัญชาของตน นอกจากนี้ พระราชบัญญัติดังกล่าวยังกำหนดให้องค์กรของรัฐทุกองค์กรจะต้องจัดตั้งคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ภายใน เพื่อพิจารณาเรื่องอุทธรณ์ในการกระทำทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของตน ซึ่งคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ดังกล่าวจะประกอบด้วยกรรมการจำนวน 15 คน และมีหัวหน้าหน่วยงานนั้น ๆ เป็นประธานคณะกรรมการ แม้ว่ากฎหมายดังกล่าวจะเป็นช่องทางให้ผู้บังคับบัญชาใช้อำนาจควบคุมแก้ไขกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือการกระทำอื่นที่ทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งอยู่ใต้บังคับบัญชา แต่กฎหมายนี้ไม่ได้สร้างกลไกการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการซึ่งเป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระและเป็นกลาง อย่างไรก็ตาม การฟ้องร้องคดีปกครองในเกาหลีใต้เริ่มมีจำนวนเพิ่มมากขึ้นหลังปี พ.ศ. 2532 อาจกล่าวได้ว่า ประชาชนเกาหลีใต้รับรู้ถึงความสำคัญของการควบคุมหรือตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการเพิ่มมากขึ้น เมื่อนายคิม ยอง-ซัม (Kim Young-Sam) ได้รับการเลือกตั้งเป็นประธานาธิบดีในปี พ.ศ. 2535 ประธานาธิบดีคิม ยอง-ซัม ได้เริ่มการปฏิรูปประเทศเน้นการต่อต้านการทุจริตคอร์รัปชัน รวมถึงการจัดตั้งระบบบัญชีแสดงทรัพย์สินและหนี้สินของเจ้าหน้าที่ของรัฐ (Public Official Wealth Registration System) เพื่อตรวจสอบทรัพย์สินของเจ้าหน้าที่ของรัฐในช่วงก่อนและหลังรับราชการ ต่อมาในปี พ.ศ. 2536 ประธานาธิบดีคิม ยอง-ซัม ได้ก่อตั้งคณะกรรมาธิการด้านการปฏิรูปการปกครอง โดยสนับสนุนให้จัดทำกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ยกเลิกกฎระเบียบที่ไม่จำเป็น และการปรับโครงสร้างของฝ่ายปกครอง อีกทั้งคณาจารย์ในมหาวิทยาลัยของเกาหลีใต้ต่างตีพิมพ์ผลงานทางวิชาการสนับสนุนให้มีการปฏิรูปการจัดระเบียบการปกครอง ในช่วงของการปฏิรูปกฎหมายปกครองที่มีการมุ่งเน้นไปที่ความต้องการให้องค์กรตุลาการเข้ามามีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองมากขึ้น ซึ่งมีกฎหมายสำคัญดังนี้[27]

[27] Kipyo Kim, “Overview,” in **Introduction to Korean Law**, ed. Korean Legislation Research Institute, p.87-88.

(1) รัฐธรรมนูญแห่งเกาหลีใต้ มาตรา 12 (1) ได้รับรองสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้ตีความขยายให้ครอบคลุมถึงการดำเนินพิจารณาทางปกครอง

(2) พระราชบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (Administrative Procedure Act 1998) กำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องกำหนดขั้นตอนการพิจารณาทางปกครองและระยะเวลาในการพิจารณาทางปกครอง นอกจากนี้ ยังรวมถึงการให้โอกาสคู่กรณีแสดงพยานหลักฐานโต้แย้ง และกำหนดให้ฝ่ายปกครองให้เหตุผลประกอบการตัดสินใจในการกระทำการของฝ่ายปกครอง[28]

ผลของการปฏิรูปการปกครองประเทศเป็นประชาธิปไตยและการปฏิรูปฝ่ายปกครองควบคู่ไปกับการพัฒนาทางเศรษฐกิจ เกาหลีใต้จึงถูกขนานนามว่า *"Asian Tiger Phenomenon"*[29] อาจกล่าวได้ว่า การพัฒนาระบบกฎหมายปกครองให้หน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจจำกัดและสามารถตรวจสอบได้ทั้งภายในฝ่ายปกครองเอง และองค์กรตุลาการมีผลสำคัญในการพัฒนาสังคมเกาหลีไปสู่ประชาธิปไตย สร้างความโปร่งใสในการบริหารราชการแผ่นดินจนนำมาสู่ความมั่งคั่งทางเศรษฐกิจของเกาหลีใต้

4. ศาลปกครองแห่งเกาหลีใต้

เกาหลีใต้ได้รับอิทธิพลระบบกฎหมายสมัยใหม่จากเยอรมนีและระบบกฎหมายจากทวีปยุโรป ประกอบกับการเรียกร้องให้มีการปฏิรูปการเมืองให้เป็นประชาธิปไตย จึงทำให้แนวคิดในการควบคุมการใช้อำนาจรัฐ การจำกัดการใช้อำนาจรัฐตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ และหลักนิติธรรมตามคติกฎหมายตะวันตก ถูกกล่าวถึงมากขึ้นในเกาหลีใต้ในช่วงเวลาดังกล่าว ต่อมาเมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดให้องค์กรตุลาการเข้ามามีบทบาทในการตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรที่ใช้อำนาจการเมือง ศาลรัฐธรรมนูญจึงถูกก่อตั้งขึ้น โดยมาตรา 111 ของรัฐธรรมนูญแห่งเกาหลีใต้ ได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและมีอำนาจอื่น ๆ เพื่อจำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร[30] ทำให้เกาหลีใต้เปลี่ยนระบบศาลจากระบบ

---

[28] John Ohnesorge, "Chinese Administrative Law in the Northeast Asian Mirror", in **Transnational Law & Contemporary Problems**, 16 (2006), p.126-127.

[29] Lisa Blomgren Amsler, Sun Woo Lee, and Won Kyung Chang, "Judicial Independence and Legal Infrastructure: Essential Partners for Economic Development: Participatory Governance in South Korea: Legal Infrastructure, Economic Development, and Dispute Resolution", in **Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal**, 19 (2007), p.389.

[30] Joon Seok Hong, "Signaling the Turn: The Supermajority Requirement and Judicial Power on the Constitutional Court of Korea", in **The American Journal of Comparative Law**, p.177-217, 180.

ศาลเดี่ยวไปเป็นระบบศาลคู่ คือ มีสองระบบศาลที่มีเขตอำนาจศาลต่างกัน คือ ศาลรัฐธรรมนูญและศาลยุติธรรม เมื่อเกาหลีใต้ได้จัดตั้งศาลปกครองขึ้นเพื่อให้มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองในปี พ.ศ. 2537[31] ต่อมาในวันที่ 1 มีนาคม พ.ศ. 2541 ได้มีการเปิดทำการศาลปกครองแห่งแรกขึ้นที่เมืองหลวงของประเทศ คือ ศาลปกครองแห่งกรุงโซล (Seoul Administrative Court) โดยกฎหมายกำหนดให้ศาลปกครองแห่งกรุงโซลมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับคดีปกครองทั่วไป คดีภาษีอากร และคดีแรงงาน แต่จากวันนั้นจนถึงปัจจุบัน ปรากฏว่าเกาหลีใต้ได้เปิดทำการศาลปกครองที่กรุงโซลเพียงแห่งเดียวเท่านั้น โดยเหตุที่ยังไม่มีการจัดตั้งศาลปกครองในภูมิภาค จึงเป็นเหตุให้คดีปกครองที่มูลคดีเกิดอยู่นอกเขตอำนาจในทางพื้นที่ของศาลปกครองแห่งกรุงโซล คดีนั้นจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลจังหวัดและศาลอื่นที่มูลคดีเกิดแทน เช่น ศาลสาขาคังนึง แห่งศาลจังหวัดชุนชอน (Gangneung Branch Court of Chuncheon District Court) ทั้งนี้ จนกว่ามีการจัดตั้งศาลปกครองในภูมิภาคต่อไปในอนาคต[32] จึงอาจกล่าวได้ว่าเกาหลีใต้ ศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีทั้งปวง เว้นแต่คดีที่กำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรมจึงเป็นศาลที่มีเขตอำนาจกว้างขวาง หรืออาจกล่าวได้ว่า มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง ไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่ง คดีอาญา หรือคดีปกครอง ถือเป็นเขตอำนาจศาลยุติธรรมแต่เพียงศาลเดียว หากในการพิจารณาคดีแต่ละประเภทจะมีการใช้กฎหมายวิธีพิจารณาคดีต่างกันไปตามประเภทของคดีนั้น ๆ กรณีจึงเห็นได้ว่า แม้จะได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในระบบกระบวนการยุติธรรมของเกาหลีใต้ และได้เปิดทำการศาลปกครองแห่งกรุงโซลแล้วก็ตาม แต่ก็มิได้ทำให้ศาลปกครองแห่งกรุงโซลถูกแยกออกไปจากระบบศาลยุติธรรมในลักษณะของระบบศาลคู่แต่อย่างใด[33]

ในอดีต ก่อนการจัดตั้งศาลปกครอง การดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางปกครองในศาลโจทก์หรือผู้ฟ้องคดีจะต้องดำเนินการอุทธรณ์โต้แย้งภายในฝ่ายปกครองจนถึงที่สุดก่อน หากโจทก์หรือผู้ฟ้องคดีไม่เห็นด้วยกับฝ่ายปกครอง โจทก์หรือผู้ฟ้องคดีจึงจะสามารถนำคดีปกครองมาฟ้องต่อศาลได้ ภายหลังจัดตั้งศาลปกครอง หลักการในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางปกครองในศาลได้เปลี่ยนไป กล่าวคือ โจทก์หรือผู้ฟ้องคดีสามารถนำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลได้เลย ไม่ต้องโต้แย้งภายในฝ่ายปกครองจนถึงที่สุดก่อนอีกต่อไป[34]

---

[31] Kuk Cho, **Litigation in Korea**, (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2010), p.viii.

[32] Article 2 of Act No. 4765 (Transitional Measures concerning Administrative Cases) 27 July 1994

[33] **박균성**, "La Réforme du contentieux administratif en Corée sous l'angle du contentieux administratif en France", in **지방자치법연구**, 8, 3 (2008), p.59-72, 61.

[34] Hee-Jung Lee, "The Structures and Roles in Judicial Review of Administrative Litigation in Korea", in **Journal of Korean Law**, 6 (2006), p.44-68, 48.

5. การฟ้องคดีปกครองในระบบกฎหมายของเกาหลีใต้

5.1 ที่มาของพระราชบัญญัติว่าด้วยการพิจารณาคดีปกครอง

กฎหมายปกครองในเกาหลีใต้มีส่วนสำคัญในการพัฒนาทั้งในด้านเศรษฐกิจและสังคมของเกาหลีใต้ โดยเฉพาะการพัฒนาระบบกฎหมายเกี่ยวกับการตรวจสอบการกระทำทางปกครองโดยองค์กรตุลาการโดยการฟ้องคดีปกครองต่อศาล ภายหลังได้รับเอกราชหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 เกาหลีใต้ได้ตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการพิจารณาคดีปกครอง (Administrative Litigation Act) ในปี พ.ศ. 2494[35] โดยมีพระราชบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2491 ของประเทศญี่ปุ่น เป็นต้นแบบในการยกร่างกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ในช่วงเวลาดังกล่าวนี้ เกาหลีใต้ยังคงปกครองในระบอบเผด็จการอำนาจนิยมภายใต้การปกครองของนายปาร์ค จุง-ฮี (Park Chung-Hee) ซึ่งดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีในขณะนั้น (ปี พ.ศ. 2504 - พ.ศ. 2522) ที่ได้มีความพยายามรวบอำนาจเข้าสู่ตนเอง โดยเฉพาะในช่วงปี พ.ศ. 2515 เกิดความรุนแรงทางการเมืองขึ้นในเกาหลีใต้ ทำให้นายปาร์ค จุง-ฮี อาศัยจังหวะนี้ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินและประกาศยกเลิกรัฐธรรมนูญที่ใช้อยู่และประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับที่เรียกว่า “ยูชิน” (Yushin Constitution) และอาศัยอำนาจจากรัฐธรรมนูญดังกล่าวไล่ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมที่ต่อต้านตนเอง[36] ออกจากราชการ[37] การสถาปนาให้อำนาจของฝ่ายรัฐบาล (ประธานาธิบดีและฝ่ายปกครอง) มีอำนาจเหนือกว่าอำนาจขององค์กรนิติบัญญัติและองค์กรตุลาการเช่นนี้ทำให้ขัดขวางพัฒนาการขององค์กรในการพิจารณาข้อพิพาททางคดีปกครอง แนวคิดที่จะให้องค์กรตุลาการใช้อำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองย่อมไม่ได้รับการยอมรับจากผู้ใช้อำนาจปกครองแต่อย่างใด กล่าวคือ แม้จะมีกฎหมายให้ประชาชนสามารถฟ้องหน่วยงานทางรัฐเป็นคดีปกครองต่อศาลได้ แต่การฟ้องคดีปกครองอันเนื่องมาจากการกระทำของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนเกาหลีใต้ก็มีข้อจำกัดมาก[38]

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วก่อนหน้า ภายหลังการปฏิรูปการเมืองให้เป็นประชาธิปไตย (Democratization) ของเกาหลีใต้ ได้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ ทำให้องค์กรตุลาการในเกาหลีใต้มีบทบาทมากขึ้นใน

---

[35] ช่วงระหว่างสงครามเกาหลี

[36] ก่อนหน้านี้ศาลฎีกาเคยได้มีคำพิพากษาเพิกถอนกฎหมายที่ตราออกมาโดยฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งสร้างความไม่พอใจให้แก่ นายปาร์ค จุง-ฮี

[37] Tom Ginsburg, “Constitutional Courts in East Asia: Understanding Variation”, in **Journal Comparative Law**, 3 (2008), p.80-99, 85.

[38] Hee-Jung Lee, “Administrative Litigation in Korea: Structures and Roles in Judicial Review”, in **Litigation in Korea**, ed. Kuk Cho (Edward Elgar Publishing, 2010), p.175-198, 177.

การใช้อำนาจตุลาการเข้าตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและความชอบด้วยกฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติและองค์กรฝ่ายปกครอง ตามลำดับ กล่าวคือ การที่รัฐธรรมนูญมอบอำนาจให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาได้ ส่งผลให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจในการเข้าไปตรวจสอบการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองด้วยในกรณีที่ประชาชนยื่นคำร้องว่าการกระทำของฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Constitutional Complaint) ลักษณะดังกล่าวทำให้การฟ้องคดีปกครองในเกาหลีใต้ทุกวันนี้มีจำนวนมากขึ้น[39]

เมื่อมีคดีปกครองมากขึ้น หลักกฎหมายปกครองที่ศาลฎีกาของเกาหลีใต้วางในคำพิพากษาขยายจากตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็มีเพิ่มขึ้น เช่น หลักความได้สัดส่วน เป็นต้น[40] ดังที่กล่าวมาแล้ว ในปี พ.ศ. 2537 เกาหลีใต้ได้ปฏิรูประบบในการฟ้องคดีปกครอง โดยยกเลิกหลักการดำเนินการอุทธรณ์ภายในตามกระบวนการก่อนฟ้องคดีปกครอง (Rule of Exhaustion of Administrative Appeal) ทำให้ประชาชนที่ต้องการใช้สิทธิทางศาล สามารถดำเนินคดีในศาลได้ง่ายขึ้น โดยสามารถฟ้องคดีต่อศาลได้เลยไม่ต้องดำเนินการอุทธรณ์ภายในองค์กรฝ่ายปกครองก่อน หรือจะดำเนินการอุทธรณ์ภายในองค์กรฝ่ายปกครองก่อนก็ได้ เป็นทางเลือก รวมถึงมีการจัดตั้งศาลปกครองในฐานะศาลชั้นต้นในการพิจารณาคดีปกครอง (First Instance of Administrative Litigation) และสามารถอุทธรณ์คดีปกครองต่อศาลอุทธรณ์ (High Court) และศาลฎีกา (Supreme Court) ได้[41]

พระราชบัญญัติว่าด้วยการพิจารณาคดีปกครอง (the Administrative Litigation Act) ถูกแก้ไขเพิ่มเติมหลายครั้ง การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งล่าสุด คือ รัฐสภาเกาหลีใต้ได้ตราพระราชบัญญัติเลขที่ 14839 ลงวันที่ 26 กรกฎาคม พ.ศ. 2560 กฎหมายฉบับนี้ประกอบไปด้วย บทบัญญัติ 46 มาตรา[42]

---

[39] สถิติการฟ้องคดีปกครอง ใน พ.ศ. 2554 มีคดีปกครองจำนวน 16,924 คดี พ.ศ. 2555 มีคดีปกครองจำนวน 16,942 คดี พ.ศ. 2556 มีคดีปกครองจำนวน 17,777 คดี พ.ศ. 2557 มีคดีปกครองจำนวน 17,630 คดี และ พ.ศ. 2558 มีคดีปกครองจำนวน 18,270 คดี โปรดดู Supreme Court of Korea, “The Judiciary,” [online] Available from : https://eng.scourt.go.kr/eng/judiciary/proceedings/administrative.jsp [5 November 2023]

[40] Supreme Court [S. Ct.], 2000Du7704, 24 August 2001.

[41] Hee-Jung Lee, “The Structures and Roles in Judicial Review of Administrative Litigation in Korea”, in **Journal of Korean Law**, p.47.

[42] พระราชบัญญัติว่าด้วยการพิจารณาคดีปกครอง See, The Korea Law Translation Center (KLT), “The Administrative Litigation Act,” [online] Available from : https://elaw.klri.re.kr/eng_mobile/viewer.do?hseq=45101&type=part&key=8#:~:text=The%20purpose%20of%20this%20Act,or%20the%20application%20of%20law%2C [10 September 2023]

เหตุผลสำคัญในการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการพิจารณาคดีปกครองในเกาหลีใต้ คือ ประการแรก เพื่อคุ้มครองประชาชนจากการถูกละเมิดสิทธิและประโยชน์จากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายขององค์กรฝ่ายปกครองจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ และประการที่สอง เพื่อประกันว่าจะมีการระงับข้อพิพาทอย่างเหมาะสมเกี่ยวกับการโต้แย้งสิทธิตามกฎหมายมหาชนและการบังคับใช้กฎหมาย[43]

ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีปกครองในเกาหลีใต้ ศาลปกครองจะนำพระราชบัญญัติว่าด้วยการพิจารณาคดีปกครองมาใช้ในการพิจารณาคดีปกครองเป็นหลัก เว้นแต่กรณีที่คดีดังกล่าวมีกฎหมายอื่นกำหนดไว้เฉพาะให้นำใช้กฎหมายเฉพาะแทน[44] พระราชบัญญัติฉบับนี้มีเนื้อหาสำคัญเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของหน่วยงานทางปกครอง (Administrative Agencies)[45] เกี่ยวกับคู่กรณีในคดีปกครอง[46] กระบวนพิจารณาในชั้นศาล การโอนคดี[47] ผลของคำพิพากษาในคดีปกครอง

อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติฉบับนี้ยังมีเนื้อหาในการดำเนินคดีปกครองไม่ครบถ้วนครอบคลุมบางกรณี จึงมีการบัญญัติกำหนดให้นำพระราชบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่ง (Civil Litigation Act) พระราชบัญญัติว่าด้วยการบังคับคดีแพ่ง (Civil Enforcement Act) พระราชบัญญัติว่าด้วยพระธรรมนูญศาลยุติธรรม (Court Organization Act) มาใช้ในคดีปกครองโดยอนุโลม[48] กล่าวคือ ในการฟ้องคดีปกครองศาลจะนำพระราชบัญญัติว่าด้วยการพิจารณาคดีปกครองมาใช้ในการพิจารณาคดีเป็นการเฉพาะ ในกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะว่าให้นำกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ ศาลจึงสามารถนำกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ได้[49]

---

[43] มาตรา 1 พระราชบัญญัติว่าด้วยการพิจารณาคดีปกครอง

[44] มาตรา 8 (1) พระราชบัญญัติว่าด้วยการพิจารณาคดีปกครอง

[45] มาตรา 2 (2) พระราชบัญญัติว่าด้วยการพิจารณาคดีปกครอง “ในพระราชบัญญัตินี้ “หน่วยงานทางปกครอง” หมายความรวมถึง องค์กรฝ่ายปกครอง องค์การมหาชน และหน่วยงานอื่นของรัฐ หรือเอกชนที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายและกฎ”

[46] มาตรา 12 ถึง มาตรา 17 พระราชบัญญัติว่าด้วยการพิจารณาคดีปกครอง

[47] มาตรา 7 พระราชบัญญัติว่าด้วยการพิจารณาคดีปกครอง

[48] Hee-Jung Lee, “Administrative Litigation in Korea: Structures and Roles in Judicial Review”, in **Litigation in Korea**, ed. Kuk Cho, p.178.

[49] 박균성, “La Réforme du contentieux administratif en Corée sous l’angle du contentieux administratif en France”, in **지방자치법연구**, p.59.

5.2 บ่อเกิดของอำนาจในการโต้แย้งการกระทำของฝ่ายปกครอง

5.2.1 รัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญ มาตรา 107 (2) บัญญัติว่า “ศาลฎีกาเป็นศาลมีอำนาจพิพากษาให้เป็นที่สุดในการตรวจสอบเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา กฎ ระเบียบ หรือการกระทำทางปกครองอื่น เมื่อมีการโต้แย้งเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือความชอบด้วยกฎหมายอันเป็นประเด็นแห่งคดี” บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมาตรานี้กำหนดชัดเจนให้อำนาจในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองแก่ศาลยุติธรรม โดยรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ไม่ได้กำหนดให้อำนาจในการควบคุมตรวจสอบดังกล่าวเป็นของศาลที่จัดตั้งเป็นพิเศษแต่อย่างใด ดังที่ได้กล่าวมาก่อนหน้าว่า แม้มีการจัดตั้งและเปิดทำการศาลปกครองแห่งกรุงโซลขึ้น ศาลปกครองก็มีฐานะเป็นเพียงศาลชำนัญพิเศษของศาลยุติธรรมเท่านั้น กล่าวคือ เมื่อศาลปกครองประจำกรุงโซลพิพากษาคดีปกครองที่อยู่ในเขตอำนาจศาลตน หากคู่ความต้องการอุทธรณ์ ก็สามารถอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองแห่งกรุงโซลไปยังศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาต่อไป กล่าวโดยสรุป รัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลยุติธรรมมีเขตอำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำทางปกครอง ไม่ใช่ศาลรัฐธรรมนูญ และมีอำนาจควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของทางปกครองของฝ่ายปกครอง[50]

5.2.2 กฎหมายที่ออกโดยรัฐสภา

กฎหมายหลักที่เป็นบ่อเกิดอำนาจศาลในการดำเนินกระบวนพิจารณาในศาลในคดีปกครอง ได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยการพิจารณาคดีปกครอง โดยกฎหมายฉบับนี้ประกอบด้วยบทกฎหมายจำนวน 46 มาตรา กำหนดรูปแบบการดำเนินกระบวนพิจารณาทางปกครองที่แตกต่างกันตามประเภทแห่งคดี (จะกล่าวต่อไปในข้อ 5.3 รูปแบบการฟ้องคดีปกครอง) อย่างไรก็ตาม กฎหมายฉบับนี้ยังไม่ได้กำหนดกระบวนพิจารณาคดีปกครองไว้อย่างครอบคลุม มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการพิจารณาคดีปกครองจึงกำหนดให้พระราชบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่ง (Civil Litigation Act) พระราชบัญญัติว่าด้วยการบังคับคดีแพ่ง (Civil Enforcement Act) และพระธรรมนูญศาลยุติธรรม (Court Organization Act) มาใช้บังคับกับคดีปกครองโดยอนุโลม

---

[50] Hee-Jung Lee, “Administrative Litigation in Korea: Structures and Roles in Judicial Review”, in **Litigation in Korea**, ed. Kuk Cho, p.177.

นอกจากกฎหมายที่กำหนดเงื่อนไขการดำเนินคดีปกครองไว้เป็นการทั่วไปแล้ว ในเกาหลีใต้ยังปรากฏว่ามีการตรากฎหมายพิเศษที่มีการกำหนดเกี่ยวกับเงื่อนไขการดำเนินคดีปกครองไว้เป็นการเฉพาะอีกด้วย อย่างในกรณีพระราชบัญญัติว่าด้วยกรอบการจัดเก็บภาษีอากรแห่งชาติ (Framework Act on National Taxes) มาตรา 56 (2) กำหนดให้บุคคลที่ประสงค์ได้รับการเยียวยาจากการจัดเก็บภาษีที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย บุคคลดังกล่าวจะต้องดำเนินการอุทธรณ์กับหน่วยงานทางปกครองที่มีอำนาจเก็บภาษีก่อนจึงสามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลได้ เป็นต้น[51]

5.2.3 บรรทัดฐานคำพิพากษา

บทบัญญัติของพระราชบัญญัติว่าด้วยการพิจารณาคดีปกครองหลายมาตรามีลักษณะกำหนดหลักการที่กว้างและเป็นนามธรรม จึงทำให้มีประเด็นทางกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินคดีปกครองและอำนาจศาลหลายประเด็นที่ต้องได้รับการตีความโดยศาล อาทิ หลักการพิจารณาคดีของศาล หลักการมีสิทธิฟ้องคดีปกครอง ดังนั้น บรรทัดฐานคดีปกครองที่ถูกวางหลักไว้ก่อนจึงเป็นที่มาสำคัญของกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครองในเวลาต่อมาด้วย[52]

5.2.4 หลักกฎหมายปกครองทั่วไปหรือทฤษฎีทางกฎหมายปกครอง

ในการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองทั่วไปหรือทฤษฎีทั่วไปทางกฎหมายปกครองเกาหลีใต้และไทยมีลักษณะใกล้เคียงกัน กล่าวคือ เริ่มแรกเป็นการนำเอาหลักกฎหมายปกครองทั่วไปหรือทฤษฎีทั่วไปทางกฎหมายปกครองจากต่างประเทศเข้ามาใช้ในระบบกฎหมายปกครองของตนเอง จนมีการผสมผสานให้เข้ากับบริบทกฎหมายของเกาหลีใต้ในปัจจุบัน ในช่วงเริ่มต้นภายหลังจากได้รับเอกราชเกาหลีใต้ได้อิทธิพลเกี่ยวกับกฎหมายปกครองและการพิจารณาคดีปกครองจากญี่ปุ่น และต่อมาก็ได้รับอิทธิพลกฎหมายปกครองและการพิจารณาคดีปกครองจากเยอรมนี การได้รับอิทธิพลจากทฤษฎีกฎหมายญี่ปุ่นและเยอรมนี ส่งผลให้การดำเนินคดีปกครองของเกาหลีมุ่งเน้นไปทางการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลมากกว่าการตรวจสอบการอำนาจของฝ่ายปกครองโดยตุลาการ ซึ่งปรากฏร่องรอยของหลักกฎหมายเยอรมนีหลายประการในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองเกาหลีใต้ เช่น สิทธิฟ้องคดีปกครอง การกระทำทางปกครองที่สามารถฟ้องเป็นคดีพิพาททางปกครองได้[53]

---

[51] Ibid., p. 178.

[52] Ibid.

[53] Ibid., p. 178-179.

5.3 รูปแบบการฟ้องคดีปกครอง

พระราชบัญญัติว่าด้วยการพิจารณาคดีปกครองได้กำหนดรูปแบบการฟ้องคดีปกครอง 4 รูปแบบ ดังนี้

5.3.1 กรณีการฟ้องคดีปกครองขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Appeal Action หรือ Recours pour Excès de Pouvoir)

การพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับการขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นอำนาจสำคัญในการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการ ซึ่งเกาหลีใต้ได้แบ่งประเภทของคดีพิพาทเกี่ยวกับการขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายออกเป็น 3 ประเภท ดังนี้[54]

(1) กรณีฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Rescissory Action หรือ Le Contentieux D'annulation)

(2) กรณีฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ปฏิบัติการทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายสิ้นผลบังคับ (Nullity-Confirming Action หรือ Le Contentieux de Constatation de Nullité)

(3) กรณีฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งว่าฝ่ายปกครองละเลยต่อหน้าที่ตามกฎหมาย (Inaction's Illegality-Confirming Action หรือ Le Contentieux de Constatation de L'illégalité de Non-Décision)

สำหรับการกระทำของฝ่ายปกครองที่อาจถูกฟ้องคดีต่อศาลจะต้องเป็นการกระทำที่เกิดจากการใช้อำนาจทางปกครองหรือการละเลยต่อหน้าที่ตามกฎหมายของฝ่ายปกครอง ซึ่งการกระทำดังกล่าวนี้หมายรวมถึงการจัดเก็บภาษีอากร การออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร การออกใบอนุญาตให้บริการ หรือการเพิกถอนใบอนุญาต ส่วนการกระทำทางปกครองใดที่ไม่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล จะไม่อยู่ในเหตุแห่งการฟ้องคดีตามหมวดนี้ ฉะนั้นการพิจารณาว่าการกระทำใดจะเป็นการกระทำทางปกครองตามหมวดนี้หรือไม่ ให้พิจารณาจากผลทางกฎหมายว่าการกระทำดังกล่าวมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลหรือไม่ เป็นสำคัญ เมื่อเปรียบเทียบกรณีการฟ้องคดีปกครองขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของเกาหลีใต้ จะเห็นได้ว่าตรงกับเขตอำนาจของศาลปกครองไทยตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) และ (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542[55]

---

[54] มาตรา 4 พระราชบัญญัติว่าด้วยการพิจารณาคดีปกครอง

[55] มาตรา 9 วรรคหนึ่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พุทธศักราช 2542 "ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่อง ดังต่อไปนี้

นอกจากนี้ การยื่นฟ้องคดีต่อศาล หากเป็นการฟ้องเพื่อขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครอง โจทก์หรือผู้ฟ้องคดีจะต้องยื่นฟ้องภายในระยะเวลาการฟ้องคดีตามที่กฎหมายกำหนด ส่วนการฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ปฏิบัติการทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายสิ้นผลบังคับนั้น จะยื่นฟ้องเมื่อใดก็ได้ แต่ผู้ฟ้องคดีต้องแสดงให้เห็นถึงความไม่ชอบกฎหมายในระดับ *"ร้ายแรงและชัดเจน"* (Serious and Clear) ในประเด็นระยะเวลาการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับการขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจะมีความใกล้เคียงกับของไทย กล่าวคือ มาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542[56] บัญญัติให้การฟ้องคดีปกครองต้องดำเนินการภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ส่วนในกรณีการฟ้องคดีขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในระดับร้ายแรงและมีความชัดเจนถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นจะมีความคล้ายคลึงกับการฟ้องคดีที่เกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือสถานะของบุคคล ที่จะยื่นฟ้องคดีเมื่อใดก็ได้ หรือกรณีที่พ้นกำหนดเวลาการฟ้องคดีแล้ว หากศาลปกครองเห็นว่าคดีที่ยื่นฟ้องนั้นจะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือมีเหตุจำเป็นอื่น ศาลปกครองอาจรับคดีพิพาททางปกครองดังกล่าวไว้พิจารณาได้ ทั้งนี้ ตามมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ในการฟ้องขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย พระราชบัญญัติว่าด้วยการพิจารณาคดีปกครอง กำหนดให้ผู้ฟ้องคดีต้องอุทธรณ์โต้แย้งภายในฝ่ายปกครองก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาล หรือที่รู้จักกันในชื่อ ระบบอุทธรณ์บังคับ (Les Recours Administratifs Préalables Obligatoires) อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากมีการตราพระราชบัญญัติฉบับที่ 4770 ลงวันที่ 27 กรกฎาคม พ.ศ. 2537 (Act No. 4770, Jul. 27, 1994) แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติว่าด้วยการพิจารณาคดีปกครอง ได้ยกเลิกระบบอุทธรณ์บังคับ กล่าวคือ นับแต่วันที่ 1 มีนาคม

---

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใด เนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร..."

[56] มาตรา 49 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พุทธศักราช 2542 "การฟ้องคดีปกครองจะต้องยื่นฟ้องภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี หรือนับแต่วันที่พ้นกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือร้องขอต่อหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดและไม่ได้รับหนังสือชี้แจงจากหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือได้รับแต่เป็นคำชี้แจงที่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าไม่มีเหตุผลแล้วแต่กรณี เว้นแต่จะมีบทกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น"

พ.ศ. 2541[57] เฉพาะกรณีที่มีกฎหมายกำหนดเฉพาะให้มีการอุทธรณ์ภายในก่อนเท่านั้น ผู้ฟ้องคดีปกครองต้องยื่นอุทธรณ์ตามที่กฎหมายกำหนดก่อนจึงสามารถใช้สิทธิฟ้องคดีปกครอง แต่หากไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะบุคคลสามารถใช้สิทธิฟ้องคดีปกครองได้โดยไม่จำเป็นต้องอุทธรณ์ภายในก่อน[58]

ในประเด็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครอง จะเห็นได้ว่าแต่เดิมเกาหลีใต้ใช้ระบบอุทธรณ์บังคับ แต่ปัจจุบันเกาหลีใต้ได้ยกเลิกระบบดังกล่าวไปแล้ว ซึ่งหากไม่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดให้มีการอุทธรณ์โต้แย้งภายในฝ่ายปกครองก่อน ผู้ต้องการใช้สิทธิทางศาลสามารถฟ้องคดีปกครองได้โดยไม่ต้องดำเนินการอุทธรณ์โต้แย้งภายในฝ่ายปกครองก่อน ในขณะที่ไทยยังคงใช้ระบบอุทธรณ์บังคับตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542[59] กล่าวคือ ในกรณีที่กฎหมายเฉพาะกำหนดขั้นตอนและระยะเวลาอุทธรณ์หรือโต้แย้งก็ต้องดำเนินการตามกฎหมายกำหนดไว้ หากกรณีที่ไม่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้ ก่อนฟ้องคดีปกครอง ผู้ฟ้องคดีต้องดำเนินการอุทธรณ์หรือโต้แย้งตามขั้นตอนและระยะเวลาที่กำหนดในมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539[60] กล่าวได้ว่าการฟ้องคดีปกครองของเกาหลีใต้ในกรณีฟ้องขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีการเปิดกว้างให้แก่ผู้ถูกกระทบสิทธิมากกว่าในไทย

---

[57] วันที่จัดตั้งศาลปกครองแห่งกรุงโซล

[58] Hee-Jung Lee, “Administrative Litigation in Korea: Structures and Roles in Judicial Review”, in **Litigation in Korea**, ed. Kuk Cho, p.181.

[59] มาตรา 42 วรรคสอง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พุทธศักราช 2542 “ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ การฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้ต่อเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าว และได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้น หรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควร หรือภายในเวลาที่กฎหมายนั้นกำหนด”

[60] มาตรา 44 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พุทธศักราช 2539 “ภายใต้บังคับมาตรา 48 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรีและไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะ ให้คู่กรณีอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นโดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ตนได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว

คำอุทธรณ์ต้องทำเป็นหนังสือโดยระบุข้อโต้แย้งและข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่อ้างอิงประกอบด้วย

การอุทธรณ์ไม่เป็นเหตุให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่จะมีการสั่งให้ทุเลาการบังคับตามมาตรา 63/2 วรรคหนึ่ง”

5.3.2 การใช้สิทธิเรียกร้องของคู่กรณีโดยการฟ้องคดีต่อศาล (Party Action)

การใช้สิทธิเรียกร้องของคู่กรณีโดยการฟ้องคดีต่อศาลเป็นกระบวนการพิจารณาข้อพิพาททางกฎหมายมหาชนซึ่งเกี่ยวพันกับสถานะทางกฎหมายของคู่กรณีในคดี คดีประเภทนี้แตกต่างจากคดีพิพาทตามข้อ 5.3.1 กล่าวคือ กรณีการใช้สิทธิเรียกร้องของคู่กรณีจะให้ความสำคัญกับการพิจารณาถึงสิทธิหรือหน้าที่ของคู่กรณีมากกว่าความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง เช่น คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของฝ่ายปกครอง เป็นต้น ซึ่งสามารถเทียบได้กับคดีที่ศาลมีเขตอำนาจเต็มในการพิจารณา (Recours de Pleine Juridiction)

สาระสำคัญในการฟ้องคดีประเภทนี้ ได้แก่[61]

ประการแรก ผู้ถูกฟ้องคดีในกรณีนี้จะต้องเป็นหน่วยงานของรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มิใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐ

ประการที่สอง ศาลมีอำนาจกำหนดคำบังคับ เช่น ประกาศยืนยันสิทธิหรือสถานะตามกฎหมาย ความเสียหายทางการเงิน ค่าชดเชย หรือมีคำบังคับสั่งต่อหน่วยงานของรัฐ

ประการที่สาม หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองอาจถูกนำมาพิจารณาในคดีเกี่ยวกับการใช้สิทธิเรียกร้องของคู่กรณี เพื่อพิจารณาถึงสิทธิหรือหน้าที่ของคู่กรณีโดยจะไม่มีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (Administrative Dispositions) เว้นแต่จะปรากฏต่อศาลว่าความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นจะอยู่ในระดับร้ายแรงและชัดเจนเท่านั้น

ประการที่สี่ หากพิจารณาจากเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีประเภทนี้แล้วจะเห็นได้ว่ามีขอบเขตกว้างมากกว่าในทางปฏิบัติ กล่าวคือ ปัจจุบันการฟ้องคดีเกี่ยวกับการใช้สิทธิเรียกร้องของคู่กรณีส่วนมากเป็นข้อพิพาทระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกับเจ้าหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเท่านั้น กล่าวกันว่า ส่วนหนึ่งมาจากการพิจารณาคำอุทธรณ์โต้แย้งการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครอง และศาลนำกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาปรับใช้กับคดีความรับผิดทางละเมิดของฝ่ายปกครอง รวมถึงข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

ประการสุดท้าย นักวิชาการด้านกฎหมายของเกาหลีใต้เห็นว่า การฟ้องคดีเกี่ยวกับการใช้สิทธิเรียกร้องของคู่กรณี เป็นช่องทางสำคัญในการคุ้มครองสิทธิของประชาชนเกาหลีใต้โดยองค์กรตุลาการ นอกเหนือจากกรณีการพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำทางปกครอง เช่น

[61] Hee-Jung Lee, “Administrative Litigation in Korea: Structures and Roles in Judicial Review”, in **Litigation in Korea**, ed. Kuk Cho, p.181-182.

การกำหนดกฎเกณฑ์ทางปกครอง (Administrative Rulemaking) และยังเห็นว่า กรณีการใช้สิทธิเรียกร้องของคู่กรณี ศาลสามารถเยียวยาโดยวิธีการอื่นนอกเหนือจากเพิกถอนการกระทำทางปกครอง เช่น การออกคำสั่งห้ามหรือคำสั่งบังคับ เป็นต้น

โดยสรุป แม้ว่าการใช้สิทธิเรียกร้องของคู่กรณีโดยการฟ้องคดีต่อศาลจะมีความยืดหยุ่นสูงและให้อำนาจศาลในการคุ้มครองสิทธิของประชาชนมากในทางกฎหมายปกครอง แต่การพิจารณาคดีตามกรณีนี้ถูกจำกัดโดยการนำกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี ทำให้การพิจารณาคดีปกครองซึ่งควรจะมีระบบวิธีพิจารณาที่มีลักษณะเฉพาะเพื่อให้ผู้พิพากษาสามารถตรวจสอบการใช้อำนาจทางปกครองได้อย่างมีประสิทธิภาพ กลับถูกนำไปพิจารณาเฉกเช่นเดียวกันกับวิธีพิจารณาของคดีแพ่งสามัญ และเมื่อพิจารณาลักษณะของการฟ้องคดีต่อศาลเพื่อใช้สิทธิเรียกร้องของคู่กรณีกับประเภทคดีปกครองของไทยตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จะเห็นได้ว่าตรงกับเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) และ (4)[62] แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ที่ศาลมีอำนาจเต็มในการพิจารณาพิพากษาคดี

5.3.3 การฟ้องคดีเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ (Public Action)

การฟ้องคดีเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ กำหนดให้ประชาชนของเกาหลีใต้หรือผู้อยู่อาศัยในองค์กรปกครองท้องถิ่นยื่นคำร้องต่อศาลใช้เพื่อแก้ไขหรือยุติการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ โดยประชาชนหรือผู้มีถิ่นที่อยู่ไม่จำเป็นต้องมีส่วนได้เสียหรือประโยชน์เกี่ยวข้อง (L'intérêt à Agir) ทางกฎหมายในการฟ้องคดี อย่างไรก็ตาม บุคคลสามารถยื่นฟ้องคดีเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายเฉพาะกำหนด เช่น กรณียื่นคำร้องขอให้เพิกถอนการลงคะแนนเสียงประชามติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการลงคะแนนเสียงประชามติแห่งชาติ หรือการยื่นคำร้องขอให้เพิกถอนการเลือกตั้งหรือผู้สมัครรับเลือกตั้งตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการเลือกตั้ง (Public Official Election Act) เป็นต้น[63] แต่ในประเทศไทย การฟ้องคดีต่อ

---

[62] มาตรา 9 วรรคหนึ่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พุทธศักราช 2542 "ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่อง ดังต่อไปนี้

(3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง"

[63] Hee-Jung Lee, "Administrative Litigation in Korea: Structures and Roles in Judicial Review", in **Litigation in Korea**, ed. Kuk Cho, p.182.

ศาลปกครองเพื่อปกป้องคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ อย่างน้อยผู้ฟ้องคดีต้องแสดงให้ศาลเห็นถึงส่วนได้เสียหรือประโยชน์เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทหรือความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีประสงค์จะขอให้ศาลคุ้มครอง ทั้งนี้ ตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542[64] อาทิ ศาสนิกชนผู้ปฏิบัติศาสนกิจเป็นประจำและต่อเนื่องมายาวนานในศาสนสถานอันเป็นโบราณสถาน หรือผู้อาศัยในชุมชนที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับวิถีชีวิต อัตลักษณ์ หรือการดำรงชีพของสมาชิกในชุมชน ที่มีความประสงค์จะฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลคุ้มครองสิ่งเหล่านั้นที่อาจได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ย่อมต้องแสดงให้ศาลเห็นถึงส่วนได้เสียหรือประโยชน์เกี่ยวข้องของตน หากไม่สามารถแสดงได้หรือศาลเห็นว่าส่วนได้เสียหรือประโยชน์เกี่ยวข้องยังไม่อาจรับฟังได้ ศาลก็จะมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องนั้นไว้พิจารณา

5.3.4 คดีพิพาทระหว่างองค์กรฝ่ายปกครอง (Agency Action)

พระราชบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Court Act) มาตรา 2 กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยคดีพิพาทระหว่างอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐด้วยกันเอง องค์กรของรัฐกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วยกันเอง อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งเกาหลีใต้มีเขตอำนาจพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับองค์กรฝ่ายปกครอง ในส่วนข้อพิพาทเกี่ยวกับอำนาจขององค์กรฝ่ายปกครองสามารถแบ่งออกเป็นข้อพิพาทระหว่างองค์กรฝ่ายปกครองคนละองค์กรพิพาทกัน เช่น ข้อพิพาทระหว่างข้าราชการจากราชการส่วนกลางที่มีอำนาจกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกับผู้บริหารขององค์กรส่วนท้องถิ่น เป็นต้น และข้อพิพาทภายในระหว่างองค์กรฝ่ายปกครองเดียวกันหรือข้อพิพาทภายใน (Internal Disputes) เช่น ข้อพิพาทระหว่างผู้บริหารขององค์กรส่วนท้องถิ่นกับสภาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เป็นต้น[65] แต่ในประเทศไทย หากองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐมีข้อพิพาทกันเอง จะต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์หรือวิธีการตามที่กำหนดไว้ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพิจารณาชี้ขาดการยุติข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐและการดำเนินคดี พ.ศ. 2561[66] เสียก่อน หากไม่ประสบความสำเร็จในการระงับข้อพิพาท จึงจะนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้

---

[64] มาตรา 42 วรรคหนึ่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พุทธศักราช 2542 “ผู้ใดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือกรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9”

[65] Hee-Jung Lee, “The Structures and Roles in Judicial Review of Administrative Litigation in Korea”, in **Journal of Korean Law**, p.52.

[66] “ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพิจารณาชี้ขาดการยุติข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐและการดำเนินคดี พ.ศ. 2561,” ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 135 ตอนพิเศษ 49 ง, วันที่ 6 มีนาคม 2561.

จากที่กล่าวมา จะเห็นได้ว่าในขณะที่รัฐธรรมนูญของเกาหลีใต้กำหนดให้อำนาจในการพิจารณาคดีปกครองอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม ดังที่ได้กล่าวมาแล้วก่อนหน้าว่าแม้เกาหลีใต้จะจัดตั้งศาลปกครองและเปิดทำการศาลปกครองแห่งกรุงโซลขึ้น แต่สถานะของศาลปกครองแห่งกรุงโซล อยู่ในฐานะเป็นศาลชำนัญพิเศษของศาลยุติธรรม เนื่องจากระบบศาลคู่ของเกาหลีใต้ได้แบ่งเขตอำนาจของศาลออกเป็น 2 ระบบศาลเท่านั้น คือ ศาลรัฐธรรมนูญและศาลยุติธรรม (ดูข้อ 2.2) ในขณะที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติให้การดำเนินคดีปกครองอยู่ในเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง[67] แยกออกจากศาลยุติธรรม ในฐานะที่เป็นเสาหลักต้นหนึ่งขององค์กรตุลาการในระบบศาลคู่เทียบเท่ากับศาลยุติธรรม[68]

ดังนั้น ในการฟ้องคดีของประชาชนเกาหลีใต้ในคดีที่ก้ำกึ่งว่าจะเป็นคดีปกครองหรือคดีแพ่ง ผู้ต้องการใช้สิทธิทางศาลจะไม่มีปัญหาว่าตนเองฟ้องถูกศาลหรือไม่ เหมือนอย่างที่ปรากฏในกระบวนการยุติธรรมไทย อันเป็นเหตุให้ต้องมีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล พ.ศ. 2542 เพื่อจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลขึ้นมา มาทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดว่า คดีพิพาทใดอยู่ในเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลใด[69] เนื่องจากศาลยุติธรรมของเกาหลีใต้มีเขตอำนาจทั้งปวง ไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่ง คดีอาญา หรือคดีปกครอง เว้นแต่คดีพิพาทที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ

นอกจากนี้ ความแตกต่างประการสำคัญยิ่งกว่าเขตอำนาจศาลระหว่างเกาหลีใต้และไทย คือ วิธีพิจารณาคดีปกครองของเกาหลีใต้ยังใช้วิธีพิจารณาโดยใช้ระบบกล่าวหา (Adversarial System) ส่วนของไทยใช้วิธีพิจารณาระบบไต่สวน (Inquisitorial System)[70] และการกำหนดให้มีการถ่วงดุลตรวจสอบดุลพินิจในการพิจารณาพิพากษาคดีขององค์คณะโดยตุลาการผู้แถลงคดี

---

[67] มาตรา 197 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายหรือเนื่องมาจากการดำเนินกิจการทางปกครอง ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

ให้มีศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองชั้นต้น

อำนาจศาลปกครองตามวรรคหนึ่ง ไม่รวมถึงการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรอิสระซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรอิสระนั้น ๆ

การจัดตั้ง วิธีพิจารณาคดี และการดำเนินงานของศาลปกครองให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น”

[68] มาตรา 194 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย “ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง เว้นแต่คดีที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลอื่น”

[69] มาตรา 4 วรรคสาม พระราชบัญญัติว่าด้วยการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล พุทธศักราช 2542 “คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลและอำนาจหน้าที่อื่นตามพระราชบัญญัตินี้”

[70] ข้อ 5 วรรคหนึ่ง ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พุทธศักราช 2543

(Le Rapporteur Public) ซึ่งในวิธีพิจารณาคดีปกครองของเกาหลีใต้ไม่มีระบบตุลาการผู้แถลงคดี หากแต่เป็นการพิจารณาพิพากษาคดีโดยองค์คณะตุลาการเท่านั้น

6. บทสรุป

รัฐธรรมนูญแห่งเกาหลีใต้แบ่งระบบศาลออกเป็น 2 ระบบ ได้แก่ ระบบศาลยุติธรรม และระบบศาลรัฐธรรมนูญ แม้ว่ามีการจัดตั้งศาลปกครองในเกาหลีใต้ แต่ศาลปกครองของเกาหลีใต้ไม่ได้ถูกแยกออกไปจากระบบของศาลยุติธรรมแบบเดียวกับที่ปรากฏในหลายประเทศ เช่น เยอรมนี ฝรั่งเศส และไทย เป็นต้น กล่าวคือ ประเทศเหล่านี้มีการจัดตั้งศาลปกครองแยกออกมาจากระบบของศาลยุติธรรม ในขณะที่เกาหลีใต้จัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาในระบบของศาลยุติธรรมในลักษณะศาลชำนัญพิเศษ มีสถานะเป็นศาลชั้นต้น คู่กรณีสามารถดำเนินการอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองไปยังศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาได้

กระนั้น เกาหลีใต้มีการจัดทำกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองมาตั้งแต่ได้รับเอกราชใหม่ ๆ โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจขององค์กรฝ่ายปกครอง และเพื่อสร้างระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองที่เหมาะสม อาจกล่าวได้ว่า แม้เกาหลีใต้จะไม่มีการจัดตั้งระบบศาลปกครองให้เป็นอีกระบบศาลต่างหากเหมือนหลายประเทศในยุโรปและไทย แต่มาตรฐานในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายจากการใช้อำนาจตามขององค์กรฝ่ายปกครองของเกาหลีใต้ ก็ไม่ได้ด้อยกว่าประเทศที่มีระบบศาลปกครองแยกออกมาจากศาลยุติธรรมแต่อย่างใด เนื่องจากเกาหลีใต้มีกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองเฉพาะ ซึ่งแม้ว่าจะมีกระบวนพิจารณาคดีในระบบกล่าวหา แต่ก็มีประสิทธิภาพในการดำเนินกระบวนพิจารณาและพิพากษาไม่ต่างจากประเทศที่มีระบบศาลปกครองที่ใช้กระบวนพิจารณาคดีในระบบไต่สวน

โทษกักขัง: ศึกษากระบวนการร่างกฎหมายและอุปสรรคในการบังคับใช้*

Detention: A Study of the Legal Drafting Process and Obstacles to Enforcement

ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม

Pramote Sermsilatham

อาจารย์ประจำ

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

Full-time Lecturer

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

Corresponding author Email: pramote.s@chula.ac.th

(Received: October 31, 2024; Revised: November 21, 2024; Accepted: November 21, 2024)

บทคัดย่อ

โทษกักขังเป็นโทษที่ถูกบัญญัติขึ้นใหม่เมื่อคราวที่ประเทศไทยมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยงการรับโทษจำคุกที่ไม่จำเป็นสำหรับผู้กระทำความผิดเล็กน้อยซึ่งถือได้ว่าแนวคิดดังกล่าวเป็นแนวคิดที่มีความก้าวหน้ามากในสมัยนั้น อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่าโทษกักขังแม้จะเป็นโทษใหม่ในประมวลกฎหมายอาญาแต่โทษกักขังกลับเป็นโทษที่มิได้มีการศึกษาต่ออย่างละเอียดหรือมีการบังคับใช้กันมากนักเมื่อเทียบกับโทษประเภทอื่น ๆ ในปัจจุบัน อนึ่ง หากนับตั้งแต่เมื่อมีมติคณะรัฐมนตรีในการพิจารณาแก้ไขปรับปรุงกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ในปี พ.ศ. 2481 จนกระทั่งประมวลกฎหมายอาญามีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 ประเทศไทยใช้ระยะเวลาทั้งสิ้นเกือบ 20 ปีในการจัดทำประมวลกฎหมายอาญาฉบับดังกล่าว ซึ่งหากศึกษาถึงพัฒนาการตลอดระยะเวลาในการจัดทำประมวลกฎหมายอาญาจะพบว่าเรื่องโทษกักขังมิได้เกิดขึ้นตั้งแต่การจัดทำในร่างประมวลกฎหมายอาญาใน

---

* เนื่องจากบทความวิจัยนี้ได้มีการอ้างอิงเอกสารเก่าจำนวนหนึ่งซึ่งพบว่ามีอยู่หลายคำที่มีการสะกดคำที่แตกต่างจากการสะกดคำในปัจจุบัน ดังนั้น ผู้วิจัยขอคงรูปแบบการสะกดคำในรูปแบบเดียวกับต้นฉบับเอกสารในช่วงเวลานั้น ๆ

ช่วงแรก ๆ แต่เป็นแนวคิดที่เกิดขึ้นในระหว่างการจัดทำในช่วงต่อมาและกว่าที่โทษกักขังจะได้มีรูปแบบตามที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันก็มีการขัดเกลาแก้ไขเพิ่มเติมในแต่ละชั้นที่พิจารณามาโดยตลอด การศึกษาถึงเหตุผลที่ผ่านการถกเถียงแลกเปลี่ยนในแต่ละชั้นที่ได้รับการพิจารณาจะทำให้ทราบถึงเจตนารมณ์ที่แท้จริงของบทบัญญัติดังกล่าวได้เป็นอย่างดีและควรค่าแก่การศึกษาเพื่อนำไปปรับปรุงให้เกิดประสิทธิภาพในการนำมาใช้ต่อไป

คำสำคัญ : โทษกักขัง, โทษจำคุก, มาตรการแทนการใช้เรือนจำ

Abstract

Detention was introduced as a new penalty when Thailand announced the enactment of Penal Code B.E. 2499 with the aim to avoid of unnecessary imprisonment for offenders of minor offences, which was considered a modern concept at that time. However, from the study, it was found that even though the penalty of detention was a new penalty in the Penal Code, the penalty of detention was not studied under scrutiny or enforced as much as other types of penalties at present. Furthermore, since the Cabinet resolved to consider the amendment of the Penal Code B.E. 2481 until the Penal Code came into effect on January 1, B.E. 2500, it took Thailand almost 20 years to draft this law. If we study the development throughout the period of drafting the Penal Code, we will find that the penalty of detention did not exist since the drafting of the Penal Code in the early stages. It was in fact a concept that was introduced at the latter period of drafting. Before the current penalty of detention had come into effect, it had been amended at each level of considerations. By studying the reasons discussed at each level will provide a better understanding of the true intention of the provisions and is worth studying in order to improve its efficiency in future implementation.

Keywords : Detention, Imprisonment, Non-Custodial Measures

1. บทนำ

“สังคมไม่นิยมคนที่เคยต้องโทษจำคุก ผู้ที่ต้องถูกจำคุกมาแล้ว เป็นที่รังเกียจของสังคม”[1]

ประโยคดังกล่าวสะท้อนให้เห็นว่าผู้ต้องโทษจำคุกไม่เพียงแต่ต้องเข้าไปรับโทษชดใช้ในสิ่งได้กระทำผิดไปในเรือนจำ แม้จะพ้นโทษมานอกเรือนจำแล้วก็ยังมีความเป็นคนคุกติดตัวไปตลอดชีวิต ในทางหนึ่งผลกระทบดังกล่าวมิใช่เรื่องที่รัฐคาดหมายไม่ได้จากการใช้โทษจำคุก แต่ในอีกทางหนึ่งรัฐก็ยังคงต้องพึ่งพาโทษจำคุกเพื่อใช้ยับยั้งอาชญากรรมในสังคม ความพยายามรักษาสมดุลระหว่างความจำเป็นในการใช้โทษจำคุกเพื่อยับยั้งการกระทำความผิดและความพยายามในการลดการพึ่งพาโทษจำคุกทำให้ผู้ร่างกฎหมายแสวงหามาตรการเพื่อจะเป็นการหลีกเลี่ยงผ่อนคลายไม่ให้ศาลลงโทษจำคุกโดยไม่จำเป็น ซึ่งหากพิจารณาจากกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ที่ถือได้ว่าเป็นประมวลกฎหมายฉบับแรกของไทยที่ร่างตามแนวทางตะวันตกซึ่งใช้ระเบียบวิธีการร่างแบบเดียวกับประเทศต่าง ๆ ในภาคพื้นยุโรป[2] จะพบว่าแนวคิดเรื่องการพยายามหลีกเลี่ยงการจำคุกระยะสั้นก็มีปรากฏอยู่เช่นกัน กล่าวคือ ภายใต้เงื่อนไขบางประการที่กฎหมายกำหนดไว้ ศาลมีอำนาจในการยกโทษจำคุกเสีย[3] หรือรอลงอาญาได้[4] อย่างไรก็ตาม เมื่อถึงคราวที่จะต้องร่างประมวลกฎหมายอาญาขึ้นมาใหม่ รัฐเห็นว่ามาตรการที่มีอยู่แต่เดิมไม่เพียงพอจึงได้บัญญัติ “โทษกักขัง” ขึ้นอีกสถานหนึ่งเพื่อผ่อนคลายและเป็นทางเลือกให้กับศาลในการหลีกเลี่ยงโทษจำคุกได้เช่นกัน

อย่างไรก็ตาม โทษกักขังแม้จะเป็นโทษใหม่ในประมวลกฎหมายอาญาแต่โทษกักขังกลับเป็นโทษที่มิได้มีการศึกษาต่ออย่างละเอียดหรือมีการบังคับใช้กันมากนักเมื่อเทียบกับโทษประเภทอื่น ๆ นอกจากนั้น แม้กฎหมายจะเปิดโอกาสให้สามารถกักขังผู้กระทำความผิดไว้ในที่อาศัยของผู้นั้นเอง หรือของผู้อื่นที่ยินยอมรับผู้นั้นไว้ หรือสถานที่อื่นที่อาจกักขังได้ เรื่องดังกล่าวก็ไม่เคยถูกนำมาใช้ นับแต่ประมวลกฎหมายอาญามีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 จนถึง

---

[1] พิพัฒน์ จักรางกูร, “โทษกักขัง”, **บทบัณฑิตย์**, 23, 2 (2508), หน้า 404.

[2] คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, **การบังคับใช้โทษทางอาญาประเภทอื่นที่มิได้มีอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย**, (สำนักงานกิจการยุติธรรม, 2554), หน้า 26.

[3] มาตรา 40 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 บัญญัติว่า *“เมื่อผู้ใดที่ต้องคำพิพากษาให้ลงโทษ ได้รับความลดหย่อนอาญาลงตามบทกฎหมายนี้จนเหลือแต่อาญาอย่างเบา เพียงต้องจำคุกเดือนหนึ่งหรือต่ำกว่าเดือนหนึ่ง แลปรับด้วยเท่านั้นไซ้ ท่านว่าศาลจะกำหนดเวลาจำคุกผู้นั้นให้น้อยลงกว่านั้นอีกทั้งปรับด้วยหรือไม่ปรับด้วยก็ได้ หรือจะยกอาญาจำคุกเสียจะให้คงแต่ปรับสฐานเดียวก็ได้”*

[4] มาตรา 41 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 บัญญัติว่า *“ถ้าผู้ที่ต้องคำพิพากษาให้รับอาญาจำคุกเพียงปีหนึ่งก็ดีหรือไม่ถึงปีหนึ่งก็ดี เปนคนยังไม่เคยต้องคำพิพากษาว่าได้กระทำความผิดมาแต่ก่อน ท่านให้ศาลวินิจฉัยดู ถ้าเห็นสมควรจะสั่งในคำพิพากษาให้รอลงอาญาไว้ก่อนก็ได้”*

ปัจจุบันบทบัญญัติในเรื่องโทษกักขังมีการแก้ไขเพียงแค่หนึ่งครั้งเท่านั้นในปี พ.ศ. 2545 อาจกล่าวได้ว่าด้วยข้อจำกัดทั้งในทางกฎหมายและในทางปฏิบัติหลายประการที่ไม่ได้รับการปรับปรุงแก้ไข ทำให้โทษกักขังเหมือนโทษที่ถูกลืมในประมวลกฎหมายอาญายิ่งไปกว่านั้นการที่ผู้ต้องโทษกักขังถูกขังในสถานที่แห่งเดียวกันกับผู้ต้องขังแทนค่าปรับจึงทำให้เกิดความสับสนทั้ง ๆ ที่โทษกักขังและการกักขังแทนค่าปรับเป็นคนละเรื่องกัน[5] นอกจากนั้น โทษกักขังก็ไม่ใช่การกักขังตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 111 (2) มาตรา 258 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (21) มาตรา 2 (22) ซึ่งมีการใช้คำว่ากักขังมาก่อนที่จะมีโทษกักขังโดยเป็นการที่ใช้ในความหมายทั่วไป[6] เช่นเดียวกับการที่โทษกักขังก็มิใช่กักกันซึ่งเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัย

ในปัจจุบันที่แนวคิดเรื่องมาตรการที่มิใช่การคุมขัง (Non-Custodial Measures) ได้รับการสนับสนุนมากขึ้นอย่างต่อเนื่องโดยเฉพาะในระดับนานาชาติที่ได้มีการออกข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำแห่งสหประชาชาติว่าด้วยมาตรการไม่ควบคุมตัว หรือข้อกำหนดโตเกียว เพื่อส่งเสริมให้ประเทศสมาชิกมีมาตรการอื่นที่หลากหลายและเหมาะสมกับสาเหตุและความรุนแรงของการกระทำผิดตามบุคลิกภาพและภูมิหลังของผู้กระทำผิดเพื่อนำมาทดแทนการใช้เรือนจำ[7] จึงเป็นแนวคิดที่สอดคล้องกับเรื่องโทษกักขังในแง่มุมที่ผู้ร่างกฎหมายประสงค์ที่ต้องการจะให้มาตรการดังกล่าวเป็นหนึ่งในมาตรการหลีกเลี่ยงการใช้โทษจำคุกในประมวลกฎหมายอาญา ดังนั้น การศึกษากระบวนการร่างบทบัญญัติในเรื่องโทษกักขังตั้งแต่ในอดีตก่อนที่จะมีการบัญญัติเรื่องโทษกักขังไว้ในประมวลกฎหมายอาญาจนกระทั่งถึงปัจจุบันจะทำให้ได้ทราบเจตนารมณ์ที่แท้จริงในเรื่องดังกล่าว เช่นเดียวกับอุปสรรคในการบังคับใช้ของโทษกักขังในปัจจุบันเพื่อนำไปสู่การวิเคราะห์และปรับปรุงให้เกิดประสิทธิภาพในการนำโทษกักขังมาใช้ต่อไป

---

[5] โปรดดู รายงานการประชุมอนุกรรมการฯ ครั้งที่ 628/235/2487 วันที่ 2 สิงหาคม 2487 อ้างถึงใน โชค จารุจินดา, “รายงานการประชุมร่างประมวลกฎหมายอาญาและบันทึกประกอบ มาตรา 28-30”, **ดุลพาห**, 6, 8 (มิถุนายน 2504), หน้า 646-648; พิพัฒน์ จักรางกูร, “โทษกักขัง”, **บทบัณฑิตย์**, 23, 2 (2508), หน้า 410; วิชิต บุญถนอม, “การกักขังแทนค่าปรับเป็นโทษหรือไม่”, **ดุลพาห**, 15, 3 (พฤษภาคม-มิถุนายน 2511), หน้า 118-121; วินัย ทองลงยา, **กฎหมายอาญา เล่ม 1 ภาคบทบัญญัติทั่วไป**, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2514), หน้า 105; สมพร พรหมหิตาธร, “โทษกักขัง”, **อัยการนิเทศ**, 3, 34 (2515), หน้า 326-327; อุทิศ แสนโกศิก, **กฎหมายอาญาภาค 1**, (กรุงเทพมหานคร: ศูนย์บริการเอกสารและวิชาการ กองวิชาการ กรมอัยการ, 2525), หน้า 248; ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, “กักขังแทนค่าปรับไม่ใช่โทษกักขัง”, **วารสารกฎหมายใหม่**, 2, 34 (2547), หน้า 46.

[6] จิตติ ติงศภัทิย์, **กฎหมายอาญา ภาค 1**, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2555), หน้า 1093.

[7] United Nations, “United Nations Standard Minimum Rules for Non-Custodial Measures (The Tokyo Rules): GENERAL PRINCIPLES - Fundamental Aims,” [online] Available from : https://www.ojp.gov/pdffiles1/Digitization/147416NCJRS.pdf [19 October 2024]

โครงสร้างของบทความวิจัยนี้จะประกอบไปด้วย 1. บทนำ 2. วัตถุประสงค์ของงานวิจัย 3. วิธีดำเนินการวิจัย 4. พัฒนาการของกระบวนการร่างบทบัญญัติเรื่องโทษกักขังในประมวลกฎหมายอาญา 5. วิเคราะห์อุปสรรคในการบังคับใช้โทษกักขัง และ 6. ผลการวิจัย

2. วัตถุประสงค์ของงานวิจัย

งานวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษากระบวนการร่างบทบัญญัติในเรื่องโทษกักขังซึ่งเป็นโทษที่ถูกบัญญัติขึ้นใหม่เมื่อคราวที่ประเทศไทยมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ว่ามีที่มาอย่างไร ข้อถกเถียง ข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นในแต่ละชั้นก่อนที่จะมีรูปแบบในปัจจุบันได้รับการอธิบายและสนับสนุนด้วยเหตุผลอย่างไร เพื่อให้ทราบถึงที่มาและเจตนารมณ์ที่แท้จริงของบทบัญญัติดังกล่าว นอกจากนั้น งานวิจัยนี้จะทำการวิเคราะห์ถึงอุปสรรคในการบังคับใช้โทษกักขัง ทั้งข้อจำกัดในทางกฎหมาย และข้อจำกัดในทางปฏิบัติ เพื่อนำไปสู่ผลการวิจัยที่จะก่อให้เกิดการปรับปรุงโทษกักขังเพื่อให้มีประสิทธิภาพในการนำมาใช้ต่อไป

3. วิธีดำเนินการวิจัย

งานวิจัยฉบับนี้เป็นการศึกษาข้อมูลจากเอกสารวิชาการ (Documentary Research) ได้แก่ งานวิจัย วิทยานิพนธ์ รายงานการประชุม ตำรากฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกา ในเชิงข้อเท็จจริงหรือสถิติที่สามารถสืบค้นได้ทั้งประเด็นที่มีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับเรื่องโทษกักขังตลอดจนบริบทโดยรอบที่เกี่ยวข้อง เพื่อนำมาศึกษาวิเคราะห์จนสามารถนำไปสู่ข้อสรุปและข้อเสนอแนะ

4. พัฒนาการของกระบวนการร่างบทบัญญัติเรื่องโทษกักขังในประมวลกฎหมายอาญา

4.1 ขั้นตอนการเตรียมร่างประมวลกฎหมายอาญา

เมื่อประมวลกฎหมายลักษณะอาญาและกฎหมายอื่น ๆ ที่มีการบังคับใช้มาสักระยะหนึ่งแล้ว ถึงคราวที่จะต้องมีการปรับปรุงแก้ไข ทำให้ในปี พ.ศ. 2481 สมัยรัฐบาลพันเอก พระยาพหลพลพยุหเสนา นายกรัฐมนตรีได้มีมติคณะรัฐมนตรีให้คณะกรรมการกฤษฎีกาดำเนินการจัดตั้งอนุกรรมการขึ้นสามคณะเพื่อตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและอาญา โดยในส่วนของคณะอนุกรรมการแก้ไขประมวลกฎหมายลักษณะอาญามี พระยานิติศาสตร์ไพศาลย์เป็นประธาน

อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากที่พันเอก พระยาพหลพลพยุหเสนาได้ประกาศยุบสภา[8] ในสมัยรัฐบาลต่อมาภายใต้การนำของพันเอกหลวงพิบูลสงคราม นายกรัฐมนตรี ได้มีมติคณะรัฐมนตรีให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุตติธรรมเข้าร่วมในการแก้ไขประมวลกฎหมายลักษณะอาญาด้วย[9] ทำให้มีการตั้งคณะอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายลักษณะอาญาขึ้นชุดใหม่แทนที่ชุดเดิม ทั้งนี้ แม้ว่าคณะกรรมการส่วนใหญ่จะมาจากชุดเดิมแต่มีการเปลี่ยนประธานคณะอนุกรรมการฯ จากเดิมที่มี พระยานิติศาสตร์ไพศาลย์เป็นประธาน เป็น นาวาเอกหลวงธำรงนาวาสวัสดิ์ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุตติธรรมเป็นประธานแทน เมื่อวันที่ 16 เมษายน พ.ศ. 2482

โดยในการประชุมครั้งที่หนึ่งประธานคณะอนุกรรมการฯ ได้ชี้แจงต่อที่ประชุมว่า *“สาเหตุของการปรับปรุงกฎหมายอาญา ก็คือ (1) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรขอแก้ไขกฎหมายอาญา (2) รัฐบาลเองก็ขอแก้ (3) กฎหมายลักษณอาญาบางมาตราไม่เหมาะสมกับกาลสมัย ผิดกว่าประมวลกฎหมายอื่นที่ยังใหม่อยู่ และ (4) เห็นว่ากฎหมายลักษณอาญาใช้มานานแล้ว ควรทำสังคายนายเสียสักที”*[10] โดยที่ประชุมได้กำหนดแนวทางการดำเนินการโดยให้พิจารณาหลักการใหญ่ ๆ เสียก่อน แล้วจึงพิจารณาเรียงมาตราเป็นมาตราไป คณะอนุกรรมการฯ มีการประชุมกันหลายร้อยครั้ง

---

[8] ถือเป็นการยุบสภาครั้งแรกในประวัติศาสตร์การเมืองไทย

[9] รายละเอียดปรากฏในใบบันทึกจากเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา ถึง ประธานคณะกรรมการกฤษฎีกา หนังสือเลขที่ 11/2482 ลงวันที่ 11 มกราคม 2482 มีใจความว่า *“คณะรัฐมนตรีได้แจ้งมายังคณะกรรมการกฤษฎีกาในหนังสือที่ ฎ.5962/2481 ลงวันที่ 4 ธันวาคม 2481 ว่าคณะรัฐมนตรีประชุมปรึกษาลงมติเมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2481 ว่าให้คณะกรรมการกฤษฎีกาดำเนินการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายที่ประกาศใช้ใหม่ และให้รวมถึงประมวลกฎหมายลักษณะอาญาด้วยนั้น คณะกรรมการกฤษฎีกาได้ดำเนินการจัดตั้งอนุกรรมการขึ้น 3 คณะเพื่อตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและอาญาขึ้นเสร็จ ความปรากฏอยู่แล้วนั้น*

ต่อมากรมเลขาธิการคณะรัฐมนตรีได้แจ้งมาโดยหนังสือที่ ฎ.223/2482 ลงวันที่ 10 เมษายน 2482 ว่า คณะรัฐมนตรีได้ประชุมปรึกษาลงมติเมื่อวันที่ 8 เมษายน 2482 ว่า โดยฉะเพาะการแก้ไขประมวลกฎหมายลักษณะอาญานั้น ให้เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาไปติดต่อกับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุตติธรรม ซึ่งได้รับทราบมติคณะรัฐมนตรีในรายละเอียดไปแล้ว เพื่อดำเนินการต่อไปโดยด่วน

บัดนี้ ผู้รักษาการแทนเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ไปติดต่อกับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุตติธรรมแล้ว รัฐมนตรียุตติธรรมแจ้งว่า เนื่องด้วยรัฐบาลมีความประสงค์ให้กระทรวงทะบวงกรมเตรียมร่างกฎหมายสำหรับเสนอสภาในสมัยประชุมสามัญ (เริ่ม 24 มิถุนายน 2482) สำหรับประมวลกฎหมาย คณะรัฐมนตรีจะให้เป็นหน้าที่กระทรวงยุตติธรรม รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุตติธรรมจึงรับมาพิจารณาและเห็นควรเสนอการแก้ไขประมวลกฎหมายลักษณะอาญาก่อน แต่มาระลึกได้ในภายหลังว่า การแก้ไขประมวลกฎหมายลักษณะอาญานี้ คณะรัฐมนตรีชุดก่อนได้มอบให้คณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณา ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุตติธรรมเห็นว่าเป็นการถูกต้องตามทางการแล้ว คณะกรรมการกฤษฎีกาควรจะดำเนินการต่อไป แต่รัฐมนตรีอื่น ๆ อยากให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุตติธรรมเข้าเกี่ยวข้องด้วย ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุตติธรรมขอโอกาสมาพิจารณาดูก่อน ต่อมารัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุตติธรรมได้เสนอต่อคณะรัฐมนตรีว่า ยอมเข้าเป็นกรรมการพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายลักษณะอาญาด้วยและเห็นควรปรับปรุงกรรมการเสียใหม่.....”

[10] คณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 1, 3/2482, 10 พฤษภาคม 2482

มีการเปลี่ยนแปลงอนุกรรมการฯ เป็นครั้งคราว โดยเมื่อดำเนินการมาได้สักระยะหนึ่ง คณะอนุกรรมการฯ เห็นควรใช้วิธียกร่างกฎหมายอาญาขึ้นใหม่ทั้งฉบับแทนที่จะใช้วิธีการแก้ไขกฎหมายลักษณะอาญาเดิมเป็นรายมาตราไป[11]

จากการศึกษารายงานการประชุมของคณะอนุกรรมการฯ[12] พบว่าเมื่อถึงคราวที่ประชุมพิจารณาเกี่ยวกับเรื่องความเหมาะสมของโทษที่ถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับใหม่ ที่ประชุมได้มีการปรึกษาหารือถึงโทษในรูปแบบใหม่ ๆ เช่น

1) ข้อเสนอเรื่อง “โทษกักกัน” ซึ่งเป็นข้อเสนอของกรมราชทัณฑ์ ที่ประชุมได้พิจารณาแล้วเห็นว่าแม้โทษกักกันซึ่งเป็นโทษที่ลงโทษเพื่ออบรมสั่งสอนบุคคลจะมีลักษณะที่ไม่เหมือนกับโทษให้อยู่ภายในเขตต์ที่อันมีกำหนดที่มีอยู่แล้วในกฎหมายเดิมก็ตาม แต่โทษกักกันเป็นโทษตามกฎหมายพิเศษ คือ พระราชบัญญัติกักกันผู้มีสันดานเป็นผู้ร้าย พ.ศ. 2479[13] ดังนั้น จึงไม่จำเป็นต้องบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา เพราะเป็นโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายพิเศษ

2) ข้อเสนอเรื่อง “โทษทางวินัยราชทัณฑ์” ซึ่งเป็นข้อเสนอของกรมราชทัณฑ์เช่นกัน ในเรื่องดังกล่าวที่ประชุมเห็นว่า โทษทางวินัยราชทัณฑ์นั้นเป็นโทษที่ลงเกี่ยวกับการประพฤติผิดวินัยของเรือนจำ เป็นเรื่องของพระราชบัญญัติราชทัณฑ์อันเป็นกฎหมายพิเศษจึงนำมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้[14]

---

[11] คณพล จันทน์หอม. **วิเคราะห์กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 : ศึกษากระบวนการร่างกฎหมายและประเด็นความรับผิดในทางอาญา**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545 ; หน้า 182.

[12] คณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 8, 26/2482, 8 มิถุนายน 2482 และรายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 9, 28/2482, 10 มิถุนายน 2482

[13] มาตรา 5 พระราชบัญญัติกักกันผู้มีสันดานเป็นผู้ร้าย พุทธศักราช 2479 บัญญัติว่า *“ “กักกัน” คือการเอาตัวไปคุมไว้ในเขตต์ซึ่งรัฐมนตรีกำหนดขึ้นตามพระราชบัญญัตินี้ เพื่อป้องกันการกระทำผิดอันเกิดจากลักษณะของผู้มีสันดานเป็นผู้ร้าย โดยการกักกันตัวไว้ทำการฝึกอบรมฝึกฝนให้เป็นพลเมืองดีมีสัมมาอาชีพ และให้ถือเป็นโทษอาญาสถานหนึ่งซึ่งศาลจะพึงลงโทษตามพระราชบัญญัตินี้แก่ผู้มีสันดานเป็นผู้ร้าย เพิ่มขึ้นเป็นอีกโสดหนึ่งต่างหาก จากโทษอาญาอันผู้มีสันดานเป็นผู้ร้ายจะต้องรับสำหรับเหตุร้ายที่กระทำไป”*

[14] มาตรา 35 พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พุทธศักราช 2479 บัญญัติว่า *“เมื่อผู้ต้องขังคนใดกระทำผิดวินัย ให้เจ้าพนักงานเรือนจำผู้มีหน้าที่พิจารณาโดยถ่องแท้แล้วลงโทษสถานหนึ่งสถานใดหรือหลายสถานดังต่อไปนี้*

(1) ภาคทัณฑ์

(2) งดการเลื่อนชั้นโดยมีกำหนดเวลา

(3) ลดชั้น

(4) ตัดการอนุญาตให้ได้รับการเยี่ยมเยียนหรือติดต่อไม่เกินสามเดือน เว้นไว้แต่ในกรณีที่ระบุไว้ในมาตรา 8 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

(5) ลดหรืองดประโยชน์และรางวัลทั้งหมดหรือแต่บางส่วนบางอย่าง

3) ข้อเสนอเรื่อง “โทษคุมขังแต่บางส่วน” ซึ่งเป็นข้อเสนอของหม่อมเจ้าสกลวรรณากร วรวรรณ หนึ่งในคณะอนุกรรมการฯ มีลักษณะเป็นโทษที่ปล่อยผู้ถูกคุมขังให้ไปทำงานในเวลากลางวันและให้กลับมาถูกคุมขังในเวลากลางคืน ซึ่งที่ประชุมมีมติเห็นว่าแม้โทษคุมขังแต่บางส่วนเป็นความคิดที่ดี ทำให้มีโทษระหว่างรอการลงอาญาและการจำคุก แต่เห็นว่ายังไม่ถึงเวลาที่จะบัญญัติเป็นโทษในขณะนั้น เนื่องจากฐานะความเป็นอยู่ของบ้านเมืองยังไม่มีความพร้อมและไม่มีอะไรเป็นการประกันเลยว่าผู้ต้องโทษเมื่อไปทำงานในตอนกลางวันแล้วจะยอมกลับมาให้คุมขังในเวลากลางคืน เจ้าหน้าที่ที่จะทำการควบคุมก็มีจำนวนไม่พอ และนอกจากนี้การที่จะลงโทษเช่นนี้ได้จะต้องมีที่คุมขังพิเศษซึ่งขณะนั้นยังไม่มี ในที่สุดที่ประชุมจึงลงมติไม่ให้บัญญัติโทษชนิดนี้ไว้

อาจกล่าวได้ว่าในชั้นการทำงานของคณะอนุกรรมการฯ ที่ประชุมมีการพิจารณาถึงโทษประเภทต่าง ๆ ที่อาจจะเหมาะสมที่จะนำมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา เช่นเดียวกับข้อเสนอในเรื่องโทษระดับกลางที่อยู่ระหว่างโทษจำคุกและการรอลงอาญาอย่างโทษคุมขังแต่บางส่วน เพียงแต่ที่ประชุมเห็นว่าแม้จะเป็นแนวคิดที่ดีแต่อาจมีปัญหาในทางปฏิบัติทั้งในเรื่องบุคลากรและงบประมาณ จะเห็นได้ว่าแนวคิดหลาย ๆ เรื่องมิใช่เป็นเรื่องที่คณะอนุกรรมการฯ มิได้พิจารณา เพียงแต่ความไม่พร้อมในทางปฏิบัติเป็นอุปสรรคที่ทำให้ในท้ายที่สุดแนวคิดดังกล่าวมิได้นำมาบัญญัติในกฎหมาย ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าในชั้นอนุกรรมการฯ นี้แม้จะมีการอภิปรายในเรื่องโทษหลากหลายประเภทแต่ยังมิได้มีการพิจารณาถึงโทษกักขังในรูปแบบที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน การทำงานของคณะอนุกรรมการฯ ใช้เวลาร่างอยู่หลายปีจนในท้ายที่สุดได้เสร็จสมบูรณ์

4.2 การเสนอร่างประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 1

หากพิจารณาจากเนื้อหาสาระในส่วนที่เกี่ยวข้องกับโทษในร่างประมวลกฎหมายอาญาฉบับที่คณะอนุกรรมการฯ ได้พิจารณาเสร็จสิ้นแล้ว หรืออาจจะเรียกว่าร่างประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2489 จะพบว่าแม้ในที่ประชุมของคณะอนุกรรมการฯ จะได้มีการถกเถียงถึงการนำโทษในรูปแบบใหม่ ๆ มาใช้ไม่ว่าจะเป็นโทษระดับกลางที่อยู่ระหว่างการจำคุกกับการรอลงอาญา หรือแนวคิดในเรื่องการหลีกเลี่ยงการใช้เรือนจำ ตามที่ได้กล่าวไปข้างต้น แต่ในท้ายที่สุดกลับไม่พบโทษกักขัง หรือโทษในรูปแบบใหม่ ๆ ในร่างประมวลกฎหมายอาญาฉบับดังกล่าวเลย อาจกล่าวได้ว่า

---

(6) ขังเดี่ยวไม่เกินสามเดือน

(7) ขังห้องมืดไม่มีเครื่องหลับนอนไม่เกินสองวันในสัปดาห์หนึ่ง โดยความเห็นชอบของแพทย์

(8) เฆี่ยนคราวหนึ่งไม่เกินยี่สิบทีในความควบคุมของแพทย์ แต่ห้ามเฆี่ยนคราวต่อไปเว้นแต่จะล่วงพ้นเวลาสามสิบวันจากวันเฆี่ยนคราวที่แล้ว ถ้าผู้ต้องขังเป็นหญิงห้ามเฆี่ยน

(9) ตัดจำนวนวันที่ได้รับการลดวันต้องโทษจำคุกตามมาตรา 32 (6)

โทษที่ปรากฏในร่างประมวลกฎหมายอาญาฉบับดังกล่าว มีเพียงโทษ 3 ประการ คือ ประหารชีวิต จำคุก และปรับ ซึ่งเป็นโทษเก่าที่ปรากฏตั้งแต่ใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 อย่างไรก็ตาม หลักการที่ก้าวหน้าอย่างหนึ่งของร่างประมวลกฎหมายอาญาฉบับดังกล่าวคือ มีการจำแนกระหว่างโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัยออกจากกันอย่างเป็นรูปธรรมครั้งแรกซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่เคยปรากฏในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาก่อน[15] ปรากฏตามคำอธิบายของนายสายหยุด แสงอุทัย ผู้จดรายงานการประชุมของคณะอนุกรรมการฯ

> *“โดยที่วิธีการเพื่อความปลอดภัยนี้มีความมุ่งหมายที่จะป้องกันสังคมให้ปลอดภัยจากการกระทำอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดซึ่งอาจเกิดขึ้นในภายหน้า ฉะนั้นแม้ผู้กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดจะไม่มีโทษ เช่น การกระทำความผิดในขณะที่เป็นโรคจิตจนไม่สามารถรู้ผิดชอบหรือยับยั้งได้แต่กระนั้นการที่ปล่อยให้ผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นคนวิกลจริตให้ปะปนกับสังคมอย่างเดิมย่อมทำให้สังคมไม่ปลอดภัย โดยบุคคลที่เป็นโรคจิตนั้นอาจประทุษร้ายชีวิตร่างกายตลอดจนทรัพย์สินของผู้อื่น โดยเหตุนี้ประมวลกฎหมายอาญาจึงกำหนดว่า แม้ผู้กระทำซึ่งได้กระทำในขณะวิกลจริตดังกล่าวจะไม่มีโทษ แต่ก็ให้ศาลมีอำนาจที่จะควบคุมตัวบุคคลวิกลจริตไว้ ไม่ปล่อยให้เป็นภัยแก่สังคม ตามกฎหมายลักษณะอาญาเดิมได้ให้ศาลมีอำนาจควบคุมบุคคลวิกลจริตไว้เหมือนกันแต่มีอยู่เรื่องนั้นเพียงเรื่องเดียวไม่มีระบบวิธีการเพื่อความปลอดภัยอย่างกว้างขวางเหมือนประมวลกฎหมายอาญา ฉะนั้นจึงเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายอาญาซึ่งมีวิธีการเพื่อความปลอดภัยเป็นเครื่องมือสำหรับป้องกันสังคมมิให้ถูกประทุษร้ายได้แสดงให้เห็นหลักการที่ก้าวหน้ายิ่งกว่ากฎหมายลักษณะอาญา”*

ความพยายามจำแนกระหว่างโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัยทำให้มีการนำมาตรการบางมาตรการที่เคยเป็นโทษตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 อย่างการให้อยู่ในเขตที่กำหนดและการเรียกประกันทัณฑ์ นำมาบัญญัติไว้อยู่ในเรื่องวิธีการเพื่อความปลอดภัยของร่างประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2489 แทน สาเหตุก็เนื่องมาจากผู้ร่างมองว่าทั้งสองมาตรการมีวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์เพื่อป้องกันการกระทำความผิดมากกว่าที่จะเป็นโทษที่ตอบแทนแก่การกระทำความผิด[16]

---

[15] หยุด แสงอุทัย, **คำบรรยายประมวลกฎหมายอาญา**, พิมพ์ครั้งที่ 4 (พระนคร: โอเดียนสโตร์, 2514), หน้า 62-63.

[16] คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, **การบังคับใช้โทษประเภทอื่นที่มิได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย**, หน้า 27.

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127	ร่างประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2489
มาตรา 12 อาญา สำหรับลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ท่านกำหนดไว้เปนหกสฐาน ดังนี้ สฐานที่หนึ่ง ให้ประหารชีวิตร์ สฐานที่สอง ให้จำคุก สฐานที่สาม ให้ปรับ สฐานที่สี่ ให้อยู่ภายในเขตร์ที่อันมีกำหนด สฐานที่ห้า ให้ริบทรัพย์ สฐานที่หก ให้เรียกประกันทานบน	มาตรา 13 โทษสำหรับลงแก่ผู้กระทำความผิดมีดั่งนี้ (1) ประหารชีวิต (2) จำคุก (3) ปรับ มาตรา 24 วิธีการเพื่อความปลอดภัยมีดั่งนี้ (1) กักกัน (2) ห้ามเข้าเขตต์กำหนด (3) ริบทรัพย์สิน (4) เรียกประกันทัณฑ์บน (5) คุมตัวไว้ในสถานพยาบาลโรคจิตต์ (6) ห้ามประกอบอาชีพบางอย่าง

ตารางที่ 1 ตารางเปรียบเทียบโทษในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 และในร่างประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2489

ร่างประมวลกฎหมายอาญาที่เสร็จสมบูรณ์แล้วได้ถูกเสนอเป็นครั้งแรกต่อที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 23/2489 เมื่อวันที่ 14 ธันวาคม พ.ศ. 2489 ในสมัยรัฐบาลพลเรือตรีถวัลย์ ธำรงนาวาสวัสดิ์ โดยที่ประชุมมีมติให้รับหลักการและเห็นว่าเรื่องนี้เป็นกฎหมายเรื่องเร่งด่วนและสำคัญจึงให้ตั้งกรรมาธิการวิสามัญ เพื่อพิจารณาต่อไปโดยให้ทำงานกันนอกสมัยประชุมด้วย[17] อย่างไรก็ตาม ความพยายามในการจัดทำประมวลกฎหมายอาญาก็ต้องสะดุดลง เมื่อเกิดเหตุการณ์รัฐประหารขึ้นภายใต้การนำของพลโท ผิน ชุณหะวัณ เพื่อยึดอำนาจจากรัฐบาลพลเรือตรีถวัลย์ ธำรงนาวาสวัสดิ์ ในวันที่ 8 พฤศจิกายน พ.ศ. 2490 ส่งผลให้มีการยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 และทำให้ร่างประมวลกฎหมายอาญาที่ค้างอยู่ในสภาผู้แทนราษฎรเป็นอันตกไป

[17] รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 23/2489

4.3 การเสนอร่างประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 2

ในสมัยรัฐบาลจอมพลแปลก พิบูลสงคราม ได้มีการเสนอร่างประมวลกฎหมายอาญาเดิมที่ตกไปในสมัยรัฐบาลที่แล้วกลับมาเสนออีกครั้งต่อที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 19/2492 เมื่อวันที่ 1 กันยายน พ.ศ. 2492 โดยที่ประชุมมีมติให้รับหลักการและให้ตั้งกรรมาธิการเพื่อพิจารณาต่อไป[18] ผลการศึกษาและปรับปรุงร่างประมวลกฎหมายอาญาของกรรมาธิการทำให้มีการแก้ไขตัดทอน เพิ่มเติมบทบัญญัติในหลายส่วนจากร่างประมวลกฎหมายในชั้นรับหลักการ หนึ่งในบทบัญญัติที่ได้เพิ่มเติมเข้ามา คือ เรื่อง “โทษกักขัง” ซึ่งปรากฏขึ้นเป็นครั้งแรกในร่างประมวลกฎหมายอาญาฉบับนี้[19] โดยมีเนื้อความ[20] ดังต่อไปนี้

> *มาตรา 13 โทษสำหรับลงแก่ผู้กระทำความผิดมีดั่งนี้*
> *(1) ประหารชีวิต*
> *(2) จำคุก*
> *(2) ทวิ กักขัง*
> *(3) ปรับ*
> *(3) ทวิ ริบทรัพย์สิน*
>
> *มาตรา 17 ทวิ ผู้ใดกระทำความผิดซึ่งมีโทษจำคุก และในคดีนั้นศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน ถ้าไม่ปรากฏว่าผู้นั้นได้รับโทษจำคุกมาก่อน หรือปรากฏว่าได้รับโทษจำคุกมาก่อน แต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ ศาลจะพิพากษาให้ลงโทษกักขังไม่เกินสามเดือนแทนโทษจำคุกนั้นก็ได้*
>
> *มาตรา 17 ตรี ผู้ใดต้องโทษกักขัง ให้กักตัวไว้ในสถานที่กักขังซึ่งกำหนดไว้ อันมิใช่เรือนจำ แต่เมื่อศาลคำนึงถึงพฤติการณ์และความหนักเบาแห่งการกระทำความผิดนิสัยใจคอ ความประพฤติ อายุ สุขภาพ หรือภาวะแห่งจิตของผู้นั้นถึงสภาพความผิดหรือเหตุอื่นทำนองเดียวกัน เห็นเป็นการสมควรศาลอาจจะสั่งในคำพิพากษาให้กักขังผู้กระทำความผิดไว้ในที่อาศัยของผู้นั้นเอง หรือของผู้อื่นที่ยินยอมรับผู้นั้นไว้ หรือสถานที่อื่นที่อาจกักขังได้ เพื่อให้เหมาะสมกับประเภทหรือสภาพของผู้ถูกกักขังก็ได้*

---

[18] รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 19/2492

[19] จากข้อสังเกตของนายโชค จารุจินดา เห็นว่าตามร่างประมวลกฎหมายอาญาเดิมมีโทษเพียง ประหารชีวิต จำคุก และปรับ ส่วนการริบทรัพย์สินถูกกำหนดให้เป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัย ส่วนกักขังค้นหารายงานการประชุมไม่พบ แต่ตามร่างที่คณะรัฐมนตรีเสนอสภาผู้แทนราษฎรได้มีการนำ “กักขัง” และ “ริบทรัพย์สิน” มาบัญญัติให้เป็นโทษ แสดงว่าได้มีการแก้ไขกันต่อมาอีก แต่รายงานการประชุมต่อจากนี้ไม่มี โปรดดู โชค จารุจินดา, “รายงานการประชุมร่างประมวลกฎหมายอาญาและบันทึกประกอบ มาตรา 12-22”, **ดุลพาห**, 2, 8 (กุมภาพันธ์ 2504), หน้า 173.

[20] ข้อความที่ขีดเส้นใต้คือข้อความที่คณะกรรมาธิการได้เพิ่มเติมจากร่างประมวลกฎหมายอาญาที่ได้ถูกเสนอเข้าสภาผู้แทนราษฎรในชั้นรับหลักการในวาระที่หนึ่ง

มาตรา 17 จัตวา ผู้ต้องโทษกักขังในสถานที่ที่กำหนด จะได้รับการเลี้ยงดูจากสถานที่นั้น แต่ภายใต้ข้อบังคับของสถานที่ ผู้ต้องโทษกักขังมีสิทธิที่จะรับอาหารจากภายนอกโดยค่าใช้จ่ายของตนเอง ใช้เสื้อผ้าของตนเอง ได้รับการเยี่ยมอย่างน้อยวันละหนึ่งชั่วโมง และมีสิทธิที่จะรับและส่งจดหมายโดยไม่ต้องถูกตรวจค้น

ผู้ต้องโทษกักขังจะต้องทำงานตามระเบียบข้อบังคับและวินัย ถ้าผู้ต้องโทษกักขังประสงค์จะทำงานอย่างอื่นก็ให้อนุญาตให้เลือกทำได้ตามประเภทงานที่ตนสมัครแต่ต้องไม่ขัดต่อระเบียบข้อบังคับ วินัย หรือความปลอดภัยของสถานที่นั้น

มาตรา 17 เบ็ญจ ถ้าผู้ต้องโทษกักขังถูกกักขังในที่อาศัยของผู้นั้นเองหรือของผู้อื่นที่ยินยอมรับผู้นั้นไว้ ผู้ต้องโทษกักขังนั้นมีสิทธิที่จะดำเนินการในวิชาชีพหรืออาชีพของตนต่อไปได้ แต่ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ศาลกำหนด

มาตรา 17 ฉ ถ้าในระหว่างที่ผู้ต้องโทษกักขังได้รับโทษกักขังอยู่ ความปรากฏแก่ศาลเองหรือตามคำแถลงของพนักงานอัยการหรือผู้ควบคุมดูแลสถานที่กักขังว่า

(1) ผู้ต้องโทษกักขังฝ่าฝืนระเบียบ ข้อบังคับ หรือวินัยของสถานที่กักขัง

(2) ผู้ต้องโทษกักขังไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ศาลกำหนด

(3) ผู้ต้องโทษกักขังต้องคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก

ศาลอาจเปลี่ยนโทษกักขังเป็นโทษจำคุกมีกำหนดเวลาตามที่ศาลเห็นสมควร แต่ต้องไม่เกินกำหนดเวลาของโทษกักขังที่ผู้ต้องโทษกักขังจะต้องได้รับต่อไป

ร่างประมวลกฎหมายอาญาที่คณะกรรมาธิการได้พิจารณาเสร็จแล้วได้นำเสนอต่อที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรในการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 4/2494 เมื่อวันที่ 18 ตุลาคม พ.ศ. 2494 โดยเป็นการพิจารณาในวาระที่ 2 พิจารณาเรียงลำดับมาตรา ซึ่งในการประชุมวันนั้นที่ประชุมยังพิจารณาไม่ถึงบทบัญญัติในเรื่องโทษกักขังก็ได้มีการปิดประชุมไปเสียก่อน แล้วนัดประชุมใหม่ในคราวถัดไป[21] อย่างไรก็ตาม ความพยายามในการจัดทำประมวลกฎหมายอาญาให้สำเร็จก็ต้องสะดุดลงอีกครั้งเป็นครั้งที่สอง เมื่อได้เกิดเหตุการณ์รัฐประหารขึ้นในเดือนถัดมาเมื่อวันที่ 29 พฤศจิกายน พ.ศ. 2494 โดยการรัฐประหารครั้งนี้จอมพลแปลก พิบูลสงคราม ทำการรัฐประหารตัวเอง ส่งผลให้มีการยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 และทำให้ร่างประมวลกฎหมายอาญาที่ค้างอยู่ในสภาผู้แทนราษฎรเป็นอันตกไปอีกเป็นครั้งที่สอง

[21] รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 4/2494

อาจกล่าวได้ว่าร่างประมวลกฎหมายอาญาที่คณะกรรมาธิการพิจารณาเสร็จแล้ว และได้ยื่นเข้ามายังที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรเพื่อพิจารณาในวาระที่ 2 นี้ถือเป็นครั้งแรกที่ได้มีการบัญญัติรายละเอียดเกี่ยวกับโทษกักขังไว้ในร่างประมวลกฎหมายอาญา โดยมีการบัญญัติให้โทษกักขังถือเป็นโทษชนิดหนึ่งในลักษณะที่เป็นโทษแทนที่โทษจำคุกสำหรับผู้กระทำความผิดเล็กน้อย โดยให้ผู้ต้องโทษกักขังถูกกักตัวไว้ในสถานที่กักขังซึ่งกำหนดไว้อันมิใช่เรือนจำ และในกรณีที่ถ้าศาลเห็นเป็นการสมควร จะสั่งในคำพิพากษาให้กักขังผู้กระทำความผิดไว้ในที่อาศัยของผู้นั้นเอง หรือของผู้อื่นที่ยินยอมรับผู้นั้นไว้ หรือสถานที่อื่นที่อาจกักขังได้ เพื่อให้เหมาะสมกับประเภทหรือสภาพของผู้ถูกกักขังก็ได้ อาจกล่าวได้ว่าร่างบทบัญญัติที่ได้ยื่นเข้ามาให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาในครั้งนี้ถือเป็นร่างต้นแบบให้กับบทบัญญัติในปัจจุบัน

4.4 การเสนอร่างประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 3

ในสมัยรัฐบาลจอมพลแปลก พิบูลสงคราม ได้มีการเสนอร่างประมวลกฎหมายอาญาอีกครั้งเป็นครั้งที่สามโดยเป็นการนำร่างเดิม[22] ที่เคยยื่นมาแล้วมายื่นต่อที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 11/2495 เมื่อวันที่ 4 กันยายน พ.ศ. 2495 อีกครั้งหนึ่ง โดยในการประชุมในวาระที่ 1 ในชั้นรับหลักการที่ประชุมได้มีการอภิปรายกันอย่างกว้างขวางในประเด็นในเรื่องโทษกักขัง เช่น

พระนิติธารณ์พิเศษ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมในขณะนั้นได้ให้ความเห็นว่า

“...ข้าพเจ้าเป็นผู้พิพากษามา 30 กว่าปี ก็รู้สึกหนักใจอย่างยิ่งในการที่เราตัดสินคดีบางคดี เรารู้สึกเหมือนกันว่าเราไม่อยากจะให้แต่ละคนเข้าคุกเข้าตะราง แต่ด้วยบทบัญญัติของเราไม่มีทางอื่น นอกจากเข้าตะรางก็จำเป็นต้องตัดสินจำคุกไปซึ่งเกิดแก่ตัวข้าพเจ้าเองไม่รู้กี่ร้อยคดี แต่เมื่อออกกฎหมายฉบับนี้ไปความข้องใจเมื่อก็นี้หายไปหมด เราไม่ต้องขังหรือจำคุกแกอยู่ที่ตะราง อาจจะให้แกอยู่ที่บ้าน แต่ศาลก็ติดตามการเคลื่อนไหวของแกตลอดไปในเรื่องนี้และมีเงื่อนไข...เพราะว่าเรือนจำนั้นเป็นที่ประจักษ์กันทั่วไปแล้วว่า ถ้าใครเข้าไปอยู่ในนั้นแล้วการที่จะกลับตัวเป็นคนดีนั้นแสนยาก...”

นายดิเรก มณีรัตน์ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจังหวัดอุบลราชธานีได้ให้ความเห็นว่า

“...ส่วนบทกักขังตามที่ท่านชี้แจงว่าอาจจะกักขังเอาไว้ในบ้านก็ได้ ตามมาตรา 24 “ผู้ใดต้องโทษกักขัง ให้กักตัวไว้ในสถานที่กักขังซึ่งกำหนดไว้ อันมิใช่เรือนจำ” ถ้าไปขังในบ้านไม่ได้แล้วจะไปขังที่ไหน รัฐบาลก็จะต้องไปหาที่สถานที่กักขังอีก...”

[22] ร่างเดิมเมื่อครั้งยื่นในปี พ.ศ. 2494 แต่ได้มีการปรับปรุงเรียงลำดับเลขมาตราใหม่

นายเผด็จ จิราภรณ์ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจังหวัดพิจิตรได้ให้ความเห็นว่า

“...ก็เป็นที่ดีใจว่าทางรัฐบาลหรือผู้ร่างกฎหมายฉบับนี้ได้เพิ่มโทษกักขังขึ้นมาอีกอย่างหนึ่ง ซึ่งถ้าพูดถึงหลักอาชญาวิทยาแล้วก็เป็นหลักที่จะทำให้คนชั่วกลับตนเป็นคนดี เพราะคุกตารางนั้น คนเรากลัวเกรงกันหนักหนา แต่ว่ามีโทษอีกอย่างหนึ่งซึ่งนานาประเทศเขากลัวกันนักคือโทษให้ทำงานหนัก โทษอันนี้อยากจะเรียนถามรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมว่าการร่างกฎหมายฉบับนี้ได้เป็นที่สนใจกันบ้างหรือไม่ และท่านเห็นสมควรจะกำหนดชนิดของโทษขึ้นอีกอย่างหนึ่งหรือไม่คือในเรื่องของการทำงานหนัก ซึ่งตามหลักอาชญาวิทยาแล้วดีกว่าการกักขังเสียอีกเพราะเป็นการชดเชยในการทำผิดต่อสังคม...”

พระนิติธารณ์พิเศษ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม ได้ตอบคำถามนายเผด็จ จิราภรณ์ ว่า

“...พระราชบัญญัติเรือนจำก็ได้มีการลงโทษโดยการให้ทำงานหนัก ได้มีอยู่ในนี้แล้ว เพราะฉะนั้นก็ไม่จำเป็นที่จะต้องมาบัญญัติไว้ในกฎหมายอาญา...”

ภายหลังการอภิปรายที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรมีมติให้รับหลักการและให้ตั้งกรรมาธิการวิสามัญเพื่อพิจารณาต่อไป[23] หากพิจารณาจากรายชื่อของกรรมาธิการวิสามัญ ผู้วิจัยพบข้อสังเกตที่น่าสนใจประการหนึ่งว่า นับแต่ประเทศไทยเริ่มมีการตั้งคณะกรรมาธิการเพื่อพิจารณาร่างประมวลกฎหมายอาญาในหลายยุคหลายสมัยครั้งนี้ถือเป็นครั้งแรกที่มีสมาชิกเพศหญิงที่ร่วมด้วยอยู่ในคณะกรรมาธิการ คือ นางแร่ม พรหโมบล บุณยประสพ ผู้ซึ่งเป็นทนายความและเนติบัณฑิตหญิงคนแรกของประเทศไทย

ในชั้นของการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างประมวลกฎหมายอาญาพบว่าได้มีการประชุมกันครั้งแรกเมื่อวันที่ 18 กันยายน พ.ศ. 2495 โดยที่ประชุมได้ลงมติแต่งตั้งพระนิติธารณ์พิเศษ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม เป็นประธาน[24] และนายหยุด แสงอุทัย เป็นเลขานุการ[25] คณะกรรมาธิการได้มีการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติจากร่างประมวลกฎหมายอาญาใน

---

[23] รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 11/2495

[24] ในภายหลังที่ประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 25 เมื่อวันที่ 30 กรกฎาคม 2496 ได้ลงมติแต่งตั้ง พลตรี พระเจ้าวรวงศ์เธอ กรมหมื่นนราธิปพงศ์ประพันธ์ เป็นประธานแทนที่ พระนิติธารณ์พิเศษซึ่งถึงแก่อนิจกรรม อ้างถึงในสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, “การประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างประมวลกฎหมายอาญา”, **รัฐสภาสาร**, 1, 24 (ตุลาคม 2496), หน้า 21.

[25] สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, “การประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างประมวลกฎหมายอาญา”, **รัฐสภาสาร**, 1, 5 (เมษายน 2496), หน้า 95.

วาระที่ 1 ในชั้นรับหลักการในหลายมาตราและหลายครั้งซึ่งมีทั้งที่ปรากฏในรายงานการประชุมและไม่ปรากฏในรายงานการประชุม[26]

คณะกรรมาธิการชุดดังกล่าวมีการประชุมต่อเนื่องกันหลายครั้งเป็นระยะเวลาหลายปี จนในที่สุดร่างประมวลกฎหมายอาญาที่ผ่านการพิจารณาจากคณะกรรมาธิการแล้วได้ถูกยื่นต่อที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 12/2499 เมื่อวันที่ 6 กันยายน พ.ศ. 2499 โดยเป็นการประชุมในวาระที่ 2 พิจารณาเรียงลำดับมาตรา ดังนี้[27]

> *"มาตรา 23 ผู้ใดกระทำความผิดซึ่งมีโทษจำคุก และในคดีนั้นศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน ถ้าไม่ปรากฏว่าผู้นั้นได้รับโทษจำคุกมาก่อน หรือปรากฏว่าได้รับโทษจำคุกมาก่อนแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ ศาลจะพิพากษาให้ลงโทษกักขังไม่เกินสามเดือนแทนโทษจำคุกนั้นก็ได้"*

สำหรับมาตรา 23 ที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎร ไม่มีการแก้ไข ทั้งนี้ มีข้อสังเกตจากที่ประชุมในชั้นคณะกรรมาธิการเห็นว่าการใช้โทษจำคุกเป็นเรื่องที่ต้องระมัดระวังมาก ไม่อยากให้คนเป็นคนขี้คุกขี้ตะราง การลงโทษต้องลงโทษให้เหมาะกับตัวบุคคล ดังนั้น ในมาตราต่าง ๆ ที่บัญญัติมีโทษจำคุก ถ้าเข้าเกณฑ์ในมาตรา 23 บางกรณีก็ควรปลี่ยนเป็นโทษกักขังแทน แม้ที่ประชุมจะมีข้อเสนอให้มีการบัญญัติไว้ในความผิดแต่ละความผิดไปเลยว่าจะให้ลงโทษจำคุกหรือโทษกักขัง คือ ใช้ในลักษณะที่เป็นโทษหลักแต่ที่ประชุมเห็นว่าวิธีการดังกล่าวอาจทำให้การปฏิบัติลำบาก จึงมีมติให้คงข้อความเดิมไว้โดยไม่มีการแก้ไข คือ ให้ใช้เป็นลักษณะโทษแทนที่โทษจำคุกตามเดิม[28] ส่วนสาเหตุที่ว่าเหตุใดจึงจำกัดการใช้โทษกักขังไว้เฉพาะกรณีที่เป็นการที่ศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกินสามเดือนก็เนื่องมาจากประมวลกฎหมายอาญาฉบับนี้ถือว่าถ้าจำคุกไม่เกินสามเดือน หรือ ต่ำกว่าหกเดือนถือเป็นการลงโทษจำคุกในระยะเวลาอันสั้นทั้งสิ้น[29] ส่วนตัวเลขสามเดือนผู้วิจัยตั้งข้อสังเกตว่าเป็น

---

[26] ปรากฏตามข้อสังเกตของนายโชค จารุจินดา ที่เห็นว่าร่างประมวลกฎหมายอาญาที่ได้จากบันทึกจากรายงานการประชุมของคณะกรรมาธิการ บางมาตรามีความแตกต่างจากร่างที่คณะรัฐมนตรีได้เสนอให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาในวาระที่ 2

[27] ข้อความที่ขีดเส้นใต้คือข้อความที่คณะกรรมาธิการได้เพิ่มเติมจากร่างประมวลกฎหมายอาญาที่ได้ถูกเสนอเข้าสภาผู้แทนราษฎรในชั้นรับหลักการในวาระที่หนึ่ง ส่วนข้อความที่ถูกขีดทับคือข้อความที่คณะกรรมาธิการขอตัดออก

[28] โชค จารุจินดา, "รายงานการประชุมร่างประมวลกฎหมายอาญาและบันทึกประกอบ มาตรา 23-30", **ดุลพาห**, 5, 8 (พฤษภาคม 2504), หน้า 533-534.

[29] หยุด แสงอุทัย, **คำบรรยายประมวลกฎหมายอาญา**, หน้า 81.

ระยะเวลาเดียวกันกับมาตรการที่ให้ศาลสามารถยกโทษจำคุกเสียได้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 55 ซึ่งเป็นอีกหนึ่งมาตรการในการหลีกเลี่ยงการจำคุกระยะสั้น[30]

ปัญหาที่น่าสนใจประการหนึ่งสำหรับมาตรา 23 ที่แม้ที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรจะมิได้มีการอภิปรายกันในประเด็นนี้แต่ผู้วิจัยเห็นว่าเป็นปัญหาหนึ่งที่สมควรต้องศึกษาและนำมาวิเคราะห์ คือ การที่มาตรา 23 บัญญัติว่า *"ศาลจะพิพากษาให้ลงโทษกักขังไม่เกินสามเดือนแทนโทษจำคุก"* นั้นมีความหมายอย่างไร เนื่องจากกฎหมายไม่ได้กำหนดว่าให้ศาลกำหนดโทษกักขังเป็นเวลาเท่าใด จึงเป็นปัญหาว่าการกำหนดระยะเวลาของโทษกักขังจำเป็นที่จะต้องเป็นระยะเวลาเดียวกันกับโทษจำคุกหรือไม่ จากการค้นคว้าของผู้วิจัยพบว่าในประเด็นดังกล่าวมีความเห็นในทางวิชาการแบ่งได้ออกเป็น 2 แนวทางคือ

แนวทางที่หนึ่ง เห็นว่า การที่มาตรา 23 ใช้คำว่า *"แทนโทษจำคุก"* จึงมีความหมายอย่างตรงไปตรงมาว่าระยะเวลาของโทษกักขังจะต้องเท่ากับเวลาของโทษจำคุก เช่น ความผิดของจำเลยควรจำคุก 15 วัน ศาลก็ลงโทษกักขังได้เพียง 15 วัน ไม่ใช่มากหรือน้อยกว่ากำหนดโทษจำคุก[31] ซึ่งแนวทางดังกล่าวสอดคล้องกับแนวทางของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6724/2562[32] ที่เห็นว่าการกำหนดโทษกักขังจะต้องเป็นเช่นเดียวกับการกำหนดโทษจำคุก

แนวทางที่สอง เห็นว่า การที่มาตรา 23 ใช้คำว่า *"ในคดีนั้นศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกิน*

---

[30] มาตรา 55 ประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า *"ถ้าโทษจำคุกที่ผู้กระทำความผิดจะต้องรับมีกำหนดเวลาเพียงสามเดือนหรือน้อยกว่า ศาลจะกำหนดโทษจำคุกให้น้อยลงอีกก็ได้ หรือถ้าโทษจำคุกที่ผู้กระทำความผิดจะต้องรับมีกำหนดเวลาเพียงสามเดือนหรือน้อยกว่าและมีโทษปรับด้วย ศาลจะกำหนดโทษจำคุกให้น้อยลง หรือจะยกโทษจำคุกเสีย คงให้ปรับแต่อย่างเดียวก็ได้"*

[31] วินัย ทองลงยา, **กฎหมายอาญา เล่ม 1 ภาคบทบัญญัติทั่วไป**, หน้า 105; พิพัฒน์ จักรางกูร, "เปลี่ยนโทษกักขังเป็นโทษจำคุก", **ดุลพาห**, 21, 2 (2517), หน้า 34; ณรงค์ ใจหาญ, **กฎหมายอาญาว่าด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย**, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2543), หน้า 62.

[32] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6724/2562 ป.อ. มาตรา 23 บัญญัติว่า "ผู้ใดกระทำความผิดซึ่งมีโทษจำคุก และในคดีนั้นศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน ถ้าไม่ปรากฏว่าผู้นั้นได้รับโทษจำคุกมาก่อนหรือปรากฏว่าได้รับโทษจำคุกมาก่อนแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ ศาลจะพิพากษาให้ลงโทษกักขังไม่เกินสามเดือนแทนโทษจำคุกนั้นก็ได้" เห็นได้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวให้อำนาจศาลในการที่จะใช้ดุลพินิจลงโทษกักขังแทนโทษจำคุกก็ได้ หากเข้าเงื่อนไขตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายดังกล่าว แต่โทษกักขังดังกล่าว เป็นการใช้โทษกักขังแทนโทษจำคุกในคดีที่ศาลพิพากษาลงโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน และที่กฎหมายบัญญัติให้กักขังไม่เกินสามเดือนแทนโทษจำคุกนั้น เพื่อให้การกำหนดโทษกักขังเป็นเช่นเดียวกับโทษจำคุกดังกล่าว ดังนั้น การที่ศาลอุทธรณ์ภาค 1 ใช้ดุลพินิจเปลี่ยนโทษจำคุก 1 เดือน เป็นโทษกักขังแทน มีกำหนด 2 เดือน ซึ่งไม่เป็นคุณแก่จำเลย จึงเป็นการไม่ชอบ ปัญหานี้เป็นปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อย แม้ไม่มีคู่ความฝ่ายใดฎีกา ศาลฎีกาเห็นสมควรยกขึ้นวินิจฉัยแก้ไขให้ถูกต้องได้ตาม ป.วิ.อ. มาตรา 195 วรรคสอง ประกอบมาตรา 225

สามเดือน...ศาลจะพิพากษาให้ลงโทษกักขังไม่เกินสามเดือนแทนโทษจำคุกนั้นก็ได้" นั้นหมายถึงว่า ถ้าในคดีนั้นเป็นคดีที่ศาลเห็นว่าเป็นการกระทำความผิดเล็กน้อยและศาลคิดว่าศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน หากศาลมีดุลพินิจเห็นว่าสมควรเปลี่ยนโทษจำคุกดังกล่าวเป็นโทษกักขังก็ให้ศาลทำได้ ส่วนระยะเวลาที่กักขังจะมากกว่าหรือน้อยกว่าโทษจำคุกไม่ใช่เรื่องสำคัญ สำคัญอยู่ที่ว่าโทษกักขังจะต้องไม่เกินสามเดือนเท่านั้น เช่น ในกรณีที่ความผิดของจำเลยควรให้จำคุก 2 เดือน ศาลอาจเลือกลงโทษกักขังจำเลยเพียง 1 เดือนซึ่งน้อยกว่า หรือ 3 เดือนซึ่งมากกว่า ก็สามารถทำได้ เพราะสาระสำคัญอยู่ที่โทษกักขังนั้นจะต้องไม่เกิน 3 เดือนเท่านั้น[33]

ด้วยความเคารพต่อความเห็นในทางวิชาการในแนวทางที่หนึ่งและคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6724/2562 ผู้วิจัยไม่เห็นด้วยกับแนวทางดังกล่าว ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

1. ผู้วิจัยเห็นว่าจุดมุ่งหมายของมาตรา 23 ในเรื่องโทษกักขังเป็นเรื่องที่กฎหมายต้องการให้ศาลมีโทษระหว่างกลางเพื่อเป็นทางเลือกระหว่างโทษจำคุกและการรอการลงโทษ อย่างไรก็ตาม มาตรา 23 มิได้ถูกออกแบบมาเพื่อเป็นบทบังคับสำหรับกรณีใดกรณีหนึ่ง แต่เป็นเรื่องที่เปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจได้อย่างเต็มที่หากศาลเห็นว่าการใช้โทษกักขังกับผู้กระทำความผิดจะมีความเหมาะสมกว่าโทษจำคุก กล่าวคือ แม้ผู้กระทำความผิดจะเข้าเงื่อนไขตามมาตรา 23 แต่หากศาลเห็นว่าการใช้โทษกักขังอาจไม่เพียงพอและเหมาะสมศาลก็ไม่มีความจำเป็นต้องเปลี่ยนโทษจำคุกเป็นโทษกักขัง ดังนั้นแล้วเมื่อกฎหมายมุ่งหมายที่จะให้ศาลใช้ดุลพินิจได้อย่างเต็มที่ในการเปลี่ยนประเภทโทษแล้วการกำหนดระยะเวลาในการรับโทษกักขังก็ควรตีความไปในเจตนารมณ์เดียวกันคือเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจได้อย่างเต็มที่เช่นกันภายใต้กรอบที่กฎหมายกำหนดคือไม่เกิน 3 เดือน
2. ผู้วิจัยเห็นว่าโทษกักขังและโทษจำคุกเป็นโทษที่อยู่คนละระดับกันมีลักษณะความรุนแรงที่แตกต่างกันแม้การกำหนดให้ระยะเวลาของการรับโทษกักขังจะต้องเท่ากับระยะเวลาของโทษจำคุกเสมอจะสะท้อนวัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญาประการหนึ่งได้เท่ากันชัดเจนคือ การตัดโอกาสมิให้ผู้นั้นกระทำความผิด (Incapacitation) เนื่องจากผู้กระทำความผิดจะต้องถูกตัดออกไปจากสังคมในระยะเวลาที่เท่ากันไม่ว่าจะเป็นโทษกักขังหรือโทษจำคุก อย่างไรก็ตาม การยึดถือแนวทางดังกล่าวอย่างเคร่งครัดไม่สามารถสะท้อนถึงความเชื่อมโยงที่เกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญาในด้านอื่น ๆ ได้ไม่ว่าจะเป็นวัตถุประสงค์ในการข่มขู่หรือยับยั้ง

[33] ชูเชิด รักตะบุตร์, "โทษกักขังแทนโทษจำคุก", **บทบัณฑิตย์**, 28, 4 (2514), หน้า 482.

(Deterrence) หรือในการแก้ไขหรือฟื้นฟูจิตใจผู้กระทำความผิด (Reformation and Rehabilitation) เช่น การรับโทษกักขัง 1 วันหากพิจารณาในแง่ของการข่มขู่หรือยับยั้งจะพบว่าผลของการข่มขู่หรือยับยั้งไม่อาจเทียบเท่ากับการรับโทษจำคุก 1 วัน ซึ่งเป็นโทษที่รุนแรงกว่าได้ ดังนั้น หากกฎหมายต้องการให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการลงโทษในทางอาญาได้อย่างเท่าเทียมกัน การนำโทษที่มีลักษณะความรุนแรงที่แตกต่างกันมาใช้แทนกันจึงไม่มีความจำเป็นที่จะกำหนดให้มีระยะเวลาเท่ากัน

3. ผู้วิจัยเห็นว่าการที่จะทำความเข้าใจเรื่องกำหนดระยะเวลาของโทษกักขังที่เปลี่ยนมาจากโทษจำคุกในมาตรา 23 ได้อย่างเป็นระบบควรจะต้องพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 27 เรื่องการเปลี่ยนโทษกักขังกลับเป็นโทษจำคุกควบคู่กันไปด้วย เนื่องจากทั้งสองมาตราเป็นเรื่องของการเปลี่ยนโทษที่มีระดับความรุนแรงที่แตกต่างกันทั้งคู่ กล่าวคือในขณะที่มาตรา 23 เป็นเรื่องการเปลี่ยนจากโทษหนักไปเป็นโทษเบา มาตรา 27 จะเป็นเรื่องในทางตรงกันข้ามคือเป็นเรื่องการเปลี่ยนจากโทษเบากลับไปเป็นโทษหนัก โดยที่มาตรา 27 บัญญัติไว้ว่า *“ศาลอาจเปลี่ยนโทษกักขังเป็นโทษจำคุกมีกำหนดเวลาตามที่ศาลเห็นสมควร แต่ต้องไม่เกินกำหนดเวลาของโทษกักขังที่ผู้ต้องโทษกักขังจะต้องได้รับต่อไป”* จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการเปลี่ยนโทษกักขังกลับไปเป็นโทษจำคุก นอกเหนือไปจากที่กฎหมายให้ดุลพินิจศาลเต็มที่ในเรื่องการเปลี่ยนโทษแล้ว กฎหมายก็ยังให้ดุลพินิจศาลเต็มที่เช่นกันในเรื่องระยะเวลาในการรับโทษจำคุก ข้อสำคัญมีเพียงแค่ระยะเวลาที่จะต้องไปรับโทษจำคุกจะต้องไม่เกินกำหนดเวลาของโทษกักขังที่ผู้ต้องโทษกักขังจะต้องได้รับต่อไปเท่านั้น เช่น ผู้ต้องโทษกักขังรับโทษกักขังมาจวนจะครบกำหนดอยู่แล้วขาดอีกเพียงสองวัน ศาลอาจสั่งให้ผู้ต้องโทษกักขังรับโทษกักขังต่อไปตามเดิมจนครบกำหนดก็ได้ไม่จำเป็นต้องเปลี่ยนโทษ หรือในกรณีที่ศาลจะเปลี่ยนเป็นโทษจำคุกศาลก็ไม่จำต้องเปลี่ยนกำหนดเวลาของโทษกักขังให้ตรงกับกำหนดโทษจำคุกก็ได้ เช่น ในขณะที่ผู้ต้องโทษกักขังยังจะต้องรับโทษกักขังอีก 30 วัน ศาลอาจเปลี่ยนโทษกักขังเป็นโทษจำคุก 20 วันก็ได้ เพียงแต่จะเกินกำหนดเวลาของโทษกักขังที่ผู้ต้องโทษกักขังจะต้องได้รับต่อไปคือ 30 วันไม่ได้เท่านั้นเพราะโทษจำคุกมีลักษณะรุนแรงกว่าโทษกักขัง ประมวลกฎหมายอาญาเป็นแต่จำกัดว่าศาลจะเปลี่ยนโทษจำคุกให้มีกำหนดเวลานานกว่าโทษกักขังไม่ได้เท่านั้น[34] ผู้วิจัยเห็นว่าขนาดการดำเนินการตามมาตรา 27 ซึ่งเป็นเรื่องที่เป็นผลร้ายกับผู้ต้องโทษมากกว่ามาตรา 23

[34] หยุด แสงอุทัย, **คำบรรยายประมวลกฎหมายอาญา**, หน้า 84.

ก็ตาม กฎหมายยังมิได้มุ่งหมายให้กำหนดระยะเวลาของโทษจำคุกและโทษกักขังจะต้องเท่ากันเสมอ ดังนั้นแล้วการดำเนินการตามมาตรา 23 ซึ่งเป็นเรื่องที่เป็นผลดีกับผู้ต้องโทษก็ควรที่จะตีความในลักษณะเดียวกัน[35]

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น บทบัญญัติในมาตรา 23 ในส่วนเรื่องระยะเวลาของโทษกักขัง ผู้วิจัยเห็นว่าไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นระยะเวลาเดียวกันกับระยะเวลาของโทษจำคุก ศาลควรมีดุลพินิจในการกำหนดระยะเวลาได้อย่างเหมาะสมภายใต้กรอบที่กฎหมายกำหนดไว้คือไม่เกิน 3 เดือน

> *"มาตรา 24 ผู้ใดต้องโทษกักขัง ให้กักตัวไว้ในสถานที่กักขังซึ่งกำหนดไว้ อันมิใช่เรือนจำ แต่เมื่อถ้าศาลคำนึงถึงพฤติการณ์และความหนักเบาแห่งการกระทำความผิดนิสัยใจคอ ความประพฤติ อายุ สุขภาพ หรือภาวะแห่งจิตของผู้นั้นถึงสภาพความผิดหรือเหตุอื่นทำนองเดียวกัน เห็นเป็นการสมควรศาลอาจจะสั่งในคำพิพากษาให้กักขังผู้กระทำความผิดไว้ในที่อาศัยของผู้นั้นเอง หรือของผู้อื่นที่ยินยอมรับผู้นั้นไว้ หรือสถานที่อื่นที่อาจกักขังได้ เพื่อให้เหมาะสมกับประเภทหรือสภาพของผู้ถูกกักขังก็ได้"*

สำหรับมาตรา 24 ที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรมีการถกเถียงกันอย่างกว้างขวางว่าเพราะเหตุใด ในวรรคสองที่เป็นเรื่องการกักขังในสถานที่อื่นจึงมีการตัดข้อความที่เป็นหลักต่าง ๆ ที่ศาลจะพึงยึดในการพิจารณาเสียออกหมด เรื่องนี้นายหยุด แสงอุทัย หนึ่งในคณะกรรมาธิการได้ชี้แจงว่า *"เหตุผลที่กรรมาธิการตัดออกนั้น เพราะเหตุว่ามันมีความสำคัญอยู่บรรทัดสุดท้ายของมาตรา 24 วรรค 2 คือเพื่อให้เหมาะสมกับประเภทหรือสภาพของผู้ถูกกักขัง อย่างนี้หมายความว่าศาลต้องดูว่าคนกระทำความผิดนั้นเป็นคนประเภทใด มีสภาพอย่างไร แล้วจึงจะกำหนดว่าที่ให้มันเหมาะสมกับประเภทและสภาพของผู้ถูกกักขัง ส่วนความประพฤติ อายุ สุขภาพนั้นไม่ใช่ เพราะเรื่องนี้เป็นเรื่องที่ศาลลงโทษกักขังแล้ว ปัญหาเหลืออยู่นิดเดียวว่าจะขังอยู่ที่ไหน ในทางกรรมาธิการก็เห็นว่าศาลก็ดูแต่เพียงว่าขังไปที่ใดจึงจะเหมาะสมกับประเภทหรือสภาพของผู้ถูกกักขังซึ่งจะไปล้อเอาตามเรื่องการรอลงอาญาไม่ได้ นั่นเป็นเรื่องที่จะลงโทษจำคุกคนหรือไม่ แต่เรื่องนี้เป็นการเลือกสถานที่ เพราะฉะนั้นจะไปคำนึงอายุคำนึงอะไรอย่างนี้มันไม่ใช่เรื่อง เพราะฉะนั้นที่เขียนลงมานี้กรรมาธิการ*

---

[35] อย่างไรก็ตาม ในประเด็นนี้มีความเห็นในทางวิชาการที่เห็นว่ามาตรา 23 และมาตรา 27 มีความแตกต่างกันในเรื่องของการกำหนดระยะเวลารับโทษ กล่าวคือ ในมาตรา 23 กำหนดระยะเวลาของโทษกักขังจะต้องเท่ากับโทษจำคุก แต่ มาตรา 27 ศาลมีดุลพินิจกำหนดโทษจำคุกได้ตามที่เหมาะสมซึ่งอาจจะเท่ากับหรือน้อยกว่าโทษกักขังที่ผู้นั้นจะต้องรับก็ได้ โปรดดู ณรงค์ ใจหาญ, **กฎหมายอาญาว่าด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย**, หน้า 70.

เห็นว่าไม่ถูกต้องจึงได้ตัดออกเสีย เพื่อให้เห็นความเน้นความสำคัญว่าจะขังที่ใดนั้น มันจะต้องเหมาะสมกับประเภทหรือสภาพของผู้ถูกกักขัง เพราะฉะนั้นกรรมาธิการขอยืนยัน”[36] ในขณะที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรบางท่านเห็นว่า การตัดข้อความดังกล่าวทำให้เวลาอ้างก็มีปัญหาเนื่องจากผู้อ้างไม่มีอะไรจะอ้าง ไม่รู้จะอ้างเหตุอะไรในการขอกักขังในสถานที่อื่น นอกจากคำสั่งศาลอันเดียวว่าสมควรหรือไม่[37] บางท่านเห็นว่า มิใช่แต่เพียงผู้อ้างที่มีปัญหา ทนายและศาลก็จะมีปัญหาในการพิจารณาอย่างน้อยควรมีหลักอย่างกว้าง ๆ บัญญัติไว้เป็นแนวทางบ้าง หากการคงข้อความไว้แล้วไม่เสียหายอะไร และแจ่มชัดกว่าก็ควรคงไว้[38] บางท่านเห็นว่า การตัดข้อความออกตามที่คณะกรรมาธิการเสนอดีแล้ว เนื่องจากเป็นการเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวางและเปิดโอกาสให้จำเลยสามารถใช้เหตุผลอื่นได้[39] ซึ่งในท้ายที่สุดที่ประชุมส่วนใหญ่มีมติให้แก้ไขตามที่คณะกรรมาธิการเสนอมา

> *“มาตรา 25 ผู้ต้องโทษกักขังในสถานที่ที่ซึ่งกำหนด จะได้รับการเลี้ยงดูจากสถานที่นั้น แต่ภายใต้ข้อบังคับของสถานที่ ผู้ต้องโทษกักขังมีสิทธิที่จะรับอาหารจากภายนอกโดยค่าใช้จ่ายของตนเอง ใช้เสื้อผ้าของตนเอง ได้รับการเยี่ยมอย่างน้อยวันละหนึ่งชั่วโมง และมีสิทธิที่จะรับและส่งจดหมายโดยไม่ต้องถูกตรวจค้นได้*
>
> *ผู้ต้องโทษกักขังจะต้องทำงานตามระเบียบข้อบังคับและวินัย ถ้าผู้ต้องโทษกักขังประสงค์จะทำงานอย่างอื่นก็ให้อนุญาตให้เลือกทำได้ตามประเภทงานที่ตนสมัครแต่ต้องไม่ขัดต่อระเบียบข้อบังคับ วินัย หรือความปลอดภัยของสถานที่นั้น”*

สำหรับมาตรา 25 ที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรได้ตั้งคำถามว่าเพราะเหตุใดถึงได้มีการตัดข้อความที่การรับและส่งจดหมายสามารถทำได้โดยที่ไม่ต้องถูกตรวจค้นออกไป นายชัยวัธน์ อินทะพันธ์ หนึ่งในกรรมาธิการได้ชี้แจงว่าเหตุผลที่ตัดออกเนื่องจาก *“กรรมาธิการต้องการอยากจะให้สิทธิในการรับและส่งจดหมายของผู้ต้องโทษกักขังนั้นได้มีอย่างกว้างขวางที่สุด และเราเห็นว่าเราจะขมวดไว้เพียงว่า “โดยไม่ถูกตรวจค้น” นั้นเราเห็นว่าเป็นการแคบเกินไป เพราะนอกจากการตรวจค้นนั้นยังจะมีอย่างอื่นอีก เช่นเป็นต้นว่า เซ็นเซอร์จดหมาย หรือกักเก็บจดหมายของเขาไว้อย่างนี้เป็นต้น แต่ความจริงเจตนารมณ์ของกรรมาธิการต้องการอยากจะให้กว้างทางมีสิทธิเหมือนบุคคลซึ่งอยู่นอกที่กักขังตามธรรมดา เพราะฉะนั้นกรรมาธิการจึงได้ตัดคำว่า “โดยไม่ต้องถูกตรวจค้น”*

---

[36] รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 13/2499

[37] นายเทพ โชตินุชิต สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจังหวัดศรีสะเกษ

[38] นายสวัสดิ์ พึ่งตน สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจังหวัดขอนแก่น

[39] นายสานนท์ สายสว่าง สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจังหวัดนครปฐม

ออกทั้งนี้เพื่อต้องการให้ผู้ที่ถูกกักขังนั้นมีสิทธิได้รับจดหมายได้ ส่งจดหมายเหมือนอย่างบุคคลธรรมดาภายนอกทางไปรษณีย์”[40] ในขณะที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรบางท่านเห็นว่า ถ้าต้องการรับรองสิทธิให้เหมือนอย่างบุคคลธรรมดาก็ไม่มีความจำเป็นต้องเขียนถึงสิทธิที่จะรับและส่งจดหมายไว้ ข้อความดังกล่าวควรตัดออกให้หมดเลย[41] บางท่านเห็นว่าหากกรรมาธิการต้องการให้ผู้ต้องโทษกักขังสามารถรับและส่งจดหมายได้โดยอิสระสามารถทำได้ 2 แนวทาง คือไม่ต้องเขียนเลย หรือหากต้องการเขียนควรจะเขียนให้ชัดแจ้งเลย เช่น ผู้ต้องโทษกักขังมีอิสระโดยเสรี หรือมีสิทธิสมบูรณ์ที่จะรับและส่งจดหมายได้[42] ซึ่งในท้ายที่สุดที่ประชุมส่วนใหญ่มีมติให้แก้ไขตามที่คณะกรรมาธิการเสนอมา

> *“มาตรา 26 ถ้าผู้ต้องโทษกักขังถูกกักขังในที่อาศัยของผู้นั้นเองหรือของผู้อื่นที่ยินยอมรับผู้นั้นไว้ ผู้ต้องโทษกักขังนั้นมีสิทธิที่จะดำเนินการในวิชาชีพหรืออาชีพของตนต่อไป<u>ในสถานที่ดังกล่าวได้</u> ~~แต่ต้องปฏิบัติตาม~~ <u>ในการนี้ศาลจะกำหนดเงื่อนไขที่ศาลกำหนดให้ผู้ต้องโทษกักขังปฏิบัติอย่างหนึ่งอย่างใดหรือไม่ก็ได้ แล้วแต่ศาลจะเห็นสมควร”</u>*

สำหรับมาตรา 26 ที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรมิได้มีผู้ใดยื่นขอแปรญัตติไว้หรือมีข้อซักถามแต่ประการใด ที่ประชุมจึงถือว่าเห็นชอบตามที่คณะกรรมาธิการได้แก้ไขมา ทั้งนี้ มีข้อสังเกตจากรายงานในชั้นการประชุมของคณะกรรมาธิการว่าสาเหตุที่ได้เพิ่มถ้อยคำคำว่า “ในสถานที่ดังกล่าว” เพื่อแสดงให้ชัดเจนว่าผู้ต้องโทษกักขังจะต้องอยู่ในสถานที่กักขัง แม้กฎหมายจะให้สิทธิในการประกอบอาชีพก็ต้องเป็นการประกอบอาชีพภายในสถานที่ดังกล่าว[43]

> *“มาตรา 27 ถ้าในระหว่างที่ผู้ต้องโทษกักขังได้รับโทษกักขังอยู่ ความปรากฏแก่ศาลเองหรือ<u>ปรากฏแก่ศาล</u>ตามคำแถลงของพนักงานอัยการหรือผู้ควบคุมดูแลสถานที่กักขังว่า*
>
> *(1) ผู้ต้องโทษกักขังฝ่าฝืนระเบียบ ข้อบังคับ หรือวินัยของสถานที่กักขัง*
>
> *(2) ผู้ต้องโทษกักขังไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ศาลกำหนด <u>หรือ</u>*
>
> *(3) ผู้ต้องโทษกักขังต้องคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก*
>
> *ศาลอาจเปลี่ยนโทษกักขังเป็นโทษจำคุกมีกำหนดเวลาตามที่ศาลเห็นสมควร แต่ต้องไม่เกินกำหนดเวลาของโทษกักขังที่ผู้ต้องโทษกักขังจะต้องได้รับต่อไป”*

---

[40] รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 13/2499

[41] นายสวัสดิ์ พึ่งตน สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจังหวัดขอนแก่น

[42] นายเผด็จ จิราภรณ์ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจังหวัดพิจิตร

[43] โชค จารุจินดา, “รายงานการประชุมร่างประมวลกฎหมายอาญาและบันทึกประกอบ มาตรา 23-30”, **ดุลพาห**, หน้า 538-539.

สำหรับมาตรา 27 ที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรมิได้มีผู้ใดยื่นขอแปรญัตติไว้หรือมีข้อซักถามแต่ประการใด ที่ประชุมจึงถือว่าเห็นชอบตามที่คณะกรรมาธิการได้แก้ไขมา ทั้งนี้มีข้อสังเกตจากรายงานในชั้นการประชุมของคณะกรรมาธิการว่าสาเหตุที่ได้เพิ่มถ้อยคำคำว่า “ปรากฏแก่ศาล” เนื่องจากลำพังเพียง ตามคำแถลงของพนักงานอัยการอย่างเดียวยังไม่ชัดเจน คำแถลงนั้นจะต้องปรากฏแก่ศาลด้วย คือศาลต้องพิจารณาว่า ถ้าอัยการเสนอมาถูกต้องศาลก็อาจเปลี่ยนโทษได้ นอกจากนั้น ที่ประชุมยังมีการพิจารณาถึงเหตุอื่น ๆ นอกเหนือจาก 3 เหตุในร่างประมวลกฎหมายอาญาที่ศาลสามารถเปลี่ยนโทษกักขังไปเป็นโทษจำคุกด้วย เช่น หากมีการเข้าใจผิดในเรื่องอายุของผู้ต้องโทษกักขัง หรือมีพฤติการณ์เปลี่ยนไป จะเป็นการเหมาะสมหรือไม่ที่ศาลจะสามารถเปลี่ยนโทษกักขังเป็นโทษจำคุกได้ ซึ่งในที่สุดที่ประชุมมีมติให้คงเพียงแค่ 3 เหตุดังเดิม[44]

การประชุมสภาผู้แทนราษฎร ในวาระที่ 2 พิจารณาเรียงลำดับมาตราของร่างประมวลกฎหมายอาญามีการประชุมต่อเนื่องกันถึง 3 ครั้ง[45] จนในที่สุดร่างประมวลกฎหมายอาญาก็ได้ผ่านที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรในวาระที่ 2 และวาระที่ 3 เป็นอันว่าที่ประชุมเห็นสมควรให้ประกาศใช้ร่างประมวลกฎหมายอาญาซึ่งจะมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 เป็นต้นไป

อาจกล่าวได้ว่าการจัดทำประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยใช้ระยะเวลาทั้งสิ้นเกือบ 20 ปี[46] ซึ่งนอกเหนือไปจากความซับซ้อนของเนื้อหาแล้วเหตุผลประการสำคัญที่ทำให้การจัดทำประมวลกฎหมายอาญาล่าช้าและใช้เวลาหลายปีก็เนื่องมาจากเหตุผลทางการเมืองที่มีการยุบสภาหรือรัฐประหารบ่อยครั้ง ทำให้ร่างประมวลกฎหมายอาญาที่กำลังดำเนินการอยู่ในแต่ละครั้งต้องกลับไปเริ่มดำเนินการใหม่อยู่เสมอซึ่งในการกลับมาเริ่มดำเนินการใหม่แต่ละครั้งก็มีข้อเสนอมากมายที่เพิ่มเข้าหรือตัดออกในแต่ละช่วงเวลาตลอดระยะเวลาเกือบ 20 ปี เช่นเดียวกับแนวความคิดเรื่องโทษกักขังที่มิได้เป็นบทบัญญัติที่มีมาแต่เดิมตั้งแต่กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 หรือในร่างประมวลกฎหมายอาญาที่เสนอต่อที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 1 ในปี พ.ศ. 2489 แต่เป็นบทบัญญัติที่ปรากฏขึ้นเป็นครั้งแรกหลังจากที่คณะกรรมาธิการวิสามัญได้ร่วมกันพิจารณาในร่างประมวลกฎหมายอาญาที่เสนอต่อที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 2 ในวาระที่ 2 ในปี พ.ศ. 2494 และได้มีการปรับปรุงแก้ไขรายละเอียดจนผ่านที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 3 ในปี พ.ศ. 2499

---

[44] เรื่องเดียวกัน, หน้า 540-541.

[45] การประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 12/2499 (6 กันยายน 2499) การประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 13/2499 (8 กันยายน 2499) และการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 14/2499 (10 กันยายน 2499)

[46] หากนับตั้งแต่ที่มีมติคณะรัฐมนตรีในการพิจารณาแก้ไขปรับปรุงกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ในปี พ.ศ. 2481

นับแต่ประมวลกฎหมายอาญามีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับโทษกักขังได้บังคับใช้อยู่โดยมิได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเป็นระยะเวลานานจนกระทั่งได้มีการแก้ไขอีกครั้งโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 15) พ.ศ. 2545

4.5 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 15) พ.ศ. 2545

ในสมัยรัฐบาลนายทักษิณ ชินวัตร ได้มีการเสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา[47] ซึ่งมีเนื้อหาบางส่วนเกี่ยวกับการแก้ไขบทบัญญัติในเรื่องโทษกักขังต่อที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 3/2544 เมื่อวันที่ 8 สิงหาคม พ.ศ. 2544 ซึ่งที่ประชุมได้มีมติรับหลักการ[48] จากนั้นจึงได้ดำเนินการตามขั้นตอนทางกฎหมายจนในท้ายที่สุดได้มีการประกาศใช้เมื่อวันที่ 8 มกราคม พ.ศ. 2546[49] หากพิจารณาจากร่างกฎหมายที่ได้ยื่นเสนอต่อที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรเพื่อรับหลักการในครั้งแรกจนกระทั่งมีการประกาศใช้ผู้วิจัยพบว่าเนื้อหาบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้องกับโทษกักขังมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในแต่ละขั้นตอนที่น่าสนใจที่พึงพิจารณากัน 4 ประเด็นดังนี้

---

[47] ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ... เสนอโดยคณะรัฐมนตรี อย่างไรก็ตามมีร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ... ซึ่งมีเนื้อหาในลักษณะเดียวกันอีก 2 ร่าง ได้แก่ ร่างที่เสนอโดยนายพีระพันธุ์ สาลีรัฐวิภาค และคณะ และร่างที่เสนอโดยนายสุรสิทธิ์ นิติวุฒิวรรักษ์ และคณะ เป็นผู้เสนอ ดังนั้น จึงพิจารณาร่วมกันไปทีเดียว โดยในท้ายที่สุดที่ประชุมได้มีมติรับหลักการทั้ง 3 ร่างโดยให้ใช้ร่างที่เสนอโดยคณะรัฐมนตรีเป็นร่างหลักในการพิจารณาวาระที่ 2 ต่อไป

[48] รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ชุดที่ 21 ปีที่ 1 ครั้งที่ 3 สมัยสามัญนิติบัญญัติ (วันที่ 8 สิงหาคม 2544), ศูนย์ชวเลขและพิมพ์ดีด สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร

[49] การแก้ไขบทบัญญัติในเรื่องโทษกักขังเริ่มต้นจากร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ... ได้ถูกเสนอต่อที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 3/2544 เมื่อวันที่ 8 สิงหาคม พ.ศ. 2544 ซึ่งที่ประชุมได้มีมติรับหลักการและได้ตั้งคณะกรรมการวิสามัญพิจารณา ซึ่งต่อมาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ... ที่คณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาเสร็จแล้วได้ถูกเสนอต่อที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 31/2544 เมื่อวันที่ 14 พฤศจิกายน พ.ศ. 2544 จากนั้นร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ... ที่สภาผู้แทนราษฎรให้ความเห็นชอบแล้วจึงได้ถูกส่งต่อไปยังวุฒิสภาให้พิจารณาเมื่อวันที่ 27 พฤศจิกายน พ.ศ. 2544 ซึ่งที่ประชุมวุฒิสภาได้มีมติรับร่างไว้พิจารณาและตั้งคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างฯ จากนั้นได้มีการตั้งคณะกรรมาธิการร่วมกันของทั้งสองสภา สภาละ 12 คน เพื่อร่วมกันพิจารณาจากนั้น ร่างของคณะกรรมาธิการร่วมกันของทั้งสองสภาได้ถูกเสนอต่อที่ประชุมวุฒิสภาเมื่อวันที่ 25 พฤศจิกายน พ.ศ. 2545 ซึ่งที่ประชุมวุฒิสภามีมติเห็นชอบตามร่างที่คณะกรรมาธิการร่วมกันของทั้งสองสภาได้เสนอมา จนในท้ายที่สุดได้มีประกาศใช้เมื่อวันที่ 8 มกราคม พ.ศ. 2546

(1) ประเด็นเรื่องสถานที่กักขังของรัฐในมาตรา 24 วรรคแรก

ร่างของสภาผู้แทนราษฎร	ร่างของวุฒิสภา	คณะกรรมาธิการร่วมกัน
มาตรา 3 ให้ยกเลิกความในวรรคแรกของมาตรา 24 แห่งประมวลกฎหมายอาญาและให้ใช้ข้อความต่อไปนี้แทน *“มาตรา 24 ผู้ใดต้องโทษกักขัง ให้กักตัวไว้ในสถานที่กักขังซึ่งกำหนดไว้อันมิใช่เรือนจำ <u>และต้องไม่นำผู้ต้องหาซึ่งต้องหาว่ากระทำความผิดอาญาที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินสามปีมาคุมขังรวมอยู่ด้วย</u>”*[50]	มาตรา 3 ให้ยกเลิกความในวรรคแรกของมาตรา 24 แห่งประมวลกฎหมายอาญาและให้ใช้ข้อความต่อไปนี้แทน *“มาตรา 24 ผู้ใดต้องโทษกักขัง ให้กักตัวไว้ในสถานที่กักขังซึ่งกำหนดไว้อันมิใช่เรือนจำ ~~และต้องไม่นำผู้ต้องหาซึ่งต้องหาว่ากระทำความผิดอาญาที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินสามปีมาคุมขังรวมอยู่ด้วย~~ <u>สถานีตำรวจหรือสถานที่ควบคุมผู้ต้องหาของพนักงานสอบสวน</u>”*[51]	เห็นชอบตามร่างของวุฒิสภา

จากตารางข้างต้นจะเห็นได้ว่าในขั้นต้นที่เป็นร่างของสภาผู้แทนราษฎร บทบัญญัติในมาตรา 24 วรรคแรกในเรื่องของสถานที่กักขังของรัฐผู้ร่างต้องการแก้ไขปัญหาจากในอดีตที่ผ่านมาที่มีการนำผู้ต้องโทษกักขังซึ่งเป็นผู้กระทำความผิดเล็กน้อยขังรวมกับผู้ต้องหาทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นคดีอุกฉกรรจ์หรือไม่ไว้รวมกัน ดังนั้น ร่างของสภาผู้แทนราษฎรจึงเสนอให้ผู้ต้องโทษกักขังจะต้องไม่อาศัยรวมกับผู้ต้องหาซึ่งต้องหาว่ากระทำความผิดอาญาที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินสามปีขึ้นไป มีข้อสังเกตว่าข้อเสนอในร่างของสภาผู้แทนราษฎรอยู่บนพื้นฐานเพียงแนวคิดที่ไม่ต้องการให้ผู้ต้องโทษกักขังอยู่ปะปนกับผู้ต้องหาคดีอุกฉกรรจ์เท่านั้น อย่างไรก็ตาม ร่างกฎหมายของสภาผู้แทนราษฎรยังมิได้เสนอไปถึงขนาดที่ต้องการแยกผู้ต้องโทษกักขังกับผู้ต้องหาในคดีอาญาทุกประเภทออกจากกันอย่างเด็ดขาด

อย่างไรก็ตาม เมื่อร่างกฎหมายดังกล่าวได้เข้าสู่การพิจารณาของวุฒิสภาพบว่าบทบัญญัติที่วุฒิสภาขอแก้ไขได้ถูกพัฒนาไปไกลกว่าในตอนต้นคือวุฒิสภาเห็นว่ามิใช่เพียงผู้ต้องโทษกักขังจะต้องไม่ถูกนำไปขังรวมกับผู้ต้องหาซึ่งต้องหาว่ากระทำความผิดอาญาที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูง

---

[50] ข้อความที่ขีดเส้นใต้คือข้อความที่สภาผู้แทนราษฎรได้เพิ่มเติมจากประมวลกฎหมายอาญาที่ใช้บังคับอยู่

[51] ข้อความที่ขีดเส้นใต้คือข้อความที่วุฒิสภาได้เพิ่มเติมจากร่างกฎหมายของสภาผู้แทนราษฎร ส่วนข้อความที่ถูกขีดทับคือข้อความที่วุฒิสภาขอตัดออก

เกินสามปีขึ้นไปเท่านั้น แต่ผู้ต้องโทษกักขังไม่สมควรที่จะอยู่รวมกับผู้ต้องหาเลย นอกจากนั้น วุฒิสภาเห็นว่าโทษกักขังควรมีสถานที่กักขังที่รองรับเป็นการเฉพาะไม่ควรใช้สถานีตำรวจหรือสถานที่ควบคุมผู้ต้องหาเป็นสถานที่กักขัง เพราะมิเช่นนั้นจะกลายเป็นว่าผู้ต้องโทษกักขังซึ่งเป็นโทษที่อยู่ในระดับต่ำกว่าโทษจำคุกแต่จะต้องเข้าไปอยู่ที่ห้องขังในสถานีตำรวจที่สภาพความเป็นอยู่ทรมานมากกว่าโทษจำคุกเสียอีก[52] ดังนั้น ร่างของวุฒิสภาจึงมีข้อเสนอให้มีการระบุเพิ่มเติมไปในมาตรา 24 วรรคแรกเลยว่า สถานที่ของรัฐที่จะใช้กักขังผู้ต้องโทษกักขังนอกเหนือไปจากที่จะต้องมิใช่เรือนจำแล้ว ยังต้องมิใช่สถานีตำรวจหรือสถานที่ควบคุมผู้ต้องหาของพนักงานสอบสวนอีกด้วย ซึ่งในท้ายที่สุดคณะกรรมาธิการร่วมกันของทั้งสองสภาได้มีมติเห็นชอบตามร่างที่วุฒิสภาได้เสนอมา

(2) ประเด็นเรื่องการมีผลบังคับใช้ของกฎหมาย

ร่างของสภาผู้แทนราษฎร	ร่างของวุฒิสภา	คณะกรรมาธิการร่วมกัน
มาตรา 2 พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป เว้นแต่มาตรา 3 ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป	มาตรา 2 พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป เว้นแต่มาตรา 3 ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อย~~แปดสิบวัน~~ปีนับแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป[53]	มาตรา 2 พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป เว้นแต่มาตรา 3 ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อย~~แปดสิบวัน~~สามปีนับแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป[54]

ประเด็นเรื่องการมีผลบังคับใช้ของกฎหมายซึ่งโดยทั่วไปแล้วก็จะให้มีผลบังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป อย่างไรก็ตาม ร่างกฎหมายดังกล่าวมีการกำหนดเวลาของการมีผลบังคับใช้เป็นการเฉพาะสำหรับมาตรา 3 ที่เป็นการแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 24 วรรคแรก ของประมวลกฎหมายอาญาเรื่องสถานที่กักขังของรัฐ กล่าวคือ หากพิจารณาจากตารางข้างต้นจะเห็นได้ว่าร่างของสภาผู้แทนราษฎรขอให้มาตรา 3 ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนด 180 วัน

[52] รายงานการประชุมวุฒิสภา ครั้งที่ 39 (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) เป็นพิเศษ วันที่ 27 พฤศจิกายน พ.ศ. 2544

[53] ข้อความที่ขีดเส้นใต้คือข้อความที่วุฒิสภาได้เพิ่มเติมจากร่างกฎหมายของสภาผู้แทนราษฎร ส่วนข้อความที่ถูกขีดทับคือข้อความที่วุฒิสภาขอตัดออก

[54] ข้อความที่ขีดเส้นใต้คือข้อความที่คณะกรรมาธิการร่วมกันทั้งสองสภาได้เพิ่มเติมจากร่างกฎหมายของวุฒิสภา ส่วนข้อความที่ถูกขีดทับคือข้อความที่คณะกรรมาธิการร่วมกันทั้งสองสภาขอตัดออก

นับแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา สาเหตุก็เนื่องจากรัฐต้องใช้เวลาในการจัดเตรียมห้องขังใหม่ที่แยกระหว่างผู้ต้องโทษกักขังกับผู้ต้องหาซึ่งต้องหาว่ากระทำความผิดอาญาที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินสามปีขึ้นไป โดยในบางสถานีตำรวจอาจจำเป็นต้องมีการสร้างห้องขังเพิ่มบางส่วนอาจใช้วิธีการเพียงแต่กั้นห้องเดิม ซึ่งกระบวนการดังกล่าวต้องให้เวลาสำนักงานตำรวจแห่งชาติในการเตรียมตัว[55]

ตามที่ได้กล่าวไปในข้างต้นว่าเมื่อร่างกฎหมายดังกล่าวได้เข้าสู่การพิจารณาของวุฒิสภา พบว่าบทบัญญัติที่วุฒิสภาขอแก้ไขได้ถูกพัฒนาไปไกลกว่าในร่างของสภาผู้แทนราษฎรคือวุฒิสภาเห็นว่ารัฐควรมีสถานที่กักขังที่รองรับเป็นการเฉพาะไม่ควรใช้สถานีตำรวจหรือสถานที่ควบคุมผู้ต้องหาเป็นสถานที่กักขัง ดังนั้น ข้อเสนอที่วุฒิสภาเสนอจึงมิใช่เป็นเพียงการต่อเติมห้องขังที่สถานีตำรวจแบบข้อเสนอในร่างของสภาผู้แทนราษฎร แต่เป็นข้อเสนอที่รัฐจำเป็นที่จะต้องสร้างสถานที่กักขังของรัฐขึ้นมาใหม่เป็นการเฉพาะ ดังนั้น วุฒิสภาจึงเห็นว่าควรขยายระยะเวลาของการมีผลบังคับใช้ของมาตรา 3 โดยให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งปีนับแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

อย่างไรก็ตาม เมื่อร่างกฎหมายได้เข้าสู่การพิจารณาของคณะกรรมาธิการร่วมกันของทั้งสองสภาได้มีการแก้ไขเรื่องการมีผลบังคับใช้ของมาตรา 3 อีกครั้งโดยให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดสามปีนับแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป สาเหตุที่คณะกรรมาธิการร่วมกันของทั้งสองสภามีมติให้มาตรา 3 มีผลใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดสามปีนับแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป ก็เนื่องมาจากการที่รัฐจำเป็นที่จะต้องจัดตั้งสถานที่กักขังใหม่ทั้งหมด แต่รัฐยังไม่มีข้อมูลพื้นฐานมากเพียงพอในการประเมินว่ารัฐจะต้องสร้างมากน้อยเพียงใดไม่สามารถประเมินตัวเลขที่แน่นอนของจำนวนผู้ต้องโทษกักขังได้ เนื่องจากในการแก้ไขกฎหมายฉบับเดียวกันนี้ยังมีเรื่องของการแก้ไขอัตราการกักขังแทนค่าปรับจาก 70 บาท เป็น 200 บาทต่อหนึ่งวัน ทำให้ระยะเวลาในการถูกคุมขังจะสั้นลง และยังมีการแก้ไขในเรื่องที่ผู้ต้องโทษปรับสามารถขอทำงานบริการสาธารณะแทนการชำระค่าปรับได้ จากสาเหตุทั้งสองประการทำให้ปริมาณผู้ซึ่งถูกกักขังน่าจะมีปริมาณลดลง ดังนั้น คณะกรรมาธิการร่วมกันทั้งสองสภาจึงเห็นว่าควรให้ระยะเวลาถึงสามปี เพื่อให้รัฐมีข้อเท็จจริงที่มากเพียงพอในการประเมินการก่อสร้างสถานที่กักขังเพื่อมิให้มากเกินความจำเป็น[56] ซึ่งในท้ายที่สุดร่างกฎหมายจึงเป็นไปตามร่างของคณะกรรมาธิการร่วมกันของทั้งสองสภาเสนอมา

---

[55] รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ชุดที่ 21 ปีที่ 1 ครั้งที่ 31 สมัยสามัญนิติบัญญัติ (วันที่ 14 พฤศจิกายน 2544), ศูนย์ชวเลขและพิมพ์ดีด สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร

[56] รายงานการประชุมวุฒิสภา ครั้งที่ 29 (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) เป็นพิเศษ วันที่ 25 พฤศจิกายน พ.ศ. 2545

(3) ประเด็นเรื่องการเปลี่ยนสถานที่กักขัง

ร่างของสภาผู้แทนราษฎร	ร่างของวุฒิสภา	คณะกรรมาธิการร่วมกัน
ไม่ปรากฏข้อความดังกล่าว	ไม่ปรากฏข้อความดังกล่าว	มาตรา 4 ให้เพิ่มข้อความต่อไปนี้เป็นวรรคสามของมาตรา 24 แห่งประมวลกฎหมายอาญา *“ถ้าความปรากฏแก่ศาลว่า การกักขังผู้ต้องโทษกักขังไว้ในสถานที่กักขังตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อผู้นั้น หรือทำให้ผู้ซึ่งต้องพึ่งพาผู้ต้องโทษกักขังในการดำรงชีพได้รับความเดือดร้อนเกินสมควร หรือมีพฤติการณ์พิเศษประการอื่นที่แสดงให้เห็นว่าไม่สมควรกักขังผู้ต้องโทษกักขังในสถานที่ดังกล่าว ศาลจะมีคำสั่งให้กักขังผู้ต้องโทษกักขังในสถานที่อื่นซึ่งมิใช่ที่อยู่อาศัยของผู้นั้นเองโดยได้รับความยินยอมจากเจ้าของหรือผู้ครอบครองสถานที่ก็ได้ กรณีเช่นว่านี้ ให้ศาลมีอำนาจกำหนดเงื่อนไขอย่างหนึ่งอย่างใดให้ผู้ต้องโทษกักขังปฏิบัติ และหากเจ้าของหรือผู้ครอบครองสถานที่ดังกล่าวยินยอม ศาลอาจมีคำสั่งแต่งตั้งผู้นั้นเป็นผู้ควบคุมดูแลและให้ถือว่าผู้ที่ได้รับแต่งตั้งเป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายนี้”*[57]

จากตารางข้างต้นจะเห็นได้ว่าประเด็นเรื่องการเปลี่ยนสถานที่กักขังมิได้เป็นบทบัญญัติที่เคยปรากฏอยู่มาก่อนไม่ว่าจะในร่างของสภาผู้แทนราษฎรหรือในร่างของวุฒิสภาก็ตามแต่เป็นบทบัญญัติที่เพิ่มขึ้นจากคณะกรรมาธิการร่วมกันของทั้งสองสภา สาเหตุก็เนื่องมาจากคณะกรรมาธิการร่วมกันของทั้งสองสภาต้องการให้กระบวนการของการกักขังนั้นสะดวกและแก้ไขปัญหาได้อย่างแท้จริงจึงกำหนดให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดสถานที่คุมขังให้เหมาะสมกับผู้ต้อง

[57] ข้อความที่ขีดเส้นใต้คือข้อความที่คณะกรรมาธิการร่วมกันทั้งสองสภาได้เพิ่มเติมเข้ามาใหม่

กักขังได้มากขึ้นในแต่ละกรณี เช่น ในกรณีของหญิงมีครรภ์ ศาลอาจกำหนดให้กักขังในโรงพยาบาล หรือในกรณีของพระ ก็อาจให้กักขังไว้ในวัดโดยให้เจ้าอาวาสเป็นผู้ดูแลก็ได้[58] ซึ่งในท้ายที่สุดร่างกฎหมายจึงเป็นไปตามร่างของคณะกรรมาธิการร่วมกันของทั้งสองสภาเสนอมา

(4) ประเด็นเรื่องการเปลี่ยนโทษกักขังเป็นโทษจำคุก

ร่างของสภาผู้แทนราษฎร	ร่างของวุฒิสภา	คณะกรรมาธิการร่วมกัน
มาตรา 5 ให้ยกเลิกความในมาตรา 27 แห่งประมวลกฎหมายอาญาและให้ใช้ข้อความต่อไปนี้แทน *“มาตรา 27 ถ้าในระหว่างที่ผู้ต้องโทษกักขัง<u>ตามมาตรา 23</u> ได้รับโทษกักขังอยู่ความปรากฏแก่ศาลเอง หรือปรากฏแก่ศาลตามคำแถลงของพนักงานอัยการหรือผู้ควบคุมดูแลสถานที่กักขังว่า* *(1) ผู้ต้องโทษกักขังฝ่าฝืนระเบียบ ข้อบังคับ หรือวินัยของสถานที่กักขัง* *(2) ผู้ต้องโทษกักขังไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ศาลกำหนด หรือ* *(3) ผู้ต้องโทษกักขังต้องคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก* *ศาลอาจเปลี่ยนโทษกักขังเป็นโทษจำคุกมีกำหนดเวลาตามที่ศาลเห็นสมควร แต่ต้องไม่เกินกำหนดเวลาของโทษกักขังที่ผู้ต้องโทษกักขังจะต้องได้รับต่อไป”*[59]	เห็นชอบตามร่างของสภาผู้แทนราษฎร	เห็นชอบตามร่างของสภาผู้แทนราษฎร

จากตารางข้างต้นจะเห็นได้ว่าประเด็นเรื่องการเปลี่ยนโทษกักขังเป็นโทษจำคุกเป็นข้อเสนอที่ปรากฏตั้งแต่ในชั้นร่างของสภาผู้แทนราษฎรที่ได้เสนอเพิ่มเติมเข้ามา สาเหตุก็เนื่องมาจากมาตรา 27 ที่บังคับใช้อยู่ในขณะนั้นเปิดโอกาสให้ศาลสามารถเปลี่ยนโทษกักขังเป็นโทษจำคุกได้ทั้งกรณี

[58] รายงานการประชุมวุฒิสภา ครั้งที่ 29 (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) เป็นพิเศษ วันที่ 25 พฤศจิกายน พ.ศ. 2545

[59] ข้อความที่ขีดเส้นใต้คือข้อความที่สภาผู้แทนราษฎรได้เพิ่มเติมจากประมวลกฎหมายอาญาที่ใช้บังคับอยู่

ผู้ต้องโทษกักขังตามมาตรา 23 (กรณีลงโทษกักขังแทนโทษจำคุก) และผู้ซึ่งต้องกักขังแทนค่าปรับ[60] ซึ่งร่างของสภาผู้แทนราษฎรเสนอให้การเปลี่ยนโทษกักขังเป็นโทษจำคุกตามมาตรา 27 สามารถนำมาใช้ได้เฉพาะกรณีผู้ต้องโทษกักขังตามมาตรา 23 (กรณีลงโทษกักขังแทนโทษจำคุก) เท่านั้น เนื่องจากโทษเดิมของผู้ต้องโทษกักขังในกรณีนี้คือโทษจำคุก ในขณะที่บุคคลที่ถูกกักขังแทนค่าปรับจะไม่มีการเปลี่ยนการกักขังแทนค่าปรับเป็นโทษจำคุกเพราะว่าโทษเดิมของบุคคลดังกล่าวคือโทษปรับ[61] ซึ่งในประเด็นนี้ทั้งที่ประชุมวุฒิสภาและที่ประชุมของคณะกรรมาธิการร่วมกันของทั้งสองสภาได้มีมติเห็นชอบกับร่างของสภาผู้แทนราษฎรโดยมิได้มีการแก้ไขแต่อย่างใด

จากที่ผู้วิจัยได้นำเสนอถึงพัฒนาการของโทษกักขังในแต่ละช่วงเวลาจากจุดเริ่มต้นจนกระทั่งถึงปัจจุบันแม้จะเห็นว่า ในแต่ละชั้นของการพิจารณาจะได้มีการถกเถียงกันอย่างกว้างขวางและหลากหลาย แต่จุดร่วมที่สำคัญและไม่ได้เปลี่ยนไปคือกฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะให้โทษกักขังมีลักษณะเป็นโทษระดับกลางระหว่างโทษจำคุกกับการรอการลงโทษหรือรอการกำหนดโทษ แม้โดยลักษณะของโทษกักขังจะมีลักษณะเป็นการจำกัดเสรีภาพเช่นเดียวกับโทษจำคุก อย่างไรก็ตาม ผู้ร่างกฎหมายไม่ประสงค์จะให้ผู้ต้องโทษกักขังเข้าไปอยู่อาศัยปะปนในเรือนจำกับผู้ต้องโทษอื่น ๆ เพื่อมิให้ได้ชื่อว่าเป็นคนขี้คุกขี้ตะราง เนื่องจากผลของการเป็นผู้ต้องโทษจำคุกส่งผลเสียหลายประการมากกว่าเป็นผู้ต้องโทษกักขัง เช่น ผู้ต้องโทษจำคุกอาจสูญเสียสิทธิในการรับราชการหรือเข้าทำงานในที่ต่าง ๆ ซึ่งมักจะระบุลักษณะต้องห้ามว่า “เป็นผู้เคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุด

---

[60] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 403/2517 ข้อเท็จจริงได้ความว่า เมื่อวันที่ 21 มิถุนายน 2516 ศาลชั้นต้นพิพากษาว่า จำเลยกระทำความผิดต่อพระราชบัญญัติศุลกากร ปรับ 105,801.12 บาท ไม่ชำระค่าปรับให้กักขังแทน 2 ปี จำเลยไม่ชำระค่าปรับ ถูกกักขังแทนค่าปรับ วันที่ 25 มิถุนายน 2516 จำเลยยื่นคำร้องว่าถูกกักขังอยู่ที่สถานีตำรวจภูธร อำเภอเมืองสมุทรปราการ รวมกับคนอื่นประมาณ 60 คน สุขภาพไม่ดี ขอให้ส่งตัวจำเลยไปกักขังที่เรือนจำ ศาลชั้นต้นสั่งว่าไม่มีอำนาจสั่งตามที่จำเลยขอ วันที่ 28 มิถุนายน 2516 ร้อยตำรวจเอกบุญชอบ พุ่มวิจิตร ผู้บังคับกองสถานีตำรวจภูธร อำเภอเมืองสมุทรปราการ มีหนังสือถึงศาลชั้นต้น แจ้งว่าจำเลยประพฤติตนฝ่าฝืนระเบียบข้อบังคับและวินัยของสถานที่กักขัง จะหลบหนี ขอให้เปลี่ยนโทษกักขังจำเลยเป็นโทษจำคุก ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 27 วันเดียวกันนั้น ศาลชั้นต้นเบิกจำเลยมาสอบถาม จำเลยรับว่าประพฤติตนตามที่ร้อยตำรวจเอกบุญชอบ พุ่มวิจิตร แจ้งต่อศาล ศาลชั้นต้นพิเคราะห์เห็นว่า จำเลยประพฤติตนฝ่าฝืนต่อระเบียบและวินัยของสถานที่กักขัง จึงสั่งเปลี่ยนโทษกักขังจำเลยเป็นจำคุกไว้ 1 ปี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 27 โจทก์อุทธรณ์คัดค้านคำสั่งศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์เห็นว่า ศาลชั้นต้นไม่มีอำนาจเปลี่ยนเป็นโทษจำคุก พิพากษาให้ยกคำสั่งของศาลชั้นต้น บังคับคดีไปตามคำพิพากษาศาลชั้นต้น จำเลยฎีกา ปัญหาข้อกฎหมายที่จำเลยฎีกา ศาลฎีกาเห็นว่า ผู้ต้องโทษกักขังแทนค่าปรับตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 29 ในระหว่างรับโทษกักขังอยู่ทำผิดข้อกำหนดตามมาตรา 27 ศาลอาจเปลี่ยนโทษกักขังเป็นโทษจำคุกได้แต่พฤติการณ์แห่งคดีปรากฏว่าจำเลยถูกขังมาเพียง 7 วันเท่านั้น ศาลฎีกาเห็นยังไม่สมควรเปลี่ยนโทษกักขังจำเลยเป็นโทษจำคุก ดังที่ศาลชั้นต้นสั่ง พิพากษากลับ ให้ยกคำพิพากษาศาลอุทธรณ์และคำสั่งของศาลชั้นต้นเสีย

[61] รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ชุดที่ 21 ปีที่ 1 ครั้งที่ 3 สมัยสามัญนิติบัญญัติ (วันที่ 8 สิงหาคม 2544), ศูนย์ชวเลขและพิมพ์ดีด สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร

ให้จำคุกเพราะกระทำความผิดทางอาญา..."[62] หรือหากมีการกระทำความผิดอีกผู้ต้องโทษจำคุกอาจถูกเพิ่มโทษตามมาตรา 92 และมาตรา 93 ได้ หรือในบางกรณีผู้ต้องโทษจำคุกอาจไม่เข้าเงื่อนไขให้ได้รับการรอการลงโทษหรือรอการกำหนดโทษ หรือโทษกักขัง[63]

อาจกล่าวได้ว่าแนวคิดในการจำแนกผู้ต้องโทษกักขังกับผู้ต้องโทษจำคุกออกจากกัน นอกเหนือไปจากที่จะมีความสอดคล้องกับหลักทัณฑวิทยาในด้านการจำแนกผู้ต้องขังแล้ว ยังมีส่วนช่วยหลีกเลี่ยงผลกระทบของระบบเรือนจำต่อตัวผู้ต้องโทษในหลาย ๆ ด้าน ไม่ว่าจะเป็นด้านสภาพจิตใจของตัวผู้ต้องขังเองที่จะไม่ต้องเผชิญกับคุณภาพชีวิตในเรือนจำที่มีลักษณะอันเลวร้ายและไม่ถูกสุขอนามัย ทั้งยังเป็นการหลีกเลี่ยงตราบาปหรือรอยมลทิน (Stigma) จากการที่เข้าไปอยู่ในเรือนจำ ซึ่งจะเป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตและประกอบอาชีพภายหลังจากการถูกปล่อยตัวแล้ว และยังเป็นการป้องกันมิให้มีการถ่ายทอดเทคนิคในการประกอบอาชญากรรมตลอดจนนิสัยและทัศนคติต่อการกระทำผิดในระหว่างผู้กระทำความผิดเล็กน้อยที่เดิมอาจไม่มีสันดานเป็นผู้ร้ายกับผู้กระทำความผิดอื่น ๆ จนกลายเป็นอุปสรรคในการแก้ไขผู้กระทำผิดดังกล่าวได้ นอกจากนั้น ภายใต้เงื่อนไขบางประการกฎหมายยังเปิดโอกาสให้ผู้ต้องโทษกักขังที่รับโทษกักขังในที่อาศัยของผู้นั้นเองหรือของผู้อื่นที่ยินยอมรับผู้นั้นไว้มีสิทธิที่จะดำเนินการในวิชาชีพหรืออาชีพของตนในสถานที่ดังกล่าวได้ซึ่งการเปิดโอกาสในส่วนนี้จะมีส่วนช่วยลดผลกระทบทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นต่อผู้ต้องโทษกักขังเองและครอบครัว โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ผู้ต้องโทษกักขังเป็นผู้หาเลี้ยงครอบครัว

อย่างไรก็ตาม แม้โทษกักขังจะมีวัตถุประสงค์ที่ดีในการเกิดขึ้นและมีข้อดีหลายประการในทางทฤษฎีแต่จากการศึกษาของผู้วิจัยกลับพบว่าโทษกักขังไม่ได้เป็นโทษที่ถูกนำมาใช้กันมากนักในทางปฏิบัติ ซึ่งอุปสรรคในการใช้โทษกักขังมีสาเหตุอย่างไรผู้วิจัยจะได้วิเคราะห์ในลำดับถัดไป

5. วิเคราะห์อุปสรรคในการบังคับใช้โทษกักขัง

จากรายงานสถิติคดีแสดงจำนวนจำเลยที่ศาลชั้นต้นทั่วราชอาณาจักรตัดสินลงโทษ จำแนกตามกำหนดโทษ ระหว่างปี พ.ศ. 2562 - พ.ศ. 2566 ของสำนักงานศาลยุติธรรม[64] พบว่าโทษกักขัง

---

[62] มาตรา 36 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พุทธศักราช 2551 บัญญัติว่า ผู้ที่จะเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนต้องมีคุณสมบัติทั่วไป และไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้

ข. ลักษณะต้องห้าม

(7) เป็นผู้เคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเพราะกระทำความผิดทางอาญา เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

[63] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, "จำคุกผ่อนส่ง", **วารสารนิติศาสตร์**, 14, 4 (2527), หน้า 31.

[64] สำนักแผนงานและงบประมาณ, "หนังสือรายงานสถิติคดีของศาลยุติธรรมประจำปีพุทธศักราช (ฉบับภาษาไทย)" [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://oppb.coj.go.th/th/content/category/articles/id/8/cid/2085 [19 ตุลาคม 2567]

เป็นโทษที่ศาลใช้ในการปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดน้อยมากเมื่อเทียบกับโทษหรือมาตรการอื่น ๆ หากคิดเป็นสัดส่วนจะพบว่าในแต่ละปี ศาลเลือกใช้โทษกักขังเพียงไม่เกินร้อยละ 1 ของการกำหนดโทษทั้งหมดที่ศาลเลือกใช้

ปีปฏิทิน	ประเภทของการกำหนดโทษ							
	ประหารชีวิต	จำคุก	ปรับ	กักขัง	ริบทรัพย์	รอการลงโทษ/รอการกำหนดโทษ	อื่น ๆ	รวม
พ.ศ. 2566	140	99,867	180,522	2,008	237	274,896	26,316	583,986
พ.ศ. 2565	171	86,295	172,306	2,056	488	334,435	18,221	613,972
พ.ศ. 2564	100	82,943	166,924	1,299	242	194,219	61,825	507,552
พ.ศ. 2563	164	98,201	205,630	2,761	368	249,412	7,516	564,052
พ.ศ. 2562	163	103,121	230,731	2,244	307	265,840	33,875	636,281

หรือหากพิจารณาจากรายงานสถิติของกรมราชทัณฑ์ก็จะพบตัวเลขในสัดส่วนที่ใกล้เคียงกัน กล่าวคือ เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2567 พบว่ามีจำนวนผู้ต้องกักขังเป็นจำนวนทั้งสิ้น 3,357 คน[65] หรือคิดเป็นสัดส่วนเพียงร้อยละ 1.2 ของผู้ต้องราชทัณฑ์ทั้งสิ้น โดยแบ่งเป็นผู้ต้องขังชายจำนวน 2,885 คน และผู้ต้องขังหญิงจำนวน 472 คน[66]

จากสัดส่วนการใช้โทษกักขังที่น้อยมากนำมาสู่การตั้งคำถามว่าเพราะเหตุใดโทษกักขังถึงมิได้ถูกเลือกให้เป็นมาตรการที่นำใช้ในการปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดเมื่อเทียบกับโทษหรือมาตรการอื่น ๆ จากการศึกษาของผู้วิจัยพบว่าสาเหตุที่ทำให้โทษกักขังถูกนำมาใช้น้อยสามารถจำแนกได้ว่ามีสาเหตุจากข้อจำกัดในทางกฎหมาย และสาเหตุจากข้อจำกัดในทางปฏิบัติ ดังนี้

5.1 ข้อจำกัดในทางกฎหมาย

โทษกักขัง ถือเป็นโทษประเภทหนึ่งในประมวลกฎหมายอาญามีลักษณะใกล้เคียงกับการลงโทษจำคุกในแง่ที่เป็นการจำกัดเสรีภาพของผู้ต้องโทษเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม โทษกักขังมีลักษณะที่แตกต่างจากโทษจำคุกที่สำคัญ อย่างน้อย 2 ประการคือ ประการที่หนึ่ง โทษกักขังมิได้มีลักษณะเป็นโทษหลักเช่นเดียวกับโทษจำคุกแต่การใช้โทษกักขังจะถูกนำมาใช้ในลักษณะเป็นโทษแทนที่โทษจำคุก และประการที่สอง ในขณะที่ผู้ต้องโทษจำคุกจะต้องรับโทษในเรือนจำแต่กฎหมาย

---

[65] ในจำนวนนี้รวมผู้ต้องขังแทนค่าปรับไว้ด้วย

[66] กรมราชทัณฑ์, “รายงานสถิติผู้ต้องราชทัณฑ์ทั่วประเทศสำรวจ ณ วันที่ 1 ตุลาคม 2567” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : http://www.correct.go.th/rt103pdf/report_result.php?date=2024-10-01&report= [19 ตุลาคม 2567]

กำหนดให้ผู้ต้องโทษกักขังถูกกักตัวไว้ในสถานที่กักขังซึ่งกำหนดไว้อันมิใช่เรือนจำ สถานีตำรวจ หรือสถานที่ควบคุมผู้ต้องหาของพนักงานสอบสวน และในกรณีที่ถ้าศาลเห็นเป็นการสมควร จะสั่งในคำพิพากษาให้กักขังผู้กระทำความผิดไว้ในที่อาศัยของผู้นั้นเอง หรือของผู้อื่นที่ยินยอมรับผู้นั้นไว้ หรือสถานที่อื่นที่อาจกักขังได้ เพื่อให้เหมาะสมกับประเภทหรือสภาพของผู้ถูกกักขังก็ได้

หากพิจารณาลักษณะของโทษกักขังในเบื้องต้นแล้วจะเห็นได้ว่าโทษกักขังถือว่าเป็นโทษทางเลือกให้กับศาลในการหลีกเลี่ยงการใช้โทษจำคุกระยะสั้น โดยที่ผู้ต้องโทษกักขังคือผู้ต้องโทษจำคุกที่ถูกเปลี่ยนให้มารับโทษกักขังแทน ดังนั้น โดยรูปแบบลักษณะของโทษจำคุกที่เป็นโทษหลักย่อมมีสัดส่วนในการใช้ที่สูงกว่าโทษกักขังที่มีลักษณะเป็นโทษแทนที่เป็นธรรมดาปกติ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาปริมาณการใช้โทษกักขังเปรียบเทียบกับมาตรการที่เป็นทางเลือกให้กับศาลในการหลีกเลี่ยงการใช้โทษจำคุกระยะสั้นอย่างการรอการลงโทษและรอการกำหนดโทษ กลับพบว่าศาลเลือกที่จะใช้การรอการลงโทษและรอการกำหนดโทษในสัดส่วนที่สูงมากกว่าโทษกักขังอีกเช่นกัน หากพิจารณาจากรายงานสถิติคดีแสดงจำนวนจำเลยที่ศาลชั้นต้นทั่วราชอาณาจักรตัดสินลงโทษระหว่างปี พ.ศ. 2562 - พ.ศ. 2566 จะพบว่าศาลใช้การรอการลงโทษและรอการกำหนดโทษในแต่ละปีเฉลี่ยประมาณปีละร้อยละ 40 ของคำพิพากษาศาลชั้นต้นที่ตัดสินลงโทษทั้งหมด จากตัวเลขดังกล่าวสะท้อนให้เห็นว่าศาลสนับสนุนและให้ความสำคัญกับการรอการลงโทษและรอการกำหนดโทษซึ่งเป็นหนึ่งในวิธีการที่เป็นการหลีกเลี่ยงการใช้โทษจำคุกระยะสั้นในสัดส่วนที่สูงมาก แต่สิ่งที่เป็นคำถามต่อไปคือเพราะเหตุใดทั้ง ๆ ที่โทษกักขังและการรอการลงโทษหรือการรอการกำหนดโทษต่างก็เป็นวิธีการหลีกเลี่ยงการใช้โทษจำคุกระยะสั้นเช่นกันแต่มีสัดส่วนในการใช้ที่ต่างกันอย่างมาก

ในเบื้องต้นหากพิจารณาถึงสภาพของโทษกักขังและการรอการลงโทษหรือการรอการกำหนดโทษแล้วจะเห็นได้ว่าโทษกักขังที่มีลักษณะเป็นการจำกัดเสรีภาพจะมีความร้ายแรงกว่าการรอการลงโทษหรือการรอการกำหนดโทษ[67] ซึ่งจะอยู่ภายใต้สภาพบังคับที่เรียกว่าเงื่อนไขคุมความประพฤติเท่านั้นซึ่งอาจจะมีหรือไม่มีก็ได้ ดังนั้น เมื่อนำโทษจำคุก โทษกักขัง และการรอการ

[67] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2754/2517 ศาลชั้นต้นพิพากษาให้ลงโทษจำคุกและปรับจำเลย แต่โทษจำคุกให้เปลี่ยนเป็นโทษกักขังแทน การที่ศาลอุทธรณ์พิพากษาแก้คำพิพากษาศาลชั้นต้นเป็นไม่เปลี่ยนโทษจำคุกเป็นกักขังและให้รอการลงโทษจำเลยไว้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 นั้น ไม่เป็นการเพิ่มเติมโทษจำเลยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 212 เพราะการรอการลงโทษยังไม่ต้องรับโทษจึงเบากว่าโทษกักขัง (วินิจฉัยโดยมติที่ประชุมใหญ่ ครั้งที่ 13/2517)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1298/2539 ไม่ปรากฏว่าจำเลยที่ 2 ได้รับโทษจำคุกมาก่อนและความผิดที่กระทำไม่ร้ายแรง การรอการลงโทษจำคุกให้จำเลยที่ 2 จะเป็นผลดีกว่าโทษกักขังแทนโทษจำคุก แต่เพื่อให้จำเลยที่ 2 หลาบจำจึงให้ลงโทษปรับอีกสถานหนึ่งด้วย

ลงโทษหรือการรอการกำหนดโทษ มาเปรียบเทียบกันแล้ว โทษกักขังจะเปรียบเสมือนโทษตรงกลางที่อยู่ระหว่างโทษจำคุกกับการรอการลงโทษหรือการรอการกำหนดโทษ ซึ่งสภาพการณ์ดังกล่าวถือเป็นเรื่องที่ดีที่กฎหมายมีวิธีการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดในหลายระดับให้ศาลเลือกใช้ เนื่องจากโดยทั่วไปในการกำหนดโทษของศาลในแต่ละครั้งจะต้องคำนึงถึงทั้งหลักในเรื่องความได้สัดส่วนการลงโทษ (Principle of Proportionality) ซึ่งเป็นการคำนึงถึงเหตุภาววิสัย (Objective Cause) เช่น ขนาดความเสียหายของอาชญากรรมที่เกิดขึ้นต่อสังคม และหลักการใช้โทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละคน (Principle of Individualization of Punishment) ซึ่งเป็นการคำนึงถึงเหตุอัตวิสัย (Subjective Cause) เช่น ลักษณะส่วนตัวของผู้กระทำความผิดว่ามีลักษณะร้ายแรงมากน้อยเพียงใดประกอบกัน[68] ทำให้เมื่อศาลพิจารณาประกอบกันแล้วอาจพบว่าบางกรณีสมควรที่จะต้องใช้โทษจำคุก บางกรณีสมควรที่จะให้โอกาสโดยการใช้มาตรการรอการลงโทษหรือรอการกำหนดโทษ ในขณะที่บางกรณีการลงโทษจำคุกก็อาจดูรุนแรงเกินไป ในขณะที่การใช้มาตรการรอการลงโทษหรือรอการกำหนดโทษก็ดูจะเบาไปและทำให้เสียความมุ่งหมายของการลงโทษทางอาญาที่นอกเหนือจากต้องการลงโทษต่อตัวผู้กระทำความผิดแล้ว บทลงโทษจะต้องสามารถสร้างการป้องกันทั่วไป (General Prevention) คือป้องกันมิให้บุคคลอื่นกล้ากระทำความผิดอย่างเดียวกันด้วย โทษกักขังจึงเหมาะสมกับผู้กระทำความผิดประเภทนี้

การที่จะทำให้โทษหรือมาตรการแต่ละประเภทถูกนำไปใช้อย่างเหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละประเภท นอกเหนือไปจากดุลพินิจของผู้พิพากษาแล้วเงื่อนไขในการใช้โทษหรือมาตรการควรสะท้อนให้เห็นถึงลำดับความร้ายแรงของการใช้มาตรการแต่ละมาตรการผ่านตัวบทบัญญัติที่กำหนดเป็นเงื่อนไขในการใช้ให้มีความแตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติในเรื่องโทษกักขังและบทบัญญัติในเรื่องการรอการลงโทษและการรอการกำหนดโทษในปัจจุบันกลับพบว่าบทบัญญัติที่มีอยู่ไม่สามารถสะท้อนถึงความเหมาะสมและระดับความร้ายแรงที่แตกต่างกันได้

[68] ปกป้อง ศรีสนิท, **กฎหมายอาญาชั้นสูง**, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559), หน้า 173-175.

	ศาลจะลงโทษ	เงื่อนไข	เหตุปัจจัยอื่น ๆ	ผล
โทษกักขัง (มาตรา 23)	ในคดีนั้นศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน	1. ไม่เคยรับโทษจำคุกมาก่อน 2. เคยรับโทษจำคุกมาก่อนแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ	กฎหมายไม่ได้กำหนด (ให้เป็นดุลพินิจของศาล)	ศาลจะพิพากษาให้ลงโทษกักขังไม่เกินสามเดือนแทนโทษจำคุกนั้นก็ได้
การรอการลงโทษ/การรอการกำหนดโทษ (มาตรา 56)	ในคดีนั้นศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกินห้าปี	1. ไม่เคยรับโทษจำคุกมาก่อน 2. เคยรับโทษจำคุกมาก่อนแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ หรือเป็นโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน 3. เคยรับโทษจำคุกมาก่อนแต่พ้นโทษจำคุกมาแล้วเกินกว่าห้าปี แล้วมากระทำความผิดอีก โดยความผิดในครั้งหลังเป็นความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ	และเมื่อศาลได้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ และสิ่งแวดล้อมของผู้นั้น หรือสภาพความผิด หรือการรู้สึกความผิด และพยายามบรรเทาผลร้ายที่เกิดขึ้น หรือเหตุอื่นอันควรปรานีแล้ว	ศาลจะพิพากษาว่าผู้นั้นมีความผิดแต่รอการกำหนดโทษหรือกำหนดโทษแต่รอการลงโทษไว้ เพื่อให้โอกาสกลับตัวภายในระยะเวลาที่ศาลจะได้กำหนด แต่ต้องไม่เกินห้าปีนับแต่วันที่ศาลพิพากษา โดยจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติของผู้นั้นด้วยหรือไม่ก็ได้

ตารางที่ 2 ตารางเปรียบเทียบโทษกักขังและการรอการลงโทษ/การรอการกำหนดโทษ

จากตารางข้างต้นจะเห็นได้ว่าศาลสามารถเลือกใช้การรอการลงโทษหรือการรอการกำหนดโทษได้กว้างขวางกว่าในกรณีที่ศาลจะใช้โทษกักขัง กล่าวคือ การใช้โทษกักขังจะต้องเป็นกรณีที่ศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกิน 3 เดือนเท่านั้น ดังนั้น ถ้าในคดีนั้นศาลจะลงโทษจำคุกเกินกว่า 3 เดือนแล้ว โทษกักขังก็ไม่สามารถนำมาใช้ได้เลย ในขณะที่การรอการลงโทษหรือการรอการกำหนดโทษสามารถนำมาใช้ได้ครอบคลุมไปถึงในกรณีที่ศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี ดังนั้น จะเห็นได้ว่าความแตกต่างในส่วนนี้ทำให้โอกาสในการใช้การรอการลงโทษหรือการรอการกำหนดโทษจึงมีสูงกว่าโทษกักขังอย่างมาก

นอกจากนั้น หากพิจารณาเปรียบเทียบเงื่อนไขในส่วนประวัติการกระทำความผิดของบุคคลนั้นแม้ทั้งโทษกักขังและการรอการลงโทษหรือรอการกำหนดโทษจะมีส่วนที่กำหนดเหมือนกันคือ บุคคลนั้นจะต้องไม่เคยรับโทษจำคุกมาก่อน หรือหากเคยรับโทษจำคุกมาก่อนแต่จะต้องเป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ อย่างไรก็ตาม เงื่อนไขในส่วนของ

การใช้การรอการลงโทษหรือการรอการกำหนดโทษได้เปิดโอกาสให้สามารถนำมาใช้ได้กว้างขวางขึ้นอีก โดยได้กำหนดว่าการรอการลงโทษหรือการรอการกำหนดโทษสามารถนำมาใช้ได้หากบุคคลนั้นเคยรับโทษจำคุกมาก่อนแต่เป็นโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือเคยรับโทษจำคุกมาก่อนแต่พ้นโทษจำคุกมาแล้วเกินกว่าห้าปี แล้วมากระทำความผิดอีก โดยความผิดในครั้งหลังเป็นความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ จะเห็นได้ว่าการกำหนดเงื่อนไขในลักษณะดังกล่าวทำให้ผู้กระทำความผิดที่ศาลจะเลือกใช้การรอการลงโทษหรือการรอการกำหนดโทษอยู่ภายใต้ข้อจำกัดที่น้อยกว่าในกรณีที่ศาลจะเลือกใช้โทษกักขังที่จะต้องเป็นกรณีที่บุคคลนั้นจะต้องไม่เคยรับโทษจำคุกมาก่อน หรือหากเคยรับโทษจำคุกมาก่อนแต่จะต้องเป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษเท่านั้น จากเงื่อนไขในลักษณะดังกล่าวทำให้ในบางกรณีศาลจะเหลือเพียงแค่ 2 ทางเลือกคือไม่ลงโทษจำคุกไปเลยก็ต้องใช้วิธีการรอการลงโทษหรือรอการกำหนดโทษแต่จะไม่สามารถใช้มาตรการระดับกลางอย่างโทษกักขังได้เลย เช่น นาย ก. เคยได้รับโทษจำคุกฐานลักทรัพย์ 6 เดือน และพ้นโทษมาแล้ว ต่อมาได้มากระทำความผิดอีกไม่ว่าจะเป็นการกระทำความผิดโดยเจตนาหรือประมาทก็ตามแต่ในกรณีนั้นศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกิน 3 เดือน กรณีนี้แม้เป็นกรณีที่ศาลจะลงโทษจำคุกจำเลยไม่เกิน 3 เดือนก็ตามแต่ศาลไม่สามารถใช้โทษกักขังได้เนื่องจากประวัติการกระทำความผิดของนาย ก. ที่เคยกระทำความผิดที่เป็นการกระทำความผิดโดยเจตนาและเคยรับโทษจำคุกมาแล้ว อย่างไรก็ตาม ในกรณีตัวอย่างศาลสามารถเลือกใช้วิธีการรอการลงโทษหรือรอการกำหนดโทษได้ เพราะข้อจำกัดในการใช้มีน้อยกว่าโทษกักขัง ซึ่งทำให้จากสถานการณ์ข้างต้นศาลจะมีทางเลือกเพียง 2 ทางคือหากไม่ลงโทษจำคุกไปเลย ก็จะใช้วิธีการรอการลงโทษหรือรอการกำหนดโทษ

จากการศึกษาของผู้วิจัยพบว่าสาเหตุหนึ่งที่บทบัญญัติมีความลักลั่นเนื่องจากในขณะที่บทบัญญัติในเรื่องโทษกักขังในมาตรา 23 ของประมวลกฎหมายอาญาไม่เคยมีการแก้ไขเลยนับแต่มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา แต่บทบัญญัติในเรื่องการรอการลงโทษหรือการรอการกำหนดโทษมีการแก้ไขอยู่หลายครั้งและในแต่ละครั้งก็เป็นการแก้ไขเพื่อเปิดโอกาสให้มีการใช้ได้กว้างขวางมากขึ้น เช่น จากเดิมที่การรอการลงโทษหรือรอการกำหนดโทษจะถูกนำมาพิจารณาในกรณีที่ในคดีนั้นศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกินสองปี ได้ถูกแก้ไขเป็นไม่เกินสามปี[69] และ ไม่เกินห้าปี[70] ตามลำดับ หรือจากเดิมที่การรอการลงโทษหรือรอการกำหนดโทษจะถูกนำมาพิจารณาเฉพาะในกรณีที่ไม่ปรากฏว่าผู้นั้นได้รับโทษจำคุกมาก่อน หรือปรากฏว่าได้รับโทษจำคุกมาก่อน แต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ ได้ถูกแก้ไขโดยเพิ่มเติมกรณีที่ปรากฏว่า

[69] มาตรา 8 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 15) พุทธศักราช 2545

[70] มาตรา 7 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 25) พุทธศักราช 2559

ได้รับโทษจำคุกมาก่อนแต่เป็นโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือเคยรับโทษจำคุกมาก่อนแต่พ้นโทษจำคุกมาแล้วเกินกว่าห้าปี แล้วมากระทำความผิดอีก โดยความผิดในครั้งหลังเป็นความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ จะเห็นได้ว่าการแก้ไขบทบัญญัติแต่ละครั้งเป็นการลดเงื่อนไขในการเข้าสู่กระบวนการรอการลงโทษหรือรอการกำหนดโทษจึงส่งผลให้จำเลยหลายกลุ่มได้รับประโยชน์จากมาตรการนี้มากขึ้น

อาจกล่าวได้ว่าการที่บทบัญญัติในเรื่องการรอการลงโทษและรอการกำหนดโทษซึ่งเป็นหนึ่งในวิธีการหลีกเลี่ยงการใช้โทษจำคุกระยะสั้นเช่นเดียวกับโทษกักขังได้มีการแก้ไขอยู่หลายครั้งจนทำให้การนำมาใช้สามารถนำมาใช้ได้ในหลายกรณีมากกว่าบทบัญญัติในเรื่องโทษกักขังที่มีเงื่อนไขค่อนข้างแคบและหยุดนิ่งไม่เคยมีการแก้ไขนับตั้งแต่ประมวลกฎหมายอาญาเริ่มมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 เป็นต้นมา อย่างไรก็ตาม อุปสรรคของการใช้โทษกักขังมิได้มีเพียงข้อจำกัดในทางกฎหมายเท่านั้น แต่ยังมีข้อจำกัดในทางปฏิบัติอีกด้วย

5.2 ข้อจำกัดในทางปฏิบัติ

ในขณะที่ผู้ต้องโทษจำคุกจะต้องรับโทษในเรือนจำแต่กฎหมายกำหนดให้ผู้ต้องโทษกักขังถูกกักตัวไว้ในสถานที่กักขังซึ่งกำหนดไว้อันมิใช่เรือนจำ สถานีตำรวจ หรือสถานที่ควบคุมผู้ต้องหาของพนักงานสอบสวน และในกรณีที่ถ้าศาลเห็นเป็นการสมควร จะสั่งในคำพิพากษาให้กักขังผู้กระทำความผิดไว้ในที่อาศัยของผู้นั้นเอง หรือของผู้อื่นที่ยินยอมรับผู้นั้นไว้ หรือสถานที่อื่นที่อาจกักขังได้ เพื่อให้เหมาะสมกับประเภทหรือสภาพของผู้ถูกกักขังก็ได้ ดังนั้น หากจะจำแนกสถานที่กักขังของผู้ต้องโทษกักขังแล้วอาจจำแนกได้เป็น 2 ประเภท คือ สถานที่กักขังที่รัฐได้กำหนดขึ้นและสถานที่พักอาศัยของผู้นั้นเองหรือสถานที่อื่นที่ยอมรับผู้นั้นไว้

ในส่วนสถานที่กักขังของรัฐพบว่าแม้ผู้ร่างกฎหมายจะมีวัตถุประสงค์ที่ดีที่กำหนดให้สถานที่กักขังจะต้องมิใช่ “เรือนจำ” ก็ตาม แต่เมื่อประมวลกฎหมายอาญาเริ่มมีผลบังคับใช้ในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 กลับพบว่ายังไม่มีสถานที่กักขังอย่างเป็นทางการ รัฐจึงได้ประกาศให้สถานีตำรวจภูธรจังหวัดนั้นเป็นสถานที่กักขัง โดยมีผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้ควบคุมดูแลสถานกักขัง ศาลที่ตั้งอยู่ตามอำเภอใด ให้ใช้สถานีตำรวจภูธรอำเภอเป็นสถานที่กักขัง โดยให้นายอำเภอเป็นผู้ควบคุมสถานกักขัง สำหรับศาลในจังหวัดพระนครและจังหวัดธนบุรีให้ใช้สถานที่ควบคุมตำรวจกระทำผิดวินัยของกรมตำรวจเป็นสถานที่กักขังโดยให้ผู้บัญชาการตำรวจนครบาลเป็นผู้ควบคุมดูแลสถานกักขังและขึ้นตรงกับกระทรวงมหาดไทย[71] แม้ในภายหลังจะได้มีการจัดตั้งสถานที่กักขังของรัฐอีก

[71] กรมราชทัณฑ์, “การติดตามผลการดำเนินงานด้านการปฏิบัติต่อผู้ต้องกักขังกรมราชทัณฑ์” หน้า 30 [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://jkb.oja.go.th/home/view/500 [20 ตุลาคม 2567]

2 แห่ง คือ สถานกักขังกลางจังหวัดปทุมธานี[72] และสถานกักขังกลางจังหวัดตราด[73] แต่ผู้กักขังส่วนใหญ่ยังคงถูกกักขังอยู่ที่สถานีตำรวจและด้วยสภาพแวดล้อมของห้องขังที่สถานีตำรวจที่เต็มไปด้วยผู้ต้องหาจนทำให้ต้องอยู่อาศัยกันอย่างแน่นขนัด ทำให้เกิดผลประหลาดขึ้นตรงที่ผู้ที่ถูกกักขังขอย้ายไปอยู่ใน “เรือนจำ” มากกว่า เพราะ “เรือนจำ” มีความเป็นอยู่ที่สบายกว่าอยู่ในห้องขังที่สถานีตำรวจซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นเรื่องตรงกันข้ามกับวัตถุประสงค์ของการมีโทษกักขัง[74]

อย่างไรก็ตาม ภายหลังที่ได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาในปี พ.ศ. 2545 ได้มีการแก้ไขในประเด็นเรื่องสถานที่กักขังโดยกฎหมายกำหนดให้ไม่สามารถใช้สถานีตำรวจหรือสถานที่ควบคุมผู้ต้องหาเป็นสถานที่กักขังได้อีกต่อไป ด้วยเหตุผลดังกล่าวทำให้รัฐจึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการจัดตั้งสถานที่กักขังเพิ่มอีก 3 แห่ง ได้แก่ สถานกักขังกลางจังหวัดลำปาง[75] สถานกักขังกลางจังหวัดร้อยเอ็ด[76] และสถานกักขังกลางจังหวัดนครศรีธรรมราช[77]

---

[72] ในปี พ.ศ. 2502 กรมราชทัณฑ์ได้กำหนดให้มีสถานกักขังกลางขึ้นเป็นแห่งแรกที่ตำบลรังสิต อำเภอธัญบุรี จังหวัดปทุมธานี เรียกว่า สถานกักขังกลางธัญบุรี เพื่อควบคุมผู้ต้องโทษกักขังที่มีโทษกักขังตั้งแต่ 3 เดือนขึ้นไปโดยใช้พื้นที่เดิมของกรมประชาสงเคราะห์ ซึ่งใช้เป็นสถานที่ควบคุมคนขอทาน มีเนื้อที่รวมทั้งสิ้น 8 ไร่เศษ ต่อมาเมื่อวันที่ 20 เมษายน พ.ศ. 2504 กระทรวงมหาดไทยได้มีคำสั่งกระทรวงมหาดไทย ที่ 420/2504 กำหนดให้กรมราชทัณฑ์ ดำเนินการจัดตั้งสถานกักขังกลางขึ้น ณ ตำบลรังสิต อำเภอธัญบุรี จังหวัดปทุมธานี เพื่อให้เป็นศูนย์กลางควบคุมผู้ต้องโทษกักขัง โปรดดู สถานกักขังกลางจังหวัดปทุมธานี, “ข้อมูลพื้นฐาน” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : http://www.correct.go.th/idcpatu/2022/index.php/m-abounts/ms-basebasic [20 ตุลาคม 2567]

[73] สถานกักขังกลางจังหวัดตราด เดิมเป็นสถานที่ตั้งของเรือนจำจังหวัดตราด ก่อสร้างเมื่อปี พ.ศ. 2494 ต่อมามีสภาพชำรุดทรุดโทรม ไม่มั่นคงแข็งแรง เพราะได้ก่อสร้างมาเป็นเวลานาน ทั้งบริเวณคับแคบ ไม่อาจขยาย ไม่เพียงพอกับจำนวนผู้ต้องขัง จึงได้ก่อสร้างเรือนจำจังหวัดตราดขึ้นมาใหม่ ที่บ้านเนินตาแมว ตำบลวังกระแจะ อำเภอเมือง จังหวัดตราด ต่อมาได้ใช้สถานที่แห่งนี้ปรับปรุงให้เป็นสถานที่กักขังประจำภาคตะวันออก เรียกชื่อว่า “สถานที่กักขังกลางจังหวัดตราด” เปิดดำเนินการเมื่อวันที่ 15 มิถุนายน พ.ศ. 2536 และต่อมาได้เปลี่ยนชื่อเป็น “สถานกักขังกลางจังหวัดตราด” มีอำนาจการควบคุมผู้ต้องโทษกักขังตามประมวลกฎหมายอาญา โปรดดู สถานกักขังกลางจังหวัดตราด, “เกี่ยวกับเรา” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : http://www.correct.go.th/inctrad/ [20 ตุลาคม 2567]

[74] พิพัฒน์ จักรางกูร, “เปลี่ยนโทษกักขัง เป็นโทษจำคุก”, **วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย**, 2, 1 (2519), หน้า 53. และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 403/2517

[75] สถานกักขังกลางจังหวัดลำปาง เป็นสถานกักขังศูนย์กลางประจำภาคเหนือ เปิดดำเนินการเมื่อวันที่ 12 มกราคม พ.ศ. 2549 มีเนื้อที่ทั้งหมด 9 ไร่ 80 ตารางวา มีอำนาจควบคุมผู้ต้องกักขังชายและหญิง กำหนดโทษกักขังไม่เกิน 2 ปี โดยมีภารกิจในการปฏิบัติตามกระบวนการยุติธรรม ควบคุมดูแลกักขังผู้ต้องกักขังตามคำสั่งศาล ซึ่งเป็นการกักขังแทนค่าปรับ และกักขังแทนโทษจำคุก กรณีที่เป็นลหุโทษจำคุกไม่เกิน 3 เดือน ตลอดจนพัฒนาพฤตินิสัยของผู้ต้องกักขังให้กลับประพฤติตนเป็นคนดีภายหลังพ้นโทษ สามารถใช้ชีวิตร่วมกับครอบครัว สังคมอย่างปกติสุข ไม่หวนกลับมากระทำผิดซ้ำอีก โปรดดู สถานกักขังกลางจังหวัดลำปาง, “ประวัติความเป็นมา” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : http://www.correct.go.th/idclamp/link/correct_history.html [20 ตุลาคม 2567]

[76] เมื่อวันที่ 30 ธันวาคม พ.ศ. 2548 ได้มีคำสั่งกระทรวงยุติธรรม ที่ 638/2548 กำหนดให้กรมราชทัณฑ์ดำเนินการจัดตั้งสถานกักขังศูนย์กลางประจำภาคขึ้นที่ตำบลดงลาน อำเภอเมืองร้อยเอ็ด จังหวัดร้อยเอ็ด เรียกชื่อว่า “สถานกักขังกลางจังหวัดร้อยเอ็ด” เนื้อที่ 9 ไร่ 80 ตารางวา เพื่อให้เป็นสถานที่กักขังรองรับผู้ต้องขังตามประมวลกฎหมายอาญา

[77] เมื่อวันที่ 30 ธันวาคม พ.ศ. 2548 ได้มีคำสั่งกระทรวงยุติธรรม ที่ 636/2548 กำหนดให้กรมราชทัณฑ์ดำเนินการจัดตั้งสถานกักขังศูนย์กลางประจำภาคขึ้นที่ตำบลนาพรุ อำเภอพระพรหม จังหวัดนครศรีธรรมราช เรียกชื่อว่า “สถานกักขังกลางจังหวัดนครศรีธรรมราช” เนื้อที่ 9 ไร่ 80 ตารางวา เพื่อให้เป็นสถานที่กักขังรองรับผู้ต้องขังตามประมวลกฎหมายอาญา

ในปัจจุบันกรมราชทัณฑ์ได้จำแนกสถานกักขังออกเป็น 3 ประเภทซึ่งใช้เป็นสถานที่กักขังทั้งผู้ต้องโทษกักขังที่เปลี่ยนมาจากโทษจำคุกและผู้ต้องกักขังแทนค่าปรับ ได้แก่ สถานที่กักขังกลางประจำภาค[78] มีทั้งสิ้น 5 แห่ง ได้แก่ สถานกักขังกลางจังหวัดปทุมธานี สถานกักขังกลางจังหวัดตราด สถานกักขังกลางจังหวัดลำปาง สถานกักขังกลางจังหวัดร้อยเอ็ด และสถานกักขังกลางจังหวัดนครศรีธรรมราช ตามที่ได้กล่าวไปข้างต้น นอกจากนั้น ยังมีสถานกักขังศูนย์ย่อยประจำภาค[79] และเรือนจำหรือทัณฑสถานประจำจังหวัดที่ได้รับการประกาศให้เป็นสถานกักขัง[80] อาจกล่าวได้ว่าสถานที่กักขังของรัฐแม้จะมีชื่อเรียกว่า “สถานกักขัง” มิใช่ “เรือนจำ” แต่ในทางปฏิบัติแล้วจะเห็นได้ว่าสถานที่กักขังมิได้มีสภาพที่แตกต่างจากเรือนจำเท่าไร ในบางจังหวัดก็อาศัยพื้นที่บางส่วนของเรือนจำกำหนดให้เป็นสถานที่กักขัง ดังนี้แล้วมุมมองของสังคมที่มีต่อผู้ต้องโทษกักขังจึงแยกไม่ออกจากผู้ที่เคยเข้าไปในสถานที่กักขังกับผู้ที่เคยเข้าไปในเรือนจำ[81]

ส่วนสถานที่กักขังที่ใช้พักอาศัยของผู้นั้นเองหรือสถานที่อื่นที่ยอมรับผู้นั้นไว้ นายหยุด แสงอุทัย หนึ่งในคณะกรรมาธิการร่างประมวลกฎหมายอาญา ได้ให้ความเห็นถึงบทบัญญัตินี้ว่า *“การกักขังไว้ที่บ้านนั้น เป็นวิธีอบรมสั่งสอนให้รู้สึกผิดชอบ วรรคแรกของมาตรา 24 เรากักขังไว้ในสถานที่ปิด เพื่อให้รู้ว่ามีโทษหนีออกไปจากสถานที่นั้นหรือไม่ หลักการลงโทษนั้น ถ้าลงโทษจำคุกก็ไปไว้ในเรือนจำ ส่วนโทษกักขังผู้ต้องโทษกักขังเข้าไปอยู่ในสถานที่กักขัง ซึ่งตามวรรค 2 ของมาตรา 24 อาจจะเป็นสถานที่ของผู้นั้นหรือสถานที่อื่น การที่ผู้ต้องโทษกักขังอยู่ในสถานที่ของตนเอง ถ้าจะหนีเมื่อใดก็หนีได้ เป็นการทดลองกำลังใจของผู้นั้น คือให้ผู้นั้นควบคุมกำลังใจของตนเอง”*[82] อย่างไรก็ตาม จากการสืบค้นของผู้วิจัยพบว่ารูปแบบดังกล่าวมิได้มีการนำมาใช้แต่อย่างใด ผู้วิจัยเห็นว่าสาเหตุหนึ่งที่มิได้มีการนำรูปแบบดังกล่าวมาใช้เนื่องจากศาลไม่มีความเชื่อมั่นในรูปแบบดังกล่าว ยิ่งไปกว่านั้นในกรณีที่ศาลเห็นว่าบุคคลดังกล่าวไม่สมควรที่จะต้องถูกกักขังในสถานที่ของรัฐศาลก็สามารถเลือกใช้วิธีการรอการลงโทษหรือรอการกำหนดโทษ โดยกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการห้ามเข้าออกสถานที่หรือจำกัดการเดินทางได้แทน[83] จากเหตุผลดังกล่าวทำให้บทบัญญัติดังกล่าว

---

[78] มีอำนาจควบคุมผู้ต้องกักขังตั้งแต่ 8 เดือนถึง 2 ปี

[79] มีอำนาจควบคุมผู้ต้องกักขังตั้งแต่ 3 เดือนถึงไม่เกินกว่า 8 เดือน

[80] มีอำนาจควบคุมผู้ต้องกักขังไม่เกิน 3 เดือน

[81] BBC NEWS ไทย, ““กักขัง” กับ “จำคุก” ต่างกันอย่างไร หลังศาลสั่ง กักขัง “เพนกวิน” 15 วัน” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://www.bbc.com/thai/thailand-56484210 [20 ตุลาคม 2567]; กรุงเทพธุรกิจ, “โทษ “กักขัง” ...เป็นไฉน?” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://www.bangkokbiznews.com/politics/698812 [20 ตุลาคม 2567]

[82] โชค จารุจินดา, “รายงานการประชุมร่างประมวลกฎหมายอาญาและบันทึกประกอบ มาตรา 23-30”, **ดุลพาห**, หน้า 535.

[83] มาตรา 56 วรรคแรก (6) ประมวลกฎหมายอาญา

เป็นเพียงแค่ร่องรอยที่สะท้อนถึงวัตถุประสงค์ที่ดีและก้าวหน้าของผู้ร่างประมวลกฎหมายอาญาในขณะนั้นเท่านั้นแต่ไม่เคยถูกนำมาใช้จริงในทางปฏิบัติ

6. ผลการวิจัย

จากที่ผู้วิจัยได้นำเสนอถึงพัฒนาการกระบวนการร่างบทบัญญัติในเรื่องโทษกักขังในประมวลกฎหมายอาญาของไทยเช่นเดียวกับวิเคราะห์ข้อจำกัดทั้งในทางกฎหมายและในทางปฏิบัติที่เป็นเหตุให้มีการนำโทษกักขังมาใช้ในสัดส่วนที่น้อยมากเมื่อเทียบกับโทษหรือมาตรการอื่น ๆ ผู้วิจัยค้นพบว่าบทบัญญัติในเรื่องโทษกักขังได้ถือกำเนิดขึ้นจากการที่รัฐต้องการหามาตรการเลี่ยงการลงโทษจำคุกระยะสั้นซึ่งจะส่งผลเสียต่อตัวผู้กระทำผิดมากกว่าผลดีในแง่ของการลงโทษ อย่างไรก็ตาม ไม่ใช่ว่ามาตรการเลี่ยงการลงโทษจำคุกระยะสั้นจะเป็นของใหม่แต่ประการใด ก่อนหน้าที่ประมวลกฎหมายอาญาจะมีโทษกักขัง ระบบกฎหมายอาญาไทยก็รู้จักมาตรการอย่าง การยกโทษจำคุกเสีย หรือการรอลงอาญาอยู่แล้วในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เพียงแต่รัฐเห็นว่ามาตรการที่มีอยู่แต่เดิมไม่เพียงพอจึงได้บัญญัติ “โทษกักขัง” ขึ้นอีกสถานหนึ่งเพื่อผ่อนคลายและเป็นทางเลือกให้กับศาลในการหลีกเลี่ยงโทษจำคุกได้เช่นกัน จากการศึกษาพบว่าที่รัฐบอกว่ามาตรการที่มีอยู่แต่เดิมไม่เพียงพอนั้น เนื่องจากในอดีตหากพิจารณาถึงมาตรการที่ศาลสามารถใช้ได้กับผู้กระทำความผิดจะพบว่าถ้าไม่ใช่มาตรการหนักก็จะเป็นมาตรการเบาไปเลย กล่าวคือ ศาลจะต้องเลือกระหว่างลงโทษจำคุกหรือใช้วิธีการรอการลงโทษ ในขณะที่ในความเป็นจริงแล้วมาตรการที่เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดในบางกรณีอาจไม่ใช่ทั้งมาตรการที่หนักหรือเบา แต่อาจเป็นมาตรการที่อยู่ตรงกลาง ด้วยแนวคิดดังกล่าวทำให้โทษกักขังจึงถือกำเนิดขึ้นเพื่อนำมาใช้กับกรณีที่การรอการลงโทษหรือการรอการกำหนดโทษดูจะเป็นมาตรการที่เบาไป ในขณะที่การให้ผู้กระทำผิดจะต้องเข้าไปในเรือนจำเลยก็อาจจะเป็นมาตรการที่แรงไปและไม่เหมาะสม

ตามที่ได้กล่าวไปข้างต้นหากพิจารณาจากเฉพาะด้านแนวคิดจะพบว่าโทษกักขังถูกจัดวางให้อยู่ในตำแหน่งตรงกลางระหว่างโทษจำคุกกับการรอการลงโทษและรอการกำหนดโทษ อย่างไรก็ตาม แนวคิดดังกล่าวเมื่อถูกถ่ายทอดออกมาเป็นบทบัญญัติกลับพบว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่สามารถสะท้อนความสามารถในการเป็นโทษระดับกลางตามแนวคิดแรกเริ่มได้เลย กล่าวคือ หากพิจารณาจากบทบัญญัติเรื่องโทษกักขังในประมวลกฎหมายอาญาจะพบว่ามีการกำหนดเงื่อนไขที่สูงทำให้การนำโทษกักขังมาใช้เป็นไปได้เพียงไม่กี่กรณี ในขณะที่การใช้การรอการลงโทษหรือการรอการกำหนดโทษกลับมีเงื่อนไขที่น้อยทำให้เกิดผลประหลาดว่าผู้กระทำความผิดที่มีการกระทำผิดที่รุนแรงศาลอาจเลือกใช้มาตรการในเรื่องการรอการลงโทษหรือรอการกำหนดโทษได้แต่ไม่สามารถ

ใช้โทษกักขังได้ ซึ่งหากศาลไม่เลือกรอการลงโทษหรือรอการกำหนดโทษศาลก็ต้องเลือกลงโทษจำคุกไปเลย สภาพการณ์ดังกล่าวทำให้โทษกักขังไม่สามารถทำหน้าที่โทษระดับกลางตรงนี้ได้ นอกจากนั้น ทั้ง ๆ ที่โทษกักขังเป็นโทษที่เบากว่าโทษจำคุกแต่กลับพบว่าสถานที่กักขังและเรือนจำมิได้มีความแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ ในบางพื้นที่ก็ใช้พื้นที่ในเรือนจำเองกำหนดให้เป็นสถานที่กักขัง ยิ่งในสายตาของคนทั่วไปแล้วยิ่งเห็นว่าโทษทั้งสองประการมิได้มีความแตกต่างกัน เมื่อสภาพในทางปฏิบัติเป็นแบบนี้จะเห็นได้ว่าโทษกักขังไม่สามารถแยกออกมาเป็นตัวเลือกในระดับกลางให้กับศาลได้ ดังนั้น หากรัฐต้องการให้โทษกักขังสามารถเป็นโทษระดับกลางตามเจตนารมณ์ที่แท้จริงได้จำเป็นที่จะต้องมีการแก้ไขกฎหมายทั้งในส่วนกำหนดโทษที่ศาลจะลงโทษ ประวัติการกระทำความผิด และสถานที่คุมขังต่อไป

ในส่วนกำหนดโทษที่ศาลจะลงโทษ ที่ในปัจจุบันกฎหมายกำหนดให้ศาลสามารถเปลี่ยนโทษจำคุกเป็นโทษกักขังได้ในกรณีที่ศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกิน 3 เดือน ผู้วิจัยเห็นว่ากำหนดโทษดังกล่าวเป็นกำหนดโทษที่ต่ำเกินไปโดยเฉพาะเมื่อเปรียบเทียบกับการใช้มาตรการรอการลงโทษหรือรอการกำหนดโทษที่เป็นมาตรการที่เบากว่าแต่กฎหมายกลับกำหนดให้สามารถนำมาใช้กับกรณีที่ศาลจะลงโทษจำคุกจำเลยไม่เกิน 5 ปี ทั้งนี้ ในส่วนของข้อเสนอผู้วิจัยเห็นว่าตราบใดที่ยังไม่มีการแก้ไขกฎหมายในเรื่องเงื่อนไขในการใช้มาตรการรอการลงโทษหรือรอการกำหนด เงื่อนไขในการใช้โทษกักขังก็ควรจะกำหนดให้อยู่ในระดับเดียวกันคือใช้กับกรณีที่ศาลจะลงโทษจำคุกจำเลยไม่เกิน 5 ปี เพื่อเป็นทางเลือกให้กับศาลมากขึ้น เพราะท้ายที่สุดแล้วการเลือกใช้มาตรการใดยังอยู่ในดุลพินิจของศาล อย่างไรก็ตาม หากในอนาคตมีการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับเงื่อนไขในการใช้มาตรการรอการลงโทษหรือรอการกำหนดโทษ การปรับเปลี่ยนเงื่อนไขว่าโทษกักขังควรนำมาใช้ในกรณีที่ศาลจะลงโทษจำคุกเท่าใดอาจจะต้องพิจารณานโยบายทางอาญาของรัฐในช่วงเวลานั้นว่ามีความพร้อมในระดับใดประกอบกับการประเมินผลสัมฤทธิ์ของการใช้โทษกักขังที่ผ่านมาควบคู่ไปด้วย แต่อย่างน้อยที่สุดเงื่อนไขในการนำมาใช้จะต้องไม่แตกต่างอย่างมากจากมาตรการรอการลงโทษหรือรอการกำหนดโทษเพราะมิเช่นนั้นโทษกักขังที่ถูกออกแบบมาเพื่อให้เป็นโทษระดับกลางจะไม่เหลือพื้นที่ให้ใช้

ในส่วนเรื่องประวัติการกระทำความผิดที่ในปัจจุบันกฎหมายกำหนดให้ศาลสามารถเปลี่ยนโทษจำคุกเป็นโทษกักขังได้เฉพาะในกรณีผู้กระทำความผิดจะต้องไม่เคยรับโทษจำคุกมาก่อนหรือเคยรับโทษจำคุกมาก่อนแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษเท่านั้น ซึ่งเป็นเงื่อนไขที่อยู่บนพื้นฐานแนวคิดที่ว่าโทษกักขังจะถูกนำมาใช้เฉพาะกับคนที่ไม่เคยมีประวัติเข้าไปอยู่ในเรือนจำเว้นแต่เคยเข้าไปอยู่ในเรือนจำแต่เป็นผลที่เกิดจากการกระทำความผิด

เล็กน้อยหรือกระทำความผิดโดยประมาทเท่านั้นเพราะคนเหล่านี้ยังมิได้มีลักษณะการกระทำความผิดที่มีความเป็นผู้ร้ายแต่อย่างใด ดังนั้น หากผู้กระทำความผิดเป็นคนที่เคยรับโทษจำคุกจากการกระทำความผิดโดยเจตนาและไม่ใช่ความผิดลหุโทษมาแล้วก็ถือได้ว่าเป็นผู้เคยมีประวัติมาแล้ว ดังนั้น จึงไม่มีเหตุที่จะให้ใช้โทษกักขังต่อไป ซึ่งหากศึกษาพัฒนาการของบทบัญญัติในเรื่องมาตรการรอการลงโทษหรือรอการกำหนดโทษแล้วก็จะพบว่าในตอนแรกเริ่มที่มีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาก็กำหนดเงื่อนไขเรื่องประวัติการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิดไว้ในลักษณะเดียวกันกับโทษกักขัง คือ การใช้มาตรการเหล่านี้จะถูกออกแบบมาเฉพาะกับกลุ่มผู้กระทำความผิดที่ไม่เคยมีประวัติเข้าไปอยู่ในเรือนจำเว้นแต่เคยเข้าไปอยู่ในเรือนจำแต่เป็นผลที่เกิดจากการกระทำความผิดเล็กน้อยหรือกระทำความผิดโดยประมาทเท่านั้น อย่างไรก็ตาม การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาในเรื่องการรอการลงโทษหรือรอการกำหนดโทษในภายหลังได้เปิดโอกาสให้ผู้กระทำความผิดที่แม้เคยต้องโทษจำคุกก็อาจได้รับการรอการลงโทษหรือรอการกำหนดโทษได้ ทำให้สังเกตได้ว่าแนวคิดเรื่องการใช้มาตรการรอการลงโทษหรือรอการกำหนดโทษได้เปลี่ยนไปให้น้ำหนักกับเรื่อง “การหลีกเลี่ยงโทษจำคุก” มากกว่าเรื่อง “การไม่ต้องการให้ผู้กระทำความผิดมีประวัติติดตัว” เพราะแม้จะเคยมีประวัติติดตัวว่ารับโทษจำคุกมาก่อนภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดก็ยังสามารถใช้มาตรการรอการลงโทษหรือรอการกำหนดโทษได้ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกันแล้วผู้วิจัยเห็นว่าเงื่อนไขประวัติการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิดที่สามารถใช้โทษกักขังได้ควรปรับเปลี่ยนให้มีลักษณะเช่นเดียวกับการรอการลงโทษหรือรอการกำหนดโทษ คือ แม้จะเคยมีประวัติติดตัวว่ารับโทษจำคุกมาก่อนภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดก็ยังสามารถใช้โทษกักขังได้ เพื่อให้การใช้มาตรการต่าง ๆ เป็นระบบที่สอดคล้องกัน อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่าการเปลี่ยนแปลงในรูปแบบนี้จะทำให้เรื่องโทษกักขังไม่ได้อยู่บนฐานแนวคิดเดิมที่ให้ความสำคัญสูงสุดในเรื่องไม่ต้องการให้ผู้กระทำความผิดมีประวัติติดตัว เป็นคนขี้คุกขี้ตะรางอีกต่อไป แต่จะเปลี่ยนเป็นแนวคิดที่ให้ความสำคัญสูงสุดในเรื่องการหลีกเลี่ยงการใช้โทษจำคุกที่ไม่จำเป็นแทนซึ่งก็เป็นเรื่องที่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามนโยบายทางอาญาของรัฐที่เปลี่ยนแปลงไป

ในส่วนเรื่องสถานที่กักขังผู้วิจัยเห็นว่าการใช้สถานที่กักขังของรัฐ หากไม่นับถึงเรื่องสภาพแวดล้อมที่สถานที่กักขังในปัจจุบันอาจไม่ได้มีความแตกต่างจากเรือนจำที่ต้องปรับปรุงแล้ว สถานที่กักขังของรัฐอาจไม่มีความเหมาะสมและจำเป็นกับสภาพสังคมในปัจจุบันอีกต่อไป เนื่องจากในปัจจุบันสถานที่กักขังของรัฐนั้นถูกใช้เป็นสถานที่กักขังทั้งผู้ต้องโทษกักขังและผู้ต้องขังแทนค่าปรับ แต่แนวโน้มการแก้ไขกฎหมายที่ผ่านมาและในอนาคตอาจส่งผลให้สัดส่วนจำนวนผู้ต้องขังแทนค่าปรับมีจำนวนลดลงหรืออาจไม่มีในที่สุด เช่น การที่รัฐได้ออกพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับ

เป็นพินัย พ.ศ. 2565 ซึ่งในกฎหมายดังกล่าวไม่นำเรื่องกักขังแทนค่าปรับมาใช้ หรือ เมื่อวันที่ 5 กรกฎาคม พ.ศ. 2566 คณะรัฐมนตรีก็ได้มีมติว่าการกักขังแทนค่าปรับตามประมวลกฎหมายอาญาเป็นมาตรการลงโทษที่ไม่สอดคล้องกับหลักนิติธรรมและหลักสิทธิมนุษยชน จึงลงมติมอบให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีการับไปพิจารณาดำเนินการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องต่อไป[84] ซึ่งจะเห็นได้ว่าหากจำนวนผู้ต้องขังแทนค่าปรับมีจำนวนลดลงหรือไม่มีเลยสถานที่กักขังของรัฐจะถูกนำมาใช้เพียงเพื่อรองรับผู้ต้องโทษกักขังที่มีปริมาณน้อยเท่านั้น ประเด็นดังกล่าวส่งผลให้รัฐมีต้นทุนในกระบวนการยุติธรรมที่สูงขึ้น

ในส่วนของข้อเสนอที่ผู้วิจัยเห็นว่าสามารถนำมาปรับปรุงและพัฒนาเกี่ยวกับเรื่องสถานที่กักขังได้คือ การใช้ที่พักอาศัยของผู้นั้นเองหรือสถานที่อื่นที่ยอมรับผู้นั้นไว้เป็นสถานที่กักขัง รูปแบบดังกล่าวนอกเหนือไปจากจะเป็นหนึ่งในมาตรการที่ได้รับการสนับสนุนในข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำแห่งสหประชาชาติว่าด้วยมาตรการไม่ควบคุมตัว หรือข้อกำหนดโตเกียว[85] ยังพบว่าวิธีการดังกล่าวมีส่วนช่วยรัฐในการประหยัดงบประมาณในการบริหารจัดการสถานที่กักขังของรัฐ เช่นเดียวกับช่วยลดผลกระทบของระบบสถานที่คุมขังต่อตัวผู้ต้องโทษด้วย ในความเป็นจริงรูปแบบดังกล่าวเป็นรูปแบบที่มีอยู่แล้วในบทบัญญัติเรื่องโทษกักขังในประมวลกฎหมายอาญาของไทย เพียงแต่ในทางปฏิบัติไม่ได้มีการนำมาใช้เนื่องจากศาลอาจจะไม่มีความมั่นใจในมาตรการดังกล่าว ดังนั้น เพื่อเป็นการสร้างความมั่นใจให้กับศาลในการเลือกใช้มาตรการดังกล่าว ผู้วิจัยเห็นว่าควรนำเรื่องการใช้กำไลอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Monitoring หรือ EM) ควบคู่ไปกับการใช้โทษกักขังในที่พักอาศัยของผู้นั้นเองหรือสถานที่อื่นที่ยอมรับผู้นั้นไว้ ทั้งนี้ ในการนำมาใช้ศาลสามารถกำหนดระดับความเข้มข้นของการใช้ได้ในแต่กรณี ดังนี้ ศาลอาจเลือกใช้รูปแบบที่เข้มงวดที่สุด คือ ศาลจะสั่งให้ผู้ต้องขังต้องอยู่ภายในที่พักอาศัยตลอดเวลา เว้นแต่เป็นการออกไปเพื่อรักษาพยาบาล หรือการไปบำบัดรักษาตามที่ศาลสั่งเท่านั้น (Home Incarceration) หรือศาลอาจเลือกใช้รูปแบบระดับกลาง คือ ศาลจะสั่งให้ผู้ต้องขังต้องอยู่อาศัยภายในที่พัก เว้นแต่เป็นการออกไปเพื่อทำงานประกอบอาชีพ ไปศึกษาเล่าเรียน หรือ ไปเข้ารับการรักษาพยาบาล (Home Detention) หรือศาลอาจเลือกใช้รูปแบบระดับเบาที่สุด คือ ศาลจะสั่งให้ผู้ต้องขังจะต้องอยู่อาศัยภายในที่พักเฉพาะเวลาที่ศาลกำหนดเท่านั้น (Curfew)[86]

---

[84] กรมประชาสัมพันธ์, “โฆษกรัฐบาลเผย ครม. มีมติพิจารณาทบทวนมาตรการกักขังแทนค่าปรับ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักนิติธรรมและหลักสิทธิมนุษยชน มอบกฤษฎีกาฯ แก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้อง โดยถือเป็นเรื่องด่วน” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://www.prd.go.th/th/content/category/detail/id/39/iid/196324 [20 ตุลาคม 2567]

[85] 8.2 Sentencing authorities may dispose of cases in the following ways:
(k) House arrest;

[86] Jean Pradel, **Droit pénal comparé**, 3e éd (DALLOZ, 2008), p.508-509.

จากการค้นคว้าของผู้วิจัยพบว่าในต่างประเทศก็ได้มีการใช้ที่พักอาศัยของผู้นั้นเองหรือสถานที่อื่นที่ยอมรับผู้นั้นไว้เป็นสถานที่กักขังแทนที่โทษจำคุกเช่นกัน เช่น ในประเทศฝรั่งเศส สำหรับการกระทำความผิดระดับกลาง (Délit)[87] ที่มีโทษจำคุก ภายใต้ความยินยอมของผู้ต้องโทษศาลสามารถเปลี่ยนโทษจำคุกดังกล่าวเป็นโทษกักขังในที่พักอาศัยภายใต้การสอดส่องดูแลด้วยอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ได้ (La Détention à Domicile sous Surveillance Électronique หรือ DDSE)[88] โดยกฎหมายกำหนดให้มีการใช้มาตรการดังกล่าวได้ตั้งแต่ 15 วันถึง 6 เดือน แล้วแต่กรณี แต่ต้องไม่เกินไปกว่าอัตราโทษจำคุกที่กฎหมายบัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้น โดยที่ผู้ต้องโทษจะต้องสวมกำไลอิเล็กทรอนิกส์และต้องอยู่ภายในที่พักอาศัยหรือสถานที่อื่นที่ศาลกำหนดภายในช่วงเวลาที่ศาลกำหนด ในกรณีที่ผู้ต้องโทษไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ศาลกำหนดไว้หรือมีการกระทำความผิดขึ้นใหม่ในระหว่างระยะเวลาที่ศาลกำหนด ให้ศาลสามารถกำหนดเงื่อนไขให้เข้มงวดขึ้น หรือให้มีคำสั่งให้นำโทษจำคุกมาใช้ได้เลยทันทีตามระยะเวลาที่โทษจำคุกยังคงเหลืออยู่ หรืออย่างในประเทศนิวซีแลนด์[89] ภายใต้ความยินยอมของผู้ต้องโทษในกรณีที่ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษจำคุกมีกำหนดไม่เกิน 2 ปี ศาลสามารถเปลี่ยนโทษจำคุกเป็นการใช้สถานที่พักอาศัย (Home Detention) เป็นสถานที่รับโทษแทนเรือนจำได้เช่นเดียวกัน โดยกฎหมายกำหนดให้มีการใช้มาตรการดังกล่าวได้ตั้งแต่ 14 วันถึง 12 เดือนแล้วแต่กรณี ทั้งนี้ผู้ต้องโทษจะต้องสวมใส่กำไลอิเล็กทรอนิกส์และต้องอยู่ภายในที่พักอาศัยหรือสถานที่อื่นที่ศาลกำหนดภายในช่วงเวลาที่ศาลกำหนด ในกรณีที่ผู้ต้องโทษไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ศาลกำหนดผู้ต้องโทษอาจได้รับการเตือน หรือ กำหนดเงื่อนไขให้ต้องปฏิบัติตามอย่างเข้มงวดขึ้น หรือศาลอาจยกเลิกการใช้โทษกักขังในที่พักอาศัยและเปลี่ยนเป็นโทษอื่นแทนได้

จากการศึกษาพัฒนาการของกระบวนการร่างกฎหมายในเรื่องโทษกักขังและอุปสรรคในการบังคับใช้มาทั้งหมดผู้วิจัยเห็นว่าสิ่งหนึ่งที่สะท้อนได้ชัดคือบทบัญญัติในเรื่องโทษกักขังมักจะมาไม่พร้อมกับความสามารถในทางปฏิบัติในแต่ละช่วงเวลาซึ่งทำให้แม้จะมีแนวคิดที่ดีและก้าวหน้าเพียงใดแต่หากความพร้อมในทางปฏิบัติไม่มีแล้วมาตรการดังกล่าวก็เป็นเพียงสิ่งที่ปรากฏในเชิงสัญลักษณ์ว่ามีการพัฒนาในด้านตัวบทบัญญัติเท่านั้น ดังนั้น หากจะมีการแก้ไขบทบัญญัติในเรื่องโทษกักขังต่อไปในอนาคตจำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงความเป็นไปได้และความสามารถในทางปฏิบัติอย่างมีนัยสำคัญร่วมด้วย

---

[87] ความผิดระดับกลางคือความผิดที่มีระวางโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี

[88] Article 723-8 du Code de procédure pénale

[89] Subpart 2A—Home detention of Sentencing Act 2002

การคุ้มครองปมปริศนาในนวนิยายภายใต้กฎหมายความลับทางการค้า*

Protection of ‘Clue of the Novel’ Under Trade Secret Law

พงศ์เกียรติ กุลรัตนสินสุข

Pongkiat Kulratanasinsuk

นักศึกษาในหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์ปรีดีพนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

110/1-4 ถนนประชาชื่น แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพฯ 10210

LL.D Candidate

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Punddit University

110/1-4 Prachachuen Road, Thung Song Hong Sub-District, Lak Si Districts, Bangkok 10210

Corresponding author E-mail: 627191010001@dpu.ac.th

(Received: March 21, 2024; Revised: April 22, 2024; Accepted: June 12, 2024)

บทคัดย่อ

ปมปริศนา คือ สิ่งหรือถ้อยคำที่ผูกขึ้นเป็นเงื่อนงำเพื่อให้แก้ให้ทายที่มีส่วนประกอบ 3 ส่วน ได้แก่ เบาะแสของปมปริศนา เหตุผลของคำตอบของปมปริศนา และคำตอบของปมปริศนา ซึ่งปมปริศนาในนวนิยายเป็นข้อมูลที่มีความซับซ้อนที่ยากต่อการคาดเดาคำตอบ และเหตุผลของคำตอบ โดยปมปริศนาในนวนิยายจะได้รับความคุ้มครองในฐานะความลับทางการค้าได้ ปมปริศนาในนวนิยายนั้นต้องยังไม่เฉลยคำตอบ และเหตุผลของคำตอบ ซึ่งเป็นการรักษาไว้เป็นความลับ ปมปริศนาในนวนิยายต้องสามารถสร้างความสนใจจากความอยากรู้อยากเห็นของผู้อ่านได้ ซึ่งเป็นการมีมูลค่าเมื่อรักษาไว้เป็นความลับ และปมปริศนาในนวนิยายต้องมีมาตรการรักษาความลับ โดยความซับซ้อนที่ยากต่อการคาดเดาคำตอบของปมปริศนาที่ถูกต้องเป็นมาตรการรักษาความลับ

---

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งและเรียบเรียงจากดุษฎีนิพนธ์เรื่อง “การคุ้มครองปมปริศนาในนวนิยายภายใต้กฎหมายความลับทางการค้า (Trade Secret Law Protection in Clue of the Novel)” หลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปรีดีพนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต โดยมีอาจารย์ ดร.อังค์วรา ไชยอนงค์ เป็นอาจารย์ที่ปรึกษาหลัก และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนชื่อสกุล เป็นอาจารย์ที่ปรึกษาร่วม

ตามธรรมชาติ การละเมิดปมปริศนาในนวนิยายตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 6 คือ การเปิดเผยคำตอบของปมปริศนาในนวนิยายก่อนที่ผู้ทรงสิทธิจะเฉลยคำตอบของปมปริศนาในนวนิยาย อย่างไรก็ตาม การละเมิดปมปริศนาในนวนิยายไม่รวมถึงการคาดเดาคำตอบของปมปริศนาในนวนิยาย โดยไม่ได้เข้าถึงคำตอบของปมปริศนาในนวนิยายของผู้ทรงสิทธิ ซึ่งเป็นการใช้เสรีภาพในการแสดงออกที่ก่อให้เกิดการค้นพบอิสระตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 7

คำสำคัญ : ปมปริศนาในนวนิยาย, ความลับทางการค้า, การค้นพบอิสระ

Abstract

A clue is an object or piece used to find a solution. It has three elements: a hint, the condition of the answer, and the answer itself. The clue in a novel consists of complicated data used to deduce the answer and the condition of that answer. For a novel's clue to be protected as a trade secret, it must not reveal the condition of the answer in order to maintain its secrecy. This secrecy piques the reader's interest by keeping elements undisclosed and is supported by a secrecy policy that makes it difficult to deduce the answer. Under the Trade Secret Act B.E. 2545, Article 6, infringement occurs when the clue's answer is revealed before the right holder has resolved it. However, guessing the answer to the novel's clue without undermining the right holder's intended solution does not constitute infringement, preserving freedom of expression and allowing for independent discovery as stipulated in Article 7 of the Trade Secret Act B.E. 2545.

Keywords : Novel's Clue, Trade Secret, Independent Discovery

1. บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในปัจจุบัน เงื่อนไขการสูญเสียการเป็นความลับทางการค้าตามธรรมชาติของปมปริศนาในนวนิยายแตกต่างจากบัญญัติของพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 โดยปมปริศนาในนวนิยายเป็นความลับตามธรรมชาติเช่นเดียวกับเทคนิคการแสดงมายากลตามกฎการรักษาความลับของ Howard Thurston นักมายากลชื่อดังช่วงต้นศตวรรษที่ 20[1] ซึ่ง Jared R. Sherlock นักวิชาการด้านกฎหมายได้อธิบายว่า “วิธีการแสดงมายากลเป็นความลับตามธรรมชาติตามกฎของ Thurston และมีมูลค่าทางการค้า เนื่องจากสามารถสร้างความอยากรู้อยากเห็นต่อผู้ชม”[2] ทั้งนี้ การทำงานของปมปริศนาในนวนิยายมีอยู่ 3 ขั้นตอน ได้แก่ ขั้นตอนแรก เนื้อเรื่องของนวนิยายเปิดเผยเบาะแสของปมปริศนาในนวนิยายเพื่อให้ผู้อ่านรู้ถึงการมีอยู่ของปมปริศนาในนวนิยาย เช่น ในการ์ตูนเรื่องยอดนักสืบจิ๋วโคนัน ตอนที่ 609 มีการกล่าวถึงข้อความก่อนตายที่อยู่ในรูปแบบของผนังที่ทาสีแดง โดยไม่ได้บอกความหมายของผนังที่ทาสีแดง ขั้นตอนที่สอง เนื้อเรื่องของนวนิยายนำเสนอเหตุผลของคำตอบของปมปริศนาเพื่อเป็นสัญญาณบอกว่า นวนิยายกำลังเฉลยปมปริศนาแล้ว เช่น ในการ์ตูนเรื่องยอดนักสืบจิ๋วโคนัน ตอนที่ 612 มีการกล่าวถึงความหมายของผนังสีแดง ซึ่งต้องตีความร่วมกับเก้าอี้สีขาวที่หันหน้าเข้าหาผนังสีแดง และเก้าอี้สีดำที่หันหน้าเข้าหาผนังสีขาวในที่เกิดเหตุ ซึ่งเป็นเหตุผลของคำตอบที่เป็นชื่อของคนร้ายในคดีฆาตกรรม และขั้นตอนที่สาม เฉลยคำตอบของปมปริศนาในนวนิยายเพื่อจบเรื่องราวของนวนิยาย เช่น ในการ์ตูนเรื่องยอดนักสืบจิ๋วโคนัน ตอนที่ 612 มีการกล่าวถึงชื่อคนร้ายที่ก่อคดีฆาตกรรมหลังจากที่อธิบายหลักฐานมัดตัว ซึ่งเป็นเหตุผลของคำตอบแล้ว[3] จึงกล่าวได้ว่า การสูญเสียการเป็นความลับของปมปริศนาในนวนิยาย

---

[1] กฎการรักษาความลับของ Thurston มีอยู่ 3 ข้อ ได้แก่ ข้อแรก มายากลเป็นความลับตามธรรมชาติที่มนุษย์ไม่สามารถทำความเข้าใจได้จากการสังเกตเพียงอย่างเดียว การเปิดเผยเงื่อนไข และขั้นตอนการแสดงมายากลจะทำให้มายากลสูญเสียการเป็นความลับดังคำที่ว่า ไม่มีความลับ ไม่มีมายากล (No Secret, No Magic.) ข้อสอง ห้ามแสดงมายากลแบบเดียวกันเป็นครั้งที่ 2 เนื่องจากการแสดงมายากลเป็นครั้งที่ 2 จะทำให้ผู้ชมเริ่มจับผิด และมีความเสี่ยงที่ผู้ชมจะเปิดเผยวิธีการแสดงมายากล และสูญเสียการเป็นความลับ และข้อสาม ห้ามเปิดเผยสิ่งที่จะเกิดขึ้นในการแสดงมายากลเพื่อให้ผู้ชมได้สัมผัสถึงความตื่นเต้นจากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในการแสดงมายากล ด้วยเหตุนี้ ปมปริศนาในนวนิยายที่สามารถสร้างความอยากรู้อยากเห็นต่อผู้อ่าน และมีความซับซ้อนยากต่อการทำความเข้าใจตราบเท่าที่ปมปริศนาในนวนิยายยังไม่เฉลยคำตอบจึงเป็นความลับตามธรรมชาติตามกฎการรักษาความลับของ Thurston

[2] Jared R. Sherlock, “The Effects of Exposure on the Ecology of the Magic Industry: Preserving Magic in the Absence of Law”, in **Cybaris An Intellectual Property Law Review**, 6, 1 (2015), p.29-31.

[3] ในปัจจุบันยังไม่มีผลงานทางวิชาการที่กล่าวถึงขั้นตอนการเฉลยปมปริศนาในนวนิยาย ผู้วิจัยจึงศึกษาขั้นตอนการเฉลยปมปริศนาในนวนิยายจากการอ่านนวนิยาย และการ์ตูน ซึ่งตัวอย่างประกอบเนื้อหาดังกล่าวมาจากนวนิยาย และการ์ตูนที่ผู้วิจัยได้ศึกษาโดยตรง

ต้องเฉลยทั้งคำตอบ และเหตุผลของคำตอบที่ส่งผลให้ผู้อ่านต้องเข้าใจคำตอบของปมปริศนาในนวนิยาย[4] ขณะที่การสูญเสียการเป็นความลับตามกฎหมายความลับทางการค้า คือ การเปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับให้คนทั่วไปรู้ถึงการมีอยู่ของข้อมูลที่เป็นความลับ โดยไม่มีการกำหนดเงื่อนไขการเข้าใจของคนทั่วไป[5] ซึ่งการสูญเสียการเป็นความลับตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 6 คือ การเปิดเผยข้อมูลที่มีการรักษาไว้เป็นความลับในแหล่งข้อมูลที่คนทั่วไปเข้าถึงได้[6] โดยไม่มีการกำหนดปริมาณ หรือคุณภาพข้อมูลที่เปิดเผยซึ่งทำให้ข้อมูลสูญเสียการเป็นความลับ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2461/2559 ซึ่งโจทก์ได้ยื่นฟ้องว่าจำเลยนำข้อมูลที่เป็นความลับของโจทก์ไปเปิดเผยต่อบุคคลอื่นที่มีชื่อระบุในคำฟ้อง ทำให้ข้อมูลที่เป็นความลับสูญเสียการเป็นความลับ อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาได้อธิบายว่า การเปิดเผยข้อมูลที่เป็นการละเมิดความลับทางการค้าอันส่งผลให้ความลับทางการค้าสูญเสียการเป็นความลับนั้นต้องเป็นการเปิดเผยโดยการโฆษณาหรือเผยแพร่ในแหล่งข้อมูลที่ทำให้บุคคลทั่วไปเข้าถึงได้ โดยไม่คำนึงถึงปริมาณ หรือคุณภาพข้อมูลที่มีการเปิดเผย[7] จึงกล่าวได้ว่า เงื่อนไขการสูญเสียการเป็นความลับตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 6 มีเงื่อนไขที่ไม่สอดคล้องกับการสูญเสียการเป็นความลับของปมปริศนาในนวนิยาย เนื่องจากปมปริศนาในนวนิยายเป็นความลับตามธรรมชาติที่มีความซับซ้อน และยากต่อการทำความเข้าใจในตัวเอง ซึ่งต้องมีการศึกษาเกี่ยวกับความลับตามธรรมชาติเพื่อกำหนดความหมายของ “ความลับตามธรรมชาติ” ในพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 เพื่อให้ปมปริศนาในนวนิยายได้รับความคุ้มครองในฐานะความลับตามธรรมชาติ ซึ่งเป็นความลับรูปแบบหนึ่ง

1.2 วัตถุประสงค์ของงานวิจัย

เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ถึงเงื่อนไขการสูญเสียการเป็นความลับที่เหมาะสมกับปมปริศนาในนวนิยายภายใต้กฎหมายความลับทางการค้า

---

[4] จากการศึกษาวิธีการเฉลยคำตอบของปมปริศนาจากการ์ตูน และนวนิยายหลายเรื่อง ผู้วิจัยพบว่า การเฉลยคำตอบของปมปริศนาในนวนิยายทุกเรื่องจะต้องเฉลยทั้งคำตอบ และเหตุผลของคำตอบเสมอ อย่างไรก็ตาม มีนวนิยายบางเรื่องที่อาจจะใช้คำตอบเป็นหนึ่งในเบาะแสของปมปริศนา และเฉลยคำตอบ โดยการนำเสนอเหตุผลของคำตอบประกอบคำตอบที่เป็นเบาะแสก็ได้ เช่น ยอดนักสืบจิ๋วโคนันตอนที่ 32 ยอดนักสืบจิ๋วโคนันตอนที่ 247 และตอนที่ 248 ดังนั้น ปมปริศนาในนวนิยายจึงสิ้นสุดจากการเป็นความลับเมื่อมีการเฉลยทั้งคำตอบ และเหตุผลของคำตอบ

[5] Jared R. Sherlock, “The Effects of Exposure on the Ecology of the Magic Industry: Preserving Magic in the Absence of Law”, in **Cybaris An Intellectual Property Law Review**, p.48-49.

[6] มาตรา 6 พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พุทธศักราช 2545

[7] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2461/2559

1.3 ขอบเขตที่ครอบคลุมในการวิจัย

บทความนี้มุ่งศึกษาประเด็นปัญหาเกี่ยวกับเงื่อนไขการสูญเสียการเป็นความลับที่เหมาะสมกับปมปริศนาในนวนิยายภายใต้กฎหมายความลับทางการค้า โดยมีขอบเขตการศึกษา ได้แก่ กฎหมายความลับทางการค้าของประเทศไทยและต่างประเทศ ได้แก่ พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ของประเทศไทย ประมวลกฎหมายแห่งสหรัฐอเมริกา ลักษณะ 18 บทที่ 90 ความคุ้มครองความลับทางการค้า (United State Code Title 18 Chapter 90 : Protection of Trade Secrets) ของประเทศสหรัฐอเมริกา ข้อบังคับความคุ้มครองความลับทางการค้า ค.ศ. 2018 (Trade Secrets (Enforcement, etc.) Regulations 2018) ของประเทศอังกฤษ พระราชบัญญัติต่อต้านการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ค.ศ. 1993 (Unfair Competition Prevention Act 1993) ซึ่งเป็นกฎหมายความลับทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น พระราชบัญญัติความลับทางการค้า ค.ศ. 2018 (Dutch Trade Secret Act 2018) ซึ่งเป็นกฎหมายความลับทางการค้าของประเทศเนเธอร์แลนด์ และความตกลงระหว่างประเทศจากข้อตกลงทริปส์ (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights : TRIPs Agreement) ซึ่งเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา กฎหมายของสหภาพยุโรปที่ 2016/943 ว่าด้วยความคุ้มครองความลับทางการค้า (EU Trade Secret Directive 2016/943) ซึ่งเป็นมาตรฐานขั้นต่ำของการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าจากสหภาพยุโรป กรอบความตกลงว่าด้วยความร่วมมือด้านทรัพย์สินทางปัญญาของอาเซียน (ASEAN Framework Agreement on Intellectual Property Cooperation) ซึ่งเป็นกรอบความตกลงด้านความลับทางการค้าของประเทศสมาชิกอาเซียน กฎหมายแข่งขันทางการค้าที่เกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบกิจการ และเสรีภาพในการเขียนนวนิยาย รวมถึงกฎหมายเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์จากปมปริศนาในนวนิยายในฐานะหลักประกันทางธุรกิจ

1.4 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

ทำให้ทราบถึงเงื่อนไขการสูญเสียการเป็นความลับที่เหมาะสมกับปมปริศนาในนวนิยายภายใต้กฎหมายความลับทางการค้า

1.5 วิธีดำเนินวิจัย

การวิจัยนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) ซึ่งใช้วิธีการวิจัยเอกสารทางกฎหมาย (Doctrinal Legal Research) โดยรวบรวมข้อมูลจากกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศ กฎหมายประเทศไทย ตำราและหนังสือกฎหมาย คำพิพากษาของศาล บทความใน

วารสาร รายงานการประชุมเอกสารทางวิชาการ ฐานข้อมูลออนไลน์ในประเทศไทยและต่างประเทศ ตลอดจนวิทยานิพนธ์ที่เกี่ยวข้อง โดยผู้วิจัยได้ตั้งคำถามการวิจัยไว้ว่า ปมปริศนาในนวนิยายมีปัญหาการให้ความคุ้มครองภายใต้กฎหมายความลับทางการค้าอย่างไร

2. การคุ้มครองปมปริศนาในนวนิยายตามกฎหมายความลับทางการค้า

2.1 นิยามของปมปริศนาในนวนิยาย

ปมปริศนา (Clue) หมายถึง สิ่งหรือถ้อยคำที่ผูกขึ้นเป็นเงื่อนงำเพื่อให้แก้ให้ทาย[8] ซึ่งมีส่วนประกอบ 3 ส่วน ได้แก่ ส่วนแรก เบาะแสของปมปริศนา คือ วัตถุ ข้อมูล คำพูด หรือปรากฏการณ์ที่มีลักษณะผิดปกติอันก่อให้เกิดข้อสงสัย[9] เช่น ในการ์ตูนเรื่องยอดนักสืบจิ๋วโคนัน ตอนที่ 556 มีการกล่าวถึงสมาชิกองค์กรชุดดำที่มี Code Name ว่า Bourbon ซึ่งมีบุคลิกเป็นคนช่างสังเกต มีความสามารถในการเก็บข้อมูล มีสายตาเฉียบคม และเป็นคนที่ฉลาด ส่วนที่สอง เหตุผลของคำตอบของปมปริศนา คือ เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในนวนิยายซึ่งนำมาสู่คำตอบของปมปริศนา[10] เช่น ในการ์ตูนเรื่องยอดนักสืบจิ๋วโคนัน ตอนที่ 1 ถ้า Kudou Shinichi ไม่วิ่งตามชายชุดดำ Kudou Shinichi ก็จะไม่ถูกจับกรอกยาพิษที่ทำให้กลายเป็นเด็ก แต่ Kudou Shinichi เลือกวิ่งตามชายชุดดำ ทำให้ Kudou Shinichi ถูกจับกรอกยาพิษที่ทำให้กลายเป็นเด็ก และต้องใช้ชีวิตในฐานะ Edogawa Conan และส่วนสุดท้าย คำตอบของปมปริศนา คือ คำ หรือวลีที่สามารถคลี่คลายข้อสงสัยจากเบาะแสของปมปริศนา[11] เช่น ในการ์ตูนเรื่องยอดนักสืบจิ๋วโคนัน ตอนที่ 756 ได้ระบุว่า ตัวตนที่แท้จริงของสมาชิกองค์กรชุดดำที่มี Code Name ว่า Bourbon คือ Amuro Tooru

โดยทั่วไปปมปริศนาในนวนิยายสามารถแบ่งออกได้ 4 รูปแบบ ได้แก่ รูปแบบแรก ปมปริศนาจากตัวละคร คือ ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับตัวตนของตัวละครนอกจากรูปลักษณ์ภายนอก เช่น ในการ์ตูน

---

[8] ราชบัณฑิตยสถาน, “พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://dictionary.orst.go.th/ [18 มีนาคม 2567]

[9] Oxford English Dictionary, “Oxford Advanced Learner’s Dictionary English 1994,” [online] Available from : https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/hint_1?q=hint [18 March 2024]

[10] Jelena Deutscher. **Parallel Worlds in British Fantasy Film**. Master’s thesis, Literature Culture and Media, Lunds Universitet, 2010 ; p.23-24.

[11] Oxford English Dictionary, “Oxford Advanced Learner’s Dictionary English 1994,” [online] Available from : https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/answer_1?q=answer [18 March 2024]

เรื่องยอดนักสืบจิ๋วโคนัน ตัวตนที่แท้จริงของตัวละคร “ท่านผู้นั้น” ยังไม่มีการระบุตัวตนอย่างชัดเจน รูปแบบที่สอง ปมปริศนาจากสถานที่ คือ ข้อมูลเกี่ยวกับสภาพสังคม วิถีชีวิต และวัฒนธรรมบุคคลที่อาศัยอยู่ในสถานที่แห่งนั้น รวมถึงประวัติศาสตร์ของสถานที่ เช่น ในนวนิยายชุดเรื่อง Harry Potter ประวัติความเป็นมาของโรงเรียนเวทมนตร์ Hogwarts ที่ก่อตั้งมาแล้ว 1,000 ปี มีการกล่าวถึงเพียงบางส่วน รูปแบบที่สาม ปมปริศนาจากบทสนทนา คือ การพูดคุยกันของตัวละครโดยคำพูดนั้นมีความหมายพิเศษมากกว่าคำพูดในบทสนทนา เช่น ในนวนิยายเรื่อง The Lord of The Ring ตัวละคร Gimli พูดว่า “กองทัพของคนแคระจะมาร่วมรบในสงครามที่ Minas Tirith หรือไม่” โดยตัวละคร Legolas ตอบว่า “พวกเขาจะไม่มาร่วมรบกับพวกเราหรอก เพราะพวกเขามีสงครามของตัวเองให้สู้” และรูปแบบสุดท้าย ปมปริศนาจากรายละเอียดประกอบเนื้อเรื่อง คือ ส่วนประกอบประกอบเนื้อเรื่องที่บ่งบอกความหมายบางอย่างของเนื้อเรื่องต่อผู้อ่าน เช่น ในการ์ตูนเรื่อง Detective Conan ตอนที่ 609 ถึงตอนที่ 612 มีสถานที่เกิดเหตุฆาตกรรมที่ประกอบไปด้วยเก้าอี้สีขาวที่หันหน้าเข้าหากำแพงสีแดง เก้าอี้สีดำที่หันหน้าเข้ากำแพงสีขาว ซึ่งเป็น Dying Message ระบุตัวคนร้ายที่ฆ่าผู้ตาย

2.2 วัตถุแห่งสิทธิของปมปริศนาในนวนิยาย

จากการที่ผู้วิจัยเคยศึกษาเรื่อง “การลอกเลียนงานวรรณกรรมประเภทนวนิยาย” ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2559 ผู้วิจัยพบว่า นวนิยาย หมายถึง บันเทิงคดีรูปแบบร้อยแก้วขนาดยาวที่มีองค์ประกอบได้แก่ ตัวละคร (Character) โครงเรื่อง (Plot) ฉาก (Setting) บทสนทนา (Dialogue) และแก่นเรื่อง (Theme) ซึ่งเป็นการแสดงออกซึ่งความคิด (Expression of Idea) ที่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 6 ซึ่งให้ความคุ้มครองนวนิยายทั้งเรื่อง ไม่ใช่เพียงส่วนใดส่วนหนึ่งของนวนิยาย[12] เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6656/2549 ซึ่งเป็นคดีพิพาทระหว่างนิเวศน์ กันไทยราษฎร์ ผู้เขียนนวนิยายเรื่องหางเครื่อง และสินี เต็มสงสัย ผู้เขียนนวนิยายเรื่องไฟพระจันทร์ ซึ่งได้รับอิทธิพลการเขียนเนื้อเรื่องมาจากสังคมของนักร้องกลางคืน[13] รวมถึงคดีพิพาทระหว่าง Dan Brown ผู้เขียนนวนิยายเรื่อง The Da Vinci Code กับ Michael Baigent และ Richard Leigh ผู้เขียนหนังสือประวัติศาสตร์เรื่อง The Holy Blood and The Holy Grail ซึ่งข้อเท็จจริงระบุว่า ผลงานของ Dan Brown เป็นนวนิยายที่แต่งจากการดัดแปลงข้อมูลประวัติศาสตร์ ในขณะที่ผลงานของ Michael Baigent และ Richard Leigh เป็นการรวบรวมข้อเท็จจริง ไม่ใช่

---

[12] พงศ์เกียรติ กุลรัตนสินสุข. **การลอกเลียนงานวรรณกรรมประเภทนวนิยาย**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต นิติศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, 2559 ; หน้า 18.

[13] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6656/2549

การเขียนนวนิยาย จึงเป็นการใช้ประโยชน์จากข้อมูลที่เป็นข้อเท็จจริงทางประวัติศาสตร์ที่กฎหมายลิขสิทธิ์ไม่คุ้มครอง[14] จึงกล่าวได้ว่า ปมปริศนาในนวนิยายเป็นเพียงส่วนใดส่วนหนึ่งของนวนิยายที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์

อย่างไรก็ตาม ปมปริศนาในนวนิยายที่ยังไม่เฉลยเป็นปัจจัยสำคัญในการสร้างความอยากรู้อยากเห็นต่อผู้อ่านได้ ซึ่ง Anne Bartsch ศาสตราจารย์ด้านนิเทศศาสตร์ จาก University of Leipzig ได้สำรวจความสนใจของผู้อ่านนวนิยายที่นำเสนอในรูปแบบภาพยนตร์จากกลุ่มตัวอย่างจำนวน 525 คน พบว่า ผู้บริโภคให้ความสนใจภาพยนตร์ เนื่องจากความตื่นเต้นที่เกิดขึ้นจากความอยากรู้อยากเห็นในคำตอบของปมปริศนาคิดเป็น 81% หรือ 425 คน[15] จึงกล่าวได้ว่า ปมปริศนาในนวนิยายที่ยังไม่เฉลยคำตอบ และเหตุผลของคำตอบเป็นปัจจัยสำคัญที่ก่อให้เกิดความอยากรู้อยากเห็นต่อผู้อ่าน ทำให้นักเขียนนวนิยายสามารถสร้างรายได้จากนวนิยายที่ก่อให้เกิดความอยากรู้อยากเห็นในปมปริศนาต่อผู้อ่าน

ด้วยเหตุนี้ ปมปริศนาในนวนิยายจึงเป็นความลับทางการค้ารูปแบบหนึ่ง เนื่องจากปมปริศนาในนวนิยายเป็นข้อมูลที่เป็นความลับตามธรรมชาติตามกฎของ Thurston และสามารถสร้างรายได้ให้นักเขียน โดยใช้ความอยากรู้อยากเห็นเพื่อดึงดูดให้ผู้อ่านจำนวนมากให้เลือกอ่านนวนิยายที่มีปมปริศนาที่ยังไม่เฉลยคำตอบ และเหตุผลของคำตอบ โดยวัตถุแห่งสิทธิในปมปริศนาในนวนิยายซึ่งเป็นความลับทางการค้ามีองค์ประกอบ 3 ประการ ได้แก่ ประการแรก ปมปริศนาในนวนิยายนั้นเป็นข้อมูลที่มีการรักษาไว้เป็นความลับ ซึ่งบุคคลทั่วไปยังไม่รับรู้ถึงคำตอบของปมปริศนา ประการที่สอง ปมปริศนาในนวนิยายมีมูลค่าทางการค้าตราบเท่าที่ยังเป็นความลับ และประการที่สาม ผู้ทรงสิทธิของปมปริศนาในนวนิยายได้ใช้มาตรการรักษาความลับที่เหมาะสม โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.2.1 มีการรักษาไว้เป็นความลับ

ข้อตกลงทริปส์ ข้อที่ 39 วรรค 2 (a) ระบุว่า ข้อมูลที่เป็นความลับ คือ ข้อมูลที่คนทั่วไปไม่รู้ และไม่สามารถเข้าถึงได้[16] จึงกล่าวได้ว่า การรักษาไว้เป็นความลับตามข้อตกลงทริปส์

---

[14] Michael Baigent v. Richard Leigh, Neutral Citation Number: [2006] EWHC 719 (Ch) Case No : HC04C03092.

[15] Anne Bartsch, “Emotional Gratification in Entertainment Experience. Why Viewers of Movies and Television Series Find it Rewarding to Experience Emotions”, in **Media Psychology**, 15, 3 (2012), p.285-286.

[16] Article 39 Paragraph 2 (a) of TRIPs Agreement

ข้อที่ 39 วรรค 2 (a) คือ การรักษาข้อมูลไว้ไม่ให้คนทั่วไปรู้ และไม่ให้คนทั่วไปเข้าถึงได้ ส่วนกฎหมายของสหภาพยุโรปที่ 2016/943 ว่าด้วยความคุ้มครองความลับทางการค้า ข้อที่ 2 (1) (a) ระบุว่า ความลับทางการค้า คือ ข้อมูลที่คนทั่วไปไม่รู้ และไม่สามารถเข้าถึงได้ จึงกล่าวได้ว่า การรักษาไว้เป็นความลับ คือ การรักษาข้อมูลไว้ไม่ให้คนทั่วไปรู้ และไม่ให้คนทั่วไปเข้าถึงได้[17] ด้วยเหตุนี้ การรักษาไว้เป็นความลับจึงเกิดจากการทำให้คนทั่วไปไม่สามารถเข้าถึงความลับทางการค้าได้ ซึ่งการสูญเสียการเป็นความลับเกิดจากความเข้าใจของบุคคลทั่วไปที่มีต่อข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้า อย่างไรก็ตาม กรอบความตกลงว่าด้วยความร่วมมือด้านทรัพย์สินทางปัญญาแห่งสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับการรักษาไว้เป็นความลับเป็นการเฉพาะ แต่กรอบความตกลงว่าด้วยความร่วมมือด้านทรัพย์สินทางปัญญาแห่งสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ข้อ 2 กำหนดให้ประเทศที่เข้าร่วมกรอบความตกลงนี้ต้องเป็นประเทศที่เข้าร่วมข้อตกลงทริปส์ ส่งผลให้การตีความเกี่ยวกับการรักษาไว้เป็นความลับต้องตีความตามข้อตกลงทริปส์

บทบัญญัติกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแห่งสหรัฐอเมริกา ลักษณะ 18 บทที่ 90 ความคุ้มครองความลับทางการค้า (United State Code Title 18 Chapter 90 : Protection of Trade Secrets) มาตรา 1839 (3) (A) ของประเทศสหรัฐอเมริการะบุว่า การรักษาไว้เป็นความลับ หมายถึง การทำให้ข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้าไม่รู้โดยคนทั่วไป และทำให้คนทั่วไปไม่สามารถเข้าถึงได้[18] ข้อบังคับความคุ้มครองความลับทางการค้า ค.ศ. 2018 (Trade Secrets (Enforcement, etc.) Regulations 2018) มาตรา 2 (1) (a) ของประเทศอังกฤษระบุว่า การรักษาไว้เป็นความลับ หมายถึง การทำให้ข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้าซึ่งคนทั่วไปไม่รู้ และทำให้คนทั่วไปไม่สามารถเข้าถึงได้[19] พระราชบัญญัติความลับทางการค้า ค.ศ. 2018 (Dutch Trade Secret Act 2018) มาตรา 1 วรรค a ของประเทศเนเธอร์แลนด์ระบุว่า การรักษาไว้เป็นความลับ หมายถึง การทำให้ข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้าซึ่งคนทั่วไปไม่รู้และทำให้คนทั่วไปไม่สามารถเข้าถึงได้[20] พระราชบัญญัติต่อต้านการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ค.ศ. 1993 (Unfair Competition Prevention Act 1993) มาตรา 2 (6) ของประเทศญี่ปุ่นระบุว่า การรักษาไว้เป็นความลับ หมายถึง การรักษาให้เป็นความลับ เพื่อไม่ให้คนทั่วไปรู้[21] และพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 3 ของประเทศไทยกำหนดให้ความลับทางการค้า

---

[17] Article 2 (1) (a) of EU Trade Secret Directive 2016/943

[18] Section 1839 (3) (A) of United State Code Title 18 Chapter 90 : Protection of Trade Secrets

[19] Article 2 (1) (a) of The Trade Secrets (Enforcement, etc.) Regulations 2018

[20] Article 1 of Dutch Trade Secret Act 2018

[21] Article 2 (6) of Unfair Competition Prevention Act 1993

หมายถึง ข้อมูลการค้าซึ่งยังไม่รู้จักกันโดยทั่วไป หรือยังเข้าถึงไม่ได้ในหมู่บุคคลซึ่งโดยปกติแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว โดยเป็นข้อมูลที่มีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เนื่องจากเป็นความลับ และเป็นข้อมูลที่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าได้ใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อรักษาไว้เป็นความลับ[22]

จากบทบัญญัติกฎหมายความลับทางการค้าในเรื่องการรักษาไว้เป็นความลับผู้วิจัยพบว่าการรักษาไว้เป็นความลับ หมายถึง การรักษาข้อมูลไม่ให้คนทั่วไปรู้ และไม่ให้คนทั่วไปเข้าถึงได้ ในกรณีของปมปริศนาในนวนิยายซึ่งเป็นความลับจากการไม่เฉลยคำตอบ และเหตุผลของคำตอบจึงเป็นข้อมูลที่มีการรักษาไว้เป็นความลับ เนื่องจากปมปริศนาในนวนิยายที่ยังไม่เฉลยคำตอบ และเหตุผลของคำตอบเป็นความลับตามธรรมชาติตามกฎรักษาความลับของ Thurston[23] อีกทั้งผลสำรวจความสนใจของผู้อ่านนวนิยายของศาสตราจารย์ Bartsch ระบุว่า ปมปริศนาในนวนิยายที่ยังไม่เฉลยคำตอบ และเหตุผลของคำตอบเป็นปัจจัยสำคัญที่ก่อให้เกิดความอยากรู้อยากเห็นต่อผู้อ่าน ทำให้นักเขียนนวนิยายสามารถสร้างรายได้จากนวนิยายที่ก่อให้เกิดความอยากรู้อยากเห็นในปมปริศนาต่อผู้อ่าน[24]

ดังนั้น ปมปริศนาในนวนิยายซึ่งเป็นความลับตามธรรมชาติที่ก่อให้เกิดความรู้อยากเห็นต่อผู้อ่านโดยอาศัยความรู้จากหลักการทางวิทยาศาสตร์ วิศวกรรม และหลักจิตวิทยา ซึ่งทำให้คำตอบของปมปริศนามีความซับซ้อนจึงเป็นความลับทางการค้ารูปแบบหนึ่ง[25] ซึ่งเป็นไปตามกฎการรักษาความลับของ Thurston ที่กล่าวว่า ไม่มีความลับ ไม่มีปมปริศนา[26] (No Secret, No Clue.)[27]

---

[22] มาตรา 3 พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พุทธศักราช 2545

[23] ความซับซ้อนของปมปริศนาในนวนิยายเป็นความลับตามธรรมชาติเช่นเดียวกับการแสดงมายากลตามกฎของ Thurston หากนักเขียนนวนิยายนำปมปริศนาในนวนิยายที่เคยปรากฏในนวนิยายเรื่องอื่นมานำเสนอในนวนิยายของตัวเอง ซึ่งทำให้ผู้อ่านคาดเดาคำตอบของปมปริศนาในนวนิยายได้ง่ายเป็นการฝ่าฝืนกฎของ Thurston ข้อ 2 ที่ห้ามไม่ให้นำเสนอมายากลรูปแบบเดิมเป็นครั้งที่ 2 และในกรณีที่นักเขียนนวนิยายนำเสนอเบาะแสของปมปริศนาในนวนิยายจนผู้อ่านสามารถคาดเดาคำตอบ และเหตุผลของคำตอบได้เป็นการฝ่าฝืนกฎของ Thurston ข้อ 3 ที่ห้ามไม่ให้บอกกล่าวผู้ชมก่อนเริ่มการแสดงมายากล ดังนั้น การฝ่าฝืนกฎของ Thurston ในข้อดังกล่าวนักเขียนนวนิยายต้องรับความเสี่ยงที่ผู้อ่านจะรู้คำตอบของปมปริศนาในนวนิยายก่อนที่นักเขียนนวนิยายจะเฉลยคำตอบ

[24] Anne Bartsch, “Emotional Gratification in Entertainment Experience. Why Viewers of Movies and Television Series Find it Rewarding to Experience Emotions”, in **Media Psychology**, p.270-272.

[25] Jared R. Sherlock, “The Effects of Exposure on the Ecology of the Magic Industry: Preserving Magic in the Absence of Law”, in **Cybaris An Intellectual Property Law Review**, p.6-10.

[26] Love Magic Shows, “Magic Rules for Magician,” [online] Available from : https://lovemagicshow.wordpress.com/tag/howard-thurston/ [30 July 2021]

[27] ตามกฎของ Thurston ข้อ 1 ห้ามเปิดเผยวิธีการเล่นมายากลที่เป็นความลับ มายากลที่สูญเสียการเป็นความลับไม่ใช่มายากลอีกต่อไป ดังคำที่ว่า “ไม่มีความลับ ไม่มีมายากล” (No Secret, No Magic) ผู้วิจัยจึงนำกฎของ Thurston

อีกทั้ง Alison Young ศาสตราจารย์ด้านอาชญาวิทยาแห่ง University of Melbourne อธิบายว่า “สาระสำคัญของการเป็นความลับ คือ การไม่รู้โดยบุคคลทั่วไป สิ่งที่คนทั่วไปรู้เป็นปกติไม่สามารถเป็นความลับได้”[28] ส่งผลให้การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าเป็นการให้ความคุ้มครองจากการเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณชน เช่น ปมปริศนาเกี่ยวกับตัวจริงของหัวหน้าองค์กรชุดดำจากการ์ตูนเรื่อง Detective Conan ที่ยังคงเป็นความลับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2539 จนถึงปัจจุบัน[29]

2.2.2 การมีมูลค่าเมื่อรักษาไว้เป็นความลับ

ข้อตกลงทริปส์ข้อที่ 39 วรรค 2 (b) ระบุว่า ความลับทางการค้าต้องเป็นข้อมูลที่มีมูลค่าทางการค้า เพราะเป็นความลับ[30] โดยไม่ได้กำหนดว่า การมีมูลค่าทางการค้าเมื่อมีการรักษาไว้เป็นความลับมีลักษณะอย่างไร ส่งผลให้ประเทศที่เข้าร่วมข้อตกลงทริปส์ต้องบัญญัติเกี่ยวกับการมีมูลค่าทางการค้าเมื่อมีการรักษาไว้เป็นความลับด้วยตัวเอง และกฎหมายของสหภาพยุโรปที่ 2016/943 ว่าด้วยความคุ้มครองความลับทางการค้า ข้อที่ 2 (1) (b) ระบุว่า ความลับทางการค้าต้องเป็นข้อมูลที่มีมูลค่าทางการค้า เพราะเป็นความลับ[31] โดยไม่ได้ระบุความหมายของการมีมูลค่าทางการค้าเมื่อมีการรักษาไว้เป็นความลับ ส่งผลให้ประเทศที่เข้าร่วมกฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยความคุ้มครองความลับทางการค้าต้องบัญญัติเกี่ยวกับการมีมูลค่าทางการค้าเมื่อมีการรักษาไว้เป็นความลับด้วยตัวเอง อีกทั้งกรอบความตกลงว่าด้วยความร่วมมือด้านทรัพย์สินทางปัญญาแห่งสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับการมีมูลค่าทางการค้าเมื่อมีการรักษาไว้เป็นความลับเป็นการเฉพาะ แต่กรอบความตกลงว่าด้วยความร่วมมือด้านทรัพย์สินทางปัญญาแห่งสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ข้อ 2 กำหนดให้ประเทศที่เข้าร่วมกรอบความตกลงนี้ต้องเป็นประเทศที่เข้าร่วมข้อตกลงทริปส์ ส่งผลให้การตีความการมีมูลค่าทางการค้าเมื่อมีการรักษาไว้เป็นความลับต้องตีความตามข้อตกลงทริปส์ ซึ่งในข้อตกลงทริปส์ไม่ได้ระบุความหมายของการมีมูลค่าทางการค้าเมื่อมีการรักษาไว้เป็นความลับ ส่งผลให้กรอบความตกลงว่าด้วยความร่วมมือด้านทรัพย์สินทางปัญญาแห่งสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ไม่มีความหมายของการมีมูลค่าทางการค้าเมื่อมีการรักษาไว้เป็นความลับเป็นการเฉพาะระบุไว้

มาปรับใช้กับการรักษาความลับของปมปริศนาในนวนิยายที่เป็นความลับตามธรรมชาติเหมือนกัน และปรับวลีจากคำว่า “ไม่มีความลับ ไม่มีมายากล” (No Secret, No Magic) เป็น “ไม่มีความลับ ไม่มีปมปริศนา” (No Secret, No Clue.) ให้เข้ากับบริบทของการนำกฎของ Thurston ข้อ 1 มาปรับใช้กับการรักษาความลับของปมปริศนาในนวนิยาย

[28] Alison Young, “The Art of Public Secrecy”, in **Australian Feminist Law Journal**, 35 (2011), p.67-69.

[29] ตัวอย่างนี้เกิดจากข้อค้นพบของผู้วิจัยจากการดูการ์ตูนเรื่อง Detective Conan

[30] Article 39 Paragraph 2 (b) of TRIPs Agreement

[31] Article 2 (1) (b) of EU Trade Secret Directive 2016/943

บทบัญญัติกฎหมายที่กำหนดการมีมูลค่าทางการค้าเมื่อมีการรักษาไว้เป็นความลับปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแห่งสหรัฐอเมริกา ลักษณะ 18 บทที่ 90 ความคุ้มครองความลับทางการค้า มาตรา 1839 (3) (B) ระบุว่า การมีมูลค่าเมื่อรักษาไว้เป็นความลับ หมายถึง ข้อมูลที่มีมูลค่าทางการค้า เพราะคนทั่วไปไม่รู้ และไม่สามารถเข้าถึงได้[32] ข้อบังคับความคุ้มครองความลับทางการค้า ค.ศ. 2018 มาตรา 2 (b) ของประเทศอังกฤษระบุว่า ความลับทางการค้า หมายถึง ข้อมูลที่มีมูลค่าทางการค้า เพราะเป็นความลับ[33] พระราชบัญญัติความลับทางการค้า ค.ศ. 2018 มาตรา 1 วรรค b ของประเทศเนเธอร์แลนด์ ระบุว่า ความลับทางการค้า หมายถึง ข้อมูลที่มีมูลค่าทางการค้า เพราะเป็นความลับ[34] และพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 3 ของประเทศไทยกำหนดให้ความลับทางการค้า หมายถึง ข้อมูลที่มีมูลค่าทางการค้าเมื่อมีการรักษาไว้เป็นความลับ อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติต่อต้านการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ค.ศ. 1993 มาตรา 2 (6) ของประเทศญี่ปุ่นไม่ได้กำหนดให้ความลับทางการค้าต้องเป็นข้อมูลที่มีมูลค่าจากการรักษาความลับ

จากบทบัญญัติกฎหมายความลับทางการค้าในเรื่องการมีมูลค่าเมื่อรักษาไว้เป็นความลับผู้วิจัยพบว่า การมีมูลค่าทางการค้าเมื่อมีการรักษาไว้เป็นความลับ หมายถึง การมีมูลค่าทางการค้าเมื่อรักษาความลับทางการค้าให้เป็นความลับ ในกรณีของปมปริศนาในนวนิยายที่ยังไม่เฉลยคำตอบ และเหตุผลของคำตอบมีมูลค่าจากการเป็นความลับ เนื่องจากมูลค่าของปมปริศนาในนวนิยายที่เป็นความลับเกิดจากความอยากรู้อยากเห็นของผู้อ่าน ซึ่ง Morris B. Holbrook ศาสตราจารย์ด้านการตลาดแห่ง Columbia Business School ได้อธิบายว่า “การสร้างความพึงพอใจต่อผู้บริโภคนั้น ถือเป็นวิธีการในการสร้างมูลค่าของสินค้าต่อผู้บริโภค”[35] ดังนั้น ปมปริศนาในนวนิยายที่ผู้ทรงสิทธิใช้สร้างความอยากรู้อยากเห็นต่อผู้อ่าน ซึ่งเป็นมูลค่าทางการค้าของปมปริศนาในนวนิยายจึงเป็นความลับทางการค้าที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายความลับทางการค้า ตราบเท่าที่ยังไม่เฉลยคำตอบของปมปริศนาในนวนิยายนั้น

---

[32] Section 1839 (3) (B) of United State Code Title 18 Chapter 90 : Protection of Trade Secrets

[33] Article 2 (b) of The Trade Secrets (Enforcement, etc.) Regulations 2018

[34] Article 1 Paragraph (b) of Dutch Trade Secret Act 2018

[35] Florin Vladica. **Understanding Entertainment Value: An Investigation into the Subjectivity of People Who Experience Entertainment**. Doctoral dissertation, Ryerson University, 2012 ; p.76.

2.2.3 การใช้มาตรการรักษาความลับ

ข้อตกลงทริปส์ ข้อที่ 39 วรรค 2 (c) ระบุว่า ความลับทางการค้าต้องเป็นข้อมูลที่มีการใช้มาตรการรักษาความลับที่เหมาะสมกับสภาพข้อมูล[36] และกฎหมายของสหภาพยุโรปที่ 2016/943 ว่าด้วยความคุ้มครองความลับทางการค้า ข้อที่ 2 (1) (c) ระบุว่า ความลับทางการค้าต้องเป็นข้อมูลที่มีการใช้มาตรการรักษาความลับที่เหมาะสมกับสภาพข้อมูล[37] อย่างไรก็ตาม กรอบความตกลงว่าด้วยความร่วมมือด้านทรัพย์สินทางปัญญาแห่งสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับการใช้มาตรการในการรักษาความลับ แต่กรอบความตกลงว่าด้วยความร่วมมือด้านทรัพย์สินทางปัญญาแห่งสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ข้อ 2 กำหนดให้ประเทศที่เข้าร่วมกรอบความตกลงนี้ต้องเป็นประเทศที่เข้าร่วมข้อตกลง ทริปส์ ส่งผลให้การตีความการใช้มาตรการในการรักษาความลับต้องตีความตามข้อตกลงทริปส์ จึงกล่าวได้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศทั้ง 3 ฉบับ ไม่ได้กำหนดความหมายของการใช้มาตรการรักษาความลับที่เหมาะสม จึงเป็นหน้าที่ของผู้ทรงสิทธิของปมปริศนาในนวนิยายในการใช้มาตรการรักษาความลับที่เหมาะสมสำหรับปมปริศนาในนวนิยายของตัวเอง

นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายแห่งสหรัฐอเมริกา ลักษณะ 18 บทที่ 90 ความคุ้มครองความลับทางการค้า มาตรา 1839 (3) (A) ข้อบังคับความคุ้มครองความลับทางการค้า ค.ศ. 2018 มาตรา 2 (c) ของประเทศอังกฤษ พระราชบัญญัติความลับทางการค้า ค.ศ. 2018 มาตรา 1 วรรค c ของประเทศเนเธอร์แลนด์ พระราชบัญญัติต่อต้านการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ค.ศ. 1993 มาตรา 2 (6) ของประเทศญี่ปุ่น และพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 3 ของประเทศไทยไม่มีคำนิยามเกี่ยวกับมาตรการรักษาความลับว่ามาตรการรักษาความลับที่เหมาะสมคืออะไร และมีลักษณะอย่างไร ส่งผลให้การตีความเกี่ยวกับมาตรการรักษาความลับต้องตีความจากตัวอย่างมาตรการรักษาความลับที่ใช้ในปัจจุบัน ทั้งนี้ ข้อมูลที่เป็นความลับตามธรรมชาติตามกฎของ Thurston คือ ข้อมูลที่มีความซับซ้อน และยากต่อการทำความเข้าใจ ตราบเท่าที่เจ้าของข้อมูลไม่เปิดเผยความลับ ผู้อื่นจะไม่เข้าใจข้อมูลนั้น[38] จึงกล่าวได้ว่า ปมปริศนาในนวนิยายที่ยังไม่เฉลย

---

[36] Article 39 Paragraph 2 (c) of TRIPs Agreement

[37] Article 2 (1) (c) of EU Trade Secret Directive 2016/943

[38] ปมปริศนาในนวนิยายยิ่งมีความซับซ้อนมากเท่าไร การเป็นความลับตามธรรมชาติตามกฎการรักษาความลับของ Thurston ยิ่งแข็งแรงมากขึ้น ตราบเท่าที่เจ้าของความลับไม่เปิดเผยข้อมูลที่มีความซับซ้อนด้วยตัวเอง ผู้อื่นไม่มีทางรู้ข้อมูลที่ซับซ้อนนั้น ในทางกลับกัน หากนำเสนอปมปริศนาในนวนิยายที่เหมือนกับนวนิยายเรื่องอื่น ปมปริศนานั้นมีความเสี่ยงต่อการเปิดเผยมาก เนื่องจากการนำเสนอปมปริศนารูปแบบเดิมเป็นครั้งที่ 2 เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎการรักษาความลับ ซึ่งปรับใช้จากกฎของ Thurston ข้อที่ 2 ที่มีสาระสำคัญว่า ห้ามนำเสนอปมปริศนารูปแบบเดิมเป็นครั้งที่ 2 เพราะผู้อ่านอาจจะหารูปแบบของปมปริศนาที่ใช้แล้วมาเปรียบเทียบเพื่อหาคำตอบของปมปริศนานั้นได้

คำตอบ และเหตุผลของคำตอบ ซึ่งยากต่อการทำความเข้าใจมีมาตรการรักษาความลับตามธรรมชาติตามกฎของ Thurston แล้ว

ดังนั้น มาตรการรักษาความลับจึงเป็นได้ทั้งมาตรการรักษาความลับตามธรรมชาติที่เกิดจากความซับซ้อนยากต่อการทำความเข้าใจ และมาตรการรักษาความลับที่ผู้ทรงสิทธิเป็นผู้กำหนด เช่น การเก็บรักษาข้อมูลไว้ในตู้นิรภัย

2.3 สิทธิของผู้ทรงสิทธิในปมปริศนาในนวนิยาย

สิทธิของผู้ทรงสิทธิในความลับทางการค้ามี 2 สิทธิ ได้แก่ การใช้ประโยชน์จากความลับทางการค้า และสิทธิอนุญาตให้ผู้อื่นใช้ประโยชน์ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.3.1 การใช้ประโยชน์จากความลับทางการค้า

ข้อตกลงทริปส์ข้อที่ 39 วรรค 2 ระบุว่า บุคคลธรรมดา และนิติบุคคลสามารถป้องกันไม่ให้มีการเปิดเผยข้อมูล หรือนำข้อมูลไปใช้ประโยชน์โดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลซึ่งเป็นไปในทางสุจริตทางการค้า[39] และกฎหมายของสหภาพยุโรปที่ 2016/943 ว่าด้วยความคุ้มครองความลับทางการค้า ข้อ 2 (2) ระบุว่า เจ้าของความลับทางการค้า คือ บุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลที่ครอบครองความลับทางการค้าโดยชอบด้วยกฎหมาย[40] ส่วนกรอบความตกลงว่าด้วยความร่วมมือด้านทรัพย์สินทางปัญญาแห่งสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ข้อที่ 2 กำหนดให้ประเทศที่จะเข้าร่วมกรอบความตกลงนี้ต้องเป็นประเทศที่เข้าร่วมข้อตกลงทริปส์เพื่อให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเป็นไปตามมาตรฐานขั้นต่ำตามข้อตกลงทริปส์[41] ถึงแม้ข้อตกลงทริปส์ข้อที่ 39 วรรค 2 และกฎหมายของสหภาพยุโรปที่ 2016/943 ว่าด้วยความคุ้มครองความลับทางการค้า ข้อ 2 (2) จะไม่มีบทบัญญัติเรื่องสิทธิของผู้ทรงสิทธิในความลับทางการค้า แต่ในแต่ละประเทศมีบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างที่สามารถปรับใช้กับสิทธิของผู้ทรงสิทธิในความลับทางการค้าได้อยู่แล้ว ซึ่ง Lord Mansfield ผู้พิพากษาชาวอังกฤษได้อธิบายว่า “ผู้คิดค้นข้อมูลเพื่อประโยชน์ทางการค้าต้องได้รับรางวัลตอบแทนจากการคิดค้นนั้น”[42]

---

[39] Article 39 Paragraph 2 of TRIPs Agreement

[40] Article 2 (2) of EU Trade Secret Directive 2016/943

[41] Article 2 of ASEAN Framework Agreement on Intellectual Property Cooperation

[42] James C. Logan, “Legal Protection of Ideas”, in **Missouri Law Review**, 4, 3 (1939), p.255-258.

ทั้งนี้ บทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิการใช้ประโยชน์จากความลับทางการค้าปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแห่งสหรัฐอเมริกา ลักษณะ 18 บทที่ 90 ความคุ้มครองความลับทางการค้ามาตรา 1839 (4) ของประเทศสหรัฐอเมริการะบุว่า ผู้ทรงสิทธิในความลับทางการค้า คือ ผู้มีสิทธิใช้ประโยชน์จากความลับทางการค้าในการแสวงหาผลประโยชน์ทางการค้า[43] ข้อบังคับความคุ้มครองความลับทางการค้า ค.ศ. 2018 มาตรา 2 ของประเทศอังกฤษระบุว่า ผู้ทรงสิทธิในความลับทางการค้า คือ ผู้มีสิทธิใช้ประโยชน์จากความลับทางการค้าในการแสวงหาผลประโยชน์ทางการค้า[44] พระราชบัญญัติความลับทางการค้า ค.ศ. 2018 มาตรา 1 ของประเทศเนเธอร์แลนด์ระบุว่า ผู้ทรงสิทธิในความลับทางการค้า คือ ผู้มีสิทธิใช้ประโยชน์จากความลับทางการค้าในการแสวงหาผลประโยชน์ทางการค้า[45] และพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 5 วรรค 2 ของประเทศไทยระบุว่า เจ้าของความลับทางการค้ามีสิทธิที่จะเปิดเผย เอาไป หรือใช้ซึ่งความลับทางการค้า ซึ่งเป็นสิทธิในการใช้ประโยชน์[46] อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติการป้องกันการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ค.ศ. 1993 (Unfair Competition Prevention Act 1993) ซึ่งเป็นกฎหมายให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นไม่ได้ระบุเกี่ยวกับสิทธิการใช้ประโยชน์จากความลับทางการค้าของผู้ทรงสิทธิ หากตีความเกี่ยวกับสิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างแล้ว ผู้ทรงสิทธิที่ได้สิทธิจากการคิดค้นของผู้ทรงสิทธิ และผู้ทรงสิทธิที่ได้สิทธิมาจากการรับโอนสิทธิจากผู้ทรงสิทธิรายอื่นจึงมีสิทธิใช้ประโยชน์จากความลับทางการค้าเพื่อแสวงหารายได้ โดย L.B. Curzon นักวิชาการด้านกฎหมายโรมัน ได้อธิบายว่า “ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินมีสิทธิในการใช้ประโยชน์จากทรัพย์สิน”[47]

ดังนั้น ผู้ทรงสิทธิในปมปริศนาในนวนิยายที่ยังไม่เฉลยคำตอบ และเหตุผลของคำตอบซึ่งเป็นความลับทางการค้ามีสิทธิใช้ประโยชน์จากปมปริศนาในนวนิยายที่เป็นความลับทางการค้าเพื่อใช้เขียนนวนิยาย และหารายได้จากการจำหน่ายนวนิยาย ซึ่งสิทธิการใช้ประโยชน์เพื่อหารายได้จากปมปริศนาในนวนิยายเป็นสิทธิเฉพาะของผู้ทรงสิทธิเท่านั้น เช่น Aoyama Gosho ได้คิดค้นปมปริศนาขึ้นมา และใช้ปมปริศนามาแต่งการ์ตูนเรื่อง Detective Conan ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2539 จนถึงปัจจุบัน[48]

---

[43] Section 1839 (4) of United State Code Title 18 Chapter 90 : Protection of Trade Secrets

[44] Article 2 of The Trade Secrets (Enforcement, etc.) Regulations 2018

[45] Article 1 of Dutch Trade Secret Act 2018

[46] มาตรา 5 วรรค 2 พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พุทธศักราช 2545

[47] L.B. Curzon, **Roman Law**, (London: Macdonald & Evans Ltd., 1966), p.88-89.

[48] ตัวอย่างนี้เกิดจากข้อค้นพบของผู้วิจัยจากการดูการ์ตูนเรื่อง Detective Conan

2.3.2 การอนุญาตให้ผู้อื่นใช้ประโยชน์จากความลับทางการค้า

ข้อตกลงทริปส์ข้อที่ 39 วรรค 2 กฎหมายของสหภาพยุโรปที่ 2016/943 ว่าด้วยความคุ้มครองความลับทางการค้าข้อที่ 2 (2) และกรอบความตกลงว่าด้วยความร่วมมือด้านทรัพย์สินทางปัญญาแห่งสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ข้อที่ 2 วรรค 2 ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิอนุญาตให้ผู้อื่นใช้ประโยชน์จากความลับทางการค้า ซึ่งสิทธิอนุญาตให้ผู้อื่นใช้ประโยชน์จากความลับทางการค้าเหมือนการอนุญาตให้ใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง

บทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้ประโยชน์จากความลับทางการค้าปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแห่งสหรัฐอเมริกา ลักษณะ 18 บทที่ 90 ความคุ้มครองความลับทางการค้า มาตรา 1839 (4) ของประเทศสหรัฐอเมริการะบุว่า ผู้ทรงสิทธิในความลับทางการค้า คือ ผู้มีสิทธิอนุญาตให้ผู้อื่นใช้ประโยชน์จากความลับทางการค้า โดยการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ[49] ข้อบังคับความคุ้มครองความลับทางการค้า ค.ศ. 2018 มาตรา 2 ของประเทศอังกฤษระบุว่า ผู้ทรงสิทธิในความลับทางการค้า คือ ผู้มีสิทธิอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิจากความลับทางการค้า[50] พระราชบัญญัติความลับทางการค้า ค.ศ. 2018 มาตรา 1 ของประเทศเนเธอร์แลนด์ระบุว่า ผู้ทรงสิทธิในความลับทางการค้า คือ ผู้มีสิทธิอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิจากความลับทางการค้า[51] พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 5 วรรค 2 ของประเทศไทยระบุว่า เจ้าของความลับทางการค้ามีสิทธิอนุญาตให้ผู้อื่นเปิดเผย เอาไป หรือใช้ซึ่งความลับทางการค้า โดยจะกำหนดเงื่อนไขอย่างใด เพื่อรักษาความลับทางการค้าดังกล่าวให้เป็นความลับ[52] อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติการป้องกันการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ค.ศ. 1993 ซึ่งเป็นกฎหมายให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นไม่ได้ระบุเกี่ยวกับสิทธิอนุญาตให้ผู้อื่นใช้ประโยชน์จากความลับทางการค้า หากตีความเกี่ยวกับสิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างแล้ว ผู้ทรงสิทธิที่ได้สิทธิจากการคิดค้นของผู้ทรงสิทธิ และผู้ทรงสิทธิที่ได้สิทธิมาจากการรับโอนสิทธิจากผู้ทรงสิทธิรายอื่นจึงมีสิทธิในการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้ประโยชน์จากความลับทางการค้า โดย Curzon ได้อธิบายว่า “ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินมีสิทธิในการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้ประโยชน์จากทรัพย์สิน”[53] ทั้งนี้ การอนุญาตให้ผู้อื่นใช้ประโยชน์จากความลับทางการค้าต้องทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ โดยกำหนดหน้าที่รักษาความลับให้กับผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิจากความลับทางการค้าเหมือนการอนุญาตให้ใช้สิทธิจาก

---

[49] Section 1839 (4) of United State Code Title 18 Chapter 90 : Protection of Trade Secrets

[50] Article 2 of The Trade Secrets (Enforcement, etc.) Regulations 2018

[51] Article 8 of Dutch Trade Secret Act 2018

[52] มาตรา 5 วรรค 2 พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พุทธศักราช 2545

[53] L.B. Curzon, **Roman Law**, p.88-89.

ทรัพย์สิน โดยกำหนดหน้าที่ให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิต้องรักษาสภาพของทรัพย์สินไม่ให้เกิดความเสียหาย

ดังนั้น ผู้ทรงสิทธิในปมปริศนาในนวนิยายที่เป็นความลับทางการค้ามีสิทธิอนุญาตให้ผู้อื่นใช้ประโยชน์จากปมปริศนาในนวนิยายโดยการทำสัญญารักษาความลับเพื่อป้องกันไม่ให้มีการเปิดเผยคำตอบ และเหตุผลของคำตอบของปมปริศนาก่อนมีการเผยแพร่เนื้อเรื่องของนวนิยายที่มีการเฉลยคำตอบ และเหตุผลของคำตอบของปมปริศนา ผู้ทรงสิทธิต้องทำสัญญารักษาความลับกับคู่สัญญาที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ โดยสัญญารักษาความลับจะสิ้นสุดลงเมื่อมีการเฉลยคำตอบ และเหตุผลของคำตอบของปมปริศนาผ่านเนื้อเรื่องของนวนิยายที่ผู้ทรงสิทธิเผยแพร่ เช่น การ์ตูนเรื่อง Detective Conan ของ Aoyama Gosho ในฉบับ Animation มีการแบ่งออกเป็นการ์ตูนจากต้นฉบับหนังสือการ์ตูน และ TV Original ซึ่งเกิดจากปมปริศนาที่ Aoyama Gosho คิดค้นแต่ไม่นำมาใช้ในหนังสือการ์ตูน Animation ที่เป็น TV Original[54] จึงเกิดจากการที่ Aoyama Gosho อนุญาตให้ทีมสร้าง Animation ใช้ปมปริศนาเพื่อสร้างเป็นเนื้อเรื่องใน TV Original และหน้าที่รักษาปมปริศนาให้เป็นความลับของคู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่ายสิ้นสุดลงเมื่อมีการเฉลยคำตอบ และเหตุผลของคำตอบของปมปริศนา[55]

2.4 การละเมิดปมปริศนาในนวนิยาย

การละเมิดความลับทางการค้ามีอยู่ 2 รูปแบบ ได้แก่ การละเมิดจากการเปิดเผยความลับและการละเมิดจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญารักษาความลับ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.4.1 การละเมิดจากการเปิดเผยความลับ

กฎหมายของสหภาพยุโรปที่ 2016/943 ว่าด้วยความคุ้มครองความลับทางการค้า ข้อที่ 4 วรรค 2 กำหนดให้การเข้าถึง การทำสำเนาความลับทางการค้าที่อยู่ในการดูแลของเจ้าของความลับทางการค้า โดยขัดต่อการปฏิบัติโดยสุจริตทางการค้าต่อกันเป็นการละเมิดความลับทางการค้า[56] และกฎหมายของสหภาพยุโรปที่ 2016/943 ว่าด้วยความคุ้มครองความลับทางการค้าข้อที่ 4 วรรค 3 (a) กำหนดให้การใช้ หรือการเปิดเผยความลับทางการค้าที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

---

[54] Detective Conan World, “List of Anime-Original Cases,” [online] Available from : https://www.detectiveconanworld.com/wiki/List_of_anime-original_cases [27 October 2021]

[55] ในเว็บไซต์ www.detectiveconanworld.com ซึ่งเป็นสารานุกรมเกี่ยวกับการ์ตูนเรื่อง Detective Conan ได้อธิบายว่า Animation ที่เป็น TV Original คือ ตอนที่ไม่มีในหนังสือการ์ตูน อันเกิดจากที่ Aoyama Gosho อนุญาตให้ทีมสร้าง Animation นำปมปริศนาที่ไม่ได้ใช้ไปสร้างเนื้อเรื่อง TV Original

[56] Article 4 Paragraph 2 of EU Trade Secret Directive 2016/943

และเจ้าของความลับทางการค้าไม่ยินยอมเป็นการละเมิดความลับทางการค้า[57] อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงทริปส์ และกรอบความตกลงว่าด้วยความร่วมมือด้านทรัพย์สินทางปัญญาแห่งสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ไม่ปรากฏบทบัญญัติเกี่ยวกับการเปิดเผยความลับที่เป็นการละเมิดข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้า

ประมวลกฎหมายแห่งสหรัฐอเมริกา ลักษณะ 18 บทที่ 90 ความคุ้มครองความลับทางการค้า มาตรา 1839 (5) (B) ระบุว่า การละเมิดความลับทางการค้า คือ การเปิดเผย หรือใช้ประโยชน์จากความลับทางการค้าของผู้อื่น โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ทรงสิทธิ ซึ่งรู้อยู่แล้วว่าข้อมูลนั้นเป็นความลับทางการค้าของผู้อื่น[58] ข้อบังคับความคุ้มครองความลับทางการค้า ค.ศ. 2018[59] มาตรา 2 ของประเทศอังกฤษระบุว่า การละเมิดความลับทางการค้า คือ การเข้าถึง ใช้ประโยชน์หรือเปิดเผยความลับทางการค้าของผู้อื่น โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ทรงสิทธิ[60] พระราชบัญญัติความลับทางการค้า ค.ศ. 2018 มาตรา 2 วรรคแรกของประเทศเนเธอร์แลนด์ระบุว่า การละเมิดความลับทางการค้า คือ การเข้าถึงความลับทางการค้า โดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของความลับทางการค้า โดยการเข้าถึง ทำสำเนาเอกสาร วัตถุ หรือไฟล์อิเล็กทรอนิกส์ที่เจ้าของความลับทางการค้าดูแล หรือการกระทำอื่นใดที่ขัดต่อวิธีปฏิบัติทางการค้าโดยปกติ ซึ่งทำให้เกิดการเปิดเผยความลับทางการค้าเป็นการละเมิดความลับทางการค้า[61] พระราชบัญญัติการป้องกันการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ค.ศ. 1993 มาตรา 2 (1) (iv) ของประเทศญี่ปุ่นระบุว่า การละเมิดความลับทางการค้า คือ การโจรกรรม หรือการได้รับความลับทางการค้าโดยมิชอบด้วยกฎหมาย[62] มาตรา 2 (1) (v) ระบุว่า การละเมิดความลับทางการค้า คือ การกระทำที่ทำให้ได้ความลับทางการค้าโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่ากระทำไปโดยรู้ หรือประมาทเลินเล่อก็ตาม[63] มาตรา 2 (1) (vi) ระบุว่า การละเมิดความลับทางการค้า คือ การใช้ หรือการเปิดเผยข้อมูล ซึ่งผู้กระทำรู้ในภายหลังว่า ข้อมูลนั้นเป็นความลับทางการค้า[64] และมาตรา 2 (1) (vii) ระบุว่า การละเมิดความลับทางการค้า คือ การใช้

---

[57] Article 4 Paragraph 3 (b) of EU Trade Secret Directive 2016/943

[58] Section 1839 (5) (B) of United State Code Title 18 Chapter 90 : Protection of Trade Secrets

[59] Seyfarth, “UK Adopts New Trade Secrets Legislation,” [online] Available from : https://www.tradesecretslaw.com/2018/06/articles/international-2/uk-adopts-new-trade-secrets-litigation/ [3 September 2021]

[60] Article 2 of The Trade Secrets (Enforcement, etc.) Regulations 2018

[61] Article 2 Paragraph 1 of Dutch Trade Secret Act 2018

[62] Article 2 (1) (iv) of Unfair Competition Prevention Act 1993

[63] Article 2 (1) (v) of Unfair Competition Prevention Act 1993

[64] Article 2 (1) (vi) of Unfair Competition Prevention Act 1993

ประโยชน์ หรือการเปิดเผยความลับทางการค้าเพื่อหาผลประโยชน์โดยสร้างความเสียหายให้เจ้าของความลับทางการค้า[65] และพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 6 วรรคแรกระบุว่า การละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าตามพระราชบัญญัตินี้ ได้แก่ การกระทำที่เป็นการเปิดเผยเอาไป หรือใช้ซึ่งความลับทางการค้าโดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของความลับทางการค้านั้น อันมีลักษณะขัดต่อแนวทางปฏิบัติในเชิงพาณิชย์ที่สุจริตต่อกัน ทั้งนี้ ผู้ละเมิดจะต้องรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการขัดต่อแนวทางปฏิบัติเช่นว่านั้น[66] เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2461/2559 ซึ่งศาลพิจารณาว่า การเปิดเผยข้อมูลที่เป็นการละเมิดความลับทางการค้าต้องเป็นการกระทำที่ส่งผลให้ข้อมูลนั้นเสียสภาพหรือคุณสมบัติการเป็นความลับ[67]

จากบทบัญญัติเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าจากการเปิดเผยความลับผู้วิจัยพบว่า ความลับทางการค้าจะสิ้นสุดจากการเป็นความลับเมื่อมีการเปิดเผยความลับทางการค้า การละเมิดความลับทางการค้าจึงเกิดจากการเปิดเผยความลับทางการค้า ซึ่งทำให้คนทั่วไปรู้ถึงความลับทางการค้า โดยผู้ทรงสิทธิไม่ยินยอม ในกรณีของปมปริศนาในนวนิยายที่ยังไม่เฉลยคำตอบซึ่งเป็นความลับทางการค้ารูปแบบหนึ่ง การละเมิดเกิดจากการเปิดเผยคำตอบ และเหตุผลของคำตอบสู่สาธารณชนนอกเหนือจากการเผยแพร่เนื้อเรื่องของนวนิยายโดยผู้ทรงสิทธิ

2.4.2 การละเมิดจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญารักษาความลับ

กฎหมายของสหภาพยุโรปที่ 2016/943 ว่าด้วยความคุ้มครองความลับทางการค้า ข้อที่ 4 วรรค 3 (b) ระบุว่า การใช้ หรือเปิดเผยความลับทางการค้าโดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของความลับทางการค้า ซึ่งเกิดจากการไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงว่าด้วยการรักษาความลับ หรือหน้าที่ไม่เปิดเผยความลับทางการค้า[68] และข้อที่ 4 วรรค 3 (c) ระบุว่า การใช้ หรือเปิดเผยความลับ

---

[65] Article 2 (1) (vii) of Unfair Competition Prevention Act 1993

[66] มาตรา 6 วรรคแรก พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พุทธศักราช 2545

[67] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2461/2559 เป็นคดีที่โจทก์ฟ้องว่า จำเลยนำข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้าไปเปิดเผยต่อสาธารณชน ส่งผลให้ข้อมูลนั้นสูญเสียการเป็นความลับ จำเลยโต้แย้งว่า โจทก์ไม่ได้อธิบายว่า คำฟ้องของโจทก์ไม่ได้ระบุถึงวิธีการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวนั้นว่าเป็นการโฆษณาด้วยเอกสาร กระจายเสียง หรือการแพร่ภาพหรือเปิดเผยด้วยวิธีอื่นใด จึงไม่ใช่การยืนยันข้อเท็จจริงว่าการกระทำของจำเลยเป็นการเปิดเผยความลับทางการค้าของผู้อื่นให้เป็นที่ล่วงรู้โดยทั่วไป ในประการที่ทำให้ความลับทางการค้านั้นสูญเสียการเป็นความลับแต่เป็นการยืนยันเพียงว่าเป็นการเปิดเผยแก่บุคคลหนึ่งที่เป็นบุคคลทั่วไป ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า โจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ให้ศาลเชื่อได้ว่า การกระทำของจำเลยทำให้ความลับทางการค้าของจำเลยสูญเสียการเป็นความลับ เนื่องจากการกระทำของจำเลยเป็นเพียงการเปิดเผยข้อมูลแก่บุคคลหนึ่งที่เป็นบุคคลทั่วไป โดยโจทก์ไม่ได้อธิบายว่า โจทก์ได้รับความเสียหายจากการกระทำของจำเลย หรือความลับทางการค้าของโจทก์สูญเสียการเป็นความลับอย่างไร ศาลจึงพิพากษายกฟ้องคดีนี้

[68] Article 4 Paragraph 3 (b) of EU Trade Secret Directive 2016/943

ทางการค้าโดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของความลับทางการค้า ซึ่งเกิดจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่มีข้อกำหนดเกี่ยวกับข้อจำกัดการใช้ประโยชน์จากความลับทางการค้า[69] อย่างไรก็ตาม ในข้อตกลงทริปส์ และกรอบความตกลงว่าด้วยความร่วมมือด้านทรัพย์สินทางปัญญาแห่งสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ไม่ปรากฏบทบัญญัติเกี่ยวกับการละเมิดความลับทางการค้าจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา

ประมวลกฎหมายแห่งสหรัฐอเมริกา ลักษณะ 18 บทที่ 90 ความคุ้มครองความลับทางการค้า มาตรา 1839 (6) (A) ระบุว่า การฝ่าฝืนหน้าที่รักษาความลับตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิที่กำหนดหน้าที่ให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิมีหน้าที่รักษาความลับเป็นการละเมิดความลับทางการค้า[70] ข้อบังคับความคุ้มครองความลับทางการค้า ค.ศ. 2018 มาตรา 2 ของประเทศอังกฤษระบุว่า การฝ่าฝืนหน้าที่รักษาความลับตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิที่กำหนดหน้าที่ให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิมีหน้าที่รักษาความลับเป็นการละเมิดความลับทางการค้า[71] พระราชบัญญัติความลับทางการค้า ค.ศ. 2018 มาตรา 2 ของประเทศเนเธอร์แลนด์ระบุว่า การฝ่าฝืนหน้าที่รักษาความลับตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิที่กำหนดหน้าที่ให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิมีหน้าที่รักษาความลับเป็นการละเมิดความลับทางการค้า[72] พระราชบัญญัติการป้องกันการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ค.ศ. 1993 มาตรา 2 (1) (viii) ของประเทศญี่ปุ่นระบุว่า ผู้ที่มีหน้าที่รักษาความลับกระทำการโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อ ซึ่งทำให้เกิดการเปิดเผยความลับทางการค้าเป็นผู้ละเมิดความลับทางการค้า[73] และพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 6 วรรค 2 ของประเทศไทยระบุว่า การกระทำที่มีลักษณะขัดต่อแนวทางปฏิบัติในเชิงพาณิชย์ที่สุจริตต่อกันตามวรรคหนึ่ง หมายความรวมถึงการผิดสัญญา การละเมิดหรือการกระทำในประการที่เป็นการจูงใจให้ละเมิดความลับอันเป็นที่ไว้เนื้อเชื่อใจต่อกัน การติดสินบน การข่มขู่ การฉ้อโกง การลักทรัพย์ การรับของโจร หรือการจารกรรม โดยใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือวิธีการอื่นใด[74] โดย Tania Voon ศาสตราจารย์ด้านกฎหมายแห่ง Melbourne Law School the University of Melbourne ได้อธิบายว่า “สัญญาก่อให้เกิดหน้าที่ที่คู่สัญญาต้องปฏิบัติต่อกัน การไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญารักษาความลับจึงเป็นการละเมิดความลับทางการค้า และการละเมิดจากการผิดสัญญา”[75]

---

[69] Article 4 Paragraph 3 (c) of EU Trade Secret Directive 2016/943

[70] Section 1839 (6) (A) of United State Code Title 18 Chapter 90 : Protection of Trade Secrets

[71] Article 2 of The Trade Secrets (Enforcement, etc.) Regulations 2018

[72] Article 2 of Dutch Trade Secret Act 2018

[73] Article 2 (1) (viii) of Unfair Competition Prevention Act 1993

[74] มาตรา 6 วรรค 2 พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พุทธศักราช 2545

[75] Tania Voon, “Breach of Confidence by Government, Smith Kline and the TRIPs Agreement - Public Interest to the Rescue”, in **Australian Intellectual Property Journal**, 9 (1998), p.82.

ดังนั้น การละเมิดปมปริศนาในนวนิยายจากการละเมิดสัญญารักษาความลับ คือ การไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ที่ระบุในสัญญารักษาความลับ ซึ่งทำให้เกิดการเปิดเผยคำตอบ และเหตุผลของคำตอบของปมปริศนาในนวนิยายนอกจากการเฉลยผ่านการเผยแพร่เนื้อเรื่องโดยนักเขียนที่เป็นผู้ทรงสิทธิ เช่น ในการถ่ายทำภาพยนตร์เรื่อง Avenger Infinity War และ Avenger Endgame นักแสดงทุกคนต้องทำสัญญารักษาความลับ แต่ Tom Holland ผู้รับบท Spiderman ได้เปิดเผยเนื้อเรื่องตอนท้ายซึ่งเป็นปมปริศนาสำคัญของ Avenger Endgame ในระหว่างการประชาสัมพันธ์ภาพยนตร์เรื่อง Avenger Infinity War ก่อนที่ภาพยนตร์เรื่อง Avenger Endgame จะเข้าฉายในโรงภาพยนตร์[76]

2.5 ข้อยกเว้นการละเมิดปมปริศนาในนวนิยาย

ข้อยกเว้นของการละเมิดความลับทางการค้าสามารถแบ่งได้เป็น 2 รูปแบบ ได้แก่ รูปแบบแรก ข้อยกเว้นจากเสรีภาพในการแสดงออก และรูปแบบที่สอง ข้อยกเว้นจากกฎหมายการแข่งขันทางการค้า โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.5.1 ข้อยกเว้นจากเสรีภาพในการแสดงออก

กฎหมายของสหภาพยุโรปที่ 2016/943 ว่าด้วยความคุ้มครองความลับทางการค้า ข้อที่ 3 วรรคแรกระบุว่า การค้นพบ หรือการสร้างสรรค์อิสระ การทดสอบเพื่อหาข้อมูลการทำงานของผลิตภัณฑ์ ซึ่งได้ข้อมูลมาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย รวมถึงการกระทำใด ๆ ที่เป็นไปในทางสุจริตทางการค้าไม่เป็นการละเมิดความลับทางการค้า[77] อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงทริปส์ และกรอบความตกลงว่าด้วยความร่วมมือด้านทรัพย์สินทางปัญญาแห่งสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อยกเว้นจากเสรีภาพในการแสดงออก

บทบัญญัติเกี่ยวกับข้อยกเว้นจากเสรีภาพในการแสดงออกปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแห่งสหรัฐอเมริกา ลักษณะ 18 บทที่ 90 ความคุ้มครองความลับทางการค้า มาตรา 1839 (6) (B) ที่ระบุว่า การละเมิดความลับทางการค้าไม่รวมถึงการทำวิศวกรรมย้อนกลับ การค้นพบอิสระ หรือการใช้ประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมาย[78] จึงกล่าวได้ว่า ข้อยกเว้นของการละเมิดความลับทางการค้าจากเสรีภาพในการแสดงออก คือ การค้นพบอิสระ และการทำวิศวกรรมย้อนกลับ โดย

---

[76] Mike Reyes, “The Directors of ‘Avengers: Endgame’ Wouldn’t Give Tom Holland a Script because He has such a hard time ‘Keeping His Mouth Shut’,” [online] Available from : https://www.businessinsider.com/tom-holland-wasnt-trusted-with-an-avengers-endgame-script-2019-4 [24 October 2021]

[77] Article 3 Paragraph 1 of EU Trade Secret Directive 2016/943

[78] Section 1839 (6) (B) of United State Code Title 18 Chapter 90 : Protection of Trade Secrets

ไม่ได้เข้าถึงความลับทางการค้าของผู้อื่น พระราชบัญญัติความลับทางการค้า ค.ศ. 2018 มาตรา 3 วรรคแรก (a) ที่ระบุว่า การค้นพบอิสระเป็นการได้ความลับทางการค้าโดยชอบด้วยกฎหมาย[79] และมาตรา 3 วรรคแรก (b) ระบุว่า การทดสอบผลิตภัณฑ์เพื่อหาความรู้ในการผลิตผลิตภัณฑ์ โดยไม่ได้เข้าถึงข้อมูล หรือไม่ได้ฝ่าฝืนสัญญารักษาความลับทางการค้าเป็นการได้ความลับทางการค้าโดยชอบด้วยกฎหมาย[80] รวมถึงพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 7 (3) ของประเทศไทยระบุว่า การค้นพบโดยอิสระ ซึ่งได้แก่การค้นพบความลับทางการค้าของผู้อื่น โดยผู้ค้นพบได้ใช้วิธีการประดิษฐ์หรือจัดทำขึ้นด้วยความรู้ความชำนาญของผู้ค้นพบนั้นเองไม่เป็นการละเมิดความลับทางการค้า[81] และมาตรา 7 (4) ระบุว่า การทำวิศวกรรมย้อนกลับ ซึ่งได้แก่การค้นพบความลับทางการค้าของผู้อื่น โดยผู้ค้นพบได้ทำการประเมินและศึกษาวิเคราะห์ผลิตภัณฑ์ที่เป็นที่รู้จักกันทั่วไป เพื่อค้นคว้าหาวิธีที่ผลิตภัณฑ์นั้นได้รับการประดิษฐ์ จัดทำ หรือพัฒนา แต่ทั้งนี้ บุคคลซึ่งทำการประเมินและศึกษาวิเคราะห์ดังกล่าวจะต้องได้ผลิตภัณฑ์เช่นว่านั้นมาโดยวิธีที่สุจริตไม่เป็นการละเมิดความลับทางการค้า[82]

อย่างไรก็ตาม ข้อบังคับความคุ้มครองความลับทางการค้า ค.ศ. 2018 (Trade Secrets (Enforcement, etc.) Regulations 2018) ซึ่งเป็นกฎหมายความลับทางการค้าของประเทศอังกฤษ และพระราชบัญญัติการป้องกันการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ค.ศ. 1993 ซึ่งเป็นกฎหมายความลับทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อยกเว้นที่เกิดจากเสรีภาพในการแสดงออก แต่กฎหมายเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงออกปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1998 มาตรา 11 (a) ของประเทศอังกฤษระบุว่า บุคคลห้ามทำข้อตกลงที่มีการจำกัดสิทธิเสรีภาพของคนอื่น[83] และรัฐธรรมนูญญี่ปุ่น ค.ศ. 1946 มาตรา 21 วรรคแรกระบุว่า เสรีภาพในการแสดงออกทุกรูปแบบได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย แต่เสรีภาพในการแสดงออกต้องไม่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น[84] ซึ่งรัฐธรรมนูญญี่ปุ่น ค.ศ. 1946 มาตรา 21 วรรค 2 ระบุว่า ถึงการใช้เสรีภาพในการแสดงออกจะไม่มีการกีดกัน แต่การใช้เสรีภาพในการแสดงออกต้องไม่สร้างความเสียหายต่อผู้อื่น และการกระทำนั้นต้องเป็นไปอย่างสุจริต[85] จึงกล่าวได้ว่า การค้นพบอิสระ

---

[79] Article 3 Paragraph 1 (a) of Dutch Trade Secret Act 2018

[80] Article 3 Paragraph 1 (b) of Dutch Trade Secret Act 2018

[81] มาตรา 7 (3) พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พุทธศักราช 2545

[82] มาตรา 7 (4) พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พุทธศักราช 2545

[83] Article 11 (a) of Human Rights Act 1998

[84] Article 21 Paragraph 1 of Constitution of Japan 1946

[85] Article 21 Paragraph 2 of Constitution of Japan 1946

และการทำวิศวกรรมย้อนกลับ โดยไม่ได้เข้าถึงความลับทางการค้าของคนอื่น และไม่ฝ่าฝืนหน้าที่ตามสัญญารักษาความลับ ซึ่งเป็นการกระทำโดยสุจริตไม่เป็นการละเมิดความลับทางการค้า

ด้วยเหตุนี้ การกระทำที่เป็นข้อยกเว้นจากเสรีภาพในการแสดงออกตามกฎหมายความลับทางการค้ามี 2 รูปแบบ ได้แก่ รูปแบบแรก การค้นพบอิสระ โดยใช้ความรู้ความสามารถของตัวเอง และไม่มีการเข้าถึงความลับทางการค้าของบุคคลอื่น ซึ่ง Dieter Dörr ศาสตราจารย์ด้านกฎหมายระหว่างประเทศแห่ง University of Mainz อธิบายว่า “การกำหนดให้การค้นพบอิสระเป็นข้อยกเว้นของการละเมิดความลับทางการค้าเป็นการป้องกันไม่ให้ผู้ทรงสิทธิกีดกันเสรีภาพในการแสดงออก ซึ่งเป็นการเรียนรู้ และพัฒนาความสามารถ ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์”[86] และรูปแบบที่สอง การทำวิศวกรรมย้อนกลับเพื่อศึกษาส่วนประกอบของผลิตภัณฑ์เพื่อหาความรู้ทางวิทยาศาสตร์ ซึ่ง John Espenshade Titus นักกฎหมายชาวอเมริกันอธิบายว่า “การทำวิศวกรรมย้อนกลับเป็นการกระทำเพื่อศึกษาการทำงานของผลิตภัณฑ์ ไม่เป็นการละเมิดความลับทางการค้าตราบเท่าที่การวิศวกรรมย้อนกลับไม่ได้เกิดจากการเข้าถึงความลับทางการค้า”[87]

ดังนั้น ปมปริศนาในนวนิยายที่เป็นความลับทางการค้าอย่างหนึ่งมีข้อยกเว้นจากเสรีภาพในการแสดงออก คือ การใช้เสรีภาพในการแสดงออกที่ก่อให้เกิดการค้นพบอิสระ ไม่ว่าจะเป็นการคาดเดาคำตอบ และเหตุผลของคำตอบของปมปริศนา การแสดงความคิดเห็นเชิงวิจารณ์ต่อนวนิยาย (Review) และการเขียนนวนิยาย Fan Fiction เพื่อคาดเดาคำตอบของปมปริศนาในรูปแบบหนึ่ง ซึ่งปมปริศนาที่เฉลยคำตอบไปแล้วไม่เป็นความลับตามธรรมชาติอีกต่อไป การนำเสนอปมปริศนารูปแบบเดิมเป็นครั้งที่ 2 เหมือนการแสดงมายากลซ้ำเป็นครั้งที่ 2 เป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎการรักษาความลับของ Thurston ที่ทำให้ผู้ชมสามารถจับผิดได้ และมีความเสี่ยงที่ทำให้มีการเปิดเผยความลับ ซึ่งทำให้ผู้ชมสูญเสียความอยากรู้อยากเห็นต่อมายากล ด้วยเหตุนี้ การค้นพบคำตอบของปมปริศนาในนวนิยายที่มีโครงเรื่องเหมือนนวนิยายเรื่องอื่นที่เผยแพร่แล้วจึงไม่เป็นการละเมิดปมปริศนาในนวนิยายที่เป็นความลับทางการค้า รวมถึงการทำวิศวกรรมย้อนกลับเพื่อพิสูจน์ความสมจริงของปมปริศนาในนวนิยายที่มีลักษณะเป็นกลอุบายที่ปรากฏในนวนิยายแนวสืบสวนสอบสวน แต่ไม่รวมถึงการลอกเลียนปมปริศนาในนวนิยายเรื่องอื่นที่เกิดจากการได้ข้อมูลปมปริศนาในนวนิยายจากการเข้าถึงโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

---

[86] Dieter Dörr, “The Background of the Theory of Discovery”, in **American Indian Law Review**, 38, 2 (2013), p.484-487.

[87] John Espenshade Titus, “Right to Reverse Engineer Software: Is Japan Next and Does It Really Matter”, in **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation**, 19, 3 (1994), p.512-513.

2.5.2 ข้อยกเว้นจากการแข่งขันทางการค้า

ข้อตกลงทริปส์ ข้อที่ 40 วรรค 2 ระบุว่า ประเทศสมาชิกต้องบัญญัติกฎหมายป้องกันไม่ให้มีการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ส่งผลเสียต่อการแข่งขันทางการค้า รวมถึงการใช้มาตรการป้องกันไม่ให้เกิดการกีดกันการแข่งขันทางการค้า[88] ในขณะที่กฎหมายของสหภาพยุโรปที่ 2016/943 ว่าด้วยความคุ้มครองความลับทางการค้า และกรอบความตกลงว่าด้วยความร่วมมือด้านทรัพย์สินทางปัญญาแห่งสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ไม่ได้ระบุเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่เป็นข้อยกเว้นของการละเมิดความลับทางการค้า

บทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับข้อยกเว้นการละเมิดความลับทางการค้าจากกฎหมายการแข่งขันทางการค้าปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแห่งสหรัฐอเมริกา ลักษณะ 15 การค้าและการแลกเปลี่ยน มาตรา 45 (a) (1) ระบุว่า การแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเกิดจากการกระทำที่ส่งผลเสียทางการค้าต่อผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น[89] จึงกล่าวได้ว่า การแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเกิดจากการกระทำใด ๆ ก็ตามที่ส่งผลเสีย หรือเกิดข้อจำกัดต่อผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น รวมถึงการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของคนอื่นโดยไม่มีเหตุอันสมควร จากการที่ประมวลกฎหมายแห่งสหรัฐอเมริกา ลักษณะ 15 การค้าและการแลกเปลี่ยน มาตรา 45 (a) (1) ให้ความคุ้มครองการกระทำที่ทำให้เกิดการแข่งขันทางการค้าจากการกีดกัน ส่งผลให้การใช้เสรีภาพในการแสดงออกเพื่อประโยชน์ทางการค้าโดยไม่ได้เข้าถึงความลับทางการค้าของผู้อื่นไม่เป็นการละเมิดความลับทางการค้า และเป็นข้อยกเว้นของการละเมิดความลับทางการค้าจากกฎหมายแข่งขันทางการค้า พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า ค.ศ. 1998 (Competition Act 1998) มาตรา 2 (1) ของประเทศอังกฤษระบุว่า ข้อตกลงทางการค้าที่ส่งผลให้เกิดข้อจำกัด หรือส่งผลเสียต่อการแข่งขันทางการค้าเป็นการกระทำที่ทำให้เกิดการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม[90] จึงกล่าวได้ว่า การแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเกิดจากการทำข้อตกลงที่ส่งผลให้เกิดข้อจำกัด หรือส่งผลเสียต่อการแข่งขันทางการค้า ซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่สามารถทำได้ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า ค.ศ. 1998 มาตรา 2 (1) ของประเทศอังกฤษ จากการที่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า ค.ศ. 1998 มาตรา 2 (1) ของประเทศอังกฤษให้ความคุ้มครองการกระทำที่ทำให้เกิดการแข่งขันทางการค้าจากการกีดกัน ส่งผลให้การใช้เสรีภาพในการแสดงออกเพื่อประโยชน์ทางการค้าโดยไม่ได้เข้าถึงความลับทางการค้าของผู้อื่นไม่เป็นการละเมิดความลับทางการค้า และเป็นข้อยกเว้นของการละเมิดความลับ

---

[88] Article 40 Paragraph 2 of TRIPs Agreement

[89] Section 45 (a) (1) of United State Code Title 15 Commerce and Trade

[90] Article 2 (1) of Competition Act 1998

ทางการค้าจากกฎหมายแข่งขันทางการค้า พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า ค.ศ. 1997 (Dutch Competition Act 1997) มาตรา 6 วรรคแรกของประเทศเนเธอร์แลนด์ระบุว่า ข้อตกลงทางการค้าที่ส่งผลให้เกิดอุปสรรค หรือส่งผลเสียต่อการแข่งขันทางการค้าเป็นการกระทำที่ทำให้เกิดการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม[91] จึงกล่าวได้ว่า การแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเกิดจากข้อตกลงที่ทำให้เกิดอุปสรรค หรือส่งผลเสียต่อผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่สามารถทำได้ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า ค.ศ. 1997 มาตรา 6 วรรคแรกของประเทศเนเธอร์แลนด์ จากการที่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า ค.ศ. 1997 มาตรา 6 วรรคแรกของประเทศเนเธอร์แลนด์ให้ความคุ้มครองการกระทำที่ทำให้เกิดการแข่งขันทางการค้าจากการกีดกัน ส่งผลให้การใช้เสรีภาพในการแสดงออกเพื่อประโยชน์ทางการค้าโดยไม่ได้เข้าถึงความลับทางการค้าของผู้อื่นไม่เป็นการละเมิดความลับทางการค้า และเป็นข้อยกเว้นของการละเมิดความลับทางการค้าจากกฎหมายแข่งขันทางการค้า พระราชบัญญัติการป้องกันการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ค.ศ. 1993 มาตรา 2 (1) (i) ของประเทศญี่ปุ่นระบุว่า การแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม คือ การสร้างความสับสนแก่ผู้บริโภคที่มีต่อสินค้า และบริการของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น การจำหน่ายสินค้าเหมือนกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น การทำสัญญาที่ก่อให้เกิดการนำเข้า และส่งออกสินค้าที่สร้างความได้เปรียบต่อผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นมากเกินสมควร[92] จึงกล่าวได้ว่า การแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเกิดจากการสร้างความสับสนแก่ผู้บริโภคที่มีต่อสินค้า และบริการของผู้ประกอบการรายอื่น การจำหน่ายสินค้าเหมือนกับผู้ประกอบการรายอื่น รวมถึงการกระทำใด ๆ ที่สร้างความได้เปรียบต่อผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่สามารถทำได้ตามพระราชบัญญัติการป้องกันการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ค.ศ. 1993 มาตรา 2 (1) (i) ของประเทศญี่ปุ่น จากการที่พระราชบัญญัติการป้องกันการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ค.ศ. 1993 มาตรา 2 (1) (i) ของประเทศญี่ปุ่นให้ความคุ้มครองการกระทำที่ทำให้เกิดการแข่งขันทางการค้าจากการกีดกัน ส่งผลให้การใช้เสรีภาพในการแสดงออกเพื่อประโยชน์ทางการค้าโดยไม่ได้เข้าถึงความลับทางการค้าของผู้อื่นไม่เป็นการละเมิดความลับทางการค้า และเป็นข้อยกเว้นของการละเมิดความลับทางการค้าจากกฎหมายแข่งขันทางการค้า และพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 50 ของประเทศไทยระบุว่า ผู้ทรงสิทธิในความลับทางการค้าต้องไม่กำหนดเงื่อนไขที่ก่อให้เกิดข้อจำกัดในการประกอบกิจการของผู้อื่น[93] มาตรา 55 ระบุว่า ห้ามผู้ทรงสิทธิในความลับทางการค้ากำหนดเงื่อนไขที่มีลักษณะผูกขาดทางธุรกิจ[94] และมาตรา 57 ระบุว่า ห้ามใช้

[91] Article 6 Paragraph 1 of Dutch Competition Act 1997

[92] Article 2 (1) (i) of Unfair Competition Prevention Act 1993

[93] มาตรา 50 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พุทธศักราช 2560

[94] มาตรา 55 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พุทธศักราช 2560

อำนาจต่อรองทางการค้าที่เหนือกว่าอย่างไม่เป็นธรรม และกีดกันการประกอบธุรกิจ[95] ซึ่งข้อยกเว้นการละเมิดความลับทางการค้าจากกฎหมายแข่งขันทางการค้าก่อให้เกิดการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ การพัฒนาเทคโนโลยีและนวัตกรรม และเพื่อป้องกันการผูกขาดอันเกิดจากพฤติกรรมการค้าที่ไม่เป็นธรรม อันส่งผลให้ผู้บริโภคสามารถเลือกซื้อสินค้าได้อย่างหลากหลาย มีคุณภาพ และราคาถูก[96]

ดังนั้น ข้อยกเว้นจากกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีสาระสำคัญ คือ การให้ความคุ้มครองกระทำที่ทำให้เกิดการแข่งขันทางการค้าจากการกีดกัน ส่งผลให้การกระทำที่ทำให้เกิดการแข่งขันทางการค้า โดยไม่ได้เข้าถึงความลับทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจคนอื่นเป็นข้อยกเว้นจากการละเมิดความลับทางการค้าภายใต้กฎหมายแข่งขันทางการค้า ในกรณีของปมปริศนาในนวนิยายที่เป็นความลับทางการค้า การกระทำที่ทำให้เกิดการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเกิดจากการกีดกันไม่ให้นักเขียนรายอื่นเขียนนวนิยายแนวเดียวกับนักเขียนรายใดรายหนึ่ง เช่น คดีที่นักเขียนนวนิยายเรื่องไฟพระจันทร์เป็นโจทก์ฟ้องนักเขียนนวนิยายเรื่องหางเครื่องเป็นจำเลยในคดีละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อกีดกันไม่ให้จำเลยเผยแพร่นวนิยายแนวเดียวกับตัวเองในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6656/2549[97]

3. เงื่อนไขการสูญเสียการเป็นความลับที่เหมาะสมกับปมปริศนาในนวนิยายภายใต้กฎหมายความลับทางการค้า

ปมปริศนาในนวนิยายที่ยังไม่เฉลยคำตอบ และเหตุผลของคำตอบเป็นความลับตามธรรมชาติที่เกิดจากความซับซ้อนยากต่อการทำความเข้าใจ ซึ่งเป็นมาตรการรักษาความลับตามธรรมชาติ และมีมูลค่าทางการค้าที่เกิดจากความอยากรู้อยากเห็นของผู้อ่านเป็นความลับทางการค้ารูปแบบหนึ่ง ซึ่งเป็นไปตามกฎการรักษาความลับของ Thurston ที่กล่าวว่า ไม่มีความลับ ไม่มีปมปริศนา (No Secret, No Clue.)[98] ส่งผลให้ปมปริศนาในนวนิยายที่มีการรักษาไว้เป็นความลับ

---

[95] มาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พุทธศักราช 2560

[96] สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, “ความเป็นมาของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทย” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://www.tcct.or.th/view/1/Background_of_Thai_Trade_Competition_Law/TH-TH [12 กรกฎาคม 2564]

[97] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6656/2549

[98] ตามกฎของ Thurston ข้อ 1 ห้ามเปิดเผยวิธีการเล่นมายากลที่เป็นความลับ มายากลที่สูญเสียการเป็นความลับไม่ใช่มายากลอีกต่อไป ดังคำที่ว่า “ไม่มีความลับ ไม่มีมายากล” (No Secret, No Magic) ผู้วิจัยจึงนำกฎของ Thurston มาปรับใช้กับการรักษาความลับของปมปริศนาในนวนิยายที่เป็นความลับตามธรรมชาติเหมือนกัน และปรับวลีจากคำว่า “ไม่มีความลับ ไม่มีมายากล” (No Secret, No Magic) เป็น “ไม่มีความลับ ไม่มีปมปริศนา” (No Secret, No Clue.) ให้เข้ากับบริบทของการนำกฎของ Thurston ข้อ 1 มาปรับใช้กับการรักษาความลับของปมปริศนาในนวนิยาย

ซึ่งบุคคลทั่วไปยังไม่รับรู้คำตอบของปมปริศนา มูลค่าทางการค้าตราบเท่าที่ยังเป็นความลับ และผู้ทรงสิทธิของปมปริศนาในนวนิยายได้ใช้มาตรการรักษาความลับที่เหมาะสม ไม่ว่ามาตรการรักษาความลับนั้นจะเป็นมาตรการรักษาความลับตามธรรมชาติ หรือมาตรการรักษาความลับที่ผู้ทรงสิทธิกำหนดขึ้นเป็นความลับทางการค้าตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 3

จึงกล่าวได้ว่า ปมปริศนาในนวนิยายที่ยังไม่เฉลยคำตอบ และเหตุผลของคำตอบเป็นความลับโดยมีความซับซ้อนยากต่อการทำความเข้าใจเป็นมาตรการรักษาความลับตามธรรมชาติ และมีมูลค่าทางการค้าจากความอยากรู้อยากเห็นของผู้อ่าน การละเมิดปมปริศนาในนวนิยายที่เป็นความลับทางการค้าจึงเกิดจากการเปิดเผยคำตอบ และเหตุผลของคำตอบที่ส่งผลให้ปมปริศนาในนวนิยายสูญเสียการเป็นความลับ[99] ซึ่งพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 6 วรรคแรก ระบุว่า การละเมิดจากการเปิดเผยความลับ คือ การเปิดเผย เอาไป หรือใช้ความลับทางการค้าโดยไม่ได้รับการยินยอมจากเจ้าของความลับทางการค้า[100] ส่งผลให้การเปิดเผยคำตอบ และเหตุผลของคำตอบของปมปริศนาในนวนิยายที่เป็นการละเมิดความลับทางการค้าหมายความรวมถึงการลอกเลียนปมปริศนาในนวนิยายที่ยังไม่มีการเผยแพร่ (Plagiarism) และการนำสาระสำคัญในเนื้อเรื่องของนวนิยายที่ยังไม่มีการเผยแพร่ไปบอกต่อให้คนอื่นรู้ (Spoil) รวมถึงการเปิดเผยคำตอบ และเหตุผลของคำตอบของปมปริศนาที่เพียงพอต่อการให้คนทั่วไปเข้าใจคำตอบของปมปริศนา

อย่างไรก็ตาม การค้นพบโดยอิสระ ไม่ว่าจะเป็นการแสดงความคิดเห็นเชิงวิจารณ์ต่อนวนิยาย (Review) การเขียนนวนิยาย Fan Fiction เพื่อคาดเดาคำตอบ และเหตุผลของคำตอบของปมปริศนาในนวนิยาย รวมถึงการนำสาระสำคัญในเนื้อเรื่องของนวนิยายที่มีการเผยแพร่แล้วไปบอกต่อให้คนอื่นรู้ (Spoil) และการทำวิศวกรรมย้อนกลับ (Reverse Engineering) เพื่อพิสูจน์ความถูกต้องในคำตอบของปมปริศนาตามเบาะแสที่ปรากฏในนวนิยาย โดยไม่เข้าถึงคำตอบของปมปริศนาในนวนิยายของนักเขียนนวนิยายคนอื่น ไม่เป็นการละเมิดปมปริศนาในนวนิยายพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 7 เนื่องจาก มนุษย์ทุกคนมีเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิดที่นำมาสู่การคิดค้นสร้างสรรค์ นอกจากนี้ ปมปริศนาที่เฉลยคำตอบไปแล้วไม่เป็นความลับ

---

[99] ปมปริศนาในนวนิยายยิ่งมีความซับซ้อนมากเท่าไร การเป็นความลับตามธรรมชาติตามกฎการรักษาความลับของ Thurston ยิ่งแข็งแรงมากขึ้น ตราบเท่าที่เจ้าของความลับไม่เปิดเผยข้อมูลที่มีความซับซ้อนด้วยตัวเอง ผู้อื่นไม่มีทางรู้ข้อมูลที่ซับซ้อนนั้น ในทางกลับกัน หากนำเสนอปมปริศนาในนวนิยายที่เหมือนกับนวนิยายเรื่องอื่น ปมปริศนานั้นมีความเสี่ยงต่อการเปิดเผยมาก เนื่องจากการนำเสนอปมปริศนารูปแบบเดิมเป็นครั้งที่ 2 เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎการรักษาความลับ ซึ่งปรับใช้จากกฎของ Thurston ข้อที่ 2 ที่มีสาระสำคัญว่า ห้ามนำเสนอปมปริศนารูปแบบเดิมเป็นครั้งที่ 2 เพราะผู้อ่านอาจจะหารูปแบบของปมปริศนาที่ใช้แล้วมาเปรียบเทียบเพื่อหาคำตอบของปมปริศนานั้นได้

[100] มาตรา 6 วรรคแรก พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พุทธศักราช 2545

ตามธรรมชาติอีกต่อไป การนำเสนอปมปริศนารูปแบบเดิมเป็นครั้งที่ 2 เหมือนการแสดงมายากลซ้ำเป็นครั้งที่ 2 เป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎการรักษาความลับของ Thurston ที่ทำให้ผู้ชมสามารถจับผิดได้ และมีความเสี่ยงที่ทำให้มีการเปิดเผยความลับ ซึ่งทำให้ผู้ชมสูญเสียความอยากรู้อยากเห็นต่อมายากล ด้วยเหตุนี้ การค้นพบคำตอบของปมปริศนาในนวนิยายที่มีโครงเรื่องเหมือนนวนิยายเรื่องอื่นที่เผยแพร่แล้วจึงไม่เป็นการละเมิดปมปริศนาในนวนิยายที่เป็นความลับทางการค้า

ดังนั้น ปมปริศนาในนวนิยายจะสิ้นสุดจากการเป็นความลับเมื่อมีการเฉลยคำตอบ และเหตุผลของคำตอบของปมปริศนาในนวนิยาย การเปิดเผยคำตอบ และเหตุผลของคำตอบของปมปริศนาก่อนที่นักเขียนนวนิยายที่เป็นผู้ทรงสิทธิจะเฉลยคำตอบของปมปริศนา โดยมีเจตนาทำให้นักเขียนนวนิยายได้รับความเสียหายทางการค้าจึงเป็นการละเมิดความลับทางการค้าตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 6

4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

4.1 บทสรุป

จากการศึกษาเรื่องการคุ้มครองปมปริศนาในนวนิยายภายใต้กฎหมายความลับทางการค้าภายใต้พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ของประเทศไทย ประมวลกฎหมายแห่งสหรัฐอเมริกา ลักษณะ 18 บทที่ 90 ความคุ้มครองความลับทางการค้า (United State Code Title 18 Chapter 90 : Protection of Trade Secrets) ของประเทศสหรัฐอเมริกา ข้อบังคับความคุ้มครองความลับทางการค้า ค.ศ. 2018 (Trade Secrets (Enforcement, etc.) Regulations 2018) ของประเทศอังกฤษ พระราชบัญญัติความลับทางการค้า ค.ศ. 2018 (Dutch Trade Secret Act 2018) ซึ่งเป็นกฎหมายความลับทางการค้าของประเทศเนเธอร์แลนด์ พระราชบัญญัติต่อต้านการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ค.ศ. 1993 (Unfair Competition Prevention Act 1993) ซึ่งเป็นกฎหมายความลับทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น และความตกลงระหว่างประเทศจากข้อตกลงทริปส์ (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights : TRIPs Agreement) ซึ่งเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา กฎหมายของสหภาพยุโรปที่ 2016/943 ว่าด้วยความคุ้มครองความลับทางการค้า (EU Trade Secret Directive 2016/943) ซึ่งเป็นมาตรฐานขั้นต่ำของการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าจากสหภาพยุโรป กรอบความตกลงว่าด้วยความร่วมมือด้านทรัพย์สินทางปัญญาของอาเซียน (ASEAN Framework Agreement on Intellectual Property Cooperation)

ผู้วิจัยพบว่า เงื่อนไขการสิ้นสุดจากการเป็นความลับที่เหมาะสมกับปมปริศนาในนวนิยายภายใต้กฎหมายความลับทางการค้า คือ การสิ้นสุดจากการเป็นความลับที่เกิดจากการเฉลยคำตอบและเหตุผลของคำตอบ เนื่องจากปมปริศนาในนวนิยายเป็นความลับตามธรรมชาติตามกฎของ Thurston ซึ่งปมปริศนาในนวนิยายที่เป็นความลับมีมูลค่าทางการค้าจากการสร้างความอยากรู้อยากเห็นต่อผู้อ่าน อีกทั้งความซับซ้อนยากต่อการคาดเดาคำตอบ และเหตุผลของคำตอบเป็นมาตรการรักษาความลับตามธรรมชาติ ซึ่งพระราช บัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 3 ไม่มีนิยามเกี่ยวกับความลับตามธรรมชาติ และไม่มีคำนิยามเกี่ยวกับมาตรการรักษาความลับ ซึ่งตัวอย่างของมาตรการรักษาความลับที่ปรากฏในปัจจุบันเป็นมาตรการรักษาความลับที่ผู้ทรงสิทธิเป็นผู้กำหนด หากในพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 3 มีคำนิยามเกี่ยวกับความลับตามธรรมชาติที่มาจากกฎการรักษาความลับของ Thurston และคำนิยามเกี่ยวกับมาตรการรักษาความลับย่อมสามารถทำให้การตีความเกี่ยวกับมาตรการรักษาความลับมีความชัดเจนมากขึ้น อีกทั้งการละเมิดปมปริศนาตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 6 วรรคแรก รวมถึงการลอกเลียนปมปริศนา ซึ่งเป็นการใช้ประโยชน์โดยไม่สุจริตที่เกิดจากการเข้าถึงปมปริศนาของผู้อื่น แต่พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 6 วรรคแรก ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับการละเมิดความลับทางการค้าจากการลอกเลียนความลับทางการค้า หากในพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการละเมิดความลับทางการค้าที่เกิดจากการลอกเลียนความลับทางการค้าย่อมสามารถทำให้การตีความเกี่ยวกับการละเมิดปมปริศนาที่เป็นความลับทางการค้าจากการลอกเลียนความลับทางการค้ามีความชัดเจนมากขึ้น

4.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาเรื่องการคุ้มครองปมปริศนาในนวนิยายภายใต้กฎหมายความลับทางการค้า ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะ 4 ประการดังต่อไปนี้

ประการแรก กำหนดนิยามคำว่า “ความลับตามธรรมชาติ” ในพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 3 หมายถึง “ข้อมูลที่มีความซับซ้อน และยากต่อการทำความเข้าใจ ซึ่งสามารถเป็นมาตรการรักษาความลับตามธรรมชาติตราบเท่าที่คนทั่วไปยังไม่เข้าใจความหมายที่แท้จริงของข้อมูลที่เป็นความลับตามธรรมชาติ” โดยอ้างอิงจากการเป็นความลับตามธรรมชาติตามกฎการรักษาความลับของ Thurston

ประการที่สอง กำหนดนิยามคำว่า “มาตรการรักษาความลับ” ในพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 3 หมายถึง “มาตรการที่ทำให้คนทั่วไปเข้าถึงข้อมูลได้ยาก เช่น การ

เก็บรักษาบันทึกข้อมูลในตู้นิรภัย การกำหนดรหัสผ่านในการเปิดเอกสารที่เกี่ยวข้องกับความลับทางการค้า ทั้งนี้ มาตรการรักษาความลับหมายความรวมถึงมาตรการรักษาความลับตามธรรมชาติที่ปรากฏในข้อมูลที่เป็นความลับตามธรรมชาติ" โดยอ้างอิงจากตัวอย่างมาตรการรักษาความลับที่ผู้ทรงสิทธิกำหนดขึ้นที่ใช้ในปัจจุบัน

ประการที่สาม กำหนดนิยามคำว่า "มาตรการรักษาความลับตามธรรมชาติ" ในพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 3 หมายถึง "มาตรการที่ทำให้คนทั่วไปไม่สามารถเข้าใจข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้าโดยง่าย อันส่งผลให้ข้อมูลนั้นเป็นความลับตามธรรมชาติ ซึ่งการออกแบบข้อมูลอาจอยู่ในรูปแบบของรหัสลับที่ต้องใช้ทักษะในการตีความจึงจะเข้าใจ และนำไปใช้ประโยชน์ได้" โดยอ้างอิงจากการเป็นความลับตามธรรมชาติตามกฎการรักษาความลับของ Thurston

ประการที่สี่ เพิ่มเติมมาตรา 6/1 ในพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ที่มีใจความว่า "การละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าหมายความรวมถึงการลอกเลียนความลับทางการค้า ซึ่งเกิดจากการเข้าถึงข้อมูลโดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของความลับทางการค้า ซึ่งทำให้เกิดผลิตภัณฑ์ที่เหมือนกับผลิตภัณฑ์จากความลับทางการค้าของบุคคลอื่น อย่างไรก็ตาม หากเจ้าของความลับทางการค้าไม่สามารถพิสูจน์ให้เห็นถึงการเข้าถึงความลับทางการค้าของตนเองที่ทำให้เกิดการลอกเลียนความลับทางการค้าได้ การลอกเลียนนั้นมิให้ถือเป็นการละเมิดความลับทางการค้าจากการเข้าถึงความลับทางการค้า และการใช้ประโยชน์โดยไม่สุจริต"

การยกเลิกความผิดทางอาญากรณีนายจ้างไม่จ่ายเงินตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ให้แก่ลูกจ้าง*

Abolition of Criminal Offenses in Case Employers Fail to Pay Money under the Labor Protection Act B.E. 2541 to Employees

ชลนที หนูบุญ

Chonnathee Nooboon

นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10300
LL.M Candidate
Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330
Corresponding author E-mail: nooboon95@hotmail.com
(Received: June 15, 2023; Revised: July 19, 2023; Accepted: July 20, 2023)

บทคัดย่อ

สัญญาจ้างแรงงาน โดยหลักแล้วเป็นสัญญาซึ่งอยู่บนพื้นฐานสัญญาทางแพ่ง ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 6 จ้างแรงงาน ตั้งแต่มาตรา 575 ถึงมาตรา 586 โดยมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาจะเป็นกรณีลูกจ้างตกลงทำงานให้นายจ้าง และนายจ้างก็ตกลงจ่ายสินจ้าง หรือค่าจ้างให้แก่ลูกจ้างตลอดเวลาที่ทำงานให้ ซึ่งนอกจากค่าจ้างแล้วนายจ้างก็อาจต้องจ่ายค่าล่วงเวลา ค่าทำงานในวันหยุด ค่าล่วงเวลาในวันหยุด และเงินที่นายจ้างมีหน้าที่ต้องจ่ายตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ให้แก่ลูกจ้างให้ถูกต้องและตามกำหนดเวลาด้วย โดยเงินดังกล่าวในบทความนี้จะขอเรียกว่า “ค่าตอบแทนในการทำงาน” เนื่องจากเป็น “เงินที่ลูกจ้างได้รับเพื่อตอบแทนจากการทำงานทั้งสิ้น” ซึ่งหากนายจ้างไม่จ่ายค่าตอบแทน

---

* บทความวิจัยนี้เป็นส่วนหนึ่งและเรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง “การยกเลิกความผิดทางอาญากรณีนายจ้างไม่จ่ายเงินตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ให้แก่ลูกจ้าง” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ในการทำงานให้ถูกต้องและเป็นไปตามกำหนดเวลา ก็เท่ากับว่านายจ้างกระทำผิดสัญญา อย่างไรก็ตาม การผิดสัญญาจ้างแรงงานในกรณีไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลา แม้ว่าจะเป็นความผิดทางแพ่ง แต่ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 กลับกำหนดให้ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดอาญา ซึ่งต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ อย่างไรก็ดี กรณีดังกล่าวลูกจ้างส่วนใหญ่มิได้ประสงค์จะให้มีการดำเนินคดีอาญากับนายจ้าง เพียงแต่ประสงค์จะเรียกร้องค่าจ้างตามสิทธิพึงได้เท่านั้น ซึ่งหากมีการลงโทษอาญานายจ้างแล้วลูกจ้างก็ยังคงต้องดำเนินการเรียกร้องผ่านกระบวนการต่าง ๆ อยู่เช่นเดิม ได้แก่ การฟ้องคดีต่อศาลแรงงานหรือยื่นคำร้องต่อพนักงานตรวจแรงงาน ซึ่งมิได้มีส่วนใดเกี่ยวข้องกับกระบวนการทางอาญาเลย นอกจากนี้ ความผิดดังกล่าวยังไม่อยู่บนพื้นฐานการกำหนดโทษหรือวัตถุประสงค์การลงโทษในทางอาญา ยิ่งไปกว่านั้น ยังอาจจะขัดกับหลักการในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 อีกด้วย เป็นผลให้เกิดกฎหมายอาญาเฟ้อ และก่อให้เกิดผลกระทบตามมาอย่างมากมาย ดังนั้น บทความนี้ จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อยกเลิกความผิดและโทษทางอาญาในความผิดฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลาและแสวงหาแนวทางอื่นในการจัดการกับความผิดดังกล่าวแทน เช่น การปรับเป็นพินัย เป็นต้น

คำสำคัญ : ค่าตอบแทนในการทำงาน, กฎหมายคุ้มครองแรงงาน, ความผิดอาญา

Abstract

The labor contract, fundamentally a civil law agreement, is governed by Sections 575 to 586 of the Civil and Commercial Code. This contract obligates the employee to work for the employer, who in return agrees to compensate the employee for all hours worked. Compensation may include wages or salaries, as well as overtime, holiday pay, holiday overtime, and other monetary benefits mandated by the Labor Protection Act B.E. 2541, which must be paid accurately and punctually. In this article, the compensation received by the employee is referred to as “Compensation for work.” Failure by the employer to pay this remuneration appropriately or on time constitutes a breach of the labor contract. Although this is considered a civil offense, under the Labor Protection Act B.E. 2541,

it is also subject to criminal penalties including imprisonment for a term not exceeding six months, a fine not exceeding one hundred thousand baht, or both. Typically, employees do not seek criminal prosecution of the employer; instead, they prefer to claim their wages as per their legal rights. Even if the employer is subject to criminal penalties, employees must still pursue their claims through conventional processes, such as filing a lawsuit in labor court or submitting a request to the labor inspector – all of these are independent of the criminal proceedings. It is crucial to note that these offenses aim not primarily at imposing punishment or serving as criminal penalties. Furthermore, these practices may contravene the principles of the 2017 Constitution of the Kingdom of Thailand, potentially leading to an over-inflation of criminal law and various adverse outcomes. Therefore, the objective of this article is to propose the abolition of criminal penalties for failing to pay remuneration properly or within the designated timeframe, and to explore alternative methods of addressing such offenses, such as non-criminal (Pinai) fines.

Keywords : Remuneration for Work, Labor Protection Law, Criminal Offenses

1. ความนำ

สัญญาจ้างแรงงาน โดยหลักแล้วเป็นสัญญาซึ่งอยู่บนพื้นฐานสัญญาทางแพ่ง ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 6 จ้างแรงงาน ตั้งแต่มาตรา 575 ถึงมาตรา 586 สำหรับสาระสำคัญของสัญญาจ้างแรงงานหรือลักษณะของสัญญาจ้างแรงงานนั้น มาตรา 575 บัญญัติว่า *“อันว่าจ้างแรงงานนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่าลูกจ้าง ตกลงจะทำงานให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่านายจ้าง และนายจ้างตกลงจะให้สินจ้างตลอดเวลาที่ทำงานให้”*[1] ดังนั้น จะเห็นได้ว่าวัตถุแห่งสัญญาจะเป็นกรณีที่ลูกจ้างตกลงทำงานให้นายจ้าง และนายจ้างก็ตกลงจ่ายสินจ้าง หรือค่าจ้างให้แก่ลูกจ้างตลอดเวลาที่ทำงานให้ ซึ่งนอกจากค่าจ้างแล้ว นายจ้างก็อาจต้องจ่ายค่าล่วงเวลา ค่าทำงานในวันหยุด ค่าล่วงเวลาในวันหยุด และเงินที่นายจ้างมีหน้าที่ต้องจ่ายตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ให้แก่ลูกจ้างให้ถูกต้องและตามกำหนดเวลาด้วย

[1] มาตรา 575 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 70 ได้วางหลักให้นายจ้างจ่ายค่าจ้าง ค่าล่วงเวลา ค่าทำงานในวันหยุด ค่าล่วงเวลาในวันหยุด และเงินที่นายจ้างมีหน้าที่ต้องจ่ายตามพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งกรณีที่มีการคำนวณค่าจ้างเป็นรายเดือน รายวัน รายชั่วโมง หรือเป็นระยะเวลาอย่างอื่นที่ไม่เกินหนึ่งเดือน หรือตามผลงานโดยคำนวณเป็นหน่วย ให้จ่ายเดือนหนึ่งไม่น้อยกว่าหนึ่งครั้ง เว้นแต่จะมีการตกลงกันเป็นอย่างอื่นที่เป็นประโยชน์แก่ลูกจ้าง ส่วนในกรณีอื่นให้จ่ายตามกำหนดเวลาที่นายจ้างและลูกจ้างตกลงกัน สำหรับค่าล่วงเวลา ค่าทำงานในวันหยุด ค่าล่วงเวลาในวันหยุด และเงินที่นายจ้างมีหน้าที่ต้องจ่ายตามพระราชบัญญัตินี้ให้จ่ายเดือนหนึ่งไม่น้อยกว่าหนึ่งครั้ง และในกรณีที่นายจ้างเลิกจ้างลูกจ้าง ให้นายจ้างจ่ายค่าจ้าง ค่าล่วงเวลา ค่าทำงานในวันหยุด ค่าล่วงเวลาในวันหยุด และเงินที่นายจ้างมีหน้าที่ต้องจ่ายตามพระราชบัญญัตินี้ ตามที่ลูกจ้างมีสิทธิได้รับ ให้แก่ลูกจ้างภายในสามวันนับแต่วันที่เลิกจ้าง[2] ซึ่งหากนายจ้างไม่จ่ายให้ถูกต้องและไม่เป็นไปตามกำหนดเวลา ก็เท่ากับว่านายจ้างผิดสัญญา

สำหรับค่าจ้าง ค่าล่วงเวลา ค่าทำงานในวันหยุด ค่าล่วงเวลาในวันหยุด และเงินที่นายจ้างมีหน้าที่ต้องจ่ายตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ในที่นี้ ผู้วิจัยจะขอใช้คำว่า “ค่าตอบแทนในการทำงาน” เรียกแทนเงินต่าง ๆ ข้างต้น เพื่อให้ง่ายต่อการเข้าใจ เนื่องจากเงินดังกล่าวนั้น ย่อมเป็น “เงินที่ลูกจ้างได้รับเพื่อตอบแทนจากการทำงานทั้งสิ้น”

อย่างไรก็ตาม การผิดสัญญาจ้างแรงงานในกรณีไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลา แม้ว่าจะเป็นความผิดทางแพ่ง แต่ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 กลับกำหนดให้ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดอาญา ซึ่งต้องระวางโทษปรับ หรือจำคุก หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามมาตรา 144 ซึ่งบัญญัติว่า *“นายจ้างผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ (1) ... มาตรา 70 ...”*[3]

เมื่อพิจารณาโทษของการกระทำความผิดเกี่ยวกับกรณีไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลา จะเห็นได้ว่าจะมีการบัญญัติโทษทางอาญาเอาไว้ด้วย ไม่ว่าจะเป็นโทษปรับหรือโทษจำคุก ซึ่งเป็นโทษที่หนักพอสมควร แต่หากพิจารณาให้ลึกซึ้งลงไป กลับพบว่ากรณีการกระทำความผิดเกี่ยวกับการไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลานั้น เป็นเพียง “การผิดสัญญาในทางแพ่ง” เท่านั้น เช่น หากเปรียบเทียบกับการทำสัญญาจ้างประดิษฐ์ตู้ใบหนึ่ง ซึ่งเป็นเอกเทศสัญญาประเภทหนึ่งเช่นเดียวกับสัญญาจ้าง

[2] มาตรา 70 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พุทธศักราช 2541

[3] มาตรา 124 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พุทธศักราช 2541

แรงงาน เรียกว่า สัญญาจ้างทำของ เมื่อถึงกำหนด ผู้รับจ้างนำตู้ไปส่งมอบให้แก่ผู้ว่าจ้าง แต่ผู้ว่าจ้างกลับไม่ส่งมอบเงินค่าจ้างให้แก่ผู้รับจ้าง ดังนั้น ผู้ว่าจ้างจึงเป็นผู้ผิดสัญญา คดีดังกล่าวเป็นเรื่องของการผิดสัญญาทางแพ่ง จึงต้องดำเนินคดีในทางแพ่ง นอกจากนี้ ลูกจ้างส่วนใหญ่มิได้ประสงค์จะให้มีการดำเนินคดีอาญากับนายจ้าง เพียงแต่ประสงค์จะเรียกร้องค่าจ้างตามสิทธิพึงได้เท่านั้น ซึ่งหากมีการลงโทษอาญานายจ้างแล้ว ลูกจ้างก็ยังคงต้องดำเนินการเรียกร้องผ่านกระบวนการต่าง ๆ อยู่เช่นเดิม ซึ่งการเรียกร้องค่าตอบแทนในการทำงานนั้น มิได้มีส่วนใดเกี่ยวข้องกับกระบวนการทางอาญาเลย เพียงแต่พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 กลับได้บัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้เป็นความผิดทางอาญาเพื่อข่มขู่นายจ้าง ซึ่งในความเป็นจริงแล้วนายจ้างจะไม่ถูกดำเนินคดีอาญาอย่างทันที แม้ว่ากฎหมายจะกำหนดให้เป็นความผิดอาญาเมื่อได้กระทำผิดก็ตาม เพราะยังมีกระบวนการอื่น ๆ ที่เป็นช่องทางให้นายจ้างหลุดพ้นจากการรับผิดดังกล่าว เช่น การฟ้องเพิกถอนคำสั่งพนักงานตรวจแรงงานต่อศาลแรงงาน เป็นต้น ทำให้นายจ้างไม่เกรงกลัวต่อโทษดังกล่าว หรือหากมีการดำเนินคดีอาญา ศาลก็แทบจะไม่ลงโทษจำคุกนายจ้าง กลับลงโทษปรับสถานเบา ในบางคราวอาจน้อยกว่าจำนวนเงินที่นายจ้างต้องจ่ายแก่ลูกจ้าง หรือหากมีการลงโทษจำคุก ก็เท่ากับเป็นการปิดโอกาสให้นายจ้างดำเนินกิจการต่อไป และลูกจ้างก็จะไม่ได้รับการเยียวยาอย่างที่กล่าวไปแล้ว นอกจากนี้ ความผิดดังกล่าวไม่อยู่บนพื้นฐานการกำหนดโทษหรือวัตถุประสงค์การลงโทษในทางอาญายิ่งไปกว่านั้น ยังอาจจะขัดกับหลักการในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 77 อีกด้วย เห็นได้ว่าการกำหนดโทษในลักษณะดังกล่าวเป็นผลให้เกิดกฎหมายอาญาเฟ้อและไม่เป็นไปตามทฤษฎีหรือหลักการทางกฎหมายอาญาใดเลย ซ้ำยังก่อให้เกิดผลกระทบตามมาอย่างมากมาย

2. ระเบียบวิธีวิจัย

วัตถุประสงค์ของการวิจัย สมมติฐานของการวิจัย ขอบเขตการศึกษาวิจัย วิธีดำเนินการวิจัย มีดังนี้

2.1 วัตถุประสงค์ของการวิจัย การศึกษาวิจัยนี้ได้กำหนดวัตถุประสงค์ไว้ 3 ประการ คือ

1) เพื่อศึกษาถึงแนวคิด ทฤษฎี และหลักกฎหมายของการกำหนดโทษทางอาญาในคดีแรงงานโดยเฉพาะกรณีการกระทำความผิดเกี่ยวกับการไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลา

2) เพื่อแสวงหาแนวทางยกเลิกโทษทางอาญากรณีนายจ้างกระทำความผิดฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลา

3) เพื่อแสวงหามาตรการอื่นแทนโทษอาญากรณีนายจ้างกระทำความผิดฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลา

2.2 สมมติฐานของการวิจัย การที่มาตรา 70 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ได้กำหนดให้นายจ้างที่ไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลาเป็นความผิดอาญานั้น จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวเป็นการนำโทษทางอาญามาใช้กับการกระทำที่ไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางอาญา ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 77 นอกจากนั้น ในทางปฏิบัติยังพบอีกว่า โทษทางอาญาที่นำมาใช้เพื่อลงโทษนายจ้างในกรณีดังกล่าวกลับไม่มีประสิทธิภาพ กล่าวคือ ไม่สามารถยับยั้งการกระทำผิดของนายจ้างได้ เนื่องจากสิ่งที่นายจ้างเกรงกลัวที่แท้จริงคือการดำเนินการเพื่อบังคับเอากับเงินหรือทรัพย์สินของนายจ้างมากกว่า ดังนั้น จึงสมควรยกเลิกความผิดทางอาญาในความผิดฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลาและแสวงหาแนวทางอื่นเพื่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์ที่มีประสิทธิภาพต่อไป

2.3 ขอบเขตการศึกษาวิจัย วิจัยฉบับนี้ มุ่งศึกษาการดำเนินคดีอาญานายจ้างฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลา ดังนั้น กฎหมายที่จะนำมาพิจารณา ได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยพิจารณาประกอบกับหลักการเกี่ยวกับสัญญาจ้างแรงงาน แนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญาและการกำหนดโทษทางอาญา รวมถึงอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ (ILO) การกำหนดโทษและการลงโทษนายจ้างฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลาของต่างประเทศ เช่น ประเทศเยอรมนี ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแคลิฟอร์เนีย) และประเทศออสเตรเลีย เป็นต้น

2.4 วิธีดำเนินการวิจัย งานวิจัยฉบับนี้ เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) มุ่งเน้นไปที่การวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) เป็นหลัก และเป็นการวิจัยเฉพาะกรณี (Case Study Research) โดยศึกษากรณีการลงโทษอาญานายจ้างฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลาเท่านั้น ดังนั้น จะดำเนินการศึกษาค้นคว้าและวิเคราะห์ข้อมูลจากตัวบทกฎหมายที่บัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้อง ทั้งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 วิทยานิพนธ์ บทความในวารสารกฎหมายต่าง ๆ ตลอดจนกฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งในประเทศและต่างประเทศ

3. แนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญา และการกำหนดโทษทางอาญา

ในหัวข้อนี้ ผู้วิจัยจะนำเสนอแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญาทั้งแนวคิดของนักนิติศาสตร์ในต่างประเทศและตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายไทย ว่าที่จริงแล้วกฎหมายอาญามีวัตถุประสงค์และความจำเป็นในการลงโทษอย่างไร เพื่อนำไปสู่การวิเคราะห์ว่า ความผิดฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลา สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญาหรือไม่ และสมควรจะกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาหรือไม่ อย่างไร

3.1 วัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญา[4] การลงโทษทางอาญามีวัตถุประสงค์หลัก ๆ 2 ประการ ดังนี้

1) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทน (Retributive Theory) ซึ่งเป็นทฤษฎีที่ลงโทษเพื่อให้บุคคลรับผิดชอบในการกระทำของตน เพราะมนุษย์มีเจตจำนงเสรี (Free Will) โดยเชื่อว่ามนุษย์มีเหตุผล (Rational) และมีอิสระที่จะกระทำการใด ๆ ก็ได้ภายใต้ความเชื่อและการตัดสินใจของตนเอง และเมื่อมนุษย์กระทำการใดแล้ว ก็ย่อมต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตน หากมนุษย์ตัดสินใจกระทำการในสิ่งที่ไม่ดีหรือฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ของสังคม มนุษย์ย่อมสมควรได้รับการตำหนิ ติเตียน หรือการลงโทษจากสังคมในลักษณะตาต่อตาฟันต่อฟัน โดยการลงโทษที่ชอบธรรมตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนจะต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 3 ประการ ได้แก่ ประการแรก ต้องเป็นการลงโทษเพื่อทดแทนความเสียหาย (Vindication) ให้แก่ผู้เสียหาย อันจะทำให้ผู้เสียหายหรือเหยื่อพอใจกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยจะต้องทำให้เหยื่อหรือผู้เสียหายจากการกระทำความผิดนั้นรู้สึกว่า ผู้กระทำความผิดได้รับการลงโทษในลักษณะเดียวกันกับการกระทำที่ตนได้รับ ประการที่สอง ต้องเป็นการลงโทษเพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรม (Fairness) ต่อสังคมส่วนรวม เพราะกฎหมายต้องคุ้มครองบุคคลทุกคนอย่างเท่าเทียมและเสมอภาคกัน ต้องไม่ยอมให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งเอาเปรียบบุคคลอื่นในสังคม ดังนั้น หากบุคคลใดฝ่าฝืนกฎหมาย ย่อมต้องถูกลงโทษ แม้ว่าบุคคลอื่นในสังคมจะไม่ได้เอาความก็ตาม เพื่อเป็นการคุ้มครองสังคมและผู้ที่ได้ปฏิบัติตามกฎหมาย และประการที่สาม ต้องเป็นการลงโทษที่ได้สัดส่วนกับความผิด (Proportionality of Punishment) โดยจำนวนโทษที่ผู้กระทำความผิดควรจะได้รับ จะต้องเท่ากับความเสียหายที่เขาได้กระทำลงจากการกระทำความผิดนั้น ประกอบกับความร้ายแรงของความเสียหายในทางการกระทำ และผลต่อสังคมอันเกิดจากการกระทำความผิดนั้นด้วย

[4] ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม, **หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางอาญา ภายใต้โครงการสนับสนุนสารสนเทศเพื่อการทำงานของสมาชิกรัฐสภา**, (กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2564), หน้า 14-17.

2) ทฤษฎีอรรถประโยชน์ (Utilitarian Theory) เป็นทฤษฎีที่มองในมุม “ประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการลงโทษ” โดยจะมองว่า “ผู้กระทำความผิด” จะได้ประโยชน์อะไรบ้างจากการลงโทษ รวมถึงบุคคลอื่น ๆ เช่น สังคมส่วนรวม จะได้ประโยชน์อย่างไรบ้างจากการลงโทษ ซึ่งไม่ได้มองว่าการลงโทษนั้นเป็นการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทนเพียงอย่างเดียว ซึ่งแตกต่างจากทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทน (Retributive Theory) ซึ่งจะมองจากมุม “ผู้เสียหาย” และ “สังคมส่วนรวม” เป็นหลัก โดยจะต้องมีการลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนโดยต้องทำให้ผู้เสียหายได้รับการเยียวยาและพึงพอใจกับการลงโทษ รวมถึงเป็นการคุ้มครองสังคมส่วนรวม เพราะมองว่าบุคคลย่อมเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย ดังนั้น หากผู้ใดฝ่าฝืนกฎหมาย ก็สมควรลงโทษเพื่อไม่ให้เอาเปรียบผู้ที่ปฏิบัติตามกฎหมาย โดยทฤษฎีอรรถประโยชน์มีวัตถุประสงค์หลัก 3 ประการ ได้แก่ ประการแรก การลงโทษเพื่อข่มขู่หรือยับยั้ง เป็นการลงโทษเฉพาะตัวไม่ให้ผู้กระทำความผิดลงมือกระทำความผิดฐานเดียวกันอีกและเกิดความหลาบจำ รวมถึงทำให้ผู้กระทำความผิดเกรงกลัวต่อโทษที่จะได้รับจนไม่กล้ากระทำความผิดอีก ขณะเดียวกันก็เป็นการยับยั้งไม่ให้ผู้อื่นกระทำความผิดเช่นกัน ประการที่สอง การลงโทษเพื่อแก้ไขหรือฟื้นฟูจิตใจผู้กระทำความผิด (Reformation and Rehabilitation) เป็นการลงโทษเพื่อให้ผู้กระทำความผิดลดความรู้สึกที่ต่อต้านกฎหมาย และกลับมามีความรู้สึกผิดชอบชั่วดีและเห็นด้วยกับการปฏิบัติตามกฎหมาย อีกทั้ง ยังเป็นการพยายามที่จะช่วยให้ผู้กระทำความผิดกลับคืนสู่สังคมและใช้ชีวิตในสังคมได้อย่างปกติสุข และประการที่สาม การลงโทษเพื่อตัดโอกาสไม่ให้ผู้นั้นกระทำความผิด (Incapacitation) เป็นการลงโทษเพื่อจะทำให้ผู้นั้นหมดความสามารถที่จะทำความผิดอีก กล่าวคือ เป็นการตัดช่องทางไม่ให้ผู้กระทำความผิดสามารถที่จะกลับมาทำความผิดได้อีก และทำให้สังคมสงบสุขและปลอดภัยจากการกระทำความผิด เช่น การจำคุกตลอดชีวิต การประหารชีวิต และการเนรเทศ เป็นต้น

3.2 แนวคิดในการกำหนดโทษทางอาญาตามแนวคิดของนักนิติศาสตร์ต่าง ๆ

ซึ่งผู้วิจัยได้หยิบยกเฉพาะแนวคิดสำคัญหลัก ๆ มานำเสนอ ดังนี้

1) แนวคิดในการกำหนดความผิดทางอาญาของ Herbert L. Packer ได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์ในการกำหนดขอบเขตของกฎหมายอาญา โดยรัฐจะต้องพิจารณาปัจจัยหลายประการในการพิจารณาว่า การกระทำใดควรบัญญัติให้เป็นความผิดทางอาญา ซึ่งอาจจะต้องพิจารณาจาก 6 ประการ[5] ดังนี้

[5] สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, **แนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายอาญา**, (เอกสารประกอบการสัมมนาเรื่องหลักเกณฑ์การกำหนดโทษทางอาญาในการตรากฎหมาย ณ โรงแรม เดอะเบอร์เคลีย์ ประตูน้ำ, 13 กันยายน 2560), หน้า 3-4.

(1) รัฐอาจกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดทางอาญาได้ก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นเป็นที่เห็นได้ชัดในสังคมหมู่มากว่าเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม และชนหมู่มากไม่อาจให้อภัยแก่การกระทำนั้น

(2) รัฐอาจกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดทางอาญาได้ก็ต่อเมื่อหากการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดทางอาญาแล้ว จะไม่ขัดกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษประการต่าง ๆ

(3) รัฐอาจกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดทางอาญาได้ก็ต่อเมื่อหากการกระทำนั้นเป็นการกระทำความผิดอาญาแล้ว จะไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป

(4) รัฐอาจกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดทางอาญาได้ก็ต่อเมื่อหากการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญาแล้ว จะมีการบังคับใช้เสมอภาคและเท่าเทียม

(5) รัฐอาจกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดทางอาญาได้ก็ต่อเมื่อหากใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำดังกล่าวแล้ว จะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถทั้งด้านคุณภาพและปริมาณ

(6) รัฐอาจกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดทางอาญาได้ก็ต่อเมื่อหากการกระทำนั้นไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่น ๆ แล้ว นอกจากการใช้กฎหมายอาญากับกรณีที่เกิดขึ้น

2) แนวคิดในการกำหนดความผิดทางอาญาของ Douglas Husak[6] ได้เสนอให้รัฐควรจะกำหนดให้การกระทำที่เป็นอันตรายหรือการกระทำที่มีความชั่วร้ายสำคัญเท่านั้นที่ควรจะกำหนดให้เป็นความผิดและถูกลงโทษในทางอาญา โดยมองว่าในปัจจุบันมีกฎหมายอาญาและมีการลงโทษทางอาญามากเกินไป ก่อให้เกิดปรากฏการณ์ที่เรียกว่า “กฎหมายอาญาเฟ้อ” ดังนั้น รัฐควรจะลงโทษเฉพาะการกระทำที่มีความชั่วร้ายในตัวของการกระทำนั้นเองเท่านั้น รัฐจะมาลงโทษเนื่องจากการกระทำที่คนส่วนใหญ่เห็นว่าการทำแล้วมีความผิดไม่ได้ เพราะเป็นการผลักภาระการพิสูจน์ให้แก่ผู้กระทำความผิดนั้นเกินสมควร และเป็นการยากที่จะพิสูจน์ให้เข้ากับหลักความชั่วร้าย ซึ่งเป็นหลักพื้นฐานในการกำหนดความผิดทางอาญา นอกจากนี้ การบัญญัติกฎหมายอาญาจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์อันสำคัญของรัฐ จะต้องบรรลุวัตถุประสงค์โดยตรงของรัฐ และจะต้องไม่เกินกว่าความจำเป็นในการบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาด้วย

---

[6] Douglas Husak, **การกำหนดความผิดทางอาญาเกินความจำเป็น : ขอบเขตของกฎหมายอาญา (Overcriminalization : The Limits of the Criminal Law)**, แปลโดย สำนักกิจการในพระดำริ พระเจ้าหลานเธอ พระองค์เจ้าพัชรกิติยาภา สำนักงานปลัดกระทรวงยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม (กรุงเทพมหานคร: กระทรวงยุติธรรม, 2560), หน้า 128-416.

3.3 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดและโทษทางอาญาตามกฎหมายไทย

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดและโทษทางอาญาตามมาตรา 77 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ประกอบพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 และคำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย เรื่อง การกำหนดโทษอาญาในกฎหมาย ผู้วิจัยเห็นว่า ในการกำหนดความผิดและโทษทางอาญาได้ต้องมีลักษณะสำคัญโดยสรุป 3 ประการ ดังนี้

ประการแรก จะกำหนดโทษทางอาญาได้ก็ต่อเมื่อเป็นความผิดที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของสังคมอย่างร้ายแรงหรือเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดภยันตรายต่อสังคม กล่าวคือ การจะกำหนดให้พฤติกรรมใดเป็นความผิดทางอาญาและควรจะถูกลงโทษในทางอาญาจะต้องมีลักษณะเป็นพฤติกรรมหรือการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อย ศีลธรรมอันดี หรือสังคมส่วนรวมอย่างร้ายแรง ไม่ว่าจะกระทบต่อร่างกาย จิตใจ หรือทรัพย์สิน หรือเป็นการกระทำที่ชั่วร้าย ป่าเถื่อน โหดเหี้ยม และก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อสังคม ดังนั้น หากการกระทำใดแม้ว่าจะกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่เป็นไปในลักษณะที่ไม่ร้ายแรงหรือเป็นการกระทำที่ไม่ได้ทารุณ โหดร้าย ก็ย่อมไม่ควรจะกำหนดให้การกระทำหรือพฤติกรรมดังกล่าวเป็นความผิดทางอาญา

ประการที่สอง การกำหนดให้ความผิดใดสมควรจะต้องลงโทษในทางอาญาก็ต้องให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษในทางอาญาด้วย ไม่ว่าจะเป็นทฤษฎีเพื่อการแก้แค้นทดแทน หรือทฤษฎีอรรถประโยชน์ เช่น การลงโทษเพื่อการข่มขู่ยับยั้งผู้กระทำความผิด การลงโทษเพื่อการฟื้นฟูจิตใจผู้กระทำความผิด เป็นต้น ดังนั้น หากการลงโทษทางอาญาใดไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษแล้วหรือไม่สามารถก่อให้เกิดการบรรลุผลซึ่งวัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญาได้ ก็ไม่ควรจะกำหนดให้การกระทำหรือพฤติกรรมนั้นเป็นความผิดทางอาญา

ประการที่สาม ต้องเป็นกรณีที่ไม่สามารถใช้มาตรการอื่นใดเพื่อใช้บังคับกฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพที่จะให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายได้ เช่น ไม่สามารถใช้มาตรการทางแพ่งหรือมาตรการในทางปกครองบังคับเอากับผู้กระทำความผิดได้ โดยหากใช้มาตรการทางแพ่งหรือมาตรการในทางปกครองหรือมาตรการอื่นใดที่สามารถบังคับเอากับผู้กระทำความผิดได้อย่างมีประสิทธิภาพเทียบเท่าหรือมากกว่าการลงโทษทางอาญาได้แล้ว ก็ไม่ควรจะใช้การลงโทษในทางอาญากับผู้กระทำความผิดดังกล่าว เพราะการลงโทษทางอาญาควรจะเป็นมาตรการท้ายที่สุดที่ไม่มีมาตรการอื่นใดในการลงโทษทดแทนได้อีก

4. ความผิดและโทษฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลา

ในหัวข้อนี้ ผู้วิจัยจะอธิบายถึงประวัติความเป็นมาในการกำหนดความผิดฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลาเป็นความผิดอาญา รวมถึงบทบัญญัติที่กำหนดความผิด และบทบัญญัติที่กำหนดโทษดังกล่าวไว้ด้วย

4.1 ประวัติความเป็นมา

กฎหมายแรงงานฉบับแรกที่บัญญัติเกี่ยวกับการจ่ายค่าตอบแทนในการทำงาน ได้แก่ พระราชบัญญัติแรงงาน พ.ศ. 2499 โดยมีการกล่าวถึงเฉพาะค่าจ้างเท่านั้น ซึ่งกำหนดให้ค่าจ้างที่คำนวณเป็นรายชั่วโมง รายวัน หรือรายสัปดาห์ นายจ้างจะต้องจ่ายค่าจ้างไม่น้อยกว่า 7 วันต่อ 1 ครั้ง หากเป็นรายปักษ์ จะต้องจ่ายไม่น้อยกว่าเดือนละ 2 ครั้ง ในระยะเวลาไม่เกิน 16 วันต่อครั้ง หากเป็นรายเดือน หรือรายปี จะต้องจ่ายไม่น้อยกว่าเดือนละ 1 ครั้ง หรือหากคำนวณค่าจ้างจากผลงานจะต้องจ่ายไม่น้อยกว่าเดือนละ 2 ครั้ง ในระยะเวลาไม่เกิน 16 วันต่อครั้ง ทั้งนี้ เว้นแต่นายจ้างและลูกจ้างจะได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่น[7] และมิได้กำหนดโทษทางอาญาเอาไว้ แต่มีการกำหนดสภาพบังคับ (Sanction) ในทางแพ่ง[8] คือ ให้นายจ้างเสียดอกเบี้ยให้แก่ลูกจ้างในระหว่างเวลาผิดนัดร้อยละสิบห้าต่อปี และในกรณีที่นายจ้างจงใจไม่คืนหรือไม่จ่ายเงินโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร เมื่อพ้นกำหนดเวลาเจ็ดวันนับแต่วันที่ถึงกำหนดคืนหรือจ่าย ให้นายจ้างเสียเงินเพิ่มให้แก่ลูกจ้างร้อยละสิบห้าของเงินที่ค้างจ่ายทุกระยะเวลาเจ็ดวัน ซึ่งในคราวประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 16 วันที่ 13 กันยายน พ.ศ. 2499 นายเทียม ไชยนันทน์ ได้เสนอให้มีการกำหนดความผิดอาญา แต่พลเอก เดช เดชประดิยุทธ รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงมหาดไทย ได้ให้ความเห็นดังว่า

“...ถ้านายจ้างผิดนัดในการจ่ายค่าจ้าง นายจ้างจะต้องเสียดอกเบี้ยให้แก่ลูกจ้างในระหว่างผิดนัดร้อยละ 15 ต่อปี และในวรรคสองก็ได้บัญญัติไว้ว่า ถ้านายจ้างจงใจผิดนัดในการจ่ายค่าจ้างโดยปราศจากข้ออ้างเมื่อพ้นเวลา 7 วันนับแต่วันถึงกำหนดจ่ายค่าจ้าง นายจ้างต้องจ่ายเพิ่มขึ้นให้แก่ลูกจ้างร้อยละ 15 ของเงินที่ค้างชำระทุกระยะเวลา 7 วัน ทั้งนี้ก็เข้าใจว่าจะเป็นการเพียงพอแล้ว เพราะการผิดสัญญาระหว่างลูกจ้างกับนายจ้างนั้น เป็นการผิดสัญญาทางแพ่ง ไม่ใช่ความอาญา การที่จะเอามาเป็นความอาญาให้เรียกว่าติดคุกติดตะรางกันนั้น ก็ยังไม่มีความสมควรนัก เพราะเหตุว่าเป็นการสัญญาระหว่างลูกจ้างกับผู้จ้าง ถ้าเผื่อว่าได้มีการฉ้อโกงกันมากกว่านั้นแล้ว

---

[7] มาตรา 32 พระราชบัญญัติแรงงาน พุทธศักราช 2499

[8] หยุด แสงอุทัย, “พระราชบัญญัติแรงงาน พ.ศ. 2499”, **รัฐสภาสาร**, 5, 13 (มีนาคม 2500), หน้า 9.

ก็ได้มีกฎหมายอาญาซึ่งในร่างประมวลกฎหมายอาญามาตรา 340 ตรีบัญญัติไว้แล้วว่า "ผู้ใดโดยทุจริตหลอกลวงบุคคลตั้งแต่ 10 คนขึ้นไปให้ประกอบการงานอย่างใด ๆ ให้แก่ตนหรือบุคคลที่สามโดยจะไม่ใช้ค่าแรงงานหรือค่าจ้างแก่บุคคลเหล่านั้น หรือโดยจะใช้ค่าแรงงานหรือค่าจ้างแก่บุคคลเหล่านั้นต่ำกว่าที่ตกลงกัน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ" อันนี้ก็เข้าใจว่าเป็นการเพียงพอแล้ว เพราะการที่กฎหมายอาญาบัญญัติไว้นี้ เนื่องจากเป็นการกระทบกระเทือนถึงความสงบของประชาชน แต่สำหรับลูกจ้างและนายจ้างที่ผิดสัญญากันไม่ได้จ่ายเงินเพราะไม่ได้มีการหลอกลวง ซึ่งเป็นความแพ่งนั้น ยังไม่ควรจะต้องได้รับความผิดทางอาญา เหตุนี้ทางรัฐบาลจึงเห็นว่ายังไม่ควรรับหลักการร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ตามที่ท่านสมาชิกผู้มีเกียรติเสนอมา"[9]

ต่อมาเมื่อมีการปฏิวัติ หัวหน้าคณะปฏิวัติ ได้มีประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 19 ลงวันที่ 31 ตุลาคม พ.ศ. 2501 ยกเลิกพระราชบัญญัติแรงงาน พ.ศ. 2499 หลังจากนั้นก็ได้มีประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 103 ลงวันที่ 16 มีนาคม พ.ศ. 2515 ยกเลิกประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 19 ลงวันที่ 31 ตุลาคม พ.ศ. 2501 จึงได้มีการกำหนดให้กรณีนายจ้างไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลาเป็นความผิดทางอาญาเป็นต้นมา จะเห็นได้ว่าประกาศของคณะปฏิวัติเป็นการออกกฎหมายโดยอำนาจของฝ่ายบริหารและไม่ได้ระบุเหตุผลในการออกกฎหมายดังกล่าว จึงไม่อาจทราบเหตุผลเบื้องหลังในการออกข้อกำหนดเช่นว่านั้นได้อย่างชัดเจน เพราะเป็นกฎหมายที่ออกบังคับใช้ด้วยความเร่งด่วน รวดเร็ว เพื่อแก้ปัญหาในช่วงใดช่วงหนึ่งเท่านั้น

4.2 ความผิดฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลา

ความผิดฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลาถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 70 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ซึ่งบัญญัติว่า

"มาตรา 70 ให้นายจ้างจ่ายค่าจ้าง ค่าล่วงเวลา ค่าทำงานในวันหยุด ค่าล่วงเวลาในวันหยุด และเงินที่นายจ้างมีหน้าที่ต้องจ่ายตามพระราชบัญญัตินี้ให้ถูกต้องและตามกำหนดเวลา ดังต่อไปนี้

(1) ในกรณีที่มีการคำนวณค่าจ้างเป็นรายเดือน รายวัน รายชั่วโมง หรือเป็นระยะเวลาอย่างอื่นที่ไม่เกินหนึ่งเดือน หรือตามผลงานโดยคำนวณเป็นหน่วย ให้จ่ายเดือนหนึ่งไม่น้อยกว่าหนึ่งครั้ง เว้นแต่จะมีการตกลงกันเป็นอย่างอื่นที่เป็นประโยชน์แก่ลูกจ้าง

[9] รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ชุดที่ 1 ครั้งที่ 16 สมัยประชุมสามัญ (วันที่ 13 กันยายน 2499), หน้า 107.

(2) ในกรณีที่มีการคำนวณค่าจ้าง นอกจาก (1) ให้จ่ายตามกำหนดเวลาที่นายจ้างและลูกจ้างตกลงกัน

(3) ค่าล่วงเวลา ค่าทำงานในวันหยุด ค่าล่วงเวลาในวันหยุด และเงินที่นายจ้างมีหน้าที่ต้องจ่ายตามพระราชบัญญัตินี้ให้จ่ายเดือนหนึ่งไม่น้อยกว่าหนึ่งครั้ง

ในกรณีที่นายจ้างเลิกจ้างลูกจ้าง ให้นายจ้างจ่ายค่าจ้าง ค่าล่วงเวลา ค่าทำงานในวันหยุด ค่าล่วงเวลาในวันหยุด และเงินที่นายจ้างมีหน้าที่ต้องจ่ายตามพระราชบัญญัตินี้ ตามที่ลูกจ้างมีสิทธิให้แก่ลูกจ้างภายในสามวันนับแต่วันที่เลิกจ้าง"[10]

จะเห็นได้ว่า ความผิดฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลา ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 70 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 นั้น ในมาตราดังกล่าวมิได้กล่าวถึงเฉพาะค่าจ้างไว้เท่านั้น ยังกล่าวถึงค่าล่วงเวลา ค่าทำงานในวันหยุด ค่าล่วงเวลาในวันหยุด และเงินที่นายจ้างมีหน้าที่ต้องจ่ายตามพระราชบัญญัตินี้ให้ถูกต้องและตามกำหนดระยะเวลาด้วย โดยกรณีที่มีการคำนวณค่าจ้างเป็นรายเดือน รายวัน หรือรายชั่วโมง ต้องจ่ายค่าจ้างให้เดือนหนึ่งไม่น้อยกว่า 1 ครั้ง แต่หากมีการคำนวณนอกเหนือจากระยะเวลาดังกล่าวก็ให้จ่ายตามที่ตกลงกัน สำหรับค่าล่วงเวลา ค่าทำงานในวันหยุด ค่าล่วงเวลาในวันหยุด และเงินที่นายจ้างมีหน้าที่ต้องจ่ายตามพระราชบัญญัตินี้ให้จ่ายเดือนหนึ่งไม่น้อยกว่า 1 ครั้ง นอกจากนี้ในกรณีที่นายจ้างเลิกจ้างลูกจ้างก็ให้นายจ้างจ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้แก่ลูกจ้างภายใน 3 วันนับแต่วันที่เลิกจ้าง

4.3 บทกำหนดโทษฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลา

กฎหมายได้กำหนดโทษกรณีนายจ้างไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลาไว้ในมาตรา 144 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ซึ่งบัญญัติว่า

"มาตรา 144 นายจ้างผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(1) ... มาตรา 70 ...[11]

ฯลฯ"

---

[10] มาตรา 70 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พุทธศักราช 2541

[11] มาตรา 144 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พุทธศักราช 2541

จากบทบัญญัติข้างต้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายกำหนดให้นายจ้างผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 70 ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้นายจ้างจ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องและจ่ายตามกำหนดระยะเวลานั้น หากนายจ้างผู้ใดฝ่าฝืนจะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

4.4 สถิติคดีแรงงาน

ในปี พ.ศ. 2561 มีลูกจ้างมายื่นคำร้องต่อพนักงานตรวจแรงงานทั่วประเทศ จำนวน 10,668 เรื่อง ปี พ.ศ. 2562 จำนวน 12,174 เรื่อง และปี พ.ศ. 2563 จำนวน 14,096 เรื่อง โดยส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องค่าชดเชยและค่าจ้าง รวมถึงค่าล่วงเวลา ซึ่งเป็นกรณีที่ลูกจ้างยื่นคำร้องเกี่ยวกับสิทธิในเรื่องของเงินที่ลูกจ้างมีสิทธิได้รับเกือบทั้งสิ้น เป็นที่น่าตั้งข้อสังเกตว่าคดีพิพาทเกี่ยวกับแรงงาน โดยเฉพาะคดีเกี่ยวกับสิทธิได้รับเงินอย่างหนึ่งอย่างใดของลูกจ้างมีจำนวนมากพอสมควร นอกจากนี้ กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงานได้ดำเนินคดีอาญานายจ้างกรณีไม่ปฏิบัติตามคำสั่งพนักงานตรวจแรงงานที่สั่งเกี่ยวกับสิทธิได้รับเงินอย่างหนึ่งอย่างใดของลูกจ้าง ระหว่างวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2561 ถึงวันที่ 31 ธันวาคม พ.ศ. 2563 จำนวน 3 ปี มีการเปรียบเทียบปรับไปจำนวน 2,197 คดี เป็นเงิน 22,457,129.57 บาท ซึ่งคดีเป็นอันเลิกกัน แต่หากนายจ้างรายใดไม่ยินยอมให้เปรียบเทียบปรับ พนักงานตรวจแรงงานจะดำเนินคดีทางพนักงานสอบสวน ทั้งนี้ ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2561 – พ.ศ. 2563 ได้มีการดำเนินคดีทางพนักงานสอบสวนไปแล้ว จำนวน 3,443 คดี[12] ซึ่งจะเห็นได้ว่า แม้กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดอาญา แต่สถิติคดีแรงงานก็ยังมีมากพอสมควร

5. กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลาในต่างประเทศ

สำหรับหัวข้อนี้ ผู้วิจัยจะนำเสนอเกี่ยวกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลาในต่างประเทศ เช่น อนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับค่าตอบแทนในการทำงาน ได้แก่ อนุสัญญาฉบับที่ 95 ว่าด้วยการคุ้มครองค่าจ้าง ค.ศ. 1949 ว่ามีความสำคัญอย่างไร และมีลักษณะอย่างไร นอกจากนี้ จะอธิบายถึงกติการะหว่างประเทศ ว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ซึ่งได้บัญญัติรับรองสิทธิที่จะไม่ถูกจำคุกเพียงเพราะไม่มีเงินชำระหนี้ในทางแพ่งเอาไว้ ก่อนจะอธิบายเกี่ยวกับความผิดฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลาของประเทศเยอรมนี ประเทศสหรัฐอเมริกา

[12] กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน กระทรวงแรงงาน (ข้อมูลจากระบบรายงานผลการปฏิบัติงาน (Web Application) ของกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน ข้อมูล ณ วันที่ 16 มกราคม 2564)

ประเทศสหรัฐอเมริกา (รัฐแคลิฟอร์เนีย) ประเทศอังกฤษ และประเทศออสเตรเลีย ว่ามีลักษณะแตกต่างหรือเหมือนกับประเทศไทยหรือไม่ มีการกำหนดไว้อย่างไร และแก้ปัญหาความผิดเหล่านี้อย่างไร อันจะนำไปสู่การแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายไทยให้สอดคล้องต่อไป

5.1 อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 95 ว่าด้วยการคุ้มครองค่าจ้าง ค.ศ. 1949[13]

เป็นอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการจ่ายค่าจ้าง ซึ่งค่าจ้างตามอนุสัญญานี้ หมายถึง ค่าตอบแทนหรือรายได้ ไม่ว่าจะกำหนดหรือคำนวณอย่างไร โดยจะกำหนดเป็นเงินหรือสามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้โดยข้อตกลงร่วมกันหรือตามกฎหมายหรือข้อบังคับระดับประเทศ ซึ่งต้องจ่ายตามสัญญาจ้างที่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่เป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ โดยนายจ้างจ่ายให้แก่ลูกจ้างเพื่องานที่ทำหรืองานที่จะทำหรือสำหรับบริการที่ให้หรือจะดำเนินการ ดังนั้น ค่าจ้างตามอนุสัญญานี้ ไม่ได้หมายความเฉพาะถึงค่าจ้างปกติ แต่หมายรวมถึงค่าตอบแทนในการทำงานด้วย อย่างไรก็ตาม กรณีที่นายจ้างไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลา ข้อ 15 ของอนุสัญญาดังกล่าว ได้วางหลักไว้ว่า ต้องมีการกำหนดบทลงโทษที่เพียงพอหรือการเยียวยาที่เหมาะสมอื่น ๆ สำหรับการละเมิดบทบัญญัตินั้น ๆ มิได้กำหนดให้ต้องเป็นความผิดและถูกลงโทษในทางอาญา

5.2 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR)

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) ได้บัญญัติรับรองสิทธิที่จะไม่ถูกจำคุกเพียงเพราะไม่มีเงินชำระหนี้ในทางแพ่ง (Right to be Free from Imprisonment because of Inability to Fulfil Contractual Application)[14] ซึ่งเป็นข้อห้ามการจำคุก เนื่องจากไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ เป็นการคุ้มครองบุคคลจากการถูกจำคุกเป็นเพราะการไม่สามารถชำระหนี้ส่วนตัวหรือปฏิบัติตามเงื่อนไขสัญญาประเภทอื่นที่เป็นหนี้ของบุคคลหรือองค์กร โดยอาจเป็นกรณีที่ไม่สามารถชำระหนี้ส่วนตัวที่เป็นหนี้ต่อบุคคลหรือนิติบุคคล หรือไม่สามารถปฏิบัติตาม

---

[13] International Labour Organization, “C095 - Protection of Wages Convention, 1949 (No. 95),” [online] Available from : https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312240 [23 December 2021]

[14] Australian Government Attorney-General’s Department, “Prohibition on imprisonment for inability to fulfil a contract,” [online] Available from : https://www.ag.gov.au/rights-and-protections/human-rights-and-anti-discrimination/human-rights-scrutiny/public-sector-guidance-sheets/prohibition-imprisonment-inability-fulfil-contract [15 January 2022]

เงื่อนไขสัญญาประเภทอื่นที่เป็นหนี้ต่อบุคคลหรือองค์กร เช่น การให้บริการหรือการส่งมอบสินค้า เป็นต้น

5.3 ประเทศเยอรมนี[15]

ผู้วิจัยพบว่า มีเพียงประมวลกฎหมายแพ่งเท่านั้น ที่มีการกำหนดเรื่องการไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลาไว้เป็นการเฉพาะ แต่ถึงกระนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจะกล่าวถึงการจ้างแรงงานไว้อย่างกว้าง ๆ เช่นเดียวกับที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย โดยไม่ได้บัญญัติเรื่องคุ้มครองแรงงานแยกต่างหากอย่างชัดเจน เพราะกรณีต่าง ๆ ก็จะถูกไปบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะในแต่ละกฎหมาย เช่น หากกล่าวถึงการลาคลอดบุตร ก็จะถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายคุ้มครองการคลอดบุตร (Maternity Protection Act) หากเป็นกรณีเกี่ยวกับค่าจ้างขั้นต่ำก็จะถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายค่าจ้างขั้นต่ำ (Minimum Wage Act) เป็นต้น แต่ถ้าหากเป็นไปตามกฎหมายของไทย ก็จะรวมกรณีเหล่านี้เข้าไว้ด้วยกันซึ่งปรากฏในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจึงถือได้ว่าเป็นกฎหมายพื้นฐานที่กล่าวถึงการไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลา เนื่องจากถือว่าเป็นความสัมพันธ์ทางแพ่งในด้านสัญญาโดยตรง เพราะฉะนั้นไม่ว่าจะเป็นลูกจ้างในระบบ ซึ่งเป็นลูกจ้างหรือพนักงานทั่ว ๆ ไป รวมไปถึงผู้รับงานไปทำที่บ้านก็จะตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนี้ อย่างที่ได้กล่าวไปแล้วว่า ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเกี่ยวกับการจ้างจะครอบคลุมไปถึงลูกจ้างเกือบทุกประเภท ค่าตอบแทนในการทำงานตามบทบัญญัตินี้ จึงไม่ได้เป็นเพียงการจ้างแรงงานเช่นเดียวกับตามความหมายของพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ของไทยเท่านั้น แต่อาจรวมไปถึงการจ้างที่มีลักษณะอื่น ๆ ด้วย เช่น ผู้รับงานไปทำที่บ้าน โดยหากพิจารณาตามกฎหมายไทยแล้ว จะเห็นว่ามีพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้าน พ.ศ. 2553 ซึ่งกล่าวถึงลูกจ้างในลักษณะที่เป็นผู้รับงานไปทำที่บ้านไว้เฉพาะ โดยกำหนดให้แตกต่างจากลูกจ้างตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ดังนั้น หากเป็นผู้รับงานไปทำที่บ้านก็จะไม่ถือว่าเป็นลูกจ้างตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ได้มีการรวมเอาเรื่องทั่ว ๆ ไปเกี่ยวกับสัญญาจ้างและอาจรวมถึงสัญญาเกี่ยวกับการให้บริการด้วย ซึ่งได้บัญญัติเกี่ยวกับการจ้างไว้ ตั้งแต่มาตรา 611 ถึงมาตรา 630 โดยสรุปแล้ว เมื่อพิจารณากฎหมายเกี่ยวกับการจ้างตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ในมาตรา 612 ซึ่งกล่าวถึงค่าตอบแทนนั้น โดยทั่วไปแล้วค่าตอบแทนก็ต้อง

[15] Federal Ministry of Justice, “German Civil Code,” [online] Available from : https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/ [30 January 2022]

เป็นไปตามที่ได้ตกลงกัน แต่หากเป็นค่าจ้าง ก็ต้องเป็นไปตามอัตราค่าจ้างที่ได้ตกลงกันโดยไม่ต่ำกว่าอัตราค่าจ้างขั้นต่ำ แต่อย่างไรก็ตาม หากไม่ได้ตกลงเรื่องค่าตอบแทนเอาไว้อย่างชัดเจน ก็อาจจะถือได้ว่ามีการตกลงกันโดยปริยายโดยเทียบเคียงว่าในสถานการณ์นั้น ๆ ควรจะมีอัตราค่าตอบแทนอย่างไร ทั้งนี้ ค่าตอบแทนนั้นก็จะต้องจ่ายให้ทันทีหลังจากมีการให้บริการ ซึ่งหากมีการจ่ายเป็นช่วงเวลา ก็จะต้องจ่ายให้เมื่อครบกำหนดระยะเวลาดังกล่าว เป็นไปตามมาตรา 614 ประมวลกฎหมายแพ่ง

สำหรับการบังคับทางกฎหมายกรณีไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลาในประเทศเยอรมนีจะถือว่าเป็นความผิดทางแพ่งในฐานผิดสัญญา[16] ซึ่งคู่กรณีจะต้องไปใช้สิทธิในทางศาลเพื่อเรียกร้องค่าตอบแทนที่นายจ้างค้างชำระหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลา โดยจะต้องฟ้องคดีต่อศาลแรงงาน เนื่องจากศาลแรงงานมีอำนาจพิพากษาและพิจารณาคดีเกี่ยวกับแรงงานทั้งหมด ซึ่งหากเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับการไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลา ศาลจะใช้กระบวนการพิจารณาคดีที่มีการชี้ขาดในรูปแบบของคำพิพากษา และจะใช้วิธีการพิจารณาคดีอย่างคดีแพ่งทั่ว ๆ ไป เนื่องจากเป็นคดีพิพาทระหว่างนายจ้างและลูกจ้างตามสัญญาจ้าง ซึ่งคู่กรณีจะต้องนำเสนอพยาน หลักฐานต่อศาลและโน้มน้าวให้ศาลเชื่อในพยานหลักฐานที่ตนมี โดยท้ายที่สุดแล้วก็จะมีการประนีประนอมยอมความกัน แต่หากไม่สามารถประนีประนอมยอมความได้ศาลก็จะพิจารณาพิพากษาต่อไป และหากนายจ้างยังคงฝ่าฝืนก็จะใช้กระบวนการบังคับคดีในทางแพ่งบังคับเอาแก่นายจ้าง

อย่างไรก็ตาม ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนีได้กำหนดสภาพบังคับทางแพ่งเอาไว้เช่นเดียวกัน โดยกำหนดให้นายจ้างที่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานไม่เต็มจำนวนหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลาต้องเสียค่าปรับให้แก่ลูกจ้างเป็นเงินก้อน จำนวน 40 ยูโร และถือเป็นการชำระค่าเสียหายต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากการค้างชำระค่าตอบแทนเช่นว่านั้นในการดำเนินคดีไปในตัว

5.4 ประเทศสหรัฐอเมริกา[17]

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจ่ายค่าตอบแทนในการทำงานของรัฐบาลกลางของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้แก่ พระราชบัญญัติมาตรฐานแรงงานที่เป็นธรรม หรือ the Fair Labor Standards Act (FLSA) โดยการจ่ายค่าจ้างในประเทศสหรัฐอเมริกา หากมิได้ตกลงกันไว้ นายจ้างต้องจ่าย

---

[16] GORG YOUR BUSINESS LAW FIRM, “€ 40 Penalty for Late Payment of Wages and Salaries by Employers,” [online] Available from : https://www.goerg.de/en/insights/publications/21-03-2017/eu-40-penalty-for-late-payment-of-wages-and-salaries-by-employers [30 January 2022]

[17] Office of the Law Revision Counsel, “The Fair Labor Standards Act,” [online] Available from : https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title29/chapter8&edition=prelim [15 July 2022]

ค่าจ้างให้แก่ลูกจ้างไม่ต่ำกว่าอัตราค่าจ้างขั้นต่ำที่กำหนดไว้ และเป็นไปตามอัตราค่าจ้างขั้นต่ำที่แต่ละมลรัฐกำหนดด้วย ส่วนระยะเวลาในการจ่ายค่าจ้างให้แก่ลูกจ้าง มิได้มีการกำหนดตายตัว จึงเป็นไปตามที่แต่ละมลรัฐกำหนดด้วยเช่นเดียวกัน ส่วนค่าล่วงเวลา นายจ้างต้องจ่ายค่าล่วงเวลาให้แก่ลูกจ้างในอัตราไม่น้อยกว่าหนึ่งเท่าครึ่งของอัตราปกติที่ลูกจ้างได้รับ โดยอัตราปกติในที่นี้ หมายถึง อัตราค่าจ้างปกติที่ลูกจ้างได้รับการว่าจ้างโดยให้รวมค่าตอบแทนทั้งหมดสำหรับการจ้างงานที่จ่ายให้ลูกจ้าง แต่จะไม่รวมถึงเงินบางอย่าง เช่น เงินที่จ่ายเป็นของขวัญ เงินที่จ่ายเป็นคราว ๆ เมื่อไม่มีงานทำอันเนื่องมาจากการหยุดพักผ่อน วันหยุด การเจ็บป่วย การใช้ทุนหรือสิทธิใด ๆ เป็นไปโดยสมัครใจ เป็นต้น ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่า ค่าล่วงเวลา ก็จะคำนวณมาจากทั้งค่าจ้าง และค่าตอบแทนการทำงานอื่น ๆ อีกด้วย

สำหรับในส่วนของการลงโทษ จากการวิเคราะห์บทกำหนดโทษที่กำหนดไว้เพียงมาตราเดียวในพระราชบัญญัติมาตรฐานแรงงานที่เป็นธรรม หรือ the Fair Labor Standards Act (FLSA) ตามมาตรา 216 ผู้วิจัยขอแบ่งการกำหนดโทษออกเป็น 3 ประเภท ดังนี้

1) โทษทางอาญา กรณีนายจ้างฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 206 ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับค่าจ้างขั้นต่ำหรือมาตรา 207 ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับค่าล่วงเวลา ถือเป็นการกระทำต้องห้ามตามมาตรา 215 (a) (2) จะมีโทษทางอาญาตามมาตรา 216 (a) โดยวางหลักว่า ผู้ใดจงใจฝ่าฝืนบทบัญญัติใด ๆ ของมาตรา 215 ต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 10,000 เหรียญ หรือจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือทั้งจำทั้งปรับ แต่ห้ามมิให้จำคุกเว้นแต่ได้กระทำความผิดตามมาตรานี้มาแล้ว โดยนายจ้างจะถูกลงโทษตามบทบัญญัตินี้ก็ต่อเมื่อได้กระทำโดย “จงใจ” หรือมีเจตนาในการกระทำความผิดเท่านั้น

2) โทษทางแพ่ง ในประเทศสหรัฐอเมริกา หากนายจ้างฝ่าฝืนการจ่ายค่าจ้างตามมาตรา 206 รวมถึงค่าล่วงเวลาตามมาตรา 207 ในลักษณะซ้ำแล้วซ้ำเล่า นายจ้างต้องระวางโทษปรับทางแพ่งไม่เกิน 1,100 เหรียญ สำหรับการละเมิดแต่ละครั้ง ซึ่งเป็นมาตรการในการลงโทษทางแพ่ง

3) โทษทางปกครอง ในประเทศสหรัฐอเมริกา เลขาธิการแรงงานอาจกำหนดโทษทางปกครองใด ๆ ตามที่กฎหมายกำหนดได้ โดยการกำหนดโทษทางปกครองโดยเลขาธิการแรงงานให้ถือเป็นที่สุด

5.5 ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแคลิฟอร์เนีย)

บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการจ่ายค่าตอบแทนในการทำงานของรัฐแคลิฟอร์เนีย ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแรงงาน (Labor Code) โดยค่าจ้าง ได้แก่ ค่าจ้างรายชั่วโมง เงินเดือนประจำ ค่าคอมมิชชั่น ค่าจ้างตามอัตรารายชิ้น และค่าจ้างตามโครงการหรือผลงาน นอกจากนี้ คำว่า

ค่าจ้าง ยังหมายความรวมถึงผลประโยชน์ที่ลูกจ้างได้รับที่เป็นส่วนหนึ่งของค่าตอบแทน ซึ่งรวมถึงเงินต่าง ๆ ค่าห้อง ค่าอาหาร ค่าเสื้อผ้า ค่าจ้างในวันลาพักร้อน ค่าจ้างในวันลาป่วยอีกด้วย และผลประโยชน์อื่น ๆ ที่ลูกจ้างมีสิทธิเป็นส่วนหนึ่งของค่าตอบแทนของลูกจ้างด้วย ซึ่งโดยสรุปแล้ว สำหรับลูกจ้างทั่วไป นายจ้างต้องจ่ายค่าจ้างให้แก่ลูกจ้างตามที่ได้ตกลงกันซึ่งต้องไม่น้อยกว่าค่าจ้างขั้นต่ำ โดยต้องจ่ายค่าจ้างให้แก่ลูกจ้างอย่างน้อยเดือนละสองครั้ง ซึ่งนายจ้างต้องกำหนดวันจ่ายเงินเดือนตามปกติให้ลูกจ้างทราบก่อนที่จะจ่ายค่าจ้างครั้งแรก แต่ถ้าลูกจ้างได้รับค่าจ้างสองครั้งต่อเดือนและงวดงานที่ได้รับค่าจ้างคือวันที่ 1 ถึง 15 และวันที่ 16 ถึงสิ้นเดือน จะต้องจ่ายค่าจ้างที่ได้รับระหว่างวันที่ 1 ถึง 15 ของเดือน ต้องจ่ายระหว่างวันที่ 16 ถึง 26 ของเดือนเดียวกัน และค่าจ้างที่ได้รับระหว่างวันที่ 16 ถึงวันสุดท้ายของเดือน ต้องจ่ายระหว่างวันที่ 1 ถึง 10 ของเดือนถัดไป[18] ส่วนค่าล่วงเวลาที่ได้รับในระหว่างงวดงานจะต้องจ่ายไม่เกินวันจ่ายปกติสำหรับงวดการทำงานถัดไป[19]

สำหรับการลงโทษ สามารถแบ่งโทษออกเป็น 2 ลักษณะ ดังนี้

1) โทษทางแพ่ง[20] ในรัฐแคลิฟอร์เนีย กรณีที่นายจ้างไม่จ่ายค่าจ้างให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลา มาตรา 210 ได้กำหนดให้หากเป็นการฝ่าฝืนหรือละเมิดครั้งแรก นายจ้างต้องจ่ายค่าปรับจำนวน 100 ดอลลาร์สหรัฐ สำหรับการไม่จ่ายเงินให้ลูกจ้างแต่ละคน แต่หากนายจ้างฝ่าฝืนหรือละเมิดแต่ละครั้งต่อมา หรือการละเมิดโดยเจตนา นายจ้างต้องจ่ายค่าปรับจำนวน 200 ดอลลาร์สหรัฐ สำหรับการไม่จ่ายเงินให้ลูกจ้างแต่ละคน บวกกับร้อยละ 25 ของจำนวนเงินที่หักไว้โดยมิชอบด้วยกฎหมาย โดยทั่วไปแล้ว ค่าปรับเหล่านี้จะต้องชำระให้กับรัฐ แต่บางครั้งลูกจ้างสามารถขอคืนได้ถึงร้อยละ 25 ของค่าปรับโดยการฟ้องคดีภายใต้กฎหมายอัยการสูงสุด นอกจากนี้ ยังมีการลงโทษเพิ่มเติมที่เรียกว่า “โทษสำหรับการรอคอย (The Waiting Time Penalty)” เป็นการลงโทษกรณีที่นายจ้างจงใจไม่จ่ายค่าจ้างสุดท้ายเต็มจำนวนและตรงเวลาหลังจากการจ้างงานสิ้นสุดลง ค่าปรับสำหรับการรอคอยประกอบด้วยค่าจ้างเต็มวันสำหรับแต่ละวันที่จ่ายล่าช้า โดยเบี้ยปรับจะเกิดขึ้นต่อไปอีกนานถึง 30 วัน อย่างไรก็ดี นายจ้างจะถูกลงโทษทางแพ่งก็ต่อเมื่อ

---

[18] WORK LAWYERS SERVING CALIFORNIA, “The Law on Late & Unpaid Wage in California,” [online] Available from : https://www.worklawyers.com/late-unpaid-wages-california-law/ [2 May 2023]

[19] WORK LAWYERS SERVING CALIFORNIA, “The Law on Late & Unpaid Wage in California,” [online] Available from : https://www.worklawyers.com/late-unpaid-wages-california-law/ [2 May 2023]

[20] WORK LAWYERS SERVING CALIFORNIA, “The Law on Late & Unpaid Wage in California : Chapter 7 Private Attorneys General Act (PAGA) Claims,” [online] Available from : https://www.worklawyers.com/late-unpaid-wages-california-law/ [2 May 2023]

“เจตนา” ที่จะไม่จ่ายค่าจ้าง กล่าวคือ การไม่จ่ายค่าจ้างตรงเวลาหรือการจ่ายค่าจ้างไม่ถูกต้องนั้นต้องเกิดขึ้นโดยเจตนา ซึ่งจะถือได้ว่านายจ้างได้เจตนาไม่จ่ายค่าจ้างให้แก่ลูกจ้างโดยถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลาก็ต่อเมื่อมีการโต้แย้งโดยสุจริตเกี่ยวกับสิทธิของลูกจ้างในการได้รับค่าจ้างที่ค้างชำระแล้ว ทั้งนี้ ข้อพิพาทโดยสุจริตเกิดขึ้นเมื่อนายจ้างแสดงข้อต่อสู้ทางกฎหมายหรือข้อเท็จจริงที่ถูกต้องตามกฎหมายในการจ่ายค่าจ้าง แม้ว่านายจ้างจะไม่ได้เป็นฝ่ายชนะก็ตาม กล่าวคือ ในส่วนนี้นายจ้างจะถือว่ากระทำโดยเจตนาก็ต่อเมื่อนายจ้างได้โต้แย้งโดยสุจริตแล้ว เช่น กรณีที่นายจ้างไม่จ่ายค่าจ้าง แล้วลูกจ้างไปแจ้งแก่นายจ้าง แต่นายจ้างโต้แย้งว่า ลูกจ้างไม่มีสิทธิได้รับค่าจ้างเนื่องจากเหตุผลต่าง ๆ ดังนั้น กรณีเช่นว่านี้ ถือได้ว่านายจ้างมีเจตนาที่จะไม่จ่ายค่าจ้างให้แก่ลูกจ้างแล้ว

2) โทษทางอาญา ความผิดฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลาของรัฐแคลิฟอร์เนีย ถูกกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาประเภท Misdemeanor[21] ซึ่งเป็นความผิดไม่ร้ายแรง ต้องระวางโทษจำคุกในคุกเคาน์ตีไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันดอลลาร์ ($1,000) หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามมาตรา 216 ของประมวลกฎหมายแรงงาน อย่างไรก็ดี จะถือว่านายจ้างกระทำผิดทางอาญาก็ต่อเมื่อนายจ้างมีความสามารถในการจ่าย แต่จงใจปฏิเสธที่จะจ่ายค่าจ้างเมื่อถึงกำหนดชำระและได้ทวงถามแล้ว หรือปฏิเสธจำนวนเงินหรือความถูกต้องของการเรียกร้องค่าจ้างอย่างเป็นเท็จโดยมีเจตนาที่จะฉ้อโกงบุคคลที่ค้างชำระค่าจ้าง[22]

5.6 ประเทศอังกฤษ

ในส่วนของบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลาของประเทศอังกฤษนั้น โดยหลักแล้ว ไม่ว่าจะเป็นการจ่ายค่าตอบแทนในการทำงานหรือระยะเวลาในการจ่ายเป็นไปตามที่นายจ้างและลูกจ้างตกลงกัน โดยนายจ้างต้องแจ้งรายละเอียดดังกล่าวทั้งหมดให้ลูกจ้างทราบก่อนที่จะเริ่มงาน ซึ่งเมื่อตกลงกันอย่างไรแล้ว นายจ้างก็มีหน้าที่ต้องจ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องและจ่ายตามกำหนดระยะเวลาดังกล่าวด้วย อย่างไรก็ดี ในส่วนของค่าตอบแทนในบางประเด็นก็มีการคุ้มครองอยู่ในลักษณะพิเศษ

---

[21] SHOUSE LABOR LAW GROUP, “California Pay Dates – How Frequently Must Wages Be Paid?,” [online] Available from : https://www.shouselaw.com/ca/labor/pay-periods/#4.1 [2 May 2023]

[22] Casetext, “Cal. Lab. Code § 216: Section 216 - Additional penalties,” [online] Available from : https://casetext.com/statute/california-codes/california-labor-code/division-2-employment-regulation-and-supervision/part-1-compensation/chapter-1-payment-of-wages/article-1-general-occupations/section-216-additional-penalties [2 May 2023]

ยิ่งขึ้น เช่น มีการบัญญัติว่า ห้ามนายจ้างหักค่าจ้างลูกจ้าง ซึ่งการหักค่าจ้างก็ถือว่าเป็นการจ่ายค่าจ้างให้ลูกจ้างไม่ถูกต้อง เว้นแต่มีกฎหมายกำหนดการห้ามนายจ้างรับชำระเงินจากลูกจ้างในฐานะที่เป็นนายจ้าง หรือกรณีที่นายจ้างสามารถเรียกเงินค่าจ้างคืนหรือหักเงินค่าจ้างได้ หากนายจ้างประสบปัญหาเกี่ยวกับการขาดแคลนเงินสดและการขาดสินค้าคงคลังในการจ้างงานค้าปลีก เป็นต้น ทั้งนี้ “ค่าจ้าง” ตามนิยามในพระราชบัญญัติสิทธิในการจ้างงาน (Employment Rights Act 1996) นอกจากจะหมายถึงค่าจ้างโดยปกติแล้ว ยังหมายรวมถึงจำนวนเงินใด ๆ ที่ต้องจ่ายให้กับคนงานหรือลูกจ้างที่เกี่ยวข้องกับการจ้างงาน ไม่ว่าจะเป็นค่าธรรมเนียม โบนัส ค่าคอมมิชชั่น ค่าวันหยุด หรือค่าตอบแทนอื่นใดที่เป็นไปเพื่อการจ้างงานของลูกจ้าง ไม่ว่าจะเกิดขึ้นภายใต้สัญญาหรือไม่ก็ตาม และยังรวมถึงค่ารักษาพยาบาล ค่าคลอดบุตร ค่าเลี้ยงดูบุตร เป็นต้น[23] ดังนั้น ค่าจ้าง ในที่นี้ จึงอาจกล่าวได้ว่าเป็น “ค่าตอบ แทนในการทำงาน” ที่นายจ้างต้องจ่ายให้แก่ลูกจ้าง

สำหรับมาตรการบังคับทางกฎหมายกรณีนายจ้างไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลา การที่นายจ้างไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลาในประเทศอังกฤษ ถือว่าเป็นการ “ผิดสัญญา” เนื่องจากสัญญาจ้างงานจะระบุวันที่ชำระเงินไว้เอาไว้[24] ดังนั้น จึงต้องใช้วิธีเรียกร้องทางศาล โดยลูกจ้างสามารถยื่นคำร้องต่อศาลได้ตามเงื่อนไขต่าง ๆ ที่กฎหมายกำหนด โดยก่อนเข้าสู่กระบวนการพิจารณาก็จะมีการไกล่เกลี่ยเช่นเดียวกับของประเทศไทย โดยหากไม่สามารถตกลงกันได้ กระบวนการก็จะไหลเข้าสู่การพิจารณาพิพากษาคดีต่อไป ซึ่งหากลูกจ้างเป็นผู้ชนะคดี ศาลก็จะมีคำสั่งให้นายจ้างชำระค่าตอบแทนในการทำงานให้แก่ลูกจ้าง ซึ่งหากนายจ้างไม่ปฏิบัติตามนายจ้างอาจถูกปรับและจะมีการบังคับคดีนายจ้างเพื่อนำเงินมาชำระให้ลูกจ้างต่อไป โดยจะเห็นได้ว่า ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษก็ไม่ได้กำหนดให้ความผิดฐานจ่ายค่าตอบแทนในการทำงานไม่ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลาเป็นความผิดอาญาเช่นเดียวกับของประเทศไทยแต่อย่างใด

5.7 ประเทศออสเตรเลีย

กฎหมายกลางที่เกี่ยวข้องกับการจ่ายค่าตอบแทนในการทำงาน ได้แก่ พระราชบัญญัติการทำงานที่เป็นธรรม ค.ศ. 2009 (Fair Work Act 2009) มาตรา 323 โดยกฎหมายกำหนดให้

---

[23] Legislation.gov.uk, “Employment Rights Act 1996,” [online] Available from : https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/18/section/27 [20 July 2022]

[24] Business Insolvency Helpline, “Wages not paid on time UK : What can I do if I am unable to pay my employees on time?,” [online] Available from : https://business-insolvency-helpline.co.uk/wages-not-paid-on-time/ [23 July 2022]

นายจ้างต้องจ่ายเงินให้ลูกจ้างตามจำนวนที่จ่ายให้แก่ลูกจ้างตามผลงานที่ทำได้ โดยต้องจ่ายเต็มจำนวน (ยกเว้นที่กำหนดไว้ในมาตรา 324 ซึ่งเป็นข้อยกเว้นในการหักค่าจ้างลูกจ้าง โดยต้องจ่ายเป็นเงินอย่างน้อยทุกเดือน หรืออาจสรุปได้ว่า นายจ้างต้องจ่ายค่าจ้างให้ลูกจ้างอย่างน้อยเดือนละ 1 ครั้ง โดยต้องจ่ายเต็มจำนวน เว้นแต่สามารถหักค่าจ้างลูกจ้างได้ตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น[25]

สำหรับการลงโทษ มาตรา 539 วางหลักว่า การฝ่าฝืนมาตรา 323 (1) ถือเป็นการฝ่าฝืนการเยียวยาทางแพ่ง โดยลูกจ้าง องค์กรลูกจ้าง หรือผู้ตรวจสอบ สามารถยื่นเรื่องต่อศาลที่มีเขตอำนาจได้ โดยศาลที่มีเขตอำนาจ ได้แก่ ศาลรัฐบาลกลาง ศาลปกครองกลาง หรือศาลของรัฐหรือเขตแดนที่มีเขตอำนาจ โดยในกรณีร้ายแรงจะต้องระวางโทษ 600 หน่วยโทษ และกรณีอื่นต้องระวางโทษ 60 หน่วยโทษ ซึ่งบทลงโทษดังกล่าวเป็นบทลงโทษทางแพ่ง และมาตรา 549 ได้วางหลักไว้ว่า “การฝ่าฝืนบทบัญญัติการเยียวยาทางแพ่งไม่ใช่ความผิด (ทางอาญา) Contravening a Civil Remedy Provision is not an Offence” ศาลอาจสั่งลงโทษสำหรับการฝ่าฝืนทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลในเรื่องเดียวกัน โดยศาลจะสั่งให้ชำระค่าปรับแก่ลูกจ้างด้วยก็ได้[26] โดยหากผู้ที่ฝ่าฝืนเป็นบุคคลธรรมดา จะถูกระวางโทษสูงสุดตามที่กำหนดไว้ กล่าวคือ จะถูกระวางโทษสูงสุด 60 หน่วยโทษ แต่หากผู้ฝ่าฝืนเป็นนิติบุคคล จะถูกระวางโทษเพิ่มขึ้นอีก 5 เท่าของจำนวนหน่วยโทษสูงสุดที่กำหนดไว้ ทั้งนี้ ตามมาตรา 546[27] ซึ่ง 1 หน่วยโทษในปัจจุบัน (ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2566 เท่ากับ 275 ดอลลาร์ โดยอาศัยตามพระราชบัญญัติอาชญากรรม ค.ศ. 1914 (the Crimes Act 1914) มาตรา 4AA)[28] นอกจากนี้ หากเป็นการฝ่าฝืนอย่างร้ายแรง ศาลอาจลงโทษสูงสุดได้ 600 หน่วยโทษ นอกจากนี้ มาตรา 571 ได้ห้ามมิให้ไม่มีการจำคุกเพราะไม่จ่ายค่าปรับ กล่าวคือ ศาล (รวมถึงศาลของรัฐหรือเขตแดน) ไม่อาจสั่งให้บุคคลใดรับโทษจำคุก หากบุคคลนั้นไม่ชำระเบี้ยปรับตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มีผลบังคับใช้แม้จะมีกฎหมายอื่นใดของเครือจักรภพ รัฐ หรือดินแดนก็ตาม

---

[25] Federal Register of Legislation, “Fair Work Act 2009,” [online] Available from : https://www.legislation.gov.au/C2009A00028/2021-09-11/text [30 April 2023]

[26] HALL PAYNE LAWYERS, “Underpayment of wages : What are the penalties for breaching the award and/or an employment contract?,” [online] Available from : https://www.hallpayne.com.au/blog/2020/march/wages-underpayment/ [30 April 2023]

[27] Australian Securities and Investments Commission, “Penalty unit values : Table 1: Penalty unit values for breaches of Australian Government laws,” [online] Available from : https://asic.gov.au/about-asic/asic-investigations-and-enforcement/fines-and-penalties/ [28 May 2023]

[28] Australian Securities and Investments Commission, “Fines and penalties,” [online] Available from : https://asic.gov.au/about-asic/asic-investigations-and-enforcement/fines-and-penalties/ [30 April 2023]

ซึ่งเป็นการยืนยันได้ว่า ความผิดฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลาตามกฎหมายกลางของออสเตรเลียไม่มีการลงโทษทางอาญา รวมถึงไม่มีโทษจำคุกอีกด้วย

6. การวิเคราะห์ความเหมาะสมในการกำหนดความผิดทางอาญาฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลา

ในหัวข้อนี้ ผู้วิจัยจะชี้ให้เห็นว่า เหตุใดจึงสมควรยกเลิกความผิดทางอาญาในความผิดฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลา และแสวงหาแนวทางอื่นเพื่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์ที่มีประสิทธิภาพ ซึ่งสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของงานวิจัยฉบับนี้ด้วย โดยผู้วิจัยจะแบ่งการวิเคราะห์ออกเป็น 3 ประเด็น ดังนี้

6.1 วิเคราะห์ความสอดคล้องของการกำหนดความผิดทางอาญากับแนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการลงโทษทางอาญาและการกำหนดโทษทางอาญา สามารถวิเคราะห์ได้ ดังนี้

1) ความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญา ผู้วิจัยได้แบ่งวัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญาออกเป็น 2 ทฤษฎี โดยจำแนกจากการแสวงหาประโยชน์จากการถูกลงโทษ โดยความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญามี 2 ประการ ได้แก่

(1) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทน (Retributive Theory) จะเห็นได้ว่า การลงโทษทางอาญากรณีไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลา ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขแห่งความชอบธรรมในการลงโทษครบทั้ง 3 ประการ กล่าวคือ ไม่เป็นการลงโทษเพื่อทดแทนความเสียหาย (Vindication) ให้แก่ผู้เสียหาย และไม่เป็นการลงโทษที่ได้สัดส่วนกับความผิด (Proportionality of Punishment) โดยผู้วิจัยเห็นว่า กรณีไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลา แม้ว่านายจ้างจะมีความผิดและสมควรถูกลงโทษจริง แต่อย่างไรก็ตาม การนำโทษทางอาญามาใช้บังคับย่อมไม่ได้สัดส่วนกับความผิดที่เกิดขึ้น เนื่องจากความผิดดังกล่าว ถือเป็นความผิดในทางแพ่งและถือเป็นการผิดสัญญาจ้างแรงงานมากกว่าการจะเป็นความผิดในทางอาญา อย่างที่กล่าวไปแล้ว สัญญาจ้างแรงงานมีพื้นฐานมาจากสัญญาในทางแพ่ง ค่าตอบแทนในการทำงานจึงเป็นวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งบนพื้นฐานของสัญญาจ้างแรงงาน ดังนั้น การที่นายจ้างไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลา จึงเป็นการผิดสัญญาจ้างแรงงานซึ่งมีลักษณะเดียวกับการผิดสัญญา

ประเภทอื่น ๆ ซึ่งจะต้องเรียกร้องหรือฟ้องร้องดำเนินคดีในลักษณะอื่นที่ไม่ใช่การนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษในทางอาญา เพราะจะทำการลงโทษไม่ได้สัดส่วนกับความผิดที่เกิดขึ้น และก่อให้เกิดผลร้ายต่าง ๆ ตามมา โดยผู้วิจัยเห็นต่อไปอีกว่า ผลร้ายที่เกิดแก่ผู้กระทำความผิดดังกล่าวนั้นก็ไม่ได้เป็นไปเพื่อทดแทนความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย เพราะในความเป็นจริงแล้ว ลูกจ้างหรือผู้เสียหายมิได้ต้องการให้นายจ้างถูกลงโทษในทางอาญา แต่กลับเพียงต้องการเรียกร้องค่าตอบแทนในการทำงานซึ่งเป็นไปตามสิทธิอันพึงได้ของตนเท่านั้น เพราะการที่นายจ้างถูกลงโทษในทางอาญาก็มิได้ส่งผลให้ลูกจ้างได้รับการชดเชยหรือเยียวยาหรือได้รับค่าตอบแทนในการทำงานของตน เพราะการลงโทษในทางอาญาในกรณีดังกล่าวนี้ แยกออกจากกระบวนการเรียกร้องสิทธิในค่าตอบแทนในการทำงาน ดังนั้น แม้ว่านายจ้างจะถูกลงโทษในทางอาญาแล้ว ลูกจ้างอาจจะต้องดำเนินคดีตามกระบวนการเรียกร้องเงินด้วยตนเองต่อไป ซึ่งได้แก่ การเรียกร้องต่อพนักงานตรวจแรงงานในพื้นที่ที่มีเขตอำนาจ หรือฟ้องร้องคดีต่อศาลแรงงานที่มีเขตอำนาจ และย่อมก่อให้เกิดกระบวนการดำเนินการที่ซ้ำซ้อนและยุ่งยากสำหรับลูกจ้างเพิ่มขึ้นไปเสียอีก อย่างไรก็ดี แม้ว่าการลงโทษในทางอาญาดังกล่าวนี้ จะเป็นการลงโทษเพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรม (Fairness) ต่อสังคมส่วนรวม กล่าวคือ กฎหมายต้องคุ้มครองบุคคลทุกคนอย่าง เท่าเทียมและเสมอภาคกัน ต้องไม่ยอมให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งเอาเปรียบบุคคลอื่นในสังคม ดังนั้น หากบุคคลใดฝ่าฝืนกฎหมายย่อมต้องถูกลงโทษแม้ว่าบุคคลอื่นในสังคมจะไม่ได้เอาความก็ตาม เพื่อเป็นการคุ้มครองสังคมและผู้ที่ได้ปฏิบัติตามกฎหมาย แต่การลงโทษดังกล่าว ก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการลงโทษเพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรม (Fairness) ต่อสังคมส่วนรวมอย่างแท้จริง เพราะจะเห็นได้ว่า ความสัมพันธ์ในทางจ้างแรงงานเป็นความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน การไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลาถือเป็นการผิดสัญญาระหว่างกัน การลงโทษก็ไม่ได้ก่อให้เกิดผลดีต่อสังคมส่วนรวม แต่ประการใด ซึ่งแตกต่างจากความผิดในทางอาญาอื่น ๆ เช่น กรณีการฆ่าคนตายโดยเจตนา ซึ่งเห็นได้ชัดว่า การลงโทษก็เพื่อความสงบสุขของสังคมส่วนรวม เพราะหากไม่ลงโทษแล้ว ย่อมก่อให้เกิดความไม่ปลอดภัยกับบุคคลในสังคม เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในสังคม บุคคลจะไม่ยำเกรงต่อกฎหมาย

(2) ทฤษฎีอรรถประโยชน์ (Utilitarian Theory) สามารถแยกพิเคราะห์ได้ดังนี้

ก) ความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์เพื่อข่มขู่หรือยับยั้ง (Deterrence) จากสถิติคดีแรงงานที่มีการยื่นคำร้องต่อพนักงานตรวจแรงงาน กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน กระทรวงแรงงาน ระหว่างปี พ.ศ. 2561 - พ.ศ. 2563 (ข้อมูลจากระบบรายงานผลการปฏิบัติงาน (Web Application) ของกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน ข้อมูล ณ วันที่ 16 มกราคม

พ.ศ. 2564) มีจำนวนสถิติคำร้องที่เพิ่มขึ้นตลอด 3 ปี แม้ว่าในช่วงปี พ.ศ. 2563 จะเกิดวิกฤตการณ์การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 ซึ่งอาจมีผลต่อสถิติคดีแรงงาน เนื่องจากนายจ้างประสบปัญหาเศรษฐกิจ แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายแรงงานเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย นายจ้างจึงไม่อาจฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมายได้ และจะเห็นได้ว่า แม้ว่ากฎหมายจะกำหนดให้นายจ้างต้องถูกรับโทษทางอาญากรณีไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลา ซึ่งถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 70 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 รวมถึงการไม่จ่ายค่าชดเชยให้ลูกจ้าง ซึ่งมีโทษทางอาญาเช่นเดียวกัน แต่กลับพบว่าจำนวนเรื่องที่ลูกจ้างมายื่นคำร้องต่อพนักงานตรวจแรงงานมีจำนวนเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ อันแสดงให้เห็นว่า โทษทางอาญาไม่อาจยับยั้งการกระทำความผิดเกี่ยวกับสิทธิได้รับเงินของลูกจ้าง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลา นอกจากนี้ เมื่อเทียบกับคดีที่ได้ขึ้นสู่ศาลแรงงานไปด้วยแล้วอีกทางหนึ่งก็ถือว่าอยู่ในระดับที่มากพอสมควร ดังนั้น จึงอาจถือได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่มีความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์เพื่อข่มขู่หรือยับยั้ง (Deterrence) แต่อย่างใด

ข) ความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขหรือฟื้นฟูจิตใจผู้กระทำความผิด (Reformation and Rehabilitation) ผู้วิจัยเห็นว่า วัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญาข้อนี้ เหมาะสำหรับโทษจำคุกหรือผู้ต้องหาที่ถูกคำพิพากษาให้จำคุก แต่สำหรับความผิดฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลา ศาลมักจะลงโทษปรับ หรือแม้กระทั่งในบางครั้ง อาจจะมีการเปรียบเทียบปรับตั้งแต่ในชั้นพนักงานเจ้าหน้าที่ ซึ่งเป็นนิติกรของกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน หรืออาจเปรียบเทียบปรับในชั้นพนักงานสอบสวน ไม่ได้มีการดำเนินคดีไปถึงชั้นศาลแต่ประการใด การลงโทษในลักษณะดังกล่าวจึงไม่ได้มีการฟื้นฟูจิตใจของผู้กระทำความผิด ไม่ได้แก้ไขฟื้นฟูจิตใจผู้กระทำความผิดให้กลับมารู้สึกผิดชอบชั่วดีและเห็นด้วยกับการปฏิบัติตามกฎหมาย

ค) ความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์เพื่อตัดโอกาสไม่ให้ผู้นั้นกระทำความผิด (Incapacitation) ผู้วิจัยเห็นว่าการลงโทษทางอาญาในความผิดฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลา ไม่มีความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์เพื่อตัดโอกาสไม่ให้ผู้นั้นกระทำความผิดในข้อนี้แต่อย่างใด เพราะการลงโทษเพื่อตัดโอกาสไม่ให้ผู้นั้นกระทำความผิด ต้องมีลักษณะที่กีดกันผู้นั้นออกไปจากสังคม เพื่อตัดช่องทางและป้องกันไม่ให้ผู้กระทำความผิดมีความสามารถที่จะกลับมากระทำความผิดได้อีกและเป็นการปกป้องสังคมให้ปลอดภัยและสงบสุข แต่โทษทางอาญาในความผิดฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลามีเพียงโทษจำคุกระยะสั้นและโทษปรับเท่านั้น

2) วิเคราะห์ความสอดคล้องแนวคิดในการกำหนดโทษทางอาญาตามแนวคิดของนักนิติศาสตร์ สามารถวิเคราะห์ได้ ดังนี้

(1) วิเคราะห์ความสอดคล้องกับแนวคิดในการกำหนดความผิดทางอาญาของ Herbert L. Packer เมื่อพิจารณาความผิดฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือตามกำหนดระยะเวลาแล้ว จะเห็นได้ว่า แม้การกระทำดังกล่าวของนายจ้างจะเป็นความผิด แต่ก็ไม่ได้ถือว่าเป็นการกระทำความผิดที่กระทบกระเทือนต่อสังคม เนื่องจากเป็นความผิดบนพื้นฐานของหลักสัญญาทางเอกชน โดยเฉพาะสัญญาจ้างแรงงาน หรือแม้จะกระทบต่อสังคมส่วนรวมในกรณีที่นายจ้างกระทำความผิดแก่ลูกจ้างจำนวนมาก แต่ก็ไม่ได้ถือว่าเป็นการกระทำที่ชนหมู่มากไม่อาจให้อภัยแก่การกระทำนั้นได้ นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาด้านวัตถุประสงค์ของการลงโทษทางอาญาประการต่าง ๆ แล้ว อย่างที่ผู้วิจัยได้วิเคราะห์มาก่อนหน้านี้ ก็จะเห็นได้ว่าขัดกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญาแทบทุกประการ และการลงโทษในทางอาญาควรใช้กับความผิดที่มีความรุนแรงพอสมควร เช่น การฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา การทำร้ายร่างกาย เป็นต้น ดังนั้น เมื่อกำหนดให้ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดในทางอาญาก็ย่อมถือได้ว่าเกินขีดความสามารถทั้งด้านคุณภาพและปริมาณสำหรับการบังคับใช้อย่างเสมอภาคและเท่าเทียมนั้น ความผิดฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือตามกำหนดระยะเวลา เป็นความผิดอาญาทันทีที่ได้กระทำลง และถือเป็นความผิดที่มิใช่ความผิดต่อส่วนตัว แต่ในความเป็นจริงแล้วกลับไม่มีการลงโทษนายจ้างอย่างจริงจัง แม้ว่ามีการกระทำความผิดเกิดขึ้น แต่ก็มิได้นำไปสู่การลงโทษอย่างแท้จริง ต้องผ่านกระบวนการต่าง ๆ มากมายเสียก่อน ก่อนที่จะนำไปสู่การลงโทษทางอาญา และท้ายที่สุดแล้ว ความผิดดังกล่าวสามารถมีมาตรการอื่นที่นำมาปรับใช้แทนโทษอาญาได้ ซึ่งโทษทางอาญามิได้ถือว่าเป็นมาตรการอย่างสุดท้ายที่จะต้องเอามาใช้กับความผิดนี้ โดยมาตรการอื่นที่สมเหตุสมผลกว่านี้ ผู้วิจัยจะได้วิเคราะห์ในหัวข้อถัด ๆ ไป เพราะฉะนั้น โดยสรุปแล้วความผิดฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือตามกำหนดระยะเวลาไม่สอดคล้องกับแนวความคิดของ Herbert L. Packer แต่ประการใด

(2) วิเคราะห์ความสอดคล้องกับแนวคิดในการกำหนดความผิดทางอาญาของ Douglas Husak ความผิดดังกล่าวนี้ แม้ว่าจะเป็นความผิดก็จริงอยู่ แต่มิได้เป็นความผิดที่ก่อให้เกิดอันตรายถึงขนาดหรือเป็นการกระทำที่มีความชั่วร้ายสำคัญในตัวของการกระทำนั้น เพียงแต่เป็นความผิดในลักษณะที่เป็นความผิดสัญญาทางแพ่งเสียมากกว่า นอกจากนี้ การกำหนดให้ความผิดเช่นว่านี้เป็นความผิดทางอาญา ก็มิได้เป็นไปเพื่อประโยชน์อันสำคัญของรัฐแต่ประการใด โดยประโยชน์อันสำคัญของรัฐที่รัฐพึงจะต้องธำรงไว้ต้องมีลักษณะสำคัญ เช่น การกระทำที่กระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศหรือการกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อย

ของประชาชน หรือกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง เป็นต้น การกำหนดให้ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดในทางอาญาก็มิได้ก่อให้เกิดการบรรลุวัตถุประสงค์โดยตรงของรัฐ กล่าวคือ การที่รัฐจะบัญญัติให้การกระทำใดเป็นความผิดและถูกลงโทษในทางอาญา รัฐต้องมีส่วนได้เสียสำคัญในวัตถุประสงค์นั้น และกฎหมายดังกล่าวจะต้องทำให้เกิดความก้าวหน้าแก่ส่วนได้เสียนั้นโดยตรงด้วย แต่กรณีเช่นว่านี้ เป็นกรณีที่รัฐบัญญัติให้ความผิดซึ่งมีลักษณะทางแพ่งหรือความผิดในฐานผิดสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างเอกชนด้วยกันเองเป็นความผิดในทางอาญา เป็นกรณีที่รัฐกำหนดให้การกระทำแม้รัฐไม่มีส่วนได้เสียสำคัญเป็นความผิดในทางอาญา อย่างไรก็ตาม ในทางกลับกัน หากรัฐจะบัญญัติให้การซื้อขายอาวุธสงครามซึ่งมีเจตนาจะนำมาก่อความไม่สงบภายในประเทศก็ย่อมทำได้ เนื่องจากรัฐมีส่วนได้เสียจากการซื้อขายดังกล่าว อันเป็นการป้องกันการกระทำความผิดต่อความมั่นคงของรัฐ ดังนั้น การบัญญัติให้ความผิดฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลา จึงไม่สอดคล้องกับแนวคิดในการกำหนดความผิดทางอาญาของ Douglas Husak

6.2 วิเคราะห์ความสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดและโทษทางอาญาตามกฎหมายไทย

ในหัวข้อนี้ ผู้วิจัยจะวิเคราะห์ความสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดและโทษทางอาญาตามกฎหมายไทย ได้แก่ หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดและโทษทางอาญาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดและโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 และคำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย เรื่อง การกำหนดโทษอาญาในกฎหมาย เพื่อให้เห็นว่าความผิดทางอาญาฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลาตามมาตรา 70 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 สอดคล้องกับกฎหมายต่าง ๆ ของไทยหรือไม่ อย่างไร ซึ่งโดยสรุป การกำหนดความผิดและโทษทางอาญาได้ตามกฎหมายข้างต้นต้องมีลักษณะสำคัญโดยสรุป 3 ประการ ได้แก่ ประการแรก จะกำหนดโทษทางอาญาได้ก็ต่อเมื่อเป็นความผิดที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของสังคมอย่างร้ายแรงหรือเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดภยันตรายต่อสังคม ประการที่สอง การกำหนดให้ความผิดใดสมควรจะต้องลงโทษในทางอาญาก็ต้องให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษในทางอาญา ไม่ว่าจะเป็นทฤษฎีเพื่อการแก้แค้นทดแทน หรือทฤษฎีอรรถประโยชน์ และประการที่สาม ต้องเป็นกรณีที่ไม่สามารถใช้มาตรการอื่นใดเพื่อใช้บังคับกฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพที่จะให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายได้

เมื่อพิจารณาความผิดฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลาตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า แม้การไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลาจะเป็นการกระทำที่ถือว่ามีความผิด และในบางครั้งก็อาจมีผลกระทบต่อส่วนรวมในกรณีที่นายจ้างไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลาแก่ลูกจ้างจำนวนมาก แต่อย่างไรก็ตาม การกระทำดังกล่าวก็ไม่ได้ถือว่ากระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง นอกจากนี้ การจัดการกับความผิดดังกล่าวก็สามารถใช้มาตรการอื่นเพื่อบังคับใช้กฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะทำให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายได้ เช่น อาจจะใช้วิธีการในทางปกครองหรือการดำเนินการในทางแพ่งแทนการลงโทษในทางอาญา และท้ายที่สุด ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดที่มีโทษจำคุกและโทษปรับที่สามารถเปรียบเทียบปรับและทำให้คดีอาญาระงับได้ ซึ่งโดยสภาพอย่างที่ได้กล่าวไปแล้วว่ามิใช่เป็นความผิดที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง จึงอาจใช้โทษปรับทางปกครองหรือวิธีการทางแพ่งแทนก็ได้

ดังนั้น ความผิดฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลา ไม่ได้เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด จึงถือว่าขัดกับหลักการที่วางไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ความผิดดังกล่าวจึงมีลักษณะขาดความชอบธรรมที่ควรจะกำหนดให้เป็นความผิดในทางอาญาอีกต่อไป และยังไม่สอดคล้องกับหลักในการกำหนดความผิดและโทษทางในกฎหมายอื่น ๆ ด้วย

6.3 วิเคราะห์การกำหนดความผิดฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลาเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับต่างประเทศ

ในหัวข้อนี้ ผู้วิจัยจะมาวิเคราะห์ความสอดคล้องของความผิดดังกล่าวกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง รวมถึงจะชี้ให้เห็นว่าในต่างประเทศมีการกำหนดความผิดดังกล่าวไว้อย่างไร และมีมาตรการจัดการกับความผิดดังกล่าวเช่นไร

1) อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 95 ว่าด้วยการคุ้มครองค่าจ้าง ค.ศ. 1949

ผู้วิจัยเห็นว่า เมื่ออนุสัญญาฉบับดังกล่าว ไม่ได้กำหนดให้ประเทศไทยจะต้องกำหนดให้ความผิดฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลาเป็นความผิดและต้องถูกลงโทษในทางอาญา ประเทศไทยจึงมีอิสระและเสรีภาพในการกำหนดให้ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดทางอาญาก็ย่อมได้ มิได้ขัดหรือแย้งกับอนุสัญญาดังกล่าว แต่ทั้งนี้จากการวิเคราะห์ในหัวข้อก่อน ๆ ไม่ว่าจะเป็นความสอดคล้องในด้านทฤษฎีหรือความสอดคล้องกับกฎหมายไทย โดยเฉพาะ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ผู้วิจัยไม่เห็นด้วยกับการกำหนดให้ความผิดเช่นว่านี้เป็นความผิดทางอาญา เนื่องจากไม่มีความสอดคล้องกับแนวคิด ทฤษฎี หรือมีหลักกฎหมายใดรองรับแม้แต่ประการใด

2) กติการะหว่างประเทศ ว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) โดยที่ความผิดฐานดังกล่าวมาตรา 144 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ได้บัญญัติให้นายจ้างที่ฝ่าฝืนหรือไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลา ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งเป็นการบัญญัติโทษจำคุกเอาไว้สำหรับความผิดดังกล่าวด้วย จะเห็นได้ว่าการกำหนดกฎหมายไว้ในลักษณะนี้ เป็นการขัดหรือแย้งกับกติการะหว่างประเทศ ว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง เนื่องจากความผิดฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลาเป็นความผิดสืบเนื่องจากการที่ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ และถือเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนประการหนึ่งอีกด้วย เพราะข้อห้ามในการจำคุกสำหรับการไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาถือเป็นสิทธิโดยสมบูรณ์ (Absolute Rights) ซึ่งหมายความว่า เป็นสิทธิมนุษยชนสูงสุดที่ไม่อาจถูกพักใช้ได้ไม่ว่าสถานการณ์ใด (Non-Derogable Rights) เช่นเดียวกับสิทธิอื่น ๆ เช่น สิทธิที่จะไม่ถูกฆ่านอกกฎหมาย สิทธิที่จะไม่ถูกบังคับให้สูญหาย สิทธิที่จะไม่ถูกบังคับให้เป็นทาส และสิทธิที่จะไม่ถูกกฎหมายอาญาย้อนหลังมาลงโทษเป็นต้น

3) ประเทศเยอรมนี ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนีได้กำหนดสภาพบังคับทางแพ่งเอาไว้ โดยกำหนดให้นายจ้างที่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานไม่เต็มจำนวนหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลาต้องเสียค่าปรับให้แก่ลูกจ้างเป็นเงินก้อน จำนวน 40 ยูโร และถือเป็นการชำระค่าเสียหายต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากการค้างชำระค่าตอบแทนเช่นว่านั้นในการดำเนินคดีไปในตัว สำหรับในกฎหมายไทย ความผิดฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลาเป็นความผิดทางอาญา โดยหากนายจ้างฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามมาตรา 144 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 แต่อย่างไรก็ดี ตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกันได้กำหนดสภาพบังคับทางแพ่งเอาไว้คล้าย ๆ กับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนี เพียงแต่กฎหมายไทยได้กำหนดให้นายจ้างเสียดอกเบี้ยให้แก่ลูกจ้างในระหว่างเวลาผิดนัดร้อยละสิบห้าต่อปี ไม่ได้กำหนดให้จ่ายเป็นเงินก้อนอย่างเช่นกฎหมายเยอรมนี ทั้งนี้ หากนายจ้างจงใจจ่ายค่าตอบแทนในการทำงานโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร เมื่อพ้นกำหนดเวลาเจ็ดวันนับแต่วันที่ถึงกำหนดจ่าย ให้นายจ้างต้องเสียเงินเพิ่มให้แก่ลูกจ้างร้อยละสิบห้าของเงินที่ค้างจ่ายทุกระยะเวลาเจ็ดวันด้วย

4) ประเทศสหรัฐอเมริกา บทลงโทษของสหรัฐอเมริกา มีทั้งโทษปรับและโทษจำคุกเช่นเดียวกับของประเทศไทยที่ระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ในส่วนของอัตราโทษปรับเมื่อเทียบเป็นหน่วยเงินเดียวกันแล้ว ถือว่าอเมริกาลงโทษปรับในอัตราที่สูงกว่า ในขณะที่โทษจำคุกมีอัตราโทษที่เท่ากัน อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าตั้งข้อสังเกตว่า โทษจำคุกของประเทศสหรัฐอเมริกา จะลงโทษจำคุกได้ก็ต่อเมื่อมีการกระทำความผิดในข้อดังกล่าวมาก่อนหน้านี้แล้ว ในขณะที่ของประเทศไทยไม่ได้กำหนดเงื่อนไขใด ๆ เอาไว้ เมื่อพิจารณาเฉพาะในส่วนโทษจำคุก ถือได้ว่าประเทศไทยลงโทษที่ค่อนข้างรุนแรงกว่า เพราะหากนายจ้างกระทำความผิด ก็อาจถูกศาลสั่งจำคุกได้เลยในทันที ในส่วนของการลงโทษทางแพ่ง เงื่อนไขการลงโทษนายจ้างจะถูกลงโทษในทางแพ่งก็ต่อเมื่อนายจ้างฝ่าฝืนกฎหมายในลักษณะซ้ำแล้วซ้ำเล่า หรือเป็นการฝ่าฝืนที่มากกว่า 1 ครั้งขึ้นไป แต่ในขณะที่ประเทศไทยไม่ได้กำหนดเงื่อนไขไว้ นายจ้างอาจถูกลงโทษในทางแพ่งได้ทันทีนับแต่ที่กระทำความผิด นอกจากนี้ ในส่วนของอัตราค่าปรับ ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ลงโทษปรับเป็นเงินก้อนเดียว แต่ในขณะที่ประเทศไทยได้ลงโทษในลักษณะที่เป็นอัตราส่วน โดยเงินในการลงโทษของประเทศสหรัฐอเมริกาจะปรับเข้ารัฐ แต่ของประเทศไทยนายจ้างต้องจ่ายให้แก่ลูกจ้าง ส่วนโทษทางปกครอง เลขาธิการแรงงานอาจกำหนดโทษทางปกครองใด ๆ ตามที่กฎหมายกำหนดได้ โดยการกำหนดโทษทางปกครองโดยเลขาธิการแรงงานให้ถือเป็นที่สุด ซึ่งการกำหนดโทษไว้ในลักษณะนี้ไม่ปรากฏในกฎหมายไทย

5) ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแคลิฟอร์เนีย) ในการลงโทษทางแพ่ง รัฐแคลิฟอร์เนียจะลงโทษปรับหนักขึ้น หากนายจ้างกระทำความผิดเป็นครั้งที่สอง ค่าปรับเหล่านี้จะต้องชำระให้กับรัฐ แต่บางครั้งลูกจ้างสามารถขอคืนได้ ในขณะที่ประเทศไทยค่าปรับดังกล่าวจะคิดไปในลักษณะอัตราส่วนที่เพิ่มขึ้นในอัตราของดอกเบี้ย ตามระยะเวลาที่ผิดนัด รวมถึงเงินเพิ่มด้วย ซึ่งการลงโทษเช่นว่านี้ นายจ้างจะต้องจ่ายให้แก่ลูกจ้าง ไม่นำส่งเงินค่าปรับให้กับรัฐแต่อย่างใด อย่างไรก็ดี ในส่วนของดอกเบี้ยและเงินเพิ่มนี้ มีลักษณะการลงโทษคล้าย ๆ กับ “โทษสำหรับการรอคอย (The Waiting Time Penalty)” แต่โทษสำหรับการรอคอยจะใช้กับค่าจ้างในส่วนของการออกจากงานแล้วเท่านั้น ในขณะที่ดอกเบี้ยและเงินเพิ่มจะใช้กับกรณีที่นายจ้างไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานตามเวลาที่กำหนดไม่ว่าลูกจ้างยังคงทำงานอยู่กับนายจ้างหรือออกจากงานแล้วก็ตาม อย่างไรก็ดี นายจ้างจะถูกลงโทษทางแพ่งก็ต่อเมื่อ “เจตนา” ที่จะไม่จ่ายค่าจ้าง กล่าวคือ การไม่จ่ายค่าจ้างตรงเวลาหรือการจ่ายค่าจ้างไม่ถูกต้องนั้นต้องเกิดขึ้นโดยเจตนา ซึ่งจะถือว่าได้นายจ้างได้เจตนาไม่จ่ายค่าจ้างให้แก่ลูกจ้างโดยถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลาก็ต่อเมื่อมีการโต้แย้งโดยสุจริตเกี่ยวกับสิทธิของลูกจ้างในการได้รับค่าจ้างที่ค้างชำระแล้ว ทั้งนี้ ข้อพิพาทโดยสุจริตเกิดขึ้นเมื่อ

นายจ้างแสดงข้อต่อสู้ทางกฎหมายหรือข้อเท็จจริงที่ถูกต้องตามกฎหมายในการจ่ายค่าจ้าง แม้ว่านายจ้างจะไม่ได้เป็นฝ่ายชนะก็ตาม กล่าวคือ ในส่วนนี้นายจ้างจะถือว่ากระทำโดยเจตนาก็ต่อเมื่อนายจ้างได้โต้แย้งโดยสุจริตแล้ว เช่น กรณีที่นายจ้างไม่จ่ายค่าจ้าง แล้วลูกจ้างไปแจ้งแก่นายจ้าง แต่นายจ้างโต้แย้งว่า ลูกจ้างไม่มีสิทธิได้รับค่าจ้างเนื่องจากเหตุผลต่าง ๆ ดังนั้น กรณีเช่นว่านี้ ถือได้ว่านายจ้างมีเจตนาที่จะไม่จ่ายค่าจ้างให้แก่ลูกจ้างแล้ว แต่ในขณะที่บทกฎหมายของประเทศไทยในเรื่องดอกเบี้ยและเงินเพิ่ม ตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ซึ่งเป็นบทบัญญัติในการลงโทษทางแพ่ง ไม่ถือว่าเป็นกฎหมายอาญา เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าว ไม่มีส่วนของการกำหนดโทษเอาไว้หากนายจ้างไม่ปฏิบัติตาม ดังนั้น ในส่วนนี้ โดยเฉพาะเรื่องดอกเบี้ย จึงไม่ต้องพิจารณาในส่วนของเจตนาในการกระทำความผิดของนายจ้างแต่อย่างใด เว้นเสียแต่เป็นเงินเพิ่มที่จะใช้กับกรณีที่นายจ้างจงใจไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานตามกำหนด ส่วนโทษทางอาญาการกำหนดโทษมีการกำหนดไว้ในลักษณะใกล้เคียงกับของประเทศไทย กล่าวคือ ต้องระวางโทษปรับและโทษจำคุก ซึ่งโทษจำคุกก็มีอัตราเท่ากับของไทย ตามมาตรา 144 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 แต่รัฐแคลิฟอร์เนียได้กำหนดเงื่อนไขในการกระทำความผิดในทางอาญาเอาไว้ โดยจะถือว่านายจ้างกระทำผิดทางอาญาก็ต่อเมื่อ นายจ้างมีความสามารถในการจ่าย แต่จงใจปฏิเสธที่จะจ่ายค่าจ้างเมื่อถึงกำหนดชำระและได้ทวงถามแล้ว กล่าวคือ นายจ้างต้องมีความสามารถที่จะจ่ายค่าจ้างได้ หากนายจ้างไม่มีความสามารถในการจ่ายค่าจ้างย่อมไม่เข้าองค์ประกอบความผิดดังกล่าว นอกจากนี้ นายจ้างต้องมีเจตนาในการปฏิเสธการจ่ายค่าจ้างเมื่อถึงกำหนดนั้น รวมทั้งลูกจ้างต้องมีการทวงถามค่าจ้างค้างจ่ายดังกล่าวแล้วด้วย ซึ่งหากไม่เข้าองค์ประกอบความผิดข้อใดข้อหนึ่งเช่นว่านี้ก็ไม่อาจถือว่านายจ้างกระทำความผิดในทางอาญาได้ หรืออีกกรณีหนึ่งที่ถือว่านายจ้างกระทำความผิดอาญา คือกรณีที่นายจ้างปฏิเสธจำนวนเงินที่ถูกต้องของค่าจ้างอย่างทุจริตและมีเจตนาที่จะฉ้อโกง เช่น ค่าจ้างลูกจ้างในเดือนหนึ่งเป็นเงิน 15,000 บาท แต่นายจ้างปฏิเสธว่าค่าจ้างดังกล่าวไม่ถูกต้อง ซึ่งทำไปโดยทุจริตและมีเจตนาที่จะฉ้อโกงลูกจ้าง แต่ในขณะที่ประเทศไทยไม่ได้กำหนดเงื่อนไขของการกระทำความผิดในทางอาญาเอาไว้แต่อย่างใด เพียงแต่นายจ้างไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลาก็ถือว่านายจ้างกระทำความผิดในทางอาญาแล้ว ทั้งนี้ ไม่ได้พิจารณาเงื่อนไขอื่น ๆ ประกอบ เช่น แม้นายจ้างมีเจตนาไม่จ่ายค่าจ้าง แต่สาเหตุการไม่จ่ายค่าจ้างมาจากนายจ้างไม่มีความสามารถในการจ่ายค่าจ้างในช่วงเวลานั้นได้ เป็นต้น

6) ประเทศอังกฤษ การที่นายจ้างไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลาในประเทศอังกฤษ ถือว่าเป็นการ “ผิดสัญญา” เนื่องจากสัญญาจ้างงานจะระบุวันที่ชำระเงินไว้เอาไว้ ดังนั้น จึงต้องใช้วิธีเรียกร้องทางศาล โดยลูกจ้างสามารถยื่นคำร้องต่อศาลได้ตามเงื่อนไขต่าง ๆ ที่กฎหมายกำหนด โดยเมื่อก่อนเข้าสู่กระบวนการพิจารณา ก็จะมีการไกล่เกลี่ยเช่นเดียวกับของประเทศไทย โดยหากไม่สามารถตกลงกันได้ กระบวนการก็จะไหลเข้าสู่การพิจารณาพิพากษาคดีต่อไป ซึ่งหากลูกจ้างเป็นผู้ชนะคดี ศาลก็จะมีคำสั่งให้นายจ้างชำระค่าตอบแทนในการทำงานให้แก่ลูกจ้าง ซึ่งหากนายจ้างไม่ปฏิบัติตามนายจ้างอาจถูกปรับและจะมีการบังคับคดีนายจ้างเพื่อนำเงินมาชำระให้ลูกจ้างต่อไป โดยจะเห็นได้ว่า ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษก็ไม่ได้กำหนดให้ความผิดฐานจ่ายค่าตอบแทนในการทำงานไม่ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลาเป็นความผิดอาญาเช่นเดียวกับของประเทศไทยแต่อย่างใด

7) ประเทศออสเตรเลีย ในกฎหมายออสเตรเลียหากมีการกระทำความผิดจะลงโทษปรับทางแพ่ง โดยจะมีอัตราค่าปรับเป็นหน่วยโทษ ที่อัตราขึ้นอยู่กับสภาพเศรษฐกิจในขณะนั้น ต่างจากของประเทศไทยที่กำหนดเพดานขั้นสูงของการลงโทษไว้ทั้งทางแพ่งและทางอาญา

7. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาความผิดฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลา โดยวิเคราะห์กับแนวคิดและทฤษฎีต่าง ๆ กฎหมายภายในประเทศ โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง รวมถึงการเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศที่กล่าวถึงความผิดฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลาแล้ว ในหัวข้อนี้ ผู้วิจัยจะชี้ให้เห็นว่า ควรจะยกเลิกโทษทางอาญาในฐานความผิดไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลาหรือไม่ และเมื่อเห็นว่าไม่ควรจะกำหนดให้ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดทางอาญาอีกต่อไป ควรจะใช้มาตรการหรือวิธีการที่จะจัดการกับความผิดดังกล่าวอย่างไร

7.1 บทสรุป

จากการวิเคราะห์ความผิดฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลากับแนวคิดและทฤษฎีต่าง ๆ รวมถึงความสอดคล้องกับกฎหมายไทย และกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง ผู้วิจัยเห็นว่าไม่มีความสอดคล้องกับแนวคิดหรือทฤษฎีใด รวมถึงไม่มีกฎหมายใดรองรับการบัญญัติให้ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดอาญา จึงเห็นควรยกเลิกความผิด

ฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลามิให้เป็นความผิดทางอาญาต่อไป โดยยังคงกำหนดให้มาตรา 70 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 เป็นบทกำหนดความผิดเอาไว้ แต่ยกเลิกบทกำหนดโทษทางอาญามาตรา 144 แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกันออกไปเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลาและใช้วิธีการอื่นแทนซึ่งผู้วิจัยจะได้นำเสนอในหัวข้อถัดไป

7.2 ข้อเสนอแนะ

เมื่อยกเลิกบทกำหนดโทษความผิดฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลาแล้ว จึงไม่มีการลงโทษทางอาญาในความผิดฐานดังกล่าวอีกต่อไป ดังนั้น สำหรับข้อเสนอแนะในการจัดการกับความผิดฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลาแทนโทษทางอาญาที่ผู้วิจัยได้เสนอให้ยกเลิกไปนั้น ผู้วิจัยยังคงเห็นว่าควรใช้วิธีการเรียกร้องค่าตอบ แทนในการทำงาน ทั้งวิธีการในทางแพ่ง ซึ่งได้แก่ การฟ้องคดีต่อศาลแรงงาน และวิธีการในทางปกครอง ซึ่งได้แก่ การยื่นคำร้องต่อพนักงานตรวจแรงงาน โดยมีสาระสำคัญดังนี้

1) วิธีการทางแพ่ง หรือการฟ้องคดีต่อศาลแรงงาน

สำหรับวิธีการนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าแต่เดิมนั้น เมื่อนายจ้างไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลา กฎหมายเปิดโอกาสให้ลูกจ้างสามารถเรียกร้องค่าตอบแทนในการทำงานได้ 2 วิธี ได้แก่ การฟ้องคดีต่อศาลแรงงาน ซึ่งเป็นการดำเนินกระบวนการในทางแพ่ง และอีกวิธีการหนึ่ง คือการยื่นคำร้องต่อพนักงานตรวจแรงงานซึ่งเป็นกระบวนการในทางปกครอง โดยการยื่นฟ้องคดีต่อศาลแรงงาน ผู้วิจัยยังคงเห็นว่ามีความสำคัญ เพราะเป็นการเปิดโอกาสให้ลูกจ้างได้สามารถเลือกใช้สิทธิได้ตามความประสงค์ ไม่ว่าจะยื่นฟ้องคดีต่อศาลเอง หรือใช้วิธีการเรียกร้องคดีเรียกร้องค่าตอบแทนในการทำงานผ่านพนักงานตรวจแรงงานซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ โดยการยื่นฟ้องคดีต่อศาลแรงงานกระบวนการจะไม่ค่อยแตกต่างจากการดำเนินคดีอย่างเช่นคดีแพ่งทั่วไป อย่างไรก็ตาม การดำเนินคดีแรงงานจะมีความยืดหยุ่นกว่าคดีแพ่งทั่วไปหรืออาจจะมีลักษณะพิเศษบ้าง เช่น การกำหนดให้คดีที่ขึ้นสู่ศาลแรงงานทุกคดีต้องมีการไกล่เกลี่ยก่อนที่ศาลจะพิพากษาตัดสินคดี แต่ท้ายที่สุดแล้วหากศาลมีคำพิพากษาออกมา แล้วฝ่ายที่แพ้คดีไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาเช่นว่านั้น ก็จะมีกระบวนการบังคับคดีเพื่อดำเนินการตามคำพิพากษาอย่างเช่นคดีแพ่งทั่วไปต่อไป

2) วิธีการทางปกครอง หรือการยื่นคำร้องต่อพนักงานตรวจแรงงาน

สำหรับความผิดฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลา ซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 70 นั้น เมื่อพนักงานตรวจแรงงานมีคำสั่งให้นายจ้างปฏิบัติให้ถูกต้องภายในกำหนดระยะเวลา ซึ่งถ้าหากนายจ้างฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม นอกจากจะถูกดำเนินคดีอาญาในความผิดฐานฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งพนักงานตรวจแรงงานแล้ว จะต้องถูกดำเนินคดีอาญาในความผิดตามเนื้อหาแห่งคำสั่ง ซึ่งได้แก่ ความผิดฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลา โดยมีโทษตามมาตรา 144 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ประกอบด้วย หรืออาจกล่าวได้ว่านายจ้างผู้ฝ่าฝืนนั้น จะต้องถูกลงโทษใน 2 ฐานความผิดด้วยกัน ซึ่งได้แก่ ฐานฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งพนักงานตรวจแรงงานประกอบกับฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลา

ในปัจจุบันกรณีที่นายจ้างไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลา ยังคงเป็นความผิดและมีโทษทางอาญา ดังนั้น การตั้งต้นคดีอาญาอย่างที่ได้กล่าวไปแล้วจึงมีด้วยกัน 2 ลักษณะ คือ การร้องทุกข์หรือกล่าวโทษต่อพนักงานสอบสวนโดยตรง ซึ่งกฎหมายไม่ได้กำหนดลักษณะการดำเนินคดีไว้อย่างเป็นพิเศษ ดังนั้น การดำเนินคดีอาญาในลักษณะนี้ จะดำเนินคดีไปอย่างคดีอาญาปกติ กล่าวคือ กระบวนการดำเนินคดีอาญาก็จะผ่านพนักงานสอบสวน ไปยังพนักงานอัยการ และเข้าสู่การพิจารณาคดีในชั้นศาลต่อไป ส่วนอีกลักษณะหนึ่ง คือ การยื่นคำร้องต่อพนักงานตรวจแรงงาน ในกรณีนี้นายจ้างจะถูกดำเนินคดีอาญาก็ต่อเมื่อนายจ้างฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของพนักงานตรวจแรงงาน ซึ่งนายจ้างจะถูกดำเนินคดีใน 2 ฐานความผิด ได้แก่ ความผิดฐานฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งพนักงานตรวจแรงงาน และอีกฐานความผิดตามเนื้อหาแห่งคดี ซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้ ได้แก่ ความผิดฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลา

กรณีความผิดฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลา ตามมาตรา 70 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามมาตรา 144 แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน ผู้วิจัยจึงเสนอให้มีการแก้ไข ดังนี้

(1) ยกเลิกบทกำหนดโทษทางอาญาในมาตรา 144 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลาตามมาตรา 70 ออกไปจากบทบัญญัติดังกล่าว

(2) เพิ่มบทบัญญัติมาตรา 144/2 (สาเหตุการเพิ่มบทบัญญัติเป็นมาตรา 144/2 เนื่องจากมีการแก้ไขและเพิ่มเติมให้มีบทบัญญัติมาตรา 144/1 อยู่ก่อนแล้ว) โดยยกเลิกโทษจำคุกให้คงเหลือเฉพาะอัตราโทษปรับในอัตราเดิมตามมาตรา 144 ดังนี้

"นายจ้างผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 70 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท"

สาเหตุที่ผู้วิจัยได้เสนอแนวทางการแก้ไขในลักษณะดังกล่าว ก็เนื่องจากว่า ตามที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. 2565 ซึ่งได้ประกาศลงในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 25 ตุลาคม 2565 และมีผลใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนด 240 วันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป[29] นั้น โดยในบทเฉพาะกาล ได้กำหนดให้เปลี่ยนความผิดอาญาที่มีโทษปรับสถานเดียวตามกฎหมายในบัญชี 1 ท้ายพระราชบัญญัติ ซึ่งบัญชีดังกล่าวได้รวมถึงพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 เอาไว้ด้วย ให้เป็นความผิดทางพินัย และให้ถือว่าอัตราโทษปรับอาญาที่บัญญัติไว้ในกฎหมายดังกล่าว เป็นอัตราค่าปรับเป็นพินัย ตามมาตรา 39 ซึ่งบัญญัติว่า

"มาตรา 39 เมื่อพ้นกำหนดสามร้อยหกสิบห้าวันนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ให้เปลี่ยนความผิดอาญาที่มีโทษปรับสถานเดียวตามกฎหมายในบัญชี 1 ท้ายพระราชบัญญัตินี้ เป็นความผิดทางพินัยตามพระราชบัญญัตินี้ และให้ถือว่าอัตราโทษปรับอาญาที่บัญญัติไว้ในกฎหมายดังกล่าว เป็นอัตราค่าปรับเป็นพินัยตามพระราชบัญญัตินี้"[30]

เมื่อยกเลิกโทษจำคุกในความผิดฐานดังกล่าวออกไป ให้คงเหลือเฉพาะโทษปรับตามอัตราเดิมที่กำหนดไว้ และเมื่อคงเหลือเฉพาะอัตราโทษปรับเพียงอย่างเดียว อัตราโทษปรับทางอาญาดังกล่าวจึงกลายเป็นอัตราโทษปรับทางพินัยโดยผลของมาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. 2565 ไปโดยปริยาย ทั้งนี้ การปรับทางพินัยดังกล่าวไม่ถือเป็นโทษทางอาญาตามมาตรา 5 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. 2565 ซึ่งบัญญัติว่า *"การปรับเป็นพินัยไม่เป็นโทษอาญา"*[31] ดังนั้น ความผิดฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลา จึงไม่เป็นความผิดในทางอาญาอีกต่อไป

โดยสรุป เมื่อความผิดฐานไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลาไม่เป็นความผิดทางอาญา จึงส่งผลต่อการดำเนินคดีอาญานายจ้างที่เคยมีอยู่เดิมดังนี้

---

[29] มาตรา 2 พระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พุทธศักราช 2565

[30] มาตรา 39 พระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พุทธศักราช 2565

[31] มาตรา 5 พระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พุทธศักราช 2565

1) การดำเนินคดีจะไม่ไหลไปสู่กระบวนการทางพนักงานสอบสวน กล่าวคือ เมื่อการไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลาไม่มีโทษทางอาญา การร้องทุกข์หรือกล่าวโทษต่อพนักงานสอบสวน เพื่อให้มีการสอบสวนอันจะนำไปสู่การลงโทษทางอาญาแก่ผู้กระทำความผิดจึงไม่อาจกระทำได้อีกต่อไป

2) การเรียกร้องค่าตอบแทนในการทำงาน เป็นไปใน 2 ลักษณะเช่นเดิม ได้แก่ การฟ้องคดีแพ่งต่อศาลแรงงานที่ลูกจ้างสามารถดำเนินการได้โดยตรง หรือการยื่นคำร้องต่อพนักงานตรวจแรงงานซึ่งเป็นกระบวนการในลักษณะการดำเนินกระบวนการทางปกครอง และไม่ได้เป็นการตัดโอกาสแก่ลูกจ้างในการเรียกร้องค่าตอบแทนในการทำงานที่เคยมีอยู่เดิมแต่อย่างใด ลูกจ้างก็ยังคงมีสิทธิเรียกร้องตามช่องทางต่าง ๆ ที่เคยมีอยู่ได้ตามปกติ

3) นายจ้างยังคงถูกลงโทษในทางแพ่งอยู่ เนื่องจากมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ยังคงกำหนดให้นายจ้างต้องเสียดอกเบี้ยระหว่างผิดนัดให้แก่ลูกจ้าง และหากนายจ้างจงใจไม่จ่ายโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรก็ต้องเสียเงินเพิ่มให้แก่ลูกจ้างด้วย ดังนั้น ลูกจ้างจึงไม่เสียสิทธิต่าง ๆ ที่กฎหมายเคยคุ้มครองอยู่เดิมแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตาม นอกจากมาตรา 70 ที่กล่าวถึงค่าตอบแทนในการทำงาน และหากฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามต้องระวางโทษตามมาตรา 144 แล้ว ในบทกำหนดโทษตามมาตรา 144 ยังกำหนดให้หากนายจ้างฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติที่เกี่ยวกับเงินอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นเงินประกันการทำงาน ตามมาตรา 10 ค่าชดเชย ตามมาตรา 118 ค่าชดเชยพิเศษแทนการบอกกล่าวล่วงหน้าหรือค่าชดเชยพิเศษ ตามมาตรา 120 มาตรา 120/1 มาตรา 121 และมาตรา 122 หรือค่าจ้างแทนการบอกกล่าวล่วงหน้า 17/1 เป็นต้น ต้องระวางโทษตามมาตราดังกล่าวด้วย ดังนั้น เมื่อความผิดกรณีที่นายจ้างไม่จ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้ถูกต้องหรือไม่จ่ายตามกำหนดระยะเวลา เป็นบทบัญญัติที่ควรเป็นความผิดในทางแพ่ง ไม่ว่าจะเป็นค่าจ้าง ค่าล่วงเวลา ค่าทำงานในวันหยุด ค่าล่วงเวลาในวันหยุด ตามมาตรา 70 ดังนั้น เงินตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 อื่น ๆ ซึ่งมีโทษตามมาตรา 144 ด้วยนั้น หากนายจ้างฝ่าฝืนบทบัญญัติเหล่านี้ก็ไม่ควรที่จะกำหนดให้เป็นความผิดและถูกลงโทษทางอาญาด้วยเช่นกัน

อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ได้กำหนดให้มีกองทุนสงเคราะห์ลูกจ้างขึ้นมาเพื่อเป็นทุนสงเคราะห์ลูกจ้างในกรณีที่ลูกจ้างออกจากงาน หรือตาย หรือในกรณีอื่นตามที่กำหนดโดยคณะกรรมการกองทุนฯ กำหนด โดยเงินค่าปรับที่ได้รับจากการลงโทษผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ต้องส่งเข้ากองทุนสงเคราะห์ และเป็น

กรรมสิทธิ์ของกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน โดยไม่ต้องนำส่งกระทรวงการคลังเป็นรายได้แผ่นดิน ผู้วิจัยเห็นว่า แม้ว่ากฎหมายจะกำหนดให้ต้องส่งเงินค่าปรับเข้ากองทุนสงเคราะห์ลูกจ้างเพื่อนำไปใช้ช่วยเหลือลูกจ้างตามระเบียบที่กองทุนกำหนด แต่ไม่ได้หมายความว่าทุกกรณีที่นายจ้างไม่จ่ายเงินตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ให้แก่ลูกจ้างแล้วลูกจ้างจะมีสิทธิได้รับเงินช่วยเหลือจากกองทุนสงเคราะห์ลูกจ้าง เนื่องจากกองทุนดังกล่าวไม่ได้มีเจตนาที่จะจ่ายเงินให้แก่ลูกจ้างเต็มอัตราตามที่นายจ้างไม่จ่าย แต่มีเจตนารมณ์เพื่อจะเยียวยาความเสียหายหรือช่วยเหลือลูกจ้างจากการที่นายจ้างไม่จ่ายเงินให้แก่ลูกจ้างเท่านั้น ดังนั้น การพิจารณาว่าลูกจ้างรายใดมีสิทธิได้รับการช่วยเหลือเยียวยาหรือไม่ เพียงใด จึงจำเป็นต้องผ่านคณะกรรมการของกองทุนฯ เพื่อพิจารณา โดยกรรมการจะพิจารณาจากสถานการณ์ต่าง ๆ ของลูกจ้างประกอบด้วย เช่น ยังไม่ได้มีงานใหม่รองรับ มีภาระครอบครัวต้องเลี้ยงดู มีภาระหนี้สิน เป็นต้น ทำให้บางครั้งแม้ลูกจ้างจะได้รับเงินช่วยเหลือจึงได้ไม่เต็มจำนวนตามอัตราเงินที่นายจ้างค้างจ่าย อีกทั้ง การจ่ายเงินให้แก่ลูกจ้างนั้น ในเบื้องต้นต้องนำเงินค่าปรับที่ได้จากผู้กระทำผิดส่งเข้ากองทุนเสียก่อน และในแต่ละรอบหรือตามที่คณะกรรมการกำหนดจะมีวาระที่จะพิจารณาให้ความช่วยเหลือลูกจ้างเป็นคราว ๆ ไป ซึ่งในบางครั้งอาจใช้เวลาพิจารณาที่ยาวนาน ดังนั้น ผู้วิจัยจึงเห็นว่า ในกรณีดังกล่าว ควรมีการแก้ไขระเบียบกองทุนสงเคราะห์ลูกจ้างที่เกี่ยวข้องหรือแก้ไขพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ให้สามารถนำเงินค่าปรับเป็นพินัยมาช่วยเหลือหรือเยียวยาลูกจ้างได้ทันท่วงทีและไม่ใช้เวลานานเกินไป เช่น อาจกำหนดให้ลูกจ้างสามารถขอรับเงินค่าปรับเป็นพินัยได้ในอัตราร้อยละ 20 ของเงินที่นายจ้างไม่จ่ายให้แก่ตน แต่ไม่เกินจำนวนค่าปรับที่นายจ้างได้ชำระ โดยลูกจ้างสามารถขอรับได้ทันทีที่นายจ้างได้จ่ายค่าปรับเป็นพินัย โดยไม่ต้องผ่านขั้นตอนของกองทุนสงเคราะห์ลูกจ้าง เพราะไม่ได้ถือว่าเงินดังกล่าวมีลักษณะเป็นเงินช่วยเหลือ แต่ถือว่าเป็นเงินส่วนหนึ่งที่นายจ้างต้องจ่ายให้แก่ลูกจ้างอยู่แล้ว โดยกองทุนสงเคราะห์ลูกจ้างอาจต้องสวมสิทธิเป็นเจ้าหนี้แทนลูกจ้างในการเรียกร้องเงินที่ได้จ่ายให้แก่ลูกจ้างไปแล้วต่อนายจ้างต่อไป ส่วนเงินที่ขาดอยู่เท่าใดลูกจ้างอาจยื่นคำขอต่อกองทุนสงเคราะห์ลูกจ้างเพื่อพิจารณาสงเคราะห์ช่วยเหลือก็ได้ แต่หากเป็นระเบียบกองทุนสงเคราะห์ลูกจ้างในปัจจุบัน หากเป็นกรณีที่คณะกรรม การกองทุนฯ ไม่ได้พิจารณาให้ความช่วยเหลือลูกจ้าง ลูกจ้างก็อาจไม่ได้รับการเยียวยาจากกองทุนฯ อีกทั้งก็ยังไม่ได้รับเงินที่ค้างจ่ายจากนายจ้างด้วย ส่งผลให้ลูกจ้างยังคงไม่ได้รับเงินทั้งจากนายจ้างและกองทุนฯ จึงไม่สอดคล้องคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองให้ลูกจ้างไม่ถูกเอารัดเอาเปรียบและวางมาตรการเพื่อนำไปสู่การเรียกร้องเงินอันพึงได้ตามที่กฎหมายกำหนดของลูกจ้างไม่ประสบความสำเร็จและไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร

สิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานของลูกจ้างตามกฎหมายแรงงานไทย*

Right to Disconnect of Employees Outside Working Hours under Thai Labor Law

พัทธมนัส ไพบูลย์ศิริ

Pattamanas Paibulsiri

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: 6380096334@student.chula.ac.th

(Received: June 11, 2023; Revised: July 20, 2023; Accepted: July 20, 2023)

บทคัดย่อ

ปัญหาการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานเป็นปัญหาหนึ่งที่พบได้จากการทำงานในปัจจุบัน เนื่องจากการติดต่อสื่อสารที่สะดวกและรวดเร็ว จึงมีการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานมากขึ้น ลูกจ้างต้องทำงานนอกเวลาทำงานอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ โดยนายจ้างสามารถติดต่อและสั่งงานลูกจ้างได้ผ่านทางโทรศัพท์ การส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ และการส่งข้อความผ่านแอปพลิเคชันต่าง ๆ ในโทรศัพท์มือถือ โดยเฉพาะช่วงการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 หรือโรคโควิด-19 ที่มีการทำงานที่บ้าน ซึ่งมีความแตกต่างกับการทำงานปกติ ทำให้การปิดการติดต่อสื่อสารเรื่องงานทำได้ยากขึ้น อันกระทบต่อสิทธิความเป็นส่วนตัว สิทธิการพักผ่อน และสิทธิความปลอดภัยอาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน อีกทั้งกฎหมายแรงงานที่สำคัญที่มีอยู่ในปัจจุบัน คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มีการรับรองและคุ้มครองลูกจ้างเกี่ยวกับสิทธิการ

---

* บทความวิจัยนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์ เรื่อง “สิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานของลูกจ้างตามกฎหมายแรงงานไทย” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานแต่ไม่ครอบคลุมถึงลูกจ้างทุกคนอย่างเหมาะสม รวมทั้งกฎหมายแรงงานอื่น ๆ ไม่มีการรับรองและคุ้มครองลูกจ้างเกี่ยวกับสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน บทความนี้จึงมุ่งพิจารณาว่าการรับรองและคุ้มครองสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานมีความเหมาะสมและเพียงพอหรือไม่ รวมถึงหาแนวทาง รูปแบบ หรือวิธีการที่เหมาะสมในการพัฒนากฎหมาย เพื่อให้มีการรับรองและคุ้มครองสิทธิดังกล่าวอย่างเหมาะสม ในรูปแบบการออกกฎกระทรวงกำหนดมาตรฐานตามพระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554 เพื่อเป็นการสร้างสมดุลระหว่างเวลาทำงานและเวลาส่วนตัวให้กับทั้งลูกจ้างและนายจ้าง โดยไม่เป็นการกระทบสิทธิของทั้งสองฝ่ายมากเกินไป

คำสำคัญ : สิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน, สิทธิความเป็นส่วนตัว, สิทธิการพักผ่อน, สิทธิความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน

Abstract

The problem of communication outside working hours is a significant issue in today's workforce. As communication becomes more convenient and faster, there is an increase in work-related interactions during non-working hours. Employees are often required to work beyond their scheduled work times. Employers can contact and instruct employees via telephone, email, and various mobile applications. Particularly during the Coronavirus Disease 2019 (COVID-19) epidemic, working from home, which is different from normal operations, has made it more difficult to disconnect from work-related communications. This situation impacts employees' rights to privacy, rest, and occupational health and safety. Moreover, while the Labor Protection Act B.E. 2541 does guarantee and protect the right to disconnect, it does not adequately cover all employees. Other labor laws also lack guarantees and protections regarding this right. The purpose of this article is to assess whether the right to disconnect is appropriate and sufficient, and to explore ways, forms, or suitable methods for developing laws that adequately guarantee and protect such rights. One proposed solution is the issuance of ministerial regulations under the Occupational Safety, Health, and Environment Act B.E. 2554

to establish standards that balance work time and personal time for both employees and employers, without unduly infringing on the rights of either party.

Keywords : Right to Disconnect, Right to Privacy, Right to Rest, Right to Safety Occupational Health and Environment

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในโลกของการทำงานการติดต่อสื่อสารระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างเกี่ยวกับงานที่อยู่ในความรับผิดชอบเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นโดยปกติของสภาพการทำงาน ซึ่งในปัจจุบันการติดต่อสื่อสารมีความก้าวหน้า ล้ำสมัย และสะดวกในการเข้าถึง ทำให้สามารถติดต่อสื่อสารกันได้สะดวกและรวดเร็วมากขึ้น ทำให้นายจ้างมีการติดต่อ สื่อสารทั้งในเวลาทำงานและนอกเวลาทำงานมากขึ้น การติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานเป็นการสร้างภาระให้กับลูกจ้าง เนื่องจากนายจ้างสามารถติดต่อและสั่งงานลูกจ้างได้ตลอดเวลาไม่ว่าจะทางโทรศัพท์ การส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ และการส่งข้อความผ่านแอปพลิเคชันต่าง ๆ ในโทรศัพท์มือถือ ด้วยเหตุนี้เอง จึงทำให้ลูกจ้างถูกนายจ้างสั่งงานหลังเลิกงานตามงานช่วงเวลากลางคืนหรือวันหยุด เป็นเหตุให้ลูกจ้างต้องทำงานตลอดเวลาแม้จะพ้นเวลาการทำงานปกติไปแล้วก็ตาม กระทบต่อสิทธิความเป็นส่วนตัว สิทธิการพักผ่อน และสิทธิความปลอดภัยอาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงานของลูกจ้าง

กฎหมายแรงงานที่สำคัญที่มีอยู่ในปัจจุบัน คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มีการรับรองและคุ้มครองลูกจ้างเกี่ยวกับการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานจากนายจ้าง หรือมีการรับรองสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน หรือ Right to Disconnect ซึ่งเป็นการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวของลูกจ้างให้ปราศจากการถูกแทรกแซงจากนายจ้างนอกเหนือเวลาทำงาน อันจะเป็นการช่วยแบ่งแยกระหว่างเวลาของการทำงานและเวลาของความเป็นส่วนตัวอย่างชัดเจน เพิ่มประสิทธิภาพในการทำงานของลูกจ้างให้เป็นไปอย่างยั่งยืน ช่วยให้ลูกจ้างมีความสมดุลระหว่างชีวิตการทำงานและชีวิตส่วนตัวที่ดีขึ้น ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2566 ที่มีการประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 19 มีนาคม 2566[1] โดยการรับรองและคุ้มครองดังกล่าวเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้นายจ้างและลูกจ้างสามารถตกลงกันให้ลูกจ้างสามารถนำงานไปทำนอกสถานประกอบกิจการหรือนอกสำนักงานของนายจ้างได้ เพื่อเป็นการส่งเสริมคุณภาพชีวิตและการทำงานของลูกจ้างและเพื่อประโยชน์ในการประกอบกิจการของนายจ้างตลอดจนมีส่วนช่วยแก้ไขปัญหาจราจร ลดการใช้พลังงานและเชื้อเพลิง ซึ่งจากการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าวมีประเด็นที่ต้องพิจารณาดังนี้

[1] “พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2566,” ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 140 ตอนที่ 40 ก, วันที่ 19 มีนาคม 2566, หน้า 56-59.

ประการแรก การรับรองสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานดังกล่าวเป็นกรณีนำมาใช้บังคับกับการทำงานนอกสถานประกอบกิจการหรือนอกสำนักงานของนายจ้างเท่านั้นหรือไม่ เนื่องจากการรับรองสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานเป็นการบัญญัติในวรรคสามของมาตรา 23/1 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติงานนอกสถานประกอบกิจการหรือนอกสำนักงานของนายจ้าง

ประการที่สอง การแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่มีการบัญญัติถึงบทกำหนดโทษกรณีนายจ้างไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย หรือกรณีนายจ้างติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานกับลูกจ้าง โดยลูกจ้างไม่ได้ให้ความยินยอมไว้หรือนอกเหนือจากที่ลูกจ้างให้ความยินยอมไว้ ซึ่งจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวขาดประสิทธิภาพในการบังคับใช้หรือไม่

ประการที่สาม การให้ความยินยอมของลูกจ้างโดยทำเป็นหนังสือไว้ล่วงหน้าก่อนนั้น กฎหมายไม่ได้บัญญัติถึงรายละเอียดของการให้ความยินยอมไว้ ดังนั้น นายจ้างอาจใช้ช่องว่างดังกล่าวในการบังคับลูกจ้างทางอ้อมเพื่อให้สามารถติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานได้

ประการที่สี่ กฎหมายให้สิทธิลูกจ้างในการปฏิเสธนายจ้างได้ แต่ไม่ได้บัญญัติถึงข้อยกเว้นที่นายจ้างอาจมีความจำเป็นต้องติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน เช่น กรณีงานที่ต้องติดต่อสื่อสารข้ามประเทศที่มีเวลาทำงานที่แตกต่างกัน หรือกรณีเกิดเหตุสุดวิสัยที่มีความจำเป็นต้องติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน

ประการที่ห้า กฎหมายไม่ได้บัญญัติให้ลูกจ้างมีส่วนร่วมในการจัดทำหนังสือการให้ความยินยอมไว้ล่วงหน้า ทำให้นายจ้างอาจใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่ามาบังคับให้ลูกจ้างต้องจัดทำหนังสือให้ความยินยอมไว้ล่วงหน้าอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ แม้ว่าในความเป็นจริงลูกจ้างอาจจะไม่มีเจตนาที่แท้จริงในการจะให้ความยินยอมไว้ล่วงหน้าตามที่กฎหมายบัญญัติ ทำให้ลูกจ้างต้องอยู่ภายใต้การให้ความยินยอมตามที่นายจ้างต้องการโดยไม่สามารถแสดงเจตนาที่แท้จริงออกมาได้

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554 ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อวางมาตรการควบคุม กำกับ ดูแล และบริหารจัดการด้านความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงานให้แก่ลูกจ้าง[2] ไม่มีการกล่าวถึงการรับรองและคุ้มครองลูกจ้างเกี่ยวกับการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานจากนายจ้างแต่อย่างใด

[2] กองความปลอดภัยแรงงาน กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน, “คำอธิบายสรุปสาระสำคัญพระราชบัญญัติความปลอดภัยอาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : http://legal.labour.go.th/images/law/Safety2554/2554_2382564.pdf [4 มิถุนายน 2565]

การรับรองสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานที่มีอยู่ในปัจจุบันจึงไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร ทำให้เกิดปัญหากับลูกจ้างสามประการ ได้แก่ ประการแรก ปัญหาการละเมิดความเป็นส่วนตัวนอกเวลาทำงาน ประการที่สอง ปัญหาการละเมิดสิทธิการพักผ่อน และประการที่สาม การละเมิดความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน ของลูกจ้างที่ทำงานนอกเวลาทำงาน

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ผู้วิจัยจึงสนใจประเด็นดังกล่าว เพื่อให้รัฐมีการรับรองสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานให้ครอบคลุมถึงลูกจ้างทุกคนอย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพ ทำให้นายจ้างมีความเคารพความเป็นส่วนตัวและสิทธิการพักผ่อนของลูกจ้าง ตระหนักถึงความปลอดภัย อาชีวอนามัยและสภาพแวดล้อมในการทำงานของลูกจ้าง และทำให้ลูกจ้างได้รับการคุ้มครองในสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานอย่างเหมาะสม อันเป็นสิทธิพื้นฐานที่ลูกจ้างทุกคนพึงจะได้รับ โดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของทั้งนายจ้างและลูกจ้าง

2. ระเบียบวิธีวิจัย

2.1 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาความเป็นมา สิทธิที่เกี่ยวข้องกับสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน

2. เพื่อศึกษาและเปรียบเทียบสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานตามหลักกฎหมายสากล กฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย

3. เพื่อศึกษาหาแนวทาง รูปแบบ หรือวิธีการในการพัฒนากฎหมายหรือกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 และพระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554

4. เพื่อศึกษาหาแนวทางให้นายจ้างมีความเคารพความเป็นส่วนตัวและสิทธิการพักผ่อนของลูกจ้าง ตระหนักถึงความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงานของลูกจ้าง โดยลูกจ้างจะได้รับการคุ้มครองอย่างเหมาะสมแต่ไม่เป็นการกระทบสิทธิของนายจ้างมากเกินไป

2.2 สมมติฐานของการวิจัย

ประเทศไทยมีกฎหมายแรงงานเกี่ยวกับการคุ้มครองแรงงานตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 และพระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554 แต่มีบทบัญญัติที่รับรองและคุ้มครองสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ซึ่งเป็นการรับรองและคุ้มครองที่ไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร ทำให้นายจ้างยังสามารถติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานได้ อันกระทบต่อความเป็นส่วนตัว การพักผ่อน ความปลอดภัย อาชีว อนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงานของลูกจ้าง ดังนั้น จึงควรมีบทบัญญัติในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานของลูกจ้างให้เหมาะสมและมีประสิทธิภาพ โดยแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน เพื่อวางมาตรการในการควบคุม กำกับ ดูแล และบริหารจัดการด้านความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงานเกี่ยวกับการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานให้แก่ลูกจ้าง เพื่อลูกจ้างจะได้มีเวลาพักผ่อนอย่างเต็มที่โดยปราศจากการรบกวนจากนายจ้างนอกเวลาทำงาน รวมทั้งเป็นการสร้างสมดุลระหว่างเวลาทำงานและเวลาส่วนตัวให้กับทั้งลูกจ้างและนายจ้าง โดยไม่เป็นการกระทบสิทธิของทั้งสองฝ่ายมากเกินไป

2.3 ขอบเขตของการวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาความเป็นมา สิทธิที่เกี่ยวข้องกับสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน และศึกษาเปรียบเทียบสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานตามหลักกฎหมายสากล กฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย เพื่อพิจารณาพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 พระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554 และกฎหมายแรงงานที่เกี่ยวข้องของประเทศไทยที่มีอยู่ในปัจจุบันว่ามีความเหมาะสมและเพียงพอสำหรับการรับรองสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานหรือไม่ รวมถึงหาแนวทาง รูปแบบ หรือวิธีการที่เหมาะสมในการพัฒนากฎหมายหรือกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานตามกฎหมายแรงงานของประเทศไทย

2.4 วิธีการวิจัย

วิธีการศึกษาที่ใช้ในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยใช้วิธีการศึกษาแบบเอกสาร (Documentary Research) ค้นคว้าบทความ หนังสือ วารสาร ตำรา ข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต งานวิจัย และคำพิพากษาของศาล ทั้งภาษาไทยและภาษา

ต่างประเทศ ในด้านนิติศาสตร์และด้านอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน

2.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. เข้าใจความเป็นมา สิทธิที่เกี่ยวข้องกับสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน และสามารถนำมาเป็นรากฐานในการพัฒนากฎหมายคุ้มครองแรงงานของประเทศไทย

2. เข้าใจสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานตามหลักกฎหมายสากลและกฎหมายต่างประเทศ และสามารถนำมาเป็นแนวทางในการพัฒนากฎหมายแรงงานของประเทศไทย

3. ทราบถึงแนวทาง รูปแบบ หรือวิธีการในการพัฒนากฎหมายหรือกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน มาแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554

4. นำเสนอแนวทางที่ทำให้นายจ้างมีความเคารพความเป็นส่วนตัวและสิทธิการพักผ่อนของลูกจ้าง ตระหนักถึงความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงานของลูกจ้าง โดยลูกจ้างจะได้รับการคุ้มครองอย่างเหมาะสมแต่ไม่เป็นการกระทบสิทธิของนายจ้างมากเกินไป

3. ความเป็นมาและสิทธิที่เกี่ยวข้องกับการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน

3.1 ความเป็นมาของสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน

สิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานมาจากแนวคิดที่ว่า ผู้ปฏิบัติงานมีสิทธิขั้นพื้นฐานในการหยุดการทำงานหรือกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับงานนอกเวลาทำงาน ลูกจ้างจะไม่ถูกคาดหวังให้ตอบกลับอีเมลหรือทำงานให้เสร็จนอกเหนือเวลาการทำงานที่ตกลงกันไว้ สิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานจะสร้างจุดจบให้กับวันทำงานของลูกจ้างอย่างเหมาะสม ในอดีตลูกจ้างจำนวนมากไม่ได้ทำงานหรือไม่สามารถทำงานต่อไปได้หลังจากที่ออกจากสถานที่ทำงานไปแล้ว แต่ในปัจจุบันด้วยความแพร่หลายของเทคโนโลยีที่ช่วยให้สามารถตอบสนองต่อการโทรและส่งข้อความได้ทันทีเสมือนหนึ่งกับการเข้าถึงทรัพยากรการทำงานจากระยะไกล ลูกจ้างจำนวนมากจึงต้องทำกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับงานตลอดเวลาหลังจากเลิกงาน

สิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานหรือ Right to Disconnect เกิดขึ้นโดยมีรากฐานมาจากกฎหมายระหว่างประเทศ ตัวอย่างเช่น มาตรา 24 ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ระบุว่า “ทุกคนมีสิทธิในการพักผ่อน รวมถึงการจำกัดชั่วโมงทำงานและวันหยุดตาม

ช่วงเวลาตามสมควรด้วยค่าจ้าง” ต่อมาเมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2017 กฎหมายแรงงานของสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้มีการบังคับใช้ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน (Droit à la Déconnexion) ทางอิเล็กทรอนิกส์ต่าง ๆ โดย มาตรา L 2242-8 มาตรา L 2242-17 และมาตรา L 2243 ของกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดหลักการเอาไว้ว่า กิจการที่มีลูกจ้างตั้งแต่ห้าสิบคนขึ้นไปต้องทำความตกลงกันระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างเกี่ยวกับชั่วโมงในการทำงาน โดยต้องระบุว่า เวลาทำงานของลูกจ้างในแต่ละวันเริ่มต้นและสิ้นสุดลงในเวลาใด นอกเหนือเวลาทำงานลูกจ้างมีสิทธิที่จะตัดขาดการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ต่าง ๆ เช่น การไม่อ่านและไม่ตอบอีเมลที่ถูกส่งมาจากบริษัทนอกเวลาทำงานโดยไม่ถือว่าเป็นความผิดและจะไม่ถูกนำมาใช้ในการประเมินผลการทำงานของลูกจ้าง กฎหมายฉบับนี้ออกมาหลังจากพบปัญหาเกี่ยวกับความเหนื่อยล้าจากการทำงานของลูกจ้าง และการให้ความสำคัญของการสร้างสมดุลระหว่างงานกับชีวิตส่วนตัว[3] การสั่งงานนอกเวลางานผ่านช่องทางการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ต่าง ๆ สร้างความไม่เป็นธรรมให้กับลูกจ้างเพราะไม่มีการจ่ายค่าล่วงเวลาทั้ง ๆ ที่ลูกจ้างต้องทำงานบางอย่างนอกเวลาทำงานซึ่งในบางกรณีลูกจ้างอาจต้องใช้เวลาในการทำการศึกษาค้นคว้าเพื่อหาคำตอบ นอกจากนี้การใช้งานนอกเวลาทำงานยังเป็นการกระทำที่ไม่เคารพเวลาส่วนตัว เวลาอยู่กับครอบครัวหรือเวลาพักผ่อนของลูกจ้างอีกด้วย โดยสาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นประเทศแรกในโลกที่ออกกฎหมายลักษณะนี้[4] ต่อมาประเทศต่าง ๆ ในทวีปยุโรปมีการแก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับกฎหมายสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานเพิ่มมากขึ้น เช่น สาธารณรัฐอิตาลี ราชอาณาจักรสเปน สาธารณรัฐไอร์แลนด์ สาธารณรัฐโปรตุเกส และล่าสุดราชอาณาจักรเบลเยียม[5] นอกจากนี้ ยังได้จุดประกายให้เกิดการอภิปรายเกี่ยวกับสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานในประเทศของทวีปอื่น ๆ ด้วย เช่น ประเทศแคนนาดา และได้สร้างแนวคิดมาถึงประเทศไทยด้วยโดยพิจารณาจากบทความของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา[6] ที่มีการกล่าวถึงสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน จนไปถึงการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2566 ในปัจจุบัน

---

[3] Achkar Law, “The Legal Right to Disconnect,” [online] Available from : https://blog.firstreference.com/the-legal-right-to-disconnect/#.Y0kCX3ZBw2w [27 February 2022]

[4] นันทวัฒน์ บรมานันท์, “สิทธิที่จะตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1998 [5 มกราคม 2565]

[5] รชต สนิท, “พอได้พอคุยงานนอกเวลา! เบลเยียมออกกฎหมาย พนักงานรัฐ ‘ไม่ต้องตอบเรื่องงาน’ นอกเวลางาน” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://brandinside.asia/belgium-legalise-the-rights-to-disconnect-for-public-servant/ [2 มีนาคม 2565]

[6] สุรีเยนทร์ ศรีสังข์, “การตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://www.krisdika.go.th/data/activity/act13458.pdf [5 มกราคม 2565]

เพื่อให้ลูกจ้างของประเทศไทยได้รับการคุ้มครองเกี่ยวกับสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานเท่าเทียมกับประเทศอื่น ๆ

3.2 สิทธิที่เกี่ยวข้องกับการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน

3.2.1 สิทธิความเป็นส่วนตัว

สิทธิความเป็นส่วนตัวเป็นสิทธิที่เริ่มต้นมาจากสิทธิในการมีชีวิตซึ่งบุคคลควรจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ความเป็นส่วนตัวเป็นการแบ่งแยกระหว่างสิทธิความเป็นส่วนตัวและสิทธิสาธารณะ ดังนั้น หากมีพื้นที่สาธารณะแล้วก็ย่อมมีพื้นที่ส่วนตัวอยู่ด้วยกันเสมอ โดยบุคคลควรจะมีสิทธิที่จะมีความสุขกับชีวิต สิทธิพลเมือง และสิทธิในทรัพย์สินซึ่งจะไม่ถูกแทรกแซงจากสถานการณ์ทางการเมือง สังคม และเศรษฐกิจ โดยสิทธิในการมีชีวิตเป็นสิทธิที่มาจากการเติบโตของแนวคิดทางกฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สิน ไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินที่มีรูปร่างและทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง

บทความ “The Right to Privacy” ของ Samuel D. Warren และ Louis D. Brandeis อธิบายว่า สิทธิในความเป็นส่วนตัว (Privacy) หมายถึง สิทธิที่จะอยู่คนเดียวหรือสิทธิในการที่จะอยู่โดยลำพัง (The Right to be Let Alone) เป็นการมองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวเป็นสองแง่มุม คือ ความเป็นส่วนตัวในแง่นามธรรม ได้แก่ การที่บุคคลมีสิทธิและเสรีภาพในการแสดงอารมณ์ ความรู้สึกนึกคิด ตลอดจนความเชื่อถือศรัทธาในลัทธิศาสนา ส่วนความเป็นส่วนตัวในทางรูปธรรม คือ สิทธิที่จะอยู่โดยลำพังปราศจากการรบกวนและการแทรกแซงจากสังคม การอยู่อย่างสันโดษไม่ติดต่อสัมพันธ์กับสังคม[7]

สิทธิความเป็นส่วนตัว สามารถจำแนกออกได้เป็น 4 ด้าน ดังนี้[8]

1. ความเป็นส่วนตัวเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลหรือข้อมูลส่วนตัว (Information Privacy) เป็นการให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลโดยการวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเก็บรวบรวมและการบริหารจัดการข้อมูลส่วนบุคคล

---

[7] นคร เสรีรักษ์, **ความเป็นส่วนตัว: ความคิด ความรู้ ความจริง และพัฒนาการเรื่องการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในประเทศไทย**, (กรุงเทพมหานคร: ฟ้าฮ่าม, 2557), หน้า 67.

[8] บรรเจิด สิงคะเนติ, นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์, และเรวดี ขวัญทองยิ้ม, **รายงานการศึกษาวิจัยฉบับสมบูรณ์ : ปัญหาและมาตรการทางกฎหมายในการรับรอง และคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว (Right to Privacy)**, (สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, ม.ป.ป.), หน้า 6-7.

2. ความเป็นส่วนตัวเกี่ยวกับเนื้อตัวและร่างกาย (Bodily Privacy) เป็นการให้ความคุ้มครองในชีวิตร่างกายของบุคคลในทางกายภาพที่จะไม่ถูกดำเนินการใด ๆ อันละเมิดความเป็นส่วนตัว เช่น การทดลองทางพันธุกรรม การทดลองยา หรือการกระทำใด ๆ ต่อเนื้อตัวและร่างกาย

3. ความเป็นส่วนตัวในการติดต่อสื่อสาร (Privacy of Communication) เป็นการให้ความคุ้มครองในความปลอดภัย และความเป็นส่วนตัวในการติดต่อสื่อสารทางจดหมาย โทรศัพท์ ไปรษณีย์อิเล็ก ทรอนิกส์ หรือวิธีการติดต่อสื่อสารอื่นใดที่ผู้อื่นจะล่วงรู้มิได้ รวมถึงการตอบรับหรือไม่ตอบรับการติดต่อสื่อสาร

4. ความเป็นส่วนตัวในการอยู่หรือพักอาศัย (Territorial Privacy) เป็นการกำหนดขอบเขตหรือข้อจำกัดที่บุคคลอื่นจะรุกล้ำเข้าไปในอาณาเขตแห่งสถานที่ส่วนตัวมิได้ ทั้งนี้รวมทั้งการติดกล้องวงจรปิด การตรวจสอบหมายเลขประจำตัวประชาชนของบุคคลเพื่อการเข้าที่พักอาศัย (ID Checks)

3.2.2 สิทธิการพักผ่อน

สิทธิการพักผ่อนและการมีเวลาว่าง (Right to Rest and Leisure) เป็นสิทธิมนุษยชนอย่างหนึ่งในประเภทสิทธิทางสังคม วัฒนธรรมและเศรษฐกิจ (Social Culture and Economic Right)[9] ปรากฏอยู่ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน โดยสิทธิการพักผ่อนจึงเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่มนุษย์ทุกคนพึงจะได้รับ เนื่องจากมนุษย์ทุกคนมีชีวิตจิตใจ มีสิทธิในชีวิตและร่างกาย มีความต้องการการพักผ่อนอย่างเพียงพอ ดังนั้นแรงงานซึ่งเป็นมนุษย์คนหนึ่งที่ต้องทำงานในแต่ละวันจึงต้องมีเวลาทำงานและเวลาพัก เพื่อเป็นการสร้างสมดุลระหว่างการทำงานและสุขภาพ การกำหนดเวลาทำงานมาจากพื้นฐานแนวความคิดเรื่องความปลอดภัยในการทำงาน เนื่องจากหากลูกจ้างทำงานมากเกินไปจะส่งผลต่อความปลอดภัยและสุขภาพของลูกจ้าง อันนำมาซึ่งประสิทธิภาพในการทำงานที่ลดลง และยังส่งผลกระทบต่อครอบครัวและการดำรงชีวิตของลูกจ้าง

สิทธิการพักผ่อนและการมีเวลาว่าง (Right to Rest and Leisure) อาจตีความได้ว่าหมายถึง เวลาว่าง ซึ่งเป็นเวลาในการพักผ่อน เวลาในการฟื้นตัวจากการทำงาน และเวลาเพื่อทำกิจกรรมตามที่ต้องการ[10] เป็นการสร้างสมดุลระหว่างชีวิตการทำงานและการพักผ่อน โดยได้รับการ

[9] ชำนาญ จันทร์เรือง, “สิทธิในการพักผ่อนและการมีเวลาว่าง” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://www.bangkokbiznews.com/columnist/980814 [10 เมษายน 2565]

[10] A. J. Veal, “Human Rights, Leisure and Leisure Studies”, in **World Leisure Journal**, 57, 4 (2015), p.249-272.

รับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ในข้อ 24[11] กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Convent on Economic, Social and Cultural Rights – ICESCR)[12] และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child)[13]

อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 14 ว่าด้วยการหยุดพักผ่อนประจำสัปดาห์ในกิจการอุตสาหกรรม ค.ศ. 1921 และฉบับที่ 106 ว่าด้วยการหยุดพักผ่อนประจำสัปดาห์ (งานพาณิชย์และงานสำนักงาน) ค.ศ. 1957 ได้บัญญัติให้แรงงานมีวันหยุดพักผ่อนอย่างน้อย 24 ชั่วโมงติดต่อกัน ในทุกระยะ เวลา 7 วัน[14] และอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 132 ว่าด้วยวันหยุดพักโดยได้รับค่าจ้าง (แก้ไข) ค.ศ. 1970 ได้บัญญัติให้แรงงานมีสิทธิได้รับวันหยุดพักผ่อนประจำปีตามระยะเวลาขั้นต่ำที่กำหนด โดยวันหยุดจะต้องไม่น้อยกว่าสามสัปดาห์ทำงานสำหรับเวลาการทำงานหนึ่งปี[15] วันหยุด ประกอบด้วย วันหยุดประจำสัปดาห์[16] วันหยุดตามประเพณี[17] และวันหยุดพักผ่อนประจำปี[18]

3.2.3 สิทธิความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน

เมื่อสังคมโลกมีการเปลี่ยนแปลงจากสังคมเกษตรเป็นสังคมอุตสาหกรรม โดยอุตสาหกรรมช่วงแรกของโลกส่วนใหญ่จะเป็นอุตสาหกรรมเหมืองแร่ อุตสาหกรรมสิ่งทอ และอุตสาหกรรมเพื่อการดำรงชีพเป็นหลัก จนถึงช่วง ปี ค.ศ. 1750 ถึง ค.ศ. 1850 ได้เกิดการปฏิวัติอุตสาหกรรมขึ้นที่ประเทศสหราชอาณาจักรเป็นประเทศแรก ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญในระบบและวิธีการผลิต คือ เปลี่ยนจากการใช้แรงงานคนและสัตว์ มาเป็นเครื่องจักรกลที่สลับซับซ้อน

---

[11] กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, “ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน Universal Declaration of Human Rights” หน้า 28 [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://humanrights.mfa.go.th/upload/pdf/udhr-th-en.pdf [7 กุมภาพันธ์ 2565]

[12] มาตรา 7 (3) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Convent on Economic, Social and Cultural Rights – ICESCR)

[13] มาตรา 31 (1) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก

[14] สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, “รายงานผลการรับฟังความคิดเห็นและรายงานผลการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่..) พ.ศ. ....” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://www.parliament.go.th/section77/manage/files/file_20201102141002_2_57.pdf [10 เมษายน 2565]

[15] มาตรา 3 อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 132 ว่าด้วยวันหยุดพักโดยได้รับค่าจ้าง (แก้ไข) คริสต์ศักราช 1970

[16] มาตรา 28 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พุทธศักราช 2541

[17] มาตรา 29 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พุทธศักราช 2541

[18] มาตรา 30 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พุทธศักราช 2541

และมีประสิทธิภาพมากขึ้น เพื่อให้ได้ผลผลิตมากขึ้น การปฏิวัติอุตสาหกรรมนี้ส่งผลอย่างมากต่อสุขภาพอนามัยและความปลอดภัยของผู้ใช้แรงงาน ทำให้เกิดอุบัติเหตุและโรคจากการทำงาน รวมทั้งมีแรงงานเสียชีวิตจากการทำงานมากขึ้น ดังนั้น จึงเกิดแนวความคิดในการป้องกันและคุ้มครองความปลอดภัยและอาชีวอนามัยของลูกจ้าง เพื่อให้ลูกจ้างทำงานอย่างมีประสิทธิภาพภายใต้สภาพการทำงานที่เหมาะสม ลดความเสี่ยงจากภยันตรายอันเนื่องมาจากการทำงาน รวมทั้งส่งเสริมให้ลูกจ้างมีสุขภาพร่างกายที่แข็งแรง ปราศจากโรคจากการทำงาน

พระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554 ให้ความหมายของคำว่า ความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน หมายความว่า การกระทำหรือสภาพการทำงานซึ่งปลอดจากเหตุอันจะทำให้เกิดการประสบอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย จิตใจหรือสุขภาพอนามัยอันเนื่องมาจากการทำงานหรือเกี่ยวกับการทำงาน[19] ซึ่งสอดคล้องกับอนุสัญญาฉบับที่ 155 ว่าด้วยความปลอดภัยและสุขภาพอนามัยในการทำงาน ค.ศ. 1981 ที่บัญญัติให้รัฐสมาชิกจะต้องมีนโยบายเกี่ยวกับความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงานของลูกจ้าง รวมถึงการป้องกันอุบัติเหตุและการบาดเจ็บที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาทำงาน โดยการลดสาเหตุแห่งอันตรายที่มีอยู่ในสภาพแวดล้อมในการทำงานให้มีน้อยที่สุด เท่าที่จะกระทำได้ตามเหตุสมควร

โดยทั่วไปคำว่า ความปลอดภัยในการทำงาน หรือความปลอดภัยและสุขภาพอนามัยในการทำงาน (Safety and Health at Work) หรืออาชีวอนามัยและความปลอดภัย (Occupational Health and Safety) หรือความปลอดภัยและอาชีวอนามัย (Occupational Safety and Health) หรือความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน ล้วนมีความหมายเหมือนกันคือ หมายถึง ความปลอดภัยและสุขภาพอนามัยในการทำงานของลูกจ้าง[20]

นอกจากนี้ สภาพแวดล้อมในการทำงานที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพ หมายถึง สิ่งหรือสภาพต่าง ๆ ที่อยู่รอบตัวผู้ปฏิบัติงาน เช่น ความร้อน ความเย็น แสงสว่าง เสียงดัง ความสั่นสะเทือน รังสี ก๊าซ ไอสาร ฝุ่น ฟูม ละออง สารเคมี เชื้อโรค และสัตว์ต่าง ๆ นอกจากนี้ ยังรวมถึงสภาพการทำงานที่ซ้ำซาก การเร่งรีบทำงาน การทำงานล่วงเวลา สัมพันธภาพระหว่างเพื่อนร่วมงาน ค่าตอบแทน

---

[19] มาตรา 4 พระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พุทธศักราช 2554

[20] สถาบันส่งเสริมความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน (องค์การมหาชน), “คู่มือความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน สำหรับลูกจ้างทั่วไปและลูกจ้างเข้าทำงานใหม่” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://www.tosh.or.th/index.php/media-relations/e-book/item/882-2021-03-25-03-48-44 [10 เมษายน 2565]

และชั่วโมงการทำงาน ความไม่เหมาะสมของสภาพแวดล้อมในการทำงาน นับว่าเป็นปัจจัยที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการก่อให้เกิดการเจ็บป่วยจากการทำงานได้

สภาพแวดล้อมในการทำงานที่อยู่รอบตัวผู้ปฏิบัติงาน ซึ่งอาจทำให้เกิดการเจ็บป่วยหรือโรคจากการทำงาน แบ่งเป็น 5 กลุ่ม[21] ได้แก่ สภาพแวดล้อมทางกายภาพ ทางเคมี ทางชีวภาพ ทางการยศาสตร์ และทางจิตวิทยาสังคม โดยสภาพแวดล้อมทางจิตวิทยาสังคม เป็นสภาพแวดล้อมที่มีผลต่อภาวะเกี่ยวกับจิตวิทยาสังคมและเศรษฐกิจในการทำงาน เช่น สภาวะในการทำงานที่ถูกเร่งรัดหรือบีบบังคับให้ต้องทำงาน โดยไม่คำนึงถึงสภาพความเป็นอยู่ หรือมอบหมายให้ทำงานมากเกินกำลัง หรือทำงานซ้ำซาก จนเกิดความเบื่อหน่าย การทำงานล่วงเวลา สัมพันธภาพระหว่างผู้ปฏิบัติงาน การทำงานกับเพื่อนร่วมงานที่แปลกหน้า การได้รับค่าจ้างที่ไม่เหมาะสม สิ่งเหล่านี้อาจเป็นสาเหตุให้เกิดความกดดันทางจิตใจ ซึ่งเป็นผลเสียต่อการปฏิบัติงานที่ก่อให้เกิดความเครียดต่อจิตใจ จากการที่ผู้ปฏิบัติงานต้องทำงานในสภาพแวดล้อมในการทำงานที่ไม่เหมาะสม อาจเป็นผลทำให้เกิดการเจ็บป่วยหรือเกิดโรคจากการทำงานขึ้น เมื่อเกิดการเจ็บป่วย ผู้ปฏิบัติงานอาจได้รับการตรวจวินิจฉัย รักษาพยาบาล และฟื้นฟูสภาพให้หายได้ แต่เมื่อผู้ปฏิบัติงานกลับเข้าทำงานในสภาพแวดล้อมการทำงานที่ไม่เหมาะสมเช่นเดิมอีก ผู้ปฏิบัติงานก็อาจได้รับอันตรายทำนองเดียวกับที่เกิดขึ้นแล้วไม่มีที่สิ้นสุด

4. การตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานตามกฎหมายต่างประเทศ

สิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน เป็นสิทธิที่มีการรับรองในกฎหมายแรงงานของหลายประเทศ เช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศส สาธารณรัฐโปรตุเกส ประเทศแคนนาดา สาธารณรัฐไอร์แลนด์ ราชอาณาจักรสเปน สาธารณรัฐอิตาลี ราชอาณาจักรเบลเยียม และในบางประเทศไม่มีการรับรองสิทธิในกฎหมายแต่เป็นการให้ความร่วมมือโดยสมัครใจ[22] จากนายจ้างเอง เช่น สาธารณรัฐเยอรมนี บริษัท Volkswagen นายจ้างจะไม่ส่งอีเมลใด ๆ ไปยังลูกจ้างหลังจากสิ้นสุดเวลาทำการมากกว่าสามสิบนาที[23] บทความนี้เลือกศึกษาตัวอย่างจากประเทศที่มีการรับรอง

---

[21] สถาบันส่งเสริมความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน (องค์การมหาชน), **คู่มือความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน สำหรับลูกจ้างทั่วไปและลูกจ้างเข้าทำงานใหม่**, (กรุงเทพมหานคร : สถาบันส่งเสริมความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน (องค์การมหาชน), 2563), หน้า 8-10.

[22] Paul M. Secunda, “The Employee Right to Disconnect”, in **Notre Dame Journal of International & Comparative Law**, 9, 1 (2019), p.29.

[23] Jeevan Vasagar, “Out of Hours Working Banned by German Labour Ministry,” [online] Available from : https://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/germany/10276815/Out-of-hours-working-banned-by-German-labour-ministry.html [5 June 2022]

สิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน โดยแบ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) ได้แก่ สาธารณรัฐฝรั่งเศสและสาธารณรัฐโปรตุเกส และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี (Common Law) ได้แก่ ประเทศแคนนาดาและสาธารณรัฐไอร์แลนด์

4.1 การตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานตามกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศส

สาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นประเทศแรกที่รับรองเกี่ยวกับการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์นอกเวลาทำงานมาบัญญัติรับรองเป็นกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน[24] โดยประมวลกฎหมายแรงงานฝรั่งเศส มาตรา L 2242-8[25] กำหนดให้บริษัทที่มีลูกจ้างอย่างน้อยห้าสิบคนขึ้นไปต้องเสียค่าปรับในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันทางวิชาชีพระหว่างหญิงและชาย และการไม่จัดทำข้อตกลงเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันทางวิชาชีพระหว่างหญิงและชาย โดยเฉพาะมาตรการที่มุ่งขจัดช่องว่างด้านค่าจ้างและคุณภาพชีวิตในการทำงาน นายจ้างอาจต้องรับโทษจำคุกหนึ่งปีและปรับจำนวน 3,750 ยูโร[26] ตามมาตรา L 2243 โดยในมาตรา L 2242-17 ข้อ 7[27] กำหนดให้ข้อตกลงเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันทางวิชาชีพระหว่างหญิงและชายต้องมีขั้นตอนการดำเนินการอย่างเต็มรูปแบบโดยลูกจ้างเกี่ยวกับสิทธิการตัดขาดการติดต่อ สื่อสารนอกเวลาทำงาน โดยบริษัทจะต้องมีกลไกในการควบคุมการใช้เครื่องมือดิจิทัล เพื่อให้มั่นใจว่าสอดคล้องกับช่วงเวลาพักผ่อนและวันลา ตลอดจนชีวิตส่วนตัวและชีวิตครอบครัวของลูกจ้าง ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงนายจ้างจะต้องจัดทำแผนผังขั้นตอนตามคำแนะนำของคณะกรรมการสังคมและเศรษฐกิจ แผนผังขั้นตอนนี้จะกำหนดขั้นตอนสำหรับการใช้สิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน และยังจัดให้มีการดำเนินการสำหรับลูกจ้าง หัวหน้างานและเจ้าหน้าที่ฝ่ายจัดการ การฝึกอบรมและการดำเนินการเพื่อสร้างความตระหนักเกี่ยวกับการใช้เครื่องมือดิจิทัลอย่างสมเหตุสมผล เพื่อประโยชน์ของลูกจ้างและนายจ้าง

---

[24] Paul M. Secunda, “The Employee Right to Disconnect”, in **Notre Dame Journal of International & Comparative** Law, p.27.

[25] Légifrance, “Code du travail: Article L2242-8,” [online] Available from : https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000037389692 [10 September 2022]

[26] จิรภัทร ภัทรเศรณี. **ปัญหาการใช้อำนาจบังคับบัญชาของนายจ้างนอกเวลาทำงานปกติผ่านระบบเทคโนโลยีติดต่อสื่อสาร**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2564 ; หน้า 63-64.

[27] Légifrance, “Code du travail: Article L2242-17,” [online] Available from : https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000039785096/ [10 September 2022]

4.2 การตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานตามกฎหมายสาธารณรัฐโปรตุเกส

ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2022 ประมวลกฎหมายแรงงานของสาธารณรัฐโปรตุเกส ได้มีการแก้ไขรับรองให้การทำงานทางไกลสามารถนำมาทดแทนและถือว่าเป็นการทำงานที่สถานประกอบกิจการ นายจ้างมีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับการทำงานในสถานประกอบกิจการ ค่าจ้าง ค่าใช้จ่ายในอุปกรณ์ต่าง ๆ รวมทั้งความปลอดภัยและอาชีวอนามัยจากการทำงาน โดยเนื้อหาของกฎหมายที่แก้ไข ประกอบด้วย การปรับเปลี่ยนระบบการทำงานทางไกล ควบคุมระบบการชดเชยสำหรับอุบัติเหตุจากการทำงานและโรคจากการทำงาน ซึ่งกำหนดรูปแบบการชดเชยอุบัติเหตุในที่ทำงานและโรคจากการทำงาน โดยเพิ่มเติมหน้าที่งดการติดต่อ[28] ตามมาตรา 199-A ซึ่งนายจ้างมีหน้าที่ละเว้นการติดต่อลูกจ้างในช่วงเวลาพัก ยกเว้นในสถานการณ์ที่เป็นเหตุสุดวิสัย การละเมิดกฎหมายโดยมีการติดต่อลูกจ้างในช่วงเวลาพักเป็นความผิดทางปกครองและถือเป็นความผิดร้ายแรง หากลูกจ้างใช้สิทธิในการพักผ่อนแล้ว แต่นายจ้างยังติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน และนำการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานมาเกี่ยวข้องกับสภาพการทำงานและความก้าวหน้าในอาชีพ จะถือเป็นการเลือกปฏิบัติ

4.3 การตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานตามกฎหมายประเทศแคนนาดา

ตามพระราชบัญญัติมาตรฐานการจ้างงาน พ.ศ. 2543 (Employment Standards Act 2000) ของรัฐออนแทริโอที่แก้ไขใหม่ ได้บัญญัติรับรองสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานไว้เป็นส่วนย่อยของส่วนที่ 7 ชั่วโมงการทำงานและระยะเวลาการรับประทานอาหาร เป็นส่วนที่ 7.0.1 นโยบายที่เป็นลายลักษณ์อักษรว่าด้วยการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน

มาตรา 21.1.1 อธิบายคำว่า “การตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน” หมายถึงไม่มีส่วนร่วมในการสื่อสารที่เกี่ยวข้องกับงาน รวมทั้งอีเมล โทรศัพท์ การสนทนาทางวิดีโอ หรือการส่งหรือตรวจสอบข้อความอื่น ๆ เพื่อที่จะเป็นอิสระจากการทำงาน

มาตรา 21.1.2 กำหนดให้นายจ้างที่มีลูกจ้างตั้งแต่ยี่สิบห้าคนขึ้นไป ต้องจัดให้มีนโยบายเป็นลายลักษณ์อักษรสำหรับลูกจ้างทุกคนเกี่ยวกับการเคารพการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน ซึ่งรวมถึงวันที่จัดทำนโยบายและวันที่มีการเปลี่ยนแปลงนโยบาย และให้นายจ้างจัดเตรียมสำเนานโยบายเป็นลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานให้กับลูกจ้างของนายจ้างแต่ละคนภายในสามสิบวันหลังจากจัดทำนโยบาย

---

[28] มาตรา 199-A ประมวลกฎหมายแรงงานโปรตุเกส แก้ไขกฎหมายเลขที่ 83/2021 วันที่ 5 ธันวาคม ค.ศ. 2021 ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2022

4.4 การตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานตามกฎหมายสาธารณรัฐไอร์แลนด์[29]

พระราชบัญญัติความสัมพันธ์ในสถานที่ทำงาน พ.ศ. 2558 มาตรา 20 (2) (Section 20 (2) of the Workplace Relations Act 2015) บัญญัติให้มีการจัดทำร่างหลักเกณฑ์การปฏิบัติงาน โดย Workplace Relations Commission (WRC) ตามคำร้องขอ เพื่อเสนอต่ออธิบดีกรมวิสาหกิจ การค้าและการจ้างงาน (Department of Enterprise, Trade and Employment – DETE) หลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นแนวทางซึ่งเป็นลายลักษณ์อักษรที่จะตกลงกันในกระบวนการให้คำปรึกษา กำหนดแนวทาง และแนวปฏิบัติที่ดีที่สุดสำหรับนายจ้างและลูกจ้างในส่วนที่เกี่ยวกับการปฏิบัติตาม กฎหมายว่าด้วยการจ้างงาน Workplace Relations Commission จึงออกหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการ ตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน โดยหลักปฏิบัติดังกล่าวมีขึ้นเพื่อเป็นแนวปฏิบัติที่ดีที่สุด แก่นายจ้างและลูกจ้างเกี่ยวกับสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน ช่วยนายจ้างและ ลูกจ้างในการทำงานแบบอิเล็กทรอนิกส์ที่มีมากขึ้นในปัจจุบันซึ่งเป็นการทำงานที่เปลี่ยนไปจากอดีต และมีแนวโน้มที่จะเปลี่ยนไปได้อีกในอนาคต เป็นการช่วยเหลือลูกจ้างที่ต้องทำงานเกินกว่าชั่วโมง การทำงานปกติ และช่วยเหลือนายจ้างในการพัฒนาและดำเนินการเกี่ยวกับขั้นตอนและนโยบาย ในการรับรองสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน

Workplace Relations Commission มองว่า สิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลา ทำงาน หมายถึง สิทธิของลูกจ้างที่จะสามารถออกจากงานและละเว้นจากการติดต่อสื่อสารทาง อิเล็กทรอนิกส์ที่เกี่ยวข้องกับงาน เช่น อีเมล โทรศัพท์ หรือข้อความอื่น ๆ นอกเวลาทำงานปกติ

สิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน ประกอบด้วยองค์ประกอบ 3 ประการ ได้แก่

1. สิทธิของลูกจ้างที่จะไม่ทำงานนอกเวลาทำงานปกติ

2. สิทธิของลูกจ้างที่จะไม่ต้องรับโทษจากการปฏิเสธการทำงานนอกเวลาทำงานปกติ

3. หน้าที่ของนายจ้างในการเคารพสิทธิของผู้อื่นในการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลา ทำงาน เช่น ไม่ส่งอีเมลหรือโทรศัพท์หาลูกจ้างเป็นประจำนอกเวลาทำการปกติ

---

[29] Workplace Relations Commission, “CODE OF PRACTICE FOR EMPLOYERS AND EMPLOYEES ON THE RIGHT TO DISCONNECT,” [online] Available from : https://www.workplacerelations.ie/en/what_you_should_know/codes_practice/code-of-practice-for-employers-and-employees-on-the-right-to-disconnect.pdf [28 February 2022]

Code of Practice on the Right to Disconnect ประกอบด้วย หน้าที่ของนายจ้างและลูกจ้าง โดยเป็นการสร้างวัฒนธรรมที่ลูกจ้างรู้สึกว่าสามารถตัดขาดจากการทำงานและอุปกรณ์ที่เกี่ยวข้องกับงานได้นอกเวลาทำงาน จำเป็นต้องมีแนวทางร่วมกันจากทั้งนายจ้างและลูกจ้าง โดยให้นายจ้างมีหน้าที่ในการจัดการเวลาทำงานให้มีความเหมาะสม นายจ้างควรมีส่วนร่วมเชิงรุกกับลูกจ้างและหรือสหภาพแรงงานหรือตัวแทนของลูกจ้างอื่น ๆ ตามความเหมาะสมเพื่อพัฒนานโยบายเกี่ยวกับสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานที่คำนึงถึงความต้องการเฉพาะของธุรกิจและลูกจ้าง นโยบายควรคำนึงถึงกฎหมายด้านสุขภาพและความปลอดภัย ข้อกำหนดและเงื่อนไขในการจ้างงานของลูกจ้างที่เกี่ยวข้องกับเวลาทำงานและภาระผูกพันตามกฎหมายของทั้งนายจ้างและลูกจ้าง

5. การตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานตามกฎหมายประเทศไทย

กฎหมายของประเทศไทยที่มีความเกี่ยวข้องกับสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานล้วนเป็นกฎหมายแรงงาน ซึ่งกฎหมายแรงงานของประเทศไทยมีที่มาจากกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กฎหมายภายในประเทศ เช่น รัฐธรรมนูญ กฎหมายของฝ่ายบริหาร และคำพิพากษาของศาล[30]

5.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

สิทธิตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ที่มีความเกี่ยวข้องกับสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน ได้แก่ สิทธิความเป็นส่วนตัว และสิทธิของแรงงาน นอกจากสิทธิดังกล่าวแล้วแรงงานถือว่าเป็นประชาชนชาวไทยเช่นกัน ดังนั้น แรงงานจึงมีสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานเช่นเดียวกับประชาชนทุกคน เช่น การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การคุ้มครองความเสมอภาค การไม่เลือกปฏิบัติ สิทธิในชีวิตและร่างกาย เสรีภาพในเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ เสรีภาพในการประกอบอาชีพ เสรีภาพในการนับถือศาสนา

5.2 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541

พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2566 ได้รับการประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 19 มีนาคม 2566 และจะมีผลบังคับเมื่อพ้น 30 วันนับแต่วันประกาศ หรือมีผล

---

[30] วิจิตรา (ฟุ้งลัดดา) วิเชียรชม, **คำอธิบายกฎหมายแรงงาน**, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2565), หน้า 62-63.

บังคับตั้งแต่วันที่ 18 เมษายน 2566 เป็นต้นไป[31] ซึ่งเป็นการเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายคุ้มครองแรงงานในมาตรา 23/1

มาตรา 23/1 บัญญัติว่า "เพื่อประโยชน์ในการประกอบกิจการของนายจ้าง และเป็นการส่งเสริมคุณภาพชีวิตและการทำงานของลูกจ้าง หรือในกรณีมีความจำเป็นนายจ้างและลูกจ้างอาจตกลงให้ลูกจ้างนำงานในทางการที่จ้างหรือที่ตกลงไว้กับนายจ้างซึ่งมีลักษณะหรือสภาพของงานที่ลูกจ้างสามารถปฏิบัติงานนอกสถานประกอบกิจการหรือนอกสำนักงานของนายจ้างได้โดยสะดวก ให้ลูกจ้างนำงานดังกล่าวไปทำที่บ้านหรือที่พักอาศัยของลูกจ้าง หรือตกลงให้ลูกจ้างทำงานผ่านการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศในสถานที่ใด ๆ ได้

การตกลงตามวรรคหนึ่ง ให้นายจ้างจัดทำเป็นหนังสือหรือข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่สามารถเข้าถึงและนำกลับมาใช้ได้โดยความหมายไม่เปลี่ยนแปลง โดยอาจตกลงให้มีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

(1) ช่วงระยะเวลาเริ่มต้นและสิ้นสุดการตกลง

(2) วัน เวลาทำงานปกติ เวลาพัก และการทำงานล่วงเวลา

(3) หลักเกณฑ์การทำงานล่วงเวลาและการทำงานในวันหยุด รวมทั้งการลาประเภทต่าง ๆ

(4) ขอบเขตหน้าที่การทำงานของลูกจ้างและการควบคุมหรือกำกับการทำงานของนายจ้าง

(5) ภาระหน้าที่เกี่ยวกับการจัดหาเครื่องมือหรืออุปกรณ์การทำงาน รวมทั้งค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่จำเป็น อันเนื่องมาจากการทำงาน

เมื่อสิ้นสุดเวลาทำงานปกติตามที่นายจ้างและลูกจ้างตกลงกันหรือสิ้นสุดการทำงานตามที่นายจ้างมอบหมาย ลูกจ้างมีสิทธิปฏิเสธในการติดต่อสื่อสารไม่ว่าในทางใด ๆ กับนายจ้าง หัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน หรือผู้ตรวจงาน เว้นแต่ลูกจ้างได้ให้ความยินยอมโดยทำหนังสือไว้ล่วงหน้าก่อน

ลูกจ้างซึ่งทำงานที่บ้าน หรือที่พักอาศัย หรือทำงานผ่านการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศในสถานที่ใด ๆ มีสิทธิเช่นเดียวกับลูกจ้างที่ทำงานในสถานประกอบกิจการหรือสำนักงานของนายจ้าง"

[31] ไตรศุลี ไตรสรณกุล, "พ.ร.บ.คุ้มครองแรงงานฉบับใหม่สนับสนุนการทำงานแบบเวิร์คฟอร์มโฮมเริ่มบังคับ 18 เม.ย. 66 เปิดทางนายจ้าง-ลูกจ้างตกลงเวลาทำงาน พักผ่อน วันลา ให้ชัดเจน" [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://www.thaigov.go.th/news/contents/details/66494 [30 เมษายน 2566]

จะเห็นได้ว่าจากการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าวทำให้กฎหมายคุ้มครองแรงงานของประเทศไทยมีการบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานแล้ว โดยมาตราดังกล่าวมีสาระสำคัญโดยแบ่งเป็น 2 ประการ ดังนี้

1. การคุ้มครองลูกจ้างในการทำงานนอกสถานประกอบกิจการ ตามที่บัญญัติในมาตรา 23/1 วรรคแรก วรรคสอง และวรรคสี่ โดยให้นายจ้างและลูกจ้างอาจตกลงกันให้ลูกจ้างนำงานในทางการที่จ้างที่ลูกจ้างสามารถปฏิบัติงานนอกสถานประกอบกิจการหรือนอกสำนักงานของนายจ้าง ไปทำที่บ้านหรือที่พักอาศัยของลูกจ้าง หรือตกลงให้ลูกจ้างทำงานผ่านการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศในสถานที่ใด ๆ ได้ ซึ่งการตกลงระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างนั้น อาจตกลงให้มีรายละเอียด เช่น ระยะเวลาเริ่มต้นและสิ้นสุดการตกลง วัน เวลาทำงานปกติ เวลาพัก และการทำงานล่วงเวลา การลาขอบเขตหน้าที่ของลูกจ้าง การกำกับควบคุมของนายจ้าง ภาระหน้าที่เกี่ยวกับการจัดหาเครื่องมือหรืออุปกรณ์การทำงาน รวมทั้งค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่จำเป็นอันเนื่องมาจากการทำงาน ซึ่งจะทำให้ลูกจ้างที่ทำงานที่บ้าน หรือที่พักอาศัย หรือทำงานผ่านการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศในสถานที่ใด ๆ มีสิทธิและอยู่ภายใต้การคุ้มครองตามกฎหมายแรงงานต่าง ๆ เช่นเดียวกับลูกจ้างที่ทำงานในสถานประกอบกิจการหรือสำนักงานของนายจ้างด้วย

2. การคุ้มครองสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน ตามที่บัญญัติในมาตรา 23/1 วรรคสาม โดยกฎหมายกำหนดให้เมื่อสิ้นสุดเวลาทำงานปกติตามที่มีการตกลงกันแล้ว ลูกจ้างมีสิทธิปฏิเสธการติดต่อ สื่อสารไม่ว่าในทางใด ๆ กับนายจ้าง หัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน หรือผู้ตรวจงาน เว้นแต่ลูกจ้างได้ให้ความยินยอมโดยทำหนังสือไว้ล่วงหน้าก่อน

บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวเป็นการเริ่มต้นการรับรองและคุ้มครองสิทธิการตัดขาดการติดต่อ สื่อสารนอกเวลาทำงานของประเทศไทย กฎหมายมีการบัญญัติให้สิทธิแก่ลูกจ้าง โดยเมื่อสิ้นสุดเวลาการทำงานปกติตามที่นายจ้างและลูกจ้างตกลงกัน หรือสิ้นสุดการทำงานตามที่นายจ้างมอบหมายแล้ว ลูกจ้างมีสิทธิที่จะปฏิเสธในการติดต่อสื่อสารไม่ว่าในทางใดกับนายจ้าง หัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน หรือผู้ตรวจงาน เว้นแต่ลูกจ้างได้ให้ความยินยอมโดยทำหนังสือไว้ล่วงหน้าก่อนแล้ว ซึ่งสิทธิที่จะปฏิเสธในการติดต่อสื่อสารไม่ว่าในทางใด ๆ นั้นย่อมหมายถึงสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน ไม่ว่าจะเป็นการติดต่อเรื่องการทำงาน หรือการติดต่อทั่วไป ไม่ว่าจากนายจ้างในระดับใด และไม่ว่าจะเป็นการติดต่อสื่อสารผ่านช่องทางใด ทั้งในทางปกติและทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งกฎหมายดังกล่าวได้มีข้อยกเว้นให้ลูกจ้างต้องยอมรับการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานในกรณีที่ลูกจ้างได้ให้ความยินยอมเป็นหนังสือไว้ก่อนล่วงหน้าแล้ว

5.3 พระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554

พระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554 มีเจตนารมณ์เพื่อวางมาตรการควบคุม กำกับ ดูแล และบริหารจัดการด้านความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงานให้แก่ลูกจ้าง ทำให้ลูกจ้างมีความปลอดภัยในการทำงานสอดคล้องกับสถานการณ์ในปัจจุบันที่มีการนำเทคโนโลยี เครื่องมือ เครื่องจักร อุปกรณ์ สารเคมี มาใช้ในกระบวนการผลิต การก่อสร้าง และบริการ ส่งผลกระทบต่อผู้ใช้แรงงานในด้านความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน และก่อให้เกิดอันตรายจากการทำงานจนถึงบาดเจ็บทุพพลภาพ พิการ เสียชีวิต หรือเกิดโรคอันเนื่องมาจากการทำงาน โดยการมีมาตรการความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน จะลดความสูญเสียที่เกิดจากอันตรายในการทำงาน อันประกอบด้วย การสูญเสียทางตรงและการสูญเสียทางอ้อม[32]

เมื่อพิจารณานิยามความหมายของคำว่า “ความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน”[33] และพิจารณามาตรฐานความปลอดภัยในด้านต่าง ๆ ที่มีในปัจจุบันจะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554 จะเป็นการคุ้มครองความปลอดภัยจากเครื่องมือ เครื่องจักรและสภาพแวดล้อมในการทำงาน เช่น ความร้อน แสงสว่าง เสียง ไฟฟ้า รังสี สารเคมีอันตราย เป็นการบังคับใช้ภายในสถานประกอบกิจการและอ้างอิงจากลักษณะหรือประเภทของงาน โดยต้องการคุ้มครองให้งานประเภทต่าง ๆ ที่มีลักษณะอันตรายโดยสภาพ ให้ลูกจ้างได้รับความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงานที่ดี แต่เมื่อลูกจ้างสิ้นสุดเวลาทำงานไปแล้วนายจ้างไม่มีหน้าที่ในการคุ้มครองความปลอดภัยในการทำงานแก่ลูกจ้างแล้ว

การติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานจะเป็นกรณีที่ลูกจ้างทำงานจากที่บ้านหรือทำงานผ่านระบบเทคโนโลยีสารสนเทศต่าง ๆ โดยลูกจ้างไม่ได้อยู่ภายในสถานประกอบกิจการและไม่ใช่งานที่มีลักษณะอันตรายโดยสภาพ ดังนั้น พระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554 จึงไม่มีการนิยามความหมายของการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานและไม่มีการรับรองและคุ้มครองการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานภายในกฎหมาย แต่จะเห็นได้ว่าการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานทำให้ลูกจ้างได้รับผลกระทบต่อสภาพแวดล้อมทาง

---

[32] สุดาศิริ วศวงศ์, **คำอธิบายเกี่ยวกับกฎหมายการคุ้มครองแรงงาน**, (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2548), หน้า 234-236.

[33] มาตรา 4 พระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พุทธศักราช 2554

จิตวิทยาสังคม ลูกจ้างต้องประสบอันตรายต่อร่างกายและจิตใจ และได้รับผลกระทบเกี่ยวกับสภาพแวดล้อมในการทำงานที่ไม่ดีจากการทำงาน แม้จะไม่ใช่การประสบอันตรายที่เห็นได้ชัดเจนโดยเร็ว แต่ในระยะยาวลูกจ้างอาจได้รับผลกระทบจากการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานทั้งในเรื่องเวลาส่วนตัว การพักผ่อน และสุขภาพอนามัยต่าง ๆ และเมื่อลูกจ้างยอมรับการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานแล้ว ย่อมถือว่าลูกจ้างได้กลับเข้าสู่การทำงานที่นายจ้างต้องคุ้มครองความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน แม้จะเป็นนอกสถานประกอบกิจการก็ตาม เพราะเป็นกรณีนายจ้างยินยอมให้ลูกจ้างทำงานนอกสถานประกอบกิจการ และเมื่อในปัจจุบันเทคโนโลยีมีความล้ำสมัย การทำงานผ่านระบบเทคโนโลยีสารสนเทศจะมีมากขึ้น ทำให้นายจ้างต้องปรับตัวเข้ากับสถานการณ์การทำงานภายนอกสถานประกอบกิจการมากขึ้น ดังนั้น การกำหนดขอบเขตของกฎหมายความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน จึงควรคำนึงถึงการทำงานในรูปแบบใหม่ ๆ ที่ควรได้รับความคุ้มครองด้านความปลอดภัยอย่างทั่วถึงและเท่าเทียมกับลูกจ้างที่ทำงานภายในสถานประกอบกิจการ

นอกจากกฎหมายดังกล่าวข้างต้นแล้ว แนวปฏิบัติการใช้แรงงานที่ดี GLP (Good Labour Practices) และมาตรฐานแรงงานไทย TLS (Thai Labour Standards) ไม่มีการรับรองและคุ้มครองสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานในกฎหมายเช่นกัน

6. ปัญหาการรับรองสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานตามกฎหมายแรงงานไทย

6.1 ปัญหาการรับรองสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานตามกฎหมายแรงงาน

6.1.1 การรับรองสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานตามกฎหมายเป็นกรณีนำมาใช้บังคับกับการทำงานนอกสถานประกอบกิจการหรือนอกสำนักงานของนายจ้างเท่านั้นหรือไม่

ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2566 การที่ลูกจ้างถูกนายจ้างติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน เป็นกรณีที่ลูกจ้างไม่ได้รับความคุ้มครองเกี่ยวกับสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน ถูกละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัว สิทธิการพักผ่อน และสิทธิความปลอดภัย อาชีวอนามัยและสภาพแวดล้อมในการทำงาน โดยลูกจ้างมีสิทธิปฏิเสธการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานได้ผ่านทางกฎหมายการกำหนดชั่วโมงการทำงานตามมาตรา 23

แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ที่ให้ลูกจ้างทำงานวันหนึ่งไม่เกินแปดชั่วโมงและรวมกันแล้วสัปดาห์หนึ่งไม่เกินสี่สิบแปดชั่วโมง ภายใต้หลักการกำหนดชั่วโมงการทำงาน หลัก 8 : 8 : 8[34] แบ่งเป็นเวลาทำงาน 8 ชั่วโมง เวลาพักผ่อน 8 ชั่วโมง และเวลาส่วนตัวอีก 8 ชั่วโมง ดังนั้น จากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวจะเห็นได้ว่าลูกจ้างจะต้องมีเวลาทำงานตามที่กฎหมายคุ้มครองแรงงานกำหนด ซึ่งหากนายจ้างให้ลูกจ้างทำงานเกินกว่าแปดชั่วโมงจะถือว่าลูกจ้างทำงานล่วงเวลาตามจำนวนชั่วโมงที่เกินและนายจ้างต้องจ่ายค่าล่วงเวลาการทำงานให้แก่ลูกจ้าง ดังเช่นตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3654/2557[35]

การแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 23/1 ซึ่งเป็นการรับรองการทำงานจากที่บ้าน หรือ Work From Home โดยนายจ้างและลูกจ้างอาจตกลงกันให้ลูกจ้างนำงานในทางการที่จ้างที่ลูกจ้างสามารถปฏิบัติงานนอกสถานประกอบกิจการหรือนอกสำนักงานของนายจ้าง ไปทำที่บ้านหรือที่พักอาศัยของลูกจ้าง หรือนายจ้างกับลูกจ้างอาจตกลงให้ลูกจ้างทำงานผ่านการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศในสถานที่ใด ๆ ได้ การตกลงกันให้จัดทำเป็นหนังสือหรือข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งมีรายละเอียดตามที่กฎหมายกำหนด และมีการรับรองสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานในวรรคสามของมาตราดังกล่าว ทำให้การบัญญัติเรื่องสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน มิได้เป็นการบัญญัติเป็นมาตราไว้ในลักษณะที่เป็นเอกเทศ แต่เป็นการบัญญัติไว้ในวรรคสามของมาตรา 23/1 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กล่าวถึงลูกจ้างที่นำงานไปทำที่บ้านหรือที่พักอาศัยของลูกจ้าง หรือลูกจ้างที่ทำงานผ่านการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศในสถานที่ใด ๆ เท่านั้น จึงต้องแปลความว่า สิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานเป็นสิทธิที่ให้แก่ลูกจ้างที่นำงานไปทำที่บ้านหรือที่พักอาศัยหรือทำงานผ่านการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศ และเมื่อพิจารณาเหตุผลในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าว คือ[36] โดยที่พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ซึ่งใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันมีบทบัญญัติบางประการไม่เหมาะสมกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน สมควรแก้ไขเพิ่มเติมโดยกำหนดให้นายจ้างและลูกจ้างสามารถตกลงกันให้ลูกจ้างสามารถนำงานไปทำนอกสถานประกอบกิจการหรือนอกสำนักงานของนายจ้างได้ เพื่อเป็นการส่งเสริมคุณภาพชีวิตและการทำงานของลูกจ้างและเพื่อประโยชน์ในการประกอบกิจการของนายจ้าง จะเห็นได้ว่าจากเหตุผลการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าวไม่มีการกล่าวถึงสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานแต่อย่างใด แต่เน้นไปที่

---

[34] พงษ์รัตน์ เครือกลิ่น, **คำอธิบายกฎหมายแรงงานเพื่อการบริหารทรัพยากรมนุษย์**, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2563), หน้า 202.

[35] กองนิติการ กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน, “มาตรา 23 “เวลาทำงานปกติ”” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://legal.labour.go.th/attachments/article/528/57-3654.pdf [4 กรกฎาคม 2566]

[36] “พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2566,” ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 140 ตอนที่ 40 ก, วันที่ 19 มีนาคม 2566, หน้า 56-59.

การคุ้มครองสิทธิของลูกจ้างที่ทำงานนอกสถานประกอบกิจการหรือนอกสำนักงานของนายจ้างเป็นสำคัญ เพื่อให้ลูกจ้างที่นำงานไปทำนอกสถานประกอบกิจการหรือนอกสำนักงานของนายจ้างได้มีสิทธิเช่นเดียวกับลูกจ้างที่ทำงานในสถานประกอบกิจการของนายจ้าง[37] ซึ่งทำให้ปัจจุบันกฎหมายได้กำหนดเวลาทำงานสำหรับงานไว้ 4 ลักษณะ ได้แก่[38] งานทั่วไป งานอันตราย งานที่ไม่อาจกำหนดเวลาเริ่มต้นและสิ้นสุดของการทำงานแต่ละวันเป็นการแน่นอนได้ และการทำงานจากที่บ้านหรือที่พักอาศัย ตามบทบัญญัติของมาตรา 23 และมาตรา 23/1

6.1.2 การรับรองสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานไม่มีการบัญญัติถึงบทกำหนดโทษกรณีนายจ้างไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย

การแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2566 มาตรา 23/1 ไม่มีการบัญญัติถึงบทกำหนดโทษกรณีนายจ้างไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย หรือกรณีนายจ้างติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานกับลูกจ้าง โดยลูกจ้างไม่ได้ให้ความยินยอมไว้หรือนอกเหนือจากที่ลูกจ้างให้ความยินยอมไว้ มีเพียงกระบวนการของพนักงานตรวจแรงงานตามมาตรา 139 (3) ซึ่งเป็นกระบวนการที่เริ่มต้นมาจากลูกจ้างต้องไปร้องต่อพนักงานตรวจแรงงาน เพื่อให้พนักงานตรวจแรงงานมีคำสั่งให้นายจ้างปฏิบัติตามกฎหมาย โดยหากนายจ้างไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของพนักงานตรวจแรงงานมีโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท ตามมาตรา 146 ซึ่งในความเป็นจริงมีลูกจ้างจำนวนน้อยที่จะไปร้องต่อพนักงานตรวจแรงงาน เพื่อให้พนักงานตรวจแรงงานมีคำสั่งต่อนายจ้าง เพราะเนื่องจากการกระทำดังกล่าวอาจส่งผลกระทบกับความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง ส่งผลต่อการจ้างงาน การเลื่อนตำแหน่ง การเลื่อนเงินเดือน เมื่อพิจารณาถึงการยับยั้งและป้องกัน[39] มิให้นายจ้างไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย การมีบทลงโทษทางอาญาจะช่วยให้นายจ้างมีความเกรงกลัวต่อกฎหมายและเป็นการคุ้มครองลูกจ้างภายใต้กฎหมาย โดยเมื่อเป็นความผิดทางอาญาจึงต้องพิจารณาในส่วนความรับผิดทางอาญาโดยเคร่งครัดตามหลักกฎหมายอาญา กล่าวคือจะต้องพิจารณาโครงสร้างความรับผิดทางอาญาโดย เฉพาะอย่างยิ่งต้องพิเคราะห์ถึงเจตนาของผู้กระทำความผิดประกอบด้วย[40]

---

[37] มาตรา 23/1 วรรค 4 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พุทธศักราช 2541

[38] ศุภศิษฎ์ ทวีแจ่มทรัพย์, **กฎหมายแรงงาน**, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2566), หน้า 118-119.

[39] กองนิติการ กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน, "การดำเนินคดีอาญาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 กรณีนายจ้างเป็นนิติบุคคล" หน้า 9 [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://legal.labour.go.th/attachments/article/25/KM001.pdf [7 กรกฎาคม 2566]

[40] สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, "บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การดำเนินคดีอาญานายจ้างตามพระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554" หน้า 3 [ออนไลน์] แหล่งที่มา : http://www.oic.go.th/FILEWEB/CABINFOCENTER3/DRAWER005/GENERAL/DATA0002/00002680.PDF [7 กรกฎาคม 2566]

นอกจากโทษทางอาญาแล้วจำต้องพิจารณาต่อไปว่าการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานเมื่อลูกจ้างยอมรับการติดต่อสื่อสารดังกล่าวแล้วจะถือว่าเป็นการทำงานล่วงเวลาหรือไม่ ตามปกตินายจ้างจะมีอำนาจบังคับบัญชาต่อลูกจ้างในเวลาทำงานปกติ[41] แต่เมื่อลูกจ้างยอมรับการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานที่เกี่ยวข้องกับงานในทางการที่จ้างจะเป็นกรณีนายจ้างให้ลูกจ้างทำงานล่วงเวลา ซึ่งนายจ้างมีอำนาจบังคับบัญชาลูกจ้างได้ นายจ้างจึงต้องจ่ายค่าล่วงเวลาในการทำงานให้กับลูกจ้าง เพราะถือว่าเป็นการทำงานนอกชั่วโมงการทำงานปกติ แต่กรณีการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานที่ไม่เกี่ยวข้องกับงาน นายจ้างย่อมไม่อาจใช้อำนาจบังคับบัญชาบังคับแก่ลูกจ้างได้[42] และไม่ถือว่าเป็นการทำงานล่วงเวลา ลูกจ้างจึงไม่สิทธิได้รับค่าล่วงเวลาในการทำงาน

6.1.3 การให้ความยินยอมของลูกจ้างโดยทำเป็นหนังสือไว้ล่วงหน้าก่อนกฎหมายไม่ได้บัญญัติถึงรายละเอียดของการให้ความยินยอมไว้

มาตรา 23/1 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ได้มีการกำหนดข้อยกเว้นให้นายจ้างสามารถติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานกับลูกจ้างได้ หากลูกจ้างได้ให้ความยินยอมโดยทำหนังสือไว้ล่วงหน้าก่อนก็ตาม แต่การให้ความยินยอมดังกล่าวเป็นการให้ความยินยอมไว้ล่วงหน้า ซึ่งอาจเป็นการให้ความยินยอมพร้อมกับการทำสัญญาจ้างงาน โดยหากลูกจ้างไม่ยินยอมแล้ว นายจ้างอาจจะเลือกที่จะไม่จ้างงานลูกจ้างได้ ดังนั้น ลูกจ้างย่อมต้องยินยอมโดยปริยายอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

กรณีที่นายจ้างทำข้อตกลงให้ลูกจ้างให้ความยินยอมภายหลังจากการทำสัญญาจ้างแล้ว ความยินยอมของลูกจ้างที่มีต่อนายจ้างนอกเวลาทำงานก็อยู่ภายใต้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าของนายจ้างอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เพราะการจ้างงานย่อมนำเอาความสัมพันธ์แบบใกล้ชิดมาประเมินผลงาน ความไว้เนื้อเชื่อใจของนายจ้างมีผลต่อการเลื่อนตำแหน่ง และความเจริญก้าวหน้าในหน้าที่การงาน ทำให้ลูกจ้างต้องอยู่ภายใต้อำนาจของนายจ้างอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ จึงเป็นการบังคับลูกจ้างในทางอ้อม ซึ่งหากลูกจ้างปฏิเสธก็อาจจะได้รับผลกระทบกับการขึ้นเงินเดือน และการเลื่อนตำแหน่งก็เป็นได้ ทำให้แม้นอกเวลาทำงานนายจ้างก็มีอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าลูกจ้างในรูปแบบการติดต่อสื่อสารทางโทรศัพท์ ทางอีเมล หรือทางอิเล็กทรอนิกส์ต่าง ๆ ดังนั้น ความยินยอมของลูกจ้างที่มีต่อนายจ้างนอกเวลาทำงานปกติจึงไม่ได้เป็นการให้ความยินยอมโดยสมัครใจอย่างแท้จริงแต่เป็นการให้ความยินยอมโดยปริยาย

---

[41] วิจิตรา วิเชียรชม, **กฎหมายแรงงาน**, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2562), หน้า 179-180.

[42] วิชัย เอื้ออังคณากุล. **อำนาจบังคับบัญชาของนายจ้าง**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523 ; หน้า 36-38.

6.1.4 กฎหมายให้สิทธิลูกจ้างในการปฏิเสธนายจ้างได้ แต่ไม่ได้บัญญัติถึงข้อยกเว้นที่นายจ้างอาจมีความจำเป็นต้องติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน

มาตรา 23/1 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 บัญญัติให้สิทธิลูกจ้างเท่านั้นที่มีสิทธิปฏิเสธการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานจากนายจ้าง หัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน หรือผู้ตรวจงาน แต่ไม่ได้บัญญัติถึงข้อยกเว้นที่นายจ้างอาจมีความจำเป็นต้องติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน เช่น กรณีงานที่ต้องติดต่อสื่อสารข้ามประเทศที่มีเวลาทำงานที่แตกต่างกัน หรือกรณีเกิดเหตุสุดวิสัยที่มีความจำเป็นต้องติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน

กรณีกฎหมายบัญญัติถึงข้อยกเว้นที่ลูกจ้างได้ให้ความยินยอมโดยทำหนังสือไว้ล่วงหน้าก่อนแล้ว นายจ้างจะสามารถติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานได้ กฎหมายตามมาตราดังกล่าวไม่ได้บัญญัติถึงรายละเอียดการให้ความยินยอมระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง ซึ่งมีความเป็นไปได้ที่นายจ้างจะให้ลูกจ้างให้ความยินยอมในทุกกรณี รวมถึงกรณีงานที่ต้องติดต่อสื่อสารข้ามประเทศที่มีเวลาทำงานที่แตกต่างกัน หรือกรณีเกิดเหตุสุดวิสัยที่มีความจำเป็นต้องติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานก็เป็นได้ แต่ในบางกรณีก็เป็นได้ที่นายจ้างอาจไม่ได้ให้ลูกจ้างให้ความยินยอมไว้ล่วงหน้าเป็นหนังสือก่อน ซึ่งเมื่อมีความจำเป็นอย่างยิ่งต้องติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน นายจ้างจะไม่สามารถติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานได้ เนื่องจากลูกจ้างมีสิทธิปฏิเสธการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานตามสิทธิที่มีในกฎหมาย ดังนั้น กฎหมายควรกำหนดราย ละเอียดให้ชัดเจนถึงข้อยกเว้นในการให้นายจ้างสามารถติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานได้ หรือข้อความที่ลูกจ้างและนายจ้างอาจตกลงกันในการให้ความยินยอม รวมทั้งการให้ความยินยอมถึงกรณีมีความจำเป็นอย่างยิ่งต้องติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานด้วย เพื่อผลประโยชน์ของทั้งนายจ้างและลูกจ้าง

6.1.5 กฎหมายไม่ได้บัญญัติให้ลูกจ้างมีส่วนร่วมในการจัดทำหนังสือการให้ความยินยอมไว้ล่วงหน้า

การจัดทำหนังสือความยินยอมเกี่ยวกับการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานไว้ล่วงหน้าเป็นหนังสือของลูกจ้าง จะเป็นกรณีที่ลูกจ้างต้องสละสิทธิความเป็นส่วนตัว สิทธิการพักผ่อน เพื่อให้นายจ้างสามารถติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน อันเป็นข้อยกเว้นของการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัว สิทธิการพักผ่อน ซึ่งการสละสิทธิดังกล่าวจะทำให้การติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานต่อลูกจ้างไม่เป็นความผิด ดังนั้น การตกลงยกเว้นเรื่องดังกล่าวจึงควรเกิดจากเจตนาที่แท้จริงของทั้งฝ่ายนายจ้างและฝ่ายลูกจ้าง ไม่ควรเกิดจากอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าของฝ่ายนายจ้างเพียงฝ่ายเดียว หรือเกิดจากการบังคับด้วยกฎหมายอันทำให้นายจ้างต้องปฏิบัติตามอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ข้อตกลงที่เกิดจากทั้งฝ่ายนายจ้างและลูกจ้างจะทำให้เกิดหนังสือการให้ความยินยอมที่มีความเป็นกลาง

ไม่เอนเอียงไปด้านใดด้านหนึ่ง ตอบสนองต่อความต้องการของมนุษย์ที่ต้องการทั้งเวลาพักผ่อน และเวลาในการทำงานอย่างเหมาะสม

6.1.6 พระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554 ไม่มีการกล่าวถึงการรับรองและคุ้มครองลูกจ้างเกี่ยวกับการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานจากนายจ้างแต่อย่างใด

นอกจากการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2566 ที่มีการรับรองสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานแล้ว พระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554 รวมทั้งแนวปฏิบัติการใช้แรงงานที่ดี GLP (Good Labour Practices) และมาตรฐานแรงงานไทย TLS (Thai Labour Standards) ไม่มีการกล่าวถึงการรับรองและคุ้มครองลูกจ้างเกี่ยวกับการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานจากนายจ้างแต่อย่างใด

6.2 ผลของการรับรองสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานตามกฎหมายแรงงาน

6.2.1 การละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวนอกเวลาทำงาน

สิทธิความเป็นส่วนตัวของลูกจ้างที่ควรจะได้รับความคุ้มครองจากการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานของนายจ้าง เป็นสิทธิความเป็นส่วนตัวประเภทความเป็นส่วนตัวเกี่ยวกับเนื้อตัวและร่างกาย ซึ่งจะคุ้มครองความเป็นส่วนตัวในการใช้ชีวิต คุ้มครองกายภาพของร่างกายไม่ให้ถูกใช้ไปในทางที่ผิด ลูกจ้างควรมีความเป็นส่วนตัวในการใช้ชีวิต ร่างกายของลูกจ้างนอกเวลาทำงานไม่ควรจะต้องทำงานอย่างต่อเนื่อง ควรได้รับการพักผ่อนอย่างเหมาะสม เพื่อไม่ให้ร่างกายถูกละเมิดความเป็นส่วนตัวในการพักผ่อน นอกจากนี้ ความเป็นส่วนตัวที่ลูกจ้างจะได้รับควรรวมไปถึงความเป็นส่วนตัวในการอยู่หรือพักอาศัย ลูกจ้างควรจะมีสิทธิในความเป็นอยู่และพักอาศัยโดยปราศจากการแทรกแซงจากนายจ้าง นายจ้างจึงไม่มีสิทธิสั่งให้ลูกจ้างต้องตอบสนองต่อการทำงานโดยทันทีในขณะที่พักอาศัยอยู่ที่บ้านหรือสถานที่ใดนอกเวลาทำงาน รวมทั้งนายจ้างไม่มีสิทธิที่จะสั่งงานลูกจ้างขณะพักอาศัยอยู่ที่บ้านหรือสถานที่ใดนอกเวลาทำงาน เนื่องจากเป็นการละเมิดอาณาเขตส่วนตัวในสถานที่ส่วนตัวของลูกจ้าง และลูกจ้างควรได้รับความคุ้มครองอย่างเหมาะสมในความเป็นส่วนตัวในการติดต่อสื่อสาร ซึ่งลูกจ้างไม่จำต้องสามารถติดต่อสื่อสารได้ตลอดเวลา ควรให้ความปลอดภัยและความเป็นส่วนตัวในการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ ข้อมูลที่นายจ้างและลูกจ้างส่งหากันนอกเวลาทำงาน ไม่ควรถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของการประเมินผลงาน ไม่ควรนำออกมาเผยแพร่

เพื่อตำหนิติเตียนหรือกล่าวหาว่าลูกจ้างไม่ทำงานตามที่นายจ้างมอบหมาย เนื่องจากเป็นงานที่เกิดขึ้นนอกเวลาทำงานซึ่งไม่ใช่งานในเวลาทำการปกติ

6.2.2 การละเมิดสิทธิการพักผ่อนนอกเวลาทำงาน

การกำหนดชั่วโมงการทำงานใช้หลัก 8 : 8 : 8[43] แบ่งเป็นเวลาทำงาน 8 ชั่วโมง เวลาพักผ่อน 8 ชั่วโมง และเวลาส่วนตัวอีก 8 ชั่วโมง ดังนั้น นอกเหนือชั่วโมงการทำงานดังกล่าว ลูกจ้างควรมีสิทธิในการพักผ่อนอย่างเต็มที่โดยไม่ถูกแทรกแซงจากนายจ้าง ไม่ว่าจะเป็นทางตรงหรือทางอ้อม และไม่ว่าจะเป็นแค่ช่วงระยะเวลาหนึ่งหรือระยะเวลายาวนานก็ตาม การที่ลูกจ้างจำต้องสละสิทธิการพักผ่อนเพื่อทำงานให้นายจ้างในวันหยุดหรือหลังเลิกงานนายจ้างไม่ต้องจ่ายค่าตอบแทนแก่ลูกจ้างที่สูงขึ้น เพราะการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานอาจไม่ใช่การทำงานล่วงเวลาหรือการทำงานในวันหยุด ทำให้ลูกจ้างต้องทำงานโดยไม่ได้รับค่าตอบแทน การติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานของนายจ้างเป็นการบังคับทางอ้อมที่ทำให้ลูกจ้างจะต้องทำงานนอกเวลาหรือทำงานในวันหยุดอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ทำให้ลูกจ้างต้องเสียเวลาพักผ่อนให้กับการทำงานโดยไม่เต็มใจ

6.2.3 การละเมิดสิทธิความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงานของลูกจ้างที่ทำงานนอกเวลาทำงาน

การติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานเป็นการเพิ่มปริมาณงานที่มากขึ้นให้กับลูกจ้างโดยการใช้อำนาจของนายจ้าง ทำให้ลูกจ้างต้องทำงานนอกเวลาทำงานอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ซึ่งแม้ว่าปริมาณงานที่มากขึ้นจะไม่ทำให้ลูกจ้างเสียชีวิตได้ในระยะสั้น แต่ในระยะยาวลูกจ้างอาจขาดการพักผ่อนที่เพียงพอ ทำให้ลูกจ้างเกิดสภาวะความเครียด เหนื่อยล้า และการเจ็บป่วย ส่งผลถึงแก่ชีวิต การติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานเป็นประเภทหนึ่งของสภาพแวดล้อมในการทำงาน อันได้แก่ สภาพแวดล้อมทางจิตวิทยาสังคม ซึ่งเป็นสภาพแวดล้อมที่มีผลต่อภาวะเกี่ยวกับจิตวิทยาในการทำงาน ซึ่งการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานของนายจ้างเป็นกรณีที่นายจ้างใช้จิตวิทยาที่มีอำนาจเหนือในการบังคับลูกจ้างทางอ้อมให้ทำงานอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ โดยไม่คำนึงถึงสภาพแวดล้อมความเป็นอยู่ ณ ขณะนั้นของลูกจ้าง หรือเป็นการมอบหมายงานให้ลูกจ้างมากเกินไป เพราะเป็นการมอบหมายงานนอกเวลาทำงานปกติ อันนำมาซึ่งความเหน็ดเหนื่อยและความเบื่อหน่ายของลูกจ้าง ส่งผลกระทบต่อสภาพแวดล้อมในการทำงานที่ไม่เหมาะสม ทำให้สัมพันธภาพระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างเกิดความขัดแย้งขึ้น เป็นสาเหตุทำให้เกิดความกดดันทางจิตใจ ส่งผลเสียต่อการทำงาน และอาจนำมาสู่การลาออกของลูกจ้างในที่สุด

---

[43] พงษ์รัตน์ เครือกลิ่น, **คำอธิบายกฎหมายแรงงานเพื่อการบริหารทรัพยากรมนุษย์**, หน้า 202.

7. ข้อเสนอแนะ

จากประเด็นปัญหาการรับรองสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานตามกฎหมายแรงงาน จึงสมควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานของลูกจ้างในกฎหมายแรงงานของประเทศไทย

7.1 การออกกฎกระทรวงกำหนดมาตรฐานตามพระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554

เมื่อพิจารณากฎหมายแรงงานที่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานได้ เห็นว่าสมควรเลือกการออกกฎกระทรวงกำหนดมาตรฐานตามพระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554 เนื่องจากเหตุผลดังต่อไปนี้

ประการแรก การรับรองสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานในพระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554 จะเป็นการแก้ไขปัญหากรณีกฎหมายตามมาตรา 23/1 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 เป็นการนำมาใช้บังคับกับการทำงานนอกสถานประกอบกิจการหรือนอกสำนักงานของนายจ้างเท่านั้น เนื่องจากเป็นการออกกฎกระทรวงกำหนดมาตรฐานตามพระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554 ซึ่งมีความเป็นเอกเทศแยกออกจากการทำงานนอกสถานประกอบกิจการหรือนอกสำนักงานของนายจ้าง รวมทั้งจากความหมายของคำว่าสภาพแวดล้อมในการทำงานสามารถตีความหมายไปถึงสภาพแวดล้อมในการทำงานจากจิตวิทยาทางสังคม อันได้แก่ สัมพันธภาพระหว่างผู้ปฏิบัติงาน ชั่วโมงการทำงาน ค่าตอบแทน ซึ่งมีความหมายรวมถึงการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน ทำให้กฎหมายเกี่ยวกับสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานสามารถบัญญัติในพระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554 ได้ และดีกว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 เนื่องจากพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มีเจตนารมณ์เพื่อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำเกี่ยวกับการใช้แรงงานทั่วไป แต่พระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554 เป็นกรณีการกำหนดมาตรฐานเกี่ยวกับความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงานโดยเฉพาะ ซึ่งเมื่อมีกฎหมายกำหนดมาตรฐานเป็นการเฉพาะแล้วจึงสมควรบัญญัติเรื่องสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานไว้ในกฎหมายเฉพาะ คือ พระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554

ประการที่สอง ปัญหาการรับรองสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานไม่มีการบัญญัติถึงบทกำหนดโทษกรณีนายจ้างไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย เมื่อพิจารณาบทลงโทษการที่ไม่ปฏิบัติตามมาตรา 23/1 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ตามกฎหมายมาตรา 139 (3) พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 เกี่ยวกับอำนาจของพนักงานตรวจแรงงาน มีเพียงแค่บทลงโทษการปรับไม่เกินสองหมื่นบาทตามมาตรา 146 แต่การออกกฎกระทรวงกำหนดมาตรฐานตามพระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554 บทลงโทษตามมาตรา 53 นายจ้างผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานที่กำหนดในกฎกระทรวงที่ออกตามมาตรา 8 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสี่แสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ทำให้บทบัญญัติตามพระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554 มีบทลงโทษที่หนักกว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 เพื่อเป็นการยับยั้งและป้องกันการกระทำของนายจ้างภายใต้กฎหมาย

ประการที่สาม ปัญหาการให้ความยินยอมของลูกจ้างโดยทำเป็นหนังสือไว้ล่วงหน้าก่อนกฎหมายไม่ได้บัญญัติถึงรายละเอียดของการให้ความยินยอมไว้ การออกกฎกระทรวงกำหนดมาตรฐานตามพระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554 จะทำให้สามารถบัญญัติรายละเอียดเกี่ยวกับนโยบายสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน รวมถึงรายละเอียดเกี่ยวกับการให้ความยินยอมในการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานของลูกจ้างได้ และทำให้สามารถบังคับใช้สิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานกับนายจ้างทุกคนไม่ว่านายจ้างจะมีลูกจ้างกี่คนหรือลูกจ้างจะทำงานในสถานที่ใด ซึ่งกรณีตามมาตรา 23/1 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 นำมาใช้บังคับกับลูกจ้างที่ทำงานนอกสถานประกอบกิจการหรือนอกสำนักงานของนายจ้างเท่านั้น ทำให้ลูกจ้างที่ทำงานในสถานประกอบการไม่ได้รับความคุ้มครองเกี่ยวกับสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน และเมื่อพิจารณากฎหมายคุ้มครองแรงงานจะเห็นได้ว่าหากแก้ไขเพิ่มเติมในกฎหมายดังกล่าวจะต้องแก้ไขในระดับพระราชบัญญัติซึ่งมีกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมที่ล่าช้าและยุ่งยากกว่าการออกกฎกระทรวง รวมทั้งไม่สามารถใส่รายละเอียดได้ครบถ้วน หรือหากจะบัญญัติให้ครบถ้วนจะต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมให้มีการออกกฎกระทรวงประกอบด้วย ทำให้ขั้นตอนในการบัญญัติกฎหมายในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 จะต้องทำสองขั้นตอน คือ การแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติ และการจัดทำกฎกระทรวงเกี่ยวกับสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน ทำให้ทางเลือกนี้ไม่เหมาะสมเท่าการออกกฎกระทรวงกำหนดมาตรฐานตามพระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554 ที่มีเพียงขั้นตอนเดียว

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554 แม้จะไม่สามารถบังคับใช้กับหน่วยงานราชการได้ตามมาตรา 3 วรรคหนึ่ง แต่ตามมาตรา 3 วรรคสอง บัญญัติให้ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น และกิจการอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง จัดให้มีมาตรฐานในการบริหารและการจัดการด้านความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงานในหน่วยงานของตนไม่ต่ำกว่ามาตรฐานความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงานตามพระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554 ทำให้หน่วยงานราชการต้องจัดให้มีมาตรฐานด้านความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงานไม่ต่ำกว่าที่กำหนดในกฎกระทรวงกำหนดมาตรฐานตามพระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554 แต่พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มีการบัญญัติยกเว้นหน่วยงานราชการไว้ ทำให้การใช้กระบวนการตามพระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554 มีความเหมาะสมและครอบคลุมลูกจ้างทุกคนไม่ว่าจะเป็นลูกจ้างของรัฐหรือเอกชน

ประการที่สี่ ปัญหากฎหมายให้สิทธิลูกจ้างในการปฏิเสธนายจ้างได้ แต่ไม่ได้บัญญัติถึงข้อยกเว้นที่นายจ้างอาจมีความจำเป็นต้องติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน การออกกฎกระทรวงกำหนดมาตรฐานตามพระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554 จะสามารถระบุรายละเอียดของสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานได้อย่างครบถ้วน ทำให้สามารถระบุถึงข้อยกเว้นที่นายจ้างอาจมีความจำเป็นต้องติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานได้ และกฎกระทรวงสามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้ง่ายกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติตามที่กล่าวข้างต้น ซึ่งหากในอนาคตพบประเด็นปัญหาเพิ่มเติมในการกำหนดเป็นข้อยกเว้นให้นายจ้าง กฎหมายจะสามารถแก้ได้อย่างรวดเร็วและทันกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นได้

ประการที่ห้า ปัญหากฎหมายไม่ได้บัญญัติให้ลูกจ้างมีส่วนร่วมในการจัดทำหนังสือการให้ความยินยอมไว้ล่วงหน้า การออกกฎกระทรวงกำหนดมาตรฐานตามพระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554 จะเป็นการกำหนดมาตรฐานให้กับนายจ้างและลูกจ้างในการจัดทำนโยบายเกี่ยวกับสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน ทำให้การจัดทำนโยบายระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างมีส่วนร่วมระหว่างกันภายใต้มาตรฐานที่กำหนดตามกฎหมาย นอกจากนี้ พระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554 มีกระบวนการให้ประเมิน ฝึกอบรมและตรวจสอบความปลอดภัยอยู่เสมอ ซึ่งจะทำให้การตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานได้รับการประเมินและตรวจสอบอยู่เสมอ จึงทำให้ลูกจ้างได้รับการคุ้มครองในเรื่องดังกล่าวภายใต้สถานการณ์ที่เป็นปัจจุบัน

ประการที่หก เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศที่ศึกษามาจะเห็นได้ว่า สิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานมีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน เช่น กรณีหลักเกณฑ์ Code of Practice on the Right to Disconnect ของสาธารณรัฐไอร์แลนด์ มีการกำหนดให้นายจ้างมีหน้าที่ในการจัดการและการดำเนินการเกี่ยวกับการทำงานในลักษณะที่เป็นการป้องกันพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมตามพระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสวัสดิการในการทำงาน พ.ศ. 2548 (The Safety, Health and Welfare at Work Act 2005) มาตรา 8 (2) (b)

ประการที่เจ็ด แม้มาตรฐานตามพระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554 ที่มีอยู่ในปัจจุบันจะเป็นการกำหนดมาตรฐานความปลอดภัยที่เป็นการใช้บังคับภายในสถานประกอบกิจการและในเวลาทำงาน ซึ่งการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานเป็นการติดต่อสื่อสารเมื่อเวลาทำงานปกติสิ้นสุดลงแล้ว ดังนั้น จึงไม่อยู่ในช่วงที่พระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554 จะบังคับใช้ถึง แต่จะเห็นได้ว่าการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานที่เกี่ยวข้องกับงานทำให้ลูกจ้างต้องทำงานอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ทำให้ลูกจ้างกลับเข้าสู่เวลาของการทำงานอีกครั้ง อยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของนายจ้าง โดยถือว่าลูกจ้างทำงานล่วงเวลาซึ่งนายจ้างต้องจ่ายค่าล่วงเวลาในการทำงานแก่ลูกจ้าง ดังนั้น เมื่อเป็นเวลาทำงานลูกจ้างจึงควรได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554

ดังนั้น จากเหตุผลดังกล่าวข้างต้นจึงมีข้อเสนอแนะในการออกกฎกระทรวงกำหนดมาตรฐานตามพระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554 โดยมีเนื้อหาที่สำคัญดังนี้

ประการแรก “สิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน” หมายความว่า สิทธิของลูกจ้างที่จะตัดการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ที่เกี่ยวข้องกับงาน ไม่ว่าจะเป็นการติดต่อทางโทรศัพท์ การติดต่อทางอีเมลหรือทางแอปพลิเคชันต่าง ๆ โดยลูกจ้างไม่ต้องรับโทษจากการปฏิเสธการทำงานนอกเวลาทำงานปกติ และไม่มีผลต่อการจ้างงาน การเลื่อนตำแหน่ง และการเลื่อนเงินเดือนของลูกจ้าง

ประการที่สอง นายจ้างต้องจัดให้มีนโยบายเป็นลายลักษณ์อักษรสำหรับลูกจ้างทุกคนเกี่ยวกับสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน โดยต้องเจรจาข้อตกลงกับสหภาพแรงงานหรือตกลงกับลูกจ้าง เกี่ยวกับชั่วโมงการทำงาน และกำหนดวิธีปฏิบัติตามสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน โดยลูกจ้างไม่จำต้องรับโทษจากการปฏิเสธการทำงานนอกเวลาทำงานปกติ

และลูกจ้างมีสิทธิเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกการให้ความยินยอมเกี่ยวกับสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานได้ โดยไม่มีผลต่อการจ้างงาน การเลื่อนตำแหน่ง และการเลื่อนเงินเดือนของลูกจ้าง

ประการที่สาม กรณีเป็นเหตุสุดวิสัย หรืองานที่ต้องติดต่อสื่อสารข้ามประเทศที่มีเวลาทำงานที่แตกต่างกัน นายจ้างกับลูกจ้างอาจตกลงยกเว้นสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานได้เท่าที่จำเป็น

ประการที่สี่ กำหนดหน้าที่ของนายจ้างและลูกจ้าง เช่น นายจ้างจัดให้ลูกจ้างมีช่วงเวลาพักผ่อน วันหยุด จัดให้มีสถานที่ทำงานที่ปลอดภัย รวมถึงการทบทวน การประเมินความเสี่ยงและความปลอดภัย และลูกจ้างให้ความร่วมมือกับนายจ้างในการดำเนินการและส่งเสริมสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน

ประการที่ห้า นโยบายเกี่ยวกับสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน นายจ้างควรจัดให้มีส่วนร่วมระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างและหรือสหภาพแรงงานหรือตัวแทนของลูกจ้างอื่น ๆ ตามความเหมาะสมเพื่อพัฒนานโยบายเกี่ยวกับสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานที่คำนึงถึงความต้องการเฉพาะของนายจ้างและลูกจ้าง โดยนโยบายเกี่ยวกับสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานควรมีเนื้อหา เช่น สนับสนุนสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน ระบุการจ่ายค่าตอบแทนที่ชัดเจนกรณียอมรับหรือไม่ยอมรับการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน ระบุกรณียกเว้นที่เป็นเหตุสุดวิสัย หรืองานที่ต้องติดต่อสื่อสารข้ามประเทศที่มีเวลาทำงานที่แตกต่างกัน ที่มีความจำเป็นต้องติดต่อลูกจ้างนอกเวลาทำงานปกติ

นอกจากนี้ นายจ้างต้องแจ้งนโยบายเกี่ยวกับสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานให้ลูกจ้างทุกคนทราบภายในสามสิบวันนับแต่จัดทำนโยบายเสร็จสิ้น หรือภายในสามสิบวันนับแต่วันที่มีการเปลี่ยนแปลงนโยบาย รวมทั้งจัดตั้งคณะกรรมการเกี่ยวกับสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน เพื่อติดตาม กำกับดูแลการปฏิบัติให้เป็นไปตามนโยบาย โดยคณะกรรมการจะต้องประกอบด้วยฝ่ายนายจ้างและฝ่ายลูกจ้างเป็นอย่างน้อย เพื่อมีการตรวจสอบประสิทธิภาพของนโยบายเป็นประจำทุกปี

7.2 การจัดทำแนวปฏิบัติการใช้แรงงานที่ดีเกี่ยวกับสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานโดยเฉพาะ และการกำหนดข้อกำหนดเกี่ยวกับสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานตามมาตรฐานแรงงานไทย

เมื่อพระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554 มีการออกกฎกระทรวงกำหนดมาตรฐานเกี่ยวกับการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน พ.ศ. ..... แล้ว แนวปฏิบัติการใช้แรงงานที่ดี GLP (Good Labour Practices) ซึ่งจัดทำขึ้นภายใต้กฎหมายแรงงานสมควรมีการจัดทำแนวปฏิบัติการใช้แรงงานที่ดีเกี่ยวกับการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานของลูกจ้างโดยเฉพาะ ดังนั้น จึงมีข้อเสนอแนะในการให้มีการจัดทำแนวปฏิบัติการใช้แรงงานที่ดีสำหรับการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานกับลูกจ้าง (Good Labour Practices Guidelines for Right to Disconnect of Employees Outside Working Hours) โดยเนื้อหาของแนวปฏิบัติการใช้แรงงานที่ดีดังกล่าวจะพิจารณาจากเนื้อหาของการออกกฎกระทรวงกำหนดมาตรฐานเกี่ยวกับการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานภายใต้พระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554 เป็นสำคัญ เพื่อให้แนวปฏิบัติการใช้แรงงานที่ดีมีความสอดคล้องกับกฎหมายแรงงานและสามารถใช้กับลูกจ้างได้ทุกประเภทอย่างเท่าเทียมกัน รวมทั้งยังเป็นแนวปฏิบัติให้นายจ้างปฏิบัติตามให้ถูกต้องตามกฎหมาย

นอกจากการจัดทำแนวปฏิบัติการใช้แรงงานที่ดีสำหรับการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานกับลูกจ้างแล้ว มาตรฐานแรงงานไทย TLS (Thai Labour Standards) สมควรมีการกำหนดข้อกำหนดเกี่ยวกับสิทธิการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงาน โดยอาจกำหนดเป็นข้อกำหนดหนึ่งในมาตรฐานแรงงานไทยที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมใหม่ หรือกำหนดเป็นข้อกำหนดหนึ่งในมาตรฐานแรงงานไทยฉบับใหม่ซึ่งมีการปรับเปลี่ยนตามยุคสมัย ซึ่งเนื้อหาของการกำหนดเป็นข้อกำหนดหนึ่งในมาตรฐานแรงงานไทยดังกล่าวจะพิจารณาจากเนื้อหาของการออกกฎกระทรวงกำหนดมาตรฐานเกี่ยวกับการตัดขาดการติดต่อสื่อสารนอกเวลาทำงานภายใต้พระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554 เป็นสำคัญเช่นกัน เพื่อให้มาตรฐานแรงงานไทยมีความสอดคล้องกับกฎหมายแรงงาน และสอดคล้องกับแนวปฏิบัติการใช้แรงงานที่ดี

A Critical and Comparative Analysis of the Legal Framework of Special Economic Zones (SEZs) of Pakistan with the Legal Framework of the Special Economic Zones in Malaysia and Thailand - Proposing a Sustainable Legislative Framework for Effective Solutions*

การวิเคราะห์ในเชิงวิจารณ์และเปรียบเทียบกรอบกฎหมายของเขตเศรษฐกิจพิเศษ (SEZs) ของปากีสถานกับกรอบกฎหมายของเขตเศรษฐกิจพิเศษในมาเลเซียและไทย - การนำเสนอกรอบกฎหมายที่ยั่งยืนเพื่อการแก้ปัญหาที่มีประสิทธิภาพ

Rabia Akram
ราเบีย อักราม

LL.M Candidate in Business Laws (International Program)
Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330
นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายธุรกิจ ภาคภาษาอังกฤษ
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330
Corresponding author E-mail: 6484004434@student.chula.ac.th
(Received: April 12, 2023; Revised: July 14, 2023; Accepted: July 20, 2023)

Abstract

The study aims to analyze the laws related to Special Economic Zones (SEZs) in Pakistan in order to identify and address gaps, as well as to suggest improvement to the system. It proposes amendments to the legal framework and

* This research article is a part and compiles from Thesis "A Critical and Comparative Analysis of the Legal Framework of Special Economic Zones (SEZs) of Pakistan with the Legal Framework of the Special Economic Zones in Malaysia and Thailand - Proposing a Sustainable Legislative Framework for Effective Solutions" LL.M in Business Laws (International Program), Faculty of Law, Chulalongkorn University.

policy reforms to achieve both dynamic and static gains from SEZs. The study offers recommendations inspired by the incentives provided by the successful SEZ programs in Malaysia and Thailand Around the world, the SEZs have been game changers in terms of economic boosts. However, despite its sufficient natural resources and significant geographical position, Pakistan still encounters challenges in establishing a lucrative SEZs design. It still requires reforms in the legal framework of SEZs in order to establish successful SEZs in Pakistan. In addition, one of the major issues with the laws of SEZs laws in Pakistan is their inconsistency with other existing laws. Pakistan enacted the SEZ Act 2012 and SEZs (Amendment 2016) Act to foster an environment conducive to investment. Nonetheless, the Act contains various legal gaps. By comparing the SEZ models of Malaysia and Thailand, which have prosperous SEZs, this study identifies crucial amendments required in Pakistan's legal framework to ensure efficient outcomes. The findings of this research paper contribute to a better understanding of the legal framework of SEZs in Pakistan and provide practical recommendations for legal and policy reforms by drawing comparisons with the SEZs of Thailand and Malaysia, which Pakistan can adopt to enhance its SEZ legal framework.

Keywords : Special Economic Zones, Small Medium Enterprises, Joint Ventures, Export Lead Industrialization, Developing Economies, Industrial Clusters

บทคัดย่อ

งานวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อวิเคราะห์กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเขตเศรษฐกิจพิเศษ (SEZs) ในปากีสถาน เพื่อขจัดช่องว่างและเสนอแนวทางการปรับปรุงระบบกฎหมาย โดยงานวิจัยนี้ได้เสนอการปรับปรุงกรอบกฎหมายและปฏิรูปนโยบายเพื่อบรรลุประสิทธิผลทั้งในเชิงพลวัตและในเชิงคงที่ รวมถึงชี้ให้เห็นถึงข้อเสนอแนะ ซึ่งสืบเนื่องมาจากเหตุจูงใจของมาเลเซียและไทยภายใต้ข้ออ้างในการดำเนินการของ SEZ ที่กำลังรุ่งเรือง โดยนานาประเทศทั่วโลกนั้น SEZ ถือเป็นสิ่งเปลี่ยนแปลงสำคัญในแง่ของการส่งเสริมเศรษฐกิจ อย่างไรก็ตาม แม้ปากีสถานจะมีทรัพยากรธรรมชาติเพียงพอและตั้งอยู่ในตำแหน่งที่มีความสำคัญทางภูมิศาสตร์อย่างมาก ปากีสถานก็ยังต้องเผชิญกับความ

ท้าทายในการออกแบบเขตเศรษฐกิจพิเศษ (SEZs) ที่จะสามารถสร้างกำไรได้มากพอ และยังคงต้องปฏิรูปกรอบกฎหมายเพื่อสร้างเขตเศรษฐกิจพิเศษให้ประสบผลสำเร็จ นอกจากนี้ หนึ่งในประเด็นสำคัญเกี่ยวกับข้อกฎหมาย SEZs ในปากีสถาน คือ ความไม่สอดคล้องกับกฎหมายฉบับอื่น ๆ ที่มีอยู่ ซึ่งปากีสถานได้ตรา SEZ Act 2012 และ SEZs Act (ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมปี 2016) เพื่อพัฒนาและส่งเสริมการลงทุน อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัตินี้ยังมีช่องว่างทางกฎหมายหลายประการ โดยช่องว่างทางกฎหมายดังกล่าวและปัญหาการขาดกรอบนโยบายสามารถปรับปรุงผ่านการศึกษาเชิงเปรียบเทียบกับ SEZ ของเขตเศรษฐกิจพิเศษที่มีประสิทธิภาพในประเทศมาเลเซียและประเทศไทย ทั้งนี้ จากการเปรียบเทียบการออกแบบ SEZ และกรอบกฎหมายของปากีสถานกับรูปแบบ SEZ ของมาเลเซียและไทย สามารถระบุถึงแนวทางแก้ไขที่จำเป็นสำหรับกรอบกฎหมายของปากีสถานเพื่อบรรลุผลลัพธ์ที่มีประสิทธิภาพ โดยข้อค้นพบจากงานวิจัยชิ้นนี้จะช่วยทำให้เข้าใจกรอบกฎหมายของ SEZs ในปากีสถาน รวมถึงแนวทางในเชิงปฏิบัติสำหรับการปฏิรูปกฎหมายและนโยบายมากยิ่งขึ้น ด้วยการเปรียบเทียบกับ SEZs ของไทยและมาเลเซียในสิ่งที่ปากีสถานสามารถนำมาประยุกต์ใช้เพื่อปรับปรุงกรอบกฎหมาย SEZ ได้

คำสำคัญ : เขตเศรษฐกิจพิเศษ, วิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม, ความร่วมมือกัน, การส่งออกเป็นผู้นำทางอุตสาหกรรม, เศรษฐกิจกำลังพัฒนา, กลุ่มอุตสาหกรรม

1. Introduction

The growth of SEZs particularly in developing countries, is one of the major features of contemporary globalization. SEZs have emerged as a mechanism to promote exports and facilitate foreign exchange earnings, additional investments, technology transfers, and employment generation, thereby stimulating economic growth.

Pakistan is located at the crossroads between the Middle East, South Asia and Central Asia. Pakistan's strategic geographic location confers a number of economic advantages. The country has the potential to connect oil and gas-rich Middle East and Central Asia to China, the engine of global economic growth. Moreover, Pakistan is rich in natural resources. In terms of fossil fuels, aside from oil and gas, which fulfill a significant proportion of Pakistan's domestic demand, Pakistan is home to

one of the largest coal deposits in the world. Furthermore, Pakistan also has considerable deposits of copper, gold, marble, limestone, salt and various other minerals. In terms of agriculture, Pakistan is home to the world's largest irrigation system, and is the fifth-largest producer of cotton,[1] fifth-largest producer of sugar cane and milk, and tenth-largest producer of rice. However, Pakistan despite having sufficient natural resources and being positioned at great geographical significance still encounters challenges to accomplish a lucrative SEZs design and attract foreign direct investment in the country.[2] It still requires reforms in the legal framework of SEZs in order to establish prosperous SEZs in Pakistan.

To create a favorable investment climate, Pakistan enacted its first SEZ law in 2012 Special Economic Zones Act 2012. After three years of SEZ Act 2012, Pakistan and China, in 2015, established the China-Pakistan Economic Corridor (CPEC) with SEZs as its foundation, encouraging other Asian sub-regions to actively participate in regional economic growth. The CPEC, a flagship project of China's 'Belt and Road Initiative' (BRI), aims to geographically connect and link 152 countries, predominantly relying on Chinese investments to develop infrastructure. The corridor will connect Kashgar in China to Gwadar in Pakistan, encompassing investments in energy and infrastructure, including the development of nine SEZs.

However, Pakistan after enacting its first SEZ law in 2012 SEZ Act 2012 realized that the Act needs amendments in order to attract more foreign investment and have a prosperous SEZ design. The Board of Investment in 2016 proposed amendments to the SEZ Act 2012 and introduced the SEZs (Amendment) Act 2016. However, there are certain deficiencies within the SEZs laws that have the potential to result in significant economic setbacks. It is crucial for the government to address these deficiencies and implement necessary reforms to ensure the success and effectiveness of the SEZs in Pakistan's economic development endeavors.

---

[1] Urooj Aijaz, Hassan Daud Butt, Sofia Bano, Anum Hayat, Muhammad Bilal Raees and Marium Mazhar, "Dynamics Of SEZs A Comparative Analysis Of Incentive Packages For Special Economic Zones Of Pakistan, Bangladesh & Vietnam", in **Journal of Positive School Psychology**, 6, 11 (2022), p.1247.

[2] Ibid., p. 1248.

It is evident that the existence of legal gaps and deficiencies poses the biggest barrier to achieving the desired outcomes of the SEZ design. These gaps hinder the effectiveness and efficiency of SEZs in attracting investments, promoting economic growth, and creating a favorable business environment. By amending the laws governing SEZs, Pakistan can effectively achieve its objectives and unlock the potential of these zones.

2. Research Methodology

The research will primarily be based on the examination of relevant legislation and SEZ various incentives provided by Malaysia and Thailand to gain FDI. This paper will be based on exploratory and explanatory approaches. The descriptive approach highlights the policy and legal framework of Malaysia and Thailand, the primary resource will be the legislation. The second resource will be books, articles, research papers, and online material. The critical analysis will highlight the best SEZs practices in Malaysia and Thailand. The paper will highlight the inconsistency in Pakistan legislation and demonstrate the existing legal and policy issues in Pakistan and offer recommendations to strengthen the SEZs in Pakistan.

3. Scope of the Research

This study will provide insights into the legal gaps within Pakistan's SEZ legislation by comparing it with the successful SEZ models of Malaysia and Thailand. By analysing legal framework, fiscal and regulatory incentives provided by Malaysia and Thailand, the study intends to offer recommendations for bridging the legal lacunae and developing a more effective SEZ legal framework in Pakistan. The findings of this research can contribute to legal reforms for promoting the success of SEZs in Pakistan's economy.

4. Contributions of the Research

The paper will provide a better understanding of the gaps and their drawbacks in the existing legislation of Pakistan. In addition, the paper will also propose legal reforms and recommendations in Pakistan SEZs in the light of strategies set by Malaysia and Thailand under the pretext of their flourishing SEZ design.

5. Literature Review

The Special Economic Zones in Pakistan can play an essential role in macroeconomic growth. Nevertheless, the Pakistan government has to amend its existing laws as well as existing policies, in order to achieve prosperous and effective outcome. Moreover, as said by Muhammad Mansoor Ali and Dr. Farida Faisal the government must realize the role of the private sector as well as public sector in order to enhance competition and receive progressive results. The most excellent approach to examine the operational reform and fiscal performance of the developing country is by comparing it with other developing country which has made progressive reform that lead towards the development and such approach shall also lead to a roadmap for augmenting economic relations.

Additionally, the lucrative Special Economic Zones (SEZs) can be accomplished with advantageous access to resources, sites/locations, excellent planning and framework. Sari Wahyuni, Esther Sri Astuti, and Karina Miaprajani Utari demonstrated this perspective in their paper whilst comparing SEZs position in Indonesia with its neighboring Asian countries: China, Thailand and Malaysia.

Le Roux, Nadea, and Anculien Schoeman are of the opinion different countries possess different approaches towards their own governance, ownership power and funding differ slightly in yet they own the successful SEZ: For instance, Indonesia has the Presidency as the supreme authority catering with private sector which is dealing with the funding of SEZ whereas, the SEZ in Malaysia are dealt by the governmental bodies. Yet, some countries despite being on the best locations, fail to make economic growth in this regard due to a lack of legal framework. Hence,

legal structure, practicality in the business, infrastructure and efficient policy must be effectively designed in order to generate lucrative SEZ design.

In Aggarwal's Opinion, few countries from zone operations made the dynamic and static gains, however, many fails to achieve the productive outcome, in such regard the experience of India (developing country) is the most suitable. In order to have progressive SEZs India has curtailed infrastructural deficiencies and procedural complexities which led toward promotion of SEZs and made progressive outcomes.

6. What are Special Economic Zones?

The growth of Special Economic Zones worldwide particularly in developing countries, is one of the major features of contemporary globalization.[3] However, the use of Special Economic Zones (SEZs) as a generic term is very recent, clearly coinciding with the publication of UNCTAD's World Investment Report 2019 (WIR 2019), which defines them as:[4]

The Special Economic Zones are

"The spatially delimited areas within an economy that function with administrative, regulatory, and often fiscal regimes those are different (typically more liberal) from those of the domestic economy."[5]

The basic concept of SEZs includes several specific characteristics: (a) it is a geographically delimited area, usually physically secured: (b) it has a single management or administration: (c) it offers benefits for investors physically within the zone: and (d) it has a separate customs area (duty free benefits) and streamlined procedures.[6] In addition, a SEZ normally operates under more liberal economic

[3] UNCTAD, **World Investment Report 2019: Special Economic Zones: Chapter IV Special Economic Zones**, (New York: United Nations Conference on Trade and Development, 2019), p.133.

[4] Ibid.

[5] Ibid., p. 134.

[6] Thomas Farole, **Special Economic Zones in Africa: Comparing Performance and Learning from Global Experiences**, (Washington DC: World Bank, 2011), p.44.

laws than those typically prevailing in the country.[7] In general, the SEZs confer two main types of benefits, which in part explain their popularity: "static" economic benefits such as employment generation, export growth, government revenues, and foreign exchange earnings: and the more "dynamic" economic benefits such as skills upgrading, technology transfer and innovation, economic diversification, productivity enhancement of local firms.[8]

Before the World Investment Report 2019 was published, it was more common to use the term "free zones" and "export processing zones" for Special Economic Zones.[9] The reason for this "terminological anarchy" is threefold. First, a lack of knowledge about the terminology used by different countries. Second, the desire of many countries to stand out from the rest by proposing different terms that more accurately reflect local realities. Third, the aspiration to present these SEZs in a more modern way (for instance, to take advantage of the vogue for "technology parks"), and at the same time to veil the bad reputation of free zones during the 1970s and 1980s.[10] Indeed, the implementation of free zone programmes has often been accompanied by numerous abuses, particularly in terms of respect for labour rights (including the prohibition of unionization in free zones, laxer rules on working conditions, and absence of sanction against unfair dismissals).[11]

7. Legal Framework of Special Economic Zones in Pakistan

In order to boost the economy and to gain more FDI, Pakistan enacted its first Special Economic Zones law also known as Special Economic Zones Act in 2012. The major purpose of this SEZs Act is to gain more local and foreign investors

---

[7] UNCTAD, **World Investment Report 2019: Special Economic Zones: Chapter IV Special Economic Zones**, p.133-134.

[8] Douglas Zhihua Zeng, "Special Economic Zones: Lessons from the Global Experience", in **PEDL Synthesis Paper Series**, 1 (2016), p.9.

[9] UNCTAD, **World Investment Report 2019: Special Economic Zones: Chapter IV Special Economic Zones**, p.134.

[10] François Bost, "Special Economic Zones: Methodological Issues and Definition", in **Transnational Corporations Journal**, 26, 2 (2019), p.142.

[11] Ibid.

for establishing infrastructure, creating employment opportunities, creating export orientation and import substitution. After enacting Special Economic Zones Act 2012, Pakistan realizes that this Act does not align with the real economic conditions of the country. In 2016, a major amendment in SEZ law was proposed in order to gain more foreign investment. These amendments were mainly based on regulatory and fiscal incentives especially relating to the exemption of income tax as well as the exemption on customs duty. Due to these amendments by the end of 2016, seven major SEZs got notified across Pakistan. The primary objective of this amendment in Special Economic Zones Act 2012 is to entice domestic and foreign investors. Besides, it also underlines SEZs development in public-private partnership mode to satisfy transparency, security, and more for the stakeholders which was lacking previously in the economic history of Pakistan. It encourages both private parties and federal or provincial governments to play their role in contributing to the economy of Pakistan at a huge level.[12]

According to Special Economic Zones Act, SEZ is defined as:

"A geographically defined and delimited area which has been notified and approved by Board of Approval (BOA)."[13]

Section 4 of this Act authorizes provincial and central governments to create SEZs by their own in coordination with private entities through the framework of public-private partnerships or allow the private sector to develop their exclusive SEZ where the Act supports these SEZs through incentive packages by providing fiscal and including other measures.[14] Board of Approval is supervised by Prime Minister of Pakistan. When it comes to literature, different terms are used inter-changeably to address similar economic zones and their usage. The SEZs Act 2012 of Pakistan defines these terms and helps in understanding their purposes as well. Some of the zones are mentioned under the Act including:[15]

---

[12] Ibid.

[13] Special Economic Zones Act 2012

[14] Ibid.

[15] bid.

A. Export Processing Zone (EPZ): These are zones which come under the ambit of Export Processing Zone Authority Ordinance, 1980 (IV of 1980) made with purpose to boost export base.

B. Hybrid Export Processing Zone: These hybrid zones are made with the intention of gaining more export and to decrease dependance on imports, these kinds of these zones are considered to be diverse from custom territory of Pakistan and possess their own benefits.[16]

C. Extra-Territorial Zone (ETZ): the extra territorial zones consist of the customs territory outside the Pakistan. Resultantly, these zones have potential to gain investors.

D. Free Trade Zone (FTZ): The Free Trade Zone also needs to be considered outside the custom territory of Pakistan: however, in this zone specifically BOA shall approve special facilities for trade, and re-export and transshipment operations. Consequently, the trade shall be promoted with the assistance of legislation being applied as for the time being in Pakistan.

E. Regional Development Zone: these zones are specifically created with intention to gain economic activities for the purposes of regional development of industries.

F. Multilateral Economic Zone: under these zones of nationals, residents or corporate entities of one or more particular countries own the business. These zones are created with the intention of inviting different investors from different countries to boost the economy of the country.

G. Reconstruction Opportunity Zone: these specific zones provide certain exemptions to particular jurisdictions outside the territory of Pakistan in order to gain more and more foreign direct investment. The exemption provided under these categories of zones are most based on exemptions on tariff duties.

---

[16] Ibid.

H. Sector Development Zone: as per the notification of BOA these zones are limited to one or more sectors with the purpose of sectorial development of the zones.[17]

7.1 Fiscal Incentives for SEZs

Under SEZ Act 2012, Investors were legally responsible for payment of heavy customs duties when these manufactured products goods were to be sold in the domestic markets[18] which was one of the major reasons why investors were reluctant to invest in the domestic market of Pakistan. Therefore, in order to deal with the flaw in the previous SEZs Act 2012, the SEZ (Amendment) Act 2016 was adopted and all those provisions imposing heavy custom duty under section 33 and section 15 were omitted. The major fiscal incentives provided under the 2016 Act include exemption from income tax for ten years for zone developers, and a one-time exemption from all customs duties and taxes, the relevant provisions are reproduced below:[19]

(i) Section 37 of the SEZ Act as amended by the SEZ (Amendment) Act 2016 provides exemption from income tax for ten years for Zone Developers, Co-Developers and Zone Enterprises, under clause (126E) of Part I of the 2nd Schedule to the Income Tax Ordinance, 2001 which is reproduced as below:

(ii) One-time exemption from all custom-duties and taxes on import of capital goods to Zone Developers, Co-Developers and Zone Enterprises, vide PCT 9917(2) under Chapter 99, sub-chapter V of the First Schedule to the Customs Act 1969.

---

[17] Ahsan Abbas and Saira Ali, **Nine Proposed Priority SEZs under CPEC and SEZ Act: An Approach to Industrial Development**, Working Paper No.016 (Centre of Excellence, CPEC: Islamabad, 2017)

[18] State Bank of Pakistan, "Chapter 7 Special Economic Zones in Pakistan: Isles of Excellence or Labs for Policy Reforms?," p.167 [online] Available from : https://www.sbp.org.pk/reports/annual/arFY21/Chapter-07.pdf [9 July 2023]

[19] Urooj Aijaz, Hassan Daud Butt, Sofia Bano, Anum Hayat, Muhammad Bilal Raees and Marium Mazhar, "Dynamics Of SEZs A Comparative Analysis Of Incentive Packages For Special Economic Zones Of Pakistan, Bangladesh & Vietnam", in **Journal of Positive School Psychology**, p.1248.

7.2 Legal and Policy Issues with SEZs in Pakistan

Despite having a comprehensive legal framework for Special Economic Zones (SEZs), including the SEZ Act of 2012 and the Special Economic Zones (Amendment) Act, of 2016, Pakistan has faced difficulties in establishing successful SEZs. Several major issues contribute to these challenges.

7.2.1 Challenges of Inconsistent Legal Frameworks

A. Exemption from Income Tax for Ten Years for Zone Developers

The major fiscal incentives provided under the SEZ Act include exemption from income tax for ten years for Zone Developers. However, this exemption was limited only to tax on income. On the other hand, under the Income Tax Ordinance 2001,[20] there were other laws levying taxes on final or minimum income like final tax under Section 154 on exports at the rate of one percent and minimum tax under Section 113 at 1.5 percent on total local turnover in case of loss or exemption from normal tax.[21]

The tax burden of minimum tax at the rate of 1.5 percent on total turnover was more than normal corporate tax liability on income hence the exemption given to SEZs has become a farce and was no more an incentive. Upon realizing its fault, the Board of Investment made efforts to amend the situation, and a proposal was passed in the Finance Bill 2018. Unfortunately, the FBR did not agree to this proposal. Even after the Special Economic Zones amendment in 2016 (SEZs), companies were still burdened with heavy taxes. These companies, operating within the SEZs, had to bear substantial depreciation costs during their initial years of establishment. When turnover taxes were imposed in addition to these costs, it significantly diminished the value of their sales proceeds. As a result, the combination of depreciation costs and taxes had a detrimental effect on the profitability of these enterprises, potentially impeding their progress right from the beginning of their

[20] Ibid.

[21] Ibid., p. 1247-1269.

operations. This issue was eventually resolved with the Finance Act 2021, but it took Pakistan several years to address this legal matter. When investors encountered obstacles and experienced prolonged delays in resolving tax burdens and legal matters, their confidence in the SEZ framework was undermined, leading to negative repercussions for investment flow.

B. One-time Exemption from all Customs Duties and Taxes on import of capital goods to Zone Developers, Co-developers and Zone Enterprises, vide PCT 9917(2) under Chapter 99, sub-chapter V of the First Schedule to the Customs Act 1969.[22]

The SEZ Act 2012 allows one-time custom duty exemption on imports of plants and equipment, but Pakistan mostly imports these plants and equipment from China these types of machinery are already exempted due to the China-Pakistan Free Trade Agreement (CPFTA). Therefore, these exemptions are worthless, unless Pakistan removes its 17% of sales tax and withholding tax to minimize the cost of capital for the development of any manufacturing unit.

C. Income Tax Ordinance Clause 126E,[23] Entity Setup in Special Economic Zones

As income of SEZ entity (Zone Enterprise or Operator) is exempt from income tax for a period of 10 years, there should not be any withholding of Income tax at source at any stage for Zone Enterprises and under any provisions of ITO.[24] However, entities set up in SEZ are subject to income tax withholding under various Sections including 148 (Advance Tax on Imports), 153 (Advance Tax on Imports), 236K (Advance Tax on Purchase or Transfer of Immovable Property).[25]

---

[22] See the Discussion in Part 3.3.2 of Chapter 3

[23] Clause 126E of Income Tax Ordinance

[24] Ibid.

[25] Pakistan Business Council (PBC), **Proposals for the Federal Budget 2023-24**, (Federal Board of Revenue (FBR), 2023), p.18.

The Pakistan Business Council (PBC) highlighted this issue and proposed that since income of a Zone Enterprise is exempt from income tax under clause 126E, it is proposed that the rate of income withholding under all provisions of the Income Tax Ordinance 2001 be reduced down to 0% in line with the zero rating as allowed for certain items under clause 5AC of Part II to the 2nd Schedule to the Income Tax Ordinance, 2001.[26] However, this proposal is not considered by the government.

D. Tax of 25% on Dividends from Exempt Entities Introduced via Finance Act 2019 (Division III of Part I of First Schedule)

Through Finance Act 2019, rates of dividend taxation have been increased from 15% to 25% on dividends paid by entities whose income is exempt under the Income Tax Ordinance. The higher rate of tax on dividend in such cases effectively withdraws the benefit of exemption or concession intended to be provided, if government intends to provide concession to SEZ entity than while providing corporate tax exemption at one end, higher tax incidence on its dividend reduces the benefit at other end. Exemptions are associated with some economic objective and higher dividend rate will discourage such economic objectives.[27]

7.2.2 Absence of Specific Conditions for Social and Economic Obligations in SEZs

In many countries, including those with Special Economic Zones (SEZs), providing incentives to attract investment is a common practice. However, there is a growing recognition that these incentives should be accompanied by conditions to ensure that the benefits are not solely limited to the investors but are also shared by the local economy and society at large. The absence of specific conditions accompanying the incentives provided under the SEZ Act in Pakistan have detrimental consequences for the overall efficacy and impact of these incentives. The lack of conditions undermines the potential for a balanced and mutually beneficial outcome, as the benefits may predominantly accrue to investors, neglecting

[26] Ibid.

[27] Ibid., p. 24.

the broader economic and social development objectives. This oversight diminishes opportunities for job creation, skill development, and technology transfer and knowledge transfer, hindering the host country's progress in these areas. Moreover, the absence of environmental conditions fails to address potential ecological risks associated with SEZs, thereby disregarding sustainable development goals. Additionally, the limited emphasis on linkages with the local economy restricts the spillover effects that SEZs can have on domestic industries, impeding inclusive growth and economic diversification.

A. Inadequate Reinvestment Conditions in SEZ Incentives

Many countries provide incentives with the reinvestment conditions. The incentives provided under SEZ amended Act needs to be amended with re-investment conditions. For example, the one-time exemption from customs duties and taxes on import of plant and machinery hinders expansion by the zone businesses. Correspondingly, exemption from all taxes on income for a certain number of years urges companies to take out dividends instead than reinvesting the profits. Therefore, the tax exemptions should be offered but subject to re-investment conditions.[28]

B. Lack of Effective Employment and Training Requirements in Pakistan's SEZs: Implications for Foreign Direct Investment

Pakistan's Special Economic Zones (SEZs) have been hindered by the absence of effective employment and training requirements for foreign firms, resulting in missed opportunities for attracting Foreign Direct Investment (FDI). Unlike Malaysia, which has successfully implemented such performance requirements, Pakistan's inability to develop of a skilled local workforce and knowledge transfer has adversely affected its FDI prospects.[29]

---

[28] State Bank of Pakistan, "Chapter 7 Special Economic Zones in Pakistan: Isles of Excellence or Labs for Policy Reforms?," p.166 [online] Available from : https://www.sbp.org.pk/reports/annual/arFY21/Chapter-07.pdf [9 July 2023]

[29] David Collins, **Performance Requirements and Investment Incentives Under International Economic Law**, (Edward Elgar Publishing, 2015), p.9-12.

The absence of employment and training requirements in Pakistan's SEZs has resulted in a limited development of the local workforce, hindering the transfer of knowledge and technology to the host country. This has prevented Pakistan from fully harnessing the potential benefits of FDI. Without performance requirements, there has been a lack of skill development and limited job opportunities for indigenous workers, leading to slower economic growth and reduced competitiveness in attracting foreign investments.[30]

7.2.3 Inadequate Regulatory Facilitation

Special Economic Zones (SEZs) play a vital role in attracting investment, promoting economic growth, and facilitating industrial development in many countries, including Pakistan. However, the effectiveness of SEZs depends significantly on the regulatory facilitation provided to businesses operating within these zones. In Pakistan, there is a pressing concern regarding the inadequate regulatory facilitation in SEZs. Lengthy approval processes, inconsistent regulations, lack of support for compliance, and insufficient infrastructure development pose challenges for businesses and hinder the full potential of SEZs.

A. One Stop Shop

Among the key policies and interventions that make a Special Economic Zone 'special' from the rest of the industrial areas is a business friendly environment insulated from weak governance and overall difficulties of doing business that often mark developing countries. To that end, One Stop Shop (OSS), also known as one window operation, is a key intervention for zone enterprises. The OSS reduces delays and uncertainty around securing registrations, permits, licenses, and approvals as well as provision of public goods from multiple governmental agencies.

As per Section 29 of SEZ Act 2012, there are two layers of the OSS. The Board of Investment is stipulated to act as an OSS for liaison and facilitation between all federal ministries, authorities and agencies at one end and provincial

[30] Ibid., p. 7.

SEZ Authorities, developers and zone enterprises at the other. As for coordination of developers and zone enterprises with relevant departments, authorities and agencies at provincial and local government level, the provincial SEZ Authorities are to act as a liaison and facilitating agency.

However, in both cases the OSS does not exist in true sense in any of the SEZs in Pakistan. As far as plots inside the zone are concerned, it is the developer's responsibility to ensure the supply of gas, electricity, and other utilities to zone enterprises at the zero point of the plot as per section 17 of Special Economic Zones Act 2012, whereas the relevant provincial SEZ Authority is to ensure availability of public utilities to zero point of SEZ and serve as liaisons and facilitating agency as per section 27 of Special Economic Zones Act 2012.[31] At the same time, the SEZ Committee is to serve as the point of contact between the zone enterprise and utility providers as per section 23 of Special Economic Zones Act 2012:[32] facilitate between enterprises and government regulators and tax authorities: and assist zone enterprises in obtaining approvals and registrations.[33]

This overlapping mandate and institutional fragmentation over responsibilities has caused delays in the provision of public goods needed by the SEZs.[34]

B. Inadequate Digital Infrastructure for Regulatory Facilities

The absence of essential digital infrastructure systems, such as a Raw Material Tracking System (RMTS), E-Investment Platform, E-Tax System, and E-Monitoring System, in Pakistan's regulatory facilities for Special Economic Zones (SEZs) poses significant challenges for businesses and potential investors. Without an online RMTS, export companies face difficulties in receiving duty exemptions for raw materials, leading to inefficiencies and higher costs. The absence of an e-Investment platform results in inconsistencies and delays in processing investment proposals,

---

[31] Section 17 of Special Economic Zones Act 2012

[32] Section 27 of Special Economic Zones Act 2012

[33] Section 23 of Special Economic Zones Act 2012

[34] Ibid.

creating uncertainty. Manual tax procedures without an e-Tax system introduce complexities and delays, while the lack of an e-Monitoring system hampers accountability and oversight. Implementing these digital infrastructure systems would streamline processes, reduce administrative burden, and enhance transparency, attracting more investment to SEZs and improving the overall investment climate.

8. Legal Framework and Policy Reforms for SEZs in Malaysia

Like most developing countries, Malaysia has used a system of incentives to attract investment. However, the structure has been continuously revised to meet evolving national development objectives. By linking the incentives and the provision of specialized infrastructure facilities to skills development and technology upgrading,[35] Malaysia was able to take advantage of global changes to improve its competitive position. The evolution of the Malaysian system of incentives reflects a shift from general investment promotion to a focus on high-tech sectors and industrial clusters.[36]

The **Pioneer Industries Ordinance (PIO)** was introduced in 1958 to provide incentives and tariff protection for the development of manufacturing industries. These firms enjoyed tariff protection and tax relief for two to five years, depending on the level of investment. By the late 1960s, the need to shelter import-substituting industries was overtaken by the need to export.

Toward this end, Malaysia passed the **Investment Incentive Act (IIA) in 1968** to encourage employment creation, dispersal of industries, and investment in capital intensive projects. The incentives provided under the IIA (Pioneer Status, Labor Utilization Relief, and Location Incentives) offered tax relief for 2–10 years and tax credits ranging from 25 percent to 40 percent of capital expenditure. These

[35] Aradhna Aggarwal, **Special Economic Zones in the Indonesia–Malaysia–Thailand Growth Triangle: Opportunities for Collaboration**, (Asian Development Bank, 2022), p.35.

[36] Ibid.

incentives were focused on attracting more labor-intensive and export-oriented industries compared with the import-substituting industries attracted by the PIO. To enhance the role of the manufacturing sector in the economy, the government introduced several new policies and programs. The most notable was the **Free Trade Zone Act of 1971**, whose main objective was to attract export-oriented Multinational Corporations (MNCs) to invest in Malaysia. Industries operating inside the FTZs would enjoy better (and subsidized) infrastructure, expedited customs, and duty-free imports of raw materials, components, and machinery. This approach to promoting export manufacturing was very timely and was successful in attracting the first major wave of export-oriented electronics manufacturing, concentrated initially in components. Under the Free Trade Zones (named FTZs) Act, the companies had to export 80% of their production to avail themselves of the benefits. The first zone was built near Bayan Lepas airport of Penang in 1971 to revive entrepot trade, attract foreign investment in labor-intensive industries, and promote manufacturing exports. These zones benefited from large waves of foreign investors, particularly from the US, who relocated electric and electronics assembly and processing plants in Penang to avail the advantage of its large, educated pool of English-speaking cheap labor: attractive incentives: and political stability. As a result, the electronics industry grew fast during the 1970s and 1980s and became the main economic growth engine.[37]

In 1973, to supplement the FTZ program and promote the dispersal of industries to the less developed regions of the country, Malaysia introduced the **Licensed Manufacturing Warehouse Program**, which extended similar treatment to individual factories set up outside the FTZs.[38]

In 1985, the industrialization process became more cohesive with the implementation of an Industrial Master Plan (IMP), which identified three policy instruments

[37] Ibid.

[38] Yeow Teck Chai and Ooi Chooi Im, "The Development of Free Industrial Zones–The Malaysian Experience", in **Cambridge Journal of Economics**, 25, 1 (2009), p.119.

for increasing technology capability: research manpower: institutional arrangements, such as industrial parks: and incentives for R&D (research and development). Twelve priority sector development plans comprised a comprehensive strategy to lift Malaysia's industrial base. To further boost the IMP, the **Promotion of Investment Act (PIA) of 1986**[39] was passed to replace the IIA. Under the PIA, the labor utilization relief incentive was abolished and the Pioneer[40] Status incentives were modified. Promoted industries and projects would enjoy tax relief for up to five years, regardless of the size of the capital investment. **Amendments to the Income Tax Act of 1967** provided tax incentives for training, R&D, and reinvestments. Other instruments—including the exemption of import duty on raw materials, tariff protection for selected industries, and financial and credit assistance—were used to promote industrial development. These incentives, along with other moves to create a more liberal investment environment, are recognized as the impetus behind the recovery of the Malaysian economy in the late 1980s and the rapid uptick in manufacturing investment.[41]

The **Free Zones Act 1990** was gazetted on 10th May 1990. The activities in free zones are governed by the Free Zones Regulations 1991. There are two types of the free zone, that is

i) Free Industrial Zone for companies carrying on manufacturing activities, and

ii) Free Commercial Zone for companies carrying on commercial activities : Commercial activities conducted in these zones include trading (except retail trading), breaking bulk, grading, repacking, re-labelling, transshipment, and transit.

All major ports and international airports in Malaysia are integrated with free zones, which have been instrumental in attracting foreign companies to establish

---

[39] Aradhna Aggarwal, **Special Economic Zones in the Indonesia–Malaysia–Thailand Growth Triangle: Opportunities for Collaboration**, p.136.

[40] Ibid.

[41] Ibid.

regional distribution centers and turning Malaysia into a major distribution hub by hosting companies such as France's oil and gas giant Technip SA, Deutsche Post DHL, Vale SA (the world's biggest iron ore producer), and Schlumberger Ltd.[42]

8.1 Legal and Policy Sustainability Factors of Malaysian Special Economic Zones

Although Malaysia has an abundance of natural resources this is not only the primary reason for appealing to foreign investors. For the purposes of gaining more investment the Government of Malaysia has provided sustainable incentives which lead towards more attractive to foreign investors:

8.1.1 Sound Legal and Institutional Frameworks with Strong and Long-term, Well-Coordinated Government Commitment

A predictable and transparent legal and regulatory framework is needed to ensure the clarity of roles and responsibilities of various parties, and to provide protection and certainty to the developers and investors. Such a framework also helps to ensure that the zones attract the right investments, and are established with high business, social and environmental standards. A solid legal framework will also buffer zones from unpredictable risks, such as political setbacks or interference and land speculation, among other factors.[43] In Malaysia, the establishment and operation of free zones are supported by clear, sound legal, and institutional frameworks, demonstrating the government's strong and long-term commitment to these zones.

---

[42] Justin Lai Woon Fatt, "Free Zone In Malaysia," [online] Available from : https://industrymalaysia.com/wp-content/uploads/2022/03/20211009-Free-Zone-in-Malaysia.pdf [9 July 2023]

[43] Sufian Jusoh and Muhammad Faliq Abd Razak, "Special Economic Zones in ASEAN: The Cases of Lao PDR, Malaysia, and Myanmar," in **Handbook of Research on Special Economic Zones as Regional Development Enablers**, eds. Paulo Guilherme Figueiredo, Francisco José Leandro, and Yichao Li (IGI Global, 2022), p.92.

This Act 1990 empowers the Minister of Finance to declare an area as a free zone, whether it is a free commercial zone or a free industrial zone under **Section 3 (1)** of the Free Zones Act (438/1990). Under the Free Zones Act 1990, the Minister of Finance has the authority to appoint a Free Zone Authority, which can be a statutory body constituted under federal or state law, or even a company. The Free Zone Authority is responsible for administering, maintaining, and operating the free zone. Its role includes providing necessary facilities for the proper functioning of the zone, permitting the construction of private buildings, controlling entry and residence within the zone, and ensuring the exclusion of certain goods that may pose risks to public interest, health, or safety. The Free Zone Authority is also accountable for submitting annual reports and accounts to the Minister of Finance, which contributes to transparency and accountability in the operation of free zones. These reports provide comprehensive information about the activities, operations, receipts, and expenditure related to the free zone under **Section 3 (2)** of the Free Zones Act. Additionally, the Free Zones Act 1990 outlines specific functions and responsibilities of the Authority, further enhancing the institutional framework supporting free zones in Malaysia. For example, the Authority is empowered to provide customs facilities within the free zone, allowing for streamlined customs procedures and minimizing customs control. The Act also grants the Authority the power to permit the erection of private buildings within the zone, ensuring the availability of suitable infrastructure for businesses operating in the free zone.[44]

Furthermore, under the Act establishes regulations for the movement of goods into and out of the free zone, clarifying that goods brought into the free zone from the Principal Customs Area are considered imports and subject to customs duties, excise duties, and sales tax under **Section 5** of the Free Zones Regulations (1991). On the other hand, goods manufactured in the free zone and brought into the Principal Customs Area are deemed exports and must be declared accordingly. These provisions and regulations within the Free Zones Act 1990, along

[44] Section 3 (2) of the Free Zones Act 1990

with the Free Zones Regulations 1991, demonstrate a robust legal framework that enables the smooth operation of free zones in Malaysia.[45] The government's commitment to fostering a favorable environment for foreign companies is evident in the integration of major ports and international airports with free zones, attracting global companies to establish regional distribution centers and turning Malaysia into a major distribution hub. This commitment, coupled with a well-coordinated approach and the involvement of relevant government departments and bodies, ensures the effectiveness and success of the free zone model in Malaysia. Under **Section 13 (4)** of the Free Zones Regulations, it is clearly stated for the funding of Special Economic Zones Free Zones Authority must submit a budget to the Minister of Finance for approval.[46] The development and infrastructure within SEZs are funded by the various state government corporations.

Malaysia has a well-established legal framework for SEZs with consistent laws and policies. The existing laws were in place when the SEZ programs were launched, providing clarity and certainty to developers and investors. The legal provisions are presented with clear wording, ensuring transparency and predictability.[47]

8.1.2 Conditions for Social and Economic Obligations in SEZs

In Malaysia, Special Economic Zones (SEZs) are subject to specific conditions and requirements in terms of social and economic obligations. These obligations are imposed to ensure that SEZs operate in a manner that benefits the country's overall development. By adhering to these obligations, SEZs in Malaysia aim to strike a balance between economic growth and social welfare, creating a conducive environment for sustainable and inclusive development.

---

[45] Ibid.

[46] Section 13 (4) of the Free Zones Act 1990

[47] Sufian Jusoh and Muhammad Faliq Abd Razak, "Special Economic Zones in ASEAN: The Cases of Lao PDR, Malaysia, and Myanmar," in **Handbook of Research on Special Economic Zones as Regional Development Enablers**, p.92-108.

A. Ownership-Based Controls on Foreign Investment and Indigenous Ownership

Ownership-based controls on foreign investment play a significant role in shaping the investment landscape of host countries. These controls, which encourage indigenous ownership and may require joint ventures, aim to foster the emergence of a local "entrepreneurial class" while ensuring that foreign investors contribute to the economic advancement of historically disadvantaged groups. In Malaysia, for example, there is a prescribed structure of shareholdings, where preference is given to indigenous Bumiputera people of Malaysia.[48] The purpose of these controls is not only to drive economic growth but also to address social inequalities. By providing incentives for indigenous ownership, Malaysia seeks to prevent a scenario where the benefits of Foreign Direct Investment (FDI) are enjoyed solely by elite groups within the country, which could lead to increased inequality and social tensions.[49] Through the prescribed structure of shareholdings, Malaysia promotes the participation of Bumiputera individuals and businesses in various sectors of the economy, including those attracting FDI. This policy ensures that a portion of the economic benefits generated by FDI is channeled towards the advancement of the Bumiputera community, contributing to a more inclusive and equitable society.[50]

B. Incentive Condition Imposed on Free Industrial Zone

Free Industrial Zone (FIZ) to qualify for operation in a FIZ, a company has to export at least 80% of its output and its raw materials/components are mainly imported. If a company in FIZ has obtained approval from the Ministry of International Trade and Industry (MITI) to reduce its export condition to 60%, it can also apply to the Customs for the permission to export 60% of its output instead of 80%.[51]

---

[48] Ibid.

[49] David Collins, **Performance Requirements and Investment Incentives Under International Economic Law**, p.26-27.

[50] Ibid.

[51] Yeow Teck Chai and Ooi Chooi Im, "The Development of Free Industrial Zones–The Malaysian Experience", in **Cambridge Journal of Economics**, p.119.

C. Conditions Based Incentives

- Incentives offered in Malaysia to investors and entities operating within the SEZs include: Pioneer status partial exemption of 70% on the payment of income tax for five years. Companies may also qualify for pioneer plus status and receive a 100% exemption on the payment of income tax for five or 10 years.

- Investment tax allowance to deduct an allowance of 60% of its investment acquired against 70% of the company's income for each year of assessment. Companies may also qualify for an investment tax allowance of up to 100% of its investment acquired to be deducted against 100% of the company's income.

- Reinvestment allowance of 60% of capital expenditure may be deducted from 70% of the company's income.

- Free of customs duty, excise duty, sales and service tax (Section 4 of the Free Zones Act 1990).[52]

8.1.3 Adequate Regulatory Facilitation

Malaysia offers adequate regulatory facilitation to businesses, providing favorable conditions for companies to operate and thrive. Here are some key aspects of regulatory facilitation in Malaysia:

A. Transforming Investment Facilitation

Among the major initiatives that have been implemented include:

- **Project Acceleration and Coordination Unit (PACU):** MIDA in 2020 introduced the Project Acceleration and Coordination Unit (PACU) to expedite and facilitate the implementation of approved projects.

- **E-TRANS: MIDA, Through Its e-TRANS system**, has launched and enhanced several online modules — namely faster approval for applications

[52] Nadea le Roux and Anculien Schoeman, "A Comparative Analysis Of The Design Of Special Economic Zones: The Case Of South Africa, Malaysia And Indonesia", in **Journal of Economic and Financial Sciences**, 9, 3 (2016), p.759.

for e-manufacturing licenses, e-incentives, and import duty and/or sales tax exemptions — to expedite the execution of projects.[53]

B. One Stop Shop

Malaysia does not have a distinct concept of a one-stop shop for industrial areas. MIDA provides comprehensive information on investment opportunities in the country and facilitates investors by working in conjunction with state investment boards that act as the one-stop agencies at the state level.[54] The zone management authorities provide additional assistance to investors.

C. Infrastructure

Malaysia's SEZs benefit from well-developed infrastructure and efficient administrative agencies that cater to the needs of investors. Industrial areas are normally developed as traditional industrial zones with on-site industrial and supporting infrastructure. There are also instances of township development within economic zones, such as Kulim Hi-Tech Park (KHTP), which is equipped with urban infrastructure. The upcoming SBEZ will also have urban infrastructure such as factories: a shopping complex: housing: hotels: recreation parks: and a new Immigration, Customs, Quarantine and Security (ICQS) facility. However, there are no statutory requirements for infrastructure development in the zones.[55]

9. Legal Framework of Special Economic Zones in Thailand

Thailand's Special Economic Zones (SEZs) have undergone significant legislative development over the years, driven by the government's commitment to attracting investment, fostering economic growth, and promoting industrial development. Thailand's industrial estates and SEZs are under the responsibility

---

[53] Malaysian Investment Development Authority (MIDA), "MIDA eyes quality investments," [online] Available from : https://www.mida.gov.my/mida-news/mida-eyes-quality-investments/ [11 July 2023]

[54] Aradhna Aggarwal, **Special Economic Zones in the Indonesia–Malaysia–Thailand Growth Triangle: Opportunities for Collaboration**, p.138.

[55] Ibid.

of Thailand's Board of Investment (BOI) and the Industrial Estate Authority of Thailand (IEAT). Thailand's industrial estates and SEZs are under the responsibility of Thailand's Board of Investment (BOI) and the Industrial Estate Authority of Thailand (IEAT). Here is a detailed and elaborated overview of the historical development of SEZ laws in Thailand:

The Board of Investment (BOI) was established by Investment Promotion Act B.E. 2520 (1977), which is responsible for promoting and facilitating investment in the country. The BOI offers various incentives and privileges to companies investing in designated industries or regions, including SEZs.

Industrial Estates

The ***IEAT Act***, enacted in 1979, focuses on the development of industrial estates in Thailand. It was established to attract both foreign and domestic investment, promote industrialization, and enhance economic growth. The act establishes general industrial zones and free zones. General industrial zones are designated for industry-related activities, while free zones offer exemptions from import and export duties, excise, and value-added tax. Since 1979, the IEAT has been instrumental in developing Thailand's industrial estates. There are two types of industrial estates: (i) those with general and free zones, and (ii) those with general zones only. A general industrial zone is defined as "a tract of land designated for the carrying out of industry, service or any undertaking which is beneficial to, or connected with, industry or service," while free zones are "tracts of land designated for the carrying out of industry, commerce or any undertaking in connection with industry or commerce for economic benefit, security of State, public welfare, environmental management or other necessary reasons as determined by the Board" **(IEAT Act 1979, Section 4)**.[56] Free zones are entitled to exemptions from import and export duties, excise, and value-added tax. The industrial estates with free zones also offer separate

[56] Panapak Panudechagrich and Kanon Trichan, "The guidelines for management on factors that affect The security management model of Special Economic Zone, Sadao district, Songkhla province", in **Veridian E-Journal, Silpakorn University (Humanities, Social Sciences and arts)**, 11, 4 (2018), p.907.

custom areas.[57] However, irrespective of their constitution, all industrial estates enjoy the special legal regime to target large foreign and domestic investment and provide a range of industrial infrastructure and, in some cases, social infrastructure. Industrial estates are developed by the IEAT solely or in partnership with one or more private developers who may provide maintenance services and/or build public utilities and infrastructure for business operations. All these sites must be situated on a minimum of 81 hectares, with 60%–70% of the total area set aside for factory usage. **Section 4** of the Act provides definitions for general industrial zones and free zones, clarifying their purposes and benefits.[58] **Section 40** of the Act grants the IEAT the authority to establish, manage, and regulate industrial estates. **Section 44** of the Act outlines the powers and responsibilities of the IEAT in promoting investment and developing industrial estates. The major incentives provided by IEAT are as follows:

- Tax and non-tax privileges to industrial operators:
- Right to own land:
- Visa and work permit facilitation for foreign skilled workers (and their spouses and dependents):
- Right to send money abroad:
- Right to receive additional privileges from the BOI.

Special Economic Zones (Special Border Economic Zones)

To provide a comprehensive legal framework for SEZs, Thailand introduced the SEZs Regulations of the Office of the Prime Minister on Special Economic Zones Development, B.E. 2556 (2013) and Regulations of the Office of the Prime Minister on Administration on Special Economic Zones Development B.E. 2558 (2015). These

[57] Aradhna Aggarwal, **Special Economic Zones in the Indonesia–Malaysia–Thailand Growth Triangle: Opportunities for Collaboration**, p.37.

[58] Sufian Jusoh and Muhammad Faliq Abd Razak, "Special Economic Zones in ASEAN: The Cases of Lao PDR, Malaysia, and Myanmar," in **Handbook of Research on Special Economic Zones as Regional Development Enablers**, p.92-95.

regulations are replaced by regulation 2564 (2021).[59] Due to the unavailability of the Special Economic Zone Act and its regulations in English, this paper will primarily focus on the Eastern Economic Corridor (EEC) Act. However, comprehensive information regarding Special Economic Zones (SEZs) will be sourced from official websites and official reports. This approach ensures that the paper adheres to academic standards by relying on credible and authoritative sources for gathering information on SEZs within the EEC framework.

Eastern Special Development Zone: Recognizing the importance of a strategic economic zone, Thailand introduced the ***Eastern Economic Corridor (EEC) Act*** in 2018. The EEC Act established the Eastern Economic Corridor (EEC) as a flagship SEZ project. The EEC, covering three provinces—Chonburi, Rayong, and Chachoengsao—aims to transform the region into a leading economic zone focused on advanced technology, innovation, and high-value industries. The EEC Act provides extensive incentives, such as tax breaks, streamlined regulations, and investment support, to attract both domestic and foreign investment. It also establishes the Office of the Eastern Economic Corridor (EECO) to oversee the development and management of the EEC SEZ.[60]

9.1 Legal and Policy Sustainability Factors of Thailand Special Economic Zones

The Special Economic Zones (SEZs) in Thailand have sustainable features that promote economic growth. Incentives and privileges have been specially granted to businesses that are supported by the Government, making it easier for investors to conduct their business transactions at the One Stop Service Centre (OSS), offering tax incentives, allowing the employment of foreign labour and allocating areas for rent.[61]

---

[59] Aradhna Aggarwal, **Special Economic Zones in the Indonesia–Malaysia–Thailand Growth Triangle: Opportunities for Collaboration**, p.37.

[60] Ibid.

[61] Ibid.

9.1.1 Consistent Laws and Effective Governance: Centralization of Authority in Thailand's Eastern Economic Corridor (EEC)

Thailand's Eastern Economic Corridor (EEC) is a special economic promotion zone aimed at facilitating investment and promoting economic development in the country. The EEC law, specifically Section 43, grants extensive authority to the Secretary-General, appointed by the Policy Commission, to streamline the investment process within the EEC. This analysis explores the implications of centralizing authority under one body and examines the establishment of the Office of the Eastern Special Development Zone Policy Commission. Section 43 of the EEC Act empowers the Secretary-General to grant approvals, licenses, permits, and consents, as well as handle registrations and notifications. This provision eliminates the need for investors to approach various authorities for different permits related to activities within the EEC.[62] The intention is to expedite investment processes and enhance regulatory efficiency.

9.1.2 Adequate Regulatory Facilitation

Thailand has implemented comprehensive incentive programs and initiatives to attract foreign investment in its Special Economic Zones (SEZs).

A. E-Monitoring

Online clearances have already been launched through *eMT online, for machinery import duty* exemptions which extends to customs to secure clearances. The BOI portion of the e-Expert system for work permits and visas is also already online. This will be further improved through an '*e-Expert single-entry system'* which will incorporate two other agencies, the Immigration and Labor Departments. The integration process, providing improved convenience to experts by greatly streamlining the application process. The *Raw Material Tracking System (RMTS)* is online for export companies to receive duty exemptions for raw materials to make export items. *e-Investment*, which covers the submission of applications, with all

[62] Section 43 of the Eastern Economic Corridor (EEC) Act

applications required to go through the e-Investment system. *e-Tax,* for which forms must be sent to BOI prior to submission to the Revenue Department to enjoy tax holidays, includes both the company and auditor portions. The final platform that is already up and running is *e-Monitoring*, where projects must provide reporting on an annual basis in regards to itemizations such as land or construction purchases.[63]

B. One Stop Shop

Thailand has established bodies such as under EEC law, specifically Section 43, grants extensive authority to the Secretary-General, appointed by the Policy Commission, to streamline the investment process within the EEC. In addition, the Industrial Estate Authority of Thailand (IEAT), the IEAT operates an Operation Center that monitors industrial estates and factories, ensuring efficient management of environmental and safety issues. Thailand provides one-stop shop facilities in all types of SEZs through their respective regulatory bodies. The IEAT offers a single window for visas and work permits as well. Other facilities include the following:

- **IEAT Operation Center.** The headquarters monitors industrial estates and the factories inside them to efficiently manage environmental and safety issues and integrate all information. It also provides a centralized command in case of emergency and disaster.

- **e-Paperless and e-Permission.** Tax privilege application service is provided through the e-Paperless system streamlining the customs clearance procedures for imported and exported goods. An on-site training program is organized for business operators to use this service.

C. Infrastructure

Industrial estates in Thailand provide the infrastructure necessary for all industrial operations as wide-ranging as electricity, water supply, flood protection,

[63] Thailand Board of Investment, "Foreign Investors Upbeat on Investing In Thailand," [online] Available from : https://www.boi.go.th/upload/content/TIR_OCT16_44972.pdf [9 July 2023]

wastewater treatment plant (size approved by the IEAT), solid waste disposal, communication facilities, and security systems. They also have commercial banks and post offices to facilitate business operations further. Most estates have customs offices, schools, hospitals, shopping centers, and other social infrastructure. To provide the necessary infrastructure, all industrial estates must set aside 30%–40% of the area for infrastructure development. Industrial estates larger than 161 hectares can allocate up to 25% of land area for infrastructure.

10. Comparative Analysis of Main Features of SEZs in Pakistan, Malaysia, and Thailand

The SEZs are not just about tax benefits: they also address some binding institutional constraints in the wider economy. Further, the economic zones are evolving not only in terms of their structural features such as size, design, location, and economic composition but also in legal and institutional frameworks.[64] Along with the provisions of fiscal incentives, the range of facilities, services, and amenities available within zones has also been extended in new ambitious zone programs, particularly in Malaysia and Thailand. The preferential regulatory contents have been enriched and enlarged as well. Apparently, the SEZs, which have always been the centerpiece of industrial policy of the Malaysia and Thailand, have grown in importance with an aggressive drive launched by these countries to build a new variety of zones in recent years and achieve various goals by leveraging their full potential.

10.1 Consistent Laws and Policies

Malaysia and Thailand serve as models for Special Economic Zones (SEZs) with well-established legal frameworks, clear and consistent laws, and streamlined processes. These countries have avoided the legal challenges faced by Pakistan, such as inconsistencies and delays in resolving issues. Malaysia's proactive approach

[64] Aradhna Aggarwal, **Special Economic Zones in the Indonesia–Malaysia–Thailand Growth Triangle: Opportunities for Collaboration**, p.89.

ensures clarity and predictability for developers and investors, while Thailand's centralization of authority expedites investment processes. Pakistan can learn from these examples to address legal inconsistencies and improve its SEZ framework, creating a more favorable environment for investments.

10.2 Absence of Mandatory Conditions in Pakistan's SEZs: Implications and Comparative Insights

In Malaysia and Thailand, SEZs impose conditions on investors to achieve desired outcomes such as job creation, technology transfer, local content development, and export promotion. Malaysia mandates job creation targets and technology transfer to enhance the local workforce and foster innovation. Export obligations stimulate trade, while compliance with environmental standards promotes sustainability. In Thailand, the focus is on technology transfer, local content requirements, skill development, and training to enhance capabilities, stimulate domestic industries, and build a skilled workforce. These conditions ensure SEZs contribute to economic growth and social development in both countries.

10.3 Regulatory Facilitation

Malaysia's regulatory facilitation measures, including the Project Acceleration and Coordination Unit (PACU) and the e-TRANS system, contribute to a positive business environment and attract investment. The country's efficient transport networks, liberalized foreign exchange controls, streamlined import/export procedures, and cost-effective measures further enhance its attractiveness. Thailand's digitalization efforts, one-stop shop facilities, robust infrastructure development, and comprehensive support services create a favorable investment climate. In contrast, Pakistan faces challenges due to its fragmented approach, inadequate digital and physical infrastructure, and lack of clear regulations. To improve, Pakistan needs to streamline processes, establish clear regulations, invest in digital infrastructure, and develop comprehensive physical infrastructure in its SEZs.

Conclusion and Recommendation

In conclusion, this paper emphasizes the importance of comprehensive legal frameworks, harmonization with international trade agreements, attractive investment incentives, and effective facilitation for the success of SEZs. The experiences of Malaysia and Thailand serve as valuable lessons for countries like Pakistan, highlighting the need for proactive measures to address challenges and create a favorable investment climate. By implementing appropriate policies and incentives, Pakistan can unlock the full potential of its SEZs and attract the desired levels of FDI, contributing to sustained economic growth and development.

Recommendations

Based on the analysis and conclusions drawn from the study, the following recommendations are proposed to enhance the legal framework and effectiveness of Special Economic Zones (SEZs) in Pakistan.

Legal Cohesion for Foreign Investment: Harmonizing Conflicting Laws to Drive Economic Growth :

i. The issue of inconsistent legal provision under SEZ law of Pakistan needs to be addressed in order to attract more investment. One recommendation is to harmonize the conflicting provisions. By studying the practices of countries like Malaysia and Thailand, it is evident that in cases of conflicting provisions exist, the governments take prompt action to harmonize the laws in order to resolve such conflicts. By striving to harmonize conflicting legal provisions, the governments ensure consistency and coherence within the legal framework governing Special Economic Zones (SEZs) in Malaysia and Thailand. This will promote clarity and certainty for investors and stakeholders, contributing to a more conducive environment for SEZ development and operation. In addition, streamlining the taxation framework is crucial to make it more attractive for foreign investors. Taking inspiration from successful approaches in Malaysia and Thailand, the government can simplify

tax procedures, reduce tax rates, and provide additional incentives specifically designed for foreign investors. A transparent and favorable tax regime will significantly contribute to attracting foreign investment.

ii. Since income of a zone enterprise is exempt from income tax under clause 126E, it is proposed that the rate of income withholding under all provisions of the Income Tax Ordinance 2001 be reduced down to 0% in line with the zero-rating as allowed for certain items under clause 5AC of Part II to the 2nd Schedule to the Income Tax Ordinance, 2001.

iii. Tax of 25% on dividends from exempt entities introduced via Finance Act 2019 (Division III of Part I of First Schedule): Clause (a) of Division III of Part I of First Schedule as applicable before Finance Act 2019, should be reinstated, to apply the rate of 15% on dividend received from exempt entities. Similarly, amendment be made for the withholding tax rates specified in clause (a) of Division I of Part III of the First Schedule, by reinstating the position prior to Finance Act 2019.

iV. Removal of redundant custom duty exemptions and reduction of sales tax and withholding tax for SEZs imports: SEZ Act 2012 allows one-time custom duty exemption on imports of plants and equipment but as we mostly import these plants and equipment from China these machineries are already exempted due to CPFTA so, these exemptions are meaning less until the removal of 17% of sales tax and withholding tax to minimize the cost of capital while the development of any manufacturing unit.

Imposing Conditions on SEZ Incentives for Socio-Economic Development in Pakistan

To enhance the effectiveness of Special Economic Zones (SEZs) in Pakistan, it is recommended to impose certain conditions on incentives provided to investors, drawing inspiration from successful models in Malaysia and Thailand. These conditions should focus on job creation, technology transfer, export obligations, and

environmental sustainability. By mandating SEZ investors to meet specific job creation targets and invest in skill development programs, Pakistan can promote employment opportunities and enhance the capabilities of the local workforce.

Emphasizing technology transfer and innovation within SEZs would further contribute to economic growth. By encouraging SEZ investors to share their technological expertise and knowledge with local industries through collaborations and research and development activities, Pakistan can foster innovation and drive economic progress. Additionally, imposing export obligations on SEZ investors would stimulate trade, expand export markets, and boost international trade activities, while implementing local content requirements would promote the growth of domestic industries and create business opportunities for local enterprises.

In line with global environmental efforts, Pakistan should prioritize compliance with environmental standards within SEZs. By expecting investors to adhere to environmental regulations and adopt sustainable practices, the ecological impact of SEZ operations can be minimized. To incentivize compliance with these conditions, Pakistan should consider offering reinvestment incentives, such as additional tax exemptions or deductions, encouraging ongoing investment and commitment to the country's socio-economic goals. These measures will ensure that SEZs in Pakistan serve as catalysts for economic growth, technology transfer, job creation, and environmental sustainability.

Enhancing Regulatory Facilities in Pakistan's SEZs: Learning from Thailand and Malaysia

1. Establish a Comprehensive One-Stop Shop (OSS) Approach : Pakistan should establish a centralized and streamlined OSS facility within its SEZs. This approach would consolidate the responsibilities of different agencies and departments, providing a single point of contact for investors. By implementing an OSS, Pakistan can streamline processes, reduce bureaucratic hurdles, and ensure consistent and efficient service provision to businesses.

2. Develop Clear Legislation for Equity Crowdfunding : Pakistan should recognize the potential of equity crowdfunding as a funding mechanism for businesses within SEZs. By implementing specific legislation and regulations, similar to Malaysia, Pakistan can encourage investor participation and unlock new avenues for foreign and domestic investment. Clear frameworks for equity crowdfunding would promote entrepreneurial activities and foster a vibrant investment ecosystem.

3. Invest in Digital Infrastructure : Pakistan should prioritize the development of essential online systems, such as a Raw Material Tracking System, e-Investment platform, e-Tax system, and e-Monitoring system. These digital platforms would streamline processes, reduce paperwork, and enhance transparency and efficiency. By investing in digital infrastructure, Pakistan can provide seamless and user-friendly services to businesses, attracting investors seeking efficient and transparent operations.

4. Focus on Physical Infrastructure Development : Pakistan should prioritize the development of comprehensive physical infrastructure within SEZs. This includes ensuring reliable access to electricity, water supply, transportation networks, and social infrastructure. Well-developed physical infrastructure creates an attractive environment for businesses, enhances operational efficiency, and supports their growth prospects.

5. Enhance Collaboration with Educational Institutions: Following the example of Malaysia and Thailand, Pakistan should foster collaboration between SEZ investors and educational institutions. Encouraging partnerships for skill development, research and development, and knowledge transfer would enhance the capabilities of the local workforce, promote innovation, and support the growth of domestic industries.

6. Provide Reinvestment Incentives : To incentivize compliance with the recommended conditions, Pakistan should consider offering reinvestment incentives to SEZ investors. These incentives could include tax exemptions, deductions, or other financial benefits for investors who fulfill their obligations. Reincentivizing reinvestment would encourage long-term commitment and maximize the positive impact of SEZs on Pakistan's economy.

By implementing these recommendations, Pakistan can enhance its regulatory facilities, attract foreign direct investment, promote economic growth, and create a more favorable environment for businesses within its SEZs. Learning from the successful models of Thailand and Malaysia, Pakistan can build a competitive edge and harness the potential of its SEZs for socio-economic development.

คำแนะนำสำหรับผู้เขียน

การเตรียมต้นฉบับ

ในการเตรียมผลงานเพื่อขอรับการพิจารณาเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย ผู้เขียนจะต้องระบุรายละเอียดและดำเนินการตามรูปแบบ ดังต่อไปนี้

1. ข้อมูลที่ต้องระบุ
   1) ชื่อผลงาน ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ที่กระชับ ครอบคลุม และสื่อถึงเนื้อหาสาระของผลงานอย่างชัดเจน โดยให้พิมพ์ไว้ที่ตรงกลางของหน้าแรก
   2) ชื่อ-สกุลของผู้เขียน ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
   3) ตำแหน่งทางวิชาการของผู้เขียน (ถ้ามี) ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
   4) อีเมล์ของผู้เขียน โดยผู้เขียนอาจเลือกใช้อีเมล์ส่วนตัวหรืออีเมล์ของหน่วยงานต้นสังกัดได้
   5) ชื่อและที่อยู่ของหน่วยงานหรือสถาบันที่ผู้เขียนสังกัด ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
   6) บทคัดย่อ (Abstract) ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ โดยมีความยาวอย่างละไม่เกิน 300 คำ
   7) คำสำคัญ (Keywords) ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ อย่างน้อย 3 คำ
2. รูปแบบผลงาน
   1) พิมพ์ด้วยโปรแกรม Microsoft Word โดยบันทึกเป็นสกุล .doc หรือ .docx
   2) ตั้งค่าขนาดหน้ากระดาษที่ A4 (21 x 29.4 เซนติเมตร) หน้าเดียว
   3) กั้นหน้ากระดาษบน-ล่าง อย่างละ 1 นิ้ว (2.54 เซนติเมตร) และซ้าย-ขวา อย่างละ 1 นิ้ว (2.54 เซนติเมตร)
   4) พิมพ์เนื้อหาผลงานโดยใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK หรือ TH Sarabun New ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์
   5) ใช้ระยะห่างระหว่างบรรทัด 1 เท่า (single space)
3. การอ้างอิง
   1) การอ้างอิงให้ทำเป็นเชิงอรรถ ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK หรือ TH Sarabun New ขนาดตัวอักษร 12.5 พอยต์
   2) ผู้เขียนต้องใช้รูปแบบการอ้างอิงตามแบบ ชิคาโก (Chicago Style Citation) ซึ่งตรงกับรูปแบบการอ้างอิงแบบเชิงอรรถของการเขียนวิทยานิพนธ์และสารนิพนธ์ของคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เช่น

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

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

3) ผู้เขียนสามารถศึกษาเพิ่มเติมได้ที่

1. (ภาษาไทย)
   https://www.grad.chula.ac.th/download/thesis.pdf?fbclid=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 เพื่อให้เป็นไปตามเกณฑ์มาตรฐานของศูนย์ดัชนีอ้างอิงวารสารไทย โดยผู้เขียนสามารถส่งผลงานผ่านเว็ปไซต์ของวารสารกฎหมายในระบบ Thai Journals Online (ThaiJO) ได้ที่
   https://www.tci-thaijo.org/index.php/lawchulajournal/about/submissions
2. กระบวนการส่งผลงานผ่านช่องทางออนไลน์มีดังนี้
   1) โปรดเข้าไปยังเว็ปไซต์ของวารสาร ที่ https://www.tci-thaijo.org/index.php/lawchulajournal/index (สามารถอ่านได้ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ โดยกดปุ่มเปลี่ยนภาษาที่มุมบนขวาของเว็ปไซต์)
   2) กรณีที่เป็นสมาชิก ThaiJO อยู่แล้ว สามารถเข้าสู่ระบบ (log in) ได้เลย แต่ถ้ายังไม่ได้เป็นสมาชิกจะต้องสมัครสมาชิกเสียก่อน จึงจะส่งบทความได้
   3) ศึกษา “คำแนะนำสำหรับผู้เขียน” อย่างละเอียด เพื่อปรับแต่งและจัดรูปแบบผลงานให้ตรงตามที่วารสารกำหนด
   4) ส่งบทความมายังวารสาร
   5) คำอธิบายเพิ่มเติมสามารถศึกษาได้ที่
   https://drive.google.com/file/d/1y217JvKwnwdevJdP2X1fjNT5OPxZ2aaZ/view)

กระบวนการพิจารณาผลงาน

การพิจารณาผลงานเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย จะดำเนินการตามขั้นตอนดังต่อไปนี้

1. เมื่อผู้เขียนส่งผลงานมายังกองบรรณาธิการเพื่อขอรับการพิจารณาผลงานตามช่องทางที่กำหนดแล้ว ผู้เขียนจะได้รับแจ้งว่าผลงานเข้าสู่ระบบแล้ว

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

7. กองบรรณาธิการจะตีพิมพ์ผลงานของผู้เขียนที่ได้รับผลการประเมินให้ตีพิมพ์ และได้จัดรูปแบบผลงานให้เป็นไปตามที่วารสารฯ กำหนดเรียบร้อยแล้วเท่านั้น โดยกองบรรณาธิการสงวนสิทธิในการพิจารณาจัดลำดับผลงานเพื่อตีพิมพ์ในวารสารฯ ในโอกาสอันควรต่อไป

ข้อกำหนดอื่น

ในการส่งผลงานเพื่อขอรับการพิจารณาเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย ผู้เขียนตกลง รับรอง ยอมรับ และรับประกันว่า

1. ผลงานที่ส่งมาเป็นผลงานใหม่ ไม่เคยถูกตีพิมพ์หรือเผยแพร่ที่ใดมาก่อนไม่ว่าในรูปแบบใดก็ตาม หรือไม่อยู่ระหว่างการพิจารณาเพื่อขอรับการตีพิมพ์หรือเผยแพร่ในวารสารอื่นภายใน 90 วันนับจากวันที่กองบรรณาธิการได้รับต้นฉบับ
2. ผลงานที่ส่งมาเป็นผลงานของผู้เขียนแต่เพียงผู้เดียว หรือเป็นผลงานของผู้เขียนและผู้เขียนร่วมตามที่ระบุไว้จริง
3. ผลงานที่ส่งมามิได้ผ่านการคัดลอกโดยปราศจากการอ้างอิงอย่างเหมาะสมหรือละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ใด
4. กองบรรณาธิการสามารถแก้ไขเพิ่มเติม และ/หรือปรับเปลี่ยนรูปแบบของผลงานให้เป็นไปตามที่กองบรรณาธิการกำหนด และนำผลงานที่ตีพิมพ์ในวารสารกฎหมายมาแปลงเป็นไฟล์อิเล็กทรอนิกส์ (PDF) เพื่อเผยแพร่ในเว็ปไซต์ของห้องสมุดระบบออนไลน์สำหรับการศึกษาค้นคว้าและอ้างอิงแก่คณาจารย์และนิสิต และเผยแพร่ผลงานต่อไปได้ในอนาคต
5. การพิจารณาผลงานที่จะได้รับการตีพิมพ์เป็นดุลพินิจของกองบรรณาธิการวารสารกฎหมาย และผลการประเมินจากกองบรรณาธิการถือเป็นที่สิ้นสุด โดยที่กองบรรณาธิการจะไม่รับผิดชอบในเนื้อหาหรือความถูกต้องของผลงาน

Author's Guidelines

Preparing Manuscript

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

1. Required information:
   1) Title of the manuscript, both in Thai and in English, which is concise, comprehensive and clearly represents the content of the manuscript.
   2) Author's name, both in Thai and in English.
   3) Author's academic title (if applicable), both in Thai and in English.
   4) Author's email, which can be either a personal account or an account belonging to author's affiliation or employer.
   5) Name and address of author's affiliation or employer, both in Thai and in English.
   6) Abstracts, both in Thai and in English, which do not exceed 300 words each.
   7) Minimum of 3 keywords, both in Thai and in English.
2. Required Format:
   1) Use Microsoft Word Processing Program and save in .doc or .docx format.
   2) Type written on A4 size (21 x 29.4 centimeters) on one side.
   3) Use top and bottom margin at 1 inch (2.54 centimeters) and left and right margin at 1 inch (2.54 centimeters).
   4) Use TH SarabunPSK or TH Sarabun New fonts with font size at 16 points for content.
   5) Use single spacing.
3. Citation Style:
   1) Use footnote format for citation, using TH SarabunPSK or TH Sarabun New fonts with font size at 12.5 points.
   2) Use Chicago Style Citation, which corresponds with the prescribed citation format style used for writing dissertations or thesis at Faculty of Law, Chulalongkorn University, for instance:

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

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

3) For more information, please visit:
   1. (Thai)
      https://www.grad.chula.ac.th/download/thesis.pdf?fbclid=IwAR1eEgrFdVr9IcI4SE3P7Nh5wwHvHijgMKHzqupcULRQC33dewPdVjDpCuU
   2. (English)
      https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html

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

Submitting Manuscript

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

Review Process

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

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

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

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

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

Other Requirements

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

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

จริยธรรมการตีพิมพ์

หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้เขียน

ผู้เขียนจะต้อง

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

หน้าที่และความรับผิดชอบของบรรณาธิการ

บรรณาธิการจะต้อง

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

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

หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ประเมิน

ผู้ประเมินจะต้อง

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

Publication Ethics

Responsibilities of Authors

Authors must:

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

Responsibilities of the Editor-in-Chief

The Editor-in-Chief must:

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

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

Responsibilities of Reviewers

Reviewers must:

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